RETSMØDERAPPORT
i sag 114/86 *

I — Faktiske omstændigheder

Inden for rammerne af den anden Lomékonvention AVS-EØF (herefter benævnt »Lomé II«), der blev undertegnet i Lomé den 31. oktober 1979 og godkendt ved Rådets forordning (EØF) nr. 3225/80 af 25. november 1980 (EFT 1980 L 347, s. 1), yder Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater finansiel og teknisk bistand til en række udviklingslande [herefter betegnet under ét som »staterne i Afrika, Vestindien og Stillehavet« eller »AVS-staterne«]. Denne bistand finansieres af midler fra Den Femte Europæiske Udviklingsfond (herefter benævnt »Fonden«), der blev oprettet ved den interne aftale af 1979 om finansiering og forvaltning af Fællesskabets bistand (EFT 1980 L 347, s. 210).

Den foreliggende sag vedrører tildelingen af kontrakter og tjenesteydelser, jfr. afsnit VII, kapitel 10, i Lomé II. Lomé II udløb ganske vist den 28. februar 1985, men en række bestemmelser, herunder afsnit VII vedrørende det finansielle og faglige samarbejde, blev opretholdt efter den 28. februar 1985 i henhold til en række forordninger fra Rådet, hvoraf den seneste er forordning (EØF) nr. 690/86 af 3. marts 1986 (EFT 1986 L 63, s. 1). I det omfang disse bestemmelser i Lomé II blev forlænget, blev den femte Fond oprettet til gennemførelse heraf ligeledes opretholdt. Den interne aftale af 1979 bestemmer, at Fonden forbliver i kraft i det omfang, det er nødvendigt for den fuldstændige gennemførelse af alle de foranstaltninger, som er finansieret i medfør af konventionen (artikel 31), og at de overskydende midler fra den foregående udviklingsfond fortsat administreres på de betingelser, der var fastsat i nævnte interne aftale og i de bestemmelser, der var gældende den 1. marts 1980 (artikel 30). Lomé II bestemmer yderligere i artikel 110, stk. 1, litra c), at eventuelle overskydende midler fra Fonden, for hvilke der ikke er indgået forpligtelser ved udgangen af det sidste år i konventionens gyldighedsperiode, anvendes, indtil de er opbrugt, efter de samme bestemmelser, som dem, der er fastsat i Lomé II.

Indgåelse og tildeling af kontrakter om tjenesteydelser behandles i afsnit VII, kapitel 10. I henhold til artikel 140, stk. 1, indgås kontrakter om tjenesteydelser »med rådgivnings- eller konsulentfirmaer, rådgivende ingeniører eller eksperter, der udvælges på grundlag af navnlig deres faglige kvalifikationer og praktiske erfaring med hensyn til de problemer, de skal behandle«.

Artikel 142, stk. 1 og 2, i Lome II bestemmer, at reglerne for tildeling og indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser fastlægges ved en afgørelse, som træffes af Ministerrådet; indtil en sådan afgørelse træffes, finder artiklerne 24-27 i protokol nr. 2 samt fælleserklæringen vedrørende protokollens artikel 26 anvendelse, således som disse bestemmelser er gengivet i bilag XIV til slutakten i Lomé II. Da Ministerrådet ikke har truffet nogen afgørelse vedrørende reglerne for tildeling og indgåelse af kontrakter om tje-

* Processprog: Engelsk.

nesteydelser, findes betingelserne for Kommissionens opgaver i artiklerne 24 og 25 i protokol nr. 2, der bestemmer:

Artikel 24:

»Kontrakter om fagligt samarbejde indgås ved underhåndsaftale. Visse kontrakter kan indgås efter udbud, navnlig når det drejer sig om vigtige komplicerede og teknisk vanskelige undersøgelser, hvor tekniske, økonomiske eller finansielle grunde berettiger til anvendelse af denne fremgangsmåde.«

Artikel 25:

»1. For hver opgave inden for det faglige samarbejde, der indebærer underhåndsaftaler, opstiller Kommissionen en begrænset liste over kandidater fra medlemsstaterne og / eller AVS-staterne, som er udvalgt efter kriterier, der sikrer, at de har de nødvendige kvalifikationer samt den nødvendige erfaring og uafhængighed, og under hensyn til, hvorvidt de kan være til rådighed for den påtænkte opgave.

Den påtænkte AVS-stat vælger blandt disse kandidater frit den, med hvem den ønsker at slutte kontrakt.

2. Når der anvendes udbud, opstilles den begrænsede liste over kandidater i nært samarbejde mellem Kommissionen og den pågældende AVS-stat på grundlag af de i stk 1 anførte kriterier. Kontrakten tildeles den af disse kandidater, hvis tilbud af Kommissionen og den pågældende AVS-stat anses for økonomisk mest fordelagtig.

3. ...«

Ud over de i artikel 25 opregnede kriterier anvendte Kommissionen indtil 1983 et fuldstændigt kvotesystem, hvorved der indførtes en sammenhæng mellem størrelsen af medlemsstaternes bidrag til Fonden og antallet af de kontrakter, der tildeltes deres borgere. Med virkning fra 1. juni 1983 indførte Kommissionen på forsøgsbasis et begrænset kvotesystem, hvorefter ca. 18,25% af de disponible midler blev holdt uden for kvotesystemet og tildelt den højst bydende.

Under AVS/FIN-gruppens møde den 6. marts 1986 meddelte Kommissionen, at den med virkning fra 1. marts 1986 havde genindført det fuldstændige kvotesystem.

II — Skriftveksling og parternes påstande

1. Det Forenede Kongerige har ved stævning indgivet den 16. marts 1986 anlagt nærværende sag.

2. Den 24. juli 1986 har Kommissionen påstået sagen afvist, jfr. procesreglementets artikel 91. Den har anmodet Domstolen om at tage stilling til formaliteten inden behandlingen af realiteten.

Sagsøgerens bemærkninger til afvisningspåstanden er blevet registreret på Domstolen den 6. oktober 1986.

Ved to kendelser af 15. oktober 1986 har Domstolen givet Kongeriget Nederlandene tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgeren og Den Italienske Republik tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgte.

Den nederlandske og den italienske regering har indgivet deres indlæg til Domstolen den 9. december 1986 henholdsvis den 15. december 1986.

Ved afgørelse af 28. januar 1987 har Domstolen besluttet at henskyde behandlingen af formaliteten til den endelige dom.

3. I øvrigt er skriftvekslingen afviklet forskriftsmæssigt.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har dog ved skrivelse af 21. december 1987 anmodet Kommissionen om at fremlægge to sæt dokumenter, nemlig de dokumenter (mødereferater osv.) og andre oplysninger, som den ligger inde med vedrørende genindførelsen fra marts 1986 af det her omhandlede kvotesystem, der hviler på nationalitet, samt de statistiske oplysninger, som Kommissionen har anvendt siden 1980 for at sikre overholdelsen af det nævnte kvotesystem på grundlag af nationalitet. Kopier af to interne meddelelser, som generaldirektøren for Generaldirektorat VIII har tilsendt de berørte direktører og tjenestegrene, er registreret på Domstolen den 18. februar 1988; Domstolen har ligeledes modtaget de ønskede statistiske oplysninger.

4. *Det Forenede Kongerige* har nedlagt følgende påstande:

— den beslutning, som Kommissionen meddelte under AVS/FIN-gruppens møde den 6. marts 1986, om med virkning fra 1. marts 1986 at genindføre den forud for 1. juni 1983 gældende ordning, hvorefter Kommissionen tager hensyn til selskabernes nationalitet ved opstillingen af lister over ansøgere til kontrakter om tjenesteydelser, der indgås inden for rammerne af den anden Lomé-konvention AVS / EØF af 31. oktober 1979, annulleres;

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— afvisning, subsidiært frifindelse;

— sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

A — *Formaliteten*

Kommissionen har fremsat tre anbringender vedrørende formaliteten. Det første anbringende vedrører formen af den foranstaltning, der er indbragt for Domstolen, det andet foranstaltningens ophavsmand og det tredje dens indhold og retsvirkninger.

1. *Foranstaltningens form*

a) *Kommissionen* har anført, at der kræves et mindstemål af formaliteter, for at domstolskontrollen i henhold til Traktatens artikel 173 kan udøves. Den har henvist til de regler, Den Høje Myndighed har fastsat i afgørelse nr. 22/60 (EFT, august 1975, specialudgave, anden serie, s. 13), hvorefter retsakten udtrykkeligt skal være betegnet som »beslutning«, være forsynet med en dato, angive den bestemmelse i Traktaten, der danner hjemmel for beslutningen, indeholde en klar begrundelse samt være affattet

i artikler og forsynet med underskrift af et medlem af Den Høje Myndighed; Kommissionen har anført, at ingen af disse betingelser er opfyldt i den foreliggende sag.

b) *Sagsøgeren* har gjort gældende, at Domstolen altid har lagt mere vægt på realiteten end på formaliteten som kriterium for at afgøre, om retsakter kan anfægtes på grundlag af artikel 173 (jfr. bl. a. Kommissionen mod Rådet, 22/70, Sml. 1971, s. 41, og IBM mod Kommissionen, 60/81, Sml. 1981, s. 2639); sagsøgeren har tilføjet, at det samme gælder i henhold til de mere restriktive bestemmelser i EKSF-Traktatens artikel 33, hvorefter alene Kommissionens beslutninger og henstillinger kan gøres til genstand for søgsmål. Hvis Kommissionens argument, hvorefter sagen må afvises, da der ikke foreligger en formel beslutning, lægges til grund, vil det ifølge sagsøgeren betyde, at Kommissionen kan påberåbe sig sin egen retsakts ulovlighed for herved at afskære sagsøgeren fra at udøve sin søgsmålsret (jfr. forenede sager 361/82 og 40/83, Kohler mod Revisionsretten, Sml. 1984, s. 641, navnlig s. 656).

2. *Foranstaltningens ophavsmand*

a) For så vidt angår beslutningens ophavsmand, har *Kommissionen* anført, at en retsakt i den i Traktatens artikel 173 fastsatte betydning skal være udstedt af et kompetent organ. I den foreliggende sag drejer det sig imidlertid kun om Kommissionens tjenestegrenes synspunkt; da hverken Kommissionen som organ eller en af dens medlemmer i henhold til en fuldmagt har undertegnet et dokument, kan der ikke være tale om »en endelig beslutning fra Kommissionens side« (jfr. Châtillon mod Den Høje Myndighed, 54/65, Sml. 1965-1968, s. 197).

b) *Sagsøgeren* har gjort gældende, at for så vidt som Kommissionen ikke nægter, at den har genindført kvotesystemet, bør den ikke have mulighed for at påberåbe sig en manglende formel beslutning som begrundelse for, at den pågældende foranstaltning ikke kan forelægges Domstolen til prøvelse. Sagsøgeren har anført, at en retsakt udstedt af Kommissionen altid — også selv om der ikke foreligger en formel beslutning — kan anfægtes i henhold til artikel 173, stk. 1, såfremt den pågældende retsakt har retsvirkninger.

3. *Foranstaltningens indhold og retsvirkninger*

a) Med hensyn til foranstaltningens *indhold* har *Kommissionen*, støttet af den *italienske regering*, anført, at den med henblik på opstilling af den begrænsede liste over ansøgere, jfr. artikel 25 i bilag XIV til Lomé II, anvender kriterier af intern art, herunder kriteriet vedrørende kvotesystemet på grundlag af nationalitet; der er tale om rent generelle kriterier, som i form af interne retningslinjer fastsættes inden for Kommissionens tjenestegrene af visse tjenestemænd for at hjælpe deres medarbejdere med udfærdigelsen af de begrænsede lister vedrørende kontrakter om tjenesteydelser. Kriterierne er ikke bindende for de interne adressater; der er simpelt hen tale om kriterier, som Kommissionens tjenestemænd efter eget ønske kan lægge til grund ved opstillingen af den begrænsede liste over ansøgere. Sådanne interne eller foreløbige foranstaltninger, som træffes hen ad vejen indtil udstedelsen af den endelige beslutning, kan ikke gøres til genstand for et annullationssøgsmål i den i EØF-Traktatens artikel 173 forudsatte betydning (jfr. Phoenix-Rheinrohr mod Den Høje Myndighed, 20/58, Sml. 1954-1964, s. 133, Geitling m. fl. mod Den Høje Myndighed, 16-18/59, Sml. 1954-1964, s. 163,

og IBM mod Kommissionen, 60/81, Sml. 1981, s. 2639).

Kommissionen har yderligere fremhævet, at fastsættelsen af det pågældende kriterium ikke har nogen faktisk betydning for selskaberne, da visse navne kan genindføres på et senere trin af proceduren, enten af den ved Kommissionen ansatte tjenestemands overordnede eller af AVS-landene. Det er først på et langt senere tidspunkt, at der kan opstå visse retsvirkninger på grund af den tilbudsgiver, AVS-staten har udpeget, men der kan ikke her være tale om retsvirkninger i artikel 173's forstand. Kommissionen har her henvist til Domstolens domme af 10. juli 1984 (126/83, STS Consorzio per sistemi di telecomunicazione via satellite SpA, Sml. s. 2769) og 10. juli 1985 (118/83, CMC, Sml. s. 2325), hvorefter virksomheder, der inden for rammerne af Lomé II deltager i en udbudsprocedure, kun står i retlig forbindelse med AVS-staten og ikke med Kommissionen.

Kommissionen har endelig anført, at hvis det alene er gjort gældende, at foranstaltningen har retsvirkninger for borgerne, skal artikel 173, stk. 2, være overholdt.

b) *Sagsøgeren* har gjort gældende, at *fastsættelsen* af en regel for tildeling af kontrakter er en beslutning, idet den er det endelige udtryk for Kommissionens vilje, for så vidt angår udøvelsen af dens forvaltningsbeføjelser. Dette er ikke til hinder for, at reglen *anvendes* smidigt. Yderligere er det uden betydning, om den pågældende foranstaltning kun er et led i den procedure, Kommissionen følger ved tildelingen af kontrakter, da det for kvoterne gældende kriterium anvendes fra starten og må danne grundlag for de følgende faser.

Sagsøgeren har gjort gældende, at det er tilstrækkeligt, at en anfægtet retsakt har andre retsvirkninger end virkningerne over for borgerne. Ifølge sagsøgeren har en foranstaltnings interne karakter kun betydning for søgsmål, rejst i medfør af artikel 173, stk. 2, til prøvelse af retsakter, som må antages at have direkte virkninger for tredjemand uden for institutionen, for at sagen kan admitteres. Det gælder dog ikke for søgsmål rejst i medfør af artikel 173, stk. 1, og de af Kommissionen anførte domme, Phoenix-Rheinrohr og Geitling, er uden betydning i den foreliggende sag. Under alle omstændigheder har sagsøgeren anført, at Domstolen i Phoenix Rheinrohr-sagen undlod at tage stilling til spørgsmålet, om interne retningslinjer generelt kan have retsvirkninger. Sagsøgeren udleder heraf, at Kommissionens interne forvaltningsafgørelser kan have retsvirkninger og derfor gøres til genstand for et annullationssøgsmål (jfr. Louwage mod Kommissionen, 148/73, Sml. 1974, s. 81, Buick mod Kommissionen, 25/83, Sml. 1984, s. 1773, Luxembourg mod Parlamentet, 230/81, Sml. 1983, s. 255, og Luxembourg mod Parlamentet, 108/83, Sml. 1984, s. 1945). Sagsøgeren har tilføjet, at de interne foranstaltninger ikke er uden retsvirkning alene af den grund, at der er tale om instruktioner fra en del af en institution til en anden (jfr. Macevecius mod Parlamentet 66/75, Sml. 1976, s. 593).

Retsvirkningerne af den her omhandlede foranstaltning beror på, at alle Kommissionens handlinger i forbindelse med udførelsen af de forvaltningsopgaver, som påhviler den i henhold til Lomé-konventionerne, udføres i Fællesskabets navn og forpligter dette

over for de øvrige underskrivere af konventionen; hvis Kommissionen handlede retsstridigt under udførelsen af sine opgaver, ville Fællesskabet herved tilsidesætte de forpligtelser, der påhviler det ifølge konventionerne. En overtrædelse af konventionerne vil derfor kunne gøres til genstand for et søgsmål i medfør af artikel 173.

Sagsøgeren har endelig anført, at den anfægtede retsakt under alle omstændigheder påvirker tredjemands retsstilling, navnlig for så vidt angår de selskaber, der ikke er omfattet af foranstaltningen. Sagsøgeren har tilføjet, at der ikke kan rejses tvivl om retsvirkningerne for konsulentvirksomhederne, da et ikke ubetydeligt antal af de lister over ansøgere til kontrakter i henhold til Lomé II, som Kommissionen udfærdiger, kun indeholder ét navn, hvorved den af AVS-staterne valgte konsulentvirksomhed endeligt fastlægges.

c) Den *nederlandske regering* har også anført, at opstillingen af den begrænsede liste må anses for en forhåndsudvælgelse af virksomheder, der eventuelt kan få tildelt en kontrakt. Såfremt et selskab ikke optages på den begrænsede liste, vil det heller ikke kunne komme i betragtning ved den senere udvælgelse, således at det herved mister muligheden for at opnå en kontrakt. I denne henseende har afslutningen af den fase af den forberedende procedure, hvorunder forhåndsudvælgelsen foretages, en klar retsvirkning. Yderligere beror denne retsvirkning udelukkende på Kommissionens handling, da den alene har kompetence til at opstille den begrænsede liste. Når først en ansøger er udelukket fra denne liste, er det, for så vidt angår bestemmelsen af retsvirkningerne, uden betydning, at ansøgningen måske ikke, i en senere fase af proceduren, ville have ført til en kontrakt.

Såfremt det antages, at en sådan afgørelse er en intern forvaltningsafgørelse, kan man yderligere ikke udelukke, at afgørelsen kan have retsvirkninger. Under alle omstændigheder kan Kommissionen ikke handle i strid med de omhandlede bestemmelser i konventionerne og EØF-Traktaten uden at overskride sin kompetence. Følgelig har Domstolen kompetence til at prøve lovligheden af den af Kommissionen trufne foranstaltning i forbindelse med udførelsen af dens opgaver i henhold til Lomé II.

Endelig har den nederlandske regering sondret mellem Domstolens domme vedrørende udbudsprocedurer inden for rammerne af Lomé II og den foreliggende sag (jfr. ovennævnte sager 126/83, STS mod Kommissionen, og 118/83, CMC), idet den har gjort gældende, at Domstolen i de tidligere sager har fastslået, at de forbindelser, som, ved fordelingen af kontrakterne, opstår mellem Kommissionen og den pågældende AVS-stat på den ene side og mellem staten og tilbudsgiverne på den anden side, ikke giver anledning til retsakter i den i artikel 173, stk. 2, forudsatte betydning. Helt bortset fra, at Det Forenede Kongeriges søgsmål støttes på artikel 173, stk. 1, har Kommissionen imidlertid i den foreliggende sag en særlig kompetence, som den udøver ved opstillingen af den begrænsede liste. Den pågældende AVS-stat kan herefter på grundlag af denne liste vælge den virksomhed, den ønsker at indgå kontrakt med.

B — *Realiteten*

1. *Tilsidesættelse den anden Lomé-konvention*

a) *Sagsøgeren* har anført, at kvotesystemet ikke hviler på nogen direkte eller indirekte bestemmelse i Lomé-konventionen, og at sy-

stemet er i strid med konventionens almindelige opbygning, der støttes på det almindelige lighedsprincip og på forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. I de tilfælde, hvor Lomé II fraviger lighedsprincippet, sker det på grundlag af en udtrykkelige bestemmelse med henblik på at begunstige AVS-staterne og deres borgere. Da der ikke findes nogen udtrykkelig bestemmelse, der er relevant for den foreliggende sag, finder de almindelige bestemmelser i Lomé II og de principper, der kan udledes af dens almindelige opbygning anvendelse, inden for rammerne af konventionens kapitel 10 vedrørende det faglige samarbejde.

Sagsøgeren har yderligere gjort gældende, at anvendelsen af et kvotesystem på grundlag af nationalitet er uforenelig med det princip, som Lomé-konventionerne hviler på, hvorefter AVS-staterne har ret til den mest effektive bistand, der kan ydes. Ved, på grundlag af nationalitet, at udelukke konsulenter og konsulentvirksomheder, der opfylder objektive kriterier, fra optagelse på den begrænsede liste, anvender Kommissionen de kvoter, der er fastsat efter nationalitet, til at indskrænke den geografiske spredning og begrænse valget, hvorved den reducerer muligheden for at udvælge den bedst egnede konsulent eller konsulentvirksomhed.

Sagsøgeren har subsidiært anført, at AVS-staterne i medfør af artikel 25, stk. 1, i bilag XIV til Lome II har ret til frit at vælge mellem de ansøgere, der er udvalgt på grundlag af de i denne bestemmelse indeholdte kriterier. En forhåndsudvælgelse efter nationalitet gør ikke blot denne ret virkningsløs, men det hindrer også AVS-staten i at afgøre, hvilket tilbud der er økonomisk mest fordelagtigt af alle dem, som kunne være afgivet, og en sådan forhåndsudvælgelse er derfor i strid med formålet med artikel 25, stk. 2, i bilag XIV til Lomé II.

b) Ifølge *Kommissionen* består der en væsensforskel mellem kontrakter om teknisk samarbejde og kontrakter af mere generel art, idet det for at vurdere de første er nødvendigt at anvende kvalitative kriterier, mens der for de andre skal anvendes objektive kriterier; det fremgår af denne forskel, at de almindelige bestemmelser i Lomé II (eksempelvis artikel 125, stk. 1, om det geografiske hjemsted af de virksomheder, der kan deltage i udbud) kun finder anvendelse på kapitel 10, såfremt de ikke fraviger den i kapitel 10 indeholdte lex specialis.

Kommissionen har anført, at ordlyden af artikel 25 i bilag XIV til Lomé II's slutakt giver Kommissionen fuld frihed til at »afkorte« eller »begrænse« listen over mulige ansøgere. Yderligere er ingen af de af sagsøgeren nævnte bestemmelser i Lomé II til hinder for, at Kommissionen anvender den fulgte procedure.

Kommissionen har tilføjet, at kvotesystemet hverken påvirker kvaliteten af de tjenesteydelser, der skal præsteres, eller effektiviteten af den tjenesteydelse, som den pågældende AVS-stat modtager. Kommissionen mener derimod, at udfærdigelsen af en begrænset liste fremmer mulighederne for at yde den mest effektive bistand til de pågældende AVS-stater. Under alle omstændigheder har den gjort gældende, at målsætningen aldrig vejer tungere end kravet om at yde den mest effektive bistand.

c) Den *nederlandske regering* har anført, at Kommissionens synspunkt, hvorefter der her er tale om et variabelt indbyrdes forhold mellem en række kriterier, såsom kvalifikationer, erfaring og nationalitet, ikke er relevant; det samme gælder anbringendet om, at der blot er tale om et middel, der skal sikre en bedre fordeling af kontrakterne mellem

medlemsstaterne. Efter regeringens opfattelse, er det afgørende, at anvendelsen af nationalitetskriteriet, som ikke er fastsat i konventionen, og som er i strid med Lomé II's ånd og formål, indebærer en mulighed for, at det mest konkurrencedygtige tilbud udelukkes, selv om den pågældende virksomhed opfylder de i konventionen fastsatte kriterier.

d) Den *italienske regering* har anført, at artikel 25, stk. 1, i bilag XIV til Lomé II tillægger Kommissionen vide skønsbeføjelser, for så vidt angår de mest hensigtsmæssige kriterier til opstilling af »en begrænset liste af kandidater«, herunder kriteriet vedrørende kvotesystemet på grundlag af nationalitet. Grunden til at tildele disse skønsbeføjelser var ønsket om at undgå en usmidig og absolut anvendelse af principperne om fri konkurrence, idet man ønskede at tage hensyn til den særlige karakter af kontrakterne om teknisk samarbejde samt til normal international praksis.

forbindelse med Lomé II og Lomé III er omfattet af Traktaten, falder genstanden for det foreliggende søgsmål ind under artikel 7's anvendelsesområde.

Den her omhandlede forskelsbehandling vedrører ikke blot forhold uden for Fællesskabet, men Kommissionens behandling af visse virksomheder inden for Fællesskabet, selv om det er for at kvalificere dem til at modtage kontrakter om tjenesteydelser fra tredjelande. Den af Kommissionen anførte sag (Faust, 52/81, Sml. 1982, s. 3745), som ifølge denne danner grundlag for den opfattelse, hvorefter forbudet mod forskelsbehandling ikke omfatter alle forhold udadtil, vedrører en situation, der udelukkende angår forholdet mellem Fællesskabet og tredjelande, og kan ikke ligestilles med den foreliggende sag, der vedrører forhold inden for Fællesskabet. Der må ligeledes sondres mellem Domstolens domme af 15. december 1976 (Donckerwolcke, 41/76, Sml. s. 1921) og 5. marts 1986 (Tezi Textiel, 242/84, Sml. s. 933) og den foreliggende sag, da Lomé II ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse, hvorefter den anfægtede forskelsbehandling er tilladt.

2. *Tilsidesættelse af EØF-Traktatens artikel 7*

a) *Sagsøgeren* har fremhævet, at forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, jfr. EØF-Traktatens artikel 7, blot er et specifikt udtryk for det grundlæggende lighedsprincip, som bør overholdes i alle forhold, der reguleres af fællesskabsretten (jfr. Sotgiu mod Deutsche Bundespost, 152/73, Sml. 1974, s. 153, og Hochstrass mod Domstolen, 147/79, Sml. 1980, s. 3005). Da Kommissionens handlinger i

Sagsøgeren har anfægtet det anbringende, hvorefter den fælles politik vedrørende udviklingsbistand er ufuldstændig; under alle omstændigheder finder artikel 7 anvendelse selv på områder, hvor der endnu ikke er indført en fælles politik (jfr. Smit mod Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, 126/82, Sml. 1983, s. 73). Yderligere kan hverken det forhold, at udviklingsbistanden finansieres af medlemsstaterne, eller det forhold, at Lomé-konventionerne er blandede aftaler, på nogen måde tages som indtægt for den opfattelse, at Kommissionen er berettiget til at behandle

Fællesskabets borgere forskelligt på grundlag af deres nationalitet.

b) *Kommissionen* har gjort gældende, at der i den foreliggende sag skal tages stilling til tredjelands tildeling af kontrakter om tjenesteydelser, der finansieres af Fællesskabets medlemsstater inden for rammerne af Lomé II. Da Traktatens artikel 7 ikke finder anvendelse på alle forhold vedrørende Fællesskabets forbindelser udadtil (jfr. dom af 28. oktober 1982 i Faust-sagen, 52/81, Sml. s. 3745, navnlig s. 3762), kan denne bestemmelse ikke påberåbes i den foreliggende sag.

Kommissionen har yderligere anført, at artikel 7 ikke er tilsidesat, når henset til den fælles politik, der er gennemført vedrørende udviklingsbistand. Dette resultat kan ved analogi udledes af Domstolens domme af 15. december 1976 (ovennævnte Donckerwolcke-sag), af 5. marts 1986 (ovennævnte Tezi-dom) og af 2. juli 1974 (Holtz & Willemsen, 153/73, Sml. s. 675), hvori det blev fastslået, at der på trods af Fællesskabets enekompetence til at regulere den fælles landbrugspolitik og de fælles landbrugsordninger blev givet mulighed for at fravige Traktatens grundlæggende principper. Ifølge Kommissionen finder dette resultat så meget mere anvendelse på finansieringen af udviklingsbistanden inden for rammerne af Lomé-konventionen, som det forhold, at en sådan politik endnu ikke er endelig fastlagt, begrunder, at artikel 7 kan fraviges i den foreliggende sag.

Under alle omstændigheder er Kommissionen af den opfattelse, at kvotesystemet giver samtlige medlemsstater samme muligheder for at blive optaget på en ansøgerliste uden hensyntagen til de forskelle, der består mellem forholdene i medlemsstaterne. Den har yderligere fremhævet, at man på grund af kvotesystemet undgår forskelsbehandling, som kunne skyldes manglende objektive kriterier i de tilfælde, hvor der måske udelukkende ville blive indgået kontrakter ud fra historiske eller sproglige betragtninger.

c) Den *nederlandske regering* har anført, at anvendelsen af et nationalitetskriterium i sig selv er i strid med artikel 7. Konventionen kan ifølge regeringen ikke fravige EØF-Traktatens bestemmelser, medmindre proceduren efter artikel 236 anvendes.

d) Den *italienske regering* har bemærket, at anvendelsen af kvotesystemet på grundlag af nationalitet ikke indebærer nogen forskelsbehandling som følge af nationalitet. Anvendelsen af et sådant kriterium fører yderligere til en mere retfærdig fordeling af kontrakterne om tjenesteydelser, der bl. a. tager hensyn til den enkelte stats bidrag til Fonden.

3. *Tilsidesættelse af Traktatens artikel 3, litra f)*

a) *Sagsøgeren*, der her støttes af den *nederlandske regering*, har gjort gældende, at kvotesystemet på grundlag af nationalitet er i strid med Traktatens artikel 3, litra f), da det må antages, at systemet har til virkning at forvride konkurrencen inden for Fællesskabet, idet konkurrencen om kontrakterne ikke længe koncentreres om faglig kompetence, erfaring eller uafhængighed (jfr. Istituto chemioterapico italiano og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen, 6 og 7/73, Sml. 1974, s. 223, præmis 33) i det omfang, den afskærer visse konsulentvirksomheder fra at konkurrere effektivt på det fælles marked for tildeling af kontrakter.

Yderligere er der ifølge sagsøgeren ingen tvingende grund til at begrænse konkurrencen ved at udelukke kompetente konsulenter og rådgivningsvirksomheder alene på grund af deres nationalitet, selv om det tages i betragtning, at Lomé-konventionens formål netop er i overensstemmelse med Traktatens artikel 3, litra k).

b) *Kommissionen* har anført, at sagsøgeren ikke har ført noget konkret bevis for, at der er sket en forringelse af konkurrencevilkårene. Yderligere har sagsøgeren ikke påvist, hvorledes konkurrencen »inden for Fællesskabet« påvirkes, eftersom udvælgelsen af tilbudsgivere foretages af et tredjeland, og kontrakterne indgås uden for Fællesskabet med henblik på levering af tjenesteydelser i en AVS-stat.

Kommissionen har tilføjet, at de væsentlige formål med Lomé-konventionen, således som de er angivet i Traktatens artikel 3, litra k), bør have forrang for Traktatens artikel 3, litra f). For at sikre, at udviklingen af oversøiske lande og territorier, jfr. artikel 3, litra k), er tilstrækkelig effektiv, må kriteriet om en retfærdig fordeling ifølge artikel 3, litra f), ikke gå forud for det kriterium, der skal sikre den størst mulige erfaring, de bedste kvalifikationer og den største uafhgængighed ved leveringen af tjenesteydelser eller udførelsen af rådgivningsopgaver.

c) Den *italienske regering* har også anført, at et nationalitetskriterium ikke er i strid med Traktatens konkurrenceregler. Regeringen har tilføjet, at alle ansøgerne på den liste, som den enkelte AVS-stat kan vælge fra, må opfylde kravene vedrørende kvalifikationer, erfaring og uafhængighed, som er fastsat i de relevante bestemmelser i Lomé II.

T. F. O'Higgins
Refererende dommer