

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO LA PERGOLA
föredraget den 11 juli 1996 *

I — Inledning

1. Domstolen har i föreliggande mål att fastslå huruvida enskilda är behöriga att väcka talan om ogiltigförklaring enligt artikel 173 i fördraget i fråga om sådana beslut som kommissionen har antagit för att avskriva ärenden vars syfte är att förmå institutionen att utöva sina befogenheter enligt artiklarna 169 och 90.3 i fördraget.

3. Bakgrunden till förfarandet återges i förstainstansrättens ovannämnda beslut. Den sökande sammanslutningen hade anmält den tyska lagen om skatterådgivare (Steuerberatungsgesetz) för kommissionen med motiveringen att lagen skulle vara oförenlig med gemenskapsrätten i den del vissa bestämda yrkeskategorier genom denna förbehålls rätten att utöva konsultverksamhet inom skattemrådet och anknytande sektorer. Enligt sökanden skulle denna lagstiftning strida mot artiklarna 59 och 86 i EG-fördraget. Förbundsrepubliken Tyskland skulle således ha åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 5 första stycket samt artikel 9.1 och 9.2 i fördraget genom att bibehålla lagstiftningen. Kommissionen borde ha agerat för att åtgärda situationen och övervaka tillämpningen av bestämmelserna i fördraget.

II — Bakgrund till tvisten och parternas argumentation

2. Sökanden i föreliggande mål, Bundesverband der Bilanzbuchhalter eV, en sammanslutning enligt tysk rätt, har till domstolen överklagat Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts avvisningsbeslut av den 23 januari 1995 i mål T-84/94 ¹.

Sökanden hade begärt att förstainstansrätten i enlighet med artikel 173 i fördraget skulle ogiltigförklara kommissionens beslut att inte vidta någon åtgärd till följd av sökandens anmälan. Det omtvistade beslutet i målet vid förstainstansrätten hade som motivering att avslaget grundade sig på det faktum att det i fallet inte förelåg något åsidosättande av gemenskapsrätten.

* Originalspråk: italienska.

¹ — Bundesverband der Bilanzbuchhalter mot kommissionen, REG 1995, s. II-101.

4. Förstainstansrätten avvisade talan. Med hänvisning till domstolens rättspraxis² fastslog förstainstansrätten att sökanden inte är behörig att överklaga kommissionens vägran att inleda ett förfarande om fördragsbrott enligt artikel 169 i fördraget mot Förbundsrepubliken Tyskland. Kommissionen skulle förfoga över ett "utrymme för skönsmässig bedömning som utesluter en rätt för enskilda att kräva att denna skall ta ställning i någon viss bestämd riktning". "Således", anförde rätten vidare, "saknas inom ramen för ett förfarande enligt artikel 169 i fördraget möjlighet för personer som har inlämnat en anmälan att väcka talan vid gemenskapsdomstolen mot kommissionens beslut att avskriva deras anmälan."

5. Förstainstansrätten avvisade talan även med avseende på det påstådda åsidosättandet av artikel 90.3 i fördraget, återigen med beaktande av det vida utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen skulle förfoga över enligt den artikeln. Utövandets av en således utformad befogenhet, påpekas det i det ifrågasatta beslutet, åtföljs inte av någon skyldighet för kommissionen att vidta åtgärder. Förstainstansrätten drog nämligen slutsatsen att de "fysiska eller juridiska personer som begär att kommissionen skall vidta åtgärder med stöd av artikel 90.3 [inte åtnjuter] någon rätt att föra talan mot kommissionens beslut att inte utöva sina befogenheter enligt artikel 90.3". I det förelig-

gande fallet tillerkändes således inte sökanden behörigheten att överklaga kommissionens ovannämnda vägran.

6. Sökanden anför nu att förstainstansrätten har åsidosatt gemenskapsrätten genom att inte ha beaktat det maktmissbruk som kommissionen skall ha gjort sig skyldig till. Den sistnämnda institutionen skall, fortfarande enligt sökanden, ha gjort en felaktig tolkning av de fakta i målet vid förstainstansrätten som låg till grund för det överklagande som sökanden har gjort i syfte att inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 169 i fördraget. Bundesverband har i det avscendet hävdats att om relevanta fakta har tolkats felaktigt, grundas maktmissbruket på att kommissionen har överskridit sin befogenhet att företa en skönsmässig bedömning. Detta skulle vara aktuellt i föreliggande fall. Åsidosättandet av artikel 59 i fördraget, som redovisas i sökandens anmälan, skulle vara uppenbart. Enligt sökanden skulle det således föreligga en skyldighet för kommissionen att vidta åtgärder som i föreliggande fall nödvändigtvis skulle ha lett till att ett förfarande enligt artikel 169 inleddes, trots att kommissionen genom domstolens rättspraxis tillerkänns ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om inledandet av förfaranden om fördragsbrott och att enskilda därigenom förvägras möjligheten att väcka talan för att få vägran att inleda ett sådant förfarande prövad. Vad förstainstansrätten beträffar skulle den ha åsidosatt gemenskapsrätten genom att varken ha insett att kommissionen saknade utrymme för skönsmässig bedömning i sak eller ha gjort en korrekt bedömning av de fakta som låg till grund för talan.

2 — Se särskilt dom av den 14 februari 1989 i mål 247/87, *Star Fruit* mot kommissionen (Rec. 1989, s. 291).

7. Vad beträffar artikel 90.3 anför sökanden att även om kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning skall det anses att beslutet att inte vidta åtgärder med stöd av den artikeln utgör ett beslut som kan prövas rättsligt, särskilt som skillnaden i föreliggande fall mellan den nationella tyska lagstiftningen och gemenskapsföreskrifterna skulle vara uppenbar och hur som helst inte skulle ha kunnat förnekas av kommissionen.

9. Kommissionen har vidare hävdad att det inte är möjligt för enskilda att med stöd av artiklarna 90.3 eller 169 i fördraget överklaga avslag på eventuella ansökningar om åtgärder som de förespråkar. Kommissionen skulle antingen med stöd av artikel 169 eller av artikel 90.3 förfoga över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning och skulle inte i någotdera fallet vara tvungen att vidta specifika åtgärder.

8. Kommissionen har yrkat att talan skall avvisas och som stöd för detta åberopat att det saknas undantag från domstolens fasta rättspraxis i fråga om överklagande av avslag som har meddelats på en begäran om inledande av förfarande om fördragsbrott. Det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över på det området skulle vara av sådan art att det vore uteslutet för enskilda att påverka kommissionens utövande eller att få det prövat vid domstol. Det skulle röra sig om en rätt att föra talan som hänför sig till förhållandet mellan offentliga organ och som snarare baseras på *lämplighetsprincipen* än på *legalitetsprincipen*.

III — Analys av tvisten

A — Artikel 169

10. Enligt min mening är inte talan grundad vad avser möjligheten att överklaga kommissionens avslag på sökandens begäran om att inleda förfarandet om fördragsbrott enligt artikel 169.

Sökanden har dessutom anfört att kommissionens befogenheter enligt artikel 169 i fördraget skulle överensstämma med den behörighet som tillerkänns medlemsstaterna genom artikel 170 i fördraget. På samma sätt som kommissionen skulle medlemsstaterna ha befogenhet, men givetvis inte skyldighet, att vidta åtgärder för att beivra eventuella åsidosättanden av gemenskapsrätten som andra medlemsstater gjort sig skyldiga till.

Jag bortser från det faktum att domstolen³ i tidigare avgöranden har förvägrat enskilda rätten att väcka talan vid gemenskapsdomstolarna i liknande fall med anledning av det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över i fråga om att inleda och handlägga det här

3 — Se ovan nämnda dom av den 14 februari 1989 i målet *Star Fruit* mot kommissionen samt dom av den 17 maj 1990 i mål C-87/89, *Sonito* mot kommissionen (Rec. 1990, s. 1-1981).

avsedda ärendet. Denna rättspraxis är fast men kräver ett visst klagande. Det är förvisso sant att kommissionen i princip inte befrias från skyldigheten att handla i enlighet med legalitetsprincipen helt enkelt genom att ett utrymme för skönsmässig bedömning föreskrivs, och i vårt fall räcker detta heller inte för att förhindra att enskilda kan få institutionens verksamhet prövad vid domstol. Detta förefaller bekräftas av domstolens numera mycket omfattande rättspraxis i fråga om statligt stöd,⁴ enligt vilken det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen i gemenskapsrätten har tilldelats inom det området förenas med möjligheten att underställa institutionens verksamhet gemenskapsdomstolarnas prövning.

11. Enligt min mening finns likväl ännu en anledning, som hänför sig till bestämmelsens art, till att inte medge den rätt som sökandena har åberopat genom sin talan. Artikel 169 i fördraget ingår slutligen bland de bestämmelser som är avsedda att reglera gemenskapens institutionella system och att säkerställa att det fungerar väl. Det rör sig just om bestämmelser som uteslutande berör förhållandet mellan medlemsstaterna och institutionerna.

12. Även om tillämpningen av artikel 169 indirekt ger upphov till rättsförhållanden som enskilda kan dra nytta av tillerkänns de enskilda genom bestämmelsen inte någon

rätt att intervensera eller någon möjlighet att ingripa i det förfarande som fastställs i artikeln. De ges heller inte befogenheten att vid domstol ifrågasätta utövningen av den behörighet och den befogenhet att välja mellan olika alternativ som är förbehållna kommissionen. Förfarandet om fördragsbrott hänför sig således till det interinstitutionella planet som enskilda inte har tillträde till.

13. Det kan förvisso sägas att det är en brist i det rättsliga skyddet att enskilda inte tillåts att erhålla en rättslig prövning av beslut genom vilka kommissionen beslutar att inte inleda förfarandet om fördragsbrott.

Att kompensera denna brist genom att utnyttja domstolens tolkningsbehörighet skulle vid en närmare anblick medföra långtgående förändringar av det institutionella systemet, dessutom just i ett fall där fördragets upphovsmän tydligt har velat utforma bestämmelsen i fråga just på det sätt som har beskrivits ovan. Inom fördragets system utgör artikel 169 en bestämmelse genom vilken förhållandet mellan kommissionen och medlemsstaterna regleras. Detta är det resultat som nås genom en systematisk tolkning av bestämmelsen. Det är tillräckligt att bära i åtanke att den rätt som föreskrivs i artikel 37 i stadgan för domstolen att intervensera i förfaranden om fördragsbrott som har inletts av kommissionen endast tillerkänns medlemsstaterna och gemenskapens institutioner. Den enskilde utesluts ur ett sådant perspektiv även i den inledande fasen som är av administrativ art. Därav följer att den enskilde

⁴ — Se, bland många andra, dom av den 28 januari 1986 i mål 169/84, Cofaz mot kommissionen (Rec. 1986, s. 391), och den i tiden mer närliggande domen av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen (Rec. 1993, s. I-3202, särskilt punkt 41).

saknar behörighet att överklaga ett eventuellt avslag från kommissionen på hans eventuella begäran om intervention.

Med detta vill jag inte säga att gemenskapens rättssystem lämnar den enskilde fullständigt utan skydd i andra avseenden. Detta är inte fallet. Den enskilde kan inför de nationella domstolarna göra gällande att medlemsstatens handlande, genom vilket den enskilde anser att gemenskapsrätten åsidosätts, är rättsstridigt och, i förekommande fall, föreslå de tolkningsfrågor som skall ställas till domstolen i ett förfarande enligt artikel 177 samt åtnjuta de medel som erbjuds om hans anspråk framstår som grundade, däribland skadestånd. Jag anser även av denna anledning att talan inte kan vinna bifall på sökandens första grund.

B — Artikel 90.3

14. Vad beträffar den andra grunden bör genast anges att kommissionen — och med denna förstainstansrätten, genom ett underförstått resonemang i det överklagade beslutet — visar att de anser att artiklarna 90.3 och 169 utgör, så att säga, parallella bestämmelser. Genom artikel 90.3 skulle kommissionen ges befogenheter att kontrollera och övervaka medlemsstaterna i fråga om offentliga företag och andra företag som jämfälls

med dessa med avseende på bestämmelsens syften, som i grund och botten skulle kunna utövas skönsmässigt på samma sätt som de åtgärder som kommissionen kan vidta enligt artikel 169. Enligt förstainstansrätten (som i det avseendet hänvisar till en tidigare dom som avgavs i målet *Ladbroke Racing*⁵) skulle det således återigen vara detta omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som ligger till grund för att enskilda inte kan väcka talan om ogiltigförklaring av *negativa* beslut, såsom det beslut som kommissionen har antagit i föreliggande fall. Det behöver således analyseras närmare.

15. Till skillnad från artikel 169 utgör artikel 90.3 en av de bestämmelser som har antagits i syfte att skydda konkurrensen och reglera företagens uppträdande på marknaden. Det rör sig förvisso om en särskild form av företag. I artikel 90 i fördraget behandlas det fall då medlemsstaten hindrar den fria konkurrensen genom det inflytande som den utövar på företag som den kontrollerar eller som den har beviljat särskilda rättigheter. Bestämmelsens syfte är således att skydda de ekonomiska aktörerna från det inflytande som medlemsstaten kan utöva genom sina förbindelser med företag som har de kännetecken som föreskrivs i bestämmelsen på ett sätt som sätter de grundläggande ekonomiska friheter som föreskrivs i fördraget på spel. Genom bestämmelsen skyddas således konkurrensen om än på ett sätt som är förenligt med de avsedda företagens möjligheter att

5 — Dom av den 27 oktober 1994 i mål T-32/93, *Ladbroke Racing Limited* mot kommissionen (Rec. 1994, s. II-1015).

rättsligt och faktiskt utföra de särskilda uppgifter som de har anförtrots. Det skulle heller inte kunna förhålla sig annorlunda.

16. Vad som emellertid skall sägas är att de som gynnas av bestämmelserna i artikel 90 är de ekonomiska aktörerna. Inom ramen för sitt tillämpningsområde har de bestämmelser som syftar till att skydda konkurrensen en räckvidd som med avseende på de företag som avses i artikel 90 varken är mindre eller annorlunda än den som gäller för alla andra företag. I artikel 90.3 anges dessutom att "[k]ommissionen skall säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna".

17. Till skillnad från förstainstansrätten anser jag inte att andan och bokstaven i artikel 90 utesluter möjligheten att rättsligt pröva kommissionens beslut om avslag på en anmälan från en enskild som institutionen inte har ansett det vara motiverat att bifalla.

Artikel 90 återfinns bland de övriga konkurrensrättsliga bestämmelserna i avdelning V i fördraget. Att bestämmelsen anges där är signifikant. Bestämmelsen är anpassad till de övriga bestämmelser som hänför sig till företagens uppträdande i konkurrensmässigt hänseende och särskilt till de bestämmelser som rör statligt stöd. Bestämmelsens plats

och syfte tyder på att den enskilde i vårt fall inte kan berövas det rättsliga skydd som han åtnjuter inom det viktiga konkurrensområdet. Det är i varje fall tydligt att bestämmelsen i fråga inte med fog kan likställas med artikel 169 eller de andra bestämmelser som särskilt, eller rättare sagt uteslutande, är ägnade att reglera förhållandet mellan gemenskapens institutioner. Kommissionens argument att artiklarna 90.3 och 169 är likvärdiga håller inte.

18. Det går enligt min mening heller inte att godta den ståndpunkt som förstainstansrätten intog då den motiverade beslutet att avvisa sökandens talan mot kommissionens avvisningsbeslut med den institutionens underliggande utrymme för skönsmässig bedömning.

Förstainstansrätten har angett att kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning är så omfattande att institutionen inte har någon skyldighet att vidta åtgärder och således heller inte att motivera en eventuell vägran att vidta åtgärder till följd av ansökningar som har ställts till den av de berörda företagen. Detta skulle innebära att de sistnämnda rättssubjekten saknar behörighet att väcka talan mot de åtgärder genom vilka kommissionen vägrar att utfärda direktiv eller anta beslut riktade till de medlemsstater vars rättsstridiga uppträdande har ifrågasatts av den enskilde. Kommissionen skulle således besluta att inte använda sig av en befogenhet som förstainstansrätten anger som en sannskyldig *rättighet* som tillskrivs den enligt artikel 90.3.

19. Enligt min uppfattning har domstolen i detta fall att bedöma den rättspraxis som genom dess egna och förstainstansrättens domar har utformats angående den situation då utrymmet för skönsässig bedömning, hur omfattande detta än är, tilldelas kommissionen inom ett område där skäl som hänför sig till allmänintresset inom fördragets system ställs mot skäl som hänför sig till den fria konkurrensen men likväl inte får överhanden över de sistnämnda skälen. Låt oss exempelvis beakta fallet med statligt stöd.⁶ Där det föreligger fri konkurrens föreligger även det skydd för den enskilde som går tillbaka till grunderna för den gemensamma marknaden. I den mån som gemenskapens rättsordning avser att endast reglera allmänna intressen och förhållandet mellan institutioner är det fullt berättigat att fastslå att utrymmet för skönsässig bedömning inte kan prövas i domstol då det är den enskilde som agerar för att få detta kontrollerat. Jag har emellertid anfört att föreliggande fall avser en sektor inom vilken konkurrensrättens krav förenas med sådana som beaktas i fördraget och skall förlikas med dessa i syfte att säkerställa högre intressen av allmän karaktär, även inom nationell rätt men ändå relevanta för gemenskapsrätten.

20. Enligt min uppfattning skall föreliggande fall bedömas på ett annat sätt än förstainstansrätten har gjort. Det liknar det fall då talan väcks angående frågan om möjligheten att rättsligt pröva negativa beslut om statligt stöd. Ett beslut av den arten kan ta sig följande uttryck. Kommissionen anmodas av ett konkurrerande företag att kontrollera om det stöd som har beviljats andra företag är fören-

ligt med fördraget och vägrar att vidta åtgärder av den innebörden. Såväl i det fallet som i det som domstolen nu har att bedöma ankommer det på kommissionen att vidta åtgärder som riktar sig till medlemsstaterna och genom vilka dessa åläggs vissa skyldigheter i fråga om sitt uppträdande. Medlemsstaten är således den naturliga mottagaren av de övriga rättsakter som kommissionen utfärdar, antingen enligt artiklarna 92 och 93 eller enligt artikel 90.⁷ Detta hindrar enligt min uppfattning emellertid inte att den enskilde kan väcka talan mot kommissionens åtgärder i den mån som han genom artikel 90 tillerkänns rätten att omfattas av tillämpningen av gemenskapsregleringen till skydd för fri företagsamhet och fri konkurrens.

21. Den slutsats jag har dragit kräver ett ytterligare klagörande. Jag anser att mot bakgrund av det perspektiv ur vilket jag bedömer föreliggande fall gäller de subjektiva rekvisit som hänför sig till saklegitimationen för att överklaga de åtgärder som kommissionen har vidtagit med stöd av artiklarna 92 och 93 och som följer av domstolens och förstainstansrättens rättspraxis på det området även med avseende på den enskildes fall som skyddas genom artikel 90.3. Förstainstansrätten har emellertid inte berört den aspekten av fallet. För sitt beslut fann den att den enskildes fullständiga brist på behörighet att väcka talan var av avgörande betydelse för påståendet att det är omöjligt att pröva åtgärden. Som jag har anfört motiveras resultatet i det ifrågasatta

6 — Se, bland de senast avkunnade domarna i frågan, dom av den 19 maj 1993 i mål C-181/91, Cook mot kommissionen (Rec. 1993, s. I-2487), samt ovan nämnda dom av den 15 juni 1993 i målet Matra mot kommissionen.

7 — Se dom av den 12 februari 1992 i förenade målen C-48/90 och C-66/90, Nederländerna m. fl. mot kommissionen (Rec. 1992, s. I-565, i synnerhet punkterna 31 och 32).

beslutet uteslutande genom det vidsträckta utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har tilldelats. Felet består i att inte ha noterat att den befogenheten inom ramen för artikel 90.3 begränsas genom att den enskilde tillerkänns subjektiva rättigheter vars åsidosättande den berörde kan åberopa inför gemenskapsdomstolarna.

det lämpligt att förstainstansrätten gör en bedömning av om andra villkor för prövning av talan är uppfyllda i föreliggande fall och eventuellt uttalar sig i sak.

IV — Rättegångskostnader

22. På grundval av vad som ovan anförts anser jag att det överklagade beslutet skall ogiltigförklaras i den del som rör frågan om att talan inte kan prövas med avseende på kommissionens avslag på begäran att inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 90.3 i fördraget.

23. Enligt artikel 122 i rättegångsreglerna skall förstainstansrätten fatta beslut om rättegångskostnaderna avseende det överklagande som domstolen har bifallit när målet har återförvisats till förstainstansrätten för avgörande.

Då det för övrigt är fråga om en analys som till stor del syftar till att granska faktiska omständigheter och att säkerställa rätten till att få saken prövad i två instanser, anser jag

Eftersom jag föreslår att det överklagade beslutet skall upphävas och målet återförvisas till förstainstansrätten skall denna fatta beslut om rättegångskostnaderna.

V — Förslag till avgörande

24. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen skall

- upphäva Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts avvisningsbeslut av den 23 januari 1995 i mål T-84/94,
- fastslå att förstainstansrätten skall fatta beslut om rättegångskostnaderna.