FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 11 november 1997 *

1. Förbundsrepubliken Tyskland inlämnade den 7 augusti 1995 talan till domstolen avseende ogiltigförklaring av kommissionens beslut 95/204/EG av den 31 maj 1995 om genomförande av artikel 20.2 i rådets direktiv 89/106/EEG om byggprodukter [1] (nedan kallat det kritiserade beslutet) och att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

I det kritiserade beslutet fastställdes förfaranden för bestyrkande av olika produktgruppers överensstämmelse. Enligt sökanden är dessa åtgärder oförenliga med direktiv 89/106/EEG om byggprodukter [2], ändrat genom direktiv 93/68/EEG [3] (nedan kallat direktiv 89/106), eftersom det i kommissionens beslut inte togs någon hänsyn till ett antal kriterier i artikel 13.4 i direktivet vad gäller valet av förfarandet för bestyrkande av överensstämmelsen av de produkter som direktivet avser. Det kritiserade beslutet skulle följaktligen vara rättsstridigt. Det är dessutom enligt sökanden behäftat med väsentliga formfel, eftersom kommissionen inte hade iakttagit fristerna för att delge mottagarna handlingarna avseende förarbetena, eftersom de antogs utan att Ständiga byggkommittén hade gett sitt samtycke och eftersom beslutet inte var tillräckligt motiverat.

Tillämpliga bestämmelser

2. Syftet med direktiv 89/106, även kallat byggproduktsdirektivet, som rådet antog i december 1988, i dess lydelse efter ändring år 1993, är att säkerställa fri rörlighet för dessa produkter inom gemenskapen. Enligt övervägandena har medlemsstaterna bestämmelser som bland annat gäller byggnaders säkerhet, men även hälsa, energihushållning och miljöskydd som direkt påverkar beskaffenheten av de byggprodukter som används och återspeglas i nationella standarder, tekniska godkännanden och andra tekniska specifikationer och regler, vilka genom bristande överensstämmelse hindrar varuutbytet inom gemenskapen. Avskaffandet av tekniska handelshinder genom att de nödvändiga kraven fastställs i fråga om säkerhet och andra viktiga omständigheter rörande det allmänna

* Originalspråk: spanska.

1 — EGT L 129, s. 23.

2 — Rådets direktiv 89/106/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om byggprodukter (EGT L 40, 1989, s. 12; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 185).

3 — Rådets direktiv 93/68/EEG av den 22 juli 1993 om ändring av direktiven 87/404/EEG (enkla tryckkärl), 88/378/EEG (leksakers säkerhet), *89/106/EEG (byggprodukter)*, 89/336/EEG (elektromagnetisk kompatibilitet), 89/392/EEG (maskiner), 89/686/EEG (personlig skyddsutrustning), 90/384/EEG (icke-automatiska vågar), 90/385/EEG (aktiva medicintekniska produkter för implantation), 90/396/EEG (anordningar för förbränning av gasformiga bränslen), 91/263/EEG (teleterminalutrustning), 92/42/EEG (nya varmvattenpannor som eldas med flytande eller gasformigt bränsle) och 73/23/EEG (elektrisk utrustning avsedd för användning inom vissa spänningsgränser) (EGT L 220, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 24, s. 197). Min kursivering.

välbefinnandet skall emellertid inte medföra en sänkning av de förekommande och berättigade skyddsnivåerna i medlemsstaterna. [4]

Enligt bestämmelserna i detta direktiv kan byggprodukter marknadsföras endast om de är lämpliga att använda i det avsedda syftet, det vill säga om de har sådana egenskaper som krävs för de verk i vilka de skall infogas, monteras, användas eller installeras, enligt de väsentliga krav som ställs upp i bilaga 1. Dessa väsentliga krav, genom vilka det skall tas hänsyn till sådan påverkan som är förutsägbar och som skall uppfyllas under en skälig tid, kan delas upp i följande sex punkter: bärförmåga, stadga och beständighet, brandskydd, hygien, hälsa och miljö, säkerhet vid användning, bullerskydd, energihushållning och värmeisolering. För att ta hänsyn till bland annat skillnaderna beroende på olika skyddsnivåer som kan gälla nationellt kan för varje väsentligt krav en klassindelning ske i de väsentliga dokumenten och de tekniska specifikationerna.

Med "harmoniserade standarder" skall förstås tekniska specifikationer som har antagits av Europeiska standardiseringskommittén (CEN) eller Europeiska kommittén för elektrotekniska standardisering (Cenelec) eller av båda i enlighet med kommissionens anvisningar enligt direktiv 83/189/EEG. [5]

Att en produkt är förenlig med de harmoniserade standarderna fastställs genom ett förfarande för bestyrkande av överensstämmelse som regleras i artikel 13.3. Valet av förfarande för en viss produkt eller produktgrupp skall enligt artikel 13.4 fastställas av kommissionen, efter samråd med kommittén med hjälp av vissa kriterier som anges i denna punkt.

I artikel 20.2 föreskrivs att nödvändiga bestämmelser för fastställelse av förfarandet för att bekräfta förenligheten av överensstämmelse i fråga om anvisningarna om standardisering skall antas enligt det förfarande som föreskrivs i punkterna 3 och 4. Kommissionens företrädare skall för kommissionen förelägga ett förslag till åtgärder. Kommittén skall yttra sig över förslaget inom den tid som ordföranden bestämmer med hänsyn till hur brådskande frågan är. Kommittén skall fatta sitt beslut med den majoritet som enligt artikel 148.2 i fördraget skall tillämpas vid beslut som rådet skall fatta på förslag av kommissionen. Åtgärder kan vidtas om de är förenliga med beslutet; i motsatt fall skall kommissionen förelägga rådet ett förslag

4 — Andra, tredje och fjärde övervägandet.

5 — Rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 109, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154.

beträffande vilket det skall yttra sig med kvalificerad majoritet. Om rådet inte har fattat något beslut inom tre månader, skall kommissionen själv vidta de föreslagna åtgärderna.

3. Kommittén antog sin arbetsordning i oktober 1989. I arbetsordningens artikel 2 regleras såväl hur kommittén skall sammankallas som de frister inom vilka arbetsdokumenten från varje sammanträde skall ha inkommit till medlemsstaternas ständiga representationer och till deras företrädare vid kommittén. I artikel 6 fastställs villkoren för att kommittén skall anses vara beslutsmässig, medan artikel 9 innehåller reglerna avseende rösträtt.

4. Det beslut som Tyskland har kritiserat antogs av kommissionen i maj 1995 för att välja systemet för bestyrkande av överensstämmelse för vissa produkter och produktgrupper, nämligen produkter avsedda för värmeisolering, dörrar, fönster, persienner, grindar och järnbeslag, membran och förtillverkad lätt autoklaverad porbetong med kondensspärr. Efter detta val anmodades de europeiska standardiseringskommittéerna att precisera systemen för bestyrkande av överensstämmelse i enlighet med de motsvarande harmoniserade standarderna. Beslutet består av tre artiklar och tre bilagor, vilkas innehåll jag kommer att närmare analysera nedan.

Talans upptagande till sakprövning

5. Låt mig inleda med att påpeka att sökanden har rätt att väcka denna talan. Medlemsstaterna har nämligen enligt artikel 173 första stycket i fördraget talerätt i fråga om rättsstridigheten av kommissionens rättsakter avsedda att medföra rättsverkningar. [6] Enligt domstolens rättspraxis villkoras detta förfarande inte av den ståndpunkt som antogs av företrädarna för den medlemsstat som har väckt talan inom det kollegiala organ som har antagit den kritiserade rättsakten. [7]

Grunderna för talan

6. Tyskland har i sin talan vidhållit att det kritiserade beslutet strider mot direktiv 89/106, eftersom det belastas av väsentliga formfel och åsidosätter artikel 13.4 i direktivet. Jag kommer att undersöka grunderna i samma ordning.

6 — Dom av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen (REG 1985, s. 873; svensk specialutgåva, häfte 8), punkt 30. Domstolen ansåg i domen att en medlemsstat inom ramen för en talan om ogiltigförklaring kunde hävda att kommissionen hade åsidosatt artikel 90.2 i fördraget, trots att det berörda fördraget omfattades av lagstiftningen i en annan medlemsstat.

7 — Dom av den 12 juli 1979 i mål 166/78, Italien mot rådet (REG 1979, s. 2575), punkterna 5 och 6. Domstolen ansåg i denna dom att Italien hade rätt att yrka ogiltigförklaring av vissa bestämmelser i två förordningar från rådet, trots att Italiens företrädare hade röstat för dem och utan reservationer då de antogs av rådet och att den italienska företrädaren vid kommittén för spannmålsförvaltning gjorde likadant då det senare undersöktes vissa åtgärder för verkställighet.

A — *De väsentliga formfelen: försening med att delge handlingarna; avsaknad av ett beslut av kommittén och bristande motivering*

Förseningen med att delge handlingarna

7. Sökanden har hävdat att kommissionen fattade det kritiserade beslutet i strid med kommitténs arbetsordning, närmare bestämt i strid med artikel 2.6 och artikel 2.7. Det framgick av kommitténs dagordning för den 30 november 1994 att röstning skulle ske om förslaget till beslut. Emellertid hade för det första Tysklands ständiga representation inte erhållit de handlingar som skulle bilda underlag för diskussion och omröstning och för det andra hade den tyska versionen av förslaget till beslut befordrats, per fax, den 11 november, det vill säga en dag för sent, vilket påpekades för kommissionen i skrivelse av den 29 november, i vilken chefen för den tyska delegationen vid kommittén begärde att omröstningen därför skulle skjutas upp. Sökanden har hävdat att det rör sig om väsentliga fel vid förfarandet, vilka på ett avgörande sätt påverkade Tysklands handlande under förhandlingen.

8. Kommissionen har i svaromålet medgett att den sände två handlingar till sökanden med en viss försening, eftersom de överlämnades den 11 november mellan klockan 14.09 och 14.23. Kommissionen har likväl hävdat att den engelska versionen av dessa handlingar översändes den 10 november till samtliga företrädare, att alla sedan september 1994 hade tillgång till det ursprungliga förslaget till beslut som hade diskuterats vid kommitténs tjugosjunde sammanträde och att sökanden den 21 oktober 1994 hade inlämnat ett motförslag på tyska och engelska, vilket visar att den hade exakt kännedom om förslaget. Ändringarna i förslaget var under alla omständigheter få och obetydliga och utgör enligt kommissionen inte skäl nog för att sökanden med fog skall kunna hävda att en försening med en halv dag har kunnat påverka dess handlande vid diskussionen och omröstningen i kommittén.

Svaranden anser beträffande skrivelsen av den 29 november 1994 att det utgjorde missbruk att Tyskland dagen före sammanträdet begärde att omröstningen skulle skjutas upp, även om denna möjlighet föreskrivs i kommitténs arbetsordning. Om sökanden dessutom orsakades så mycket skada, borde den vid sammanträdet ha vidhållit sin begäran i stället för att utan reservationer godta dagordningen och delta i diskussionerna om innehållet och delta i omröstningen, varför kommitténs ordförande ansåg att Tyskland hade dragit tillbaka sin begäran. Svaranden har beträffande den första grunden slutit sig till att om det förelåg några formfel, var de minimala och inte i något fall tillräckligt viktiga för att motivera en ogiltigförklaring av beslutet.

9. Sökanden har i repliken vidhållit att det utdelade förslaget borde ha avfattats på tyska, vilket innebär att det i detta hänseende var irrelevant att det den 10 november hade sänts på engelska till samtliga företrädare, särskilt med beaktande av att terminologin var av stor betydelse. Företrädarna kunde först när kommissionen delgav den tyska versionen av det förslag som skulle diskuteras bilda sig en slutgiltig åsikt om dess innehåll, oavsett om de tidigare hade förfogat över andra mer eller mindre likartade språkversioner.

Vad gäller sökandens begäran om att uppskjuta omröstningen om förslaget har den hävdat att begäran gjordes på ett riktigt sätt, eftersom kommitténs arbetsordning inte fastställer någon frist för när denna rättighet skall göras gällande. Begäran upprepades muntligen vid sammanträdet den 30 november 1994, vilket visas av den mening som lades till punkt 22 i protokollet från det tjugoåttonde mötet, då protokollet godkändes. Tyskland godkände inte heller dagordningen, och även om den tyska delegationen deltog i diskussionerna med de andra delegationerna, berodde det på det tyska intresset i förslaget men inte på att Tyskland skulle ha avstått från sin begäran.

10. Vad beträffar den mening som tillades protokollet då det godkändes har kommissionen i dupliken hävdat följande: "Att denna mening återfinns i protokollet behöver inte betyda att den tyska delegationen vägrade att delta i omröstningen. I praktiken sker denna typ av tillägg som en delegation önskar föra in i ett protokoll genom att kommissionen gör det utan att undersöka dess innehåll. Annars skulle det inte vara möjligt för kommissionen och medlemsstaterna att samarbeta förtroligt."

11. Under förfarandet har det bekräftats att kommissionen inte delgav Tysklands ständiga representation den version av förslaget som skulle diskuteras och bli föremål för omröstning, men att versionen emellertid överlämnades på engelska till medlemsstaternas företrädare vid kommittén inom en frist av tjugo dagar, att den tyska versionen överlämnades till de tyska företrädarna för sent och att varken denna punkt på dagordningen sköts upp till ett senare sammanträde eller sammanträdet sköts upp för att respektera denna frist, trots att Tyskland formellt hade begärt det.

Detta handlande från kommissionens sida utgör utan tvivel ett åsidosättande av vad som föreskrivs i artikel 2.6 och 2.7 i kommitténs arbetsordning, enligt vilken de förslag till bestämmelser som avses i artikel 20.2 i direktiv 89/106, om vilka det skall röstas, skall ha anlänt till medlemsstaternas ständiga representationer och deras företrädare vid kommittén senast tjugo dagar före den dag

som har planerats för sammanträdet, och denna punkt på dagordningen skall skjutas upp till ett senare sammanträde när denna frist inte följs, eller dagen för mötet skall senareläggas för att iaktta fristen, om detta begärs av en företrädare för en medlemsstat.

12. Det återstår att utreda om dessa överträdelser av förfarandet enligt kommitténs arbetsordning är tillräckligt viktiga för att de skall kunna betraktas som väsentliga formfel i den mening som avses i artikel 173 andra stycket, vilka kan leda till att den kritiserade rättsakten ogiltigförklaras. I detta syfte skall det göras en undersökning av syftet med de regler vilkas åsidosättande har gjorts gällande och den inverkan som åsidosättandet kan ha haft på innehållet i rättsakten. [8]

13. Vid en jämförelse av artikel 2.5 och artikel 2.6 i kommitténs arbetsordning måste jag påpeka att den förstnämnda punkten föreskriver en frist av tjugo dagar för att de förberedande handlingarna för ett sammanträde och andra arbetsdokument skall delges företrädarna, med en kopia till den ständiga representationen. Ordföranden kan i brådskande fall förkorta denna frist men skall alltid respektera en minimifrist av tio arbetsdagar. Enligt det förfarande som föreskrivs i punkt 6 skall de förslag till bestämmelser om vilka det skall röstas i kommittén emellertid delges såväl medlemsstaternas ständiga representationer som deras företrädare vid kommittén senast tjugo dagar före den utsatta dagen för sammanträdet, som utgör en frist från vilken det inte kan göras några avvikelser.

14. Enligt min uppfattning motiveras denna skillnad mellan de båda förfarandena av att de uppfyller olika syften. Punkt 5 reglerar delgivning av förberedande handlingar för ett sammanträde och arbetsdokument i allmänhet, medan punkt 6 fastställer ett striktare förfarande för när kommittén skall rösta om att anta vissa bestämmelser och medan punkt 7 innehåller föreskrifter om följderna för underlåtenhet att följa detta förfarande.

I artikel 2.6 i kommitténs arbetsordning säkerställs att medlemsstaternas företrädare i kommittén förfogar över en tillräcklig frist för att undersöka förslaget, när ett förslag till en bestämmelse skall diskuteras inför beslut. I annat fall föreligger det — särskilt i fråga om sådana bestämmelser som i förevarande mål vilka är mycket invecklade och kan påverka olika sektorer inom de nationella förvaltningarna — risk för att kommittémedlemmarna inte har kunnat få all nödvändig information för att rösta med vetskap om ärendet. Att punkt 7 föreskriver lösningar för de fall när fristen på tjugo dagar inte har följts (antingen skall denna punkt på dagordningen skjutas upp till ett senare sammanträde eller skall mötet skjutas upp, om så begärs av en företrädare för en medlemsstat) bekräftar min uppfattning att det är riktigt att iaktta fristerna medan medlemsstaterna bildar sig sin uppfattning.

8 — Förstainstansrättens dom av den 14 juli 1997 i mål T-123/95, B mot parlamentet (REGP 1997, s. II-697), punkt 32.

15. Jag vill dessutom betona att det inte enbart rör sig om att formellt göra en åtskillnad mellan kallelser till sammanträden i allmänhet och till sammanträden där det skall röstas om att anta vissa bestämmelser. En annan viktig skillnad är att när sådana bestämmelser som de som avses i detta mål skall antas, nämligen bestämmelser som är avsedda att fastställa förfarandet för bekräftande av förenlighet, avgörs det förfarande som i fortsättningen skall följas av kommissionen för godkännande av förslaget av om det förelåg ett samstämmigt beslut av kommittén.

16. Då det skall göras en bedömning av den inverkan som denna överträdelse kan ha haft på innehållet i den kritiserade rättsakten, tror jag att det saknar relevans att kommissionen inom fristen på tjugo dagar delgav Tysklands företrädare vid kommittén förslaget till bestämmelserna. I artikel 3 i förordning nr 1 [9] föreskrivs att handlingar som en institution ställer till en medlemsstat skall avfattas på den statens språk. Det är av särskild betydelse att uppfylla denna skyldighet i det ärende som jag undersöker, eftersom de två företrädarna för varje medlemsstat enligt artikel 19.3 i direktiv 89/106 kan åtföljas av experter. Kommissionen kan kanske utgå från att tjänstemannen vid Tysklands ständiga representation behärskar engelska, men att anta att båda företrädarna vid kommittén, för att inte tala om experterna, gör det, går enligt min uppfattning för långt.

17. Jag tycker att det i detta sammanhang var lika irrelevant av kommissionen att hävda att sökanden hade deltagit i tidigare sammanträden där det ursprungliga förslaget till beslut hade diskuterats och att ändringarna i detta förslag till följd av samtalen var få och av relativ betydelse. Ändringarnas antal, och framför allt deras betydelse, kunde nämligen endast bedömas av företrädarna vid kommittén och experterna efter att de fått tillgång till den tyska språkversionen av det beslut som skulle diskuteras och bli föremål för omröstning den 30 november 1994. Denna version delgavs dem för sent, vilket jag har påpekat. Trots att denna försening var minimal, anser jag att det finns fog för sökandens påstående att den kunde påverka dess handlande då förslaget diskuterades och röstades igenom vid kommittén.

18. Jag måste ge sökanden rätt även vad gäller den omständigheten att dess begäran att skjuta upp sammanträdet framställdes på ett riktigt sätt och att kommissionen borde ha godtagit den. Arbetsordningen fastställer nämligen inte någon frist under vilken medlemsstaterna skall använda sig av denna möjlighet. Att Tyskland framställde sin begäran dagen före sammanträdet utgör enligt min uppfattning dessutom ett tillräckligt indicium på att det då var uppenbart att förseningen med delgivningen av den tyska versionen hade gjort det omöjligt att på ett

9 — Förordning nr 1 om vilka språk som skall användas i Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT 17, s. 385; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 14).

riktigt sätt förbereda mötet för den fastställda fristen. Det är under dessa omständigheter överflödigt att undersöka om Tyskland den 30 november 1994 muntligen upprepade sin begäran om att skjuta upp sammanträdet eller omröstningen, särskilt som det enda sättet att bevisa detta skulle vara genom mötesprotokollet och som kommissionen har hävdat att den mening som innehåller en sådan uppgift lades till på Tysklands anmodan och att denna typ av senare tillägg som en delegation vill göra i protokollet i praktiken tas in utan att innehållet undersöks.

19. Av anförda skäl anser jag att kommissionens åsidosättande av förfarandet enligt punkterna 6 och 7 i arbetsordningen skall anses utgöra ett väsentligt formfel i den mening som avses i artikel 173 andra stycket i fördraget.

Frånvaro av kommittébeslut

20. Tyskland har hävdat att det kritiserade beslutet fattades i strid med bestämmelserna i artikel 20.2—20.4 i direktiv 89/106, eftersom man vid omröstningen om förslaget vid sammanträdet den 30 november inte uppnådde den majoritet som krävs enligt artikel 20.3 tredje meningen. I den föreskrivs att kommittén skall fatta sitt beslut med den majoritet som enligt artikel 148.2 i fördraget skall tillämpas vid beslut som rådet skall fatta på förslag av kommissionen. Då ett beslut saknades, borde kommissionen utan dröjsmål ha förelagt rådet ett förslag. I motsats till vad som framgår av protokollet fattade kommittén vid sammanträdet den 30 november 1994 inte något beslut avseende det omtvistade förslaget. Vissa av delegationerna godkände det inte på ett slutgiltigt sätt och gjorde vissa reservationer mot möjligheten att upphandlarna skulle kunna införa ett striktare förfarande för bestyrkande av överensstämmelse. Nederländernas delegation gjorde dessutom en reservation avseende beaktandet av krav angående miljöskydd i samband med uppdragen. Kommissionen utfärdade två deklarationer avseende dessa teman, och ordföranden fastställde en frist under vilken delegationerna skulle undersöka dessa frågor på nytt innan de gav ett slutgiltigt svar. Enligt vad som framgår av punkt 41 i mötesprotokollet skulle ja-rösterna bekräftas inom en frist av 14 dagar efter det att de två deklarationerna delgetts. Med beaktande av att man vid omröstningen under mötet inte uppnådde tillräcklig majoritet och att det i kommitténs arbetsordning inte föreskrivs något skriftligt förfarande för beslutsfattande, anser jag att det kritiserade beslutet inte antogs på ett giltigt sätt.

21. Kommissionen har i detta avseende hävdat att det av mötesprotokollet framgår att en tillräcklig majoritet röstade för förslaget och att den omständigheten att det fanns fyra delegationer som gjorde en "granskningsreservation" påverkade inte det godkännande som gavs den 30 november 1994. Kommissionen har förklarat att vissa delegationer denna dag uttryckte tvivel angående förhål-

landet mellan direktiv 89/106 och upphandlingsdirektivet [10] samt direktivet om farliga ämnen [11] och att kommissionen, som företräddes av generaldirektorat III, för att ge ett snabbt svar utfärdade två deklarationer, av vilka det visserligen framgick att den slutliga versionen ännu skulle diskuteras med generaldirektorat XV och rättstjänsten och sedan delges medlemsstaterna. Sex stater meddelade att de reservationslöst stödde förslaget och fyra andra röstade också för det men reserverade sig dock gällande möjligheten att bekräfta sin åsikt efter att ha fått den slutliga versionen av deklarationerna, vilket de gjorde.

Kommissionen har tillagt att det är säkert — trots att kommitténs arbetsordning inte uttryckligen föreskriver något skriftligt förfarande för att anta överenskommelser — att den inte heller förbjuder detta och att detta förfarande redan är ett i mängden av förfaranden som kommissionen [12] och rådet [13] använder och som har tagits in i arbetsordningen för kommittéer som nyligen har bildats med stöd av rådets "kommittologibeslut" [14]. Deltagarna i sammanträdet samtyckte i vart fall till att gå till väga på detta sätt; sökanden meddelade först genom skrivelse av den 22 december 1994 respektive den 19 januari 1995 att den inte godtog förfarandet. Även om punkt 41 i protokollet innehåller en hänvisning i detta avseende, lades denna mening till då protokollet godkändes, medan Tyskland dagen för sammanträdet inte uttalade något i detta avseende eller inlämnade någon begäran avseende frågan.

Kommissionen har avslutningsvis hävdat att även om man skulle utgå från att det varken den 30 november 1994 eller inom ramen för det därpå följande skriftliga förfarandet fattades något beslut, avhjälptes detta fel den 29 maj 1995 genom att protokollet godkändes, vartill man bifogade de slutgiltiga versionerna av kommissionens deklarationer. Omständigheten att godkännandet av det omtvistade beslutet inte ingick i dagordningen för det tjugonionde sammanträdet skulle i det avseendet sakna betydelse, eftersom det rörde sig om att på ett slutgiltigt sätt fastställa resultatet av en omröstning som hade påbörjats den 30 november, då den stod på dagordningen.

22. Jag håller med sökanden om att omröstningen den 30 november 1994 — då man röstade om förslaget till beslut — inte gav en tillräcklig majoritet enligt artikel 20.3 i direktiv 89/106. Enligt protokollet, och utan att

10 — Jag tror att hänvisningen avser rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av arbeten (EGT L 185, s. 5).

11 — Jag tror att hänvisningen avser rådets direktiv 67/548/EEG av den 27 juni 1967 om tillnärmning av lagar och andra författningar om klassificering, förpackning och märkning av farliga ämnen (EGT 196, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 1, s. 19), som har ändrats vid flera tillfällen och anpassats till den tekniska utvecklingen under årens lopp.

12 — Artikel 10 i kommissionens arbetsordning av den 17 februari 1993 (EGT L 230, s. 15) reglerar det så kallade skriftliga förfarandet som ett av de beslutsförfaranden som kommissionen kan använda, om vissa krav är uppfyllda. Lydelsen av artikel 10.4 har ändrats genom kommissionens beslut av den 8 mars 1995 om ändring av arbetsordningen (EGT L 97, s. 82).

13 — Artikel 8 i rådets arbetsordning av den 6 december 1993 (EGT L 304, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 3, s. 35) innehåller villkoren för att rådet skall kunna använda sig av skriftlig omröstning.

14 — Rådets beslut 87/373/EEG av den 13 juli 1987 om närmare villkor för utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (EGT L 197, s. 33; svensk specialutgåva, område 1, volym 2, s. 72).

någon av parterna bestridit detta, antecknade ordföranden följande resultat vad gäller delegationernas beredskap att yttra sig om förslaget till beslut:

I. Ja. I, E, DK, P, UK och L. Dessa medlemsstater kommer i efterhand att uttala sig om innehållet i de båda deklarationerna.

II. Ja, beroende på resultatet av den undersökning av de båda deklarationerna som kommissionen skall göra: F, GR, IRL och NL.

III. Nej: D och B (med vissa nyanser).

Vad gäller de senast anslutna medlemsstaterna förenade sig AU snarare med grupp III, medan SWE och FIN förenade sig med grupp I.

23. För att säkerställa omröstningens giltighet har kommissionen i huvudsak anfört att det enbart rörde sig om att i efterhand bekräfta det positiva svaret i omröstningen och i andra hand att man i detta fall följde ett delvis skriftligt förfarande, som inte är förbjudet enligt kommitténs arbetsordning och som rådet och kommissionen regelbundet använder sig av.

24. Den majoritet som fordrades för att fatta detta beslut i november 1994 var 54 röster. Enligt mina beräkningar gavs 15 nej-röster och 38 ja-röster. Det fanns dessutom 23 ja-röster, beroende på resultatet av den undersökning av de två deklarationer som kommissionen skulle göra. Det förefaller tydligt att frågan huruvida det förelåg en majoritet ja-röster för förslaget till beslut och följaktligen huruvida ett samstämmigt beslut föreligger eller inte beror på bedömningen av dessa sistnämnda röster.

25. Jag håller inte med kommissionen om att dessa fyra medlemsstaters ja-röster kan anses slutgiltiga. De reserverade sig för att bekräfta dem efter undersökningen av kommissionens två deklarationer, som gjordes muntligen vid sammanträdet och vilkas slutgiltiga innehåll ännu skulle diskuteras med generaldirektorat XV och rättstjänsten. I detta fall rörde det sig inte enbart om att göra omröstningen beroende av att deklarationerna skulle överlämnas till dem, utan reservationen hänförde sig till undersökningen av innehållet, som med all sannolikhet skulle ändras. Det var således troligt att någon eller flera av dessa delegationer efter undersökningen av den slutgiltiga versionen inte skulle ha bekräftat sin omröstning. Jag anser att det under dessa omständigheter skall anses att man vid det sammanträde som i detta syfte hade sammankallats till den 30 november 1994 inte uppnådde den nödvändiga majoriteten ja-röster för att anta förslaget till beslut.

26. Kan man då trots detta anse att det förfarande som i detta fall följdes vid sammanträdet och som kommissionen betecknade som "delvis skriftligt" är giltigt, eftersom de

fyra medlemsstaterna slutligen bekräftade sin ursprungliga omröstning?

27. Jag anser att frågan även i detta fall skall besvaras nekande, av följande skäl:

Den första anledningen är att det av undersökningen av de bestämmelser som är tillämpliga på omröstningar vid kommittén förefaller att framgå att omröstningen skall ske under sammanträdet och varken efter eller utanför det. I artikel 6 i kommitténs arbetsordning, som reglerar *det beslutföra antal* som förutsätts för att sammanträdena skall vara giltiga, krävs faktiskt att åtminstone sju medlemsstater skall vara representerade. [15] Vad gäller beslutsfattande vill jag emellertid hänvisa till bestämmelsen i artikel 9, enligt vilken *det beslutsmässiga antalet* erhålls genom avvägning enligt artikel 148 i fördraget. *Rösträtt tillkommer endast de egentliga företrädare eller suppleanter* som medlemsstaterna har utsett. *En medlemsstat kan i förekommande fall endast representera en annan medlemsstat.* Alla dessa bestämmelser talar enligt min uppfattning för den tolkning som jag föreslår. [16]

Den andra anledningen är att kommitténs arbetsordning inte föreskriver någon möjlighet att rösta genom det ovannämnda skriftliga förfarandet. Det är riktigt att rådets och kommissionens arbetsordningar reglerar ett förfarande med dessa kännetecken för beslutsfattande av dessa kollegiala organ och att det förfarande som föreskrivs i artikel 20.3 och 20.4 i direktivet sammanfaller med det som återfinns i förfarande III variant a i kommittologibeslutet. Det är emellertid även riktigt att varken kommittologibeslutet, som fattades år 1987, eller direktiv 89/106 omnämner det skriftliga förfarandet som ett sätt att fatta beslut vid kommittéer som har bildats inom ramen för dem och att kommitténs arbetsordning, som antogs år 1989, inte heller innehåller en hänvisning till någon annan extra arbetsordning som föreskriver ett förfarande med dessa kännetecken.

28. Enligt min uppfattning är det inte heller relevant om delegationerna var överens om att vid detta tillfälle fortsätta att tillämpa detta förfarande. Med beaktande av att kommitténs arbetsordning på sin tid antogs av medlemsstaterna anser jag att den binder alla på samma sätt och att det inte kan föreskrivas undantag från dess regler utan en formell ändring av dess bestämmelser. Denna tolkning grundas på domstolens uppfattning beträffande frågan om rådet var bundet att följa sin egen arbetsordning i ett fall där det rörde sig om att avgöra huruvida det utgjorde ett väsentligt formfel att använda ett skriftligt förfarande för att anta ett direktiv när två medlemsstater hade motsatt sig det och rådets arbetsordning förutsatte alla medlemmars samtycke till att använda ett sådant förfarande. Domstolen ansåg att "rådet är skyldigt att följa en förfaranderegel som det självt har beslutat i artikel 6.1 i arbetsordningen. Rådet kan inte åsidosätta regeln ens genom att stödja sig på en större majoritet än

15 — Det rör sig om den version av arbetsordningen som var i kraft i november 1994.

16 — Min kursivering.

vad som krävs för att anta eller ändra arbetsordningen, om inte arbetsordningen ändras ...". [17]

29. Denna tolkning innebär att jag inte behöver undersöka om samtliga delegationer var överens om att förfara på detta sätt eller om den tyska delegationen motsatte sig detta redan dagen för sammanträdet, eftersom det på denna punkt föreligger en oenighet mellan parterna som inte kan avhjälpas genom att hänvisa till mötesprotokollet. Kommissionen har hävdat att meningen i detta avseende lades till protokollet på Tysklands begäran och att den inte motsvarar de faktiska omständigheterna.

30. Om det anses att beslutet inte fattades vare sig den 30 november 1994 eller inom ramen för ett skriftligt förfarande, återstår det att undersöka om det är möjligt att godta kommissionens påstående om att det enhälliga godkännandet den 29 maj 1995 av mötesprotokollet från den 30 november året innan satte punkt för all osäkerhet avseende omröstningen om förslaget.

Jag måste medge att detta påstående förefaller mindre lyckat än de tidigare, med beaktande av den ringa trovärdighet som kan tillmätas mötesprotokollen, efter kommissionens redogörelse för hur dessa utarbetades och godtogs. Det finns i vart fall två anledningar till varför det inte är möjligt att ge kommissionen rätt på denna punkt. För det första: Om beslutet inte fattades den 30 november 1994 och det saknades möjlighet att använda det skriftliga förfarandet, skulle omröstningen ha ägt rum vid ett sammanträde där den stod på dagordningen, vilket inte skedde vid mötet den 29 maj 1995. För det andra: Om kommissionen påstår att förslaget slutgiltigt antogs den sistnämnda dagen, borde den ha angett när och hur de medlemsstater röstade som hade anslutit sig under tiden.

31. Av ovan anförda skäl anser jag att även grunden avseende avsaknaden av ett beslut av kommittén är motiverad.

Bristande motivering

32. Sökanden har hävdat att det kritiserade beslutet är ogiltigt för att det åsidosätter den motiveringsskyldighet som definieras i artikel 190 i förslaget, eftersom Tyskland, trots att ha varit en av rättsaktens mottagare och ha deltagit i dess utarbetande, har ansett sig sakna uppgift om det sätt på vilket kommissionen har beaktat vart och ett av produkternas väsentliga kännetecken. Tyskland har anfört följande skäl: För det första är det kritiserade beslutet det första på detta område, varför det inte kan stödjas på andra liknande

17 — Dom av den 23 februari 1988 i mål 68/86, Förenade kungariket mot rådet (REG 1988, s. 855; svensk specialutgåva, häfte 9, s. 000), punkt 48.

beslut som fattats för att härleda dess grunder. För det andra begränsade sig kommissionen, då den försökte motivera beslutet, till att återge lydelsen av direktiv 89/106, vilket inte är tillräckligt för att anse att kraven enligt artikel 190 i fördraget är uppfyllda. För det tredje förklarade kommissionen inte för medlemsstaterna skälen till varför den inte hade beaktat vissa av de väsentliga kraven i bilaga 1 till direktiv 89/106. Avslutningsvis förklarade kommissionen inte heller varför den första typprovningen av en produkt skulle begränsas till att kontrollera vissa kännetecken.

33. Kommissionen har i detta avseende hävdat att motiveringen trots sin korthet är tillräcklig med beaktande av rättsaktens natur och det sammanhang i vilket den antogs och att varje försök att få till stånd en mer omfattande motivering är dömt att förlora sig bland de tekniska detaljerna av produkterna och produktgrupperna. Beslutets väsentliga beståndsdel rör valet mellan de två förfarandena för att fastställa en produkts förenlighet, vilket ingår i artiklarna 1 och 2 i beslutet, med beaktande av dess bilaga 1 och bilaga 2, medan artikel 3 spelar en underordnad roll. Kommissionen har tillagt att medlemsstaterna deltog i ett nära samarbete vid utarbetandet av rättsakten och kände till de överväganden på vilka den grundades, vilket även berättigar dess kortfattade motivering.

34. Artikel 190 i fördraget förutsätter faktiskt att rådets och kommissionens förordningar, direktiv och beslut skall vara motiverade och hänvisa till förslag eller yttranden som skall ha inhämtats enligt fördraget. Där anges emellertid varken i vilken utsträckning eller inom vilka gränser skyldigheten att motivera rättsakter gäller, gränser som man måste ta reda på genom domstolens rättspraxis.

35. Enligt en fast rättspraxis "skall det av den motivering som erfordras enligt artikel 190 i fördraget på ett klart och otvetydigt sätt framgå hur den institution som har utarbetat rättsakten har resonerat, så att berörda parter kan få reda på skälen för den vidtagna åtgärden och domstolen ges möjlighet att utöva kontroll. Det krävs dock inte att samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 190 i fördraget inte endast skall bedömas med beaktande av motiveringens lydelse, utan även med beaktande av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt av alla rättsregler som gäller på det berörda området". [18] Domstolen har även ansett att "det inte kan krävas att det i motiveringen till förordningarna närmare anges de — ibland mycket talrika och invecklade — faktiska och rättsliga omständigheter som utgör föremål för förordningarna, när dessa står i samklang med det normativa system de tillhör. Om det av den omtvistade rättsakten framgår vad som är dess väsen och det syfte som institutionen eftersträvar, är det följaktligen onödigt att förutsätta en specifik motivering av vart och ett av de tekniska beslut som institutionen fattar". [19]

18 — Dom av den 14 februari 1990 i mål 350/88, Delacre m. fl. mot kommissionen (REG 1990, s. I-395), punkterna 15 och 16, av den 17 oktober 1995 i mål C-478/93, Nederländerna mot kommissionen (REG 1995, s. I-3081), punkterna 48 och 49, och av den 25 juni 1997 i mål C-285/94, Italien mot kommissionen (REG 1997, s. I-3519), punkt 48.

19 — Dom av den 22 januari 1986 i mål 250/84, Eridania m. fl. (REG 1986, s. 117), punkt 38.

36. Att den medlemsstat som är sökande har deltagit i utarbetandet av den kritiserade rättsakten har av domstolen i vissa situationer ansetts utgöra ett tillräckligt skäl till att förkasta grunden avseende otillräcklig motivering. Exempel på denna hållning återfinns i olika domar i vilka domstolen har ansett att "[d]et krävs ... inte att det i motiveringen anges alla väsentliga faktiska och rättsliga omständigheter, eftersom frågan huruvida motiveringen av ett beslut uppfyller de krav som ställs i artikel 190 i fördraget inte endast skall bedömas med beaktande av lydelsen av motiveringen utan också med beaktande av såväl sammanhanget som alla de rättsregler som gäller på det berörda området. ... Det är i ännu högre grad så, eftersom medlemsstaterna har varit nära knutna till utarbetandet av den tvistiga rättsakten och på så sätt känner till de skäl som ligger till grund för den". [20]

Ett exempel på motsatt hållning återfinns i en dom från år 1983, där domstolen ansåg att "genom att artikel 190 i fördraget ålägger kommissionen en skyldighet att motivera sina beslut motsvarar artikeln inte enbart en formell oro utan har till syfte att ge parterna möjlighet att försvara sina rättigheter, domstolen möjlighet att utöva sin kontroll och medlemsstaterna samt de berörda medborgarna möjlighet att få kännedom om de omständigheter under vilka kommissionen har tillämpat fördraget. Det är följaktligen inte tillräckligt att medlemsstaterna som mottagare av beslutet känner till de skäl på vilka beslutet grundas, eftersom de har deltagit i dess utarbetande och att sökanden, i sin egenskap av enskild som direkt och personligen berörs därav, kan härleda skälen genom att jämföra beslutet i fråga med tidigare liknande beslut. Det är likaledes nödvändigt att sökanden faktiskt har getts tillfälle att försvara sina rättigheter och att domstolen kan utöva effektiv kontroll på grund av motiveringen". [21]

37. Det står utom tvivel, vilket kommissionen har medgett, att motiveringen till det kritiserade beslutet är kort. Det gäller att granska om motiveringen — bedömd i sitt sammanhang och inom den rättsliga ramen för ämnesområdet — på ett klart och otvetydigt sätt avspeglar det resonemang som förts av kommissionen, som har avfattat den kritiserade rättsakten, och om den gör det möjligt för de berörda att få kännedom om skälen till åtgärden och för domstolen att utöva sin kontroll.

38. I artikel 13.3 i direktiv 89/106 föreskrivs två förfaranden för bestyrkande av överensstämmelsen. I det ena säkerställer tillverkaren att produkterna överensstämmer med tillämpliga tekniska specifikationer; om så inte är fallet, måste i det andra förfarandet ett godkänt certifieringsorgan dessutom delta. Valet av förfarande görs av kommissionen i enlighet med vissa kriterier som räknas upp i artikel 13.4 och som bland annat omfattar en bedömning av hur betydelsefull produkten är med avseende på de väsentliga kraven, i synnerhet beträffande hälsa och säkerhet. De väsentliga kraven beskrivs i bilaga 1. Det är

20 — Dom av den 22 juni 1993 i mål C-54/91, Tyskland mot kommissionen (REG 1993, s. I-3399), punkterna 11 och 12, och av den 17 oktober 1995 i mål C-478/93, Nederländerna mot kommissionen (REG 1995, s. I-3081), punkterna 49 och 50.

21 — Dom av den 17 mars 1983 i mål 294/81, Control Data mot kommissionen (REG 1983, s. 911), punkterna 14 och 15.

likaledes kommissionen som skall fastställa förfarandet för bestyrkande av överensstämmelsen av byggprodukter i de uppdrag som den ger till de europeiska standardiseringsorganen.

39. Det kritiserade beslutet är faktiskt det första som kommissionen har fattat för att välja förfarande för bestyrkande av överensstämmelse, vilket är tillämpligt på vissa grupper av byggprodukter. [22] Beslutet består, utöver övervägandena i vilka lagstiftaren har begränsat sig till att återge formuleringen av vissa artiklar i direktiv 89/106, av tre artiklar och tre bilagor. I artikel 1 föreskrivs att överensstämmelsen för de produkter som anges i bilaga 1 skall bestyrkas genom ett förfarande där tillverkaren ensam ansvarar för ett tillverkningskontrollsystem i fabriken som säkerställer att produkten överensstämmer med de relevanta tekniska specifikationerna. Enligt artikel 2 skall för de produkter som anges i bilaga 2 överensstämmelsen bestyrkas genom ett förfarande, där förutom ett tillverkningskontrollsystem i fabriken som genomförs av tillverkaren även ett godkänt certifieringsorgan deltar vid bedömningen och övervakningen av tillverkningskontrollen eller av själva produkten. Bilagorna 1 och 2 innehåller faktiskt båda dera en lista över produkter.

I artikel 3 föreskrivs att förfarandet för bestyrkande av överensstämmelse enligt bilaga 3 skall anges i standardiseringsuppdragen. I bilaga 3 definieras totalt elva produktgrupper, en i varje punkt. Avseende den första punkten skall bestyrkande av överensstämmelse i den/de relevanta harmoniserade standarden/standarderna göras av CEN/Cenelec. Den andra punkten består för sin del av två underpunkter: I den första punkten (2.1) ställs det upp vissa villkor för CEN att tillämpa på specifikationerna för systemet för bestyrkande av överensstämmelse, medan den andra (2.2) innehåller anvisningar för det godkända organet, enligt vilka detta organ vid den första typprovningen av produkten skall begränsa sig till att kontrollera vissa egenskaper som varierar mellan de olika produktgrupperna.

40. Jag antar att motiveringen i övervägandena i det kritiserade beslutet — mot bakgrund av dess sammanhang och inom den

22 — Beslutet har dock inte varit det sista. Kommissionen har sedan dess och fram till denna dag publicerat inte mindre än arton beslut till, samtliga avseende förfarandet för bestyrkande av förenligheten av byggprodukter i enlighet med artikel 20.2 i rådets direktiv 89/106/EEG. Det rör sig om följande beslut: 95/467/EG beträffande skorstenar, gipsprodukter och stödstrukturer (EGT L 268, s. 29), 96/577/EG beträffande fasta brandsläckningssystem (EGT L 254, s. 44), 96/578/EG, beträffande sanitär utrustning (EGT L 254, s. 49), 96/579/EG beträffande vägutrustning (EGT L 254, s. 52), 96/580/EG beträffande utfackningsväggar (EGT L 254, s. 56), 96/581/EG beträffande geotextilier (EGT L 254, s. 59), 96/582/EG beträffande system för förseglade glaskonstruktioner och metallankare för betong (EGT L 254, s. 62), 97/161/EG beträffande fästdon av metall för infästning i betong av lätta system (EGT L 62, s. 41), 97/176/EG beträffande konstruktionsvirke o. d. med tillbehör (EGT L 73, s. 19), 97/177/EG beträffande injekteringsankare för användning i murverk (EGT L 73, s. 24), 97/462/EG beträffande träbaserade skivor (EGT L 198, s. 27), 97/463/EG beträffande fästdon av plast för användning i betong och murverk (EGT L 198, s. 31), 97/464/EG beträffande byggprodukter för avloppsvatten (EGT L 198, s. 33), 97/555/EG beträffande cement, byggkalk och andra hydrauliska bindemedel (EGT L 229, s. 9), 97/556/EG beträffande sammansatta system för utvändig putsbelagd värmeisolering (EGT L 229, s. 14), 97/597/EG beträffande stål för slakarmering och stål för spännarmering av betong (EGT L 240, s. 4), 97/638/EG beträffande fästdon för produkter av konstruktionsvirke (EGT L 268, s. 36) och 97/740/EG beträffande murverk och liknande produkter (EGT L 299, s. 42).

rättsliga ramen för detta ämnesområde — kan anses tillräcklig vad gäller dess artiklar samt bilagorna 1 och 2 och bilaga 3, punkterna 1 och 2.1. Vad gäller punkt 2.2 i bilaga 3 innehåller det kritiserade beslutet visserligen varken någon motivering eller någon uppgift som skulle göra det möjligt att få klarhet i varför kommissionen beslutade att det godkända organet vid den första typprovningen av produkten, som utgör en av kontrollmetoderna för förenlighet som ingår i alla certifieringssystem, skall begränsa sig till att endast bestyrka vissa av produktens egenskaper, medan de övriga inte kontrolleras.

41. Jag håller med om att det skulle vara överdrivet att kräva en specifik motivering av varje tekniskt beslut som ingår i den kritiserade rättsakten. Jag anser emellertid att den omständigheten att det inte någonstans finns en minsta hänvisning till skälen till att kommissionen har infört denna begränsning hindrar de berörda från att få kännedom om skälen till åtgärden och denna domstol från att utöva sin kontroll.

42. Av dessa skäl anser jag att även grunden avseende otillräcklig motivering av rättsakten skall anses befogad.

43. Att den kritiserade rättsakten är behäftad med samtliga dessa väsentliga formfel utgör en tillräcklig grund för att ogiltigförklara rättsakten. För att vara uttömmande och för det fall att domstolen inte kommer att dela mina bedömningar skall jag emellertid nedan undersöka grunden avseende åsidosättande av gemenskapsrätten.

B — *Åsidosättande av artikel 13.4 i direktiv 89/106*

44. Enligt sökandens uppfattning medför valet av förfarande för bestyrkande av en produkts överensstämmelse att kommissionen även anger de egenskaper hos produkten som skall bestyrkas när det godkända organet genomför den första typprovningen av produkten. Då förfarandet väljs skall de väsentliga kraven vara fastställda i kommissionens beslut på grund av deras betydelse för förfarandet. Det kritiserade beslutet hänför sig visserligen endast till en ofullständig förteckning över produktens relevanta egenskaper. Kommissionen har inte angett vilket annat förfarande som skall tillämpas för att undersöka de väsentliga krav, eller de viktiga egenskaper, som inte anges i beslutet. Den tyska regeringen har sammanfattningsvis kritiserat kommissionen av följande skäl: För det första för att aspekterna rörande hälsoskydd endast selektivt har tagits med i beslutet, trots att de återfinns i artikel 13.4 a i direktiv 89/106. För det andra skall det väsentliga kravet avseende hälsa och miljöskydd definitivt inte ha beaktats beträffande vissa produktgrupper, medan det i fråga om andra grupper endast har beaktats selektivt och ofullständigt.

45. Kommissionen har angett att sökanden har gjort en oriktig tolkning såväl av förhållandet mellan standardiseringsuppdragen och förfarandena för bestyrkande av överens-

stämmelse som av de omständigheter som kan tas i beaktande då dessa förfaranden genomförs. I de uppdrag som kommissionen har att ge de europeiska standardiseringsorganen skall ingå en definition av egenskaperna hos de produkter för vilka det skall utvecklas standardiserade normer som skall säkerställa att produkterna är användbara och som skall bedömas i enlighet med de väsentliga kraven. Vid förfarandena för bestyrkande av överensstämmelse är det däremot fråga om huruvida produkten är betydelsefull med avseende på de väsentliga kraven och följaktligen om vilket av de olika förfarandena som skall väljas. Kommissionen har påpekat att det i praktiken skulle vara omöjligt att göra en invecklad kontroll av en produkts samtliga egenskaper, om man dessutom beaktar att artikel 13.4 andra stycket i direktiv 89/106 inför proportionalitetsprincipen genom att fastställa att i varje enskilt fall det förfarande skall väljas som är minst betungande och samtidigt förenligt med kraven på säkerhet.

46. Sökanden har i repliken påstått att proportionalitetsprincipen endast skall tillämpas på valet av förfarande men inte på innehållet, det vill säga på de egenskaper som skall kontrolleras och på genomförandet av själva förfarandena.

47. Kommissionen har i dupliken upprepat att den har beaktat alla väsentliga krav och hur betydelsefull produkten är med avseende på uppfyllelsen av dessa krav. Beviset utgörs av att när det rör sig om värmeisolerande produkter har de mindre farliga materialen underkastats ett mindre invecklat förfarande för bestyrkande av överensstämmelse medan de material vilkas reaktion på brandutveckling kan utgöra en fara har underkastats ett förfarande för vilket det föreskrivs att certifieringsorganet skall genomföra en tilläggskontroll. Beträffande proportionalitetsprincipen anser kommissionen att den är tillämplig på gemenskapsrätten i dess helhet och följaktligen även inom ramen för organisationen av kontrollförfarandet.

48. I artikel 13.4 i direktiv 89/106 föreskrivs att valet av förfarande för bestyrkande av en produkts överensstämmelse, det vill säga beslutet om huruvida tillverkaren ensam skall ansvara för att produkten överensstämmer med de relevanta tekniska specifikationerna eller huruvida ett godkänt certifieringsorgan dessutom skall ingripa, fattas av kommissionen, efter att den har hört kommittén, beträffande hur betydelsefull produkten är med avseende på de väsentliga kraven, i synnerhet beträffande hälsa och säkerhet, produktens beskaffenhet, hur ändringar av produktens egenskaper påverkar dess användbarhet och sannolikheten av att fel uppstår i tillverkningen. I fråga om allt detta skall hänsyn tas till det som anges i bilaga 3 till direktivet.

49. Det som kommissionen gjorde i det kritiserade beslutet var att upprätta två listor (bilagorna 1 och 2) för vissa produkter och produktgrupper, enligt vilka förenligheten skall bestyrkas enligt någotdera av de angivna förfarandena. Vidare skall

CEN/Cenelec enligt bilaga 3 för produkten och den i varje enskilt fall avsedda användningen specificera systemet för bestyrkande av överensstämmelse i den/de relevanta harmoniserade standarden/standarderna.

50. För att bättre visa hur det kritiserade beslutet är strukturerat kommer jag att som exempel använda värmeisolerande material. De material som hör till produktklasserna A, B eller C [23] och vilkas reaktion på brandutveckling [24] *inte kan variera under produktionen* [25] samt de som hör till klasserna D, E eller F ingår i listan i bilaga 1, vilket innebär att tillverkaren vid bestyrkande av överensstämmelsen ensam skall ansvara för tillverkningskontrollsystemet i fabriken, som säkerställer att produkten överensstämmer med de relevanta tekniska specifikationerna. Produkter som hör till klasserna A, B eller C, vilkas reaktion på brandutveckling *kan variera under produktionen*, ingår däremot i bilaga 2, vilket innebär att överensstämmelsen bestyrks genom ett förfarande, där förutom ett tillverkningskontrollsystem i fabriken som genomförs av tillverkaren även ett godkänt certifieringsorgan deltar i bedömningen och övervakningen av tillverkningskontrollen eller av själva produkten.

51. Enligt punkt 1 i bilaga 3 till det kritiserade beslutet skall CEN/Cenelec för produkterna och avsedd användning specificera systemet för bestyrkande av överensstämmelse i den/de relevanta harmoniserade standarden/standarderna vad gäller alla värmeisolerande produkter som tillverkas industriellt och samlas på platsen, oberoende av avsedd användning. De värmeisolerande material som avses i bilaga 2, det vill säga de vilkas reaktion på brandutveckling kan variera under produktionen, omfattas av system 1 för bestyrkande av överensstämmelse, vilket är mer invecklat och motsvarar vad som föreskrivs i punkt 2 i i bilaga 3 till direktiv 89/106 och sker utan ytterligare stickprov. Detta innebär närmare bestämt att produktens överensstämmelse i detta fall bestyrks av ett godkänt organ på grundval av

a) (avseende tillverkaren)

1) fabrikens tillverkningskontroll,

2) ytterligare stickprov som tagits i fabriken av tillverkaren enligt fastställd kontrollplan,

23 — I bilagan till kommissionens beslut 94/611/EG av den 9 september 1994 (EGT L 241, s. 25; svensk specialutgåva, område 13, volym 27, s. 32) fastställs följande klasser för byggprodukternas reaktion på brandutveckling: A: inget bidrag till brand, B: mycket begränsat bidrag till brand, C: begränsat bidrag till brand, D: godtagbart bidrag till brand, E: godtagbar reaktion på brand, och F: ingen utveckling fastställd.

24 — Såväl i bilaga 1 som i bilaga 2 påpekas i fotnoterna att reaktionen på eldutveckling bedöms enligt de klasser och nivåer som fastställs i ovannämnda beslut 94/611 och enligt de villkor som anges i bilaga 3.

25 — Kursiveringarna i denna punkt är mina.

b) (avseende det godkända organet)

3) första typprovning av produkten,

4) första besiktning av fabriken och av fabrikens egen tillverkningskontroll,

5) samt kontinuerlig övervakning, bedömning och godkännande av fabrikens egen tillverkningskontroll.

52. De värmeisolerande produkter som avses i bilaga 1 indelas i sin tur, när det skall väljas ett system för bestyrkande av överensstämmelse, i två klasser, beroende på deras reaktion på brandutveckling.

De produkter som hör till klasserna A, B och C omfattas således av system 3 för bestyrkande av överensstämmelse, vilket motsvarar vad som föreskrivs i punkt 2 ii i bilaga 3, andra alternativet, det vill säga att produktens överensstämmelse skall försäkras av tillverkaren på grundval av

1) första typprovning av produkten genomförd av ett godkänt laboratorium,

2) fabrikens egen tillverkningskontroll,

medan de produkter som hör till klasserna D, E och F omfattas av system 4 för bestyrkande av överensstämmelse, vilket är det minst invecklade och motsvarar vad som föreskrivs i punkt 2 ii i bilaga 3, tredje alternativet. Systemet består i att produktens överensstämmelse skall försäkras av tillverkaren på grundval av

a) första typprovning genomförd av tillverkaren,

b) fabrikens egen tillverkningskontroll.

53. I punkt 2.1 fastställer kommissionen de villkor som skall tillämpas av CEN på specifikationerna för systemet för bestyrkande av överensstämmelse. Specifikationen för systemet skall vara sådan att det kan genomföras även när en viss egenskaps prestanda inte behöver fastställas på grund av att minst en medlemsstat saknar bestämmelser för egenskapen i fråga. I dessa fall skall kontroll av egenskapen i fråga inte påtvingas tillverkaren om denne inte önskar ange produktens prestanda i detta avseende.

54. I punkt 2.2 föreskrivs att för produkter som omfattas av system 1 och system 3 skall vid den första typprovningen av produkten som skall krävas av tillverkaren i fråga om

system 3 det godkända organets uppgift begränsas till följande egenskaper:

Euroklassegenskaper för reaktion på eldutveckling såsom anges i beslut 94/611. [26]

55. Den tyska regeringen har i ansökan lagt fram en lista över värmeisolerande material, varav det, med utgångspunkt i de uppgifter som ingår i dokumentet Construct 94/125, framgår vilka andra de väsentliga krav är som avses i bilaga 1 till direktiv 89/106 och de egenskaper hos en produkt som enligt den tyska regeringens åsikt är nödvändiga som kommissionen har beaktat för produktens första typprovning, nämligen

a) beträffande det väsentliga kravet på "energihushållning och värmeisolering": värmeisolans, kondensgenomsläpplighet, tryckmotstånd, motstånd mot drag- och böjprovning och hastighet av utsläpp av korrosiva ämnen,

b) beträffande det väsentliga kravet på "bullerskydd": reduktionstal eller luftljudsisoleringsindex, och

c) beträffande det väsentliga kravet på "hygien, hälsa och miljö": vattengenomsläpplighet och hastighet av utsläpp av farliga ämnen.

56. Jag är delvis överens med kommissionen om påståendet att det skall göras en klar åtskillnad mellan å ena sidan valet av förfarande för bestyrkande av en produkts överensstämmelse, varvid hänsyn skall tas till de kriterier som återfinns i artikel 13.4 i direktivet — vilket kommissionen enligt min uppfattning har gjort genom att klassificera produkterna och produktgrupperna i bilagorna 1 och 2 till det kritiserade beslutet — och å andra sidan något så annorlunda som att anmoda de europeiska standardiseringsorganen att specificera systemen för bestyrkande av överensstämmelse i de olika harmoniserade standarderna för vissa produkter och avsedda användningar, vilket kommissionen har gjort i bilaga 3 till det kritiserade beslutet.

57. Med en hänvisning till exemplet med värmeisolerande produkter vill jag påpeka att bestyrkande av överensstämmelse som endast görs av tillverkaren eller dessutom av ett godkänt certifieringsorgan, i fråga om produkterna i klasserna A, B och C, [27] beror på om reaktionen på brandutveckling kan variera eller inte under produktionen, och som i det förstnämnda fallet återfinns i bilaga 2, och i det sistnämnda fallet i bilaga 1,

26 — Ovan fotnot 23.

27 — Som hör till produktklasserna "inget bidrag till brand", "mycket begränsat bidrag till brand" respektive "begränsat bidrag till brand".

medan klasserna D, E och F [28] endast återfinns i bilaga 1, det vill säga att bestyrkande av överensstämmelse endast skall göras av tillverkaren.

Vad vidare gäller produkterna i klasserna A, B och C, vilkas reaktion på brandutveckling inte kan variera under produktionen, och produkterna i klasserna D, E och F har kommissionen, trots att de tillsammans ingår i bilaga 1, genom att anmoda de europeiska certifieringsorganen att bestyrka överensstämmelse fastställt att system 3 skall tillämpas på den förstnämnda gruppen, enligt vilket det skall tas mer ingående prov på produkterna än i fråga om den andra gruppen, på vilken system 4 skall tillämpas.

58. Av dessa bedömningar sluter jag mig till att kommissionen, genom att såväl för den produktgrupp som jag har använt som exempel som för andra produktgrupper som regleras i det kritiserade beslutet välja det förfarande för bestyrkande av överensstämmelse som föreskrivs i artiklarna 1 och 2 i förhållande till bilagorna 1 och 2, beaktade hur betydelsefulla produkterna är med avseende på de väsentliga kraven, i synnerhet beträffande hälsa och säkerhet, produktens beskaffenhet, hur ändringar av produktens egenskaper påverkar dess användbarhet och sannolikheten av att fel uppstår i tillverkningen.

28 — Som hör till produktklasserna "godtagbart bidrag till brand", "godtagbar reaktion på brand" respektive "ingen utveckling fastställd".

59. Den tyska regeringen skall emellertid ges rätt vad beträffar bilaga 3, rörande påståendet att produkterna har andra egenskaper som kommissionen inte har planerat för produktens första typprovning, utan att skälet till att kommissionen har begränsat det godkända organets bestyrkande till vissa egenskaper hos produkten, men inte till andra, varken framgår av bestämmelsens lydelse eller kan härledas från sammanhanget för antagandet.

60. Produktens första typprovning utgör en metod för kontroll av överensstämmelse, vilken föreskrivs i bilaga 3 till direktiv 89/106 för samtliga system för bestyrkande av överensstämmelse. Jag anser därför att när väl kommissionen hade valt förfarande för bestyrkande av dessa produktgruppers överensstämmelse — vilket är den tidpunkt då den, enligt vad jag tror, beaktade de kriterier som hade fastställts i denna bestämmelse — kunde den inte utan att åsidosätta artikel 13.4 bortse från vissa av dessa kriterier när den ställde upp de villkor som CEN skall uppfylla då det specificerar systemet för bestyrkande av överensstämmelse, genom att föreskriva att ett godkänt organ vid produktens första typprovning skall begränsa sig till att bestyrka en del av produktens egenskaper.

61. Under dessa omständigheter, och utan behov av att undersöka om proportionalitetsprincipen är tillämplig, anser jag även att grunden avseende åsidosättande av artikel 13.4, vad gäller bilaga 3 till det kritiserade beslutet, är motiverad.

Förslag till avgörande

Mot bakgrund av vad som har anförts ovan föreslår jag att domstolen skall

1) ogiltigförklara kommissionens beslut 95/204/EG av den 31 maj 1995 om genomförande av artikel 20.2 i rådets direktiv 89/106/EEG av den 21 december 1988 om byggprodukter, och

2) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med artikel 69.2 första stycket i rättegångsreglerna, eftersom sökandens grunder har bifallits.