føre retten til tilbagebetaling, hvilket endog gælder i det tilfælde, at tilbagebetalingen af andre afgifter og skatter opkrævet i strid med national ret er undergivet samme strenge betingelser.

Mertens de Wilmars Koopmans Bahlmann Galmot

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Due Everling

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. november 1983.

Justitssekretæren
efter bemyndigelse

H. A. Rühl
Ekspeditionssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. F. MANCINI FREMSAT DEN 27. SEPTEMBER 1983 [1]

Høje Domstol.

1. Denne præjudicielle sag angår et særligt aspekt af reglerne for tilbagesøgning af importafgifter, som nationale myndigheder har opkrævet på EF-stridigt grundlag. Efter Domstolens faste praksis gælder det, at medlemsstaterne er beføjet til at fastsætte betingelserne for tilbagesøgningen, når der ikke foreligger særlige EF-regler; deres beføjelse hertil er imidlertid begrænset, således at de, efter afsigelsen af Just-dommen (af 27. 2. 1980, sag 68/79, Sml. 1980, s. 501), skal overholde det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling og er forpligtet til at sikre, at retten til tilbagebetaling — som vel at mærke er af fællesskabsretlig karakter — kan håndhæves effektivt. I dag foreligger der en anmodning til Domstolen om at afgøre, hvorvidt de ovennævnte betingelser er opfyldt, dersom en national lovgivning som en ufravigelig betingelse for tilbagebetaling kræver, at erlæggeren ved skriftligt bevis

1 — Oversat fra italiensk.

godtgør, at den byrde, som udgøres af den uretmæssigt opkrævede afgift, er overvæltet på tredjemand, som varen er afhændet til. I den foreliggende sag stammer denne lovgivning fra 1982 og er indført i Italien; men de svar, som Domstolen giver den forelæggende ret, vil også få betydning i Frankrig, som to år tidligere indførte lignende regler, hvilket i øvrigt skete straks efter afsigelsen af den af mig omtalte dom.

Jeg skal kort gennemgå sagens omstændigheder. Lovbekendtgørelsen om sundhedsvæsenet, jfr. kongeligt dekret nr. 1265 af 27. juli 1934, foreskrev i artikel 32 sundhedskontrol i Italien af levende dyr, kød, indførte produkter og indførte rester af animalsk oprindelse samt af udført kvæg. For kontrollen »[afkrævedes] eksportørerne eller importørerne en fast afgift, hvis størrelse fremgår« af den tabel, der er indeholdt i et bilag til lovbekendtgørelsen (jfr. artikel 32, stk. 4). Tabellen blev ændret og suppleret flere gange, senest ved lov nr. 1239 af 30. december 1970. Ved dom nr. 163 af 19. december 1977 underkendte Italiens forfatningsdomstol både den eneste artikel i lov nr. 1239 og, i dens helhed, den tabel over afgifter for sundhedskontrol, som gjaldt for de produkter, som er omfattet dels af Rådets forordning nr. 804 af 27. juli 1968, dels af Rådets forordning nr. 805 af samme dato, vedrørende henholdsvis den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter og den fælles markedsordning for oksekød.

Under påberåbelse af denne afgørelse anlagde SpA San Giorgio, et mejeri i Locate Triulzi, Milano, sag ved Tribunale di Trento og gjorde herunder gældende, at selskabet i perioden 1974-1977 uden at være forpligtet hertil havde betalt afgifter for sundhedskontrol ved import fra EØF-lande af mejeriprodukter; der nedlagdes påstand om, at afgiftsmyndighederne tilbagebetalte afgifterne. Ved dekret af 4. juni 1982 tog præsidenten for Tribunale di Trento kravet til følge og pålagde myndighederne at betale det sagsøgende selskab ca. 65 millioner LIT, ligesom han tillagde afgørelsen foreløbig fuldbyrdelsesvirkning. Herefter, den 16. juli, rejste myndighederne indsigelse og fremsatte begæring om, at den foreløbige fuldbyrdelsesvirkning blev suspenderet; til støtte herfor påberåbte de sig artikel 10 i lovdekret nr. 430 af 10. juli 1982, som i mellemtiden var trådt i kraft og udelukkede tilbagebetaling, når byrden var overvæltet på andre. Ved kendelse af 23. juli 1982 udsatte præsidenten fuldbyrdelsen af dekretet og forelagde i medfør af EØF-traktatens artikel 177 følgende spørgsmål for Domstolen:

1. Domstolen anmodes om at afklare og eventuelt supplere sin praksis, således som denne navnlig fremgår af dom af 27. marts 1980 i sag 61/79 (finansministeriet mod Denkavit), dom af 10. juli 1980 i sag 811/79 (finansministeriet mod Ariete) og dom af 10. juli 1980 i sag 826/79 (finansministeriet mod Soc. MIRECO). Domstolen anmodes om nærmere at præcisere følgende:

   a) Må en national lov antages at være diskriminerende og i strid med fællesskabsretlige grundsætninger, når den (som en undtagelse fra almindelige regler om condictio indebiti) betinger tilbagebetaling af

bestemte afgifter af, at disse bevisligt ikke er overvæltet på andre retssubjekter (det drejer sig bl.a. om afgifter for sundhedskontrol, som er opkrævet uretmæssigt i strid med fællesskabsretten, idet der er tale om afgifter med tilsvarende virkning som told), men ikke fastsætter samme betingelse for tilbagebetaling af andre uretmæssigt opkrævede afgifter og byrder? Er det herved af betydning, at de af nævnte lov omfattede afgifter i praksis er blevet opkrævet med urette, blot fordi de strider mod en fællesskabsretlig forskrift?

b) Medfører den omstændighed, at et skriftligt bevis for, at afgifterne ikke er overvæltet, jfr. ovennævnte nationale lov, er den eneste betingelse for tilbagebetaling af beløb opkrævet med urette, at det »i praksis [bliver] umuligt at hævde rettigheder, som de nationale retter skal beskytte«?

2. Den italienske regering har indledningsvis gjort gældende, at den præjudicielle forelæggelse må afvises fra påkendelse. Det er regeringens opfattelse, at traktatens artikel 177 skal forstås således, at Domstolens præjudicielle afgørelse skal træffes »på grundlag af en foranstaltning fra en national domstol, der har karakter af en afgørelse«; det følger heraf, at »når den afgørelse, der skal træffes, ikke kan præjudicere pådømmelsen af tvisten«, må »den forudgående løsning af det fællesskabsretlige spørgsmål [ganske klart antages at være irrelevant]«. Denne sag — konkluderer den i hovedsagen sagsøgte regering — har netop et sådant udgangspunkt. Det fremgår nemlig af den italienske retsplejelovs artikler 633 ff., at rettens præsident under en sag, hvorunder retten kun sættes af én dommer, ikke afsiger en dom, hvilket tilkommer retten som kollegial enhed, men træffer en inappellabel foranstaltning (dekret eller kendelse alt efter, om foranstaltningen træffes før eller efter indsigelse fra skyldneren — jfr. retsplejelovens artikler 642 og 648), der som sådan ikke vil kunne betegnes som en afgørelse.

2. Blev der — med virkning fra den 1. juli 1980, datoen for ikrafttrædelsen af Rådets forordning (EØF) nr. 1430 af 2. juli 1979 om godtgørelse eller fritagelse for import- eller eksportafgifter, som ifølge de anvendte ord (artikel 1, stk. 2) finder anvendelse på told og *afgifter med tilsvarende virkning* — for første gang indført fællesskabsbestemmelser, der angår tilbagebetaling af afgifter opkrævet med urette, uden at der herved skal gælde noget forbehold for det tilfælde, at afgifterne er blevet overvæltet på andre retssubjekter? Tilsidesætter disse bestemmelser ældre eller nyere nationale love?

Indsigelsen savner grundlag. Den forståelse af artikel 177, som den italienske regering gør sig til talsmand for, er urimeligt restriktiv og strider mod den funktion, som traktaten tillægger præjudicielle forelæggelser. Som bekendt har dette retsinstitut til formål at undgå, at nationale domstole træffer afgørelser, som strider mod fællesskabsretten: med andre ord skal det undgås, at de nationale domstole subsumerer sagsfakta under nationale regler, som strider mod Fællesskabets retsorden, og således tilsidesætter EF-rettens forrang for de nationale retssystemer. Eftersom enhver afgørelse, der træffes af et organ med dømmende myndighed og regulerer

parternes retsstilling, kan medføre anvendelse af EF-regler, indebærer de af mig omtalte grundsætninger altså, at den myndighed, som er kompetent til at træffe den pågældende afgørelse, har mulighed for at forelægge sagen for Domstolen på grundlag af artikel 177.

Domstolens praksis går entydigt i denne retning: Domstolen har nemlig i en hel række sager antaget, at præjudicielle spørgsmål forelagt af italienske retter i forbindelse med sager, der blev behandlet under anvendelse af en forenklet rettergangsmåde, kunne påkendes. Jeg skal eksempelvis nævne dommen af 17. december 1970 i sag 33/70, SACE mod Den italienske Republiks finansministerium (Sml. 1970, s. 270), dommen af 26. oktober 1971 i sag 18/71, Eunomia mod Den italienske Republiks undervisningsministerium (Sml. 1971, s. 195), dommen af 14. december 1971 i sag 43/71, Politi mod Den italienske Republiks finansministerium (Sml. 1971, s. 319).

3. Skønt spørgsmålene omtaler en hypotetisk foreliggende national lovgivning og dennes forenelighed med fællesskabsretten, tilsigter de begge — det første åbent, det andet indirekte — at provokere Domstolen til at afsige en dom vedrørende den EF-retlige medholdelighed af en bestemt regel i Italiens retsorden. Denne regels genstand er de betingelser, hvorunder de erhvervsdrivende kan kræve, at afgiftsmyndighederne tilbagebetaler importtold og andre byrder, som de uretmæssigt har opkrævet.

Hvilken regel drejer det sig om? Den for tiden gældende er artikel 19 i lovdekret nr. 688 af 30. september 1982 om hasteforanstaltninger vedrørende statens skatteindtægter, stadfæstet som lov ved lov nr. 873 af 27. november 1982. Da forelæggelseskendelsen blev afsagt, var spørgsmålet imidlertid reguleret af en formelt afvigende retsforskrift: lovdekret nr. 430 af 10. juli 1982, som i artikel 10, stk. 1, bestemte følgende: »Med undtagelse af tilfælde, hvor der foreligger faktiske fejl, tilbagebetales fejlagtigt erlagt indførselstold, produktionsafgift, forbrugsskat eller statsafgift ikke, når byrden er overvæltet på andre, . . .«; og stk. 2 fortsatte således: »Medmindre andet skriftligt godtgøres, anses byrden for overvæltet, når de varer, for hvilke betaling er sket, er blevet overdraget, hvilket også gælder, efter at varerne er blevet forarbejdet, bearbejdet, monteret, samlet eller på anden måde undergivet behandling«.

Det pågældende dekret blev ikke stadfæstet som lov af parlamentet, hvorfor det altså ophørte med at have retsvirkning *ex tunc*, jfr. den italienske forfatnings artikel 77, stk. 3. Dette afholdt ikke den italienske regering fra fortsat at ville indføre de bestemmelser, som jeg lige har citeret. Regeringen foreslog således i stedet for en lovstadfæstelse af lovdekret nr. 486 af 31. juli 1982 (om hasteforanstaltninger vedrørende statens skatteindtægter) en ændring af artikel 1 i lovforslaget om stadfæstelse bestående i, at en ny artikel blev indsat (benævnt artikel 1 — *undecies* — i Atti Senato, VIII legislatura, nr. 2000-A, særlig s. 14), som indeholdt de samme regler. Men eftersom dekret nr.

486 heller ikke blev stadfæstet som lov, og ændringen dermed aldrig fik virkning, blev regeringen nødsaget til at udstede et tredje dekret. Dette, som trådte i kraft den 30. september 1982 som nr. 688, fik en bedre skæbne. Det blev nemlig stadfæstet som lov og er som allerede nævnte stadig i kraft.

Forholdet er altså, at dette dekrets artikel 19 i alt væsentligt gentager indholdet af artikel 10 i dekret nr. 430. Der er grund til at citere ordlyden, fordi sammenfaldet — der i øvrigt også erkendes af den italienske regering (jfr. de indlæg, den italienske regering har indgivet den 29. 10. 1982, særlig s. 10) — fremgår med al tydelighed. I stk. 1 hedder det således: »foruden tilfælde, hvor der foreligger faktiske fejl, tilbagebetales fejlagtigt erlagt indførselstold, produktionsafgift, forbrugsskat eller statsafgift, såfremt det skriftligt godtgøres, at byrden ikke er overvæltet på andre, uanset om betaling har fundet sted før nærværende dekrets ikrafttræden«. Det hedder videre i næste stykke: »Det i første stykke nævnte skriftlige bevis skal også fremlægges, når de varer, for hvilke betaling er sket, er blevet overdraget efter forarbejdning, bearbejdning, montering, samling eller på anden måde har undergået behandling«.

Som det ses, udtrykker stk. 1 positivt (»... tilbagebetales ... såfremt det skriftligt godtgøres«), hvad der i de to første stykker i den ældre bestemmelse var blevet udtrykt negativt (stk. 1 — gentager jeg — udtalte »... tilbagebetales ... ikke ..., når byrden er overvæltet«; og det hed videre i stk. 2: »... medmindre andet skriftligt godtgøres«): dette kunstgreb hverken ændrer eller tilføjer imidlertid noget til reglens betydning, eftersom det fastholdes, at der er formodning for overvæltning af byrden på køberne af varen, og at erlæggeren har mulighed for at afkræfte formodningen ved at føre bevis for det modsatte, selv om dette kun kan ske skriftligt. Det samme må antages med hensyn til stk. 2. I stk. 2 gøres det klart, at det pågældende bevis, som ubetinget kræves for at opnå tilbagebetaling af det uretmæssigt opkrævede, også skal føres, selv om varen er afhændet: hvis varen med andre ord sælges, formodes byrden at være overvæltet. Den nye forskrift svarer således fuldstændig til indholdet af stk. 2 i artikel 10 i dekret nr. 430.

Den omstændighed, at den regel, som den forelæggende rets spørgsmål vedrører, i dag ikke formelt er i kraft, kan ikke få nogen betydning for sagen. Det gælder jo som bekendt, at Domstolen, når den udøver sin præjudicielle kompetence, ikke udtaler sig om, hvorvidt den nationale ret er forenelig med fællesskabsretten. Domstolen fortolker kun EF-retlige regler og grundsætninger (ligesom den træffer afgørelse vedrørende de EF-retlige reglers gyldighed), mens det er forbeholdt de nationale domstole at afgøre, om den konkret relevante nationale retsregel, som retskonflikten skal afgøres efter, er forenelig med EF-retten. Eftersom spørgsmålene i sagen har generel rækkevidde, selv om de er stillet med henblik

på en konkret national bestemmelse, er den præjudicielle forelæggelse stadig gyldig, uafhængigt af karakteren af den regel, som har foranlediget forelæggelsen. Dertil kommer — i hvilket forekommer mig at være afgørende — at der i den italienske retsorden for tiden findes en regel (artikel 19 i lovdekret nr. 688/82) svarende til den, som den forelæggende ret tog sigte på ved forelæggelsen. Den fortolkning af de EF-retlige grundsætninger og regler, som Domstolen i dag anmodes om at give, vil derfor ganske givet være nyttig ved afgørelsen af hovedsagen.

4. Jeg skal således gå over til at gennemgå spørgsmålene. Jeg skal først opholde mig ved det andet spørgsmål, fordi det vedrører den mest generelle af de betingelser, som efter Domstolens praksis er afgørende for, om nationale bestemmelser om tilbagebetaling af fejlagtigt betalte beløb er retmæssige: der er nærmere tale om betingelsen om, at der ikke foreligger fællesskabsregler på området. Gennemgangen af spørgsmål 2 må gå forud for gennemgang af spørgsmål 1: hvis nemlig besvarelsen af spørgsmål 2 skulle blive bekræftende, mister det første spørgsmål enhver interesse.

Med det andet spørgsmål ønsker præsidenten for Tribunale di Trento altså klarlagt, om konkret foreliggende fællesskabsretlige bestemmelser — Rådets forordning nr. 1430 af 2. juli 1979 om godtgørelse af eller fritagelse for import- eller eksportafgifter — udtømmende har reguleret betingelserne for tilbagebetaling af afgifter med tilsvarende virkning som told opkrævet med urette, således at medlemsstaterne ikke længere kan lovgive herfor. Retten vil navnlig gerne vide, om forordning nr. 1430 på grund af, at den ikke på nogen måde begrænser tilbagebetalingen af overvæltede byrder, forudsætningsvist udelukker, at overvæltningen ekstingverer retten; spørgsmålet er altså, om medlemsstaterne efter forordningens ikrafttræden stadig kan tillægge dette faktum en sådan retsvirkning.

Den italienske regering har bestridt, at forordning nr. 1430 finder anvendelse i sagen og har herved påberåbt sig tidsmæssige argumenter. Forordningen trådte — vel at mærke — i kraft den 1. juli 1980 (jfr. artikel 25), mens de afgifter for sundhedskontrol, hvis tilbagebetaling er omstridt, blev bogført af afgiftsmyndighederne og betalt af San Giorgio forinden, nemlig helt præcist mellem 1974 og 1977. Indsigelsen rammer rigtigt. Forordningen ville have tilbagevirkende gyldighed og hermed omfatte de verserende sager, hvis man kunne anvende det velkendte princip om, at de vedtagne procedureregler allerede fra deres ikrafttræden gælder for de verserende sager ligesom for de nye. Denne regel er imidlertid ikke til nogen hjælp i nærværende sag, da, jfr. herved Domstolens udtalelser i dommen af 27. maj 1982 i sag 113/81, Reichelt mod Hauptzollamt Berlin-Süd (Sml. 1982, s. 1957), forordning nr. 1430/79 »... indeholder en række regler, der er uadskilleligt forbundne, og som ikke for så vidt angår de enkelte [materielle og processuelle] bestemmelser i tidsmæssig henseende kan vurderes hver for sig«. Det følger heraf, at forordningen ikke kan have betydning for retssager vedrørende tilbagebetaling af afgifter, der er bogført inden bestemmelsens ikrafttræden.

Hermed er alt ikke sagt. Foruden at forordning nr. 1430 ikke kan anvendes i sagen af tidsmæssige årsager, kan den heller ikke anvendes materielt. Det er således min opfattelse, at forordningen ikke har generel rækkevidde, fordi den kun regulerer en række særlige situationer, som alle kan føres tilbage til regnefejl. Men herudover gælder det, at selv om forordningen skulle være udtømmende og omfatte enhver form for tilbagebetaling af fejlagtigt erlagte beløb, ville det være ganske vilkårligt heraf at udlede, at blot fordi overvæltning ikke nævnes i forordningen, er denne begrundelse for at nægte tilbagebetaling af afgiften uforenelig med fællesskabsretten. Det er ikke ved at anvende fortolkningsmaksimer som den gamle *ubi lex tacuit noluit*, at man kan nå frem til et sådant resultat.

5. Jeg skal nu undersøge det første spørgsmål, som er det egentlige problem i denne sag. Den forelæggende ret ønsker at vide, om fællesskabsretten tillader en national retsforskrift, som:

a) betinger tilbagebetaling af bestemte afgifter opkrævet af det offentlige i strid med EF-regler (der er som bekendt tale om afgifter med tilsvarende virkning som told, der således er forbudt efter EØF-traktatens artikel 12) af, at disse bevisligt ikke er overvæltet på andre retssubjekter,

b) ikke fastsætter samme betingelse for tilbagebetaling af andre uretmæssigt opkrævede afgifter og skatter.

Retten nævner to grunde til, at noget sådant vil kunne være ulovligt:

a) den ved et system af denne karakter indførte ugrundede forskelsbehandling mellem på den ene side de afgifter og skatter, hvis tilbagebetaling er betinget af det ovennævnte bevis, og på den anden side dem, som et sådan bevis ikke kræves for;

b) de erhvervsdrivendes praktiske mulighed for at gennemføre den tilbagebetalingsret, som er omfattet af betingelsen.

Der er ikke nogen tilfældighed, at præsidenten for Tribunale di Trento lægger vægt på disse aspekter. Som det fremgår af de bemærkninger, der går forud for spørgsmål 1, tager retten hensyn til Domstolens praksis vedrørende tilbagesøgning af fejlagtigt erlagte beløb og navnlig de grænser, som Domstolen sætter for medlemsstaternes beføjelser til at regulere de nærmere betingelser for, hvornår de beløb, der fejlagtigt er betalt til de nationale myndigheder, kan tilbagesøges. Jeg må derfor rette opmærksomheden mod den anførte retspraksis.

Domstolen tog for første gang i dommen af 27. februar 1980 (i den allerede nævnte Just-sag) stilling til, hvilke virkninger det havde på spørgsmålet om tilbagebetaling af importafgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten, at byrden muligvis er indregnet i prisen, og at den derefter overvæltes på tredjemand, der køber varen. Sagen angik et firma, der drev virksomhed i Danmark, og som havde sagsøgt det danske ministerium for skatter og afgifter med henblik på tilbagesøgning af beløb, som firmaet havde betalt i afgifter af impor-

teret spiritus. Firmaet påberåbte sig herved, at afgifterne var i strid med fællesskabsretten (tvisten vedrørte anvendelsen af EØF-traktatens artikel 95). Den danske regering gjorde heroverfor gældende, at erhvervsdrivende ikke retmæssigt kan tilbagesøge fejlagtigt betalte beløb, når disse har været indregnet i vareprisen og den hertil svarende byrde således er blevet overvæltet på forbrugerne eller på senere omsætningsled. Formålet med at rejse et tilbagesøgningskrav — anførte regeringen videre — er nemlig at genoprette ligevægten i formuemassen tilhørende den, der har lidt tab ved at have erlagt i urigtig formening om skyld; når erlæggeren via en overvæltning udligner sit tab, bortfalder netop denne grundlæggende forudsætning om genopretning og dermed muligheden for at gøre den gældende.

Hvad var Domstolens svar herpå? Den anerkendte indledningsvis, at i mangel af fællesskabsbestemmelser om tilbagebetaling af EF-stridigt opkrævede afgifter, påhviler det medlemsstaterne at sikre tilbagebetaling af disse afgifter i overensstemmelse med reglerne i deres interne retsorden og fastlægge de betingelser, hvorunder retten kan gennemføres. Domstolen afstak imidlertid også grænserne for denne beføjelse: den udtalte, at disse betingelser »ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål . . . og . . . under ingen omstændigheder må umuliggøre hævdelse af rettigheder, som følger af Fællesskabets retsorden«. Som nævnt er det af disse udtalelser, at den forelæggende ret udleder de to aspekter, hvorefter de italienske regler om *condictio indebiti* muligvis kan betragtes som EF-stridige.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt det er lovligt, at nationale regler udelukker tilbagesøgning af fejlagtigt betalte beløb, der er overvæltet på andre, holdt Domstolen forsigtigt en dør åben. Den bemærkede, at »[fællesskabsretten] ikke indebærer, at der skal ske tilbagebetaling af afgifter opkrævet med urette, såfremt dette måtte føre til en ugrundet berigelse«; den »udelukker ikke, at der tages hensyn til, at afgifter opkrævet med urette har kunnet overvæltes på andre virksomheder eller forbrugerne«. Med udgangspunkt i en i og for sig ubestridelig antagelse (retssystemet beskytter ikke ugrundede berigelser), endte Domstolen således med at antage, at national lovgivning kan lægge vægt på spørgsmålet om overvæltning, når den skal regulere reglerne om *condictio indebiti.* Lad det være mig tilladt at sige, at den imidlertid gjorde det afgjort forsigtigt. Det kan nemlig ikke være tilfældigt, at den indledningsvis anvender en negativ formulering (»fællesskabsretten udelukker ikke«), således at tanken snarere henledes på undtagelsestilfælde end på en sædvanlig fulgt praksis.

Denne løsning blev senere antaget i dommene af 27. marts 1980 i sag 61/79, Denkavit italiana (Sml. 1980, s. 1205), af 10. juli 1980 i sag 811/79, Ariete (Sml. 1980, s. 2545) og endelig af 10. juli 1980 i sag 826/79, MIRECO (Sml. 1980, s. 2559).

6. Af de to led, som første spørgsmål er opdelt i, er det opportunt først at tage stilling til det andet: det er det, der drejer sig om spørgsmålet om, hvorvidt en lovgivning som den italienske vedrørende *condictio indebiti* er forenelig med grundsætningen om, at medlemsstaterne ikke kan indføre regler om retten til at opnå tilbagebetaling af EF-stridigt opkrævede afgifter, der gør det praktisk umuligt at gennemføre kravet. Der ligger heri et generelt problem om, hvilken betydning overvæltning har (eller, bedre måske, et problem om, hvilken grad af betydning overvæltning kan accepteres at have) på tilbagebetalingskravet; en stillingtagen hertil må altså gå forud for det andet led, der er af mere begrænset rækkevidde og derfor også har færre konsekvenser, og som forudsætter, at den heromhandlede retsforskrift indeholder diskriminerende træk.

Der skal imidlertid først foretages en præcisering. Som jeg allerede har bemærket, skyldes begrænsningen i medlemsstaterne retsfastsættende beføjelser (der for så vidt består, som området endnu ikke er blevet reguleret på EF-plan i medfør af traktatens artikel 235), at retten til at opnå tilbagebetaling af EF-stridigt opkrævede beløb hviler på fællesskabsretten og derfor er garanteret i henhold hertil. Konsekvensen er klar: en stat, som udøver sin residuelle og provisoriske kompetence til at vedtage regler om *condictio indebiti,* som for en umiddelbar betragtning synes at respektere retten til tilbagebetaling, men som i virkeligheden tømmer den for indhold, ophæver rent faktisk en individuel rettighed, som hviler på fællesskabsretten; der fremkommer hermed et resultat, som er åbenbart uantageligt under hensyn til kravet om, at fællesskabsretten skal have forrang for national ret.

Det skal altså undersøges, om nationale retsforskrifter som de, der findes i artikel 19 i lovdekret nr. 688, nu også må antages at medføre, at de, der har krav på tilbagebetaling af fejlagtigt erlagte beløb, rent praktisk ikke kan gennemføre deres ret; det første spørgsmål i den forbindelse er, hvad der, bortset fra bevisreglerne, er kernen i reglerne. Hvilken egentlig nydannelse er artikel 19 udtryk for i Italiens retsorden? Efter min opfattelse indfører artikel 19 en yderligere årsag til, at den tilbagebetalingspligt, som påhviler betalingsmodtageren i forhold til erlæggeren, bortfalder. Ganske vist forbliver den fejlagtige betaling det »faktum«, hvorved kravet på tilbagebetaling stiftes. Men hvis erlæggeren senere på tredjemand helt eller delvis overvælter byrden ved den pågældende betaling, bortfalder hans ret i samme omfang helt eller delvis, hvori overvæltning er sket. Der er derfor tale om regler, som i et særtilfælde fraviger hovedreglen ifølge artiklerne 2033 ff. i den italienske civillovbog.

Ifølge det sagsøgende selskab ophæver disse regler retten til tilbagebetaling af grunde, som hidrører fra selve karakteren af overvæltningen. I langt de fleste sager — hævdes det — er det særegent for overvæltningen, at den udelukker, at hverken erlæggeren eller modtageren kan bevise, at det økonomiske tab, som altid og ubestrideligt lides af den første,

når han betaler det ikke-skyldige beløb, udlignes af, at afgiften er indregnet i den afgiftspligtige vare. Hvorfor kan de ikke det? Fordi — tilføjes det — priserne dannes på markedet, på hvilket der indvirker utallige faktorer, om hvilke der kun kan opnås et meget usikkert kendskab. Det er derfor ikke holdbart at fastslå, at der foreligger én af disse faktorer, udskille den fra den almindelige sammenhæng og gøre den til den eneste årsag til en bestemt del af en pris; det er således ikke — eller næsten aldrig — holdbart at mene, at denne del udelukkende har sin årsag i, at der er betalt en afgift af samme størrelsesorden. Når forholdene er således, er det ensbetydende med at afskære tilbagebetalingskravet, hvis erlæggeren må bevise, at overvæltning ikke er sket, og hvis førelsen af dette bevis stilles som betingelse for at kunne kræve det fejlagtigt erlagte tilbage.

Denne indvending er i vidt omfang begrundet. I mit forslag til afgørelse af 23. marts i sagen Pauls Agriculture (sag 256/81, endnu utrykt), fremkom jeg med en tilsvarende indvending, selv om det skete i forbindelse med omtalen af Fællesskabets ansvar uden for kontraktsforhold. Jeg sagde her, at »ved fastsættelsen af priserne tager virksomhederne ... ikke alene ... hensyn til egne omkostninger og den fortjeneste, de ønsker; deres adfærd er påvirket af markedet som sådant. Hvis prisen ud fra markedssituationen kan fastsættes på et vist niveau, uden at dette har betydning for omsætningens størrelse, vil virksomheden fastsætte prisen således og ikke anderledes ...«. Denne opfattelse gør Kommissionen sig til talsmand for i dag. Under den mundtlige forhandling anførte dens repræsentant nemlig følgende: »Overvæltning ... er en faktor i økonomien, som påvirkes på yderst forskellig måde ... For at der med sikkerhed er sket overvæltning, må udbuddet være elastisk og efterspørgslen ... uelastisk, men jeg tror, at salt er det eneste produkt, i forbindelse med hvilket disse to betingelser er opfyldt samtidig ... Når de pågældende betingelser ikke foreligger, befinder man sig i en yderst usikker situation, hvorfor det bliver meget vanskeligt at bevise, at overvæltning har fundet sted«. Sagt mere ligeud: man kan godt lægge vægt på overvæltning som et retligt kriterium; forudsætningen herfor er imidlertid, at man gør sig klart, at kriteriet vil blive skrøbeligt at arbejde med og kun vil kunne anvendes inden for nøje afstukne grænser.

Repræsentanten for den italienske regering er naturligvis af en anden opfattelse. Han har anført, at man på grundlag af almindelige forretningspapirer (fakturaer, korrespondance etc.) kan finde ud af, hvor stor en del af prisen der skyldes den uretmæssige opkrævning, hvorefter retten til tilbagebetaling kan ophæves; men vedrørende det helt afgørende punkt i prisdannelsesforløbet samt de uendelige variabler, som indgår heri, har kan ikke udtalt sig med ét eneste ord. Argumentet om, at varens karakter for det meste udelukker, at der udsondres en del af prisen, som derefter forklarende forbindes med en bestemt omkostning, holder stadig. Jeg mener i øvrigt, at det er vandtæt. Hvem kan vel være i stand til at sige noget om, hvorvidt importøren, uden at have betalt den ikke-skyldige afgift, ikke ville have fastsat den samme pris og solgt den samme varemængde? Hvis det blev resultatet, ville han have

opnået en større fortjeneste end den, som han med den faktiske afgiftsbyrde har været i stand til at få. Det er på dette afgrundsfyldte og uberegnelige terræn og ikke på grundlag af bogholderidokumenternes lille nyttehave, at artikel 19 kræver, at erlæggeren skal bevise, at overvæltning ikke er sket. Men som nævnt nævner den italienske regering slet ikke dette terræn. Kendsgerningen er, at den har en ekstremt forenklet opfattelse vedrørende en uhyre kompleks problemstilling; og dette ønske om at forenkle tingene kommer netop frem, når man bliver opmærksom på den vægt, som regeringen tillægger de nærmest filosofisk-videnskabelige fordele, der er forbundet med et almindeligt forretningsbogholderi.

Tillad mig dog den bemærkning, at disse fordele er af meget ringe betydning. Omkostningsbilag kan kaste lys over den erhvervsdrivendes fortjeneste; men at tro, at de gør det muligt at identificere samtlige de faktorer, som indgik i prisdannelsen, er naivt, om ikke andet så fordi deres karakter for en stor del gør dem irrelevante i den henseende. Det er — og den følgende bemærkning er ligefrem banal — tilstrækkeligt at betænke, at det på konkurrenceområdet gælder, at prisen på en bestemt vare påvirkes af produktionsomkostningerne hos samtlige andre virksomheder i samme branche, og da ganske særligt omkostningerne hos de — marginale — virksomheder, hvis omkostninger er højere. Kan alt dette bevises? Og kan det udtrykkes ved mængder, i tal? Det tvivler jeg på. Det er i hvert fald ikke muligt at gøre det ved at fremlægge de dokumenter, som virksomhederne har pligt til at opbevare i medfør af Codice civiles artikler 2214 ff. Og alligevel hævdes det i den italienske lovgivning. Kan det da benægtes, at den har indført en diabolsk bevisbyrderegel? Nej, det kan det ikke: den italienske regerings repræsentant er nemlig kommet til at indrømme det indirekte ved at udtale under den mundtlige forhandling, at erlæggeren i 99 % af tilfældene ikke er i stand til at løfte bevisbyrden, eftersom overvæltning er sket. Der tør nok siges at foreligge et smukt eksempel på en modsætning mellem ord og virkelighed, når man (som det kræves af fællesskabsretten) anerkender et tilbagebetalingskrav og herefter indrømmer, at retten i 99 % af tilfældene ikke kan gennemføres.

7. For at begrunde, at artikel 19 er i overensstemmelse med EF-retten, har den italienske regerings repræsentant gjort meget ud af at forklare, hvad der er meningen med artiklen. Repræsentanten udtaler videre, at der må tages hensyn til, at importøren i langt den største del af sagerne (praktisk taget hver gang han overdrager varen til tredjemand) på medkontrahenten overvælter byrden ved, at han har betalt den ikke-skyldige afgift, hvorved afgiften ikke gør ham fattigere, ikke påfører ham noget tab. Det er tredjemanden, eller i almindelighed forbrugeren, som lider tabet, idet han kommer til at betale en højere pris for varen. Hvis man nu, stadig ifølge regeringsrepræsentanten, indrømmede importøren ret til at tilbagesøge det fejlagtigt betalte beløb, ville man sikre ham en dobbelt fordel: dels fordelen ved, af afgiften indregnes i prisen, dels fordelen ved, at samme afgift kan kræves tilbagebetalt af afgiftsmyndighederne. Forbrugerne ville på deres side blive tvunget til at punge ud to gange: første gang for at betale en højere pris for varen og anden gang som skatteydere for at tilføre myndighederne de nødvendige beløb for, at importørerne kan opnå

tilbagebetaling. Når overvæltningen gøres til bortfaldsgrund for tilbagebetalingskravet, har artikel 19 den værdi, at den ændrer disse helt uønskede virkninger.

Jeg må indrømme, at argumentet er udspekuleret; det overbeviser imidlertid ikke. For det første kommer man ikke uden om kritikken fra dem, der finder det umuligt at bevise noget som helst om forbindelsen mellem afgift og pris. Men for det andet er det ikke rigtigt, at artikel 19 begrænser sig til at modvirke de uretfærdige forvridninger, som anvendelsen af de almindelige formueretlige regler ville medføre. Der er tale om en ugrundet berigelse — den eneste, som i denne sag ubestrideligt foreligger — som reglen ikke blot tolererer, men fremmer: nemlig den berigelse, staten opnår ved uretmæssigt at opkræve en afgift uden at tilbagebetale den til erlæggeren.

Under den mundtlige forhandling har den italienske regering ganske vist udtalt, at den tredjemand, der har købt varen, kan anlægge sag mod staten med påstand om, at denne afgiver den ulovlige berigelse. Det har den imidlertid kun modstræbende gjort, idet den blev drevet hertil ved, at Domstolen stillede præcise spørgsmål. Og det forstår man så udmærket. En opfattelse, der på det praktiske plan er mere urealistisk og på det teoretiske mere vovet end regeringens, er det vanskeligt at forestille sig. Man forestiller sig den absurde situation, at en masse forbrugere, som i et system, hvori begrebet »class action« er ukendt, anlægger sag mod staten for at tilbagesøge ubetydelige beløb. Man skal også tænke på betingelserne for at anlægge sådanne berigelsessøgsmål. I de romerretligt inspirerende retssystemer hviler søgsmålet på, at Titius er blevet fattigere, og på den årsagssammenhæng, som knytter det af ham lidte tab til Caius' *locupletatio* (berigelse). I denne sag er Titius altså en herre, som ved et frit valg på det frie marked erhverver en bestemt vare til en bestemt pris, som har dannet sig på markedet, og som han finder rimelig; kan vi virkelig antage, at han er blevet fattigere ved, at denne pris måske er en smule højere — hvor meget højere vil ingen imidlertid være i stand til at udtale sig om — end den, som ville have dannet sig, dersom det offentlige ikke med urette havde gjort krav på en afgift, da varen blev indført? Og hvordan kan man, for så vidt angår årsagssammenhængen, afgøre, om den er relevant, når henses til alle de led, som varen gennemløber mellem importtidspunktet og det tidspunkt, da den udbydes til salg? Det hævdes, at årsagssammenhængen kan være indirekte. Ingen antager imidlertid, at den kan være fjern; her er den fjern; faktisk så fjern, som den overhovedet kan være, når det importerede produkt er blevet forarbejdet eller brugt til fremstilling af et andet produkt.

Artikel 19 cementerer altså statens fordelagtige stilling. Det er en mærkværdig løsning, den; også ud fra rimelighedsbetragtninger. Jeg skal minde om, at netop i forbindelse med *condictio indebiti* og ifølge romerretlig tradition giver Italiens civillovbog udelukkende betalingsmodtageren en fortrinsstilling i tilfælde, hvor retshandelen strider mod ærbarhed; der må dog vel at mærke være tale om på begge sider uærbarhed, fordi den erlægger, som ikke medvirker heri, ellers kan søge det for meget erlagte tilbage. Beskyttet i dette tilfælde er derimod myndighederne, som gjorde et betalings-

krav gældende i strid med fællesskabsretten, mens offeret er den importør, der betalte, fordi han ikke kunne gøre andet, og som herefter under udfoldelse af fantasi og forretningssnilde var i stand til at opnå en fortjeneste på trods af, at han havde betalt et ikke-skyldigt beløb og var blevet pålagt større omkostninger. Hvordan er det muligt at komme uden om den antagelse, at artikel 19 går ud over reglen *par causa turpitudinis*? Lad følgende være klart: denne bemærkning indebærer ikke, at myndighederne ved uretmæssigt at opkræve en afgift handler i strid med ærbarheden. Jeg ønsker kun at begrunde, at det ikke er fornuftigt at belønne den, der handler retsstridigt, og som korrelat hertil straffe den, der på godt eller ondt er offer for overtrædelsen.

Den tanke, at man ved at gøre overvæltningen til bortfaldsgrund vil beskytte forbrugerne, forekommer mig efter alt foreliggende ikke at kunne medføre anerkendelse af, at en ordning som den italienske er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Hvis nemlig beskyttelsen overføres på aftagere af det indførte produkt, bliver den illusorisk, fordi de som påvist, i det mindste i Italien, ikke har egnede retsmidler til at tilbagesøge den for meget betalte prisandel. Hvis beskyttelsen skal tage sigte på det forhold, at borgerne som skatteydere vil komme til at bære merbelastningen af de offentlige finanser på grund af pligten til at yde tilbagebetaling til importørerne, er det vanskeligt ikke at anse den for ugrundet. Denne interesse hos skatteyderne forekommer mig at være temmelig uholdbar; under ingen omstændigheder kan der tillægges den større betydning end det krav, som Domstolen har antaget med betydelig vægt, at de nationale bestemmelser skal sikre, at det er praktisk muligt at gennemføre tilbagebetalingskravet.

Sandheden er altså en anden, hvilket kan udtrykkes således, at forbrugeren i forbindelse med artikel 19 har figenbladets opgave. Som bevis herfor, kan der for øvrigt henvises til reglens ordlyd: der består ret til tilbagebetaling (hvilket ligger på linje med artikel 13, stk. V, i den franske finanslov vedrørende 1981, lov nr. 80/194 af 30. 12. 1980), når den fejlagtige betaling beror på faktiske fejl. Det er nemlig ikke til at indse, hvorfor forbrugerne i dette tilfælde — og kun i dette — ikke fortjener beskyttelse. Den italienske regering indvender, at importøren ved sin fastsættelse af vareprisen ikke kan tage de fejl, som begås af myndighederne, i betragtning: det kan derfor formodes, at han ikke overvælter den fejlagtigt bogførte afgift på køberne.

Indvendingen er lidet overbevisende. Den bygger på den antagelse, at importøren ikke har varen på lager, før han sælger den til tredjemand, og at de afgifter, som svarer til en told af varerne, i øvrigt bogføres af myndighederne med forsinkelse. Der er ikke tale om andet end en skrivebordsantagelse. I det virkelige liv går tingene til på en anden måde: også i det tilfælde, at den fejlagtige betaling er sket på grund af en af myndighederne begået faktisk fejl, kan importøren blive klar herover i så god tid, at han kan tage hensyn til det ved sin prisfastsættelse. Hvorfor skal man så — gentager jeg — helt bortse fra de grunde, som i alle andre tilfælde fører til at beskytte forbrugerne?

Den, som måtte have samme overbevisning, som jeg har, nemlig at disse grunde kun nævnes som et påskud, véd, at den undtagelse, som jeg drøfter her, har en årsag, og at denne årsag skal søges i forordning nr. 1430/79. Som allerede nævnt indeholder den nærmere regler for tilbagebetaling i en række tilfælde, der alle kan føres tilbage til en faktisk fejl. Der er derfor grund til at antage, at den italienske lovgiver er trådt i sin franske kollegas fodspor og har fundet det klogest ikke i reglerne om tilbagesøgning at optage de tilfælde, som reguleres i fællesskabsretten; man har hermed undgået at indføre bestemmelser, der vil kunne fremstå som EF-stridige i det tilfælde, at EF-retten opfattes som en udtømmende regulering af området.

I det første tilfælde er overvæltningsmekanismen åbenbar og kan af den grund antages af lovgiver, dog på to betingelser: udbuddet skal være elastisk og efterspørgslen uelastisk. Som Kommissionens repræsentant imidlertid har udtalt, er tilfældet et eksempel, der skal anskueliggøre problemstillingen og derfor uden økonomisk betydning. Vigtigere, men dog stadig af ret underordnet betydning, er den anden mulighed: den postulerer for øvrigt ikke kun, at en pris er fastsat af det offentlige, men også, at det offentlige har indregnet afgiften i den fastsatte pris. Dette bevises af den samme proces, hvorved overvæltningsbegrebet — der er udviklet af den statsvidenskabelige teori og derfor med et ganske særligt sigte — blev optaget i juraen og anvendt i civilretlige retsforhold.

8. Jeg har sagt, at overvæltningsmekanismen som regel ikke kan anvendes i forbindelse med de utallige variabler, der indvirker på prisdannelsen i et markedsøkonomisk system, og at man ikke udelukkende og med afgørende virkning kan henregne en del af prisen til en bestemt omkostning. Jeg udelukkede imidlertid ikke, og — hvad der er mere vigtigt — Domstolen har ej heller udelukket i Just-sagen, at den omtalte mekanisme i visse begrænsede tilfælde i national lovgivning kan lægges til grund som årsag til, at den ved fællesskabsretten krævede ret til tilbagesøgning bortfalder. Jeg skal herefter søge at udskille disse tilfælde. Med henblik herpå vil jeg begynde med at sondre mellem priser, dannet på et frit marked, og priser fastsat af det offentlige.

Så vidt jeg ved, forelå det første præjudikat i medlemsstaternes retssystemer, som tillagde forholdet retlig betydning, i Danmark. Der er tale om en højesteretsdom fra 1952 (jfr. UfR 1952, 974 H). En virksomhed i møllerisektoren havde fra statskassen krævet tilbagebetalt en afgift, som virksomheden fandt ulovlig, og som den havde betalt i forbindelse med køb af et parti korn. Højesteret antog, at der ikke var hjemmel for afgiften, men tillod ikke tilbagesøgning med den begrundelse, at det tab, der var opstået som følge af den uretmæssige opkrævning, var blevet overvæltet på køberne af brødet. Brødprisen blev nemlig fastsat af det offentlige; og myndighederne havde efter afgiftens indførelse forhøjet den med et beløb svarende til afgiften. Tretten år senere

indtog Højesteret i en tilsvarende sag samme synspunkt, men *a contrario*, så at sige: det udtaltes, at når prisen på et afgiftsbelagt produkt er markedsbestemt, og der tillige ikke er grund til at antage, at prisen er blevet forhøjet for at dække afgiften, har den, der kræver tilbagebetaling, ret hertil (dom af 28. 5. 1965, sag II 214/1964, U 1965, 492 H).

Det er talende bemærkninger, hvoraf den anden ikke er mindre talende end den første. De bekræfter, at den ekstinktive virkning af overvæltningen kun undtagelsesvist er tilladelig, og næsten aldrig er det i tilfælde, hvor prisen bestemmes af markedskræfterne. Det er min opfattelse, at Domstolens praksis skal tolkes i den retning. Og hvis det er tilfældet, er det utvivlsomt, at en ordning, hvorefter tilbagebetaling altid eller næsten altid er betinget af, at det bevises, at overvæltning ikke har fundet sted, berøver erlæggeren retten til tilbagebetaling: hermed tilsidesættes fællesskabsretten, om ikke andet, jfr. bemærkningerne ovenfor, så fordi tilbagebetalingsretten har fællesskabshjemmel og ikke, ej heller indirekte, kan afskæres af en bestemmelse i national ret.

9. Hertil kommer imidlertid følgende. En hurtig sammenlignende gennemgang af de nationale retsordener viser, at overvæltning som retligt rekvisit var ukendt, indtil Domstolen afsagde dom i Just-sagen. Eneste undtagelse er retspraksis i Danmark, som kun tillægger det relevans i de særdeles begrænsede tilfælde, som jeg lige har omtalt. Imod disse begrænsninger kan man ikke fremføre den tredje højesteretsdom (af 9. 4. 1970 i sag I 55/1968, U 1970, 437 H), som angår et tilfælde, der ligger himmelvidt fra det, som den franske og italienske lovgivning angår. Det forholder sig nu vel således, at man i den omtalte sag lægger byrden for at bevise, at overvæltning ikke har fundet sted, på den der har gjort krav gældende: i den pågældende sag var denne imidlertid ikke erlæggeren, men den tredjemand, der afledte sit krav af erlæggeren.

Men syd for Danmark og i det mindste indtil 1980 var overvæltning tabu. Retspraksis ændredes endda ikke efter afsigelsen af Just-dommen. Lad os tage Italien som eksempel. Just-dommen påvirker visse realitetspådømmende instanser (Tribunale di Trento, dom af 17. 10. 1981, Dukcevich mod Amministrazione Finanze; samme retsinstans, dom af 18. 2. 1982, Amministrazione Finanze mod Marimex; Corte d'appello Torino, dom af 15. 10. 1980, Amministrazione Finanze mod CONAL); kassationsretten lagde imidlertid ikke Just-dommen til grund, idet den traf den modsatte afgørelse. Det gjorde den således med særlig styrke i dom nr. 4682 af 21. juli 1981, Ministero Finanze mod MIRECO. MIRECO afkrævede staten tilbagebetaling af uretmæssigt opkrævede importafgifter, og sagsøgte bestred kravet med henvisning til, at byrden var blevet overført til senere omsætningsled ved salget af den afgiftsbelagte vare. Kassationsretten forkastede denne indsigelse, idet den blandt andet udtalte: »Det er fast antaget, at der ifølge gældende ... ret kun er to forhold, som konkret kan medføre, at erlæggelse objektivt bliver fejlagtig ...; der skal foreligge en betaling, og denne betaling skulle efter reglerne ikke ... have fundet sted. Ganske uvedkommende er herved ... den omstændighed, at den krævede tilbagebetaling medfører, at det retssubjekt, som opnår den, nøjes med at

dække sit tab,... eller herved opnår en berigelse (fordi det indtrådte formuetab allerede er blevet overført på tredjemand til dennes skade)«.

For at gøre billedet fuldstændigt skal jeg tilføje, at to realitetspådømmende domstole (Tribunale di Trieste, jfr. kendelse af 26. 1. 1983 i sagen SpA BECA mod Amministrazione Finanze, og Corte d'appello Milano, jfr. kendelse af 15. 2. 1983 i sagen Amministrazione Finanze mod SpA BAX) for nylig har rejst det spørgsmål, om artikel 19 kan anses for forfatningsmæssig, idet artiklen kritiseres for følgende:

a) den krænker retten til forsvar som følge af sin tilbagevirkende gyldighed;

b) den strider mod fællesskabsretten (som bekendt antages det på grundlag af forfatningens artikel 11, at nationale regler, der strider mod de EF-retlige forskrifter, er retsstridige);

c) den krænker den lighedsgrundsætning, der er knæsat ved forfatningens artikel 3.

Med henblik på de forhold, som jeg tager sigte på, og som i særlig grad er betydningsfulde, må der anføres to udtalelser fra Milano-kendelsen. At tillægge overvæltning af afgiftsbyrden relevans — siger den første — »er et kunstgreb ... hvorved det søges opnået, at retten til at tilbagesøge betalte, ikke-skyldige beløb, aldrig kan gennemføres«. Det skriftlige bevis for overvæltningen — tilføjer den anden — postulerer, at det herved er »muligt i den af tredjemand erlagte eneste modydelse af udsondre den del, der er omkostninger og udgifter, og den del, som er importørens fortjeneste. Noget sådant er imidlertid ikke muligt«.

Tilsvarende antagelser har fundet udtryk i fransk retspraksis. I dommen af 16. december 1980 (Administration des douanes mod Societé Les Fils de Henri Ramel, Dalloz 1981, s. 380) afviste den franske kassationsret således at tillægge det virkning som bortfaldsgrund, at der havde fundet overvæltning sted af en retsstridig afgift — som først og fremmest ramte importen af italiensk vin — idet retten henviste til den civilretlige regel, hvorefter retten til tilbagebetaling ikke er betinget af, at erlæggeren har lidt et tab; i samme retning går retspraksis ved Conseil d'Etat i forbindelse med fejlagtigt betalt merværdiafgift.

I Tyskland er problemet så upåagtet, at der ikke foreligger domme om emnet; imidlertid udelukker lovgivningen (jfr. navnlig Abgabeordnung, artikel 37, stk. 2), at tilbagesøgningsretten kan gøres betinget af, at en ikke-skyldig byrde er overvæltet. På samme måde i Belgien: Code civil's artikler 1376 og 1377, der også finder anvendelse på skatte- og afgiftsområdet, tillader med sikkerhed ikke, at erlæggerens krav påvirkes af, at overvæltning er sket. Hvad Holland angår, er der hverken lovbestemmelser eller domme, som kan være grundlag for at antage noget andet; for Storbritanniens vedkommende gælder det, at *passing on-begrebet* udelukkende nævnes i forbindelse med en australsk dom (Mason mod State of New South Wales [1959] 102 C.L.R. 105), som blandt andet frakender begrebet bortfaldsvirkning.

På grundlag af disse oplysninger er det ganske nærliggende at antage, at over-

vældningsproblematikken er fremmed for retspraksis i medlemsstaterne. Fremmedelementer bør imidlertid omgås med forsigtighed. Man kan udmærket anerkende deres eksistens; men det skal ske med varsomhed, og de skal afgrænses præcist. Den af mig foreslåede fortolkning, der udelukker, at overvæltningsforholdet kan tillægges betydning, forekommer mig derfor fornuftig. Jeg gentager, at det herved for mig afgørende ikke er forholdets ubillige karakter eller dets manglende evne til at kunne fungere på det logiske plan; afgørende har det derimod været, at man ikke på tilfredsstillende måde har kunnet godtgøre, hvorledes det fungerer, og således, på visse begrænsede undtagelser nær, kunnet føre det ind i den sfære, hvor der hersker retssikkerhed.

Jeg véd udmærket, at den omstændighed, at myndighederne, navnlig i økonomiske krisetider, kan mødes med krav om tilbagebetaling, kan gøre livet vanskeligt for dem. Dette problem kan imidlertid ikke løses ved, at man med et pennestrøg forkaster importørernes krav (hvilket man, hvad værre er, gør under en for national ret verserende retskonflikt med den virkning, at afgørelsen i sagen presses i en for statskassen gunstig retning). Der findes andre måder at løse problemet på, som er mindre indgribende og mere rigtige, dels i forhold til fællesskabsretten, dels i forhold til de erhvervsdrivendes legitime interesser; der kan f.eks. fastsættes rimeligt korte frister for at gennemføre tilbagesøgningsretten. Det har man gjort i Tyskland, og også fællesskabslovgiveren har valgt denne vej ved i 1979 at udstede forordning nr. 1430. Den i forordningen fastsatte frist for at kræve tilbagebetaling hos de nationale myndigheder varierer nemlig mellem tre måneder og et år. Er det stadig for meget? Så kan fristen vel forkortes. I hvert fald må det dog betænkes, hvilken forskel der er mellem denne frist og de ti år, der i Italien som hovedregel gælder i forbindelse med condictio indebiti.

10. Den problematik, som præsidenten for Tribunale di Trento har rejst med det andet led af første spørgsmål, giver mig anledning til en sidste bemærkning — som over alt i denne sag aldrig *last not least*. Jeg har udtalt, at når man pålægger erlæggeren bevisbyrden for, at overvæltning ikke er sket, er resultatet ensbetydende med, at statens ugrundede fordel kommer til at bestå i 99 % af tilfældene. Man bedes herved betænke den risiko, som en regel af denne art kan indebære for Toldunionen og fællesskabspolitikken, nærmere bestemt handels- og landbrugspolitikken. Risikoen kan konkretiseres med ordet lammelse. Hvorledes vil man nemlig kunne udelukke, at medlemsstaterne — i forvisningen om, at de ikke har pligt til at tilbagebetale uretmæssigt opkrævede beløb — fortsat opkræver afgifter med tilsvarende virkning som told uden hensyn til EF's forbud herimod? Hvem vil kunne forhindre dem i at gøre det, hvis man fratager de erhvervsdrivende ethvert retsmiddel, der kan standse en sådan praksis, og hvis en anerkendelse af, at noget sådant er lovligt, binder Kommissionen på hænder og fødder?

Det er særleles alvorlige perspektiver, som, hvad vigtigere er, er sandsynlige i en tid, hvor vi er vidne til, at protektionismen dukker op på ny. Europa-Parlamentet har bemærket det. Man behøver blot at læse beslutningen af 9. februar 1983 om medlemsstaternes ansvar for

fællesskabsrettens anvendelse og overholdelse: ». . . i tilfælde, hvor De europæiske Fællesskabers Domstol har erklæret visse skatter eller afgifter for uforenelige med traktaten . . .« — udtales det i punkt 7 — »er den efterfølgende indførelse af en bestemmelse i national lovgivning, der på nogen som helst måde begrænser retten til at få tilbagebetalt ulovligt opkrævede afgifter eller skatter, som derved uretmæssigt sætter medlemsstaterne i stand til at få indtægten af den ulovlige skat eller afgift, uforenelig med Fællesskabets ånd og bør derfor ophæves« (EF-Tidende C 68 af 14. 3. 1983, s. 33).

11. I det første spørgsmåls første led spørger den forelæggende ret Domstolen, om det er i strid med fællesskabsretten, hvis nationale retsforskrifter: a) betinger retten til tilbagebetaling af, at overvæltning bevisligt ikke har fundet sted, når der er tale om afgifter opkrævet i strid med EF's retssystem, b) ikke kræver samme betingelser opfyldt for tilbagebetaling af andre afgifter og byrder, der er opkrævet uretmæssigt, men uden at krænke de nævnte forskrifter.

Som jeg allerede har nævnt, udtalte Domstolen sig herom i Just-sagen og i en række senere domme: de betingelser for at gennemføre tilbagesøgningsretten, der opstilles i national ret — udtalte Domstolen — »må [ikke] være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål« herom. Det ville være nemt at henvise den forelæggende ret til disse udtalelser og heraf udlede, at den, som udsondrer en gruppe af afgifter, der er karakteriseret af en vis forbindelse til fællesskabsretten, og som undergiver dem strengere betingelser med hensyn til tilbagesøgning af ikkeskyldige beløb, udøver en ubegrundet forskelsbehandling mellem de retssubjekter, der passivt bærer afgifterne, og dem, der bærer de andre tilsvarende afgifter, som imidlertid ikke har forbindelse med EF. Det ville retten dog ikke kunne være tilfreds med. Den ønsker nemlig, at Domstolen foretager en præcisering; den vil altså vide, hvorledes man skal forstå udtrykket »tilsvarende nationale søgsmål«. Hvilke forhold kan der lægges vægt på for at afgøre, om der er lighed, og det derfor er forbudt at behandle sagsforholdene forskelligt?

Det forelagte spørgsmål forudsætter, at der skal foretages en mere dybtgående undersøgelse af artikel 19, navnlig af den »indførselstold«, »produktionsafgift«, »statsafgift« og »forbrugsskat«, som nævnes i forbindelse med den ordning, der er indført ved artikel 19. Hvad skal der konkret forstås ved disse udtryk? Jeg vil straks sige, at der i italiensk afgiftssprog ved *skat på forbrug* forstås enhver afgift, som endeligt skal bæres af forbrugeren. Men det må tilføjes, at det retssubjekt, der passivt bærer skatten, for det meste ikke er forbrugeren, men en anden, der er kendetegnet ved at have haft en vis forbindelse med varen, før den kom ind i forbrugerens formuesfære. Der findes derfor flere arter af forbrugsskatter, alt efter hvornår afgiftskravet stiftes. Når afgiften pålægges varen ved fremstillingen, vil vi således tale om

produktionsafgift; der vil foreligge told, hvis afgiften skal pålægges varen, når den indføres på statsterritoriet, eller forlader eller er i transit over dette; hvis den pålægges som en delafgift på passive retssubjekters omsætning, vil den blive benævnt *merværdiafgift.*

På sin side har den italienske regering i besvarelse af Domstolens spørgsmål præciseret, at man i Italien ved told forstår egentlig importtold, EF-bestemte afgifter, monopolafgifter, grænseafgiftstillæg og enhver anden til fordel for statskassen opkrævet grænseafgift. Regeringen har desuden erklæret, at man ved *statsafgifter* forstår de afgifter, der almindeligvis betegnes som produktionsafgifter, og at *forbrugsafgifterne* kan sammenlignes med disse sidstnævnte.

Det er nu den italienske regerings opfattelse, at det principielle forbud mod forskelsbehandling, som Domstolen lagde til grund i Just-sagen, skal fortolkes indskrænkende. Regeringen hævder, at forbudet ikke rammer nationale retsforskrifter, hvorefter der retligt sondres mellem bestemte afgiftsbelagte områder; forbudet rammer kun de bestemmelser, der indeholder forskellige regler for på den ene side retten til tilbagebetaling af interne afgifter og, på den anden side, retten til tilbagebetaling af EF-bestemte afgifter *på det samme område.* Forholdet er nu det, at artikel 19 gælder for en hel sektor, altså en ensartet kategori af fiskale afgifter, og reglen gælder ubestrideligt helt ensartet. Det er altså umuligt at antage, at den har et diskriminerende indhold.

Denne opfattelse er imidlertid heller ikke overbevisende. Jeg skal først bemærke, at forbudet mod forskelsbehandling er en alment gældende fællesskabsretlig grundsætning, hvorfor der må gås meget forsigtigt til værks, hvis forbudet skal afsvækkes ved at undergive det visse begrænsninger. Det forekommer mig imidlertid, at der nok ikke vil ske det, at det afsvækkes, men at det vil nærme sig sin ophævelse, hvis man opdeler afgiftssystemet i flere, kanske snævre sektorer, for derefter at begrænse grundsætningens virkning til hver enkelt af dem. I øvrigt kan jeg ikke indse, hvorfor reglerne for retten til tilbagebetaling af en produktionsafgift skal være anderledes indrettet end de, der gælder for andre, navnlig indirekte, afgifter. Jeg er således enig med Kommissionen, når den — som en delvis modifikation af den opfattelse, den har gjort gældende i det den 6. oktober 1982 indgivne indlæg — bemærker, at hvis man ønsker »med sikkerhed at udelukke enhver forskelsbehandling mellem importerede og indenlandske produkter, må man behandle alle eller ... størstedelen af de indirekte afgifter på samme måde« (jfr. indlæg indgivet den 7. 5. 1983, s. 3).

Hvad skal man i denne forbindelse mene om artikel 19, eller rettere om en regel ad modum artikel 19? For det første må det siges, at den ikke omfatter en helhed af afgifter, der er så bred og ensartet, at det vil være berettiget at fravige forbudet med forskelsbehandling. Udenfor falder nemlig, foruden de tilfælde, hvor fejlagtigt betalte beløb tilbagesøges med henvisning til en af myndighederne begået fejl, mange indirekte afgifter, og, blandt forbrugsafgifterne, momsen og eksporttolden. Når disse afgifter udelukkes, skyldes det altså ikke den funktion, der er tiltænkt dem i samfundsøkonomien, men ydermere indbyrdes forskellige faktorer. Det er f.eks. klart, at momsen og de afgifter, der er opkrævet

uretmæssigt som følge af fejl, kun falder udenfor, fordi de er omfattet af EF-reglerne.

Der må imidlertid gøres yderligere bemærkninger. Kommissionens repræsentant har forklaret, at artikel 19 angår »en gruppe af afgifter, hvoraf de fleste er importtold«, således at »man må rejse alvorlig tvivl om, hvorvidt artikel 19 opfylder kravet om ligebehandling«. Endnu engang er jeg enig med Kommissionen. Italiens fortolkning af Just-sagen kunne endda være rigtig; men hvis det er det EF-retlige grundlag for tilbagebetalingsretten, som ensretter den afgiftssektor, som den nationale regel regulerer på anden vis, vender virkningerne af en sådan fortolkning sig mod den, der har gjort den gældende: resultatet bliver, at den på gældende regel klart vil fremstå som stridende mod det af Domstolen i Just-sagen antagne.

Jeg vil ikke finde det rigtigt af mig at gå videre end til disse bemærkninger vedrørende den måde, hvorpå ikke-diskriminationsprincippet skal anvendes. Det vil påhvile den nationale ret at fortolke den nationale lovgivning og afgøre, om og i hvilket omfang den krænker det omtalte princip i den betydning, som jeg har klarlagt ovenfor.

12. Under sagen har selskabet San Giorgio og Kommissionen flere gange anført, at artikel 19's bevisregel også strider mod fællesskabsretten, fordi den tilsidesætter retten til forsvar. Det hævdes, at man ved at stille krav om, at importøren *udelukkende* har adgang til at føre *skriftligt* bevis vedrørende forhold opstået inden reglens ikrafttræden, uretmæssigt skaber risiko for, at han ikke vil kunne bevise, at byrden ikke er blevet overvæltet. Det må nemlig formodes, at importøren, indtil den nye regel trådte i kraft, ikke tænkte på (fordi han ikke havde anledning hertil) forinden at skaffe sig de dokumenter, der er nødvendige for det bevis, som nu kræves af ham.

Den forelæggende ret beskæftiger sig ikke direkte med dette problem; men eftersom sagens parter har drøftet det så indgående, finder jeg at måtte tage stilling til det. Min løsning er, at klagepunktet er begrundet. Der er intet, der forbyder lovgivningsmagten at begrænse de sædvanlige bevismidler og bestemme, at visse krav udelukkende kan bevises skriftligt; det er imidlertid utilladeligt, at sådanne regler indføres med tilbagevirkende gyldighed. Det er med fuld ret, at selskabet San Giorgio og Kommissionen gør rede for de enorme vanskeligheder, som en sådan fremgangsmåde bereder de interesserede. Man kan supplere deres bemærkninger med en anden. Ifølge en regel af retshistorisk fylde, der er optaget i samtlige retssystemer, påhviler det sagsøgeren at bevise de omstændigheder, som han gør gældende til støtte for sit krav, og det påhviler sagsøgte, der gør gældende, at de er utilstrækkelige, eller at kravet er bortfaldet, at bevise de forhold, som indsigelserne støttes på. I denne sag er det derimod erlæggeren, der skal føre bevis for, at en bestemt kendsgerning ikke foreligger. I sig selv gør dette ikke systemet retsstridigt; men det gør det med sikkerhed til en dobbelt anomali og fjerner, når det forbindes med den tilbagevirkende gyldighed af sin hjemmel, mulighederne for at tage til genmæle fra den, der er tvunget hertil.

Heroverfor har den italienske regering gjort gældende, at Codice civile forpligter de erhvervsdrivende til at opbevare bogholderipapirerne; det følger heraf, at de pågældende alene skal være i besiddelse af de nødvendige dokumenter for at efterkomme regler, der har været i kraft fra 1942. Argumentet holder imidlertid ikke, af mindst to grunde:

a) fordi problemet er blevet forelagt — og måtte forelægges — generelt, og det derfor ikke er muligt at løse det ved at henvise til særlige regler i en bestemt national retsorden,

b) fordi de bilag, som der tages sigte på i den italienske lov, under alle omstændigheder angår firmaets virksomhed og ikke markedsudviklingen, der jo som bekendt netop er det forhold, som de pågældende regler kræver, at erlæggeren skal bevise noget om.

13. På grundlag af ovenstående bemærkninger skal jeg foreslå Domstolen, at den giver følgende svar på de spørgsmål, som præsidenten for Tribunale di Trento i sin egenskab af undersøgelsesdommer har forelagt ved kendelse af 23. juli 1982 i den sag, som aktieselskabet San Giorgio, Latteria Locate Triulzi, har anlagt mod Den italienske Republiks finansministerium:

a) Rådets forordning nr. 1430 af 2. juli 1979 om godtgørelse af eller fritagelse for import- eller eksportafgifter skal fortolkes således, at den ikke afskærer staterne fra i deres retsorden — dels med hensyn til de tilfælde, hvori der efter forordningen kan blive tale om tilbagebetaling, dels i andre tilfælde — at bestemme, at retten til tilbagebetaling bortfalder, dersom afgiftsbyrden er overvæltet på andre retssubjekter i det økonomiske kredsløb.

b) En national lov, der kræver, at det bevises — uanset at dette ikke skal ske skriftligt — at overvæltning ikke har fundet sted, før der kan ske tilbagebetaling af bestemte afgifter, der er opkrævet af myndighederne med urette, fordi de strider mod EF-retten (således f.eks. i tilfælde af afgifter med tilsvarende virkning som told), er uforenelige med fællesskabsretten, når prisen på det produkt, som rammes af de omtalte afgifter, er markedsbestemt, fordi loven herved umuliggør gennemførelsen af retten til tilbagebetaling, der har EF-retlig hjemmel.

c) En national lov, der indeholder de under punkt b) nævnte særlige bevisregler, men udelukkende for EF-stridigt opkrævede afgifter, og ikke har udvidet samme regler til at gælde enhver anden uretmæssigt opkrævet afgift, skat eller byrde, er uforenelig med fællesskabsretten, fordi det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling herved tilsidesættes. Der foreligger en sådan uforenelighed i alle tilfælde, hvor den gruppe af afgifter, for hvis tilbagebetaling der gælder forskellige regler, og som helt eller delvis omfatter EF-stridigt opkrævede afgifter, ikke har tilstrækkeligt vide rammer: det vil for eksempel være tilfældet, når alle eller størstedelen af de indirekte afgifter ikke indgår i den nævnte gruppe.