FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 3. oktober 1990 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Denne sag, der er anlagt i henhold til Euratom-Traktatens artikel 153, drejer sig om en tvist opstået mellem enkeltmandsfirmaet Grifoni og Kommissionen, og den vedrører arbejde udført af firmaet Grifoni for Det Fælles Forskningscenter i Ispra (herefter benævnt »centret«).

Sagens faktiske omstændigheder er ret enkle. Jeg skal kort ridse dem op og i øvrigt henvise til retsmøderapporten.

Fra marts 1980 udførte Grifoni flere arbejder ved centret som tilslagsmodtager for blikkenslager- og smedearbejde. Arbejdet blev udført på grundlag af en forinden indgået rammeaftale samt på grundlag af senere specifikke bestillinger.

2. De aspekter af kontraktforholdet mellem parterne, som her i særlig grad er relevante, er følgende:

— Rammeaftalen af 21. maj 1984, der ligner den foregående, henviser (jf. artikel 15) til de almindelige betingelser for aftaler og kontrakter med centret (februar 1976, dok. XIX A/50/76-I), som således er blevet en integrerende del af kontrakten.

— Betaling for det udførte arbejde skulle ske på grundlag af listen over priser i byggesektoren, der er offentliggjort af Milano Handelskammer, med undtagelse af arbejde, der ikke er opført på nævnte liste; betalingen for dette skulle bogføres efter regning) (jf. artikel 7).

— Arbejde, der ikke var bestilt, og som måtte vise sig nødvendigt ved kontraktens gennemførelse, skulle være genstand for »forudgående tilladelse af byggeadministrationen på grundlag af et af virksomheden udarbejdet detaljeret og endeligt overslag. Arbejde, som udføres på andre vilkår, vil hverken blive anerkendt eller betalt« (artikel 6).

— Italiensk ret finder anvendelse (artikel 15 [1]), og i henhold til værnetingsklausulen i almindelige betingelser, som udtrykkeligt blev accepteret, tillægges Domstolen jurisdiktion.

Vedrørende udbudsbetingelserne skal jeg henvise til artikel 3, stk. 1, der bestemmer: »Kontrakter indgås ved skriftlig aftale mellem parterne«; og jeg skal minde om artikel

* Originalsprog: italiensk.

1 — O. a.: Skal formentlig være: artikel 16.

18, hvorved mundtlige aftaler frakendes retsvirkning ved at bestemme følgende: »Enhver ændring af kontrakten (herunder tillæg eller bortfald) skal ske ved et tillæg til kontrakten, der aftales på samme vilkår som denne; mundtlige aftaler binder ikke parterne.«

3. Det ovennævnte kontraktgrundlag var bestemmende for forretningsforbindelserne mellem Grifoni og Kommissionen indtil maj 1987. I den periode overdrog Kommissionen Grifoni at udføre forskelligt arbejde, som blev bestilt ved en række ordrer; hver enkelt ordre indeholdt — ud over de relevante tekniske specifikationer — de væsentligste klausuler i rammeaftalen; navnlig blev det dér gentaget, at almindelige betingelser er en integrerende del af ordren, og man indsatte en bestemmelse, der efter sit indhold er identisk med nævnte artikel 6.

Efter at firma Grifoni havde afbrudt forbindelsen med Kommissionen, fremsatte han påkrav om yderligere betaling med henvisning til, at han ikke havde modtaget betaling som aftalt. Kommissionen afviste imidlertid kravene, hvorefter Grifoni har anlagt denne sag med påstand om betaling af sit tilgodehavende, som han har opgjort til 450 597 910 LIT.

4. I stævningen har Grifoni først henvist til de aftaler, som regulerede hans forbindelser med Kommissionen, navnlig den klausul, hvorefter det udførte arbejde skulle bogføres »efter regning« (altså på grundlag af de faktisk præsterede ydelser, uanset om disse kvantitativt afveg fra dem, der fremgik af bestillingen); men herefter har han blot udtalt, at han »også som følge af den af FFC anvendte særlige betalingsform« (stævningens s. 2), ikke modtog betaling *som aftalt.* En sådan udtalelse lader formode, at Grifoni's krav hvilede på en fejlagtig bogføring af det af ham udførte arbejde, så meget mere som de »manglende afregningsdele«, der fremgår af bilaget til stævningen, for hver enkelt bestilling, og angående den enkelte post, specificerede de beløb, han stadig mente at have krav på.

5. Heroverfor står det forhold, at Grifoni i replikken og i retsmødet væsentligt har ændret sine klagepunkter og herved gjort gældende, at det, der fremgår som aftalt i de skriftlige bestillinger, kun delvis svarede til det reelle indhold af det mellem parterne mundtligt aftalte, og at de skriftlige aftaler derfor i virkeligheden var fiktive aftaler og kun var en delvis formalisering af de mundtlige aftaler fastsat af nemhedshensyn. Kort sagt er essensen af Grifoni's udtalelser, at det af ham udførte arbejde efter hans opfattelse har betydelig større værdi end det, der fremgår af de skriftlige bestillinger og derfor langt overstiger, hvad centret har betalt.

I replikken har sagsøgeren også nedlagt påstand om betaling af et større beløb — på 993 494 064 LIT — end det, han oprindelig havde påstået betaling for i stævningen. En sådan forhøjelse finder Grifoni begrundet i, at det ved stævningens indlevering ikke var muligt at opgøre de beløb, som skulle betales for visse dele af arbejdet, idet der ikke forelå nærmere oplysninger herom fra Milano Handelskammer. Heroverfor gør Kommissionen gældende, at en sådan ændring er ensbetydende med et nyt anbrin-

gende, som procesreglementets artikel 42, stk. 2, afskærer sagsøgeren fra at fremsætte, hvorfor det bør afvises fra påkendelse.

6. Efter at Grifoni i retsmødet havde fremsat sin opfattelse vedrørende grundlaget for sine krav, således som de fremgik af replikken, blev spørgsmålet om Domstolens kompetence rejst.

Herom må jeg imidlertid antage, at Domstolens kompetence ikke med nogen rimelighed kan benægtes; det skyldes to forhold, der begge er afgørende.

Som det klart kom frem i retsmødet, er parterne enige om, at uanset hvad der er grundlaget for og relevansen af Grifoni's opfattelse om, at de ydelser, han skulle erlægge, for en stor dels vedkommende blev aftalt mundtligt, var de under alle omstændigheder omfattet af rammeaftalens almindelige bestemmelser, hvorved det blev påpeget, at værnetingsklausulen aldrig var blevet ophævet af en senere og afvigende viljeserklæring fra parternes side. Domstolen har derfor intet grundlag for at nå til et andet resultat, der strider mod det, som fremgår af stævningen, og som Kommissionen ikke har bestridt.

For det andet må det ganske udelukkes, at Domstolen er inkompetent for i hvert fald en del af kravet, eftersom sagsøgeren selv, som jeg bedre kan forklare i det følgende, har udtalt, at en del af de ydelser, tvisten angår, også fuldstændig svarer til det, som blev aftalt i forbindelse med de skriftlige bestillinger. Følgen er, at Domstolens kompetence ikke kan diskuteres for i hvert fald den del af kravet og med forbehold af de bemærkninger, jeg i det følgende vil fremsætte vedrørende andre aspekter.

7. Når det er sagt, kommer man ikke uden om indledningsvis at foretage en undersøgelse af, om den særlige indsigelse, Kommissionen har fremsat i henhold til procesreglementets artikel 42, stk. 2, er begrundet, og mere i almindelighed at foretage en afgrænsning af sagsgenstanden. Det er næsten overflødigt at sige det, men denne bedømmelse skal ske på grundlag af reglerne for sagsbehandlingen ved Domstolen, idet anvendelsen af italiensk ret ganske åbenbart er begrænset til det materielle.

Herved skal jeg i første række henvise til, at det af artikel 19 i statutten for Domstolen og af procesreglementets artikel 38, nr. 1, klart fremgår, at det dokument, ved hvilket sagen forelægges Domstolen, *skal* indeholde visse nærmere angivne oplysninger, herunder navnlig søgsmålets genstand, en kort fremstilling af søgsmålsgrundene og sagsøgerens påstande. Desuden forbyder procesreglementets artikel 42, stk. 2, at fremsætte nye anbringender, medmindre disse støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling.

Her i sagen er det imidlertid sikkert, at betingelserne for at antage noget sådant ikke foreligger opfyldt. I øvrigt fremgår det klart af Domstolens praksis, at »søgsmålets genstand skal være angivet i stævningen, og at en ny påstand ikke kan nedlægges under sagens behandling«[2]. Den eneste undtagelse

2 — Dom af 7.5.1986, sag 191/84, Barcella, Sml. s. 1541. I samme retning, dom af 25.9.1979, sag 232/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2729; dom af 18.10.1979, sag 152/78, Gema, Sml. s. 3173; dom af 8.2.1983, sag 124/81, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 203.

fra denne retsstilling findes i sager om erstatning uden for kontraktforhold, når det ikke, uanset at man står over for forestående og påregnelige skader, er muligt at gøre tabet op nøjagtigt. I dette tilfælde har Domstolen således fastslået, at en ændring af det krævede beløb ikke kan betragtes som en ændring af søgsmålet eller som nye søgsmålsgrunde [3].

Det er derfor min opfattelse i den konkrete sag, at den just beskrevne undtagelse højst kan finde anvendelse i det omfang, hvori Grifoni faktisk ved sagens anlæg umuligt med nøjagtighed kunne opgøre de beløb, han endnu finder at være berettiget til.

Da der nu er tale om beløb vedrørende arbejde, som blev afsluttet for nogen tid siden, synes det principielt at måtte udelukkes, at det har været umuligt at fastsætte det nøjagtige beløb ved stævningens indlevering. I øvrigt har Grifoni selv slet ikke været i stand til at godtgøre, hvorfor det påståede beløb burde ændres, for han har blot udtalt, at »de fremlagte regnskaber ... udviser klart et højere tilgodehavende end det, som fremgår de stævningen vedlagte regninger« (replikken s. 20). Ved en sammenligning mellem det regningsudtog, som er bilagt stævningen, med det, der er bilagt replikken, fremgår det, at den eneste post, som Grifoni ikke har kunnet sætte pris på (eller for hvilken han har forbeholdt sig at gøre det senere med begrundelse), er den post, som angår nedrivning af tage, der ikke blev udfyldt, eftersom prisen herpå ikke figurerede på prislisten og derfor skulle fastsættes af en sagkyndig. Men der blev ikke gjort nogen bemærkning med hensyn til deltagelsen i arbejdet med tagrenderne og tagpladerne, skønt deltagelse i arbejdet med taglægningen af industriel karakter allerede var blevet beregnet og indarbejdet i det samlede beløb, som der i stævningen nedlægges påstand om.

Hertil kommer, at sammenligningen med de pågældende to udtog gør det klart, at Grifoni først i replikken har taget hensyn til og således skrevet regning på de resterende, ham skyldige beløb vedrørende visse bestillinger, der ikke figurerer i stævningens bilag, herunder bestilling, som ifølge Grifoni medfører yderligere tilgodehavender.

Med hensyn til visse af de bestillinger, der allerede er nævnt i stævningens bilag, har Grifoni i replikken tillige forhøjet det beløb, han finder endnu at have til gode.

8. Det er således min opfattelse, at sagsøgerens ændring af det påståede beløb ikke kan godtages. Det er jo indlysende, at det totalbeløb, som Grifoni betragter som et tilgodehavende, nøjagtigt kunne opgøres allerede i stævningen, da der var tale om arbejde, som allerede var udført for nogen tid siden, og for hvilke han skulle have betaling på grundlag af en allerede kendt prisliste. Muligvis er den eneste undtagelse her posten »tagnedrivning«, for hvilken der faktisk ikke fandtes nogen forudfastsat pris i prisoversigten. Jeg finder imidlertid, at Grifoni dels havde tilstrækkelig tid til og dels havde mu-

3 — Dom af 2.6.1976, forenede sager 56/74-60/74, Kampffmeyer, Sml. s. 711.

lighed for at fastsætte prisen på den pågældende post ved sagkyndig hjælp eller bistand fra Handelskammeret.

Det kan heller ikke antages, at Kommissionens grundlæggende afvisning af Grifoni's krav må opfattes som et uventet og uforudsigeligt processkridt, eftersom Grifoni gentagne gange, men forgæves, havde forlangt betaling uden retligt påkrav vedrørende sit påståede tilgodehavende.

Jeg foreslår derfor Domstolen, at den alene påkender sagen, således som den med påstanden fremgår af stævningen, eftersom der i øvrigt foreligger ændringer i kravet, som ikke er berettigede og således ikke kan påkendes.

9. Jeg skal herefter gå over til at gennemgå grundlaget for kravene, og jeg må sige, at de forklaringer, Grifoni har fremlagt vedrørende hele sit forretningsforhold med Kommissionen — selv om deres almindelige udgangspunkt er, at samtlige arbejder stedse blev aftalt mundtligt — gør det muligt at udskille, også på grundlag af en gennemgang af de forskellige bestillinger, som Grifoni mener at have tilgodehavender for, tre indbyrdes afvigende muligheder:

a) Arbejde udført i overensstemmelse med *skriftlig* bestilling (selv om man må forstå det således, at den skriftlige ordre fulgte efter den mundtlige aftale), men forkert afregnet.

b) Arbejde udført på grundlag af mundtlig bestilling, som senere blev skriftligt bekræftet, men uden at der er den mindste overensstemmelse mellem på den ene side det faktisk aftalte og udførte arbejde (på grundlag af den mundtlige aftale) og det, der fremgår af den skriftlige bestilling på den anden side.

c) Arbejde udført alene på grundlag af mundtlig bestilling, som aldrig er blevet bekræftet skriftligt.

Fælles for samtlige tre muligheder er den omstændighed — som Grifoni har omtalt (i replikken) — at aftalerne om de forskellige arbejder altid blev indgået mundtligt, hvilken omstændighed Kommissionen har bestridt henset til de regler, der er bestemmende for det pågældende kontraktforhold.

10. Selv om man nu søger en løsning på de processuelle problemer, som strengt taget dukker op, fordi Grifoni i replikken, ud over påstanden, også har ændret retsgrundlaget for sine krav, er det min opfattelse, at vigtige grunde dog tvinger til straks at måtte afvise de krav, som står i forbindelse med de to sidste muligheder.

Forholdet er jo det, at muligheden med eksistensen og relevansen af mundtlige aftaler og bestillinger med et andet og videregående indhold i forhold til det, som fremgår af det skriftligt aftalte og bestilte, ikke kun savner bevis, men i øvrigt er i strid med de præcise regler vedrørende det for Domstolen omtvistede sagsforhold, regler, som parterne udtrykkeligt har nævnt.

Jeg skal i første række henvise til finansforordningens artikel 50[4], hvorefter Fællesskabets licitationskontrakter indgås skriftligt. Som ovenfor nævnt findes en tilsvarende regel i almindelige betingelsers artikel 3, stk. 1, og denne regel blev accepteret af parterne som en integrerende del af rammeaftalen. Artikel 18 i disse almindelige betingelser fastsætter desuden, at enhver kontraktændring skal foretages ved tillægsakt indgået på samme vilkår som kontakten; artikel 18 fastsætter tillige, at mundtlige aftaler ikke har virkning og ikke kan gøres gældende.

Rammeaftalens artikel 6 bestemmer, at ændringer i eller tillæg til bestilt arbejde ikke anerkendes og betales, såfremt dette ikke er aftalt skriftligt. Det er i overensstemmelse med artikel 342 i den gældende lov om offentlige arbejder i Italien[5], samt med civillovbogens artikel 1659, som regulerer aftaler om ændringer i en kontrakt[6].

Den aftale vedrørende formen, der således er indgået, og som vedrører mulige senere ændringer i et allerede indgået kontraktforhold, viser i mangel af en relevant og forståelig adfærd, der må opfattes som uforenelig med viljen til at opretholde den tidligere aftalte formbinding, at den nævnte skriftlige form var tilsigtet ad substantiam. Under alle omstændigheder har det sit forblivende ved de ovennævnte regler i lovgivningen.

4 — EFT L 356 af 31.12.1977, s. 1.

5 — Lov nr. 2248 af 20.3.1865, bilag F.

6 — Det hedder i artikel 1659, stk. 1 og 2: »Tilslagsmodtageren kan ikke foretage ændringer i det, parterne har aftalt vedrørende arbejdet, såfremt ordregiveren ikke har givet tilladelse hertil. Tilladelse skal skriftligt godtgøres at foreligge.«

11. Det bør tilføjes, at italiensk ret, som indeholder materielle regler vedrørende bevisforhold, ikke lader megen plads åben for beviset for, at der er indgået mundtlige aftaler, hvis indhold er et andet end det, som fremgår af et dokument. Navnlig gælder det vedrørende aftaler, som er indgået, inden der foreligger et dokument, eventuelt med et herfra afvigende indhold, at vidnebevis er udelukket (civillovbogens artikel 2722)[7]. Vedrørende senere aftaler gælder det, at der kan føres bevis herfor i retten ud fra en sandsynlighedsbedømmelse henset til, hvilke parter der er tale om, og til, hvilken type kontrakten henhører under (civillovbogens artikel 2723)[8]. Når det som her i sagen er således, at parterne har aftalt skriftlig form, er vidnebevis kun tilladt i tilfælde af, at dokumentet bortkommer (civillovbogens artikel 2725)[9].

12. I lyset af de indtil nu nævnte regler, navnlig forbudsbestemmelserne vedrørende bevis i italiensk lovgivning, antager jeg, at der ikke kan gives Grifoni medhold i de krav, han har begrundet med eksistensen af mundtlige aftaler og bestillinger, som afviger fra indholdet af det skriftligt aftalte og bestilte.

7 — Det hedder jo i artikel 2722: »Vidnebevis kan ikke føres, såfremt genstanden er tillægsaftaler eller aftaler i strid med indholdet af et dokument, når det hævdes, at disse aftaler er indgået tidligere eller samtidig med den aftale, som fremgår af dokumentet.«

8 — Artikel 2723 lyder således: »Når det efter et dokuments oprettelse gøres gældende, at der er indgået en tillægsaftale eller en aftale i strid med dokumentets indhold, kan den dømmende myndighed alene tillade vidnebevis, såfremt det klart, henset til parternes status, kontraktens karakter og enhver anden omstændighed, fremtræder som sandsynligt, at der mundtligt er aftalt tillæg eller ændringer.«

9 — Artikel 2725 fastsætter: »Når loven eller parternes vilje kræver, at en kontrakt bevises skriftligt, kan vidnebevis alene føres i det tilfælde, som er nævnt i foregående artikels nr. 3. Det samme gælder, når manglende skriftlig form medfører kontraktens fuldstændige bortfald«. I artikel 2724, nr. 3, siges det. »Vidnebevis kan altid føres ... 3), når parten hændeligt har mistet dokumentet.«

13. Tilbage er der kravet under mulighed a), der begrundes med, at bestemt, skriftligt bestilt og udført arbejde ikke blev betalt som aftalt.

Forholdet er imidlertid det, at kravet ikke blot ikke understøttes af noget bevis, eller noget som ligner en vej, der eventuelt kunne føre til en bevisoptagelse, men det modsiges af de sagen vedlagte dokumenter.

De dokumenter, som Grifoni har bilagt stævningen, og som benævnes »tilgodehavende efter regning«, kan ikke betragtes som beviser. For at sige det, som det er, fremgår der blot af disse dokumenter, som Grifoni selv har sammenstillet, en detailspecifikation pr. post og pr. bestilling af de årsager, som i det hele skal føre til at anerkende pengekravet; der foreligger altså kun en specifikation af påstanden i den meget kortfattede stævning.

Desuden har Kommissionen behørigt i bilaget til svarskriftet fremlagt de dokumenter, som i overensstemmelse med den enkelte ordre udviser »Afsluttet arbejde«, der var udført af Grifoni, med de af Grifoni selv specificerede beløb arbejdet vedrørende (på hans forretningspapir), centret's godkendelse med bemærkningen »arbejdet er teknisk i overensstemmelse med den afgivne bestilling« og med underskrift af såvel Grifoni som centret's repræsentant.

Sagsøgeren har ikke bestridt at have modtaget de i disse dokumenter anførte beløb, men han bestrider blot, at det skete med frigørende virkning og til endelig afregning, hvorved han hævder, at der ikke er tale om regulære fakturaer, men om foreløbige dokumenter.

Det kan der ikke gives Grifoni medhold i, eftersom de pågældende dokumenter, uanset om de opfattes som fakturaer eller andet, med sikkerhed har frigørende virkning for centret i den præcise forstand, at de beviser fuld og derfor skyldig betaling og dermed ophør af hvervgiverens pligt, hvorved bemærkes, at der ikke foreligger noget til støtte for at antage, at Grifoni, der har fremlagt dokumenterne, kun har anset dem for ufuldstændige eller foreløbige. Dette gælder så meget desto mere, som intet dokument specificerer, at der foreligger en acontobetaling eller tilsvarende, og det i en stor del af dem endda er specificeret, at der foreligger betaling »til fuld afregning« (ordrerne 136/85, 695/85, 378/85, 631/85, 709/85, 106/85, 628/85 og 637/80).

Der er derfor slet ingen tvivl om, at de af Kommissionen fremlagte dokumenter viser, at den betalte, hvad den skyldte, eller i hvert fald betalte, hvad Grifoni krævede uden forbehold. Desangående må det også påpeges, ad abundantiam, at italiensk ret vedrørende licitation over offentlige arbejder — som principielt også finder anvendelse på det konkrete sagsforhold [10] — foreskriver, at der tages forbehold i det dokument, som underskrives ved de forskellige stadier af arbejdets udførelse og ved dets afslutning, såfremt man senere ønsker at rejse krav [11].

10 — Jf. herved dom af 26.11.1985, sag 318/81, Kommissionen mod CO. DE. MI., Sml. s. 3706, navnlig på s. 3713 (o. a.: skal formentlig være s. 3711), samt forslaget til afgørelse fra generaladvokat Sir Gordon Slynn, sammesteds, s. 3693, navnlig på s. 3698 ff.).

11 — Jf. artikel 54 i kongeligt dekret nr. 350 af 25.5.1895.

Hvis der ikke er taget forbehold, er senere krav udelukket. Reglen tilsigter at tilgodese sikkerheden i den offentlige forvaltnings økonomiske dispositioner, og den giver ikke en kontraktpart mulighed for at udsætte opgørelsen af sine krav.

14. På grundlag af de ovenstående betragtninger skal jeg derfor foreslå Domstolen:

1) at afvise sagen, for så vidt angår de ændringer af påstanden, der er foretaget efter stævningens indlevering

2) at frifinde sagsøgte i øvrigt, og

3) at pålægge sagsøgeren at betale sagens omkostninger.