FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 5 juni 1997 *

I —Inledande synpunkter

Inom Europeiska gemenskapen har en stor del av det direkta utövandet av politisk och statlig makt anförtrotts kommissionen, som är skyldig att följa reglerna om lagenlighet, öppenhet och god administration. I förevarande mål, ombeds domstolen avgöra huruvida kommissionen, då den inledde ett fördragsbrottsförfarande gentemot Tyskland med stöd av artikel 169 i EG-fördraget, efterkom de skyldigheter som ankommer på den.

II —Faktiska omständigheter

1. I sin ansökan av den 16 juni 1995 yrkade kommissionen att domstolen skulle fastställa att Tyskland hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt å ena sidan EG-fördraget och å andra sidan det första och det fjärde direktivet inom bolagsrättens område [1], genom att inte föreskriva lämpliga påföljder i fall då kapitalassociationer underlåter att offentliggöra sina årsbokslut. Inledningsvis meddelade kommissionen genom skrivelse av den 26 juni 1990 den tyska regeringen att 93 % av de tyska kapitalbolagen, enligt de uppgifter kommissionen hade tillgång till, inte efterkommit skyldigheten att offentliggöra sina årsbokslut. Samtidigt uppmanade kommissionen sagda stat, att i enlighet med artikel 169 i fördraget yttra sig inom en frist på två månader. Eftersom kommissionen därefter ansåg att den tyska regeringens svar inte var tillfredsställande, riktade kommissionen i enlighet med artikel 169 första stycket i fördraget ett motiverat yttrande till Tyskland, som var daterat den 2 juni 1992 och som undertecknats av kommissionens vice ordförande Martin Bangemann. Efter en lång rad resultatlösa kontakter och överläggningar, som fortgick till och med efter den 30 september 1992 då den sista frist som tilldelats Tyskland för att efterkomma anmärkningarna i det motiverade yttrandet löpte ut, väckte kommissionen den 16 juni 1995 förevarande talan vid domstolen.

1 — Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (EGT L 65, s. 8, nedan kallat första direktivet; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 3), och rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17, nedan kallat fjärde direktivet).

* Originalspråk: grekiska.

III —Upptagande till sakprövning

2. Innan man granskar huruvida den kritik kommissionen riktat mot Tyskland är berättigad, bör man undersöka den av svaranden framförda invändningen om rättegångshinder, enligt vilken kommissionens beslut som ligger till grund för förevarande talan innehåller väsentliga formfel. Den tyska regeringen har särskilt framfört sin tvekan beträffande huruvida kommissionens rättsakter, som utgörs av det motiverade yttrandet och beslutet att väcka förevarande talan vid domstolen, har antagits i enlighet med kollegialitetsprincipen, som allmänt sett reglerar kommissionens funktion, och huruvida de former som kommissionens arbetsordning föreskriver har iakttagits. Det är av denna orsak som den tyska regeringen i skrivelse av den 4 september 1995 begärde att det skulle klargöras huruvida det motiverade yttrandet och talans väckande beslutats av kommissionen själv eller av dess vice ordförande med stöd av ett bemyndigande. Den tyska regeringen begärde i skrivelsen också att få ta del av en kopia av dessa beslut. Kommissionen besvarade inte den tyska regeringens begäran, varvid den tyska regeringen yrkade att domstolen skulle förplikta sökanden att inkomma med de begärda relevanta uppgifterna.

3. Genom beslut av den 23 oktober 1996 uppmanade domstolen kommissionen att inom en frist på tre veckor från beslutets delgivning inkomma med de beslut som fattats av kollegiet och som bestyrkts i enlighet med villkoren i dess arbetsordning, och med stöd av vilka den riktat det motiverade yttrandet till Tyskland och beslutat att väcka förevarande talan.

4. För att efterkomma ifrågavarande beslut, inkom kommissionen med en rad uppgifter till domstolen, vilka emellertid inte motsvarade det domstolen begärt. Närmare bestämt ingav kommissionen protokollsutdrag från vissa av dess sammanträden samt handlingar där sagda protokoll nämns. Dessa uppgifter visar att kommissionen vid sitt sammanträde nr 1071 den 31 juli 1991 godkände förslagen från sina ansvariga avdelningar, vilka återges i handling SEC(91) 1387. Sistnämnda handling innehåller en summarisk lista som upprättats utifrån datauppgifter, och i en punkt nämns det direktiv det är fråga om i förevarande fall och föreslås (med två ord) att det till Tyskland skall riktas ett motiverat yttrande. Samtidigt nämner protokollet från kommissionens sammanträde den 18 december 1991 (COM(91) PV 1087) att kommissionen godkände det förslag som återges i handling SEC(91) 2213. I denna handling föreslogs att kommissionens ovannämnda beslut av den 31 juli 1991, om att Tyskland skall delges ett motiverat yttrande, skulle verkställas omedelbart. Enligt vad som nämns i protokollet från kommissionens sammanträde den 13 december 1994 (COM(95) PV 1227), godkände kommissionen slutligen lika kortfattat förslaget att vid domstolen väcka talan mot Tyskland i enlighet med artikel 169 i fördraget; detta förslag förekom i handling SEC(94) 1808.

5. De uppgifter som ingivits till domstolen bevisar inte att kommissionen, då den kollegialt beslöt att till Tyskland rikta ett motiverat yttrande och därefter väcka talan vid domstolen mot denna medlemsstat, hade tillgång till själva texten av berörda rättsakter (det vill säga till det motiverade yttrandet och ansökan), inte ens i form av ett fullständigt förslag som upprättats av kommissionens ansvariga avdelningar. En logisk följd härav är att det inte på grundval av de handlingar som ingivits till domstolen är möjligt att uttala sig om huruvida man iakttagit formföreskrifterna i artikel 12 i kommissionens arbetsordning, [2] enligt den version som var gällande då de relevanta faktiska omständigheterna inträffade. Denna artikel föreskrev att "rättsakter som kommissionen antar i sammanträde eller genom det skriftliga förfarandet, bestyrkes på de gällande språken, genom ordförandens och generalsekreterarens signatur", och enligt artikeln var det nödvändigt att till protokollet över kommissionens sammanträde, där antagandet av rättsakterna nämns, bifoga texten till dessa.

6. Med beaktande av dessa uppgifter vidhöll den tyska regeringen sin invändning om rättegångshinder och utvecklade under det muntliga förfarandet vid domstolen en lämplig argumentation. Kommissionen anser däremot för sin del att man av uppgifterna i målet kan dra slutsatsen att tillämpliga processrättsliga bestämmelser iakttagits, av vilka kommissionens kollegialitetsprincip förekommer i främsta ledet.

7. Jag skall allra först undersöka huruvida det motiverade yttrande som riktats till Tyskland uppfyller de i lagen föreskrivna formföreskrifterna. Jag skall ställa frågan huruvida kollegialitetsprincipen iakttagits, och därefter kommer jag, för det fall den första frågan besvaras nekande, att undersöka huruvida det motiverade yttrandet kunde antas med stöd av ett bemyndigande eller under alla omständigheter utan hänsyn till kommissionens skyldighet att handla kollegialt.

A — *Omfattningen av och gränserna för kommissionens kollegialitetsprincip*

8. Enligt rättspraxis upptar kommissionens kollegialitetsprincip en mycket viktig plats inom gemenskapernas rättsordning; den ingår som en organisatorisk princip i gemenskapens (och unionens) institutionella uppbyggnad. Denna princip föreskrivs i artikel 17 i fusionsfördraget och i artikel 163 i EG-fördraget. I sistnämnda artikel föreskrivs uttryckligen att "[k]ommissionen skall fatta sina beslut med en majoritet av det antal ledamöter ....". På samma sätt föreskriver artikel 1 i kommissionens arbetsordning att "kommissionen skall handla kollegialt i enlighet med bestämmelserna i denna arbetsordning".

2 — Det är fråga om kommissionens arbetsordning, i dess tillfälliga version i förordning nr 63/41/EEG av den 9 januari 1963 (EGT 181, 1963, s. 63).

9. Domstolens två viktigaste domar, där tillämpningsområdet och gränserna för kollegialitetsprincipen definieras och utstakas, är följande:

10. Först kommer domen i målet AKZO mot kommissionen [3]: Det följer för det första av punkt 36 och följande punkter i domskälen, att kollegialiteten reglerar kommissionens funktion och att, även om vissa beslut kan fattas med stöd av ett bemyndigande [4], detta förfarande likväl förblir ett undantag. För att inte skada kollegialitetsprincipen borde man, å ena sidan, undvika att till den som bemyndigats överlåta självständig makt och, å andra sidan, systematiskt utesluta ett bemyndigande vad gäller principbeslut. I enlighet med vad som föreskrivs i artikel 27 i kommissionens ovannämnda arbetsordning, till vilken domstolens ovannämnda dom hänvisar, kan ett bemyndigande gälla endast vissa kategorier av lednings- och förvaltningsrättsakter. Domstolen ansåg under alla omständigheter i samma dom att ett beslut som, inom ramen för den behörighet kommissionen tilldelats för att säkerställa fria konkurrens, ålägger ett företag att underkasta sig en undersökning enligt artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204), endast utgör ett ledningsbeslut och följaktligen inte kan utgöra föremål för ett bemyndigande. [5] I vilket fall som helst kräver rättssäkerhetsprincipen, och den öppenhet som är nödvändig när det gäller administrativa beslut, att kommissionen ombesörjer att beslut om bemyndigande offentliggörs. Sökandena, som emellertid bestrider giltigheten av kommissionens beslut, kan inte åberopa den omständigheten att ett beslut om bemyndigande inte offentliggjorts, om detta "inte berövat sökandena möjlighet att ifrågasätta lagligheten hos vare sig detta beslut eller det beslut som fattats till följd av bemyndigandet". [6]

11. Därefter kommer domen i målet kommissionen mot BASF m. fl. [7], där domstolen allra först påminde om den allmänna regel [8] enligt vilken "... kommissionens funktion regleras av kollegialitetsprincipen ..." [9]. Domstolen uttalade dessutom att "... iakttagandet av denna princip och särskilt nödvändigheten av att dessa beslut fattas gemensamt av kommissionsledamöterna, är nödvändigtvis av intresse för de rättssubjekt som berörs av deras rättsverkan, i den meningen att de bör kunna förvissa sig om att dessa beslut faktiskt fattats av kollegiet och exakt motsvarar dess vilja". [10] Vad gäller kommissionens beslut som ovillkorligen bör motiveras, fastslog domstolen att "innehållet i ett beslut av detta slag endast kan förstås och dess räck-

3 — Dom av den 23 september 1986 i mål 5/85 (REG 1986, s. 2585; svensk specialutgåva, volym 8).

4 — Se även dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen (REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7).

5 — Se i detta avseende dom av den 17 oktober 1989 i de förenade målen 97/87, 98/87 och 99/87, Dow Chemical Ibérica m. fl. mot kommissionen (REG 1989, s. 3165; svensk specialutgåva, volym 10).

6 — Domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen (ovan fotnot 3), punkt 39.

7 — Dom av den 15 juni 1994 i mål C-137/92 P, det så kallade PVC-målet (REG 1994, s. I-2555; svensk specialutgåva, volym 15), punkt 62.

8 — Eftersom regeln är den att kommissionen handlar kollegialt, undviker domstolen att exakt begränsa tillämpningsområdet för denna princip. Det är för övrigt av denna orsak som domstolen, då den nämner kollegialitetsprincipen, preciserar att denna "särskilt" är tillämplig på kommissionens förvaltningsrättsakter som kan förorsaka skada, såsom de som har till syfte att konstatera en överträdelse av konkurrensbestämmelserna, utfärda ett föreläggande mot berörda företag och ålägga dem ekonomiska påföljder med stöd av förordning nr 17 (punkt 65). Det vore följaktligen felaktigt att hävda att kollegialitetsprincipen inte nödvändigtvis bör iakttas då kommissionen inte verkar medelst verkställbara förvaltningsrättsakter.

9 — Domen i det ovannämnda PVC-målet (ovan fotnot 7), punkt 62.

10 — Domen i det ovannämnda PVC-målet (ovan fotnot 7), punkt 64.

vidd endast värderas mot bakgrund av dess skäl. Eftersom innehållet i ett beslut och dess motivering följaktligen utgör en odelbar helhet, ankommer det endast på kollegiet att med stöd av kollegialitetsprincipen samtidigt anta bådadera ...". [11] Slutligen nämns i domen i PVC-målet uttryckligen att förfarandet för bestyrkande av kommissionens rättsakter, som föreskrivs i artikel 12 första stycket i dess arbetsordning, "har till syfte att säkerställa rättssäkerheten genom att på de gällande språken fastställa den text som antagits av kollegiet". [12] Följaktligen kan alla som har ett berättigat intresse göra gällande att sagda form inte iakttagits, för att förhindra att den rättsakt som antagits av kommissionen i strid med föreskrivna formföreskrifter skall få rättsverkan.

12. Denna rättspraxis visar att principen om kollegialt antagande av beslut utgör den allmänna regeln för kommissionens funktion. Vad särskilt gäller rättsakter som ovillkorligen skall motiveras, antingen enligt en viss bestämmelse eller på grund av deras slag, kräver kollegialitetsprincipen att kommissionen samtidigt, i egenskap av kollegialt organ, antar rättsaktens innehåll och motiveringar. Förfarandet för bestyrkande av beslut som antagits av kommissionen, och som stadfästs i dess arbetsordning, garanterar att ifrågavarande princip iakttas. Kommissionen kan likväl undantagsvis bemyndiga sina ledamöter att handla i dess namn; det krävs naturligtvis inte att man, enligt det arbetsordningen föreskriver, iakttar formaliteterna för bestyrkande vad gäller rättsakter som antagits med stöd av ett bemyndigande; ett dylikt bemyndigande utesluts däremot då det är fråga om principbeslut, det kan endast gälla för förvaltningsrättsakter eller administrativa rättsakter; bemyndigandet bör vara formellt, uttryckligt och utgöra föremål för offentlighet [13].

B — *Tillämpningen av kollegialiteten i förevarande fall*

13. Härefter uppkommer frågan huruvida kommissionen, inom ramen för den tvist jag

11 — Domen i det ovannämnda PVC-målet (ovan fotnot 7), punkt 67.

12 — Domen i det ovannämnda PVC-målet (ovan fotnot 7), punkt 75.

13 — Jag anser att det är tillräckligt att på denna punkt påminna om förstainstansrättens senaste rättspraxis, för att visa på vilket sätt denna tillämpar de ovan beskrivna vägledande principerna som fastställts av domstolen beträffande räckvidden av kollegialitetsprincipen.
Förstainstansrättens dom av den 27 april 1995 i mål T-442/93, AAC m. fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-1329), punkt 78 f. gällde, inom ramen för tillämpningen av artikel 92 i fördraget, ett beslut om godkännande av statligt stöd som ingick i ett allmänt system med stöd, som tidigare godkänts av kommissionen genom ett konkret beslut som antagits kollegialt. Förstainstansrätten ansåg att «... det faktum att det ifrågasatta beslutet, i det aktuella fallet, med all rätt har fattats på grundval endast av en begränsad kontroll av om de villkor som fastställts i beslutet om godkännande av det allmänna systemet var uppfyllda inte i sig själv räcker för att kvalificera det som en lednings- eller förvaltningsåtgärd ..."(punkt 87). Ifrågavarande beslut kunde följaktligen inte fattas med stöd av ett bemyndigande (Se även förstainstansrättens dom av den 27 april 1995 i mål T-435/93, ASPEC m. fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-1281).
I sin dom av den 6 april 1995 i de förenade målen 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 och T-112/89, BASF m. fl. mot kommissionen, det sk. PEBD-målet (REG 1995, s. II-729), punkt 99 och följande punkter, ansåg domstolen att, även i det fall en rättsakt antagits av kommissionsledamöternas kollegium, men endast på vissa av de giltiga språken, beviljandet av ett bemyndigande för att anta denna text på de andra giltiga språken inte är möjligt, eftersom fastställandet av rättsaktens text på något av dessa språk inte kan anses som en lednings- eller förvaltningsrättsakt. Det avgörande kriteriet då man undersöker huruvida en rättsakt hör till den kategori som kan utgöra föremål för ett bemyndigande är dess rättsverkan. Jag konstaterar att frågan om bemyndigandet behandlas på ett särskilt strikt sätt eftersom kollegialiteten förblir regeln för kommissionens handlande, medan bemyndigandet utgör ett undantag. Denna regel kullkastas inte av kommissionens argument om nödvändigheten av att anlita mera flexibla förfaranden och av att undvika en institutionell förlamning, som ett strikt iakttagande av kollegialitetsprincipen enligt kommissionen skulle förorsaka. Det är likväl uppenbart att det faktum att kommissionsledamöterna hade en formell politisk vilja (som enligt vad vi kunnat se ovan var uppenbar i de ovannämnda fallen) inte enligt förstainstansrätten var tillräckligt för att säkerställa att de rättsakter som antagits med stöd av ett bemyndigande var lagenliga.

undersöker, utfärdat det aktuella motiverade yttrandet genom att iaktta kraven enligt kollegialitetsprincipen. Jag skall undersöka huruvida kommissionen antagit sagda rättsakt kollegialt. Därefter ställer jag mig frågan huruvida det motiverade yttrandet kunde utgöra föremål för ett bemyndigande och huruvida det bemyndigande som eventuellt gavs var rättsenligt.

a) Frågan huruvida kommissionen antagit det aktuella motiverade yttrandet med stöd av ett kollegialt beslut

14. Det motiverade yttrandet, sådant det delgivits Tyskland, är daterat den 2 juni 1992 och undertecknat av kommissionens dåvarande vice ordförande Martin Bangemann. Såsom jag emellertid anfört ovan, upprättades, antogs och inlämnades inte denna text till kommissionen för godkännande. Såsom framgår av protokollen från kommissionens sammanträden av den 31 juli 1991 och av den 18 december 1991, begränsade sig kommissionen till att godkänna de behöriga avdelningarnas förslag, som avsåg att det skulle riktas ett motiverat yttrande till Tyskland. Protokollen från dessa sammanträden innehåller inte heller som bilaga texten till det motiverade yttrandet, bestyrkt i enlighet med artikel 12 i kommissionens arbetsordning, enligt den version som var gällande då beslutet om att delge det motiverade yttrandet fattades. [14] Kommissionen har följaktligen inte iakttagit de väsentliga formkraven i denna artikel. Oberoende av bestämmelserna i kommissionens arbetsordning, har kommissionen inte förebringat tillräcklig bevisning för domstolen, av vilket man skulle kunna dra slutsatsen att den iakttagit kollegialitetsprincipen. [15] För att man skulle kunna anse att nämnda princip iakttagits, skulle kommissionen, enligt domstolens rättspraxis [16], den dag beslutet antogs, det vill säga den 31 juli 1991 eller senast den 18 december 1991, inte endast ha beslutat att delge det motiverade yttrandet, utan också ha angivit skälen för detta beslut. Det är följaktligen inte tillräckligt att kommissionen ger uttryck för sin politiska vilja att avge ett motiverat yttrande för att det skall kunna anses att kollegialitetsprincipen iakttagits. Denna rättsakt, som antas enligt artikel 169 i fördraget, är av sådan karaktär att den naturligtvis bör motiveras. [17] Härav följer att kollegialiteten innebär att kommissionen samtidigt skall fatta beslutet och anta motiveringen för detta, och att kommissionen vid båda tillfällena skall handla kollegialt. [18]

15. Enligt kollegialitetsprincipen skulle slutligen rättsaktens huvudsakliga innehåll, i den

14 — Jag hänvisar till fotnot 2.

15 — I detta fall görs det ett undantag från regeln enligt vilken varje part har bevisbördan för de uppgifter den anför. Såsom framgår av rättspraxis, blir presumtionen omvänd varje gång det endast är motparten som innehar bevismaterialet (se dom av den 1 december 1965 i mål 45/64, kommissionen mot Italien, REG 1965, s. 1057) eller då motparten genom sitt uppförande gjort det omöjligt att få tillgång till dessa uppgifter (dom av den 28 april 1966 i mål 49/65, Ferriere e Acciaierie Napoletane mot Höga myndigheten av EKSG, REG 1965, s. 103). Det är av denna orsak det ankommer på kommissionen att bevisa att den iakttagit kollegialitetsprincipen och de processuella former som har samband med denna princip.

16 — Se domen i det ovannämnda PVC-målet (ovan fotnot 7).

17 — Beträffande slaget och omfattningen av den motivering denna rättsakt bör innehålla, se exempelvis domarna av den 19 december 1961 i mål 7/61, kommissionen mot Italien (REG 1961, s. 633), av den 14 februari 1984 i mål 352/82, kommissionen mot Tyskland (REG 1984, s. 777), av den 13 december 1990 i mål C-347/88, kommissionen mot Grekland (REG 1990, s. I-4747), och av den 17 september 1996 i mål C-289/94, kommissionen mot Italien (REG 1996, s. I-4405).

18 — Det följer för övrigt av fast rättspraxis att kravet på en fullständig motivering är direkt knuten till att man iakttar den inblandade medlemsstatens rätt till försvar. Delgivningen av det motiverade yttrandet har nämligen till syfte att ge medlemsstaten möjlighet att framföra sina argument för att eventuellt möjliggöra att den tvist som uppkommit mellan denna stat och kommissionen kan lösas utan att domstolen inblandas (domarna av den 8 februari 1983 i mål 124/81, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1983, s. 203, och av den 25 april 1996 i mål C-274/93, kommissionen mot Luxemburg, REG 1996, s. I-2019; svensk specialutgåva, volym 7).

form det delgavs den tyska regeringen, ha meddelats kommissionsledamöterna i form av förslag den dag beslutet fattades. Denna text kunde därefter endast bli föremål för ortografiska eller grammatikaliska ändringar i enlighet med de synpunkter domstolen framförde i domen i målet Förenade kungariket mot rådet [19].

16. Jag drar följaktligen slutsatsen att det i förevarande fall inte bevisats att kommissionen antagit det motiverade yttrandet kollegialt. Jag skall dock ändå undersöka huruvida den ansvariga kommissionsledamoten kunde bemyndigas att anta nämnda rättsakt. Den formella lagenligheten av det motiverade yttrandet som delgavs Tyskland den 2 juni 1992 är beroende av detta villkor.

b) Frågan huruvida det motiverade yttrandet kunde antas med stöd av ett bemyndigande

17. Denna fråga skulle kunna ställas på följande sätt: Utgör det motiverade yttrande som föreskrivs i artikel 169 i fördraget en "lednings- eller förvaltningsrättsakt"? [20]

18. Man kan allra först hävda, såsom framgår av gemenskapslagstiftarens val, att det motiverade yttrandet inte utgör en "rättsakt" och att det enligt denna uppfattning, a fortiori, kan utfärdas med stöd av ett bemyndigande. För övrigt skall, enligt artikel 189 sista stycket i EG-fördraget, "rekommendationer och yttranden ... inte vara bindande". Om man följaktligen skulle anse att det "motiverade yttrandet" enligt artikel 169 utgör ett "yttrande" i den mening som avses i artikel 189, vore det eventuellt möjligt att framföra argumentet att en text som inte är av tvingande karaktär, per definition, inte skulle kunna höra till dem som är föremål för exklusiv behörighet, vilken tilldelats kommissionen i egenskap av kollegialt organ.

19. Jag konstaterar emellertid att gemenskapsdomstolarna inte kan nöja sig med detta bokstavliga kriterium eller ge det en avgörande roll. Denna fråga kan särskilt klargöras av den rättspraxis domstolen utvecklat inom detta område för att fastställa vilka gemenskapsinstitutioners rättsakter som kan

19 — Dom av den 23 februari 1988 i mål 131/86, det så kallade värphönsmålet (REG 1988, s. 905).

20 — Man skulle naturligtvis i vilket fall som helst kunna hävda att det inte av handlingarna i målet framgår att kommissionen, genom ett beslut, bemyndigat den kommissionsledamot som undertecknat det motiverade yttrandet. Såsom jag nämnt ovan, bör ett bemyndigande vara uttryckligt och uppfylla kraven på tydlighet och offentlighet, i motsats till den situation som tycks föreligga i förevarande fall. Man kan i varje fall anföra, att kommissionen ansett att denna typ av ofullkomligheter inte medför att bemyndigandet är utan verkan, såvitt de inte inverkar på de personers rättsskydd som berörs av rättsakten som antagits med stöd av ett bemyndigande (se domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, ovan fotnot 3). Det är följaktligen ändamålsenligt att allra först klargöra huruvida en viss behörighet är av sådan art att den kan vara föremål för ett bemyndigande.

utgöra föremål för en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 173; domstolen koncentrerar sig inte så mycket på att undersöka den yttre formen av den omtvistade rättsakten utan närmast på dess innehåll och dess rättsverkningar. [21]

20. Vad gäller sistnämnda kriterium, skall det inledningsvis understrykas att enligt rättspraxis utgör det motiverade yttrandet enligt artikel 169 i fördraget inte en förvaltningsrättsakt som går någon emot, och en talan som grundar sig på artikel 173 i fördraget utgör inte ett rättsmedel som kan användas för att angripa den. [22] Detta innebär emellertid varken att det motiverade yttrandet är utan rättsföljder eller att dessa rättsföljder saknar eller är av sekundär betydelse.

21. Denna fråga kan med fördel klargöras genom domen i målet Essevi och Salengo [23].

I denna dom uttalade domstolen att "[d]e yttranden som kommissionen avger i enlighet med artikel 169 i EEG-fördraget har endast rättsverkan i förhållande till väckande av talan vid domstolen inom ramen för talan om en medlemsstats fördragsbrott. Kommissionen kan inte, i sina ståndpunkter inom ramen för detta förfarande, befria en medlemsstat från dess skyldigheter eller inskränka de rättigheter som tillkommer de enskilda genom fördraget". [24] Domstolen betecknar samtidigt det motiverade yttrandet som ett "inledande förfarande", vars "... [syfte är] att bestämma föremålet för tvisten" i det fall den berörda medlemsstaten inte efterkommer yttrandet. [25] Domstolen har i vilket fall som helst undvikit att uttryckligen beteckna det motiverade yttrandet som en tvingande intern åtgärd eller att anse att denna rättsakt är ett sådant "yttrande" eller en sådan "rekommendation" som avses i artikel 189 i fördraget, även om parterna framfört ett argument för detta. [26] Jag anser att det är att föredra att det motiverade yttrandet enligt artikel 169 i fördraget inte likställs med de icke bindande rekommendationer och yttranden som avses i artikel 189 i fördraget; man bör hellre anse att det i föreliggande fall är fråga om en rättsakt av eget slag, som har en särskild plats och funktion inom gemenskapens rättsordning.

22. Det är i varje fall ostridigt, att om det motiverade yttrandet inte utgör en verkställbar förvaltningsrättsakt innebär detta inte att yttrandet automatiskt ingår i den kategori lednings- eller förvaltningsrättsakter för vilkas del ett bemyndigande är möjligt. Jag anser att det inte är lämpligt att likställa dessa två rättsliga kategorier. Man bör för

21 — Genom att grunda sig på dessa skäl har domstolen ett flertal gånger ansett en talan mot "interna instruktioner" eller mot "meddelanden" inte kan tas upp till sakprövning. Se exempelvis domarna av den 9 oktober 1990 i mål C-366/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-3571), av den 13 november 1991 i mål C-303/90, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-5315; svensk specialutgåva, volym 15), av den 16 juni 1993 i mål C-325/91, Frankrike mot kommissionen (REG 1993, s. I-3283) och förslaget till avgörande av generaladvokaten Tesauro, föredraget den 16 januari 1997 inför dom av den 20 mars 1997 i mål C-57/95, Frankrike mot kommissionen (REG 1997, s. I-1627), punkt 8— 11 i förslaget till avgörande.

22 — Dom av den 27 maj 1981 i de förenade målen 142/80 och 143/80, Essevi et Salengo (REG 1981, s. 1413; svensk specialutgåva, volym 6). Det är förresten av samma orsak domstolen ansett att en talan, som väckts på den grunden att kommissionen vägrat att mot en medlemsstat inleda förfarandet som artikel 169 i fördraget föreskriver, inte kan tas upp till sakprövning (dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65, Lütticke m. fl. mot kommissionen (REG 1966, s. 27, svensk specialutgåva, volym 1) och, senare, se förstainstansrättens beslut av den 12 november 1996 i mål T-47/96, SDDDA mot kommissionen (REG 1996, s. II-1559): kommissionen kan inte vara skyldig att anta en rättsakt som inte utgör en rättsakt som kan förorsaka skada.

23 — Domen i fotnot 22 ovan.

24 — Ibidem, punkt 18.

25 — Ibidem, punkt 15.

26 — Ibidem, s. 1420.

övrigt, såsom arbetsordningen föreskriver och nuvarande rättspraxis medger, göra en skillnad mellan det som endast utgör lednings- eller förvaltningsrättsakter och "principbeslut", som kommissionen är skyldig att anta kollegialt. Det är fråga om beslut av dylikt slag då kommissionen gör en slutlig bedömning om en viktig rättsfråga och denna bedömning har rättsverkan. Om det råder osäkerhet i detta hänseende, finns det en presumtion under alla omständigheter som verkar mot möjligheten att bevilja ett bemyndigande.

23. Ur denna synvinkel finns det anledning att medge att då en talan anhängiggjorts vid domstolen i enlighet med artikel 169, utgör det motiverade yttrandet ett "principbeslut" i den meningen att det motiverade yttrandet, åtminstone för vissa frågor, ger uttryck för kommissionens slutliga bedömning och har slutlig rättsverkan inom ramen för detta förfarande. I det motiverade yttrande som riktats till en medlemsstat fastställs särskilt på vilka områden staten underlåtit att iaktta sina skyldigheter samt skälen för kommissionens anmärkningar, och på detta sätt avgränsas föremålet för den tvist som är anhängig vid domstolen. Kommissionen kan inte ändra föremålet för tvisten, den kan endast låta bli att väcka talan vid domstolen, återta sin talan, eller dra tillbaka den kritiserade förvaltningsrättsakten.

24. Det motiverade yttrandets rättsliga betydelse, som gör det till ett "principbeslut" och som skiljer det från den kategori rättsakter som kan antas med stöd av ett bemyndigande, är med andra ord inte resultatet av de direkta följder som delgivningen av det innebär för den det riktats till [27], utan av dess rättsliga följder inom ramen för förfarandet i artikel 169, eftersom det binder kommissionen beträffande innehållet och omfattningen av de invändningar den kan åberopa vid domstol och samtidigt begränsar domstolsprövningens omfattning. [28] Jag skall för övrigt understryka den betydelse och särskilda ställning förfarandet i artikel 169 har i gemenskapernas rättsordning, både ur rättslig och politisk synvinkel. Jag anser att det skulle strida mot fördragets systematik att underskatta kommissionens roll inom ramen för detta förfarande, genom att beteckna det motiverade yttrandet som en lednings- eller en förvaltningsrättsakt.

25. Jag tror att den uppfattning jag hävdat ovan vinner stöd av erfarenheterna från rättspraxis avseende det motiverade yttrandets verkan. Såsom jag nämnt tidigare, avgränsar det motiverade yttrandet föremålet för den tvist som anhängiggjorts vid domstolen,

27 — Såsom jag nämnt tidigare medför inte endast den omständigheten att kommissionen delger en medlemsstat ett motiverat yttrande om att det underlåtit att uppfylla sina skyldigheter, att det föreligger en dylik underlåtenhet. Denna omständighet är emellertid inte utan följder, eftersom medlemsstaten inte i praktiken kan vara omedveten om den. Det är förresten av denna orsak som domstolen är särskilt krävande då den tar upp frågan huruvida man iakttagit medlemsstatens rätt till försvar mot de anmärkningar som kommissionen riktat mot den i det motiverade yttrandet. Se ovan fotnot 18.

28 — Se punkt 25 nedan.

eftersom talan och det motiverade yttrandet skall ha samma skäl och grunder. [29] Det kan inte godtas att kommissionen framför nya anmärkningar eller till och med utvidgar sin argumentation genom att åberopa nya uppgifter inom ramen för samma anmärkningar. [30] Då domstolen avgör ett mål som anhängiggjorts med stöd av artikel 169 är dess behörighet samtidigt klart avgränsad; den begränsar sig till en legalitetskontroll av uppgifterna i det motiverade yttrandet, vilka återges i talan. [31] För att förstå den roll det motiverade yttrandet har inom ramen för förfarandet i artikel 169, är det viktigt att hänvisa till rättspraxis enligt vilken fördragsbrottet redan uppkommit, även om medlemsstaten rättat till fördragsbrottet efter utgången av den frist som det motiverade yttrandet angav, och följaktligen bibehåller det påbörjade förfarandet sitt föremål. [32] Den åtskillnad domstolen gjort mellan den formella underrättelsen och det motiverade yttrandet är av väsentlig betydelse. Medan den förstnämnda inte karakteriseras av en strikt formalism, bör det sistnämnda vara fullständigt ur formell och processrättslig synpunkt, eftersom det motiverade yttrandet "avslutar det administrativa förfarandet som föreskrivs i artikel 169" i fördraget. [33] Det är för övrigt av denna orsak som domstolen utövar en striktare kontroll av det motiverade yttrandet än av den formella underrättelsen. [34]

26. Avslutningsvis utgör formuleringen av det motiverade yttrandet kommissionens viktigaste insats inom ramen för förfarandet i artikel 169, både vad beträffar dess politiska vikt och dess rättsliga verkan. Enligt min mening är det omöjligt att tänka sig att denna rättsakt, vars innehåll delgivits berörda medlemsstat, inte skulle ha antagits direkt av kommissionen i egenskap av kollegialt organ. Den särskilda karaktär som domstolens rättspraxis tillerkänt den är inte förenlig med ett likställande av det motiverade yttrandet med en lednings- eller förvaltningsrättsakt som kan antas med stöd av bemyndigande. Följaktligen har det motiverade yttrandet, som är föremål för denna tvist, inte utfärdats av kommissionen i egenskap av kollegialt organ och med beaktande av de legala formföreskrifterna. Härav följer att den av Tyskland framförda invändningen om rättegångshinder är befogad.

29 — Se exempelvis domarna av den 7 februari 1984 i mål 166/82, kommissionen mot Italien (REG 1984, s. 459), punkt 16, av den 1 december 1993 i mål C-234/91, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-6273), punkt 16, och av den 12 januari 1994 i mål C-296/92, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1), punkt 11.

30 — Se domen i det ovannämnda målet av den 7 februari 1984, kommissionen mot Italien (ovan fotnot 29).

31 — Gemenskapsdomstolen kan således inte ersätta den frist som fastställts i det motiverade yttrandet med en annan frist. Se domarna av den 10 november 1981 i mål 28/81, kommissionen mot Italien (REG 1981, s. 2577) och i mål 29/81, kommissionen mot Italien (REG 1981, s. 2585).

32 — Se dom av den 7 februari 1973 i mål 39/72, kommissionen mot Italien (REG 1973, s. 101), av den 5 juni 1986 i mål 103/84, kommissionen mot Italien (REG 1986, s. 1759), av den 21 juni 1988 i mål 283/86, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 3271), och av den 12 december 1990 i mål C-263/88, kommissionen mot Frankrike (REG 1990, s. I-4611).

33 — Se dom av den 31 januari 1984 i mål 74/82, kommissionen mot Irland (REG 1984, s. 317), punkt 13.

34 — Se exempelvis dom av den 28 mars 1985 i mål 274/83, kommissionen mot Italien (REG 1985, s. 1077), punkterna 20 och 21. Som domstolen fastställde i dom av den 11 juli 1984 i mål 51/83, kommissionen mot Italien, (REG 1984, s. 2793), utgör den omständigheten att den berörda medlemsstaten kan inge yttrande — även om den inte behöver utnyttja denna möjlighet — en väsentlig garanti som åsyftats med fördraget, och iakttagandet av denna garanti är en förutsättning för att fördragsbrottsförfarandet mot en stat skall vara lagenligt. Även om det motiverande yttrandet, som åsyftas i artikel 169 i fördraget, skall innehålla en sammanhängande och detaljerad redogörelse för skälen till kommissionens uppfattning att den berörda staten har underlåtit att uppfylla en av de skyldigheter som åligger den enligt fördraget, kan lika stränga krav på noggrannhet inte ställas på den formella underrättelsen, som omöjligen kan utgöra annat än en första kort sammanfattning av anmärkningarna. Se även domen i det ovannämnda målet av den 17 september 1996, kommissionen mot Italien (se ovan fotnot 17).

IV —Huruvida talan kan upptas till prövning

Jag skall anföra mina synpunkter beträffande huruvida kommissionens talan är välgrundad, även om detta inte är nödvändigt. Min ståndpunkt är följande:

27. Man bör allra först konstatera, att den omständigheten att det enligt gemenskapsrätten är nödvändigt att skydda "... bolagsmännens och tredje mans intressen" [35] innebär att bolagsordningen och årsbokslutet för vissa kategorier av bolag offentliggörs. Det ankommer på medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder för att ombesörja denna garanti. Artikel 3 i det första direktivet föreskriver särskilt att alla handlingar och uppgifter som är offentliga skall föras in i ett av medlemsstaten upprättat nationellt register. Därutöver föreskriver artikel 6 i det första direktivet att "[m]edlemsstaterna skall föreskriva lämpliga påföljder för det fall att balans- och resultaträkningarna inte offentliggörs enligt artikel 2.1 f". Bestämmelsen i artikel 2.1 f i det första direktivet föreskriver följande: "[m]edlemsstaterna skall se till att minst följande handlingar och uppgifter om ett bolag alltid offentliggörs: ... balans- och resultaträkningar för varje räkenskapsår. Den handling som innehåller balansräkningen skall även lämna personuppgifter om dem som enligt lag skall bestyrka balansräkningen. För de i artikel 1 nämnda bolagen med begränsat ansvar enligt tysk ... rätt ... behöver denna föreskrift dock inte tillämpas förrän ett direktiv träder i kraft, som samordnar innehållet i balans- och resultaträkningarna ... Rådet skall utfärda det sistnämnda direktivet inom två år efter det att förevarande direktiv har antagits". Artikel 47 i det fjärde direktivet nämner slutligen att "[v]ederbörligen fastställt årsbokslut, förvaltningsberättelsen och en berättelse avgiven av den person som är ansvarig för revisionen av räkenskaperna skall offentliggöras enligt varje medlemsstats lagstiftning i överensstämmelse med artikel 3 i direktiv 68/151/EEG".

28. Kommissionen anser att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla den i ovannämnda bestämmelser angivna skyldigheten, genom att inte föreskriva lämpliga påföljder för det fall skyldigheten att offentliggöra inte uppfylls. Närmare bestämt ingår bestämmelserna om offentliggörande av kapitalassociationers årsbokslut i Tyskland i artikel 325 och följande artiklar i Handelsgesetzbuch (den tyska handelsbalken, nedan kallad HGB). Artikel 335 i HGB föreskriver ett vite om upp till 10 000 DM för det fall balans- och resultaträkningarna inte offentliggörs. Detta vite åläggs emellertid inte ex officio av Registergericht, utan endast på ansökan av en delägare, en fordringsägare, en gemensam företagsnämnd eller bolagets företagsnämnd. Kommissionen anser att denna påföljd över huvud taget inte är effektiv och att den inte kan anses motsvara vad som krävs enligt gemenskapsrätten, eftersom en överväldigande majoritet av de

35 — Nödvändighet som uttryckligen godkänts i artikel 54.3 g i fördraget.

bolag som är underkastade skyldigheten att offentliggöra sina årsbokslut inte iakttar denna skyldighet.

29. Jag anser att kommissionens resonemang är välgrundat och att inget av de argument Tyskland framfört som svar på kommissionens anmärkningar kan godtas.

30. För det första är Tysklands påstående, att artikel 6 i det första direktivet inte ålägger medlemsstaterna att föreskriva lämpliga påföljder inom ramen för införlivandet av det fjärde direktivet för det fall årsboksluten inte offentliggörs, felaktigt. Artikel 2.1 f i det första direktivet hänvisar till det fjärde stycket, eller med andra ord till det direktiv vars ikraftträdande utgör en förutsättning för att skyldigheten att offentliggöra bolags balans- och resultaträkningar skall kunna tillämpas. Genom det fjärde direktivet införs således i gemenskapernas rättsordning en lagtext om "samordning av innehållet i balans- och resultaträkningarna ...", [36] varför artikel 2.1 f i det första direktivet är bindande i sin helhet. En logisk följd därav är att medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva lämpliga påföljder för det fall balans- och resultaträkningarna inte offentliggörs enligt vad som föreskrivs i artikel 6 i det första direktivet.

36 — Artikel 2.1. f i det första direktivet.

31. Den tyska regeringen har vidare hävdat att ovannämnda påföljd, som föreskrivs i artikel 335 i HGB, uppfyller skyldigheten enligt gemenskapsbestämmelserna och särskilt den skyldighet som föreskrivs i artikel 6 i det första direktivet. Till stöd för detta påstående har den tyska regeringen utvecklat en ståndpunkt enligt vilken berörda gemenskapsbestämmelser inte avser att skydda samtliga tredje män, fysiska eller juridiska personer, i förhållande till kapitalassociationen utan endast dess fordringsägare, inklusive de anställda. Det är av denna orsak som det vite som artikel 335 i HGB föreskriver, enligt svaranden med rätta, inte åläggs ex officio utan endast på ansökan av en delägare, en fordringsägare, den gemensamma företagsnämnden eller bolagets företagsnämnd.

32. Jag anser att en tolkning av detta slag är felaktig. I artikel 54.3 g i fördraget, på grundval av vilken det första och det fjärde direktivet antagits, erinras för det första om skyddet av "... bolagsmännens och tredje mans intressen" i allmänhet, utan att det görs en åtskillnad mellan tredje man som är fordringsägare och tredje man som inte är fordringsägare. Tredje man innebär således även framtida fordringsägare, handelspartners samt de som är intresserade av att förvärva andelar i bolaget. I ingressen till det första direktivet anges däremot att "[o]ffentligheten skall ge tredje man möjlighet att ta del av viktiga handlingar om ett bolag och att få vissa upplysningar om detta ...". Av denna formulering följer att skyldigheten att offentliggöra, som avses ovan, syftar till att underrätta personer, som inte i tillräcklig utsträckning känner till bolagets situation eller vad som planeras i bolaget, för att dessa skall kunna bedöma huruvida det lönar sig att ingå något som helst rättsförhållande med detta. Mer allmänt sett har både det första

och det fjärde direktivet till syfte att säkerställa största möjliga insyn i bolagens funktion, och de föreskriver i detta syfte att allmän offentlighet ges en rad uppgifter, som gör det möjligt för var och en att dra slutsatser beträffande bolagens rättsliga och ekonomiska situation. Det skulle följaktligen strida mot lydelsen och innebörden av dessa bestämmelser att begränsa den personkrets som kan omfattas av denna insyn. Det är uttryckligen på grund av att det är omöjligt att uttömmande räkna upp berörda personer — den avtals- och handelsmässiga verksamheten går längre än lagstiftarens fantasi — som direktivet begränsats till åläggandet av en allmän skyldighet, som är den enda som kan säkerställa ett fullständigt rättsskydd. Man kan härav dra slutsatsen att ett begränsande av den personkrets som enligt tysk rätt kan begära att vite skall åläggas för det fall årsbokslutet inte offentliggörs inte är förenligt med relevanta gemenskapsbestämmelser.

33. Med beaktande av vad som anförts ovan, anser jag att gällande tysk rätt inte uppfyller de krav som ställs i artikel 6 i det första direktivet. Denna artikel har följaktligen inte genomförts på ett korrekt sätt i den interna rättsordningen. Det kan inte anses att en påföljd, vars tillämpning nödvändigtvis kräver att man gör en ansökan därom och som endast ett begränsat antal enskilda kan göra, utgör en "lämplig påföljd" beträffande en allmän skyldighet, i den mening som avses i artikel 6 i det första direktivet, särskilt då de sistnämnda inte alltid har intresse av att inleda ett dylikt förfarande. Det är följaktligen inte möjligt att anse att detta förfarande, som i praktiken inte kan genomföras i flertalet fall då årsboksluten inte offentliggjorts, skulle uppfylla det krav på en lämplig påföljd som artikel 6 i första direktivet föreskriver.

Mot bakgrund av vad som anförts, anser jag att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt denna gemenskapsbestämmelse. Avslutningsvis kan detta fördragsbrott inte anses berättigat eller omfattas av den omständigheten att en tillämpning av påföljder på alla bolag som inte offentliggör sina årsbokslut på grund av bolagens stora antal skulle förorsaka kännbara svårigheter för den tyska administrationen, vilka inte, enligt den tyska regeringen, står i proportion till gemenskapslagstiftarens syfte. Enligt domstolens fasta praxis "... kan en medlemsstat inte åberopa interna situationer för att rättfärdiga att den inte uppfyllt sina skyldigheter och beaktat de frister som följer av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna ...". [37]

34. Jag drar härav slutsatsen att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt såväl den primära som den sekundära gemenskapsrätten. Om det inte skulle anses föreligga något rättegångshinder skall kommissionens talan bifallas i sin helhet.

37 — Dom av den 19 februari 1991 i mål C-374/89, kommissionen mot Belgien (REG 1991, s. I-367) punkt 10, av den 7 april 1992 i mål C-45/91, kommissionen mot Grekland (REG 1992, s. I-2509), punkt 21, och av den 29 juni 1995 i de förenade målen C-109/94, C-207/94 och C-225/94, kommissionen mot Grekland (REG 1995, s. I-1791), punkt 11.

V —Förslag till avgörande

35. Med beaktande av vad som anförts, föreslår jag att domstolen skall:

1) ogilla kommissionens talan,

2) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.