FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

fremsat den 12. juli 2007 [1]

1. I disse parallelle søgsmål i henhold til artikel 226 EF har Kommissionen gjort gældende, at Østrig og Tyskland har tilsidesat deres forpligtelser til at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, idet de kræver, at private organer, som er godkendt i en anden medlemsstat til at udføre kontrol på området for økologisk landbrug, mindst opretholder en varig infrastruktur på deres respektive områder for at kunne levere samme tjenesteydelser dér.

2. Sagerne rejser spørgsmål om rækkevidden af fællesskabsharmoniseringen på området for sådan kontrol og den mulige begrundelse for restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser med henvisning til enten, at tjenesteydelserne omfatter udøvelsen af offentlig myndighed, eller at restriktionerne er udtryk for tvingende almene hensyn til forbrugerbeskyttelsen.

1 — Originalsprog: engelsk.

Fællesskabsbestemmelser

EF-traktaten

3. Artikel 49 EF forbyder restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

4. I henhold til artikel 55 EF finder artikel 45 EF anvendelse på retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49. Det bestemmes i artikel 45, stk. 1:

»Virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat, er i den pågældende stat ikke omfattet af bestemmelserne i dette kapitel.«

Forordning nr. 2092/91

5. Forordning nr. 2092/91 [2] fastsætter EF-forskrifterne for produktion, mærkning og kontrol med økologisk fremstillede landbrugsprodukter og levnedsmidler.

6. Det fremgår navnlig af betragtningerne, at der bør være en sådan forskriftsramme for at beskytte økologisk landbrug, for at sikre vilkårene for loyal konkurrence mellem producenterne, hindre anonymitet på markedet for økologiske produkter og give forbrugerne større tillid til disse produkter [3], at der af hensyn til producenterne og køberne bør foretages fastsættelse af de principper, der i det mindste skal være overholdt [4], og at alle erhvervsdrivende i alle produktions- og afsætningsled bør være undergivet en ordning med regelmæssig kontrol, som svarer til Fællesskabets minimumskrav og gennemføres af dertil udpegede kontrolinstanser og/eller af godkendte organer under tilsyn [5].

7. Forordningens artikel 1, 2 og 4 opregner de produkter, som er omfattet, og de angivelser, som henviser til den økologiske produktionsmetode, og definerer diverse udtryk. Artikel 3 bestemmer, at forordningen ikke berører andre fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Artikel 5 fastsætter betingelserne for mærkning og reklame, der henviser til den økologiske produktionsmetode, mens artikel 6 indeholder produktionsreglerne (som er yderligere defineret i bilag I), som udtrykket »den økologiske produktionsmetode« indebærer.

8. Artikel 8 og 9 angår kontrolordningen. Artikel 9 bestemmer nærmere:

»1. Medlemsstaterne iværksætter en kontrolordning, der varetages af en eller flere udpegede kontrolmyndigheder og/eller af godkendte private organer [...]

[...]

3. Kontrolordningen omfatter mindst gennemførelsen af de kontrolforanstaltninger og forholdsregler, der er anført i bilag III.

2 — Rådets forordning (EØF) nr. 2092/91 af 24.6.1991 om økologisk produktionsmetode for landbrugsprodukter og om angivelse heraf på landbrugsprodukter og levnedsmidler (EFT L 198, s. 1), som ændret (herefter »forordningen«). Den konsoliderede udgave, der finder anvendelse, findes på http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/consleg/1991/R/01991R2092-20070101-da.pdf

3 — Jf. femte betragtning.

4 — Jf. ottende betragtning.

5 — Jf. 12. og 13. betragtning.

4. Med henblik på private kontrolorganers gennemførelse af kontrolordningen udpeger medlemsstaterne en myndighed, som det påhviler at godkende og føre tilsyn med disse organer.

5. Ved godkendelse af et privat kontrolorgan tages følgende i betragtning:

a) organets standardkontrolplan, der skal indeholde en detaljeret beskrivelse af de kontrolforanstaltninger og forholdsregler, som organet forpligter sig til at pålægge de erhvervsdrivende, som det kontrollerer

b) de sanktioner, som organet agter at anvende, hvis der konstateres uregelmæssigheder og/eller overtrædelser

c) tilstrækkelige ressourcer i form af kvalificeret personale og administrativt og teknisk udstyr, erfaring inden for kontrol samt pålidelighed

d) organets objektivitet i forhold til de erhvervsdrivende, som kontrollen omfatter.

6. Når et kontrolorgan er godkendt, skal den kompetente myndighed:

a) sikre, at den kontrol, organet gennemfører, er objektiv

b) efterprøve kontrollens effektivitet

c) gøre sig bekendt med de konstaterede uregelmæssigheder og/eller overtrædelser og de pålagte sanktioner

d) tilbagekalde godkendelsen af et kontrolorgan, hvis det ikke opfylder de i litra a) og b) omhandlede krav eller ikke længere opfylder betingelserne i stk. 5, eller ikke opfylder kravene i stk. 7, 8, 9 og 11.

[...]

7. Kontrolmyndigheden og de i stk. 1 omhandlede godkendte kontrolorganer:

a) sikrer, at i det mindste de i bilag III anførte kontrolforanstaltninger og forholdsregler iværksættes på de bedrifter, som kontrollen omfatter

[...]

8. De godkendte kontrolorganer:

a) giver den kompetente myndighed adgang til at inspicere deres kontorer og anlæg og giver alle oplysninger og enhver hjælp, som den kompetente myndighed skønner påkrævet for at kunne varetage sine forpligtelser i henhold til denne forordning

b) fremsender senest den 31. januar hvert år til medlemsstatens kompetente myndighed en liste over de erhvervsdrivende, der var undergivet deres kontrol [...]

9. Den kontrolmyndighed og de kontrolorganer, der er omhandlet i stk. 1, skal:

a) hvis der konstateres en uregelmæssighed for så vidt angår anvendelsen af artikel 5 og 6 eller iværksættelsen af de i bilag III anførte foranstaltninger, drage omsorg for, at de i artikel 2 omhandlede angivelser med henvisning til den økologiske produktionsmetode fjernes [...]

b) hvis der konstateres en overtrædelse, som er åbenlys eller har langvarig virkning, forbyde den pågældende erhvervsdrivende at markedsføre produkter forsynet med angivelser, som henviser til den økologiske produktionsmetode, for et tidsrum, der skal aftales med medlemsstatens kompetente myndighed.

[...]

11. Fra den 1. januar 1998 skal godkendte kontrolorganer med forbehold af stk. 5 og 6 opfylde kravene i EN 45011[6].

6 — Generelle krav til organer, der udfører produktcertificering.

[...]«

9. Artikel 10 indeholder bestemmelse om en angivelse af og/eller logo, der viser, at produkterne er omfattet af kontrolordningen. I denne henseende pålægger artikel 10, stk. 3, kontrolorganerne håndhævelsesforpligtelser svarende til de i artikel 9, stk. 9, omhandlede.

10. Artikel 10a, som omfatter generelle håndhævelsesforanstaltninger, bestemmer:

»1. Hvis en medlemsstat i forbindelse med et produkt, som kommer fra en anden medlemsstat, og som bærer en af de i artikel 2 og/eller bilag V omhandlede angivelser, konstaterer uregelmæssigheder eller overtrædelser vedrørende anvendelsen af denne forordning, skal den underrette den medlemsstat, der har udpeget kontrolmyndigheden eller godkendt kontrolorganet, samt Kommissionen herom.

2. Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger til at undgå svigagtig anvendelse af de i artikel 2 og/eller bilag V omhandlede angivelser.«

11. Bilag III opregner minimumskrav til kontrolforanstaltninger og forholdsregler under den kontrolordning, der er omhandlet i artikel 8 og 9. Bilag V opregner de angivelser og logoer, der kan anføres ved mærkning på forskellige sprog.

12. I overensstemmelse med forordningens artikel 9, stk. 1, har Østrig og Tyskland valgt at indføre en kontrolordning, der varetages af private organer.

Østrigsk lovgivning

13. Lovgivningen indeholder ikke aktuelt krav om, at private organer skal være etablerede i Østrig for at drive virksomhed dér. Det er dog ubestridt, at de østrigske myndigheder for at godkende sådanne organer kræver, at der mindst skal findes en filial med det nødvendige personale samt administrative og tekniske ressourcer [7].

14. Som svar på Domstolens skriftlige spørgsmål har Østrig forklaret, at de for-

7 — Kommissionen har peget på, at et aktuelt lovforslag indeholder et udtrykkeligt krav om, at kontrolorganer for at blive godkendt skal være etableret i Østrig.

skellige regeringschefer for delstaterne (Landeshauptmann) er de kompetente myndigheder i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 9. De har til opgave at give eller afslå anmodninger om godkendelse af potentielle private kontrolorganer, at sikre, at rapporteringsproceduren iagttages og at føre tilsyn med godkendte kontrolorganers virksomhed. De har ligeledes kompetence til at trække en godkendelse tilbage.

15. Godkendte private kontrolorganer har ikke selv ret til at pålægge eller håndhæve nogen form for sanktioner. De afgiver blot indstillinger til regeringscheferne for delstaterne. De kan imidlertid indrømme visse individuelle undtagelser i henhold til forordningen (igen under tilsyn af regeringscheferne for delstaterne).

Tysk lovgivning

16. I henhold til den føderale ordning i Tyskland tilkommer gennemførelsen af forordningen de enkelte delstater. I 1994 blev der udarbejdet retningslinjer med henblik på en ensartet anvendelse af kontrolordningen af en ad hoc-arbejdsgruppe (Arbejtsgemeinschaft) nedsat af delstaterne. Selv om retningslinjerne var tiltænkt som anbefalinger, gennemførte delstaterne dem delvis som bindende administrative forskrifter [8].

17. Punkt 1 og 2 i retningslinjerne gør de kompetente myndigheder i de forskellige delstater ansvarlige for godkendelse og tilsyn med private organer, der varetager kontrolproceduren som omhandlet i forordningens artikel 9.

18. Punkt 2.1 [9]: bestemmer

»[...] Et kontrolorgan kan kun godkendes, hvis det har et forretningssted i EU. Et kontrolorgan, som ikke er etableret i indlandet, kan kun ansøge om godkendelse, såfremt det har udpeget en repræsentant, der er bosiddende i [Tyskland] [...]

Delegation [af kompetence] til kontrolorganer er mulig [...]«

8 — Jf. »Schlussbericht« af 4.10.2002 fra Forschungsinstitut für biologischen Landbau, Berlin, punkt 3.3.1.

9 — Jeg gengiver udgaven af 6.4.2001. I sin åbningsskrivelse har Kommissionen henvist til en tidligere udgave med en anden nummerering.

19. Den 10. juli 2002 vedtog Tyskland lov om økologisk landbrug [10] (herefter »ÖLG«) med henblik på gennemførelsen af bl.a. forordning nr. 2092/91. I overensstemmelse med ÖLG's § 15 trådte visse bestemmelser i kraft dagen efter offentliggørelsen, nemlig den 16. juli 2002, og de øvrige bestemmelser den 1. april 2003.

20. Af de bestemmelser, der således var trådt i kraft på det for den foreliggende sag relevante tidspunkt [11], giver § 2, stk. 3, delstaterne kompetence til at delegere kontrollen med, om producenter og erhvervsdrivende overholder forordningen helt eller delvis, til kontrolorganer eller andre fysiske eller juridiske privatretlige personer, eller give dem mulighed for at samarbejde (medvirke) med henblik herpå.

21. Hvad angår de øvrige bestemmelser kan det noteres, at i henhold til § 3, stk. 1, skal kontrolorganer i tilfælde, hvor delstaterne ikke har uddelegeret kontrollen, varetage kontrollen fastsat i forordningen, »for så vidt som udførelsen af opgaverne ikke er forbundet med gennemførelsen af en administrativ procedure«, og at § 4, stk. 1, nr. 4, gør virkningerne af tidligere retningslinjer tydeligere og strengere, idet der stilles krav om etablering i Tyskland som en af betingelserne for, at et kontrolorgan kan blive godkendt.

10 — Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus — ÖLG (Öko-Landbaugesetz) af 10.7.2002 (BGBl. I 47, s. 2558 af 15.7.2002).

11 — I et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF skal vurderingen af, om nationale bestemmelser er forenelige med en medlemsstats forpligtelser i henhold til fællesskabsretten, ske på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i Kommissionens begrundede udtalelse (jf. senest dom af 7.6.2007, sag C-50/06, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4383, præmis 48). I den foreliggende sag er dette tidspunkt perioden på to måneder fra fremsendelsen af den begrundede udtalelse, der er dateret den 16.10.2002.

Sag C-393/05

22. I 1999 modtog Kommissionen en klage fra et privat kontrolorgan, der var etableret og godkendt i Tyskland. Det fremgår, at organet oprindeligt var blevet godkendt til at levere tjenesteydelser i Østrig, men at denne godkendelse var blevet trukket tilbage, fordi organet ikke havde et forretningssted dér.

23. Efter to anmodninger om oplysninger sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Østrig, dateret den 8. november 2000, hvori den redegjorde for sit synspunkt, hvorefter kravet om, at et privat kontrolorgan, der har hjemsted og er godkendt i en anden medlemsstat, skal have et forretningssted eller være etableret i Østrig for at kunne varetage kontrollen dér, var i strid med artikel 49 EF. Østrig svarede ved skrivelse af 25. april 2001. Den 16. oktober 2002 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse.

24. Under hensyn til Østrigs besvarelse af 23. december 2002 anlagde Kommissionen nærværende sag den 4. november 2005 med påstand om, at det fastslås, at »Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den kræver, at private kontrolorganer inden for området for økologisk landbrug, som har hjemsted og er godkendt i en anden medlemsstat, opretholder et forretningssted eller en anden varig infrastruktur i Østrig, således at de kan udøve deres virksomhed dér«, og om, at Østrig tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25. Indledningsvis ønskede Østrig, at der blev afholdt et retsmøde, men medlemsstaten trak senere denne anmodning tilbage. Der er derfor ikke afholdt retsmøde.

Sag C-404/05

26. Ved åbningsskrivelse af 8. november 2000 meddelte Kommissionen Tyskland, at den var af den opfattelse, at kravet om, at et privat kontrolorgan, der har hjemsted og er godkendt i en anden medlemsstat, skal have forretningssted eller være etableret i Tyskland for at kunne varetage kontrollen dér, var i strid med artikel 49 EF. Tyskland svarede ved skrivelse af 19. februar 2001. Den 16. oktober 2002 fremsatte Kommissionen en begrundet udtalelse.

27. Under hensyn til Tysklands besvarelse af 13. februar 2003 anlagde Kommissionen nærværende sag den 17. november 2005 med en påstand vedrørende Forbundsrepublikken Tyskland svarende til den ovenfor gengivne vedrørende Østrig, og med påstand om, at Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28. Der er ikke afholdt retsmøde, da ingen af sagens parter har anmodet herom.

Bedømmelse

29. Det er ubestridt, at de ordninger, der gælder i Østrig og Tyskland, faktisk hindrer kontrolorganer, der har hjemsted og er godkendte i andre medlemsstater, men som ikke er etableret i Østrig eller Tyskland, hvilket kan være tilfældet, i at levere tjenesteydelser i henhold til forordningen. Kommissionen har gjort gældende, at kravet om, at et sådant organ skal være etableret i værtsmedlemsstaten indebærer en tilsidesættelse af organets ret til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF.

30. Indledningsvis skal det afgøres, hvilken grad af harmonisering forordningen indfører. Tyskland har gjort gældende, at forordningen udtømmende harmoniserer den kontrolordning, som den indfører, således at de grundlæggende traktatfriheder ikke længere er den målestok, der skal anvendes ved prøvelsen af lovligheden af en medlemsstats nationale lovgivning. Østrig har derimod gjort gældende, at forordningen ikke harmoniserer alle aspekter vedrørende godkendelse og kontrol, der udføres af private kontrolorganer, hvorfor såvel traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser som begrundelserne for fravigelse af disse bestemmelser finder anvendelse på de aspekter, der ikke er harmoniseret.

31. Videre har Østrig og Tyskland i det væsentlige gjort to anbringender gældende.

32. De har for det første gjort gældende, at den virksomhed, der udøves af private kontrolorganer, indebærer udøvelse af offentlig myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 45, stk. 1, EF.

33. For det andet (og for Tysklands vedkommende subsidiært) har de henvist til tvingende almene hensyn [12] som begrundelse for kravet om, at et kontrolorgan, der udøver virksomhed på deres områder, også skal være etableret dér.

Rækkevidden af den harmonisering, forordningen indfører

34. Det følger af Domstolens praksis, at når fællesskabsbestemmelser udtømmende harmoniserer en bestemt virksomhed, skal alle nationale foranstaltninger herom bedømmes på grundlag af de pågældende harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af traktatens bestemmelser [13].

35. Til grund for dette princip ligger den (rimelige) formodning, at Rådet ved udtømmende at harmonisere et bestemt område har gjort det på en måde, der er forenelig med de grundlæggende friheder i traktaten. Af denne grund, og eftersom der allerede er sket en udtømmende harmonisering, skal vurderingen af, om national lovgivning i sådanne tilfælde er forenelig, ske med henvisning til harmoniseringsbestemmelserne og ikke traktaten selv.

12 — Som en begrundelse, der følger af Domstolens praksis, jf. eksempelvis dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37.

13 — Jf. dom af 23.1.2003, sag C-221/00, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 1007, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.

36. Omvendt, når der ikke er foretaget en harmonisering, har medlemsstaterne i princippet fortsat kompetence til at lovgive på disse områder, men de er forpligtede til at udøve deres kompetence hertil under iagttagelse af de grundlæggende friheder, som er sikret ved traktaten [14]. Domstolen har allerede anvendt dette princip i et tilfælde, hvor fællesskabslovgivningen harmoniserer visse aspekter af kontrolprocedurerne, men ikke spørgsmålet om etableringsstedet for kontrolorganer, idet den fastslog, at det er i strid med artikel 49 EF, hvis en medlemsstat stiller krav om, at en virksomhed skal være etableret på dens område for at blive godkendt som et sådant organ [15].

37. I den foreliggende sag mener jeg, at det er klart, at der ikke er tale om en udtømmende harmonisering af kontrolvirksomheden [16].

38. Anvendelsen af udtrykkene »mindste« og »forskriftsramme« i betragtningerne peger allerede i retning af, at der er tale om noget mindre indgribende end udtømmende harmonisering. I samme ånd henviser artikel 9, stk. 3, og artikel 9, stk. 7, litra a), til, at det »mindst« skal sikres, at de kontrolforanstaltninger og forholdsregler, der er anført i bilag III, gennemføres.

39. Det er imidlertid mere afgørende, at det i artikel 3 udtrykkeligt er bestemt, at »forordning[en] [ikke] berører andre fællesskabsbestemmelser eller nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten«, der gælder vedrørende dens genstand.

40. Forordningen indeholder ikke bestemmelse om levering af tjenesteydelser i en medlemsstat, der foretages af et privat organ, som er etableret og er godkendt i en anden medlemsstat. Jeg mener ikke, at det er muligt at forstå artikel 3 således, at den udelukker sådanne tjenesteydelser fra artikel 49 EF's anvendelsesområde. Østrig, og Tysklands krav om, at kontrolorganet også skal have et forretningssted på deres respektive nationale områder, skal derfor efter min mening vurderes på grundlag af denne bestemmelse og af enhver begrundelse for fravigelse herfra, som følger af traktaten eller Domstolens praksis.

14 — Jf. dom af 1.2.2001, sag C-108/96, Mac Quen m.fl., Sml. I, s. 837, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis, og af 11.7.2002, sag C-294/00, Gräbner, Sml. I, s. 6515, præmis 26.

15 — Jf. dom af 14.12.2006, sag C-257/05, Kommissionen mod Østrig, ikke trykt i samling af afgørelser, præmis 18 og domskonklusionen. Den relevante fællesskabslovgivning var Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/23/EF af 29.5.1997 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om trykbærende udstyr (EFT L 181, s. 1).

16 — Det kan tilføjes, således som Kommissionen har gjort gældende, at forordning nr. 2092/91 ikke er vedtaget på grundlag af artikel 45, stk. 2, EF, som gør det muligt for Rådet at undtage visse erhverv fra bestemmelserne i kapitlet om den frie udveksling af tjenesteydelser.

De problemer, forordningen rejser

41. Henset til den omstændighed, at grænseoverskridende levering af tjenesteydelser ikke er omfattet af forordningen, kan det være nyttigt på dette trin at give et overblik over retsstillingen.

42. Forordning nr. 2092/91 fastsætter visse minimumskrav for produkter, der er forsynet med angivelser eller logoer, der henviser til den økologiske produktionsmetode. Forordningen kræver, at medlemsstaterne iværksætter en kontrolordning med produktion og mærkning af sådanne produkter. Medlemsstaterne kan vælge, at denne ordning skal varetages af en eller flere udpegede kontrolmyndigheder og/eller af godkendte private organer, som er undergivet offentligt tilsyn. Kontrolordningen selv skal sikre opfyldelse af visse minimumskrav.

43. Når medlemsstaterne har valgt at overlade kontrollen udelukkende til en eller flere statslige myndigheder, opstår spørgsmålet om grænseoverskridende levering ikke. Som følge af den beslutning, der er truffet, vil private organer ikke have kompetence til at udføre kontrol i sådanne medlemsstater uanset nationalitet og deres hjemsted eller forretningssteder. En stats egne myndigheder vil i sagens natur ikke have kompetence til at udføre kontrol uden for statens område.

44. Når private kontrolorganer, der er godkendt i en medlemsstat, ønsker at tilbyde deres tjenesteydelser i en anden medlemsstat, der har valgt at give sådanne organer ansvar for kontrollen, indeholder forordningen ingen bestemmelser og giver ingen vejledning. I princippet skal sådanne organer ikke desto mindre have ret til at tilbyde deres tjenesteydelser i medfør af artikel 49 EF og med de begrænsninger, der i medfør af traktaten eller Domstolens praksis er tilladt for denne rettighed.

45. Der opstår imidlertid praktiske vanskeligheder, og det er forståeligt, at medlemsstaterne forsøger at løse dem.

46. Godkendte kontrolorganer skal bl.a. give den kompetente myndighed adgang til at inspicere deres kontorer og anlæg (forordningens artikel 9, stk. 8). Tilsynsmyndigheden skal bl.a. sikre, at den kontrol, organet gennemfører, er objektiv, og efterprøve kontrollens effektivitet (artikel 9, stk. 6).

47. Efterkommelse af disse forpligtelser skaber problemer, hvis den kompetente myndighed og kontrolorganet befinder sig i forskellige medlemsstater. Kan en tilsynsmyndighed på sit eget område efterprøve den kontrol, der er udført af et organ, der er godkendt af en myndighed i en anden medlemsstat? Kan myndigheden kræve

adgang til et kontrolorgans kontorer og anlæg i en anden medlemsstat, både i tilfælde, hvor det selv har godkendt organet, og hvor organet er godkendt i en anden medlemsstat? Kan myndigheden efterprøve den kontrol, der er udført i en anden medlemsstat af et organ, som det selv har godkendt? Er der en risiko for, at et kontrolorgan undslipper kontrol med hensyn til de tjenesteydelser, som det leverer i en anden medlemsstat end den, hvor det blev godkendt?

48. Østrig og Tyskland, der begge har valgt en kontrolordning, der varetages af godkendte private organer, har besvaret disse spørgsmål ved at stille krav om varig etablering (eller i Tysklands tilfælde — i det mindste i henhold til retningslinjerne — tilstedeværelse, der kan sidestilles med etablering [17]) på deres områder som en betingelse for godkendelse med henblik på levering af tjenesteydelser dér.

49. Det ville imidlertid også være en mulighed (som også er forholdsmæssig), hvis sådanne vanskeligheder blev forsøgt løst ved samarbejde mellem medlemsstaternes myndigheder. Det er ikke Domstolens rolle at foreskrive sådanne midler — det tilkommer fællesskabslovgiver — men under den administrative procedure i begge sager har Kommissionen opregnet en mulig forkortet godkendelsesprocedure med henblik herpå [18].

50. Et generelt krav, som det Østrig og Tyskland kræver opfyldt, forekommer således at være i strid med artikel 49 EF, medmindre det begrundes med henvisning til lovlige hensyn. Østrig og Tyskland har gjort to sådanne hensyn gældende.

Udøvelse af offentlig myndighed

51. Det følger af artikel 45 EF (sammenholdt med artikel 55 EF), at artikel 49 EF ikke finder anvendelse på virksomhed, der er forbundet, selv lejlighedsvis, med udøvelse af offentlig myndighed i en given medlemsstat.

17 — Jf. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 21. Jf. ligeledes på et andet område, artikel 3 i Rådets andet direktiv 88/357/EØF af 22.6.1988 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring, om fastsættelse af bestemmelser, der kan lette den faktiske gennemførelse af den frie udveksling af tjenesteydelser, og om ændring af direktiv 73/239/EØF (EFT L 172, s. 1).

18 — Den foreslåede procedure vil tage hensyn til forhold, der allerede er undersøgt i oprindelsesmedlemsstaten, men værtsmedlemsstaten vil have ret til selv at undersøge, om kontrolorganet (i) har kvalificeret personale og administrativt og teknisk udstyr til at udføre kontrol på dens område og kan garantere erfaring inden for kontrol samt pålidelighed og objektivitet, (ii) vil varetage egnet kontrol i overensstemmelse med artikel 9, stk. 6, og navnlig oplyse den kompetente myndighed systematisk og effektivt om uregelmæssigheder og/eller overtrædelser, (iii) anvende kontrolordningens krav korrekt.

52. Som en undtagelse fra en grundlæggende traktatfrihed skal artikel 45 EF fortolkes således, at dens rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at varetage de interesser, som bestemmelserne tillader medlemsstaterne at beskytte [19]. Den omfatter således kun virksomhed, som i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed [20]. Dette udelukker en vejledende og forberedende funktion i forhold til det organ, der udøver offentlig myndighed ved at træffe den endelige beslutning [21]. For at afgøre, om en bestemt virksomhed er udøvelse af offentlig myndighed, der er omfattet af artikel 45, prøver Domstolen, om de beslutninger, der træffes af den person eller det organ, som udøver virksomheden, er bindende [22].

53. I de foreliggende sager er godkendte private kontrolorganer undergivet tilsyn og kontrol fra den kompetente myndighed i deres værtsmedlemsstat. De private organer udfører selv de nødvendige inspektioner i henhold til forordningen. De kan pålægge sanktioner, herunder dem, der er opregnet i artikel 9, stk. 9, og artikel 10, stk. 3, for de erhvervsdrivendes overtrædelser. Således som Tyskland har påpeget, kan de også indrømme visse undtagelser.

54. Når det er sagt, er den ordning, der er indført med forordningen, en ordning, hvor kontrolorganerne i det væsentlige varetager et produktcertificeringssystem under den kompetente myndigheds tilsyn [23]. En nyttig parallel fra Domstolens praksis er efter min mening de opgaver, der blev varetaget af godkendte bestyrelsesmedlemmer i forsikringsvirksomheder i Thijssen-dommen [24]. I den sag blev medlemmerne godkendt og kontrolleret af det belgiske Controledienst voor de Verzekeringen, som er et offentligt organ. En forsikringsvirksomhed havde pligt til at udpege et godkendt bestyrelsesmedlem, som skulle give Controledienst meddelelse om enhver overtrædelse af lov og af bekendtgørelser samt alt, hvad der kunne bringe virksomhedens finansielle stilling i fare. Bestyrelsesmedlemmet havde kompetence til at nedlægge veto mod en af virksomheden truffet beslutning, hvis udførelse vil være strafbar, med opsættende virkning i otte dage [25].

55. Domstolen fastslog, at bestyrelsesmedlemmernes opgaver var af forberedende og hjælpende karakter i forhold til Controledi-

19 — Dom af 15.3.1988, sag 147/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1637, præmis 7, af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 34, og af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 45.

20 — Dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 45, og dommen i sagen Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.

21 — Dom af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 22.

22 — Jf. Reyners-dommen, præmis 52-53, Thijssen-dommen, præmis 21, og dom af 10.12.1991, sag C-306/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 5863, præmis 7.

23 — I henhold til forordningens artikel 9, stk. 11, skal de nemlig opfylde kravene i EN 45011, som omfatter krav til organer, der udfører produktcertificering.

24 — Thijssen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21.

25 — Samme dom, præmis 11 og 16-19. Jf. ligeledes retsmøderapporten.

enst, som traf den endelige afgørelse. De deltog derfor ikke på direkte og særlig måde i udøvelse af offentlig myndighed. Dette gjaldt også for kompetencen til at nedlægge veto med opsættende virkning, eftersom den endelige beslutning blev truffet af Controledienst, som ikke var bundet af bestyrelsesmedlemmernes veto [26].

56. På dette grundlag kan forordningen selv ikke anses for at indikere eller forudsætte, at opgaver, som udføres af godkendte private kontrolorganer, skulle omfatte udøvelse af offentlig myndighed, således som Domstolen har fortolket dette udtryk.

57. Hvad med den måde, hvorpå forordningen i praksis er blevet gennemført i Østrig og Tyskland?

58. Det fremgår, at praksis i Tyskland varierer fra delstat til delstat. Visse delstater har valgt at delegere kompetencen til private kontrolorganer eller at tildele dem en rolle som deltagere. I andre delstater udøver private kontrolorganer udelukkende virksomhed inden for privatretlige rammer. I alle tilfælde er kontrolorganerne imidlertid underlagt den kompetente myndighed.

59. Kontrolorganernes kompetence til at pålægge sanktioner varierer meget fra delstat til delstat. Visse kan således selv eller i samarbejde med den kompetente myndighed træffe nogle eller alle de foranstaltninger, der er hjemlet i forordningens artikel 9, stk. 9, og artikel 10, stk. 3. I andre tilfælde iværksættes disse foranstaltninger af delstaternes myndigheder. Når sådan myndighed er blevet delegeret, er der tale om en administrativ kompetence. Disse foranstaltninger kan imidlertid også være fastsat i aftalen mellem kontrolorganerne og producenterne, som således falder inden for privatretten. Kompetencen til at håndhæve sanktioner (samt til at sanktionere visse overtrædelser) er med få undtagelser forbeholdt de kompetente myndigheder.

60. Situationen i Østrig er enklere. Det er regeringscheferne i delstaterne, der både fører tilsyn med de godkendte private kontrolorganer og, efter disse organisationers (uforbindende) indstilling, sanktionerer overtrædelser.

61. Det nærmeste, de godkendte private kontrolorganer kommer på at udføre en official handling, er at udstede attester. Efter min mening er sådan virksomhed ikke udøvelse af offentlig myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 45 EF [27].

26 — Samme dom, præmis 21 og 22.

27 — Jf. Thijssen-dommen, nævnt i punkt 54 og 55 ovenfor.

62. Der er endvidere intet i de foreliggende sager, der tyder på, at et totalt forbud mod levering af grænseoverskridende tjenesteydelser med privat kontrol til en værtsmedlemsstat, der har valgt at tillade, at sådanne kontroltjenester bliver udført af godkendte private organer, der har hjemsted på dens område, er »strengt nødvendig« for at sikre nogen form for interesse i den pågældende medlemsstat [28].

63. Forordningen udelukker ikke, at medlemsstaterne kan delegere administrative beføjelser til kontrolorganer, og Østrig og Tyskland kan derfor frit benytte sig af denne mulighed. De må imidlertid ikke herved begrænse grundlæggende friheder.

64. Østrig har i væsentligt omfang henvist til Van Schaik-dommen [29] (som vedrørte udstedelse af attester for kontrol af biler). Generaladvokat Jacobs fandt, at sådan virksomhed ikke var forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed [30]. Domstolen fastslog, at »en autorisation fra den nederlandske stat [...] til værksteder i andre medlemsstater vedrører anvendelse af en offentligretlig beføjelse uden for statens territorium og falder derfor ikke inden for anvendelsesområdet for [...] artikel [49 EF]« [31].

65. Det er imidlertid uklart, om den udøvelse af offentlig myndighed, som Domstolen henviste til, var den nederlandske stats anerkendelse af værksteder i andre medlemsstater, eller selve bilsynsvirksomheden. Hvis det er sidstnævnte, er det overraskende, at Domstolen ikke gav nogen begrundelse herfor (og slet ikke nævnte artikel 45 EF), henset til for det første, at dens egen retspraksis begrænser anvendelsesområdet for denne fravigelse, og for det andet, at generaladvokaten udtrykte den modsatte holdning. Efter min mening er Van Schaik-dommen således ikke relevant for afgørelsen af de foreliggende sager.

66. Jeg slutter derfor, at godkendte private kontrolorganers virksomhed ikke udgør udøvelse af offentlig myndighed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 45 EF.

Tvingende almene hensyn

67. Som et alternativ til fravigelsen i artikel 45 har begge medlemsstater henvist til

28 — Se punkt 52 ovenfor.

29 — Dom af 5.10.1994, sag C-55/93, Sml. I, s. 4837.

30 — Jf. punkt 17 i hans forslag til afgørelse.

31 — Præmis 16.

forbrugerbeskyttelse som et tvingende hensyn. De har gjort gældende, at kravet om, at et privat kontrolorgan skal være etableret i indlandet, er forholdsmæssigt i forhold til dette mål, idet det er nødvendigt for at sikre objektivitet og et højt tilsynsniveau. En kontrolmyndigheds forpligtelser i henhold til forordningens artikel 9, stk. 6, er varige forpligtelser. De kan kun udføres effektivt, hvis kontrolorganerne befinder sig i samme land som den kompetente myndighed. Proceduren i henhold til artikel 10a, hvorefter andre medlemsstater og Kommissionen underrettes om uregelmæssigheder vedrørende et produkt, kan ikke udstrækkes analogt til at omfatte kontrolorganer. Kontrolorganer varetager forskellige opgaver alt efter de forpligtelser, der er pålagt dem af deres værtsmedlemsstat. Følgelig er graden af tilsyn også forskellig. En forenklet godkendelsesprocedure, således som Kommissionen har argumenteret for, ville derfor være uegnet.

68. I overensstemmelse med Domstolens praksis kan tvingende almene hensyn begrunde en hindring, der følger af en national foranstaltning, for den frie udveksling af tjenesteydelser, såfremt dette hensyn ikke allerede er tilgodeset ved en fællesskabsharmoniseringsforanstaltning [32] eller beskyttet af bestemmelser, som gælder for leverandøren af tjenesteydelser i etableringsmedlemsstaten [33]. En sådan restriktiv foranstaltning skal imidlertid gælde for alle personer eller virksomheder, der udøver virksomhed i bestemmelsesmedlemsstaten, og kan kun begrundes, hvis den er nødvendig for at beskytte de interesser, som det har til formål at garantere, og dette mål ikke kan opnås ved mindre indgribende midler [34].

69. Forbrugerbeskyttelse kan udgøre et tvingende alment hensyn [35], og kravet om etablering i både Østrig og Tyskland gælder for alle private kontrolorganer, der ønsker at levere tjenesteydelser.

70. Selv om forordningen ikke indeholder en udtømmende harmonisering af området for økologisk landbrug [36], indeholder den imidlertid harmoniserede kriterier, på grundlag af hvilke der udføres kontrol på grundlag af de samme minimumsstandarder inden for hele Fællesskabet. Følgelig forholder det sig således, at hvis et kontrolorgan er etableret i en anden medlemsstat, hvor dets kontorer og faciliteter kontrolleres af den kompetente nationale myndighed, er det tilstrækkeligt til at gøre enhver duplikering af det samme

32 — Dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 12, og dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt i fodnote 15 ovenfor, præmis 23.

33 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 17, Gebhard-dommen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 38, og dom af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis.

34 — Dommen i sagen Collectieve Antennevoorziening Gouda, præmis 12 og 15 og den deri nævnte retspraksis, samt Parodi-dommen, præmis 21.

35 — Dommen i sagen Collectieve Antennevoorziening Gouda, præmis 14.

36 — Se punkt 40 ovenfor.

tilsyn i Østrig eller Tyskland unødvendig og udelukker derved enhver begrundelse for et krav om etablering i værtsmedlemsstaten [37].

71. Efter min mening skal de sagsøgte medlemsstaters argument vedrørende tvingende almene hensyn derfor forkastes.

Den nedlagte påstand

72. Jeg vil til slut rette opmærksomheden mod en detalje, som ikke er uden betydning.

73. Kommissionen har i begge sager nedlagt påstand om, at det fastslås, at medlemsstaten har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF ved at kræve, at kontrolorganer, som har hjemsted og er godkendt i en anden medlemsstat, opretholder et forretningssted eller en anden varig infrastruktur i Østrig, *således at de kan udøve deres virksomhed dér.*

74. Praksis [38] i såvel Østrig som Tyskland, således som den blev beskrevet under retsmødet, er imidlertid, at det kræves, at sådanne organer mindst opretholder en infrastruktur på det nationale område *for at blive godkendt* dér, og at de ikke må udføre kontrol, medmindre de er godkendt af de nationale myndigheder.

75. Sagsakterne viser således, at der er tale om en mere kompleks situation, end hvad der fremgår af Kommissionens påstand. Eftersom den situation, der er beskrevet under retsmødet, omfatter den situation, der er beskrevet i påstanden, er der intet problem i at give Kommissionen medhold i begge sager. Forskellen har dog betydning for så vidt angår de udbedringer, som medlemsstaterne skal foretage.

76. Hvis et kontrolorgan, der er godkendt i en medlemsstat, skal have tilladelse til frit at levere sine tjenesteydelser, men under egentligt tilsyn i en anden medlemsstat, har førstnævnte medlemsstat grundlæggende to muligheder. Den kan enten godkende orga-

37 — Jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt i fodnote 15 ovenfor, præmis 26 og 27, som vedrørte retten til fri udveksling af tjenesteydelser vedrørende kontrol med kedler og trykbeholdere. Forordning nr. 2092/91 er imidlertid helt forskellig fra de fællesskabsbestemmelser, der var genstand for dom af 20.5.1992, sag C-106/91, Ramrath, Sml. I, s. 3351, som Østrig har henvist til i sit svarskrift. Forskrifterne i den sag krævede udtrykkeligt, at medlemsstaterne skulle foretage de pågældende vurderinger på grundlag af national ret. Se Ramrath-dommen, præmis 34.

38 — Jeg vil minde om, at i hvert fald på det relevante tidspunkt for vurderingen af de nationale bestemmelsers forenelighed fremgik disse bestemmelser i det væsentlige af administrativ praksis snarere end af lovgivningen.

net selv på grundlag af den oprindelige godkendelse og derefter selv føre tilsyn med organets virksomhed tilsyn på sit eget område, eller medlemsstaten kan acceptere kontrolorganet uden yderligere godkendelse og føre tilsyn med dets virksomhed i samarbejde med tilsynsmyndigheden i værtsmedlemsstaten. Selv om det ikke tilkommer Domstolen at foreskrive en bestemt fremgangsmåde, og det er beklageligt, at lovgiver ikke har gjort det, forekommer begge disse fremgangsmåder mig at være acceptable i forhold til artikel 49 EF.

Sagens omkostninger

77. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Jeg mener, at Kommissionen skal gives medhold i begge sager, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at både Tyskland og Østrig tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Forslag til afgørelse

78. Jeg foreslår derfor Domstolen at fastslå følgende:

I sag C-393/05:

— Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den kræver, at private kontrolorganer inden for området for økologisk landbrug, som har hjemsted og er godkendt i en anden medlemsstat, opretholder et forretningssted eller en anden varig infrastruktur i Østrig, således at de kan udøve deres virksomhed dér.

— Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.

Og i sag C-404/05:

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 49 EF, idet den kræver, at private kontrolorganer inden for området for økologisk landbrug, som har hjemsted og er godkendt i en anden medlemsstat, opretholder et forretningssted eller en anden varig infrastruktur i Tyskland, således at de kan udøve deres virksomhed dér.

— Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.