Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 3. oktober 2013 [1]

Sag C-365/12 P

Europa-Kommissionen
mod

EnBW Energie Baden-Württemberg AG

»Appel — forordning nr. 1049/2001 — aktindsigt i institutionernes dokumenter — begæring om aktindsigt i de administrative sagsakter i en procedure i henhold til artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 — afslag i henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1049/2001 — aktindsigt i oplysninger, som er stillet til rådighed i forbindelse med et samarbejdsprogram — forordning (EF) nr. 1/2003 — helhedsfortolkning af ordningerne om aktindsigt i institutionernes dokumenter«

1. Nærværende appel er iværksat af Kommissionen til prøvelse af Rettens dom af 22. maj 2012 i sagen EnBW Energie Baden-Württemberg mod Kommissionen [2], hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning af 16. juni 2008 [3] om afslag på en anmodning om aktindsigt i dokumenter i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter [4]. Nærmere bestemt blev der begæret aktindsigt i samtlige de dokumenter, der var udarbejdet i en procedure vedrørende kartelaftaler, som var blevet sanktioneret af Kommissionen i henhold til artikel 101 TEUF [5].

2. De forelagte spørgsmål giver Domstolen anledning til at udtale sig om samspillet mellem forordning nr. 1049/2001 og det tredje element i konkurrenceretten, nærmere bestemt samordnet praksis eller kartelaftaler, idet den allerede har behandlet spørgsmålet i forbindelse med statsstøtte (sagen Kommissionen mod Technische Glaswerke Ilmenau) [6] og fusioner (sagen Kommissionen mod Agrofert Holding) [7]. Det realitetsspørgsmål, der rejses i den foreliggende sag, er kort sagt, om den retspraksis, der er fastsat i forbindelse med de to andre elementer af konkurrenceretten, ligeledes finder anvendelse i forbindelse med samordnet praksis, herunder især i forbindelse med de såkaldte »samarbejdsprogrammer«.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Sag T-344/08.

3 — Beslutning SG.E.3/MV/psi D(2008) 4931.

4 — EFT L 145, s. 43.

5 — Beslutning K(2006) 6762 endelig af 24.1.2007, sag COMP/F/38.899. Blandt de berørte producenter var ABB Ltd. (herefter »ABB«) og Siemens AG (herefter »Siemens«).

6 — Dom af 29.6.2010, sag C-139/07 P, Sml. I, s. 5885. Herefter »TGI-dommen«.

7 — Dom af 28.6.2012, sag C-477/10 P.

I. Retsforskrifter

3. I henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 1049/2001, »[afslår i]nstitutionerne [...] at give aktindsigt i et dokument, hvis udbredelse ville være til skade for beskyttelsen af« bl.a. »en fysisk eller juridisk persons forretningsmæssige interesser, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder«, og »formålet med inspektioner, undersøgelser og revision[,] medmindre der er en mere tungtvejende offentlig interesse i udbredelsen af dokumentet«.

4. I henhold til artikel 4, stk. 3, andet afsnit, i samme forordning nr. 1049/2001 »gives [der] afslag på aktindsigt i dokumenter, der indeholder meningstilkendegivelser til internt brug som led i drøftelser og indledende konsultationer inden for den pågældende institution, selv efter at der er truffet afgørelse, hvis dokumentets udbredelse ville være til alvorlig skade for institutionens beslutningsproces, medmindre der er en mere tungtvejende offentlig interesse i udbredelse af dokumentet«.

5. I forordning (EF) nr. 1/2003 [8] fastsættes i artikel 17-22 Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i konkurrencesager, og i artikel 27, stk. 2, bestemmes følgende:

»De deltagende parters ret til forsvar skal sikres fuldt ud i procedureforløbet. De har ret til indsigt i Kommissionens sagsakter med forbehold af virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke afsløres. Aktindsigten omfatter ikke Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders fortrolige oplysninger og interne dokumenter. Aktindsigten omfatter således ikke korrespondance mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller mellem medlemsstaternes konkurrencemyndigheder indbyrdes, herunder dokumenter, som er udarbejdet i henhold til artikel 11 og 14. Dette stykke er ikke til hinder for, at Kommissionen videregiver eller anvender oplysninger, som er nødvendige for at bevise en overtrædelse.«

6. Det fremgår af artikel 28, stk. 1, i samme forordning nr. 1/2003, at med forbehold af udvekslingen af oplysninger mellem medlemsstaternes konkurrencemyndigheder indbyrdes samt Kommissionens samarbejde med medlemsstaternes retslige myndigheder »må de oplysninger, der indhentes i henhold til artikel 17-22, kun bruges til det formål, hvortil de er indhentet«.

7. I henhold til stk. 2 i samme artikel 28 »er Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, deres embedsmænd, øvrige ansatte og andre personer, der arbejder under tilsyn fra disse myndigheder, samt embedsmænd og ansatte i andre af medlemsstaternes myndigheder forpligtede til ikke at videregive de oplysninger, de har indhentet eller udvekslet i henhold til denne forordning, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt. Denne forpligtelse påhviler ligeledes alle repræsentanter og eksperter for medlemsstaterne, der deltager i møderne i det rådgivende udvalg«.

8. Reglerne om aktindsigt i sagsakter og behandling af fortrolige oplysninger i konkurrencesager findes i artikel 15 og 16 i forordning (EF) nr. 773/2004 [9].

II. Baggrund

9. EnBW Energie Baden-Württemberg AG (herefter »EnBW«) er en virksomhed, der distribuerer energi, og som er af den opfattelse, at den har lidt skade på grund af en samordnet praksis mellem producenter af gasisolerende koblingsanlæg, som er blevet sanktioneret af Kommissionen i henhold til artikel 101 TEUF.

8 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

9 — Kommissionens forordning af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til […] artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EUT L 123, s. 18).

10. Den 9. november 2007 fremsatte EnBW – under henvisning til forordning nr. 1049/2001 – en begæring til Kommissionen om aktindsigt i alle dokumenterne i sanktionsproceduren.

11. Der blev givet endeligt afslag på begæringen ved beslutning af 16. juni 2008 (herefter »den omtvistede beslutning«). Kommissionen opdelte i den omtvistede beslutning de ønskede dokumenter i følgende fem kategorier:

1) dokumenter, som er stillet til rådighed i forbindelse med en anmodning om immunitet eller bødenedsættelse

2) begæringer om oplysninger og parternes svar herpå

3) dokumenter, som er fremkommet i forbindelse med kontrolundersøgelser i de pågældende virksomheders lokaler

4) klagepunktsmeddelelse og parternes svar herpå

5) interne dokumenter:

   a) dokumenter vedrørende de faktiske omstændigheder (notater vedrørende konklusioner på baggrund af det indsamlede bevismateriale, korrespondance med andre konkurrencemyndigheder, høring af andre af Kommissionens tjenestegrene)

   b) sagsakter (kontrolundersøgelsesmandater, kontrolrapporter, uddrag af dokumenter, som er indsamlet under kontrolbesøg, sagsakter vedrørende meddelelse af visse dokumenter i sagen, notater).

12. Det var Kommissionens opfattelse, at alle disse kategorier var omfattet af undtagelsen i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning nr. 1049/2001 (til skade for beskyttelsen af formålet med inspektioner, undersøgelser og revision). Derudover var dokumenterne i kategori 1-4 omfattet af undtagelsen i artikel 4, stk. 2, første led (til skade for beskyttelsen af en fysisk eller juridisk persons forretningsmæssige interesser), mens dokumenterne i kategori 5a var omfattet af undtagelsen i artikel 4, stk. 3 (til skade for beslutningsprocessen).

13. EnBW anlagde sag ved Retten med påstand om annullation af beslutningen (sag T-344/08). Kongeriget Sverige støttede sagsøgerens påstand.

14. Retten gav EnBW medhold i sin påstand ved dom af 22. maj 2012 (herefter »den appellerede dom«).

III. Rettens dom

15. Retten fastslog for det første, at Kommissionen havde anlagt et åbenbart fejlskøn ved at antage, at EnBW ikke havde begæret aktindsigt i de dokumenter, der er omfattet af kategori 5b (den appellerede doms præmis 32-37).

16. Retten undersøgte derefter, om betingelserne for, at Kommissionen kan fravige forpligtelsen til at foretage en konkret og individuel undersøgelse af indholdet af de ønskede dokumenter, var opfyldt i sagen (den appellerede doms præmis 44-112). Retten fastslog i denne forbindelse, at den generelle formodning om afslag, som Kommissionen havde påberåbt sig, kun kan finde anvendelse under

forløbet af den procedure, hvori de ønskede dokumenter indgår[10]. Når proceduren var afsluttet, sådan som det var tilfældet i den foreliggende sag, havde Kommissionen således pligt til at foretage en konkret og individuel undersøgelse af hvert af de pågældende dokumenter (den appellerede doms præmis 56-63).

17. Retten behandlede derefter spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen havde handlet korrekt ved at inddele dokumenterne i kategorier i forbindelse med undersøgelsen heraf (den appellerede doms præmis 64-112). Kategorierne 1, 2, 4 og 5a var efter Rettens opfattelse ikke relevante i forbindelse med behandlingen af begæringen om aktindsigt, eftersom der ikke kunne fastslås nogen egentlig forskel mellem indholdet af dokumenterne i de enkelte kategorier. Kategori 3 (dokumenter, som er fremkommet i forbindelse med kontrolundersøgelser i de pågældende virksomheders lokaler) var således den eneste kategori, som var relevant i forbindelse med bedømmelsen af, om undtagelsen i artikel 4, stk. 2, tredje led (beskyttelsen af formålet med inspektioner, undersøgelser og revision), kunne finde anvendelse, eftersom der var tale om dokumenter, som var blevet indhentet mod virksomhedens vilje. Retten annullerede derfor den omtvistede beslutning, for så vidt som den gav afslag på aktindsigt i dokumenterne i kategori 1, 2, 4 og 5a.

18. For fuldstændighedens skyld undersøgte Retten alligevel afslaget på aktindsigt i de dokumenter, der var omfattet af kategori 1, 2, 4 og 5a (den appellerede doms præmis 113-176), og fastslog i denne forbindelse, at beskyttelsen af formålet med undersøgelser ikke kunne begrunde afslaget på aktindsigt i dokumenterne i kategori 1-4 og 5a, eftersom der i dette tilfælde var tale om en afsluttet procedure, og der ikke fandtes nogen begrundelse for, at konkurrencesager skulle undergå en anderledes behandling (den appellerede doms præmis 113-130).

19. Retten fandt endvidere, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at aktindsigten i dokumenterne ville kunne skade de berørte virksomheders forretningsmæssige interesser (artikel 4, stk. 2, første led), og at den særskilte undersøgelse, der var blevet foretaget under proceduren, ikke var tilstrækkelig i denne sammenhæng (den appellerede doms præmis 131-150).

20. Endelig fandt Retten, at Kommissionen havde begået en fejl ved på generel og abstrakt vis at anvende undtagelsen i artikel 4, stk. 3, andet led (meningstilkendegivelser til internt brug), på dokumenterne i kategori 5a (den appellerede doms præmis 151-170).

IV. Appellen

21. Den 31. juli 2012 har Kommissionen iværksat appel til prøvelse af Rettens dom.

22. Kommissionen har i sin appel anmodet Domstolen om at tage stilling til fem spørgsmål. Det første spørgsmål omhandler de generelle betragtninger og principper, der skal tages i betragtning i forbindelse med en fortolkning af forordning nr. 1049/2001, der er i overensstemmelse med bestemmelser på bl.a. konkurrenceområdet, og som ikke må være til skade for den effektive virkning af disse bestemmelser. Det andet spørgsmål omhandler muligheden for at nægte adgang til dokumenterne i en sag om samordnet praksis på grundlag af en generel formodning om, at det er nødvendigt at beskytte sådanne dokumenter. Det tredje og det fjerde spørgsmål vedrører omfanget af beskyttelsen af formålet med undersøgelser på den ene side og de forretningsmæssige interesser på den anden side. Det femte og sidste spørgsmål vedrører de betingelser, der skal være opfyldt, for at Kommissionen kan give afslag på aktindsigt i interne dokumenter, selv efter at den har truffet en afgørelse.

10 — På linje med retspraksis i TGI-dommen, præmis 55-58.

23. Hvert af disse spørgsmål fremsættes i sammenhæng med andre appelanbringender, nærmere bestemt: (1) retlig fejl ved at underkende nødvendigheden af en ensartet fortolkning af forordning nr. 1049/2001 for at sikre den fulde virkning af bestemmelserne på andre områder, (2) retlig fejl ved at afvise, at der findes en generel formodning, som kan anvendes på samtlige dokumenter i en procedure vedrørende samordnet praksis, (3) fejlagtig fortolkning af omfanget af beskyttelsen af formålet med undersøgelser, (4) fejlagtig fortolkning af omfanget af beskyttelsen af de forretningsmæssige interesser, (5) fejlagtig fortolkning af de betingelser, der skal være opfyldt, for at Kommissionen kan give afslag på aktindsigt i et dokument, selv når beslutningsprocessen er afsluttet.

24. Det femte appelanbringende ledsages af tre subsidiære delanbringender: a) fejlagtig fortolkning af princippet »dokumenter, der indeholder meningstilkendegivelser til internt brug som led i drøftelser og indledende konsultationer« i artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 1049/2001, b) fejlagtig konstatering af, at Kommissionen ikke havde ført bevis for, at dokumenterne i kategori 5a indeholdt meningstilkendegivelser til internt brug, c) fejlagtig fortolkning af begrundelsespligten i artikel 4, stk. 3, andet afsnit.

25. Kommissionen har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, og at søgsmålet, som lå til grund for sag T-344/08, forkastes.

V. Retsforhandlingerne ved Domstolen

26. Der er indgivet skriftlige indlæg af den svenske regering til støtte for EnBW og af ABB og Siemens til støtte for Kommissionen.

27. De af HUK-Coburg Haftpflicht-Unterstützungs-kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands, LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster, VHV Allgemeine Versicherung AG og Württembergische Gemeinde-Versicherung fremsatte begæringer om intervention blev afvist ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19. februar 2013 og begrundet i den manglende direkte interesse.

28. På retsmødet, som blev afholdt den 13. juni 2013, deltog Kommissionen, EnBW, ABB og Siemens.

29. Med hensyn til det første appelanbringende har Kommissionen, støttet af ABB og Siemens, hævdet, at Retten har underkendt nødvendigheden af at fortolke forordning nr. 1049/2001 i overensstemmelse med forordning nr. 1/2003 og 773/2004. Det er Kommissionens opfattelse, at Retten har givet forordning nr. 1049/2001 forrang på en måde, som ikke er forenelig med retspraksis i dommen i sagen Kommissionen mod Éditions Odile Jacob [11] og i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding. EU's politik på konkurrenceområdet skal efter Kommissionens opfattelse undergives en særskilt behandling, når det gælder aktindsigt i dokumenter. EnBW har bestridt dette argument og sat spørgsmålstegn ved relevansen af den af Kommissionen påberåbte retspraksis. Kommissionens synspunkt er efter EnBW's opfattelse i strid med artikel 101 TEUF, idet det vil være umuligt at føre erstatningssager mod virksomheder, der deltager i en samordnet praksis, hvis de berørte parter ikke har adgang til den nødvendige dokumentation til støtte for deres erstatningskrav, hvilket således vil være i strid med retspraksis i Pfleiderer-dommen [12].

30. Kommissionen har for så vidt angår det andet appelanbringende – med støtte fra ABB og Siemens – gjort gældende, at der i modsætning til Rettens opfattelse består en generel formodning, som finder anvendelse på de dokumenter, der indgår i en procedure vedrørende samordnet praksis, samt at det er irrelevant, om proceduren er afsluttet eller ej. Det er nemlig alene arten af de beskyttede interesser, som har betydning. Den formodning, der gælder på området for statsstøtte og fusioner, skal efter

11 — Dom af 28.6.2012, sag C-404/10 P.

12 — Dom af 14.6.2011, sag C-360/09, Sml. I, s. 5161.

Kommissionens opfattelse ligeledes finde anvendelse i forbindelse med samordnet praksis. EnBW har derimod hævdet, at den eneste forordning, der finder anvendelse efter procedurens afslutning, er forordning nr. 1049/2001, hvorfor de individuelle bestemmelser vedrørende samordnet praksis er uden betydning. Det er endvidere Sveriges opfattelse, at institutionen, såfremt den lægger generelle formodninger til grund for afslaget, skal efterprøve, om der i forbindelse med hvert enkelt dokument foreligger sådanne betragtninger af generel karakter, som finder anvendelse på en bestemt dokumenttype.

31. Kommissionen har med hensyn til det tredje appelanbringende – med støtte fra ABB og Siemens – gjort gældende, at Rettens afgørelse bringer samarbejdsmekanismen og – på overordnet plan – den effektive anvendelse af konkurrenceretten i fare, samt at proceduren kun kan anses for afsluttet, når det ikke længere er muligt at anfægte den beslutning, hvorved proceduren afsluttes. EnBW har heroverfor anført, at det ikke er muligt at fritage Kommissionens skønsbeføjelse fra en domstolsprøvelse, samt at appellen er begrænset til en fremsættelse af abstrakte og generelle indvendinger vedrørende risikoen for virksomhedernes samarbejde i de procedurer, som iværksættes af Kommissionen.

32. Kommissionen har med hensyn til det fjerde appelanbringende – med støtte fra ABB og Siemens – bestridt Rettens bedømmelse vedrørende den manglende bevisførelse for den påberåbte skade (beskyttelse af forretningsmæssige interesser), idet den har hævdet, at beskyttelsen af forretningsmæssige interesser er meget nært beslægtet med beskyttelsen af formålet med inspektioner, hvorfor den skal omfattes af den samme form for generel formodning. Kommissionen har navnlig fremhævet det forhold, at det er oplysninger, som virksomhederne har haft pligt til at udlevere til Kommissionen, som er på spil. EnBW har fastholdt, at beskyttelsen af de forretningsmæssige interesser ikke kan bedømmes på samme måde i en fusionssag som i en sag vedrørende forordning nr. 1/2003. I sidstnævnte tilfælde har den virksomhed, som anmoder om at blive omfattet af samarbejdsprogrammet, nemlig udleveret oplysninger frivilligt, og det er derfor ikke dens forretningsmæssige interesser, som er på spil, men derimod ønsket om at slippe for en bøde. Virksomhederne i en fusionssag kan derimod ikke nægte at udlevere de ønskede oplysninger.

33. Kommissionen har i forbindelse med det femte appelanbringende – med støtte fra ABB og Siemens – gjort gældende, at Retten har begået en fejl ved at se bort fra, at den generelle formodning gælder for alle de interne dokumenter i proceduren, og ved at fastslå, at udleveringen af oplysninger ikke har indvirkning på beslutningsprocessen. EnBW har heroverfor gjort gældende, at Kommissionen ikke har redegjort for, hvorfor samtlige dokumenter indeholder meningstilkendegivelser, og heller ikke har fremlagt bevismidler for, at udleveringen heraf skulle være til skade for beslutningsprocessen i forbindelse med en afgørelse, som var blevet truffet fem år tidligere.

34. Kommissionen har således foreslået, at EnBW's oprindelige påstand ikke tages til følge, eftersom EnBW burde have bevist, at de ønskede dokumenter var undtaget fra den generelle formodning om afslag, eller i mangel heraf have godtgjort, at der forelå tungtvejende interesser, der talte for udleveringen af dokumenterne. EnBW er derimod af den opfattelse, at dens søgsmål ved Retten var begrundet, hvorfor Kommissionens appel bør forkastes, og den omtvistede beslutning annulleres i sin helhed, eller subsidiært i det omfang der også blev givet afslag på delvis aktindsigt i de ønskede oplysninger.

VI. Bedømmelse

35. Inden jeg påbegynder min undersøgelse af de enkelte appelanbringender, skal det indledningsvis bemærkes, at den, der har begæret aktindsigt, sådan som det også var tilfældet i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, ikke har været part i den procedure, som gav anledning til de ønskede dokumenter. EnBW skal dermed anses for tredjemand i forbindelse med den pågældende procedure. EnBW's interesse i dokumenterne skyldes et ønske om at anvende disse i forbindelse med rejsning af

et erstatningskrav mod parterne i den pågældende procedure. Som jeg ligeledes bemærkede i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding [13], er »[d]en foreliggende sag [...] følgelig snarere en sag om gennemsigtighed« end om – i det foreliggende tilfælde – samordnet praksis mellem virksomheder eller karteller. Det er således nu som dengang »primært i lyset af forordning nr. 1049/2001, at den foreliggende sag skal afgøres« [14].

A. *Det første appelanbringende*

36. Kommissionen har med sit første appelanbringende påberåbt sig, at Retten skulle have begået en retlig fejl ved at underkende nødvendigheden af en »ensartet fortolkning« af forordning nr. 1049/2001 med henblik på at sikre den fulde virkning af bestemmelserne på andre områder inden for EU's retsorden. Det skal bemærkes, at de fire øvrige appelanbringender omhandler forskellige aspekter ved den appellerede dom, som en sådan underkendelse skulle have resulteret i, hvilket således skulle have medført en fejlagtig fortolkning og anvendelse af forordning nr. 1049/2001.

37. Med dette første appelanbringende rejses, ligesom det var tilfældet i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, spørgsmålet om, hvorvidt forordning nr. 1049/2001 indeholder generelle bestemmelser vedrørende retten til aktindsigt i institutionernes dokumenter, som inden for bestemte områder skal anvendes sammen med visse særskilte bestemmelser i andre af EU's retsforskrifter, eller om denne forordning tværtimod indeholder en udtømmende regulering af udøvelsen af denne ret.

38. Det fremgår tydeligt af Domstolens retspraksis – og på dette punkt må man give Kommissionen ret – at forordning nr. 1049/2001 ikke er en retsakt, som så at sige befinder sig i et tomrum, men at den derimod både skal fortolkes og anvendes sammen med de specifikke ordninger, der regulerer retten til aktindsigt på bestemte materielle områder. Forordning nr. 1049/2001 kan med andre ord ikke indeholde samtlige EU-retlige bestemmelser om åbenhed. Den skal derimod – som en bestemmelse, der regulerer den fælles ordning om aktindsigt i institutionernes dokumenter – fortolkes og anvendes på en måde, som stemmer overens med de forskellige regler, der regulerer retten til aktindsigt i de dokumenter, der indgår i procedurer, for hvilke der findes særskilte bestemmelser.

39. Jeg mener kort sagt, at der bør foretages en helhedsfortolkning af de relevante forordninger på området.

40. Denne uomgængelige forbindelse mellem forordning nr. 1049/2001 – som en generel bestemmelse på området for åbenhed i institutionerne – og visse EU-forordninger – som specialforskrifter vedrørende retten til aktindsigt i bestemte procedurer – er endvidere blevet fremhævet af Domstolen i dens faste retspraksis, senest i dommen i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding [15].

41. I modsætning til det af Kommissionen anførte er det imidlertid min opfattelse, at Retten i forbindelse med sin fortolkning af forordning nr. 1049/2001, som det fremgår af den appellerede dom, ikke har set bort fra de specialforskrifter, der regulerer retten til aktindsigt i den procedure, som har resulteret i de ønskede dokumenter.

42. Der henvises således i dommens præmis 55 til Domstolens retspraksis vedrørende den generelle betragtning om, at udbredelsen af bestemte dokumenter kan være til skade for de almene interesser, som lovgiver har ønsket at beskytte netop ved at indføre en specifik ordning for aktindsigt i disse dokumenter. Retten henviser i denne forbindelse herefter til de procedurer, der vedrører aktindsigt i dokumenter på området for statsstøtte, fusioner og – for denne sags vedkommende – samordnet praksis eller karteller.

13 — Fremsat den 8.12.2011, punkt 26.

14 — Ibidem.

15 — Præmis 50.

43. Retten konkluderer ganske vist, at retspraksis vedrørende nødvendigheden af at fortolke forordning nr. 1049/2001 i lyset af de fastsatte ordninger om aktindsigt i procedurer vedrørende statsstøtte kun finder anvendelse i forbindelse med igangværende sager, og »dermed ikke [finder] anvendelse på en situation, hvor institutionen allerede har vedtaget en endelig beslutning, der afslutter den sag, som der er søgt om aktindsigt i, således som det er tilfældet i den foreliggende sag« [16].

44. Retten fastslår imidlertid efterfølgende, at »en generel formodning om, at dokumenterne i sagsakterne i en konkurrencesag ikke skal udleveres, skal kunne udledes af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [...] og af retspraksis vedrørende adgang til aktindsigt i dokumenterne i Kommissionens sagsakter« [17]. Efter i præmis 59 og 60 at have henvist til den i forordning nr. 1/2003 fastsatte ordning om aktindsigt slutter Retten af med at fastslå, at »selv om de virksomheder, som er omfattet af en kartelsag, og ophavsmændene til de klager, som Kommissionen har afvist, har ret til at gennemse visse dokumenter i Kommissionens sagsakter, er denne ret underlagt visse begrænsninger, som i sig selv kræver, at der foretages en vurdering i hvert enkelt tilfælde. Selv ved at følge den argumentation, som Domstolen anvendte i den ovenfor [...] nævnte TGI-dom, hvorefter der ved en fortolkning af undtagelsen i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning nr. 1049/2001 skal tages hensyn til begrænsningerne af retten til aktindsigt inden for rammerne af særlige procedurer såsom statsstøtte- og konkurrencesager, gør en sådan hensyntagen det ikke muligt at antage, at alle dokumenterne i Kommissionens sagsakter på området automatisk er omfattet af en af undtagelserne i artikel 4 i forordning nr. 1049/2001, uden at Kommissionens mulighed for at bekæmpe karteller påvirkes« [18].

45. Kort sagt konkluderes følgende i den appellerede dom: »Kommissionen kunne således ikke, medmindre den foretog en konkret analyse af hvert enkelt dokument, formode, at alle de ønskede dokumenter åbenlyst var omfattet af undtagelsen i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning nr. 1049/2001« [19].

46. Det fremgår tydeligt af det ovenstående, at Retten ikke som hævdet af Kommissionen har »underkendt« nødvendigheden af at foretage en ensartet fortolkning af forordning nr. 1049/2001 og bestemmelserne på andre områder inden for EU's retsorden. Retten har i sin fortolkning af forordning nr. 1049/2001 tværtimod ikke undladt at tage hensyn til de mulige konsekvenser af de bestemmelser, der regulerer retten til aktindsigt i de dokumenter, der udarbejdes eller anvendes i kartelsager.

47. Hvorvidt denne ensartede fortolkning har ledt til et korrekt resultat, er et helt andet spørgsmål. Dette spørgsmål skal der tages stilling til i forbindelse med undersøgelsen af de øvrige appelanbringender, som vedrører formodede retlige fejl som følge af en fejlagtig fortolkning af forordning nr. 1049/2001. Det er dog efter min opfattelse åbenbart, at der ikke er grundlag for at kritisere Retten for at have fortolket den pågældende forordning uden at tage hensyn til dens indbyrdes sammenhæng med samtlige de bestemmelser, der regulerer retten til aktindsigt i bestemte procedurer.

48. Jeg mener derfor, at det første anbringende må forkastes.

B. *Det andet appelanbringende*

49. Med det andet appelanbringende gøres det gældende, at Retten angiveligt har begået en retlig fejl ved at underkende, at der gælder en generel formodning, som finder anvendelse på samtlige dokumenter i en sag om samordnet praksis, idet udleveringen af dokumenterne kan være til skade for de almene interesser, som beskyttes i den pågældende procedure.

16 — Den appellerede dom, præmis 57.
17 — Den appellerede dom, præmis 58.
18 — Den appellerede dom, præmis 61.
19 — Den appellerede dom, præmis 62.

50. Det skal indledningsvis bemærkes, at Domstolens praksis, hvorefter der tillades *generelle formodninger* vedrørende de dokumenter, som i forbindelse med den procedure, hvori de indgår, er omfattet af en specifik ordning vedrørende tilgængelighed, efter min opfattelse uden problemer kan overføres til de dokumenter, der udarbejdes og anvendes i en procedure om kartelaftaler.

51. Det fremgår som bekendt af denne retspraksis, at det på grund af eksistensen af denne specifikke ordning må antages, at udbredelsen af sådanne dokumenter i princippet ville kunne have indvirkning på formålet med den pågældende procedure. Således har Domstolen for det første fastslået i TGI-dommen [20], at en generel formodning af denne art kan følge af bestemmelserne vedrørende procedurerne for statsstøttekontrol [21]. For det andet har Domstolen efterfølgende i dommen i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding fastslået følgende: »Sådanne generelle formodninger kan i relation til fusionskontrolprocedurer anvendes som følge af den omstændighed, at de retsforskrifter, der regulerer denne procedure, ligeledes fastsætter strenge regler for behandlingen af de oplysninger, der indhentes eller nedfældes inden for rammerne af en sådan procedure« [22].

52. Jeg mener på baggrund af det ovenstående, at den generelle formodning også bør finde anvendelse i forbindelse med kartelprocedurer, hvis retsforskrifter på tilsvarende vis indeholder meget specifikke bestemmelser om indsigt i og behandling af de dokumenter, der indgår i sådanne sager. I henhold til artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 har de involverede parter således ret til en begrænset aktindsigt i Kommissionens sagsakter alene af hensyn til udøvelsen af retten til forsvar, mens det i samme forordnings artikel 28 bestemmes, at de under proceduren indhentede oplysninger skal være undergivet tavshedspligt [23]. I artikel 8 i forordning nr. 773/2004 gives klageren på tilsvarende vis en ret til begrænset aktindsigt.

53. Eftersom der findes en sådan specifik ordning om aktindsigt, må det formodes, at udleveringen af dokumenterne – sådan som det er tilfældet i forbindelse med statsstøtte og fusioner – kan have indvirkning på det formål, som forfølges i kartelprocedurerne. Som jeg argumenterede for i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding [24], »indføres i forordning nr. 139/2004 en administrativ kontrolprocedure i forbindelse med fusioner, som skal opfylde en af EU's grundlæggende målsætninger, nemlig at sikre konkurrencen i det indre marked« [25]. Den samme målsætning forfølges med forordning nr. 659/1999 for så vidt angår statsstøtte.

54. Forordning nr. 1/2003 forfølger utvivlsomt samme formål. Som jeg ligeledes bemærkede, skal retsgrundlaget for forordning nr. 659/1999 og nr. 139/2004 »findes i tredje del, afsnit VII (»De fælles regler om konkurrence, fiskale spørgsmål og indbyrdes tilnærmelse af lovgivningerne«), kapitel 1 (»Konkurrencereglerne«), i TEUF, hvilket er et udtryk for, at de forfølger det samme formål som forordning (EF) nr. 1/2003 […]. Dette formål er ganske enkelt at muliggøre opfyldelsen af et af de mål, der ligger til grund for Unionens eksistens, for det må ikke glemmes, at Unionen bygger på værdierne i artikel 2 TEU, men at den samtidig forpligter sig til at opfylde målsætningerne i artikel 3 TEU, herunder for så vidt angår den foreliggende sag oprettelsen af et indre marked og en »bæredygtig udvikling i Europa baseret på [...] en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne« (artikel 3, stk. 3, TEU). Med henblik på opfyldelsen af disse målsætninger tildeles Unionen i artikel 3, stk. 1, litra a), TEUF enekompetence til »fastlæggelse af de konkurrenceregler, der er nødvendige for det indre markeds funktion«, og det er netop for at muliggøre en effektiv fusionskontrol ud fra konkurrencemæssige hensyn, at et retligt instrument som fusionsforordningen er blevet udviklet« [26].

20 — Præmis 55-61.

21 — Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

22 — Præmis 59.

23 — Jf. om den procedure, som reguleres i denne forordning, W.P.J. Wils, »EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights«, i *Concurrences*, maj 2011, og i *World Competition*, bind 34, nr. 2. juni 2011. Tilgængelig på http://ssrn.com/author=456087

24 — Fremsat den 8.12.2011.

25 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 64.

26 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 65.

55. Kartelprocedurer forfølger samme mål. Som EnBW har gjort opmærksom på i sine anbringender, er der væsentlig forskel på fusionskontrolprocedurer og kartelprocedurer, navnlig fordi fusionskontrolprocedurer er af præventiv karakter, mens kartelprocedurer er af repressiv karakter. Jeg er ganske vist enig i, at der foreligger en sådan forskel – om end det skal bemærkes, at det ikke er alle former for samordnet praksis, som nødvendigvis er ulovlige, hvilket fremgår af artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 – men sagen er den, at det i begge tilfælde drejer sig om at hindre en fordrejning af konkurrencen på markedet, om end ad forskellige veje, ved at sikre lovligheden af de økonomiske aktørers praksis, og disse aktørers deltagelse i de iværksatte procedurer til forebyggelse eller hindring af konkurrencebegrænsende adfærd skal foregå med et minimum af garantier. Aktørerne bør således underkastes disse procedurer under fuld iagttagelse af deres ret til forsvar og på vilkår, som ikke er til skade for deres forretningsmæssige interesser. Dette gælder både med hensyn til rent forebyggende procedurer uden sanktionsmuligheder, som når der er tale om sanktionering af en konkurrencebegrænsende adfærd. I sidstnævnte tilfælde må der nemlig ikke påføres yderligere tab eller skade ud over hvad, der følger af den lovbestemte sanktion.

56. Hvis vi vender tilbage til omstændighederne i den foreliggende sag, afviste Retten som nævnt i forbindelse med behandlingen af det første appelanbringende ikke, at det kan være nødvendigt at foretage en ensartet fortolkning af forordning nr. 1049/2001 og nr. 1/2003.

57. Retten fandt imidlertid, at resultatet af en sådan ensartet fortolkning er, at den generelle formodning, som kan gøres gældende i forbindelse med de dokumenter, der indgår i en procedure om statsstøtte, ikke kan finde anvendelse på dokumenterne i en kartelprocedure.

58. Retten konkluderede, at den pågældende formodning kun finder anvendelse, når de bestemmelser, der regulerer den procedure, hvori den ønskede dokumentation er anvendt eller udarbejdet, ikke foreskriver en ret til aktindsigt i den pågældende dokumentation for de interesserede parter i sagen.

59. Retten medgav, at »forordning nr. 659/1999 om statsstøtte, ligesom forordning nr. 1/2003, ikke foreskriver nogen ret for personer, som ikke er parter i sagen, til at få aktindsigt i Kommissionens sagsakter i en kartelsag« [27]. Da artikel 27 i forordning nr. 1/2003 »imidlertid som led i den generelle forpligtelse til at sikre retten til forsvar [foreskriver] en ret til aktindsigt for virksomheder, der er omfattet af sagen« [28], fastslog Retten, at der i forbindelse med anvendelsen af forordning nr. 1049/2001 ikke kan ses bort fra denne mulighed for aktindsigt, uanset om den måtte være begrænset, hvorfor det ikke er muligt at antage, at »alle dokumenterne i Kommissionens sagsakter på området automatisk er omfattet af en af undtagelserne i artikel 4 i forordning nr. 1049/2001« [29].

60. Retten baserede denne konklusion på en fortolkning af TGI-dommen, som jeg anser for fejlagtig. Det bemærkes ganske vist i TGI-dommens præmis 58, at uanset om det foreskrives i forordning nr. 659/1999, at »de interesserede parter – bortset fra den medlemsstat, som er ansvarlig for at have ydet statsstøtten – ikke inden for rammerne af proceduren for statsstøttekontrol har adgang til aktindsigt i dokumenterne i Kommissionens sagsakter[,] [...] *skal [der] med henblik på fortolkningen af undtagelsen, som er fastsat i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning nr. 1049/2001, tages hensyn til denne omstændighed*« [30]. Årsagen er, at »[h]vis disse interesserede parter nemlig på grundlag af forordning nr. 1049/2001 ville være i stand til at få adgang til aktindsigt i dokumenter i Kommissionens sagsakter, ville statsstøttekontrolordningen blive draget i tvivl« [31].

27 — Den appellerede dom, præmis 59.

28 — Ibidem.

29 — Den appellerede dom, præmis 61.

30 — Min fremhævelse.

31 — TGI-dommen, præmis 58.

61. For så vidt angår forordning nr. 1/2003 har de interesserede parter i proceduren – som bemærket i den appellerede dom – en ret til aktindsigt af hensyn til deres forsvar. Derudover er tredjeparter imidlertid som hovedregel udelukket fra retten til aktindsigt i sagsakterne, og i denne henseende befinder de sig således i samme situation som dem, der ønsker aktindsigt i de dokumenter, der indgår i en procedure om statsstøtte.

62. Formodningen skal efter min opfattelse ikke kun have virkning i de tilfælde, hvor der under ingen omstændigheder foreligger en ret til aktindsigt i forbindelse med den procedure, hvori de ønskede dokumenter indgår. Den bør ligeledes, om end med den fornødne tilpasning, finde anvendelse, når aktindsigten anerkendes i begrænset omfang eller på bestemte vilkår. Også i dette tilfælde skal der nemlig »med henblik på fortolkningen af undtagelsen, som er fastsat i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning nr. 1049/2001, tages hensyn til denne omstændighed«[32], for når alt kommer til alt, handler det om at undgå, at anvendelsen af forordning nr. 1049/2001 uden videre kan bringe ordningen om aktindsigt i de dokumenter, der udarbejdes i en given sag, i fare.

63. Den formodning, vi har med at gøre her, skal kort sagt finde anvendelse på de dokumenter, hvis udlevering er udelukket eller væsentligt begrænset i henhold til forordning nr. 1/2003 i modsætning til ordningen i forordning nr. 1049/2001. Formodningen skal med andre ord have fuld virkning for de parter, der i henhold til forordning nr. 1/2003 og nr. 773/2004 som udgangspunkt ikke har nogen ret til aktindsigt i dokumenterne i en kartelprocedure, sådan som det er tilfældet med EnBW i den foreliggende sag. Dette bør ligeledes være tilfældet med hensyn til dem, der har en begrænset eller betinget ret til aktindsigt af hensyn til sikringen af deres ret til forsvar.

64. Der bør ikke desto mindre knyttes et forbehold til ovennævnte konklusion. Den nævnte formodning »udelukker [nemlig] ikke muligheden for at godtgøre, at et givet dokument, der er begæret aktindsigt i, ikke er omfattet af denne formodning, eller at der er en mere tungtvejende offentlig interesse i udbredelsen af dokumentet, jf. artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 1049/2001 (dommen i sagen Kommissionen mod Technische Glaswerke Ilmenau, præmis 62)«[33]. Det forhold, at forordning nr. 1/2003 ikke indeholder bestemmelser om aktindsigt for personer, som ikke er parter i proceduren, indebærer således blot, at eventuelle begæringer fra disse personer skal behandles i henhold til forordning nr. 1049/2001 (som generel bestemmelse på området for åbenhed), fortolket på grundlag af den generelle formodning om, at udleveringen af dokumenterne kan skade formålet med den i forordning nr. 1/2003 regulerede procedure. Denne formodede skade kan under ingen omstændigheder begrunde en fuldstændig udelukkelse fra aktindsigten i medfør af forordning nr. 1049/2001, men skærper derimod alene betingelserne for den aktindsigt, som er sikret ved forordningen.

65. Jeg mener på baggrund af det ovenstående, at Retten har udelukket anvendelsen af formodningen i et tilfælde, hvor der er tale om en begæring om aktindsigt fremsat af en person, som ikke var part i kartelproceduren, og hvor der følgelig burde tages udgangspunkt i princippet om, at udleveringen af dokumentet kan skade de almene interesser, som er beskyttet af de specifikke regler om aktindsigt i den dokumentation, som er udarbejdet eller anvendt i den pågældende procedure.

66. Det er således min opfattelse, at det andet appelanbringende bør tiltrædes.

C. *Det tredje appelanbringende*

67. Det tredje appelanbringende vedrører en angivelig fejlagtig fortolkning af omfanget af beskyttelsen af undersøgelser. Kommissionen har nærmere bestemt gjort gældende, at den appellerede dom bringer samarbejdsmekanismen og den overordnede effektive anvendelse af konkurrenceretten i fare.

32 — TGI-dommen.

33 — Dommen i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, præmis 68.

68. Domstolen har for nylig i forbindelse med et præjudicielt spørgsmål haft lejlighed til at udtale sig om retten til aktindsigt i dokumenter, der indgår i sagsakterne i nationale samarbejdsprocedurer, nærmere bestemt i dom af 6. juni 2013, Donau Chemie m.fl.[34]. Det er min opfattelse, at Domstolens praksis, selv om den vedrører en konkurrencesag og ikke forordning nr. 1049/2001, uden problemer kan overføres til den foreliggende sag.

69. Domstolen har i forbindelse med nationale samarbejdsprogrammer – og med begrundelser, som nemt vil kunne overføres til de EU-retlige konkurrencesager – bemærket, at disse programmer »udgør nyttige redskaber i forbindelse med den effektive bekæmpelse med henblik på at afsløre og standse overtrædelse af konkurrencereglerne og opfylder således formålet om den effektive anvendelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, og at disse programmers effektivitet kan blive påvirket af videregivelse af dokumenterne vedrørende samarbejdsproceduren til personer, som ønsker at anlægge et erstatningssøgsmål. Det forekommer rimeligt at antage, at en person, der er involveret i tilsidesættelse af konkurrenceretten, under hensyn til muligheden for en sådan videregivelse, således vil afholde sig fra at udnytte den mulighed, som findes i sådanne samarbejdsprogrammer (Pfleiderer-dommen, præmis 25-27)«[35].

70. Det hedder videre i dommen, at det »imidlertid [må] fastslås, at selv om disse overvejelser kan begrunde, at aktindsigt i visse dokumenter [...] kan nægtes, betyder dette ikke, at aktindsigten systematisk kan nægtes, idet hver anmodning om aktindsigt til de omhandlede dokumenter skal bedømmes fra sag til sag under hensyntagen til alle de relevante faktorer i sagen (jf. i denne retning Pfleiderer-dommen, præmis 31)«[36].

71. Ved denne bedømmelse er det nødvendigt at »vurdere på den ene side anmoderens interesse i at opnå aktindsigt i disse dokumenter med henblik på at forberede sit erstatningssøgsmål, henset særligt til de eventuelle andre muligheder, der står til vedkommendes rådighed«[37], samt at »tage hensyn til de faktiske skadelige virkninger, en sådan adgang vil kunne give anledning til i forhold til den offentlige interesse eller andre personers legitime interesser«[38].

72. Særligt for så vidt angår »den offentlige interesse i effektiviteten af samarbejdsprogrammerne« bemærkede Domstolen, »at henset til den betydning, erstatningssøgsmål anlagt ved de nationale retter har for opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Unionen [...], er en simpel påberåbelse af en risiko for, at aktindsigt i beviselementer, der findes i sagsakterne til en konkurrencesag, og som er nødvendige for at begrunde disse søgsmål, vil kunne påvirke effektiviteten af et samarbejdsprogram, i forbindelse med hvilket disse dokumenter er blevet overdraget til den kompetente konkurrencemyndighed, ikke tilstrækkelig til at begrunde en nægtelse af aktindsigt i dette materiale«[39].

73. Domstolen fandt derimod, at »[d]en omstændighed, at en sådan nægtelse vil kunne hindre gennemførelsen af disse søgsmål ved at give de berørte virksomheder, som allerede vil kunne have nydt godt af en i det mindste delvis immunitet fra økonomiske sanktioner, mulighed for ligeledes at unddrage sig deres forpligtelse til at erstatte de skader, som følger af overtrædelsen af artikel 101 TEUF, og det til skade for de skadelidte personer, kræver [...], at denne nægtelse begrundes med

34 — Sag C-536/11.

35 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 42.

36 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 43.

37 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 44.

38 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 45.

39 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 46.

tvingende hensyn til beskyttelsen af den påberåbte interesse, som finder anvendelse på hvert dokument, for hvilket aktindsigt nægtes« [40], for »[d]et er således kun tilstedeværelsen af en risiko for, at et givet dokument faktisk vil kunne skade den offentlige interesse i det nationale samarbejdsprograms effektivitet, der vil kunne begrunde, at dette dokument ikke udleveres« [41].

74. Det fremgår kort sagt af det ovenstående, at der er behov for at foretage en afbalanceret afvejning mellem på den ene side den offentlige interesse, der ligger til grund for samarbejdsprogrammerne som instrument til at sikre konkurrencerettens effektive virkning, og på den anden side borgernes ret til at anlægge erstatningssøgsmål for den skade, de har lidt som følge af en tilsidesættelse af konkurrencelovgivningen – hvilket er en anden, om end indirekte, form for hensyntagen til den offentlige interesse i konkurrencerettens effektive virkning.

75. I den foreliggende sag har Kommissionen, som anført af EnBW, nægtet at give aktindsigt i de dokumenter, som er indkommet i forbindelse med en anmodning om immunitet eller bødenedsættelse, idet den som begrundelse for denne afvisning er fremkommet med abstrakte betragtninger vedrørende den skade, som samarbejdsprogrammerne vil kunne lide, såfremt de berørte personer og virksomheder ikke har nogen sikkerhed for, at de pågældende dokumenter ikke bliver gjort offentligt tilgængelige. EnBW har derimod gjort gældende, at det uden disse dokumenter end ikke er muligt for virksomheden at forsøge at anlægge et erstatningssøgsmål for den skade, som EnBW hævder at have lidt som følge af de kartelaftaler, som Kommissionen har sanktioneret, med blot et minimum af chance for at få medhold [42].

76. Kommissionen har kort sagt ikke påberåbt sig grunde, der er baseret på den skade, som ville kunne påføres et konkret samarbejdsprogram (og der tales udtrykkeligt om *et* samarbejdsprogram i dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 46, hvortil der henvises i punkt 72 *in fine*), men derimod en generel og abstrakt grund vedrørende kategorien »samarbejdsprocedure«. EnBW har heroverfor begrundet virksomhedens behov for visse dokumenter med henblik på at kunne anlægge *et* erstatningssøgsmål.

77. Under disse omstændigheder har vi således at gøre med en situation, hvor afvisningen er af *principiel karakter* og derfor indebærer, at en konkret begæring om aktindsigt – som er indgivet, fordi det er den eneste mulige måde at begrunde et erstatningssøgsmål på – ikke kan »bedømmes fra sag til sag under hensyntagen til alle de relevante faktorer i sagen«, således som det blev fastslået i dommen i sagen Donau Chemie m.fl., [43], med henvisning til præmis 31 i Pfleiderer-dommen.

78. Det er i denne forbindelse nødvendigt at komme med en principiel betragtning. Med hensyn til det ovenstående ville det som modargument kunne hævdes, at samarbejdsprogrammernes effektive virkning kun kan sikres, hvis det på overordnet plan garanteres, at den udleverede dokumentation alene kan anvendes af Kommissionen. Der ville i så fald naturligvis være tale om en maksimal garanti. Man kan imidlertid også forestille sig andre garantier, som ikke er så omfattende, men som alligevel kan være attraktive for dem, der vælger at tilslutte sig disse programmer. Når alt kommer til alt, er tanken bag samarbejdsprogrammerne, at der skal foretages en beregning af omfanget af de mulige skader, som en tilsidesættelse af konkurrencelovgivningen kan medføre. En garanti for, at de oplysninger, som er stillet til rådighed for Kommissionen, alene kan udleveres til tredjemand, såfremt vedkommende behørigt begrunder nødvendigheden heraf med, at de pågældende oplysninger er en forudsætning for at kunne anlægge et erstatningssøgsmål, kan i denne forstand være tilstrækkelig, navnlig i betragtning af, at alternativet kan være en sanktion, som overstiger den, der måtte følge af, at sagsøgeren får medhold i sit erstatningskrav. Det kan ganske vist ikke udelukkes, at der med en garanti

40 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 47.

41 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 48.

42 — Nærmere bestemt punkt 20 i EnBW's skriftlige indlæg.

43 — Dommen i sagen Donau Chemie m.fl., præmis 43.

af denne art vil være færre, der vælger at underkaste sig et samarbejdsprogram. Målsætningen om, at dette instrument skal have maksimal virkning, bør imidlertid ikke kunne retfærdiggøre, at man uden videre ofrer de berørte parters ret til erstatning og generelt set forringer deres adgang til effektive retsmidler som sikret ved artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

79. På baggrund af det ovenstående mener jeg således ikke, at Retten kan kritiseres for i den appellerede dom at fastslå, at Kommissionen ikke har begrundet sin afvisning af aktindsigt i de dokumenter, som er stillet til rådighed inden for rammerne af en anmodning om immunitet eller bødenedsættelse, hvorfor det tredje appelanbringende derfor bør forkastes.

D. *Det fjerde appelanbringende*

80. Det fjerde appelanbringende vedrører en formodet fejlagtig fortolkning af omfanget af beskyttelsen af forretningsmæssige interesser.

81. Retten fandt, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at aktindsigt i de ønskede dokumenter konkret og faktisk ville kunne påvirke de forretningsmæssige interesser hos de virksomheder, der har deltaget i kartellet. Eftersom de ønskede dokumenter allerede havde opnået en vis alder, fandt Retten, at Kommissionen var forpligtet til at foretage en konkret og individuel undersøgelse af dokumenterne i henhold til undtagelsen om beskyttelse af forretningsmæssige interesser, og at den undersøgelse, der allerede var foretaget under procedurens forløb, ikke var tilstrækkelig.

82. Retten tog endvidere udgangspunkt i, at »interesserne hos virksomheder, der har deltaget i kartellet […] [i, at] de ønskede dokumenter ikke udbredes, *ikke kan betegnes som forretningsmæssige interesser i udtrykkets egentlige forstand* [44]. Henset til den alder, som størstedelen af oplysningerne i den omhandlede sags akter har, synes den interesse, som selskaberne måtte have [i, at] de ønskede dokumenter ikke udbredes, ikke at bero på et ønske om at bevare selskabernes konkurrenceevne på [...] markedet, som de er aktive på, men snarere i deres ønske om at undgå, at der rejses erstatningssager mod dem ved de nationale domstole« [45]. Der er under alle omstændigheder ikke tale om »en beskyttelsesværdig interesse, navnlig henset til den adgang, som enhver har til at kræve erstatning for skade, der er påført som følge af en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen« [46].

83. Jeg er ikke enig heri.

84. Som jeg bemærkede i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, »udgør den tidsmæssige udvidelse af beskyttelsen af et dokuments »følsomme« karakter et grundlæggende element i udformningen af undtagelsesreglerne i artikel 4 i forordning nr. 1049/2001. Dokumenter, der udarbejdes til internt brug i en sag (stk. 3), er således sikret beskyttelse, så længe sagen ikke er afsluttet, men kun dem, der indeholder meningstilkendegivelser, er fortsat beskyttede efter sagens afslutning. I sidstnævnte tilfælde gælder undtagelsen, sådan som det er tilfældet med alle undtagelser i henhold til artikel 4, »i den periode, hvor beskyttelsen er begrundet i dokumentets indhold« (stk. 3, andet afsnit). Denne periode kan i henhold til artikel 4, stk. 7, udvides til højst 30 år. Denne maksimale periode kan imidlertid »om nødvendigt« udvides for så vidt angår tre typer dokumenter: dem, »der er omfattet af undtagelserne vedrørende privatlivets fred eller forretningsmæssige interesser, og i tilfælde af følsomme dokumenter« (stk. 7)« [47].

44 — Min fremhævelse.

45 — Den appellerede dom, præmis 147.

46 — Den appellerede dom, præmis 148.

47 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 78.

85. Det fremgår således, at »[d]e forretningsmæssige interesser kræver […] den højeste grad af tidsmæssig beskyttelse i reglerne om aktindsigt i forordning nr. 1049/2001«. »[F]usionssagens afslutning [udgør] således ikke nødvendigvis vendepunktet for denne type dokumenter, sådan som det hvad angår retten til aktindsigt netop er tilfældet for andre typer dokumenter, herunder navnlig retslige udtalelser og meningstilkendegivelser til intern brug« [48].

86. Det forholder sig efter min opfattelse ikke anderledes i forbindelse med kartelprocedurer. Den omstændighed, at de ønskede oplysninger, som det er tilfældet i den foreliggende sag, vedrører forretningsmæssige aktiviteter, der har fundet sted i perioden mellem 1988 og 2004, er ikke ensbetydende med, at de ikke ifølge deres natur kan have en »nyhedsværdi«, der kan være relevant i længere tid, end hvad der er tilfældet for den rent administrative eller interne dokumentation i sagen [49].

87. Det kan således ikke antages, at de berørte virksomheders forretningsmæssige interesser alene som følge af tidens gang reduceres til en ren og skær interesse i at undgå følgerne af et erstatningssøgsmål.

88. Retten har således efter min opfattelse begået en fejl ved, alene på grundlag af dokumenternes alder, ikke at tage højde for den mulighed, at der kan foreligge en beskyttelsesværdig forretningsmæssig interesse. Retten har derfor ligeledes begået en fejl ved ikke at godtage formodningen om, at udleveringen af dokumenter, som er udarbejdet eller anvendt i en kartelprocedure, kunne være til skade for den interesse, som netop beskyttes med denne procedure.

89. Dette gælder, uanset om dokumenterne er blevet udleveret frivilligt i modsætning til den dokumentation, som Kommissionen indhenter i forbindelse med fusionssager. Denne forskel, som EnBW har fremført over for Kommissionens påstand om ophævelse af dommen, er efter min opfattelse ikke relevant.

90. Som bemærket i forbindelse med min besvarelse af det andet appelanbringende har procedurerne vedrørende kartelaftaler det til fælles med statsstøtteprocedurer og fusionssager, at de har til formål at sikre konkurrencen på EU's marked. Der anvendes i hver enkelt af disse procedurer forskellige instrumenter til at opfylde denne målsætning, heriblandt samarbejdsprogrammerne i forbindelse med kartelprocedurer, som er baseret på, at de virksomheder, som er genstand for proceduren, samarbejder frivilligt.

91. Som det fremgik ved behandlingen af det tredje appelanbringende, udgør disse programmer efter Domstolens opfattelse nyttige instrumenter i bekæmpelsen af overtrædelser af konkurrencereglerne, og de fortjener derfor at blive beskyttet i hele systemet.

92. Det er korrekt, at Kommissionen i den foreliggende sag ikke på behørig vis har baseret sine argumenter på den skade, som samarbejdsprogrammet i den her omhandlede procedure konkret kunne blive påført, hvilket er grunden til, at jeg har foreslået, at det tredje appelanbringende forkastes. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at der heller ikke skal gives medhold i indsigelsen vedrørende den skade, som vil kunne påføres de forretningsmæssige interesser hos dem, der har deltaget i samarbejdsprogrammet. Det fjerde appelanbringende handler nemlig ikke så meget om beskyttelsen af programmet i sig selv, men snarere om den direkte beskyttelse af de nævnte interesser, hvis skade kun indirekte vil kunne være til skade for samarbejdsprogrammet.

48 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 79.

49 — Jf. i denne forbindelse forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 77.

93. Det kan således ikke udelukkes, at udleveringen af de oplysninger, som de berørte virksomheder har stillet til rådighed, objektivt set kan skade deres forretningsmæssige interesser. Det forhold, at de pågældende oplysninger er udleveret frivilligt og med henblik på at undgå eller begrænse en sanktion, kan efter min opfattelse ikke begrunde, at de involverede forretningsmæssige interesser ikke skulle beskyttes. I modsat fald ville en virksomhed, som har samarbejdet med Kommissionen, ikke blot blive pålagt den retmæssige sanktion, men også en yderligere sanktion i form af den skade, der påføres dens forretningsmæssige interesser.

94. Det er således min opfattelse, at det fjerde appelanbringende bør tiltrædes. Årsagen er ikke, at Retten har nægtet at anvende formodningen om, at udleveringen af oplysninger vedrørende de forretningsmæssige interesser skulle kunne skade den interesse, som beskyttes i kartelproceduren, men snarere at den har underkendt, at der overhovedet skulle være forretningsmæssige interesser på spil.

E. *Det femte appelanbringende*

95. I det sidste appelanbringende gøres det gældende, at der i den appellerede dom er foretaget en fejlagtig fortolkning af de betingelser, der skal være opfyldt, for at Kommissionen kan give afslag på aktindsigt i et dokument, selv når beslutningsprocessen er afsluttet.

96. Der skal i denne forbindelse henvises til retspraksis i Domstolens dom af 21. juli 2011, Sverige mod MyTravel og Kommissionen [50], vedrørende den indvirkning, det kan have på en begæring om aktindsigt, at sagen, hvorfra det ønskede dokument hidrører, er afsluttet gennem vedtagelsen af en behørig beslutning.

97. Som jeg bemærkede i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding [51], fremgår det af denne retspraksis, at »sagens afslutning ikke i sig selv [er] til hinder for en udbredelse af dokumentet, om end et afslag herpå i så fald skal være særligt begrundet«. »Når sagen først er afsluttet, kan aktindsigten i de dokumenter, der er udarbejdet i løbet af sagen med henblik på at kunne træffe en endelig afgørelse, pr. definition ikke længere udgøre en risiko for sagen eller for den afgørelse, som har bragt sagen til afslutning. De retslige udtalelser samt de interne dokumenter, som Kommissionen har givet afslag på, skal således betragtes ud fra dette perspektiv« [52]. Hvad angår »dokumenterne vedrørende juridisk rådgivning og dem, som Kommissionen har udarbejdet som led i drøftelser og konsultationer i sagen (artikel 4, stk. 2, andet led, og artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 1049/2001), er Domstolens afgørelse i sagen Sverige mod MyTravel og Kommissionen [...] fuldt ud anvendelig på den foreliggende sag« [53].

98. Hvis vi vender tilbage til omstændighederne i den foreliggende sag, har Retten taget udgangspunkt i princippet om, at det »kun [er] for en del af dokumenterne til internt brug, nemlig de dokumenter, der indeholder meningstilkendegivelser til internt brug som led i drøftelser og indledende konsultationer inden for den pågældende institution, at andet afsnit i artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 1049/2001 tillader, at der gives afslag, selv efter at beslutningen er vedtaget, når udbredelsen af disse dokumenter vil være til alvorlig skade for denne institutions beslutningsproces« [54].

50 — Sag C-506/08 P, Sml. I, s. 6237.

51 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 74, med henvisning til dommen i sagen Sverige mod MyTravel og Kommissionen, præmis 113-119.

52 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 75.

53 — Forslag til afgørelse fremsat i sagen Kommissionen mod Agrofert Holding, punkt 80.

54 — Den appellerede dom, præmis 153.

99. På denne baggrund fandt Retten i den appellerede dom, at Kommissionen ikke havde godtgjort, »at alle dokumenterne i kategori 5a indeholder meningstilkendegivelser som led i drøftelser og indledende konsultationer som omhandlet i artikel 4, stk. 3, andet afsnit, i forordning nr. 1049/2001« [55], og Retten afviste ligeledes Kommissionens påstand om, at »dette begreb for det første omfatter alle dokumenter, som indeholder eller kræver en bedømmelse eller en afgørelse truffet af dens tjenestemænd eller tjenestegrene, for det andet samtlige dokumenter, der er nødvendige med henblik på forberedelsen af dens afgørelse, og for det tredje alle de dokumenter, der tjener til at sikre andre tjenestegrenes deltagelse i proceduren« [56].

100. Retten konkluderede således, at »[s]elv om de begrundelser, som Kommissionen har påberåbt sig i forbindelse med sagen for Retten, […] ganske vist kan sandsynliggøre den antagelse, at mange af dokumenterne i kategori 5a indeholder sådanne meningstilkendegivelser, må det fastslås, at disse begrundelser […] ikke [er] blevet påberåbt af Kommissionen i den omtvistede [beslutning], og de kan derfor ikke anses for at have været afgørende for vedtagelsen af denne afgørelse. [Følgelig] skal det derfor konstateres, at Kommissionen ikke har bevist, at samtlige dokumenter i kategori 5a indeholder meningstilkendegivelser som omhandlet i artikel 4, stk. 3, andet afsnit, i forordning nr. 1049/2001« [57].

101. Kommissionen har medgivet, at de forklaringer, som den har afgivet i sagen ved Retten, ikke udtrykkeligt fremgik af den annullerede beslutning [58]. Dette er dog efter Kommissionens opfattelse ikke ensbetydende med, at de ikke har haft afgørende betydning for afslaget på aktindsigt, hvilket fremgår af beslutningens affattelse. Retten har selv medgivet dette ved i den appellerede doms præmis 88 at bemærke, at det »fremgår [...] forudsætningsvis af den omtvistede [beslutnings] punkt 3.2.5 og udtrykkeligt af Kommissionens svar af 9. november 2011 på Rettens skriftlige spørgsmål, at sidstnævnte er af den opfattelse, at samtlige dokumenter i kategori 5a indeholder meningstilkendegivelser til internt brug som omhandlet i denne bestemmelse«.

102. Jeg deler Kommissionens opfattelse. Det siger sig selv, at én ting er, om det af beslutningen kan udledes, at samtlige berørte dokumenter efter Kommissionens opfattelse indeholder meningstilkendegivelser til internt brug, mens noget helt andet er, om Kommissionen har begrundet denne betragtning i selve beslutningen. Sagen er imidlertid den, at begrundelsen skulle påberåbes ved Retten. Det var således tilstrækkeligt, at Kommissionen i beslutningen redegjorde for grundene til, at den påberåbte sig artikel 4, stk. 3, andet afsnit, i forordning nr. 1049/2001 i forbindelse med sit afslag på begæringen om aktindsigt i samtlige dokumenter, der var omfattet af kategori 5a.

103. Når Retten således med sine egne ord har medgivet, at det er muligt at »sandsynliggøre den antagelse, at mange af dokumenterne i kategori 5a indeholder […] meningstilkendegivelser« til internt brug, burde den have bekræftet dette og følgelig have fastslået, hvilke dokumenter der kunne være omfattet af den af Kommissionen påberåbte undtagelse.

104. Retten burde herefter efterprøve, om udleveringen af sådanne dokumenter kunne være til skade for beslutningsprocessen, hvilket den netop har gjort i den appellerede doms præmis 162-167. Den konklusion, som Retten er nået frem til på dette punkt, er efter min opfattelse ikke korrekt.

105. Retten har bemærket, at de af Kommissionen påberåbte begrundelser med hensyn til den skade, som udleveringen af dokumenterne kunne medføre, var generelle og abstrakte, og at Kommissionen ikke havde godtgjort, på hvilken måde undersøgelsen af kartelforholdene kunne blive påført skade, hvis den beslutning, hvorved kartelproceduren blev afsluttet, blev annulleret, og der efterfølgende

55 — Den appellerede dom, præmis 156.

56 — Ibidem.

57 — Den appellerede dom, præmis 160.

58 — Punkt 119 i Kommissionens skriftlige indlæg i den foreliggende sag.

skulle vedtages en ny beslutning [59]. Retten har således kritiseret Kommissionen for at forsøge at »sammenligne eller sidestille den foreliggende situation – der […] er kendetegnet ved, at Kommissionen allerede har truffet en afgørelse – med en situation, hvor der endnu ikke er truffet en afgørelse« [60].

106. Domstolen har imidlertid afvist denne antagelse i sin dom i sagen Kommissionen mod Éditions Odile Jacob, som blev afsagt godt en måned efter den appellerede dom. Domstolen har i den nævnte afgørelse fremhævet forskellen mellem begæringer om aktindsigt i dokumenter, der er udarbejdet inden for rammerne af en procedure, som er afsluttet ved en endelig afgørelse, og begæringer vedrørende dokumenter, der indgår i procedurer, hvis afgørelse er genstand for en prøvelsessag ved domstolene, som endnu ikke er afsluttet.

107. Det var Domstolens opfattelse, at det »[i] en situation […], hvor den berørte institution afhængigt af udfaldet af retssagen kunne se sig foranlediget til at genoptage undersøgelserne med henblik på eventuelt at træffe en ny beslutning […], må anerkendes, at der er en generel formodning for, at den forpligtelse, som den pågældende institution under sagen kunne blive pålagt til at udbrede interne notater som dem, der er omhandlet i denne [dom] […], ville være til alvorlig skade for institutionens beslutningsproces« [61].

108. I den foreliggende sag har Kommissionen gjort gældende, at den som følge af den delvise annullation af andre af dens beslutninger i den samme kartelprocedure [62] havde fået lejlighed til at foretage en fornyet fastsættelse af det beløb, hvormed de virksomheder, der var genstand for de pågældende beslutninger, blev sanktioneret, hvorfor en for tidlig udlevering af de interne dokumenter i proceduren (heriblandt dem, der vedrørte beregningen af sanktionerne) ville have bragt beslutningsprocessen i fare.

109. Under disse omstændigheder indebærer muligheden for en domstolsprøvelse af en hvilken som helst af de afgørelser, hvorved proceduren er blevet afsluttet – uanset om den afgørelse, som specifikt vedrører de virksomheder, mod hvem den informationssøgende agter at anlægge en erstatningssag, måtte have retskraft – at proceduren i sig selv ikke kan anses for afsluttet.

110. Retten burde derfor have fastslået, at der var en begrundet formodning om, at udleveringen af de dokumenter, der indeholdt meningstilkendegivelser til internt brug, kunne være til skade for beslutningsprocessen i forbindelse med nye beslutninger i den samme procedure, såfremt der endte med at blive givet medhold i de ved den pågældende ret verserende søgsmål mod andre afgørelser end dem, der specifikt vedrørte de virksomheder, mod hvem EnBW agtede at anlægge sag.

111. Jeg mener således, at det sidste appelanbringende bør tiltrædes.

VII. Om Domstolens endelige afgørelse af sagen

112. I artikel 61 i Domstolens statut bestemmes, at hvis »Domstolen [giver] appellanten medhold, ophæver den den af Retten trufne afgørelse«, og Domstolen kan »selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse«.

113. Der er efter min opfattelse grundlag for, at Domstolen selv kan træffe endelig afgørelse i sagen.

59 — Den appellerede dom, præmis 165-167.

60 — Den appellerede dom, præmis 167.

61 — Dommen i sagen Kommissionen mod Éditions Odile Jacob, præmis 130.

62 — I henhold til domme af 12.7.2011, sag T-113/07, Toshiba mod Kommissionen, Sml. II, s. 3989, og sag T-132/07, Fuji Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 4091.

114. EnBW havde til støtte for sit søgsmål ved Retten fremsat fire anbringender om, for det første, en tilsidesættelse af artikel 4, stk. 2, første og tredje led, og artikel 4, stk. 3, andet afsnit, i forordning nr. 1049/2001, for det andet en tilsidesættelse af samme forordnings artikel 4, stk. 2, sidste sætningsled, for det tredje en tilsidesættelse af forordningens artikel 4, stk. 6, og for det fjerde en åbenbar fejlvurdering af rækkevidden af begæringen om aktindsigt.

115. Det fjerde anbringende bør tiltrædes af de grunde, der er fremført i præmis 32-37 i den appellerede dom, som på dette punkt ikke har været genstand for appel ved Domstolen.

116. De øvrige anbringender bør forkastes af de grunde, der er fremført i punkt 49-65 og 80-109 i nærværende forslag til afgørelse.

VIII. Sagsomkostninger

117. I overensstemmelse med artikel 184, stk. 1, og artikel 138, stk. 2, i Domstolens procesreglement, og henset til ordlyden af mit forslag om at tage appellen til følge, foreslår jeg Domstolen, at hver part og deres intervenienter skal bære sine egne omkostninger.

IX. Forslag til afgørelse

118. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen:

at tage appellen delvist til følge, idet der gives appellanten medhold i det andet, fjerde og femte appelanbringende på grundlag af en fejlagtig fortolkning af artikel 4, stk. 2 og 3, i forordning (EF) nr. 1049/2001 i forbindelse med vilkårene for aktindsigt i dokumenterne i en kartelprocedure samt beskyttelsen af de forretningsmæssige interesser og beslutningsprocessen, og følgelig:

1) at ophæve Rettens dom af 22. maj 2012, sag T-344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg mod Kommissionen, hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning SG.E.3/MV/psi D(2008) 4931 af 16. juni 2008 om afslag på aktindsigt i sagsakterne i sag nr. COMP/F/38.899 – gasisolerende koblingsanlæg

2) at annullere Kommissionens beslutning SG.E.3/MV/psi D(2008) 4931 af 16. juni 2008 om afslag på aktindsigt i sagsakterne i sag nr. COMP/F/38.899 – gasisolerende koblingsanlæg, i det omfang Kommissionen har foretaget en åbenbar fejlvurdering af rækkevidden af begæringen om aktindsigt

3) at tilpligte parterne og intervenienterne at bære deres egne omkostninger.