FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 12 juli 2007 [1]

1. I dessa parallella förfaranden enligt artikel 226 EG har kommissionen gjort gällande att Österrike och Tyskland har underlåtit att fullgöra sin skyldighet att säkerställa friheten att tillhandahålla tjänster genom att kräva att privata organ, som godkänts i en annan medlemsstat för att tillhandahålla kontrolltjänster inom området för organisk odling, skall ha åtminstone en permanent infrastruktur inom sina respektive territorier för att tillhandahålla samma tjänster där.

2. Målen väcker frågor om graden av harmonisering på gemenskapsnivå inom området för sådana kontroller och möjligheten att berättiga begränsningar av friheten att tillhandahålla kontrolltjänster antingen med hänvisning till att tjänsterna inbegriper utövande av offentlig makt eller till att begränsningen är ett uttryck för ett tvingande hänsyn till allmänintresset rörande konsumentskydd.

1 — Originalspråk: engelska.

Gemenskapsrättsliga bestämmelser

EG-fördraget

3. Genom artikel 49 EG förbjuds inskränkningar av friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen i fråga om medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

4. Enligt artikel 55 EG är artikel 45 EG tillämplig på friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49. Artikel 45 första stycket EG har följande lydelse:

"Bestämmelserna i detta kapitel skall för den medlemsstat som är berörd inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt."

Förordning nr 2092/91

5. Förordning nr 2092/91 [2] innehåller gemenskapens regler om produktion, märkning och kontroll av ekologiskt odlade jordbruksprodukter och livsmedel.

6. I skälen förklaras särskilt att det bör finnas ett sådant regelverk för att skydda det ekologiska lantbruket genom att konkurrens på lika villkor för producenterna säkerställs och genom att marknaden för ekologiska produkter ges en egen profil samt genom att produkterna får ökad trovärdighet hos konsumenterna. [3] Vidare förklaras att minimikrav bör fastställas till gagn för producenter och köpare, [4] och att alla aktörer och alla produktionsskeden skall underkastas ett system för regelbunden kontroll som uppfyller gemenskapens minimikrav och som utförs av särskilt utsedda kontrollmyndigheter eller av godkända och övervakade kontrollorgan. [5]

7. I artiklarna 1, 2 och 4 i förordningen anges de produkter som omfattas och kännetecken som används för att beteckna ekologisk produktion, och olika uttryck definieras. I artikel 3 förklaras att förordningen skall tillämpas utan att det påverkar tillämpningen av andra gemenskapsbestämmelser eller nationella bestämmelser, som är i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen. Artikel 5 innehåller villkor för märkning och reklam avseende ekologisk produktion, medan artikel 6 innehåller reglerna för produktion (vilka definieras mer ingående i bilaga I) som avses med uttrycket "[e]kologisk produktion".

8. I artiklarna 8 och 9 behandlas kontrollsystemet. I artikel 9 föreskrivs särskilt följande:

"1. Medlemsstaterna skall upprätta ett kontrollsystem som handhas av en eller flera för uppgiften utsedda myndigheter eller godkända privata organ ...

....

3. Kontrollsystemet skall omfatta åtminstone tillämpningen av de kontroll- och säkerhetsåtgärder som specificeras i bilaga III.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 2092/91 av den 24 juni 1991 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och livsmedel (EGT L 198, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 124) i ändrad lydelse (nedan kallad förordningen). Den tillämpliga konsoliderade versionen finns på http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/consleg/1991/R/01991R2092-20020323-sv.pdf.

3 — Se femte skälet.

4 — Se åttonde skälet.

5 — Se tolfte och trettonde skälen.

4. För kontrollsystemets handhavande av privata organ skall medlemsstaterna utse en myndighet som har ansvar för att godkänna och övervaka sådana organ.

5. Vid godkännande av privata kontrollorgan skall följande omständigheter tas i beaktande:

a) Vilket standardförfarande organet avser att använda för kontroll, med en detaljerad beskrivning av kontrollåtgärderna och av de säkerhetsåtgärder som organet åtar sig att ålägga de leverantörer som är underkastade dess kontroll.

b) Vilka påföljder som organet avser att tillämpa när avvikelser och/eller överträdelser konstateras.

c) Vilka resurser i form av kvalificerad personal och administrativa och tekniska resurser som står kontrollorganet till buds liksom dettas erfarenhet av kontroll och allmänna tillförlitlighet.

d) Kontrollorganets opartiskhet gentemot de leverantörer det skall kontrollera.

6. Efter det att ett kontrollorgan har godkänts skall den behöriga myndigheten

a) se till att de kontroller som organet genomför är objektiva,

b) förvissa sig om effektiviteten på organets kontroller,

c) hålla sig underrättad om alla avvikelser och/eller överträdelser som konstaterats mot reglerna och alla påföljder som har beslutats,

d) återkalla godkännandet av kontrollorganet när detta inte uppfyller kraven i punkt a och b eller i punkt 5 eller i punkterna 7, 8, 9 och 11.

...

7. Den kontrollmyndighet och de godkända kontrollorgan som avses i punkt 1

a) skall se till att åtminstone de kontrollåtgärder och säkerhetsåtgärder som specificeras i bilaga 3 tillämpas på alla verksamheter som är underkastade organets kontroll, och

...

8. Godkända kontrollmyndigheter skall

a) för kontrolländamål ge den behöriga myndigheten tillgång till sina kontor och lokaler och ge denna alla upplysningar och hjälp som den behöriga myndigheten bedömer som nödvändig för att den skall kunna fullgöra sina åtaganden enligt denna förordning,

b) senast den 31 januari varje år tillställa medlemsstatens behöriga myndighet en förteckning över de leverantörer som stod under dess kontroll ...

9. Den kontrollmyndighet och de kontrollorgan som avses i punkt 1 skall

a) vid avvikelse i förhållande till föreskrifterna i artikel 5 och 6 eller till de åtgärder som avses i bilaga 3 se till att de uppgifter om produkterna som avses i artikel 2 om ekologisk produktion avlägsnas ..., och

b) vid uppenbar överträdelse eller överträdelse med långvariga verkningar förbjuda leverantören i fråga att marknadsföra sina produkter med uppgifter som syftar på ekologisk produktion under en period som överenskoms med medlemsstatens behöriga myndighet.

...

11. Utan att det påverkar tillämpningen av punkterna 5 och 6 skall de behöriga kontrollorganen från och med den 1 januari 1998 uppfylla kraven i EN 45011.[6]

6 — Vilket innefattar krav på organ som hanterar system för produktcertifiering.

...”

9. Artikel 10 innehåller föreskrifter om förekomsten av en uppgift och/eller logotyp på märkningen av produkter som omfattas av ett kontrollsystem. I det avseendet åläggs kontrollorganen genom artikel 10.3 verkställighetsskyldigheter motsvarande dem i artikel 9.9.

10. Artikel 10a, som behandlar allmänna åtgärder för verkställighet, har följande lydelse:

”1. När en medlemsstat med avseende på en produkt som härrör från en annan medlemsstat och som är försedd med de uppgifter som anges i artikel 2 och/eller bilaga V konstaterar avvikelser eller överträdelser rörande tillämpningen av denna förordning, skall den informera den medlemsstat som har utsett kontrollmyndigheten eller godkänt kontrollorganet och kommissionen om detta.

2. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att undvika bedräglig användning av de uppgifter som anges i artikel 2 och/eller bilaga V.”

11. I bilaga III redovisas de minimikrav som ställs på kontrollåtgärderna och de förebyggande åtgärderna i det kontrollsystem som avses i artikel 8 och 9 tämligen ingående. I bilaga 5 anges kännetecken och logotyper som kan användas i märkningen på olika språk.

12. Både Österrike och Tyskland införde, i enlighet med artikel 9.1 i förordningen, kontrollsystem som hanterades av privata organ.

Österrikisk lagstiftning

13. Lagstiftningen innehåller för närvarande inget krav på att privata organ skall vara etablerade i Österrike för att bedriva verksamhet där. Det är dock ostridigt att de österrikiska myndigheterna för att godkänna sådana organ kräver att det minst skall finnas en filial med erforderlig personal samt administrativa och tekniska resurser. [7]

14. Österrike besvarade en skriftlig fråga från domstolen med förklaringen att de olika

7 — Kommissionen har påpekat att enligt ett aktuellt lagförslag krävs för godkännande uttryckligen att ett kontrollorgan är etablerat i Österrike.

delstatspresidenterna är behöriga myndigheter i den mening som avses i artikel 9 i förordningen. De ansvarar för att bevilja eller avslå ansökningar om godkännande från potentiella privata kontrollorgan, för att säkerställa att rapporteringsförfarandena iakttas och för övervakningen av den verksamhet som bedrivs av godkända kontrollorgan. De har även rätt att återkalla ett godkännande.

15. Godkända privata kontrollorgan har inte själva rätt att ålägga eller verkställa påföljder. De lämnar bara rekommendationer till delstatspresidenterna. De kan dock bevilja vissa individuella undantag enligt förordningen (även i detta fall under överinseende av delstatspresidenterna).

Tysk lagstiftning

16. Enligt det federala tyska systemet ankommer tillämpningen av förordningen på de enskilda delstaterna. År 1994 drog en för ändamålet tillsatt arbetsgrupp (*Arbeitsgemeinschaft*) som bildats av delstaterna upp riktlinjer för att främja en enhetlig tillämpning av kontrollsystemet. Riktlinjerna var visserligen avsedda som rekommendationer, men delstaterna omvandlade dem delvis till bindande administrativa föreskrifter. [8]

17. Enligt punkterna 1 och 2 ansvarar de behöriga myndigheterna i de olika delstaterna för att godkänna och övervaka privata organ som skall genomföra kontrollförfarandet enligt artikel 9 i förordningen.

18. I punkt 2.1 förklaras: [9]

"... Ett kontrollorgan kan endast godkännas om det har ett driftsställe i EU. Ett kontrollorgan som inte har ett driftsställe i landet kan ansöka om godkännande endast om en representant som är bosatt i [Tyskland] har utsetts ...

Det är möjligt att delegera [behörighet] till kontrollorgan ..."

8 — Se *Schlussbericht* av den 4 oktober 2002 i *Forschungsinstitut für biologischen Landbau*, Berlin, punkt 3.3.1.

9 — Citatet är hämtat från versionen av den 6 april 2001. I sin anmälan hänvisar kommissionen till en tidigare version med en annan numrering.

19. Den 10 juli 2002 antog Tyskland lagen om ekologisk odling [10] (nedan kallad ÖLG) bland annat för att genomföra förordning nr 2092/91. I enlighet med 15 § ÖLG trädde vissa bestämmelser i kraft dagen efter publiceringen, nämligen den 16 juli 2002, medan resterande bestämmelser trädde i kraft den 1 april 2003.

20. Av de bestämmelser som således var gällande vid den i förevarande mål aktuella tiden [11] gavs delstaterna genom 2 § tredje stycket befogenhet att helt eller delvis delegera övervakningen av producenters och näringsidkares efterlevnad av förordningen till kontrollorgan eller andra fysiska eller juridiska privaträttsliga personer, eller ge dem möjlighet att samarbeta (medverka) avseende dessa skyldigheter.

21. Av återstående bestämmelser kan noteras att det i de fall delstaterna inte delegerat övervakningen, enligt 3 § första stycket är kontrollorgan som skall genomföra de kontroller som föreskrivs i förordningen "i den mån fullgörandet av skyldigheterna inte inbegriper tillämpningen av ett förvaltningsförfarande", och de tidigare riktlinjerna genom 4 § första stycket, punkt 4, ges tydligare och striktare effekt, genom kravet på ett driftsställe i Tyskland som ett av villkoren för godkännande av ett kontrollorgan.

Mål C-393/05

22. År 1999 tog kommissionen emot ett klagomål från ett privat kontrollorgan som var etablerat och godkänt i Tyskland. Det organet tycks ursprungligen ha godkänts för att tillhandahålla tjänster i Österrike, men godkännandet återkallades då det saknade driftsställe där.

23. Efter två förfrågningar om uppgifter tillställde kommissionen Österrike en formell underrättelse den 8 november 2000, i vilken den förklarade att kravet att ett privat kontrollorgan som är etablerat och godkänt i en annan medlemsstat skall ha ett driftsställe i Österrike för att genomföra kontroller där strider mot artikel 49 EG. Österrike svarade genom en skrivelse av den 25 april 2001. Den 16 oktober 2002 avgav kommissionen ett motiverat yttrande.

10 — Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus – ÖLG (Öko-Landbaugesetz) av den 10 juli 2002 (BGBl. I 2002, 47, s. 2558 av den 15 juli 2002).

11 — Den relevanta tidpunkten för att bedöma om de nationella bestämmelserna är förenliga med en medlemsstats skyldigheter enligt gemenskapsrätten är vid ett förfarande enligt artikel 226 EG utgången av den frist som fastställs i kommissionens motiverade yttrande (se senast dom av den 7 juni 2007 i mål C-50/06, kommissionen mot Nederländerna (REG 2007, s. I-4383), punkt 48. I förevarande mål löpte den perioden ut två månader efter det att det motiverade yttrandet, daterat den 16 oktober 2002, sändes.

24. Efter att ha beaktat Österrikes svar av den 23 december 2002 väckte kommissionen den 4 november 2005 förevarande talan. Den har yrkat att domstolen skall fastställa att "Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att kräva att privata kontrollorgan inom området för ekologiskt jordbruk som är etablerade och godkända i en annan medlemsstat skall ha ett driftsställe eller annan stadigvarande infrastruktur i Österrike för att bedriva verksamhet där", samt att Österrike skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

25. Inledningsvis begärde Österrike att förhandling skulle hållas, men denna begäran återkallades senare. Någon muntlig förhandling har därför inte hållits.

Mål C-404/05

26. Efter två förfrågningar om uppgifter tillställde kommissionen Tyskland, den 8 november 2000, en formell underrättelse, i vilken den förklarade att kravet att ett privat kontrollorgan som är etablerat och godkänt i en annan medlemsstat skall ha ett driftsställe i Tyskland för att genomföra kontroller där strider mot artikel 49 EG. Tyskland svarade genom en skrivelse av den 19 februari 2001. Kommissionen avgav ett motiverat yttrande den 16 oktober 2002.

27. Efter att ha beaktat Tysklands svar av den 13 februari 2003 väckte kommissionen den 17 november 2005 förevarande talan. Den har yrkat att domstolen skall meddela ett likalydande avgörande avseende Förbundsrepubliken Tyskland som det som yrkats i fråga om Österrike, samt att Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

28. Muntlig förhandling har inte begärts och någon sådan har inte hållits.

Bedömning

29. Det är ostridigt att det system som tillämpas i Österrike och Tyskland faktiskt hindrar kontrollorgan som är etablerade och godkända i andra medlemsstater, men som inte har ett driftsställe i Österrike eller Tyskland, från att tillhandahålla tjänster enligt förordningen. Kommissionen anser att kravet att ett sådant organ skall ha ett driftsställe i värdmedlemsstaten fråntar detta organ friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 49 EG.

30. En inledande fråga gäller vilken grad av harmonisering som införts genom förordningen. Tyskland har förklarat att förordningen uttömmande harmoniserar det kontrollsystem som införs genom densamma, vilket innebär att fördragets grundläggande friheter inte längre utgör måttstocken för rättsenligheten i en medlemsstats nationella lagstiftning. Österrike anser däremot att förordningen inte alls harmoniserar samtliga aspekter av godkännande och övervakning av privata kontrollorgan, varför fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster, och berättigandena för undantag från dessa bestämmelser, skall tillämpas på de aspekter som inte harmoniserats.

31. Därefter har Österrike och Tyskland i huvudsak åberopat två grunder till stöd för sit försvar.

32. De har för det första gjort gällande att den verksamhet som bedrivs av privata kontrollorgan inbegriper utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG.

33. För det andra (och i Tysklands fall i andra hand) har de hänvisat till tvingande hänsyn till allmänintresset [12] för att rättfärdiga kravet på att ett kontrollorgan som är verksamt inom deras nationella territorier även skall vara etablerat där.

Den grad av harmonisering som genomförts genom förordningen

34. Av domstolens fasta rättspraxis följer att när gemenskapsrätten uttömmande reglerar verksamheter på ett harmoniserat sätt, skall de nationella bestämmelserna bedömas mot bakgrund av de berörda bestämmelserna i den lagstiftningen och inte mot fördragets bestämmelser. [13]

35. Den principen bygger på det (rimliga) antagandet att rådet, när det genomför en fullständig harmonisering inom ett visst område, kommer att göra detta på ett sätt som är förenligt med de grundläggande friheter som följer av fördraget. Eftersom en fullständig harmonisering redan har uppnåtts skall en nationell lagstiftnings förenlighet med gemenskapsrätten i dessa fall således bedömas med utgångspunkt från den harmoniserande förordningen och inte från själva fördraget.

12 — En grund för berättigande som utvecklats i domstolens rättspraxis; se, exempelvis, dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37.

13 — Se dom av den 23 januari 2003 i mål C-221/00, kommissionen mot Österrike (REG 2003, s. I-1007), punkt 42 och där angiven rättspraxis.

36. Omvänt förblir medlemsstaterna behöriga att reglera områden som undantagits från harmonisering på gemenskapsnivå, varvid de skall iaktta de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget. [14] Domstolen har redan tillämpat denna princip i en situation där gemenskapslagstiftningen harmoniserar vissa aspekter av kontrollförfaranden, men inte etableringsorten för kontrollorganen, och fastställt att det strider mot artikel 49 EG att en medlemsstat kräver att ett företag skall vara etablerat inom dess territorium för att detta organ skall godkännas. [15]

37. I förevarande mål anser jag att det är uppenbart att harmoniseringen av kontrollverksamheten inte är fullständig. [16]

38. Redan det faktum att uttrycken "minimi..." och "...regelverk" används i ingressen pekar på en icke uttömmande harmonisering. På samma sätt hänvisas i artikel 9.3 och 9.7a till att kontrollsystemet "åtminstone" skall omfatta de kontroll- och säkerhetsåtgärder som specificeras i bilaga 3.

39. Viktigare är dock att det i artikel 3 uttryckligen förklaras att förordningen skall tillämpas "utan att det påverkar tillämpningen av andra gemenskapsbestämmelser eller nationella bestämmelser, som är i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen," inom området.

40. Förordningen säger ingenting om tillhandahållandet av tjänster i en medlemsstat av ett privat organ som är etablerat och godkänt i en annan medlemsstat. Jag anser inte att artikel 3 kan tolkas så att sådana tjänster utesluts från tillämpningsområdet för artikel 49 EG. Österrikes och Tysklands krav att kontrollorganen även skall ha ett driftsställe inom deras respektive territorium skall således enligt min uppfattning bedömas mot bakgrund av den artikeln och eventuella berättiganden för avvikelser från denna som följer av fördraget eller domstolens rättspraxis.

14 — Se dom av den 1 februari 2001 i mål C-108/96, Mac Quen m. fl. (REG 2001, s. I-837), punkt 24 och där angiven rättspraxis, och av den 11 juli 2002 i mål C-294/00, Gräbner (REG 2002, s. I-6515), punkt 26.

15 — Dom av den 14 december 2006 i mål C-257/05, kommissionen mot Österrike (REG 2006, s. I-134), punkt 18 och domslutet. Den berörda gemenskapslagstiftningen var Europaparlamentets och rådets direktiv 97/23/EG av den 29 maj 1997 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om tryckbärande anordningar (EGT L 181, s. 1).

16 — Tilläggas kan, såsom kommissionen har påpekat, att förordning nr 2092/91 inte grundas på artikel 45 andra stycket EG, enligt vilken rådet får besluta att bestämmelserna i kapitlet om frihet att tillhandahålla tjänster inte skall tillämpas på viss verksamhet.

Det problem som aktualiseras genom förordningen

41. Med tanke på att gränsöverskridande tillhandahållanden av tjänster inte omfattas av förordningen kan det i detta skede vara värdefullt att studera rättsläget.

42. I förordning nr 2092/91 fastställs vissa minimikrav på produkter som märks med ett gemenskapskännetecken eller en logotyp som intygar att de odlats ekologiskt. Enligt förordningen är medlemsstaterna skyldiga att inrätta ett system för att övervaka produktion och märkning av sådana varor. Om medlemsstaten så önskar kan hanteringen av det systemet överlåtas på en eller flera statliga kontrollmyndigheter och/eller privata kontrollorgan som godkänts och övervakas av en statlig myndighet. Kontrollsystemet skall i sig garantera tillämpningen av vissa minimiåtgärder.

43. När medlemsstaterna har valt att låta en eller flera statliga myndigheter helt svara för kontrollen uppkommer inte frågan om gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster. På grund av detta beslut kommer privata organ, oberoende av nationalitet och etableringsort, inte att vara behöriga att utföra kontroller i sådana medlemsstater. En stats egna myndigheter är, per definition, inte behöriga att genomföra kontroller utanför det egna territoriet.

44. När privata kontrollorgan som godkänts i en medlemsstat vill erbjuda sina tjänster i en annan medlemsstat, som har valt att ge sådana organ ansvar för kontroller, innehåller förordningen inga regler och ger ingen vägledning. Sådana organ måste dock i princip ha rätt att erbjuda sina tjänster med stöd av artikel 49 EG, och med förbehåll för eventuella begränsningar för den rätten som är tillåtna enligt fördraget eller domstolens rättspraxis.

45. Praktiska svårigheter uppstår dock och det är förklarligt att medlemsstaterna vill lösa dem.

46. Godkända kontrollorgan skall bland annat ge kontrollmyndigheten tillgång till sina kontor och lokaler (artikel 9.8 i förordningen). Kontrollmyndigheten skall bland annat säkerställa att de kontroller som utförs är opartiska och effektiva (artikel 9.6).

47. Efterlevnaden av dessa skyldigheter vållar problem om kontrollmyndigheten och kontrollorganet är belägna i skilda medlemsstater. Kan en kontrollmyndighet inom sitt eget territorium övervaka kontroller som genomförs av ett organ som godkänts av myndigheten i en annan medlemsstat? Kan

den kräva att få tillgång till ett kontor och lokaler som tillhör ett kontrollorgan i en annan medlemsstat, antingen när den själv har godkänt organet eller när detta godkänts i den andra medlemsstaten? Kan den övervaka kontroller som utförs i en annan medlemsstat av ett organ som den själv har godkänt? Föreligger en risk att ett kontrollorgan kan undgå kontroll i fråga om tjänster som det tillhandahåller i en annan medlemsstat än den där det har godkänts?

48. Österrike och Tyskland, som båda valt ett kontrollsystem som hanteras av godkända privata organ, har besvarat dessa frågor med att kräva ett fast driftsställe (eller, i Tysklands fall – åtminstone enligt riktlinjerna – en representation, som kan jämställas med ett driftsställe [17]) inom sina territorier som förutsättning för att de skall godkännas för tillhandahållande av kontrolltjänster där.

49. Det ter sig dock möjligt (och proportionellt) att lösa eventuella svårigheter genom ett samarbete mellan medlemsstaternas myndigheter. Det ankommer inte på domstolen att föreskriva metoderna för detta – det är gemenskapslagstiftarens uppgift – men under det administrativa förfarandet i båda de förevarande målen beskrev kommissionen ett tänkbart förenklat förfarande för godkännande i det avseendet. [18]

50. Ett generellt krav av den typ som ställts av Österrike och Tyskland förefaller således strida mot artikel 49 EG, om det inte kan berättigas på tillåtna grunder. Österrike och Tyskland har hänvisat till två sådana grunder.

Utövande av offentlig makt

51. Enligt artikel 45 EG (jämförd med artikel 55 EG), är artikel 49 EG inte tillämplig på verksamhet som, om än tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

17 — Se dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741), punkt 21. Se även, inom ett annat område, artikel 3 i rådets andra direktiv 88/357/EEG av den 22 juni 1988 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring, och med bestämmelser avsedda att göra det lättare att effektivt utöva friheten att tillhandahålla tjänster samt om ändring av direktiv 73/239/EEG (EGT L 172, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 175).

18 — Genom det föreslagna förfarandet skulle hänsyn tas till de aspekter som redan kontrollerats i ursprungsmedlemsstaten, men värdmedlemsstaten skulle ha rätt att själv kontrollera att kontrollorganet i) hade kvalificerad personal samt administrativa och tekniska resurser att genomföra kontroller inom dess territorium och kunde garantera sin erfarenhet, tillförlitlighet och objektivitet; ii) skulle genomföra lämpliga kontroller i enlighet med artikel 9.6, och i synnerhet informera den behöriga myndigheten systematiskt och effektivt om eventuella oegentligheter och överträdelser; iii) skulle tillämpa kontrollsystemets kriterier på ett korrekt sätt.

52. Artikel 45 EG skall, i egenskap av ett undantag från en grundläggande fördragsfrihet, tolkas så att dess räckvidd begränsas till att endast omfatta vad som är absolut nödvändigt för att säkerställa de hänsyn som medlemsstaterna ges rätt att skydda. [19] Den omfattar således endast verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt. [20] Detta utesluter uppgifter som enbart är underordnade och förberedande i förhållande till ett organ som utövar offentlig makt genom att fatta det slutliga beslutet. [21] Det test som domstolen tillämpar för att fastställa om en verksamhet utgör utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG avser huruvida beslut som fattas av den person eller enhet som bedriver verksamheten är bindande. [22]

53. I förevarande mål är de privata kontrollorganen föremål för övervakning och kontroll av den behöriga myndigheten i ursprungsmedlemsstaten. De privata organen genomför själva de kontroller som krävs enligt förordningen. De kan fatta beslut om påföljder, däribland dem som anges i artiklarna 9.9 och 10.3, vid överträdelser från näringsidkarnas sida. De kan, som Tyskland har påpekat, även medge undantag.

54. Det system som införts genom förordningen utgör dock i huvudsak ett system där kontrollorganen tillämpar ett produktcertifieringssystem under övervakning av den behöriga myndigheten. [23] Som belysande parallell, hämtad från domstolens rättspraxis om artikel 45 EG, kan, enligt min uppfattning, de uppgifter tjäna som utfördes av försäkringsinspektörerna i målet Thijssen. [24] I det målet godkändes och övervakades inspektörerna av den belgiska försäkringsinspektionen, ett offentligt organ. Ett försäkringsbolag var skyldigt att utse en godkänd inspektör, som skulle tillställa inspektionen en rapport om bolaget och upplysa om överträdelse och andra frågor som kunde inverka menligt på bolagets finansiella ställning. Inspektören hade befogenhet att under åtta dagar uppskjuta tillämpningen av ett beslut som kunde utgöra en överträdelse. [25]

55. Domstolen konstaterade att inspektörens uppgifter var underordnade och förberedande i förhållande till de uppgifter som

19 — Dom av den 15 mars 1988 i mål 147/86, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 1637; svensk specialutgåva, volym 9, s. 439), punkt 7, av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), punkt 34, av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkt 45.

20 — Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309), punkt 45, och domen i målet Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punkt 46 och där angiven rättspraxis.

21 — Dom av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen (REG 1993, s. I-4047), punkt 22.

22 — Se domarna i de ovannämnda målen Reyners, punkterna 52 och 53, och Thijssen, punkt 21, samt dom av den 10 december 1991 i mål C-306/89, kommissionen mot Grekland (REG 1991, s. I-5863), punkt 7.

23 — Enligt artikel 9.11 i förordningen skall de i själva verket följa EN 45011, som omfattar krav på organ som tillämpar produktcertifieringssystem.

24 — Domen i målet Thijssen (ovan fotnot 21).

25 — *Ibidem*, punkterna 11 och 16–19. Se även förhandlingsrapporten.

fullgjordes av inspektionen, vilken fattade de slutliga besluten. De var således inte direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt. Detta gällde även den tillfälliga vetorätten, eftersom det slutliga beslutet fattades av inspektionen, som inte var bunden av inspektörens veto. [26]

56. Sett från denna utgångspunkt anger eller antyder inte förordningen i sig att de uppgifter som utförs av ett godkänt kontrollorgan inbegriper utövande av offentlig makt enligt domstolens definition.

57. Vad kan sägas om det sätt på vilket förordningen har tillämpats i Österrike och Tyskland?

58. Praxis tycks variera från delstat till delstat i Tyskland. Vissa delstater har valt att delegera befogenheter till privata kontrollorgan eller att tilldela dem en medverkande roll. I andra delstater är de privata kontrollorganen enbart verksamma inom det civilrättsliga området. I samtliga fall är dock kontrollorganen underställda den berörda behöriga myndigheten.

59. Kontrollorganens behörighet att fatta beslut om påföljder varierar avsevärt mellan delstaterna. Vissa kan, antingen självständigt eller i samverkan med den behöriga myndigheten, fatta beslut om vissa eller samtliga åtgärder som behandlas i artikel 9.9 och artikel 10.3 i förordningen. I andra fall beslutar delstatsmyndigheterna om dessa åtgärder. I de fall behörighet har delegerats är det fråga om administrativ sådan. Åtgärderna kan även föreskrivas i avtalet mellan kontrollorganen och producenterna och kommer därmed att omfattas av civilrätten. Rätten att verkställa påföljder (samt att fatta beslut om påföljder för vissa överträdelser) förbehålls, med få undantag, de behöriga myndigheterna.

60. Situationen i Österrike är mindre komplicerad. Delstatspresidenterna både övervakar de godkända privata kontrollorganen och sanktionerar överträdelser, med ledning av deras (icke-bindande) råd.

61. Det närmaste de godkända privata kontrollorganen kommer utförandet av en officiell handling är att utfärda intyg. Enligt min uppfattning utgör sådan verksamhet inte utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG. [27]

26 — *Ibidem*, punkterna 21–22.

27 — Se domen i målet Thijssen (ovan punkterna 54 och 55)

62. Ingenting i förevarande mål tyder heller på att det är "strikt nödvändigt" att totalt inskränka friheten att tillhandahålla gränsöverskridande privata kontrolltjänster till en värdmedlemsstat som har valt att tillåta att sådana kontrolltjänster utförs av godkända privata organ inom dess territorium, för att skydda något av den berörda medlemsstatens intressen. [28]

63. Förordningen hindrar inte medlemsstaterna från att delegera administrativa befogenheter till kontrollorganen, och Österrike och Tyskland har därför naturligtvis rätt att göra det. De får dock därvid inte inskränka grundläggande friheter.

64. Österrike har fäst stor vikt vid domen i målet Van Schaik [29] (som gällde utfärdande av testintyg för bilar). Generaladvokaten Jacobs ansåg att den verksamheten inte var knuten till utövande av offentlig makt. [30] Domstolen konstaterade att "den nederländska statens erkännande ... av bilverkstäder etablerade i andra medlemsstater innebär en utvidgning av rättigheter och befogenheter som hänger samman med utövandet av statlig makt utanför det nationella territoriet och omfattas således inte av tillämpningsområdet för artikel [49] i fördraget". [31]

65. Det är dock oklart om det utövande av offentlig makt som domstolen avsåg där var Nederländernas erkännande av bilverkstäder i andra medlemsstater eller den specifika verksamheten bestående i att utfärda intyg för bilar. Om det senare avses är det förvånande att domstolen inte motiverade detta konstaterande (eller ens nämnde det som nu är artikel 45 EG), för det första därför att dess egen rättspraxis begränsar det undantagets tillämpningsområde och, för det andra, därför att generaladvokaten gav uttryck för motsatt ståndpunkt. Jag anser att domen i målet Van Schaik därför inte kan användas för att avgöra förevarande mål.

66. Min slutsats blir att den verksamhet som bedrivs av godkända privata kontrollorgan inte utgör utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 EG.

Tvingande hänsyn till allmänintresset

67. Som alternativ till undantaget enligt artikel 45 har båda medlemsstaterna hänvisat

28 — Se punkt 52 ovan.

29 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-55/93, Brottmål mot Johannes Gerrit Cornelis van Schaik (REG 1994, s. I-4837).

30 — Punkt 17 i hans förslag till avgörande.

31 — Punkt 16 i domen.

till konsumentskyddet, som ett tvingande allmänintresse. De anser att det står i förhållande till den målsättningen att kräva att ett privat kontrollorgan är etablerat inom det nationella territoriet, eftersom det är nödvändigt att garantera objektivitet och hög standard i fråga om övervakningen. En kontrollmyndighets skyldigheter enligt artikel 9.6 i förordningen är oavbrutna. De kan endast fullgöras effektivt om kontrollorganen är belägna i samma land som den behöriga myndigheten. Förfarandet enligt artikel 10a, genom vilket andra medlemsstater och kommissionen informeras om avvikelser i fråga om produkter, kan inte utvidgas analogt till kontrollorganen. Kontrollorganen fullgör olika uppgifter beroende på vilka skyldigheter de åläggs i sina ursprungsmedlemsstater. Följaktligen varierar även övervakningsnivån. Ett förenklat förfarande för godkännande, vilket förordas av kommissionen, skulle därför inte vara effektivt.

68. Enligt domstolens rättspraxis kan ett tvingande hänsyn till allmänintresset motivera en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster som åläggs genom en nationell bestämmelse, när det intresset inte redan skyddas genom harmoniserade gemenskapsregler [32] eller skyddas genom bestämmelser som den som tillhandahåller en tjänst omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad. [33] En sådan begränsande åtgärd skall dock omfatta varje person eller företag som utövar verksamhet på mottagarstatens territorium och kan endast vara berättigade om de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål och detta mål inte kan skyddas genom mindre inskränkande åtgärder. [34]

69. Konsumentskyddet kan utgöra ett tvingande hänsyn till allmänintresset [35] och etableringskravet i både Österrike och Tyskland gäller alla privata kontrollorgan som vill tillhandahålla tjänster.

70. Även om förordningen emellertid inte medför en fullständig harmonisering inom området för ekologisk odling, [36] tillhandahåller den harmoniserade kriterier på grund av vilka övervakningen kommer att uppfylla samma minimikrav inom hela gemenskapen. Om ett kontrollorgan således är etablerat i en annan medlemsstat där dess kontor och lokaler övervakas av den behöriga myndigheten, är detta tillräckligt för att eventuella dubbleringar av samma övervakning från Österrikes eller Tysklands sida skall bli

32 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-331), punkt 12, och domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 15), punkt 23.

33 — Dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva, volym 6, s. 265), punkt 17, domen i målet Gebhard (ovan fotnot 12), punkt 38, och dom av den 9 juli 1997 i mål C-222/95, Parodi (REG 1997, s. I-3899), punkt 21 och där angiven rättspraxis.

34 — Domarna i målen Collectieve Antennevoorziening Gouda, punkterna 12 och 15 och där angiven rättspraxis, och Parodi, punkt 21.

35 — Domen i målet Collectieve Antennevoorziening Gouda, punkt 14.

36 — Se punkt 40 ovan.

överflödiga och för att det inte skall vara möjligt att motivera kravet på ett driftsställe i värdmedlemsstaten. [37]

71. Enligt min uppfattning skall medlemsstatens argument avseende tvingande hänsyn till allmänintresset därför underkännas.

Yrkandets utformning

72. Jag övergår slutligen till en inte helt betydelselös detalj.

73. Kommissionens yrkande i båda målen grundas på att medlemsstaten har åsidosatt artikel 49 EG genom att kräva att kontrollorgan som är etablerade och godkända i en annan medlemsstat åtminstone skall ha en stadigvarande infrastruktur inom sina egna territorier *för att bedriva verksamhet* där.

74. Praxis [38] i både Österrike och Tyskland är dock, som framgår av grunderna, att sådana organ åtminstone skall ha en stadigvarande infrastruktur inom det nationella territoriet *för att bli godkända* där, och att de inte kan bedriva kontrollverksamhet där om de inte är godkända av de nationella myndigheterna.

75. Av handlingarna i målet framgår således att situationen är mer komplicerad än vad kommissionens yrkande tyder på. Eftersom den situation som beskrivs i grunderna omfattar den situation som beskrivs i yrkandet, föreligger inget hinder för att bifalla kommissionens talan i båda fallen. Skillnaden får dock konsekvenser i fråga om de korrigerande åtgärder som skall vidtas av medlemsstaterna.

76. I princip gäller att om ett kontrollorgan som är godkänt i en medlemsstat skall ges tillstånd att erbjuda sina tjänster fritt, men under vederbörlig kontroll, i en annan medlemsstat, så har den andra medlemsstaten två alternativ att välja mellan. Den kan

37 — Se, analogt, domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot15), punkterna 26 och 27, som gällde friheten att tillhandahålla tjänster för inspektörer av värmepannor. Förordning nr 2092/91 skiljer sig dock helt från den gemenskapslagstiftning som behandlades i dom av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, Ramrath (REG 1992, s. I-3351), som Österrike har åberopat till sitt försvar. I denna lagstiftning föreskrivs uttryckligen att medlemsstaterna skall göra de nödvändiga bedömningarna enligt nationell rätt. Se domen i målet Ramrath, punkt 34.

38 — Det bör erinras om att dessa regler, åtminstone vid den för bedömningen av de nationella reglernas förenlighet med gemenskapsrätten relevanta tidpunkten, huvudsakligen kom till uttryck i administrativ praxis och inte i lagstiftning.

antingen själv godkänna organet, på grundval av det ursprungliga godkännandet, och därefter själv kontrollera dess verksamhet inom det egna territoriet, eller godta kontrollorganet utan ytterligare godkännande och övervaka dess verksamhet i samarbete med kontrollmyndigheten i ursprungsmedlemsstaten. Även om det inte ankommer på domstolen att föreskriva ett visst handlingsmönster, och det är beklagligt att lagstiftaren inte har gjort detta, så anser jag att båda metoderna är godtagbara med avseende på artikel 49 EG.

Rättegångskostnader

77. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Jag anser att talan skall bifallas i båda målen och kommissionen har yrkat ersättning för rättegångskostnaderna från både Tyskland och Österrike.

Förslag till avgörande

78. Jag föreslår därför att domstolen skall:

i mål C-393/05:

— förklara att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att kräva att privata kontrollorgan inom området för ekologiskt jordbruk som är etablerade och godkända i en annan medlemsstat skall ha ett driftsställe eller annan stadigvarande infrastruktur i Österrike för att bedriva verksamhet där,

— förplikta Republiken Österrike att ersätta rättegångskostnaderna, och

i mål C-404/05:

— förklara att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 49 EG genom att kräva att privata kontrollorgan inom området för ekologiskt jordbruk som är etablerade och godkända i en annan medlemsstat skall ha ett driftsställe eller annan stadigvarande infrastruktur i Tyskland för att bedriva verksamhet där,

— förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.