FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO
fremsat den 12. juli 1990 *

Høje Domstol.

1. Under denne sag har Den Franske Republik i henhold til EØF-Traktatens artikel 173, stk. 1, nedlagt påstand om annullation af en retsakt udstedt af Kommissionen med titlen »Interne tjenesteinstrukser vedrørende visse administrative og tekniske regler, der skal følges af de personer, der af Kommissionen bemyndiges til at foretage prøveudtagning og analyse af de udtagne produkter som led i forvaltningen af og kontrollen med Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget« [1].

Ifølge den franske regering bemyndiger disse interne instrukser Kommissionens ansatte til at foretage kontrolforanstaltninger (udtagning af prøver og analyse af varer), som ikke er omhandlet i de gældende fællesskabsbestemmelser, og som Kommissionen under ingen omstændigheder har kompetence til at udstede regler for.

Årsagerne til tvisten skal altså findes i fællesskabslovgivningen vedrørende kontrol med udgifter finansieret af Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget (herefter benævnt »EUGFL«).

2. Ved Rådets forordning (EØF) nr. 729/70 af 21. april 1970 om finansiering af den fælles landbrugspolitik [2] er der, parallelt med indførelsen af ordningen vedrørende egne indtægter, indført en ordning om direkte finansiering gennem Fællesskabet. Kommissionen stiller de nødvendige kreditter til medlemsstaternes rådighed, for at de nationale organer kan foretage betalingerne. Det er klart, at medlemsstaternes forvaltning af de pågældende betalinger for Fællesskabets regning kan give anledning til uregelmæssigheder og svig. Det er dette tilfælde, der behandles i forordningens artikler 8 og 9, hvorved der er indført en kontrol- og overvågningsordning.

Artikel 8 pålægger medlemsstaterne en generel forpligtelse til at træffe de fornødne foranstaltninger for at sikre, at de af EUGFL finansierede foranstaltninger gennemføres behørigt, at forhindre og forfølge uregelmæssigheder samt at gennemføre tilbagebetaling af beløb, der er udbetalt med urette på grund af uregelmæssigheder eller forsømmelser. Medlemsstaterne har altså pligt til at indføre en ordning til effektiv kontrol af de erhvervsdrivende og de nationale organer, der skal foretage udbetalinger.

Desuden indeholder artikel 9 bestemmelser om Kommissionens kompetence til, ud over den kontrol, som medlemsstaterne foretager, at foretage undersøgelser på stedet samt muligheden for at samarbejde med disse medlemsstater og herunder anmode om

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT C 264 af 11.10.1988, s. 3.

2 — EFT 1970 I, s. 196.

yderligere kontrolforanstaltniner (se herved den ottende betragtning).

Navnlig bestemmer artikel 9, stk. 1, at medlemsstaterne har pligt til at stille *alle oplysninger, der er nødvendige for fondens funktion,* til rådighed for Kommissionen, og til at træffe *alle foranstaltninger, der er egnede til at lette eventuelle kontrolforanstaltninger — herunder undersøgelser på selve stedet — hvis gennemførelse Kommissionen skønner formålstjenlig* som led i administrationen af fællesskabsfinansieringen.

Bestemmelserne om disse undersøgelser findes i samme artikels stk. 2, som bestemmer, at de funktionærer, som er bemyndiget af Kommissionen, har adgang til *de bøger og alt øvrigt materiale, som vedrører de af fonden finansierede udgifter.* De kan især undersøge:

a) om den administrative praksis er i overensstemmelse med Fællesskabets regler;

b) om de nødvendige bilag er til stede og stemmer overens med de af fonden finansierede foranstaltninger;

c) under hvilke omstændigheder de af fonden finansierede foranstaltninger gennemføres og *kontrolleres.*

Endelig bestemmes det i samme artikels stk. 3, at *Rådet om fornødent på forslag af Kommissionen med kvalificeret flertal fastsætter de almindelige regler for anvendelsen af denne artikel.*

3. Det er netop denne artikel, som har givet anledning til det spørgsmål, som Domstolen skal afgøre i denne sag. Efter Kommissionens opfattelse giver artikel 9, stk. 1 og 2, i forordning nr. 729/70 nemlig dens funktionærer *kompetence til selvstændigt at udtage prøver* af de varer, der finansieres af EUGFL, og til at foretage de tilsvarende analyser, og som følge af den herom opståede uenighed med nogle medlemsstater (blandt andet med Frankrig), nedsatte Kommissionen den 7. januar 1987 en arbejdsgruppe med deltagelse fra flere tjenestegrene, som har udarbejdet de pågældende interne instrukser. EUGFL-komitéen blev underrettet herom den 15. september 1988, og instrukserne blev offentliggjort ca. en måned senere i EF-Tidende serie C.

4. På denne baggrund og idet jeg henviser til retsmøderapporten med hensyn til sagens øvrige omstændigheder, må det nævnes, at sagsøgeren for det første har anført, at den anfægtede retsakt i virkeligheden er regler for anvendelsen af forordningens artikel 9, som Kommissionen ikke havde kompetence til at udstede, da stk. 3 udtrykkeligt giver Rådet, og kun Rådet, kompetence til at fastsætte almindelige regler for anvendelsen. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen følgelig ved at udstede de pågældende interne instrukser udøvet en kompetence, som den ikke har i henhold til gældende fællesskabsbestemmelser, hvorfor der er tale om en mangel i form af inkompetence, som medfører retsaktens ugyldighed.

5. I svarskriftet har Kommissionen fremsat en formalitetsindsigelse og gjort gældende, at de pågældende interne instrukser ikke er en retsakt, der kan være genstand for søgsmål i henhold til Traktatens artikel 173.

Subsidiært har Kommissionen nedlagt påstand om frifindelse.

Formaliteten

6. Det er netop behandlingen af formalitetsspørgsmålet, der får den største plads i denne sag. Problemet er naturligvis at fastslå, om det er muligt i de anfægtede interne instrukser at påvise elementer af en retsakt, der kan anfægtes i henhold til artikel 173.

Som bekendt kan der ifølge artikel 173, stk. 1, anlægges annullationssøgsmål til prøvelse af Rådets og Kommissionens retsakter bortset fra henstillinger og udtalelser. En sådan affattelse lader formode, at udtrykket »retsakter« kun henviser til de bindende retsakter, der er nævnt i artikel 189. Artiklerne 173 og 189 udgør et sammenhængende hele, således at udtrykket »retsakter« i artikel 173 ikke kan udvide Domstolens kompetence til at påkende viljeserklæringer, som ikke er konkretiseret i forordninger, direktiver eller beslutninger.

Det tilkommer imidlertid Domstolen at afgøre, hvilken retsakt der er tale om, endog uafhængigt af det *nomen juris*, som er blevet givet retsakten. Der er tale om et princip, som er fastslået i de fleste staters ret, og som talrige gange er blevet bekræftet af Domstolen, især med hensyn til kravet om at sikre borgerne en passende domstolsbeskyttelse. Kort sagt, den retlige vurdering af en viljeserklæring foretages på grundlag af retsaktens væsen, dens indhold og de virkninger, som den har. Derimod har den form, som forud er valgt, mindre betydning under denne synsvinkel.

7. Domstolen har ved forskellige lejligheder været foranlediget til at beskæftige sig med rækkevidden af udtrykket »retsakter« i artikel 173. Jeg anser det i denne forbindelse ikke for unyttigt at nævne, at denne retspraksis især har udviklet sig med hensyn til artikel 173, *stk. 2* (samt EKSF-Traktatens artikel 33, stk. 2), og den har altså haft lejlighed til at præcisere, hvilke momenter der giver grundlag for at betegne en bestemt retsakt udstedt af institutionerne som en »beslutning« i Traktatens forstand.

F. eks. har Domstolen i sag 54/65 [3] fastslået, at »en beslutning skal fremstå som en retsakt fra det kompetente organ, der skal fremkalde retsvirkninger, skal være afslutningen på det nævnte organs interne behandling, hvorved dette træffer endelig afgørelse, og skal fremstå i en form, som gør det muligt at identificere den pågældende retsakt som en beslutning«.

Det er klart, at det følger af en sådan udtalelse, at Domstolen, mens den tager hensyn til retsaktens indhold, har specificeret de formelle momenter, der er nødvendige eller i hvert fald tilstrækkelige til, at den pågældende retsakt kan anses for en bindende retsakt, som kan gøres til genstand for et søgsmål.

8. Den relevante retspraksis på området i sammenhæng med EØF-Traktaten synes derimod at skænke de formelle kriterier mindre opmærksomhed og at lægge større vægt på at sikre borgerne en så vidtgående

3 — Dom af 16. juni 1966, Forges de Châtillon mod Den Høje Myndighed, Sml. 1965-1968, s. 197; org. ref.: Rec. s. 265, navnlig s. 280 og 281; jf. tilsvarende dom af 5. december 1963, Usines Henricot mod Den Høje Myndighed (23/63, 24/63 og 52/63, Sml. 1954-1964, s. 437; org. ref.: Rec. s. 439, 450).

beskyttelse som muligt. I de forenede sager 8/66-11/66 [4], hvori Domstolen for første gang inden for EØF's rammer beskæftigede sig med det problem, som jeg drøfter her, har Domstolen fastslået, at det med henblik på søgsmål er tilstrækkeligt, at der er tale om retsakter, som påvirker borgernes interesser »ved på væsentlig måde at ændre deres retsstilling«. På denne baggrund kan den omstændighed, at den anfægtede retsakt ikke er blevet benævnt »beslutning«, og at den har haft karakter af en foreløbig retsakt, ikke anses for relevant, i det omfang der i det væsentlige er tale om en beslutning, som udgjorde afslutningen på en særlig procedure og følgelig var egnet til at afføde endelige retsvirkninger. Desuden fastslog Domstolen, at den omstændighed, at det antages, at en retsakt som led i en procedure kan gøres til genstand for søgsmål, selv om det gør proceduren mere tung, »under alle omstændigheder [er] uden betydning i forhold til de i Traktaten fastsatte individuelle retsbeskyttelsesgarantier, der går forud for enhver forordningsbestemmelse«.

I sag 60/81 [5] har Domstolen dernæst mere generelt præciseret, at der »... foreligger ... retsakter ..., der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål ..., når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling. Derimod er akternes eller beslutningernes form principielt uden betydning for adgangen til at indbringe dem for Domstolen i form af et annullationssøgsmål« (præmis 9).

9. Det er derimod kun ved mere sjældne lejligheder, at Domstolen har været foranlediget til at udtale sig om udtrykket »retsakter« i artikel 173, *stk. 1*'s forstand [6], en bestemmelse, som altså ikke er begrænset til alene at omfatte beslutninger, navnlig når den anfægtede retsakt ikke har individuel, men generel og abstrakt rækkevidde. I denne forbindelse skal jeg navnlig henvise til den velkendte AETR-dom [7], hvori Domstolen har udtalt, at »i overensstemmelse med forskrifterne i artikel 164 tilsigter dette søgsmål, at retsreglerne værnes ved fortolkningen og anvendelsen af Traktaten; det ville stride mod dette mål at foretage en indskrænkende fortolkning af betingelserne for realitetsbehandling af søgsmålet ved at begrænse det til kun at omfatte de former for retsakter, som omtales i artikel 189; annullationssøgsmålet bør kunne anvendes mod enhver af institutionerne vedtagen bestemmelse, som er bestemt til at afføde retsvirkninger, uanset dens karakter eller form« (præmisserne 40-43).

I denne forbindelse er udtrykket »bestemt til at afføde retsvirkninger« efter min opfattelse særligt betydningsfuldt; udtrykket forekommer måske at være mere nuanceret i dommen i sag 114/86 [8], hvor Domstolen har præciseret, at en »retsakt ikke [kan] gøres til genstand for et annullationssøgsmål, såfremt den ikke tilsigter at skabe retsvirkninger«, men som efter min opfattelse vel forklarer forskellen mellem de virkninger, som må tillægges en retsakt med individuel rækkevidde, og i modsætning hertil dem der må tillægges en retsakt med generel og abstrakt rækkevidde.

4 — Dom af 15. marts 1967, Cimenteries mod Kommissionen (Sml. 1965-1968, s. 337).

5 — Dom af 11. november 1981, IBM mod Kommissionen (Sml. s. 2639).

6 — I denne sammenhæng er de domme særlig vigtige, hvori der anerkendes en passiv legitimation for Europa-Parlamentet: dommen af 10. februar 1983, Luxembourg mod Europa-Parlamentet (230/81, Sml. s. 255); dommen af 10. april 1984, Luxembourg mod Europa-Parlamentet (108/83, Sml. s. 1945); dommen af 23. april 1986, »Les Verts« mod Europa-Parlamentet (294/83, Sml. s. 1339); dommen af 25. februar 1988, »Les Verts« mod Europa-Parlamentet (190/84, Sml. s. 1017). I alle disse sager har Domstolen antaget, at selv en retsakt fra Europa-Parlamentet (som en beslutning) kan gøres til genstand for søgsmål, når den er bestemt til at have retsvirkninger i forhold til tredjemænd.

7 — Dom af 31. marts 1971, Kommissionen mod Rådet (22/70, Sml. s. 41).

8 — Dom af 27. september 1988, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen (Sml. s. 5289).

Til syvende og sidst, og i betragtning af, at de præcise udtryk, der anvendes i en given sammenhæng, ikke nødvendigvis skal have identisk betydning for en anden faktisk situation, i den forstand, at der ikke deraf kan drages generelt gældende konklusioner, fremgår det af den nævnte retspraksis, at den form, hvorunder retsakten fremtræder udadtil, viser sig at have ringe betydning for domstolskontrollen; det er især retsaktens indhold og virkninger, som har betydning. Mere præcist skal retsakten opfylde to betingelser for at kunne være genstand for et annullationssøgsmål:

a) den skal have retsvirkninger, som ændrer adressaternes retsstilling [9],

b) og der skal være tale om en endelig foranstaltning, navnlig i den betydning, at der ikke kan anlægges søgsmål til prøvelse af retsakter, som udstedes under den procedure, som munder ud i den endelige beslutning, eller i hvert fald til prøvelse af en forberedende retsakt [10].

10. Selv om Domstolens praksis uden nogen som helst tvivl lægger vægten på retsaktens indhold fremfor på dens form for at beskytte borgerne, mener jeg dog ikke, at den har givet et klart svar på et i en vis forstand forudgående spørgsmål med hensyn til *selv retsaktens egnethed til at afføde retsvirkninger* med eller uden et minimum af væsentlige formkrav, ganske bortset fra om der efter en konkret undersøgelse af retsaktens indhold kan påvises retlige, og i særdeleshed skadelige virkninger.

Lad mig tilføje, at Domstolen i nogle tilfælde ikke blot har stillet sig det lige nævnte spørgsmål, men herved ligeledes har taget et moment i betragtning, nemlig institutionens kompetence, som strengt taget mindre vedrører retsaktens anfægtelighed end dens lovlighed.

Under den sidstnævnte synsvinkel mener jeg, at der i hvert fald, ud over den nævnte dom i sag 54/65, må tillægges en nyere afgørelse væsentlig betydning, idet Domstolen nemlig ved kendelse af 17. maj 1989 [11] allerede fordi retsakten ikke kunne have retsvirkninger, har afvist sagen. Der var her tale om et telex fra Kommissionen, hvori man fortolkede fællesskabsbestemmelser om støtte til produktionen af sojabønner, og som blev anfægtet af den italienske regering; Domstolen fastslog, at dette telex ikke kunne »have retsvirkninger«, da »Kommissionen ikke ved nogen forskrift i de omhandlede forordninger herom er tillagt kompetence til at træffe afgørelse vedrørende bestemmelsernes fortolkning; Kommissionen har dog... mulighed for at tilkendegive sin opfattelse, som aldrig er bindende for de nationale myndigheder«.

11. På denne baggrund anser jeg det for nødvendigt for det første at undersøge — om man vil, abstrakt — om de anfægtede »interne instrukser« kan have retsvirkninger i forhold til medlemsstaterne, før deres ind-

9 — Se den nævnte dom af 15. marts 1967, Cimenteries mod Kommissionen (8/66-11/66, Sml. 1965-1968, s. 337); dom af 24. juni 1986, AKZO mod Kommissionen (53/85, Sml. s. 1965); dom af 27. september 1988, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, præmis 12.

10 — Se den nævnte dom af 16. juni 1966, Forges de Châtillon mod Den Høje Myndighed (54/65, Sml. 1965-1968, s. 197); dom af 11. november 1981, IBM, nævnt ovenfor, præmis 9.

11 — Kendelse af 17. maj 1989, Den Italienske Republik mod Kommissionen (151/88, Sml. s. 1255).

hold undersøges, og at fastslå, om de har eller »tilsigter« at have virkninger, og da hvilke.

a) *Den anfægtede retsakts form*

12. Den nævnte retsakt har titlen »Interne tjenesteinstrukser«; den institution, som har udstedt den, betegner den også således i sine skriftlige indlæg; den har ingen hjemmel, den er ikke underskrevet af noget medlem af Kommissionen, den er blevet offentliggjort i EF-Tidende serie C, dens adressater er åbenbart og udelukkende institutioners tjenestemænd.

Det kunne ganske vist anføres, at af en intern retsakt at være er den ledsaget af for mange og usædvanligt formelle og højtidelige oplysninger. Det er imidlertid klart, at Kommissionen frit kan vælge de former, under hvilke den foretrækker at udbrede en rent intern retsakt. Desuden er offentliggørelsen i EF-Tidende ikke afgørende for afgrænsningen af problemet; selv om den nemlig ikke var blevet offentliggjort, ville Domstolen stå over for de samme spørgsmål med hensyn til retsaktens art, ligesom det allerede har været tilfældet ved andre lejligheder (f. eks. i sag 114/86 [12]).

13. Når det er sagt, må jeg først minde om, at retsakter, som udtømmer deres virkninger inden for det organ, som har udstedt dem, betegnes som interne retsakter, enten fordi de vedrører forholdet mellem den hierarkiske overordnede og de underordnede tjenestegrene, eller fordi der er tale om instrukser, som skal følges inden for institutionen, når den endelige beslutning træffes, eller endelig fordi der er tale om retsakter vedrørende organets egen organisation. Der er altså tale om retsakter, som ikke har nogen betydning udadtil, navnlig over for borgerne og medlemsstaterne.

I betragtning af disse omstændigheder vil jeg rejse følgende spørgsmål: er en retsakt, som af den institution, der har udstedt den, betegnes som en intern retsakt, og som ikke opfylder nogen af de væsentlige formkrav for en bindende retsakt, alligevel bindende for tredjemænd, eller kan den i hvert fald gøres gældende over for disse, såfremt den pålægger dem at overholde visse forpligtelser? Og desuden: Kræver en retsakt som den, der anfægtes i nærværende sag, og som utvivlsomt er intern med hensyn til sin form, en undersøgelse af sit indhold og sin genstand, for at der kan træffes afgørelse om, hvorvidt den kan anfægtes?

Det svar, som jeg er tilbøjelig til at give på dette spørgsmål, er benægtende. Jeg vil ikke udelukke, at en retsakt af en type som den omhandlede i hvert fald er uegnet til at have bindende virkninger for tredjemænd, uafhængigt af den omstændighed, at man kan konstatere, at den har til formål at skabe forpligtelser også for personer, der åbenbart ikke er adressater, eller i hvert fald at påvirke deres interesseområde. Man kan blot sige, at Kommissionen frit kan få den tanke, at der skal udtages prøver af produkter; uanset om den er fejlagtig eller rigtig, forbliver den, som i sagen Italien mod Kommissionen, en fortolkning af artikel 9 i forordning nr. 729/70, som nærmere forklares for dens tjenestemænd og ikke er bindende for de nationale myndigheder og de erhvervsdrivende.

I virkeligheden har de anfægtede interne instrukser ikke nogen ydre form, som uaf-

12 — Dom af 27. september 1988, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen (Sml. s. 5289).

hængigt af indholdet kan foranledige tredjemænd til at antage, at der er tale om en retsakt, som på nogen måde kan berøre hans retssfære.

14. Hertil kommer en anden omstændighed, som Domstolen ikke har undladt at tage i betragtning i den nævnte kendelse i sagen Italien mod Kommissionen. Det er ubestrideligt, at artikel 9 i forordning nr. 729/70 ikke giver Kommissionen nogen kompetence til at udstede retsakter, som indeholder bestemmelser for det nævnte område, navnlig kontrolprocedurerne, og endnu mindre retsakter, der er bindende for medlemsstaterne, eller beslutninger vedrørende fortolkningen af den pågældende forordning, som er bindende for tredjemænd, som i den lige nævnte sag. Parterne har symbolsk indgående drøftet Kommissionens kompetence til at udtage prøver, men ikke også kompetencen til at udstede en retsakt, der indeholder bestemmelser herom, en kompetence, som ingen nogensinde havde forudset eller med rimelighed kunne forudse, at Kommissionen ville få tildelt.

Dette betyder, at den anfægtede retsakt, selv om dens indhold viser, at det er hensigten, at den skal kunne binde tredjemænd, under alle omstændigheder er uegnet til at opfylde denne hensigt og til at påvirke medlemsstaternes eller de erhvervsdrivendes retsstilling på området.

Med andre ord, der kan ikke følge nogen forpligtelse eller nogen retsvirkning for en medlemsstat af en retsakt, der som den, der er genstand for denne sag, ikke opfylder nogen af de væsentlige formkrav for en bindende retsakt, og som tilmed hidrører fra en institution, som ikke har nogen kompetence til at udstede bindende retsakter på området. Dette gælder, uden at det er nødvendigt at undersøge, om Kommissionens selvstændige udtagning af prøver er omfattet af den kompetence, som den allerede har i henhold til artikel 9 i forornding nr. 729/70, når det under alle omstændigheder ikke tilkommer Kommissionen at udstede bindende retsakter, som generelt fastsætter nærmere bestemmelser for fremgangsmåden ved kontrolforanstaltningerne, men højst netop »interne instrukser«, som er rent fortolkende (uden at det har nogen betydning, om de er rigtige eller ej), og i hvert fald ikke er bindende, hverken for de nationale myndigheder eller for borgerne.

Hvis man anlægger det netop beskrevne synspunkt, fremgår det, at den anfægtede retsakt, i og med at den er uegnet til at have retsvirkninger for tredjemænd, som ikke åbenbart er dens adressater, når den ikke opfylder væsentlige formkrav, og når den institution, som har udstedt den, er absolut inkompetent, ikke er en retsakt, der kan anfægtes under et søgsmål i henhold til Traktatens artikel 173, og følgelig at den franske regerings søgsmål må afvises.

15. Der kan rejses eventuelle tvivl herom, som jeg ikke vil undlade at behandle.

Navnlig mener jeg ikke, at en sådan løsning er i strid med kravet om, at der skal sikres borgerne (og medlemsstaterne) en passende retsbeskyttelse. Problemet løses ved kilden, i det omfang Kommissionen i intet tilfælde og ikke under nogen synsvinkel kan kræve forpligtelser opfyldt, som, i det omfang man lader dem følge af den pågældende retsakt, er ikke eksisterende for tredjemænd. I øvrigt kan en medlemsstats eventuelle nægtelse af at acceptere, at Kommissionens tjeneste-

mænd »selvstændigt« udtager prøver, foranledige Kommissionen til at indlede en sag i henhold til artikel 169, ikke vedrørende tilsidesættelse af »interne instrukser«, men af artikel 9 i forordning nr. 729/70; og her er det kun af ringe betydning, om dette ville være berettiget eller ej.

Til gengæld er den foreslåede løsning uden tvivl den, der er bedst egnet til at garantere retssikkerheden, idet man herved undgår at tvinge borgerne og medlemsstaterne til en særdeles byrdefuld undersøgelse af alle de noter og interne foranstaltninger, som på nogen måde skjult kan indeholde en forordning, med det resultat, at selv den mindste uvished vil føre dem til at indbringe spørgsmålet for Domstolen (i det foreliggende tilfælde blev undersøgelsen gjort lettere ved offentliggørelsen i EF-Tidende). Og man må ikke glemme det grundlæggende princip, hvorefter »den ensartede anvendelse af fællesskabsretten kun sikres ved formelle retsakter inden for Traktatens rammer« [13]; det er ikke udelukket, at dette princip kan finde anvendelse, så snart det er fastslået, at retsakten kan anfægtes.

16. Et særligt præjudikat i den forstand, som jeg diskuterer her, mangler heller ikke i Domstolens praksis; jeg skal henvisee til den dom, der er afsagt i sag 20/58 [14] vedrørende tjenesteforskrifter, navnlig en skrivelse fra Den Høje Myndighed til et hjælpeorgan, som blev offentliggjort i EF-Tidende. Efter at have fremhævet, at Den Høje Myndighed ikke havde til hensigt at vedtage en beslutning, men derimod »blot ville bekræfte principper, som den *med rette eller urette* antog logisk fulgte af dens tidligere beslutninger«, udtalte Domstolen ved denne lejlighed, at den anfægtede retsakt »fremstår som en rent intern instruks fra en hierarkisk overordnet til tjenestegrene, som hører under hans kompetence, og som skal lede disses virksomhed; såfremt denne skrivelse altså har kunnet skabe umiddelbare forpligtelser, kan det derfor kun være for modtagerorganet og ikke for de virksomheder, der er skrotforbrugere«.

17. Desuden kan en sådan løsning til sydvende og sidst ikke støde på nogen afgørende hindring i Domstolens praksis, som går ud på at give muligheden for at anfægte retsakter med individuel rækkevidde fortrin, dvs. retsakter, som har klart identificerede og umiddelbart erkendelige adressater. I virkeligheden har en sådan tendens især vist sig i tilfælde, hvor der er blevet fremsat formalitetsindsigelse med den begrundelse, at visse formkrav ikke var blevet opfyldt, men hvor det dog ikke blev absolut bestridt, at den pågældende retsakt havde karakter af en beslutning [15].

I denne sag derimod udelukker den manglende opfyldelse af de formkrav, som en bindende retsakt mindst skal opfylde — hvortil kommer, at den institution, som den hidrører fra, er absolut inkompetent til at udstede regler på området i form af en retsakt med forordningskarakter — på forhånd, at denne retsakt kan have retsvirkninger i forhold til tredjemænd, hvorfor dens ind-

13 — Dom af 18. juni 1970, Krohn, præmis 9 (74/69, Sml. s. 69; org. ref.: Rec. s. 451).

14 — Dom af 17. juli 1959, Phoenix-Rheinrohr AG mod Den Høje Myndighed (Sml. 1954-1964, s. 133; org. ref.: Rec. 1958-1959, s. 163); dom af samme dato tilsvarende, se de forenede sager 32/58 og 33/58 (Sml. 1954-1964, s. 141; org. ref.: Rec. 1958-1959, s. 253).

15 — Dom af 15. marts 1967, Cimenteries, 8/66-11/66, nævnt ovenfor. Endnu mere betydningsfuld i denne henseende, og skønt den er afsagt i en sag vedrørende tjenestemandsvedtægten, er dommen af 9. februar 1984, Nelly Kohler mod Revisionsretten (316/82 og 40/83, Sml. s. 641), hvor Domstolen har antaget, at en sag anlagt til prøvelse af en mundtlig afgørelse kunne antages til realitetsbehandling.

hold, som tilsigter at skabe forpligtelser for tredjemænd, er uden retlig betydning.

18. Det står ganske vist fast, at Kommissionens inkompetence strengt taget er en mangel ved retsakten, hvis betydning skal vurderes, når der tages stilling til den pågældende retsakts lovlighed, og ikke til, om den kan anfægtes; processuelt vedrører inkompetencen sagens realitet og ikke dens formalitet.

Selv om jeg ikke kan se bort fra Domstolens stillingtagen i den nævnte kendelse i sagen Italien mod Kommissionen og allerede i dommen i sag 54/65, mener jeg imidlertid, at inkompetencen i et så udpræget tilfælde som det foreliggende kan have en vis betydning allerede ved behandlingen af formaliteten ud fra et synspunkt, som man også finder i fransk og italiensk praksis i visse forvaltningssager. Desuden må det i dette tilfælde først og fremmest påpeges, at inkompetencen ikke er det eneste vigtige aspekt, men at hertil kommer, at en retsakt med virkninger udadtil overhovedet ikke opfylder væsentlige formkrav. Med andre ord, inkompetencen er ikke et afgørende moment, og man kunne meget vel se bort fra denne omstændighed ved undersøgelsen af, om retsakten kan have retsvirkninger over for tredjemænd. I denne henseende er det af særlig betydning, at retsakten ikke har andre åbenbare adressater end Kommissionens tjenestemænd, skønt det kun af retsaktens materielle indhold kan udledes, at den indrager medlemsstater og erhvervsdrivende.

For det andet foreligger der et tilfælde af absolut og ikke kun relativ inkompetence, således at det endog kunne tænkes, at retsakten er ikke eksisterende (eller er en absolut nullitet, hvis man foretrækker det) over for de tredjemænd, som ikke er dens åbenbare adressater, og i hvert fald, at der ikke over for disse kan gøres nogen forpligtelse gældende, som på nogen måde kan resultere for dem ene og alene af retsakten.

b) *Den anfægtede retsakts indhold*

19. Når det er sagt, og for det tilfælde, at Domstolen ikke deler den opfattelse, som jeg lige har redegjort for, og såfremt den mener at måtte bedømme den pågældende retsakt ene og alene på grundlag af dens indhold og se bort fra samtlige de omstændigheder som klart viser, at den er en intern retsakt, anser jeg det for hensigtsmæssigt ligeledes at behandle den anfægtede retsakts indhold med henblik på at fastslå, om den faktisk, som den sagsøgende regering hævder, har til formål at have retsvirkninger i forhold til tredjemænd, og om den som sådan kan gøres til genstand for et søgsmål.

20. Kommissionen har først anført, at de omtvistede instrukser, selv ud fra et materielt synspunkt, blot er en intern retsakt, idet de ikke har nogen retsvirkning eller økonomisk virkning, hverken for medlemsstaterne eller for de erhvervsdrivende. Til støtte for denne opfattelse har Kommissionen præciseret, at de udgifter, der følger af udtagningen af prøver, i henhold til de interne instrukser påhviler den, at de udtagne mængder er begrænset til det strengt nødvendige, og at de ikke anvendte prøver tilbageleveres til ejeren (svarskriftets s. 3 og 4). Der er i virkeligheden tale om en rent konstaterende retsakt, som er udstedt til brug for dens ansatte for at undgå forskellig praksis i de materielle operationer, som der er tale om. Som sådan begrænser den på-

gældende retsakt sig til at tydeliggøre de forpligtelser, som allerede følger af artikel 9 i forordning nr. 729/70. Mere præcist *forudsætter* instrukserne forpligtelser, som efter Kommissionens opfattelse er dem, der allerede følger af artikel 9, men *den skaber ikke nye forpligtelser.*

21. Med hensyn til retsaktens indhold må det bemærkes, at begrundelsen omfatter fire betragtninger, hvori der henvises til forordning nr. 729/70, navnlig til artikel 9, stk. 1 (anden betragtning). Deri fastslås det endvidere, at udtagelsen af prøver og de tilsvarende analyser af produkter, som finansieres af EUGFL, er blevet stadig mere nødvendige for udøvelsen af de i artikel 9 nævnte kontrolforanstaltninger (tredje betragtning), hvorfor der er udstedt en række »instrukser« rettet til Kommissionens ansatte, som kan sikre, at de pågældende operationer udføres »på de bedste betingelser«.

Disse instrukser, som vedrører »administrative og tekniske regler, der skal *følges* af de personer, der af Kommissionen bemyndiges«, giver for det første disse ansatte en *ret til adgang* til en række virksomheder og installationer, hvorover der anføres en ikke udtømmende liste, med det formål at »udtage eller lade udtage« prøver (punkt 1). Kommissionens tjenestegrene er forpligtet til at underrette den pågældende medlemsstat mindst 48 timer før den faktiske prøveudtagning finder sted, men er ikke forpligtet til at fremlægge listen over de virksomheder, der skal kontrolleres (punkt 3).

Desuden »anmoder« disse ansatte om alle de *oplysninger,* som de anser for nødvendige *for at få kendskab til fremstillingsproces* og brugsanvisninger for de kontrollerede produkter (punkt 8).

Med hensyn til de økonomiske følger af de pågældende instrukser må det bemærkes, at Kommissionen påtager sig en række udgifter (punkt 2, andet afsnit). Imidlertid *skal visse yderligere økonomiske byrder bæres af de erhvervsdrivende.* Det bestemmes nemlig, at »transporten og håndteringen af varerne på de steder, hvor prøverne udtages, udpakningen og genindpakningen foretages på ejerens eller dennes repræsentants ansvar« (punkt 2, tredje afsnit). Desuden *er enhver erstatning udelukket* for produkter, der som følge af undersøgelsen helt eller delvis har mistet deres handelsværdi (punkt 7, andet afsnit).

Det forekommer mig i første omgang tilstrækkeligt at begrænse mig til at behandle disse punkter for at fastslå, om instrukserne er bestemt til at have retsvirkninger.

22. Jeg vil begynde med at nævne, at der afgjort ikke her er tale om »klassiske« interne instrukser (som Kommissionen imidlertid har defineret dem under retsmødet), for så vidt som man normalt med dette udtryk betegner en rent intern retsakt, som udtømmer sine virkninger inden for det organ, som har udstedt den, fordi den vedrører forholdet mellem den hierarkiske overordnede og dennes underordnede, og fordi den altså ikke spiller nogen rolle udadtil i forhold til borgerne.

Det må efter min opfattelse erkendes, at de pågældende interne instrukser i det mindste har til formål at have retsvirkninger udadtil. Selve den omstændighed, at Kommissionens ansatte *skal følge* disse instrukser, kan efter min opfattelse vanskeligt føre til et andet re-

sultat. Lad mig forklare: *Forpligtelsen* til selvstændigt at *udtage* prøver samt *forpligtelsen til at give adgang* til virksomheder og installationer forudsætter nødvendigvis en tilsvarende forpligtelse for medlemsstaterne og de erhvervsdrivende til at sikre adgang (tilmed uanmeldt) til disse virksomheder og installationer, og for det andet at tillade Kommissionens ansatte selvstændigt at udtage prøver. Hvis det ikke forholdt sig således, ville retsakten i hvert fald ikke have nogen mening, end ikke indadtil.

Under denne synsvinkel fremgår det, at offentliggørelsen (om end i serie C) også er et væsentligt, om end ikke afgørende indicium for, at den pågældende retsakt har til formål at have betydning udadtil.

Det er endvidere klart, at en rent intern retsakt, og her henviser jeg til instruksernes punkt 8, ikke for de erhvervsdrivende kan have konsekvenser vedrørende fabrikationshemmeligheder, når der som her ikke er nogen bestemmelse, som garanterer de erhvervsdrivende, at de meddelte oplysninger vil blive behandlet fortroligt.

Hvad i øvrigt angår de førnævnte »bestemmelser« i punkterne 2 og 7, må jeg tilstå, at jeg har vanskeligt ved at fortolke dem som blotte tjenesteinstrukser fra Kommissionen til dens tjenestemænd. Spørgsmålet om, ud fra hvilket mere logisk end retligt synspunkt en bestemmelse, som udelukker erstatning for tab, på plausibel måde kan antages ikke også at være rettet til den, som lider tabet, men alene til den, som forårsager det, er nemlig et mysterium. Kommissionens befuldmægtigede har under retsmødet præciseret, at der var tale om så ubetydelige udgifter (som påhviler de erhvervsdrivende), at det kunne antages, at et eventuelt søgsmål for Domstolen ville være resultatløst for sagsøgeren. Jeg vil ikke vove at fremsætte forudsigelser herom, hverken om udgifternes størrelse eller om noget andet. Men jeg vil begrænse mig til at konstatere, at der ikke findes bestemmelser om nogen økonomisk byrde af denne type i artikel 9 i forordning nr. 729/70.

23. På baggrund af disse betragtninger mener jeg, at det ikke er nødvendigt at behandle det spørgsmål yderligere, om den anfægtede retsakt har til formål »at afføde retsvirkninger« [16].

Det viser sig derimod på dette trin nødvendigt at undersøge, om de forpligtelser, der resulterer af anvendelsen af denne retsakt, følger af artikel 9 i forordning nr. 729/70 (som Kommissionen hævder), eller om der er tale om nye forpligtelser, der ændrer medlemsstaternes og / eller de erhvervsdrivendes retsstilling; det må altså undersøges, om den omtvistede retsakt blot er en fortolkning af artikel 9, eller om den tilføjer nye forpligtelser til dem, som følger af gældende bestemmelser.

Det kan ganske vist udledes af ordlyden af artikel 9, at Kommissionen har kompetence til selv, gennem sine ansatte, at foretage kontrolforanstaltninger, men bestemmelsen siger intet om udtagelse af prøver og hertil

16 — Dom af 31. marts 1971, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 41. Det bør bemærkes, at det søgsmål, som gav anledning til denne sag, ligesom i dette tilfælde var anlagt i henhold til artikel 173, stk. 1. Ved denne lejlighed har Domstolen under begrebet »retsakter« inddraget en rådsbeslutning om forhandling og indgåelse af en aftale (i den pågældende rådsbeslutning blev der fastsat regler for optræden og proceduremæssige bestemmelser).

svarende analyser af produkterne. Desuden har Kommissionens kontrolforanstaltninger udtrykkeligt til formål at fastslå rigtigheden af de af medlemsstaterne foretagne kontrolforanstaltninger, hvilket bekræftes af den almindelige filosofi, som ligger bag kontrolordningen, og som f. eks. kan findes i den ottende betragtning til forordningen, som begrunder dennes artikel 9.

Medlemsstaterne er ganske vist forpligtede til at træffe alle foranstaltninger, der er egnede til at lette de kontrolforanstaltninger, hvis gennemførelse Kommissionen skønner formålstjenlige, herunder undersøgelser på stedet (artikel 9, stk. 1). Men de kontrolforanstaltninger, som kan foretages under disse undersøgelser på stedet, omfatter ikke Kommissionens udtagelse af prøver (stk. 2, andet afsnit). Vice versa, ifølge samme artikels stk. 2, andet afsnit, *kan Kommissionen anmode medlemsstaterne om at gennemføre supplerende kontrolforanstaltninger, som dens ansatte kan deltage i.* Og som det klart er fremgået under retsmødet, er det denne bestemmelse, hvorunder de prøveudtagninger må henføres, som indtil nu, for øvrigt ved sjældne lejligheder, er blevet foretaget af medlemsstaterne på Kommissionens anmodning, altså i henhold til nationale kontrolprocedurer.

I denne forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at »medlemsstaterne stiller alle oplysninger, der er nødvendige for fondens funktion, til rådighed for Kommissionen« (artikel 9, stk. 1), og at dens ansatte blandt andet kan undersøge, »under hvilke omstændigheder de af fonden finansierede foranstaltninger gennemføres og kontrolleres« [artikel 9, stk. 2, litra c)]. Den sidstnævnte bestemmelse giver, sammenholdt med den første, ifølge Kommissionen mulighed for selvstændig udtagelse af prøver. Ifølge en sådan fortolkning er det klart, at »oplysninger« også omfatter prøver. Men da det ikke desto mindre er medlemsstaterne, som »stiller« oplysningerne »til rådighed«, har man bekræftelsen på, at disse kontrolforanstaltninger, oplysningerne og sammen med disse udtagning af prøver er omfattet af medlemsstaternes kompetence og forpligtelse, og at Kommissionen langt fra har en selvstændig kompetence på dette område, men skal begrænse sig til at kontrollere, at de forpligtelser, der er pålagt medlemsstaterne, nøje overholdes.

24. Desuden mener jeg ikke, at noget som helst kan bevises af den af Kommissionen fremsatte betragtning, hvorefter kontrolforanstaltningerne for at være effektive må gå ud over det rent regnskabsmæssige, og at det derfor er »utænkeligt«, at Rådet skulle have haft til hensigt alene at give den kompetence til at foretage kontrolforanstaltninger af denne art.

Det ville tværtimod i hvert fald være ejendommeligt at anerkende, at den pågældende kompetence skulle være blevet givet stiltiende, ikke blot hvor den ikke udtrykkeligt er fastsat, men også hvor den åbenbart modsiges, såvel af den omstændighed, at der alene er givet kompetence til kontrol af medlemsstaternes kontrolforanstaltninger (ligeledes ved udtagning af prøver), som af Rådets enekompetence til at fastsætte almindelige gennemførelsesregler, samt af det kriterium, som ligger til grund for ordningen i sin helhed.

Selv om det erkendes, at den kontrolteknik, der består i udtagelse af prøver, er et nyttigt middel til at undersøge, om ordningen fungerer, og til at bedømme medlemsstaternes forvaltning af den, kan det nemlig ikke med rimelighed tillades, at anvendelsen af prøve-

udtagning, skønt den bidrager til at fastsætte økonomiske sanktioner, ikke udtrykkeligt er hjemlet og reguleret under overholdelse af formkrav og regler om kompetence, som specifikt og gyldigt er tildelt.

De anvendte metoder (såvel ved udtagelsen af prøver som ved de tilsvarende analyser) skal være kendt på forhånd af de erhvervsdrivende, som er omfattet af kontrollen, samt naturligvis af medlemsstaterne selv, navnlig fordi det kan være i strid med de procedurer, der anvendes på fællesskabsniveau, at der findes nationale kontrolprocedurer på området (foreskrevet ved samme fællesskabslovgivning i artikel 8 i forordning nr. 729/70). Navnlig vil en ad hoc-ordning kunne udelukke eller i hvert fald begrænse en kilde til tvistigheder som følge af de uundgåelige tilfælde, hvor medlemsstaterne anfægter resultaterne.

25. Til bekræftelse af, at Kommissionen ikke har en selvstændig kompetence til at udtage prøver, kan der endvidere henvises til forslaget til forordning om kontrol og sanktioner i forbindelse med den fælles landbrugspolitik og den fælles fiskeripolitik [17], som Kommissionen forelagde Rådet den 21. maj 1990. Dette forslag, som er fremsat i henhold til Traktatens artikel 43 og omfatter alle landbrugsprodukter, bestemmer udtrykkeligt, at den kontrol, som Kommissionens ansatte kan foretage, omfatter »udtagning og kontrol af repræsentative prøver« (artikel 3, stk. 2); men det foreskriver, hvilket er betydningsfuldt, at Kommissionen tildeles beføjelse til at vedtage bestemmelser vedrørende kontrol, men *udelukkende, når der i de særlige forskrifter for de pågældende sektorer tildeles den beføjelse til at fastsatte gennemførelsesbestemmelser* efter en af de procedurer, der er omhandlet i »udvalgs«-afgørelsen (artikel 2, stk. 1).

26. Selv om den findes i en særlig sektor og altså i en delvis anden sammenhæng, kan der findes en anden bekræftelse på, hvad jeg lige har sagt, i en sammenligning af Rådets forordning (EØF) nr. 2048/89 af 19. juni 1989 om generelle regler for kontrollen inden for vinsektoren [18] med Kommissionens tilsvarende forslag [19]. I dette forslag fandtes en bestemmelse om, at Kommissionens ansatte havde kompetence til selv at udtage prøver (artikel 6, stk. 3), samt at Kommissionen havde kompetence til at fastsætte gennemførelsesbestemmelser hertil (artikel 16). I forordning nr. 2048/89 er disse to bestemmelser udgået. Derimod bestemmes det, at det påhviler medlemsstaterne på Kommissionens anmodning at foretage prøveudtagninger (artikel 12).

27. Da de pågældende interne instrukser ensidigt fastsætter regler for fremgangsmåden ved udtagelse af prøver ved en retsakt, som i det væsentlige udgør en forordning om gennemførelse af artikel 9 i forordning nr. 729/70, har de altså til formål skjult at tilføje nye bestemmelser til de allerede bestående. De kan som sådanne gøres til genstand for et søgsmål.

28. Med udgangspunkt i disse konstateringer bør det her undersøges, om de pågældende instrukser er en klar viljeserklæring. En sådan undersøgelse er så meget desto

17 — EFT C 137 af 6.6.1990, s. 10.

18 — EFT L 202 af 14.7.1989, s. 32.

19 — EFT C 24 af 29.1.1988, s. 8.

vigtigere i dette tilfælde, som Kommissionen til støtte for sin formalitetsindsigelse har anført, at i overensstemmelse med og analogt med hvad Domstolen har fastslået i sagerne 60/81 [20] og 114/86 [21], er instrukserne forberedende og hører derfor ikke til den kategori af retsakter, der kan gøres til genstand for et søgsmål.

29. Kommissionens opfattelse går i det væsentlige ud på, at Frankrigs søgsmål er anlagt for tidligt; det er ikke de pågældende interne instrukser, men de senere individuelle beslutninger om udtagning og analyse af prøver, der i givet fald kan være genstand for et annullationssøgsmål.

Under disse omstændigheder må det først udelukkes, at den anfægtede retsakt kan fremtræde som en forberedende retsakt i streng forstand, dvs. i betydningen et led i den fase i en procedure, som fører til udstedelsen af en retsakt med virkninger udadtil. Dette er ikke tilfældet her, som Kommissionen har præciseret under retsmødet. Det er derfor ikke relevant at henvise til dommen i sag 60/81, hvor en meddelelse af klagepunkter i en konkurrencesag var blevet anfægtet, og hvor Domstolen med rette udtalte, at »ifølge samme praksis kan retsakter eller beslutninger, hvis tilblivelse omfatter flere stadier, navnlig sådanne som afslutter en intern procedure, principielt kun anfægtes, hvis det drejer sig om foranstaltninger, som definitivt fastlægger Kommissionens eller Rådets standpunkt som afslutning på denne procedure, modsat foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede den endelige beslutning« [22].

30. Der er tværtimod efter Kommissionens opfattelse tale om en retsakt, som, i det omfang den *går forud for* vedtagelsen af individuelle afgørelser eller faktisk adfærd, ikke påvirker nogens interesser og følgelig som sådan ikke kan anfægtes. Desuden findes hjemmelen for de senere individuelle afgørelser, som er de eneste, der kan indebære en retskrænkelse, i artikel 9 i forordning nr. 729/70 og ikke i de anfægtede interne instrukser, hvilket er baggrunden for henvisningen til dommen i sag 114/86.

Denne opfattelse er ganske vist tankevækkende, men ikke desto mindre savner den grundlag, og jeg mener ikke, at Domstolen med rimelighed kan tilslutte sig den. I sag 114/86 var situationen en helt anden, idet der var tale om instrukser, som gav tjenestemændene retningslinjer — der end ikke var bindende — for opstilling af »begrænsede« lister over ansøgere ved tildeling af kontrakter om tjenesteydelser inden for det ved Lomé-konventionen indførte samarbejde. Domstolen betegnede end ikke retsakten som »forberedende«, men fastslog, at det er »opstillingen af selve listerne, der kan skabe retsvirkninger i den forstand, at visse virksomheder udelukkes fra listerne og dermed ikke har mulighed for at komme betragtning ved tildeling af kontrakterne«. Og Domstolen tilføjede: »Dette gælder så meget mere, som de pågældende lister... normalt ikke udfærdiges i fuld overensstemmelse med de af Kommissionen fastsatte kriterier« [23].

20 — Dom af 11. november 1981, IBM mod Kommissionen, præmis 21.

21 — Dom af 27. september 1988, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, præmis 13.

22 — Dom af 11. november 1981, IBM mod Kommissionen, præmis 10.

23 — Dom af 27. september 1988, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, præmisserne 13 og 14.

I den pågældende sag kan man efter min mening tale om en *fundamentalt* intern retsakt snarere end om en forberedende retsakt. Ifølge en opfattelse, som også er velkendt inden for forvaltningsretten, kan anvisninger, som en hierarkisk overordnet giver sine underordnede for at give retningslinjer for deres virksomhed på et bestemt område, og som giver plads for et skøn, ikke faktisk skade nogen interesser; kun den retsakt, som udstedes under anvendelse af og i overensstemmelse dermed, kan anfægtes.

31. I denne sag står vi derimod over for en retsakt af forordningskarakter, for så vidt den — ud fra den forudsætning, at Kommissionen uafhængigt af medlemsstaterne har kompetence til at udtage prøver — fastsætter de vigtigste nærmere bestemmelser for udøvelse af denne, idet disse nærmere bestemmelser, som jeg har fremhævet, pålægger medlemsstaterne og desuden de erhvervsdrivende forpligtelser, som ikke er fastsat i forordning nr. 729/70. Der er altså ikke tale om anvisninger til tjenestemændene, men om en ændring af retsstillingen for tredjemænd, som ikke er åbenbare adressater. Som sådan kan retsakten allerede i sig selv skade tredjemænds interesser.

At tilslutte sig Kommissionens opfattelse ville være ensbetydende med at hævde, at enhver retsakt af forordningskarakter, for så vidt den går forud for individuelle afgørelser eller faktisk adfærd, ikke kan anfægtes, og at kun de senere afgørelser kan anfægtes.

For mit eget vedkommende, og for så vidt ordlyden af EØF-Traktatens artikel 173 forbliver hvad den er, kan jeg ikke tilslutte mig denne opfattelse; selv bortset fra alt andet opfylder den efter min mening ikke kravene til procesøkonomi, retssikkerhed og ensartet anvendelse af fællesskabsretten. Under alle omstændigheder er den ensbetydende med, at det drages i tvivl, om alle forordninger eller alle retsakter af generel og ikke individuel rækkevidde kan anfægtes.

32. Af de tidligere anførte grunde mener jeg derfor, at hvis Domstolen vil bedømme retsakten udelukkende på grundlag af dens bestemmelsers indhold, må det konkluderes, at de anfægtede interne instrukser har til formål at have retsvirkninger over for medlemsstater og erhvervsdrivende i den pågældende sektor, og at den franske regerings søgsmål derfor kan admitteres.

Realiteten

33. Hvis det først antages, at sagen kan admitteres, kan man efter min opfattelse ikke med rimelighed undgå at give den franske regering medhold. De påberåbte mangler er Kommissionens inkompetence til at udstede retsakten og magtfordrejning.

Svaret findes i de foregående betragtninger. Artikel 9 i forordning nr. 729/70 giver Rådet, og kun Rådet, kompetence til at fastsætte »almindelige regler for anvendelsen af denne artikel«. Der er ingen anden relevant bestemmelse, der giver Kommissionen en tilsvarende kompetence. De »interne instrukser« må således, uden at andre kommentarer er nødvendige, annulleres på grund af Kommissionens absolutte inkompetence.

Sammenfatning

Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at afvise sagen, for så vidt den anfægtede retsakt ikke opfylder de væsentlige formkrav, der gælder for en bindende retsakt, og at ophæve sagens omkostninger i betragtning af den uvished, som retsakten objektivt giver anledning til med hensyn til spørgsmålet, om den kan anfægtes under et søgsmål anlagt af en medlemsstat.

Hvis Domstolen finder, at den under alle omstændigheder må tage stilling til den anfægtede retsakts indhold, foreslår jeg, at sagen admitteres, og at der gives sagsøgeren medhold, således at retsakten annulleres på grund af Kommissionens absolutte inkompetence, og at denne dømmes til at betale sagens omkostninger.