FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 22. januar 1987 *

Høje Domstol.

Den sag, der verserer for tribunal de première instance de Bruxelles mellem »Société pour l'exportation des sucres« (herefter benævnt »selskabet« eller »tilslagsmodtageren«) og »l'Office belge de l'économie et de l'agriculture« (OBEA), drejer sig om kvaliteten af et parti sukker, som Fællesskabet har tilbudt UNRWA (De forenede Nationers Hjælpeorganisation for Palæstinaflygtninge) som fødevarehjælp.

Efter en licitation, som iværksattes af OBEA, blev selskabet overdraget at levere et parti på 755 tons sukker af kvalitet 2 (eller standardkvalitet) til hjælpeorganisationen.

Imidlertid viste det sig efter kontrol, at det leverede sukker var af kvalitet 3, fordi farveenheder af opløsning lå 0,7 enheder over den grænse på 6 enheder, der er maksimumgrænsen for kvalitet 2, idet alle de øvrige kriterier svarede til kvalitet 2.

Selskabet blev imidlertid først underrettet om denne mangel, efter at sukkeret var ankommet til Ashdod havn (Israel) og var blevet overtaget af UNRWA.

Licitationen var blevet afholdt i henhold til Kommissionens forordning nr. 434/82 af 25. februar 1982 [1] om en løbende licitation med henblik på tilvejebringelse af hvidt sukker i Fællesskabet til levering til UNRWA som fødevarehjælp, delvis ændret ved Kommissionens forordning nr. 939/82 af 21. april 1982 [2].

Der er i begyndelsen af retsmøderapporten givet en meget klar redegørelse for de sanktioner, der er fastsat i denne forordning for det tilfælde, at en eller flere licitationsbetingelser ikke opfyldes. Jeg tillader mig at henvise til denne rapport også med hensyn til detaljerne i de faktiske omstændigheder, parternes argumenter og ordlyden af de tre spørgsmål, der er stillet af tribunal de première instance de Bruxelles.

Jeg vil ligeledes følge retsmøderapportens opbygning ved gennemgangen af de to første spørgsmål.

De to første spørgsmål

Det første spørgsmål går ud på, på hvilket tidspunkt den i forordningens artikel 9, stk. 5, omhandlede kvalitetskontrol skal ske, og indtil hvilket tidspunkt der kan rejses indsigelser mod sukkerets kvalitet.

Ifølge artikel 9, stk. 5, sker kvalitetskontrollen »ved lastningen«.

For at muliggøre dette har leverandøren pligt til *så hurtigt som muligt* at tilsende det kompetente organ i den udførende medlemsstat meddelelse med angivelse af skibet og dato for indladning [artikel 15, stk. 1, litra a)].

Endelig bestemmer artikel 15, stk. 3, at »såfremt sukkeret er af en dårligere kvalitet

* Oversat fra fransk.

1 — EFT L 55 af 26.2.1982, s. 34.

2 — EFT L 111 af 24.4.1982, s. 13.

end standardkvaliteten, afvises det for tilslagsmodtagerens regning og risiko«.

Ved at sammenholde disse bestemmelser kan det med rimelighed udledes, at kontrollen i princippet skal foretages:

— når den vare, der skal leveres, er parat til at blive lastet;

— på et sådant tidspunkt, at resultatet af analyserne kan nå at blive kendt, før skibet letter anker, således at varen kan afvises før dets afsejling.

Forordningen omhandler ikke det tilfælde, hvor resultaterne af analyserne, som i dette tilfælde, først kendes efter skibets afsejling eller endog efter at varen er blevet distribueret.

Det er imidlertid muligt ved fortolkning at udlede den løsning, der må anvendes i dette tilfælde, hvis man tager udgangspunkt i følgende momenter:

Ifølge forordningens artikel 1, stk. 2, skal det sukker, der skal leveres, »være af standardkvalitet som defineret i forordning (EØF) nr. 793/72«.

Det er på dette grundlag, at tilslagsmodtageren anses for at have afgivet sit tilbud, og det er på denne udtrykkelige betingelse, at kontrakten er blevet tildelt selskabet.

Tilslagsmodtagerens første forpligtelse er altså *selv at sikre sig*, at det sukker, som han står i begreb med at levere, faktisk opfylder dette krav.

Kvalitetskontrollen ved lastningen kan ikke bevirke, at tilslagsmodtageren frigøres fra dette ansvar. Som den belgiske regering og OBEA har anført, er den ved forordningen fastsatte kontrol ikke blevet indført af hensyn til tilslagsmodtageren, men af hensyn til giveren, nemlig Fællesskabet, og modtageren, UNRWA.

I en dom af 5. december 1985[3] har Domstolen fastslået dette princip i følgende vendinger:

»Kontrollen har hverken til formål eller til følge, at licitationskøberen fritages for nogen del af det ansvar, han har påtaget sig ved licitationen.«

For det andet kan det ikke påhvile modtageren af fødevarehjælpen at undersøge eller bekræfte overholdelsen af betingelsen vedrørende den kategori, som det sukker, der skal leveres, skal tilhøre.

Som vi har set, foreskriver forordningen udtrykkeligt, at denne kontrol skal ske ved lastningen. Det er logisk, at det er det organ, som Fællesskabet har overdraget at gennemføre fødevarehjælpen, som undersøger, om varen opfylder de stillede kriterier.

I øvrigt er det ikke sikkert, at alle lande i den tredje verden eller hjælpeorganisationerne råder over laboratorier med udstyr til at foretage de nødvendige analyser.

Den attest, som skal fremlægges af modtageren af hjælpen i henhold til artikel 10, stk. 1, kan derfor ikke vedrøre dette moment. Den har udelukkende til formål at bekræfte, at sukkeret *er blevet leveret* på de »stillede betingelser« som defineret i artikel 9, navnlig med den fastsatte mængde, på den aftalte dato og i sække svarende til beskrivelsen.

Det er i øvrigt logisk, at modtageren af hjælpen også undersøger, om varen er blevet fordærvet undervejs. Således må man efter min opfattelse forstå påtegningen »in

3 — Direktoratet for Markedsordningerne mod Corman et Fils, sag 124/83, Sml. 1985, s. 3777, præmis 21.

good and sound condition« på den attest, der udstedes af UNRWA. Denne attest har altså ikke til formål at bekræfte, at det leverede sukker er af kvalitet 2.

Denne begrænsede undersøgelse, som udføres for giverens regning, bevirker ikke, at der skabes et retsforhold mellem tilslagsmodtageren og den tredjemand, der er modtager af hjælpen. Sidstnævnte kan på ingen måde sammenlignes med en køber, som har »godkendt« eller »modtaget« varen.

For det tredje står det fast, at varens kvalitet, navnlig inden for en fødevarehjælpeaktion, er et absolut væsentligt element i licitationskontrakten. Det kan derfor ikke tænkes, at denne kvalitet ikke længere skulle kunne bestrides, hvis resultatet af analyserne først foreligger efter skibets afsejling eller endog efter, at hjælpen er blevet uddelt.

Som Kommissionen har bemærket, efter min mening med rette, ville det være for letkøbt, hvis tilslagsmodtageren enten ved forsømmelse eller forsætligt kunne misligholde sin forpligtelse til rettidigt at underrette det kompetente organ om datoen for skibets afsejling og således unddrage sig enhver indsigelse vedrørende den leverede vares kvalitet ved at henvise til en såkaldt »modtagelse« af varen fra giverens side.

Af de ovenfor anførte grunde må det fortsat være muligt at bestride varens kvalitet, også i det tilfælde, at det skyldes det kompetente organs egen forsømmelse eller fejl, at resultaterne af analyserne først bliver fremskaffet efter skibets afsejling.

Selv på dette stadium skal det kompetente organ altså stadig kunne afvise varen, hvilket navnlig vil give sig udslag i nægtelse af at betale den aftalte pris.

Ligesom Kommissionen mener jeg imidlertid, at en sådan forsømmelighed fra det kompetente organs side eventuelt kan give grundlag for erstatning i henhold til lovgivningen i det land, hvor licitationen har fundet sted.

Dette forekommer mig navnlig at måtte være tilfældet, når indsigelsen mod kvaliteten først sker, efter at fødevarehjælpen er blevet distribueret til de endelige modtagere, i dette tilfælde Palæstinaflygtningene.

I dette tilfælde er det ikke længere muligt at »afvise varen« i den forstand, at den på ny stilles til rådighed for tilslagsmodtageren, for at denne f. eks. kan forsøge at sælge den i det land, hvor den er blevet losset.

Det forekommer mig, at der i det foreliggende tilfælde er sket en sådan godtgørelse i mindelighed, fordi OBEA har accepteret at betale sukkeret på grundlag af dets reelle værdi.

Jeg foreslår følgelig, at de to første spørgsmål besvares således:

»Artiklerne 1, 9 og 10 og artikel 15, stk. 3, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 434/82 af 25. februar 1982, ændret ved Kommissionens forordning (EØF) nr. 939/82 af 21. april 1982, skal fortolkes således, at kvalitetskontrollen af det sukker, der skal leveres som fødevarehjælp, skal gennemføres således, at dens resultater kan være kendt, før varen forlader udførselsmedlemsstatens område.

Når det leverede sukker er af en dårligere kvalitet end standardkvaliteten, er det kompetente organ i henhold til artikel 15, stk. 3, forpligtet til at nægte foreløbige og endelige betalinger af den aftalte pris, som er fastsat i artikel 10, stk. 1, selv hvis den først har haft kendskab til denne omstændighed, efter at varen er distribueret, og selv hvis de øvrige betingelser for betalingen, navnlig den i artikel 10, stk. 1, tredje afsnit, nævnte bekræftelse fra modtageren, er opfyldt.«

Det tredje spørgsmål

Kan sikkerheden fortabes, selv hvis sukkeret faktisk er blevet distribueret til modtagerne og har kunnet konsumeres uden skade af disse? I bekræftende fald, er fortabelse af hele sikkerheden i strid med proportionalitetsprincippet, når der blandt flere kvalitative kriterier kun var et, som det leverede sukker ikke opfyldte?

Dette er, hvad den belgiske ret spørger Domstolen om i sit tredje spørgsmål.

Herom skal jeg først fremsætte to generelle bemærkninger.

Fællesskabet har været ude for tilfælde, hvor varer, der leveres som fødevarehjælp, har vist sig at være af mangelfuld kvalitet. Kommissionen har draget konsekvenserne heraf ved at gøre retsakterne om undersøgelse af kvaliteten af de varer, der skal leveres, strengere.

I dette tilfælde var mangelen ved det leverede sukker ganske vist ikke af en sådan art, at den kunne være til hinder for, at forbrugerne kunne bruge det uden risiko.

Man må imidlertid drage omsorg for, at der ikke åbnes en breche i systemet, og at der ikke hos fremtidige tilbudsgivere skabes det indtryk, at de uden al for stor risiko kan tillade sig ikke at tage de af Kommissionen fastsatte kvalitetskriterier alvorligt.

Under tidligere fødevarehjælpeaktioner havde Kommissionen kun foreskrevet kvalitet 3. Når den fremover kræver en højere kvalitet, er det uden tvivl fordi den mener at have gode grunde til at gøre det.

For det andet har definitionen af varens kvalitet også til formål at sikre ligebehandling af alle tilbudsgivere. Hvis medlemsstaternes kompetente organer gav sig til at acceptere at betale for varer, som ikke er i overensstemmelse med forskrifterne, til en pris svarende til deres reelle værdi, uden at der indtrådte nogen sanktion på grund af den urigtige opfyldelse af kontrakten, ville licitationssystemet blive fordrejet.

En sådan holdning kunne tilskynde leverandørerne til fra starten at fremsætte tilbud til en lavere pris end den, der normalt svarer til den krævede standardkvalitet, fordi de fra begyndelsen har til hensigt kun at levere en ringere kvalitet. De ville således opnå en uretmæssig konkurrencemæssig fordel i forhold til tilbudsgivere, som har til hensigt at overholde den stillede betingelse.

Desuden taler følgende argumenter vedrørende de gældende bestemmelser til fordel for, at sikkerheden ikke bør frigives i det foreliggende tilfælde.

1. Ifølge forordningens artikel 15, stk. 3, skal en vare af dårligere kvalitet end standardkvaliteten afvises for tilslagsmodtagerens regning og risiko.

Kommissionen har altså helt villet udelukke muligheden for, at der kan leveres en vare, som ikke er i overensstemmelse med forskrifterne.

Det følger ganske vist af artikel 9, stk. 5, (kontrol ved lastningen) og af forordningens opbygning, at afvisning af varen normalt skal ske, før den forlader medlemsstatens område. På denne måde kan den eventuelt erstattes i sidste øjeblik med en vare, der er i overensstemmelse med bestemmelserne.

Men hvis dette ikke er muligt, afvises varen simpelt hen; sikkerheden skal fortabes, fordi kontrakten ikke er blevet rigtigt opfyldt.

På samme måde finder artikel 15, stk. 2, anvendelse, såfremt varen, fordi det er nødvendigt at erstatte den eller af en anden grund, ikke kan leveres inden for den fastsatte frist. Dette stykke bestemmer, at såfremt leveringen forsinkes, nedsættes den aftalte pris med 0,12 ECU/100 kg pr. dag »med forbehold af artikel 7, stk. 3«. Sidstnævnte henvisning betyder, at sikkerheden fortabes i fuldt omfang for mængder, der ankommer for sent, selv hvis forsinkelsen kun er ringe.

Hvis hele varepartiet ankommer med forsinkelse, fortabes hele sikkerheden, selv hvis sukkeret derefter forbruges af modtagerne.

Forordningen er altså klart baseret på princippet om, at en misligholdelse af kontraktens betingelser, som berører hele varepartiet, medfører fortabelse af hele sikkerheden.

Det er klart, at hvis afvisningen af varen ikke har kunnet ske før skibets afsejling, fordi resultaterne af analyserne ikke forelå, og fordi den vare, der ikke opfylder det foreskrevne kvalitetskrav, er nået frem til bestemmelsesstedet og er blevet forbrugt, kræver rimelighedshensyn eller i givet fald princippene om ansvar uden for kontrakt, at den betales efter sin reelle værdi. Men da licitationskontrakten ikke er blevet rigtigt opfyldt, må sikkerheden være fortabt.

Med andre ord mener jeg, at der ved betalingen af varen efter dens reelle værdi er taget tilstrækkeligt hensyn til, at varen er blevet forbrugt.

2. Ifølge artikel 7, stk. 5, »frigives sikkerheden, når den endelige betaling... finder sted«.

Når varen, som i dette tilfælde, ikke betales på grundlag af den ved licitationen fastsatte pris, men i henhold til en mindelig ordning, er der ikke tale om »endelig betaling« i denne bestemmelses forstand, og sikkerheden kan følgelig ikke frigives.

3. Det følger endelig af artikel 7, stk. 3, (som ændret ved nævnte forordning nr. 939/82) at »sikkerhedsstillelsen for licitationen fortabes... for den mængde sukker, som tilslagsmodtageren ikke har leveret til lossehavnen... på de fastsatte betingelser«.

Jeg har allerede nævnt, at udtrykket »på de fastsatte betingelser« i artikel 10, stk. 1,

tredje afsnit, efter min mening henviser til andre betingelser end varens reelle kvalitet, fordi overholdelsen af sidstnævnte betingelse i princippet skal kontrolleres og en eventuel mangel afhjælpes allerede før skibets afsejling.

I artikel 7, stk. 3, anvendes dette udtryk imidlertid ikke i forbindelse med den attest, som UNRWA skal udstede, men i en mere generel sammenhæng. Det kan derfor efter min mening ikke påberåbes til støtte for, at sikkerheden ikke behøver at blive frigivet, når det er hele den leverede mængde, som ikke opfylder de stillede betingelser.

Dette er tilfældet i den foreliggende sag.

Tribunal de première instance de Bruxelles er imidlertid i tvivl om, om fortabelse af hele sikkerheden i det foreliggende tilfælde er forenelig med proportionalitetsprincippet, da det kun er et af de fastsatte kriterier, der ikke er opfyldt.

Lad mig for det første bemærke, at kriterierne a) til d) incl., som for standardkvalitetens vedkommende (eller kvalitet 2) er fastsat ved Rådets forordning nr. 793/72 af 17. april 1972 om fastsættelse af standardkvalitet for hvidt sukker (EFT 1972 I, s. 288), er identiske med kriterierne a) til d) incl., som er fastsat for sukker i kategori 3 ved artikel 11 i Kommissionens forordning nr. 1280/71 af 18. juni 1971 om gennemførelsesbestemmelser vedrørende interventionsorganernes opkøb af sukker (EFT 1971 II, s. 336).

Forskellen mellem de to kategorier sukker skal altså fastslås på grundlag af de fire supplerende kriterier, som figurerer i litra e) i artikel 1 i forordning nr. 793/72. I det foreliggende tilfælde er det altså *ét kriterium af fire*, som *ikke er opfyldt*.

Kan det antages, at der i dette tilfælde kan ses bort fra den pågældende mangel, som ifølge sagkyndiges udsagn kun kunne have betydning, såfremt sukkeret skulle anvendes til fremstilling af limonade? Det er ikke min opfattelse.

Fællesskabslovgiver har i sin visdom besluttet, at sukkeret kun var af kvalitet 2 eller standardkvalitet, såfremt det opfyldte en række kriterier. Domstolen kan derfor efter min mening vanskeligt sondre mellem disse og tillægge dem større eller mindre betydning alt efter omstændighederne.

Hvis det i dag anerkendes, at man under de her foreliggende omstændigheder kan se bort fra resultatet af analysen, som er udført efter »Icumsa-metoden«, kunne det føre til, at dette eller hint andet kriterium i morgen erklæres for uvæsentligt, når der f. eks. er tale om salg ved licitation af sukker til den kemiske industri.

Efterhånden vil alle principperne for klassifikation af sukker blive anfægtet.

Lad os nu se på, hvilke oplysninger vi med henblik på denne sag kan udlede af Domstolens praksis vedrørende proportionalitetsprincippet.

I dommen af 23. februar 1983, Fromançais mod FORMA[4] har Domstolen kendt for

4 — Sag 66/82, Sml. 1983 s. 395, præmis 8. Se også dom af 20. februar 1979, sag 122/78, Sml. s. 677, præmis 16, og dom af 22. januar 1986, sag 266/84, Denkavit France, Sml. s. 149, præmis 17.

ret, at »for at afgøre, om en fællesskabsretlig bestemmelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, skal det for det første undersøges, *om de midler*, som iværksættes for at opfylde det tilsigtede mål, *svarer til dets betydning*, og for det andet, om de *er nødvendige* for at realisere det«.

I det foreliggende tilfælde er det tilsigtede mål *væsentligt*; det drejer sig om at opnå, at tilslagsmodtageren faktisk leverer sukker af den foreskrevne kvalitet.

Lad mig minde om, at det i den første betragtning til forordningen udtrykkeligt præciseres, at »det hvide sukker bør være af standardkvalitet, som defineret i Rådets forordning (EØF) nr. 793/72 af 17. april 1972 om fastlæggelse af standardkvaliteten for hvidt sukker«.

Vi står ubestrideligt over for en af disse »hovedforpligtelser«, hvis misligholdelse ifølge Domstolens faste praksis[5] kan sanktioneres ved fortabelse af hele sikkerheden.

Det anvendte middel, en sikkerhed svarende til 7% af kontraktens værdi, *svarer* efter min mening til dette mål.

Anvendelse af dette middel kan ligeledes anses for *nødvendig* for at opfylde målet, da en blot afvisning af varen (med tilbagegivelse af denne eller betaling efter dens reelle værdi) ikke kan have tilstrækkelig *afskrækkende virkning*, fordi den ikke medfører et egentligt økonomisk tab. Det er af betydning, at licitationerne forløber forskriftsmæssigt. Kun truslen om fortabelse af sikkerheden kan effektivt bidrage hertil.

Kan denne afskrækkende virkning sikres for fremtiden, hvis man f. eks. kun tilbageholdt halvdelen af sikkerheden, altså et beløb svarende til 3,5% af kontraktens værdi? Det er tvivlsomt.

Sidst men ikke mindst bør man tage den overordentlige strenghed i betragtning, som Domstolen har udvist i de fleste af sine afgørelser, når der var tale om misligholdelse af en hovedforpligtelse.

Den dom, som udviser størst lighed med den foreliggende sag, er den, der blev afsagt den 2. december 1982 i sag 272/81 (RU-MI mod FORMA, Sml. s. 4167).

Det drejede sig om gyldigheden af en forordning om ydelse ved licitation af en særlig støtte til skummetmælkspulver bestemt til foder til andre dyr end unge kalve.

I forordningen var der fastsat en række krav til denatureringen af varen, hvoraf et enkelt ikke var blevet forskriftsmæssigt opfyldt. Den nationale ret konstaterede, at denatureringen kun afveg en smule fra den sædvanligvis anerkendte norm, og var i tvivl om, hvorvidt forordningen var i strid med proportionalitetsprincippet, fordi den gjorde det muligt at anvende samme sanktion, når denatureringen slet ikke var foretaget, og når denatureringen var foretaget, men ikke var fuldt ud forskriftsmæssig.

5 — Se dommene af 20. februar 1979, Buitoni, 122/78, Sml. s. 677, af 21. juni 1979, Atalanta, 240/78, Sml. s. 2137, af 2. december 1982, RU-MI, 272/81, Sml. s. 4167, af 23. februar 1983, Fromançais, 66/82, Sml. s. 395; af 17. maj 1984, Denkavit, 15/83, Sml. s. 2171.

Domstolen svarede, at »Kommissionen var fuldt beføjet til at fastsætte bestemmelser, der medførte tab af støtten og sikkerhedsstillelsen i tilfælde af manglende overholdelse af hovedforpligtelsen i forbindelse med licitationen, *og den var ikke forpligtet til at gøre denne forholdsregel afhængig af, i hvilket omfang tilbudsgiveren havde tilsidesat kravene.* En sådan forholdsregel kan ikke anses for urimelig i forhold til det tilsigtede mål«.

I en anden præjudiciel dom af samme dato (Société laitière de Gacé mod FORMA, sag 273/81, Sml. s. 4193) udviste Domstolen en tilsvarende strenghed.

I begge tilfælde var der tale om sager, hvor varen faktisk var blevet anvendt efter sin bestemmelse, og hvor der ikke var rejst tvivl om de erhvervsdrivendes hæderlighed.

Af alle disse grunde må der derfor efter min opfattelse anlægges en streng fortolkning også i det foreliggende tilfælde, og jeg foreslår Domstolen at besvare det tredje spørgsmål således:

»Artikel 15, stk. 3, og artikel 7, stk. 3 og 5, i den nævnte forordning skal fortolkes således, at sikkerheden fortabes for de mængder sukker, som er leveret til bestemmelsesstedet, men som ikke er af standardkvalitet.

Gennemgangen af samme forordnings artikel 7, stk. 3, har intet frembragt, der kan rejse tvivl om dens gyldighed.«