FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 11. juli 1996 *

I — Indledning

1. Domstolen anmodes i forbindelse med nærværende appelsag om at afgøre, hvorvidt privat borgere og virksomheder har kompetence til at rejse annullationssøgsmål i medfør af traktatens artikel 173 til prøvelse af beslutninger, som er truffet af Kommissionen med henblik på henlæggelse af klager, der har til formål at få Kommissionen til at udøve de beføjelser, den besidder efter traktatens artikel 169 og artikel 90, stk. 3.

II — Sagens baggrund og parternes argumenter

2. Appellanten i denne sag, den tyske forening Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV, har iværksat appel til prøvelse af den kendelse om afvisning, som De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans afsagde den 23. januar 1995 i sag T-84/94 [1].

3. Sagens baggrund er angivet i ovennævnte kendelse fra Retten i Første Instans. Appellanten havde indgivet en klage til Kommissionen vedrørende den tyske lov om skatterådgivere (*Steuerberatungsgesetz*) på grund af en påstået overtrædelse af fællesskabsretten, derved, at skatterådgivning og dermed forbundne opgaver er forbeholdt bestemte erhvervsgrupper. Efter appellantens opfattelse stred reglerne mod EF-traktatens artikel 59 og 86. Ved at opretholde den nævnte lovgivning havde Forbundsrepublikken Tyskland derfor tilsidesat de forpligtelser, som påhviler den i medfør af samme traktat, og som er fastlagt i artikel 5, stk. 2, og artikel 90, stk. 1 og 2. Kommissionen burde have taget skridt til at afhjælpe den pågældende situation og til at sikre, at traktatens bestemmelser blev gennemført.

For Retten havde appellanten i henhold til traktatens artikel 173 påstået annullation af Kommissionens afslag på at fremme appellantens klage. I den beslutning, som var omtvistet under førsteinstansbehandlingen, var afslag på af fremme klagen blevet begrundet med, at der ikke forelå nogen tilsidesættelse af fællesskabsretten.

* Originalsprog: italiensk.

1 — Sml. II, s. 101.

4. Retten afviste sagen. Under henvisning til Domstolens praksis [2] bemærkede Retten, at appellanten ikke havde kompetence til at anfægte Kommissionens beslutning om ikke at indlede en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland. Kommissionen besidder »en skønsbeføjelse, hvilket indebærer, at borgere ikke kan kræve, at den indtager et bestemt standpunkt«. Retten fortsatte: »Personer, som har indgivet en klage, har således ikke i forbindelse med en procedure i henhold til traktatens artikel 169 mulighed for at indbringe Kommissionens beslutning om at henlægge klagen for Fællesskabets retsinstanser«.

5. Retten afviste desuden klagen for så vidt angik den påståede tilsidesættelse af traktatens artikel 90, stk. 3, og lagde også i den henseende vægt på den skønsbeføjelse, som er tillagt Kommissionen efter artiklen. Ifølge kendelsen havde Kommissionen i forbindelse med udøvelsen af et sådant skøn ingen forpligtelse til at gribe ind. Retten fastslog, at »de fysiske eller juridiske personer, som anmoder Kommissionen om at skride ind i henhold til artikel 90, stk. 3 ... derfor ikke [kan] anlægge sag til prøvelse af Kommissionens beslutning om ikke at gøre brug af den kompetence, den har i henhold til artikel 90, stk. 3«. I den konkrete sag blev appellanten således ikke anset for at besidde kompetence til at anfægte det pågældende afslag fra Kommissionen.

6. Appellanten har nu gjort gældende, at Retten har tilsidesat fællesskabsretten, idet den i sin bedømmelse ikke har taget hensyn til den magtfordrejning, som Kommissionen har udøvet. Stadig ifølge appellanten har Kommissionen foretaget en forkert fortolkning af de faktiske omstændigheder, som blev fremført under sagens behandling i første instans, og som var lagt til grund for den klage, appellanten havde indbragt med henblik på at opnå, at der blev indledt en procedure i henhold til traktatens artikel 169. Bundesverband har herved gjort gældende, at der i tilfælde af en forkert bedømmelse af de faktiske omstændigheder foreligger magtfordrejning, når Kommissionens skønsbeføjelse er reduceret til nul. Dette var tilfældet i den foreliggende sag. Den tilsidesættelse af traktatens artikel 59, som var blevet beskrevet i appellantens klage, var åbenbar. Efter appellantens opfattelse havde Kommissionen derfor pligt til at handle, idet den i den konkrete sag nødvendigvis burde have indledt proceduren efter artikel 169, uanset at det i Domstolens praksis er anerkendt, at Kommissionen besidder en vid skønsbeføjelse for så vidt angår spørgsmålet om indledning af en traktatbrudsprocedure, mens det omvendt afvises, at borgere har mulighed for at anlægge sag til prøvelse af et eventuelt afslag på at indlede denne procedure. Desuden har Retten selv, ifølge appellanten, overtrådt fællesskabsretten ved ikke at have fastslået, at Kommissionen reelt ikke havde nogen skønsbeføjelse, og ved ikke at have bedømt sagens faktiske baggrund korrekt.

2 — Jf. navnlig dom 14.2.1989, sag 247/87, Star Fruit mod Kommissionen, Sml. s. 291.

7. Hvad angår artikel 90, stk. 3, har appellanten anført, at selv om Kommissionen besidder en skønsbeføjelse, må beslutningen om ikke at gribe ind i medfør af denne artikel anses for en retsakt, som kan underkastes retslig prøvelse, så meget mere som der i den konkrete sag er tale om, at de tyske regler afviger åbenbart fra fællesskabsforskrifterne, hvilket Kommissionen under ingen omstændigheder kan bestride.

8. Kommissionen har påstået appellen afvist, idet den har gjort gældende, at det følger af Domstolens praksis på området for søgsmål til prøvelse af afslag på at indlede traktatbrudsprocedurer ikke indeholder nogen sådan undtagelse. I kraft af Kommissionens skønsbeføjelse på det pågældende område er det udelukket, at en borger kan indvirke på udøvelsen af dette skøn eller anlægge sag til prøvelse deraf. Der er tale om en handlingsbeføjelse, som vedrører forholdet mellem offentlige instanser, og som i højere grad er baseret på *et hensigtsmæssighedsprincip* end på *legalitetsprincippet.*

Appelindstævnte har endvidere anført, at Kommissionens beføjelser i medfør af traktatens artikel 169 modsvarer medlemsstaternes beføjelser i medfør af traktatens artikel 170. Medlemsstaterne har i lighed med Kommissionen ret, men absolut ikke pligt, til at handle i medfør af artikel 170 med henblik på at opnå, at overtrædelser af fællesskabsretten, som er begået af andre medlemsstater, bliver prøvet.

9. Kommissionen har desuden anført, at traktatens artikel 90, stk. 3, i lighed med artikel 169 ikke tillægger borgerne ret til anfægte eventuelle afslag på at træffe foranstaltninger, som de har begæret. Kommissionen besidder såvel efter artikel 169 som efter artikel 90, stk. 3, en vid skønsbeføjelse, og har i intet af de to tilfælde pligt til at træffe konkrete foranstaltninger.

III — Analyse af tvisten

A — *Artikel 169*

10. Efter min opfattelse bør appellen forkastes, for så vidt angår muligheden for at anfægte Kommissionens afslag på appellantens begæring om at indlede en traktatbrudsprocedure efter artikel 169.

Jeg ser herved bort fra, at Domstolen i tidligere afgørelser [3] har afvist, at borgerne har ret til at indbringe sager af denne karakter for Fællesskabets retsinstanser, fordi Kommissionen besidder et vidt skøn ved bedømmelsen af, om den vil indlede og gennemføre den omhandlede procedure. Dette udgør fast retspraksis, som dog bør præciseres nærmere. Principielt fritager den blotte indførelse af en skønsbeføjelse, endog et vidt

3 — Jf. ovennævnte dom i sagen Star Fruit mod Kommissionen, og dom af 17.5.1990, sag C-87/89, Sonito m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1981.

skøn, på ingen måde Kommissionen fra pligten til at handle i overensstemmelse med legalitetsprincippet, og dette er således heller ikke i den foreliggende sag tilstrækkeligt til at bevirke, at institutionens handlinger er udelukket fra retslig prøvelse på en borgers initiativ. Dette bekræftes af Domstolens omfattende praksis på området for statsstøtte [4], hvori det vide administrative skøn, Kommissionen er tillagt på det område inden for fællesskabsretten, er blevet afstemt med muligheden for at underkaste Kommissionens handlinger en retslig prøvelse ved Fællesskabets retsinstanser.

11. I mine øjne er der dog en anden årsag til, at den ret, appellanten har påberåbt sig til støtte for appellen, ikke kan anerkendes; den årsag vedrører direkte karakteren af den omhandlede bestemmelse. I sidste ende indgår traktatens artikel 169 blandt de artikler, der regulerer den institutionelle ordning i Fællesskabet, og som skal garantere, at denne fungerer tilfredsstillende. Der er netop tale om regler, der udelukkende angår forholdet mellem medlemsstaterne og institutionerne.

12. Selv om artikel 169, når den først er bragt til anvendelse, indirekte skaber en retsstilling, som private borgere og virksomheder kan drage fordel af, tillægger bestemmelsen dem ikke nogen ret til at gribe ind i eller påvirke den procedure, der er fastlagt i bestemmelsen, og den bemyndiger dem ikke til at anlægge sag til prøvelse af udøvelsen af de beføjelser eller de valgmuligheder, der er forbeholdt Kommissionen. Traktatbrudsproceduren fungerer således på det interinstitutionelle plan, som er utilgængeligt for borgerne.

13. Det kunne ganske vist hævdes, at der foreligger en lakune i retsbeskyttelsen, eftersom borgerne ikke har adgang til at foranledige retslig kontrol af Kommissionens beslutninger om ikke at indlede traktatbrudsproceduren.

Hvis Domstolen afhjalp denne lakune på grundlag af den fortolkningskompetence, den besidder, ville det, ved nærmere gennemtænkning, imidlertid medføre dybtgående ændringer for den institutionelle ramme; det ville berøre et område, hvor traktatens forfattere netop klart har villet udforme den omhandlede regel i den ovenfor angivne forstand: artikel 169 indgår i traktatens systematik som en bestemmelse, der regulerer forholdet mellem Kommissionen og medlemsstaterne. En systematisk fortolkning af reglen fører frem til dette resultat: Det er herved tilstrækkeligt at tænke på, at muligheden for at intervenere i traktatbrudssager, som er anlagt af Kommissionen, og som er foreskrevet i artikel 37 i statutten for Domstolen, udelukkende er forbeholdt medlemsstaterne og Fællesskabets institutioner. Den private borger er forsvundet i denne optik, også under den indledende, administrative fase. På dette grundlag kan det udledes, at

4 — Jf. bl. a. dom af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz mod Kommissionen, Sml. s. 391, og den mere nylige dom af 15.6.1993, sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, navnlig præmis 41.

den enkelte borger ikke har kompetence til at anfægte et eventuelt afslag fra Kommissionen på hans eventuelle begæringer om indgriben.

Hermed vil jeg ikke sige, at Fællesskabets retsorden efterlader borgerne uden nogen beskyttelse, hvis der anlægges andre synsvinkler. Sådan forholder det sig ikke. Den enkelte borger kan over for en national domstol gøre gældende, at den statslige adfærd, han anser for at udgøre en tilsidesættelse af de fællesskabsretlige forpligtelser, er ulovlig, han kan i givet fald til den nationale domstol indgive præjudicielle spørgsmål til forelæggelse for Domstolen i henhold til artikel 177-proceduren, og han kan gøre brug af de rekursmuligheder, der står åbne for ham, såfremt hans angivelser viser sig at være begrundede, herunder anlæg af erstatningssag. Disse betragtninger begrunder yderligere, hvorfor jeg anser det for nødvendigt at foreslå, at det første anbringende forkastes.

B — *Artikel 90, stk. 3*

14. For så vidt angår det andet anbringende til støtte for appellen skal jeg straks bemærke, at Kommissionen — og i lighed hermed, Retten, når der henses til det implicitte ræsonnement i den appellerede afgørelse — har anset artikel 90, stk. 3, og artikel 169 for at være, hvad man kunne kalde parallelle bestemmelser. Artikel 90, stk. 3, tillægger Kommissionen beføjelser til at kontrollere og overvåge medlemsstaterne på området for offentlige virksomheder og virksomheder, der er sammenlignelige hermed i relation til de hér omhandlede formål, og udøvelsen af disse beføjelser hviler på et skøn stort set i samme forstand, som de foranstaltninger, Kommissionen kan træffe i medfør af artikel 169. Det er således denne vide skønsbeføjelse, der ifølge Retten (under henvisning til dens tidligere dom i sagen Ladbroke Racing [5]) er til hinder for, at borgerne kan foranledige annullation af *negative* beslutninger, og Kommissionens beslutning i nærværende sag er en sådan. Dette er det eneste afgørende i begrundelsen til den appellerede kendelse. Det bør derfor undersøges nærmere.

15. Artikel 90, stk. 3, indgår i modsætning til artikel 169 i de bestemmelser, der udtrykkeligt har til formål at beskytte konkurrencen og regulere virksomhedernes adfærd på markedet. Der er ganske vist tale om en særlig type af virksomheder. Traktatens artikel 90 omhandler således de tilfælde, hvor en medlemsstat forstyrrer konkurrencens normale forløb på grund af den indflydelse, den har på virksomheder, den kontrollerer, og på virksomheder, der har fået tillagt særlige privilegier. Hensigten med bestemmelsen er derfor at sikre de erhvervsdrivende mod indblanding, som en medlemsstat kunne udøve via sit forhold til virksomheder, der har de omhandlede karakteristika, således at de af traktaten beskyttede, grundlæggende økonomiske friheder bringes i fare. Denne bestemmelse skal altså beskytte konkurrencen, men på en måde, der er forenelig med den retlige

5 — Dom af 27.10.1994, sag T-32/93, Ladbroke Racing Limited mod Kommissionen, Sml. II, s. 1015.

og faktiske opfyldelse af den særlige rolle, som er tillagt virksomheder af den hér omhandlede type. Dette kan ikke være anderledes.

16. Det bemærkes dog, at artikel 90 er rettet til de erhvervsdrivende. I de tilfælde, hvor reglerne til beskyttelse af konkurrencen finder anvendelse, gælder de for de kategorier af virksomheder, der er omhandlet i artikel 90, hverken mindre eller på anden vis end for de øvrige. Artikel 90, stk. 3, lyder således: »Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.«

17. I modsætning til Retten mener jeg ikke, at artikel 90's ordlyd og ånd udelukker muligheden for, at Kommissionens afslag på klager fra private borgere eller virksomheder, den ikke finder at burde fremme, kan underkastes en retslig prøvelse.

Artikel 90 indgår i de øvrige konkurrenceregler, som befinder sig i traktatens afsnit V. Placeringen af reglen er afgørende. Bestemmelsen stemmer overens med de andre regler vedrørende virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd, herunder navnlig reglerne vedrørende statsstøtte. Bestemmelsens placering og formål peger derfor i retning af, at private borgere og virksomheder ikke i den foreliggende sag kan berøves den retsbeskyttelse, de besidder på det vitale konkurrenceområde. Det er under alle omstændigheder klart, at den pågældende bestemmelse ikke med rette kan sammenlignes med artikel 169 og de andre regler, der udtrykkeligt, eller endog udelukkende, har til formål at regulere de interinstitutionelle forhold på fællesskabsplan. Kommissionens anbringende om, at artikel 90, stk. 3, og artikel 169 er parallelle, er uholdbart.

18. Det er i mine øjne heller ikke muligt at tiltræde det af Retten anlagte synspunkt, hvorefter den af appellanten anlagte sag til prøvelse af afslaget skulle afvises, også i det tilfælde med henvisning til institutionens skønsbeføjelse.

Ifølge Retten er Kommissionens skønsbeføjelse så vid, at institutionen ikke har nogen pligt til at gribe ind, og derfor heller har pligt til at begrunde et eventuelt afslag på indgriben i anledning af begæringer, den modtager fra berørte virksomheder. Dette ville indebære, at disse retssubjekter ikke var berettigede til at anlægge sag til prøvelse af foranstaltninger, hvorved Kommissionen afslår at meddele direktiver eller beslutninger til de stater, hvis ulovlige adfærd har været genstand for en borgers klage. Kommissionen ville i så fald træffe afgørelse om ikke at gøre brug af en beføjelse, der af Retten defineres som et egentligt prærogativ, der er forbeholdt Kommissionen i medfør af artikel 90, stk. 3.

19. Som jeg ser det, bør Domstolen i denne sag tage den retspraksis, der er blevet udviklet i dens og Rettens afgørelser, op til overvejelse i tilfælde, hvor skønsbeføjelsen, uanset hvor vid den måtte være, er tillagt Kommissionen på et område, hvor hensynet til den offentlige interesse kommer i konflikt med hensynet til den frie konkurrence inden for traktatens systematik, ud dog at overskygge sidstnævnte. Lad os som eksempel se på statsstøtteproblematikken [6]. Der, hvor der hersker fri konkurrence, findes en beskyttelse af borgerne, som hviler på selve grundlaget for fællesmarkedet. Anerkendelsen af en uanfægtelig skønsbeføjelse i tilfælde, hvor en privat borger eller virksomhed begærer kontrol deraf, kan være fuldt ud berettiget, i det omfang Fællesskabets retsorden udelukkende ønsker at regulere offentlige interesser og interinstitutionelle forhold. Som allerede omtalt vedrører den foreliggende sag imidlertid et område, hvor kravene til konkurrence er blandet sammen med, og skal forliges med hensynene i traktaten til beskyttelse af overordnede almene interesser, herunder statslige interesser, men hele tiden på grundlag af deres fællesskabsretlige betydning.

20. Jeg finder derfor, at den foreliggende sag skal bedømmes anderledes, end Retten har gjort. Sagen er analog med et tilfælde, hvor det i en retssag gøres gældende, at der kan ske retslig prøvelse af negative beslutninger på statstøtteområdet. En beslutning af denne type kan illustreres således: En konkurrerende virksomhed anmoder Kommissionen om at kontrollere, hvorvidt den støtte, der ydes til visse andre virksomheder, er forenelig med traktaten, og Kommissionen afslår at gøre dette. Både i det illustrerende eksempel og i den sag, der er indbragt for Domstolen, påhviler det Kommissionen at træffe foranstaltninger, som skal rettes til medlemsstaterne, og som indebærer en pligt til at udvise en bestemt adfærd. Medlemsstaten er således den naturlige adressat for beslutninger og andre retsakter, Kommissionen måtte udstede efter såvel artikel 92 og 93 som efter artikel 90 [7]. Efter min opfattelse ændrer dette ikke ved private borgeres og virksomheders mulighed for at anlægge sag til prøvelse af Kommissionens foranstaltninger, i det omfang artikel 90 tillægger dem ret til at kræve anvendelse over for dem af de fællesskabsregler, der er indført til beskyttelse af retten til fri udøvelse af økonomisk virksomhed og til fri konkurrence.

21. Min konklusion bør ledsages af én yderligere præcisering. De subjektive betingelser for søgsmålskompetence til at anfægte foranstaltninger, som Kommissionen har truffet i medfør af artikel 92 og 93, og som fremgår af Domstolens og Rettens praksis på området, gælder — efter min opfattelse og inden for rammerne af min bedømmelse af nærværende sag — tillige i forhold til private borgere og virksomheder, hvis retsstilling er beskyttet i medfør af artikel 90, stk. 3. Retten behandlede imidlertid ikke dette aspekt af den foreliggende sag. Henset til foranstaltningens angivelige uanfægtelighed, betragtede Retten det som tilstrækkeligt for sin afgørelse, at den pågældende private part fuldstændigt manglede søgsmålskompetence. I den appellerede kendelse blev dette resultat,

6 — Jf. blandt de seneste domme, dom af 19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, og ovennævnte dom i sagen Matra mod Kommissionen.

7 — Jf. dom af 12.2.1992, forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 565, navnlig præmis 31 og 32.

som nævnt ovenfor, udelukkende begrundet med, at Kommissionens skønsbeføjelse var vid. Fejlen ligger i ikke at have indset, at den pågældende beføjelse inden for rammerne af artikel 90, stk. 3, støder på de grænser, der følger af, at private borgere og virksomheder tillægges subjektive rettigheder, og at krænkelse deraf kan gøres gældende ved Fællesskabets retsinstanser.

22. Af de ovenfor anførte grunde finder jeg, at den appellerede kendelse bør ophæves delvist, nemlig for så vidt angår afvisningen af påstanden om prøvelse af Kommissionens afslag på at indlede en procedure efter traktatens artikel 90, stk. 3.

Hvad dernæst angår en undersøgelse, der i vidt omfang vedrører fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder, og med henblik på at garantere adgangen til en prøvelse i to instanser, anser jeg det for hensigtsmæssigt, om Retten undersøger, hvorvidt andre betingelser vedrørende sagens formalitet er opfyldt i det foreliggende tilfælde, og at den eventuelt træffer afgørelse om sagens realitet.

IV — Sagens omkostninger

23. I medfør af procesreglementets artikel 122 påhviler det Retten i Første Instans af træffe afgørelse om sagens omkostninger i forbindelse med en appel, hvor appellanten får medhold ved Domstolen, og sagens hjemvises til Retten.

Henset til mit forslag om, at den appellerede kendelse ophæves, og at sagen hjemvises, vil det påhvile Retten at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

V — Forslag til afgørelse

24. På grundlag af det ovenfor anførte skal jeg foreslå Domstolen at bestemme følgende:

— Kendelsen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 23. januar 1995 i sag T-84/94, Bundesverband der Bilanzbuchhalter mod Kommissionen, hvorved søgsmålet blev afvist, ophæves.

— Afgørelsen om sagens omkostninger træffes af Retten.