FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 15. maj 1997 *

1. Med det foreliggende præjudicielle spørgsmål har Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (herefter »forbundstilsynsmyndigheden«) anmodet Domstolen om en fortolkning af artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (herefter »tjenesteydelsesdirektivet«) [1].

De relevante fællesskabsretlige og nationale bestemmelser

2. For at det foreliggende spørgsmål lettere kan forstås, skal jeg indledningsvis kort omtale de relevante fællesskabsretlige og nationale bestemmelser.

Forbundstilsynsmyndigheden har især anmodet Domstolen om at afgøre, hvorvidt de instanser i medlemsstaterne, som er oprettet i henhold til Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om anvendelsen af klageprocedurerne (herefter »direktiv om klageprocedurerne«) [2] på grundlag af ovennævnte bestemmelse allerede fra udløbet af fristen for gennemførelse af tjenesteydelsesdirektivet (og også selv om der ikke er blevet truffet nogen nationale gennemførelsesforanstaltninger), har haft kompetence til at behandle klager om tilsidesættelse af de relevante fællesskabsretlige regler i forbindelse med indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

— *Fællesskabsretlige bestemmelser*

3. Hvad angår tjenesteydelsesdirektivet skal jeg først henlede opmærksomheden på artikel 36, hvori der er opstillet de kriterier, myndighederne skal iagttage ved tildelingen af ordrer. Det skal især nævnes, at der i henhold til artikel 36, stk. 1, litra a), når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, skal tages hensyn til »forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris«. Når der er tale om tildeling på andre grundlag, skal der i

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 209, s. 1.

2 — Rådets direktiv af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33).

henhold til litra b) »udelukkende« tages hensyn til »den laveste pris«.

I henhold til tjenesteydelsesdirektivets artikel 44 skulle medlemsstaterne både vedtage de nødvendige gennemførelsesforanstaltninger og underrette om disse inden den 1. juli 1993.

4. I henhold til direktivet om klageprocedurerne skal medlemsstaterne for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for de relevante fællesskabsretlige direktiver [3], træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og hurtigt kan indgives klage over procedurerne, såfremt spørgsmålet om, hvorvidt de er lovlige (direkte eller indirekte), skal bedømmes efter fællesskabsretten (artikel 1, stk. 1).

Efter at tjenesteydelsesdirektivet er trådt i kraft, skal direktivet om klageprocedurerne også anvendes ved indgåelse af tjenesteydelsesaftaler; ifølge artikel 41 i tjenesteydelsesdirektivet, som forbundstilsynsmyndigheden her har anmodet om en fortolkning af, ændres artikel 1 i direktivet om klageprocedurerne nemlig udtrykkelig således, at procedurerne for indgåelse af tjenesteydelsesaftaler også henhører under sidstnævnte direktivs anvendelsesområde.

5. Ifølge artikel 2, stk. 8, i direktivet om klageprocedurerne skal de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, men som ikke er retsinstanser, altid begrunde deres afgørelser skriftligt. I øvrigt skal medlemsstaterne i sådanne tilfælde sikre, at »enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af den kompetente myndighed i første instans, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 177, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og til myndigheden i første instans«.

For at sikre denne uafhængighed kræves det i henhold til artikel 2, stk. 8, andet afsnit, desuden, at medlemmerne af den pågældende instans er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. I bestemmelsen fastslås det ligeledes, at formanden for instansen skal have mindst samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Endelig kræves det, at den pågældende instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og at afgørelserne har retsvirkninger med bindende kraft.

3 — Der er klart tale om de ordrer, der henhører under direktiv 71/305/EØF (EFT L 185, s. 5) og 77/62/EØF (EFT L 13, s. 1); disse er nu ændret ved henholdsvis direktiv 93/37/EØF (EFT L 199, s. 54) og direktiv 93/36/EØF (EFT L 199, s. 1).

— *Nationale bestemmelser*

6. De fællesskabsretlige direktiver vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter blev gennemført i tysk ret ved en ændring af Haushaltsgrundsätzegesetz (lov om grundregler for statsbudgettet, herefter »HGrG«). Dette skete især via den anden lov om ændring af HGrG, der trådte i kraft i 1993 [4], og hvorved den tyske lovgiver indførte de nye bestemmelser i § 57a-57c; ved disse bestemmelser ville man gennemføre direktivet om de offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter og direktivet om klageprocedurerne [5].

Tjenesteydelsesdirektivet blev derimod, som det udtrykkelig bekræftes i forelæggelseskendelsen, ikke gennemført i tysk ret.

7. HGrG's § 57a udgør den generelle hjemmel for udstedelse af regler til gennemførelse af Fællesskabets direktiver om offentlige kontrakter. Herved indrømmes forbundsregeringen kompetence til med Forbundsrådets godkendelse ved bekendtgørelse at regulere indgåelsen af indkøbs-, bygge- og anlægs- samt tjenesteydelseskontrakter gennem de ordregivere, der opregnes i § 57a.

De andre bestemmelser (HGrG's § 57b og 57c) vedrører påklage, hvis fællesskabsretlige bestemmelser (eller nationale gennemførelsesregler) overtrædes, og der er i bestemmelserne indført et totrins-kontrolsystem. En første kontrol foretages af den kompetente kontrolmyndighed (Vergabeprüfstelle); kontrolmyndighedernes afgørelser kan indbringes for de tilsynsmyndigheder (Vergabeüberwachungsausschüsse), der er oprettet af delstaterne, eller — såfremt den omstridte indgåelse af kontrakt hidrører fra en forbundsmyndighed — for forbundstilsynsmyndigheden.

8. I HGrG's § 57b er der fastlagt nærmere regler for de kompetente kontrolmyndigheders virksomhed. I henhold til § 57b, stk. 2, fastsætter forbundsregeringen ved bekendtgørelse og med godkendelse fra Forbundsrådet bestemmelser om kontrolmyndighedernes kompetence. I stk. 3, 4 og 5 er der opstillet en række regler om indledning af efterprøvelsesproceduren, om standsning af mistænkelige fremgangsmåder for indgåelse af en kontrakt og om ordregiveres oplysningspligt over for de kompetente kontrolmyndigheder.

I § 57b, stk. 6, fastslås det, at indbringelse af en klage for den kompetente kontrolmyndighed ikke fratager enkeltpersoner retten til ved de almindelige domstole at gøre eventuelle erstatningskrav gældende i anledning af, at reglerne for indgåelse af kontrakter er overtrådt.

9. I HGrG's § 57c er der opstillet en række regler for tilsynsmyndighederne [6]; medlem-

4 — BGBl. 1993 I, s. 1928 ff.

5 — Denne lovgivningsteknik kaldes i tysk teori generelt for en »budgetmæssig løsning« (»haushaltsrechtliche Lösung«).

6 — Disse regler gælder i øvrigt på samme måde for forbundstilsynsmyndigheden, med forbehold af de særlige regler i § 57c, stk. 7 (jf. herom i det følgende).

merne i disse myndigheder, hvis sammensætning er reguleret nærmere i § 57c, stk. 2, 3 og 4, udøver deres hverv på uafhængig vis og på eget ansvar. I henhold til § 57c, stk. 3, finder især visse regler i Deutsches Richtergesetz (lov om dommeres forhold, herefter »DRiG«) om ophævelse eller tilbagekaldelse af udnævnelsen samt om uafhængighed og uafsættelighed analog anvendelse på de tjenestemandsansatte medlemmer af tilsynsmyndighederne [7].

Tilsynsmyndighederne efterprøver udelukkende lovligheden af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakterne uden at efterprøve kontrolmyndighedernes vurdering af de faktiske omstændigheder. Tilsynsmyndighederne kan i givet fald ophæve kontrolmyndighedernes afgørelser og pålægge dem at træffe nye afgørelser (§ 57c, stk. 5). Kontrolmyndighedernes afgørelser kan indbringes af enhver, der gør gældende, at der foreligger en overtrædelse af reglerne om indgåelse af kontrakter (stk. 6).

10. Endelig er der i § 57c, stk. 7, opstillet særlige regler for forbundstilsynsmyndigheden. Dennes tjenestemandsansatte medlemmer udnævnes blandt formændene for og bisidderne i de afdelinger i Bundeskartellamt (forbundsmonopolmyndigheden) [8], der har decisionsbeføjelse. Tilsynsmyndighedens afdelingsformænd udnævnes blandt formændene for Bundeskartellamt's afdelinger. Bundeskartellamt's formand udnævner læge bisiddere [9] på forslag fra de offentligretlige brancheorganisationer; han træffer beslutning om afdelingernes oprettelse og sammensætning og udøver efter bemyndigelse fra forbundsregeringen tjenstligt tilsyn.

7 — Der er tale om følgende bestemmelser i DRiG:
- § 18, stk. 1 og 2, hvor man har reguleret de tilfælde, hvor udnævnelsen af dommere er ugyldig (ugyldighed foreligger, hvis udnævnelsen er sket gennem en saglig inkompetent myndighed, eller hvis der er udnævnt en person uden tysk statsborgerskab, eller som ikke har ret til at beklæde offentlige tjenester eller hverv); § 18, stk. 3, kan derimod ikke anvendes (i denne bestemmelse er det fastsat, at en sådan form for ugyldighed først kan gøres gældende, når en retsinstans retskraftigt har fastslået, at den foreligger), men i stedet for anvendes § 57c, stk. 3, hvori det bestemmes, at man først kan påberåbe sig, at en udnævnelse er ugyldig, når den myndighed, der foretager udnævnelsen, med bindende kraft har fastslået ugyldigheden.
- § 19, stk. 1 og 2, vedrører de forhold, hvor udnævnelsen kan tilbagekaldes. § 19, stk. 3, hvorefter tilbagekaldelsen er afhængig af den berørtes samtykke eller en retligt bindende retsafgørelse, finder dog ikke anvendelse.
- § 26, stk. 1 og 2, hvori det fastslås, at embedstilsynet ikke må påvirke dommernes uafhængighed.
- § 27, stk. 1 (dommerne får tillagt et dommerembede ved en bestemt ret).
- § 30, stk. 1 og 3, og § 31, 32 samt 33, og § 37, hvori man har fastlagt betingelserne for at kunne fratage en dommer dommerembedet eller forflytte vedkommende; dette er normalt muligt, når der er blevet gennemført en disciplinær forfølgning, eller når der er sket ændringer i retternes organisation. Man kan dog ikke anvende § 30, stk. 2, hvorefter forflyttelse eller fratagelse af dommerembedet, der ikke beror på ændringer i retternes organisation, kun kan ske på grundlag af en retskraftig retsafgørelse.

8 — Den nationale myndighed, der udøver kontrol med konkurrenceforholdene.

9 — Forbundstilsynsmyndigheden er ud over de tjenestemandsansatte medlemmer (som kommer internt fra Bundeskartellamt), sammensat af eksterne (eller læge) medlemmer. For indeværende består myndigheden af en enkelt afdeling, der ledes af en af Bundeskartellamt's afdelingsformænd, og som består af fem interne medlemmer, fem eksterne medlemmer og fem eksterne suppleanter (jf. Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, s. 572 ff; forfatteren er tilsynsmyndighedens nuværende formand.

Ifølge denne bestemmelse har tilsynsmyndigheden pligt til at fastlægge sin forretningsorden, der skal indeholde regler om fordelingen og behandlingen af opgaver.

11. På grundlag af disse bestemmelser udstedte forbundsregeringen den 22. februar 1994 efter at have indhentet Forbundsrådets samtykke to gennemførelsesbekendtgørelser. Den første, der indeholder regler om indgåelse af offentlige kontrakter, omfatter udtrykkeligt kun indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter, og kan derfor ikke anvendes på tjenesteydelsesaftaler [10].

Den anden er derimod af generelt tilsnit og indeholder regler om gennemførelse af forpligtelsen til at sikre passende kontrol med indgåelse af offentlige kontrakter (herefter »bekendtgørelsen«) [11]. I bekendtgørelsens § 1 er det fastlagt, hvilke kontrolmyndigheder der er kompetente til at kontrollere tilsagn om indgåelse af kontrakter, som de i HGrG's § 57a nævnte forskellige ordregivere har afgivet. I henhold til bekendtgørelsens § 2 kan kontrolmyndigheden standse udbudsproceduren; afgørelsen skal træffes skriftligt og være begrundet, og den skal tilstilles ordregiveren og den, der har indgivet klage. Kontrolmyndigheden skal henlede sidstnævntes opmærksomhed på muligheden for at indbringe sagen for tilsynsmyndigheden og oplyse, hvilken instans der er den kompetente.

10 — BGBl. 1994 I, s. 321.
11 — BGBl. 1994 I, s. 324.

12. Endelig vedrører § 3 tilsynsmyndighedens virksomhed. Ifølge denne bestemmelse er tilsynsinstanserne i medfør af EF-traktatens artikel 177 pligtige at forelægge Domstolen en sag, når de finder det nødvendigt, at der træffes en afgørelse vedrørende fortolkningen af traktaten eller vedrørende gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt på grundlag af traktaten.

Ifølge denne bestemmelse skal tilsynsmyndighederne i samklang med de principper, der er indeholdt i loven om ændring af HGrG, fastlægge en forretningsorden med myndighedens procedureregler. Efter at have hørt parterne i sagen træffer myndighederne deres afgørelse, der meddeles skriftligt og skal være begrundet. Endelig præciseres det i § 3, stk. 4, at tilsynsmyndighederne i modsætning til kontrolmyndighederne ikke kan udsætte fremgangsmåden for indgåelse af kontrakt.

13. Forretningsordenen for forbundstilsynsmyndigheden trådte i kraft den 1. april 1995 og er tilsyneladende ikke blevet offentliggjort. Den version, den tyske regering har fremlagt i den foreliggende sag, består af fem afsnit, der vedrører myndighedens organisation og arbejdsfordeling, sagsbehandlingen, som består af en skriftlig og en mundtlig fase, beslutningerne samt andre tekniske spørgsmål, især formaliteterne i forbindelse med den endelige afgørelse.

Den fremlagte version af forretningsordenen indeholder tilsyneladende ændringer i forhold til en tidligere version, der trådte i kraft i juni 1994, og som ligeledes ikke blev offentliggjort. Under de mundtlige forhandlinger har Kommissionen — vel at mærke uden at blive modsagt — oplyst, at der er visse forskelle mellem den oprindelige version og den tekst, der er i kraft på nuværende tidspunkt; dette gælder især hvad angår princippet om offentlige høringer, nødvendigheden af en mundtlig fase samt de processuelle frister [12].

14. Endelig skal det til afrunding af beskrivelsen af de retlige rammer nævnes, at gennemførelsen af de fællesskabsretlige direktiver om indgåelse af offentlige kontrakter for nylig var genstand for to domme, hvori Domstolen fastslog, at Tyskland ikke havde opfyldt sine forpligtelser i henhold til EF-traktaten. Den første konstatering af traktatbrud vedrørte en ukorrekt gennemførelse af direktiverne om indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge- og anlægskontrakter [13], den anden den manglende gennemførelse af tjenesteydelsesdirektivet [14].

Spørgsmålet om gennemførelse af direktivet om klageprocedurerne er for øjeblikket genstand for et verserende traktatbrudsprocedure, Kommissionen har indledt [15]. Kommissionen har i det væsentlige foreholdt den tyske regering, at de nationale gennemførelsesbestemmelser giver borgerne en ringere beskyttelse end det tilsvarende direktiv.

De faktiske omstændigheder

15. Lad mig komme til sagens faktiske omstændigheder, der i modsætning til de retlige rammer er enkle og kan sammenfattes således:

I 1995 offentliggjorde Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (herefter »ordregiveren«) et udbud vedrørende en aftale om tjenesteydelser i forbindelse med den overordnede

12 — Kommissionen har i øvrigt ladet forstå, at den er noget i tvivl om, hvilken forretningsorden der skal anses for at være gyldig på nuværende tidspunkt. Kommissionen har anført, at den eneste version, den tyske regering har meddelt officielt, er den fra juni 1994, der ikke siden officielt er blevet ført à jour eller ændret, og som er blevet fremlagt som officielt dokument i en traktatbrudsprocedure, Kommissionen har indledt mod Tyskland i henhold til EF-traktatens artikel 169 (jf. herom i det følgende).

13 — Dom af 11.8.1995, sag C-433/93, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2303; dengang fandt Rådets direktiv 88/295/EØF af 22.3.1988 (EFT L 127, s. 1) anvendelse på indkøbskontrakter og Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 (EFT L 210, s. 1) anvendelse på bygge- og anlægskontrakter. Det skal i øvrigt huskes, at Domstolen i overensstemmelse med fast praksis fastslog traktatbruddet på grundlag af de regler, der gjaldt på tidspunktet for udløbet af de frister, Kommissionen havde fastlagt i sin begrundede udtalelse.

14 — Dom af 2.5.1996, sag C-253/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2423.

15 — Skrivelsen af 31.12.1995 med den retlige opfordring til at fremsætte bemærkning er blevet trykt på tysk i *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 1995, s. 1940. Den begrundede udtalelse blev tilsendt den 29.7.1996 (jf. Kommissionens pressemeddelelse nr. IP/96/614).

planlægning af et nybyggeri til regeringen i Berlin [16]. Da der var tale om intellektuelle tjenesteydelser, valgte ordregiveren at benytte sig af en forhandlingsprocedure med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, således som det er tilladt i henhold til tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, litra c).

16. Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (herefter »Dorsch Consult«) deltog i konkurrencen og afgav den 25. august 1995 et bud.

Ordregiveren gennemgik de 18 bud, man havde modtaget, og udvalgte syv bud til bedømmelse; derefter besluttede ordregiveren at indgå aftalen med to af de andre virksomheder, og man pålagde disse at danne et konsortium til gennemførelse af de udbudte ydelser. Aftalen blev underskrevet den 12. januar 1996, hvor konsortiet allerede havde påbegyndt sit arbejde.

17. Dorsch Consult var af den opfattelse, at udelukkelsen af firmaet udgjorde en overtrædelse af både tjenesteydelsesdirektivet og de relevante nationale regler, og firmaet indbragte sagen for Forbundsministeriet for Boligvæsen samt Lands- og Byplanlægning (som er den kompetente kontrolmyndighed i licitationsspørgsmål), idet man anmodede om, at udbudsproceduren blev standset og Dorsch Consult fik tilslag. Til støtte herfor fremførte Dorsch Consult, at ordregiveren ved flere lejligheder havde udtalt, at firmaet var fagligt egnet, og at dets bud var det prismæssigt mest fordelagtige.

Ved skrivelse af 20. december 1995 erklærede kontrolmyndigheden i licitationsspørgsmål sig for inkompetent til at afgøre sagen og afviste den uden at foretage en realitetsbehandling. Afvisningen blev begrundet med, at de lovhjemlede forbundsregler, hvorved forbundsregeringen skulle have givet kontrolmyndighederne kompetence til også at påkende sager vedrørende indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, ikke var blevet indført.

18. I sit svar til Dorsch Consult oplyste kontrolmyndigheden i øvrigt om muligheden for at indbringe afgørelsen for forbundstilsynsmyndigheden. Dorsch Consult indbragte afgørelsen for denne myndighed og påstod principalt, at den første kontrolinstans' afgørelse om dens manglende kompetence skulle kendes ugyldig, udbudsproceduren standses og tilslag gives til Dorsch Consult; subsidiært påstod Dorsch Consult, at Domstolen skulle anmodes om en præjudiciel afgørelse af det omstridte punkt.

16 — Offentliggjort i *Amtsblatt Berlin* af 23.6.1995 og i EFT S 120, s. 166.

Forbundstilsynsmyndigheden har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen det præjudicielle spørgsmål, der, som det erindres, går ud på, om artikel 41 i tjenesteydelsesdirektivet skal fortolkes således, at de instanser i medlemsstaterne, som er oprettet i henhold til direktivet om klageprocedurerne, efter den dato, på hvilken direktivet skulle have været gennemført i national ret, også kan behandle sager om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

Parterne har diskuteret dette livligt både i deres skriftlige indlæg og under de mundtlige forhandlinger. Det skal bemærkes, at Dorsch Consult selv — på trods af, at firmaet som sagt udtrykkeligt (om end subsidiært) har anmodet om forelæggelse af sagen for Domstolen med henblik på en præjudiciel afgørelse af det omdiskuterede spørgsmål — har indrømmet, at forbundstilsynsmyndigheden *ikke* udgør nogen *ret* i artikel 177's forstand; Dorsch Consult har ikke desto mindre foreslået Domstolen at besvare det forelagte spørgsmål, idet firmaet har henvist til nogle ikke helt modsigelsesfrie overvejelser vedrørende den enkeltes beskyttelse og ret til en effektiv *domstols*beskyttelse.

Formaliteten

19. Førend der tages stilling til indholdet af det præjudicielle spørgsmål, skal det undersøges, om Domstolen har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende tilsynsmyndighedens forelæggelse. De ovenfor beskrevne retsregler, som myndigheden er oprettet i henhold til, og de regler, der udgør grundlaget for dens virksomhed, giver rent faktisk anledning til at tvivle alvorligt på, om det er muligt at betegne et sådant organ som en »ret« i traktatens artikel 177's forstand, og dermed på, om spørgsmålet kan antages til påkendelse [17].

Kommissionen har så entydigt fundet, at spørgsmålet bør afvises, at den har undladt at tage stilling til realiteten. Den tyske regering har derimod gjort gældende, at den pågældende instans er en ret i artikel 177's forstand. Under de mundtlige forhandlinger har regeringen dog udtrykkeligt indrømmet, at den har indledt de procedurer, der er nødvendige for at kunne ændre de relevante regler, for derved især at indføre adgang til at indbringe tilsynsmyndighedernes afgørelser for de almindelige domstole med det formål at garantere en effektiv domstolsbeskyttelse af de berørte personer [18].

17 — Jeg skal en passant fremhæve, at det eneste mål med en sådan undersøgelse er at efterprøve, om de subjektive betingelser for, at Domstolen kan tage stilling til det præjudicielle spørgsmål, er opfyldt. Det skal derimod ikke fastslås, om gennemførelsen af direktivet om klageprocedurerne er korrekt; dette vil i givet fald kunne være genstand for behandling i en anden proces. Den traktatbrudsprocedure, Kommissionen har indledt som følge af den tyske regerings manglende gennemførelse af tjenesteydelsesdirektivet, ligner naturligvis på visse punkter den foreliggende sag; der er imidlertid også store forskelle mellem sagerne, som gør, at man både hvad angår formaliteten og det materielle indhold bør skelne skarpt mellem dem.

18 — Under de mundtlige forhandlinger henviste Kommissionen til dette forhold, som den opfatter som et yderligere bevis for, at tilsynsmyndighederne i deres nuværende udformning ikke er nogen retter; den tyske regering har modsat sig denne konklusion og har, ligeledes under de mundtlige forhandlinger, fremført, at de omtalte ændringer kun sigter på at foretage visse forbedringer af et system, der, set ud fra synspunktet om domstolsbeskyttelse, allerede er tilfredsstillende; regeringen har i øvrigt henvist til, at oplysningerne om ændringerne blev givet i en anden sag, der former sig anderledes.

20. Det skal indledningsvis bemærkes, at forbundstilsynsmyndigheden (ligesom det er tilfældet for delstaternes tilsynsmyndigheder) i den nationale ret selv betegnes som et »domstolslignende organ« (gerichtsähnliche Einrichtung) og ikke som en ret i egentlig forstand [19].

Dette forhold er ganske vist ikke afgørende i sig selv, da begrebet en »ret« i artikel 177's forstand er af fællesskabsretlig natur [20], og Domstolen (i visse tilfælde) har fastslået, at begrebet også omfattede organer, der ikke blev defineret som retter i henhold til national ret [21]; men Domstolen har dog anset det for nødvendigt at foretage en nærmere undersøgelse af organets natur og den måde, det skal udøve sin virksomhed på, for derved at fastslå, om der konkret foreligger de karakteristika, der i henhold til Domstolens praksis kræves med hensyn til organisation og funktion for at også et organ, der ikke er en ret, kan inddrages under artikel 177's anvendelsesområde.

21. Jeg vil derfor gerne først kort beskrive de vigtigste etaper i Domstolens praksis — i det omfang de er relevante her — og understreger i øvrigt, at denne praksis blev udviklet på grundlag af de specielle tilfælde, der blev forelagt, og at Domstolen aldrig har fastlagt en generel og udtømmende definition af begrebet en »ret« i artikel 177's forstand.

22. Den første sag vedrørte en nederlandsk professionel voldgiftsret (»Scheidsgerecht«), der havde anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse, men selv anførte, at den ikke anså sig for at være en ret i dens egne nationalretlige bestemmelsers forstand. I den nævnte Vaassen-Göbbels-dom [22] fastslog Domstolen, at den havde kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål, og anførte, at forelæggelsesinstansen under de konkrete omstændigheder havde de karakteristika, der kendetegner en ret i henhold til artikel 177.

Domstolen tog især hensyn til følgende forhold: Scheidsgerecht var behørigt opbygget efter nederlandsk lov; den var et permanent organ, havde til opgave at træffe afgørelser i tvister, var underlagt de samme kontradiktoriske procesbestemmelser, som gjaldt for de ordinære domstole og skulle lægge retsregler til grund for afgørelserne. Desuden var personerne i den berørte sygeforsikringsordning forpligtet til i tilfælde af stridsspørgsmål mellem dem og deres forsikringsselskab at lade sagen prøve ved Scheidsgerecht som retsinstans. Endelig tilkom det den pågæl-

19 — Jf. begrundelsen til den anden lov om ændring af HGrG, hvorved § 57a-57c blev indført (BT-Drucksache 12/4636, s. 12). Dette er i øvrigt forståeligt, hvis man betragter tysk forfatningsrets særlige karakter. Hvis man oprettede en forbunds»ret« i egentlig forstand ved at ændre en almindelig lov (som HGrG), ville dette (i hvert fald hvad angår oprettelsen af forbundstilsynsmyndigheden) indebære en tilsidesættelse af gældende statsret, da grundloven (i artikel 95 og 96) indeholder en udtømmende opregning af de forbundsretter, der kun kan udvides ved en ændring af grundloven.

20 — Som følge af princippet om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten kan definitionen af dette begreb naturligvis ikke afhænge af en vurdering foretaget i medlemsstaternes retssystem (jf. allerede generelt dom af 1.2.1972, sag 49/71, Haegen, Sml. 1972, s. 5, org. ref. Rec. s. 23).

21 — Jf. allerede f.eks. dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 227, org. ref. Rec. s. 377.

22 — Som anført ovenfor, fodnote 21.

dende minister at udnævne medlemmerne af Scheidsgerecht, at udpege dens præsident og fastsætte de processuelle regler [23].

23. Domstolen har således lige fra begyndelsen vist, at den ved spørgsmålet, om et klageorgan skal defineres som en ret i traktatens forstand, ikke tillagde organets betegnelse som sådan, men derimod dets karakteristika (såsom spørgsmålet om det retlige grundlag, den permanente karakter, karakter af obligatorisk retsinstans, eksistensen af processuelle regler og om anvendelse af retsregler) afgørende vægt. Man må tilslutte sig denne synsvinkel helt og fuldt, især i betragtning af den historiske baggrund, den er udsprunget af. På det tidspunkt, hvor Vaassen-Göbbels-dommen blev afsagt, havde samarbejdsmekanismen mellem de nationale retter og Fællesskabets Domstol endnu kun fungeret i kort tid, og Domstolen var sig meget bevidst, at det var nødvendigt at motivere de nationale instanser til at benytte sig af mekanismen for derved at sikre fællesskabsrettens udbredelse og ensartede anvendelse, også selv om man, hvis det var nødvendigt, måtte tage en bred fortolkning af begrebet en »ret« til hjælp.

24. Det er også i lyset heraf man skal læse en række senere domme på området; således f.eks. Broekmeulen-dommen [24], hvori Domstolen antog spørgsmål til realitetsbehandling fra et (nederlandsk) organ, der skulle behandle lægers klager over afgørelser, hvorved der blev nægtet dem autorisation til at udøve lægegerning og optagelse i det pågældende register. Også i denne sag fastslog Domstolen, at det pågældende organ havde visse karakteristika vedrørende sin organisation og funktion, som gjorde det muligt at opfatte organets arbejde som en form for jurisdiktion. Domstolen tog især i betragtning, at organet havde en permanent karakter, at de offentlige myndigheder ydede bistand ved organets virke, at der forelå interne vedtægter, i henhold til hvilke der skulle foretages en kontradiktorisk sagsbehandling, at organet havde enekompetence, og at dets afgørelser var endelige. Da organet i øvrigt skulle anvende de fællesskabsretlige regler, sagsøgerne havde påberåbt sig, erklærede Domstolen, at den effektive virkning af reglerne krævede, at Domstolen kunne tage stilling til det spørgsmål, der var forelagt.

25. I Simmenthal-dommen [25] kom den samme synsvinkel til udtryk. Dengang indbragte Pretura di Alessandria en sag for Domstolen i forbindelse med en påkravssag. Efter den italienske regerings opfattelse havde Domstolen ikke kompetence til at besvare rettens spørgsmål, eftersom proceduren ikke var kontradiktorisk, og regeringen fremhævede, at dommeren i en sag som den pågældende havde mulighed for at

23 — Domstolen har også i nyere praksis fastholdt, at den anser voldgiftsretter på arbejdsrettens område, der opfylder de nævnte kriterier, for en ret i henhold til artikel 177. Jf. i denne retning f.eks. dom af 17.10.1989, sag 109/88, Danfoss, Sml. s. 3199, hvori Domstolen fastslog, at det pågældende organ — i det konkrete tilfælde en dansk voldgiftsret — var oprettet ved lov (der også indeholdt nærmere regler om rettens sammensætning, om hvor mange medlemmer der vælges af parterne, og om, hvorledes opmanden udnævnes), og havde enekompetence til som eneste sidste instans at afgøre tvister på dette område; desuden kunne hver af parterne indbringe en sag for voldgiftsretten, uanset om den anden part var enig heri. Generaladvokat Lenz anførte i denne forbindelse i øvrigt, at voldgiftsretten desuden skulle anvende retsregler som bestemmelserne i de relevante kollektive overenskomster.

24 — Dom af 6.10.1981, sag 246/80, Sml. s. 2311; jf. nærmere herom også nedenfor under punkt 39 og 40.

25 — Dom af 28.7.1978, sag 70/77, Sml. s. 1453, præmis 10.

træffe afgørelse alene på grundlag af sagsøgerens anbringender. Efter at have konstateret, at Pretura udøvede »dømmende myndighed i den i artikel 177 forudsatte betydning«, anførte Domstolen, at Domstolens kompetence ikke er betinget af, at den procedure, hvorunder den nationale ret formulerer et præjudicielt spørgsmål, er kontradiktorisk; Domstolen tilføjede imidlertid, at »det kan dog være i den gode retsplejes interesse, at det præjudicielle spørgsmål først stilles, efter at der har fundet en kontradiktorisk retsforhandling sted« [26]. Med andre ord fastslog Domstolen, at såfremt det ikke er omtvistet, at den forelæggende instans er en ret, så udelukker det forhold, at forelæggelsen er sket før en (eventuel) kontradiktorisk forhandling, ikke, at forelæggelsen kan admitteres.

26. Selv om Domstolen som omtalt har foretaget en bred fortolkning, har den dog også trukket nogle klare grænser for begrebet en »ret« i traktatens forstand. I Borker-kendelsen [27], der siden blev bekræftet i sagen Regina Greis Unterwegen [28], fastslog Domstolen faktisk, at den kun havde kompetence til at træffe en præjudiciel afgørelse vedrørende spørgsmål, der forelægges af retter, som skal træffe afgørelse »i en sag, der skal føre til en afgørelse af judiciel karakter« [29]. I de nævnte sager var der tale om henholdsvis Conseil de l'Ordre des avocats à Paris (hvor en advokat, der havde bestalling i Paris, havde anmodet om at få udstedt en erklæring, vedkommende kunne fremlægge i en sag, der verserede for en ret i en anden medlemsstat), og den italienske Commissione consultiva per le infrazione valutarie (der skulle afgive en blot rådgivende, begrundet udtalelse for skatteministeren), og Domstolen fastslog i begge sager, at denne betingelse ikke var opfyldt [30].

27. Domstolen har senere haft lejlighed til at fastslå, at forelæggelsesinstansen, for at være omfattet af begrebet en »ret« i artikel 177's forstand, under alle omstændigheder skal være uafhængig. Dette kriterium blev, muligvis fordi det i sagens natur er knyttet til selve den judicielle funktion, ikke udtrykkeligt omtalt før i Corbiau-dommen, hvori Domstolen erklærede, at den ikke var kompetent til at træffe en præjudiciel afgørelse, da det organ, der forelagde spørgsmål, og som ganske vist blev defineret som en ret i det nationale retssystem, ifølge Domstolen ikke gav den nødvendige garanti for, at der ikke bestod nogen forbindelse med parterne i den sag, som organet skulle påkende [31]. I den pågældende sag var der tale om Luxembourgs directeur des contributions, der ifølge loven havde kompetence til som første instans at træffe afgørelse i tvister mellem skattepligtige og de skattemyndigheder, der foretog skatteansættelsen (og som direktøren var chef for).

26 — A.st., præmis 10.

27 — Kendelse af 18.6.1980, sag 138/80, Sml. s. 1975.

28 — Kendelse af 5.3.1986, sag 318/85, Sml. s. 955.

29 — Borker-sagen, jf. fodnote 27, præmis 4.

30 — Jf. i denne retning også den nyligt afsagte dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, der blev afsagt inden for rammerne af den frivillige retspleje, og som angik en ansøgning om godkendelse af et selskabs vedtægter med henblik på dettes indførelse i handelsregistret. Domstolen var af den opfattelse, at forelæggelsesinstansen Tribunale di Milano i denne forbindelse ikke kunne anses for en ret, men derimod optrådte som forvaltningsmyndighed.

31 — Dom af 30.3.1993, sag C-24/92, Sml. I, s. 1277. Nogle mere eller mindre tydelige henvisninger til uafhængighedskriteriet blev dog allerede foretaget i tidligere afgørelser, bl. a. i Pretore di Salò-dommen, hvor Domstolen samtidig med andre faktorer undersøgte den forelæggende dommers uafhængighed og kom til den konklusion, at der var tale om en ret i artikel 177's forstand (dom af 11.7.1987, sag 14/86, Sml. s. 2545, præmis 7).

Uafhængighedskriteriet var også afgørende i sagen Asociación Española de Banca Privada [32], hvor det imidlertid førte til det modsatte resultat. I denne sag var forelæggelsesinstansen den spanske Tribunal de Defensa de la Competencia, som generaladvokat Jacobs i sit forslag til afgørelse på grundlag af en række faktorer anså for at være en ret i henhold til artikel 177, nemlig bl. a. det forhold, at organet behandlede sagerne efter en kontradiktorisk procedure, der var klart fastlagt i lovgivning, og den omstændighed, at organets medlemmer udøvede deres embede på uafhængig vis og var uafsættelige [33]. I dommen hertil behandlede Domstolen ikke problemet specifikt, men af det forhold, at den besvarede de forelagte spørgsmål, kan man udlede, at den stiltiende tilsluttede sig generaladvokatens synspunkt.

28. Det fremgår således tydeligt af ovennævnte praksis, at selv om der ikke foreligger nogen generel definition af begrebet en »ret« i artikel 177's forstand, så har Domstolen udviklet en række væsentlige kriterier, der skal være opfyldt, for at et organ har kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål.

Disse kriterier vedrører i sidste ende følgende elementer: Organet skal være oprettet ved lov og ikke resultere af en aftale mellem parterne; organets forbindelse med statsmagten; dets permanente karakter, således forstået, at det ikke kun lejlighedsvis udøver domsfunktion; organets kompetence til i tvister at træffe afgørelser i judiciel form; organets anvendelse af en procedure svarende til den, der benyttes ved de ordinære domstole, og som (inden for rammerne af de grænser, der er beskrevet ovenfor) indeholder en kontradiktorisk sagsbehandling; organets anvendelse af retsregler (og ikke af rene billighedskriterier); afgørelsernes obligatoriske karakter, hvilket betyder, at der ikke må eksistere nogen andre former for retsmidler; og endelig organets uafhængighed, forstået således, at det er udenforstående i forhold til parterne i sagen, og at organets medlemmer ikke kan afsættes.

29. I den foreliggende sag er det således væsentligt at undersøge, om forbundstilsynsmyndigheden opfylder de kriterier, som gør det muligt at fastslå, at den udøver en judiciel virksomhed i den forstand, Domstolen kræver det i henhold til traktatens artikel 177.

Som nævnt har Kommissionen gjort gældende, at tilsynsmyndigheden ikke opfylder nogen af de kriterier, Domstolen har udviklet i den omtalte praksis. Kommissionen har først og fremmest anført, at forbundstilsynsmyndigheden blev oprettet ved en »rammelov« (den anden lov om ændring af HGrG), der ikke hverken stifter rettigheder eller pligter for borgerne, og som skal suppleres af bestemmelser i bekendtgørelser; desuden kan tilsynsmyndigheden i tilfælde som det foreliggende, hvor der ikke eksisterer nogen kompetent underordnet kontrolmyndighed, let blive »frataget« sit retsgrundlag og således

32 — Dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Sml. I, s. 4785.

33 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 10.6.1992, Sml. I, s. 4806, punkt 11.

være ude af stand til at træffe en afgørelse. Kommissionen har i øvrigt fremsat følgende bemærkninger: Som det fremgår af tilsynsmyndighedens begrundelse for sin første afgørelse, træffer organet ikke afgørelse efter en kontradiktorisk procedure [34]; organets sagsbehandling er reguleret i en intern forretningsorden, der ikke er offentliggjort, og som organet til enhver tid selv kan ændre; der eksisterer ingen regler, i henhold til hvilke organets afgørelser har en obligatorisk retsvirkning; der er ikke tale om en uafhængig instans, da organet er knyttet til den personalemæssige og organisatoriske opbygning i Bundeskartellamt, der på sin side er en forvaltnings- og i hvert fald ikke nogen domstolsmyndighed; der er ikke ved lov fastlagt mindstekrav til varigheden af embedsperioden for formanden eller de tjenestemandsansatte medlemmer af organet.

30. I betragtning af den natur, forbundstilsynsmyndigheden har, af den lovgivningsteknik, som blev anvendt ved oprettelsen af myndigheden, og, især, af den måde, organet udøver sin virksomhed på, må jeg indrømme, at jeg i det mindste hvad angår en del af argumenterne — der efter min opfattelse i øvrigt er de vigtigste — tilslutter mig Kommissionens holdning.

For det første svarer reglerne i de pågældende myndigheders kontrolprocedure efter min mening ikke til de bestemmelser, der anvendes ved de ordinære domstoles virksomhed. Det forhold, at hver myndighed ifølge loven selv kan fastsætte og ændre sine processuelle regler, og dette endda uden at skulle offentliggøre dem, får mig derimod til at mene, at de nødvendige garantier om retssikkerhed og -klarhed, der skal gælde på det procesretlige område, ikke er opfyldt her.

31. Vel at mærke tænker jeg her ikke blot på den omstændighed, at parterne ikke optræder i en kontradiktorisk procedure, selv om dette forhold er blevet tilstrækkeligt påvist i praksis. Efter min opfattelse er det meget mere væsentligt, at der ikke er levet op til de »funktionelle« mindstekrav, der karakteriserer en sagsbehandling af judiciel natur, således som denne fremgår af Vaassen-Göbbels-dommen [35]. I sidstnævnte sag skulle det reglement, der blev anvendt af forelæggelsesinstansen, som sagt godkendes af den kompetente minister, således at der ikke kunne være tvivl om de pågældende reglers klarhed og sikkerhed samt om offentliggørelsen af dem. Dette forhold, der i øvrigt udtrykkeligt blev henvist til, tog både generaladvokaten og Domstolen hensyn til, og man nåede frem til den konklusion, at organet i den pågældende sag var »underlagt

34 — Afgørelse af 2.8.1994 (offentliggjort i *EU Public contract law*, nr. 3/94, s. 47 ff.), hvori forbundstilsynsmyndigheden anførte, at den ikke foretog en kontradiktorisk sagsbehandling, og betonede, at de af parterne fremsatte krav blot udgjorde opfordringer til at træffe en bestemt afgørelse.

35 — Det er næppe nødvendigt at bemærke, at Domstolen, da den i Simmenthal-dommen afsvækkede det specifikke krav om kontradiktion, bestemt ikke dermed ville give afkald på det mere generelle krav om, at en procedure skal have judiciel karakter. Der er i virkeligheden tale om en grundlæggende forudsætning, hvis væsentlige betydning ikke blot fremgår udtrykkeligt af Vaassen-Göbbels-dommen, men — som vi har set — ligeledes udgør en del af grundlaget for andre af Domstolens domme på dette område.

de samme kontradiktoriske procesbestemmelser, *som gælder for de ordinære domstole*« [36].

32. I den foreliggende sag er det derimod vanskeligt at se, at der skulle foreligge tilsvarende processuelle garantier; selv hvis det måtte være tilfældet, forholder det sig dog således, at den myndighed, der træffer afgørelse, kan ændre dem egenmægtigt og på »uigennemsigtig« vis, hvilket efter min mening strider mod de mest grundlæggende krav om retssikkerhed. For denne opfattelse taler også den tvivl, Kommissionen har ytret med hensyn til, hvilken forretningsorden der er i kraft for indeværende — en tvivl, jeg allerede har omtalt, og som beror på forskellene mellem den forretningsorden, den tyske regering har fremlagt under traktatbrudssagen, og versionen i den foreliggende sag.

Under disse omstændigheder kan klageproceduren ved forbundstilsynsmyndigheden efter min opfattelse ikke anses for at have den judicielle natur, Domstolen kræver. Den foreliggende sag kan hvad dette angår endog ikke henføres under den brede fortolkning, der blev foretaget i Vaassen-Göbbels-dommen.

36 — Jf. Vaassen-Göbbels-dommen, nævnt i fodnote 21, punkt I (mine fremhævelser), og generaladvokat Gand's forslag til afgørelse i den samme sag, hvori han anførte, at »retsproceduren har ... domstolspræg« (Sml. 1965-1968, s. 238).

33. Jeg tvivler i øvrigt alvorligt på, om det organ, vi her taler om, er uafhængigt, i hvert fald hvad angår spørgsmålet om medlemmernes uafsættelighed.

I den forbindelse er HGrG's § 57c, stk. 7, af afgørende betydning, og jeg vil derfor af hensyn til læserne omtale bestemmelsen endnu en gang: De tjenestemandsansatte medlemmer af forbundstilsynsmyndigheden udnævnes blandt formændene for og bisidderne i de afdelinger i Bundeskartellamt, der har decisionsbeføjelse; afdelingsformænd fra Bundeskartellamt er afdelingsformænd i tilsynsmyndigheden. Bundeskartellamt's formand udnævner de læge bisiddere, fastsætter bestemmelserne om oprettelsen og sammensætningen af afdelingerne og udøver efter bemyndigelse fra forbundsregeringen tjenstligt tilsyn med myndigheden selv [37]. Myndigheden støtter sig i øvrigt, også hvad angår selve indholdet af dens arbejde, til Bundeskartellamt's strukturer og tjenester.

34. De tjenestemandsansatte medlemmer af tilsynsmyndigheden er med andre ord medlemmer af Bundeskartellamt, og formelt er de fortsat tjenestemænd dér. Det betyder i

37 — Det tjenstlige tilsyn er begrænset til fremsættelse af forbehold og formaninger og kan derfor ifølge teorien næppe i noget tilfælde omfatte indholdet af de retslige afgørelser. Denne opfattelse er tilsyneladende blevet bekræftet i retspraksis, selv om der også er fastslået undtagelser hertil, hvor der var tale om åbenbare fejl. Jf. herom også DRiG's § 26, stk. 1 og 2, hvorefter det tjenstlige tilsyn ikke må indskrænke dommernes uafhængighed; stk. 1 og 2 skal anvendes i det foreliggende tilfælde, hvorimod de tjenestemandsansatte medlemmer ikke er omfattet af DRiG's § 26, stk. 3, som indrømmer dommerne ret til at indbringe tiltag, det tjenstlige tilsyn har foretaget, for domstolene (§ 57c, stk. 3).

praksis, at de på én og samme tid varetager opgaver i forbundstilsynsmyndigheden og i Bundeskartellamt. Hertil kommer, at de regler, tilsynsmyndigheden er oprettet i henhold til, ikke indeholder bestemmelser om varigheden af de tjenestemandsansatte medlemmers embedsperiode, og det forhold, at man derimod udtrykkeligt har fastlagt varigheden af de læge medlemmers embedsperiode (fem år) [38] giver grund til at antage, at der ikke blot er tale om en forglemmelse.

Alt dette beviser, at der konkret ikke består nogen form for garanti med hensyn til spørgsmålet om uafsættelighed og endog heller ikke hvad angår en bestemt embedsperiode for myndighedens medlemmer; en sådan garanti er en nødvendig betingelse for at sikre organets uafhængighed. Det er derimod til enhver tid og ved hjælp af enkle interne administrative midler muligt at fratage medlemmerne deres »supplerende« kompetence og pålægge dem at vende tilbage til deres »normale« opgaver. Ganske vist finder som sagt visse bestemmelser i DRiG om dommernes uafhængighed og uafsættelighed [39] analog anvendelse på den foreliggende myndigheds medlemmer, men de bestemmelser i DRiG, der giver dommerne ret til at modsætte sig en afsættelse eller forflyttelse, finder ikke anvendelse på tilsynsmyndighedens medlemmer, som formanden for Bundeskartellamt således til enhver tid frit kan »afsætte«.

38 — HGrG's § 57c, stk. 2.
39 — Jf. ovenfor, fodnote 7.

35. Den principielle petitionsret, der indgår i § 57c, stk. 3, hvorefter myndighedens medlemmer er selvstændige og uafhængige, er efter min opfattelse ikke tilstrækkelig til at fjerne problemet, da den afkræftes af det faktum, at medlemmerne, også funktionelt, i virkeligheden hører til, og vedbliver at høre til, forvaltningen. Et system som det foreliggende, hvor der for et begrænset tidsrum på et bestemt område gives et begrænset antal tjenestemænd fra forvaltningen kompetence til at udøve en dommerfunktion, idet man anvender et lige så begrænset antal af de bestemmelser, der gælder for dommere, på disse tjenestemænd, men undlader at anvende de garantier, der normalt gælder vedrørende dommeres afsættelse og forflyttelse, er efter min opfattelse for kompliceret og uigennemsigtigt til konkret at garantere den nødvendige stabilitet i embedet og dermed sikre, at de personer, der udøver en dommerfunktion, er uafhængige.

36. Man kunne desuden nære tvivl om, hvorvidt forbundstilsynsmyndigheden er upartisk med hensyn til de tvister, der henhører under myndighedens kompetence. Som omtalt er myndigheden rent faktisk udsprunget af Bundeskartellamt, dvs. af forvaltningen, men den skal ikke desto mindre afgøre tvister vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, dvs. tvister, hvor forvaltningen står over for de forvaltede. Egentlig må dette udelukke, at man betragter myndigheden som en udenforstående, og dermed uafhængig, part — medmindre man opfatter den uafhængighed, der kræves af dommerne,

som en moralsk egenskab hos de fysiske personer, der udgør retten [40].

Denne vurdering giver anledning til yderligere at sætte spørgsmålstegn ved, om de afgørelser, den pågældende myndighed skal træffe, er af judiciel natur, og, som følge heraf, om myndigheden har de karakteristika, en ret i artikel 177's forstand skal have.

37. Endelig er jeg enig med Kommissionen i endnu et væsentligt forhold, som Kommissionen har fremhævet. Reglerne om oprettelsen af forbundets tilsynsmyndighed indeholder ingen bestemmelser om retsvirkningerne af myndighedernes afgørelser, især ikke hvad angår spørgsmålet om deres bindende virkning. Da der er tale om et organ, som ikke er en ret i det nationale retssystems forstand, kan man ikke anvende det generelle princip om, at judicielle afgørelser har bindende virkning. Da der ikke eksisterer nogen udtrykkelige bestemmelser herom, giver det forhold, at organet er oprettet via den såkaldte »budgetmæssige løsning«, med det erklærede formål ikke at indrømme tilbudsgiverne i en licitation nogen individuelle rettigheder [41], anledning til at tvivle på, at organets afgørelser har bindende virkning [42].

38. I betragtning af alle de forestående iagttagelser opfylder forbundstilsynsmyndigheden i hvert fald hvad angår de processuelle garantier og tilsikring af uafhængighed efter min mening ikke de krav, der karakteriserer en »ret« i henhold til artikel 177; som følge heraf kan myndighedens præjudicielle spørgsmål ikke admitteres.

39. Over for dette kunne anføres, at når det præjudicielle spørgsmål forelægges af et organ, der er den eneste klageinstans for den person, som påberåber sig fællesskabsretlige regler, bør Domstolen altid træffe afgørelse for derved dels at undgå, at klageren fratages en effektiv beskyttelse, dels at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten.

Dette er i det væsentlige, hvad Dorsch Consult har gjort gældende. Som nævnt har firmaet ganske vist udtalt, at tilsynsmyndigheden ikke er en ret i artikel 177's forstand, men har samtidig anmodet Domstolen om at

40 — Jf. i denne sammenhæng Corbiau-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 31. Vel var forelæggelsesinstansen i den pågældende sag netop knyttet til de skattemyndigheder, der havde foretaget den omtvistede skatteansættelse; men den argumentation, Domstolen (og også generaladvokat Darmon) fremsatte, adskiller sig ikke meget fra den, der også bør anvendes her, da forbundstilsynsmyndigheden under alle omstændigheder udgør en del af forvaltningen og således ikke er udenforstående i tvisten mellem forvaltningen og den anden part i den konkrete forvaltningssag.

41 — Jf. begrundelsen til forslaget til ændring af HGrG (BT-Drucksache 12/4636, s. 12).

42 — Jf. vedrørende den tvivl, der er ytret i teorien, især Boesen, EuZW 1996, s. 586, som anfører, at afgørelserne fra forbundstilsynsmyndigheden ikke er eksigible; jf. ligeledes meddelelsen til den tyske regering med henblik på fremsættelse af bemærkning og Kommissionens begrundede udtalelse i den traktatbrudsprocedure, jeg allerede har nævnt flere gange.

se bort herfra og besvare myndighedens præjudicielle spørgsmål, da en anden løsning i sidste ende ville skade firmaet. Broekmeulendommen kunne tale for denne opfattelse; her besluttede Domstolen at besvare et spørgsmål, der var forelagt af et fagligt organ, som var klageinstans vedrørende spørgsmål om optagelse i et erhvervsregister, idet Domstolen især anførte følgende: »I mangel af en egentlig mulighed for anke til de almindelige domstole i spørgsmål, der angår anvendelsen af fællesskabsretten, må Ankenævnet — der udøver sine funktioner med de offentlige myndigheders godkendelse og virker med deres bistand, og hvis afgørelser, der træffes efter en tvistemålsprocedure, må anerkendes som endelige — anses for en ret i en medlemsstat, jf. traktatens artikel 177« [43].

40. Jeg kan ikke tilslutte mig Dorsch Consult's opfattelse, og Broekmeulendommen kan fortolkes for vidtgående. De subjektive og objektive betingelser for, at det samarbejdssystem mellem de nationale retsinstanser og Fællesskabets retsinstanser, der er oprettet ved EF-traktatens artikel 177, fungerer, må ikke være forskellige, alt efter særlige omstændigheder i en konkret sag. Såfremt et organ ikke er en ret, så bliver det heller ikke en ret blot som følge af, at man ikke har en bedre løsning. Hvis man var af en anden opfattelse og læste Broekmeulendommen i dette lys, ville det medføre, at man tillagde et aspekt i det processuelle system, organet henhører under, afgørende betydning, i stedet for at lade organet som sådant være det afgørende; herefter ville det være uden nogen form for betydning, om de kriterier, Domstolen udtrykkeligt har fastlagt, er opfyldt eller ej.

41. Men selv om man måtte strække sig så langt som overhovedet muligt og anse alt dette for korrekt, så er omstændighederne i den foreliggende sag alligevel helt anderledes. I den citerede sag var det afgørende forhold som sagt, at der for en person, der påberåbte sig fællesskabsretlige bestemmelser, ikke var nogen »egentlig mulighed for anke til de almindelige domstole«.

I vores tilfælde har en tilbudsgiver ved en licitation, som mener, at han med urette er blevet afskåret fra at deltage i udbudsproceduren, bevaret retten til at klage og kræve erstatning for sin eventuelle skade, og denne mulighed kunne principielt være et tilstrækkeligt retsmiddel.

42. Desuden lader man i tysk retspraksis vedrørende fællesskabsretten til — på trods af manglende regler herom og den tvivl, der ytres i teorien — definitivt at gå ud fra, at de ordinære domstole har kompetence til at påkende sager, som en tilbudsgiver ved licitation har anlagt, og hvorunder det gøres gældende, at (også) gældende fællesskabsretlige regler er blevet tilsidesat. Dette bekræftes af to nyere kendelser, hvor Kammergericht Berlin har påkendt begæringer om foreløbige

43 — Dom af 6.10.1981, sag 246/80, Sml. s. 2311, præmis 17.

forholdsregler til realitetsbehandling i tilfælde, hvor tilbudsgivere, der var blevet udelukket fra at deltage i licitationer, anmodede om en udsættelse af udbudsproceduren — men Kammergericht Berlin tog derefter ikke begæringerne til følge [44].

Det skal tilføjes, at den tyske regering som nævnt har informeret Kommissionen om, at den havde indledt de ændringsforanstaltninger, der var nødvendige for at tilpasse tysk lovgivning til direktivet om klageprocedurerne; ved disse ændringer blev der bl. a. udtrykkeligt fastsat adgang til at indbringe tilsynsmyndighedernes afgørelser for de ordinære domstole [45].

43. Under disse omstændigheder er det ikke blot helt i overensstemmelse med Domstolens praksis at bestride, at den forelæggende myndighed er en ret i artikel 177's forstand; det er ligeledes uproblematisk hvad angår den enkeltes effektive retsbeskyttelse.

Jeg mener tværtimod, at den løsning, jeg foreslår — nemlig at Domstolen afviser at besvare det præjudicielle spørgsmål, den har fået forelagt — baner vej for et bredere perspektiv, der omfatter mere end blot den konkrete sag, og som endog giver en større garanti for den enkeltes retsbeskyttelse, der for at være effektiv nødvendigvis må forstås som retsbeskyttelse ved domstolene. Denne løsning bygger helt klart på den overbevisning, at ene og alene de organer, som er i stand til at opfylde alle de garantier, Domstolen har fastlagt til fordel for borgerne, kan anerkendes som en ret i henhold til traktatens artikel 177.

44. Endelig må man ikke glemme et forhold, der hænger sammen med selve formålet bag direktivet om klageprocedurerne. Som bekendt blev dette direktiv indført, fordi der bestod et stærkt behov for at udvide og harmonisere retsbeskyttelsen af den enkelte i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. I visse medlemsstater var det enten ikke muligt at indbringe klage over tilslag ved licitation og de andre forvaltningshandlinger, der er forbundet hermed, for en dommer, eller også havde anfægtelsen utilfredsstillende konsekvenser for den fremtidige kontraktmæssige forbindelse. Netop med henblik på at udfylde disse huller kræves det i direktivet om klageprocedurerne, at medlemsstaterne skal indføre et system, der på effektiv vis sikrer de vægtige rettigheder, som er indrømmet tilbudsgiverne i de relevante fællesskabsretlige bestemmelser (direktiver om indgåelse af offentlige indkøbs-, bygge- og anlægs-samt tjenesteydelseskontrakter). Det er den synsvinkel, reglerne i dette direktiv skal ses ud fra, og det er den, alle de øvrige medlemsstater — i hvert fald ifølge Kommissionen — indtil nu har benyttet sig af ved deres gennemførelsesforanstaltninger. Under de mundtlige forhandlinger har Kommissionen fremlagt et dokument, som giver en oversigt over de organer, de enkelte medlemsstater ved gennemførelsen af direktivet om klageprocedurerne har indrømmet kompetence til at træffe afgørelse angående offentlige kontrakter. I de

44 — Kammergericht Berlin, kendelse af 10.4.1995 (KartU 760/94, EuZW 1995, s. 645 ff.) og af 31.5.1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, s. 415 ff.).

45 — Jeg vil gerne også henvise til, at de forestående ændringer i lovgivningen kan medføre, at den afgørelse, Domstolen nu skal træffe, kun har »historisk« interesse — dette vel at mærke set ud fra spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling og dermed spørgsmålet om de nuværende tilsynsmyndigheders kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål.

fleste tilfælde er der tale om almindelige domstole eller, såfremt sådanne eksisterer, forvaltningsdomstole, der i anden instans er underlagt kontrol ved den øverste domstol i forvaltningsretlige spørgsmål [46].

Dette er et væsentligt forhold, som der — under iagttagelse af forskellene mellem den foreliggende sag og den procedure, Kommissionen har indledt i henhold til traktatens artikel 169 — skal tages behørigt hensyn til.

45. I betragtning af alle disse omstændigheder foreslår jeg, at anmodningen om en præjudiciel afgørelse afvises fra realitetsbehandling med den begrundelse, at den er fremsat af et organ, som ikke er en ret i henhold til EF-traktatens artikel 177.

De præjudicielle spørgsmål

46. Hvad angår de præjudicielle spørgsmål, som jeg kun omtaler for fuldstændighedens skyld, er det nok blot at fremsætte et par bemærkninger.

Indholdet af det præjudicielle spørgsmål er som sagt, om kontrolmyndighederne, efter at fristen for at gennemføre tjenesteydelsesdirektivet er udløbet, også kan behandle klager vedrørende fremgangsmåder for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, selv om der ikke eksisterer nogen udtrykkelig normgivende regel (i det konkrete tilfælde er det fastlagt ved lov, at forbundsregeringen skal udstede en bekendtgørelse, men det er ikke sket), der giver myndighederne en sådan kompetence.

47. Såvel Dorsch Consult som den tyske regering har i denne forbindelse gjort gældende, at de organer, der er oprettet med henblik på at gennemføre direktivet om klageprocedurerne, i betragtning af den direkte virkning, som bør gives de relevante bestemmelser i tjenesteydelsesdirektivet [47], også må have kompetence til at påkende tvister vedrørende tjenesteydelsesaftaler.

Det er imidlertid åbenbart, at Domstolen i den foreliggende sag ikke kan træffe afgørelse vedrørende dette spørgsmål. Domstolen er nemlig ikke beføjet til at træde i stedet for den nationale lovgiver, der ifølge loven udtrykkeligt er forbeholdt kompetence, og afgøre, om de relevante klagemyndigheder ligeledes kan behandle klager vedrørende tjenesteydelsesaftaler.

46 — Kommissionen har derfor erklæret sig tilfreds med alle medlemsstaternes gennemførelsesforanstaltninger (undtagen med Tyskland, hvorfor den har indledt en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 169).

47 — Den nævnte direkte virkning kan ikke blot udledes af, at de påberåbte bestemmelser er tilstrækkelig præcise og ubetingede, men er ifølge disse parter ligeledes — om end på indirekte vis — blevet bekræftet af Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, da det blev fastslået, at Tyskland ved sin manglende gennemførelse af tjenesteydelsesdirektivet tilsidesatte traktaten (jf. fodnote 14).

48. Det nytter i denne forbindelse ikke at påberåbe sig de direkte virkninger af tjenesteydelsesdirektivets bestemmelser. Selv om Domstolen måtte fastslå, at sådanne virkninger består, ville dette blot have den konsekvens, at borgerne havde ret til at påberåbe sig de pågældende bestemmelser for *en eller anden* ret; Domstolen ville under ingen omstændigheder kunne gå så langt, at den angav, *hvilken* ret påberåbelsen skal ske for, da dette ville være et indgreb i den nationale lovgivers kompetenceområde [48].

Naturligvis ville den situation, at en borger som følge af, at der ikke er tillagt nogen ret kompetence til at påkende tvisten, er afskåret fra konkret at påberåbe sig en fællesskabsretlig bestemmelse med direkte virkning, give anledning til at formode, at der foreligger en åbenbar tilsidesættelse af fællesskabsretten [49]. Men en sådan tilsidesættelse ville kunne påtales af de kompetente instanser ved hjælp af de hertil indførte midler, og tilsidesættelsen ville i givet fald åbne mulighed for at anvende de retsmidler, Domstolen har fastlagt vedrørende medlemsstaternes hæftelse over for den borger, der har lidt skade som følge af, at den pågældende stat ikke har opfyldt sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten. Lad mig dog gentage, at der er herved tale om retsmidler, der både formelt og materielt adskiller sig fra den foreliggende procedure, og som derfor ikke ændrer noget ved den løsning, jeg foreslår i den konkrete sag.

49. På baggrund af disse overvejelser foreslår jeg Domstolen at afvise det præjudicielle spørgsmål fra realitetsbehandling, idet forbundstilsynsmyndigheden, der har forelagt spørgsmålet, ikke er en ret i henhold til EF-traktatens artikel 177.

48 — Jf. allerede i samme retning dom af 9.7.1985, sag 179/84, Bozetti, Sml. s. 2301, præmis 17, og den nylig afsagte dom af 18.1.1996, sag C-446/93, SEIM, Sml. I, s. 73, hvori følgende fastslås, nemlig at »medlemsstaterne er forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes. På baggrund heraf tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetencespørgsmål, som den nærmere afgrænsning af visse på fællesskabsretten hvilende retspositioner nationalretligt kan give anledning til« (præmis 32).

49 — Dette forhold ville sandsynligvis desuden tilsidesætte artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention, hvori der garanteres adgang til rettergang.