FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

fremsat den 11. januar 2007 [1]

1. Ved dom af 21. april 2005 [2] (herefter »den appellerede dom«) frifandt Retten i Første Instans (herefter »Retten«) Kommissionen i den sag, Holcim (Deutschland) AG havde anlagt mod den med påstand om godtgørelse af de omkostninger til en bankgaranti, selskabet havde stillet for at opnå udsættelse af betalingen af den bøde, selskabet var blevet på pålagt ved en beslutning, som Retten selv tidligere havde annulleret på grund af en tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 85 (nu artikel 81 EF).

2. Under den foreliggende appelsag har appellanten nedlagt påstand om ophævelse af den indankede dom og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger tillige med renter.

Faktiske omstændigheder

3. Ved Kommissionens beslutning af 30. november 1994 (herefter »cementbeslutningen«) [3] blev selskabet Alsen Breitenburg Zement und Kalkwerke GmbH (herefter »ABZK«) og Nordcement AG pålagt en bøde på henholdsvis 3,841 mio. EUR og 1,85 mio. EUR for overtrædelse af EF-traktatens artikel 85.

4. ABZK og Nordcement indbragte beslutningen til prøvelse for Retten og besluttede begge at gøre brug af den mulighed, Kommissionen tilbød, og at stille en bankgaranti

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — Dom i sag T-28/03, Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, Sml. II, s. 1357.

3 — Beslutning 94/815/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/33.126 og 33.322 — Cement, EFT L 343, s. 1).

over for denne, hvorved de undgik at skulle betale bøderne øjeblikkeligt.

5. Ved dom af 15. marts 2000 (herefter »cementdommen«) [4] annullerede Retten bl.a. cementbeslutningen i forhold til Alsen AG, som var det firma, ABZK og Nordcement i mellemtiden var blevet fusioneret i, og som senere skiftede navn til Holcim (Deutschland) AG (herefter »appellanten«).

6. Appellanten rejste herefter krav over for Kommissionen om godtgørelse af omkostningerne ved at stille bankgarantien, som i alt udgjorde 139 002,21 EUR, hvilket Kommissionen afslog.

Sagen ved Retten og den appellerede dom

7. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 31. januar 2003 anlagde appellanten sag ved Retten med påstand om, at Kommissionen tilpligtedes at betale det i punkt 6 nævnte beløb tillige med renter på 5,75% p.a. fra den 15. april 2000, samt at betale sagens omkostninger.

8. Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen og pålagde appellanten at betale sagens omkostninger.

9. Retten bemærkede indledningsvis, at sagen måtte afvises fra realitetsbehandling, i det omfang den var anlagt på grundlag af artikel 233 EF [5], og afviste endvidere den subsidiære påstand fra realitetsbehandling, som appellanten havde nedlagt, og hvorefter sagen måtte forstås som et annullations- eller passivitetssøgsmål, i det omfang den var anlagt på grundlag af artikel 233 EF [6].

10. Endvidere fastslog Retten, at sagens genstand var et erstatningskrav på grundlag af artikel 235 EF og 288, stk. 2, EF [7]. Efter Rettens opfattelse måtte dette erstatningskrav imidlertid afvises fra realitetsbehandling, da det var forældet ifølge artikel 46 i Domstolens statut hvad angår de omkost-

4 — Forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, den såkaldte »cementdom«, Sml. II, s. 491.

5 — Den appellerede doms præmis 27-40 og domskonklusionens punkt 1.

6 — Samme dom, præmis 41-46 og domskonklusionens punkt 2.

7 — Samme dom, præmis 41 og 46.

ninger til bankgaranti, appellanten havde afholdt mere end fem år før datoen for sagens anlæg [8].

11. I den forbindelse henviste Retten til, at det fremgår af fast retspraksis, at forældelsesfristen for søgsmål om Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold ikke kan begynde at løbe, før alle de betingelser, som er en forudsætning for erstatningspligten, er opfyldt. I den foreliggende sag var det påståede tab allerede lidt ved bankgarantistillelsen (dvs. den 3.5.1995 for den bankgaranti, som blev stillet af ABZK, og den 18.4.1995 for den bankgaranti, som blev stillet af Nordcement), og appellanten havde mulighed for fra dette tidspunkt at påberåbe sig Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold og gøre gældende, at der forelå et fremtidigt, men sikkert tab, som det var muligt at bestemme, da det var tilstrækkeligt påregneligt. Endvidere bemærkede Retten, at det påståede tab var kontinuerligt, da omkostningerne til bankgarantierne var beregnet i forhold til antallet af de dage, hvor bankgarantierne var i kraft. Retten fastslog derfor, at forældelsen gjaldt for den periode, der lå mere end fem år forud for tidspunktet for afbrydelsen af forældelsen, uden at påvirke de rettigheder, der var stiftet under senere perioder, og at forældelsen først blev afbrudt ved sagens anlæg [9].

12. Hvad angår realiteten fandt Retten derimod med hensyn til de erstatningskrav, der endnu ikke var forældet, at der ikke kunne gives appellanten medhold i sagen, da to af betingelserne for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, ikke var opfyldt.

13. På den ene side fandt Retten, at den krænkelse af fællesskabsretten, som var fastslået i cementdommen hvad angår ABZK og Nordcement, ikke var tilstrækkelig kvalificeret i gældende retspraksis' forstand. I så henseende fastslog Retten, at Kommissionens skønsbeføjelse i den foreliggende sag ganske vist var »begrænset«, men at den sag, der gav anledning til cementbeslutningen og cementdommen, var særlig kompleks, og at Kommissionen stod over for forhold, der var vanskelige at regulere. Det gjaldt også på grund af vanskeligheden ved at anvende EF-traktatens bestemmelser vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler, og disse vanskeligheder var endnu større på grund af den meget omfattende mængde af faktiske oplysninger i sagen [10].

14. På den anden side fandt Retten ikke, at der var en tilstrækkelig direkte årsagsforbindelse — i gældende retspraksis' forstand — mellem den handlemåde, som kunne tilregnes Kommissionen, og det hævdede tab. Retten anførte herom [11], at de omkostninger, sagsøgeren havde afholdt til bankgarantien, beroede på dennes egen beslut-

8 — Samme dom, præmis 74 og domskonklusionens punkt 3.
9 — Samme dom, præmis 59, 60, 63, 68-70 og 74.
10 — Samme dom, præmis 100, 102, 114 og 115.
11 — Samme dom, præmis 123 og 124.

ning om ikke at opfylde sin forpligtelse til at betale bøden inden for den frist, der var fastsat i cementbeslutningen, men i stedet for at stille en bankgaranti som en undtagelse fra EF-traktatens regler, som dels bestemmer, at de af Kommissionens beslutninger, der indebærer en forpligtelse for andre end stater til at betale en pengeydelse, kan tvangsfuldbyrdes [12], dels udelukker, at sager, som er anlagt ved Fællesskabets retsinstanser, har opsættende virkning [13].

Sagen ved Domstolen og parternes påstande

15. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 13. juli 2005 har appellanten indgivet appel til prøvelse af Rettens dom.

16. Appellanten har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Kommissionen tilpligtes at betale appellanten et beløb på 139 002,21 EUR med renter på 5,75% p.a. fra den 15. april 2000, subsidiært hjemvises sagen til Retten til fornyet afgørelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 — EF-traktatens artikel 192, stk. 1 (nu artikel 256, stk. 1, EF).

13 — EF-traktatens artikel 185, første punktum (nu artikel 242, første punktum, EF).

Retlig bedømmelse af sagen

Første anbringende om delvis forældelse af erstatningskravet

Parternes argumenter

18. Appellanten har gjort gældende, at Retten har fejlfortolket forældelsesreglerne i artikel 46 i Domstolens statut. Ifølge Domstolens faste praksis kan forældelsesfristen for søgsmål om Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold ikke begynde at løbe, før alle de betingelser, som er en forudsætning for erstatningspligten, er opfyldt [14]. Da det efter appellantens opfattelse i den foreliggende sag var en betingelse for, at der kunne opstå en pligt for Kommissionen til at erstatte omkostningerne for bankgarantien, at cementbeslutningen blev annulleret, begyndte forældelsesfristen for erstatningskravet først at løbe på tidspunktet for afsigelsen af cementdommen. Ifølge appellanten kan et erstatningssøgsmål vedrørende tab som følge af en retsstridig beslutning, hvorved der er pålagt en bøde, ikke gennemføres, før sagsøgeren har fået medhold i et erstatningssøgsmål mod denne beslutning.

19. Efter appellantens opfattelse har Retten fejlagtigt forkastet dennes opfattelse vedrørende forældelsesfristens begyndelsestidspunkt med støtte i betragtningerne vedrørende erstatningssøgsmålets selvstændige karakter i forhold til annullationssøgsmålet. I den forbindelse anfører appellanten, at man ikke i den foreliggende sag kan tale om, at de to søgsmålstyper er helt uafhængige af hinanden, da skadens opståen havde direkte sammenhæng med annullationssøgsmålets anlæg. Stillelsen af bankgarantien var nemlig nødvendig på grund af annullationssøgsmålet til prøvelse af cementbeslutningen.

20. Desuden har Retten ikke taget i betragtning, at tabet endnu ikke var konkretiseret på det tidspunkt, hvor bankgarantien blev stillet. I modsætning til, hvad Retten har antaget, var tabet på det pågældende tidspunkt efter appellantens opfattelse hverken fastlagt eller kunne fastlægges, da dets størrelse afhang af, hvor længe annullationssøgsmålet ved Fællesskabets retsinstanser varede.

14 — Dom af 27.1.1982, forenede sager 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 og 5/81, Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 85, præmis 10.

21. Endvidere anfører appellanten, at Retten har begået en retlig fejl ved at antage, at tabet var kontinuerligt. Tværtimod forelå der et engangstab, som bestod i den bankgaranti, der blev stillet ved indgåelsen af en kontrakt herom, og i de gebyrer, som bankerne i overensstemmelse hermed fakturerede appellanten. Den omstændighed, at dette tabs størrelse afhang af annullationssøgsmålets varighed, gjorde ikke dette tab til et gentaget og gradvis tab. I øvrigt hævdes Retten at have gjort sig skyldig i en selvmodsigelse, da den har antaget i den appellerede doms præmis 63, at der i den foreliggende sag var tale om et fremtidigt tab, men i dommens præmis 69 konkluderet, at tabet var gradvis.

22. Subsidiært har appellanten kritiseret Retten for, at den ikke i det mindste anerkendte, at forældelsen af erstatningskravet for omkostningerne til bankgarantien allerede blev afbrudt før anlægget af erstatningssøgsmålet, nemlig ved anlægget af det direkte annullationssøgsmål til prøvelse af cementbeslutningen.

Gennemgang

23. Kommissionen har gjort gældende, at appellantens hovedargumentation i sidste ende går ud på at anse cementdommen for den omstændighed, der udløste erstatningskravet, hvilket er absurd. Det er reelt cementbeslutningen eller stillelsen af bankgarantien, som udgør denne omstændighed. Endvidere anfører Kommissionen, at tabet var bestemt eller i det mindste kunne bestemmes på tidspunktet for bankgarantiens stillelse, idet de beløb i gebyrer, som appellanten skulle betale bankerne, kunne beregnes på grundlag af de takster, der i givet fald var fastsat i kontrakten vedrørende garantistillelsen. Retten begik derfor ikke en retlig fejl ved at antage, at det lidte tab var tilstrækkeligt konkretiseret på det nævnte tidspunkt. Appellantens argumentation om, at det lidte tab ikke var kontinuerligt, bekræfter blot, at selv tabet opstod på tidspunktet for stillelsen af bankgarantien og ikke på datoen for afsigelsen af cementdommen. Endelig er efter Kommissionens opfattelse også appellantens subsidiære argumentation ubegrundet, da det klart fremgår af ordlyden af artikel 46 i Domstolens statut, at forældelsesfristen afbrydes på det tidspunkt, da der anlægges et erstatningssøgsmål og ikke et annullationssøgsmål.

24. Artikel 46 i Domstolens statut bestemmer, at »krav mod Fællesskaberne, der støttes på ansvar uden for kontraktforhold, forældes fem år efter, at den omstændighed, der ligger til grund for kravet, er indtrådt«.

25. Som Domstolen har haft lejlighed til at fastslå, er forældelsesreglernes funktion at afveje hensynet til beskyttelsen af den skadelidtes rettigheder over for hensynet til retssikkerhedsprincippet [15]. Ifølge fast retspraksis kan forældelsesfristen for søgsmål om Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold ikke begynde at løbe, før alle de betingelser, som er en forudsætning for erstatningspligten, er opfyldt, og navnlig ikke før det tab, der skal erstattes, er kendt [16].

26. Appellanten har i denne sag gjort gældende, at en af betingelserne for, at Fællesskabet kunne ifalde ansvar uden for kontraktforhold, var, at cementbeslutningen blev annulleret.

27. Jeg kan ikke tilslutte mig denne opfattelse.

28. Jeg skal erindre om, at Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold og gennemførelsen af kravet om erstatning for det lidte tab forudsætter, at en række betingelser er opfyldt, nemlig at der foreligger en ulovlig adfærd fra fællesskabsinstitutionernes side, at der er indtrådt et faktisk tab, og at der er årsagsforbindelse mellem disse to [17].

29. For det første fremgår det ikke af gældende retspraksis, at betingelsen vedrørende den pågældende fællesskabsinstitutions ulovlige adfærd kun er opfyldt, såfremt ulovligheden er fastslået ved en domstol. En retlig konstatering af den ulovlige adfærd er naturligvis en nødvendig forudsætning for den retlige konstatering af, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontraktforhold, men er ikke nogen betingelse for, at der opstår et sådant ansvar, eller for, at forældelsesfristen for erstatningskravet begynder at løbe.

30. Den modsatte opfattelse ville medføre, at man helt overlod muligheden for at få forældelsesfristen til at løbe eller afbryde den til fordringshaveren. Forældelsesfristen ville i så fald ikke løbe, så længe fordringshaveren ikke *både* havde anlagt sag (et annullations- og/eller erstatningssøgsmål) *og* opnået en retlig konstatering af ulovligheden af den pågældende fællesskabsinstitutions adfærd.

31. Efter min opfattelse fremgår det klart, at det er appellanten, som ifølge forældelses-

15 — Kendelse af 18.7.2002, sag C-136/01 P, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi mod Kommissionen, Sml. I, s. 6565, præmis 28.

16 — Dommen i sagen Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, præmis 10, og kendelsen i sagen Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi mod Kommissionen, præmis 30.

17 — Dommen i sagen Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, præmis 9, dom af 14.10.1999, sag C-104/97 P, Atlanta mod Det Europæiske Fællesskab, Sml. I, s. 6983, præmis 65, og kendelsen i sagen Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi mod Kommissionen, præmis 29.

reglerne har bevisbyrden for at vurdere lovligheden af institutionens adfærd, eventuelt med hjælp fra juridiske sagkyndige. Retten har derfor korrekt antaget i den appellerede doms præmis 65, at appellanten allerede fra tidspunktet for cementbeslutningens vedtagelse havde mulighed for at påberåbe sig en tilsidesættelse af fællesskabsretten. I øvrigt havde Retten allerede forud herfor, nemlig i dommen i sagen Hartmann mod Rådet og Kommissionen [18] og dommen i sagen Bühring mod Rådet og Kommissionen [19], fastslået, at det er en forudsætning for, at forældelsesfristen begynder at løbe, at skadelidte får kendskab til det forhold, der er årsag til skaden, og ikke til, at dette er ulovligt.

32. For det andet er det ikke rigtigt, som det hævdes af appellanten, at det var nødvendigt, at cementbeslutningen først blev annulleret, heller ikke af hensyn til konkretiseringen af det erstatningspligtige tab i den foreliggende sag.

33. I så henseende fastslog Retten i den appellerede dom, at det af appellanten påberåbte tab var fremtidigt på tidspunktet for bankgarantiens stillelse, men at tabet allerede var sikkert, og at det kunne bestemmes, da det var tilstrækkeligt påregneligt. Af denne grund fandt Retten, at appellanten fra dette tidspunkt havde mulighed for at rejse et erstatningskrav over for Fællesskabet, og at forældelsesfristen begyndte at løbe i den foreliggende sag fra dette tidspunkt [20].

34. Med disse betragtninger har Retten således tilsyneladende lagt til grund, at forældelsesfristen for erstatningskrav over for Fællesskabets uden for kontraktforhold må løbe fra det tidspunkt, hvor det er muligt at gøre kravet gældende. Denne antagelse kom i øvrigt klart til udtryk i et forslag til afgørelse fra generaladvokat Capotorti [21], hvori han anførte, at »enhver frist for forældelse af adgangen til at anlægge sag begynder at løbe fra det tidspunkt, hvor sag kan anlægges«, og at »[i] det omfang det inden for rammerne af et søgsmål i medfør af artiklerne 215 og 178 i EØF-traktaten [nu artikel 288 EF og 235 EF] anses for muligt at kræve erstatning også for fremtidige skader, begynder forældelsesfristen [...] at løbe fra det tidspunkt, hvor der er *mulighed* for at anlægge sag«.

35. Jeg føler mig dog ikke helt overbevist om rigtigheden af denne formulering, som efter min opfattelse ikke svarer til, hvad der kan udledes af Domstolens praksis. Jeg er på dette punkt enig med appellanten i, at denne formulering med urette sammenblander spørgsmålet om, fra hvilket tidspunkt forældelsesfristen løber, med spørgsmålet om realitetsbehandling af erstatningssøgsmål.

18 — Dom af 16.4.1997, sag T-20/94, Sml. II, s. 595, præmis 112.

19 — Dom af 4.2.1998, sag T-246/93, Sml. II, s. 171, præmis 68.

20 — Jf. den appellerede doms præmis 60-63 og 68.

21 — Forslag til afgørelse fremsat den 13.10.1981 i sagen Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen og i sag 51/81, De Franceschi mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1982, s. 117, punkt 4.

36. Det fremgår på den ene side af Domstolens praksis, at artikel 288 EF ikke er til hinder for, at der anlægges sag ved Fællesskabets retsinstanser med henblik på at fastslå Fællesskabets ansvar for umiddelbart forestående og tilstrækkeligt påregnelige skader, selv om tabet endnu ikke kan opgøres nøjagtigt. Det kan nemlig vise sig nødvendigt at indbringe sagen for Fællesskabets retsinstanser, så snart skadens årsag er sikker, for at undgå skader af endnu større omfang [22].

37. På den anden side fremgår det endvidere af Domstolens praksis, at forældelsesfristen for erstatningssøgsmål mod Fællesskabet ikke kan begynde at løbe, før det tab, der skal erstattes, er kendt, dvs. ikke før de skadevoldende følger af Fællesskabets ulovlige retsakt har vist sig [23].

38. Heraf følger så vidt jeg kan se, at der kan anlægges et erstatningssøgsmål i henhold til artikel 235 EF, selv om skaden endnu ikke er kendt (såfremt den er umiddelbart forestående og tilstrækkelig påregnelig), men at forældelsesfristen i hvert fald ikke begynder at løbe, før skaden har konkretiseret sig.

39. Sagt i korthed må Domstolens praksis, som jeg har omtalt ovenfor i punkt 36, forstås således, at den giver mulighed for at anlægge et erstatningssøgsmål, som ellers måtte anses for at være for tidligt anlagt, når et sådant anticiperet retsmiddel er egnet til at begrænse omfanget af de skadevoldende følger af Fællesskabets ulovlige retsakt. Muligheden for en sådan anticiperet beskyttelse påvirker imidlertid ikke forældelsesfristens *begyndelsestidspunkt,* hvormed den i øvrigt også tilgodeser Fællesskabets interesse. Den kan nemlig føre til en begrænsning af det erstatningsbeløb, Fællesskabet er forpligtet til at betale, såfremt betingelserne for dets erstatningspligt uden for kontraktforhold er opfyldt.

40. Ganske vist kan forældelsesfristen således ikke begynde at løbe, så længe det ikke er muligt at iværksætte et erstatningssøgsmål, men det betyder ikke nødvendigvis, at forældelsesfristen begynder at løbe på samme tidspunkt, som det er muligt at iværksætte erstatningssøgsmålet.

41. I den foreliggende sag er tidsrummet mellem det tidspunkt, hvor skaden *var tilstrækkelig påregnelig,* og det tidspunkt, hvor den blev *konkretiseret,* dog minimalt. Det første tidspunkt er stillelsen af bank-

22 — Dom af 2.6.1976, forenede sager 56/74-60/74, Kampffmeyer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 711, præmis 6, og af 14.1.1987, sag 281/84, Zuckerfabrik Bedburg mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 49, præmis 14.

23 — Dommen i sagen Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, præmis 10 og 11, og dom af 27.1.1982, sag 51/81, De Franceschi mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 117, præmis 10 og 11.

garantien, som Retten med føje har antaget. Det andet tidspunkt, som er det tidspunkt, hvorfra forældelsesfristen begynder at løbe, kan fastslås til den efterfølgende dag, da omkostningerne til bankgarantien voksede i takt med antallet af dage, således som Retten fastslog i dommen [24].

42. Tilbage bliver under alle omstændigheder, at appellanten ikke har gjort gældende, at forældelsesfristen begyndte at løbe dagen efter, at bankgarantien blev stillet. Derimod har appellanten kritiseret Retten for, at den ikke lagde til grund, at skaden først blev konkretiseret ved annullationen af cementbeslutningen. Denne kritik er imidlertid klart ubegrundet, da omkostningerne til bankgarantien, der udgør det påberåbte tab, som netop nævnt begyndte at opstå dagen efter bankgarantiens stillelse, dvs. lang tid før afsigelsen af cementdommen.

43. Ved denne dom blev appellanten ganske vist fritaget for sin forpligtelse til at betale den bøde, som blev pålagt ABZK og Nordcement ved cementbeslutningen, hvormed de omkostninger til bankgarantien, som blev afholdt af appellanten, blev bragt til ophør. Hermed kunne hele det endelige beløb for disse omkostninger, og dermed for det påberåbte tab, fastslås.

44. Heraf kan dog ikke udledes, at forældelsesfristen ikke begyndte at løbe før dette tidspunkt. Det er en betingelse efter retspraksis vedrørende forældelsesfrister, at tabet er konkretiseret, men ikke at det er udtømt. Endvidere fremgår det ikke af retspraksis, at der først kan anlægges erstatningssøgsmål i henhold til artikel 235 EF, når det påberåbte tab præcist kan fastslås *i sin helhed* på tidspunktet for sagens anlæg.

45. Jeg er derfor af den opfattelse, at Retten ganske vist fejlagtigt har antaget, at forældelsesfristen retligt set begyndte at løbe i den foreliggende sag på den dato (datoen for bankgarantiens stillelse), hvor det allerede var umuligt at anlægge erstatningssag, da tabet var tilstrækkeligt påregneligt, og ikke den dato, hvor tabet blev konkretiseret. Appellantens anbringende på dette punkt må dog ikke desto mindre efter min opfattelse forkastes, selv om de pågældende præmisser herom i den appellerede dom ophæves, da konkretiseringen af tabet, i modsætning til det af appellanten anførte, ikke er sket ved cementdommen, men ved de første omkostninger til bankgarantien, som opstod dagen efter, at denne blev stillet.

46. De øvrige anbringender, som appellanten har gjort gældende, og hvorefter tabet er indtrådt øjeblikkeligt og ikke gradvist, og

24 — Den appellerede doms præmis 61.

forældelsen derfor er blevet afbrudt ved anlægget af annullationssøgsmålet mod cementbeslutningen, finder jeg klart ikke, at der er grundlag for at tage til følge.

47. Argumentet om tabets øjeblikkelige indtræden kan under ingen omstændigheder være til gunst for appellanten, da følgen heraf, såfremt man godtog argumentet, ville være, at hele erstatningskravet var forældet, og ikke blot, som fastslået i den appellerede dom, en del af det.

48. Det subsidiære argument om forældelsens afbrydelse er i modstrid med den klare ordlyd af artikel 46 i Domstolens statut, som præcist angiver de foranstaltninger, der afbryder forældelsen. I øvrigt er et annullationssøgsmål efter sin karakter ikke egnet til at bestemme retsvirkningerne af en afbrydelse af erstatningskravets forældelse, da det ikke i sig selv udtrykker hensigten til at gøre et erstatningskrav gældende for tab, som er forvoldt ved den retsakt, som anfægtes med annullationssøgsmålet.

49. Jeg er derfor af den opfattelse, at det første anbringende under appelsagen må forkastes.

Det andet anbringende vedrørende betingelsen om Fællesskabets ulovlige adfærd

Parternes argumenter

50. Principalt har appellanten gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at antage, at det også i den foreliggende sag er en forudsætning for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten. Efter appellantens opfattelse gælder denne betingelse efter retspraksis kun i tilfælde, hvor Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold beror på lovgivningsforanstaltninger, og ikke i tilfælde, hvor det beror på beslutninger om pålæggelse af bøder for tilsidesættelse af konkurrencebestemmelserne, hvor det er tilstrækkeligt, at beslutningerne er ulovlige, for at Fællesskabet kan ifalde ansvar.

51. Subsidiært har appellanten gjort gældende, at Kommissionen ikke desto mindre har begået en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse i den foreliggende sag, og at Rettens antagelse på dette punkt er fejlagtig.

52. Hvad angår dette spørgsmål kritiserer appellanten for det første Retten for, at den

ikke ved vurderingen af, om Kommissionens krænkelse af fællesskabsretten var tilstrækkelig kvalificeret, har begrænset sig til at tage hensyn til, at der ikke var overladt Kommissionen noget skøn, da den traf cementbeslutningen. Ifølge appellanten har Retten på dette punkt, da den ved sin vurdering anvendte et supplerende kriterium vedrørende de faktiske omstændigheders komplekse karakter og vanskeligheden ved at anvende fællesskabsbestemmelserne om konkurrencebegrænsende aftaler, med urette fraveget gældende retspraksis, hvorefter det afgørende kriterium ved konstateringen af, om der er begået en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse, er den skønsmargen, den pågældende institution råder over.

53. For det andet har appellanten gjort gældende, at de handlinger, som er foreholdt ABZK og Nordcement i cementbeslutningen, og den retlige vurdering af dem ikke var så kompleks, at det kunne fritage Fællesskabet for ansvar. Kommissionen skulle nemlig alene efterprøve, om de to selskabers deltagelse i den udveksling af oplysninger vedrørende eksportmarkederne, som skete inden for rammerne af European Cement Export Commitee (herefter »ECEC«), kunne være i strid med fællesskabsbestemmelserne om konkurrencebegrænsende aftaler. Til grund for sin konklusion vedrørende den komplekse karakter af de faktiske omstændigheder og af de retlige spørgsmål, som var genstand for cementbeslutningen, tillagde Retten dels omstændigheder betydning til ugunst for appellanten, som var irrelevante for ABZK og Nordcement, dels vanskelighederne som følge af Kommissionens beslutning ved at behandle såvel de faktiske omstændigheder i forbindelse med disse to og de øvrige virksomheder som virksomhedernes stillingtagen under én og samme procedure og i forbindelse med én og samme beslutning.

54. Heroverfor er Kommissionen af den opfattelse, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl ved at antage, at vedtagelsen af cementbeslutningen i forhold til ABZK og Nordcement ikke udgjorde en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten, og ved som følge heraf at fastslå, at Fællesskabet ikke ifaldt ansvar uden for kontraktforhold.

55. Kommissionen bestrider, at appellantens sondring mellem lovgivningsforanstaltninger og individuelle beslutninger er relevant, og anfører, at en sådan sondring ikke ifølge nyeste retspraksis udgør et afgørende kriterium for bestemmelse af grænserne for den pågældende institutions skønsbeføjelse. Kommissionen anfører endvidere, at Retten med føje tog hensyn til kompleksiteten af de faktiske omstændigheder, som det påhvilede Kommissionen at vurdere. Endelig kan appellantens argument om, at de faktiske omstændigheder ikke var komplekse, ikke ifølge Kommissionen realitetsbehandles under appelsagen og er i øvrigt ubegrundet, da der ikke blot, som anført af Retten, måtte tages hensyn til ABZK's og Nordcements situation, men situationen i cementsektoren på daværende tidspunkt som helhed, der i cementdommen var betegnet som temmelig kompleks.

Gennemgang

56. I den appellerede dom fremhævede Retten først, at en række betingelser skal være opfyldt, for at Fællesskabet kan pådrage sig ansvar uden for kontraktforhold, bl.a. betingelsen om, at den adfærd, som bebrejdes institutionen, er retsstridig [25], og bemærkede derpå med rette hvad angår den nævnte betingelse, at det kræves efter Domstolens praksis, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder [26].

57. I modsætning til, hvad appellanten har hævdet — i hvilken forbindelse denne påberåber sig en retspraksis, der går langt tilbage i tiden [27] — gælder betingelsen om, at der skal foreligge en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse, ikke blot for de tilfælde, hvor den ulovlige adfærd, som den pågældende institution bebrejdes, består i vedtagelsen af en generel retsakt. Ifølge de af Domstolens domme, som Retten har henvist til, og ifølge de sidenhen afsagte domme [28], er betingelsen ikke begrænset til generelle retsakter, men gælder generelt [29].

58. Retten har derfor ikke begået en retlig fejl ved at antage, at det er en betingelse for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold for det tab, appellanten angiver at have lidt på grund af vedtagelsen af cementbeslutningen, at der fastslås at foreligge en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder.

59. Herefter går jeg over til at undersøge appellantens subsidiære argumentation, hvorved jeg navnlig skal fremhæve, at appellanten med urette har kritiseret Retten for, at den ikke på grundlag af sin konstatering af, at Kommissionens skønsbeføjelse i den foreliggende sag var »begrænset«, konkluderede, at der forelå en sådan kvalificeret krænkelse.

25 — Den appellerede doms præmis 86.

26 — Præmis 87. Retten henviser heri til dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 40 og 42-44, af 10.12.2002, sag C-312/00 P, Kommissionen mod Camar og Tico, Sml. I, s. 11355, præmis 52-55, og af 10.7.2003, sag C-472/00 P, Kommissionen mod Fresh Marine, Sml. I, s. 7541, præmis 24-26.

27 — Dom af 2.12.1971, sag 5/71, Aktien-Zuckerfabrik Schoeppenstedt mod Rådet, Sml. 1971, s. 275, org.ref.: Rec. s. 975, præmis 11, hvori Domstolen fastslog, at Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold for tab, som er forvoldt ved en generel retsakt, der indebærer valg af økonomisk-politisk karakter, er betinget af, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private.

28 — Dom af 23.3.2004, sag C-234/02 P, Ombudsmanden mod Lamberts, Sml. I, s. 2803, præmis 49, og af 12.7.2005, sag C-198/03 P, Kommissionen mod CEVA og Pfizer, Sml. I, s. 6357, præmis 63.

29 — Det er i øvrigt ikke rigtigt som anført af appellanten, at alle de af Domstolens domme, som Retten henviser til i den appellerede doms præmis 87, vedrørte et erstatningsansvar som følge af generelle retsakter. Dommen i sagen Kommissionen mod Camar og Tico vedrørte nemlig et erstatningsansvar uden for kontraktforhold som følge af en beslutning, hvormed Kommissionen afslog en anmodning om vedtagelse af midlertidige foranstaltninger i henhold til artikel 30 i Rådets forordning (EØF) nr. 404/93 af 13.2.1993 om den fælles markedsordning for bananer (EFT L 47, s. 1).

60. Det må medgives appellanten, at ifølge Domstolens praksis er det afgørende kriterium for, om der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten, om den pågældende fællesskabsinstitution åbenbar og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser, og at det afgørende kriterium for bestemmelsen af, om der foreligger en sådan overskridelse, er det skøn, som vedkommende institution rådede over [30].

61. Det fremgår imidlertid også af disse domme, at der efter den ordning, Domstolen har udviklet i henhold til artikel 288, stk. 2, EF, navnlig tages hensyn til kompleksiteten af de forhold, der skal reguleres, vanskelighederne at anvende eller fortolke bestemmelserne og især rammerne for det skøn, som den, der har udstedt den anfægtede retsakt, råder over [31].

62. Retten har derfor ikke begået nogen retlig fejl ved i forbindelse med vurderingen af, om der i den foreliggende sag forelå en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse, også lagde vægt på kompleksiteten af de forhold, Kommissionen skulle træffe afgørelse om, og vanskeligheden ved at anvende de pågældende bestemmelser i EF-traktaten.

63. Hvad dernæst angår kritikken af Rettens vurdering vedrørende kompleksiteten såvel af de forhold, som Kommissionen skulle træffe afgørelse om, som den retlige subsumption heraf, er det min opfattelse, at denne kritik alene kan realitetsbehandles hvad angår punktet om, at Retten i forbindelse med denne vurdering tillagde faktiske omstændigheder betydning, som var irrelevante for ABZK og Nordcement.

64. Jeg er her af den opfattelse, at hverken vurderingen af de faktiske omstændigheders kompleksitet eller vurderingen af kompleksiteten af den retlige subsumption udgør retsspørgsmål, men vedrører vurderingen af faktiske omstændigheder, der som bekendt ikke er undergivet Domstolens prøvelsesret under en appelsag vedrørende en af Retten afsagt dom, medmindre beviselementer, som er blevet forelagt Retten, er gengivet forkert [32], hvilket imidlertid ikke er gjort gældende at være sket i denne sag.

65. Derimod er det et retsspørgsmål, som kan prøves under en appelsag, om det i forbindelse med den vurdering af faktum, der foretages for at afgøre, om den tilsidesættelse af fællesskabsretten, som er begået til skade for en virksomhed, er tilstrækkelig kvalificeret, er lovligt også at tage hensyn til de

30 — Dommene i sagen Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, præmis 43 og 46, i sagen Kommissionen mod Camar og Tico, præmis 54 og 55, i sagen Kommissionen mod Fresh Marine, præmis 26 og 27, og i sagen Kommissionen mod CEVA og Pfizer, præmis 64 og 66.

31 — Dommene i sagen Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, præmis 40, i sagen Kommissionen mod Camar og Tico, præmis 52, i sagen Kommissionen mod Fresh Marine, præmis 24, og i sagen Kommissionen mod CEVA og Pfizer, præmis 62.

32 — Jf. bl.a. dom af 11.2.1999, sag C-390/95 P, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 769, præmis 29, og af 8.5.2003, sag C-122/01 P, T. Port mod Kommissionen, Sml. I, s. 4261, præmis 27.

faktiske omstændigheder i forbindelse med andre virksomheder og disses stillingtagen.

66. Hvad angår dette spørgsmål skal jeg indledningsvis bemærke, at i henseende til anvendelsen i den foreliggende sag af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, på formodede aftaler og samordnet praksis, dvs. overtrædelser, som pr. definition forudsætter, at der deltager to eller flere virksomheder, er det selvfølgelig klart, at Kommissionen ikke kan efterprøve, om en bestemt virksomhed har tilsidesat denne bestemmelse, såfremt den begrænser sig til at vurdere faktiske omstændigheder, der udelukkende vedrører denne virksomhed. Kommissionen kunne derfor ikke have vedtaget en særskilt beslutning udelukkende vedrørende ABZK og/eller Nordcement, således som det hævdes af appellanten [33].

67. Appellantens kritik vedrører hovedsagelig den omstændighed, at Retten har anset den langvarige procedure forud for cementdommen for bevis for kompleksiteten af sagen vedrørende ABZK eller Nordcement, hvorimod denne langvarige procedure efter appellantens opfattelse blot er en følge af Kommissionens og efterfølgende af Rettens beslutning om at behandle flere *indbyrdes forbundne sager* i én og samme afgørelse [34].

68. Det fremgår imidlertid ikke af den appellerede dom, at Rettens antagelse om, at de faktiske omstændigheder og den retlige subsumption heraf var komplekse, beror på den langvarige procedure forud for cementdommen.

69. Det er dog rigtigt, at Retten i første del af sine betragtninger [35] tilsyneladende ikke vurderer kompleksiteten af de særlige omstændigheder, som Kommissionen foreholdt ABZK og Nordcement og de øvrige virksomheder, som blev fundet at være ansvarlige for de nævnte overtrædelser, men vurderer kompleksiteten af hele den sag, som cementbeslutningen vedrørte (herefter »cementsagen«).

70. Jeg skal i den forbindelse erindre om, at Kommissionen i cementbeslutningen fastslog en lang række overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 [36]. ABZK og Nordcement blev dog kun fastslået at have begået to af disse overtrædelser, nemlig de i cementbeslutningens artikel 1 omhandlede overtrædelser vedrørende »deltage[lse] i en aftale om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet og regulering af cementleverancerne fra det ene land til det andet« og de i beslutningens artikel 5 omhandlede overtrædelser vedrørende udvekslingen af oplysninger inden for rammerne af ECEC vedrørende »udbuds- og efterspørgselssituationen

33 — Jf. appelskriftets punkt 52, in fine.
34 — Jf. appelskriftets punkt 52, in fine.
35 — Jf. den appellerede doms præmis 103-106.
36 — Jf. cementbeslutningens artikel 1-7.

i importerende tredjelande, eksportpriser, importsituationen i medlemslandene samt om udbuds- og efterspørgselssituationen på de interne markeder, og som havde til formål at undgå konkurrenters indtrængen på de respektive nationale markeder inden for EF«.

71. Under hensyn til, at Retten i den appellerede dom ikke skulle vurdere kompleksiteten af de pågældende forhold for at efterprøve, om varigheden af den administrative procedure var rimelig [37], men vurdere, om Kommissionens tilsidesættelse af fællesskabsretten til skade for ABZK og Nordcement var tilstrækkelig kvalificeret, finder jeg, at Retten ikke burde have henvist til cementsagen som sådan, *så længe den ikke præciserede denne henvisning yderligere* i den appellerede dom, men alene henvist til de overtrædelser, som var begået af disse to selskaber.

72. Hertil skal jeg dog på den ene side bemærke, at Retten i forbindelse med sin henvisning til cementsagen som sådan i det væsentlige fremhævede, at der var et stort antal virksomheder impliceret i sagen, nemlig næsten hele den europæiske cementbranche [38]. Det fremgår ved den blotte gennemlæsning af cementbeslutningens konklusion, at hver af de øvrige virksomheder, som i konklusionen blev fastslået at have begået overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, havde deltaget i den i beslutningens artikel 1 fastslåede overtrædelse sammen med ABZK og Nordcement. Heraf kan ikke udledes, at antallet af de virksomheder, som deltog i den nævnte overtrædelse, svarer nøjagtigt til det antal virksomheder, som var impliceret i cementsagen, og at de vanskeligheder, der beroede på det store antal implicerede virksomheder, som Retten henviste til i dommen, derfor også fandtes for i det mindste én af de to overtrædelser, som var foreholdt de nævnte virksomheder.

73. På den anden side fremhævede Retten i den efterfølgende del af sine betragtninger, at kompleksiteten af de forhold, der skulle tages stilling til, navnlig skyldtes følgende:

— den omstændighed, at de virksomheder, der var omfattet af Kommissionens undersøgelse, var direkte eller *kun indirekte* (og i så fald repræsenteret ved deres respektive sammenslutninger) medlemmer af Cembureau (Den Europæiske Cementsammenslutning), og af ABZK og Nordcement kun var indirekte medlemmer [39]

37 — I den anfægtede doms præmis 104 og 105 nævnte Retten nogle konstateringer vedrørende kompleksiteten af det sagsforhold, som var genstand for cementbeslutningen, og som blev foretaget i cementdommen, men dette skete i forbindelse med efterprøvelsen af, om den administrative procedures varighed var rimelig.

38 — Jf. den appellerede doms præmis 103, 105 og navnlig 114.

39 — Jf. den appellerede doms præmis 107.

— den omstændighed, at Kommissionen for så vidt angår den del af cementbeslutningen, der særlig vedrører disse to virksomheder, havde fået forelagt en række dokumentbeviser, hvis fortolkning ikke var åbenlys [40], og skulle bedømme et betydeligt antal dokumenter [41]

— navnlig den omstændighed, at Retten ganske vist annullerede cementbeslutningen hvad angår de to pågældende virksomheder, men ikke desto mindre fastslog, at Kommissionen rådede over et vist antal indicier til støtte for sin opfattelse — som Retten dog ikke fandt tilstrækkelig godtgjort — hvorefter samarbejdet inden for rammerne af ECEC både havde til formål og til følge af styrke overholdelsen af hjemmemarkedsprincippet [42].

74. Appellanten har hverken omtalt eller bestridt disse af Retten fremhævede omstændigheder, på grundlag af hvilke den endeligt konkluderede — tillige under hensyn til det store antal virksomheder, der var impliceret — at de forhold, som Kommissionen skulle tage stilling til, var overmåde vanskelige.

75. Selv om det således lægges til grund, at Retten har begået en fejl ved i første del af sine betragtninger vedrørende kompleksiteten af de forhold, som skulle afgøres, at have henvist til cementsagen som helhed og ikke til de særlige overtrædelser, som var foreholdt ABZK og Nordcement, har denne fejl ikke efter min opfattelse haft betydning for Rettens konklusion, som jeg har nævnt i det foregående punkt.

76. Hvad dernæst angår vanskelighederne ved at anvende de relevante retsregler findes der ikke noget holdepunkt i den appellerede dom for at antage, at Retten ikke har vurderet dem på grundlag af de overtrædelser, som særligt blev foreholdt ABZK og Nordcement. Tværtimod fremgår det udtrykkeligt af den appellerede doms præmis 115, at vanskelighederne ved at anvende EF-traktatens bestemmelser vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler »var endnu større, fordi de faktiske oplysninger, som forelå i [sagen], *herunder vedrørende den del af aftalen, der vedrørte [ABZK og Nordcement]*, var meget omfattende« [43].

40 — Samme dom, præmis 108.

41 — Samme dom, præmis 114.

42 — Samme dom, præmis 113.

43 — Min fremhævelse.

77. Jeg finder derfor heller ikke, at der bør gives appellanten medhold i kritikken på dette punkt.

78. Endelig skal jeg fremhæve — hvilket bekræfter lovligheden af at anlægge en helhedsbetragtning vedrørende den skønsmargen, Kommissionen rådede over tillige med kompleksiteten af de faktiske omstændigheder og vanskeligheden ved at anvende de foreliggende retsregler — at appelskriftet ikke indeholder en mere indgående argumentation vedrørende den afvejning, som Retten foretog på disse punkter, og hvoraf den konkluderede, at Kommissionen ikke havde begået en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten. Domstolen er derfor ikke forpligtet til at træffe afgørelse herom.

79. På grundlag af det af mig hidtil anførte er det min opfattelse, at også det andet anbringende bør forkastes.

Tredje anbringende vedrørende årsagsforbindelsen mellem den ulovlige adfærd og det hævdede tab

80. Hvis Domstolen ikke tager det andet anbringende til følge, således som jeg har foreslået, er det ikke nødvendigt også at behandle det tredje anbringende vedrørende årsagsforbindelsen mellem den ulovlige adfærd og det hævdede tab.

81. Da ifølge Domstolens faste praksis alle tre betingelser for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, skal være opfyldt — nemlig at den adfærd, som er foreholdt fællesskabsinstitutionen, er ulovlig, at der er indtrådt et tab, og at der er årsagsforbindelse mellem institutionens adfærd og det hævdede tab — er det tilstrækkeligt, at én af dem ikke er opfyldt for at afsige frifindelsesdom i et erstatningssøgsmål [44].

82. Da appellanten ikke har godtgjort, at der er begået retlige fejl, som afkræfter gyldigheden af Rettens konstatering om, at der ikke i den foreliggende sag er begået en tilstrækkelig kvalificeret krænkelse af fællesskabsretten, og da denne konstatering i sig selv gør det berettiget at forkaste det af appellanten anlagte erstatningssøgsmål, er en gennemgang af det tredje anbringende over-

44 — Jf. bl.a. dom af 15.1.1987, sag 253/84, GAEC de la Ségaude mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 123, præmis 9 og 21, af 9.9.1999, sag C-257/98 P, Lucaccioni mod Kommissionen, Sml. I, s. 5251, præmis 14, samt dommen i sagen Atlanta m.fl. mod Det Europæiske Fællesskab, præmis 65.

flødig, da det ikke *efter de angivne omstændigheder* giver grundlag for at anfægte den appellerede doms konklusion, selv om det måtte være begrundet [45].

83. Når jeg fortsætter min gennemgang af det tredje anbringende, er det kun for det tilfælde, at Domstolen tager det andet anbringende til følge eller beslutter at behandle det tredje anbringende før det andet.

Parternes argumenter

84. Appellanten har gjort gældende, at Retten fejlagtigt i den foreliggende sag har anvendt Domstolens retspraksis, hvorefter Fællesskabet kun er ansvarligt for et tab, som er en tilstrækkelig direkte følge af den pågældende institutions retsstridige adfærd [46].

85. Appellanten har for det første gjort gældende, at det hævdede tab er en tilstrækkelig direkte følge af cementbeslutningen, da appellanten ikke havde været nødsaget til at anlægge annullationssøgsmålet og at stille bankgarantien, hvis Kommissionen ikke havde vedtaget denne beslutning i forhold til appellanten.

86. For det andet har appellanten gjort gældende, at afgørelsen om at stille bankgarantien i stedet for en øjeblikkelig betaling af den pålagte bøde ikke afbryder årsagsforbindelsen, da de virksomheder, som var pålagt bøden, som følge af konklusionen i cementbeslutningen og den omstændighed, at et annullationssøgsmål ikke har opsættende virkning, var forpligtet til at opfylde Kommissionens krav om at sikre en betaling af bødebeløbet. Af denne grund er det uberettiget at behandle de to former for garantier, som kan stilles over for Kommissionen — nemlig stillelsen af en bankgaranti eller den øjeblikkelige betaling af bøden — forskelligt hvad angår disses retlige følger.

87. For det tredje fremhæver appellanten, at stillelsen af bankgarantien var i overensstemmelse med den »pligt til begrænsning af tabet«, der påhvilede appellanten som skadelidte som følge af den retsstridige adfærd, og begrænsede det tab, som Kommissionen ellers måtte have erstattet. Appellanten anfører herved, at såfremt virksomheden havde måttet tage et lån for at erhverve de nødvendige midler fra bankerne til at betale bøden, ville de renter, som virksomheden i så

45 — Sagt med andre ord er det tredje anbringende rettet mod et element, som er indføjet i Rettens dom for fuldstændighedens skyld, og bør derfor forkastes, da det er irrelevant, fordi dommens konklusion er baseret på et andet element i begrundelsen, *som ikke anfægtes af appellantens indsigelser.*

46 — Dom af 4.10.1979, forenede sager 64/76. 113/76, 167/78. 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier m.fl. mod Rådet, Sml. s. 3091, præmis 21.

fald skulle have betalt, og som Kommissionen havde været forpligtet til at erstatte den, have været større, selv efter fradrag af de renter, som Kommissionen ville have modtaget for bødebeløbet, end de gebyrer, som skulle betales for bankgarantierne. Det var derfor med urette, når Retten antog, at det påberåbte tab ikke kunne erstattes, fordi Kommissionen ellers ville være forpligtet til at erstatte beløb, som den aldrig havde haft til rådighed. Appellanten fremhæver, at formålet med erstatningspligten i henhold til artikel 288, stk. 2, EF netop er at lade institutionerne betale for tab, som forvoldes tredjemænd på grund af ulovlige beslutninger.

88. Heroverfor anfører Kommissionen, at der ikke er nogen som helst direkte årsagsforbindelse mellem dens handlemåde og det lidte tab, som alene beror på appellantens frie valg om at stille bankgarantien i stedet for den midlertidige betaling af bøden. Omkostningerne til bankgarantien ville være opstået, selv om Retten ikke havde givet appellanten medhold i dennes søgsmål til prøvelse af cementbeslutningen.

Gennemgang

89. Ifølge fast retspraksis ved Fællesskabets retsinstanser vedrørende ansvar uden for kontraktforhold i henhold til artikel 288, stk. 2, EF kan Fællesskabet kun ifalde ansvar for skader, som er en tilstrækkelig direkte følge af den pågældende institutions ulovlige adfærd [47], eller, sagt med andre ord, er det en betingelse for ansvaret, at der er en direkte [48] (eller umiddelbar [49]) årsagsforbindelse mellem den ulovlige adfærd og tabet [50].

90. Appellanten har ikke på noget punkt kritiseret denne retspraksis, som der er

47 — Dommen i sagen Dumortier m.fl. mod Rådet, præmis 21, Rettens dom af 11.7.1996, sag T-175/94, International Procurement Services mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 55, af 25.6.1997, sag T-7/96, Perillo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1061, præmis 41, og af 29.10.1998, sag T-13/96, TEAM mod Kommissionen, Sml. II, s. 4073, præmis 68.

48 — Dom af 30.1.1992, forenede sager C-363/88 og C-364/88, Finsider m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 359, præmis 28 og 50 (som dog vedrørte EKSF's ansvar uden for kontraktforhold), dommen i sagen Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, præmis 41 og 42, kendelse af 12.4.2005, sag C-80/04 P, DLD Trading mod Rådet (ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 45), samt Rettens dom af 18.9.1995, sag T-168/94, Blackspur m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2627, præmis 40, og af 13.9.2006, sag T-226/01, CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen (Sml. II, s. 2763, præmis 37).

49 — Dommen i sagen Finsider m.fl. mod Kommissionen, præmis 25.

50 — I øvrigt kræves der efter praksis ved Fællesskabets retsinstanser også en direkte årsagsforbindelse for at kende en medlemsstat ansvarlig uden for kontraktforhold for tab, der er forvoldt på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes denne. Se dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 51 og 65, af 23.5.1996, sag C-5/94, Hedley Lomas, Sml. I, s. 2553, præmis 25 og 32, og af 15.6.1999, sag C-140/97, Rechberger m.fl., Sml. I, s. 3499, præmis 72.

henvist til i den appellerede dom, og som appellanten udtrykkeligt har påberåbt sig. Derimod har appellanten gjort gældende, at Retten har anvendt denne retspraksis forkert i den foreliggende sag.

91. Så vidt jeg kan se, er det krav om årsagsforbindelse, som appellanten baserer sig på i første del af det foreliggende anbringende (jf. ovenfor, punkt 85), og hvorefter der består den nødvendige årsagsforbindelse derved, at ABZK og Nordcement ikke ville have været nødt til at stille bankgarantien, hvis Kommissionen ikke havde vedtaget cementbeslutningen i forhold til dem, imidlertid reelt forskelligt fra det krav om årsagsforbindelse, der kan udledes af praksis ved Fællesskabets retsinstanser. Et sådant argument — som må antages til realitetsbehandling, da det rejser et retsspørgsmål — er tilsyneladende baseret på den opfattelse, at det er *tilstrækkeligt* for, at der består en årsagsforbindelse, at den ulovlige adfærd har udgjort en nødvendig betingelse (*condicio sine qua non*) for tabets opståen, således at forstå, at dette ikke ville være opstået, hvis ikke der var fulgt en sådan adfærd.

92. Det er dog klart, at en så vid opfattelse af kravet om årsagsforbindelse, som har et vist grundlag i de regler om ansvar uden for kontraktforhold, der gælder i et begrænset antal medlemsstater, ikke er anerkendt i den praksis vedrørende artikel 288, stk. 2, EF, som følges af Fællesskabets retsinstanser. Ifølge denne praksis er Fællesskabets ansvar, som anført ovenfor i punkt 89, begrænset til tab, som er en direkte — eller *tilstrækkelig* direkte — følge af den pågældende institutions ulovlige adfærd, hvilket navnlig udelukker, at ansvaret omfatter tab, som er en fjern følge af en sådan adfærd [51].

93. Første led af dette anbringende må derfor efter min opfattelse forkastes.

94. Inden for rammerne af dette anbringende har appellanten dog også fremført en række andre argumenter (jf. ovenfor, punkt 86 og 87), som ikke nødvendigvis forudsætter en opfattelse af kravet om årsagsforbindelse, der udelukkende er baseret på en *condicio sine qua non*-betingelse, og som logisk set ikke forekommer uforenelig med en mere snæver opfattelse af kravet om årsagsforbindelse. Med disse argumenter vil appellanten godtgøre, at dennes beslutning om at stille bankgarantien ikke afbrød (den direkte) årsagsforbindelse mellem cementbe-

51 — Jf. dommen i sagen Dumortier m.fl. mod Rådet, præmis 21.

slutningen og tabet som følge af garantistillelsen.

95. Jeg skal erindre om, at Retten i den foreliggende sag fandt, at der ikke var nogen årsagsforbindelse hovedsagelig ud fra den betragtning, at løsningen med at stille en bankgaranti i stedet for en øjeblikkelig betaling af bøden var en »fri valgmulighed« for »[v]irksomhederne«, og at denne mulighed »derfor ikke [var en tvingende følge af] cementbeslutningen« [52].

96. Denne betragtning bygger tilsyneladende på den opfattelse, at når en handling fra skadelidte selv, som er indtrådt efter institutionens ulovlige adfærd, er en medvirkende årsag til den forvoldte skade, afbryder den årsagsforbindelsen mellem den ulovlige adfærd og tabet, når denne omstændighed ikke er en *nødvendig* følge af institutionens adfærd, men resultatet af skadelidtes frie valg, som ikke er tvingende for denne. Et sådant valg er en omstændighed, der skyder sig ind mellem institutionens adfærd og tabet med den konsekvens, at tabet kun er en indirekte eller fjern følge af institutionens adfærd.

97. Andet og tredje led af det foreliggende anbringende går navnlig ud på, at appellanten beslutning i det foreliggende tilfælde om at stille bankgarantien absolut ikke var fri, som antaget af Retten, men tvingende. Herom anfører appellanten, at stillelsen af bankgarantien dels beroede på forpligtelsen til at opfylde Kommissionens krav om at sikre betalingen af bøden, dels skadelidtes »pligt til begrænsning af tabet«.

98. Hvad dette spørgsmål angår må det først efterprøves, om disse argumenter kan behandles under en appelsag, eller om de må afvises, fordi de bestrider den konstatering eller vurdering af faktiske omstændigheder, som er foretaget i den appellerede dom.

99. Jeg skal fremhæve, at appellanten med disse argumenter tilsyneladende ikke anfægter rigtigheden af den fortolkning, som Retten har anlagt — og som forekommer mig at være temmelig restriktiv — hvorefter et tab ikke er tilstrækkelig direkte forvoldt af institutionens adfærd, medmindre det er en nødvendig følge heraf. Appellanten forfægter ikke en anden opfattelse af kravet om årsagsforbindelse, men anfægter tilsyneladende kun, at Rettens betegnede beslutningen om bankgarantiens stillelse som en beslutning, som den virksomhed, der blev

52 — Den appellerede doms præmis 123 og 124.

pålagt bøden, traf efter en fri — og ikke tvingende — beslutning.

100. Det er et spørgsmål, om Rettens antagelse på dette punkt er resultatet af en *vurdering af de faktiske omstændigheder*, der som sådan er unddraget Domstolens prøvelsesret, eller om den skal anses for en *retlig subsumption af de faktiske omstændigheder*, der kan anfægtes ved Domstolen.

101. Jeg er tilbøjelig til at mene, at selv om denne vurdering udgør et middel til en konkret efterprøvelse af årsagsforbindelsen, er der tale om en retlig subsumption af faktiske omstændigheder, som indebærer, at appellantens anbringender på det angivne punkt må tages under realitetsbehandling. Efter min opfattelse bør der dog ikke gives appellanten medhold deri.

102. På den ene side kan stillelsen af en bankgaranti ikke, så vidt jeg kan skønne, anses for en alternativ forpligtelse for den virksomhed, som pålægges bøden. Som Retten korrekt har fremhævet, er den virksomhed, som pålægges at betale en bøde ved en af Kommissionen truffet beslutning, retligt forpligtet til at betale bøden inden for den i beslutningen fastsatte frist, medmindre Retten suspenderer beslutningens retsvirkninger. Derimod udgør stillelsen af en bankgaranti alene en mulighed, som Kommissionen tilbyder den virksomhed, bøden er pålagt, for midlertidigt at udsætte denne forpligtelse, så længe retssagen vedrørende bødebeslutningen varer.

103. Det er derfor ikke muligt at anlægge samme vurdering vedrørende betalingen af bøden og stillelsen af en bankgaranti i forbindelse med behandlingen af det foreliggende spørgsmål, der — såfremt det er nødvendigt at præcisere det — vedrører en fortolkning som den ovenfor i punkt 96 nævnte, som appellanten ikke anfægter med de her behandlede argumenter, og hvis rigtighed det derfor ikke er nødvendigt, at Domstolen træffer afgørelse om.

104. Selv om det på den anden side må medgives, at skadelidte ifølge en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, på passende måde skal søge at begrænse skadens omfang, idet vedkommende ellers selv må bære tabet [53], er det efter min opfattelse for vidtgående at antage, at en virksomhed, der retsstridigt er pålagt betaling af en bøde, ligefrem kan anses for forpligtet til at stille en bankgaranti, såfremt denne på forhånd fremgår at ville

53 — Dom af 19.5.1992, forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 3061, præmis 33, dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame (præmis 85), og dom af 16.3.2000, sag C-284/98 P, Parlamentet mod Bieber, Sml. I, s. 1527, præmis 57.

medføre færre omkostninger end det tab, som Kommissionen i givet fald kan tænkes at måtte erstatte.

105. Jeg skal derfor foreslå Domstolen at forkaste de argumenter, som appellanten har gjort gældende til godtgørelse af, at beslutningen om at stille bankgarantien i den foreliggende sag i modsætning til, hvad Retten har fastslået i den appellerede dom, var en tvingende beslutning og *derfor* kunne afbryde årsagsforbindelsen mellem cementbeslutningen og det lidte tab.

106. I tredje del af det foreliggende anbringende (jf. ovenfor, punkt 87) genfindes dog et yderligere argument, som ikke er baseret på skadelidtes »pligt til begrænsning af skaden«, men på en afbødning af de skadelige virkninger af cementbeslutningen ved stillelse af bankgarantien [54].

107. Med dette argument kritiserer appellanten de af Rettens betragtninger i den appellerede dom vedrørende årsagsforbindelsen, hvorved denne udelukkede, at appellanten kunne påberåbe sig princippet om forbud mod ugrundet berigelse til støtte for kravet om erstatning af omkostningerne til bankgarantien. Rettens betragtninger herom findes i den appellerede doms præmis 130, hvori det hedder:

»[...] [Det må konstateres], at Kommissionens afslag på at godtgøre omkostningerne til bankgaranti [...] ikke medførte en ugrundet berigelse for Fællesskabet, idet omkostningerne til den nævnte bankgaranti ikke skyldtes betaling til Fællesskabet, men til tredjemand. Pligten til overholdelsen af det almindelige princip om forbud mod ugrundet berigelse kan derfor på ingen måde begrunde en sådan godtgørelse. Tværtimod bemærkes, at såfremt Kommissionen skulle godtgøre omkostningerne ved at stille en bankgaranti, ville dette stille virksomheden, som den var stillet før vedtagelsen af den anfægtede beslutning, men Kommissionen ville derimod blive pålagt en byrde, idet den ville skulle godtgøre den pågældende virksomhed et beløb, som den ikke havde oppebåret« [55].

54 — Jf. appelskriftets punkt 63 in fine.

55 — I punkt 20 i stævningen i sagen ved Retten henviste appellanten udtrykkeligt til princippet om forbud mod ugrundet berigelse og til Rettens anvendelse af dette princip i dommen af 10.10.2001, sag T-171/99, Corus UK mod Kommissionen, Sml. II, s. 2967, til støtte for sit anbringende om, at Kommissionen var forpligtet til at betale renter af den ulovligt pålagte og opkrævede bøde.

108. Forbuddet mod ugrundet berigelse, som er et almindeligt princip i fællesskabsretten, og som også gælder i forhold til Fællesskabet[56] kan ikke i den foreliggende sag anvendes som selvstændigt grundlag for appellantens krav over for Kommissionen om erstatning af omkostningerne for bankgarantien. Som anført i den appellerede dom, og som det klart fremgår også af appelskriftet, er dette krav et erstatningskrav baseret på Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold i henhold til artikel 288, stk. 2, EF. Derimod har det generelle princip om forbud mod ugrundet berigelse betydning som kriterium for fortolkningen af den betingelse om årsagsforbindelse, som er relevant for, om der ifaldes et sådant ansvar. Det er i forbindelse med behandlingen af denne betingelse, at Retten, som tidligere anført, anlagde de betragtninger, jeg har gengivet i det foregående punkt, og som appellanten anfægter under appelsagen ved Domstolen i forbindelse med sit tredje anbringende, der også vedrører denne betingelse.

109. Det her behandlede af appellanten fremførte argument, som er rettet mod de betragtninger, hvorved Retten udelukkede, at appellanten kan påberåbe sig det almindelige princip om forbud mod ugrundet berigelse, bør efter min opfattelse forstås således, at appellanten ønsker anerkendt, at beslutningen om at stille bankgarantien — uafhængig af, om denne er fri eller tvungen — ikke kan antages at have afbrudt den direkte årsagsforbindelse mellem den ulovlige adfærd og tabet, *da den har afbødet omfanget af tabet* som følge af Kommissionens ulovlige adfærd, og at beslutningen ikke er i strid med det nævnte princip.

110. Dette argument, som rejser et retsspørgsmål og derfor må realitetsbehandles under appelsagen, bør efter min opfattelse tages under nøjere overvejelse.

111. Appellanten anfører navnlig, at ABZK og Nordcement ved at stille bankgarantien i stedet for at betale bøden kunne undgå at optage et lån af banker til tilvejebringelse af de nødvendige midler til betalingen af bøden. Hvis appellanten derimod havde optaget lånet, havde Kommissionen været forpligtet til i medfør af artikel 288, stk. 2, EF at erstatte appellanten de renter af lånet, som ville være påløbet, efter fradrag af de renter, som institutionen kunne have oppebåret af de beløb, den havde modtaget som betaling af bøden. Det herved fremkomne beløb ville efter appellantens opfattelse i alt fald have været større end de faktisk afholdte omkostninger til bankgarantien.

56 — Dom af 10.7.1990, sag C-259/87, Grækenland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2845, summarisk offentliggørelse, præmis 26. Jf. også dommen i sagen Corus UK mod Kommissionen, præmis 55, og dom af 23.11.2004, sag T-166/98, Cantina sociale di Dolianova m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3991, præmis 160.

112. Jeg er ligesom appellanten af den opfattelse, at Retten fejlagtigt har afvist den mulighed, at Fællesskabet kan have erhvervet en ugrundet berigelse, med henvisning til, at disse omkostninger ikke er blevet betalt til Fællesskabet, men til tredjemand (bankerne), samtidig med at den understregede, at Kommissionen, hvis den skulle godtgøre disse omkostninger, derved ville blive stillet ringere, da den i så fald skulle godtgøre et beløb, som den ikke havde oppebåret.

113. Med disse betragtninger har Retten overset, at der kan foreligge en »berigelse« ikke blot, når den pågældendes formue forøges, men også når dennes forpligtelser (gældsforpligtelse) reduceres. Retten har her fejlagtigt fokuseret på, at Kommissionen ikke havde modtaget nogen betaling, hvor Retten efter min opfattelse burde have taget hensyn til de gældsforpligtelser (pligt til erstatning af tab), som Fællesskabet ville have pådraget sig, såfremt den retsstridigt pålagte bøde var blevet betalt.

114. Det er min opfattelse, at såfremt det på den ene side godtgøres, at situationen på finansmarkederne og for de virksomheder, som var pålagt bøder, faktisk var af en sådan karakter, at stillelsen af bankgarantien indebar undgåelsen af et tab (som ikke var dækket af det beløb, Kommissionen ville have været forpligtet til at betale i renter af bødebeløbet [57]), som var større end omkostningerne til bankgarantien, og på den anden side godtgjort, at Kommissionen ville have været forpligtet til at erstatte dette tab som følge af sit erstatningsansvar i henhold til artikel 288, stk. 2, EF, for ulovlig adfærd, vil appellanten i medfør af denne bestemmelse have ret til erstatning af disse omkostninger fra Fællesskabet.

115. Når en culpøs adfærd fra den, som har lidt skade på grund af en ulovlig handlemåde, og som har medvirket til skadelidtes tab, under visse betingelser kan afbryde årsagsforbindelsen mellem den ulovlige handlemåde og tabet, må det antages, at det samme gælder for skadelidte, når dennes handlemåde opfylder de gældende krav til omhu, og når denne handlemåde i kraft af, at den ændrer den kausale følge af den ulovlige foranstaltning, har medført et andet og mindre tab end det tab, der ellers ville opstå

57 — Hvilket beløb Kommissionen ifølge artikel 233 EF er forpligtet til at tilbagebetale sammen med den bøde, der fejlagtigt er erlagt til opfyldelse af en dom om ophævelse eller nedsættelse af en bøde, som er pålagt en virksomhed for overtrædelse af traktatens konkurrenceregler. Se i samme retning dom af 8.7.2004, sag T-48/00, Corus UK mod Kommissionen, Sml. II, s. 2325, præmis 223, og kendelse af 4.5.2005, sag T-86/03, Holcim (France) mod Kommissionen, Sml. II, s. 1539, præmis 30.

som følge af den ulovlige foranstaltning, og som skulle erstattes [58].

116. Man kan også udtrykke det på den måde, at hvor skadelidte har fulgt en påpasselig handlemåde, hvorved tabet er undgået eller dets omfang begrænset, skal vurderingen af Fællesskabets ansvar (som følge af en ulovlig adfærd) for omkostninger eller andre tab, som er forvoldt skadelidte ved iagttagelsen af denne handlemåde, foretages på grundlag af en efterprøvelse af, om der er direkte årsagsforbindelse mellem den ulovlige adfærd og det afværgede erstatningspligtige tab og ikke mellem den ulovlige adfærd og de pågældende omkostninger eller tabet.

117. Det bør dog tilføjes, at der bør være ret til erstatning af de omkostninger eller det tab, som den, der har lidt skade på grund af en ulovlig adfærd, har lidt i et påpasseligt forsøg på at afbøde tabet — i det mindste op til det erstatningspligtige beløb, som er undgået — endog i det tilfælde, hvor tabet er lig med eller større end dette beløb.

118. Appellantens kritik af de af Rettens betragtninger, som jeg har gengivet ovenfor i punkt 107, er derfor efter min opfattelse berettiget.

119. Hvis Domstolen i modsætning til det af mig foreslåede tager det andet anbringende til følge, bør også det tredje anbringende efter min opfattelse tages til følge med de af mig just nævnte begrænsninger.

Afgørelsen vedrørende realiteten i erstatningssøgsmålet

120. Artikel 61 i Domstolens statut bestemmer: »Giver Domstolen appellanten med-

58 — I den forbindelse er der grund til at gøre opmærksom på, at der i nutiden er gjort en række forsøg af forskere på området på at kodificere europæiske principper om civilt ansvar (foretaget på grundlag af en sammenlignende undersøgelse af de nationale retssystemer med det formål at stimulere til eftertanke og forberede en eventuel fremtidig harmonisering af retssystemerne eller fastsættelse af ensartede regler), og at der inden for rammerne af to af de mest kendte projekter herom — nemlig projektet fra European Group on Tort Law (europæisk gruppe vedrørende civilt ansvar, herefter »EGTL«) i Wien (http://www.egtl.org) og projektet fra Study Group on a European Civil Code (studiegruppe for en europæisk civil kodeks, herefter »SGECC«) Osnabrück (http://www.sgecc.net) — er udfærdiget retsforskrifter om erstatning af omkostninger, som med rimelighed er afholdt for at afbøde et frygtet tab eller begrænse dets omfang. Se artikel 2:104 i »Europæiske retsprincipper for civilt ansvar«, der er udarbejdet af EGTL (udgave fra maj 2005) og artikel 6:302 om »Europæiske retsprincipper for civilt ansvar«, der er udarbejdet af SGECC (udgave fra november 2005).

hold, ophæver den den af Retten trufne afgørelse. Domstolen kan i denne forbindelse enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.«

121. Henset til den konklusion, jeg er nået frem til ved gennemgangen af det andet anbringende, som ville være tilstrækkeligt til at frifinde Kommissionen, skal jeg hvad angår muligheden af, at Domstolen anvender denne bestemmelse for det tilfælde, at det andet og tredje anbringende tages til følge, begrænse mig til én bemærkning.

122. Selv om appellanten har nedlagt påstand om, at Domstolen træffer endelig afgørelse i sagen og pålægger Kommissionen at erstatte udgifterne til bankgarantien tillige med renter, har appellanten hverken under sagen ved Retten eller under sagen ved Domstolen fremlagt nogen som helst dokumentation for, at betalingen af bøden i stedet for stillelsen af bankgarantien ville have affødt et erstatningspligtigt tab, som ikke ville være dækket af Kommissionens betaling af renterne af bødebeløbet. Navnlig har appellanten ikke fremlagt mere detaljerede oplysninger og beviser såvel vedrørende den omstændighed, at det var nødvendigt for ABZK og Nordcement at indgå lån til betaling af den pålagte bøde, som vedrørende størrelsen af de renter, som skulle have været betalt af sådanne lån.

123. Denne bemærkning — som efter min opfattelse indebærer, at det ikke er berettiget at erstatte de pågældende præmisser i den appellerende dom, således at dommen ikke kan ophæves på grundlag af appellantens tredje anbringende[59] begrunder efter min opfattelse, at Domstolen, hvis den ophæver Rettens dom på dette punkt, træffer endelig afgørelse i sagen og i den forbindelse frifinder indstævnte for erstatningspåstanden.

Sagens omkostninger

124. Ifølge procesreglementets artikel 122, første afsnit, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt der ikke gives appellanten medhold. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

59 — Jeg skal i den forbindelse erindre om, at ifølge praksis ved Fællesskabets retsinstanser kan de retlige fejl, som begås af Retten, ikke medføre ophævelse af den appellerede dom, hvis domskonklusionen er berettiget af andre *grunde* (jf. i denne retning dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 47, dommen i sagen Kommissionen mod Camar og Tico, præmis 57, samt dom af 30.9.2003, sag C-93/02 P, Biret International mod Rådet, Sml. I, s. 10497, præmis 60). Den af mig anførte bemærkning vedrører imidlertid konstateringen af de faktiske omstændigheder og vurderingen af beviser for faktum, men ikke den retlige subsumption af de faktiske omstændigheder, som er foretaget af Retten.

125. Da mit forslag går ud på, at Domstolen ikke giver appellanten medhold i sagen, og da Kommissionen har nedlagt påstand om, at denne pålægges at betale sagens omkostninger, bør appellanten tilpligtes at afholde dem.

Forslag til afgørelse

126. På grundlag af de anførte betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at afsige følgende dom:

»— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

— Appellanten betaler sagens omkostninger.«