FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 31. marts 1987 *

Høje Domstol.

1. Den 8. juli 1985 udstedte Kommissionen for De europæiske Fællesskaber beslutning C(85)1089 »om en procedure for forhåndsunderretning og samråd vedrørende indvandrerpolitikken over for tredjelande«, der tre dage efter blev meddelt medlemsstaternes faste repræsentationer. En ændret udgave af beslutningen C(85)1089 Rev. blev den 18. juli tilsendt Frankrigs faste repræsentation, og retsakten blev endelig offentliggjort som beslutning 85/381 i Tidende af 14. august (EFT 1985 L 217, s. 25).

Ved stævninger indgivet mellem den 17. og den 23. september 1985 har Forbundsrepublikken Tyskland (sag 281/85), Den Franske Republik (sag 283/85), Kongeriget Nederlandene (sag 284/85), Kongeriget Danmark (sag 285/85) og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (sag 287/85) anlagt sag med påstand om annullation af den nævnte beslutning. Det skal endvidere nævnes, at Domstolen ved tre kendelser af 19. februar 1986 tillod Nederlandene at intervenere til støtte for Tyskland, Det Forenede Kongerige til støtte for Frankrig og Europa-Parlamentet til støtte for Kommissionen. Det skal også nævnes, at Domstolen ved kendelse af 9. juli 1986 traf bestemmelse om: a) at formalitetsspørgsmålet, som var blevet rejst af Kommissionen i sag 284/85, skulle henskydes til behandlingen af realiteten, b) at de fem sager skulle forenes med henblik på de mundtlige forhandlinger og dommen. Mit forslag til afgørelse vedrører derfor alle sagerne.

2. Den omtvistede beslutning er vedtaget under henvisning til EØF-Traktatens artikel 118, hvorefter Kommissionen anser sig for beføjet til at »fremme samarbejdet mellem medlemsstaterne på det sociale område... [og til] at tilrettelægge de nødvendige konsultationer med henblik herpå« (den syvende betragtning). Beslutningen er opdelt i tre grupper regler, der alle er rettet til medlemsstaterne: artikel 1, som pålægger dem en række forpligtelser til at give underretning, artikel 3, som angiver formålene med det samråd, som regeringerne indkaldes til, og artiklerne 2 og 4, som indeholder regler om proceduren.

De oplysninger, medlemsstaterne er forpligtet til at give, vedrører deres indvandrerpolitik; de omhandler derfor de foranstaltninger og aftaler, som staterne har benyttet og agter at benytte ved gennemførelsen af denne politik (artikel 1, stk. 2). Det er dog navnlig de foranstaltninger, der er under udarbejdelse, der interesserer Kommissionen. Ifølge artikel 1, stk. 1, skal medlemsstaterne nemlig i god tid eller senest på tidspunktet for offentliggørelsen, give meddelelse om: a) udkast til foranstaltninger, som vedrører arbejdstagere fra tredjelande og deres familiemedlemmer og angår følgende forhold: indrejse, ophold og beskæftigelse, herunder illegal indrejse, illegalt ophold og illegal beskæftigelse, ligestilling med hensyn til leve- og arbejdsvilkår, løn og økonomiske rettig-

* Oversat fra italiensk.

heder, erhvervsmæssig, social og kulturel integration samt frivillig tilbagevenden til hjemlandet, b) udkast til aftaler, der specielt er rettet mod en regulering af disse forhold, c) samarbejdsaftaler med tredjelande, som medlemsstaterne agter at indgå eller videreføre, for så vidt som disse aftaler indeholder regler om disse forhold, d) udkast til aftaler med tredjelande, som de ligeledes agter at indgå eller videreføre, om ophold og beskæftigelse for de statsborgere i Fællesskabet og deres familiemedlemmer, som arbejder i disse stater.

Der er tre formål med samrådet. For det første skal samrådet lette den gensidige information, indkredsningen af problemer af fælles interesse og derfor også gøre det lettere at nå frem til en fælles holdning, især med hensyn til internationale aftaler om indvandring. Det andet formål med samrådet er at sikre, at de i artikel 1 omhandlede udkast til aftaler og foranstaltninger er i overensstemmelse med Fællesskabets politikker og initiativer, herunder udviklingsbistand, og ikke kommer på tværs af de ønskede resultater, især for så vidt angår arbejdsmarkedspolitikken. Det tredje formål er at belyse, om Fællesskabets eller medlemsstaternes foranstaltninger med henblik på at harmonisere medlemsstaternes udlændingelovgivning er hensigtsmæssige, at få indarbejdet så mange fælles bestemmelser som muligt i bilaterale aftaler, og at forbedre beskyttelsen af de fællesskabsborgere, som bor eller arbejder i tredjelande.

Som jeg har nævnt, indeholder artiklerne 2 og 4 bestemmelser om proceduren i forbindelse med samrådet. Førstnævnte artikel bestemmer i stk. 1, at Kommissionen kan tage initiativ til eller en medlemsstat anmode om et samråd senest to uger efter modtagelsen af oplysningerne om udkast til aftaler og / eller nationale foranstaltninger; samrådet skal finde sted i løbet af de næste seks uger eller straks, hvis en medlemsstat gør gældende, at sagen er af særlig hastende karakter. Kommissionen kan ligeledes efter anmodning fra en medlemsstat eller på eget initiativ på et hvilket som helst tidspunkt foranstalte et »ekstraordinært« samråd afholdt; dette skal dog vedrøre spørgsmål, som ikke allerede har været genstand for et ordinært samråd, eller der skal — hvis dette er tilfældet — være fremkommet nye elementer.

I henhold til artikel 4 tilrettelægges samrådet af Kommissionen, som varetager formandsskabet ved møderne samt sekretariatsforretningerne. Der gribes dog ikke ind i de beføjelser, der tilkommer allerede eksisterende organer, navnlig de rådgivende og faglige udvalg for arbejdskraftens frie bevægelighed, som blev oprettet ved Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 (EFT 1968 II, s. 467). Ifølge samme bestemmelse skal medlemsstaterne endelig træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at proceduren for samråd fungerer efter hensigten, og i påkommende tilfælde sørge for, at de oplysninger, de har modtaget i forbindelse hermed, hemmeligholdes.

3. Der er navnlig strid om fortolkningen af én overordnet bestemmelse: EØF-Traktatens artikel 118. De sagsøgende medlemsstater mener nemlig i modsætning til sagsøgte, at denne bestemmelse ikke giver Kommissionen nogen beføjelser med hensyn til indvandrerpolitikken over for tredjelande og navnlig, at bestemmelsen ikke kan danne grundlag for udstedelse af bindende retsakter. Det vil derfor være formålstjenligt at begynde denne undersøgelse med at se på denne bestemmelse og navnlig på de kriterier, som er lagt til grund ved anvendelsen af bestemmelsen, retsakter, som er blevet

støttet på den, og den praksis, som Kommissionen hidtil har fulgt, hvad angår samråd mellem medlemsstaterne.

Indholdet af artiklen, som findes i kapitel I (»Sociale bestemmelser«) i afsnit III (»Socialpolitikken«), er velkendt. Det første af artiklens tre stykker opregner de formål, som lovgiver har villet opnå med bestemmelsen. Den fastslår, at »med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne Traktat har Kommissionen i overensstemmelse med Traktatens almindelige målsætning til opgave at fremme et snævert samarbejde mellem Medlemsstaterne på det sociale område, især for så vidt angår: beskæftigelsen, arbejdsretten og arbejdsvilkårene, den almindelige og videregående faglige uddannelse, den sociale tryghed, beskyttelsen mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, sundhedsforskrifter for arbejde, organisationsretten og retten til kollektive forhandlinger mellem arbejdsgivere og arbejdstagere«.

I stk. 2 angives, hvilke redskaber Kommissionen skal anvende ved virkeliggørelsen af disse mål. Ifølge bestemmelsen »skal Kommissionen i nær kontakt med Medlemsstaterne foretage undersøgelser, afgive udtalelser og tilrettelægge samråd både med hensyn til spørgsmål af national karakter og til spørgsmål af interesse for de internationale organisationer«. Stk. 3 fastsætter en væsentlig betingelse af formel karakter, idet det heri bestemmes, at »Kommissionen rådfører sig med Det Økonomiske og Sociale Udvalg, inden den afgiver de i denne artikel omhandlede udtalelser«.

Når dette er sagt, må det straks tilføjes, at der aldrig har været enighed om de principper, der skal være vejledende for anvendelsen af artikel 118 — eller mere konkret om, på hvilken måde Kommissionen skal anvende de beføjelser, bestemmelsen har tildelt den. Lige fra begyndelsen af 60'erne syntes det klart, at medlemsstaterne, eller en stor del af dem, ønskede at holde Kommissionens virksomhed i den forbindelse inden for så snævre grænser som muligt. F. eks. viste de møder, som Kommissionen indbød medlemsstaternes sociale myndigheder til med henblik på at undersøge, under hvilke former et gensidigt samarbejde kunne finde sted, sig hurtigt resultatløse; og hvad mere er, regeringerne gav udtryk for stærke forbehold med hensyn til Kommissionens ret til at vedtage henstillinger (1967) og til at afgive udtalelser, som imidlertid også udtrykkeligt er medtaget i reglen. Disse sidste — anførtes det — afgives under udøvelsen af en rådgivende funktion; de kan derfor ikke forberedes og udsendes, medmindre staterne udtrykkeligt har anmodet herom.

Holdningen med hensyn til undersøgelserne var lige så forbeholden og pedantisk. Herom udarbejdede medlemsstaternes repræsentanter endog på møder den 24. maj og 21.-22. oktober 1963 en egentlig adfærdskodeks, som Kommissionen skulle rette sig efter. Det aftaltes nemlig: a) at Kommissionen, før den gik i gang med en undersøgelse af nye sociale spørgsmål, skulle forelægge sit forslag for Rådet eller regeringerne, og at den kun kunne påbegynde undersøgelsen efter at have opnået disses enstemmige godkendelse; b) at den ikke uden regeringernes forudgående samtykke måtte drage konklusioner af de foretagne undersøgelser og søge at gennemføre en bestemt politik på grundlag af disse; c) at den ikke kunne benytte sig af de resultater, som konferencen om social sikring i 1962 var nået til, uden at regeringerne og uafhængige eksperter deltog; d) at det udelukkende og fra tilfælde til tilfælde skulle tilkomme regeringerne at træffe afgørelse om, hvorvidt arbejdsmarkedets parter skulle medvirke.

Det lykkedes dog ikke de delegerede fra medlemsstaterne at blive enige om, hvilket organ der skulle fastslå, hvad der skulle undersøges; det er imidlertid betegnende for deres hensigter, at de problemer, de påpegede, indskrænkede sig til valget mellem Rådet og et møde mellem regeringernes repræsentanter, forsamlet i Rådet (jfr. Nederhorst's betænkning om anvendelsen af de sociale bestemmelser i artikel 118, Europa-Parlamentet, dok. session 1965-1966, nr. 60, af 14. juni 1965, s. 9, og Heyning, Problèmes institutionnels posés par la mise en œuvre d'une politique sociale au niveau communautaire, i *Revue du Marché commun*, 1967, s. 198 ff.).

Der hævede sig ganske vist også mere positive røster. Navnlig indeholdt et »memorandum om socialpolitikken« fra den italienske regering (1964) en hård kritik af den »restriktive fortolkning« af artikel 118, der indtil da havde været fremherskende. Denne fortolkning — påstås det i dokumentet — havde ført ind i en blindgyde, på den ene side ved at reducere Fællesskabets indgreb til nogle få retsakter af ringe eller uden virkning, og ved på den anden side for de mere forpligtende beslutningers vedkommende at stille krav om den lammende procedure i form af konferencer mellem regeringernes repræsentanter. Der er imidlertid intet til hinder for, at bestemmelsens mål nås ved hjælp af de sædvanlige fællesskabsværktøjer; det nytter heller ikke noget heroverfor at indvende, at Kommissionen ifølge artikel 118 kun kan fremme et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne, fordi reglen ligeledes bestemmer, at denne opgave skal varetages »med forbehold af de øvrige bestemmelser i Traktaten« (memorandumet er vedlagt som bilag til Nederhorst's betænkning, jfr. nedenfor, s. 20).

Europa-Parlamentet gik endnu mere energisk til værks. I en resolution af 16. juni 1965 sluttede det nemlig op om en klart »udvidende« fortolkning af artikel 118 og de andre regler i Traktaten, »som giver... Kommissionen... en ret til at tage initiativer og en koordineringsopgave, og som bemyndiger den til at træffe sociale foranstaltninger på fællesskabsplan«. Det afviste derfor »den opfattelse, regeringerne i nogle medlemsstater har forfægtet, idet de har anført, at en fuldstændig, forudgående enighed mellem dem er nødvendig... før Kommissionen bemyndiges til at tage nye emner af social karakter op til undersøgelse og at rette henstillinger i henhold til artikel 118«* (JO 1965, s. 2018).

Disse indlæg gav anledning til en meget livlig debat, som særlig Rådet og Parlamentet deltog i. Den 19. december 1966 kommenterede førstnævnte institution tørt i en udtalelse om emnet for undersøgelserne den opfattelse, medlemsstaterne havde forfægtet tre år før. Forsamlingen gav et skarpt svar: således protesterede en resolution af 1. februar 1967 »mod tendenserne... til at foretrække... bilaterale eller multilaterale *ad hoc*-procedurer fremfor... fællesskabsforanstaltninger i overensstemmelse med Traktaterne... for hvilke det politiske og det retlige grundlag findes i de forpligtelser... som staterne har tilsluttet sig *. Men Rådet vente det døve øre til. To handlingsprogrammer af 29. februar 1968 [bilag II til dok. 1413 f 68 (dok. 84) af 26.9.1968] og af 27. juli 1971 (JO C 23 af 8.3.1972, nr. 20) behandlede på ny spørgsmålet om undersøgelserne, og tildelte Kommissionen en rolle, der i visse henseender var endnu mere begrænset og underordnet. Der blev ganske vist tillagt den en ret til at deltage i valget af emner for undersøgelserne, men samtidig blev den frataget beføjelsen til selvstændigt at lede udførelsen af disse. »Arbejdets forløb — hedder det i teksten fra 1971 — skal undersøges i

* Domstolens oversættelse.

fællesskab og *med regelmæssige mellemrum* for at tage hensyn til programmets karakter af en enhed og sammenhængen i det« * (mine udhævelser).

4. Uenighed altså, men fremfor alt ligegyldighed, mistro og hægen om medlemsstaternes suverænitet endog over for overtalelser eller erklæringer. En undersøgelse af de retsakter, der bygger på artikel 118 viser dog, at Kommissionen, i det mindste fra slutningen af 60'erne, ikke fuldstændigt affandt sig med den begrænsede rolle, Rådet og medlemsstaterne havde tildelt den. Der blev gennemført undersøgelser, også på et højt niveau, og selv om der, så vidt jeg ved, ikke blev afgivet udtalelser, udgik der mindst en halv snes henstillinger fra Berlaymont. Artikel 118 nævner ganske vist ikke denne gruppe retsakter, men at Kommissionen har beføjelse til at udstede dem fremgår af artikel 155 og ordene i denne bestemmelse (»de i denne Traktat omhandlede forhold«, »hvis Kommissionen skønner det nødvendigt«), der ikke kan være videre. Der kan nyttigt erindres om — nytten vil fremgå af det følgende — at de henstillinger, jeg har nævnt, *altid* blev forelagt Det Økonomiske og Sociale Udvalg til udtalelse.

Endelig, en overraskelse: Den omtvistede foranstaltning er ikke den første af sin art, som Kommissionen har truffet på grundlag af reglen. De paritetiske udvalg vedrørende sociale problemer for arbejdstagere inden for havfiskeriet og i landbruget blev nemlig nedsat den 25. juli 1974 ved to afgørelser, som har numrene 74/441 og 74/442; det kan heller ikke — som det bedre vil fremgår af afsnit 7 — siges, at medlemsstaterne og Rådet har reageret polemisk eller blot med løftede øjenbryn på brugen af denne mekanisme.

* Domstolens oversættelse.

Og så til samrådene. Disse har været hyppige og forskelligartede: nogle, som regeringerne har anmodet om, og som er blevet afholdt i form af ad hoc-møder mellem regeringernes »rådgivere i sociale spørgsmål« og embedsmænd i Fællesskaberne; andre, der er blevet betegnet som »europæiske konferencer«, og som repræsentanter for medlemsstaterne, delegerede fra de sociale myndigheder og sagkyndige har deltaget i, og som har drejet sig om vigtige problemer (sociale følger af det tekniske fremskridt i 1960, social sikring i 1962); atter andre, der fra gang til gang er blevet beskrevet som seminarer, kollokvier, studiedage, og rundbordsdiskussioner, og som er blevet brugt til undersøgelse af mindre forpligtende emner (sociale boliger i 1963, arbejdsmedicin og social uddannelse i 1964). Man må også huske de skriftlige udtalelser, som Kommissionen anmoder de udvalg, der er nedsat i henhold til Traktaten, og grupper bestående af to eller tre parter, som er indført ved sekundære regler, om. Inden for disse rammer udarbejdes kapitlerne i den beretning om de sociale forhold i Fællesskabet, som Kommissionen ifølge Traktatens artikel 122 hvert år skal forelægge Parlamentet.

Der er altså tale om en betydelig aktivitet; men det må erkendes, at Kommissionen denne gang spiller en klart underordnet rolle ved tilrettelæggelsen heraf. Det er blevet anført i teorien, at det tilkommer medlemsstaterne at afgøre om, hvordan eller hvornår samrådene skal finde sted, og at Kommissionen hverken kan bestemme, hvilke emner der skal drøftes, eller foreskrive procedureregler (jfr. Knolle: »Artikel 118« i *AA. VV, EWG-Vertrag Kommentar*, anden udgave, Baden-Baden, 1974, s. 1515). Praksis synes at bekræfte denne tvivlsomme opfattelse. De møder eller udta-

lelser, som Kommissionen har fastsat eller anmodet om uden at sikre sig Rådets samtykke, har faktisk været ret sjældne. Som eksempler kan nævnes de skriftlige samråd om gennemførelsen af artikel 118 (Ribas: *La politique sociale des Communautés européennes*, Paris, 1969, s. 47), og rundbordsdrøftelser om socialpolitikken inden for transportsektoren. Her angav Rådet, hvilke emner der skulle sættes på dagsordenen, og delegationerne fra medlemsstaterne angav i enkeltheder, hvilken rolle de deltagende regeringsembedsmænd skulle spille (Ottende Oversigt over Rådets Virksomhed, april-september 1963, s. 40).

5. På dette tidspunkt må vi se på de faktiske omstændigheder i sagen; dette indebærer en fornyet gennemgang af de mange etaper i den proces, som afsluttes med beslutning 85/381 og de sager, som Domstolen skal træffe afgørelse i.

Mig bekendt går forhistorien til beslutningen helt tilbage til 1974 eller endog til 1972. I oktober 1972 opfordrede stats- og regeringscheferne nemlig på deres konference i Paris myndighederne i Bruxelles til at vedtage et socialt handlingsprogram og at fastsætte de nødvendige foranstaltninger og midler. Femten måneder senere — den 21. januar 1974 — efterkom Rådet denne opfordring, idet det vedtog en resolution (EFT C 13, s. 1), hvori »fuld og bedre beskæftigelse på fællesskabsniveau, og på nationalt og regionalt niveau« blev betegnet som den »afgørende forudsætning for en effektiv arbejdsmarkeds- og socialpolitik«, og Rådet påtog sig en forpligtelse til inden 1976 at udstede de nødvendige foranstaltninger til gennemførelse heraf. Blandt disse sidste — her er vi ved sagens kerne — figurerede et direkte »handlingsprogram«: a) at fremme ligebehandlingen af Fællesskabets arbejdstagere og arbejdstagerne fra tredjelande »med hensyn til leve- og arbejdsvilkår, lønninger og økonomiske rettigheder«; b) »at fremme en afstemning af indvandringspolitikken over for tredjelande«.

Tre episoder af en vis betydning med de samme institutioner som hovedaktører fulgte herefter. Stadig i 1974 anførte stats- og regeringscheferne på topmødet (Paris den 9.-10. december) i det afsluttende communiqué, punkt 10, at det var nødvendigt med en gradvis tilnærmelse af medlemsstaternes fremmedlovgivning. To år senere genoptog en ny rådsresolution (9. februar 1976, EFT C 34, s. 2) temaerne fra den tekst, som jeg netop har nævnt; der blev tilføjet en bemærkning om nødvendigheden af i forening at bekæmpe den ulovlige indvandring af arbejdstagere fra tredjelande, og resolutionen sluttede med at give udtryk for Rådets »politiske vilje« til at gennemføre de lovede aktioner under hensyntagen til medlemsstaternes og fællesskabsinstitutionernes kompetence. Endelig godkendte den almindelige kommission for den euro-arabiske dialog den 11. december 1978 i Damaskus en erklæring om de principper, som gælder for vandrende arbejdstageres leve- og arbejdsvilkår i de to områder. Også denne erklæring garanterer ligebehandlingen, for så vidt angår økonomiske rettigheder og grundlæggende friheder (Seksogtyvende Oversigt over Rådets Virksomhed, 1. januar — 31. december 1978, s. 59).

På dette tidspunkt dukkede Kommissionen op på skuepladsen; den syntes indtil da kun i ringe grad at have interesseret sig for indvandrerpolitiken. Den meddelelse, der blev sendt til Rådet den 23. marts 1979 [dok. KOM (79) 115 endel.], og som giver en

nøjagtig beskrivelse af problemets socialøkonomiske baggrund og beskæftiger sig med både de strategiske mål og de proceduremæssige detaljer, er et af de mest betydningsfulde kapitler i denne historie. Det må derfor undersøges omhyggeligt.

Teksten indledes med en indrømmelse, som også er et udtryk for forsigtighed: det er Rådets opgave at træffe afgørelse om »principperne om afstemning mellem medlemsstaterne og Kommissionen« (punkt 2.10). Men tonen bliver hurtigt skarp. Denne afstemning er nemlig absolut nødvendig. Dens gennemførelse, eller rettere profileringen af den er en »naturlig følge« af »fællesskabspolitikken vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed»(punkt 3.2); dvs. en værdi, som tilgangen af fremmede — der i dag er vilkårlig, dårligt planlagt og ofte sker illegalt — kan bringe alvorligt i fare. Der bliver altså tale om sammen at undersøge en række foranstaltninger, som kan bringe orden i indvandringen af arbejdstagere fra tredjelande, idet de beskytter og styrker »fortrinsstillingen for statsborgere fra Fællesskabet« på det fælles arbejdsmarked (punkt 3.5). Problemet er særlig akut for britiske, irlandske og danske arbejdstagere i overgangsperioden. Hvordan man skal sikre dem forret fremfor den udenlandske arbejdskraft ved adgangen til ledige stillinger er det første område, hvor der øjeblikkelig må foretages en afstemning (punkt 4.1).

For så vidt angår den procedure, der skal anvendes på de møder, hvor disse argumenter vil blive drøftet, synes det ikke nødvendigt med en ny mekanisme. Man kan nøjes med at gå frem efter artikel 19 i Rådets forordning nr. 1612/68, som er tilstrækkelig fleksibel til også at kunne tilpasses indvandrerpolitikken; Kommissionen bør derfor dels støtte sig til de resultater, som fællesskabsbestemmelsen fører til, for så vidt angår kontrollen med og udligningen af tilbud og ansøgninger om arbejde, og dels til den forventede udvikling på arbejdsmarkedet og især sandsynligheden for, at arbejdstagerne i Fællesskabet accepterer de ledige stillinger. Der er derefter ingenting der forhindrer, at der til løsningen af specielle problemer nedsættes ad hoc-grupper med deltagelse af de sociale myndigheder.

6. Som påregneligt bragte det således sammenfattede dokument en smule frisk luft ind i den hårde, men frugtesløse diskussion, som i årevis havde fundet sted mellem medlemsstaterne, Rådet og Kommissionen om de kriterier, hvorefter artikel 118 skal anvendes. I den rapport, der er udarbejdet af De faste repræsentanters Komité til Rådets samling »Arbejde og sociale forhold« (dokument SOC 266 af 15.11.1979) anerkendtes det f. eks., at der var en forbindelse mellem indvandrerpolitikken og fællesskabsarbejdstagernes fortrinsstilling, idet den foreslog, at medlemsstaterne skulle gøre den til genstand for konsultationer. For den, som havde set en fare også i sociologiske eller arbejdsretlige undersøgelser, var fremskridtet ikke så lille endda; de forbehold, som nogle regeringer gav udtryk for med hensyn til proceduren, kunne heller ikke helt opveje det. Her fik medlemsstaternes bekymring nemlig overtaget. Således — hævdede Frankrig — er det rådgivende udvalg i forordning nr. 1612/68 ikke et passende forum, hvis de emner, der skal behandles, sætter suveræniteten på spil; så er det faglige udvalg bedre, men også det kun på betingelse af, at det ikke giver sig til at udarbejde retningslinjer for forhandlingerne i Fællesskabet. I hvert fald — anførte Frankrig og Tyskland — er det udelukket at give Kommissionen et generelt mandat; og — tilføjede Danmark — afstemningen må ikke munde ud i udstedelsen af bindende retsakter.

Kommissionen anførte som svar på disse advarsler, at den opfattede konsultationerne

som en metode, der skulle gøre det muligt for den at fremsætte forslag og ikke at udstede retsakter. Men på dette punkt blev den mest præcise — og måske mest korrekte udtalelse — fremsat af Rådet i konklusionerne vedrørende den samling, som jeg har nævnt ovenfor (dok. PV / CONS 53 SOC 292 af 26.11.1979). Det lovgivende organ, der var overbevist om, at bestræbelserne burde koncentreres om løsningen af problemerne i tilknytning til fællesskabsarbejdstagernes fortrinsstilling, arbejdskraften fra tredjelande og de borgere i medlemsstaterne, som arbejder i tredjelande, anførte, at selv om konsultationerne »[ikke berører] den kompetence, der er tillagt Fællesskabets institutioner«, skal de »gøre det lettere for medlemsstaterne«, ikke at »fremme vedtagelse af fællesskabsretsakter«, men »at indtage en fælles holdning« (mundtlig erklæring vedrørende punkt 7). Altså er tiden til et initiativ af denne art nu inde; det pålægges derfor Kommissionen »alt efter omstændighederne at forberede eller organisere passende konsultationer«.

Seks måneder efter gav Kommissionens dokument et nyt resultat, nemlig Rådets resolution af 27. juni 1980 om en arbejdsmarkedspolitik for Fællesskabet (EFT C 168, s. 1), som, uden at beskæftige sig med spørgsmålene vedrørende proceduren, fremhæver den væsentlige problematik med hensyn til konsultationerne. »Integrationen af Fællesskabets arbejdsmarked — siges det i afsnit III — bør fremmes på grundlag af bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed..., og især ved effektiv gennemførelse af SEDOC [europæisk system for udveksling af tilbud og ansøgninger om beskæftigelse med henblik på international udligning], under hensyn til den... fortrinsret, der skal gives... statsborgere i Fællesskabets medlemsstater, og til behovet for at styre adgangen til Fællesskabets arbejdsmarked af arbejdskraft fra tredjelande, samt ved en passende indbyrdes afstemt migrationspolitik over for tredjelande«. Formuleringen er tung, men den politiske betydning af budskabet er, ligesom den opfordring til handling, som endnu engang rettes til Kommissionen, klar. Det påhviler denne — således slutter resolutionen — at tage de nødvendige initiativer til fremme af medlemsstaternes samarbejde inden for arbejdsmarkedspolitikken.

Kommissionen gik ikke i gang med det samme. Erfaringerne fra 60'erne og det dårlige resultat af de forsøg på frivilligt samarbejde, der var gjort indtil da (jfr. nedenfor, afsnit 15) havde åbenbart overbevist den om, at et virkelig effektivt indgreb endnu engang ville støde på uovervindelig modstand; så meget nyttede det altså at berede jordbunden ved at stille alvorlige diagnoser om den foreliggende situation og fremsætte forslag, som efterhånden blev mere og mere eksplicite. Det forekommer mig, at dokumentet af 9. september 1983 til det rådgivende udvalg, svarer til denne strategi. Der er i dokumentet en betydningsfuld henvisning til de aftaler, der er indgået af Fællesskabet med Tyrkiet, Portugal, Jugoslavien og Maghreb-landene, som giver indvandrerne fra disse lande en mindre fordelagtig *status* end den, fællesskabsborgere har. Men det mest relevante punkt findes andetsteds, nemlig i en konstatering af de skader, der er forvoldt af den stigende tendens i medlemsstaterne til at gå frem i spredt fægtning. I de seneste år — siges det — er antallet af nationale foranstaltninger, der ikke har været genstand for afstemning, og som har haft uheldige virkninger på arbejdsmarkederne i andre medlemslande, steget. Det er nu absolut nødvendigt at »institutionalisere afstemningen«.

Og på hvilken måde skal det så ske? Det afgørende svar findes i udkast til meddelelse om »retningslinjer for Fællesskabets indvandrerpolitik«, som går tilbage til den 13. marts 1984, og som også blev sendt til udvalget i henhold til artikel 24 i forordning nr. 1612/68 (dok. V/243/1/84-DA). Tiden er nu kommet — hedder det i punkt 44 — til at opstille passende juridiske rammer for at sikre, at alle medlemsstater deltager på lige fod [i samrådsproceduren], idet de pålægges de samme forpligtelser over for Kommissionen som over for hinanden«. Som Rådet tidligere har anført, er sigtet med disse rammer kun at »blive enige om en fælles holdning«, og der kræves kun meddelelser og drøftelser om den enkelte medlemsstats problemer med hensyn til foranstaltningerne vedrørende arbejdstagere fra tredjelande og deres familiemedlemmer. Men hvis disse meddelelser og drøftelser skal have obligatorisk karakter, er det absolut nødvendigt, at rammerne fastlægges i en beslutning (punkt 55).

Det var på tide at spille ud, og der var forbavselse her og der over de velvillige reaktioner, som det nu forudselige udspil fremkaldte. I et dokument af 22. juni 1984 (Konklusioner vedrørende et handlingsprogram på det sociale område på mellemlang sigt, EFT C 175, s. 1) tog Rådet »til efterretning«, at Kommissionen ville forelægge forslag, der sigtede mod »at udvikle medlemsstaternes samarbejde vedrørende kontrol med indvandring fra tredjelande«. Da Kommissionen så forelagde det et udkast til resolution, hvori Rådet erkender nødvendigheden af at etablere »passende rammer« for konsultationerne [(dok. KOM(85) 48, endel. af 7.3.1985], svarede det Kommissionen i intetsigende, men ikke negative vendinger. Efter således først at have gjort det klart, at »spørgsmål vedrørende adgang, ophold og beskæftigelse for vandrende arbejdstagere fra tredjelande henhører... under medlemsstaternes regeringers kompetence«, anerkendte det nødvendigheden af at fremme samrådet mellem medlemsstaterne, noterede sig »at Kommissionen har til hensigt at indføre et passende skema med henblik herpå« (punkt 3) og opfordrede den til at »forelægge det de i denne forbindelse nødvendige forslag« (punkt 7).

Resolutionen blev godkendt den 13. juni 1985, formelt vedtaget under samlingen den 16. juli og offentliggjort den 26. juli (EFT C 186, s. 3). Men da den havde nået vejs ende, var det for sent. Den 8. juli havde Kommissionen nemlig udstedt den omtvistede beslutning.

7. Efter denne redegørelse for forholdene omkring aktens tilblivelse finder jeg det på sin plads at spørge, hvorfor denne sag er anlagt. Hvad er det, der har fået et så stort antal stater, at Rådet næsten selv kunne være draget i felten, til at gå til Domstolen? Dersom man forsøger at besvare dette spørgsmål ved logikkens hjælp, må det fastslås, at der ikke findes nogen begrundelse herfor. Rådet har seks gange tilkendegivet, at et samråd var absolut nødvendigt. Det har to gange indstændigt anmodet Kommissionen om at iværksætte sådanne samråd, og da Kommissionen besluttede at handle, anmodede det den ved yderligere to lejligheder om at gøre det bekendt med de forslag, den havde. Medlemsstaterne har for deres part givet udtryk for forskellige tvivl, ytret betænkeligheder og givet advarsler, men de har ikke i tiden før 1985 og endnu mindre under sagen på noget tidspunkt erklæret, at de var uvillige til at give hinanden oplysninger og foranstalte samråd.

Heroverfor kan det indvendes, at staterne ikke er imod selve produktet, men at de kritiserer det middel og de materialer — nemlig en beslutning og de bånd, den skaber — ved hjælp af hvilke produktet er blevet

fremstillet. Men heller ikke dette synspunkt er der hold i. Det vil kunne afvises blot ved en henvisning til de to beslutninger fra 1974 (*ovenfor*, afsnit 4), der også er udstedt med hjemmel i artikel 118, men som ikke desto mindre aldrig er blevet anfægtet. Og dersom det indvendes, at der er tale om en regulering af mindre følsomme områder end det i denne sag omhandlede, vil det være nok at nævne en række andre retsakter fra Fællesskabets lovgivningshistorie, og vel at mærke bindende retsakter og akter vedrørende spørgsmål af stor betydning, men alligevel absolut i yderkanten af fællesskabskompetencen, og desuden retsakter, der ikke har deres hjemmel i en bestemt traktatbestemmelse, men simpelt hen er vedtaget i henhold til Traktaten, eller hvad værre er, i henhold til rådsresolutioner, og som skønt således beskafne blev accepteret uden indvendinger eller til almindelig tilfredshed.

Af sådanne akter findes der mindst ti, der alle fortjener en plads på et ønskeligt museum for juridiske uhyrligheder. Følgende rådsforordninger er således vedtaget »under henvisning til Traktaten«: Rådets forordning nr. 1707/86 af 30. maj 1986 om betingelser for indførsel af landbrugsprodukter med oprindelse i tredjelande som følge af ulykken på kernekraftværket i Tjernobyl (EFT L 146, s. 88), Rådets forordning nr. 3302/86 af 27. oktober 1986 om suspension af importen af guldmønter fra Den sydafrikanske Republik (EFT L 305, s. 11), Rådets forordning nr. 3599/85 af 17. december 1985 om anvendelse af generelle toldpræferencer i 1986 for visse industrivarer med oprindelse i udviklingslande (EFT L 352, s. 1). Derimod er syv akter vedtaget under henvisning til en rådsresolution, heraf tre af den samme institution, som vedtog resolutionen (Rådets afgørelse af 16. september 1985 om oprettelse af det rådgivende udvalg for farmaceutuddannelse, EFT L 253, s. 43, Rådets afgørelse af 29. juni 1984 om strukturer og procedurer ved forvaltning og koordinering af Fællesskabets forsknings-, udviklings- og demonstrationsaktiviteter, EFT L 177, s. 25, Rådets afgørelse af 28. oktober 1980 om fiskeri i farvande, der hører under medlemsstaternes højhedsområde (EFT L 298, s. 38), mens fire er vedtaget af Kommissionen. Ved disse sidste oprettes der komiteer for landevejstransport (28. november 1985, EFT L 317, s. 33), for transport ad jernbane (19. december 1984, EFT 1985 L 8, s. 26), for kontrol med og formindskelse af forurening af havet med karbonhybrider og andre farlige stoffer (25. juni 1980, EFT L 188, s. 11) og for forvaltning af affald (21. april 1976, EFT L 115, s. 73).

Og så tilbage til sagen. Såfremt de punkter, jeg har omtalt, har betydning, kan man for at forstå grundene til den foreliggende sag ikke gøre andet end at forlade logikkens område og se psykologisk på tingene, selv om udbyttet kun kan blive magert. Jeg vil således sige, at der er tre ting, der forklarer staternes oprør, og at den vrede, som uventede og ubehagelige tildragelser vækker, kommer i første række. Det må jeg forklare nærmere. Beslutningerne fra 1974 samt de tekster, der er fremkommet fra 1979 og i tiden derefter har ikke kunnet ændre det billede, som Kommissionen i 1960'erne, navnlig på grund af sin eftergivenhed, havde skabt af sig selv, når det gælder rådslagninger og undersøgelser. Staterne havde vænnet sig til dette billede med alt, hvad det indebar af underdanighed, resignation og undertiden fejhed, og således modnedes overbevisningen om, at fra den udøvende myndigheds side kunne man vente sig en masse snak, men få eller ingen realiteter. Dette må være nøglen til forståelse af den tavshed, de bevarede over for dokumentet af 13. marts 1984 (afstemningen skulle foregå inden for rammerne af en procedure, der skulle fastlægges ved afgørelse). Og deres overraskelse

må derfor have været stor, da de blev stillet over for intet mindre end en tungtvejende kendsgerning, og lysten til at lade denne kendsgernings ophavsmand træde frem til en ordentlig dragt juridisk prygl har været stor.

Hertil kommer en mere objektiv kendsgerning. Hvad enten man kan lide det eller ej, mener staterne at have en reel eller rettere vital interesse i fuldstændigt at kunne kontrollere indrejse af arbejdstagere fra tredjelande, og det har de naturligvis også, fordi disse arbejdstageres tilstedeværelse er en kilde til politisk uro og berører den offentlige orden. Deres frygt for, at spørgsmål herom i tidens løb skal blive »fællesskabsreguleret« er derfor reel nok, og det er efter min mening værd at lægge mærke til, at de har benyttet den europæiske fælles akt som en anledning til at trække tingene skarpt op og således beskytte sig mod skridt, der netop havde til formål at sætte en proces af denne art i gang. Og erklæringen vedrørende den ny traktats artikler 13 -19 indeholder faktisk en bekræftelse af »medlemsstaternes ret til at vedtage de foranstaltninger, de... finder nødvendige, vedrørende kontrol med indvandringen fra tredjelande samt vedrørende bekæmpelse af terrorisme«.

Endelig har også de fejl, Kommissionen har begået, spillet en rolle. Jeg tænker her ikke så meget på det unægtelig lidet agtværdige hastværk, den havde med at få den anfægtede akt vedtaget, men mere på det pedanteri, der præger denne, og navnlig dens fremhævelse af arbejdstagere fra tredjelande eller aftaler mellem medlemsstater og tredjelande, der ikke just var egnet til at lægge en dæmper på den vrede og frygt, jeg har omtalt. I den forbindelse må det være tilladt at gisne om, hvordan det ville være gået, såfremt Kommissionen havde betonet *vort* arbejdsmarked og nødvendigheden af at øge beskæftigelsen for Fællesskabets lønmodtagere, for måske ville den på denne måde have undgået de søgsmål, vi nu behandler, og havde ikke af den grund behøvet at opgive den målsætning, den havde i tankerne. Som den selv fremhævede i dokumentet af 23. marts 1979 er migrationspolitikken en »følge« af den politik, der skal føres i henhold til Traktatens artikler 48-51; at afstemme de problemer, der rejser sig af anvendelsen af disse bestemmelser, indebærer derfor, at man tager stilling også til de foranstaltninger, der skal gælde for borgere fra tredjelande.

8. Før jeg går i gang med at redegøre for parternes anbringender og argumenter, må jeg tage stilling til forskellige formalitetsspørgsmål og herunder navnlig det i afsnit 1 omtalte spørgsmål.

Lad os se på fristerne. Den omtvistede beslutning blev forkyndt for samtlige de faste repræsentationer den 11. juli 1985 og nåede, som det fremgår af kopien af modtagelsesbeviset, frem til Nederlandenes repræsentation kl. 15.10 samme dag. Den hollandske regerings stævning blev fremsendt ved telex af 18. september 1985, og originaleksemplaret af stævningen indgik til Domstolens justitskontor to dage senere. Kommissionen gør nu gældende, at søgsmålsfristen i Hollands tilfælde er to måneder — ifølge procesreglementets artikel 81 regnet fra dagen efter den dag, hvor der er givet meddelelse om retsakten — hvortil kommer en forlængelse på seks dage under hensyn til afstanden mellem Haag og Luxembourg, jfr. bilag II til procesreglementet. Fristen udløb altså den 18. september, dvs. den dag, Domstolens justitskontor modtog telex'et men 48 timer før modtagelsen af originaleksemplaret. Den hollandske regering bestrider ikke dette, men den gør gældende: a) at nævnte reglements artikler 37 og 38 ikke forbyder et sagsanlæg ved telex, og b) at den var nødt til at benytte nævnte fremsendelsesform som følge af den forsinkelse, hvormed Kommissionen (den 29. august) besvarede

en forespørgsel fra den om oplysninger vedrørende fremgangsmåden ved beslutningens anvendelse.

Som det fremgår af Domstolens dom af 15. januar 1987 i sag 152/85, Misset mod Rådet, Sml. s. 223, 234, hviler begge parters argumentation på et fejlagtigt grundlag. Domstolen fastslog nemlig vedrørende fortolkningen af artiklerne 80 og 81 i nævnte reglement, at »når søgsmålsfristen som tilfældet er i nærværende sag er fastsat i kalendermåneder, udløber den... ved udløbet af den dag, der i den måned, fristen fører frem til, har samme tal som den dag, fra hvilken fristen er begyndt at løbe, dvs. dagen for meddelelsen« (præmis 8). Anvendes denne regel nu i det foreliggende tilfælde bliver resultatet, at et annullationssøgsmål mod den her omhandlede beslutning ifølge Traktatens artikel 173 skulle anlægges senest den 11. september. Lægges hertil de seks dage, som sagsøgere, der er bosiddende i Nederlandene, har, når man til datoen den 17. ved midnat. Det er grunden til, at den hollandske sag — også selv om det anerkendes, at sag gyldigt kan anlægges ved telex — er anlagt for sent.

Det anførte gælder imidlertid ikke blot det hollandske søgsmål. For anvender man praksis fra Misset-sagen på de øvrige søgsmål, viser det sig, at Tyskland og Frankrig har anlagt sag rettidigt (det første lands stævning kom frem den 17. september, mens stævningen fra sidstnævnte land, der fik den rigtige tekst til beslutningen meddelt en uge senere, fremkom den 24. samme måned), og at Det Forenede Kongerige og Danmark anlagde sag for sent. De to sidstnævnte lande får som bekendt efter afstandsreglerne en fristforlængelse på ti dage, hvilket fører til, at deres stævninger skulle være indgået den 21. september. De blev imidlertid indgivet den 23. september.

Herefter må jeg fastslå: a) at jeg ikke kan undlade at gå ind i en vurdering af de af Nederlandene fremførte anbringender og argumenter, hvilket imidlertid kun skyldes, at denne stat har interveneret til støtte for Frankrig og herved i sine bemærkninger har gentaget hele sin egen stævning; b) at jeg må nøjes med kun at omtale de af Det Forenede Kongeriges argumenter, som denne stat har gentaget i forbindelse med sin intervention til støtte for Tyskland; og c) at jeg er nødt til at afstå fra at beskæftige mig med Danmarks anbringender og argumenter, idet denne stat har været så uheldig (eller så elegant) kun at føre sag på egne vegne.

9. Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutning 85/381 er behæftet med tre mangler: inkompetence, tilsidesættelse af Traktaten, samt subsidiært tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. De to første grunde hviler på staterne Frankrigs, Tysklands, Storbritanniens og Nederlandenes fortolkning af artikel 118, hvilket i og for sig er nok til, at de kan behandles under ét. Men det må herved huskes, at de fire stater med inkompetence taler om to ting: akten er nemlig behæftet med inkompetence: a) fordi den ligger uden for området for de beføjelser, der ved bestemmelsen er tillagt Kommissionen, og b) fordi den regulerer forhold, som bestemmelsen ikke vedrører. Disse to aspekter giver imidlertid anledning til meget forskellige problemer, og de må derfor omtales hver for sig.

Jeg vil begynde med det første synspunkt, der, selv om det fremføres i samtlige sager, dog uddybes særlig udførligt i Forbundsrepublikkens stævning. Ifølge Bonn-regeringen er det først og fremmest ordlyden af artikel 118, der udelukker, at bestemmelsen retmæssigt kan være hjemmel for vedtagelsen af bindende bestemmelser. Ifølge bestemmelsens stk. 1, har den udøvende myndighed jo til opgave at fremme et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne, og at »fremme« vil sige begunstige, tilskynde til, befordre eller incitere til, men afgjort ikke

forpligte til. Stk. 2 udtaler sig lige så klart. Det er indlysende, at to af de deri omtalte midler ikke kræver (undersøgelser) eller lægger op til (udtalelser) en virksomhed, der fører til pålæggelse af forpligtelser. For så vidt angår samråd benytter den franske og den italienske udgave et verbum, nemlig henholdsvis »organiser« og »organizzare« — der kan hentyde til lovgivning, men da de tilsvarende ord (»vorbereiten« og »to arrange«) i den tyske og den engelske udgave har en betydning, der udelukker en sådan hentydning, må der semantisk ske en sådan begrænsning, at dette bliver ensbetydende med udførelse af rent materiel virksomhed.

Og dog. I den her omhandlede artikel forekommer ordet »beslutning« ikke. Denne omstændighed kan i og for sig ikke være afgørende, men det bliver den, når henses til, at stk. 2 omhandler andre midler (nemlig netop undersøgelser, udtalelser og tilrettelæggelse af samråd), der synes at være udtømmende opregnet, eller hvortil man — når henses til den indledende sætning i artikel 155, stk. 1 — i det højeste kan føje henstillinger (jfr. herved navnlig det af Det Forenede Kongerige anførte). For det samme resultat taler i øvrigt stk. 3, hvori det bestemmes, at den udøvende myndighed, inden den afgiver udtalelser, skal rådføre sig med Det Økonomiske og Sociale Udvalg. Det ville faktisk være meningsløst, at stille krav herom med henblik på en retligt uforbindende akt, hvis det ikke også gjaldt for en akt, der afføder forpligtelser, og er dette korrekt, må det absolut afvises, at det har så meget som strejfet lovgiver, at Kommissionen skulle bemyndiges til at udstede bindende retsakter.

Ikke nok med det. Afgørende betydning har også ordene i stk. 2 umiddelbart før den just omtalte opregning. Kommissionen — hedder det — »skal... i nær kontakt med medlemsstaterne [foretage undersøgelser, afgive udtalelser og tilrettelægge samråd]«. Men det er indlysende, at denne adfærd, der kræves af den udøvende myndighed, kun har mening, såfremt der virkelig er tale om en forpligtelse, nemlig til ikke at anvende de midler, den har fået stillet til rådighed (her til ikke at tilrettelægge samråd), uden at have ikke blot givet Rådet meddelelse, men også og navnlig fået dettes samtykke. Den udøvende myndighed kan altså ikke ensidigt træffe foranstaltninger, og endnu mindre foranstaltninger med bindende virkning.

Det er sagsøgte, fremdeles ifølge den tyske regering, naturligvis ikke enig i. Efter dens opfattelse tillægges den ved artikel 118 på samme måde som ved artiklerne 75 og 113 visse opgaver, således at den frit kan vælge midlerne til at løse disse med. Men den analogi, den påberåber sig, holder ikke, og også dette fremgår af ordlyden af den her omhandlede bestemmelse. Det valg, der er tale om, vedrører nemlig måden at tilrettelægge samrådet på. Jo, men i den italienske tekst er ordene »organizzando consultazioni« styret af præpositonen »mediante«; vedkommende virksomhed er altså selv, ligesom afgivelsen af udtalelser og foretagelsen af undersøgelser, et middel. Og dette indebærer ganske vist, at Kommissionen står frit, men det gør den dog kun med de begrænsninger, som området for disse tre midler angiver. Det står den med andre ord frit for at anvende dem — og undersøgelser har den jo anvendt — eller at undlade at anvende dem — udtalelser har den jo ikke afgivet — men ikke at benytte disse midler på en måde, som lovgiveren ikke har angivet.

Det kan ej heller gøres gældende, at valget af en bindende ordning blev sat igennem på grundlag af effet utile-læren, fordi det var nødvendigt at få afstemning effektivt i gang. Sådanne drøftelser kunne også blive effektive, såfremt de kom til at fungere som et *forum*, som tilfældet er med de møder, der

afholdes inden for rammerne af Europa-Rådet om de samme emner (dette er således Frankrigs synspunkt), og det så meget mere — tilføjes det fra hollandsk side — som den loyalitet, som staterne i medfør af artikel 5 er forpligtet til at udvise, ville give sikkerhed for, at de forløb godt. Det er i al fald en kendsgerning, at teleologiske overvejelser og navnlig effet utile-princippet ved overførsel af kompetence fra Rådet til Kommissionen eller fra medlemsstaterne til Fællesskabet kun kan anvendes som en ultima ratio. Den udøvende myndighed burde derfor før udstedelsen af en beslutning have prøvet alle de øvrige midler, der angives i loven. Men de i forordning nr. 1612/68 omhandlede faglige og rådgivende udvalg kom tværtimod kun overfladisk til at beskæftige sig med de spørgsmål, som akten var tænkt at skulle gøre op med, og staterne modtog hverken udtalelser eller henstillinger.

Den tyske regering har yderligere anført, at de resultater, der nås ved en formålsfortolkning og en fortolkning efter ordlyden af artikel 118, bekræftes af en analyse af denne bestemmelses placering i traktatens system. Det er således utvivlsomt, at bestemmelsen må ses i sammenhæng med det i artikel 117 skitserede program (forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår) og derfor må forstås i lyset af de midler, der ifølge sidstnævnte bestemmelses stk. 2 skal anvendes for at gennemføre de nævnte formål. Men disse midler består i: a) fællesmarkedets virksomhed, som denne automatisk tænkes at foregå, b) »de i [Traktaten] foreskrevne fremgangsmåder«, der forudsætter regler, ved hvilke der udtrykkeligt tildeles retsanordningsbeføjelser, c) den indbyrdes tilnærmelse af lovgivningerne, dvs. en opgave, der som bekendt ikke påhviler Kommissionen, men Rådet.

Artikel 117 er imidlertid kun en brik i en mosaik. Ser man så på hele billedet, bliver man klar over, at Traktaten under ét sigter mod at lade socialsektoren fremstå som et »reserveret domæne« for medlemsstaterne, således at der som altid i forbindelse med Traktatens hovedsigter kun kan ske ændringer heri ved anvendelse af ændringsproceduren i henhold til artikel 236. En anfægtelse af et sådant grundlæggende valg ved en udvidende fortolkning af en bestemmelse og i det foreliggende tilfælde af artikel 118, bliver da det samme som at bortse fra princippet om, at hver institution er forpligtet til at handle inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den. Der bliver derefter tale om en overtrædelse af artikel 4, samt mere præcist af artikel 155 i det omfang, det af sidstnævnte bestemmelse kan udledes, at Kommissionen kun kan vedtage beslutninger i ekstraordinære tilfælde og således ikke retmæssigt kan gøre det, når den efter Traktaten ikke udtrykkeligt har kompetence dertil eller er tillagt sådan kompetence af Rådet.

Kommissionen har svaret, at de anførte grunde vejer lidet til eller rent ud sagt bortfalder, når henses til den omtvistede akts rent processuelle indhold. Denne indsigelse er nu ikke så stærk endda. For det første sondres der i artikel 189 ikke mellem materielle og processuelle regler og desuden er det velkendt, at procedurebestemmelser ofte kun formelt er af rent processuel karakter. F. eks. — anføres det fra tysk side — griber forpligtelsen ifølge artikel 1, stk. 1 (til at give underretning om foranstaltninger, der er under forberedelse) ind i staternes materielle interesser, idet den antaster forskellige mulige diskretionshensyn, eller for så vidt angår aftaler med tredjelande, den for forhandlingernes succes nødvendige diskretion. Og f. eks. — tilføjes det fra Frankrigs side — kan de for afstemning fastsatte frister (to uger og derefter seks uger) komme i vejen for vedtagelsen i rette tid af hasteforanstaltninger. Og således — lyder det endelig fra Storbritanniens side — medfører den omstændighed, at det er umuligt at træffe de af

proceduren omfattede foranstaltninger, så længe denne ikke er afsluttet, og disse ikke er fundet i overensstemmelse med fællesskabspolitikken, i det mindste faktisk, at de kommer til at afhænge af den udøvende myndigheds *forgodtbefindende.*

Til sidst en række argumenter vedrørende teorien, retspraksis og administrativ praksis. I teorien, anføres det, hersker der stort set enighed om, at det må afvises, at Kommissionen ifølge artikel 118 har kompetence til at vedtage bindende retsakter. Domstolen har fastslået, at bestemmelserne i artiklerne 117 og 118 hovedsagelig er programerklæringer (jfr. dom af 15. juni 1978, 149/77, Defrenne III, Sml. s. 1365, præmis 19) og har altså således anerkendt en faktisk situation, der implicite inden for en ordning, der præges af kompetencetildeling i et bestemt begrænset omfang, fører til det samme resultat. I administrativ praksis er forholdene mere usikre, hvilket blandt andet skyldes de to retsakter, Kommissionen udstedte den 25. juli 1974. Men man ville gå for vidt, hvis man tillagde disse foranstaltninger større betydning for afgørelsen af, hvad der er gældende ret. De omhandler nemlig kun et samarbejde mellem medlemsstaterne og de udvalg, der oprettes ved dem, og det eneste, de har til fælles med den i denne sag omhandlede akt, er den tavshedspligt, der pålægges deltagere i de omhandlede samrådsprocedurer.

10. Navnlig Frankrig og Det Forenede Kongerige har fremhævet det andet anbringende om, at beslutning 85/381 er ugyldig på grund af manglende kompetence. Begge landes regeringer er af den opfattelse, at det af akten regulerede område ligger uden for området for artikel 118, der ikke gælder for arbejdstagere fra lande uden for Fællesskabet. Der er naturligvis ingen, der afviser, at der er en sammenhæng mellem Fællesskabets beskæftigelsespolitik og ind- og udvandringen til og fra Fællesskabet, men denne forbindelse er for svag og indirekte til at inddrage den personkreds, der ind- eller udvandrer under fællesskabsreglerne, dog med undtagelse af borgere fra de associerede stater, der er omfattet af reglerne i kapitel I, afsnit III. Denne omstændighed er navnlig efter Frankrigs opfattelse tilstrækkelig til at udelukke, at lovgiveren i Bruxelles direkte kan udstede bestemmelser om deres interesser eller gøre indgreb i de nationale foranstaltninger, der regulerer deres forhold.

Der kan imidlertid fremføres andre argumenter for det samme resultat. Storbritannien har således gjort gældende, at medlemsstaternes migrationspolitik afgjort er præget eller betinget af historiske, kulturelle og sociale forhold, som Fællesskabet ikke kan have nogen indflydelse på. Desuden kan — har også Frankrig anført — indvandringen fra lande uden for Fællesskabet berøre interesser som f. eks. sikkerhedsinteresser, der er værnet ved Traktaten, idet medlemsstaterne sikres en art tavshedsret, der, selv om den ikke er så vidtrækkende, omfatter forskellige former for forvaltningsvirksomhed (indrejsetilladelser, grænsekontrol), der udelukkende henhører under medlemsstaternes kompetence. Dette har Rådet i øvrigt selv anerkendt otte dage efter vedtagelsen af den omtvistede akt. I tolvte betragtning til resolutionen af 16. juli 1985 hedder det således: »spørgsmål vedrørende adgang, ophold og beskæftigelse for vandrende arbejdstagere fra tredjelande, henhører... under medlemsstaternes regeringers kompetence uanset gældende fællesskabsaftaler med tredjelande«.

11. Herefter er jeg nået til anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, som sagsøgerne har fremført subsidiært. Også dette anbringende har to aspekter, nemlig dels: a) manglende høring af Det

Økonomiske og Sociale Udvalg, og dels b) mangelfuld begrundelse. I sidstnævnte forbindelse fremhæves dernæst navnlig b 1. aktens materielt unøjagtige og i det væsentlige selvmodsigende affattelse, og b 2. den omstændighed, at Kommissionen ikke har angivet den efter dens opfattelse »relevante hjemmel«.

Til støtte for det ovenfor under a) anførte synspunkt fremføres en række enkle argumenter. Således gøres det navnlig fra tysk side gældende, at Kommissionen ifølge artikel 118, stk. 3, er forpligtet til at forelægge ØSU sine udtalelser i udkast. Denne formalitet skal af helt indlysende grunde ikke opfyldes af institutionen som tilrettelægger af samråd. Men det er klart, at såfremt den udøvende myndighed benytter sig af beslutningsudstedelsesvejen, bortfalder disse grunde, således at det bliver uomgængelig nødvendigt at indhente udtalelse fra ØSU. Vedrørende det under b) 1. anførte gør Holland dernæst gældende, at beslutningen er intetsigende eller unøjagtig vedrørende mange betydningsfulde detaljer, som f. eks. arten af de foranstaltninger, der skal gives underretning om, de nøjagtige former, hvori underretning skal ske, fristerne for afstemning. I hver enkelt henseende bliver der imidlertid tale om en tilsidesættelse af begrundelsespligten. For denne havde jo til formål både at gøre de retsundergivne bekendt med grundene til, at der pålægges dem pligter og at sætte dem i stand til at vurdere, hvad det er, de helt præcist skal foretage sig.

Argumentationen under b) 2. fortjener en mere udførlig gennemgang. Sagsøgerne argumenter ud fra et synspunkt, som det er vanskeligt ikke at være enig i. For — siges det — når lovgiveren giver sine vedtagelser en forkert hjemmel, betyder muligheden for at tilvejebringe en anden og nu bestemt rigtig hjemmel i og for sig, at den begrundelse, der er givet er utilstrækkelig. Men består der en sådan mulighed? Hvis svaret er ja, kommer modstandere af den her omhandlede beslutning klart nok ud for visse risici, som f. eks. at blive beskyldt for politisk, for ikke at sige processuel inkonsekvens, eller endnu værre for at støtte en Kommission, der må imødese et nederlag, men som er besluttet på at gå til modangreb. Frankrig og Tyskland har ikke desto mindre gjort det.

Ifølge Bonn-regeringen er den »rigtige« bestemmelse Traktatens artikel 5. Denne bestemmelse synes i det omfang, den forpligter medlemsstaterne til at bistå institutionerne ved udførelsen af deres opgaver, som skabt til at afgive hjemmel for regler, der først og fremmest går ud på at fremme samarbejdet mellem staterne og i den forbindelse bestemmer, at Kommissionen yder bistand. Frankrig har givet udtryk for et mere nuanceret standpunkt. Paris sondrer mellem områder inden for fællesskabsbeføjelsernes anvendelsesområde og sektorer, der ikke er fællesskabsregulerede. For de førstnævntes vedkommende kan en procedure som den i nærværende sag omhandlede støttes på Traktatens artikel 121, hvorefter Rådet kan overdrage Kommissionen opgaver vedrørende iværksættelse af fælles foranstaltninger, især for så vidt angår social tryghed for vandrende arbejdstagere. For de sidstnævnte sektorers vedkommende må man vælge én af to fremgangsmåder, idet de enten må overlades til samarbejdet mellem regeringerne eller inddrages under Fællesskabets kompetence efter en udvidelse af denne på grundlag af bestemmelserne i artikel 118 og 235. Rådet foreslog Kommissionen at gå frem på sidstnævnte måde, idet den i resolutionen af 16. juli 1985 opfordrede den til at forelægge det »forslag« (punkt 7).

Et specielt problem — anføres det afslutningsvis af den franske regering — opstår vedrørende indsamling af og kontrollen med

oplysninger. Når den udøvende myndighed ikke retmæssigt kan udføre en sådan virksomhed på grundlag af en udtrykkelig kompetencetildeling (artiklerne 90, stk. 3, og 93, stk. 3), kan den ikke gøre andet end at anmode Rådet om tilladelse dertil. Det kan den gøre på grundlag af artikel 213, hvori det hedder: »med henblik på gennemførelsen af de opgaver, der er overdraget den, kan Kommissionen med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat af Rådet i overensstemmelse med denne Traktats bestemmelser, indhente alle nødvendige oplysninger og foretage alle nødvendige undersøgelser«.

12. På dette punkt i fremstillingen må jeg indlede behandlingen af de søgsmålsgrunde, sagsøgerne principalt har fremført; af indlysende procesøkonomiske grunde er jeg imidlertid nødt til først at tage stilling til, om Frankrigs og Tysklands forsøg på at tilvejebringe en alternativ »hjemmel« for den anfægtede akt fører til tilfredsstillende resultater. For gjorde de det, måtte jeg faktisk på baggrund heraf forfægte det synspunkt, at denne retsakt ikke blot er utilstrækkeligt begrundet, men også — om end kun implicite — behæftet med en mangel, idet Kommissionen ikke har haft kompetencetil at vedtage den.

Denne mulighed må dog udelukkes, således at jeg kan forskåne de stater, der er gået ind for den, i alt fald for den alvorligste af de risici, jeg omtalte før. Navnlig har Kommissionen jo vedrørende artikel 5 anført, at der er tale om en generel bestemmelse, der må vige for specielle regler, når sådanne — som der er tilfældet i denne sag — forefindes. Den synes desuden i højere grad at passe til »vertikal« aktion (dvs. i Kommissionens og medlemsstaternes indbyrdes forhold) end til »horisontal« aktion som den, der først og fremmest bliver tale om ved samråd mellem regeringer i henhold til artikel 118 og den anfægtede akt.

Heller ikke de af Frankrig nævnte bestemmelser forekommer passende til formålet, og det gælder først og fremmest artikel 121. Denne bestemmelse kan som bekendt benyttes, såfremt der bliver tale om »iværksættelse af fælles foranstaltninger« og disse vedrører »social tryghed for de i artiklerne 48-51 omhandlede vandrende arbejdstagere«. Sidstnævnte betingelse vedrører nu imidlertid ganske anderledes velafgrænsede spørgsmål end de i den anfægtede akt omhandlede, og den første betingelse kan jo ganske klart ikke være opfyldt her. Det kan den nemlig kun, hvis den ordning, »de fælles foranstaltninger« skal gælde for, materielt henhører under Fællesskabets kompetence, mens det omvendt er klart, at indrejse, ophold og beskæftigelse for arbejdstagere fra tredjelande er spørgsmål, som det er forbeholdt staterne at regulere.

Lad mig herefter gå videre med artikel 213. Der kan ikke være tvivl om, at denne artikel er ordningens »generelle« bestemmelse om indsamling af og kontrol med oplysninger. Det er derimod tvivlsomt, om det er påkrævet under alle og altså også de mest usædvanlige omstændigheder at anvende den deri fastlagte procedure. Dersom det antages — og her bedes man venligst se bort fra dette tankeeksperiments noget abstrakte karakter — at Rådet sidder Kommissionens henvendelser overhørig, skal Kommissionen så af den grund opgive at udføre de opgaver, der er pålagt den ved Traktaten, såfremt de indebærer fremskaffelsen af oplysninger, som kun regeringerne kan give? Selvfølgelig ikke. Det er derfor efter min mening en fejl at forholde sig fetichistisk til artikel 213, der vel efter formerne at dømme er vigtig, men ikke vigtigere end grundsætningen om en effektiv forvaltning, hvor der stilles krav om indgriben i rette tid, i al fald når der bliver tale om at varetage generelle interesser.

Og så til slut nogle ord om artikel 235. Anvendelsen af denne bestemmelse kræver som

bekendt, at Traktaten ikke indeholder »fornøden hjemmel« ved iværksættelse af foranstaltninger for at virkeliggøre et af Fællesskabets mål. Det er imidlertid klart for enhver, at artikel 118, stk. 2, giver de beføjelser, der kræves for at fremme samarbejdet i den sociale sektor, selv om det naturligvis må efterprøves, om Kommissionen har anvendt disse beføjelser korrekt. At bringe den i forslag, giver om jeg så må sige »en duft af 1960'erne«, for det leder tanken hen på en tid præget af vedholdende og hårdnakkede forsøg på at afvæbne Kommissionen ved en overførsel i videst muligt omfang af dens beføjelser til Rådet.

13. Striden skal altså afgøres udelukkende på det af Kommissionen valgte terræn. Jeg tager den da op, idet jeg begynder med de synspunkter, jeg har gennemgået i afsnit 10, og stiller spørgsmålet, om det virkelig er rigtigt, at den anfægtede beslutning trænger ind i en sektor, der stadig er underlagt medlemsstaternes kompetence, nemlig den, der er omfattet af migrationspolitikken.

Svaret er nej. For selv en summarisk gennemlæsning af de forskellige regler, akten er inddelt i, viser klart, at forudsætningerne for denne indvendings rigtighed helt og aldeles svigter. Ingen af retsaktens bestemmelser er jo materielretlige regler, eller sagt på en anden måde, ingen af dem regulerer direkte eller ved harmonisering af de nationalretlige ordninger de i artikel 1, stk. 1, 1. led, opregnede spørgsmål. Heroverfor kan indvendes, at det i artikel 2 omhandlede samråd ifølge artikel 3, litra c), navnlig har til formål at »belyse, hvilke foranstaltninger det kunne være hensigtsmæssigt, at... Fællesskabet... træffer på de i artikel 1 omhandlede områder«. Men der er ikke hold i denne indvending. Den citerede bestemmelse må betegnes som harmløs og det må den ikke blot, fordi dens virkninger er henlagt til fremtiden eller — som det fremgår af de anvendte verbalformer — har en ubestemt fremtidig karakter. Det afgørende er, at de i bestemmelsen omhandlede foranstaltninger kun vil kunne vedtages i form af direktiver eller forordninger med hjemmel i artiklerne 100 eller 235, dvs. med enstemmighed af Rådet.

De af Frankrig og Det Forenede Kongerige anførte argumenter kan ikke rokke ved denne realitet. Og er i øvrigt til dels komplet overflødige. Det er således f. eks. indlysende, at den i akten fastlagte oplysningspligt under visse forudsætninger fortrænges af retten ifølge Traktaten til at undlade at afgive oplysninger. Visse andre argumenter hviler på et meget skrøbeligt grundlag. Der vendes således op og ned på problemstillingen, når det hævdes, at de nationale foranstaltninger kun vil kunne være omfattet af den her omhandlede procedure, såfremt adressaterne har været omfattet af Traktatens sociale bestemmelser. Anvendelsen af artikel 118 er jo netop helt på sin plads, fordi der ikke findes en fællesskabsordning for arbejdstagere fra tredjelande samt naturligvis, fordi det er nødvendigt at handle inden for rammerne af et samarbejde mellem medlemsstaterne. Og for så vidt angår synspunktet om, at migrationspolitikken og Fællesskabets arbejdsmarkedspolitik kun er løst og indirekte forbundet vil det være tilstrækkeligt at fremhæve, at i al fald tre resolutioner fra Rådet hævder det modsatte (jfr. ovenfor afsnittene 5 og 6). Spørgsmålet herom vil jeg imidlertid behandle udførligt i det følgende.

14. Behandlingen af de argumenter, de fire stater har fremført til støtte for det synspunkt, at Kommissionen ikke har kompetence til at vedtage bindende retsakter med hjemmel i artikel 118 er langt mere indviklet og vanskelig. Det er den som følge af selve formuleringen af den omhandlede bestemmelse, om hvilken det er blevet sagt, at den skaber »a somewhat paradoxical situation«

(Koopmans: »The Law of the European Community« i *AA. VV., A Commentary of the EEC Treaty*, New York, vol. III, 1976, s. 748). Vi har jo fastslået, at bestemmelsen: a) fraviger grundsætningen om den nationale kompetence uden at udtale sig om den rolle, der er tildelt Rådet, hvor staternes repræsentanter også deltager, b) tildeler Kommissionen en vis opgave uden at sige noget om den eneste beføjelse, nemlig retsanordningsbeføjelsen, der er nødvendig for fuldt ud at udføre denne opgave.

På baggrund heraf må jeg straks tilføje, at de i afsnit 9 omtalte argumenter ikke i nogen henseende virkelig rammer plet. Nogle kan i det omfang, de støttes på bestemmelsens ordlyd kun rigtig tillægges betydning ud fra en forudsætning om, at der sprogligt kun skulle eksistere én traktat. På tysk står der jo »durch... Vorbereitung der Beratungen«; på italiensk står derimod bindeordet »e« (og) mellem forholdsordet »mediante« og forbindelsen »organizzando consultazioni«, og det udelukker den sammenknytning, Forbundsrepublikken har betonet, og berøver det tyske synspunkt enhver troværdighed (hvis det da nogensinde har kunnet diskuteres, om det var antageligt). En herfra forskellig formulering, der i øvrigt ikke taler for nævnte synspunkt, har den franske udgave, hvor forholdsordet »par« er gentaget: »par des études, des avis et par l'organisation de consultations...«.

Derimod er det korrekt, at »at fremme« ikke betyder »at forpligte«. Men dette gælder kun leksikalt. Den historiske erfaring viser jo, at den virksomhed, der herved bliver tale om kan komme konkret til udtryk på mange måder og således bestemt også ved lovgivning. Hvis f. eks. advokat Agnelli erklærer, at han vil fremme den ny model »Fiat Duna«, vil ikke engang den mest mistroiske maoist mene, at han har til hensigt at gennemtvinge købet af den ved domstolenes og politiets hjælp. Men når præsident Roosevelt lovede, at han ville fremme fagforeningsbevægelsen og dermed et bedre samarbejde i de amerikanske fabrikker, forstod de, der lyttede til hans »kaminpassiarer« udmærket, at dette løfte tog sigte på den senere *National labour relations act.*

Det spørgsmål, som jeg vil trække i forgrunden, har imidlertid en anden beskaffenhed. Hvad betydningen af verbet »at fremme« end er, er den virksomhed, der er tale om, en »opgave« for den udøvende myndighed. Men »opgave« betyder først og fremmest pligt, og derfor er jeg klart af den opfattelse, at fremmende virksomheds pligtmæssige karakter kommer til udtryk i beskaffenheden af det resultat, der skal tilvejebringes, således at også dette bliver bindende. Det er jo faktisk efter den logiske sammenhæng i de formål, der er lagt op til i Traktaten og midlerne til gennemførelse heraf, utænkeligt, at en institution *skulle være forpligtet til* at udvirke et samarbejde fra staternes side, og at disse skulle have *ret* til udtrykkeligt at afvise disse samarbejdsbestræbelser. Samarbejdet er altså, når alt kommer til alt, pligtmæssigt. Det har vi i øvrigt en tysk jurists ord for, og han har udtalt sig meget klart, selv om hans fortolkning af artikel 118 er meget forsigtig. Denne bestemmelse — siger han — pålægger staterne en forpligtelse, der følger af selve Traktatens indhold og formål. De kan ikke unddrage sig den og endnu mindre modarbejde Kommissionens initiativer til fremme af det ene eller det andet formål (Knolle i det ovenfor nævnte værk).

Det må nu spørges, hvorledes afstemningen af staternes migrationspolitik føjer sig ind i denne ramme, der, lad det være sagt endnu engang, karakteriseres af to modstående

forpligtelser? De bånd, der knytter den omtvistede beslutnings genstand til Traktatens formål, gjorde Kommissionen ikke meget ud af i sit svarskrift og duplikken, men de er blevet fremdraget med så meget større styrke under den mundtlige forhandling. De giver efter min mening en nøgle af væsentlig betydning til løsningen af det foreliggende problem og må derfor omtales med al mulig omhu.

Medlemsstaterne skal efter artikel 104 som bekendt påse, »at der sikres en høj beskæftigelsesgrad«. Traktaten giver imidlertid med henblik på gennemførelsen af dette mål også Fællesskabet et ganske vidt virkeområde. Jeg tænker herved naturligvis på Den europæiske Socialfonds finansieringsvirksomhed (artikel 123) og på den fælles politik for faglig uddannelse (artikel 128). Men jeg tænker navnlig på den fri bevægelighed for arbejdstagerne og den helt grundlæggende følge heraf, der kommer til udtryk i artikel 48, stk. 2: »afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår«.

Denne bestemmelse er afgørende for hele området. Det er således — og efter min mening korrekt — blevet hævdet, at fællesskabsborgernes ret ifølge stk. 3 til »at søge faktisk tilbudte stillinger« skal fortolkes på baggrund af den. Den giver nemlig enhver, der ønsker at udvandre til et andet land, ret til at melde sig som arbejdssøgende dér for at udnytte de beskæftigelsesmuligheder, borgerne i dette land har (jfr. Gaja: »I lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione«, i *AA. VV.*, Bologna, 1984, s. 124). I den sammenhæng, der optager os her, er den vigtigste virkning af forbudet mod forskelsbehandling virkningen i forhold til arbejdstagere fra tredjelande, som består i, at borgere fra de øvrige medlemsstater har samme fortrinsret til ledige stillinger som vedkommende medlemsstats egne statsborgere.

Fællesskabsarbejdstagernes fortrinsstilling kan altså principielt udledes af Traktaten, men der skulle hengå et årti, før princippet herom slog rod i den afledede ret. I den første forordning til gennemførelse af Traktatens artikler 48-51 (forordning nr. 15 af 16. august 1961, EFT L 57, s. 61) er det knap nok antydet. I artikel 43 *opfordres* staterne til at udforme deres politik under hensyntagen til markedsforholdene i de fem andre medlemslande og til herved at bestræbe sig på kun at beskæftige borgere fra tredjelande efter »i de ledige stillinger, der tilbydes til fri besættelse [at have ansat] arbejdstagere fra... medlemsstater, der har overskud af arbejdskraft«. Derefter blev forordning nr. 38/64 af 25. marts 1964 (EFT L 62, s. 965) udstedt. Heri er opfordringen blevet til en forskrift, der dog ikke er helt så vidtrækkende, for regeringerne skal herefter udelukkende tage hensyn til fortrinsstillingen i det omfang, dette efter Kommissionens årlige rapport om beskæftigelsen er nødvendigt.

Egentlig retligt reguleret bliver fortrinsstillingen først ved forordning nr. 1612/68. I dennes sjette betragtning er den underforstået som en med forbudet mod forskelsbehandling sammenhængende ret, i forordningens artikel 1, stk. 2, beskrives den som en egentlige rettighed, og, hvad der er endnu vigtigere, den er som en egentlig rettighed ved forordningens artikler 15-16 sikret ved en særlig udligningsordning. Medlemsstaterne skal herefter mindst en gang månedlig tilstille Det europæiske Koordineringsbureau en oversigt fordelt på erhverv og områ-

der over: a) tilbud om beskæftigelse, som ikke er blevet imødekommet... med indenlandsk arbejdskraft og b) arbejdssøgende, der faktisk har erklæret sig villige til at tage beskæftigelse i et andet land. Ansøgninger om beskæftigelse skal forelægges arbejdsgiverne »med samme fortrinsstilling, som indenlandske arbejdstagere har over for statsborgere fra ikke-medlemsstater« og den medlemsstat, der afgiver beskæftigelsestilbudene, må kun rette disse til ikke-medlemsstater, såfremt den skønner, at den ledige arbejdskraft, som er til rådighed blandt medlemsstaternes statsborgere... er utilstrækkelig. De nationale arbejdsformidlinger skal atten dage efter modtagelsen af ansøgninger fra fællesskabsarbejdstagere henvende sig til arbejdsformidlingerne i tredjelandene.

Disse bestemmelser må klart nok ikke overvurderes. Det er således indlysende, at de langt fra kan virke med samme styrke som de bestemmelser, der gælder for den fælles handelspolitik (som f. eks. toldkontingentforvaltningen). Men det betyder ikke så meget. For mig at se er det for disse regler betydningsfulde, at fortrinsprincippet tillægges en vis betydning som et værn for friheden ifølge artiklerne 48-51. Det figurerer uden at anfægte staternes kompetence, for så vidt angår adgangen til beskæftigelse for borgere fra tredjelande, som et sikkert værn mod en udøvelse af de beføjelser, der her er tale om, der kan antaste fællesskabsarbejdstagernes ret til at bevæge sig inden for Fællesskabet (jfr. på linje hermed Gaja, i det citerede værk, s. 135). Inden for disse rammer er afstemningen af migrationspolitikken efter min mening af den allerstørste betydning. Man behøver blot overveje, hvilken betydning den ville have haft for indholdet af en foranstaltning, der for nylig blev truffet af den italienske lovgivningsmagt uden en undersøgelse af de fordrejninger, der kunne blive resultatet i forholdet til de europæiske samarbejdspartnere eller Kommissionen; jeg hentyder til lov nr. 943 af 30. december 1986 om beskæftigelse for arbejdere fra tredjelande og for arbejdstagere, der er indvandret ulovligt (GURI nr. 8 af 12.1.1987, s. 3).

15. Det står herefter fast: a) at samarbejdet i henhold til artikel 118 udgør en forpligtelse, b) at sammenhængen mellem afstemning af migrationspolitikken og fri bevægelighed for arbejdstagere er temmelig snæver. Her må det så spørges, om Kommissionen kunne udvirke, at nævnte forpligtelse blev opfyldt, og at nævnte forbindelse kom fuldstændig til udtryk, uden at vedtage en bindende retsakt. Undersøgelsen heraf er i øvrigt pligtmæssig. Som man vil huske, kritiserer den tyske regering institutionen for ikke forudgående at have udnyttet de mange og mindre usikre midler, den har ifølge Traktaten og den afledede ret og det så meget mere, som den ved Rådets resolution af 16. juli 1985 var blevet opfordret til at benytte sig af dem. I en erklæring, der findes som bilag til denne resolution, hedder det således, at »samarbejdet og afstemningen mellem medlemsstaterne bør i første række indebære en forbedring af proceduren i de allerede eksisterende instanser... hvor spørgsmål om arbejdstagernes fri bevægelighed behandles«.

Anbringendet herom savner grundlag. De instanser, Rådet omtaler, er først og fremmest det rådgivende og det faglige udvalg, der blev indført ved artiklerne 24 og 32 i forordning nr. 1612/68. Af det følgende vil det fremgå, at Kommissionen har benyttet sig yderst intenst af sidstnævnte udvalg. Omvendt er det rigtigt, at den ikke har benyttet sig af det førstnævnte. Spørgsmålet er nu, om den har kunnet gøre det. Det er jeg stærkt i tvivl om. I det rådgivende udvalg er

der ud over tjenestemænd fra Kommissionen og medlemsstaternes repræsentanter repræsentanter for arbejdsmarkedets parter. Dvs. at udvalgets sammensætning ikke tillader åbne og rolige drøftelser, når de spørgsmål, der skal afstemmes, kræver et vist mål af tilbageholdenhed. Ad hominem men dog med en vis vægt må tilføjes, at det af alle regeringer er regeringen i Bonn, der har rettet den hårdeste kritik mod beslutningen for ikke i passende omfang at imødekomme kravet om tilbageholdenhed (jfr. *ovenfor* i afsnit 9, in fine).

Dernæst har man de i artiklerne 13, 14 og 19 i samme forordning fastlagte ordninger, der efter min mening heller ikke egner sig for den form for procedure, Kommissionen tænkte på at organisere. Ordningen ifølge førstnævnte bestemmelse er tiltænkt medlemsstaternes arbejdsmarkedsmyndigheder, skønt en effektiv afstemning klart nok kun kan foregå på regeringsplan, og ordningen ifølge den anden bestemmelse pålægger staterne en forpligtelse til at give oplysninger af statistisk art, der i bedste fald kun er egnet til i hovedtræk at forudberegne arbejdskraftbehovene. Mere interessant er den tredje bestemmelse, som Kommissionen i 1979 selv angav som en mulig processuel ramme for sine initiativer (jfr. *ovenfor* i afsnit 5), men den er kun mere interessant og ikke meget mere anvendelig. Ifølge den kan der således: a) stilles krav om oplysninger, dog kun oplysninger om resultaterne af udligningsordningen og antallet af ansættelser af arbejdstagere fra tredjelande, b) gennemføres afstemning, dog kun to gange årligt og med den begrænsning, der følger af, at arbejdet hermed skal foregå på grundlag af den beretning, som Kommissionen har udarbejdet med udgangspunkt i oplysninger fra medlemsstaterne.

Det er nu i al fald en kendsgerning, at de hermed beskrevne midlers skrøbelighed og utilstrækkelighed ikke har hindret Kommissionen i at opfordre eller ligefrem overtale regeringerne til at gennemføre afstemning på frivilligt grundlag. Forsøget herpå fandt sted i det faglige udvalg og foregik over så meget som fem år fra begyndelsen af 1980 og endte så som en fuldstændig fiasko. Staterne gik nemlig ud fra, at den afstemning, den udøvende myndighed bad dem om at gennemføre, var en blot og bar gensidig informationsvirksomhed vedrørende allerede vedtagne foranstaltninger og disses interne virkninger, og fulgte med andre ord ved afstemningen de kriterier, der følges på møder om tilsvarende spørgsmål inden for internationale organisationer som f. eks. Europa-Rådet. De eksempler, Kommissionens befuldmægtigede har fremdraget til belysning heraf, er så sigende som man overhovedet kan tænke sig.

Europa-Rådet havde indkaldt sine 21 medlemmer til en konference i maj 1980 om migrationspolitikken, og den udøvende myndighed fandt det hensigtsmæssigt at anmode staterne om under denne konference at følge en fælles politik. Den fastlagde et møde herom til den 20. februar. I artikel 118 er der taget højde for eventuelle samråd med hensyn til spørgsmål »af interesse for de internationale organisationer«, og den sag, der var på dagsordenen — udveksling af ideer med henblik på en koordinering af de forskellige standpunkter — var afgjort meget ortodoks. Forbundsrepublikken Tysklands repræsentant erklærede da også, at det bedste ville være at afholde sig fra ethvert forsøg på at koordinere staternes standpunkt, mens den franske repræsentant gik så vidt som til at bestride det faglige udvalgs kompetence til at behandle problemer af den omhandlede art (jfr. *ovenfor* i afsnit 6).

Under møderne den 21. oktober 1980, 6. december 1983 og 22. januar 1985 afviste regeringernes repræsentanter derimod at give udvalget oplysninger vedrørende andet end allerede gældende eller i al fald allerede vedtagne foranstaltninger. Særlig bemærkelsesværdigt var det dog, at den franske repræsentant på mødet, der blev afholdt den

9. december 1982, meddelte, at hans regering havde truffet foranstaltninger med henblik på at udvise alle personer, der opholdt sig ulovligt i Frankrig, hvorefter den belgiske udsending efter min mening med god grund, eftersom Belgien kunne blive stærkt berørt, forespurgte, ved hvilke grænser foranstaltningen praktisk skulle gennemføres. Den stakkels mand fik imidlertid et tørt svar, for embedsmanden fra Paris erklærede, at udvisningsforanstaltningerne ville blive gennemført under politieskorte.

16. Det kan herefter konkluderes, at Kommissionen i 1985 havde opbrugt det arsenal af almindelige og ikke-bindende instrumenter, som den selv har udtænkt, eller som lovgiver har stillet til dens disposition. Det virker næsten som et påskud, når Tyskland bebrejder den, at den ikke har udsendt en henstilling. Dokumenterne af 23. marts 1979 og af 9. juni 1983 har en prægnans og en overtalelseskraft, der bestemt ikke står tilbage for det i artikel 155, 2. led, angivne middels; og hvor de første havde slået fejl, ville det andet utvivlsomt ikke kunne føre til et resultat.

Baggrunden for bedømmelsen af valget af en bindende retsakt til at institutionalisere samrådet er altså en række frustrationer, der er så meget mere bitre, som de, der er ansvarlige for dem, nemlig medlemsstaterne, altid fra talerstolen i Rådet har strøet om sig med opfordringer til at handle. På denne baggrund kan dommen kun være frifindende. Domstolens praksis går i øvrigt i denne retning: jeg tænker på den praksis, som giver bemyndigelse til at fortolke reglerne således, at de bliver praktisk anvendelige, og således at der så vidt muligt opnås en »effet utile«. Og læg mærke til, at jeg hermed ikke tænker på de få afgørelser, som under henvisning til Marshall's klassiske *kriterium* i sagen McCulloch mod Maryland [17 US (4 Wheat. 316, 421, 1819)], har givet Fællesskabet beføjelser, som ikke udtrykkeligt er tillagt det i Traktaterne. Det er åbenbart hvorfor. I denne sag er anvendelsen af princippet om »effet utile« ikke det samme som at påberåbe sig læren om »implied powers«; der er blot tale om — som Domstolen mere end én gang har gjort — at fortolke ordene »opregnede beføjelser« udvidende.

Jeg skal gentage nogle begreber, som jeg har opholdt mig længe ved. Artikel 118 rejser ikke et kompetenceproblem. Det kunne ikke siges klarere, at Kommissionen har kompetencen til at fremme et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne. Og ikke nok med det: samarbejde — det lader reglen os forstå — er en pligt, som medlemsstaterne ikke kan modsætte sig, og de kan heller ikke unddrage sig modpartens initiativer, men er tværtimod forpligtet til at fremme dem. Det, der mangler i bestemmelsen, er altså noget andet: at der udtrykkelig nævnes et instrument, som gør, at opfyldelsen af denne forpligtelse konkret kan gennemtvinges (og lad os blot sige det — belægges med sanktioner), og som deler den op i nogle præcise forpligtelser.

Jeg mener altså på grundlag af det hidtil anførte, at det ikke er et misbrug at udfylde en sådan lakune, og at valget heller ikke er særlig vanskeligt eller risikabelt. Tværtimod vil den, som er enig i at også lovgivning kan være et middel til »at fremme« og »at tilrettelægge«, som desuden tager i betragtning, at hovedformålet med den anfægtede beslutning, dens primum et porro unum, er at undgå modsigelser mellem medlemsstaternes indvandrerpolitik og en af de fire »store friheder«, og som husker de fejlslagne forsøg,

der er gjort på at nå dette mål inden for rammer, der ikke er bindende, ikke finde det vanskeligt at indrømme, at man i nogen grad er tvunget til at læse artikel 118, som om den indeholder det instrument, jeg nævnte; det er den eneste måde, hvorpå man kan rede sig ud af den paradoksale situation, som bestemmelsen medfører, og hvorved bestemmelsen kan få alle de virkninger, den giver mulighed for, eller først og fremmest blive anvendt fornuftigt.

17. Når man er nået til denne konklusion, mister resten af de argumenter, som sagsøgerne har fremsat til støtte for deres hovedanbringende, en stor del af deres interesse. Jeg anser det dog for min pligt at gøre nogle korte spredte bemærkninger herom.

Tyskland og Det Forenede Kongerige har, som man vil erindre, gjort gældende, at opregningen af midler i artikel 118 er udtømmende, og at det er i strid med artikel 4 at gøre krav på andre midler eller at benytte sig heraf. I virkeligheden viser tredive års praksis, der aldrig er blevet anfægtet, at denne liste ikke er »fuldstændig«, men kun eksemplificerende; jeg skal henvise til den omfattende teori om henstillinger, som Kommissionen har støttet på bestemmelsen, og naturligvis til de to beslutninger fra 1974 (jfr. også Knolle, a. st.). På den anden side forekommer det mig, at henvisningen til artikel 4 i denne sammenhæng ikke er relevant. Reglen omtaler ganske vist fællesskabsinstitutionerne og bestemmer, at hver af dem handler inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den, men indeholder ingen oplysninger om de midler eller beføjelser, som svarer til disse opgaver, selv om det netop var det, vi havde brug for.

De argumenter, der udledes af Defrenne III-dommen og af ordene — »skal Kommissionen i nær kontakt med medlemsstaterne« — i artikel 118, stk. 2, er efter min mening ikke mindre svage. For det første kan det anføres, at nævnte dom vedrører fortolkningen af artikel 119, og at udtalelserne vedrørende artikel 118 findes i et kort obiter dictum. Endvidere udelukkede Domstolen ikke i princippet med sin udtalelse om, at artikel 118 *hovedsagelig* er en programerklæring, at denne indeholder bestemmelser, der allerede finder anvendelse i dag. Med hensyn til ordene i begyndelsen af stk. 2, vil jeg sige, at den konklusion, Tyskland udleder heraf — at Kommissionen ikke kan iværksætte ensidige retsakter — er helt ubegrundet. Bestemmelsens tilblivelseshistorie viser nærmest det modsatte. Den var nemlig resultatet af et kompromis, hvorefter følgende forslag fra delegationernes ledere blev forkastet: »la Commission peut demander au Conseil de procéder à des échanges de vue des différents gouvernements au sujet des problèmes sociaux...« (Neri og Sperl: *Traité instituant la Communauté économique européenne*, etc., Luxembourg 1960, s. 297 f.).

Og så endnu et par ord om den kritik af beslutningen, der går ud på, at der ikke er taget tilstrækkeligt hensyn til kravene om fortrolighed og uopsættelighed. Det forekommer mig, at fortroligheden allerede er tilstrækkelig beskyttet gennem artikel 214, som pålægger Fællesskabets tjenestemænd og øvrige ansatte ikke at give oplysninger om forhold, som er tjenestehemmeligheder; desuden forekommer de regler, som Tyskland anser for farlige, i næsten samme skikkelse på alle andre områder, hvor der indføres en konsultationsprocedure (jfr. artikel 4, stk. 2, i Rådets beslutning 74/393 af 22. juli 1974, EFT L 208, s. 23). Det andet krav ses sjældent i forbindelse med indvandrerpolitikken, og i hvert fald tager den anfægtede

retsakt hensyn hertil, idet den bestemmer, at når der er gået fjorten dage efter meddelelsen af udkastet til foranstaltningen, finder samrådet sted, så snart den pågældende regering anmoder herom. Det påhviler derfor denne at fremlægge udkastet så snart som muligt og under alle omstændigheder i god tid.

18. Lad os gå over til det subsidiære anbringende. Som det vil erindres, er dette opdelt i to punkter, og det andet af disse — utilstrækkelig begrundelse — har jeg allerede for en stor del behandlet i afsnit 12. I forbindelse hermed står det derfor kun tilbage at undersøge den indvending, Nederlandene har rettet mod beslutningens affattelse. Denne er — siges det — for mangelfuld, upræcis og selvmodsigende til, at adressaterne med sikkerhed kan fastslå rækkevidden af de forpligtelser, som de bindes af.

Der er intet grundlag for denne indvending. Jeg tvivler for det første stærkt på, at den mangel, der gøres gældende, er en egentlig væsentlig formmangel. Jeg skal derefter tilføje, at fejlen ved beslutningen efter min opfattelse snarere er en overdreven omhu eller overdrevent pedanteri, og at netop dette har bidraget til, at medlemsstaterne opfatter den som en utålelig trussel mod deres suverænitet (jfr. ovenfor under nr. 7). Hvis nogen ikke er enig i denne bedømmelse, skal jeg i hvert fald minde vedkommende om, at Domstolen i en sag, der drejede sig om gyldigheden af en retsakt, som ligeledes var anfægtet under henvisning til overtrædelse af artikel 190, statuerede: »Selv om man antog, at de pågældende afsnit ikke var udformet med al ønskelig klarhed, har denne omstændighed imidlertid hverken forhindret sagsøgerne eller Domstolen i at forstå rækkevidden af Kommissionens klagepunkt...« (dom af 16. december 1975, de forenede sager 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Suiker Unie m. fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 118).

Til slut det kritikpunkt, som går på den manglende høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg. Selv om det gør mig ondt at se, at den berømte bananskal bringer nogle regler til fald, som jeg anser for absolut nødvendige og i enhver anden henseende korrekte, anser jeg dette kritikpunkt for velbegrundet. Tyskland har utvivlsomt ret, når det påstår, at grundene til, at det blev bestemt, at Kommissionen skulle rådføre sig med udvalget i tilfælde af udtalelser, bliver endnu mere presserende, når Kommissionen udsteder en retsakt, der kan have bindende virkninger. Det har med andre ord ingen værdi at fremhæve den tavshed, artikel 118 opretholder i denne henseende. Eller rettere sagt: det er hverken konsekvent eller elegant at fortolke bestemmelsens to første stykker på grundlag af det dristige princip, som princippet om »effet utile« stadigvæk er, og derefter ved undersøgelsen af det tredje stykke at dække sig bag den allermest forældede bogstavfortolkning.

Hvorfor Kommissionen har undladt at høre Det Økonomiske og Sociale Udvalg, giver oplysningerne i sagen ikke noget svar på. Den omstændighed, at den tidligere har forelagt Udvalget alle sine henstillinger, som artikel 118 heller ikke siger noget om (jfr. ovenfor i afsnit 4), fører til en antagelse om, at den manglende høring skyldes det hastværk, som prægede forberedelsen af akten i de afsluttende faser. Men dette gør ikke den manglende høring mere undskyldelig. De formkrav, der er fastsat i denne regel og andre lignende regler i Traktaten, er alt andet

end banale. En italiensk jurist har bemærket, at de blev indført »for at sikre opretholdelsen af ligevægten mellem de beføjelser, som er fastsat i Traktaterne, ved at organer med forskellige interesser deltager i udarbejdelsen af retsakten« (Tizzano: *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Napoli 1967, s. 334 f.); og Domstolen havde udtalt, at et af formålene med disse regler er at sikre den størst mulige forsigtighed ved udarbejdelsen af de bestemmelser, der er undergivet reglerne (dom af 21. marts 1955, sag 6/54, Nederlandene mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 13).

Det forekommer mig, at denne sag til fulde bekræfter rigtigheden af disse bemærkninger. Det er nemlig sandsynligt, at høringen af et sammensat organ, som Det Økonomiske og Sociale Udvalg er, ville have fået Kommissionen til at ændre beslutningen, således at de værste anstødsstene blev fjernet, eller dens opbygning blev ændret, således at rangfølgen inden for Fællesskabet tillægges større betydning; det kan heller ikke som tidligere nævnt udelukkes, at man så ville have undgået disse sager og den heraf følgende nedfrysning af det i retsakten foreskrevne samråd.

19. Ud fra disse betragtninger skal jeg foreslå:

a) at de af Kongeriget Nederlandene (sag 284/85), Kongeriget Danmark (sag 285/85) og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (sag 287/85) anlagte sager afvises, idet de er anlagt for sent;

b) at de af Forbundsrepublikken Tyskland (sag 281/85) og Den Franske Republik (sag 283/85) anlagte sager antages til realitetsbehandling, og at Kommissionens beslutning 85/381 af 8. juli 1985 om en procedure for forhåndsunderretning og samråd vedrørende indvandrerpolitikken over for tredjelande annulleres, for så vidt som den er ugyldig på grund af væsentlige formelle mangler.

Med hensyn til sagens omkostninger anser jeg det for rimeligt, at hver af parterne, herunder intervenienterne, bærer sine egne omkostninger, i betragtning af, at der er tale om indviklede og nye spørgsmål.