Selv om der i begrundelsen til en retsakt ikke henvises til en konkret bestemmelse i traktaten, er dette ikke nødvendigvis en væsentlig mangel, såfremt hjemmelen for en retsakt kan fastlægges på grundlag af andre dele af retsakten, men en sådan udtrykkelig henvisning er imidlertid ubetinget nødvendig, når de personer, der berøres af retsakten, og Domstolen ellers vil svæve i uvished med hensyn til, hvilken hjemmel der konkret er valgt.

2. Inden for rammerne af kompetencefordelingen inden for Fællesskabet kan en institutions valg af hjemmel for en retsakt ikke foretages alene på grundlag af dens egen opfattelse med hensyn til det formål, der søges tilgodeset, men skal foretages på grundlag af objektive forhold, som Domstolen kan efterprøve.

3. Det fremgår af selve ordlyden af artikel 235, at den nævnte artikel kun kan være hjemmel for en retsakt, hvis ingen anden traktatbestemmelse giver fællesskabsinstitutionerne den fornødne kompetence til at udstede den pågældende retsakt.

4. Det ville ikke længere være praktisk muligt at føre en hensigtsmæssig fælles handelspolitik, hvis Fællesskabet afskæres fra også at anvende midler, der går ud over de instrumenter, som alene påvirker de traditionelle dele af den ydre handel. Med definitionen i traktatens artikler 110 ff. af, hvad der er karakteristisk for den fælles handelspolitik og de instrumenter, der indgår heri, er der i traktaten taget højde for de forskellige muligheder for en udvikling af opfattelsen af det internationale handelssamkvem, således som den kommer til udtryk gennem en stadig stærkere sammenhæng mellem handel og udvikling.

   EF-ordningen med generelle toldpræferencer er det konkrete udtryk for en ny opfattelse med hensyn til det internationale handelssamkvem, hvor udviklingsformål spiller en væsentlig rolle, og retsakterne til gennemførelse af ordningen er omfattet af den fælles handelspolitik. Rådet har kompetence til at udstede dem alene i henhold til traktatens artikel 113 og kan derfor ikke som hjemmel anvende arikel 235.

RETSMØDERAPPORT
i sag 45/86 *

I — Faktiske omstændigheder

Baggrunden for EF-ordningen om generelle toldpræferencer skal ses i international sammenhæng. Der er tale om en ensidig og særlig anvendelse af den ikke bindende ordning om generelle præferencer, der blev vedtaget inden for rammerne af UNCTAD (De forenede Nationers Konference om Handel og Udvikling), bl. a. på grundlag af resolution nr. 21 (II) af 1968.

* Processprog: Fransk.

Den ordning, der der udviklet inden for rammerne af UNCTAD, er udtryk for en ny opfattelse af handelssamkvemmet mellem industrilande og udviklingslande, og tillægger udviklingsformål en betydelig rolle. Dette forklarer modsætningsforholdet mellem den nævnte ordning og de grundlæggende principper for GATT; disse modsætninger forudsatte, at der blev gjort særlige undtagelser, inden EF-ordningen blev indført i 1971. Senere, nemlig i 1979, blev det ved en »beslutning truffet af de kontraherende parter« under Tokyo-runden vedtaget, at præferencerne til fordel for udviklingslandene for altid var forenelige med GATT.

Den generelle EF-toldpræferenceordning blev indført i 1971 for en periode på 10 år og forlænget i 1981. Til dens gennemførelse udstedes forordninger hvert år.

Ordningen består i det væsentlige i en suspension af satserne i den fælles toldtarif. Suspensionen ydes autonomt og uden krav om gensidighed, idet sigtet er at fremme importen af visse produkter fra nærmere angivne udviklingslande.

Trods flere ændringer af ordningen, bl. a. med hensyn til de omfattede produkter, de begunstigede lande og omfanget af præferencerne, er de grundlæggende principper forblevet de samme. Suspensionen af tolden kan være total eller partiel, enten i form af et »kontingent«, hvis grænse ikke må overskrides, eller i form af »lofter« der forvaltes knap så strengt. Toldkontingenterne fordeles mellem medlemsstaterne efter en forudfastsat nøgle, der normalt indebærer, at der tildeles oprindelige kvoter og en ret til at trække på tillægskvoter på en EF-reserve. Lofterne forvaltes på fællesskabsplan af Kommissionen, som efter den procedure, der gælder i de fleste tilfælde, genindfører opkrævningen af told, såfremt lofterne nås på fællesskabsplan. For enkelte produkters vedkommende findes der »referencemængder«. Når referencemængderne nås, kan Kommissionen genindføre opkrævningen af told, men udelukkende, såfremt der er økonomiske vanskeligheder inden for Fællesskabet. I almindelighed sondres der i forordningerne efter de begunstigede landes udviklingsgrad og konkurrenceevne og de berørte produkters »følsomhed«.

For 1986 blev EF-toldpræferenceordningen gennemført ved tre rådsforordninger, udstedt den 17. december 1985 og offentliggjort i EFT L 352 af 13.12.1985: forordning nr. 3599/85 om industrivarer i almindelighed (ibid., s. 1), forordning nr. 3600/85 om tekstilvarer (ibid., s. 107) og forordning nr. 3601/85 om landbrugsprodukter (ibid., s. 192).

Sidstnævnte forordning om landbrugsprodukter, der udstedes i henhold til EØF-traktatens artikel 43, således som Kommissionen havde foreslået, er ikke genstand for den foreliggende sag. Derimod har Kommissionen nedlagt påstand om annullation af de to øvrige forordninger, hvori EØF-traktaten er angivet som hjemmel (»under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske Økonomiske Fællesskab«), mens Kommissionen havde foreslået tilføjet »særlig artikel 113« (EFT C 302 af 25.11.1985, s. 1 og s. 97).

Lige siden det første år (1971) har Kommissionen foreslået EØF-traktatens artikel 113 som hjemmel for forordningerne. Rådet har aldrig tiltrådt forslaget, og da der ikke kunne opnås enighed om en konkret hjemmel, har Rådet altid anvendt den ovenfor angivne formulering i stedet. Som Rådet har

præciseret i et svar på Domstolens spørgsmål, har Rådet herved ønsket at henvise både til EØF-traktatens artikel 113 og artikel 235.

II — Skriftveksling og parternes påstande

Ved stævning, indgivet til Domstolens Justitskontor den 17. februar 1986, har *Kommissionen* anlagt sag mod Rådet. Den har nedlagt følgende påstande:

1) Principalt:

— Rådets forordninger nr. 3599/85 og 3600/85 af 17. december 1985 erklæres ugyldige.

— det statueres, at bestemmelserne i de nævnte forordninger har retsvirkning indtil ikrafttrædelsen af de forordninger, der skal udstedes på grundlag af Domstolens dom.

Subsidiært:

— Rådets afgørelse af 17. december 1985, hvorved det forkastede Kommissionens forslag om at lade forordningerne have hjemmel i artikel 113 og i stedet anvendte udtrykket »under henvisning til Traktaten« erklæres ugyldig.

2) Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Rådet har nedlagt følgende påstande:

1) Frifindelse, såvel for de principale som de subsidiære påstande.

2) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Ved skrivelse af 22. maj 1986 gav Kommissionen afkald på retten til at indgive replik og anmodede Domstolens præsident om at give sagen fortrinsret, jfr. procesreglementets artikel 55. Anmodningen blev afvist.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har anmodet Rådet om skriftligt at besvare et spørgsmål og om at besvare et spørgsmål og om at fremlægge nærmere angivne dokumenter for Domstolen. Rådet efterkom anmodningen inden for den fastsatte frist.

III — Parternes anbringender og argumenter

1. *Formaliteten*

Rådet har ikke formelt bestridt, at sagen kan fremmes til realitetsbehandling, men har stillet sig tvivlende overfor, om der reelt er en tvist. Rådet har anført, at Kommissionen ved at anlægge sag har ønsket at opnå en udtalelse fra Domstolen vedrørende rækkevidden af EØF-traktatens artikel 113. Ifølge Rådet er situationen parallel med situationen i sag 244/80, Foglia mod Novello (dom af 16. december 1981, Sml. s. 3045), idet der ikke er et »objektivt behov i forbindelse med løsningen af en retstvist«. Desuden forfølger Kommissionen et politisk formål, når den forsøger at finde en hjemmel, som forudsætter en mindre tyngende fremgangsmåde, nemlig afstemning ved kvalificeret flertal i stedet for et enstemmigt kompromis.

Rådet har også rejst spørgsmålet om Kommissionens søgsmålsinteresse, idet der ifølge Rådet næppe er tvivl om, at hvis forordningen annulleres på grund af en formmangel, vil den blive udstedt på ny med samme materielle indhold. Rådet har i den forbindelse henvist til Domstolens praksis, hvorefter en sagsøger ikke har retlig interesse i en annul-

lation på grund af formmangler, hvis en sådan annullation kun kan medføre, at der træffes en ny afgørelse, som materielt er identisk med den annullerede.

2. *Realiteten*

Med hensyn til sagens realitet har Kommissionen fremført to anbringender: tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og tilsidesættelse af traktaten. Kommissionen har understreget, at i den foreliggende sag er de to anbringender reelt ét og samme: manglende konkret angivelse af en hjemmel, hvilket for det første i sig selv er en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 190, og i den foreliggende sag samtidig en tilsidesættelse af traktaten, da der herefter måtte anvendes en procedure, der kræver enstemmighed, i stedet for proceduren i henhold til traktatens artikel 113, der efter Kommissionens opfattelse er den eneste mulige korrekte hjemmel.

a) *Tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter*

Kommissionen har til støtte for søgsmålet først anført, at der er tale om en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 190, der har følgende ordlyd:

»Rådets og Kommissionens forordninger, direktiver og beslutninger skal begrundes og henvise til de forslag og udtalelser, som skal indhentes i henhold til denne traktat.«

Denne begrundelsespligt er et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der bl. a. er indført med henblik på, at alle de berørte kan få kendskab til institutionens ræsonnement og således påse, at de materielle regler er overholdt, ligesom den om fornødent skal sikre udøvelsen af en effektiv domstolskontrol.

Angivelsen af en hjemmel for den pågældende retsakt er en væsentlig del af begrundelsen. Hjemmelen er ikke alene et første trin i selve begrundelsen, men det er også nødvendigt at angive den som følge af princippet om den særlige kompetencefordeling mellem Fællesskabet og dets institutioner.

Manglende angivelse af en konkret hjemmet er således ifølge Kommissionen en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 190 og må i almindelighed betegnes som en væsentlig formel mangel i henhold til artikel 173. Kommissionen har i den forbindelse henvist til Domstolens domme af 7. juli 1981 (Rewe, sag 158/80, Sml. s. 1833) og af 24. oktober 1973 (Balkan-Import, Schlüter og Rewe, sagerne 5, 9 og 10/73, Sml. s. 1091, 1135 og 1175). Kun i undtagelsestilfælde vil der være tale om en uvæsentlig formmangel, f. eks. en ren og skær forglemmelse, og hvis hjemmelen utvetydigt fremgår af sammenhængen. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

Udtrykket »under henvisning til traktaten« efterlader i almindelighed og i denne sag en total uvished med hensyn til de bestemmelser, der reelt er tale om. Det kan forstås på to måder: enten henvises der til samtlige traktatens bestemmelser og således samtlige de heri fastsatte procedurer, eller også henvises der til bestemmelser, der kan antages at komme i betragtning i det konkrete tilfælde. I den foreliggende sag kunne artiklerne 28, 113 og 235 med principielt forskellige procedurer komme på tale, men den nøjagtige hjemmel fremgår ikke af forordningens ordlyd og i øvrigt heller ikke af drøftelserne i Rådet.

Kommissionen har også henledt opmærksomheden på artikel 11 i Rådets forretningsorden, som ligeledes er tilsidesat, idet den bestemmer: »i Rådets forordninger skal følgende forekomme: ... en angivelse af de bestemmelser, i henhold til hvilke forordningen er udstedt; angivelsen indledes med ordene 'under henvisning til'.«

Rådet har tilsluttet sig Kommissionens generelle vurdering af EØF-traktatens artikel 190, men bestridt Kommissionens konklusioner med hensyn til spørgsmålet om hjemmel. Den praksis, Kommissionen har henvist til, er ikke relevant i den foreliggende sag. Tværtimod viser Domstolens praksis vedrørende tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter ifølge Rådet, at Domstolen afviser enhver form for abstrakt ræsonnement, men i hvert enkelt tilfælde vurderer den påståede formmangels grovhed. Særlig med hensyn til spørgsmålet om hjemmel har Domstolen ifølge Kommissionen ikke annulleret retsakter i tilfælde af ufuldstændig henvisning, når betragtningerne til retsakterne gav tilstrækkelige oplysninger. Rådet har her henvist til Domstolens domme af 5. maj 1981 (Dürbeck, sag 112/80, Sml. 1981, s. 1113) og af 28. oktober 1981 (Krupp mod Kommissionen, de forenede sager 275/80 og 24/81, Sml. s. 2489, på s. 2512).

Rådet har beklaget, at det ikke har kunnet angive hjemmelen mere konkret, men har anført, at betragtningerne set under ét indeholder tilstrækkelige alternative oplysninger vedrørende de formål, Rådet ønsker tilgodeset, nemlig både handelspolitiske og udviklingspolitiske formål. Under drøftelserne i Rådet fastholdt Kommissionen forslaget om at henvise til EØF-traktatens artikel 113, og tilkendegav, at efter Kommissionens opfattelse ville en angivelse af både EØF-traktatens artikel 113 og artikel 235 være en løsning, som både af politiske og tekniske grunde ville være mindre heldig end blot at henvise til traktaten. Dette synspunkt fra Kommissionens side blev tillagt stor vægt i Rådet.

b) *Tilsidesættelse af traktaten*

Kommissionen har gjort gældende, at Rådet har tilsidesat traktaten, idet det har benyttet en generel hjemmel, som giver mulighed for at anvende en beslutningsprocedure, der kræver enstemmighed, mens EØF-traktatens artikel 113, hvorefter afgørelsen træffes med kvalificeret flertal, ville have været den eneste mulige korrekte hjemmel.

Artikel 113, stk. 1, bestemmer:

»Efter udløbet af overgangsperioden lægges ensartede principper til grund for den fælles handelspolitik, navnlig vedrørende toldændringer, afslutning af told- og handelsaftaler, gennemførelse af ensartethed i liberaliseringsforanstaltninger, eksportpolitik og handelspolitiske beskyttelsesforanstaltninger, herunder foranstaltninger mod dumping og subsidieordninger.«

Ved fortolkningen af artiklen har Kommissionen udviklet en »*instrumental*«*-teori.* Herefter er de foranstaltninger, der — ikke udtømmende — er opregnet i artikel 113, stk. 1, foranstaltninger — autonome eller aftalte — af egentlig handelspolitisk karakter, som, uanset hvilket formål, der ønskes tilgodeset, i sig selv henhører under EF's kompetence. Artikel 113 indeholder intet yderligere eller snævrere kriterium, og de nævnte foranstaltninger regulerer uden forbehold og konkret samhandelen med tredjelande.

Andre foranstaltninger, der er snævert forbundne med dem, der udtrykkeligt er omtalt i artikel 113, må ligeledes være omfattet af artiklens anvendelsesområde, f. eks. supple-

rende foranstaltninger eller foranstaltninger med tilsvarende virkning som indførsels- og udførselsrestriktioner eller -afgifter.

Kommissionen har anført, at der er enkelte undtagelser fra den generelle regel i artikel 113. Særlige ordninger er hjemlet, bl. a. i EØF-traktatens artikel 28 (autonome toldforanstaltninger) og artikel 43 (foranstaltninger vedrørende landbruget). For at afgrænse de nævnte artiklers anvendelsesområde i forhold til artikel 113's må man se på det forfulgte hovedformål. Dette er ligeledes tilfældet med hensyn til foranstaltninger, som ikke uforbeholdent og konkret regulerer samhandelen med tredjelande, men dog påvirker samhandelen med de nævnte lande.

Kommissionen har gjort gældende, at de forordninger, den foreliggende sag vedrører, må gives hjemmel udelukkende i artikel 113, idet de uden forbehold og konkret regulerer samhandelen med tredjelande i form af »toldændringer« i henhold til nævnte artikel. Artikel 28 kan ikke finde anvendelse, idet forordningernes formål ikke er fastsat ud fra rent interne hensyn. Hvis man alene lod udviklingspolitiske betragtninger være afgørende for valget af hjemmel, burde den være den generelle, subsidiære klausul i artikel 235, idet der ikke findes konkrete bestemmelser vedrørende udviklingspolitikken.

Et sådant synspunkt er i strid med ordlyden af artikel 113, idet foranstaltninger, der udtrykkeligt er nævnt i denne artikel, herved ville blive unddraget en konkret kompetenceregel.

Ifølge Kommissionen ville dette have absurde retsvirkninger. I mangel af et EF-redskab kunne medlemsstaterne således individuelt fastsætte ordninger om handel med udviklingslande, hvorimod en anvendelse af artikel 113 indebærer, at dette område ikke er omfattet af medlemsstaternes, men af Fællesskabets kompetence. Såfremt Rådet måtte ønske at tage en foranstaltning, truffet til fordel for sådanne lande, op til fornyet overvejelse med henblik på at gøre den mindre gunstig, måtte det gennemføre en sådan ændring enten med hjemmel i artikel 113 (med den retsvirkning, at en foranstaltning, der var truffet på grundlag af en enstemmig afgørelse, kunne ændres ved kvalificeret flertal), eller i artikel 235 (selv om udviklingspolitiske hensyn givetvis ikke består i tilfælde af en sådan ændring).

Hvis man altid skulle finde frem til det endelige formål med handelspolitiske foranstaltninger, ville en sammenhængende forvaltning af den fælles handelspolitik i øvrigt ikke længere være mulig, idet den kunne blive uden betydning. Domstolen har i udtalelse 1/78 af 4. oktober 1979 om den internationale overenskomst om naturgummi (Sml. s. 2871) allerede principielt stadfæstet Kommissionens synspunkt.

Også i retsvidenskabelig teori og international praksis, bl. a. inden for UNCTAD og GATT, betragtes ordninger om generelle toldpræferencer over for udviklingslande som handelspolitiske foranstaltninger. Kommissionen har i den forbindelse bl. a. henvist til en erklæring fra Rådets fungerende formand af 21. og 22. juni 1971 (EF-Bull. 8-1971, s. 24).

Ifølge *Rådet* må der anlægges et »formåls«-synspunkt. Herefter må enhver handling fra Fællesskabets side, autonom eller aftalt, som har til formål at ændre omfanget eller retningen af handelsstrømmene, være omfattet af artikel 113.

En sådan »formåls«-fortolkning er i overensstemmelse med den systematiske metode til fortolkning af traktaten, Domstolen har udviklet. Rådet har i den forbindelse henvist til talrige Domstolsafgørelser vedrørende den fælles landbrugspolitik, transportpolitikken og inden for afgiftsområdet. Rådet har understreget, at også efter Kommissionens

opfattelse er det nødvendigt at tage afgørende hensyn til det forfulgte formål, når den — efter Rådets opfattelse vilkårligt — fastlægger undtagelserne fra sin instrumental-teori. Instrumentalkriteriet kan ikke anvendes, idet det ikke på nogen måde løser spørgsmålet med hensyn til selve deninitionen af begrebet handel.

Rådet er ikke enig med Kommissionen i dennes fortolkning af Domstolens udtalelse 1/78. Domstolen har ifølge Rådet ikke truffet afgørelse vedrørende de to institutioners divergerende opfattelser.

Rådet har indrømmet, at det handelsmæssige formål med de pågældende forordninger har stor betydning, men dog anført, at det udviklingspolitiske formål, der ligeledes forfølges, har tilstrækkelig betydning til, at EØF-traktatens artikel 113 ikke kan accepteres som den eneste hjemmel. Navnlig efter de ændringer i ordningen, der er foretaget efter 1980, og hvorefter der i endnu højere grad differentieres på grundlag af de begunstigede landes udviklingsgrad, har det udviklingsmæssige aspekt fået endnu større betydning.

Rådet har afvist de slutninger, Kommissionen har draget med hensyn til en anvendelse af artikel 235. Da der ikke på EF-plan findes en afgørelse vedrørende ordningen om generelle præferencer, må det være den almindelige importordning samt den fælles toldtarif, der finder anvendelse. Enhver ændring af ordningen, også i negativ retning, må være omfattet af en forordning af samme art som de oprindelige forordninger, så længe der består en præferenceordning i forhold til den generelle ordning for tredjelande.

Erklæringen fra Rådets formand i 1971 hvorefter ordningen om generelle præferencer må betegnes som en afgørelse af handelsmæssig karakter, kan forklares på den måde, at Fællesskabet på det tidspunkt endnu ikke havde anerkendt, at udviklingspolitikken havde selvstændig karakter i form af en EF-politik i henhold til EØF-traktatens artikel 235.

Med hensyn til Kommissionens subsidiære påstand, nemlig om annullation af den afgørelse, hvorved Rådet i stedet for Kommissionens forslag anvendte udtrykket »under henvisning til traktaten«, hviler den på en fejlagtig opfattelse med hensyn til institutionernes indbyrdes forhold; for at ændre et forslag fra Kommissionens side behøver Rådet ikke at træffe afgørelse i to tempi, men kan ændre forslaget og samtidig træffe en endelig afgørelse.

G. C. Rodríguez Iglesias
Refererende dommer