FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 26. januar 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. Nærværende annullations- og erstatningssøgsmål er rejst mod Kommissionen af en virksomhed, der har udført arbejde i forbindelse med et projekt finansieret i medfør af den første Lomé-konvention [1] af Den Fjerde Europæiske Udviklingsfond (herefter benævnt »EUF«), og som for dette arbejde har udfærdiget fakturaer, der ikke er blevet betalt. Sagsøgeren har anfægtet Kommissionens adfærd såvel i dens egenskab af tredjemand, hos hvem der foretages den arrest, sagsøgeren lod foretage for at sikre sin fordring, som i dens egenskab af forvalter af EUF (se artikel 11, første afsnit, i den interne aftale af 11.7.1975 [2] vedrørende Den Fjerde EUF samt artikel 9, første afsnit, i finansregulativet af 27.7.1976 [3], der følger heraf).

2. I forbindelse med et projekt i staten Burkina Faso med henblik på vandforsyningen i Komoé-provinsen, et projekt, der var genstand for en finansieringsaftale af 15. december 1987 mellem denne stat og Fællesskabet [4], blev der indkaldt bud på gennemførelsen af 210 boringer. Kontrakten på dette arbejde blev tildelt Office national des puits et forages (herefter benævnt »ONPF«), et organ kontrolleret af staten Burkina Faso. Dette organ indgik den 15. december 1989 en underentreprisekontrakt med sagsøgeren, et selskab med hovedsæde i Burkina Faso, om gennemførelse af 60 prøveboringer, heraf 50 positive boringer. I overensstemmelse med kontrakten modtog sagsøgeren et forskud på 10% af det i kontrakten fastsatte kontraktbeløb (88 837 300 FCFA).

3. Mellem februar og maj 1990, hvor sagsøgeren udførte arbejdet, fakturerede denne ved fire på hinanden følgende opgørelser en samlet nettosaldo på 85 112 000 FCFA til ONPF [5]. Da dette beløb ikke blev betalt, fremsatte sagsøgeren over for ONPF påkrav ved skrivelse af 9. oktober 1990. Samme dag gjorde sagsøgeren Kommissionens lokale repræsentant opmærksom på, at de nævnte regninger ikke var blevet betalt »trods Deres betalinger«, og til trods for bestemmelsen i underentreprisekontrakten, ifølge hvilken underentreprenørens arbejde ville blive betalt, så snart kapitalindskyderen havde krediteret hovedentreprenørens (ONPF) konto.

4. Senere forsikrede ONPF og ministeren for vandanliggender, uden at bestride fordringen, at ONPF gjorde alt for at foretage visse betalinger. ONPF fremsatte ligeledes et forslag til at bringe sagen i orden, hvorved det skyldige beløb skulle betales i flere afdrag.

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 25 af 30.1.1976, s. 1.

2 — Intern aftale vedrørende finansieringen og forvaltningen af Fællesskabets støtte (EFT L 25 af 30.1.1976, s. 168).

3 — Finansregulativ gældende for Den Fjerde Europæiske Udviklingsfond (EFT L 229 af 20.8.1976, s. 9).

4 — Bilag 1 til svarskriftet.

5 — Dette udgjorde på tidspunktet for arresten (se punkt 5 nedenfor) et beløb på 244 992 ECU.

5. Da sagsøgeren herefter stadig ikke havde modtaget nogen betaling fra ONPF, lod man den 6. marts 1991 foretage arrest hos Kommissionen, der rettedes mod alle de beløb, denne skyldte staten Burkina Faso op til hovedstolen på 85 112 000 FCFA med tillæg af renter og omkostninger. Arrestdekretet blev forkyndt for Kommissionen samt for staten Burkina Faso i løbet af marts måned 1991, i begge tilfælde gennem det belgiske Udenrigsministerium.

6. Ved skrivelse af 17. april 1991 anerkendte Kommissionen modtagelse af arrestdekretet.

7. I forbindelse med det projekt, det her drejer sig om, betalte Kommissionen den 6. maj 1991 staten Burkina Faso to beløb på henholdsvis 21 315 426 FCFA og 25 192 693 FCFA samt dernæst i løbet af nærværende retssag endnu et på 15 792 841 FCFA. Den foretog desuden »i 1991« betalinger vedrørende tre andre projekter i Burkina Faso.

8. Efter at sagsøgeren den 13. maj 1991 havde protesteret mod de betalinger, man indtil da havde fået kendskab til, meddelte Kommissionen ved skrivelse af 14. juni 1991 sagsøgeren, at den ikke havde til hensigt at anerkende arresten, fordi den kunne antages at opstille hindringer for Fællesskabernes funktion og uafhængighed, og at det i givet fald var op til sagsøgeren at anmode Domstolen om bemyndigelse i henhold til artikel 1 i protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter (herefter benævnt »protokollen«).

9. Sagsøgeren finder, at Kommissionens adfærd såvel i dens egenskab af tredjemand, hos hvem der foretages arrest, som i dens egenskab af forvalter af EUF, er retsstridig. Derfor har sagsøgeren nedlagt påstand om annullation, hvoraf ordlyden er gengivet i retsmøderapporten, og hvis nøjagtige formål jeg vil præcisere i forbindelse med mit forslag til afgørelse. Sagsøgeren nedlægger ligeledes påstand om, at Kommissionen kendes erstatningsansvarlig, idet sagsøgeren herved har opgjort sit krav til 85 112 000 FCFA med tillæg af renter. Sagsøgeren nedlægger endelig påstand om, at Kommissionen dømmes til at betale sagens omkostninger.

10. Kommissionen har påstået sig frifundet og sagsøgeren pålagt at betale sagens omkostninger.

B — Stillingtagen

Annullationspåstanden (EØF-traktatens artikel 173, stk. 2)

11. *I.1.* Eftersom sagsøgeren ikke klart har defineret den *anfægtede retsakt* i stævningen, er der allerførst grund til at *fastlægge dette aspekt af proceskravet mere præcist* med henblik på at træffe afgørelse herom.

12. På grundlag af det i stævningen anførte er Kommissionen i svarskriftet [6] vedrørende dette punkt kommet til den konklusion, at den anfægtede retsakt må være den beslutning, der blev meddelt sagsøgeren den 14. juni 1991 om afvisning af arresten under påberåbelse af privilegiet i henhold til proto-

6 — S. 5.

kollens artikel 1. Sagsøgeren har i replikken [7] godkendt denne fortolkning. Jeg anser den ligeledes for rigtig.

13. Således som det fremgår af stævningens ordlyd og af en relevant passus i fremstillingen af anbringenderne [8], har sagsøgeren påtalt, at Kommissionen ignorerede arrestens virkninger ved at udbetale midler til staten Burkina Faso i maj 1991 efter forkyndelse af arrestdekretet. Men denne adfærd må bedømmes som en direkte konsekvens af den i det foregående definerede retsakt. Det er derfor logisk at udlede af påstanden og det i stævningen anførte, at sagsøgeren kræver denne retsakt annulleret.

14. Det således definerede proceskrav kan ikke opfattes som en begæring om bemyndigelse til at foretage en tvangsforanstaltning (i denne sag en arrestforretning) i henhold til protokollens artikel 1. Det er ganske vist i princippet ikke udelukket, at en påstand om annullation af en retsakt, ved hvilken et fællesskabsorgan gør det i protokollens artikel 1 hjemlede privilegium gældende over for en tvangsforanstaltning, kan fortolkes som en begæring om bemyndigelse til Domstolen [9]. Det ville dog ikke kunne ske i sagen her. Det fremgår nemlig af stævningen, set under ét [10], at sagsøgeren anser denne bemyndigelse for unødvendig. Dels er den fordring, som er genstand for arresten, forfalden og er derfor ikke længere en del af EUF's formue, der forvaltes af Kommissionen, således at arresten ikke kan anses for en tvangsforanstaltning, som rammer Fællesskabernes ejendom og aktiver. Dels har Kommissionen ikke gjort indsigelse mod arrestens gyldighed eller har i det mindste ikke gjort det i den krævede form og inden for den krævede frist.

15. Jeg vil derfor holde mig til den fortolkning af proceskravet, der blev fremstillet i det foregående.

16. 2. Med henblik på også at definere sagsgenstanden i forhold til *søgsmålsgrundene* er det tilstrækkeligt at minde om de af sagsøgeren allerede fremførte argumenter, ved hvilke denne bestrider, at en bemyndigelse fra Domstolen er nødvendig. De kan opsummeres i én enkelt søgsmålsgrund, ifølge hvilken sagsøgeren hævder, at den anfægtede retsakt er i strid med fællesskabsretten, fordi det af Kommissionen påberåbte privilegium ikke gælder i sagen.

17. *II.* Inden for de således afstukne rammer vil jeg først fremsætte nogle bemærkninger om, hvorvidt sagen kan fremmes til påkendelse. Kommissionen bemærkede i denne forbindelse i retsmødet uden udtrykkeligt at bestride, at sagen kan påkendes, at sagsøgerens fremgangsmåde »processuelt giver anledning til undren« [11]. Kommissionen rejser spørgsmålet, om det under et annullationssøgsmål kan tillades at bestride lovligheden af, at Kommissionen nægter at godkende en arrest, når den udtrykkeligt har begrundet dette med, at arresten ville opstille hindringer for Fællesskabets funktion. Kommissionen spørger, om Domstolens bemyndigelse ikke i forvejen skal søges indhentet som fastsat i protokollens artikel 1, for at Domstolen kan

7 — S. 3.

8 — Stævningens s. 9, in fine.

9 — Se kendelse af 17.12.1968, sag 2/68, Ufficio Imposte di Consumo di Ispra, org. ref.: Rec. s. 635, på s. 639 (ikke oversat til dansk).

10 — Se det første punkt i påstandene samt de argumenter, der i denne forbindelse fremsættes på s. 8 i stævningen.

11 — Retsmødereferatet, s. 15.

prøve Kommissionens indsigelser. Det ville være at slå en streg over denne bestemmelse at prøve dens indsigelser under nærværende tvist.

18. Efter min mening kan de anførte betragtninger ikke berettige den konklusion, at søgsmålet må afvises. Således som det fremgår af min afgrænsning af sagsgenstanden, foreholder sagsøgeren ikke Kommissionen, at den fejlagtigt har påberåbt sig en hindring af Fællesskabets funktion og uafhængighed. Sagsøgeren finder derimod, at protokollens artikel 1, der skal beskytte disse interesser [12], ikke gælder i sagen her, således at en bemyndigelse derfor ikke er nødvendig. Sagsøgerens indsigelser går på, at man kalder arresten for »tvangsforanstaltning«, der rammer »Fællesskabets ejendom og aktiver«, og på, at Kommissionen ifølge sagsøgeren ikke kan påberåbe sig protokollens artikel 1, fordi den ikke — eller i det mindste ikke gyldigt — har gjort indsigelse mod arrestens gyldighed. Hvis sagsøgerens argumenter var berettigede, ville en bemyndigelse fra Domstolen rent faktisk ikke være nødvendig [13]. Søgsmålet ville derfor ikke, således som Kommissionen hævder, føre til en omgåelse af protokollens artikel 1.

19. *III.* Eftersom de eventuelle forbehold om, hvorvidt annullationssøgsmålet kan antages til påkendelse, som kunne opstå af Kommissionens argumentation i retsmødet, altså definitivt ikke er relevante, skal jeg nu gå over til at behandle sagens *realitet*.

20. *1.* Herom må det indledningsvis fastslås, at den af sagsøgeren foretagne arrest udgør en »tvangs«-foranstaltning i henhold til protokollens artikel 1, tredje punktum. Hvis arrestdekretet nemlig ikke ophæves eller omgøres af grunde i den nationale lovgivning, kan Kommissionen som forvalter af EUF i medfør af den belgiske code judiciaires artikel 1451 og 1458 [14] nemlig i tre år ikke betale staten Burkina Faso EUF-midler op til det beløb, der er gjort arrest for. Den kan heller ikke betale disse beløb til sagsøgeren med frigørende virkning, så længe arresten ikke er ændret til et udlæg i overensstemmelse med artikel 1489 ff. i den belgiske code judiciaire.

21. *2.* På dette grundlag må der foretages en prøvelse af sagsøgerens første argument, hvorefter det ikke er Fællesskabets »ejendom« og »aktiver« i henhold til protokollens artikel 1, tredje punktum, der er genstand for foranstaltningen, eftersom de beløb, der skyldes staten Burkina Faso, så snart de forfalder, er en del af statens formue og ikke længere tilhører Kommissionen.

22. Dette argument kan straks tilbagevises. Kommissionen påberåber sig herved med rette kendelsen af 11. april 1989 i sagen Société Générale de Banque [15]. I den sag havde en fordringshaver i forhold til den belgiske stat foretaget udlæg hos Kommissionen omfattende alle beløb, pengemidler, værdipapirer eller genstande, som De Europæiske Fællesskaber skal eller vil skulle erlægge til

12 — Se punkt 66 nedenfor.

13 — Således i tilfælde, hvor foranstaltningen (i den pågældende sag forkyndelsen af en lønoverdragelse) ikke ændrer Fællesskabets retsstilling som skyldner og derfor ikke opstiller hindringer for fællesskabsinstitutionernes funktion: kendelse af 25.9.1963, sag 85/63, Grands Magasins à l'Innovation, org. ref.: Rec. s. 397 (ikke oversat til dansk).

14 — Lov af 10.10.1967, *Monteur Belge* af 31.10.1967.

15 — Sag 1/88 SA, Générale de Banque mod Kommissionen, Sml. s. 857.

den belgiske stat, uanset skyldgrundlaget [16]. Ifølge rekvirentens begæring skulle Domstolen fastslå, at protokollens artikel 1 ikke omfattede gennemførelsen af udlægsforretningen, og subsidiært give bemyndigelse til, at udlægsforretningen kunne gennemføres som normalt. Efter at rekvirenten for Domstolen havde erklæret, at udlægget begrænsedes til kun at omfatte den belgiske stats fordringer mod De Europæiske Fællesskaber i form af krav på leje, anmodede rekvirenten Domstolen om enten at fastslå, at bemyndigelse var ufornøden (principalt), eller at der (subsidiært) udelukkende blev givet bemyndigelse med hensyn til fordringer i form af lejekrav [17].

23. Domstolen afviste den principale begæring af følgende grunde:

»Uanset om tvangssikringen efter national ret måtte betragtes som en tvangssikring i gods, der tilhører skyldneren, må den dog antages at udgøre en tvangsforanstaltning i henhold til protokollens artikel 1. I henhold til Domstolens faste praksis vil enhver form for tvangssikring i fordringer mod Fællesskaberne under visse omstændigheder kunne opstille hindringer for Fællesskabernes funktion og uafhængighed.«

24. I betragtning af disse præmisser kan sagsøgerens ovennævnte argument ikke tages til følge.

25. *3.* I sit andet argument har sagsøgeren påberåbt sig code judiciaires artikel 1452 og gør gældende, at Kommissionen intet har gjort for at bestride gyldigheden af denne arrest, bortset fra skrivelsen af 14. juni 1991, der ikke kan betragtes som en tredjemandserklæring (»Drittschuldnererklärung«) i henhold til ovennævnte bestemmelse, og som er fremsendt efter udløbet af den foreskrevne frist. Dette argument rejser spørgsmålet, om Kommissionen skal påberåbe sig det privilegium, der er hjemlet den i henhold til protokollens artikel 1, i den form og inden for de frister, der er foreskrevet i en bestemmelse som code judiciaires artikel 1452, med risiko for at miste dette privilegium eller i det mindste muligheden for at gøre det gældende.

26. Jeg mener, at spørgsmålet bør besvares benægtende. Arrest er, som det er sagt, en tvangsforanstaltning, der falder inden for anvendelsesområdet af protokollens artikel 1. Tredjemandsrekvisiti forpligtelse til at fremsætte den i code judiciaires artikel 1452 fastsatte erklæring er en konsekvens af denne arrest [18]. Den er derfor en del af de »retsvirkninger«, en tvangsforanstaltning medfører »efter den pågældende nationale retsorden« [19], som protokollens artikel 1 har til formål at spare Fællesskaberne for, medmindre der foreligger et anerkendt undtagelsestilfælde fra princippet om eksekutionsimmunitet. Den af denne bestemmelse opstillede hindring for de påtænkte tvangsforanstaltninger kunne derfor alene være blevet fjernet ved Kommissionens omtalte adfærd, såfremt fællesskabsretten med henblik på en sådan undtagelse fra princippet i denne bestemmelse henviste til den pågældende nationale retsorden (dvs. til bestemmelser såsom artikel 1452 i code judiciaire).

16 — Se foregående note, kendelsens præmis 3.
17 — Kendelsens præmis 6.

18 — Se G. de Leval: *La saisie-arrêt*, Liège, 1976, s. 217, nr. 142.
19 — Se Domstolens kendelse af 17.6.1987, sag 1/87 SA, Universe Tankship mod Kommissionen, Sml. s. 2807, præmis 3.

27. Det er imidlertid ikke tilfældet. Der kan ingen steder påvises en udtrykkelig henvisning. Der kan efter min mening heller ikke antage en stiltiende henvisning, for det ville helt klart være i modstrid med formålet med protokollens artikel 1. For det første ville man derved anerkende, at medlemsstaterne kan påvirke rækkevidden af den således sikrede beskyttelse, mens denne bestemmelse jo har til formål at beskytte Fællesskabet mod deres foranstaltninger. For det andet ville der ske det, at princippet om eksekutionsimmunitet fik forskellig rækkevidde fra én medlemsstat til en anden, hvilket heller ikke er i overensstemmelse med ånden i den omtalte bestemmelse. Det formål, man søger at opnå, er nemlig en ensartet anvendelse af dette princip, således som Domstolens enekompetence vidner om. Sagsøgerens argument står derfor ikke for en nærmere undersøgelse i lyset af protokollens artikel 1.

28. For fuldstændighedens skyld bør det tilføjes, at formålet med code judiciaires artikel 1452 i øvrigt heller ikke synes at være at træffe bestemmelser om undtagelse fra princippet om eksekutionsimmunitet. Formålet synes derimod at være, at fordringshaveren er præcist informeret om retsforholdet mellem skyldneren og tredjemandsrekvisitus, for at han med fuld viden kan beslutte, hvordan han videre skal forholde sig [20].

29. Af alle disse grunde kan den kendsgerning, at Kommissionen ikke har overholdt form og frister i code judiciaires artikel 1452 med hensyn til at påberåbe sig sine privilegier, hverken fjernet selve disse privilegier eller muligheden for at gøre dem gældende.

30. *4.* Bortset fra prøvelsen af de to indtil nu omtalte punkter foranlediger sagsøgerens argumentation mig til at undersøge endnu et problem. Når sagsøgeren baserer sin annullationspåstand på, at Kommissionen »intet har foretaget sig for at bestride arrestforretningens gyldighed«, rejser det spørgsmålet om, i hvilken grad Kommissionens tavshed mellem forkyndelsen af arrestdekretet i marts 1991 og afsendelsen af dens skrivelse af 14. juni 1991 påvirker det af protokollens artikel 1 hjemlede privilegium. Det kan faktisk ikke undre, at sagsøgeren herved påberåber sig Domstolens kendelse i Universe Tankship-sagen [21]. I den sag ønskede en fordringshaver i forhold til den belgiske stat at foretage arrest i beløb, som Kommissionen skyldte denne stat. Fordringshaveren fremsatte med henblik herpå begæring om bemyndigelse fra Domstolen. Domstolen udtalte (kendelsens præmis 4-7):

»De retsbeskyttelseshensyn, der ligger til grund for proceduren, hvorefter der skal opnås bemyndigelse fra Domstolen, kan ikke antages at gøre sig gældende, når den pågældende institution ikke vil modsætte sig en arrest.

Det er således kun, såfremt den pågældende fællesskabsinstitution rejser indsigelse mod en påtænkt arrest med den begrundelse, at denne vil kunne opstille hindringer for Fællesskabernes funktion og uafhængighed, at rekvirenten kan fremsætte begæring til Domstolen om en bemyndigelse i henhold til protokollens artikel 1.

I denne sag har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i et indlæg, indgivet til

20 — De Leval, op. cit.; Chabot, Léonard: *Saisie conservatoire et saisie-exécution*, Bruxelles, 1979, s. 274.

21 — Se note 19.

Domstolen den 26. februar 1987, oplyst, at den ingen indsigelser har mod den af rekvirenten begærede arrest.

Som den af rekvirenten forfulgte sag foreligger på nuværende tidspunkt, savner begæringen om bemyndigelse til at foretage arrest herefter genstand.«

31. Samme afgørelse traf Domstolen i sagen Société anonyme X [22], hvor fordringshaveren ønskede bemyndigelse til at gennemføre et dekret om arrest og udlæg i en EF-tjenestemands løn (præmis 7, 8 og 9):

»De retsbeskyttelseshensyn, som denne bemyndigelse har til formål at tilgodese, kan ikke antages at gøre sig gældende, når den pågældende institution som tredjemandsrekvisitus ikke ville modsætte sig, at den er forpligtet til helt eller delvis at betale en af sine tjenestemænds fordringshavere det beløb, som den nu eller nu eller fremtidig skylder tjenestemanden;

hvis institutionen derimod viser arrestdekretet fra sig, eller senere finder at burde modsætte sig fortsættelse af forretningen eller foretagelse af udlæg med fyldestgørelse, skal Domstolen på begæring af de pågældende at træffe afgørelse herom;

som den af rekvirenten forfulgte sag foreligger på nuværende tidspunkt, savner begæringen om bemyndigelse til at foretage arrest herefter genstand.«

22 — Kendelse af 11.5.1971, sag 1/71 SA, org. ref.: Rec. s. 363 (ikke oversat til dansk).

32. Betyder dette, at Kommissionens tavshed i relation til forkyndelsen af arrestdekretet har fjernet det af protokollens artikel 1, tredje punktum, hjemlede privilegium?

33. Spørgsmålet melder sig i betragtning af, at Kommissionen ved skrivelse af 17. april 1991 anerkendte modtagelse af arrestdekretet uden overhovedet at udtale sig om, hvorvidt den ville påberåbe sig protokollens artikel 1 eller ej.

34. For at løse dette problem er det nødvendigt at genkalde sig opbygningen af protokollens artikel 1, tredje punktum. Den består af to planer: *Reglen* om, at Fællesskabernes ejendom og aktiver ikke kan gøres til genstand for nogen tvangsforanstaltninger, hvad enten disse er af administrativ eller judiciel art; *undtagelsen*, ifølge hvilken reglen ikke gælder i tilfælde af bemyndigelse fra Domstolen.

35. Ifølge denne opbygning er Fællesskabet beskyttet mod tvangsforanstaltninger, for så vidt og så længe Domstolen ikke har givet en bemyndigelse.

36. Hvis man nu relaterer denne opbygning til den tidligere anførte retspraksis, vil man bemærke, at der ud fra Domstolens synspunkt kan være en anden undtagelse fra reglen i artikel 1, tredje punktum — ud over det tilfælde, hvor Domstolen giver bemyndigelse. Det drejer sig om det tilfælde, hvor den pågældende institution

»ikke vil modsætte sig en arrest« [23].

37. Som det så rigtigt fremhæves i doktrinen [24], betyder det, at protokollens artikel 1, tredje punktum, ikke har nogen virkning, så snart institutionen selv har *givet afkald* på beskyttelsen efter denne forskrift. Ved anvendelse af den således definerede undtagelse bør det imidlertid bemærkes, at den strenge regel-undtagelses-mekanisme, der således er indført dér, giver en høj grad af retssikkerhed, som er nødvendig på et så følsomt område som tvangsforanstaltninger med henblik såvel på Fællesskabets beskyttede interesser som på borgernes interesser i det øjeblik, de skrider til en tvangsforanstaltning. Derfor er det også nødvendigt at garantere en lige så høj grad af retssikkerhed i tilfælde af afkald.

38. Det betyder nødvendigvis, at dette afkald, for at det kan fjerne hindringen i protokollens artikel 1, tredje punktum, skal være udtrykt *klart og utvetydigt*.

39. Min overbevisning herom bestyrkes af lignende folkeretlige tekster, der udtrykkeligt fastsætter regler for tilfælde af afkald.

40. I den almindelige konvention om De Forenede Nationers rettigheder og immuniteter [25] (artikel 2) hedder det således:

»De Forenede Nationers ejendele og aktiver skal, hvor de end måtte forefindes, eller i hvis Besiddelse de end måtte være, være fritaget for enhver form for retsforfølgning, *medmindre organisationen i et særligt tilfælde udtrykkeligt måtte have givet afkald på denne immunitet*«.

41. Wiener-konventionen om diplomatiske forbindelser af 18. april 1961 [26] bestemmer i artikel 22, stk. 1:

»Repræsentationens område er ukrænkeligt. Modtagerstatens repræsentanter må ikke betræde området *uden først at have indhentet repræsentationschefens samtykke* dertil.«

42. Domstolens allerede nævnte kendelser, især kendelsen i Universe Tankship-sagen, anfægter ikke konklusionen om, at et klart og utvetydigt afkald er nødvendigt. I omtalte kendelse hedder det ganske vist i præmis 5:

»Det er således kun, såfremt den pågældende EF-institution rejser indsigelse mod en påtænkt arrest med den begrundelse, at denne vil kunne opstille hindringer for Fællesskabernes funktion og uafhængighed, at rekvirenten kan fremsætte begæring til Dom-

23 — Kendelse i Universe Tankship-sagen, præmis 4; med ganske tilsvarende ordlyd, kendelse i sagen Société anonyme X, præmis 7.

24 — Se S. C. Schmidt: »Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes«, *Cahiers de droit européen*, 1991, s. 67, på s. 69.

25 — Konvention af 13.2.1946, *Traktatsamlingen*, bind 1, s. 15.

26 — *Traktatsamlingen*, bind 500, s. 95.

stolen om en bemyndigelse i henhold til protokollens artikel 1.«

43. Imidlertid forklares denne betragtning ved det stadium, hvorpå Domstolen har afsagt de nævnte kendelser. Den pågældende arrest var kun *påtænkt*. I løbet af den fase er det nemlig endnu ikke nødvendigt at have en bemyndigelse (og begæringen herom er derfor uden genstand), medmindre den pågældende institution allerede forinden har gjort indsigelser mod den påtænkte foranstaltning og i den forbindelse påberåbt sig protokollens artikel 1. Først når arresten er forkyndt for institutionen, og den således har haft lejlighed til at gøre sin stilling op om denne konkrete foranstaltning (især til at undersøge muligheden for at give afkald på de i protokollens artikel 1 hjemlede rettigheder), kan en bemyndigelse blive nødvendig [27].

44. Hvis vi nu undersøger den foreliggende sag i lyset af alt dette, kan man konstatere, at Kommissionen på intet tidspunkt positivt har givet udtryk for — om det så var stiltiende — at den kan anerkende arresten i betragtning af protokollens artikel 1 (og derfor gav afkald på de ved denne bestemmelse hjemlede rettigheder). Den blotte tavshed er ikke tilstrækkelig til at fjerne den hindring, der opstilles ved denne bestemmelse, i det mindste ikke, når der ikke er særlige omstændigheder, der kunne få den til at fremtræde som en enighed.

45. *5.* Eftersom ingen af de til støtte for annullationspåstanden fremsatte argumenter derfor er holdbare, kan der ikke gives ansøgeren medhold.

Erstatningspåstanden (EØF-traktatens artikel 178 og 215)

46. Vi ved, at Fællesskabets ansvar i henhold til traktatens artikel 215, stk. 2, forudsætter, at den adfærd, institutionen foreholdes, er retsstridig, at skaden er reel, og at der er årsagsforbindelse mellem denne adfærd og den påberåbte skade [28].

47. *I.* Hvad angår identificeringen af den adfærd, hvis retmæssighed bestrides, indeholder stævningens påstand og anbringender to elementer. Sagsøgeren gør nemlig gældende,

— at Kommissionen ikke rettede sig efter arresten, idet den efter forkyndelsen heraf udbetalte forskellige beløb fra EUF til staten Burkina Faso, og

— at Kommissionen fortsatte betalingerne uden at føre tilsyn med den lovformelige anvendelse af de tildelte beløb, hvorimod sagsøgeren på grund af underslæb med EUF's midler ikke modtog de beløb, der skyldtes for arbejde udført i forbindelse med et af EUF finansieret projekt.

48. Jeg vil nu se nærmere på disse to klagepunkter. Jeg ønsker ligeledes at fremsætte nogle bemærkninger vedrørende et anbringende, der fremkom i replikken [29]. Kort sagt

27 — Det er også således, jeg forstår kendelsen i sagen Société anonyme X.

28 — Fast praksis; jf. dom af 14.1.1993, sag C-257/90, Italsolar mod Kommissionen, Sml. I, s. 9, præmis 33.

29 — S. 9.

påtaler sagsøgeren, at Kommissionen indtil fremsendelse af skrivelsen af 14. juni 1991, dvs. i tre måneder, har fastholdt sagsøgeren i den rimelige formodning, at den anerkendte arresten. Denne tavshed fra Kommissionens side skal være culpøs og have påført sagsøgeren skade. Da anbringendet imidlertid i medfør af procesreglementets artikel 38, stk. 1, litra c), og artikel 42, stk. 2, er nyt og fremsat for sent, vil det kun blive behandlet kort.

49. *II.* Den skade, sagsøgeren kræver erstatning for, består i, at restfordringen, dvs. 85 112 000 FCFA, hidtil ikke er betalt.

50. *III.* Lad os derfor undersøge de forskellige klagepunkter.

51. *1.* Sagsøgeren foreholder Kommissionen, at den har tilsidesat arrestdekretet med sine betalinger, hvilket i sagsøgerens øjne udgør et brud på protokollens artikel 1, som Kommissionen fejlagtigt gør gældende.

52. Dette klagepunkt kan ikke tiltrædes. Som allerede forklaret, henhører arresten under den pågældende bestemmelse, uden at den deri indeholdte regel på tidspunktet for betalingerne er blevet uvirksom ved en dispensation (hvad enten det er en bemyndigelse fra Domstolen eller et samtykke fra Kommissionen). Kommissionen har derfor ikke overtrådt protokollens artikel 1 ved betalingerne som sådan.

53. 2. a) Klagepunktet om Kommissionens holdning over for underslæb med EUF's midler overlapper i en vis grad det netop undersøgte klagepunkt. Som det fremgår af de anbringender, der er fremsat i stævningen, og som sagsøgeren præciserede i retsmødet, burde Kommission som forvalter af EUF nemlig efter sagsøgerens opfattelse med henblik på at beskytte sagsøgerens interesser ikke blot have fortsat sine betalinger i forbindelse med det omtvistede projekt til staten Burkina Faso. Den burde derimod enten have suspenderet dem, indtil sagsøgeren var blevet fyldestgjort, eller foretaget betalingerne direkte til sagsøgeren. I forbindelse med det klagepunkt, som undersøges her, hæfter sagsøgeren sig derfor ikke ved Kommissionens stilling som tredjemandsrekvisitus i en arrestforretning, set i lyset af protokollens artikel 1, men ved Kommissionens stilling som forvalter af EUF, set i lyset af funktionsreglerne for denne fond. I den forbindelse forstår jeg sagsøgerens argumentation således, at man *ikke* kritiserer Kommissionens holdning *før* det påståede underslæb med EUF's midler. Sagsøgeren har nemlig intet sagt, om og hvordan Kommissionen kunne have *forhindret* denne uregelmæssighed. Det, der er vigtigt for sagsøgeren, er derimod den adfærd, Kommissionen udviste efter at have fået kendskab til de nævnte forhold. Sagsøgeren hævder i stævningen, at denne adfærd imidlertid er i modstrid med »Lomé-konventionerne, de interne aftaler og finansregulativerne«.

54. Dette anbringende må af praktiske grunde forstås således, at det fører til klagepunktet om brud på de regler, der i den foreliggende sag gælder for fællesskabsstøtte nemlig

— den første Lomé-konvention [30]

30 — Note 1 ovenfor.

— den interne aftale af 11. juli 1975 [31] og

— finansregulativet af 25. juli 1976 [32].

55. Kommissionen mener, at den eneste forpligtelse, den er blevet pålagt som forvalter af EUF i forbindelse med den lovlige anvendelse af ressourcer fra denne fond, består i at sikre, at de udliciterede arbejder rent faktisk er udført, før den betaler. Den gør i denne forbindelse artikel 58 og 59 i førnævnte finansregulativ gældende. I øvrigt kan den i betragtning af kompetencefordelingen mellem den og den pågældende AVS-stat ikke blande sig i kontraktlige forhold mellem ONPF og dennes underentreprenør. Kommissionen tilføjede dog i duplikken, at den gjorde myndighederne i Burkina Faso opmærksomme på sagsøgerens særlige tilfælde, og at den over for de lokale myndigheder udfoldede bestræbelser inden for rammerne af sine beføjelser for at bilægge sagen. Den præciserede yderligere i retsmødet, at den i nogen tid havde suspenderet de tre sidste betalinger i forbindelse med det nu omtvistede projekt. Den handlede sådan for at lægge pres på de lokale myndigheder. Men den måtte til sidst frigive beløbene, da situationen blev uholdbar [33].

56. Endelig gjorde Kommissionen i duplikken indsigelse mod, at der skulle være årsagsforbindelse mellem dens adfærd og den af sagsøgeren lidte skade.

57. aa) Det bør først bemærkes i forbindelse med dette anbringende, at Kommissionen over for en AVS-stat, der begår eller tolererer uregelmæssigheder af samme slags som de her omtalte, ikke har nogen mulighed for at tvinge den til at bringe den således opståede situation til ophør — undtagen gennem sin forvaltning af betalingerne. Man vil derfor ikke kunne bebrejde Kommissionen, at den ikke har ageret uden for disse rammer.

58. bb) Skaber Kommissionens forvaltning af betalingerne i sig selv en forpligtelse til at erstatte skaden for brud på Lomékonventionen, den interne aftale eller finansregulativet?

59. Lad os først undersøge, om dette er tilfældet i den udstrækning, hvori Kommissionen ifølge sagsøgerens anførsler *ikke suspenderede sine betalinger* med det formål at *lægge pres* på myndighederne i staten Burkina Faso *for at få ONPF til at opfylde sine forpligtelser over for sagsøgeren.* Selv om man går ind på, at Kommissionen intet har foretaget sig i den retning, i modsætning til, hvad den selv har hævdet — efter min mening sent — i retsmødet, mener jeg, at dette spørgsmål må besvares benægtende.

60. For det første kan jeg ikke i nogen af de nævnte tekster finde grundlag for en sådan fremgangsmåde fra Kommissionens side. Hvad dernæst angår artikel XVIII, stk. 2, i bilag 3 til den relevante finansieringsaftale — hvorefter Kommissionen har bemyndigelse til at suspendere betalinger i tilfælde af brud på denne aftale — har sagsøgeren ikke gjort gældende, at staten Burkina Faso netop ved sin adfærd har overtrådt finansieringsaftalen.

31 — Note 2 ovenfor.
32 — Note 3 ovenfor.
33 — Retsmødereferatet, s. 30.

Endelig er det slet ikke afklaret, om sagsøgerens krav ville være blevet opfyldt, hvis Kommissionen rent faktisk havde handlet som hævdet. Det bør herved bemærkes, at Kommissionens omtvistede betalinger, selv om de på en eller anden måde vedrørte det her omtalte projekt, afgjort ikke havde nogen specifik forbindelse med de af sagsøgeren udførte arbejder. Sagsøgerens fremsættelse af klagen af 9. oktober 1990 til Kommissionens lokale repræsentant [34] og Kommissionens argumentation i duplikken [35] antyder snarere, at Kommissionen allerede havde betalt visse beløb fra EUF for at sikre betaling af sagsøgerens arbejde, før den modtog den omtalte klage. Under disse omstændigheder anser jeg det for ren spekulation at antage, at ONPF havde opfyldt sine forpligtelser over for sagsøgeren, hvis de omtvistede betalinger var blevet suspenderet. Sagsøgeren har slet ikke forklaret, hvordan dette organ på nogen måde skulle have været i stand til at betale sin gæld efter underslæbet med de beløb, der var beregnet til sagsøgeren, når senere, ventede betalinger udeblev. Set under denne synsvinkel er der således ikke tilstrækkelige holdepunkter for at hævde, at Kommissionens adfærd udgør den krævede *årsagsforbindelse* med den af sagsøgeren lidte skade.

61. Det samme gælder for det af sagsøgeren i retsmødet fremhævede argument, ifølge hvilket Kommissionen burde have suspenderet betalingerne for *at tilskynde ONPF til at give sit samtykke til en direkte betaling fra Kommissionen til sagsøgeren*. På grund af manglende bevis for, at Kommissionens betalinger lige nøjagtigt vedrørte de af sagsøgeren udførte arbejder, ville man ikke kunne udelukke, at det, hvis dette samtykke var blevet givet, i stedet for sagsøgerens krav ville være andre fordringshaveres krav, der ikke blev opfyldt. Det vides ikke, om ONPF ville have handlet sådan. Af denne grund er årsagsforbindelsen mellem Kommissionens adfærd og den af sagsøgeren lidte skade derfor end ikke fastslået. Jeg har desuden alvorlige tvivl med hensyn til retmæssigheden i den fremgangsmåde, Kommissionen ifølge sagsøgeren skulle have valgt. I medfør af finansieringsaftalens artikel XIII i bilag 3 træffer Kommissionen ganske vist alle hensigtsmæssige foranstaltninger for hurtigst muligt at sikre gennemførelsen af de betalingsanvisninger, der udstedes til indehavere af aftaler og kontrakter, som finansieres af EUF. Man kunne faktisk stille det spørgsmål, om denne bestemmelse, der giver tilslagsmodtagere en fordel — da de har lige så megen interesse i en hurtig betaling, som Fællesskabet har interesse i en så effektiv anvendelse som muligt af sine midler og AVS-staten i hurtigt at opfylde sine forpligtelser — også kan være til fordel for en underentreprenør i tilfælde, hvor den, som får tildelt kontrakten, kontrolleres af staten. Denne effekt kan imidlertid kun fremkomme ved, at den beskyttelse, der sikres Fællesskabets finansielle interesser og AVS-statens interesser, har en afsmittende virkning. Det er nemlig AVS-staten — og ikke de virksomheder, som indgår kontrakten — der modtager støtten fra Fællesskabet (se artikel 7 i finansieringsaftalen), og som er ansvarlig for gennemførelsen af de finansierede projekter (den første Lomé-konvention, artikel 55). Det bør i den forbindelse konstateres, at Kommissionen, hvis den havde fulgt den fremgangsmåde, som sagsøgeren mener, den burde have gjort, således ville have blandet sig i fordelingen mellem ONPF's underentreprenører af den risiko, der opstod ved de påståede uregelmæssigheder, uden at den korrekte anvendelse af de pågældende midler eller staten Burkina Fasos økonomiske situa-

34 — Punkt 3 ovenfor.
35 — S. 6.

tion eller ONPF af den grund ville få mærkbar fordel heraf [36].

62. Derfor har Kommissionen ikke pådraget sig erstatningsansvar, fordi den ikke suspenderede betalingerne.

63. Endelig kan man heller ikke hævde, at Kommissionen burde have *foretaget sine betalinger direkte til sagsøgeren*. Hvis den havde gjort det, ville disse betalinger ikke have haft nogen frigørende virkning og ville derfor ikke være i overensstemmelse med princippet om en sund forvaltning af EUF (se artikel 30 i finansregulativet).

64. b) Sagsøgeren påberåber sig i replikken, at Kommissionen har en almindelig pligt til at beskytte Fællesskabets, medlemsstaternes og tredjemands finansielle interesser, men en sådan pligt kan, selv om den måtte anerkendes, kun bestå inden for rammerne af Kommissionens materielle beføjelser. Dette udtrykkes også i punkt G i afgørelsen af 13. november 1991 [37], som sagsøgeren gør gældende til støtte for denne del af sin argumentation. En sådan almindelig pligt ville derfor ikke kunne ændre noget ved de under det foregående punkt dragne konklusioner.

65. *3.* Tillad mig endnu en gang som afslutning at vende tilbage til sagsøgerens — som sagt forsinkede — argument om, at Kommissionen i tre måneder fejlagtigt skulle have ladet sagsøgeren tro, at den ville anerkende arresten.

66. Det forekommer mig, at fællesskabsinstitutionerne har pligt til at træffe alle foranstaltninger, der er mulige under hensyn til fornuftige kriterier, og som kan bidrage til at gennemføre den i protokollens artikel 1, tredje punktum, fastlagte ret. Denne ret har til formål, at den formelle hindring, som de i artikel 1 nævnte tvangsforanstaltninger er underlagt, ophæves af Domstolen — ved hjælp af bemyndigelsen — når den ikke er nødvendig for Fællesskabets uforstyrrede funktion og uafhængighed [38]. Det drejer sig her om en garanti, der direkte sikres den enkelte på grundlag af protokollen [39], og som i betragtning af privilegiernes og immuniteternes [40] funktionelle og begrænsede karakter udgør det nødvendige korrektiv til reglen i protokollens artikel 1, tredje punktum.

67. Men man ville skade nyttevirkningen af denne garanti, hvis fællesskabsinstitutionerne — under udnyttelse af princippet om, at det i protokollens artikel 1, tredje punktum, hjemlede privilegium gælder, selv om det ikke påberåbes — retmæssigt kunne unddrage aktiver, for hvilke Domstolen kunne have givet den ved denne bestemmelse fastsatte bemyndigelse, fra tvangsforanstaltninger iværksat af enkeltpersoner. Fællesskabsinstitutionerne er derimod pligtige, som jeg bemærkede i indledningen, at bidrage til i den udstrækning, det er nødvendigt og

36 — Se et tilsvarende argument i dommen i sagen Italsolar mod Kommissionen, op. cit., præmis 34.

37 — Afgørelse fra Rådet og repræsentanter for medlemsstaternes regeringer, forsamlet i Rådet, vedrørende beskyttelse af Fællesskabernes finansielle interesser (EFT C 328, s. 1).

38 — Se kendelse af 13.7.1990, sag C-2/88 Imm., Zwartveld m.fl., Sml. s. 3365, præmis 19 og 20.

39 — Kendelse i sagen Ufficio Imposte di Consumo di Ispra, op. cit., s. 640.

40 — Kendelse i sagen Zwartveld m.fl., op. cit., præmis 20.

muligt, at enkeltpersoners rettigheder gennemføres. Et brud på denne pligt kan, under samme betingelser som ved enhver anden retsstridig adfærd fra en fællesskabsinstitutions side, udløse et erstatningskrav efter traktatens artikel 215, stk. 2.

68. For at anvende dette princip på konkrete tilfælde bør der tages højde for de særlige træk ved hver enkelt af disse sager. I sagen her kan man notere, at Kommissionen efter at have haft tilstrækkelig lang tid til at fastlægge sin holdning, foretog betalinger, for hvilke man ikke på forhånd kunne udelukke en bemyndigelse fra Domstolen, uden at meddele sagsøgeren dette i rette tid. Det drejer sig om betalinger i relation til det projekt, som også sagsøgeren deltog i gennemførelsen af.

69. En sådan adfærd ville have givet anledning til en meget nøje prøvelse, hvis sagsøgeren havde gjort indsigelse mod den i tide. Eftersom det ikke er tilfældet, eftersom sagsøgte desuden selv benægter årsagsforbindelsen mellem Kommissionens adfærd og den påberåbte skade, og eftersom sagsøgeren endelig ikke gør gældende, at Domstolen ville have givet bemyndigelsen, hvis sagsøgeren havde indbragt en begæring herom for den, må dette argument forkastes.

C — Forslag til afgørelse

70. Af disse grunde foreslår jeg,

— at sagsøgte frifindes

— at sagsøgeren pålægges at betale omkostningerne i overensstemmelse med procesreglementets artikel 69.