FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 19. september 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Under denne sag har Den Franske Republik i medfør af EØF-Traktatens artikel 173, stk. 1, nedlagt påstand om annullation af et dokument vedtaget af Kommissionen med titlen »Adfærdskodeks med henblik på anvendelse af artikel 23, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 4253/88 angående uregelmæssigheder og gennemførelse af et system til udveksling af oplysninger om uregelmæssigheder« [1].

Den pågældende adfærdskodeks ændrer ifølge den franske regering karakteren af medlemstaternes pligt i medfør af gældende EF-lovgivning til at oplyse Kommissionen om uregelmæssigheder, der er begået til skade for fællesskabsbudgettet vedrørende aktioner finansieret af strukturfondene. Herudover anser den franske regering Kommissionen for at være inkompetent til at udstede sådanne regler.

Tvistens årsager skal altså findes i EF-lovgivningen om de fonde, der er oprettet med henblik på at opnå strukturforbedringer.

2. Herved skal der først henvises til Traktatens regler om økonomisk og social samhørighed (artikel 130 A-130 E), som fastsætter de almindelige principper for fondenes virke og interventionerne fra de øvrige finansielle instrumenter, ligesom de giver EF-institutionerne til opgave at gennemføre dem.

Rådets forordning (EØF) nr. 2052/88 af 24. juni 1988 — om strukturfondenes opgaver og effektivitet samt om samordningen af deres interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter [2] — samt forordning (EØF) nr. 4253/88 [3], som indeholder gennemførelsesbestemmelserne hertil, fastsætter de væsentlige regler på området.

Herved er det navnlig relevant, at artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 i første afsnit indfører en pligt for medlemsstaterne til at træffe de nødvendige foranstaltninger til a) regelmæssigt at konstatere, om de af Fællesskabet finansierede aktioner er gennemført korrekt, b) at forebygge og forfølge uregelmæssigheder, og c) at få tilbagebetalt

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1990 C 200, s. 3.

2 — EFT 1988 L 185, s. 9.

3 — Rådets forordning nr. 4253/88 af 19.12.1988 om gennemførelsesbestemmelser til forordning (EØF) nr. 2052/88 for så vidt angår samordningen af de forskellige strukturfondes interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter (EFT 1988 L 374, s. 1).

midler, der er gået tabt som følge af misbrug eller forsømmelighed. Medlemsstaten er subsidiært ansvarlig for tilbagebetalingen af de uberettiget udbetalte beløb, medmindre medlemsstaten og/eller mellemmanden og/eller initiativtageren kan godtgøre, at de ikke er skyld i misbruget eller forsømmeligheden. I medfør af stk. 1, andet afsnit, har medlemsstaterne pligt til at underrette Kommissionen om de foranstaltninger, der træffes i den henseende, og især om sagens forløb i tilfælde af administrativ og retslig forfølgelse.

3. Netop disse regler blev anledning til tvisten. Ved udstedelsen af forordning nr. 4253/88 afgav Kommissionen til Rådets mødeprotokol en erklæring, ifølge hvilken den i henhold til *sin kompetence* havde truffet de nødvendige foranstaltninger til at sikre gennemførelse i de forskellige medlemsstater af ensartede former for kontrol af eventuelle uregelmæssigheder vedrørende Fællesskabets interventioner. Et par måneder senere meddelte Kommissionen, at den havde til hensigt at udarbejde en adfærdskodeks; med henblik herpå nedsatte den en arbejdsgruppe, hvis opgave det netop var nærmere at fastlægge anvendelsen af bestemmelserne i den nævnte forordnings artikel 23, stk. 1.

Den 18. december 1989 godkendte Kommissionen det således udarbejdede forslag og forelagde det herefter for Fællesskabets Udvalg for Koordinering af Bedrageribekæmpelse (herefter benævnt »Koordineringsudvalget«). Både i dette udvalg og i økonomi- og finansministrenes Råd drøftede medlemsstaternes delegationer, hvilken retlig form kodeksen skulle udarbejdes i; og stillet over for visse divergerende opfattelser vedrørende kodeksens lovlighed enedes delegationerne om, at kodeksen, som den forelå, alene fastlagde, hvorledes artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 skulle anvendes. Nu kom det imidlertid frem i retsmødet, at visse medlemsstater lagde stor vægt på, at kodeksen blev vedtaget i forordningsform, hvormed tanken navnlig var at vedtage en ordning, som med sikkerhed var bindende under hensyn til, hvor vigtig og ømtåleligt spørgsmålet var, hvortil kom, at alle medlemsstater blev pålagt samme forpligtelser. Især Frankrig, der vel erklærede sig enig i indholdet af forslaget om kodeksen, udtrykte sine egne forbehold vedrørende dens juridiske form, forbehold, som der nærmere blev redegjort for i et telex fra Frankrigs Faste Repræsentation. Endelig blev kodeksen officielt meddelt medlemsstaterne ved skrivelse af 30. juli 1990 og derefter offentliggjort i EF-Tidendes C-serie.

4. Med disse bemærkninger og en henvisning til de øvrige redegørelser i retsmøderapporten skal jeg anføre, at sagsøgeren i første række gør gældende, at det dokument, som anfægtes, egentlig er en forordning om gennemførelse af artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88, hvilken akt Kommissionen dog ikke var kompetent til at udstede, da den nævnte forskrift ikke hjemler Kommissionen nogen kompetence, og da de nærmere bestemmelser for hver strukturfonds indsats, herunder de nærmere bestemmelser for opfølgningen, evalueringen, *den økonomiske forvaltning og kontrollen af aktionerne,* jf. herved artikel 3, stk. 4, i forordning nr. 2052/88, er de bestemmelser, der fastsættes ved de gennemførelsesbestemmelser, der træffes i medfør af Traktatens artikel 130 E; den forskrift tildeler alene Rådet kompetence.

5. I svarskriftet har Kommissionen nedlagt påstand om, at sagen afvises fra påkendelse, og herved gør den gældende, at adfærdskodeksen ikke er en retsakt, der kan være genstand for søgsmål efter betydningen i Traktatens artikel 173. Subsidiært har Kommissionen nedlagt påstand om frifindelse.

Formaliteten

6. Kommissionens afvisningspåstand hviler på det faktum, at adfærdskodeksen er en ikke-bindende retsakt, der som sådan altså ikke kan anfægtes henset til indholdet af artikel 173, stk. 1, hvilken jo alene giver Domstolen beføjelse til at udøve legalitetskontrol med »retsakter, dog ikke af henstillinger og udtalelser«.

I sagen her står vi imidlertid over for en akt benævnt adfærdskodeks, uden hjemmel, der ikke bærer noget kommissionsmedlems underskrift, men er blevet vedtaget af Kommissionen som kollegium, offentliggjort i EF-Tidendes C-serie og med samtlige medlemsstater som adressat. Hertil kommer — og det lægger jeg megen vægt på — at akten blev meddelt den enkelte medlemsstat ved skrivelse fra det kompetente kommissionsmedlem, hvori det præciseres, at kodeksen *træder i kraft med virkning fra dagen for meddelelsen*, og at »kodeksens bestemmelser må ses som et udtryk for pligterne i henhold til artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88, hvorfor *overholdelsen af den nævnte artikel* ifølge Kommissionens opfattelse *kræver, at de nævnte bestemmelser overholdes fuldt ud*«.

7. Herefter skal jeg minde om, at retspraksis på området går ud på, at der med henblik på spørgsmålet, om Domstolen kan udøve kontrol, lægges meget lidt vægt på aktens ydre form, hvorimod der foretages en undersøgelse af aktens virkninger og indhold [4].

Navnlig har Domstolen stedse, hvad angår begrebet retsakter, der kan være genstand for søgsmål efter betydningen i artikel 173, stk. 1, fra og med dommen i AETR-sagen [5] præciseret, at annullationssøgsmålet kan rettes mod »enhver af institutionerne vedtaget bestemmelse, som er bestemt til at afføde retsvirkninger, uanset dens karakter eller form«. Opfattelsen er for nylig blevet bekræftet ved dommen om »*interne tjenesteinstrukser*« af 9. oktober 1990 [6], i hvilken Domstolen fandt at kunne tage stilling til de »interne tjenesteinstrukser«, Kommissionen havde vedtaget, og som der i sagen var tvist om, eftersom disse tilsigtede at afføde retsvirkninger.

8. I mit forslag til afgørelse i sagen om »*interne tjenesteinstrukser*« foreslog jeg Domstolen at give et klart svar på et forudgående spørgsmål, nemlig om *selve retsakten er egnet til at afføde retsvirkninger, uden at den opfylder et minimum af væsentlige formkrav*, hvor-

4 — Netop ved at indtage dette standpunkt har Domstolen f.eks. antaget, at en beslutning fra Europa-Parlamentet, som følge af at den havde retsvirkninger over for tredjemand, kunne anfægtes (dom af 10.4.1984, sag 108/83, Luxembourg mod Parlamentet, Sml. s. 1945); det samme gælder en beslutning truffet af Rådet, som er bestemt til at afføde retsvirkninger (dom af 31.3.1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, Sml. 1971, s. 41) eller også en mundtlig afgørelse truffet over for en tjenestemand (dom af 9.2.1984, forenede sager 316/82 og 40/83, Kohler mod Revisionsretten, Sml. s. 641).

5 — Dom af 31.3.1971, sag 22/70, op. cit., præmis 38-43.

6 — Sag C-366/88, Den Franske Republik mod Kommissionen, Sml. I, s. 3571, præmis 8. Vedrørende en nærmere undersøgelse af den relevante retspraksis på området skal jeg tillade mig at henvise til mit forslag til afgørelse i sagen (Sml. I, s. 3579, navnlig punkt 7, 8 og 9).

ved der kan bortses fra, om der efter en konkret undersøgelse af retsaktens indhold kan påvises retlige virkninger[7].

Skønt Domstolen ikke udtrykkeligt tog stilling til spørgsmålet, bekræftede den, at det formelle kriterium er ganske irrelevant, og at man derfor må søge at kvalificere akten alene på grundlag af dens indhold.

9. Det er korrekt, at Domstolen under visse omstændigheder og endda med visse materielle særegenheder, som ofte medfører en anden håndtering af formalitetsproblemet, synes at have konstateret, at der i en given sag ikke forelå de uomgængelige betingelser for at kvalificere en retsakt som anfægtelig; og på dette grundlag afviste den derfor pågældende sag fra påkendelse. Imidlertid viser en nærmere undersøgelse ganske klart, at Domstolen i sådanne sager tog hensyn til såvel formelle omstændigheder som aktens indhold, hvorefter den nåede til det resultat, at den *åbenbart* ikke var egnet til (og ej heller tilsigtede) at skabe retsvirkninger[8]. Ud fra den samme synsvinkel har Domstolen altid taget hensyn til Kommissionens åbenbart manglende kompetence til at udstede den anfægtede retsakt som et forhold, der støttede antagelsen om, at den ikke var egnet til at skabe retsvirkninger.

10. I sidstnævnte henseende skal jeg så bemærke, at Kommissionens sidste argument til støtte for, at sagen bør afvises — som er, at den ikke er kompetent til at træffe bindende afgørelser på det pågældende område (jf. s. 3 og 4 i duplikken) — ikke kan tiltrædes.

11. Når dette er sagt, skal jeg minde om, at det dokument, som vi beskæftiger os med her, er blevet meddelt hver enkelt medlemsstat og altså officielt er blevet bragt til adressaternes kundskab. Desuden udtales det udtrykkeligt i ledsageskrivelsen, at overholdelsen af artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 kræver fuldstændig overholdelse af kodeksens forskrifter, hvorved det over for medlemsstaterne klart bringes til udtryk, at en overtrædelse af kodeksen efter Kommissionens opfattelse automatisk vil betyde en overtrædelse af den pågældende artikel.

Så mit resultat bliver i det væsentlige, at vi i denne sag står over for et dokument, der er affattet og offentliggjort på en sådan måde, at det fuldstændig utvetydigt udtrykker viljen til at binde adressaterne. Man kommer derfor ikke uden om en gennemgang af dokumentets indhold for at afgøre, om det indeholder nye retsvirkninger i forhold til artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88;

7 — Nødvendigheden af at besvare et sådant spørgsmål udsprang af den overbevisning, at valget af form ganske vist ikke kan ændre retsaktens karakter, men at det er lige så rigtigt, at fraværet af et minimum vedrørende de krav, som stilles til væsentlige former, dvs. netop sådanne, der gør det muligt at afgøre, om en retsakt er bindende, har den virkning, at akten, uanset om en undersøgelse af indholdet måtte afsløre dens egnethed til at skabe retsvirkninger, ikke ville kunne gøres gældende over for tredjemand. Det drejer sig i det væsentlige om retsakter, som under alle omstændigheder er uden retsvirkninger for retssubjekterne og medlemsstaterne, hvilket gælder uafhængigt af den omstændighed, at Kommissionen i den pågældende sektor er kompetent til at udstede retligt bindende retsakter.

8 — Jf. dom af 27.3.1980 (sag 133/79, Sucrimex mod Kommissionen, Sml. s. 1299, præmis 16), af 4.3.1982 (sag 182/80, Gauff mod Kommissionen, Sml. s. 799, præmis 16, 17 og 18), kendelse af 17.5.1989 (sag 151/88, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 1261, præmis 21 og 22) samt den nyligt afsagte kendelse af 13.6.1991 (sag C-50/90, Sunzest mod Kommissionen, Sml. I, s. 2917, grund 13).

ud fra denne synsvinkel skal formalitetsproblemerne behandles sammen med realiteten.

Realiteten

12. Det dokument, som beskæftiger os, gennemfører artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88: Selve titlen på dokumentet udtaler dette, Kommissionen og den franske regering har samstemmende og ofte udtalt det såvel i de skriftlige indlæg som under retsmødet, og en gennemgang af dokumentets indhold bekræfter det, således som det senere skal ses.

Inden jeg går over til at foretage en sådan gennemgang, skal jeg fremsætte et par overvejelser af mere almindelig karakter vedrørende de nærmere former for gennemførelse af en retsforskrift. Raison d'être for gennemførelsesregler til en retsforskrift består efter min opfattelse netop i den omstændighed, at retsforskriften kan iværksættes på flere måder; heraf følger i princippet, at en gennemførelsesregel *i det mindste* begrænser den skønsmæssige karakter af den blotte affattelse af den pågældende regel. Det kan desuden antages, at reglerne til gennemførelse af en retsforskrift *pr. definition* mindst indeholder en nærmere opregning af pligterne heri og derfor et detaljeret regelsæt, som nødvendigvis fastlægger en række konkrete pligter. Overvejende er hovedformålet med en gennemførelsesretsakt altså det at specificere og harmonisere de i medlemsstaterne påhvilende pligter, som der vil være hjemmel for i basisretsakten, men som med sikkerhed ikke automatisk kan udledes heraf, i hvert fald ikke nødvendigvis. Hvis det ikke forholdt sig således, ville der ikke være nogen som helst grund til at fastsætte gennemførelsesregler.

13. Herefter kan jeg gå over til kort at gennemgå indholdet af det pågældende dokument, hvorved jeg skal minde om, at artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 pålægger medlemsstaterne at underrette Kommissionen om de foranstaltninger, der træffes for at konstatere, om de af Fællesskabet finansierede aktioner er gennemført korrekt, og at få tilbagebetalt midler, der er gået tabt som følge af misbrug eller forsømmelighed, ligesom de skal forebygge og forfølge uregelmæssigheder og underrette Kommissionen om sagernes forløb i tilfælde af administrativ og retslig forfølgelse.

Adfærdskodeksen afgrænser i første række sit anvendelsesområde ved at bestemme, at der er pligt til at give meddelelse om overtrædelsessager angående beløb på over 4 000 ECU (punkt 1); begrebet uregelmæssighed defineres herefter som »enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse eller af en national bestemmelse begået af en fysisk eller juridisk person til skade for Fællesskabets budget vedrørende strukturfonde« (punkt 2).

I punkt 3 fastsættes, at medlemsstaterne *senest tre måneder efter meddelelsen af... adfærdskodeksen* ikke blot giver underretning om de bestemmelser, der er vedtaget med henblik på at forebygge og forfølge uregelmæssigheder (denne pligt er udtrykkelig fastsat i artikel 23, stk. 1), men også om de tjenestegrene, der er ansvarlige for forebyggelse og behandling af uregelmæssigheder samt de pågældende tjenestegrenes vigtigste procedurebestemmelser.

Punkt 4 omhandler navnlig meddelelsen om uregelmæssigheder, som skal ske hver fjerde måned og angå uregelmæssigheder, som er konstateret af en administrativ myndighed, eller over for hvilke der er indledt retslig forfølgelse. Med henblik herpå pålægges det medlemsstaterne at afgive en hel række oplysninger: Arten af den konkrete foranstaltning, den periode eller det tidspunkt, uregelmæssigheden har fundet sted, de organer, der har modtaget støtte, og de fysiske og juridiske personer, der er impliceret i uregelmæssigheden, formerne for uregelmæssigheder, måden, hvorpå uregelmæssigheden er blevet opdaget, de finansielle følger og mulighederne for inddrivelse osv.

Desuden er det fastsat, at medlemsstaterne omgående giver underretning om nye former for uregelmæssighed på bedragerisk grundlag samt om enhver uregelmæssighed, som må befrygtes at få virkning uden for deres eget område (punkt 5). Alle til Kommissionen indleverede oplysninger skal gøres til genstand for en undersøgelse, der foretages af Kommissionen og medlemsstaternes repræsentanter sammen, hvilket sker på regelmæssigt afholdte møder, navnlig for så vidt angår de konklusioner heraf, som kan danne grundlag for nye præventive foranstaltninger (punkt 6); der skal gives underretning om antallet af indberettede og henlagte sager samt om størrelsen af de beløb, der er, eller er ved at blive tilbagebetalt, og underretningen gives Koordineringsudvalget og de forskellige komitéer for strukturfondene (punkt 8). Endelig er det bestemt, at medlemsstaterne og Kommissionen træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de givne oplysninger behandles fortroligt (punkt 7).

14. Indholdet af adfærdskodeksen bekræfter, at der faktisk er tale om en gennemførelse af artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88. Selv en overfladisk gennemgang af reglerne i kodeksen viser således, at der er tale om ganske særlige pligter, som er knyttet til den mere generelle og alment formulerede underretningspligt, der er indført ved grundreglen. I det væsentlige regulerer kodeksen detaljeret oplysningspligten, da den navnlig fastsætter, hvilke oplysninger der skal gives, samt hvornår og hvorledes det skal ske.

Medmindre man vil antage, at gennemførelsesregler altid og under alle omstændigheder er rent vejledende, og at de derfor ikke kræver udstedelse af en forordning, for så vidt som de pligter, der fremgår af dem, hviler på grundreglen, skal det afgøres, om de i adfærdskodeksen fastsatte pligter konkret kan udledes automatisk af artikel 23, stk. 1, eller om der derimod snarere er tale om en fortolkning, som ikke er begrænset til at udmønte de pligter, der med sikkerhed allerede er indføjet i grundreglen (dvs. det væsentlige minimum, som er nok til, at indholdet ikke berøres), men indeholder en ændring eller i det mindste har til virkning, at omfanget af medlemsstaternes pligt, der er fastsat i referencereglen, udvides. Præcis i dette perspektiv skal jeg fremsætte de nedenstående bemærkninger.

15. Jeg vil først fastslå, at artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 begrænser sig til, for så vidt det har betydning, at pålægge medlemsstaterne at underrette om de foranstaltninger, der træffes for at forebygge og forfølge uregelmæssigheder, ligesom de skal

give underretning om sagernes forløb i tilfælde af administrativ og retslig forfølgelse. På sin side fastsætter adfærdskodeksen tidspunkterne for, hvornår disse oplysninger skal være givet og kræver en række yderligere oplysninger og detaljerede informationer vedrørende selve uregelmæssighederne.

For det første indebærer pligten til at give oplysning om de foranstaltninger, der er truffet for at forebygge og forfølge uregelmæssighederne, ikke tillige og nødvendigvis en pligt til at give underretning om samtlige tjenestegrene, der har til opgave at anvende foranstaltningerne, ligesom der heller ikke vil være pligt til at give underretning om de væsentlige sagsbehandlingsregler i deres forvaltninger. For det andet kan man med rette rejse det spørgsmål, om underretningen om forløbet af forvaltnings- og retssagerne sidestilles med — eller automatisk indebærer — en hel række detaljerede oplysninger om tilfælde med uregelmæssighed, altså i det væsentlige en tilstrækkeligt formuleret beskrivelse af den enkelte uregelmæssighed. Jeg henviser navnlig til oplysningerne vedrørende modtagernes identitet, den måde, hvorpå uregelmæssigheden er blevet opdaget, og de tjenestegrene eller organer, som har efterforsket uregelmæssigheden. Jeg synes faktisk ikke, at oplysninger af den art kan anses for allerede at ligge i pligten til at give oplysninger, således som den er fastlagt i grundreglen.

Det er muligt at hævde, at sådanne oplysninger har accessorisk karakter i forhold til pligten til at underrette Kommissionen om forløbet af verserende forvaltnings- og retssager, men det er tilsvarende åbenbart, at de ikke kan opfattes som en blot og bar udpensling af den pågældende pligt. Jeg finder det med andre ord uholdbart at antage, at underretningspligten, således som den fremgår af grundreglen, mister sit indhold, dersom der eventuelt ikke skal gives underretning om modtagernes identitet eller den måde, hvorpå uregelmæssigheden er blevet opdaget. Et sådant resultat bekræftes i øvrigt af Kommissionen selv, som i retsmødet gjorde gældende, at en medlemsstat kan tilsidesætte adfærdskodeksen uden dog herved at overtræde artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88. Det er helt klart ensbetydende med at antage, at de »pligter«, som fastlægges i kodeksen, går ud over, hvad der er fastsat i den ovennævnte bestemmelse, ligesom der herved opstår modstrid med udtalelsen i den ovennævnte skrivelse til medlemsstaterne, hvorefter overholdelse af artikel 23, stk. 1, kræver fuldstændig overholdelse af kodeksens regler.

16. På den baggrund anser jeg det ikke for uden interesse kort at beskæftige mig med et regelsæt svarende til det, som her diskuteres, og det sker med henblik på at klarlægge visse problemer, som kodeksen rejser. Jeg skal navnlig henvise til forordning (EØF) nr. 595/91 [9], som for nylig erstattede forordning (EØF) nr. 283/72 (der flere gange er omtalt i parternes indlæg og blev nævnt i retsmødet); denne forordning fastsætter den nærmere gennemførelse af artikel 8, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 729/70 [10], som i øvrigt er næsten identisk med artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88. Forordning nr. 595/91, som omhandler en ordning med underretning svarende til den, som er indført ved kodeksen, og som tager

9 — Rådets forordning af 4.3.1991 om uregelmæssigheder og tilbagebetaling af beløb, der uberettiget er udbetalt inden for rammerne af finansieringen af en fælles landbrugspolitik samt om oprettelse af et informationssystem på dette område samt om ophævelse af forordning (EØF) nr. 283/72 (EFT L 67, s. 11).

10 — Rådets forordning af 21.4.1970 om finansieringen af den fælles landbrugspolitik (EFT 1970 I, s. 196).

sigte på uregelmæssigheder til skade for EUGFL, Garantisektionen, fastsætter — efter en opregning af de oplysninger, som medlemsstaterne er pligtige at tilstille Kommissionen (oplysninger, der falder sammen med dem, som skal gives ifølge kodeksen) — at de pågældende oplysninger, når de er omfattet af nationale regler om fortrolig sagsbehandling, alene kan gives efter forudgående tilladelse fra en kompetent retsmyndighed [11]. Forordningen afsvækker herefter pligten til at give meddelelse om identiteten på dem, der er impliceret i uregelmæssigheden, idet den i artikel 3, stk. 1, sidste tankestreg, bestemmer, at den pågældende pligt bortfalder, såfremt den nævnte oplysning ikke er anvendelig ved bekæmpelsen af uregelmæssigheden.

17. Et andet aspekt fortjener at blive fremhævet. I kodeksens punkt 7 står der: »Medlemsstaterne og Kommissionen træffer alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de oplysninger, som de udveksler, behandles fortroligt«; en sådan forskrift er let at forstå, når henses til karakteren af de krævede oplysninger, men selv en overfladisk undersøgelse viser, at den er utilstrækkelig til at sikre det mål, den opstiller. Forholdet er det, at hvis der, som Kommissionen hævder, foreligger et ikke-bindende dokument, hvis indhold altså kan tilsidesættes, uden at man herved overtræder artikel 23 (hvilken situation utvivlsomt ville foreligge i tilfælde af en overtrædelse af den nævnte bestemmelse i kodeksen), følger det heraf, at oplysninger af den art ikke kan vedblive at være fortrolige, hvilket især for de implicerede private vil få væsentlige konsekvenser.

Den vigtige og delikate karakter af et sådant problem er derimod altid præsent i tilsvarende lovgivning. F. eks. begrænser artikel 10 i den ovennævnte forordning nr. 595/91 sig ikke til at fastslå det princip, at der skal sikres fortrolighed i forbindelse med de omhandlede oplysninger (stk. 1), men den regulerer detaljeret dette punkt, idet den navnlig fastsætter, at de meddelte oplysninger »er omfattet af tavshedspligt, og nyder den samme beskyttelse, som lignende oplysninger har efter den nationale lovgivning i den medlemsstat, som har modtaget oplysningerne, og efter de tilsvarende bestemmelser, der gælder for Fællesskabets institutioner« (stk. 4). I samme artikel er der desuden indført en række garantier for private; f.eks.: Navne på fysiske og juridiske personer impliceret i uregelmæssigheder kan meddeles en anden medlemsstat eller en anden EF-institution på betingelse af, af en sådan meddelelse er nødvendig for at forebygge eller forfølge uregelmæssigheder eller for at påvise formodede uregelmæssigheder (stk. 3); det gælder tillige, at når det efter yderligere undersøgelser viser sig, at en person, som oprindelig antoges at have været indblandet i bedrageri, viser sig ikke at have været det, skal dette straks meddeles til dem, som tidligere havde fået meddelt navnet (stk. 6).

18. For fuldstændighedens skyld skal jeg herefter tilføje, at der i henhold til adfærdskodeksens punkt 4 og 5 til samtlige med-

11 — Betydningen af en sådan regel blev fastslået af Domstolen i dom af 10.1.1980 (sag 267/78, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 31, præmis 22), hvori det udtales: »Bestemmelser i det nationale strafferetlige system, som udelukker, at der gives oplysning om aktstykker i straffesager til visse personer, kan derfor påberåbes over for Kommissionen, for så vidt de samme begrænsninger gælder for nationale myndigheder«. Domstolen antog derfor, at Italien ikke havde undladt at opfylde sine forpligtelser ved ikke til Kommissionen at have videregivet de oplysninger, som var omfattet af hemmeligheden ved efterforskning.

lemsstater skal sendes en formular med det formål at lette fremsendelsen af de krævede oplysninger, som staterne skal indsamle og fremsende til Kommissionen inden for de fastsatte frister. Formularen betragtes af sagsøgeren som et yderligere bevis for, at det anfægtede dokument ikke kun er en blot og bar henstilling. Kommissionen derimod gør gældende, at der er tale om en standardformular ganske svarende til, hvad der findes i andre sektorer.

Herom skal jeg blot bemærke, at med hensyn til formularen vedrørende uregelmæssigheder, som står i forbindelse med EUGFL, Garantisektionen, er de oplysninger, som kræves i denne formular, netop de præcise og konkrete oplysninger, der udtrykkeligt omtales i forordning nr. 595/91, ja allerede i forordning nr. 283/72.

Hvad herefter angår formularen vedrørende uregelmæssigheder til skade for de egne indtægter skal jeg bemærke, at denne har hjemmel i artikel 6, stk. 3, i forordning (EØF, Euratom) nr. 1552/89 [12], der udtrykkelig bestemmer, at medlemsstaterne halvårligt og med hensyn til beløb på over 10 000 ECU meddeler Kommissionen en kortfattet beskrivelse af tilfældene med bedrageri og uregelmæssigheder, samt de allerede vedtagne eller påtænkte foranstaltninger med henblik på at undgå gentagelsestilfælde. Ifølge formularen er der kun pligt til at give underretning vedrørende sådanne oplysninger, og kravet om yderligere oplysninger ledsages af den forklaring, at der ikke er tale om obligatoriske oplysninger efter betydningen i artikel 6, stk. 3, i forordning nr. 1552/89: Medlemsstaterne *opfordres* til at give de pågældende oplysninger, såfremt de er egnede til at indgå i en effektiv bekæmpelse af bedragerierne.

19. Ovenstående betragtninger bekræfter, at adfærdskodeksen ikke er begrænset til konkret at udmønte pligterne ifølge artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88, hvorimod den fortolker dem med udvidende virkning, uden at den herved lader dem ledsage af passende garantier, navnlig med hensyn til beskyttelsen af private.

Der må således foretages en undersøgelse af spørgsmålet, om Kommissionen var kompetent til at udstede dette dokument.

20. I denne forbindelse er Kommissionens standpunkt imidlertid særdeles tvetydigt. Således hævder den på den ene side, at kodeksen er ganske uden bindende virkning, og på den anden side udtaler den ikke desto mindre, at den på grund af dels Traktatens artikel 155, dels artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 2052/88 har bemyndigelse og følgelig kompetence til at udstede sådanne dokumenter.

Jeg finder det ikke muligt at dele en sådan opfattelse. Jeg skal nemlig minde om, at der med hjemmelen i Traktatens artikel 189 og 155 til at udstede ikke-bindende retsakter er givet Kommissionen beføjelse til at afgive henstillinger og udtalelser ikke blot i de af Traktaten udtrykkeligt fastsatte tilfælde, men også overalt, hvor den finder det hensigtsmæssigt; kompetencen til at henstille, at en bestemt adfærd bør foretrækkes for en anden, skal derfor ikke nødvendigvis påvises af Kommissionen: Kompetencen er uomtvistelig. For det andet gælder det vel, således

12 — Rådets forordning af 29.5.1989 om gennemførelse af beslutning 88/376/EØF, Euratom om ordningen med Fællesskabets egne indtægter (EFT L 155, s. 1).

som Kommissionen flere gange gør gældende i indlæggene til sit forsvar, at det pågældende dokument kun er en henstilling, en meningstilkendegivelse rettet til medlemsstaterne vedrørende den måde, artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 skal anvendes på; men det er vanskeligt at forstå, hvorfor Kommissionen selv ikke har benævnt den som sådan i titlen eller har fremlagt den på en sådan måde, at det ud over *nomen iuris* bliver klart, at der ganske enkelt var tale om en henstilling til medlemsstaterne [13], hvorved man ville undgå forvirring og usikkerhed samt ikke-reelle tvistigheder.

I almindelighed er det ikke overraskende, at Kommissionen, om det så blot er i sine indsigelser i sager for Domstolen, vedblivende gør gældende, at den i et så ømtåleligt sagsforhold som det foreliggende, og i hvilket man endda må styrke den strenge og forpligtende karakter af reglerne, har udstedt et dokument, som slet ikke er bindende for medlemsstaterne: Der skal foreligge et dokument, som, hvis dette skulle være tilfældet, ikke blot ville være overflødigt, men også og netop derfor skadeligt, da det vil skabe forvirring og afvigelser i medlemsstaternes adfærd.

13 — Med forlov skal jeg tilføje følgende, uanset om det kan forekomme at være en banal udtalelse, nemlig at Kommissionen som hovedregel, hvilket er rigtigt og evident, når den har kompetence til det, udsteder formelle retsakter i medfør af Traktatens artikel 189. Derimod er akter med en atypisk *nomen* efter min opfattelse et tegn på en vis tvetydighed, hvilket navnlig gælder, når det område, som skal reguleres, er så typisk, at der ikke kræves en atypisk retsakt. I den forbindelse skal jeg nævne dommen af 13.12.1989, C-322/88, i Grimaldi-sagen, i hvilken Domstolen fremhævede, at henstillinger »i almindelighed vedtages af Fællesskabets institutioner, når disse ikke har hjemmel i Traktaten til at udstede bindende retsakter, eller når de skønner, at der ikke bør fastsættes regler af mere bindende karakter« (Sml. s. 4407, præmis 13). Denne udtalelse forekommer mig i princippet også at være gyldig for de utallige atypiske akter, der findes i praksis.

21. Jeg finder heller ikke, at Kommissionens henvisning til Traktatens artikel 5 kan ændre problemstillingen. Herom skal jeg således bemærke, at den pligt, som medlemsstaterne har ifølge nævnte artikel »til [at lette] Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver«, er en almindelig pligt, som ikke, jf. Domstolens udtalelser, kan påberåbes »når der ikke gælder en særlig bestemmelse herom i Traktaten eller i bindende retsakter udstedt af institutionerne« [14]; dette skal forstås således, at en sådan pligt for medlemsstaterne under ingen omstændigheder kan påberåbes for at udstede retsanordnende retsakter. Resultatet må være, at Kommissionen er beføjet til med henvisning til Traktatens artikel 5 at afkræve medlemsstaterne særlige oplysninger i et ganske bestemt anliggende samt at indlede traktatbrudsprocedure i tilfælde af, at en medlemsstat afviser at give de pågældende oplysninger, men Kommissionen kan bestemt ikke anvende en sådan hjemmel til, ved en samtidig præcisering og udvidelse, at harmonisere de i en bestemt regel fastsatte pligter, in casu artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88.

22. Hvad herefter angår den beføjelse, som Kommissionen udleder af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 2052/88, er det nærmest unødvendigt at fremhæve, at en sådan bestemmelse relaterer sig til det såkaldte partnerskab, hvilket begreb i forordningen defineres som et »snævert samråd mellem Kommissionen, den pågældende medlemsstat og de myndigheder på regionalt, lokalt, eller andet plan, som medlemsstaten måtte udpege, idet disse alle optræder som partnere af et fælles mål«. I forordningen siges det også: »Partnerskabet omfatter forberedelsen, finansieringen, opfølgningen og evalueringen af aktionerne«.

14 — Kendelse af 30.9.1987 (sag 229/86, Brother Industries mod Kommissionen, Sml. s. 3757, særlig på s. 3763).

Resultatet bliver — med udgangspunkt i den forudsætning, at den strukturelle intervention, Kommissionen skal foretage, er komplementær til de tilsvarende nationale aktioner eller bidrag hertil — at der er indført en form for permanent dialog mellem Kommissionen og den pågældende medlemsstat med henblik på, i ønsket om større effektivitet, at fordele opgaverne og sammenlægge de menneskelige ressourcer, der indgår i EF's strukturelle intervention. Begrebet partnerskab indebærer altså faktisk, at partnerne, efter fælles aftale, kan vedtage bindende retsakter eller en bindende fortolkning af bestående dokumenter og bestående regler. Tillige vedrører partnerskabet ikke kontrollen af interventionerne, men som allerede nævnt alene forberedelsen, finansieringen, opfølgningen og evalueringen af aktionerne. Heraf følger, at den nævnte hjemmel ikke tillader udstedelse af bindende retsakter, men begrænser sig til at fastsætte en snæver samordning mellem samtlige interesserede parter med henblik på et godt resultat af den enkelte aktion.

23. Så er der kun et sidste aspekt tilbage: Kommissionen har flere gange hævdet, dels i forsvarsindlæggene, dels i retsmødet, at den anfægtede akt blev vedtaget på grundlag af en consensus; ifølge Kommissionen skal der altså foreligge en ny form for dokument, som den selv har defineret som en form for »gentlemens' agreement«. Jeg må afvise en sådan konstruktion som uacceptabel, ligesom den under ingen omstændigheder kan ændre retsstillingen, hvorved bemærkes, at det er overflødigt at tage stilling til, om det dokument, som beskæftiger os her, har været genstand for forhandling. Ikke blot er forholdet det, at medlemsstaterne ved en tilsidesættelse af de muligvis bestående regler i dokumentet højst kan pådrage sig et politisk ansvar uden dog herved at blive anset for retsbrydere i relation til pligter, som påhviler dem i medfør af EF-reglerne i den pågældende sektor; men der foreligger tillige og især et dokument, der som sådant er fremmed for det ved Traktaten sikrede system, eftersom vedtagelsen af *almengyldige retsakter aftalt* mellem Kommissionen og medlemsstaterne, eller i hvert fald overenskomster indgået i en meget simplificeret form mellem de pågældende partnere, er ganske systemfremmed. Denne mærkelige og modsigende holdning fra Kommissionens side synes jeg ikke, at man behøver at beskæftige sig mere med.

24. På den baggrund er det fuldstændig irrelevant, at Kommissionen hævder, at den aldrig vil påtale overtrædelser med henvisning til, at adfærdskodeksen ikke er overholdt, ligesom denne påstand er i åbenbar modstrid med indholdet med ledsageskrivelsen til meddelelsen, hvori det jo som tidligere nævnt udtrykkeligt siges, at overholdelsen af artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 kræver fuldstændig overholdelse af adfærdskodeksen. Det er i hvert fald ikke nødvendigt at opholde sig mere ved dette aspekt henset til, at gennemgangen af dokumentets indhold, som påvist, har afsløret, at der er tale om gennemførelsesregler, som for medlemsstaterne skaber pligter, der ikke som sådan er fastsat i grundreglen.

25. Det relevante er, at det anfægtede dokument om gennemførelsen af artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 4253/88 gør de ved artikel 23 pålagte pligter mere byrdefulde for medlemsstaterne, da det udvider dem og nøje specificerer dem.

Imidlertid er artikel 23 begrænset til en angivelse af medlemsstaternes pligter, og den giver ikke Kommissionen nogen beføjelser; denne kan hverken præcisere, fortolke eller udvide de pågældende pligter. Der er ingen anden relevant bestemmelse, der tillægger Kommissionen tilsvarende kompetence. Derimod fastsætter artikel 3, stk. 4 og 5, i forordning nr. 2052/88, at de nærmere bestemmelser for kontrollen af aktionerne fastlægges ved de gennemførelsesbestemmelser, der træffes i medfør af Traktatens artikel 130 E. Tillige bekræfter forordningens artikel 7, stk. 2, at de harmoniserede regler, der tager sigte på at styrke kontrollen med de strukturelle interventioner, er fastlagt i de i artikel 3, stk. 4 og 5 omhandlede bestemmelser. Heraf følger, at den omhandlede adfærdskodeks, da den tilsigter at skabe retsvirkninger, bør annulleres som følge af Kommissionens inkompetence.

Forslag til afgørelse

I lyset af de ovenstående betragtninger skal jeg derfor foreslå Domstolen at give sagsøgeren medhold i påstanden og at pålægge Kommissionen at betale sagens omkostninger.