FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 5. juni 1997 *

I — Indledende bemærkninger

Inden for De Europæiske Fællesskaber er det i vidt omfang blevet overdraget til Kommissionen at udøve den politiske og statslige magt. Kommissionen skal handle i overensstemmelse med legalitetsprincippet samt princippet om gennemsigtighed og god forvaltningsskik. I den foreliggende sag skal Domstolen afgøre, om Kommissionen overholdt sine forpligtelser, da den besluttede at indlede traktatbrudsproceduren mod Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til EF-traktatens artikel 169.

II — De faktiske omstændigheder

1. Ved stævning af 16. juni 1995 har Kommissionen for Domstolen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til dels EF-traktaten, dels første og fjerde selskabsretlige direktiv [1], idet den ikke har fastsat passende sanktioner, såfremt kapitalselskaber ikke opfylder den forpligtelse til offentlighed omkring årsregnskabet, der påhviler dem i henhold til de nævnte regelsæt; i direktiverne opstilles der krav om offentliggørelse af årsregnskaberne. Ved skrivelse af 26. juni 1990 til den tyske regering meddelte Kommissionen, at i henhold til de dokumenter, den rådede over, havde 93% af de tyske kapitalselskaber ikke overholdt forpligtelsen til at offentliggøre årsregnskaberne; Kommissionen anmodede samtidig Tyskland om i henhold til traktatens artikel 169 at fremsætte sine bemærkninger inden to måneder. Da den tyske regerings svar efter Kommissionens opfattelse ikke var tilfredsstillende, fremsatte Kommissionen i henhold til traktatens artikel 169, stk. 1, den 2. juni 1992 en begrundet udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland, som var underskrevet af Kommissionens næstformand Martin Bangemann. Efter en lang række henvendelser og drøftelser, der ikke førte til noget resultat, men som til dels fortsatte efter den 30. september 1992, hvor Tysklands frist til at efterkomme den begrundede udtalelse udløb endeligt, rejste Kommissionen den 16. juni 1995 det foreliggende søgsmål ved Domstolen.

* Originalsprog: græsk.

1 — Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1968 I, s. 41, herefter »første direktiv«) og Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer (EFT L 222, s. 11, herefter »fjerde direktiv«).

III — Formaliteten

2. Før jeg tager stilling til, om de klagepunkter, som Kommissionen har gjort gældende mod Forbundsrepublikken Tyskland, er begrundet, skal jeg undersøge sagsøgtes indsigelse om, at de beslutninger fra Kommissionen, der er baggrunden for den foreliggende sag, er behæftet med væsentlige formelle mangler. Ifølge den tyske regering er det især tvivlsomt, om Kommissionens retsakter — dels den begrundede udtalelse, dels Kommissionens beslutning om at rejse dette søgsmål ved Domstolen — blev vedtaget i overensstemmelse med kollegialitetsprincippet, som regulerer Kommissionens virke på generel vis, og med de formkrav, der er opstillet i Kommissionens forretningsorden. Dette er grunden til, at den tyske regering i sin skrivelse af 4. september 1995 anmodede om at få belyst spørgsmålet, om den begrundede udtalelse og beslutningen om sagsanlæg blev truffet af Kommissionen selv eller af næstformanden på grundlag af en bemyndigelse, og begærede en kopi af disse beslutninger udleveret. Kommissionen svarede ikke på den tyske regerings begæringer, og regeringen anmodede derfor Domstolen om at pålægge sagsøgeren at fremlægge de pågældende dokumenter.

3. Ved kendelse af 23. oktober 1996 pålagde Domstolen Kommissionen inden udløbet af tre uger fra kendelsens forkyndelse at fremlægge de beslutninger, som Kommissionen i sin helhed og efter godkendelse i henhold til de i Kommissionens forretningsorden foreskrevne betingelser havde truffet om at fremsætte den begrundede udtalelse og rejse nærværende søgsmål.

4. Som reaktion på denne kendelse fremlagde Kommissionen for Domstolen en række dokumenter, der imidlertid ikke var i overensstemmelse med det, Domstolen havde pålagt den at fremlægge. Kommissionen fremlagde således uddrag af protokoller fra visse af Kommissionens møder samt dokumenter, hvori der henvises til disse protokoller. Det fremgår af de forelagte dokumenter, at Kommissionen under sit 1 071. møde, som blev afholdt den 31. juli 1991, godkendte de forslag fra Kommissionens kompetente tjenestegrene, der var fremsat i dokument SEK(91) 1387. Sidstnævnte dokument indeholder uddrag af en kort liste, der er opstillet på grundlag af oplysninger fra en databank, og som på et sted indeholder en henvisning til det relevante direktiv; i dokumentet er der fremsat et forslag (på blot et par ord) om at fremsætte en begrundet udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland. Tilsvarende siges det i protokollen til Kommissionens møde den 18. december 1991 (KOM(91) PV 1087), at Kommissionen samtykker i det forslag, der er indeholdt i dokument SEK(91) 2213; i dette dokument foreslås det, at Kommissionens beslutning af 31. juli 1991 om at fremsætte en begrundet udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland straks skal føres ud i livet. Endelig billigede Kommissionen, som det fremgår af protokollen fra Kommissionens møde den 13. december 1994 (KOM(95) PV 1227), på samme kortfattede vis forslaget om i henhold til traktatens artikel 169 at anlægge sag mod Forbundsrepublikken Tyskland ved Domstolen; dette forslag er indeholdt i dokument SEK(94) 1808.

5. Af akterne for Domstolen fremgår det ikke, at Kommissionen på det tidspunkt, hvor den som kollegial enhed besluttede at rette en begrundet udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland og vedtog at rejse søgsmål mod denne medlemsstat ved Domstolen, rådede over selve de pågældende tekster (altså den begrundede udtalelse og stævningen) eller i det mindste det fuldstændige udkast hertil fra sine kompetente tjenestegrene. Det kan derfor ikke udledes af akterne for Domstolen, om formkravene i artikel 12 i Kommissionens forretningsorden, sådan som denne var affattet på det relevante tidspunkt [2], blev overholdt. I denne artikel var følgende bestemt: »De beslutninger, Kommissionen vedtager under et møde eller ad skriftlig vej, underskrives på originalsproget eller originalsprogene af formanden og generalsekretæren«; i artikel 12 var der ligeledes fastsat en forpligtelse til at vedføje ordlyden af beslutningerne til mødereferatet af det kommissionsmøde, hvorunder deres vedtagelse er meddelt.

6. På grundlag af disse forhold har den tyske regering opretholdt sin formalitetsindsigelse, og regeringen har fremsat tilsvarende udtalelser under de mundtlige forhandlinger for Domstolen. Kommissionen har omvendt gjort gældende, at det kan udledes af de nævnte dokumenter, at de relevante processuelle regler, især princippet om, at Kommissionen handler som kollegial enhed, er blevet overholdt.

7. Jeg skal indledningsvis vurdere, om den begrundede udtalelse, der blev rettet til Forbundsrepublikken Tyskland, opfyldte formkravene. Det skal undersøges, om kollegialitetsprincippet blev overholdt, og, hvis dette ikke var tilfældet, om den begrundede udtalelse kunne fremsættes på grundlag af en bemyndigelse eller i hvert fald uden at opfylde Kommissionens pligt til at handle som kollegial enhed.

A — *Omfanget af og grænserne for Kommissionens pligt til at handle som kollegial enhed*

8. I henhold til retspraksis er princippet om, at Kommissionen handler som kollegial enhed, af overordnet betydning i Fællesskabets retssystem; kollegialitetsprincippet er som organisationsprincip i samklang med Fællesskabets (og Unionens) institutionelle opbygning. Princippet kommer til udtryk i såvel fusionstraktatens artikel 17 som EF-traktatens artikel 163: I sidstnævnte bestemmelse fastslås det udtrykkeligt, at »Kommissionens afgørelser træffes af et flertal af [dens] ... medlemmer«. På samme måde fastsættes det i artikel 1 i Kommissionens forretningsorden, at »Kommissionen optræder i overensstemmelse med bestemmelserne i dette reglement som en samlet enhed«.

2 — Der er tale om Kommissionens foreløbige forretningsorden, 63/41/EØF af 9.1.1963 (EFT Anden Serie VII, s. 9).

9. Følgende er de to vigtigste domme fra Domstolen, hvor der er blevet opstillet en definition af kollegialitetsprincippet og truffet afgørelse vedrørende dets anvendelsesområde og grænser:

10. For det første dommen i sagen AKZO mod Kommissionen [3]: Af denne doms præmis 36 ff. fremgår det, at kollegialitetsprincippet ligger til grund for Kommissionens funktion, og at det kun undtagelsesvis kan tillades, at visse beslutninger træffes på grundlag af en kompetencedelegation [4]. For at udelukke, at kollegialitetsprincippet tilsidesættes, må delegationen af kompetence til selvstændigt at udøve beføjelser for det første ikke være ubegrænset, og for andet skal det på forhånd være udelukket at delegere principbeslutninger. I henhold til artikel 27 i den ovennævnte forretningsorden for Kommissionen, som der henvises til i den nævnte dom fra Domstolen, kan delegationen kun omfatte nærmere angivne foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art. I samme dom fastslog Domstolen dog, at en beslutning, hvorved en virksomhed pålægges at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17/62 anses for en simpel administrativ beslutning, og at det således ikke er nødvendigt at foretage en delegation [5]. Under alle omstændigheder tilsiger retssikkerhedsprincippet og nødvendigheden af at skabe gennemskuelighed i de administrative beslutninger, at beslutninger om kompetencedelegationer offentliggøres. De, der anfægter Kommissionens beslutninger, kan imidlertid ikke påberåbe sig den manglende offentliggørelse af beslutningerne om kompetencedelegation, medmindre den manglende offentliggørelse medfører, »at sagsøgerne [ikke har] ... mulighed for at anfægte beslutningens lovlighed eller anfægte den beslutning, som er truffet i medfør af kompetencedelegationen« [6].

11. Den anden vigtige dom er dommen i sagen Kommissionen mod BASF m.fl. [7], hvori der først blev henvist til grundsætningen [8] om, »at Kommissionens funktion er reguleret ved kollegialitetsprincippet« [9]. Domstolen udtalte desuden, at »overholdelsen af dette princip og især kravet om, at beslutningerne drøftes i fællesskab af Kommissionens medlemmer ... nødvendigvis [er] væsentligt for de retsundergivne, der berøres af beslutningernes retsvirkninger, idet de retsundergivne bør sikres, at beslutningerne faktisk er blevet vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed og nøjagtigt udtrykker Kommissionens vilje« [10]. Om de beslutninger fra Kommissionen, der altid skal ledsages af en begrundelse, udtalte Domstolen følgende: »Den dispositive del af en beslutning af denne art kan kun forstås og dens rækkevidde kun bedømmes i lyset af dens begrundelse. Da en beslutnings dispositive

3 — Dom af 23.9.1986, sag 5/85, Sml. s. 2585.

4 — Jf. ligeledes dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19.

5 — Jf. i denne retning også dom af 17.10.1989, forenede sager 97/87, 98/87 og 99/87, Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3165.

6 — Dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 39.

7 — Dom af 15.6.1994, også kaldet »PVC dommen«, sag C 137/92 P, Sml. I, s. 2555, præmis 62.

8 — Da Kommissionens virksomhed således som hovedregel er underlagt kollegialitetsprincippet, har Domstolen undladt at fastlægge anvendelsesområdet for dette princip præcist. Det er også grunden til, at Domstolen i forbindelse med sin henvisning til kollegialitetsprincippet fastslår, at princippet »navnlig« angår de eksigible beslutninger, som Kommissionen i henhold til forordning nr. 17 skal udstede med henblik på overholdelsen af konkurrencereglerne, og som har til formål at konstatere en overtrædelse af konkurrencereglerne, at meddele virksomhederne pålæg i denne henseende og pålægge dem bøder (præmis 65). Det ville derfor være forkert at hævde, at kollegialitetsprincippet ikke nødvendigvis skal overholdes i de tilfælde, hvor Kommissionen ikke udsteder eksigible forvaltningsakter.

9 — PVC dommen, nævnt i fodnote 7, præmis 62.

10 — PVC-dommen, nævnt i fodnote 7, præmis 64.

del og dens begrundelse udgør et udeleligt hele, tilkommer det i medfør af kollegialitetsprincippet kun Kommissionen som kollegial enhed samtidig at vedtage begge dele« [11]. Endelig fastslås det i PVC-dommen udtrykkeligt, at den stadfæstelse af Kommissionens retsakter, der kræves i henhold til artikel 12, stk. 1, i Kommissionens forretningsorden, »har til formål at sikre retssikkerheden ved på originalsprogene at fastnagle den tekst, der er vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed« [12]; alle med berettiget interesse heri kan således påtale, at den pågældende formelle betingelse ikke er blevet opfyldt, for dermed at hindre, at den retsakt, som Kommissionen har vedtaget i strid med formkravet, fremkalder retsvirkninger.

12. Denne retspraksis viser, at princippet om, at vedtagelser skal foretages af Kommissionen som kollegial enhed, er det generelle princip, der styrer Kommissionens funktion. Især når der er tale om retsakter, der som følge af retsregler eller i henhold til retsakternes natur skal begrundes, medfører kollegialitetsprincippet, at den dispositive del af en beslutning og dens begrundelse skal vedtages af Kommissionen som kollegial enhed samtidig. Den stadfæstelsesprocedure vedrørende beslutninger fra Kommissionen, der er fastsat i Kommissionens forretningsorden, garanterer, at dette princip overholdes. Kommissionen kan imidlertid undtagelsesvis bemyndige sine medlemmer til at handle i Kommissionens navn; i forbindelse med de retsakter, der er udstedt i henhold til en delegation, er det naturligvis ikke nødvendigt at overholde det formkrav om stadfæstelse, som er opstillet i forretningsordenen. Det er imidlertid ikke muligt at delegere kompetencen til at træffe principbeslutninger; det er kun foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art, der kan delegeres, og der skal være tale om en udtrykkelig og entydig bemyndigelse, som er blevet offentliggjort [13].

B — *Anvendelse af kollegialitetsprincippet i den foreliggende sag*

13. Spørgsmålet er derfor, om Kommissionen i den foreliggende retstvist fremsatte

11 — PVC-dommen, nævnt i fodnote 7, præmis 67.

12 — PVC-dommen, nævnt i fodnote 7, præmis 75.

13 — Det er efter min opfattelse passende i denne forbindelse at henvise til en nyere dom fra Retten i Første Instans for at vise, hvorledes Retten har anvendt Domstolens ovennævnte grundlæggende retningslinjer vedrørende kollegialitetsprincippets anvendelsesområde.
Rettens dom af 27.4.1995, sag T-442/93, AAC m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1329, præmis 78 ff., vedrørte — inden for rammerne af en anvendelse af traktatens artikel 92 — en beslutning om godkendelse af statsstøtte, der indgik i en generel statsstøtteordning, som allerede var blevet godkendt af Kommissionen ved en beslutning, denne havde truffet som kollegial enhed. Retten fastslog, »at den omstændighed, at den anfægtede beslutning i nærværende sag med rette er vedtaget alene på grundlag af en undersøgelse, der har været begrænset til kun at omfatte en kontrol med, at de betingelser, der er fastsat i beslutningen om godkendelse af den generelle ordning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at beslutningen kan betegnes som en foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art« (præmis 87). Den pågældende beslutning kunne således ikke vedtages på grundlag af en delegation. (Jf. også Rettens dom af 27.4.1995, sag T-435/93, ASPEC m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1281).
I sin dom af 6.4.1995, forenede sager T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 og T-112/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, også kaldet »PEBD-dommen« (Sml. II, s. 729, præmis 99 ff.), udtalte Retten, at der selv i det tilfælde, hvor en retsakt er blevet vedtaget af Kommissionen som kollegialt organ, men retsaktens tekst kun er vedtaget på en del af Fællesskabets officielle sprog, ikke kan gives nogen bemyndigelse til at vedtage retsakten på de andre officielle sprog, da affattelsen af retsaktens tekst på et af disse sprog ikke kan anses for en foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art. Det relevante kriterium for, om en retsakt hører til dem, der kan vedtages på grundlag af en bemyndigelse, er retsaktens retsvirkninger. Det skal understreges, at man ser så strengt på spørgsmålet om delegation, fordi kollegialitetsprincippet er den grundlæggende regel for Kommissionens funktion, mens muligheden for at foretage en delegation er undtagelsen. Kollegialitetsprincippet kan ikke skubbes til side på grundlag af Kommissionens argumentation om, at det er nødvendigt at anvende mere smidige procedurer og undgå den institutionelle lammelse, der ifølge Kommissionen vil kunne opstå, hvis kollegialitetsprincippet fortolkes stramt. Det er tillige åbenbart, at det forhold, at Kommissionens medlemmer har en udtrykkelig politisk vilje (hvilket var tilfældet i de omtalte domme), ifølge Retten heller ikke var tilstrækkeligt til at sikre, at retsakter, der vedtages på grundlag af en bemyndigelse, er lovlige.

den begrundede udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland i overensstemmelse med de krav, der er forbundet med kollegialitetsprincippet. Det skal først undersøges, om denne retsakt blev vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed. Derefter skal det undersøges, om den begrundede udtalelse kunne gøres til genstand for en bemyndigelse, og om den bemyndigelse, der muligvis forelå, var gyldig.

a) Spørgsmålet, om Kommissionen fremsatte den begrundede udtalelse som kollegial enhed

14. Den begrundede udtalelse er i den udformning, hvori den blev sendt til Forbundsrepublikken Tyskland, dateret den 2. juni 1992 og underskrevet af den daværende næstformand for Kommissionen, Martin Bangemann. Som anført ovenfor blev denne tekst imidlertid hverken udarbejdet eller vedtaget af Kommissionen, og den blev heller ikke i det mindste fremlagt til godkendelse dér. Som det fremgår af protokollerne fra Kommissionens møder den 31. juli 1991 og den 18. december 1991, nøjedes Kommissionen med at tilslutte sig de kompetente tjenestegrenes forslag om at rette en begrundet udtalelse til Forbundsrepublikken Tyskland. Man havde heller ikke i overensstemmelse med artikel 12 i Kommissionens forretningsorden, sådan som denne var affattet på det tidspunkt, hvor afgørelsen om at fremsende den begrundede beslutning til Tyskland blev truffet [14], som bilag vedlagt disse mødeprotokoller den godkendte ordlyd af den begrundede udtalelse. Kommissionen overholdt således ikke formkravet ifølge denne artikel. Men Kommissionen har heller ikke, hvis man ser bort fra bestemmelserne i forretningsordenen, over for Domstolen fremlagt tilstrækkelige beviser for, at kollegialitetsprincippet er blevet overholdt [15]. For at overholde kollegialitetsprincippet skulle Kommissionen ifølge Domstolens praksis [16] den dag, hvor afgørelsen blev truffet, dvs. den 31. juli 1991 eller senest den 18. december 1991, ikke blot have besluttet at fremsende den begrundede udtalelse, men også have vedtaget de enkelte grunde, som udtalelsen byggede på. Kollegialitetsprincippet er følgelig ikke opfyldt blot ved, at Kommissionen giver udtryk for sin politiske vilje til at afgive en begrundet udtalelse. Det følger af den natur, som denne retsakt i henhold til traktatens artikel 169 har, at den skal begrundes [17]; kollegialitetsprincippet kræver således, at både retsaktens dispositive del og dens begrundelse skal vedtages af Kommissionen som kollegial enhed samtidig [18].

15. Kollegialitetsprincippet kræver endelig, at det var ordlyden af retsakten, således som

14 — Jf. ovenfor i fodnote 2.

15 — I dette tilfælde gøres der en undtagelse fra reglen om, at hver af sagens parter bærer bevisbyrden for de forhold, de gør gældende. Som det fremgår af retspraksis gælder der omvendt bevisbyrde, når bevismidlerne udelukkende er i modpartens besiddelse (jf. dom af 1.12.1965, sag 45/64, Kommissionen mod Italien, Sml. 1965-1968, s. 129, org. ref.: Rec. s. 1057), eller når modparten ved sin adfærd har gjort det umuligt at fremlægge beviserne (dom af 28.4.1966, sag 49/65, Ferriere e Acciaierie Napoletane mod Den Høje Myndighed, Rec. s. 105). Kommissionen bærer derfor bevisbyrden for, at den har overholdt kollegialitetsprincippet og de processuelle krav, der er forbundet med princippet.

16 — Jf. PVC-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7.

17 — Jf. vedrørende den karakter og det omfang, som denne retsakt skal have, f.eks. dom af 19.12.1961, sag 7/61, Kommissionen mod Italien, Sml. 1954-1964, s. 271, org. ref.: Rec. s. 633, af 14.2.1984, sag 325/82, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 777, af 13.12.1990, sag C-347/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4747, og af 17.9.1996, sag C 289/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4405.

18 — Det fremgår desuden af fast praksis, at kravet om en fuldstændig begrundelse er umiddelbart knyttet til kravet om overholdelse af den berørte medlemsstats forsvarsrettigheder. Fremsendelsen af den begrundede udtalelse skal netop give denne stat mulighed for at udtale sig, sådan at den strid, der er opstået mellem staten og Kommissionen, eventuelt kan bilægges uden at inddrage Domstolen (dom af 8.2.1983, sag 124/81, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 203, og af 25.4.1996, sag C-274/93, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 2019.

den blev meddelt Forbundsrepublikken Tyskland, der skulle være blevet forelagt kommissærerne, i form af et forslag, den dag, hvor Kommissionen traf sin beslutning. Teksten kunne således — som det fremgår af Domstolens dom i »burhøns-sagen« [19] — efterfølgende kun være blevet ændret i ortografisk eller typografisk henseende.

16. Jeg konkluderer derfor, at det i det foreliggende tilfælde ikke er påvist, at den begrundede udtalelse blev vedtaget af Kommissionen i sin helhed. Tilbage bliver dog spørgsmålet, om den kompetente kommissær kunne bemyndiges til at vedtage den nævnte retsakt. Kunne der ske en sådan bemyndigelse, så er den begrundede udtalelse af 2. juni 1992 til Forbundsrepublikken Tyskland i formel henseende retmæssig.

b) Spørgsmålet, om den begrundede udtalelse kunne vedtages på grundlag af en bemyndigelse

17. Dette spørgsmål kunne formuleres således: Er en begrundet udtalelse i henhold til traktatens artikel 169 en »foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art?« [20].

18. Man kunne indledningsvis gøre gældende, at en begrundet udtalelse, således som fællesskabslovgivers valg af begrebet antyder, ikke er nogen »retsakt«, og at en begrundet udtalelse allerede som følge heraf kan fremsættes i henhold til en bemyndigelse. Desuden er »henstillinger og udtalelser« ifølge traktatens artikel 189 »ikke bindende«. Hvis man altså antog, at en »begrundet udtalelse« i henhold til artikel 169 er en »udtalelse« i artikel 189's forstand, så kunne man fremføre det argument, at en tekst, der ikke har nogen bindende virkning, pr. definition ikke kan høre til de tekster, som henhører under den enekompetence, der tilkommer Kommissionen som kollegial enhed.

19. Fællesskabets retsinstanser støtter sig imidlertid ikke udelukkende på denne ordrette fortolkning og anser den heller ikke for at være af afgørende betydning. Dette fremgår særlig klart af Domstolens praksis vedrørende afgrænsningen af, hvilke rets-

19 — Dom af 23.2.1988, sag 131/86, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. s. 905.

20 — Man kunne naturligvis hævde, at der under ingen omstændigheder er noget holdepunkt i sagens akter for, at Kommissionen skulle have givet den kommissær, der har underskrevet den begrundede udtalelse, bemyndigelse hertil. En bemyndigelse skal som allerede nævnt ske udtrykkeligt og opfylde kravene om entydighed og offentliggørelse, hvilket åbenbart ikke er tilfældet her. Det skal imidlertid påpeges, at Domstolen har fastslået, at sådanne mangler ikke påvirker beslutningens gyldighed i det omfang, de ikke indskrænker retsbeskyttelsen for de personer berørt af den beslutning, der er truffet på grundlag af bemyndigelsen (jf. dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 3). Det er derfor rigtigt først at belyse spørgsmålet, om en bestemt kompetence hører under det område, inden for hvilket der kan gives en bemyndigelse.

akter fra Fællesskabets institutioner der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til artikel 173: Domstolen undersøger ikke i særlig grad, under hvilken form en retsakt fremtræder udadtil, men fokuserer i højere grad på retsaktens indhold og retsvirkninger [21].

20. Hvad angår det sidstnævnte kriterium skal det dog først understreges, at en begrundet udtalelse i henhold til traktatens artikel 169, efter hvad man kan udlede af retspraksis, ikke er udtryk for en eksigibel forvaltningsakt og således ikke kan være genstand for et søgsmål i henhold til traktatens artikel 173 [22]. Dette betyder imidlertid ikke, at den begrundede udtalelse ikke har nogen retsvirkninger, eller at retsvirkningerne slet ikke har nogen eller kun har en ringe betydning.

21. Spørgsmålet kan belyses af dommen i sagen Essevi og Salengo [23]. I denne dom fastslog Domstolen, at »Kommissionens udtalelser efter artikel 169 alene har retsvirkning med hensyn til sagsanlæg ved Domstolen for så vidt angår sager om en stats traktatbrud, og at Kommissionen ikke ved sin stillingtagen inden for rammerne af en traktatbrudsprocedure kan fritage en medlemsstat for dennes forpligtelser eller indskrænke de rettigheder, som private har i henhold til traktaten« [24]. Samtidig blev den begrundede udtalelse beskrevet som en »indledende procedure«, der for det tilfælde, at den berørte medlemsstat ikke efterkommer udtalelsen, har »til formål at fastlægge stridens genstand« [25]. Domstolen undlod imidlertid at betegne den begrundede udtalelse udtrykkeligt som en intern foranstaltning, der ikke er bindende, eller at indordne handlingen under begrebet »udtalelser« eller »henstillinger« efter traktatens artikel 189, selv om parterne havde argumenteret for dette [26]. Efter min opfattelse bør man ikke sidestille begrundede udtalelser efter artikel 169 med ikkebindende henstillinger eller udtalelser efter artikel 189; man bør i stedet for opfatte den begrundede udtalelse som en handling sui generis, der har en særlig position og funktion i det fællesskabsretlige system.

22. Under alle omstændigheder medfører det forhold, at den begrundede udtalelse ikke udgør en eksigibel forvaltningsakt, ikke, at udtalelsen automatisk henhører under kategorien »foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art«, hvor det er tilladt at foretage en delegation. Efter min opfattelse er det ikke rigtigt at ligestille disse

21 — Med denne begrundelse er sager vedrørende »interne retningslinjer« eller »meddelelser« ofte blevet antaget til realitetsbehandling, jf. f.eks. dom af 9.10.1990, sag C-366/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3571, af 13.11.1991, sag C-303/90, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 5315, og af 16.6.1993, sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, samt generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse af 16.1.1997, forud for dom af 20.3.1997, sag C-57/95, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1627, punkt 8-11.

22 — Dom af 27.5.1981, forenede sager 142/80 og 143/80, Essevi og Salengo, Sml. s. 1413. Af samme grund er det ifølge Domstolen i øvrigt ikke muligt at anlægge sag som følge af, at Kommissionen afviser at indlede proceduren i henhold til artikel 169 over for en medlemsstat (dom af 1.3.1966, sag 48/65, Lütticke m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1965 1968, s. 169, org. ref.: Rec. s. 27); jf. også Rettens nylige kendelse af 12.11.1996, sag T-47/96, SDDA mod Kommissionen, Sml. II, s. 1559: Kommissionen kan ikke forpligtes til at vedtage en akt, der kan gøres til genstand for et søgsmål.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 22.

24 — A.st., præmis 18.

25 — A.st., præmis 15.

26 — A.st., s. 1420.

to juridiske kategorier. Der må — sådan som det er forudset i forretningsordenen og anerkendt i retspraksis — skelnes mellem simple foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art og »principielle beslutninger«, som skal træffes af Kommissionen i sin helhed. Der er tale om en principiel beslutning, når Kommissionen foretager en endelig bedømmelse af et vigtigt retligt spørgsmål, og bedømmelsen medfører retsvirkninger. I tilfælde af tvivl gælder der i hvert fald en formodning for, at der ikke kan ske en delegation.

23. På denne baggrund må man gå ud fra, at en begrundet udtalelse efter artikel 169, der indbringes for Domstolen, er udtryk for en »principiel beslutning« i den forstand, at udtalelsen i det mindste for visse spørgsmåls vedkommende indeholder Kommissionens endelige bedømmelse og medfører endelige retsvirkninger inden for rammerne af den pågældende sag. I den begrundede udtalelse fastlægges især de punkter, som den pågældende medlemsstats pligtforsømmelse omfatter, og de grunde, Kommissionen støtter sin påtale af pligtforsømmelsen på; herved fastlægges genstanden for sagsanlægget ved Domstolen. Kommissionen kan ikke ændre denne genstand; den har kun mulighed for enten at undlade at anlægge sag ved Domstolen eller at hæve sagen, eller at tilbagekalde den bebyrdende forvaltningsakt.

24. Den begrundede udtalelses retlige betydning, der gør udtalelsen til en »principiel beslutning« og medfører, at den ikke henhører under den kategori af foranstaltninger, som kan træffes i henhold til en bemyndigelse, beror ikke på de umiddelbare følger, udtalelsen har til ulempe for sin adressat [27], men derimod på dens retsvirkninger under proceduren efter artikel 169; udtalelsen binder Kommissionen med hensyn til indholdet og omfanget af de klagepunkter, den kan gøre gældende ved Domstolen, og udtalelsen indskrænker således omfanget af den retlige kontrol [28]. Det skal i øvrigt fremhæves, at proceduren efter artikel 169, både set ud fra en juridisk og en politisk synsvinkel, har en særlig betydning og stilling inden for det fællesskabsretlige system. Det ville efter min opfattelse stride mod systematikken i traktaten at undervurdere den rolle, som Kommissionen har inden for rammerne af denne procedure, idet man definerer den begrundede udtalelse som en foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art.

25. Efter min mening støttes denne opfattelse af retspraksis om begrundede udtalelsers retsvirkninger. Som allerede nævnt afgrænser den begrundede udtalelse gen-

27 — Som allerede nævnt kan det ikke, blot på grundlag af, at Kommissionen fremsender en begrundet udtalelse i den retning, konstateres, at en medlemsstat har forsømt sine pligter. Fremsendelsen er imidlertid ikke uden betydning, da medlemsstaten i praksis ikke vil kunne ignorere den. Det er i øvrigt grunden til, at Domstolen stiller særlig store krav hvad angår respekt af medlemsstatens ret til at forsvare sig mod de klagepunkter, som Kommissionen har fremsat i den begrundede udtalelse. Jf. herom ovenfor, punkt 18.

28 — Jf. nedenfor i punkt 25.

standen for søgsmålet ved Domstolen, idet udtalelsen og stævningen skal støttes på samme synspunkter og anbringender [29]. Det tillades ikke, at Kommissionen fremsætter nye anbringender eller udvider dem, idet den påberåber sig nye forhold [30]. I overensstemmelse hermed er Domstolens kompetence i søgsmål efter artikel 169 også afgrænset klart; Domstolen kan udelukkende føre en legalitetskontrol med det, der er anført i den begrundede udtalelse og gentaget i stævningen [31]. For at forstå den rolle, som den begrundede udtalelse spiller inden for rammerne af en procedure efter artikel 169, er det vigtigt at huske på retspraksis, hvorefter et traktatbrud, selv hvis en medlemsstat efter udløbet af den frist, der er fastsat i en begrundet udtalelse, har iværksat foranstaltninger med henblik på at rette sig efter udtalelsen, allerede er indtrådt, og sagens genstand derfor fortsat består uforandret [32]. Endelig er den skelnen, som Domstolen foretager mellem en åbningsskrivelse og en begrundet udtalelse, vigtig, idet åbningsskrivelsen ikke behandles strengt formalistisk, hvorimod den begrundede udtalelse i formel og processuel henseende skal være korrekt, da den »afslutter den administrative procedure i henhold til artikel 169« [33]. Dette er i øvrigt grunden til, at Domstolen udøver en strengere kontrol i forbindelse med en begrundet udtalelse end ved en åbningsskrivelse [34].

26. Endelig er formuleringen af den begrundede udtalelse, hvad den politiske betydning og retsvirkningerne angår, den vigtigste handling, Kommissionen foretager inden for rammerne af proceduren efter artikel 169. Det ville efter min mening være uforståeligt, hvis man ikke krævede, at denne retsakt i den form, som den rettes til den pågældende medlemsstat i, vedtages direkte af Kommissionen som kollegial enhed. Det er ikke forenceligt med den særlige karakter, Domstolen tillægger den begrundede udtalelse, at definere den som en simpel foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art, der kan træffes på grundlag af en bemyndigelse. Følgelig er den begrundede udtalelse, som er baggrunden for denne sag, ikke blevet vedtaget på korrekt vis af Kommissionen i sin helhed. Forbundsrepublikken Tysklands indsigelse om, at sagen ikke kan antages til realitetsbehandling, er således begrundet.

29 — Jf. f.eks. dom af 7.2.1984, sag 166/82, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 459, præmis 16, af 1.12.1993, sag C-234/91, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 6273, præmis 16, og af 12.1.1994, sag C-296/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1, præmis 11.

30 — Jf. dom af 7.2.1984, Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 29.

31 — Domstolen er således ikke kompetent til at fastsætte en anden frist end den, der er angivet i den begrundede udtalelse, jf. dommene af 10.11.1981, sag 28/81 og sag 29/81, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2577 og s. 2585.

32 — Jf. dom af 7.2.1973, sag 39/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 101, af 5.6.1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, af 21.6.1988, sag 283/86, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3271, og af 12.12.1990, sag C-263/88, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4611.

33 — Jf. dom af 31.1.1984, sag 74/82, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 317, præmis 13.

34 — Jf. f.eks. dom af 28.3.1985, sag 274/83, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1077, præmis 20 og 21: »Som Domstolen udtalte i dom af 11.7.1984 (sag 51/83, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2793), er den pågældende stats mulighed for at fremsætte sine bemærkninger — selv om staten ikke ønsker at gøre brug heraf — en i traktaten sikret væsentlig garanti, hvis opfyldelse er en betingelse for lovligheden af traktatbrudsproceduren. Selv om den i EØF traktatens artikel 169 nævnte begrundede udtalelse skal indeholde en sammenhængende og detaljeret redegørelse for grundene til, at den pågældende stat efter Kommissionens opfattelse har tilsidesat en af de forpligtelser, der påhviler den i medfør af traktaten, kan Domstolen ikke opstille de samme krav med hensyn til åbningsskrivelsen, som nødvendigvis kun kan være en første kortfattet sammenfatning af klagepunkterne.«
Se ligeledes dom af 17.9.1996, Kommissionen mod Italien, fodnote 17.

IV — Spørgsmålet, om der kan gives sagsøgeren medhold i sagen

Selv om det således egentlig ikke er nødvendigt, skal jeg udtale mig om, hvorvidt der kan gives Kommissionen medhold i sagen.

27. Det skal indledningsvis bemærkes, at det fællesskabsretlige krav om, at »såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser« skal beskyttes i det nødvendige omfang [35], medfører, at der skal ske en offentliggørelse af vedtægter og årsregnskaber for bestemte typer selskabers vedkommende. Der påhviler medlemsstaterne en pligt til at iværksætte passende foranstaltninger med henblik på at opfylde denne garanti. I henhold til første direktivs artikel 3 kræves det nærmere, at alle de dokumenter eller oplysninger vedrørende et selskab, der er offentligt tilgængelige, skal bekendtgøres i en dertil af medlemsstaten bestemt national offentlig tidende. Desuden bestemmes det i direktivets artikel 6, at »medlemsstaterne fastsætter passende sanktioner for det tilfælde, at den i artikel 2, stk. 1, litra f), påbudte offentlighed vedrørende balance og resultatopgørelse undlades«. Artikel 2, stk. 1, litra f), i første direktiv lyder således: »Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for, at den obligatoriske offentlighed vedrørende selskaber i det mindste omfatter følgende dokumenter og oplysninger: ... balance og resultatopgørelse for hvert regnskabsår. Det dokument, der indeholder balancen, skal angive personlige data for de personer, der ifølge loven skal bekræfte dens indhold. For de i artikel 1 nævnte selskaber med begrænset ansvar efter tysk ... ret ... udskydes pligten til at anvende denne bestemmelse dog indtil iværksættelsen af et direktiv om samordning af indholdet af balance og resultatopgørelse ... Rådet udsteder dette direktiv inden to år efter vedtagelsen af nærværende direktiv«. Endelig siges følgende i fjerde direktivs artikel 47: »Det behørigt godkendte årsregnskab og årsberetningen såvel som beretningen fra den person, der er ansvarlig for regnskabets revision, skal offentliggøres på de måder, der i overensstemmelse med artikel 3 i direktiv 68/151/EØF fastsættes i hver medlemsstats lovgivning.«

28. Ifølge Kommissionens opfattelse har Forbundsrepublikken Tyskland tilsidesat forpligtelsen efter de nævnte bestemmelser, idet staten ikke har fastsat passende sanktioner for det tilfælde, at offentliggørelsespligten ikke opfyldes. Bestemmelserne om offentliggørelse af årsregnskaber for kapitalselskaber i Forbundsrepublikken Tyskland er opstillet i § 325 ff. i Handelsgesetzbuch (herefter »HGB«). I HGB's § 335 bestemmes det, at der kan pålægges en tvangsbøde på op til 10 000 DEM for det tilfælde, at et selskabs årsregnskab ikke offentliggøres. Denne tvangsbøde fastsætter handelsregistret dog ikke i embeds medfør, men kun på anmodning af en selskabsdeltager, en kreditor, fællesvirksomhedsudvalget eller selskabets bedriftsråd. Ifølge Kommissionen er denne sanktion på ingen måde effektiv og kan slet ikke anses for at opfylde fællesskabsrettens

35 — Dette krav er udtrykkelig anerkendt i traktatens artikel 54, stk. 3, litra g).

krav; et overvældende flertal af de selskaber, der er underlagt pligt til at offentliggøre deres regnskaber, tilsidesætter denne pligt.

29. Efter min opfattelse er Kommissionens argumentation begrundet, og alle de indvendinger herimod, der er blevet fremsat fra Tysklands side, skal afvises.

30. For det første er det forkert, når den tyske regering påstår, at første direktivs artikel 6 ikke forpligter medlemsstaterne til inden for rammerne af gennemførelsen af fjerde direktiv at fastsætte passende sanktioner for det tilfælde, at årsregnskaberne ikke offentliggøres. Fjerde direktiv er det direktiv, der, når det træder i kraft, medfører, at der opstår pligt til efter første direktivs artikel 2, stk. 1, litra f), at offentliggøre balance og resultatopgørelse for hvert regnskabsår. I det øjeblik, der ved fjerde direktiv blev indført en bestemmelse »om samordning af indholdet af balance og resultatopgørelse« [36] i fællesskabsretten, fik første direktivs artikel 2, stk. 1, litra f), således i fuldt omfang bindende virkning. Medlemsstaterne er således i henhold til første direktivs artikel 6 forpligtet til at fastsætte passende sanktioner for det tilfælde, at den påbudte offentliggørelse af balancen og resultatopgørelsen undlades.

36 — Første direktivs artikel 2, stk. 1, litra f).

31. Fra Forbundsrepublikken Tysklands side er det desuden blevet gjort gældende, at den sanktion, der er fastsat i HGB's § 335, opfylder de fællesskabsretlige krav og herunder især første direktivs artikel 6. Til støtte herfor har man fremført, at de relevante fællesskabsretlige bestemmelser ikke tilsigter at beskytte alle fysiske og juridiske personer, der optræder som tredjemænd i forhold til kapitalselskabet, men derimod kun har til formål at beskytte selskabets kreditorer, inklusive arbejdstagerne. Den tvangsbøde, der er hjemlet i HGB's § 335, fastsættes derfor med rette ikke ex officio, men kun på anmodning af en selskabsdeltager, en kreditor, fællesvirksomhedsudvalget eller selskabets bedriftsråd.

32. Efter min opfattelse er denne fortolkning forkert. For det første henviser traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), som første og fjerde direktiv blev udstedt i henhold til, helt generelt til »beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser« uden, hvad tredjemand angår, at skelne mellem kreditorer og ikke-kreditorer. Til kategorien »tredjemand« hører således også fremtidige kreditorer, handelspartnere og alle, der er interesseret i at erhverve selskabsandele. For det andet siges det i præamblen til første direktiv, at »offentligheden skal gøre det muligt for tredjemand at gøre sig bekendt med de væsentlige dokumenter vedrørende selskabet samt at få visse oplysninger om dette«. Formuleringen viser, at den nævnte offentlighed har til formål at informere de personer, der ikke kender selskabets situation og planer i tilstrækkelig grad, for derved at sætte dem i stand til at bedømme, om det er fornuftigt at indlede en eller anden form for retsforhold til selskabet. Generelt sagt tilsigter første og fjerde direktiv at garantere

den størst mulige gennemsigtighed i forbindelse med selskabernes virke; de opstiller derfor krav om offentliggørelse over for alle af en række informationer, der sætter alle i stand til at drage deres egne konklusioner vedrørende selskabernes retlige og finansielle situation. Det ville derfor stride mod disse bestemmelsers ordlyd og ånd at begrænse den kreds af personer, der kan nyde godt af gennemsigtigheden; netop fordi det er umuligt at foretage en udtømmende opregning af de berørte personer — lovgiver kan ikke forestille sig alle de forretningsmæssige og kommercielle aktiviteter — foretrak man at opstille en forpligtelse, som gælder over for alle, da dette er den eneste måde, man kan garantere fuld retssikkerhed på. Den begrænsning, der i tysk ret er foretaget af den personkreds, som har mulighed for at anmode om fastsættelse af en tvangsbøde som følge af, at årsregnskabet ikke er offentliggjort, er derfor ikke forenelig med de relevante fællesskabsretlige regler.

33. Som følge heraf mener jeg, at gældende tysk ret ikke opfylder de krav, der stilles i første direktivs artikel 6; denne bestemmelse er således ikke blevet gennemført på korrekt vis i national ret. En sanktion, som kun iværksættes, såfremt der blandt en afgrænset kreds af personer anmodes herom, kan ikke anses for en »passende sanktion«, der i henhold til første direktivs artikel 6 indebærer en forpligtelse over for alle, især ikke, da den afgrænsede personkreds ikke altid er interesseret i, at der indledes en sådan procedure. Da den pågældende sanktionsprocedure i praksis i de fleste tilfælde, hvor den påbudte offentlighed er blevet tilsidesat, ikke kan gennemføres, kan man ikke gå ud fra, at proceduren er »passende« efter betydningen i første direktivs artikel 6. På baggrund heraf mener jeg, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat den forpligtelse, der påhviler staten i henhold til den fællesskabsretlige bestemmelse. Endelig kan denne tilsidesættelse ikke begrundes med eller modvirkes ved, at en iværksættelse af sanktioner over for alle de selskaber, der ikke har offentliggjort deres regnskaber — som følge af det store antal selskaber, der er tale om — ville medføre betydelige vanskeligheder for de tyske myndigheder, som ifølge Forbundsrepublikken Tyskland ikke ville stå i forhold til det mål, Fællesskabets lovgiver forfølger. I henhold til Domstolens faste praksis »kan en medlemsstat ikke påberåbe sig forhold i sin nationale retsorden til støtte for manglende overholdelse af forpligtelser og frister i henhold til fællesskabsdirektiver« [37].

34. Forbundsrepublikken Tyskland har således tilsidesat sine forpligtelser i henhold til primær og sekundær fællesskabsret; der måtte altså være givet Kommissionen medhold i sagen, hvis den ikke skulle have været afvist fra realitetsbehandling.

37 — Dom af 19.2.1991, sag C-374/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 367, præmis 10, af 7.4.1992, sag C-45/91, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 2509, præmis 21, og af 29.6.1995, forenede sager C-109/94, C-207/94 og C-225/94, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1791, præmis 11.

V — Forslag til afgørelse

35. På grundlag heraf foreslår jeg Domstolen

1) at afvise den af Kommissionen anlagte sag og

2) at pålægge Kommissionen at betale sagens omkostninger.