CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 22 januari 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Het voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel aanhangige geschil tussen de Société pour l'exportation des sucres (hierna: „de onderneming" of „de inschrijver") en de Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw (BDBL) heeft betrekking op de kwaliteit van een partij suiker, die de Gemeenschap als voedselhulp schonk aan de UNRWA („Organisatie van de Verenigde Naties voor de Palestijnse vluchtelingen").

Op grond van een door de BDBL geopende inschrijving kreeg de onderneming opdracht aan de begunstigde organisatie een hoeveelheid van 755 ton suiker van kwaliteitsklasse 2 (standaardkwaliteit) te leveren.

Na controle bleek echter dat de geleverde suiker van kwaliteit 3 was, aangezien de kleuring van de oplossing 0.7 punt hoger was dan het voor de kwaliteit 2 toegelaten maximum van 6 punten. Voor het overige voldeed de suiker aan alle andere criteria van kwaliteit 2.

De onderneming werd van dit gebrek evenwel pas in kennis gesteld, nadat de suiker in de haven van Ashdod (Israël) was aangekomen en door de UNRWA in ontvangst was genomen.

De betrokken inschrijving had plaatsgevonden op basis van verordening nr. 434/82 van de Commissie van 25 februari 1982 [1] betreffende een permanente inschrijving voor de beschikbaarstelling van witte suiker uit de Gemeenschap, te leveren aan de UNRWA als voedselhulp, die gedeeltelijk is gewijzigd bij verordening nr. 939/82 van de Commissie van 21 april 1982 [2].

De in deze verordening voorziene sancties voor het geval dat niet is voldaan aan de ene of de andere voorwaarde van de inschrijving, zijn zeer helder uiteengezet aan het begin van het rapport ter terechtzitting. Ik ben zo vrij om ook voor de feiten, de argumenten van partijen en de tekst van de drie vragen van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel naar dit rapport te verwijzen.

Ook zal ik, zoals in het rapport ter terechtzitting is gedaan, de eerste twee vragen te zamen bespreken.

De eerste twee vragen

De eerste vraag komt erop neer, op welk tijdstip de in artikel 9, lid 5, van de verordening bedoelde kwaliteitscontrole moet plaatsvinden en tot op welk tijdstip de kwaliteit van de suiker kan worden betwist.

Volgens artikel 9, lid 5, geschiedt de kwaliteitscontrole „bij de inlading".

Om dit mogelijk te maken, moet de leverancier de bevoegde instantie van de Lid-Staat van uitvoer *zo spoedig mogelijk* een bericht zenden waarin de naam van het schip en de datum van inlading zijn vermeld (artikel 15, lid 1, sub a).

Artikel 15, lid 3, bepaalt dat „bij levering van suiker van een lagere categorie dan de standaardkwaliteit... deze wordt geweigerd

* Vertaald uit het Frans.

1 — PB 1982, L 55, blz. 34.

2 — PB 1982, L 111, blz. 13.

voor rekening en risico van de inschrijver aan wie de levering is gegund".

Uit beide bepalingen in onderling verband gelezen, kan men redelijkerwijs afleiden dat de controle in beginsel moet worden verricht:

— op het moment dat de te leveren goederen gereed zijn voor inlading, en

— op een zodanig tijdstip, dat het resultaat van de analyses nog kan worden meegedeeld voordat het schip het anker licht, zodat de goederen vóór vertrek kunnen worden geweigerd.

De verordening geeft geen regeling voor het onderhavige geval, waarin de resultaten van de analyses pas na het vertrek van het schip of zelfs pas na de distributie van de goederen bekend werden.

De oplossing hiervoor kan evenwel door interpretatie worden gevonden, uitgaande van de volgende elementen.

Krachtens artikel 1, lid 2, van de verordening moet „de [te leveren] suiker... behoren tot de standaardkwaliteit als omschreven in artikel 1 van verordening (EEG) nr. 793/72".

Van de inschrijver wordt verwacht, dat hij zijn offerte op deze basis instuurt, en de levering wordt hem onder deze uitdrukkelijke voorwaarde gegund.

De inschrijver heeft dus als eerste verplichting, *zichzelf ervan te vergewissen* dat de suiker die hij wil leveren, daadwerkelijk aan dit vereiste voldoet.

De kwaliteitscontrole bij de inlading kan hem van deze verantwoordelijkheid niet ontslaan. Zoals de Belgische regering en de BDBL hebben gesteld, is de in de verordening voorziene controle niet ingevoerd in het belang van de uitgekozen inschrijver, maar in dat van de schenker, de Gemeenschap, en van de ontvanger, de UNRWA.

In een arrest van 5 december 1985[3] heeft het Hof dit principe in de volgende bewoordingen bekrachtigd:

„De [door de Lid-Staten] uitgeoefende controles hebben noch tot doel noch tot gevolg, dat de inschrijver op enigerlei wijze wordt bevrijd van de voor hem uit de inschrijving voortvloeiende verplichtingen."

Ten tweede kan het niet de plicht zijn van de ontvanger van de voedselhulp te bevestigen dat de te leveren suiker de voorgeschreven kwaliteit heeft, of dit te onderzoeken.

De verordening bepaalt uitdrukkelijk dat deze controle bij de inlading moet plaatsvinden. Het is ook wel zo logisch, dat de conformiteit van het produkt met de voorgeschreven criteria wordt gecontroleerd door het orgaan dat de Gemeenschap heeft belast met de uitvoering van de voedselhulp.

Het is trouwens niet zeker dat alle derdewereldlanden of instellingen die steun ontvangen, over laboratoria beschikken die de noodzakelijke analyses kunnen verrichten.

De verklaring die de ontvanger van de hulp volgens artikel 10, lid 1, moet opstellen, kan bijgevolg geen betrekking hebben op dit element. Die verklaring dient enkel als bewijs dat de suiker *is geleverd* volgens de „andere voorwaarden" conform artikel 9, dus met name in de vastgestelde hoeveelheden, op de overeengekomen datum en in reglementaire zakken.

Overigens spreekt het vanzelf dat de ontvanger van de hulp ook controleert, of de goederen geen schade hebben opgelopen tijdens de reis. De uitdrukking „in good and

3 — Zaak 124/83, Direktoratet for Markedsordningerne, Jurispr. 1985, blz. 3777, r. o. 21.

sound condition" in de door de UNRWA afgegeven verklaring moet mijns inziens in deze zin worden verstaan. Deze verklaring dient dus niet als bewijs dat de geleverde suiker suiker van kwaliteitsklasse 2 is.

Deze beperkte verificatie, die voor rekening van de schenker wordt uitgevoerd, leidt niet tot het ontstaan van rechtsbetrekkingen tussen de inschrijver en de derde-ontvanger van de hulp. De laatste valt geenszins te vergelijken met een koper die het geleverde „goedkeurt" of „aanvaardt".

Ten derde staat vast, dat de kwaliteit van het goed een absoluut essentieel onderdeel van het gunningscontract is, zeker in het kader van de voedselhulp. Het is bijgevolg niet denkbaar dat deze kwaliteit niet meer kan worden betwist, indien het resultaat van de analyses eerst beschikbaar is na het vertrek van het schip of zelfs pas na de distributie van de hulp.

Zoals de Commissie mijns inziens terecht heeft opgemerkt, zou het te gemakkelijk zijn als de opdrachtnemer die zijn verplichting om de bevoegde instantie tijdig in te lichten over de vertrekdatum van het schip, door schuld of opzettelijk niet nakomt, zich tegen iedere betwisting van de kwaliteit van het geleverde kon verweren met een beroep op de zogenaamde „aanvaarding" van het goed door de begiftigde. Om bovengenoemde redenen moet de kwaliteit van het goed ook nog kunnen worden betwist, wanneer als gevolg van een nalatigheid of een fout van de bevoegde instantie zelf de resultaten van de analyses pas na het vertrek van het schip bekend worden.

Zelfs in dit stadium moet de bevoegde instantie het goed dus nog kunnen weigeren, wat met name betekent, betaling van de overeengekomen prijs te weigeren.

Met de Commissie ben ik evenwel van mening dat een dergelijke nalatigheid van de bevoegde instantie onder omstandigheden aanspraak kan geven op schadevergoeding volgens het recht van het land waar de gunning heeft plaatsgehad.

Dit lijkt mij in het bijzonder het geval te zijn, wanneer de kwaliteit pas wordt betwist nadat de voedselhulp is verdeeld onder de uiteindelijke begunstigden, in casu de Palestijnse vluchtelingen.

Dan is het immers niet meer mogelijk om „de goederen te weigeren", dit wil zeggen de goederen opnieuw ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer zodat deze bij voorbeeld kan proberen ze in het land van lossing te verkopen.

Mijns inziens heeft een dergelijke vergoeding in casu langs minnelijke weg plaatsgevonden, aangezien de BDBL ermee heeft ingestemd de suiker te betalen op basis van haar werkelijke waarde.

Ik geef bijgevolg in overweging, de eerste twee vragen te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 1, 9, 10, en 15, lid 3, van verordening nr. 434/82 van de Commissie van 24 februari 1982, zoals gewijzigd bij verordening nr. 939/82 van de Commissie van 21 april 1982, moeten aldus worden uitgelegd, dat de controle van de kwaliteit van de als voedselhulp te leveren suiker op zodanige wijze moet worden uitgevoerd, dat de resultaten ervan bekend kunnen zijn voordat het produkt het grondgebied van de Lid-Staat van uitvoer verlaat.

Wanneer de geleverde suiker van een mindere kwaliteit is dan de standaardkwaliteit, moet de bevoegde instantie ingevolge artikel 15, lid 3, de in artikel 10, lid 1, voorziene voorlopige en definitieve betaling van de overeengekomen prijs weigeren, zelfs indien deze omstandigheid haar pas na de distributie van het produkt ter kennis is gekomen en aan de andere voor de betaling gestelde voorwaarden, met name overlegging van de in artikel 10, lid 1, derde alinea, bedoelde verklaring van de begunstigde, is voldaan."

De derde vraag

Vervalt de waarborg, zelfs indien de suiker in werkelijkheid aan de ontvangers is uitgedeeld en verbruik ervan voor hen onschadelijk was ? Zo ja, is volledig verlies van de waarborg dan niet strijdig met het evenredigheidsbeginsel, aangezien de geleverde suiker slechts aan één van de vele kwaliteitscriteria niet beantwoordde ?

Dit is het probleem dat de Belgische rechtbank in de derde vraag aan ons voorlegt.

Wat dit aangaat, zou ik vooreerst twee algemene bedenkingen willen maken.

Er zijn in de Gemeenschap gevallen geweest, waarin de in het kader van de voedselhulp geleverde produkten van gebrekkige kwaliteit bleken te zijn. De Commissie heeft hier consequenties uit getrokken en de voorschriften inzake de kwaliteitsbewaking van de te leveren produkten verscherpt.

In het onderhavige geval kon het gebrek van de geleverde suiker stellig geen enkel gevaar voor de verbruikers opleveren.

Men moet er evenwel voor waken een bres te slaan in het systeem en bij toekomstige inschrijvers de indruk te wekken dat zij zich zonder al te veel risico kunnen veroorloven om de door de Commissie vastgestelde kwaliteitscriteria niet serieus te nemen.

Bij eerdere voedselhulptransacties had de Commissie kwaliteitsklasse 3 voorgeschreven. Als zij nu een hogere kwaliteit eist, dan is dit ongetwijfeld omdat zij hiervoor goede redenen meent te hebben.

Ten tweede dient de bepaling van de kwaliteit van het produkt ook ter handhaving van de gelijkheid tussen de inschrijvers. Indien de bevoegde instanties van de Lid-Staten ertoe zouden overgaan om voor de goederen die niet conform zijn aan de voorschriften, de met hun werkelijke kwaliteit overeenkomende prijs te betalen zonder een sanctie wegens de wanprestatie op te leggen, dan zou het inschrijvingsmechanisme worden vervalst.

Een dergelijke houding zou de leveranciers kunnen aanmoedigen om direct al in te schrijven voor een lagere prijs dan die welke normaliter overeenkomt met de vereiste standaardkwaliteit, omdat zij a priori de bedoeling hebben enkel maar een mindere kwaliteit te leveren. Aldus zouden zij zich een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel verschaffen ten opzichte van de inschrijvers die de vastgestelde voorwaarde in acht willen nemen.

Overigens pleiten de volgende tekstuele argumenten ervoor in dit geval de waarborg niet vrij te geven.

1. Volgens artikel 15, lid 3, van de betrokken verordening wordt suiker van een lagere categorie dan de standaardkwaliteit geweigerd voor rekening en risico van de inschrijver aan wie de levering is gegund.

De Commissie heeft dus volledig willen uitsluiten dat niet met de voorschriften strokende suiker zou kunnen worden geleverd.

Weliswaar blijkt uit artikel 9, lid 5 (controle bij inlading) en uit de structuur van de verordening dat de weigering van de suiker in de regel moet plaatsvinden voordat deze het grondgebied van de Lid-Staat verlaat. Op deze wijze kan de suiker onder omstandigheden nog op het laatste ogenblik worden vervangen door suiker die wél aan de voorschriften voldoet.

Maar indien dit niet mogelijk is, moet de suiker zonder meer worden geweigerd; de waarborg moet worden ingehouden, aangezien het contract niet correct is uitgevoerd.

Indien de suiker, omdat hij moest worden vervangen of om een andere reden, niet binnen de vastgestelde termijn kan worden geleverd, geldt artikel 15, lid 2. Hierin wordt bepaald, dat bij vertraging in de levering de aanvaarde prijs wordt verminderd met 0,12 Ecu per 100 kilogram en per dag, „onverminderd het bepaalde in artikel 7, lid 3". Laatstgenoemde bepaling brengt mee, dat met betrekking tot de te laat aangekomen hoeveelheden de waarborg geheel wordt verbeurd, zelfs indien de vertraging miniem is.

Indien alle te leveren suiker te laat aankomt, is de waarborg geheel verbeurd, zelfs indien de suiker nadien door de begunstigden wordt verbruikt.

De verordening gaat dus duidelijk uit van de regel dat een niet-nakoming van de contractsvoorwaarden, die op de goederen in hun geheel betrekking heeft, tot algeheel verlies van de waarborg leidt.

Indien de niet-reglementaire suiker niet vóór het vertrek van het schip kon worden geweigerd, omdat de resultaten van de analyses niet beschikbaar waren, en hij, ter bestemming aangekomen, is verbruikt, brengen de billijkheid of eventueel de beginselen van de niet-contractuele aansprakelijkheid weliswaar mee dat betaald wordt overeenkomstig de werkelijke waarde. Maar omdat het gunningscontract niet correct is nagekomen, moet de waarborg worden ingehouden.

Anders gezegd ben ik van mening dat door betaling van de werkelijke waarde van het produkt voldoende rekening wordt gehouden met het feit dat het is verbruikt.

2. Volgens artikel 7, lid 5 „wordt de waarborg vrijgegeven bij de definitieve betaling".

Wanneer, zoals in het onderhavige geval, de goederen niet worden betaald op basis van de bij de inschrijving aanvaarde prijs, maar op grond van een minnelijke schikking, is er geen „definitieve betaling" in de zin van deze bepaling en kan de waarborg dus niet worden vrijgegeven.

3. Ten slotte blijkt uit artikel 7, lid 3 (zoals gewijzigd bij voornoemde verordening nr. 939/82), dat „de waarborg wordt... verbeurd voor de hoeveelheid suiker die degene aan wie de levering is gegund niet op de gestelde voorwaarden heeft geleverd in de loshaven".

Zoals reeds gezegd, heeft de uitdrukking „en met inachtneming van de andere voorwaarden" in artikel 10, lid 1, tweede ali-

nea, mijns inziens geen betrekking op de kwaliteit van de goederen, aangezien de naleving van deze voorwaarde in beginsel vóór het vertrek van het schip moet worden gecontroleerd en een eventueel gebrek op dat moment moet worden hersteld.

In artikel 7, lid 3, wordt deze uitdrukking evenwel niet met betrekking tot de door de UNRWA af te geven verklaring gebruikt, maar in een meer algemeen verband. Mijns inziens kan uit deze uitdrukking worden afgeleid dat de waarborg niet behoeft te worden vrijgegeven, wanneer de gehele geleverde hoeveelheid niet aan de gestelde voorwaarden beantwoordt.

Dit is in casu het geval.

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel vraagt evenwel, of in casu het verlies van de gehele waarborg verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel, omdat maar één van de vastgestelde criteria niet was nagekomen.

Ik wil allereerst opmerken dat de criteria a) tot en met d), die voor de standaardkwaliteit (of kwaliteitsklasse 2) zijn vastgesteld bij verordening nr. 793/72 van de Raad van 17 april 1972 tot vaststelling van de standaardkwaliteit van witte suiker (PB 1972, L 94, blz. 1) identiek zijn aan de criteria a) tot en met d), die voor suiker van kwaliteitsklasse 3 zijn opgesteld in artikel 11 van verordening nr. 1280/71 van de Commissie van 18 juni 1971 houdende nadere regelen inzake de aankoop van suiker door de interventiebureaus (PB 1971, L 133, blz. 34).

Het verschil tussen beide suikercategorieën berust dus op de vier aanvullende criteria van punt e) van artikel 1 van verordening nr. 793/72. In casu is dus *aan één van vier criteria niet voldaan.*

Kan men stellen dat het onderhavige gebrek, dat volgens de deskundigen enkel gevolgen zou kunnen hebben indien de suiker voor de vervaardiging van limonade zou moeten worden gebruikt, in het onderhavige geval buiten beschouwing kan worden gelaten ? Ik meen van niet.

De communautaire wetgever heeft in zijn wijsheid besloten dat de suiker slechts tot de kwaliteitsklasse 2 of standaardkwaliteit behoort, indien aan een aantal criteria is voldaan. Bijgevolg lijkt het mij moeilijk voor het Hof om tussen deze criteria een onderscheid te maken en er naargelang de omstandigheden een meer of minder grote waarde aan te hechten.

Vandaag te erkennen dat in de onderhavige omstandigheden geen rekening behoeft te worden gehouden met het resultaat van de volgens de „methode ICUMSA" uitgevoerde analyse, zou er morgen toe kunnen leiden dat een ander criterium onbelangrijk wordt geacht, bijvoorbeeld ingeval van verkoop door inschrijving van suiker voor de chemische industrie.

Zo zouden op den duur alle regels voor de indeling van suiker worden uitgehold.

Laten we eens zien welke lering we voor onze zaak kunnen trekken uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel.

In zijn arrest van 23 februari 1983 (Fromançais) [4] besliste het Hof: „Om te kunnen

4 — Zaak 66/82, Jurispr. 1983, blz. 395, r. o. 8; zie ook de arresten van 20 februari 1979, zaak 122/78, Buitoni, Jurispr. 1979, blz. 677, r. o. 16, en van 22 januari 1986, zaak 266/84, Denkavit, Jurispr. 1986, blz. 149, r. o. 17.

vaststellen of een bepaling van gemeenschapsrecht zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel moet in de eerste plaats worden nagegaan *of de middelen* die zij aanwendt om het gestelde doel te bereiken, *beantwoorden aan het belang van dit doel* en, in de tweede plaats, of zij *noodzakelijk zijn* om het te bereiken".

In casu is het nagestreefde doel *belangrijk*: bereikt moet worden dat de opdrachtnemer werkelijk suiker van de voorgeschreven kwaliteit levert.

Ik herinner eraan dat in de eerste overweging van de considerans van de verordening uitdrukkelijk wordt gezegd, „dat deze witte suiker van de standaardkwaliteit moet zijn als omschreven in verordening (EEG) nr. 793/72 van de Raad van 17 april 1972 tot vaststelling van de standaardkwaliteit van witte suiker".

Zonder enige twijfel hebben we hier te maken met één van deze „hoofdverbintenissen" waarvan schending volgens vaste rechtspraak[5] van het Hof kan worden gesanctioneerd met algeheel verlies van de waarborg.

Mijns inziens *beantwoordt* het aangewende middel, een waarborg gelijk aan 7% van de waarde van het contract, aan dit doel.

Ook kan het gebruik van dit middel als *noodzakelijk* worden beschouwd om het doel te bereiken: het weigeren van de goederen alleen (met teruggave ervan of betaling van de reële waarde) zou onvoldoende *afschrikkend effect* hebben, aangezien het geen werkelijk financieel verlies zou meebrengen. Het is van belang, dat de aanbestedingen correct verlopen. Enkel de dreiging van het verlies van de waarborg kan hier doeltreffend toe bijdragen.

Zou dit afschrikkingseffect in de toekomst verzekerd zijn, indien bijvoorbeeld slechts de helft van de waarborg, gelijk aan 3,5% van de waarde van het contract, werd ingehouden ? Ik betwijfel het.

Een laatste en zeker niet onbelangrijk punt is de buitengewone strengheid waarvan het Hof in het merendeel van zijn beslissingen heeft blijk gegeven, wanneer het ging om schending van een hoofdverbintenis.

Het arrest dat de grootste gelijkenis vertoont met de onderhavige zaak, is dat van 2 december 1982 in zaak 272/81 (RU-MI, Jurispr. 1982, blz. 4167).

Het betrof de geldigheid van een verordening inzake de toekenning, via inschrijving, van bijzondere steun voor magere-melkpoeder voor vervoedering aan andere dieren dan jonge kalveren.

Deze verordening stelde aan de denaturering van het produkt verscheidene eisen, waarvan er maar aan één niet naar behoren was voldaan. Aangezien de nationale rechter had vastgesteld dat de denaturering slechts in zeer geringe mate afweek van de norm, vroeg hij zich af, of deze verordening niet in strijd was met het evenredigheidsbeginsel doordat zowel bij het geheel achterwege blijven van denaturering als bij een niet geheel conform de voorschriften uitgevoerde denaturering dezelfde sanctie gold.

5 — Zie de arresten van 20 februari 1979, zaak 122/78, Buitoni, Jurispr. 1979, blz. 677; van 21 juni 1979, zaak 240/78, Atalanta, Jurispr. 1979, blz. 2137; van 2 december 1982, zaak 272/81, RU-MI, Jurispr. 1982, blz. 4167; van 23 februari 1983, zaak 66/82, Fromançais, Jurispr. 1983, blz. 395; van 17 mei 1984, zaak 15/83,

Het Hof antwoordde hierop dat „de Commissie... gerechtigd was, bepalingen vast te stellen op grond waarvan men de steun en de waarborg verliest bij niet-nakoming van de hoofdverbintenis van de inschrijving, *en... die sanctie niet behoefde te differentiëren naar de ernst van het verzuim* van de inschrijver. Zulk een sanctie kan niet worden geacht onevenredig te zijn aan het nagestreefde doel".

In een ander prejudicieel arrest van dezelfde datum (zaak 273/81, Société laitière de Gacé, Jurispr. 1982, blz. 4193) legde het Hof een zelfde strenge maatstaf aan.

In beide gevallen was het produkt daadwerkelijk voor het beoogde doel gebruikt en stond de goede trouw van de ondernemers buiten kijf.

Om al deze redenen meen ik, dat ook in deze zaak een strikte interpretatie op haar plaats is, en geef ik het Hof in overweging, de derde vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 15, lid 3, en 7, leden 3 en 5, van voornoemde verordening moeten aldus worden uitgelegd, dat de waarborg wordt verbeurd voor de op de plaats van bestemming geleverde hoeveelheden suiker die niet van standaardkwaliteit zijn.

Bij het onderzoek van artikel 7, lid 3, van dezelfde verordening is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid ervan zouden kunnen aantasten."