

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 23 november 1995 *

1. I föreliggande talan begär Europaparlamentet ogiltigförklaring av rådets båda beslut av den 10 maj 1993, nämligen 93/323/EEG om ingående av avtalet i form av samförståndsförklaring mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen och Amerikas förenta stater om offentlig upphandling¹ och 93/324/EEG om utsträckning av bestämmelserna i direktiv 90/531/EEG till att omfatta även Amerikas förenta stater².

2. Således måste främst fastslås om den gemensamma handelspolitiken omfattar internationell handel med tjänster. Hur begreppet i artikel 113 skall förstås och vilken räckvidd det har, liksom huruvida och inom vilka gränser tjänsthandeln skall anses ingå, har redan i stor utsträckning fastslagits i yttrandena 1/94 om WTO-avtalet³ [avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen], och 2/92 om gemenskapens deltagande i OECD-rådets tredje reviderade beslut om nationell behandling.⁴ Således måste de principer som domstolen där fastslagit tillämpas i föreliggande mål.

Parlamentet gör i sammanhanget gällande att enbart artikel 113 i EEG-fördraget inte kan utgöra en tillräcklig rättslig grund för rättsakterna i fråga, eftersom dessa huvudsakligen generellt utsträckt gemenskapsreglerna om offentlig upphandling, särskilt beträffande utförande av tjänster, till att gälla amerikanska företag. De båda besluten borde således enligt parlamentet ha antagits även på grundval av artiklarna 57.2 sista meningen, 66 och 100a, med andra ord enligt samarbetsfördraget.

3. För att förstå de argument som anförts till stöd för parternas respektive ståndpunkter, måste de av parlamentet ifrågasatta beslutens föremål och innehåll återges i korthet.

Inom ramen för det stegvisa införandet av den inre marknaden antog rådet direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT nr L 125, s. 1.

2 — EGT nr L 125, s. 54.

3 — Rec. 1994, s. I-5267.

4 — REG 1995, s. I-521.

upphandlingsförfarandet för enheter inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna ⁵ (nedan kallat direktivet för de uteslutna sektorerna). Som bekant syftar direktivet i fråga till att avveckla restriktioner för den fria rörligheten av varor och tjänster i förfarandena för offentlig upphandling i de berörda sektorerna som på grund av sin ekonomiska, och i många medlemsstater även juridiska, särställning undantagits från tillämpningsområdet för tidigare liberaliseringsåtgärder.

I artikel 29.5 och 29.6 anges:

”5. Vid beräkningen av andelen av de varor som ursprungligen kommer från tredje land enligt punkt 2, skall från tillämpningen av denna artikel undantas tredje land, som omfattas av bestämmelserna i detta direktiv till följd av ett rådsbeslut enligt punkt 1.

6. Kommissionen skall årligen avlägga rapport till rådet (första gången andra halvåret 1991) beträffande de framsteg man gjort i de multilaterala och bilaterala överläggningarna beträffande den tillgång företagen inom gemenskapen har till marknaden i tredje land inom de områden som omfattas av detta direktiv och vilket resultat dessa överläggningar har givit och om dessa ingångna avtal vunnit praktisk tillämpning.

Rådet, som fattar majoritetsbeslut på förslag från kommissionen, får med tanke på dylika förändringar ändra bestämmelserna i denna artikel.”

4. Inom ramen för GATT och åtagandet om att tillförsäkra företagen inom gemenskapen faktisk tillgång till offentlig upphandling i tredje land i enlighet med artikel 29 i direktiv

I artikel 29.2 i direktivet fastslås att då principen om gemenskapspreferens tillämpas kan ett anbud som lämnats i samband med varuupphandling förkastas, om andelen varor med ursprung i tredje land uppgår till mer än 50 procent av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar. I enlighet med artikel 29.3 skall, om anbudet är likvärdiga, företräde ges anbudet med ursprung i gemenskapen. Denna bestämmelse kan emellertid inte tillämpas på produkter med ursprung i ett sådant tredje land med vilket gemenskapen har slutit ett avtal som tillförsäkrar företag inom gemenskapen en motsvarande och faktisk tillgång till anbud som kungörs på marknaden i det landet (artikel 29.1).

5 — EGT nr L 297, s. 1.

90/531/EEG, slöt gemenskapen år 1993 ett avtal med Förenta staterna i form av samförståndsförklaring vilket godkändes genom det i målet omstridda rådsbeslutet 93/323/EEG. Enligt bestämmelserna i artikel 1 skall avtalet tillämpas på varu-, bygg- och anläggnings-tjänster samt andra tjänster som tilldelas av de avtalsslutande parternas myndigheter och andra offentligrättsliga organ, däribland varor och bygg- och anläggningsarbeten inom produktion, transport och distribution av elektricitet.

I artikel 2.1 åläggs gemenskapen att utsträcka tillämpningen av direktiven 77/62/EEG⁶, 92/50/EEG⁷, och 71/305/EEG⁸ till att omfatta även leverantörer, företag och tjänsteproducenter vad beträffar förfarandet vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt vars värde överstiger angivna tröskelvärden. Förenta staterna har åtagit sig ett motsvarande åliggande av innebörden att förfarandena i Buy America Act (artikel 2.2) skall tillämpas på europeiska företag. I artikel 2.3 görs undantag i tillämpningen för de liberaliseringsåtgärder som de avtalsslutande

parterna angivit vid avslutningen av förhandlingarna om den multilaterala GATT-överenskommelsen om offentlig upphandling av år 1979.⁹

Enligt artikel 3.1 förbinder sig gemenskapen att utsträcka de egna reglerna om offentlig upphandling inom de sektorer som regleras i ovan nämnda direktiv 90/531/EEG till att omfatta även amerikanska företag, dock med undantag för telekommunikation — för denna sektor hänvisas i artikel 5 till ett senare separat avtal — liksom de mekanismer som är ämnade att garantera dess faktiska tillämpning, det vill säga de därför avsedda rättsmedlen i direktiv 92/13/EEG.¹⁰ Ett åtagande av motsvarande innehåll har fastställts för Förenta staternas del (artikel 3.2).

Gemenskapen och Förenta staterna har dessutom förbundit sig att genomföra en gemensam studie om den ekonomiska betydelsen av upphandlingen av de varor och tjänster som täcks av liberaliseringsåtgärderna, detta för att definiera respektive ståndpunkter inom ramen för de förhandlingar som förs inom GATT om en översyn av den multilaterala överenskommelsen av år 1979 som nämnts ovan (artikel 4).

6 — Rådets direktiv av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT nr L 13, 1977, s. 1). Som bekant har det direktivet, efter det att avtalet slöts, ersatts med rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT nr L 199, s. 1), genom vilket hela regelverket utan att ändras har omorganiserats.

7 — Rådets direktiv av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT nr L 209, s. 1).

8 — Rådets direktiv av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT nr L 185, s. 5). Inom ramen för den allmänna omläggningen inom området har det ersatts av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT nr L 199, s. 54).

9 — Det rör sig om den så kallade "GATT-koden" om offentlig upphandling. Texten i överenskommelsen, som trädde i kraft den 1 januari 1981, återges i EGT nr L 71, 1980, s. 44. Listan på tjänster på vilka, inom ramen för EEG, GATT-kodens bestämmelser inte tillämpas återges i bilaga 5 i samförståndsförklaringen.

10 — Rådets direktiv av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 76, s. 14).

I artikel 7.1 fastställs slutligen ett datum för ikraftträdande av bestämmelserna i avtalet om tjänsteupphandling.

tredje och det fjärde övervägandet i beslut 95/215/EG:

5. Det kan dessutom påpekas att avtalet enligt artikel 7.3 upphör att gälla den 30 maj 1995 eller vid tiden för ikraftträdandet av den nya kod om offentlig upphandling som håller på att förhandlas fram inom ramen för GATT. Då den plurilaterala överenskommelsen om offentlig upphandling som återfinns som bilaga till Avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen¹¹ som bekant kommer att träda i kraft den 1 januari 1996 (artikel XXIV), har gemenskapen och Förenta staterna i maj innevarande år slutit ett nytt avtal genom vilket samförstånds-förklaringens giltighetstid förlängs till den dagen.

Rådets beslut 95/215/EG om godkännande av ovannämnda avtal¹² grundar sig på artiklarna 57.2 sista meningen, 66, 100a och 113, det vill säga just de rättsliga grunder som enligt parlamentet borde ha lagts till grund för de här omstridda besluten. Det bör i sammanhanget erinras om vad som sägs i det

”en del av de åtaganden som ingår i det av Europeiska gemenskapen framförhandlade avtalet med Förenta staterna om statlig upphandling faller i enlighet med artikel 113 i fördraget uteslutande under gemenskapens behörighet.

Bland de övriga åtagandena finns för övrigt vissa som påverkar de gemenskapsregler som har antagits på grundval av artiklarna 57.2, 66 och 100a i fördraget”.

6. Vad beträffar det andra omstridda beslutet, 93/324/EEG, utsträcks genom detta tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 90/531/EEG till anbud av varor med ursprung i Förenta staterna som inlämnats för tilldelningen av varuupphandlingskontrakt inom elektricitetssektorn (artikel 1), eftersom företag inom gemenskapen genom avtalet som slutits med Förenta staterna tillförsäkras en motsvarande och faktisk tillgång till offentlig upphandling i det landet. Därav följer särskilt att principen om gemenskapspreferens som fastslås i artikel 29 i direktiv 90/531/EEG inte kan tillämpas på produkter från Förenta staterna.¹³

11 — EGT nr L 336, 1994, s. 273.

12 — Rådets beslut av den 29 maj 1995 om ingående av avtalet i form av skriftväxling mellan Europeiska gemenskapen och Amerikas förenta stater om statlig upphandling (EGT nr L 134, s. 25).

13 — Se övervägandena i beslutet.

7. Inledningsvis bör sägas att det i målet inte är omstritt att parlamentet uppfyller de båda krav som ställs för att en talan om ogiltighetsförklaring skall vara rättsenlig, det vill säga att talan uteslutande syftar till att tillvarata dess rättigheter och att den inte baserar sig på annat än grunder som hänför sig till en kränkning av dessa.¹⁴

skall ändras baserar sig på. Att syftet med beslut 93/324/EEG inte endast vore att förhindra tillämpningen av principen om gemenskapspreferens på produkter från Förenta staterna skulle dessutom framgå av omständigheten att artikel 1 hänför sig till samtliga bestämmelser i direktiv 90/531/EEG.

8. Då detta förtydligande gjorts, finner jag att den argumentation som framförts av parterna — särskilt för att i fråga om beslut 93/324/EEG stödja eller bestrida att man genom att utsträcka tillämpningen av direktiv 90/531/EEG till aktörer från tredje land skulle ha modifierat direktivet i fråga — lämpar sig föga för att lösa tvisten som ligger till grund för föreliggande mål.

9. För sin del hävdar rådet att åtskillnad bör göras mellan en ändring av en gemenskapsrättsakt och utsträckningen av dess tillämpning till att omfatta andra rättssubjekt än de ursprungligen avsedda. Om det nu — som i fallet med beslut 93/324/EEG — är fråga om det senare av dessa båda alternativ, utgör vanligtvis den rättsakt varigenom tillämpningsområdet för en bestämd reglering utsträcks (särskilt om det sker till förmån för aktörer i tredje land) en särskild rättsakt vars syfte och innehåll skiljer sig från den rättsakt vars tillämpningsområde utsträcks. Den kan således baseras på andra rättsliga grunder.

I detta avseende framhåller parlamentet att ovannämnda beslut inte antagits enligt det *ad hoc*-förfarande som införts genom artikel 29.6 i direktivet för ändringar i denna enda bestämmelse i artikeln i fråga i syfte att ta hänsyn till utvecklingen av de överläggningar som förs för att tillförsäkra företag i gemenskapen tillgång till marknaden för offentlig upphandling i tredje land. Enligt parlamentet tyder detta på att gemenskapen enligt avtalet med Förenta staterna skulle vara skyldig att i sin helhet ändra direktivet för de uteslutna sektorerna. En sådan ändring skulle inte kunna genomföras annat än på grundval av samma rättsliga grunder som den text som

Rådet medger att tillämpningen av en sådan distinktion medför betydande svårigheter i det föreliggande fallet, då bestämmelserna i direktivet om de undantagna sektorerna hänför sig såväl till ändringsalternativet, för vilket en sekundär rättslig grund inrättats (artikel 29.6), som till utsträckningsalternativet, beträffande vilket rättsakter inte kan antas annat än på grundval av relevanta bestämmelser i fördraget av den anledningen att ingen sekundär rättslig grund inrättats (artikel 29.1 och 29.5). Då detta sagts, anser rådet att svaret på huruvida beslut 93/324/EEG är av "ändrande" eller "utsträckande" karaktär inte har någon betydelse för dess giltighet. Eftersom dess syfte huvudsakligen består i att förhindra att principen

14 — Dom av den 22 maj 1990, parlamentet mot rådet, kallad Tjernoby! (C-70/88, Rec. s. I-2041, punkt 27). Dessa villkor har numera fastslagits explicit i artikel 173 tredje stycket i dess ändrade lydelse enligt Maastrichtfördraget som trädde i kraft efter att föreliggande talan anhängiggjordes.

om gemenskapspreferens, som fastslås i artikel 29 i direktiv 90/531/EEG, tillämpas på produkter från Förenta staterna, borde beslutet — om det anses utgöra en ändring av direktivet — vara baserat på den sekundära rättsliga grunden i artikel 29.6. Skulle det däremot anses utsträcka direktivets tillämpningsområde, borde det baseras på artikel 113. I båda fallen vore antagningsförfarandet detsamma: rådet fattar majoritetsbeslut på förslag från kommissionen.

10. Jag tror inte att lösningen på tvisten beror på att man godtar det ena eller det andra av de båda alternativen vilka, sanningen att säga, mest förefaller lägga ut dimridåer för att dölja det verkliga problem som aktualiseras i parlamentets talan. I själva verket har den sekundära rättsliga grunden i artikel 29.6 inte använts för att anta beslut 93/324/EEG och hade heller inte kunnat användas eftersom den endast syftar till ändringar av just den bestämmelsen: uppenbarligen är detta inte syftet med det omstridda beslutet. Å andra sidan utgör det beslut genom vilket rådet i enlighet med artikel 29.5 utsträcker bestämmelserna i direktivet för de uteslutna sektorerna till att omfatta ett tredje land genom att sluta ett avtal — som i enlighet med första punkten i samma artikel tillförsäkrar ett företag i gemenskapen motsvarande tillgång till marknaden i det landet — en separat rättsakt som skall antas på grundval av relevanta bestämmelser i fördraget.

11. Slutligen är det verkliga problemet att avgöra om de båda besluten rättsenligt skulle kunna vara grundade på enbart artikel 113 eller om behörigheten för gemenskapen borde grundas (även) på andra bestämmelser i fördraget.

Det sällsamma spelet mellan parterna i föreliggande tvist, vilket började redan vid den redan nämnda begäran om yttrande över WTO-avtalet, förklaras just av de skilda uppfattningar som institutionerna företräder i fråga om räckvidden för tillämpningsområdet av artikel 113. Som bekant är parlamentet och rådet, sökande och svarande i föreliggande mål, ense om att inte alla internationella ekonomiska förbindelser kan fås att falla in under den gemensamma handelspolitiken. Om denna förvisso skall ses i ett vidare perspektiv, kan artikel 113 enligt denna uppfattning likväl inte utgöra den rättsliga grunden för internationella avtal om exempelvis fri rörlighet för tjänster, åtminstone i den mån tjänsterna i fråga inte är direkt knutna till leverans av varor.

Rådet försöker därvid visa att det faktum att enbart artikel 113 använts i föreliggande fall förklaras av att det huvudsakliga syftet med den genomförda samförståndsförklaringen med Förenta staterna skulle vara att förhindra tillämpningen av principen om gemenskapspreferens som fastslås i artikel 29.2 och 29.3 på anbud innehållande amerikanska produkter. Detta skulle ha varit den enda bestämmelse i direktivet för de uteslutna sektorerna som legat till grund för den

tvist med amerikanska myndigheter som man sökt lösa. Bestämmelserna om tjänstehandel skulle däremot inta en helt underordnad roll, medan hänvisningen till samtliga gemenskapsdirektiv i fråga om offentlig upphandling enbart skulle syfta till att precisera den politiska ramen för avtalet.

12. Kommissionen, som intervenerat till stöd för rådets slutsatser, hävdar för sin del att artikel 113 utgör den korrekta rättsliga grunden för de omstridda besluten — även om det sker från motsatt utgångspunkt. Kommissionen gör nämligen gällande att utvecklingen av den internationella handeln och det nära samband som numera finns mellan varu- och tjänstehandel skulle nödvändiggöra att tjänstehandeln fördes in under den gemensamma handelspolitiken för att inte skada gemenskapens förmåga att agera i förhållande till sina handelspartner. Då kommissionen medgett att bestämmelserna i avtalet med Förenta staterna om liberalisering av tillgången till tjänsteupphandlingskontrakt är av självständig karaktär, drar den slutsatsen att det egna förslaget till tolkning av artikel 113 står i överensstämmelse med domstolens rättspraxis som syftar till att ge den gemensamma handelspolitiken ett dynamiskt innehåll.

13. Detta förklarar varför parlamentet — även om det i stor utsträckning använder samma argument som kommissionen till stöd för den egna ståndpunkten, och särskilt i syfte att bekräfta att den egna tolkningen av innehållet i de omstridda rättsakterna är korrekt — i enlighet med artikel 37 tredje

stycket i domstolens stadga begär att kommissionens interventionsansökan avvisas med anledning av att den baserar sig på andra grunder än de som framförts av rådet. Detta förklarar dessutom varför rådet inte uttalar sig om kommissionens argument, utan finner dem främmande för föremålet för talan, och begränsar sig till att påminna sin obekväme "allierade" om att denne vid tiden för antagandet av de båda omstridda besluten tillsammans med rådet undertecknat en gemensam förklaring, vilken bifogats sammanträdesprotokollet. I den förklaringen uttrycker de båda institutionerna sin samsyn i frågan om att å ena sidan innehållet i samförståndsförklaringen med Förenta staterna om tilldelande av tjänste- och bygg- och anläggningskontrakt är av underordnad betydelse, å andra sidan att åberopandet av artikel 113 inte skulle skada deras respektive möjligheter att i framtiden begagna sig av den bestämmelsen som rättslig grund för att sluta avtal om tjänstehandel.

14. Parlamentets invändning om rättegångshinder skall avvisas. Även om det obestriddliga är så att de argument som anförs av kommissionen för att motivera att det var rättsenligt att anta de omstridda besluten enbart på grundval av artikel 113, skiljer sig från eller rentav går emot de argument som anförts av svaranden, kan det emellertid inte förnekas att slutsatserna i kommissionens interventionsinlägga syftar till att "[stödja] endast en av parternas yrkanden" vilket föreskrivs i artikel 37 i domstolens stadga. Jag anser det i sammanhanget inte befogat att

påminna om prejudikatet i mål C-155/91¹⁵: vid det tillfället fastslogs nämligen att parlamentets intervention inte kunde godtas endast i den mån den innehöll ett yrkande som utgjorde ett andrahandsyrkande i anslutning till de yrkanden som ingivits av sökanden till vars stöd parlamentet intervernerat. I föreliggande mål är detta uppenbarligen inte fallet.

15. Vad gäller själva saken i målet, förefaller det mig svårt att hävda att artikel 113 skulle utgöra den korrekta rättsliga grunden för avtalet i fråga med anledning av att dettas "huvudsakliga syfte" skulle vara att förhindra att principen om gemenskapspreferens tillämpades på produkter från Förenta staterna som ingår i ett anbud för tilldelandet av ett kontrakt. I det avseendet bör påpekas att domstolen vid ett flertal tillfällen påpekat¹⁶ att valet av rättslig grund inte kan bero enbart på en institutions uppfattning om det eftersträfvade syftet, utan även måste grundas på objektiva faktorer som kan prövas rättsligt. Därvidlag är rättsaktens syfte och innehåll av särskild vikt.

15 — Dom av den 17 mars 1993, kommissionen mot rådet ("avfallsdirektivet") (Rec. s. I-939, punkt 22—24). I det målet hade parlamentet, förutom att det stödde kommissionens talan om ogiltigförklaring av ett direktiv då detta var baserat på en felaktig rättslig grund, även gjort gällande att en artikel i samma direktiv var oförenlig med fördraget och krävt att även den skulle ogiltigförklaras, utan att detta yrkats i kommissionens talan.

16 — Se särskilt dom av den 11 juni 1991, kallad titandioxid, kommissionen mot rådet (C-300/89, Rec. s. I-2867, punkt 10). För en bekräftelse av den principen från senare tid, se likaledes dom av den 28 juni 1994, parlamentet mot rådet (C-187/93, Rec. s. I-2857, punkt 17).

16. I ingressen till samförståndsförklaringen mellan gemenskapen och Förenta staterna¹⁷ förtydligas att detta, mot bakgrund av parternas redan gjorda åtaganden inom ramen för den redan nämnda multilaterala GATT-överenskommelsen om offentlig upphandling och förhandlingarnas fortsatta utveckling, syftar till att på det bilaterala planet och på ömsesidig basis föregripa fortsatta etapper i den utveckling vars mål är att avveckla varje form av diskriminering mellan inhemska och utländska produkter och leverantörer.

I artikel 1 stadgas i det syftet om en öppning av de avtalsslutande parternas marknader för offentlig upphandling som inte längre inskränker sig till att omfatta endast inköp av produkter och eventuella anknutna tjänster, vilket var fallet i avtalet från år 1979 och som just av den anledningen kunde slutas på grundval av endast artikel 113 utan att detta gav upphov till särskilda svårigheter. Åtagandet att tillförsäkra den andra partens företag tillgång till offentliga upphandlingskontrakt på samma villkor som uppställs för de egna företagen — förutom de undantag som nämnts i början av dessa anmärkningar — utsträcks däremot även till utförandet av offentliga bygg- och anläggningskontrakt och utförande av tjänster.

17 — Det första, det andra och det sjätte övervägandet klargör särskilt följande:

- Whereas the USA and the EEC are parties to the GATT Agreement on Government Procurement (the Code), which entered into force on 1 January 1981,
- Whereas Article 6 of the Code states that the parties to the Code shall undertake further negotiations with a view to broadening and improving the Code on the basis of mutual reciprocity,
- Whereas the USA and the EEC have decided to make certain reciprocal commitments to open their respective procurement markets as a downpayment towards an expanded Code.

17. I kraft av den hänvisning som görs i artikel 2.1 till bestämmelserna i dels direktivet om bygg- och anläggningsarbeten, dels tjänstedirektivet, och som förtydligas i överenskommen, ¹⁸ omfattar liberaliseringsåtgärderna kontrakt vars värde överstiger angivna tröskelvärden för utförandet och projekteringen av byggnads- och konstruktionsarbeten, data-, bokförings- och marknadsföringstjänster, vissa finansiella tjänster etc.

Bestämmelserna om tjänster har således en fristående funktion inom ramen för avtalet och att amerikanska företag — med tanke på den natur de verksamheter har som är föremål för de liberaliserande åtgärderna — knappast skulle inkomma med anbud som svar på ett meddelande om upphandling utan att vara etablerade inom gemenskapen, är ett (uteslutande ekonomiskt och heller inte bevisat) argument som inte kan göras gällande för att begränsa omfattningen av gemenskapens åtaganden. I detta fall tillförsäkrades företagen dessutom friheten att utföra tjänster redan genom gemenskapsdirektiven, och för dessas tillämpning saknar det relevans varifrån kapitalet kommer i ett bolag som bildats i enlighet med lagstiftningen i en medlemsstat.

18. Då det fastställts att det omstridda avtalet även omfattar utförandet av tjänster, närmare bestämt då utförandet grundar sig på ett upphandlingskontrakt, följer därav att det

inte hade kunnat slutas enbart på grundval av artikel 113: av samma anledningar hade inte heller beslut 93/324/EEG — genom vilket till följd av avtalet förmånerna i direktivet för de uteslutna sektorerna utsträcks även till amerikanska företag — kunnat baseras enbart på den rättsliga grunden.

I sammanhanget bör påpekas vad domstolen fastslagit i yttrande 1/94, nämligen att endast sådana tjänster som är föremål för en gränsöverskridande leverans kan fås att omfattas av begreppet gemensam handelspolitik. Om situationen, då någon som har hemvist i en stat tillhandahåller en tjänst för en mottagare som har sitt hemvist i en annan stat, i huvudsak överensstämmer med ett varuutbyte kan detsamma inte sägas om andra former av tillhandahållande av tjänster. Särskilt specifikt är det fall då någon tillhandahåller en tjänst i en annan stat än den egna genom att vara etablerad i den staten, det vill säga [att tjänsten tillhandahålls] av fysiska personer från en stat på en annan stats territorium. ¹⁹

I samma yttrande 1/94 har å andra sidan särskilt klargjorts att "av artikel 3 i fördraget i vilket det görs skillnad mellan 'en gemensam handelspolitik' (artikel 3b) och 'åtgärder som avser personers inresa ... och rörlighet' (artikel 3d), framgår att reglerna för behandlingen av medborgare från tredje land då

18 — Jämför särskilt bilagorna 5 och 6.

19 — Ovannämnda yttrande 1/94, särskilt punkt 36—47.

dessas passerar en medlemsstats yttre gräns inte kan anses ingå i den gemensamma handelspolitiken. Generellt sett påvisar förekomsten i fördraget av särskilda avsnitt rörande fysiska och juridiska personers fria rörlighet att dessa ämnen inte omfattas av den gemensamma handelspolitiken".²⁰

19. Det är uppenbart att formerna för tillhandahållande av tjänster, som avtalet mellan gemenskapen och Förenta staterna om offentlig upphandling hänvisar till (jag skall endast nämna fallet med utförande av byggnads- och konstruktionsarbeten), inte kan anses vara av gränsöverskridande natur. Därav följer att parlamentets talan skall bifallas.

20. Rådet har begärt att, för det fall domstolen skulle besluta att ogiltigförklara de omstridda besluten, de redan befintliga verkningarna skall bestå i enlighet med de

principer som fastslagits i domen "rätt till vistelse".²¹

Som bekant utsträcktes vid det tillfället möjligheten att i enlighet med artikel 174 i fördraget begränsa verkningarna av att en förordning ogiltigförklaras till att gälla även i det fall då ett direktiv ogiltigförklaras. Domstolen har därvidlag i huvudsak gjort gällande att artikel 174 borde kunna tillämpas även utöver de uttryckligen föreskrivna fallen eftersom artikeln uttrycker den allmänna principen om rättssäkerhet.

Jag finner alltså att rättssäkerhetsskäl motiverar att rådets begäran bifalls. Med beaktande av att vissa företag redan kan ha utövat de rättigheter som tillerkänns dem i överensstämmelse med det omstridda avtalet och med besluten om genomförande av detta, att avtalet i vilket fall som löpte ut den 30 maj 1995 och att parlamentet för sin del inte har motsatt sig begäran, anser jag att de verkningar som de båda besluten hittills haft inte skall ifrågasättas.

21. Mot bakgrund av föregående överväganden, föreslår jag att domstolen

— skall ogiltigförklara rådets beslut 93/323/EEG av den 10 maj 1993 om ingående av ett avtal i form av samförståndsförklaring mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen och Amerikas förenta stater om offentlig

20 — Ibidem, punkt 46.

21 — Dom av den 7 juli 1992, parlamentet mot rådet (C-295/90, Rec. s. I-4193, punkt 22—27).

upphandling och 93/324/EEG av den 10 maj 1993 om utsträckning av bestämmelserna i direktiv 90/531/EEG till att omfatta även Amerikas förenta stater,

- skall förklara att verkningarna av besluten i fråga skall bestå,
- skall förplikta rådet att ersätta rättegångskostnaderna, med undantag för kostnaderna för kommissionen som själv skall bära dessa.