hold til forordning nr. 2200/87 om almindelige bestemmelser for tilvejebringelse i Fællesskabet af produkter, der skal leveres som led i Fællesskabets fødevarehjælp, indgår vilkåret i denne forordnings artikel 23 — hvorefter Domstolen har kompetence til at afgøre enhver tvist som følge af gennemførelsen af, den manglende gennemførelse af eller fortolkningen af de nærmere bestemmelser vedrørende de leveringer, der skal gennemføres i henhold til nævnte forordning — som en integrerende del af leveringskontrakterne, således at det må anses for en voldgiftsbestemmelse, som er omfattet af traktatens artikel 181.

2. Forordning nr. 2200/87 om almindelige bestemmelser for tilvejebringelse i Fællesskabet af produkter, der skal leveres som led i Fællesskabets fødevarehjælp, giver ikke Kommissionen hjemmel til at foretage tilbageholdelser på tidspunktet for betaling af en levering i forbindelse med fødevarehjælpen med henvisning til forsinket levering. Den omstændighed, at en tilslagsmodtager ikke, før Domstolen kendte denne praksis ulovlig, har protesteret mod Kommissionens tilbageholdelse, kan ikke, når der ikke foreligger et afkald eller en forældelse, berettige til at afslå at yde tilbagebetaling, med tillæg af de ved forordningen foreskrevne renter, af de tilbageholdte beløb.

DEN REFERERENDE DOMMERS RAPPORT
i sag C-142/91 *

I — Faktiske omstændigheder

1. *De relevante retsforskrifter*

I medfør af artikel 1, stk. 1, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 2200/87 af 8. juli 1987 om almindelige bestemmelser for tilvejebringelse i Fællesskabet af produkter, der skal leveres som led i Fællesskabets fødevarehjælp (EFT L 204, s. 1), anvendes de i forordningen fastsatte bestemmelser, dog med forbehold af særlige bestemmelser, Kommissionen måtte fastsætte i hvert enkelt tilfælde, når det med henblik på iværksættelse af en fællesskabsaktion vedrørende fødevarehjælp er besluttet at tilvejebringe produkter i Fællesskabet.

Den i forordningens artikel 12 omhandlede sikkerhed for leveringen gøres i henhold til artikel 22, stk. 2, litra b), tredje led, til genstand for tilbageholdelser, der kumuleres i følgende tilfælde:

» —[tilbageholdelse] af 0,1% af den samlede budsum pr. dags forsinkelse, hvormed

* Processprog: nederlandsk.

varen stilles til rådighed eller afskibes, for så vidt angår levering frit afskibningshavn, ankommer til lossehavnen, for så vidt angår levering frit lossehavn, eller ankommer til det endelige bestemmelsessted, for så vidt angår levering frit bestemmelsessted«.

I forordningens artikel 23 bestemmes følgende:

»De Europæiske Fællesskabers Domstol har kompetence til at afgøre enhver tvist som følge af gennemførelsen af, den manglende gennemførelse af eller fortolkningen af de nærmere bestemmelser vedrørende de leveringer, der gennemføres i henhold til denne forordning.«

Ved forordning (EØF) nr. 151/90 af 22. januar 1990 (EFT L 18, s. 19), (EØF) nr. 419/90 af 19. februar 1990 (EFT L 44, s. 10) og (EØF) nr. 840/90 af 2. april 1990 (EFT L 88, s. 11) har Kommissionen udbudt levering af raffineret rapsolie som fødevarehjælp henholdsvis til Uganda (aktion nr. 401/89), til Mozambique (aktion nr. 759/89 og 760/89) og til Bangladesh (aktion nr. 904/89) i licitation.

I forordning nr. 151/90, 419/90 og 840/90 fastsættes i artikel 1 følgende:

»Med henblik på levering som fødevarehjælp til de i bilaget anførte modtagere skal der i Fællesskabet tilvejebringes raffineret rapsolie efter bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 2200/87 og på de i bilaget anførte betingelser. Tildeling af leveringerne sker ved licitation.«

2. *Sagens baggrund*

Kommissionen tildelte i løbet af 1990 sagsøgeren leveringen af raffineret rapsolie som fødevarehjælp til Uganda (aktion nr. 401/89), Mozambique (aktion nr. 759/89 og 760/89) og Bangladesh (aktion nr. 904/89), på de vilkår, der er fastsat i forordning nr. 151/90, nr. 419/90 og nr. 840/90.

Efter afslutningen frigav Kommissionen de leveringssikkerheder, som sagsøgeren havde stillet i henhold til artikel 12 i forordning 2200/87.

Ved den endelige afregning tilbageholdt Kommissionen i henhold til artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 2200/87 i alt 104 508,61 ECU på grund af forsinket levering.

De endelige beløb for leveringerne til Uganda og Mozambique blev betalt mod slutningen af 1990 og blev specificeret i en »fiche financière«.

Domstolen udtalte i sin dom af 12. december 1990 (sag C-172/89, Vandemoortele mod Kommissionen, Sml. I, s. 4677), at Kommissionen ved betaling af det forskyldte beløb ikke må foretage tilbageholdelser på grund af forsinket levering.

Derfor anmodede sagsøgeren ved skrivelser af 4. marts 1991 Kommissionen om at betale de tilbageholdte beløb med tillæg af morarenter i henhold til artikel 18 i forordning nr. 2200/87.

Ved telexmeddelelse af 27. marts 1991 meddelte Kommissionen sagsøgeren, at den afviste sagsøgerens betalingsanmodning vedrørende aktion nr. 401/89 (Uganda) og vedrørende aktion nr. 759/89 og nr. 760/89 (Mozambique), da de var blevet afviklet fuldt ud.

II — Den skriftlige forhandling og parternes påstande

Cebag's stævning blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 27. maj 1991.

Den skriftlige forhandling er forløbet forskriftsmæssigt. På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at henvise sagen til Femte Afdeling, jf. procesreglementets artikel 95. I medfør af samme reglements artikel 44a har Domstolen (Femte Afdeling) besluttet ikke at afholde mundtlig forhandling.

Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Fællesskabet, subsidiært Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, tilpligtes at betale sagsøgeren 65 093,10 ECU tillige med renter i henhold til artikel 18 i forordning (EØF) nr. 2200/87.

— Den af Kommissionen trufne beslutning, som den fremgår af telex af 27. marts 1991, der blev tilsendt sagsøgeren som nr. 1096094532, annulleres helt eller delvis, subsidiært kendes den ugyldig.

— Domstolen træffer endvidere de foranstaltninger, som findes påkrævede eller hensigtsmæssige.

— Fællesskabet, subsidiært Kommissionen, tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises helt eller delvis.

— Subsidiært: Frifindelse, enten i det hele, eller subsidiært for så vidt angår det beløb, der er tilbageholdt vedrørende aktion nr. 904/89 (Bangladesh), med renter.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

Sagsøgeren har i replikken anført, at Kommissionen ved skrivelse af 4. juli 1991 har forpligtet sig til at tilbagebetale et beløb på 39 415,51 ECU vedrørende aktion nr. 904/89 (Bangladesh), som blev tilbageholdt på grund af forsinket levering, med renter 1 775,31 ECU. Som følge heraf fastholdes den oprindelige påstands form for så vidt angår aktion nr. 401/89 (Uganda) samt nr. 759/89 og

nr. 760/89 (Mozambique), hvorved kravet reduceres til et beløb på 65 093,10 ECU med tillæg af morarente.

A — *Formaliteten*

Sagsøgeren har *principalt* gjort gældende, at når Kommissionen accepterer sagsøgerens bud vedrørende de nævnte aktioner, er der indgået en aftale mellem Kommissionen og Cebag. Sagsøgeren anser Kommissionen for at have samme opfattelse, da den i accepten af buddene anfører, at »*kontrakten* er tildelt Deres firma« (»the contract has been awarded to your company«).

Sagsøgeren er ikke enig med Kommissionen, når den gør gældende, at artikel 23 i forordning nr. 2200/87 ikke er en kontraktmæssig voldgiftsbestemmelse, da den indgår i en forordning. Efter sagsøgerens opfattelse udgør bestemmelserne i de specielle forordninger, der danner grundlag for tildeling af leveringerne ved licitationen — i dette tilfælde forordning nr. 151/90 og nr. 419/90, samt de almindelige bestemmelser i forordning nr. 2200/87, som der henvises til i artikel 1 i ovennævnte forordninger — en integrerende del af kontrakten.

Endvidere kan sagsøgeren ikke tilslutte sig Kommissionens opfattelse, ifølge hvilken retsforholdet mellem Kommissionen og Cebag næppe kan anses for et kontraktforhold, da det helt er undergivet fællesskabslovgivningen. Ifølge sagsøgeren er det klart afgørende, om parterne har indgået en indbyrdes aftale. At det retsforhold, som derved stiftes, er omfattet af den lovgivning, som finder anvendelse herpå, fratager ikke forholdet dets karakter af en kontrakt.

Til støtte for denne opfattelse henviser sagsøgeren til EØF-traktatens artikel 181, som ikke sondrer mellem voldgiftsbestemmelser i offentligretlige og i privatretlige kontrakter. Karakteristisk for offentligretlige aftaler er især, at parternes rettigheder og forpligtelser fastsættes i lovgivningen. Dertil kommer endvidere, at artikel 181 ikke sondrer mellem offentligretlig fællesskabsret og medlemsstaternes offentlige ret, således at Domstolen efter Cebag's opfattelse er kompetent til at pådømme en tvist vedrørende en voldgiftsbestemmelse i en kontrakt, som er omfattet af den fællesskabslovgivning, der finder anvendelse på kontrakten.

Endelig er sagsøgeren heller ikke enig i Kommissionens synspunkt, hvorefter der ikke ses at være tale om en kontrakt, da parternes rettigheder og forpligtelser er fastsat ensidigt.

Efter sagsøgerens opfattelse er parterne nemlig blevet enige om anvendelsen af betingelserne for licitationen, selv om det stod sagsøgeren frit for at acceptere eller ikke acceptere dem. At betingelserne var fastsat ensidigt, fratager ikke et sådant forhold karakteren af en kontrakt. Det gælder så meget desto mere, da kontraktbetingelserne i praksis ofte fastsættes ensidigt af én af parterne, f.eks. i form af almindelige betingelser.

Subsidiært har sagsøgeren i replikken gjort gældende, at telexmeddelelsen af 27. marts

1991 indeholder en beslutning, som i medfør af traktatens artikel 173 kan anfægtes, da den indeholder en retsakt, der tilsigter retsvirkninger for Cebag. Ifølge sagsøgeren er telexmeddelelsen ikke blot en bekræftelse af en tidligere retsakt (de tidligere besluttede tilbageholdelser), men resultatet af en interesseafvejning, som Kommissionen var forpligtet til at foretage som følge af Domstolens dom i Vandemoortele-sagen. Dette novum burde have givet Kommissionen anledning til at foretage en afvejning af de berørte interesser, nemlig almenhedens interesse i beskyttelsen af legalitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet.

Ifølge sagsøgeren må konklusionen derfor også være, at telexmeddelelsen har selvstændige retsvirkninger, og at en sag til prøvelse af denne i medfør af EØF-traktatens artikel 173 kan realitetspåkendes.

Ifølge *Kommissionen* kan sagen hverken i medfør af traktatens artikel 181 eller artikel 173 antages til realitetsbehandling.

Den anfører *principalt*, at artikel 23 i forordning nr. 2200/87 ikke skal anses for en voldgiftsbestemmelse som omhandlet i traktatens artikel 181.

Den henviser til, at den i sagen Haniel Spedition mod Kommissionen (dom af 21.3.1991, sag C-226/89, Sml. I, s. 1599) har indtaget det standpunkt, at Domstolens kompetence med hensyn til betaling af tilbageholdte beløb havde hjemmel i EØF-traktatens artikel 181, men at generaladvokaten forsvarede et andet synspunkt, ligesom han gjorde i Vandemoortele-sagen.

Hans konklusion var nemlig, at anfægtelsen af tilbageholdelsen skulle behandles som en påstand om annullation i medfør af EØF-traktatens artikel 173, og at kravet om betaling af uretmæssige tilbageholdelser skulle behandles i henhold til EØF-traktatens artikel 176. Efter hans opfattelse er artikel 23 ikke nogen kontraktmæssig voldgiftsbestemmelse, fordi den udgør en del af en forordning, og retsforholdet mellem parterne helt er underlagt fællesskabslovgivningen, som parterne ikke kan fravige ved fælles aftale.

Efter Kommissionens opfattelse skaber artikel 23 i forordning nr. 2200/87 ikke nogen ny kompetence for Domstolen, men henviser den kun til den allerede i traktaten fastsatte, *eksisterende* kompetence, som Domstolen har til at afgøre enhver tvistighed i forbindelse med gennemførelsen, den manglende gennemførelse eller fortolkningen af de fællesskabsbestemmelser, der finder anvendelse på leverancer i henhold til denne forordning og forordningerne vedrørende den måde, på hvilken konkrete aktioner gennemføres på. Da disse *fællesskabsbestemmelser* regulerer alle aspekter af retsforholdet mellem Kommissionen og tilslagsmodtageren, har Domstolen kompetence for så vidt angår alle spørgsmål vedrørende dette retsforhold, og der kan således hverken være tale om at anvende national ret eller om at udvide eller ændre kompetencen på grundlag af en voldgiftsbestemmelse.

Efter Kommissionens opfattelse følger heraf, at artikel 23 under disse omstændigheder ikke kan anses for en voldgiftsbestemmelse efter traktatens artikel 181, selv om Kommis-

sionen i denne sammenhæng til tider taler om en aftale eller kontrakt.

Artikel 181 giver parterne mulighed for at *tildele* Domstolen kompetence til at træffe afgørelse om bestemte spørgsmål vedrørende aftalen. I sådanne aftaler er der desuden som regel fastsat bestemmelser — udtrykkeligt eller stiltiende — om den lov, der finder anvendelse på aftalen, normalt *den nationale lov i en medlemsstat eller i et andet land.*

Også i de tilfælde, hvor Kommissionen i forbindelse med bestemte fødevarehjælpeaktioner i hvert enkelt tilfælde fastsætter særlige regler (som den i medfør af forordning nr. 2200/87 er berettiget til), handler den i den forbindelse i kraft af sin kompetence som regeludstedende institution i medfør af den fællesskabslovgivning, der finder anvendelse, specielt Rådets forordning (EØF) nr. 3972/86 af 22. december 1986 om politikken med hensyn til fødevarehjælp og forvaltning af denne hjælp (EFT L 370, s. 1), og ikke på grundlag af kontraktfriheden.

Kommissionen henviser til, at Domstolen i Vandemoortele-sagen underkendte tilbageholdelserne under henvisning til traktatens artikel 173, og i Haniel-sagen blev Kommissionen dømt til at betale de tilbageholdte beløb, uden at Domstolen gik nærmere ind på spørgsmålet, om artikel 181 finder anvendelse. Dette gør det berettiget at konkludere, at Domstolen på dette punkt var enig med generaladvokaten.

Efter Kommissionens opfattelse støttes dette tillige af, at Domstolen i begge domme (Vandemoortele og Haniel) udelukkende bedømte retsforholdet mellem Kommissionen og sagsøgerne på grundlag af de bestemmelser i fællesskabslovgivningen og de fællesskabsretlige principper, der finder anvendelse.

På grundlag af disse betragtninger konkluderer Kommissionen, at den i henhold til traktatens artikel 181 nedlagte påstand bør afvises, såvel for så vidt angår påstanden om betaling af de tilbageholdte beløb som for så vidt angår påstanden om annullation af Kommissionens beslutning, som ifølge sagsøgeren er affattet i telexmeddelelsen af 27. marts 1991.

I tilfælde af, at Domstolen, til trods for den udtrykkelige og udelukkende henvisning til proceduren i traktatens artikel 181, alligevel skulle finde anledning til at behandle sagen som en sag efter traktatens artikel 173, gør Kommissionen *subsidiært* gældende, at sagen også i det tilfælde bør afvises.

Ifølge dommene i Vandemoortele- og Haniel-sagerne ville sagsøgeren kun have ret til betaling af de pågældende beløb på grundlag af traktatens artikel 176, såfremt Kommissionens beslutninger om at tilbageholde disse beløb blev annulleret af Domstolen i medfør af EØF-traktatens artikel 173 efter påstand fra sagsøgeren. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

Foruden betaling af de tilbageholdte beløb har sagsøgeren nemlig kun nedlagt påstand om annullation af ovennævnte telexmeddelelse. Efter Kommissionens opfattelse indeholder denne telex dog ikke nogen kommissionsbeslutning om tilbageholdelse af de omstridte beløb, men kun Kommissionens svar på anmodningen fra Cebag om betaling, i hvilken forbindelse Kommissionen alene afslog anmodningen om at ophæve de tilbageholdelser, der var sket i forbindelse med

aktion nr. 401/89 (Uganda) samt nr. 759/89 og nr. 760/89 (Mozambique).

Da den endelige afregning og betalingen af de beløb, der var forskyldt for disse tre aktioner, over for sagsøgeren fandt sted i oktober 1990, modtog Kommissionen først sagsøgerens telexmeddelelse af 4. marts 1991 længe efter udløbet af den i traktatens artikel 173, stk. 3, anførte tomånedersfrist, således at der for Kommissionen ikke var nogen anledning til at tage den endelige afregning op til fornyet behandling.

Dette bekræftes af, at sagsøgeren intet angiver til støtte for anbringendet om, at der eksisterer en pligt til interesseafvejning (en pligt, som først bliver bragt på bane i replikken), eller hvorfor — i tilfælde af, at der eksisterer en sådan pligt — denne interesseafvejning skulle føre til tilbagebetaling.

På den anden side er sagsøgerens klage vedrørende aktion nr. 904/89 (Bangladesh) modtaget rettidigt af Kommissionen, da den endelige afregning først skete den 21. januar 1991. Denne anmodning har Kommissionen da også efterkommet.

I hvert fald giver — efter Kommissionens opfattelse — det forhold, at den i svarskriftet af forsigtighed også subsidiært gør gældende, at sagen i medfør af traktatens artikel 173, stk. 2, bør afvises, ikke sagsøgeren ret til under tilsidesættelse af procesreglementets artikel 42, stk. 2, først i replikken at fremkomme med dette subsidiære anbringende vedrørende formaliteten.

Dertil kommer, at dette anbringende i realiteten støttes på et nyt anbringende vedrørende realiteten — der heller ikke er medtaget i stævningen — nemlig at Vandemoortele-dommen bandt Kommissionen til at foretage en afvejning af de berørte interesser hvad angår spørgsmålet, om de i allerede færdigbehandlede sager tilbageholdte beløb skal tilbagebetales.

B — *Sagens realitet*

Efter *sagsøgerens* opfattelse var de tilbageholdelser, som Kommissionen har foretaget i den endelige afregning, ulovlige.

I sin dom i Vandemoortele-sagen har Domstolen i forbindelse med artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 2200/87 nemlig udtalt, at der for foretagelse af en tilbageholdelse efter frigivelsen af leveringssikkerheden ikke er noget retsgrundlag (præmis 14). Endvidere giver hverken de øvrige bestemmelser i forordning nr. 2200/87, eller bestemmelserne i de specielle licitationsforordninger nr. 151/90, nr. 419/90 og nr. 840/90 hjemmel for de tilbageholdelser, som Kommissionen har foretaget.

Efter Domstolens faste praksis kan en — strafferetlig eller ikke-strafferetlig — sanktion endelig kun pålægges (jf. navnlig dom af 25.9.1984, sag 117/83, Könecke, Sml. s. 3291), såfremt der forud for dette foreligger et klart og entydigt retsgrundlag.

Af disse grunde kræver sagsøgeren tilbagebetaling af de omstridte beløb med tillæg af morarente i henhold til artikel 18 i forordning nr. 2200/87.

Kommissionen har først henvist til, at den har efterkommet Cebag's anmodning for så vidt angår aktion nr. 904/89 (Bangladesh), da Kommissionen først betalte det forskyldte beløb den 21. januar 1991.

Med hensyn til de øvrige beløb erkender Kommissionen, at den ifølge dommene i de nævnte Vandemoortele- og Haniel-sager ikke burde have tilbageholdt disse beløb ved betalingen af det forskyldte beløb, når den allerede forinden havde frigivet de pågældende sikkerheder.

Forud for Vandemoortele-dommen har sagsøgeren dog aldrig klaget over foretagelsen af sådanne tilbageholdelser ved betalingen af det endelige beløb. Da sagsøgeren ikke har bestridt den materielle rigtighed af de tilbageholdelser, der er foretaget i anledning af de omstridte aktioner, har sagsøgeren således heller ikke gjort indsigelser mod de endelige afregninger vedrørende de aktioner, som sagen omhandler, og som er fastsat forud for Domstolens dom i Vandemoortele-sagen.

Kommissionen kan derfor ikke indse, hvorfor den burde have ændret sin afgørelse vedrørende de første tre aktioner.

I samme forbindelse gør Kommissionen opmærksom på, at artikel 22 i forordning nr. 2200/87 i mellemtiden (ved Kommissionens forordning (EØF) nr. 790/91 af 27.3.1991, EFT L 81, s. 108) er blevet ændret således, at disse tilbageholdelser kan foretages ved den endelige betaling.

Subsidiært nedlægger Kommissionen påstand om frifindelse.

J.C. Moitinho de Almeida
Refererende dommer