FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 7. marts 1990 *

Høje Domstol.

1. Tribunal d'instance du Mans har forelagt Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål angående tarifering af siliciumskiver.

2. Selskabet Powerex har siden 1967 importeret siliciumskiver fra USA, som gennem forskellige processer, som jeg skal komme tilbage til, omdannes til halvlederkomponenter, hvis væsentligste egenskab består i at lede elektrisk strøm i én retning.

3. Indtil 1981 anmeldte Powerex varerne som dele under pos. 85.21 E i Den Fælles Toldtarif, hvilket medførte en told på 5,8%. I 1981 fandt det franske toldvæsen, at de pågældende varer henhørte under pos. 85.21 D II, nemlig: »Dioder, transistorer og lignende halvlederkomponenter«, for hvilke der opkræves en told på 17%.

4. Tre retssager belyser striden mellem Powerex og det franske toldvæsen. Den første opstod i anledning af en efteropkrævning af 28. marts 1983, hvorved toldvæsenet krævede, at Powerex skulle efterbetale 2 798 663 FF for de importer, der havde fundet sted i tiden fra den 8. december 1980. Powerex påklagede denne afgørelse og anlagde sag for tribunal d'instance du Mans. Retssagen blev afgjort ved endelig dom af 23. november 1984, hvorved retten annullerede efteropkrævningen og tariferede de omtvistede varer under pos. 85.21 E.

5. Mens sagen blev behandlet, havde Powerex anmeldt varer under den toldposition, som toldvæsenet havde krævet, og havde således efter dommen af 23. november 1984 betalt for meget. Selskabet anlagde følgelig den 11. juli 1985 for samme ret sag angående tilbagesøgning af det for meget erlagte, hvorunder der krævedes tilbagebetaling af et beløb på 3 085 754 FF. Det franske toldvæsen gjorde herunder gældende, at der forelå et forslag til en fællesskabsforordning, hvorefter siliciumskiver, der har været underkastet en selektiv diffusion, skulle tariferes under pos. 85.21 D II. Tribunal d'instance du Mans forkastede denne argumentation og gav ved dom af 17. oktober 1986 Powerex medhold. Toldvæsenet påankede dommen, der imidlertid i det væsentlige blev stadfæstet ved cour d'appel d'Angers dom af 9. november 1987. Den 18. juli 1989 stadfæstede appelinstansen underrettens dom.

6. Den tredje retssag blev indledt af toldvæsenet den 4. november 1987, der under en sag anlagt for tribunal d'instance du Mans, krævede betaling af et beløb på 1 750 287 FF. Toldvæsenet henviste navnlig til udstedelsen af Kommissionens forordning (EØF) nr. 1203/86 af 23. april 1986 om tarifering

* Originalsprog: fransk.

af varer i position 85.21 D II i Den Fælles Toldtarif[1]. Under sagen gjorde Powerex gældende, at de importerede varer ikke henhørte under forordning nr. 1203/86's anvendelsesområde, samt at denne forordning var ugyldig.

7. Tribunal d'instance du Mans har følgelig stillet Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål, der i det væsentlige angår *fortolkningen* af forordning nr. 1203/86. Denne retsinstans ønsker en afgørelse af, om forordningen finder anvendelse på de komponenter, som Powerex har importeret, og i bekræftende fald om *gyldigheden* af den nævnte forordning samt om de *tidsmæssige retsvirkninger* af en eventuel ugyldighed.

8. Ved besvarelsen af det første spørgsmål må man se på, hvorledes Powerex' halvlederkomponenter fremstilles. Fremstillingsmetoden fremgår af en erklæring, udfærdiget af Michel Camus, der ved tribunal d'instance du Mans' dom af 7. september 1988 blev udmeldt som sagkyndig.

9. Det specielle ved siliciumatomet er, at det har fire elektroner i det yderste lag. Ved tilføjelse af flere atomer opnås et rent krystal, idet hvert atom deler otte elektroner i det yderste lag med fire naboatomer. Dette medfører, at alle elektronerne bliver fuldstændig stabile. Eftersom elektrisk strøm består af en strøm af elektroner, må man, for at opnå passage af elektrisk strøm alene i én retning, visse steder i siliciet tilsætte nogle ganske få fosfor- eller arsenikatomer (hvilket i den sagkyndige erklæring benævnes: »urenheder« eller »doteringsstof«), der har fem elektroner i det yderste lag, og andre steder bor-, gallium- eller aluminiumatomer, der har tre elektroner i det yderste lag. De førstnævnte felter af siliciet kaldes N, dvs. negativ, eftersom de indeholder et overskud af elektroner, der er negativt ladede; de andre felter benævnes P, dvs. positiv, eftersom de mangler elektroner. På samme siliciumskive kan man danne områder af typen N og områder af typen P (såkaldt »diskrete« felter). Der sker en let omplacering af elektroner fra N mod P, men strømmen vil til trods herfor kun kunne ledes i én retning. Mellem felterne N og P findes en neutral zone, der ved elektronpåvirkning kan orienteres mod N-zonen, hvilket indebærer en langt større sikkerhed for, at strømmen kun føres i én retning.

10. »Urenhedsmateriale« eller »doteringsstof« kan tilføres siliciet på to måder, hvilket, som det vil fremgå senere, er meget vigtigt. Den første og ældste metode er termisk diffusion. Den forudsætter en høj temperatur (i størrelsesordenen 1 100-1 200 °C). Den anden metode, der er mere effektiv, består i at udsætte silicium for højenergistiske elektroner (bestråling med elektroner), der skaber »huller« i siliciumskiven, hvis elektriske effekt svarer til dotering med en lille mængde urenheder. Denne fremgangsmåde fører imidlertid til, at energien og elektronstrømmen nøje kan kontrolleres, og at doteringseffekten kan justeres optimalt, hvilket ikke er muligt ved termisk diffusion alene. I Frankrig udføres bestråling med elektroner alene af selskabet Oris Industrie, Saclay, der er en filial af Commissariat à l'énergie atomique, eftersom metoden forudsætter en partikelaccelerator.

1 — EFT L 108, s. 20.

11. Den sagkyndige erklæring opdeler de elementer, der importeres af Powerex, i to typer, afhængig af deres forarbejdningsgrad. Delene af type A er mindre forarbejdede end delene af type B og må følgelig indføres i forarbejdningsprocessen på et tidligere stadium.

12. Nærmere betegnet har både delene af type A og type B i USA været underkastet en termisk diffusion for at skabe P- og N-zoner. De er ligeledes blevet anbragt på et underlag af molybden for at sikre en større styrke og en bedre elektrisk forbindelse i siliciumskiven. Delene af type B har desuden gennemgået en affasning, dvs. at siliciumskivens overflade er blevet poleret og har fået påført en isolerende lak, hvilke processer allesammen foretages i USA. Delene af type A må derimod yderligere gennemgå visse processer efter importen, navnlig en kemisk behandling til færdiggørelse af affasningen samt påføring af beskyttelseslakken. Hvad enten der er tale om dele af type A eller B, skal disse yderligere efter at være importeret til Frankrig underkastes en bestråling med elektroner til justering af siliciets elektriske egenskaber. Denne proces udføres i underentreprise af selskabet Oris Industrie. Ifølge den sagkyndige er dette et væsentligt led i bearbejdningen og kræver et meget specialiseret udstyr.

13. Endelig skal der foretages en såkaldt montering eller indkapsling af skiven, således at der opnås en fuldstændig sikkerhed, navnlig for så vidt angår det udstyr, der omgiver den, eftersom skiven vil blive udsat for elektrisk strøm på flere tusinde ampere. Denne proces kræver et særligt lokale, kaldet »operationsstuen«, der er fri for støvpartikler, samt en række særlige behandlinger, der tilfører produktet en betydelig værdi. Dette foretages på Powerex-fabrikken i Le Mans. Det må formodes, at det er denne sidste proces, som forordning nr. 1203/86, efter det franske toldvæsens bemærkninger at dømme, beskriver i fjerde betragtning, hvorefter den omhandler skiver, som endnu ikke er »forsynet med forbindelsesdele eller er indkapslet«.

14. Hvilke regler indeholder forordningen så herom? Ifølge artikel 1 skal »siliciumskiver, der har været underkastet en selektiv diffusion, således at der skabes diskrete felter, og som er anbragt på et underlag af molybden«, tariferes under pos. 85.21 D II. Det præciseres i fjerde betragtning, at »selv om [disse skiver] ikke er forsynet med forbindelsesdele eller er indkapslet, udgør de i sig selv halvlederkomponenter«.

15. En første vanskelighed ligger efter min opfattelse i begrebet »selektiv diffusion«. Man kan enten fortolke dette begreb udelukkende som termisk diffusion, uden bestråling med elektroner, i hvilket tilfælde de dele, der importeres af Powerex, har været underkastet en selektiv diffusion inden importen og følgelig utvivlsomt falder inden for forordning nr. 1203/86's anvendelsesområde, eller man kan antage, at dette begreb omfatter enhver proces, der frembringer diskrete felter, dvs. *både* termisk diffusion og bestråling med elektroner. I sidstnævnte tilfælde opstår der spørgsmål om, hvorvidt de af Powerex importerede dele faktisk falder inden for forordningens anvendelsesområde, eftersom bestrålingen foretages *efter* importen.

16. Hvordan skal begrebet selektiv diffusion da forstås? Hvis man henholder sig til de dokumenter, der er bilagt skønserklæring af 12. februar 1988, udfærdiget af Gilbert Gaussens efter anmodning fra Powerex,

specielt dokument nr. 1, på engelsk[2], lader det til, at udtrykket »diffusion« som videnskabelig term alene betegner termisk diffusion[3]. Kommissionen har imidlertid den 3. februar 1989 udstedt en forordning (EØF) nr. 288/89 om bestemmelse af integrerede kredsløbs oprindelse[4], i hvis tredje betragtning det anføres, at »ved diffusion forstås i denne sammenhæng den bearbejdning, hvorved integrerede kredsløb dannes på et halvledersubstrat ved selektiv indførsel af et passende doteringsmiddel«. Ifølge denne definition er bestråling med elektroner ligeledes diffusion, eftersom formålet hermed er »selektiv indførsel af et passende doteringsmiddel«. Uanset visse præciseringer af den tekniske sprogbrug, forekommer det mig uhensigtsmæssigt at anvende to forskellige definitioner af begrebet diffusion på to så nært beslægtede områder som integrerede kredsløb, jfr. forordning nr. 288/89, og halvlederkomponenter, jfr. forordning nr. 1203/86. Selv om definitionen af diffusion alene er anført i betragtningerne til en forordning, der er nyere end forordning nr. 1203/86, er det min opfattelse, at sidstnævnte forordning skal fortolkes i lyset af denne definition.

17. Det er således min opfattelse, at begrebet diffusion dækker *både* termisk diffusion og bestråling med elektroner. Kan man da ligeledes konkludere, at de dele, Powerex har importeret, og som ikke *endnu* har været underkastet denne bestråling, ikke falder inden for forordning nr. 1203/86's anvendelsesområde? Det mener jeg ikke. Disse dele har nemlig været underkastet en termisk diffusion i USA, og det er ikke bestridt af parterne, at den termiske diffusion er en selektiv diffusionsmetode. Selv om de skal underkastes endnu en selektiv diffusionsproces, nemlig ved bestråling, for til fulde at opnå en gennemgangs- og en spærreretning, kan man ikke derfor gå ud fra, at de ikke har været underkastet *nogen* selektiv diffusion. Både delene af type A og type B er bogstaveligt talt inden importen blevet underkastet en selektiv diffusion, hvorved der skabes diskrete felter. Følgelig falder de inden for forordning nr. 1203/86's anvendelsesområde. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen besvarer første spørgsmål således.

18. Herefter skal jeg behandle spørgsmålet om den omtvistede forordnings gyldighed. Powerex har fremført to indsigelser herimod: for det første, at forordningen er blevet udstedt på fejlagtigt grundlag, eftersom det er ukorrekt at sige, at siliciumskiverne kun mangler at blive forsynet med forbindelsesdele eller at blive indkapslet for at være halvlederkomponenter; for det andet, at Kommissionen har overtrådt sine beføjelser ved at tarifere de pågældende siliciumskiver under en toldposition, som efter fortolkningsreglerne for nomenklaturen ikke er anvendelig.

19. Det er helt korrekt, som det også fremgår af konklusionen i Michel Camus' skønserklæring, at siliciumskiverne ikke kun skal forsynes med forbindelsesdele eller indkapsles efter at have været underkastet en selektiv diffusion og anbragt på et underlag af molybden. De skal nemlig yderligere underkastes endnu en selektiv diffusion, nemlig ved bestråling. Hertil skal jeg imidlertid anføre, at den omtvistede forordnings fjerde betragtning er sålydende: »Selv om de oven-

2 — Dokument benævnt »Annealing effects on electron irradiated and gold diffused thyristors for fast switch application«, C. K. Chu and J. F. Donlon.

3 — Eksempelvis: »Fast switch diodes and thyristors can be made by either electron irradiation or gold diffusion«.

4 — EFT L 33, s. 23.

for beskrevne skiver ikke er forsynet med forbindelsesdele eller er indkapslet, udgør de i sig selv halvlederkomponenter«. Denne betragtning er efter min mening kritisabel af to grunde, for det første, fordi der heri øjensynlig gås ud fra, at der kun skal foretages en forsyning med forbindelsesdele og en indkapsling, hvilket er ukorrekt, og for det andet, hvilket er nok så væsentligt, at den fastslår, at i og med skiverne har gennemgået en selektiv diffusion, udgør de »i sig selv« halvlederkomponenter. Kommissionen har her anvendt regel nr. 2, litra a) i Almindelige Tariferingsbestemmelser vedrørende Nomenklaturen i Den Fælles Toldtarif, der bestemmer: »Når en bestemt vare nævnes i en positionstekst, omfatter positionen også ukomplette eller ufærdige varer af den omhandlede art, for så vidt de fremtræder som i det væsentlige komplette eller færdige varer«. Ved forordningen tariferes siliciumskiverne under pos. 85.21 D II, fordi de allerede er blevet underkastet en termisk diffusion, og de anses således for at fremtræde som i det væsentlige halvlederkomponenter. Efter min opfattelse ligger det største problem først og fremmest i, hvad der er en halvlederkomponents karakteristiske egenskaber, og om de af Powerex importerede skiver har disse egenskaber.

20. Hvad er da en halvlederkomponents karakteristiske egenskaber? Ifølge den sagkyndige erklæring »har delene af type A allerede struktur som en tyristor (flere lag NPNP) og de kan 'under laboratoriebetingelser' bringes til at fungere som en tyristor ved anvendelse af passende strømstyrker på anode, katode og styreelektrode«. Delene er selvsagt i den foreliggende tilstand endnu uanvendelige. Som Gilbert Gaussens forklarede under retsmødet, hvilket ikke blev bestridt, ville en anvendelse af delene i den foreliggende form medføre kortslutning. Skal man da anse en halvlederkomponents karakteristiske egenskab for at foreligge, når den kun leder strøm i én retning, selv om det sker på en simpel og uanvendelig måde, eller skal man derimod antage, at denne egenskab er at lede strøm i én retning, fejlfrit, og idet de elektriske strømme og deres intensitet er under kontrol? Jeg vil med det samme sige, at svaret efter min opfattelse må være det sidste. Begrebet karakteristisk egenskab kan efter min opfattelse ikke begrænses til alene at betyde »egnet til«; der må også tages hensyn til, om de primære funktionelle egenskaber, der normalt kræves, foreligger. Når regel nr. 2, litra a) i de Almindelige Tariferingsbestemmelser vedrørende Nomenklaturen i Den Fælles Toldtarif nævner ukomplette eller ufærdige varer, menes hermed færdiggørelses- eller samleprocesser, og måske også en lidt mere omfattende bearbejdning, men bestemt ikke en så avanceret og kostbar proces, som bestråling med elektroner, der udføres ved at lade delene passere gennem en partikelaccelerator, alene for at undgå kortslutning. Denne opfattelse finder støtte i fjerde betragtning i forordning nr. 288/89, hvori det udtales, at gennem diffusion får det integrerede kredsløb sin *fulde* funktionsevne. Hvis man anvender denne definition i den foreliggende sag, kan man ikke undlade at bemærke, at siliciumskiverne ved importen endnu ikke har fået deres fulde funktionsevne, eftersom de i den foreliggende tilstand er uanvendelige og kun lader elektrisk strøm passere i én retning på »laboratorieniveau«.

21. I øvrigt skal jeg om fornødent tilføje, at forordning nr. 1203/86 tilsyneladende vedrører relativt enkle samlingsprocesser, der ligger inden for en hvilken som helst detail-

lists muligheder, idet man øjensynligt heri går ud fra, at siliciumskiverne efter importen kun skal forsynes med forbindelsesdele eller indkapsles, hvorimod det for os er oplyst, at de skiver, som Powerex har importeret, yderligere skal gennemgå processer, der er særdeles avancerede, idet disse skal udføres under sterile forhold, ligesom delene herved tilføjes en betydelig værdi.

22. Mig bekendt har Domstolen ikke taget stilling til det nærmere indhold af begrebet samling i henseende til Den Fælles Toldtarif [5], men jeg kan dog anføre, at Domstolen i en nyere dom på et beslægtet område, nemlig varers oprindelse, udtalte:

»Som enkle samleprocesser må betragtes samleprocesser, der hverken kræver særligt uddannet personale til at udføre de pågældende arbejder, specialværktøj, eller fabrikker udstyret med særligt henblik på samlingen. Sådanne processer er ikke egnede til at give de pågældende varer deres væsentlige karakteristiska eller egenskaber« [6].

Domstolen har til brug for denne afgørelse som supplerende kriterium inddraget den merværdi, som samlingen medfører. I det omfang afgørelsen finder videre anvendelse, er det min opfattelse, at den avancerede samlingsproces, der er nødvendig i den foreliggende sag [7], ligeledes taler til støtte for, at siliciumskiverne tariferes under positionen »dele« og ikke under den position, der finder anvendelse for halvlederkomponenter.

23. Det er herefter min konklusion, at det under hensyn til den komplicerede samlingsproces må antages, at alene siliciumskiver, der har været underkastet en selektiv diffusion — ikke alene en termisk, men endvidere en diffusion ved bestråling med elektroner — og som herved har opnået den egenskab, at de fejlfrit leder strøm i én retning, henhører under positionen for halvlederkomponenter. Dette er ikke tilfældet med de skiver, Powerex har importeret. Den omtvistede forordning må anses for ugyldig, i det omfang den i henhold til artikel 1 generelt omhandler siliciumskiver, der har været underkastet en selektiv diffusion, og den følgelig finder anvendelse på skiver, der ikke i sig selv udgør halvlederkomponenter. Dette er mit forslag til besvarelsen af andet spørgsmål.

24. Det tredje spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, er, hvilken virkning en sådan ugyldighed har, for så vidt angår importer, der har fundet sted inden Domstolens dom. Dette er et klassisk problem. I Domstolens dom i den første Roquette-sag [8] statuerede den, at EØF-Traktatens artikel 174, stk. 2, fandt analog anvendelse på præjudicielle sager. I henhold til denne bestemmelse kan Domstolen angive, »hvilke af den annullerede forordnings virkninger, der skal betragtes som bestående«. En begrænsning af virkningerne, navnlig tidsmæssigt, er

5 — Måske med undtagelse af dom af 29. maj 1979, IMCO (165/78, Sml. s. 1938), der imidlertid ikke er relevant i nærværende sag.

6 — Dom af 13. december 1989, Brother International GmbH, præmis 17 (C-26/88, Sml. s. 4253).

7 — Jf. ovenfor, præmis 21.

8 — Dom af 15. oktober 1980, Roquette (145/79, Sml. s. 2917); jf. ligeledes dom af 15. oktober 1980, Société Maïseries de Beauce (109/79, Sml. s. 2883); dom af 15. oktober 1980, Société providence agricole (4/79, Sml. s. 2823); dom af 15. januar 1986, Pinna (41/84, Sml. s. 1); dom af 27. februar 1985, Société des produits de maïs (112/83, Sml. s. 719); dom af 22. maj 1985, Fragd (33/84, Sml. s. 1605).

imidlertid kun en undtagelse fra reglen om, at virkningen regnes fra udstedelsen af den anfægtede retsakt, der erklæres »ugyldig«. Som alle undtagelser må den fortolkes restriktivt, og dens rækkevidde må begrænses til de tilfælde, hvor det er påkrævet og velbegrundet, hvilket ifølge Domstolens praksis vil sige, hvor tvingende retssikkerhedshensyn tilsiger det. Eftersom den omtvistede forordning tilsyneladende kun finder anvendelse på Powerex' importer, synes retssikkerhedsmæssige grunde ikke at kunne medføre en begrænsning af virkningerne af en afgørelse om ugyldighed. Jeg vil foreslå Domstolen at besvare tredje spørgsmål på samme måde.

25. Jeg foreslår derfor Domstolen følgende besvarelse:

»1) Kommissionens forordning (EØF) nr. 1203/86 af 23. april 1986 om tarifering af varer i position 85.21 D II i Den Fælles Toldtarif skal fortolkes således, at den finder anvendelse på siliciumskiver, der har været underkastet en selektiv diffusion ved termisk diffusion, og som er anbragt på et underlag af molybden, selv om de blandt andet skal underkastes en selektiv diffusion ved bestråling med elektroner efter import i Fællesskabet.

2) Den nævnte forordning er ugyldig, i det omfang siliciumskiver, som ikke på tidspunktet for deres import fremtræder som i det væsentlige halvlederkomponenter, heri tariferes under position 85.21 D II i Den Fælles Toldtarif.

3) Der findes ikke at være grundlag for at begrænse virkningerne af ugyldigheden.«