



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 21. maj 2015¹

Sag C-439/13 P

**Elitaliana SpA
mod**

Eulex Kosovo

»Genåbning af den mundtlige forhandling — fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik — FUSP — Den Europæiske Unions mission — Unionens retsinstitutters kompetence — Unionens budget — offentlige tjenesteydelseskontrakter — finansforordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 — udbud vedrørende helikopterstøtte til Eulex-missionen i Kosovo — efterprøvelse af lovligheden af afgørelsen om tildeling af en offentlig kontrakt«

I – Indledning

1. Baggrunden for den foreliggende sag er et annullationssøgsmål indbragt for Den Europæiske Unions Ret af en virksomhed i henhold til italiensk ret, Elitaliana SpA (herefter »Elitaliana«), til prøvelse af en foranstaltning truffet inden for rammerne af en procedure i forbindelse med tildelingen af en offentlig kontrakt² af Eulex Kosovo, en enhed oprettet i forbindelse med fælles aktion 2008/124/FUSP af 4. februar 2008 vedrørende Den Europæiske Unions »retsstatsmission« i Kosovo (herefter »fælles aktion 2008/124«)³. Retten afviste Elitalianas søgsmål med den begrundelse, at Eulex Kosovo ikke havde status som sagsøgt⁴, og fastslog i kendelsen i sagen Elitaliana mod Eulex Kosovo⁵, at det ikke var fornødent at tage stilling til, om den havde kompetence til at påkende søgsmål til prøvelse af retsakter vedtaget på grundlag af bestemmelser i EUF-traktaten vedrørende FUSP.

2. I mit første forslag til afgørelse i forbindelse med appellen af kendelsen⁶ drog jeg den konklusion, at appellen skulle forkastes på grund af Eulex Kosovos status. Jeg tog i den forbindelse ikke stilling til spørgsmålet om Domstolens kompetence.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — I forbindelse med tildelingen af den offentlige kontrakt »EuropeAid/131516/D/SER/XK – Helikopterstøtte til Eulex-missionen i Kosovo (PROC/272/11)«.

3 — EUT L 42, s. 92.

4 — Under sagen for Retten fremsatte Eulex Kosovo en formalitetsindsigelse, hvorefter Eulex Kosovo ikke havde status som sagsøgt i det pågældende tilfælde, og hvorefter Retten savnede kompetence, fordi de anfægtede retsakter var blevet vedtaget på grundlag af bestemmelser i EUF-traktaten vedrørende den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik (FUSP).

5 — T-213/12, EU:T:2013:292, herefter »den appellerede kendelse«.

6 — Med hensyn til de nærmere enkeltheder i tvisten henviser jeg til den appellerede kendelse og mit første forslag til afgørelse i denne sag (C-439/12 P, EU:C:2014:2416).

3. For at kunne afgøre den foreliggende sag har Domstolen imidlertid ønsket en belysning af samtlige relevante aspekter og ved kendelse af 10. februar 2015 bestemt, at den mundtlige forhandling skulle genåbnes, således at parterne kunne udtrykke deres opfattelse af spørgsmålet om:

»[...] [h]vorvidt Den Europæiske Unions Ret og Den Europæiske Unions Domstol har kompetence til at påkende den foreliggende sag, henset til bestemmelserne vedrørende FUSP i EUF-traktatens kapitel 2, første afdeling, og bestemmelserne i artikel 275 TEUF«.

4. Ifølge artikel 24 TEU, sammenholdt med artikel 275 TEUF, har Domstolen faktisk ikke kompetence for så vidt angår bestemmelserne vedrørende FUSP, bortset fra kontrol, der foretages på grundlag af artikel 40 TEU og artikel 275, stk. 2, TEUF.

5. Imidlertid vil jeg gerne allerede nu påpege, at da den foreliggende sag drejer sig om indgåelse af offentlige kontrakter inden for rammerne af Den Europæiske Unions optræden udadtil, er den umiddelbart omfattet af anvendelsesområdet for EU-rettens budgetbestemmelser. I lighed med Rådet, Kommissionen og Elitaliana, som generelt er enige om, at Domstolen har kompetence til at påkende den foreliggende sag⁷, vil jeg argumentere for, at Retten og Domstolen har kompetence til at efterprøve lovligheden af en afgørelse om tildeling af en offentlig kontrakt på grundlag af de regler, der gælder for Unionens budget for så vidt angår såvel finansieringen af foranstaltninger henhørende under FUSP som gennemførelsen af Unionens budget.

II – Retsforskrifter

6. Artikel 41, stk. 1, TEU bestemmer:

»Institutionernes administrationsudgifter i forbindelse med iværksættelsen af dette kapitel afholdes over Unionens budget.«

7. Ifølge artikel 41, stk. 2, TEU afholdes aktionsudgifter til iværksættelsen af dette kapitel ligeledes over Unionens budget bortset fra udgifter til operationer, der har indvirkning på militær- eller forsvarsområdet, og tilfælde, hvor Rådet med enstemmighed træffer anden afgørelse.

8. Artikel 310, stk. 1 og 3, TEUF bestemmer:

»1. Alle Unionens indtægter og udgifter skal anslås for hvert regnskabsår og optages i budgettet. Unionens årlige budget fastlægges af Europa-Parlamentet og Rådet i overensstemmelse med artikel 314. Indtægter og udgifter på budgettet skal balancere.

[...]

3. Før der kan afholdes udgifter på budgettet, skal der vedtages en juridisk bindende EU-retsakt, der giver et retsgrundlag for Unionens tiltag og for afholdelsen af den dertil svarende udgift i overensstemmelse med den forordning, der er nævnt i artikel 322, med de undtagelser, der måtte være fastsat heri.«

7 — Det skal bemærkes, at Eulex Kosovo dels har fokuseret på anvendelsen af de omhandlede regler *ratione temporis*, dels som den eneste er af den opfattelse, at Domstolen kun har kompetence til at påkende retsakter udstedt af Rådet og Kommissionen og ikke retsakter udstedt af Eulex Kosovo. Heraf udleder jeg, at Eulex Kosovo ikke mener, at Domstolen er kompetent i den foreliggende sag.

9. Artikel 317 TEUF har følgende ordlyd:

»Inden for rammerne af de givne bevillinger og i overensstemmelse med bestemmelserne i den i medfør af artikel 322 udstedte forordning gennemfører Kommissionen på eget ansvar budgettet i samarbejde med medlemsstaterne i overensstemmelse med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning. Medlemsstaterne samarbejder med Kommissionen med henblik på at sikre, at bevillingerne anvendes i overensstemmelse med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning [...] Med de begrænsninger og på de betingelser, der fastsættes i den i medfør af artikel 322 udstedte forordning, kan Kommissionen inden for budgettets rammer overføre bevillinger dels fra en hovedkonto til en anden hovedkonto, dels fra en underkonto til en anden underkonto.«

10. Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget⁸ bestemmer i artikel 4, stk. 2, litra a):

»Fællesskabernes udgifter og indtægter omfatter:

- a) Det Europæiske Fællesskabs udgifter og indtægter, herunder de administrationsudgifter for institutionerne, der følger af bestemmelserne i traktaten om Den Europæiske Union om [FUSP] samt om politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager, og de aktionsudgifter, der følger af gennemførelsen af disse bestemmelser, såfremt de afholdes over budgettet.«

11. Ifølge forordningens artikel 162, stk. 1, finder bestemmelserne i første og tredje del af finansforordning nr. 1605/2002 anvendelse på foranstaltninger udadtil, der finansieres over budgettet, jf. dog undtagelserne i dette afsnit.

12. Således som det fremgår af artikel 163 i finansforordning nr. 1605/2002, kan de foranstaltninger, som er omhandlet i dette afsnit, enten gennemføres centralt af Kommissionen eller decentralt af det eller de pågældende modtagerlande eller sammen med internationale organisationer.

13. Artikel 166 i finansforordning nr. 1605/2002 har følgende ordlyd:

»1. De foranstaltninger, der gennemføres, giver anledning til:

- a) at der indgås en finansieringsaftale mellem Kommissionen, der handler på Fællesskabernes vegne, og det eller de pågældende modtagerlande eller de organer, disse har udpeget, i det følgende benævnt »modtagerne«
- b) eller at der indgås en kontrakt eller en aftale om tilskud med nationale eller internationale offentligretlige organer eller fysiske eller juridiske personer, der er ansvarlige for foranstaltningernes gennemførelse [...]«

14. Artikel 167 i finansforordning nr. 1605/2002 bestemmer:

»1. Bestemmelserne i artikel 56 og i kapitel 1 i afsnit V i første del om de generelle bestemmelser for indgåelse af indkøbsaftaler finder anvendelse på de indkøbsaftaler, der er omfattet af nærværende afsnit, jf. dog de særlige bestemmelser om beløbsgrænser og betingelser for indgåelse af indkøbsaftaler med tredjelande, der fastsættes i gennemførelsesbestemmelserne. I dette afsnit betragtes følgende som ordregivende myndigheder:

- a) Kommissionen på vegne af en eller flere modtagere og for deres regning

⁸ — EFT L 248, s. 1 (herefter »finansforordning 1605/2002«).

- b) den eller de pågældende modtagere
- c) et organ henhørende under national ret eller folkeret eller juridiske eller fysiske personer, der har indgået en aftale om finansiering eller tilskud med Kommissionen med henblik på gennemførelsen af en foranstaltning udadtil [...]«

III – Forhandlinger for Domstolen

15. Elitaliana, Eulex Kosovo, Rådet og Kommissionen har som svar på Domstolens opfordring til parterne i kendelsen af 10. februar 2015 om genåbning af den mundtlige forhandling fremsat deres skriftlige bemærkninger. Eulex Kosovo, Rådet og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 25. marts 2015.

IV – Unionens aktioner inden for rammerne af dens optræden udadtil og grænserne for Domstolens kompetence på FUSP-området

A – Indledende betragtninger vedrørende FUSP

16. Historisk betragtet var FUSP, da Maastrichttraktaten blev undertegnet, som en fælles unionspolitik baseret på det mellemstatslige samarbejde, resultatet af et kompromis. Skønt FUSP i forhold til fællesskabspolitikkerne og samarbejdet på området for retlige og indre anliggender blev indført som en separat ordning, er FUSP blevet integreret formelt, institutionelt og materielt i én enkelt struktur, nemlig Den Europæiske Union⁹. FUSP har således siden indførelsen været omfattet af en særlig institutionel ramme¹⁰, der er fælles for de tre søjler.

17. Det står ubestrideligt, at Unionens optræden udadtil omfatter mange spørgsmål såsom sikkerhed og forsvar, handelspolitik, udviklingsbistand, samarbejde med tredjelande, humanitær bistand, internationale aftaler, forbindelser med internationale organisationer og anvendelse af solidaritetsbestemmelsen som omhandlet i artikel 222 TEUF¹¹.

18. Strukturelt omfatter FUSP bl.a. den fælles sikkerheds- og forsvarspolitik (ESFP), hvis autonomi blev styrket med Lissabontraktaten, navnlig ved artikel 42 TEU og 43 TEU. Ifølge artikel 42, stk. 1, TEU sikrer FUSP Unionen en operationel kapacitet, der gør brug af civile og militære midler. Unionen kan anvende disse i forbindelse med opgaver uden for Unionens område med henblik på fredsbevarelse, konfliktforebyggelse og styrkelse af den internationale sikkerhed. Det angives i artikel 43 TEU, hvilke opgaver der er tale om.

19. FUSP indebærer således en snæver og kompleks kombination af civile og militære aspekter. Ikke desto mindre afspejler den foreliggende sag, i hvor høj grad Unionens optræden udadtil er fragmenteret, savner gennemsigtighed og gør det vanskeligt at fastslå, hvilke af dens forskellige aktører der bærer det juridiske ansvar.

9 — Om fortolkningen af FUSP som en henholdsvis integreret og særskilt ordning jf. Everling: »Reflections on the structure of the European Union«, 29 *CMLR* (1992) 1053-1077. Om Domstolens holistiske fortolkning af de »ikke-fællesskabsmæssige« bestemmelser før Lissabontraktaten, jf. dom Segi m.fl. mod Rådet (C-355/04 P, EU:C:2007:116).

10 — Jf. artikel C, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Union i den udgave, der er indeholdt i Maastrichttraktaten (EFT 1992 C 191, s. 1).

11 — Om den evne, Unionen og medlemsstaterne besidder som følge af deres særlige kapacitet, jf. Rådets konklusioner af 12.5.2014 vedrørende EU's samlede tilgang, punkt 1, tilgængelig på adressen http://www.google.lu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.consilium.europa.eu%2Ffi%2Fworkarea%2Fdownloadasset.aspx%3Fid%3D15788&ei=8TH0VKrAHcTVPLmygcAE&usq=AFQjCNGNI3D0A7gd1TpvI9RCQ_jx11LqUw&bvm=bv.87269000,d.ZWU

20. Med hensyn til de nærmere vilkår for Unionens tilstedeværelse inden for rammerne af dens optræden udadtil står det klart, at Unionen gennemfører et stort antal aktioner og missioner verden over¹², og at civile missioner betragtes som et centralt element i ESFP¹³. Det vigtigste juridiske instrument, der danner grundlag for etableringen af Unionens operationer, består i en afgørelse truffet af Rådet i henhold til artikel 43 TEU, sammenholdt med artikel 28 TEU¹⁴. Der er tale om en EU-retsakt, ikke blot en afgørelse truffet af medlemsstaterne i fællesskab¹⁵.

21. For så vidt angår forholdet til værtslandet indgår Unionen normalt aftaler med værtsstaterne i henhold til artikel 37 TEU (tidligere artikel 24 TEU) og artikel 218 TEUF, hvori den tillægges kompetence til at indgå aftaler med en eller flere stater eller internationale organisationer med henblik på gennemførelsen af FUSP. Det forekommer ligeledes, at de berørte parter forlænger en allerede indgået aftale. Dette var tilfældet med hensyn til en EU-planlægningsgruppe (herefter »EUPT Kosovo«), der blev oprettet i medfør af Rådets fælles aktion¹⁶, og som gik forud for og forberedte etableringen af Eulex Kosovo¹⁷.

22. ESFP-operationers status fastlægges i aftaler, som benævnes SOFA for militære og SOMA for civile operationers vedkommende¹⁸, og som definerer statussen og aktiviteterne i værtsstaten, herunder enkeltheder vedrørende udøvelse af strafferetlig jurisdiktion, operationens og dens personels privilegier og immuniteter samt bilæggelse af konflikter¹⁹. Ifølge en interinstitutionel aftale af 2003²⁰ nyder EU-missionernes militære og civile personel fuld fritagelse for retsforfølgning. Ligeledes fremgår det af Eulex Kosovos skriftlige indlæg, at missionschefen og hele Eulex-missionen har diplomatisk status og nyder de privilegier, der følger af folkeretten²¹. Det skal dog bemærkes, at der på institutionelt plan er blevet rettet kritik mod anvendelsen af Wienerkonventionen om diplomatiske relationer på alt personel²².

12 — Tilgængelig på adressen [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130712/LDM_BRI\(2014\)130712_REV2_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130712/LDM_BRI(2014)130712_REV2_EN.pdf)

13 — 2009 Annual Report on the identification and implementation of lessons and best practices in civilian ESDP missions, Rådets dokument 16927/09, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2016927%202009%20EXT%201>

14 — I overensstemmelse med afstemningsreglerne som omhandlet i artikel 31 TEU.

15 — Jf. F. Naert: *The Application of Human Rights and International Humanitarian Law in Drafting EU Missions' Mandated og Rules of Engagement*, Institute for International Law, KU Leuven, Working Paper nr. 151, October 2011.

16 — Fælles aktion 2006/304/FUSP.

17 — Chefen for De Forenede Nationers midlertidige mission i Kosovo (UNMIK) udvidede således anvendelsen af UNMIK-forordning 2000/47 (UNMIK/Reg/2000/47, tilgængelig på www.unmikonline.org), hvori fastlægges status, privilegier og immuniteter for Den Nordatlantiske Traktats Organisations Styrke i Kosovo (KFOR) og UNMIK på Kosovos område, til også at omfatte EUPT Kosovo ved en gennemførelsesafgørelse foranlediget af en anmodning fra den højtstående repræsentant for FUSP. Gennemførelsesafgørelse 2006/18 ifølge de kilder, der citeres af A. Sari: *Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP*, EJIL 2008, vol. 19, nr. 1, s. 17. Jf. ligeledes artikel 4 og 5 i fælles aktion 2006/304.

18 — Aftaler benævnt SOFA (»Statut of Forces Agreements«, aftaler om udsendte styrkers status), for militære operationer og SOMA (»Statut of Mission Agreements«, aftaler om missioners status) for civile operationer, jf. A. Sari, op.cit.

19 — Jf. standardaftale mellem Den Europæiske Union og en værtsstat om status for EU-ledede styrker. Rådets dokument 8720/05, tilgængelig på adressen <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8720-2005-INIT/da/pdf>

20 — Aftale mellem Den Europæiske Unions medlemsstater vedrørende status for militært og civilt personel, der udstationeres ved Den Europæiske Unions institutioner, for hovedkvartererne samt de styrker, der vil kunne stilles til rådighed for Den Europæiske Union som led i forberedelsen og gennemførelsen af de operationer, der er omhandlet i artikel 17, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union, herunder i forbindelse med øvelser, samt for militært og civilt personel fra medlemsstaterne, der stilles til rådighed for Den Europæiske Union med henblik på at forrette tjeneste i denne forbindelse (EU-SOFA), EUT 2003 C 321, s. 6.

21 — Eulex Kosovo har i denne forbindelse henvist til Republikken Kosovos lov nr. 03/L-033 af 20.2.2008 om immuniteter og privilegier, som er tilgængelig på adressen http://www.mfa-ks.net/repository.docs/2008_03-L033_en1.pdf, og til Wienerkonventionen om diplomatiske relationer af 18.4.1961, Wienerkonventionen om konsulære forbindelser af 24.4.1963, konventionen om privilegier og immuniteter for De Forenede Nationer af 13.2.1946 samt konventionen om privilegier og immuniteter for De Forenede Nationers specialiserede agenturer af 21.11.1947.

22 — Rådets dokument doc 15711/02, der bærer overskriften »Generic Status of Force Agreement for Police Mission – Immunities and privileges for EU Mission personnel«, er tilgængelig på adressen <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015711%202002%20INIT>

23. Endvidere skal det med hensyn til et argument, som Eulex Kosovos repræsentant fremførte på retsmødet vedrørende denne enheds immunitet, bemærkes, at den immunitet, der følger af Kosovos lovgivning, gælder over for Kosovos institutioner og domstole og under alle omstændigheder ikke er til hinder for at efterprøve lovligheden af foranstaltninger henhørende under EU-retten, forudsat at Domstolen er kompetent på det pågældende område²³.

B – Domstolens kompetence på baggrund af Lissabontraktaten

24. Det er ubestridt, at FUSP på EU-rettens nuværende udviklingstrin er underlagt særlige regler og procedurer i overensstemmelse med artikel 24, stk. 1, andet afsnit, TEU. Visse vedtagelser på FUSP-området er således stadig ikke genstand for Domstolens prøvelse. Der er tale om en situation, som er uadskilleligt forbundet med den måde, hvorpå Domstolens kompetence er tilrettelagt i traktaterne²⁴.

25. Det skal dog tilføjes, at der med Lissabontraktaten er sket en vis udvikling i rækkevidden af Domstolens kompetence på FUSP-området²⁵.

26. For det første er Domstolen udtrykkeligt blevet tillagt kompetence i relation til visse retsakter henhørende under FUSP, hvilket har bragt den tidligere gældende situation, hvori FUSP-området ikke var omfattet af Domstolens prøvelse, til ophør. Det bestemmes således i artikel 24, stk. 1, andet afsnit, TEU, med hensyn til traktaternes bestemmelser vedrørende FUSP, at Domstolen kun har kompetence til at kontrollere overholdelsen af artikel 40 TEU og prøve lovligheden af visse afgørelser, hvortil der henvises i artikel 275, stk. 2, TEUF. Ifølge sidstnævnte bestemmelse har Domstolen bl.a. kompetence til at træffe afgørelse i sager anlagt på de betingelser, der fremgår af artikel 263, stk. 4, TEUF vedrørende prøvelsen af lovligheden af afgørelser om restriktive foranstaltninger over for fysiske eller juridiske personer vedtaget af Rådet på grundlag af afsnit V, kapitel 2, i EU-traktaten²⁶.

27. For det andet kan artikel 40 TEU fortolkes således, at den ved at bestemme, at gennemførelsen af FUSP ikke berører anvendelsen af artikel 3 TEUF til artikel 6 TEUF, udtrykkeligt pålægger Domstolen at sikre afgrænsningen af FUSP på den ene side over for de under EUF-traktaten henhørende politikker og procedurer på den anden side. Det nye ved denne bestemmelse i forhold til den tidligere artikel 47 TEU (således som den var affattet før Lissabontraktaten) består i, at »ikke-påvirkningsforpligtelsen« virker i begge retninger, da den både tager sigte på at beskytte Unionens politikker mod en eventuel delvis overlapning af disse og det mellemstatslige samarbejdes mekanismer og at »beskytte« FUSP mod eventuelle lignende virkninger af Unionens politikker²⁷.

23 — Det skal dog bemærkes, at den fritagelse for retsforfølgning, der indrømmes FUSP-missioner og deres personel, kan have konsekvenser for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder i værtsstaten i henhold til artikel 6 TEU. Hvad menneskerettighederne angår jf. med hensyn til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) manglende kompetence til at påkende overtrædelser af artikel 2 og 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev undertegnet i Rom den 4. november 1950, som kan tilskrives De Forenede Nationer på Kosovos område, EMD's dom i sagen *Behrami og Behrami mod Frankrig*, klage nr. 71412/01 og i sagen *Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge*, klage nr. 78166/01. Dette spørgsmål har forbindelse med den aktuelle debat om de ekstraterritoriale virkninger af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, jf. V. Moreno-Lax: *The Extraterritorial Application of The EU Charter of Fundamental Rights*, i *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*. Hart 2014, s. 1657-1683. Med hensyn til det ansvar, der påhviler en stat, som udøver »faktisk kontrol« med et område uden for sit nationale område, jf. EMD's dom i sagen *Loizidou mod Tyrkiet*, klage nr. 15318/89 og den snævre fortolkning heraf i Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen *Bankovic mod Belgien*, klage nr. 52207/99. Spørgsmålet om domstolsbeskyttelse har dog ikke nogen direkte betydning for det spørgsmål, Domstolen har stillet i den foreliggende sag.

24 — Udtalelse 2/13, EU:C:2014:2454, punkt 252 og 253.

25 — Jf. Ch. Hillion: *A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy*, i *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford, 2014, s. 47-73.

26 — Dette har ført til dels en meget omfattende praksis ved Unionens retsinstanser (jf. domme Kommissionen m.fl. mod Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P og C-595/10 P, EU:C:2013:518, Rådet mod Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, C-348/12 P, EU:C:2013:776, Bank Melli Iran mod Rådet, T-35/10 og T-7/11, EU:T:2013:397, og Hassan mod Rådet, T-572/11, EU:T:2014:682), dels ændringer i procesreglementet for Den Europæiske Unions Ret (jf. udkast til Rettens procesreglement, som er tilgængeligt på adressen <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/doc-fr-0000.pdf>).

27 — Jf. S. Griller: *The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy*, i *The Court of Justice and the construction of Europe*. 2013, s. 675-692.

28. For det tredje skal betydningen af de forfatningsmæssige principper understreges, som Unionens institutioner skal overholde, når de handler inden for rammerne af dens optræden udadtil, og hvis overholdelse det påhviler Domstolen at kontrollere²⁸. De nævnte principper skal, sammen med princippet om loyalt samarbejde, der nu er fastlagt i artikel 4, stk. 3, TEU, overholdes ved gennemførelsen af Unionens mål, som bl.a. omfatter FUSP. Det skal i denne forbindelse påpeges, at det bestemmes i artikel 21, stk. 3, TEU, at Unionen i forbindelse med udarbejdelsen og gennemførelsen af sin optræden udadtil skal overholde de principper, der har ligget til grund for dens egen oprettelse (og hvortil der henvises i samme artikels stk. 1 og 2).

29. Endelig blev Domstolen allerede før Lissabontraktatens ikrafttrædelse forelagt spørgsmålet om afgrænsningen af Unionens politikker, bl.a. i forbindelse med diskussionen om varer med såkaldt »dobbelt anvendelse«²⁹ i Werner-sagen, hvori den påpegede, at »en foranstaltning, hvis virkning er at forhindre eller begrænse udførslen af visse varer [...] ikke [kan] unddrages den fælles handelspolitikks anvendelsesområde med den begrundelse, at foranstaltningen sigter mod at nå udenrigs- eller sikkerhedspolitiske mål«³⁰. Derimod understregede Domstolen med hensyn til en foranstaltning til bekæmpelse af spredningen af lette våben, at Unionen i henhold til artikel 47 EU ikke kunne benytte et retsgrundlag henhørende under FUSP med henblik på at vedtage bestemmelser, der ligeledes henhørte under en kompetence, der var tildelt Fællesskabet ved EF-traktaten³¹.

30. Domstolen er følgelig fremdeles den grundlæggende vogter af afgrænsningen af kompetencer. Det er på baggrund af disse konstateringer, at det skal undersøges, om Domstolens kompetence omfatter retsakter, som EU-missioner udsteder inden for rammerne af gennemførelsen af Unionens budget.

V – Unionens budget og kontrollen med dette i forbindelse med Unionens optræden udadtil

A – Kort sammenfatning af Eulex Kosovos status

31. Således som det med rette fremhæves i Rådets førnævnte konklusioner³², »bør der sikres størst mulig sammenhæng mellem de aktioner, henholdsvis Unionen og medlemsstaterne gennemfører for at støtte partnerlande og regionale partnerorganisationer [...], således at disse gradvis kan forbedre deres evne til at selv forebygge eller håndtere kriser«.

32. Således som det fremgår af artikel 2 i fælles aktion 2008/124, skal Eulex Kosovo bistå Kosovoinstitutionerne, de retslige myndigheder og retshåndhævende myndigheder med at gøre fremskridt i retning af bæredygtighed og ansvarlighed, således at de overholder internationalt anerkendte standarder og bedste europæiske praksis.

28 — Jf. i denne retning domme Rådet mod Hautala (C-353/99 P, EU:C:2001:661, præmis 28 og 29) og Parlamentet mod Rådet (C-658/11, EU:C:2014:2025, præmis 79).

29 — Der er tale om varer, der kan anvendes til såvel militære som civile formål.

30 — Dom Werner (C-70/94, EU:C:1995:328, præmis 10). Denne fortolkning foranledigede lovgiver til at udskifte den retlige ramme, der oprindeligt var baseret på en fælles aktion henhørende under FUSP og en forordning udstedt inden for rammerne af den fælles handelspolitik med en forordning, der udelukkende var baseret på handelspolitikken; jf. Rådets forordning (EF) nr. 1334/2000 af 22.6.2000 om en fællesskabsordning for kontrol med udførslen af produkter og teknologi med dobbelt anvendelse (EFT L 159, s. 1).

31 — Dom Kommissionen mod Rådet (C-91/05, EU:C:2008:288, præmis 77). Jf. derudover med henblik på en vurdering, der taler for *judicial restraint* i relation til FUSP, generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Kommissionen mod Grækenland (C-120/94, EU:C:1995:109, punkt 54).

32 — Rådets konklusioner af 12.5.2014 vedrørende EU's samlede tilgang, punkt 11.

33. Eulex Kosovo-missionen, der udspringer af De Forenede Nationers resolution 1244³³, er den største civile mission, der nogensinde er udsendt inden for rammerne af FUSP. Dens personel består hovedsagelig af dommere, anklagere, politifolk og toldklarerere og tæller 800 internationale og 800 nationale medlemmer. Missionens budget beløber sig til 90 mio. EUR pr. år³⁴ og finansieres ved bidrag fra størstedelen af Unionens medlemsstater samt Canada, Kongeriget Norge, Det Schweiziske Forbund, Republikken Tyrkiet og Amerikas Forenede Stater³⁵.

34. Det fremgår af sagens akter, at Eulex Kosovo har status som en krisestyringsoperation, der henhører under Rådets ansvar og er iværksat af dette og undergivet dets politiske kontrol og strategiske ledelse³⁶. At lovgiver ønsker at betragte missioner som blotte »operationer«, fremgik faktisk af bestemmelserne i fælles aktion 2008/124³⁷.

35. Det skal dog fremhæves, at lovgiver flere gange har ændret fælles aktion 2008/124³⁸, bl.a. ved Rådets afgørelse 2014/349/FUSP³⁹ (herefter »den fælles aktion 2008/124, som ændret«). Ifølge artikel 15a i den fælles aktion 2008/124, som ændret, har Eulex Kosovo beføjelse til at erhverve tjenester og leveringer, indgå kontrakter og administrative ordninger, ansætte personale, indehave bankkonti, erhverve og afhænde aktiver og indfri sine forpligtelser *samt optræde som part i retssager* som påkrævet for at gennemføre den fælles aktion. I øvrigt skal det bemærkes, at denne ændring – i modsætning til hvad Eulex Kosovo hævdede under retsmødet – ikke kun blev foretaget for Eulex Kosovo, men også for Den Europæiske Unions FSFP-mission i Niger⁴⁰.

B – Budgetbestemmelserne for FUSP som grundlag for Domstolens kompetence

1. Finansieringen over Unionens budget

36. Det skal påpeges, at der, da Maastrichttraktaten blev undertegnet, blev sondret mellem administrationsudgifter og aktionsudgifter afholdt inden for rammerne af anden søjle, idet de førstnævnte altid blev afholdt over fællesskabsbudgettet. Jeg mener derfor, at problematikken om budgetudgifter aldrig har været, og fremdeles ikke er, relevant i forbindelse med FUSP. Det gjaldt nemlig allerede dengang, at en del af finansieringen af FUSP skulle være undergivet Fællesskabets budgetbestemmelser, herunder det dermed forbundne kontrolsystem.

33 — Den 10.6.1999 vedtog De Forenede Nationers Sikkerhedsråd resolution 1244 (herefter »resolution 1244«), hvorefter Sikkerhedsrådet: »[b]eslutter, at den internationale civile tilstedeværelse og den internationale sikkerhedsmæssige tilstedeværelse etableres for en første periode på 12 måneder og videreføres, så længe Rådet ikke træffer anden afgørelse« (punkt 19), »[b]emyndiger generalsekretæren til i samarbejde med de kompetente internationale organisationer at etablere en international civil tilstedeværelse i Kosovo« (punkt 10).

34 — Om den finansielle ordning jf. artikel 16 i fælles aktion 2008/124, som ændret.

35 — For yderligere detaljer jf. http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eulex-kosovo/pdf/factsheet_eulex_kosovo_en.pdf

36 — I modsætning til, hvad Eulex Kosovos repræsentant synes at mene, er Eulex Kosovo er således ikke en mission etableret inden for rammerne af De Forenede Nationer.

37 — Jf. bl.a. artikel 10, stk. 2, i fælles aktion 2008/124. Desuden har chefen for Eulex Kosovo-missionen indgået en kontrakt med Kommissionen og er således ikke blevet ansat på grundlag af en udvælgelsesprøve efter den procedure, de europæiske institutioners organer benytter, men som en uafhængig rådgiver for et bestemt tidsrum.

38 — Rådets fælles aktion 2009/445/FUSP af 9.6.2009 (EUT L 148, s. 33), Rådets afgørelse 2010/322/FUSP af 8.6.2010 (EUT L 145, s. 13), Rådets afgørelse 2010/619/FUSP af 15.10.2010 (EUT L 272, s. 19), Rådets afgørelse 2011/687/FUSP af 14.10.2011 (EUT L 270, s. 31), Rådets afgørelse 2011/752/FUSP af 24.11.2011 (EUT L 310, s. 10), Rådets afgørelse 2012/291/FUSP af 5.6.2012 (EUT L 146, s. 46), Rådets afgørelse 2013/241/FUSP af 27.5.2013 (EUT L 141, s. 47), Rådets afgørelse 2014/349/FUSP af 12.6.2014 (EUT L 174, s. 42) og Rådets afgørelse 2014/685/FUSP af 29.9.2014 (EUT L 284, s. 51).

39 — Rådets afgørelse 2014/349/FUSP af 12.6.2014 (EUT L 174, s. 42).

40 — Rådets afgørelse 2014/482/FUSP af 22.7.2014 om ændring af afgørelse 2012/392/FUSP om Den Europæiske Unions FSFP-mission i Niger (EUCAP Sahel Niger) (EUT L 217, s. 31). Virkningerne af ændringen af fælles aktion 2008/124 kommenteres i sidste del af dette forslag til afgørelse, jf. punkt 63 og 64.

37. Derimod henhørte aktionsudgifter ifølge Maastrichttraktaten under Rådets kompetence, idet dette enten kunne lade dem afholde af medlemsstaterne eller over fællesskabsbudgettet. Ved Amsterdamtraktaten blev aktionsudgifter henført til fællesskabsbudgettet, men den fastsatte samtidig to undtagelser for udgifter til militære operationer eller på forsvarsområdet, idet Rådet bevarede kompetencen til at træffe anden afgørelse med enstemmighed.

38. Ved Lissabontraktaten blev den eksisterende særordning videreført. Ifølge artikel 41, stk. 1, TEU skal administrationsudgifter i forbindelse med gennemførelsen af FUSP således afholdes over Unionens budget⁴¹, mens aktionsudgifter i henhold til artikel 41, stk. 3, TEU henhører under Unionens budget i overensstemmelse med det princip, der er fulgt siden Amsterdamtraktaten. Efter deres art finansierer ESFP-missioner således af medlemsstaterne i forhold til deres bruttonationalprodukt (BNP), når der er tale om finansiering af militære operationer, mens civile og administrative udgifter afholdes af Den Europæiske Union⁴². Ifølge den interinstitutionelle aftale af 2013⁴³ opføres de samlede FUSP-aktionsudgifter under ét og samme kapitel i budgettet med overskriften »FUSP«⁴⁴.

39. I det foreliggende tilfælde forvaltes samtlige udgifter i forbindelse med Eulex Kosovo, således som det fremgår af artikel 16 i den fælles aktion 2008/124⁴⁵, efter de fællesskabsretlige regler og procedurer, der gælder for EU's almindelige budget⁴⁶.

40. I den forbindelse kan der, da FUSP-foranstaltninger indgår i Unionens budgetposter, ikke herske tvivl om, at forvaltningen af budgettet og den dermed forbundne kontrol henhører under EU-institutionernes kompetence. Ifølge artikel 310, stk. 1, TEUF skal alle Unionens indtægter og udgifter optages i budgettet. Unionens årlige budget fastlægges af Europa-Parlamentet og Rådet i overensstemmelse med artikel 314 TEUF. Flere aktører deltager i gennemførelsen af budgettet til finansiering af FUSP-foranstaltninger, bl.a. Rådet, Rådets arbejdsgruppe af FUSP-rådgivere, Parlamentet, Kommissionen og medlemsstaterne.

41 — Ved Lissabontraktaten blev der ligeledes indført to andre instrumenter til finansiering af militære operationer, nemlig dels en procedure for hasteforanstaltninger, dels en opstartsfond til finansiering af forberedende aktiviteter (jf. artikel 41, stk. 3, TEU).

42 — M. Carpentier: »La coordination des dépenses étatiques par la Commission. L'exemple de la PESC«, *Revue Française de Finances Publiques*, nr. 125, februar 2014.

43 — Interinstitutionel aftale af 2.12.2013 mellem Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen om budgetdisciplin, om samarbejde på budgetområdet og om forsvarlig økonomisk forvaltning (EUT C 373, s. 1).

44 — Det kan bemærkes i denne forbindelse, at denne praksis savner gennemsigtighed, navnlig på baggrund af solidaritetsbestemmelsen på forsvarsområdet i artikel 222 TEUF og artikel 42, stk. 7, TEU, eftersom udgifter til operationer med militære implikationer ikke opføres i unionsbudgettet. Ifølge de nævnte artikler kan Unionen nemlig anvende sine militære midler til at yde Den Forenede Nationer (FN) og Den Nordatlantiske Traktats Organisation (NATO) hjælp og bistand, uden at det står klart, om Unionen skal påtage sig de militære udgifter, som er forbundet hermed.

45 — Den fælles aktions artikel 16 er affattet således:

»1. Det finansielle referencegrundlag til dækning af udgifterne i forbindelse med EULEX KOSOVO for en periode på 16 måneder begyndende fra godkendelsen af OPLAN er på 205 000 000 EUR.

2. Alle udgifter forvaltes efter de fællesskabsretlige regler og procedurer, der gælder for EU's almindelige budget, bortset fra at eventuelle forfinansieringer ikke forbliver Fællesskabets ejendom.

3. Missionschefen kan med Kommissionens godkendelse indgå tekniske ordninger med medlemsstaterne, deltagende tredjelande og andre internationale aktører i Kosovo vedrørende udstyr, tjenesteydelser og lokaler til EULEX KOSOVO [...]

4. Missionschefen refererer fuldt og helt til Kommissionen, som fører tilsyn med vedkommende, for så vidt angår det arbejde, der udføres inden for rammerne af hans kontrakt.

5. De finansielle ordninger skal opfylde EULEX KOSOVO's operative krav, herunder udstyrets kompatibilitet og holdenes interoperabilitet, og skal tage hensyn til deployeringen af personale i regionale kontorer.«

46 — Det skal nævnes, at der er blevet foretaget flere ændringer af fælles aktion 2008/124 for at tilpasse og forøge det finansielle referencegrundlag for Eulex Kosovo-missionen. Jf. i denne henseende de ændringer, som blev foretaget ved fælles aktion 2009/445/FUSP og ved afgørelse 2010/322.

41. Domstolens kompetence følger således af, at udgifterne afholdes over Unionens budget, og af, at der træffes afgørelser, der skal sikre, at budgettet gennemføres i forbindelse med de funktioner, der varetages af enheder oprettet i henhold til retsakter vedrørende FUSP. Denne konstatering strider ikke imod bestemmelserne i artikel 24, stk. 1, andet afsnit, sidste punktum, TEU og artikel 275, stk. 1, TEU, om, at Domstolen principielt ikke har nogen kompetence for så vidt angår bestemmelserne vedrørende FUSP og for så vidt angår retsakter vedtaget på grundlag af disse bestemmelser⁴⁷.

42. De i artikel 310, stk. 3, TEUF omhandlede retsakter, der involverer Unionens budget og vedrører forvaltningen af de enheders funktion, som er oprettet inden for rammerne af FUSP, skal nemlig holdes adskilt fra retsakter vedtaget i medfør af traktaternes bestemmelser om FUSP, såsom fælles aktion 2008/124, og retsakter udstedt af organer oprettet i henhold til bestemmelserne om FUSP, som vedrører FUSP.

43. Af disse grunde deler jeg ikke det standpunkt, som er blevet fremført af Kommissionen, der i sit svar til Domstolen principalt har gjort gældende, at Unionens retsinstanser i det foreliggende tilfælde er blevet forelagt et ulovlighedsanbringende om tilsidesættelse af reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter, som udgør en »normativ parameter, der ligger uden for FUSP«, hvilket gør det muligt at fastslå, at bestemmelsen om manglende kompetence i artikel 275, stk. 1, TEUF ikke finder anvendelse, idet det er ufornuddent at undersøge, om den anfægtede retsakt selv er en retsakt, der er udstedt på grundlag af en FUSP-bestemmelse.

44. Endvidere er der i EU-retten ikke belæg for den af repræsentanten for Eulex Kosovo fremførte såkaldte teori om »tyngdepunktet« eller »politiske retsakter«, der skulle gøre det muligt at fastslå, at Domstolen principielt ikke er kompetent, eller at den er kompetent, men forpligtet til ikke at udøve sin kompetence. Det er tilstrækkeligt at påpege, at prøvelsen af lovligheden af Unionens retsakter udgør en grundlæggende og konstant værdi i Unionens retsorden. I dette retsfællesskab er både dets medlemsstater og dets institutioner undergivet kontrol med, at deres retsakter er forenelige med det forfatningsmæssige grundlag, som er traktaten. Ved traktaten er der derfor indført et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, hvormed Domstolen skal kunne kontrollere legaliteten af institutionernes retsakter⁴⁸. »Retten til domstolsprøvelse er et grundlæggende krav i en retsstat«, det er dens »naturlige følge«, »en landvinding og et retsstatsprincip«⁴⁹.

45. Desuden kan Unionens budget, når det anvendes til at finansiere FUSP-foranstaltninger, på baggrund af ovennævnte retspraksis, navnlig dom Werner (C-112/91, EU:C:1993:27), ikke undtages fra de budgetbestemmelser, der gælder for EU-rettens politikker og procedurer.

46. For at afgrænse Domstolens kompetence skal de gældende regler imidlertid fortolkes i relation til gennemførelsen af Unionens budget, navnlig på det område, som de offentlige udbud udgør, der kan afholdes inden for rammerne af Unionens optræden udadtil.

2. Gennemførelsen af udgifter inden for rammerne af FUSP

47. Indledningsvis har gennemførelsen af Unionens budget på det område, Unionens optræden udadtil udgør, historisk betragtet været undergivet en kontrol, som har vist sig mangelfuld lige fra begyndelsen. Allerede i 1996 påviste Revisionsretten svag kontrol og alvorlige uregelmæssigheder i forbindelse med en procedure angående tjenesteydelser vedrørende logistisk bistand⁵⁰. Senere fremhævede Revisionsretten i udtalelse nr. 1/97 vedrørende FUSP manglen på retningslinjer for Kommissionens

47 — Med hensyn til den klassiske strid om valget af retsgrundlag jf. dom Parlamentet mod Rådet (C-658/11, EU:C:2014:2025).

48 — Dom Les Verts mod Parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, præmis 23).

49 — Generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Gestoras Pro Amnistía m.fl. mod Rådet (C-354/04 P, EU:C:2006:667).

50 — Særberetning nr. 4/96 om regnskaberne for den europæiske valggruppe, der oprettedes som led i den fælles aktion under den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik med henblik på overvågning af de palæstinensiske valg, med Kommissionens svar (EFT 1997 C 57, s. 1, punkt 32).

deltagelse i fastlæggelsen af de finansielle, retlige og operationelle bestemmelser for gennemførelsen af FUSP-foranstaltninger med finansiell indvirkning⁵¹. Blandt Revisionsrettens anbefalinger i anledning af dens særberetning nr. 13/2001 indgik, at der måtte indføres klare regler for Kommissionens rolle i forbindelse med implementeringen af FUSP og for gennemsigtighed i den økonomiske forvaltning af FUSP-aktionerne⁵². I særberetning nr. 11/2014 om oprettelsen af Tjenesten for EU's Optræden Udadtil (EU-Udenrigstjenesten)⁵³ pegede Revisionsretten i særdeleshed på den mangelfulde integration af Unionens særlige repræsentanter i EU-Udenrigstjenesten⁵⁴. Endelig skal det bemærkes, at Revisionsretten i 2012 udarbejdede en beretning, der særligt vedrørte Eulex Kosovo-missionen⁵⁵.

48. Med hensyn til særlige budgetregler bestemmes det i artikel 317 TEUF, at Kommissionen i samarbejde med medlemsstaterne og i overensstemmelse med den i medfør af artikel 322 TEUF udstedte forordning gennemfører budgettet på eget ansvar inden for rammerne af de givne bevillinger i overensstemmelse med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning. Denne bestemmelse udgør retsgrundlaget for finansforordningen, som har til formål at fastlægge regler for opstillingen og gennemførelsen af Unionens almindelige budget. Den skal derfor fortolkes således, at den ligeledes finder anvendelse på retsakter til forvaltning og gennemførelse af budgettet, som udstedes af EU-missioner og henhører under Unionens optræden udadtil.

49. I det foreliggende tilfælde var den finansforordning, der finder anvendelse på sagens faktiske omstændigheder, den, som blev vedtaget i henhold til artikel 279 EF (nu artikel 322 TEUF), dvs. Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002, som ændret, bl.a. med hensyn til EU-Udenrigstjenesten, ved Rådets og Europa-Parlamentets forordning (EU, Euratom) nr. 1081/2010 af 24. november 2010⁵⁶, eftersom Elitaliana modtog skrivelsen med den omtvistede afgørelse om selskabets placering den 29. marts 2012⁵⁷. Artikel 4 i finansforordning nr. 1605/2002, hvori principperne om enhed og et realistisk budget fastlægges, bestemmer, at *Fællesskabernes udgifter og indtægter bl.a. omfatter udgifter på FUSP-området*. Kommissionen skal således samtidig med budgetforslaget forelægge et dokument med angivelse af bl.a. samtlige administrations- og aktionsudgifter, som er forbundet med Unionens optræden udadtil, herunder missioner henhørende under FUSP, der finansieres over Unionens budget⁵⁸.

50. Endvidere bestemmes det i finansforordning nr. 1605/2002, at forvaltningen af budgettet kan varetages enten direkte af Kommissionens tjenestegrene eller indirekte ved uddelegering til fællesskabsretlige organer eller nationale offentligretlige organer⁵⁹. I artikel 54 åbner forordningen mulighed for, at Kommissionen, når den gennemfører budgettet ved indirekte central forvaltning eller ved decentral forvaltning⁶⁰, uddelegerer budgetgennemførelsesopgaver til personer, der har fået overdraget gennemførelsen af specifikke foranstaltninger inden for FUSP i henhold til afsnit V i EU-traktaten, som er identificeret i den relevante basisretsakt som omhandlet i forordningens artikel 49. I artikel 49 i finansforordning nr. 1605/2002 angives som en af de under FUSP henhørende basisretsakter vedtagelsen af fælles aktioner som omhandlet i artikel 14⁶¹. Det er ubestridt, at fælles aktion 2008/124, hvorved Eulex Kosovo blev oprettet, blev vedtaget i medfør af artikel 14 TEU.

51 — Udtalelse nr. 1/97 er ikke blevet offentliggjort, men findes i bilag 5b til Revisionsrettens særberetning nr. 13/2001 om FUSP (jf. punkt 10, fodnote 2, i beretning nr. 13/2001) (EFT C 338, s. 1).

52 — Revisionsrettens førnævnte særberetning nr. 13/2001 om FUSP.

53 — Særberetning nr. 11/2014, »Oprettelsen af Tjenesten for EU's Optræden Udadtil«, tilgængelig på adressen http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR14_11/SR14_11_DA.pdf

54 — Punkt 35 ff. i Revisionsrettens særberetning nr. 11/2014.

55 — Særberetning nr. 18/2012 om Den Europæiske Unions bistand til Kosovo på retsstatsområdet, tilgængelig på adressen http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/cont/dv/eca_sr182012_/eca_sr182012_da.pdf

56 — EUT L 311, s. 9.

57 — Dvs. inden finansforordning nr. 966/2012, som er gældende fra den 1.1.2013, trådte i kraft den 26.10.2012.

58 — Artikel 33 i finansforordning nr. 1605/2002.

59 — Jf. 16. betragtning til finansforordning nr. 1605/2002.

60 — I overensstemmelse med artikel 53a eller 53b i finansforordning nr. 1605/2002.

61 — I den affattelse, der følger af Nicetraktaten.

51. Hvad således angår Eulex Kosovo har missionschefen ifølge artikel 8, stk. 4, i fælles aktion 2008/124 ansvaret for gennemførelsen af missionens budget og undertegner med henblik herpå en kontrakt med Kommissionen. Endvidere refererer missionschefen ifølge artikel 16 vedrørende finansielle ordninger i fælles aktion 2008/124 fuldt og helt til Kommissionen, som fører tilsyn med vedkommende, for så vidt angår det arbejde, der udføres inden for rammerne af hans kontrakt.

52. Endvidere bemærkes, at Kommissionen i juni 2012 vedtog en meddelelse om den finansielle forvaltning af ESFP-missionerne⁶². Meddelelsen indeholdt en anmodning til Rådet om at give disse missioner status som juridiske personer for at gøre dem ansvarlige over for Kommissionen for de midler, de har fået betroet⁶³. Skønt der er tale om et fortroligt dokument, synes ændringerne af fælles aktion 2008/124, navnlig indsættelsen af artikel 15a i den fælles aktion, som ændret, at efterkomme denne anmodning⁶⁴. Endelig skal jeg ligeledes nævne den rolle, Kommissionens Tjeneste for Udenrigspolitiske Instrumenter (FPI) spiller i forbindelse med forvaltningen af Unionens budget⁶⁵.

3. Kontrollen med offentlige udbud inden for rammerne af Unionens optræden udadtil

53. Således som det fremgår af den appellerede kendelse, blev der inden for rammerne af Eulex Kosovo offentliggjort en begrænset udbudsbekendtgørelse, som vedrørte et projekt med titlen »Helikopterstøtte til Eulex-missionen i Kosovo«, og som havde til formål at indgå en tjenesteydelseskontrakt. Som påpeget af Kommissionen, består den omtvistede retsakt således i den skriftlige meddelelse af 29. marts 2012, hvori chefen for Eulex Kosovo-missionen oplyste sagsøgeren om, at han havde besluttet at tildele konkurrenten, det irske selskab Starlite, hvis tilbud var blevet placeret som nr. 1, den pågældende offentlige kontrakt og følgelig at se bort fra tilbuddet fra det italienske selskab Elitaliana, hvis tilbud var blevet placeret som nr. 2⁶⁶.

54. Der er således tale om tildeling af en tjenesteydelseskontrakt, som giver anledning til udbetaling af beløb, der afholdes over Unionens budget⁶⁷.

55. Således som Kommissionen korrekt har anført, udgør den omtvistede afgørelse en retsakt til gennemførelse af Unionens budget, som ikke kan falde ind under anvendelsesområdet for bestemmelsen om manglende kompetence i artikel 24, stk. 1, andet afsnit, TEU og artikel 275, stk. 1, TEUF, selv om afgørelsen er blevet truffet af et organ oprettet i henhold til afsnit V i EU-traktaten. Kommissionen har endvidere peget på, at chefen for Eulex Kosovo-missionen i det foreliggende tilfælde handlede inden for rammerne af Kommissionens finansielle beføjelser, og at hans handlinger derfor ikke henhører under FUSP. Dette synspunkt er ikke blot i overensstemmelse med de ovennævnte bestemmelser i finansforordningen – hvad enten det drejer sig om de bestemmelser, der finder anvendelse *ratione temporis*, eller de nugældende bestemmelser – men ligeledes med de beføjelser, der tillægges Kommissionen i traktaterne (artikel 17, stk. 1, fjerde punktum, TEU), og hvortil der også henvises i artikel 9, stk. 1, i afgørelse 2010/427/EU om Tjenesten for EU's Optræden Udadtil⁶⁸.

62 — C(2012)4052/F1, Communication from the Commission, Rules for the Financial management of the CFSP Missions.

63 — Jf. førnævnte meddelelse C(2012)4052/F1. Der henvises til meddelelsen, som ikke er offentligt tilgængelig, i Revisionsrettens førnævnte særberetning nr. 18/2012.

64 — Ydermere kan det nævnes, at der i forordning nr. 966/2012 ligeledes tages hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende i forbindelse med FUSP.

65 — Jf. FPI's årsberetning, som er tilgængelig i en engelsk udgave på adressen http://ec.europa.eu/dgs/fpi/documents/fpi_activity_report_2012_en.pdf

66 — Under retsmødet hævdede repræsentanten for Eulex Kosovo imidlertid, at valget mellem Starlite og Elitaliana var et politisk valg, men det strider imod sagsøgerens skriftlige indlæg.

67 — Det skal bemærkes, at Retten allerede er blevet forelagt spørgsmålet om kontrollen med lovligheden af offentlige udbud inden for rammerne af missioner i sag T-511/08, der vedrører Den Europæiske Unions politimission i Afghanistan (EUPOL Afghanistan), som er oprettet i medfør af Rådets fælles aktion 2007/369/FUSP af 30.5.2007 (EUT L 139, s. 33). Sagen er dog blevet slettet, efter at søgsmålet er blevet hævet (jf. kendelse afsagt af Rettens præsident Unity OSG FZE mod Rådet og EUPOL Afghanistan, EU:T:2010:138).

68 — Rådets afgørelse af 26.7.2010 om, hvordan Tjenesten for EU's Optræden Udadtil skal tilrettelægges og fungere (EUT L 201, s. 30).

56. Som følge af den omtvistede retsakts karakter er de relevante bestemmelser bestemmelserne om offentlige indkøbsaftaler i afsnit V i finansforordning nr. 1605/2002. Det fastslås i denne forordnings artikel 162 og 167, at de almindelige regler om offentlige indkøbsaftaler finder anvendelse på foranstaltninger udadtil, der finansieres over budgettet⁶⁹. Det fremgår af forordningen, at overholdelsen af principperne om klarhed og åbenhed og forsvarlig økonomisk forvaltning indebærer, at de organer, hvortil der uddelegeres gennemførelsesopgaver for Kommissionen, bl.a. skal råde over klare og åbne procedurer for indgåelse af aftaler og effektiv intern kontrol⁷⁰. Desuden understreges det i finansforordning nr. 1605/2002, at kontrakter, der indgås med fysiske personer, skal indeholde de almindelige principper for indgåelse af aftaler, der er fastsat i afsnit V i del I og i afsnit IV i del II i samme forordning for så vidt angår foranstaltninger udadtil⁷¹.

57. Med hensyn til forvaltningsmåden fremgår det af artikel 166, stk. 1, litra b), i finansforordning nr. 1605/2002, at foranstaltninger, der gennemføres inden for rammerne af FUSP, giver anledning til en kontrakt eller en aftale om tilskud mellem Kommissionen og fysiske eller juridiske personer, der er ansvarlige for foranstaltningernes gennemførelse. Endvidere defineres i artikel 167 i finansforordning nr. 1605/2002 begrebet »ordregivende myndighed«, som indbefatter »et organ henhørende under national ret eller folkeret eller *juridiske eller fysiske personer, der har indgået en aftale om finansiering eller tilskud med Kommissionen med henblik på gennemførelsen af en foranstaltning udadtil*«.

58. I det foreliggende tilfælde fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, at den drejede sig om helikopterbåren nødtransport til lægelige formål (»helicopter emergency medical service«) og luftbåren ambulancetransport (»air ambulance service«). De ønskede tjenesteydelser forekommer mig derfor i det mindste overvejende at have været af civil art. Desuden blev der i udbudsbekendtgørelsen henvist til missionschefen som den ordregivende myndighed (»contracting authority«), hvorfor bekendtgørelsen er omfattet af førnævnte bestemmelser i artikel 166 og 167 i finansforordning nr. 1605/2002⁷².

59. Det bemærkes i denne forbindelse, at der, bortset fra i stk. 3, ikke tilføjes noget relevant i artikel 16 i fælles aktion 2008/124, der giver grundlag for at fastslå, at Unionens retsinstanser er kompetente. Deres kompetence følger af de bestemmelser som helhed, der vedrører gennemførelsen af Unions budget, og hvoraf det fremgår, at det endelige ansvar påhviler Kommissionen.

60. Selv om det nu er fastslået, at Retten og Domstolen har kompetence til at påkende tvister vedrørende indgåelsen af offentlige kontrakter inden for rammerne af Unionens optræden udadtil, forholder det sig imidlertid således, at indgåelsen af sådanne kontrakter ikke desto mindre kan falde uden for Unionens retsinstansers kompetence, hvis kontrakterne vedrører foranstaltninger af militær art. Som tidligere nævnt afholdes operationer, der har indvirkning på militær- eller forsvarsområdet, nemlig i henhold til artikel 41 TUE over medlemsstaternes budget, medmindre Rådet træffer anden afgørelse. Når der derimod er tale om offentlige kontrakter af civil art, kan der ikke herske tvivl om, at Domstolen er kompetent⁷³.

69 — I øvrigt bemærkes, at den praktiske vejledning vedrørende procedurer for kontrakter i forbindelse med Unionens eksterne bistand (PRAG 2014) omhandler kontraktprocedurer, der gælder for alle kontrakter vedrørende Unionens eksterne bistand, som finansieres over Den Europæiske Unions almindelige budget (budgettet) og den 10. Europæiske Udviklingsfond (EUF), <http://ec.europa.eu/europeaid/prag/document.do?chapterId=1.&id=241>. I den omtvistede af Eulex Kosovo offentliggjorte udbudsbekendtgørelse henvises der til den dagældende version af vejledningen, jf. fodnote 1 i udbudsbekendtgørelsen (Service Contract Notice, Helicopter support to EULEX Mission in Kosovo n° 2, Pristina Kosovo), OJ/S S200 af 18.10.2011, nr. 324817-2011-EN (uddraget af Rettens akter i den sag, der gav anledning til den appellerede kendelse).

70 — 18. betragtning til finansforordning nr. 1605/2002.

71 — 45. betragtning til finansforordning nr. 1605/2002.

72 — Hvis dette ikke var tilfældet, har Domstolen under alle omstændigheder tidligere fastslået, at der skal lægges en formålsbestemt fortolkning til grund, når der er tale et organ, som ganske vist er oprettet for at udføre opgaver, som loven tildeler det, men ikke formelt er integreret i statens administration; jf. dom Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, præmis 11).

73 — Jf. ligeledes med hensyn til nationale offentlige kontrakter på forsvarsområdet og navnlig produkter, som en ordregivende myndighed har erhvervet specielt til militære formål, men som har en i det væsentlige tilsvarende civil anvendelse, dom Insinööritoimisto InsTiimi (C-615/10, EU:C:2012:324).

61. Hvad endelig angår tredjelandes deltagelse i finansieringen af operationer med civile formål er det tilstrækkeligt at henvise til Domstolens dom i sagen Nexans France mod Entreprise commune Fusion for Energy⁷⁴, hvoraf det fremgår, at inddragelse af tredjelandes budgetter ikke er til hinder for, at EU-retten finder anvendelse, og Unionens retsinstanser udøver kontrol. Desuden kan der ifølge finansforordning nr. 1605/2002 anvendes finansiering af eksterne aktører såsom tredjelande, uden at det medfører, at bestemmelserne om gennemførelse af unionsbudgettet ikke længere finder anvendelse⁷⁵.

VI – Supplerende bemærkninger

62. Jeg vil gerne fremsætte nogle korte supplerende bemærkninger om den appel, der danner baggrund for den foreliggende sag.

63. Hvad indledningsvis angår spørgsmålet om, hvilke konsekvenser den fælles aktion, som ændret, har for prøvelsen af den appellerede kendelse, står det fast, at det fastslås i den fælles aktions artikel 15a, at Eulex Kosovo kan optræde som part i retssager, og i dens artikel 16, at Eulex Kosovo har ansvaret for eventuelle krav og forpligtelser, der opstår som følge af gennemførelsen af mandatet fra den 15. juni 2014⁷⁶. På EU-retten nuværende udviklingstrin er det således klart fastlagt, hvilke retsmidler der muliggør en lovlighedsprøvelse for Retten, forudsat at betingelserne i artikel 263 TEUF overholdes.

64. Den foreliggende appelsag er imidlertid *ratione temporis* forankret i en anden retlig sammenhæng, og det foranlediger mig til at bekræfte mit standpunkt om, at det var med føje, at Retten ikke anså Eulex Kosovo for at have status som sagsøgt, og at Elitalianas søgsmål derfor måtte afvises, og at appellen må forkastes i det hele.

65. Den fælles aktion, som ændret, kan således ikke påvirke lovligheden af den appellerede kendelse. Endvidere mener jeg for så vidt angår den diskussion, der blev indledt på retsmødet om den rækkefølge, hvori såvel Retten som Domstolen behandler formalitetsindsigelser, ikke, at der er grundlag i EU-retten for at anse Rettens *rèsonnement* for at være behæftet med en retlig fejl, fordi den indledte sin behandling med at tage stilling til en afvisningsgrund *ratione personae*. Jeg mener tværtimod, at den af Retten valgte rækkefølge var fuldt berettiget på baggrund af princippet om procesøkonomi⁷⁷.

66. Under alle omstændigheder vil Unionens retsinstanser ikke i fremtiden kunne undgå at blive forelagt utilstrækkeligheden af beskyttelsen af privates rettigheder inden for rammerne af Unionens optræden udadtil. Sideløbende med debatten om missionernes og deres personales status for så vidt angår de privilegier og immuniteter, de tillægges, bør der derfor etableres retsmidler, som private kan anvende til prøvelse af retsakter udstedt af missionerne, der har virkninger for de pågældendes rettigheder og forpligtelser.

74 — T-415/10, EU:T:2013:141.

75 — Jf. artikel 162-165 i finansforordning nr. 1605/2002.

76 — Hvad dette angår har Eulex Kosovo i sit skriftlige indlæg rejst spørgsmål om, hvorvidt artikel 15a i fælles aktion 2008/124, som ændret, finder anvendelse med tilbagevirkende kraft. Henset til artikel 2 i Rådets afgørelse 2014/349/FUSP om ændring af fælles aktion 2008/124/FUSP finder jeg, at nævnte artikel 15a finder anvendelse fra ikrafttrædelsen af afgørelsen, dvs. fra den 12.6.2014.

77 — Jeg bemærker i denne forbindelse, at Domstolen i strid med mine anbefalinger i mit forslag til afgørelse Schweiz mod Kommissionen (C-547/10 P, EU:C:2012:565) og generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Rådet mod Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2001:511) godkendte den praksis ved Retten, hvorefter denne havde undladt at tage stilling til, om et søgsmål, som den forventede at forkaste for så vidt angår realiteten, kunne antages til realitetsbehandling. A maiori ad minus kan Domstolen ikke underkende Rettens valg med hensyn til, i hvilken rækkefølge den skulle tage stilling til formalitetsindsigelserne.

VII – Forslag til afgørelse

67. Henset til de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at fastslå følgende:

»I henhold til artikel 41, stk. 1 og 2, TEU har Den Europæiske Unions retsinstanser kompetence til at træffe afgørelse om lovligheden af en retsakt, der vedrører gennemførelsen af Den Europæiske Unions budget, og som er udstedt af en enhed, der er oprettet i medfør af en retsakt, der henhører under afsnit V i EU-traktaten vedrørende Den Europæiske Unions optræden udadtil og den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik.«