FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 30. juni 1988 *

Høje Domstol.

A — Faktiske omstændigheder

1. Den foreliggende sag vedrører problemer i forbindelse med det tekniske samarbejde [1] inden for rammerne af afsnit VII, kapitel 10, i den anden AVS/EVF-konvention af 31. oktober 1979 (herefter benævnt »Lomé II«) [2] samt afsnit III, kapitel 3, i den tredje AVS/EVF-konvention af 8. december 1984 (herefter benævnt »Lomé III«) [3].

2. Artiklerne 138 i Lomé II og 208 i Lomé III bestemmer, hvad det »tekniske samarbejde« omfatter (eksempelvis gennemførelse af undersøgelser samt ydelser i forbindelse med tilsyn, rådgivning og administration i et projekts gennemførelsesfase, teknisk bistand osv.).

3. Ifølge den anden Lomé-konvention (artikel 140) skulle det tekniske samarbejde gennemføres i henhold til kontrakter om tjenesteydelser, og de selskaber eller fysiske personer, der kunne komme i betragtning, skulle »udvælges på grundlag af navnlig deres faglige kvalifikationer og praktiske erfaring...«. Konventionens artikel 142 bestemte, at reglerne for tildeling og indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser skulle fastlægges ved en afgørelse truffet af Ministerrådet. Indtil denne afgørelse blev truffet, fandt artiklerne 24-27 i protokol nr. 2 til den første Lomé-konvention AVS/EVF [4] (jfr. bilag XIV til Lomé II) anvendelse. Ifølge disse bestemmelser (bilagets artikel 24) skulle kontrakter om teknisk samarbejde indgås ved underhåndsaftale, mens visse kontrakter kunne indgås efter udbud. I henhold til bilagets artikel 25 skulle Kommissionen for hver opgave inden for det tekniske samarbejde, der indebar underhåndsaftaler, opstille en begrænset liste over ansøgere fra medlemsstaterne og / eller AVS-staterne, som udvalgtes efter kriterier, der sikrede, at de havde de nødvendige kvalifikationer samt den nødvendige erfaring og uafhængighed under hensyntagen til, hvorvidt de kunne være til rådighed for den påtænkte opgave. Den pågældende AVS-stat kunne frit vælge en ansøger fra denne liste. Når udbudsproceduren anvendtes, blev den begrænsede liste over ansøgere udfærdiget i snævert samarbejde mellem Kommissionen og den pågældende AVS-stat på grundlag af ovennævnte kriterier, og kontrakten blev så tildelt den af disse ansøgere, hvis tilbud blev anset for det økonomisk mest fordelagtige.

4. Den anden Lomé-konvention gjaldt indtil den 28. februar 1985. Afsnit VII fandt imidlertid fortsat anvendelse efter denne dato, indtil den tredje Lomé-konvention trådte i kraft (den 1. maj 1986) [5].

* Oversat fra tysk.

1 — O.a.: Det franske udtryk »coopération technique« er i første og tredje Lomé-konvention oversat ved teknisk samarbejde og i anden Lomé-konventionen vede fagligt samarbejde.

2 — EFT L 347, af 22. 12. 1980.

3 — EFT L 86, af 31. 3. 1986, s. 1ff.

4 — EFT L 347, af 22. 12. 1980.

5 — Afgørelse 2/85 truffet af AVS/EØF-Ministerrådet den 22. februar 1985 (EFT L 61, af 1. 3. 1985, s. 2), og Rådets forordning nr. 690/86 af 3. marts 1986 (EFT L 63, af 5. 3. 1986, s. 1).

5. I den tredje Lomé-konvention er kriterierne for udvælgelsen af kontrahenter til kontrakterne om tjenesteydelse opregnet i artikel 209, stk. 2. I henhold til konventionens artikel 210 indgås kontrakterne om tjenesteydelser efter begrænset udbud, idet visse kontrakter dog kan indgås ved underhåndsaftale. For hver teknisk samarbejdsforanstaltning, der indebærer afholdelse af udbud, skal der — ifølge artikel 211, stk. 1, litra a) — efter fælles overenskomst mellem Kommissionen og den pågældende AVS-stat, eventuelt efter forhåndsudvælgelse opstilles en begrænset liste over ansøgere, der er statsborgere i EF-medlemsstaterne og / eller AVS-staterne, og som er udvalgt på grundlag af deres juridiske og økonomiske stilling, kvalifikationer, erfaring, uafhængighed og mulighed for at påtage sig opgaven, samt på grundlag af de i artikel 209 fastsatte kriterier og principper. Det bud, der skal vælges efter udbudsproceduren [artikel 211, stk. 1, litra d)], skal være det mest fordelagtige, »navnlig under hensyn til dets tekniske kvaliteter, til den foreslåede tilrettelæggelse af og de foreslåede metoder ved gennemførelsen af de tilbudte ydelser, til det hertil ansatte personales kompetence, erfaring og kvalifikationer samt... prisen for ydelserne«.

6. Når kontrakten indgås ved underhåndsaftale, skal ordremodtageren af AVS-staten udpeges på forslag af Kommissionen, idet AVS-staten også kan indstille en ansøger.

7. Med hensyn til de nævnte begrænsede lister har Kommissionen siden 1960 i praksis taget hensyn til de nationale kvoter, som var afhængige af medlemsstaternes bidrag til Udviklingsfonden, således som de — i den for sagen relevante periode — var fastsat i den interne aftale af 1979[6] og i den interne aftale af februar 1985[7]. Da denne praksis — jeg skal senere vende tilbage til enkelthederne — blev kritiseret af visse medlemsstater, nåede Rådets kompetente arbejdsgruppe i 1983 til en aftale med Kommissionen, hvorefter 81,75% af projekterne i en forsøgsperiode (fra 1. juni 1983 til 28. februar 1985) skulle fordeles efter kvotesystemet, mens der for 18,25%'s vedkommende ikke skulle tages hensyn til de nationale kvoter (idet der — for så vidt som der var tale om betydelige beløb — ville blive sendt opfordringer til at afgive tilbud til firmaer i alle — på det pågældende tidspunkt ti — medlemsstater).

8. Efter at have vurderet resultaterne af denne metode (den beskrives i en rapport af november 1985 — vedlagt stævningen som bilag 2) erklærede Kommissionens repræsentant under et møde i arbejdsgruppen den 29. november 1985 (bilag 2 til stævningen, s. 3), at det var »desirable to revert to the quota system as previously applied...«. Kommissionens repræsentant forklarede også, at man allerede under mødet i arbejdsgruppen den 18. december 1985 havde givet udtryk for denne opfattelse (bilag 4 til stævningen). Dette ønske blev da også ført ud i livet, idet Kommissionens repræsentant under et møde i arbejdsgruppen den 6. marts 1986 meddelte, »that the system introduced on a trial basis in 1983 was no longer applied by the Commission as it had reverted — with effect from 1 March 1986... — to the former quota system« (bilag 6 til stævningen, s. 4). Ligeledes nævnes Kommissionens afgørelse om med virkning fra 1. marts 1986 at vende tilbage til det kvotesystem, der gjaldt forud

6 — EFT L 347, af 22. 12. 1980, s. 210.

7 — EFT L 86, af 31. 3. 1986, s. 210.

for 1. juni 1983, i referatet af mødet i arbejdsgruppen den 12. maj 1986 (bilag 7 til stævningen, s. 4).

9. Dette skridt er ifølge Det Forenede Kongeriges regering retsstridigt. Regeringen gav allerede udtryk herfor i en skrivelse af 21. marts 1986 til generaldirektøren for DG VIII og igen i en skrivelse af 28. april 1986, hvori den også anmodede om at få tilsendt de dokumenter, der indeholder ordlyden af Kommissionens afgørelse.

10. I besvarelse heraf meddelte generaldirektøren, at der ikke var tale om en *afgørelse*; det var altså ikke muligt at meddele ordlyden af en sådan afgørelse. Derfor blev der den 16. maj 1986 anlagt sag ved Domstolen med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse om med virkning fra 1. marts 1986 at genindføre kvotesystemet i fuldt omfang.

11. Som bekendt har Kommissionen først reageret herpå ved en begæring i henhold til procesreglementets artikel 91, dvs. ved at anmode Domstolen om først at tage stilling til, om sagen kan admitteres, hvilket Kommissionen bestrider. Da Domstolen ikke var indstillet på at behandle formaliteten særskilt, har Kommissionen også subsidiært påstået frifindelse.

12. Kongeriget Nederlandene er indtrådt i sagen til støtte for sagsøgeren og Den Italienske Republik til støtte for Kommissionen; efter min opfattelse skal der anlægges følgende *vurdering af sagen.*

B — Vurdering af sagen

I — *Formaliteten*

13. Der er i sagen lagt stor vægt på spørgsmålet, om den af Kommissionens repræsentant under mødet i arbejdsgruppen den 6. marts 1986 fremsatte erklæring om en genoptagelse af det tidligere anvendte kvotesystem i forbindelse med forberedelsen af kontrakter om tjenesteydelser støttes på en retsakt, der kan gøres til genstand for søgsmål i medfør af EVF-Traktatens artikel 173.

14. Kommissionen har besvaret dette spørgsmål benægtende, idet den hovedsagelig har henvist til Domstolens praksis på dette område (som også vedrører EKSF-Traktaten), samt til Den Høje Myndigheds afgørelse nr. 22/60 af 7. september 1960 [8], der er udstedt inden for rammerne af EKSF-Traktaten bl. a. med det formål at definere formen for beslutninger, således at alle interesserede uden vanskelighed kan afgøre, om de står over for en beslutning i den i EKSF-Traktatens artikel 14 forudsatte betydning. Efter Kommissionens opfattelse kan man ikke her tale om en kommissions*beslutning*; der er kun tale om visse retningslinier udfærdiget af en afdelingschef til dennes medarbejdere vedrørende anvendelsen af uklare forskrifter. I denne forbindelse må det navnlig tages i betragtning, at der ikke er tale om præcise, bindende og uforanderlige instrukser, men om retningslinier, der giver et temmelig stort spillerum, idet tjenesteydernes nationalitet kun er én af mange faktorer, der skal tages i betragtning. Ifølge Kommissionen skal der ligeledes tages hensyn til, at retningslinierne kun har betydning for de forberedende arbejder, og at de således ikke har endelig virkning, navnlig ikke over for tredjemand, især fordi AVS-staterne kan

8 — EFT Specialudgave, Anden Serie VIII, s. 13.

supplere den begrænsede liste med navne på interesserede virksomheder, som de har kendskab til. En sådan situation kræver ikke domstolskontrol i den i EVF-Traktatens artikel 173 forudsatte betydning, men det kan til nød hævdes, at en politisk kontrol er berettiget.

15. *1.* For så vidt angår denne problemstilling, skal jeg først erindre om, at Kommissionens handlinger, som omtales i artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og i artikel 211 i Lomé III — nemlig opstilling af begrænsede lister over ansøgere — klart er pålagt generaldirektøren for DG VIII Udvikling, som er den ledende anvisningsberettigede (jfr. artikel 121 i Lomé II), hvorimod hverken vedkommende kommissionsmedlem eller hele Kommissionen beskæftiger sig med dette område.

16. De af generaldirektøren for generaldirektoratet »Udvikling« udfærdigede instruktioner (som der her er tale om) vedrørende anvendelsen af de nævnte bestemmelser hviler yderligere på den antagelse — hvis holdbarhed jeg ikke her skal komme nærmere ind på — at de nævnte forskrifter giver en meget stor skønsmargen. Kommissionen er nemlig af den opfattelse — der især støttes på en analyse af den franske og den tyske version af artikel 25 i bilag XIV til Lomé II — at de kriterier, som er nævnt i artikel 25, stk. 1, i bilag XIV til Lomé II og i artikel 211 i Lomé III, (og som jeg tidligere har opregnet), kun er af betydning for den første udvælgelse af de ansøgere, der kan komme i betragtning, og som alle skal opfylde disse kriterier; der findes derimod ikke nogen klare bestemmelser vedrørende opstillingen af en *begrænset* liste på grundlag af den således først udvalgte personkreds. Det er således for at udfylde dette tomrum, at man udfærdigede instruktionerne, hvori nationale kvoter blev nævnt som vejledende kriterier.

17. Yderligere skal det allerede her nævnes, at der givet må tillægges den begrænsede liste endelig virkning i henhold til artikel 25, stk. 1, i bilag XIV til Lomé II, idet det her præciseres, at AVS-staten kun kan foretage sit valg blandt de ansøgere, som er optaget på den begrænsede liste. Selv om det kunne synes at forholde sig anderledes ved udbud ifølge artikel 25, stk. 2, eftersom den begrænsede liste ifølge denne bestemmelse skal opstilles i snævert samarbejde mellem Kommissionen og den pågældende AVS-stat (i lighed med proceduren efter artikel 211 i Lomé III), er det imidlertid klart — som det foreligger oplyst — at de af Kommissionen udfærdigede lister i praksis generelt accepteres af AVS-staterne, og at en AVS-stat kun lejlighedsvis udvider den således forelagte liste.

18. *2.* Efter min bedste overbevisning kan det således uden videre fastslås, at den påberåbte *afgørelse nr. 22/60* (hvori der navnlig lægges vægt på retsaktens betegnelse, angivelse af hjemmel, begrundelse og underskrift af et kommissionsmedlem) er helt uden betydning for den foreliggende sag, og at retspraksis vedrørende EKSF-Traktaten, som Kommissionen har henvist til, efter nærmere undersøgelse heller ikke kan lægges til grund.

19. a) Selv om afgørelse nr. 22/60 indeholder visse nyttige generelle retningslinier for EKSF-området (endnu er det aldrig fastslået i retspraksis, at der *kun* foreligger en beslutning, såfremt den indeholder alle de i afgørelsen nævnte elementer), fremgår det ikke

desto mindre helt klart af retspraksis vedrørende EVF-Traktatens artikel 173, at den nødvendige kvalifikation af en forholdsregel i første omgang skal fremgå af dennes genstand og indhold, og at det afgørende derfor ikke er retsaktens form, men dens væsen. Det fremgår klart af dommene i de forenede sager 16 og 17/62 [9] og i sag 60/81 [10]. I denne sammenhæng kan man ligeledes nævne de forenede sager 316/82 og 40/83 [11], hvorefter der — inden for tjenestemandsretten — endog kan foreligge mundtlige beslutninger. Det kan således under ingen omstændigheder udledes af den omstændighed, at de i afgørelse nr. 22/60 citerede formaliteter ikke blev opfyldt ved fastsættelsen af de foreliggende retningslinier, at den pågældende retsakt ikke kan gøres til genstand for søgsmål.

b) Med hensyn til retspraksis vedrørende EKSF-området må det ikke glemmes, at Domstolen i dommen i de forenede sager 16-18/59 [12] (der var her tale om en kartelretlig beslutning fra Den Høje Myndighed) på den ene side blot fremhævede, at betragtninger, der i beslutningens begrundelse omhandlede fremtidig godkendelse af aftaler, ikke kunne anses for andet og mere end en *ikke-bindende* underretning om en fremtidig afgørelse, og at Domstolen på den anden side — med hensyn til den del af beslutningen, hvor der er tale om at pålægge tjenestemænd en kontrolfunktion — understregede, at der kun var tale om en rent intern forholdsregel. Det er klart, at disse to udtalelser faktisk ikke kan anvendes i den foreliggende sag, da der ikke tages stilling til spørgsmålet, om en intern *instruktion*, der er udstedt af en for en bestemt forholdsregel kompetent myndighed, og som må formodes også at skulle tjene som retningslinie for den udstedende myndighed, kan anses for en retsakt, der kan gøres til genstand for et søgsmål.

20. Selv om Domstolen i dommen i sag 54/65 [13] fastslog, at der ikke kunne udøves domstolskontrol med en erklæring, som den på det pågældende tidspunkt eksisterende udligningskasse for skrot havde afgivet vedrørende begrebet skrot, kan man dog ikke se bort fra, at Domstolen fastslog, at der ikke forelå nogen beslutning under henvisning til, at udligningskassen for skrot — efter at være frataget de beføjelser, den havde fået tildelt — ikke længere på det pågældende tidspunkt var kompetent til at udstede sådanne retsakter.

21. For så vidt problemet vedrørende interne tjenesteforskrifter omtaltes i dommen i sag 20/58 [14] (der var her tale om en skrivelse fra Den Høje Myndighed stilet til et hjælpeorgan), må det endelig ikke glemmes, at Domstolen ikke afviste, at sådanne retningslinier kunne gøres til genstand for søgsmål. Det afgørende i den pågældende sag var, at Den Høje Myndighed blot ønskede at bekræfte, hvad der umiddelbart fremgik af en generel beslutning, og at den derfor absolut ikke havde til hensigt at udstede en beslutning.

22. 3. Endelig er det min opfattelse, at der i virkeligheden ikke af den af Kommissionen påberåbte *praksis vedrørende Udviklings-*

9 — Dom af 14. december 1962 i de forenede sager 16 og 17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes m.fl. mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber, Sml. 1954-1964, s. 359.

10 — Dom af 11. november 1981 i sag 60/81, IBM mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 2639.

11 — Dom af 9. februar 1984 i de forenede sager 316/82 og 40/83, Nelly Kohler mod Revisionsretten for De Europæiske Fællesskabers, Sml. s. 641.

12 — Dom af 12. februar 1960 i de forenede sager 16-18/59, Salgsforeningerne for Ruhrkul »Geitling« m.fl. mod Den Høje Myndighed for EKSF, Sml. 1954-1964, s. 163.

13 — Dom af 16. juni 1966 i sag 54/65, Compagnie der forges de Châtillon mod Den Høje Myndighed for EKSF, Sml. 1965-1968, s. 197.

14 — Dom af 17. juli 1959 i sag 20/58, Phoenix-Rheinrohr AG mod Den Høje Myndighed for EKSF, Sml. 1954-1964, s. 133.

fonden kan udledes noget af afgørende betydning for de her foreliggende problemer.

23. Domstolen har ganske vist i sager vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter indgået af AVS-staternes myndigheder med Kommissionens godkendelse statueret, at de udelukkede ansøgere ikke var umiddelbart berørt af Kommissionens retsakt (dommene i sagerne 126/83 [15] og 118/83 [16]), og den har fremhævet i andre sager af samme art, at virksomhederne kun havde en retlig forbindelse med de associerede stater, som indgår kontrakterne, og at de ikke kunne anses for adressater for fællesskabsbeslutninger (dommen i sag 33/82 [17]); Domstolen har også statueret, at virksomhederne ikke var omfattet af det forhold, der udelukkende bestod mellem Kommissionen og AVS-staterne (dommen i sag 267/82 [18]). Jeg mener imidlertid ikke, at det heraf generelt kan udledes, at det er Domstolens opfattelse, at retsakter udstedt af Kommissionen under en procedure vedrørende Udviklingsfondens indgåelse af kontrakter aldrig kan indebære sådanne virkninger for de virksomheder, der deltager i proceduren, at der er grundlag for at rejse annullationssøgsmål. De nævnte sager kan ikke give anledning til så vidtrækkende konklusioner. Det må navnlig ikke glemmes, at der på det tidspunkt var tale om sager anlagt af *virksomheder* i medfør af EVF-Traktatens artikel 173, stk. 2, men at spørgsmålet om, hvorvidt *medlemsstater* kan anlægge sag til prøvelse af de af Kommissionen i en sådan sammenhæng udstedte retsakter, ikke blev rejst.

24. *4.* Efter min opfattelse er det for at løse det problem, vi her skal tage stilling til, for det første væsentligt, at EVF-Traktatens artikel 173, stk. 1, som bl. a. regulerer medlemsstaternes søgsmål, ikke indeholder ordet beslutninger — som stk. 2 — men det videre begreb »*retsakter*«. Ifølge retspraksis (sag 22/70 [19]) omfatter dette begreb en beslutning truffet af Rådet vedrørende forhandlingen og indgåelsen af en aftale (beslutningen indeholdt adfærds- og procedureregler) eller (sagerne 230/81 [20] og 108/83 [21]) parlamentsbeslutninger (om afholdelse af plenar-, udvalgs- og gruppemøder på et bestemt sted samt om sekretariatets og de tekniske tjenestegrenes aktiviteter).

25. For det andet er det ifølge retspraksis vedrørende definitionen af de retsakter, der kan gøres til genstand for søgsmål, vigtigt for det første at fastslå, dels om de har bestemte retsvirkninger (ovennævnte sager 22/70 og 60/81), dels (det gælder konkurrencesager) om der blot er tale om retsakter af forberedende art (ovennævnte sag 60/81; dommen vedrørende EKSF-Traktaten afsagt i sag 54/65 vedrører retsakter som endelig afslutning på en intern procedure).

15 — Dom af 10. juli 1984 i sag 126/83, STS Consorzio sistemi di telecommunicazione via satellite SpA mod Kommissionen for De Fællesskaber, Sml. s. 2769.

16 — Dom af 10. juli 1985 i sag 118/83, CMC mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 2337.

17 — Dom af 19. september 1985 i sag 33/82, Murri Frères mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. 1s. 2780.

18 — Dom af 24. juni 1986 i sag 267/82, Développement SA og Clemessy mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 1913.

19 — Dom af 31. marts 1971 i sag 22/70, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber, »AETR«, Sml. 1971, s. 41.

20 — Dom af 10. februar 1983 i sag 230/81, Storhertugdømmet Luxembourg mod Europa-Parlamentet, Sml. s. 255.

21 — Dom af 10. april 1984 i sag 108/83, Storhertugdømmet Luxembourg mod Europa-Parlamentet, Sml. s. 1945.

26. I den foreliggende sag kan det med sikkerhed fastslås, at de retsakter, Kommissionen kan udstede i henhold til artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og artikel 211 i Lomé III, har retsvirkninger. De har utvivlsomt afgørende indflydelse på AVS-staternes valg af konsulenter. Ifølge artikel 25, stk. 1, i bilag XIV skal valget nemlig foretages på grundlag af den af Kommissionen opstillede begrænsede liste. Selv om der på den anden side i artikel 25, stk. 2, og artikel 211 er tale om samarbejde (eller fælles overenskomst) med den pågældende AVS-stat (hvilket betyder, at denne kan supplere den begrænsede liste), er Kommissionens forslag dog under alle omstændigheder endeligt, og — som det foreligger oplyst — holder man sig generelt til dette forslag (hvilket i øvrigt heller ikke er overraskende, eftersom de konsulenter, der kan komme i betragtning, vel for størstedelens vedkommende ikke har tilstrækkeligt kendskab til de påtænkte kontrakter vedrørende tjenesteydelser, og eftersom de heller ikke har de nødvendige forbindelser med alle AVS-staterne, således at de ikke kan fremsætte forslag til supplering af listerne). Men såfremt den i denne forbindelse kompetente tjenestegren fastsætter retningslinier til præcisering af Kommissionens kompetence, som utvivlsomt omfatter en vis skønsmargen (som jeg ikke her skal gå nærmere ind på), må det givet antages, at de også — fordi de har en vejledende funktion — havde retsvirkninger i den i retspraksis anførte betydning. Det er i denne henseende uden betydning, at de kan ændres (hvilket gælder alle regler), eller at de muliggør en smidig behandling, dvs. at de ikke foreskriver en snæver forbindelse med de nationale kvoter, men giver mulighed for visse afvigelser. Det afgørende er, at de nationale kvoter skulle tjene som rettesnor (siden marts 1986 er der ikke længere tale om den såkaldte »frie kvoteandel«), og at kontrakterne for tjenesteydelser derfor har taget en anden retning (hvilket fremgår af de fremlagte statistiske oplysninger, selv om de også klart viser, at der foreligger visse afvigelser fra kvoterne).

27. Selv om det på den anden side må indrømmes, at Kommissionens medvirken — set i forhold til hele proceduren ved indgåelse af kontrakter og til den endelige afgørelse, som er forbeholdt AVS-staten — er af forberedende karakter, kan man dog ikke afvise muligheden for domstolskontrol ved at påberåbe sig retspraksis vedrørende rent forberedende retsakter. Det afgørende er i virkeligheden, at Kommissionen — som påvist — har en udslaggivende indflydelse på den gruppe konsulentvirksomheder, der kan komme i betragtning. Virksomheder, som udelukkes, er generelt endeligt udelukket fra udbudsproceduren. For virksomheder, som Kommissionen ikke har optaget på den begrænsede liste, er fællesskabsretsakten vedrørende forhåndsudvælgelsen således endelig; det kan således heller ikke — ud fra dette synspunkt — hævdes, at instruktionerne vedrørende opstillingen af den begrænsede liste ikke har retsvirkninger.

28. Hvis man yderligere tager i betragtning, at det vanskeligt ses, hvorledes det er muligt at udøve en tilfredsstillende kontrol med den her omhandlede praksis inden for rammerne af erstatningssøgsmål, som Kommissionen har henvist til, og som vel må rejses af de virksomheder, som ikke er taget i betragtning, må det fastslås, at sagen bør admitteres trods Kommissionens betænkeligheder, og at den i stævningen anførte retsakt, som må tilskrives Kommissionen — hvorefter det tidligere gældende kvotesystem igen skal anvendes med virkning fra 1. marts 1986 — således kan gøres til genstand for et søgsmål, fordi der åbenbart *består* en *legitim interesse* i at få afklaret, *om og i hvilket om-*

fang nationale kvoter kan accepteres inden for rammerne af det tekniske samarbejde med AVS-staterne, og da det ikke ses, hvorfor en medlemsstat, som ikke er enig med Kommissionens praksis, skal afvente en konkret retsakt, dvs. opstillingen af en bestemt begrænset liste.

II — *Realiteten*

29. *1.* Inden der tages stilling til realiteten, bør der foretages en gennemgang af, *hvad der kendetegner det af Kommissionen anvendte kvotesystem,* således som det fremgår af de fremlagte dokumenter.

30. Som grundlag anvendes procentsatser, der er afhængige af medlemsstaternes bidrag til Udviklingsfonden (skrivelse af 21. februar 1986, der som bilag 1 er vedlagt Kommissionens besvarelse af Domstolens spørgsmål). Hvis det viser sig, at den ideelle kvote ikke er opfyldt ved opgørelsen af de indgåede kontrakter om tjenesteydelser, der foretages regelmæssigt med et par måneders mellemrum, må man ved udvælgelsen af den gruppe af interesserede, som skal have de nødvendige kvalifikationer samt den nødvendige erfaring og uafhængighed og samtidig være til rådighed (jfr. bilag 9 til stævningen), foretrække virksomheder fra lande, som endnu ikke har opfyldt deres kvote og, omvendt, være mere forbeholdne over for virksomheder i lande, som allerede har overskredet deres kvoter (skrivelse af november 1985, bilag 2 til stævningen). Under mødet i arbejdsgruppen den 18. december 1985 nævnede Kommissionens repræsentant sågar, at firmaer i de medlemsstater, som havde overskredet deres årskvote var udelukket (bilag 4 til stævningen, s. 3), og det nævnes i den netop omtalte skrivelse af 21. februar 1986, at virksomhederne i lande med et betydeligt underskud bør have *absolut fortrinsstilling.* En skrivelse af 17. september 1984, som Kommissionen ligeledes har fremlagt i besvarelse af Domstolens spørgsmål, viser yderligere, at der ved små beløb kun skal opføres *én* virksomhed »sans tenir compte des pourcentages d'orientation par nationalité«, mens der i alle andre tilfælde skal vælges virksomheder »de préférence en suivant instruction en cours sur respect pourcentages d'orientation par nationalité«.

31. Kommissionen har i øvrigt understreget (i overensstemmelse med erklæringerne i bilag 9 til stævningen), at kvotesystemet anvendes smidigt, idet man f. eks. fraviger det i tilfælde af indbyrdes sammenhængende kontrakter som følge af historiske bånd eller omkostningerne, eller når virksomheden har særlig kompetence (der er under sagen givet et konkret eksempel herpå), og man kan vel sige, at det bekræftes af de fremlagte statistiske oplysninger, navnlig fra november 1985, der særlig vedrørte kontrakter indgået på grundlag af kvotesystemet (bilag 2 til stævningen). Det må vel siges, at der ikke her består en *meget snæver* forbindelse med kvoterne (som sagsøgeren har hævdet), idet man tværtimod til dels konstaterer væsentlige afvigelser (nemlig kvoteoverskridelser af en størrelsesorden fra 20 til over 30% samt underskridelser mellem 15 og 50%). Alt i alt bevarer man dog det indtryk (navnlig ud fra de fremlagte dokumenter), at de nationale kvoter ikke blot har marginal betydning ved forberedelsen af kontrakter om tjenesteydelser, men tværtimod spiller en væsentlig rolle.

32. 2. For det første kritiserer sagsøgeren, som det er Domstolen bekendt, kvotesystemet med den begrundelse, at det *ikke er i overensstemmelse med den anden og tredje Lomé-konvention.* Konventionerne fastsætter ikke sådanne kriterier i forbindelse med forberedelsen af kontrakter om tjenesteydelser, og de kan heller ikke på nogen måde udledes af konventionerne. Derimod må det snarere antages, at de for opstillingen af den begrænsede liste vigtige udvælgelseskriterier er udtømmende opregnet i artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og i artikel 211 i Lomé III, så der ikke er plads til suppelerende kriterier af den her omhandlede art. Det er navnlig vigtigt at fastslå, at lighedsprincippet ligger til grund for disse konventioner — således som det i øvrigt fremgår af en række bestemmelser og af selve opbygningen af systemet — og at de tilfælde, hvor princippet kan fraviges, udtrykkeligt er nævnt. Det må endelig også anerkendes, at iagttagelsen af nationale kvoter ikke er foreneligt med konventionernes hovedformål, nemlig at yde så effektiv en bistand som muligt, eftersom en sådan ordning let ville føre til at udelukke de virksomheder, der — ved nærmere eftersyn — må kunne forventes at yde den mest effektive bistand, fra den gruppe af virksomheder, som opfylder betingelserne efter artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og artikel 211 i Lomé III.

33. Kommissionen (støttet af den italienske regering) har heroverfor i det væsentlige anført, at man ikke, for så vidt angår kontrakter om tjenesteydelser, kan støtte sig på de almindelige bestemmelser i konventionerne, som Det Forenede Kongerige navnlig har i tankerne. Artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og artikel 211 i Lomé III må i virkeligheden anses for lex specialis for kontrakter om tjenesteydelser, som på grund af bestemmelsernes særlige karakter ikke er omfattet af den almindelige ordning. Ifølge disse bestemmelser skal der kun ved den første udvælgelse af de konsulentvirksomheder, der skal tages i betragtning, tages hensyn til de deri opregnede betingelser, og man må gå ud fra, at Kommissionen har kompetence til efterfølgende at begrænse denne gruppe med henblik på at opstille begrænsede lister. Under alle omstændigheder er det absolut umuligt med sikkerhed at opstille begrænsede lister alene på grundlag af de udtrykkeligt anførte kriterier, og hvis Kommissionen inden for rammerne af den skønsmargen, som den utvivlsomt råder over, tager hensyn til ansøgernes nationalitet, må det anerkendes, at det sker med det formål at fremme en tilfredsstillende udvikling af forbindelserne mellem alle medlemsstaterne og AVS-staterne.

34. Når der skal tages stilling til denne ikke helt enkle konflikt, er jeg efterhånden nået til den opfattelse — som jeg straks skal forelægge Domstolen — at Det Forenede Kongerige og Kongeriget Nederlandene har fremført de vægtigste argumenter.

35. a) Det kan uden videre fastslås, at det *grundlæggende princip* i afsnit VII i Lomé II og afsnit III i Lomé III om finansielt og teknisk samarbejde er princippet om *ligebehandling* af de berørte virksomheder eller — om man vil — princippet om forbud mod forskelsbehandling.

36. Der kan i denne forbindelse henvises til:

— artikel 108, stk. 4, i Lomé II [svarende til artikel 192, stk. 3, litra d), i Lomé III], hvorefter det henhører under AVS-staterne og *Fællesskabets* fælles ansvars-

område at iværksætte gennemførelsesforanstaltninger, der er *egnede til at sikre lige vilkår* for deltagelse i udbud og kontrakter;

— artikel 121, stk. 2, i Lomé II (svarende til artikel 226, stk. 2, i Lomé III), hvorefter den ledende anvisningsberettigede (det er generaldirektøren for det generaldirektorat, der har udstedt de anfægtede instruktioner) skal drage omsorg for, at betingelserne for deltagelse i udbud er lige, og påse, at der ikke sker forskelsbehandling;

— artikel 125 i Lomé II (svarende til artikel 232 i Lomé III), hvorefter deltagelsen i udbud og kontrakter, for så vidt angår foranstaltninger, som finansieres af Fællesskabet, er åben på lige vilkår for alle fysiske personer og selskaber, der er omfattet af Traktaten, samt for alle fysiske personer og selskaber i AVS-staterne;

— artikel 126 i Lomé II (svarende til artikel 233 i Lomé III), der bestemmer, at AVS-staterne og Kommissionen træffer foranstaltninger, der kan sikre den videst mulige deltagelse på lige vilkår i udbud og bygge- og anlægskontrakter samt indkøbskontrakter, og som ikke må føre til forskelsbehandling.

37. Betydningen af det princip, der således kommer til udtryk, afsvækkes kun ubetydeligt af den omstændighed, at sidstnævnte bestemmelser alene vedrører kontrakter om bygge- og anlægsarbejder samt indkøbskontrakter (som ikke spiller nogen rolle i den foreliggende sag, men dog — som oplyst for Domstolen — udgør omkring 80% af alle Udviklingsfondens ydelser), eller at artikel 121 i Lomé II (eller artikel 226 i Lomé III) alene omhandler udbud, mens artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og artikel 211 i Lomé III kun vedrører begrænsede udbud, idet denne bestemmelse ikke udelukker anvendelsen af kriterier, der indebærer et forbud mod forskelsbehandling. Det kan under ingen omstændigheder nægtes, at artiklerne 108 og 125 i Lomé II (henholdsvis 192 og 232 i Lomé III) er almindeligt gældende regler, og det kan navnlig ikke hævdes, at artikel 125 (henholdsvis 232) alene har til formål at afstikke de geografiske rammer for tilbudsgiverne og henvise til kravet om ligebehandling af virksomheder inden for Fællesskabet og virksomheder i AVS-staterne.

38. b) Der skal ikke herefter bruges megen tid til at forklare, at det afgørende hensyn, som kvotesystemet indebærer, til *nationalitet* af de virksomheder, der kan komme i betragtning, fører til *forskelsbehandling* i den i de nævnte bestemmelser forudsatte betydning. Ud fra et fællesskabsretligt synspunkt er det klart, at en virksomheds hjemsted inden for rammerne af udviklingsbistand er et usagligt kriterium, og at man i første omgang kun kan anse kriterier, der kendetegner de pågældende virksomheders aktiviteter, for saglige. Der kan også i denne forbindelse henvises til, at virksomheder ifølge Kommissionens praksis ofte tages i betragtning, fordi de har ganske særlige kvalifikationer, selv om de principielt burde være udelukket, fordi de nationale kvoter er op-

brugt. I virkeligheden betyder det blot, at disse virksomheder skal opfylde strengere krav (de bør være »bedre«), og på grund af nationalitetskriteriet, som afføder strengere betingelser over for dem, udsættes de således for forskelsbehandling.

39. c) Jeg skal herefter tilslutte mig sagsøgerens opfattelse, hvorefter *afvigelser* fra det nævnte princip kun kan accepteres, såfremt de klart kan udledes af konventionens ordlyd eller dens almindelige opbygning, eftersom der netop er tale om en retsakt, som også er blevet godkendt af Fællesskabet som sådant, og hvorefter Kommissionen, altså et fællesskabsorgan, tillægges betydelige forvaltningsbeføjelser. Det kan hævdes, at såfremt medlemsstaterne, der også har undertegnet konventionen, faktisk havde lagt vægt på, at der skulle tages hensyn til nationaliteten af de virksomheder, der kunne komme i betragtning, ville de formentlig udtrykkeligt have taget hensyn til dette for dem så vigtige forhold, som ikke kan spille nogen rolle for Fællesskabet som sådant. For så vidt er det utvivlsomt af en vis interesse — hvorfor det også bør nævnes — at man i Fællesskabernes tjenestemandsret udtrykkeligt har fundet det nødvendigt at give mulighed for at tage hensyn til nationalitet (som i princippet bør betragtes som en irrelevant faktor, jfr. tjenestemandsvedtægtens artikel 7), nemlig i artikel 27, hvorefter tjenestemænd skal udvælges på et så bredt geografisk grundlag som muligt blandt statsborgere i Fællesskabernes medlemsstater. I denne forbindelse bør det yderligere nævnes, at der ifølge retspraksis altid er stillet strenge krav, idet det altid har været fremhævet, at det kun er i tilfælde, hvor kvalifikationerne kan *ligestilles*, at statsborgerskabet kan anvendes som udslaggivende faktor for at opretholde geografisk ligevægt [22].

40. Med hensyn til Lomé-konventionerne er det imidlertid klart, at de ikke indeholder nogen bestemmelse, der foreskriver den af Kommissionen valgte procedure på grundlag af nationalitet. De særlige bestemmelser, hvorefter lighedsprincippet kan fraviges, tilgodeser tværtimod alene AVS-staternes interesser, såsom artiklerne 130 og 140 i Lomé II og artiklerne 209 og 236 i Lomé III. Det er givet, at man heller ikke her kan gøre gældende — og således forsøge at begrunde de nationale kvoter under henvisning til ånden i konventionerne — at de har til formål hurtigst muligt at fremme forbindelserne mellem alle medlemsstaterne og alle AVS-staterne. Eftersom det åbenbart ikke har nogen betydning for bygge- og anlægskontrakter samt leveringskontrakter, som udgør langt den største del af udviklingsbistanden, ses det vanskeligt, hvorfor denne opfattelse skulle være udslaggivende ved kontrakter om tjenesteydelser.

41. Det kan ikke heroverfor gøres gældende, at rådgivningskontrakter er af langt større betydning end deres faktiske værdi, fordi de baner vejen for senere leverings- eller byggekontrakter.

42. Hvis det forholdt sig således, kunne man måske netop have begrundet en nationalitetsprocent, hvis det havde været medlemsstaternes erklærede ønske. Men man kan ikke begrunde, at dette kriterium, som

22 — Dom af 4. marts 1964 i sag 15/63, Claude Lasalle mod Europa-Parlamentet, Sml. 1954-1964, s. 459, dom af 6. maj 1969 i sag 17/68, Andreas Reinarz mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber Sml. 1969, s. 23, dom af 21. april 1983 i sag 282/81, Ragusa mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 1245, og dom af 30. juni 1983 i sag 85/82, Schloh mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 2105.

er i strid med den grundlæggende tendens i konventionens øvrige bestemmelser, således indfortolkes i en bestemmelse, der foreskriver objektive kvalitetskriterier.

43. d) Selv om man på den anden side må medgive Kommissionen, at bestemmelserne i artikel 25 i bilag XIV til Lomé II og artikel 211 i Lomé III til en vis grad må anses for lex specialis for kontrakter for tjenesteydelser (da de vedrører ydelser af en særlig art, om hvilke det gælder, at en objektiv kvalitetssammenligning af arten af almindelige udbud støder på store vanskeligheder, og at det også af omkostningshensyn — der er ofte tale om mindre beløb — er nødvendigt at begrænse kredsen af ansøgere), betyder det dog ikke nødvendigvis, at der her kan lægges afgørende vægt på ansøgernes nationalitet. Jeg er ikke overbevist om, at de to nævnte bestemmelser skal fortolkes således, at man i *første omgang* skal udvælge de ansøgere, som opfylder de nævnte kriterier, hvorefter der med udgangspunkt i denne gruppe kan opstilles en begrænset liste på grundlag af et skøn (idet de nationale kvoter også her kan spille en rolle). Selv om det i sig selv måtte forekomme usædvanligt på et så gennemreguleret område (jeg skal her først og fremmest henvise til artiklerne 211 og 209 i Lomé III) at give så vidt et skøn ved den afgørende udvælgelse, kan man ligeså vel ud fra ordlyden af den nævnte bestemmelse forsvare den fortolkning, hvorefter det i første omgang er de udtrykkeligt anførte kriterier, der er afgørende for opstillingen af den begrænsede liste (såvel som prisen — jfr. artikel 25 i bilag XIV til Lomé II — idet det for et bestemt projekt måske ikke er den bedst kvalificerede og derfor dyreste ansøger, der får tildelt kontrakten, men derimod den, hvis tilbud er det økonomisk mest fordelagtige). Det er i hvert fald ikke indlysende, at det i praksis er umuligt for Kommissionen i første omgang at opstille en begrænset liste ud fra de i de nævnte bestemmelser anførte kriterier, for så vidt som Kommissionen selv under sagen — under henvisning til en tilsvarende kritik i en rapport fra Revisionsretten — har udtalt, at metoden til vurdering af de virksomheder, der kan komme i betragtning, i mellemtiden var blevet forbedret, og at oplysninger om allerede leverede tjenesteydelser, der regelmæssigt overføres til edb, i denne forbindelse er værdifulde.

44. Hvis man imidlertid anerkender, at der kan udøves et vist skøn ved opstillingen af den begrænsede liste (hvilket vanskeligt kan bestrides), kan de nationale kvoter dog ikke spille nogen *afgørende* rolle alene af den grund, at et for udviklingsbistanden kendetegnende grundlæggende princip — der går ud på at sikre den mest effektive bistand — herved kan bringes i fare, således som det fremgår af en række af sagsøgeren anførte bestemmelser i de to konventioner. Man kan faktisk uden videre forestille sig, at de ansøgere, som kan levere de mest hensigtmæssige tekniske ydelser, ved nærmere eftertanke netop befinder sig i den gruppe, der udelukkes på grund af nationalitet, hvilket Kommissionen åbenbart normalt ikke bestræber sig på at undersøge. Nationalitetskriteriet kan allerhøjst spille en ganske underordnet rolle inden for rammerne af en formodet skønsmargen (af samme art som inden for tjenestemandsretten, dvs. når først det er fastslået, at ansøgerne har samme kvalifikationer), og dette kriterium kan endog anses for at være ganske nyttigt, idet man herved kan undgå, at forbindelserne

mellem en medlemsstat og visse AVS-stater udvikler sig alt for ensidigt, hvilket bestemt ikke er i overensstemmelse med konventionens ånd.

45. e) Endelig er det efter min opfattelse helt klart, at den af Kommissionen nævnte *praksis, der følges af andre organer, der yder udviklingsbistand* (Verdensbanken, Den Amerikanske Udviklingsbank, Den Afrikanske Udviklingsbank, FN's udviklingsprogram), ikke er bindende.

46. Efter hvad der er oplyst om dette forhold, får man den opfattelse, at de nationale kvoter ikke spiller nogen rolle i Kommissionens praksis, men alene bestræbelserne på at sikre den bredest mulige geografiske fordeling af kontrakter om tjenesteydelser. Det skal i denne forbindelse yderligere nævnes, at det naturligvis ikke er muligt uden videre at overføre den praksis, der følges af internationale organisationer, på det i kvalitativ henseende helt anderledes samarbejde inden for rammerne af de her omhandlede konventioner, som Fællesskabet som sådant har undertegnet (hvilket indebærer, at der må tages særlige hensyn til EF-borgernes behov), og hvoraf der yderligere kan udledes entydige materielretlige principper vedrørende behandlingen af ansøgerne til kontrakter om tjenesteydelser.

47. f) For så vidt angår det første anbringende, kan det herefter fastslås, at kvotesystemet, som Kommissionens kompetente tjenestegren i marts 1986 har besluttet at genindføre fuldt ud, således som det virker efter det under sagen oplyste, må betragtes som uforeneligt med Lomé II og Lomé III, hvorfor der bør gives sagsøgeren medhold i annullationspåstanden.

48. Det bør imidlertid ske — som sagsøgeren selv har foreslået, og som der består mulighed for i henhold til EVF-Traktatens artikel 174 — med det forbehold, at allerede indgåede kontrakter af hensyn til retssikkerheden ikke påvirkes heraf.

49. *3.* Herefter er der ingen anledning til at tage stilling til *sagens to øvrige anbringender*, nemlig den påståede tilsidesættelse af *EØF-Traktatens artikel 7* (hvorefter al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er forbudt inden for Traktatens anvendelsesområde) og den påståede tilsidesættelse af målet efter EØF-Traktatens *artikel 3, litra f)* (gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes). For fuldstændighedens skyld skal jeg dog i det mindste fremsætte et par korte bemærkninger hertil.

a) *EØF-Traktatens artikel 7*

50. Sagsøgeren har her gjort gældende, at de af Fællesskabet undertegnede konventioner — såsom Lomé II og III — skal være forenelige med EVF-Traktaten, hvilket fremgår af Traktatens artikel 228. Sagsøgeren har ligeledes anført, at Kommissionens retsakter, som udstedes inden for rammerne af sådanne konventioner, er omfattet af Traktatens anvendelsesområde; følgelig finder forbudet efter artikel 7 anvendelse, og ifølge denne bestemmelse er det udelukket at tillægge en virksomheds hjemsted afgørende betydning.

51. Det lyder umiddelbart ganske overbevisende. Under alle omstændigheder kan det vanskeligt heroverfor gøres gældende, at kvotesystemet tager hensyn til medlemsstaternes forskellige forhold, således som de fremgår af de forskellige økonomiske bidrag til Udviklingsfonden (som skal finansiere kontrakterne om tjenesteydelser), og at det derfor i denne henseende må betragtes som sagligt begrundet. Den af Kommissionen påberåbte udtalelse 1/78 [23] kan næppe danne grundlag for denne opfattelse. Når Domstolen vedrørende den dengang endnu ikke fastsatte mulighed for finansiering ydet af medlemsstaterne udtalte, at medlemsstaterne skulle deltage i den for reguleringsordningen vigtige beslutningsproces, havde det klart kun betydning for spørgsmålet, om Fællesskabet måtte anses for at have enekompetence til at indgå konventionen; til gengæld kan man ikke heraf udlede et princip, hvorefter en bestemt finansieringsform tillader afvigelser fra fællesskabsrettens grundlæggende principper.

52. Yderligere kan det i denne sammenhæng anføres, at medlemsstaternes finansielle bidrag til Fællesskabet i grunden også er fastsat på ret forskelligt grundlag, desuagtet at Fællesskabet er forpligtet til at overholde princippet i artikel 7.

53. Man har dog med rette rejst spørgsmålet, om det virkelig kan hævdes, at Kommissionens retsakter i forbindelse med forberedelsen af kontrakter om tjenesteydelser inden for rammerne af det tekniske samarbejde med AVS-staterne i fuldt omfang falder ind under Traktatens anvendelsesområde og således fuldt ud er omfattet af forbudet i artikel 7. Man må faktisk heller ikke glemme, at der er tale om blandede aftaler, som også er undertegnet af medlemsstaterne, og når Kommissionen i henhold hertil får tildelt beføjelser, så betyder det ikke nødvendigvis, at disse udelukkende skal udøves i Fællesskabets navn, idet det viser sig (eksempelvis i artikel 11 i den interne finansieringsaftale af 1979), at Kommissionen også deltager i forvaltningen på alle de kontraherende parters vegne.

54. Man bemærker yderligere med interesse, hvad der kan udledes af den af Kommissionen anførte retspraksis vedrørende den ufuldstændige anvendelse af lighedsprincippet og muligheden for at fravige det. Jeg tænker her først på to domme vedrørende handelspolitik. Domstolen godkendte således i dommen i sag 41/76 [24] en begrænsning af samhandelen inden for Fællesskabet, for så vidt angår varer fra tredjelande, der var bragt i fri omsætning i en medlemsstat, idet den henviste til EVF-Traktatens artikel 115 og til, at en fælles handelspolitik endnu ikke var fuldt gennemført. Domstolen afsagde en tilsvarende dom i sag 242/84 [25] (der var her tale om en fælles indførselsordning med kontingenter, som blev fordelt mellem medlemsstaterne på grundlag af deres behov for forsyninger). Også her fandt Domstolen, at restriktionerne for varer i fri omsætning i en medlemsstat var begrundet, da den fælles handelspolitik endnu ikke var fuldstændig gennemført. Jeg kan også nævne dommen i sag 153/73 [26], hvori Domstolen på den fælles landbrugspolitiks område (ifølge EØF-Traktatens artikel 40 gæl-

23 — Domstolens udtalelse af 4. oktober 1979 afgivet i medfør af EØF-Traktatens artikel 228, stk. 1, afsnit 2, »international overenskomst om naturgummi«, udtalelse 1/78, Sml. 1979, s. 2871.

24 — Dom af 15. december 1976 i sag 41/76, Donckerwolcke mod Anklagemyndigheden m.fl., Sml. s. 1921.

25 — Dom af 5. marts 1986 i sag 242/84, Tezi BV mod Økonomiministeriet, Sml. s. 935.

26 — Dom af 2. juli 1974 i sag 153/73, Holtz & Willemsen GmbH mod Rådet for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 675.

der der på dette område et særligt forbud mod forskelsbehandling) erklærede en for en medlemsstat gældende særlig foranstaltning (bistand for raps produceret i Italien) for berettiget med den begrundelse, at den fælles markedsordning endnu ikke på det pågældende tidspunkt opfyldte alle målene efter artikel 39 og havde visse lakuner. Når henses til denne retspraksis og til det forhold, at der for udviklingsbistand endnu ikke er gennemført en fuldstændig fællesskabspolitik, er det næppe helt forkert at hævde, at forbudet mod forskelsbehandling i artikel 7 endnu ikke kan kræves overholdt i fuldt omfang.

55. Under alle omstændigheder kan det ikke med rette heroverfor hævdes, at Traktatens artikel 115 vedrørende den fælles handelspolitik udtrykkeligt giver mulighed for afvigelser fra Traktaten. På landbrugsområdet findes der heller ikke en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse (hvilket ikke udelukkede en afvigelse fra artikel 40), og med hensyn til de her omhandlede konventioner må det anerkendes, at de tillægger Kommissionen en vis skønsmargen i forbindelse med forberedelsen af kontrakter om tjenesteydelser.

56. Kommissionens argumentation kan heller ikke afvises under henvisning til dommen i sag 126/82 [27]. Selv om dommen indeholder en række betragtninger (hovedsagelig negative) vedrørende EØF-Traktatens artikel 7, kan man ikke uden videre heraf udlede, at Domstolen — uanset at den fælles transportpolitik endnu havde lakuner — lagde til grund, at forbudet mod forskelsbehandling skulle gennemføres fuldt ud på dette område.

27 — Dom af 25. januar 1983 i sag 126/82, D. J. Smit Transport BV mod Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, Sml. s. 73.

57. Man kan altså — og jeg skal her begrænse mig til dette punkt uden yderligere at uddybe problemstillingen — antage, at det i det mindste er højst usandsynligt, at den kritik, der rettes mod det af Kommissionen anvendte kvotesystem, også kan støttes på EØF-Traktatens artikel 7.

b) *EØF-Traktatens artikel 3, litra f)*

58. For så vidt sagsøgeren på den anden side gør gældende, at Kommissionen ved udøvelsen af sin kompetence i henhold til konventionen er forpligtet til at tage hensyn til formålet efter EVF-Traktatens *artikel 3, litra f)*, og for så vidt sagsøgeren anfører, at dette ikke er muligt, såfremt der tages hensyn til nationale kvoter, som i visse tilfælde indebærer, at en virksomhed optages på den begrænsede liste alene på grundlag af nationalitet, nærer jeg ligeledes tvivl om, hvorvidt dette argument (forvridning af konkurrencevilkårene), i virkeligheden kan danne grundlag for en annullation.

59. I denne forbindelse må det efter min opfattelse helt sikkert lades ude af betragtning, at der under alle omstændigheder sker en *begrænsning af den personkreds*, der kan komme i betragtning ved kontrakter om tjenesteydelser, og at konkurrencen således i hvert enkelt tilfælde begrænses til få virksomheder. Dette er udtrykkeligt foreskrevet i konventionerne, og det kan hævdes, at det falder i tråd med en hensigtsmæssig udviklingsbistand (idet man kun således kan sikre, at interesserede virksomheder udvælges til ydelser, som under alle omstændigheder efter deres karakter vanskeligt egner sig til almindeligt udbud, og fordi omkostningerne

kan holdes på et lavere niveau end ved omfattende udbud, hvori et større antal ansøgere hver gang kan deltage). Af samme grund er det vel også uden betydning, at det undertiden sker, at der kun optages *én* ansøger på den begrænsede liste, idet det fremgår af en skrivelse af 17. september 1984 (bilag 2 til svaret på Domstolens spørgsmål), at det kun sker ved kontrakter om tjenesteydelser af ringe betydning, og at de nationale kvoter ikke her spiller nogen rolle.

60. Når man på den anden side vel ikke i denne sammenhæng kan gøre gældende, at målet efter artikel 3, litra k), har forrang for målet efter samme bestemmelses litra f) (for så vidt det nemlig drejer sig om, på grundlag af nationale kvoter, at sikre en så velafbalanceret udvikling som muligt af medlemsstaternes forbindelser med AVS-staterne — jeg har allerede behandlet dette spørgsmål tilstrækkeligt), må man vel imidlertid betegne det som tvivlsomt, om den beskrevne udvælgelsesprocedure — hvorefter de ansøgere, som rent sagligt har kvalificeret sig, lejlighedsvis ikke optages på listen, mens andre kun tages i betragtning på grundlag af deres nationalitet — virkelig påvirker situationen inden for *Fællesskabet* (der er tale om tjenesteydelser, der skal præsteres uden for Fællesskabet), således at der kan tales om væsentligt forandrede konkurrencevilkår — når henses til de konkrete konkurrenceregler. Det må dog antages, at begunstigelsen af virksomheder, der i sig selv ikke er kvalificerede til at deltage, ikke er hovedreglen. På den anden side er det ikke påvist, at det forhold, at virksomheder, der i sig selv er kvalificeret til at deltage, ikke tages i betragtning på grundlag af nationalitet, kan påvirke deres konkurrenceposition *inden for det fælles marked*, mens det må antages, at kontrakter om tjenesteydelser med AVS-staterne for de fleste af de virksomheder, der kan tages i betragtning, kun udgør en brøkdel af deres forretningsaktiviteter. Det ses således vanskeligt, hvorledes det anfægtede kvotesystem mærkbart kan påvirke konkurrencen mellem staterne inden for Fællesskabet, for så vidt angår kontrakter om tjenesteydelser.

61. I øvrigt må sagsøgeren anerkende, at der af de i denne forbindelse påberåbte domme vanskeligt kan udledes noget afgørende til støtte for det af sagsøgeren fremførte. Det samme gælder dommen i de forenede sager 6 og 7/73 [28], hvor der var tale om, at en virksomhed med en dominerende stilling forsøgte at fortrænge en konkurrent, og som således rejste spørgsmålet om virkningerne af en sådan adfærd for konkurrencevilkårene på det fælles marked. Det samme gælder dommen i sag 249/85 [29]. Selv om der i denne sag tales om, at fællesskabsorganerne skal tage hensyn til god handelsskik, kan jeg dårligt se, hvorledes kvotesystemet skulle have nogen væsentlig betydning for dette princip.

62. Det kan således heller ikke antages, at annullationspåstanden kan støttes på EØF-Traktatens artikel 3, litra f).

28 — Dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73 Istituto chemioterapico m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 223.

29 — Dom af 21. maj 1987 i sag 249/85, Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Sml. s. 2345.

C — Sammenfatning

Herefter skal jeg sammenfattende anføre følgende:

63. Efter min opfattelse må den af Det Forenede Kongerige anlagte sag antages til realitetsbehandling, og der bør gives sagsøgeren medhold. Følgelig bør afgørelsen af marts 1986 om genindførelse i fuldt omfang af kvotesystemet i forbindelse med forberedelsen af kontrakter om tjenesteydelser i henhold til den anden og den tredje Lomé-konvention annulleres, idet dog allerede indgåede kontrakter ikke påvirkes heraf.

64. Ved dette udfald af sagen bør Kommissionen som sagsøgt betale de udgifter, som sagsøgeren og Kongeriget Nederlandene, der er indtrådt i sagen til støtte for sagsøgeren, har afholdt i forbindelse med sagen; Den Italienske Republik, der er indtrådt i sagen til støtte for Kommissionen, bør kun betale egne omkostninger.