FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 2. september 2010 [1]

1. Denne sag ligger i forlængelse af den sag, der gav anledning til dom af 17. juli 2008, Athinaïki Techniki mod Kommissionen [2].

2. I denne dom fastslog Domstolen, at der, da Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber den 2. juni 2004 traf beslutning om administrativ henlæggelse af klagen fra det selskab, hvis rettigheder Athinaïki Techniki er indtrådt i [3], var tale om en »beslutning« som omhandlet i artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 [4], og dermed en retsakt, der kan anfægtes. Domstolen hjemviste sagen til De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, for at denne kunne træffe afgørelse om Athinaïki Technikis påstand om annullation af denne retsakt.

3. Den 26. september 2008 gav Kommissionen appellanten skriftlig meddelelse om, at den på baggrund af Domstolens dom trak den skrivelse, hvori den havde underrettet appellanten om klagens henlæggelse, tilbage, og at den ville genåbne proceduren, idet den desuden gentog sin tidligere opfordring til appellanten om at fremlægge dokumentation for, at der var ydet statsstøtte.

4. Ved kendelse af 29. juni 2009, Athinaïki Techniki mod Kommissionen [5], fastslog Retten, at påstanden om annullation af beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004 som følge af denne skrivelse var blevet uden genstand.

5. Athinaïki Techniki har iværksat appel til prøvelse af denne kendelse og i den forbindelse gjort gældende, at Retten ikke tog hensyn til de betingelser, hvorunder Kommissionen kunne tilbagekalde sin beslutning om henlæggelse, således som de fremgår af dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen.

6. Jeg foreslår i dette forslag til afgørelse, at Domstolen tager appellantens påstand til følge.

7. Det anføres, at appellanten ifølge Athinaïki Techniki-dommen havde krav på

1 — Originalsprog: fransk.
2 — Sag C-521/06 P, Sml. I, s. 5829.
3 — Herefter »Athinaïki Techniki«.
4 — Forordning af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel [88] (EFT L 83, s. 1).
5 — Sag T-94/05 (herefter »den appellerede kendelse«).

domstolsprøvelse af Kommissionens vurdering om, at der ud fra de oplysninger, som denne institution rådede over den 2. juni 2004, ikke var grundlag for at indlede en formel undersøgelsesprocedure, og at det var berettiget at henlægge sagen.

8. Det vil fremgå, at Kommissionen som følge af denne dom kun havde ret til at tilbagekalde sin beslutning om at henlægge sagen, hvis det skete for at bringe den i overensstemmelse med reglerne. Det anføres, at skrivelsen af 26. september 2008 ikke klarlægger, hvorfor Kommissionen valgte at tilbagekalde denne beslutning og at genåbne den indledende undersøgelsesprocedure. Denne tilbagekaldelse er efter min opfattelse ikke berettiget og forhindrer appellanten i at få prøvet klagens henlæggelse ved domstolene, hvilket er i strid med dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen. Det udledes heraf, at den appellerede kendelse, der dannede grundlag for Kommissionens tilbagekaldelse af den omtvistede beslutning om henlæggelse, er udtryk for urigtig retsanvendelse.

9. Jeg gør subsidiært opmærksom på, at den appellerede kendelse ligeledes er udtryk for urigtig retsanvendelse, for så vidt som Retten har fastslået, at skrivelsen af 26. september 2008, hvorved den omtvistede beslutning tilbagekaldes, har haft samme virkning som en annullationsdom, og at appellanten derfor ikke længere har interesse i at få beslutningen om henlæggelse annulleret.

I — Den retlige og faktiske baggrund for den appellerede kendelse

A — *De faktiske omstændigheder, der gik forud for dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen*

10. I oktober 2001 indledte de græske myndigheder en procedure for indgåelse af offentlige kontrakter med henblik på at overdrage 49 % af kapitalen i Casino Mont Parnès. To kandidater konkurrerede, nemlig konsortiet Casino Attikis og Hyatt Consortium. Efter en procedure, der hævdes at være behæftet med en mangel, blev Hyatt Consortium tildelt kontrakten.

11. Et medlem af konsortiet Casino Attikis, Egnatia SA, som Athinaïki Techniki efterfulgte efter en fusion, indgav klager til henholdsvis Kommissionens Generaldirektorat (GD) »Det Indre Marked« og GD »Konkurrence«. Det første generaldirektorat skulle udtale sig om, hvorvidt proceduren i forbindelse med overdragelsen af 49 % af kapitalen i Casino Mont Parnès var i overensstemmelse med fællesskabsretten, mens det andet modtog en klage vedrørende statsstøtte, som Hyatt Consortium var blevet tildelt i forbindelse med samme procedure.

12. Ved skrivelse af 15. juli 2003 erindrede GD »Konkurrence« Athinaïki Techniki om sin afgørelsespraksis, hvorefter overdragelsen

af et offentligt gode i forbindelse med en udbudsprocedure ikke udgør statsstøtte, når denne procedure er gennemført på gennemsigtig vis og ikke har medført forskelsbehandling. Generaldirektoratet meddelte derfor Athinaïki Techniki, at det ikke kunne udtale sig, før GD »Det Indre Marked« havde afsluttet undersøgelsen af den pågældende procedure for indgåelse af offentlige kontrakter.

13. Ved e-mail af 28. august 2003 præciserede Athinaïki Technikis repræsentant i det væsentlige, at klagen vedrørende statsstøtte omhandlede forhold, der adskilte sig fra proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter, og at tjenestegrenene ved GD »Konkurrence« ikke skulle afvente konklusionerne fra GD »Indre Marked«.

14. Ved skrivelse af 16. september 2003 gentog tjenestegrenene ved GD »Konkurrence« ordlyden af skrivelsen af 15. juli 2003, men opfordrede Athinaïki Techniki til at fremkomme med yderligere bemærkninger vedrørende enhver anden støtte, der ikke var forbundet med tildelingen af kontrakten vedrørende kasinoet.

15. Ved skrivelser af 22. januar og 4. august 2004 meddelte tjenestegrenene ved GD »Indre Marked« Athinaïki Techniki, at de ikke påtænkte at fortsætte behandlingen af de to klager, de havde modtaget.

16. Dernæst tilsendte Kommissionen Athinaïki Techniki skrivelsen af 2. december 2004, som lød således:

»Jeg henholder mig til Deres telefoniske forespørgsel om, hvorvidt Kommissionen fortsætter sin undersøgelse i nævnte sag, eller om sagen er blevet henlagt.

Ved skrivelse af 16. september 2003 har Kommissionen meddelt Dem, at den på grundlag af de oplysninger, den er i besiddelse af, ikke finder, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fortsætte undersøgelsen af sagen (i henhold til artikel 20 i [forordning nr. 659/1999]).

Da der ikke foreligger nogen yderligere oplysninger, der kan begrunde fortsættelsen af undersøgelsen, har Kommissionen henlagt sagen den 2. juni 2004.«

17. Den 18. februar 2005 anlagde Athinaïki Techniki ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor sag med påstand om annullation af den beslutning om henlæggelse, som selskabet havde fået kendskab til ved denne skrivelse.

18. Ved kendelse af 26. september 2006, Athinaïki Techniki mod Kommissionen [6], tog Retten den formalitetsindsigelse, som Kommissionen havde fremsat, til følge. Retten fastslog, at den nævnte skrivelse ikke

6 — Sag T-94/05.

udgjorde en beslutning i den i artikel 25 i forordning nr. 659/1999 omhandlede forstand og ikke havde retsvirkninger, og at den dermed ikke kunne være genstand for et søgsmål i medfør af artikel 230 EF.

19. Athinaïki Techniki iværksatte appel til prøvelse af denne kendelse.

B — *Dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen*

20. Domstolen bemærkede indledningsvis, at det annullationssøgsmål, der var anlagt af Athinaïki Techniki, ikke vedrørte skrivelsen af 2. december 2004 som sådan, men den af GD »Konkurrence« vedtagne beslutning om at henlægge selskabets klage over statsstøtte, som Den Hellenske Republik havde ydet konsortiet Hyatt Regency i forbindelse med det offentlige udbud vedrørende Casino Mont Parnès.

21. Domstolen understregede ligeledes, at Athinaïki Techniki havde nedlagt påstand om annullation af denne beslutning, fordi den var blevet vedtaget i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, uden at Kommissionen forinden havde indledt den formelle undersøgelsesprocedure som fastsat i artikel 88, stk. 2, EF, som ville have givet selskabet mulighed for at fremsætte bemærkninger.

22. Ud fra disse betragtninger præciserede den først karakteren af de retsakter, som var truffet ved afslutningen af den indledende undersøgelsesfase, og undersøgte dernæst, om Retten med føje kunne fastslå, at den omtvistede beslutning om henlæggelse ikke var en retsakt, der kunne anfægtes.

1. Karakteren af de retsakter, som blev truffet ved udløbet af den indledende fase af undersøgelsen af støtteforanstaltningerne

23. Domstolen bemærkede indledningsvis, at der i forbindelse med proceduren for kontrol med statsstøtte skal sondres mellem på den ene side den indledende fase af undersøgelsen af støtteforanstaltninger, der alene har til formål at gøre det muligt for Kommissionen at danne sig en første opfattelse af, om den pågældende støtte er delvis eller fuldt ud forenelig med fællesmarkedet, og på den anden side den formelle undersøgelsesfase, som skal give denne institution mulighed for at opnå fuldstændige oplysninger om sagens momenter, idet den anden fase er uundværlig, når Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder ved undersøgelsen af, om en støtte er forenelig med fællesmarkedet [7].

24. Den forklarede, at det først er i den sidstnævnte fase, at Kommissionen i henhold til EF-traktaten er forpligtet til at give de interesserede parter adgang til at fremsætte deres bemærkninger. Hvis Kommissionen efter afslutningen af den første fase træffer en anden

7 — Dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, præmis 33 og 34.

beslutning end at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, har disse parter derfor ret til at anfægte denne beslutning for at sikre, at de processuelle garantier overholdes [8].

25. Domstolen gjorde desuden opmærksom på, at forordning nr. 659/1999 indrømmer de interesserede parter ret til at iværksætte den indledende undersøgelsesfase ved at tilstille Kommissionen oplysninger om en angiveligt ulovlig støtte, og at Kommissionen er forpligtet til uopholdeligt at undersøge, om der foreligger en sådan støtte, og om den er forenelig med fællesmarkedet. Selv om de interesserede parter ikke kan hævde deres ret til forsvar under denne procedure, har de imidlertid ret til at deltage heri i rimeligt omfang under hensyn til den pågældende sags omstændigheder, hvilket indebærer, at Kommissionen skal give de interesserede parter mulighed for at fremsætte yderligere bemærkninger inden for en rimelig frist, når den i henhold til artikel 20, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 659/1999 giver dem meddelelse om, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at undersøge sagen [9].

26. Domstolen anlagde endvidere følgende ræsonnement:

»40 Når disse bemærkninger er fremsat, eller den rimelige frist er udløbet, bestemmer artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, at Kommissionen skal afslutte den indledende undersøgelsesfase ved en beslutning i henhold til forordningens artikel 4, stk. 2, 3 eller 4, nemlig en beslutning om, at der ikke foreligger støtte, om ikke at rejse indsigelser eller om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Kommissionen kan derfor ikke forblive passiv under den indledende undersøgelsesfase. På et givet tidspunkt tilkommer det den enten at indlede den næste undersøgelsesfase eller at henlægge sagen ved vedtagelse af en beslutning herom (jf. for så vidt angår proceduren på konkurrenceområdet dom af 18.3.1997, sag C-282/95 P, Guérin automobiles mod Kommissionen, Sml. I, s. 1503, præmis 36). I henhold til artikel 20, stk. 2, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 skal Kommissionen, når den vedtager en beslutning på grundlag af oplysninger fra den interesserede part, sende vedkommende en kopi af beslutningen.

41 Det bemærkes i denne sammenhæng, at Kommissionen kan vedtage en af de nævnte beslutninger som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 659/1999 uden dog at betegne denne som en beslutning i henhold til denne bestemmelse.«

27. Domstolen henviste herved til sin faste retspraksis vedrørende annullationssøgsmåls antagelse til realitetsbehandling, hvorefter

8 — Ibidem, præmis 35 og 36.
9 — Ibidem, præmis 37-39.

der ved kvalificeringen af de anfægtede retsakter skal lægges vægt på såvel disse retsakters indhold som deres ophavsmænds formål hermed. Den bemærkede, at foranstaltninger, som endeligt fastlægger Kommissionens standpunkt ved afslutningen af en administrativ procedure, og som tilsigter at skabe bindende retsvirkninger, der kan berøre sagsøgerens interesse, principielt udgør sådanne anfægtelige retsakter, uanset hvilken form disse akter har, og om de opfylder visse formelle krav, bl.a. med hensyn til, om de er behørigt benævnt, om de er begrundet, og om de bestemmelser, der udgør deres hjemmel, er angivet [10].

28. Domstolen udledte heraf, at det er irrelevant, at den anfægtede akt ikke benævnes som en »beslutning« eller ikke indeholder henvisninger til artikel 4, stk. 2, 3 eller 4, i forordning nr. 659/1999, eller at Kommissionen i strid med forordningens artikel 25 ikke har forkyndt akten for den pågældende medlemsstat [11].

29. Domstolen bemærkede videre:

»45 Hvis det forholdt sig anderledes, kunne Kommissionen unddrage sig Fællesskabets retsinstansers kontrol ved blot at tilsidesætte disse formforskrifter. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at Det Europæiske Fællesskab er et retsfællesskab, hvori institutionerne er undergivet kontrol med, om deres retsakter er forenelige med traktaten, og hvori de processuelle regler, der finder anvendelse på de søgsmål, som Fællesskabets retsinstanser forelægges, i videst muligt omfang skal fortolkes således, at de kan anvendes på en måde, der bidrager til opfyldelsen af formålet, der er at sikre en effektiv retsbeskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten (jf. i denne retning dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 44, af 18.1.2007, sag C-229/05, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 439, præmis 109, og af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37 og 44).

46 Heraf følger, at ved afgørelsen af, om en akt vedrørende statsstøtte udgør en beslutning som omhandlet af artikel 4 i forordning nr. 659/1999, skal det undersøges, om Kommissionen, henset til aktens indhold og Kommissionens hensigt hermed, ved den undersøgte akt efter afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure endeligt har fastlagt sit standpunkt vedrørende den påklagede foranstaltning, og følgelig, om Kommissionen har fastslået, om denne udgjorde en støtte, som ikke gav anledning til tvivl vedrørende dens forenelighed med fællesmarkedet, eller om den rejste en sådan tvivl.«

10 — Ibidem, præmis 42-44.
11 — Ibidem, præmis 44.

2. Spørgsmålet om, hvorvidt beslutningen om henlæggelse er en retsakt, der kan anfægtes

30. Domstolen analyserede den retsakt, som Athinaïki Techniki blev oplyst om i skrivelsen af 2. december 2004, således:

»52 Det fremgår af aktens indhold og af Kommissionens hensigt hermed, at Kommissionen derfor havde besluttet at afslutte den indledende undersøgelsesprocedure, som var foranlediget af Athinaïki Techniki. Kommissionen fastslog ved nævnte akt, at den påbegyndte undersøgelse ikke havde gjort det muligt at fastslå, at der forelå en støtte som omhandlet af artikel 87 EF, og at den stiltiende afslog at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF (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).

53 Det fremgår desuden af den i den nærværende doms præmis 36 nævnte retspraksis, at de interesserede parter, der er omfattet af de processuelle garantier i denne bestemmelse, kun kan opnå overholdelsen heraf, såfremt de ved Fællesskabets retsinstanser kan anfægte beslutningen i henhold til artikel 230, stk. 4, EF. Dette princip finder såvel anvendelse, når beslutningen er vedtaget, fordi Kommissionen finder, at støtten er forenelig med fællesmarkedet, som når den er af den opfattelse, at der overhovedet ikke forekommer nogen støtteforanstaltning.

54 Den anfægtede retsakt kan ikke betegnes som indledende eller forberedende, eftersom den under den administrative procedure ikke efterfølges af nogen anden akt, der kan give anledning til indbringelse af et annullationssøgsmål (jf. i denne retning bl.a. [dom af 16.6.1994, sag C-39/93 P], SFEI m.fl. mod Kommissionen, [Sml. I, s. 2681] præmis 28).

55 Modsat det af Retten fastslåede er det herved irrelevant, at den interesserede part stadig kan tilstille Kommissionen supplerende oplysninger, som kan forpligte denne til at tage sit standpunkt vedrørende den pågældende støtteforanstaltning op til fornyet overvejelse.

56 Lovligheden af en beslutning, der er vedtaget ved afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure, kan kun vurderes på grundlag af de oplysninger, som Kommissionen kunne råde over på det tidspunkt, hvor den vedtog beslutningen (jf. [dom af 15.4.2008, sag C-390/06], Nuova Agricast, [Sml. I, s. 2577], præmis 54-60), altså i denne sag på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede retsakt.

57 Hvis en interesseret part meddeler yderligere oplysninger efter henlæggelse af sagen, kan Kommissionen være forpligtet til eventuelt at indlede en ny administrativ procedure. Disse oplysninger kan

derimod ikke påvirke den omstændighed, at den første indledende undersøgelsesprocedure allerede er blevet afsluttet.

58 Heraf følger, modsat det af Retten i […] præmis 29 [i kendelsen af 26.9.2006 i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen] fastslåede, at Kommissionen havde fastlagt sit endelige standpunkt vedrørende Athinaïki Technikis anmodning om at fastslå, at der forelå en tilsidesættelse af artikel 87 EF og 88 EF.

59 Det er endelig irrelevant for kvalificeringen af den anfægtede akt, således som det er blevet fremhævet i nærværende doms præmis 44, at Kommissionen ikke har givet den berørte medlemsstat underretning herom, ikke har betegnet den som en »beslutning« og heller ikke har henvist til artikel 4 i forordning nr. 659/1999.

60 Det fremgår herved af forløbet af den administrative procedure som bl.a. angivet i […] præmis 6 [i kendelsen af 26.9.2006 i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen], at Kommissionen indtog sit standpunkt, fordi den pågældende statslige foranstaltning ikke udgjorde en statsstøtte. Den anfægtede retsakt må derfor betegnes som en beslutning som omhandlet af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 659/1999, sammenholdt med forordningens artikel 13, stk. 1, og artikel 20, stk. 2, tredje punktum.

61 Da denne retsakt indebar, at Athinaïki Techniki ikke kunne fremsætte bemærkninger under den formelle undersøgelsesprocedure som omhandlet i artikel 88, stk. 2, EF, har den bindende retsvirkninger, som kan berøre det pågældende selskabs interesser.

62 Den anfægtede akt udgør derfor en anfægtelig akt som omhandlet i artikel 230 EF.«

31. Domstolen fastslog følgende i den appelsag, der blev anlagt af Athinaïki Techniki:

»1) Kendelsen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 26. september 2006, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (sag T-94/05), ophæves.

2) Den formalitetsindsigelse, som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har rejst for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, tages ikke til følge.

3) Sagen hjemvises til De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, for at denne kan træffe afgørelse vedrørende de påstande, der er nedlagt af Athinaïki

Techniki AE om annullation af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers beslutning af 2. juni 2004 om at henlægge selskabets klage vedrørende en angivelig statsstøtte ydet af Den Hellenske Republik til konsortiet Hyatt Regency i forbindelse med det offentlige udbud vedrørende overdragelse af 49 % af aktiekapitalen i Casino Mont Parnès.

[…]«

C — *Den appellerede kendelse*

32. Kommissionen underrettede ved skrivelse af 2. oktober 2008 Retten om, at den den 26. september 2008 havde sendt sagsøgeren en skrivelse med følgende ordlyd:

»Jeg henholder mig til skrivelse af [2. december 2004] [12], hvorved GD Konkurrence meddelte Dem, at det på grundlag af de oplysninger, det var i besiddelse af, ikke fandt, at der var tilstrækkeligt grundlag for at fortsætte undersøgelsen af ovennævnte sag, og at Kommissionen havde henlagt den pågældende sag administrativt, da der ikke forelå yderligere oplysninger, som kunne begrunde, at undersøgelsen blev fortsat.

GD Konkurrence kan som følge af dommen [i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen] oplyse Dem om, at denne skrivelse er trukket tilbage, og at den nævnte sag er blevet genåbnet.

Jeg vil derfor i lighed med tidligere anmode Dem om at fremlægge dokumentation for, at der er ydet ulovlig statsstøtte i forbindelse med salget af Casino Mont Parnès.«

33. Kommissionen, støttet af intervenienten, Athens Resort Casino AE Symmetochon [13], gjorde gældende, at sagen som følge af skrivelsen af 26. september 2008 var blevet uden genstand, hvorfor det ikke længere var fornødent at træffe afgørelse.

34. Athinaïki Techniki var uenig heri.

35. Retten opstillede følgende præmisser i den appellerede kendelse:

»32 Det bemærkes for det første, at Domstolen i sin kendelse af 18. november 1992 i sagen SFEI m.fl. mod Kommissionen (sag C-222/92, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 1 og 2), fastslog, at

12 — I den appellerede kendelse henvises der til den »2. februar 2004«, mens datoen i den officielle oversættelse af skrivelsen til sagsøgerens advokat, der er vedlagt sagen, imidlertid er angivet som den »2. december 2004«, hvilket stemmer overens med ovennævnte sagsfremstilling.

13 — Herefter »Athens Resort Casino«.

en beslutning om administrativ henlæggelse af en klage over påstået statsstøtte tilbagekaldes, når den indledende undersøgelsesprocedure genåbnes i forbindelse med en sag til prøvelse af denne beslutning. Domstolen fastslog videre, at den nævnte sag var blevet uden genstand, og at det ikke længere var fornødent at træffe afgørelse (jf. kendelsen i sagen SFEI m.fl. mod Kommissionen, præmis 5 og 7; jf. i denne retning også Domstolens dom af 1.7.2008, forenede sager C-341/06 P og C-342/06 P, Chronopost […] mod UFEX m.fl., [Sml. I, s. 4777], præmis 3, og Rettens dom af 7.6.2006, sag T-613/97, UFEX m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1531, præmis 8 og 11).

33 For det andet fremgår det af præmis 52, 54 og 58 i [dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen], at Domstolen var nødt til at konstatere, at [beslutningen om henlæggelse] fastlagde Kommissionens standpunkt endeligt, for at kunne kvalificere [denne beslutning] som anfægtelig. Efter at den indledende undersøgelsesprocedure er blevet genåbnet, og sagsøgeren er blevet anmodet om at fremlægge dokumentation for sine klagepunkter, foreligger der dog ikke længere nogen retsakt, som fastlægger Kommissionens standpunkt endeligt, og som derfor kan gøres til genstand for søgsmål.

34 Det bemærkes for det tredje, at [beslutningen om henlæggelse] blev vedtaget ved afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure og ifølge [dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen] skal fortolkes enten som en indirekte beslutning, hvoraf det fremgår, at den pågældende foranstaltning ikke udgør støtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, eller som en indirekte beslutning om ikke at gøre indsigelse. Hvis beslutningen annulleres, vil Kommissionen derfor skulle genåbne den indledende undersøgelsesprocedure og, som Domstolen præciserede i præmis 40 i [dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen], formelt vedtage en af de beslutninger, der er nævnt i artikel 4 i forordning nr. 659/1999, eller en beslutning om henlæggelse, dvs. en ny retsakt, der kan anfægtes.

35 Det må under disse omstændigheder fastslås, at tilbagekaldelsen af [beslutningen om henlæggelse] har virkninger svarende til virkningerne af en dom om annullation af [denne beslutning], eftersom den indledende undersøgelsesprocedure, der således er genåbnet, vil blive afsluttet ved en af de formelle beslutninger, der er nævnt i artikel 4 i forordning nr. 659/1999, eller ved en beslutning om henlæggelse. En dom om annullation af [beslutningen om henlæggelse] vil således ikke have andre retsvirkninger end virkningerne af tilbagekaldelsen (Rettens kendelse af 6.12.1999, sag T-178/99, Elder mod Kommissionen, Sml. II, s. 3509, præmis 20).

36 Sagsøgeren bevarer således ikke sin interesse i at få annulleret [beslutningen om henlæggelse] (jf. i denne retning Rettens

kendelse af 28.5.1997, sag T-145/95, Proderec mod Kommissionen, Sml. II, s. 823, præmis 27, og dommen i sagen Elder mod Kommissionen, præmis 21).

37 Det må derfor fastslås, at dette søgsmål er blevet uden genstand, hvorfor det ikke længere er fornødent at træffe afgørelse.«

36. Retten forklarede herefter, hvorfor sagsøgerens argumenter efter dens opfattelse ikke rokkede ved dens konklusion.

37. Med hensyn til sagsøgerens argument om, at det i skrivelsen af 2. december 2004 er Kommissionen, der er nævnt, hvorimod det i skrivelsen af 26. september 2008 er Kommissionens tjenestegrene, bemærkede Retten for det første, at dette argument ikke har betydning for, hvordan den sidstnævnte skrivelse kvalificeres.

38. Hvad for det andet angår argumentet om, at Kommissionen ikke måtte forholde sig passivt og var forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, bemærkede Retten, at sagsøgeren ikke har henvist til nogen regel, hvoraf det fremgår, at Kommissionen har pligt til at indlede en anden procedure end den, der har resulteret i en beslutning om henlæggelse, efter at den har tilbagekaldt denne beslutning.

39. For det tredje fastslog Retten, at der ikke kunne udledes noget retligt argument af sagsøgerens påstande om, dels at hensigten med Kommissionens tiltag var at undgå, at beslutningen om henlæggelse blev gjort til genstand for domstolsprøvelse, dels at opfordringen til at fremlægge oplysninger ikke var relevant.

40. Retten tilføjede, at det ikke fremgår af de dokumenter, som sagsøgeren fremlagde under retsforhandlingerne for Retten, at sagsøgeren allerede under den administrative procedure skulle have forklaret, hvorledes de påklagede foranstaltninger opfyldte betingelserne for, at der var tale om statsstøtte, og at sagsøgeren derfor ikke med rette kunne hævde, at Kommissionens opfordring til at fremkomme med yderligere oplysninger under de foreliggende omstændigheder var et passende tiltag.

41. Hvad for det fjerde angår sagsøgerens argumenter om den materielle retskraft understregede Retten, at Domstolen ved dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen ophævede kendelsen af 26. september 2006 i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, men at denne dom var uden betydning for gyldigheden af beslutningen om henlæggelse.

II — Appellen

42. Appellanten har nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede kendelse og tager selskabets påstande for førsteinstansen til følge, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

43. Kommissionen og Athens Resort Casino har nedlagt påstand om, at appellen forkastes som åbenbart ugrundet, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

A — *Parternes anbringender og argumenter*

44. Appellanten har fremført fire anbringender til støtte for sin appel. Disse anbringender og de argumenter, som Kommissionen og Athens Resort Casino har fremsat til deres forsvar, gennemgås i det følgende.

1. Det første anbringende

45. Det første anbringende vedrører urigtig retsanvendelse fra Rettens side i forbindelse med fortolkningen af Domstolens hidtidige praksis hvad angår gyldighedsbetingelserne for tilbagekaldelse af forvaltningsakter.

46. Athinaïki Techniki hævder, at det er lovligt at tilbagekalde en forvaltningsakt, hvis den for det første er ulovlig, og hvis den for det andet tilbagekaldes inden for en rimelig frist. Beslutningen om tilbagekaldelse blev imidlertid truffet mere end fire et halvt år efter vedtagelsen af den oprindelige beslutning, dvs. efter udløbet af en rimelig frist. Beslutningen om tilbagekaldelse var desuden kun begrundet i dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen og ikke i, at beslutningen om henlæggelse var ulovlig. Da det er en ufravigelig procesforudsætning, at en beslutning skal være begrundet, burde Retten af egen drift have taget den manglende begrundelse i betragtning og kendt tilbagekaldelsesbeslutningen ulovlig.

47. Appellanten mener heller ikke, at kendelsen i sagen SFEI m.fl. mod Kommissionen kan overføres på den foreliggende sag, og de andre afgørelser, som Retten har henvist til, er udelukkende baseret på denne kendelse.

48. Athens Resort Casino har gjort gældende, at de almindelige principper, der finder anvendelse på tilbagekaldelse af forvaltningsakter, i mangel af særlige bestemmelser herom må være legalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den retsundergivnes berettigede forventning. Når appellanten fra første hånd har bestridt, at beslutningen om henlæggelse var lovlig, kan denne dog ikke påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

49. Hvad angår appellantens argument om begrundelsen for tilbagekaldelsen er det

ifølge retspraksis ikke tvingende nødvendigt, at begrundelsen er angivet i selve retsakten. Den kan også fremgå indirekte af de gældende regler eller af den sammenhæng, hvori den omhandlede retsakt er vedtaget. Den retslige procedures varighed skyldes ikke Kommissionen, men EU's retsinstansers normale arbejdsgang. Kommissionen forkortede oven i købet proceduren ved at tilbagekalde beslutningen om henlæggelse.

50. Kommissionen har gjort gældende, at klagepunkterne om tilbagekaldelsen af beslutningen om henlæggelse ikke kan tages under påkendelse, fordi de ikke vedrører den appellerede kendelse, men tilbagekaldelsen af denne beslutning, hvilket ikke var sagsgenstanden, som den forelå for Retten.

51. Den del af appelsagen, der vedrører tilbagekaldelsesbeslutningens lovlighed, er desuden urimelig. Den omstændighed, at Kommissionen tilbagekaldte beslutningen om henlæggelse, var faktisk til fordel for appellanten og kunne være til ulempe for dennes konkurrent. Appellanten har derfor ingen interesse i at rejse spørgsmålet om, hvornår der blev truffet en beslutning, som må formodes at være fordelagtig for selskabet. Det samme gælder for argumentet om begrundelsen for beslutningen om tilbagekaldelse. Det er derfor åbenbart, at disse argumenter bør afvises. Kommissionen mener under alle omstændigheder, at den i henhold til artikel 233 EF er forpligtet til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at opfylde en annullationsdom, uanset om det sker efter udløbet af en rimelig frist.

52. Ifølge Kommissionen fremgik det endelig klart af skrivelsen af 26. september 2008, at den tilbagekaldte sin beslutning som følge af dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, som appellanten selv var årsag til og derfor allerede var bekendt med.

2. Det andet anbringende

53. Appellanten har kritiseret Retten for at have foretaget urigtig retsanvendelse ved ikke at tage stilling til spørgsmålet om magtfordrejning.

54. Athinaïki Techniki har anført, at en retsakt kun må tilbagekaldes for at gøre det muligt for forvaltningen at sikre, at legalitetsprincippet overholdes. Den omhandlede tilbagekaldelse er imidlertid kun begrundet med henvisning til dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, hvor der ikke blev taget stilling til, om beslutningen om henlæggelse var lovlig, men til denne beslutnings kvalificering som anfægtelig retsakt. Kommissionen tilbagekaldte derfor denne beslutning for at unddrage sig Fællesskabets retsinstansers kontrol og ikke for at overholde legalitetsprincippet.

55. Athens Resort Casino mener, at dette anbringende er grundløst. Rent bortset fra at Kommissionen ikke undgik retslig kontrol, gik den faktisk videre end dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, eftersom den besluttede at genoptage undersøgelsen, hvilket betød, at den kunne finde frem til nye oplysninger, som den ikke havde været bekendt med.

3. Det tredje anbringende

56. Appellanten har med det tredje anbringende kritiseret Retten for at have foretaget urigtig retsanvendelse ved at finde, at den eneste følge af en annullation af beslutningen om henlæggelse var pligten til at genåbne den indledende undersøgelsesprocedure.

57. Athinaïki Techniki har i det væsentlige anført, at Retten dels har undladt at tage hensyn til virkningerne af en annullationsdom, dels har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

58. Athinaïki Techniki har med det tredje anbringendes første led gjort gældende, at en annullationsdom har andre retsvirkninger end at forpligte Kommissionen til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Der var således to muligheder, hvoraf den ene var, at Kommissionen, hvis Retten i det foreliggende tilfælde havde fastslået, at Kommissionen havde tilsidesat sin forpligtelse til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, som en logisk følge af en sådan dom ville have været nødt til at indlede denne procedure. Hvis Retten direkte havde fastslået, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 87 EF, skulle Kommissionen have draget konsekvenserne af, at der forelå statsstøtte, hvilket i henhold til artikel 88, stk. 2, EF ville have betydet, at den pågældende stat skulle have ophævet eller ændret støtteforanstaltningen inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsatte.

59. Med det tredje anbringendes andet led har Athinaïki Techniki gjort gældende, at proportionalitetsprincippet indebærer, at forvaltningen, når den tilbagekalder en retsakt, blandt flere løsninger skal vælge den, som ikke bare skaber lovlige tilstande igen, men som også er mest fordelagtig for den retsundergivne. Retten burde have efterprøvet dette valg, fordi der var forskel på, hvilke retsvirkninger det havde haft. Da Kommissionen valgte at tilbagekalde retsakten, var det ikke den bedste måde at skabe lovlige tilstande på. Det bedst egnede middel ville have været en beslutning, der havde de samme virkninger som en annullationsdom, nemlig at der blev indledt en formel procedure for undersøgelse af statsstøtte.

60. Athens Resort Casino mener, at det tredje anbringende er grundløst. Når den retsakt, der annulleres af domstolene, ikke er udstedt som led i Kommissionens bindende kompetence, men i kraft af en skønsbeføjelse eller skønsmargin, kan Retten således

ikke påtvinge Kommissionen en af de retlige løsninger, som den alene har beføjelse til at kunne vælge. Det vil betyde, at Retten træder i stedet for Kommissionen ved udøvelsen af dennes kompetencer.

63. Athens Resort Casino mener ikke, at dette anbringende er velbegrundet. Det fremgår af dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, at Kommissionen ikke havde ret til at forholde sig passivt, og at den inden for en rimelig frist regnet fra det tidspunkt, hvor klagen blev indgivet, skulle bringe den pågældende procedure til afslutning ved at træffe en beslutning. Det fremgår ikke af denne dom, at det ikke var tilladt at genåbne den indledende undersøgelsesprocedure i forbindelse med denne sag.

4. Det fjerde anbringende

61. Appellanten har kritiseret Retten for at have foretaget urigtig retsanvendelse ved at tilsidesætte retskraften af dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen.

62. Athinaïki Techniki har gjort opmærksom på, at Kommissionen ifølge denne doms præmis 40 ikke kan forblive passiv under proceduren for undersøgelse af statsstøtte. Da Kommissionen trak beslutningen om henlæggelse tilbage, vendte den netop tilbage til den situation, der gjorde sig gældende før tilbagekaldelsen, og Retten gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved ikke at påtale denne tilbagekaldelse. Det skete i øvrigt ikke inden for en rimelig frist. Kommissionen kan derfor ikke trække sagen yderligere i langdrag. Den er tværtimod forpligtet til at bestemme sig og til eventuelt at rette sig efter den afgørelse, som Fællesskabets retsinstans træffer.

64. Kommissionens bemærkninger er generelt rettet mod de anbringender, der vedrører magtfordrejningen, følgerne af dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen og proportionalitetsprincippet, idet alle disse anbringender efter Kommissionens opfattelse er baseret på idéen om, at den blot ønskede at undgå en retslig efterprøvelse af beslutningen om henlæggelse og endnu en gang forholdt sig passivt. Disse påstande er imidlertid forkerte, fordi Kommissionen havde genåbnet den indledende undersøgelsesfase og derfor var i færd med at undersøge oplysningerne i sagen. Appellanten har heller ikke godtgjort, hvorfor Kommissionen skulle være forpligtet til at indlede en formel undersøgelsesprocedure. Hertil kommer, at Retten ikke kan træffe afgørelse ultra petita. Da beslutningen om henlæggelse blev tilbagekaldt, mistede annullationssøgsmålet imidlertid sin genstand, og andre påstande om Kommissionens »procedere« (fremgangsmåde) vil ikke kunne henføres til de påstande, der er anført i appelskriftet. Kommissionen er som følge af søgsmålstypernes selvstændige karakter kun forpligtet til at indlede en formel

undersøgelsesprocedure, hvis der anlægges passivitetssøgsmål som omhandlet i artikel 232 EF.

B — *Min bedømmelse*

65. De fire anbringender, som appellanten har fremført til støtte for sin appel, kan groft inddeles i to kategorier af klagepunkter. Appellanten har med det første, andet og fjerde anbringende kritiseret Retten for at have fastslået, at beslutningen om henlæggelse var blevet tilbagekaldt, selv om denne tilbagekaldelse var ulovlig. Appellanten har med sit tredje anbringende gjort gældende, at Retten ikke tog hensyn til de virkninger, som en annullationsdom har, da den bemærkede, at den omtvistede tilbagekaldelse havde haft de samme følger som en sådan dom.

1. Tilbagekaldelsens lovlighed

a) Spørgsmålet om formaliteten vedrørende klagepunkterne

66. Kommissionen har anført, at appellantens klagepunkter vedrørende tilbagekaldelsens lovlighed ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi de vedrører den retsakt, hvorved beslutningen tilbagekaldes, og ikke den appellerede kendelse, og fordi denne retsakt ikke er genstand for tvisten for Retten. Den har endelig anført, at Athinaïki Techniki ikke har interesse i at anfægte tilbagekaldelsen, fordi den bevirkede, at den retsakt, der gik selskabet imod, bortfaldt.

67. Med hensyn til det første punkt er appellantens klagepunkter faktisk rettet mod den appellerede kendelse og ikke mod skrivelsen af 26. september 2008. Appellanten har med de forskellige anbringender kritiseret Retten for at have foretaget urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at Kommissionen ifølge denne skrivelse havde tilbagekaldt beslutningen om henlæggelse, selv om det ikke fremgår af denne skrivelse, hvilken ulovlighed denne tilbagekaldelse skal rette op på. Appellanten mener videre, at tilbagekaldelsen strider mod dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, fordi det eneste formål med den var at undgå, at beslutningen blev efterprøvet af EU's retsinstanser.

68. Med hensyn til det andet punkt fremgår det af den appellerede kendelse, at appellanten fremførte disse klagepunkter for Retten, og at de derfor indgik i den sag, som Retten påkendte.

69. I denne kendelse traf Retten efter begæring afgørelse om, hvorvidt prøvelsen af beslutningen om henlæggelse i henhold til Kommissionens skrivelse af 26. september 2008 var blevet uden genstand. Det fremgår desuden af denne kendelses præmis 23-30, at appellanten gjorde gældende over for Retten, at den tilbagekaldelse, der blev meddelt i denne skrivelse, ikke var lovlig.

70. Appellanten anførte ifølge kendelsens præmis 23 og 24 i korte træk, at skrivelsen af 26. september 2008 ikke er en retsakt, der strider mod beslutningen om henlæggelse, eftersom Kommissionen i denne skrivelse blot opfordrer appellanten til at dokumentere, at der er ydet statsstøtte, ligesom den gjorde tre år tidligere. Appellanten gjorde ifølge præmis 27 gældende, at denne opfordring ikke var en tilstrækkelig begrundelse for en sådan tilbagekaldelse. Selskabet forklarede ifølge præmis 27 og 28, at hovedformålet med skrivelsen af 26. september 2008 var at undgå, at beslutningen om henlæggelse blev gjort til genstand for domstolsprøvelse. Selskabet hævdede som nævnt i præmis 27, 28 og 40, at denne skrivelse strider mod dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen.

71. Med hensyn til det tredje punkt kan Kommissionen endelig ikke med rette gøre gældende, at appellanten ikke har interesse i at anfægte Rettens vurdering af tilbagekaldelsens lovlighed, eftersom svaret på dette spørgsmål har direkte betydning for, om prøvelsen af beslutningen om henlæggelse er blevet uden genstand, hvilket er genstanden for den foreliggende sag.

b) Realiteten

72. Appellanten har med sit første, andet og fjerde anbringende gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at Kommissionen tilbagekaldte beslutningen om henlæggelse, selv om denne tilbagekaldelse ikke var begrundet i, at beslutningen var ulovlig, og at appellanten som følge heraf var afskåret fra at få efterprøvet denne beslutning, hvilket er i strid med dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen.

73. Jeg mener af følgende grunde, at dette klagepunkt er velbegrundet.

74. Som appellanten har gjort opmærksom på, kunne Retten først og fremmest ikke basere sin vurdering på præmisserne i kendelsen i sagen SFEI m.fl. mod Kommissionen. I denne kendelse konstaterede Domstolen således, at sagsøgerne havde anmodet den om at fastslå, at det var ufornødent at træffe afgørelse i sagen, efter at Kommissionen havde tilbagekaldt beslutningen om at henlægge deres klage, hvorimod Athinaïki Techniki i den foreliggende sag har bestridt, at sagen er blevet uden genstand.

75. Det følger heraf, at Domstolen i kendelsen i sagen SFEI m.fl. mod Kommissionen ikke skulle afgøre en tvist som den, der er tale om mellem parterne i den foreliggende sag. Så vidt jeg ved, er Domstolen ikke tidligere blevet stillet over for det spørgsmål, der er genstand for den foreliggende sag, nemlig om en tilbagekaldelse som den, Kommissionen foretog ved sin skrivelse af 26. september 2008, er lovlig.

76. Det er ubestridt, at Kommissionen har ret til at tilbagekalde en retsakt, som den anser for fejlagtig, med tilbagevirkende kraft. Denne beføjelse bygger på legalitetsprincippet, som kræver, at der gribes ind over for ulovligheder, og at den fejlagtige retsakt ophæves, således at forvaltningen får mulighed for at genskabe den retstilstand, der uretmæssigt er blevet forstyrret. Den gør det også muligt at undgå et søgsmål, eller, hvis retsakten tilbagekaldes, efter at der er anlagt søgsmål, at lade de berørte parter få en rettergang, som de selv betaler for, hvilket bidrager til at sikre god forvaltningsskik [14].

77. Retten til at tilbagekalde retsakter gælder naturligvis på statsstøtteområdet, jf. artikel 87 EF og 88 EF. Det fremgår således af disse bestemmelser, at det kun er muligt at træffe en statslig foranstaltning, der udgør statsstøtte som omhandlet i disse bestemmelser, på de betingelser, der er fastsat i EU-retten, og at det påhviler Kommissionen at sikre, at disse betingelser er opfyldt, både ved at undersøge påtænkte nye støtteforanstaltninger, der anmeldes til Kommissionen, og ved at føre løbende kontrol med eksisterende støtteforanstaltninger.

78. Kommissionen bør i overensstemmelse med legalitetsprincippet altid kunne ændre sin vurdering om, at en statslig foranstaltning ikke udgør støtte, når den konstaterer, at denne vurdering er forkert, uanset om det sker efter lang tid [15].

79. Det er, som Kommissionen og Athens Resort Casino har anført, også ubestridt, at retspraksis vedrørende de meget strenge betingelser for tilbagekaldelse af forvaltningsakter, som bygger på en afvejning mellem legalitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet, er fastlagt i sammenhæng med en rettighedsskabende retsakt med henblik på at beskytte den berettigede forventning hos den af akten begunstigede [16].

80. Det må endvidere erkendes, at den foreliggende sag ikke indgår i denne sammenhæng, eftersom beslutningen om henlæggelse går appellanten imod, og appellanten har begæret den annulleret og derfor ikke

14 — Jf. D. Ritleng, »Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire«, *Bestand und Perspektiven des Europaïschen Verwaltungsrechts,* Nomos, Baden-Baden, 2008, s. 237.

15 — Dom af 22.6.2006, forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen, Sml. I, s. 5479, præmis 75. I denne dom bemærkede Domstolen, at Kommissionen kunne ændre en vurdering, som den 19 år tidligere havde foretaget af den belgiske skatteordning for koordinationscentre, og fastslå, at denne ordning i modsætning til, hvad den tidligere havde vurderet, udgjorde statsstøtte, der var uforenelig med fællesmarkedet. Kommissionen trak selvfølgelig ikke sin første beslutning tilbage med tilbagevirkende kraft 19 år efter, men vedtog en ny beslutning efter at have undersøgt den omhandlede skatteordning på ny ved anvendelse af proceduren for kontrol med eksisterende støtte. Denne dom illustrerer imidlertid, hvilken betydning legalitetsprincippet, som danner grundlag for tilbagekaldelsesretten, har på statsstøtteområdet.

16 — Domstolens dom af 3.3.1982, sag 14/81, Alpha Steel mod Kommissionen, Sml. s. 749, præmis 10, af 26.2.1987, sag 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mod Kommissionen, Sml. s. 1005, præmis 12, af 20.6.1991, sag C-248/89, Cargill mod Kommissionen, Sml. I, s. 2987, præmis 20, og af 17.4.1997, sag C-90/95 P, de Compte mod Parlamentet, Sml. I, s. 1999, præmis 35, og Rettens dom af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 140.

befinder sig i samme situation som en part, der begunstiges af beslutningen og har en berettiget interesse i at opretholde den.

81. Efter min opfattelse fremgår det dog af de præmisser i dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, der omhandler Kommissionens forpligtelser, når den modtager en klage om en påstået statsstøtte, og præciserer klagerens rettigheder i forbindelse med denne procedure, at Kommissionen ikke havde ret til at tilbagekalde beslutningen om henlæggelse under de betingelser, der er angivet i skrivelsen af 26. september 2008.

82. Det fremgår faktisk af denne dom, at en interesseret part som Athinaïki Techniki som omhandlet i artikel 88, stk. 2, EF ifølge 10, stk. 1, og artikel 20, stk. 2, første punktum, i forordning nr. 659/1999 har ret til at iværksætte den indledende undersøgelsesfase som omhandlet i artikel 88, stk. 3, EF ved at tilstille Kommissionen oplysninger om en angiveligt ulovlig støtte [17].

83. Det fremgår også, at Kommissionen er underlagt en række forpligtelser, når den modtager en sådan klage. Den skal således uopholdeligt undersøge, om der foreligger en støtte, og om den er forenelig med fællesmarkedet. Når Kommissionen finder, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at undersøge sagen, skal den endvidere give den interesserede part mulighed for at fremsætte yderligere bemærkninger inden for en rimelig frist [18].

84. Når disse bemærkninger er fremsat, eller den rimelige frist er udløbet, bestemmer artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 desuden, at Kommissionen skal afslutte den indledende undersøgelsesfase ved en beslutning i henhold til forordningens artikel 4, stk. 2, 3 eller 4, nemlig en beslutning om, at der ikke foreligger støtte, om ikke at rejse indsigelser eller om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure [19].

85. Som Domstolen også meget klart har anført, må Kommissionen ikke forblive passiv under den indledende undersøgelsesfase. På et givet tidspunkt tilkommer det den enten at indlede den næste undersøgelsesfase eller at henlægge sagen ved at vedtage en beslutning herom [20].

86. Når Kommissionen som i den foreliggende sag har vedtaget en beslutning om at henlægge sagen på grundlag af oplysninger fra den interesserede part, skal den desuden sende vedkommende en kopi af beslutningen.

17 — Dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, præmis 37.

18 — Ibidem, præmis 37 og 39.
19 — Ibidem, præmis 40.
20 — Ibidem.

87. I dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen fastslog Domstolen endelig, at en beslutning som beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004, hvorved Kommissionen afsluttede den indledende undersøgelsesprocedure, der var foranlediget af Athinaïki Techniki, er en retsakt, der kan anfægtes.

88. Heraf kan der drages følgende konklusioner, som er relevante for den foreliggende sag.

89. Det fremgår for det første af den analyse, som Domstolen lagde til grund for afgørelsen om, at beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004 var en anfægtelig retsakt, at appellanten havde krav på domstolsprøvelse af Kommissionens vurdering om, at det ud fra de oplysninger, som denne institution rådede over på dette tidspunkt, var berettiget at henlægge sagen og indirekte at fastslå, at der ikke var grundlag for at indlede en formel undersøgelsesprocedure.

90. For det andet følger det af de forpligtelser, der som nævnt påhviler Kommissionen, og af appellantens søgsmålsret, at Kommissionen kun kunne tilbagekalde den omhandlede beslutning om henlæggelse, hvis formålet var at rette op på den ulovlighed, som denne beslutning var behæftet med. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg ikke gjort gældende, at den havde ret til at tilbagekalde denne beslutning alene på grund af sin skønsbeføjelse.

91. I sin skrivelse af 26. september 2008 til appellanten var Kommissionen derfor nødt til at angive eller i hvert fald til kort at gennemgå begrundelsen for, at den valgte at tilbagekalde sin beslutning om henlæggelse, dvs. årsagerne til, at den mente, at den ikke burde henlægge sagen som besluttet den 2. juni 2004.

92. Det må konstateres, at skrivelsen af 26. september 2008 ikke opfylder dette krav. Kommissionen underrettede blot appellanten om, at den havde trukket skrivelsen af 2. december 2004 tilbage, og at sagen var blevet genåbnet »som følge af Domstolens dom [i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen]«. Det er dog klart, at Domstolen i denne dom ikke tog stilling til, om beslutningen om henlæggelse var lovlig, men blot til denne beslutnings kvalificering som anfægtelig retsakt.

93. Appellanten har derfor med rette gjort gældende, at der ikke blev givet nogen begrundelse for at tilbagekalde denne beslutning.

94. Dette modsiges af Kommissionen og Athens Resort Casino, som i deres skriftlige indlæg har anført, at tilbagekaldelsen ikke desto mindre var nødvendig, efter at Domstolen havde udtalt, at beslutningen om at henlægge klagen var en anfægtelig retsakt, eftersom skrivelsen af 2. december 2004 ikke var begrundet, sådan som en beslutning vedrørende statsstøtte skal være.

95. Jeg mener dog ikke, at dette argument ændrer noget ved min vurdering. Hvis Kommissionens hensigt rent faktisk var at afhjælpe denne begrundelsesmangel, kunne den have angivet begrundelsen for, at klagen blev henlagt, i sin skrivelse af 26. september 2008. Det var ikke nødvendigt at genåbne den indledende undersøgelsesprocedure, fastsætte en yderligere frist for appellanten og træffe en beslutning, hvori det samme var bestemt, for at rette op på den eventuelle begrundelsesmangel i skrivelsen af 2. december 2004. Jeg anser således den omtvistede tilbagekaldelse for at være ubegrundet. Appellanten kan derfor med rette gøre gældende, at det eneste formål var at undgå, at beslutningen om henlæggelse blev efterprøvet af Retten.

96. Athens Resort Casino har afvist denne fortolkning med henvisning til, at Kommissionen ved at genåbne proceduren går videre end nødvendigt for at opfylde dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, fordi den ved at genoptage undersøgelsen kan finde frem til oplysninger, som den ikke har været bekendt med.

97. Dette argument er efter min opfattelse udtryk for ren spekulation og derfor ikke holdbart. Det er intet belæg for, at Kommissionen besluttede at genåbne den indledende undersøgelsesprocedure, fordi den havde konstateret, at den pågældende sag ikke som først antaget var tilstrækkelig belyst. Skrivelsen af 26. september 2008 indeholder heller ingen oplysninger, som kan forklare, hvorfor Kommissionen besluttede at ændre sin tidligere vurdering og at genåbne den indledende undersøgelsesprocedure.

98. Det eneste, der oplyses i denne skrivelse, er, ud over at beslutningen tilbagekaldes, at appellanten endnu en gang opfordres til at fremlægge dokumentation for, at der er ydet ulovlig statsstøtte i forbindelse med salget af andele i Casino Mont Parnès. Som Kommissionen selv nævner i denne skrivelse, havde den imidlertid fremsat denne opfordring før, og det var appellantens svar, der var årsag til, at Kommissionen den 2. juni 2004 besluttede at henlægge sagen.

99. Jeg mener i øvrigt, at den nævnte opfordring bekræfter, at formålet med skrivelsen af 26. september 2008 ikke var at gøre det muligt for Kommissionen at rette op på den ulovlighed, som beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004 måtte være behæftet med, eftersom Kommissionen ikke vender tilbage til den situation, som den befandt sig i umiddelbart inden denne beslutnings vedtagelse. Skrivelsen af 26. september 2008 kan i betragtning af denne opfordring fortolkes således, at den iværksætter en ny indledende undersøgelsesprocedure og reelt ikke tilbagekalder beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004.

100. Appellanten har som følge heraf med rette gjort gældende, at Kommissionen under påskud af at lovliggøre denne beslutning har

forhindret appellanten i at udnytte sin ret til at få efterprøvet, om beslutningen er lovlig.

101. Billedligt talt går vi altså i ring. Hvis det som i den appellerede kendelse medgives, at en sådan tilbagekaldelse er lovlig, kan det betyde, at Kommissionen får mulighed for at forblive passiv og slipper for at opfylde de forpligtelser, den har på statsstøtteområdet. Ifølge denne kendelse er det nemlig tilstrækkeligt, at Kommissionen henlægger den klage, som den berørte part har indgivet, og når denne part har anlagt en retssag, genåbner den indledende undersøgelsesfase og gentager denne proces så ofte, det er nødvendigt for at undgå enhver domstolskontrol.

102. Jeg vil på denne baggrund foreslå, at Domstolen fastslår, at appellantens anbringender om, at den appellerede kendelse er baseret på urigtig retsanvendelse, for så vidt som Retten fastslog, at Kommissionen havde tilbagekaldt beslutningen om henlæggelse, er velbegrundede.

2. Manglende hensyntagen til virkningerne af en annullationsdom

103. Det tredje anbringende undersøges kun subsidiært for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig i min vurdering af de øvrige tre appelanbringender.

104. Appellanten har med sit tredje anbringende gjort gældende, at den appellerede kendelse er udtryk for urigtig retsanvendelse, idet Retten i kendelsens præmis 34-36 bemærkede, at skrivelsen af 26. september 2008, hvorved beslutningen om henlæggelse tilbagekaldes, har de samme virkninger som en annullationsdom, og at appellanten derfor ikke bevarer sin interesse i at få annulleret denne beslutning.

105. Selv om tilbagekaldelsen af en retsakt bevirker, at den udgår af retsordenen, og i princippet betyder, at en sag til prøvelse heraf bliver uden genstand, fremgår det af retspraksis, at sagsøgeren under særlige omstændigheder stadig kan have interesse i, at der træffes afgørelse i det anlagte annullationssøgsmål.

106. Domstolen har således fastslået, at sagsøgeren stadig har interesse i, at der tages stilling til dennes påstand om annullation af en beslutning, som allerede er gennemført, eller en retsakt, som ikke længere er gældende, for at forhindre, at den ulovlighed, som denne beslutning eller retsakt er behæftet med, gentager sig [21].

21 — Dom af 6.3.1979, sag 92/78, Simmenthal mod Kommissionen, Sml. s. 777, præmis 32, af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie og AKZO Chemie UK mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 21, og af 26.4.1988, sag 207/86, Apesco mod Kommissionen, Sml. s. 2151, præmis 16. Jf. i denne retning også dom af 5.10.1988, forenede sager 294/86 og 77/87, Technointorg mod Kommissionen og Rådet, Sml. s. 6077, præmis 11.

107. Jeg er enig med appellanten i, at de bemærkninger, som Retten fremkom med i præmis 34-36 i den appellerede kendelse, er fejlagtige. I kendelsens præmis 34 bemærkede Retten som tidligere nævnt, at hvis beslutningen om henlæggelse annulleres, »vil Kommissionen […] skulle genåbne den indledende undersøgelsesprocedure og, som Domstolen præciserede i præmis 40 i [dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen], formelt vedtage en af de beslutninger, der er nævnt i artikel 4 i forordning nr. 659/1999, eller en beslutning om henlæggelse, dvs. en ny retsakt, der kan anfægtes«.

108. Den fastslog i kendelsens præmis 35, at tilbagekaldelsen af beslutningen om henlæggelse har virkninger svarende til virkningerne af en dom om annullation af denne retsakt, eftersom den indledende undersøgelsesprocedure, der således er genåbnet, vil blive afsluttet ved en af de beslutninger, der er nævnt i artikel 4 i forordning nr. 659/1999, og at en dom om annullation af denne retsakt ikke vil have andre retsvirkninger end virkningerne af tilbagekaldelsen. Retten konkluderede i præmis 36 i den appellerede kendelse, at sagsøgeren ikke bevarede sin interesse i at få annulleret beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004.

109. Denne vurdering kan jeg ikke tilslutte mig, hvilket skyldes følgende forhold.

110. Det følger af retspraksis, at den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, i henhold til artikel 233 EF for at efterkomme annullationsdommen og opfylde den fuldt ud skal tage hensyn ikke blot til dommens konklusion, men også til de præmisser, som har ført til domskonklusionen, og som danner det fornødne grundlag for denne [22].

111. En annullationsdom adskiller sig fra den tilbagekaldelse, der meddeles i skrivelsen af 26. september 2008 — hvoraf det som bekendt ikke fremgår, hvilken ulovlighed beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004 er behæftet med — fordi dommen angiver de præmisser, som annullationen er baseret på, og Kommissionen som nævnt i det foregående punkt er bundet af disse præmisser.

112. I henhold til en sådan dom kan Kommissionen således være forpligtet til at genåbne en indledende undersøgelsesprocedure, hvorefter den kan træffe en af de beslutninger, der er nævnt i artikel 4 i forordning nr. 659/1999, herunder en ny beslutning om henlæggelse, navnlig hvis Retten fastslår, at den ikke har foretaget en påpasselig og upartisk undersøgelse af klagen.

22 — Kendelse af 13.7.2000, sag C-8/99 P, Gómez de Enterría y Sanchez mod Parlamentet, Sml. I, s. 6031, præmis 19 og 20.

113. Den kan dog også være forpligtet til straks at afslutte den indledende undersøgelsesprocedure ved en beslutning om at indlede en formel undersøgelsesprocedure, hvis Retten fastslår, at oplysningerne i sagen er tilstrækkelige til, at det må anses for godtgjort, at den pågældende statslige foranstaltning udgør statsstøtte, der er uforenelig med EU-retten, eller rejser tvivl om, hvorvidt den er forenelig hermed.

114. Denne anden løsning er i øvrigt den, som appellanten tilsigter med sin påstand om annullation af beslutningen om henlæggelse. Som Domstolen forklarede i dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, er Kommissionen først under den formelle undersøgelsesprocedure forpligtet til at give de interesserede parter adgang til at fremsætte deres bemærkninger, hvilket betyder, at de kan anfægte en beslutning om henlæggelse som beslutningen af 2. juni 2004 med henblik på at beskytte deres processuelle rettigheder [23].

115. En annullationsdom adskiller sig derfor meget klart fra en tilbagekaldelse som den, der meddeles i skrivelsen af 26. september 2008, fordi den angiver de præmisser, som annullationen er baseret på, og Kommissionen i overensstemmelse med det ovenfor nævnte princip er bundet af disse præmisser.

23 — Dommen i sagen Athinaïki Techniki mod Kommissionen, præmis 35 og 36.

En sådan dom bevirker i lighed med en tilbagekaldelse, der er baseret på, at den omhandlede retsakt er ulovlig, at det konstaterede ulovlige forhold bringes til ophør.

116. Jeg mener derfor, at vurderingen om, at den tilbagekaldelse af beslutningen af henlæggelse, der foretages ved skrivelsen af 26. september 2008, har virkninger svarende til virkningerne af en annullationsdom, er udtryk for urigtig retsanvendelse.

117. Det følger også heraf, at Kommissionen ikke har gjort det klart, hvorfor den foretog den omtvistede tilbagekaldelse, og at der derfor intet er til hinder for, at der efter afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure træffes en anden beslutning end at indlede en formel undersøgelsesprocedure, selv om den omhandlede statslige foranstaltning udgør statsstøtte, der er uforenelig med EU-retten, eller rejser tvivl om, hvorvidt den er forenelig hermed.

118. Appellanten har således stadig en interesse i at anfægte beslutningen om henlæggelse af 2. juni 2004 for at undgå, at den ulovlighed, som består i, at der ikke tages hensyn til, at det ud fra oplysningerne i sagen er berettiget at indlede en procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, fortsætter.

119. Jeg mener ud fra disse betragtninger, at den appel, der er iværksat til prøvelse af den appellerede kendelse, bør tages til følge, og at kendelsen som følge heraf bør ophæves.

3. Følgerne af, at den appellerede kendelse ophæves

120. Appellanten har nedlagt påstand om, at Domstolen giver appellanten medhold i de påstande, der blev nedlagt i første instans, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Sagen er dog ikke moden til påkendelse, da Retten endnu ikke har realitetsbehandlet appellantens påstand om prøvelse af den anfægtede retsakt.

121. Jeg opfordrer derfor Domstolen til at hjemvise sagen til Retten, for at denne kan træffe afgørelse vedrørende Athinaïki Technikis påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 2. juni 2004 om at henlægge selskabets klage, og til at udsætte afgørelsen om sagens omkostninger.

III — Forslag til afgørelse

122. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Kendelsen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 29. juni 2009, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (sag T-94/05), ophæves.

2) Sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret, for at denne kan træffe afgørelse vedrørende den påstand, der er nedlagt af Athinaïki Techniki AE, om annullation af Kommissionens beslutning af 2. juni 2004 om at henlægge selskabets klage.

3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«