2. Ved anvendelsen af fællesskabsretten som den var gældende i marts-april 1966 var medlemsstaterne ved udførsel til tredjelande af produkter forarbejdet af korn, på dette tidspunkt alene berettiget til at anse partier af byg, hvis andel af afrundede kerner klart oversteg 50 vægtprocent af tørstoffet, som afrundet byg, der kunne tillægges en højere eksportrestitution end den, der var fastsat for afskallet byg.

I sag 3/81

angående en anmodning, som Bundesfinanzhof i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

LUDWIG WÜNSCHE & CO., Hamburg,

mod

BUNDESANSTALT FÜR LANDWIRTSCHAFTLICHE MARKTORDNUNG, Frankfurt am Main,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af begreberne »afrundet byg« hhv. »korn, afrundet (perlegryn): af byg«, der i forhold til tørstoffet har et askeindhold på mindre end 1 vægtprocent, som anført i bilaget til Rådets forordning (EØF) nr. 19/62 af 4. april 1962 (EFT nr. 30, s. 933), i artikel 5, stk. 1, D, i Rådets forordning (EØF) nr. 141/64 af 21. oktober 1964 (EFT nr. 169, s. 2666) og i Kommissionens forordning (EØF) nr. 11/66 af 3. februar 1966 (EFT nr. 24, s. 393),

har

DOMSTOLEN (første afdeling)

sammensat af afdelingsformanden G. Bosco, dommerne A. O'Keeffe og T. Koopmans,

generaladvokat: S. Rozès
justitssekretær: P. Heim

afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

Ludwig Wünsche & Co., Hamburg (herefter benævnt Wünsche), opnåede den 4. marts, den 9. april og den 13. april 1966 fra sagsøgte i hovedsagen (på daværende tidspunkt Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, nu nedlagt og afløst af Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung) en række restitutionstilsagn for eksport af afrundet byg.

Medlemsstaternes kompetence til at meddele sådanne tilsagn for kornprodukter havde på det pågældende tidspunkt fællesskabsretlig hjemmel, især artikel 20, stk. 2, i Rådets forordning nr. 19 af 4. april 1962 og Rådets forordning nr. 141/64 af 21. oktober 1964. Betingelserne for ydelse af restitution var fastlagt ved Kommissionens forordninger nr. 164/64 af 29. oktober 1964 og nr. 11/66 af 3. februar 1966.

Den tyske regering har gjort brug af denne beføjelse ved bekendtgørelse af 24. november 1964 om restitution til korn og ris, hvis artikel 6 åbner mulighed for, at der ved eksport til tredjelande kontant kan ydes restitution, mens der for produkter, der indføres fra tredjelande med det formål at skulle reeksporteres efter forarbejdning, kan ske fritagelse for importafgift. I den foreliggende sag er det denne sidste fremgangsmåde, der er blevet anvendt ved ydelsen af restitutionen.

De kemikere, der af eksportøren havde fået til opgave at analysere den pågældende vare, har i ethvert tilfælde konstateret et askeindhold, der i forhold til tørstoffet var mindre end 1 vægtprocent, og har kvalificeret varen som »korn, afrundet (perlegryn): af byg« efter position 11.02 B III a) (nu position 11.02 C III) i den fælles toldtarif.

De tyske regeringsmyndigheders sagkyndige nåede på grundlag af deres analyse frem til et andet resultat. Selv om de også konstaterede et askeindhold på mindre end 1 % i alle vareprøverne, konkluderede de dog, at bygkornene ikke var af homogen beskaffenhed. Bundesforschungsanstalt für Getreideverarbeitung i Berlin fastslog således, at man foruden store kornkerner, der utvivlsomt måtte karakteriseres som »afrundede« tillige havde fundet andre, der ikke var forarbejdet i samme grad, og som ikke kunne anses som afskallet, eller som endog i nogle tilfælde fremtrådte med intakt skal. Zolltechnische Prüfungs- und Lehranstalt i Hamburg-Altona fastslog, at kornene ikke i almindelighed fremtrådte fuldtændigt afrundede og glatte, at aleuroncellerne kun til dels var fjernet, og at langt mindre end 50 % af stivelsescellerne var synlige.

På grundlag af disse to sidste ekspertudsagn tilbagekaldte interventionsorganet for visse eksportpartiers vedkommende den licens, der var meddelt for en

restitution (det drejede sig om afgiftsfri indførsel af uforarbejdet byg).

Wünsche har anfægtet afgørelsen om tilbagekaldelse ved Hessisches Finanzgericht, der frifandt sagsøgte efter en omfattende bevisførelse. Sagen blev derefter indbragt for Bundesfinanzhof, der efter summarisk rettergang (»Vorbescheid«) ved afgørelse af 9. januar 1980 lagde en fortolkning til grund, der var til ugunst for sagsøgeren. Retten støttede sig herved på Domstolens dom af 15. december 1971 i sag 21/71, Brodersen (Sml. 1971, s. 325).

Imidlertid fremførte sagsøgeren nye faktiske og retlige anbringender, der foranledigede Bundesfinanzhof til i medfør af EØF-traktatens artikel 177 at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1. Hvorledes skal det i bilaget til Rådets forordning (EØF) nr. 19/62, i artikel 5, stk. 1, D, i Rådets forordning (EØF) 141/64 og i Kommissionens forordning (EØF) nr. 11/66 nævnte begreb 'afrundet byg' henholdsvis 'korn, afrundet (perlegryn): af byg' — som i forhold til tørstoffet har et askeindhold på mindre end en vægtprocent — fortolkes, for så vidt angår restitutionstilsagn meddelt i marts og henholdsvis den 5. og 13. april 1966? Når henses til, at afrundet byg efter sidstnævnte forordning kan have et askeindhold på mere end en vægtprocent, og at askeindholdet afhænger af, i hvilket omfang perikarpiet er fjernet og kornet er afrundet i enderne, må det da lægges til grund, at der i det mindste ved et askeindhold på mindre end en vægtprocent altid foreligger afrundet byg, således at det ikke kan være afgørende, om produktet opfylder de betingelser, der opstilles i bemærkningerne til position 11.02 i Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen?

2. Såfremt et askeindhold på mindre end en vægtprocent ikke begrebsmæssigt opfylder betingelserne for, at der foreligger 'afrundet byg':

   a) Er det da tilstrækkeligt, at den omtrent fuldstændige fjernelse af perikarpiet og kornets afrunding i begge ender fastslås for mere end 50 % af kornets vedkommende, eller skal omtrent hele det pågældende parti korn udvise disse tarifmæssige egenskaber?

   b) Dersom en andel på mere end 50 % er tilstrækkelig: Skal andelene fastslås på grundlag af vægtprocenter eller kerneprocenter?«

Forelæggelseskendelsen er registreret på Domstolens justitskontor den 12. januar 1981.

I medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af Wünsche ved advokat F. Modest, Hamburg, af Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung ved advokat A. Stockburger, Frankfurt am Main, og af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved J. Sack, Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtiget.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at

indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har dog anmodet Wünsche om at fremlægge en kopi af de to ekspertudsagn, der er afgivet på Wünsche's initiativ.

Ved kendelse af 13. maj 1981 har Domstolen i medfør af procesreglementets artikel 95, stk. 1 og 2, desuden henvist sagen til første afdeling.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

Wünsche anfører først, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen adskiller sig fra dem, som Domstolen var stillet over for i førnævnte sag 21/71, Brodersen, hvori det blev kendt for ret, at medlemsstaterne kun kunne anse produkter som »afrundet byg«, såfremt disse i det mindste opfylder de betingelser, der er fastsat i de Forklarende Bemærkninger til position 11.02 i »Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen« (herefter benævnt »Nomenklaturen«).

Forordning (EØF) nr. 11/66 — der ikke længere var i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der lå til grund for førnævnte sag — er af afgørende betydning i nærværende sag.

Videre har Domstolen i sag 21/71 alene fastlagt sin fortolkning af begrebet »afrundet byg« med henblik på det tilfælde, hvor medlemsstaterne ydede de af Kommissionen fastsatte maksimale restitutionsbeløb. Imidlertid har Forbundsrepublikken Tyskland ved ydelsen af restitutioner for afrundet byg altid holdt sig under disse maksimumssatser.

Efter at have fremsat disse indledende bemærkninger for at godtgøre, at Bundesfinanzhof's spørgsmål ikke kan besvares ved henvisning til Domstolens dom i sag 21/71, fremhæver Wünsche, at et svar kun kan gives på grundlag af indgående tekniske oplysninger.

Det er i så henseende af betydning indledningsvis at undersøge kornprodukters botaniske beskaffenhed.

Kernen i samtlige kornprodukter lader sig opløse i følgende bestandele:

a) endospermet, dvs. frøhviden i snæver forstand og aleuronhinden;

b) skallen, der er sammensat af flere hinder, nemlig indefra og ud: frøskallen, perikarpiet og avnerne;

c) kimen, der befinder sig i en af kornets ender, og som er forbundet med frøskallen.

Der eksisterer imidlertid forskelle mellem de forskellige kornarter. Botanikken, nationaløkonomien, toldtariffen og de forklarende bemærkninger til denne tarif lægger især vægt på sondringen mellem »nøgne kornarter« og »dækkede kornarter«. Ved »nøgne kornarter« forstås de, hvis avner allerede ved tærskningen falder på marken. Derimod er de »dækkede kornarter« kendetegnet ved, at deres kerner er så tæt forbundet med avnerne, at de ikke adskilles under tærskningen på marken. Fjernelsen af avnerne sker ved efterfølgende afskalning og har meget ofte til følge, at også en lille del af frøskallen eller perikarpiet fjernes.

Ifølge Wünsche er det desuden nødvendigt at kende den historiske udvikling og betydningen af askeindholdet i korn og kornprodukter.

Askeindholdet i et frøkorn består af mineraler, der ikke kan forbrændes, og som især indeholdes i perikarpiet og frøskallen, i kimen og til dels i aleuronhinden. Disse mineraler er især koncentreret i spidserne eller i enderne af frøkornet.

I afskallet byg, altså befriet for avnerne, andrager askeindholdet gennemsnitligt 1,3 %, mens den rene frøhvide (uden aleuronhinden) frembyder et askeindhold på højst 0,6 %.

Vurderings- og afgrænsningskriteriet vedrørende askeindholdet har gradvist sat sig igennem i løbet af flere årtier inden for den tyske kornindustri og mølleriviksomhed; det har ligeledes fundet sit udtryk i lovgivningen. Grunden hertil er, at bestemmelsen af askeindholdet i kornet åbner mulighed for en objektiv og sikker vurdering med hensyn til de respektive mængder af skal, kim og aleuronhinde, der endnu befinder sig i mel, der er bragt i omsætning. Den lovbestemte forskrift verdrørende askeindholdet giver således mølleriviksomhederne oplysninger om, hvad der må formales, og hvorledes dette skal ske, samt om de melarter, som de kan og skal fremstille.

Derimod eksisterer der stadig ikke i tysk lovgivning nogen forskrift, der pålægger mølleriviksomhederne at anvende en bestemt teknik ved fremstillingen af de forskellige melarter på grundlag af askeindholdet.

Wünsche anfører, at på det tidspunkt, hvor den midlertidige markedsordning for korn og kornprodukter trådte i kraft i 1962, overtog Fællesskabets institutioner fra den nationale markedsordning i Forbundsrepublikken Tyskland askeindholdet som vurderings- og afgrænsningskriterium for mølleriprodukter.

Wünsche fremhæver, at med hensyn til eksportrestitutionerne for afrundet byg blev askeindholdet som kriterium indført i tysk lovgivning ved bekendtgørelse af 24. november 1964, senere ændret ved bekendtgørelse af 10. marts 1965 og 25. juli 1966.

Kommissionen har ligeledes på dette punkt fulgt den tyske lovgiver og ved ovennævnte forordning nr. 11/66 indført en bestemmelse om askeindholdet som sondringskriterium for afrundet byg, idet man procentvis nedsatte den maksimale restitution til 70 % for »afrundet byg, der i forhold til tørstoffet har et askeindhold på over 1 %.

Den af Kommissionen gennemførte ordning svarer til den tyske ordning, som fastsat ved bekendtgørelse af 25. juli 1966.

Wünsche finder det videre nødvendigt at fremhæve, at der eksisterer forskellige tekniske fremgangsmåder ved afskalning af byg. Den vigtigste forskel består i anvendelse af metalcylindre eller metaltromler, der enten monteres vertikalt eller horisontalt.

Den vertikale afskalning sker ved en kraftigere afslibning og grovslibning af kornenes sider og midte, hvorimod den horisontale afskalning indebærer en kraftigere afslibning og grovslibning af spidserne, hvilket medfører en hurtigere og mere udtalt nedsættelse af askeindholdet, fordi de mineralske bestanddele især er koncentreret i kornets ender.

Den horisontale afskalning indebærer altså, hvad kornets længderetning angår, at man ikke blot bevarer en del af aleuronhinden og frøskallen, men også en del af perikarpiet.

Ved at anvende denne teknik er det muligt at opnå et askeindhold, der er mindre end 1 %, og foretage en kraftigere afrunding af kornets ender uden fuldstændig at fjerne perikarpiet.

Med hensyn til sorteringen af kornene, anfører Wünsche, at denne først er mulig, efter afskalning af kornene. Før 1962 var det i Tyskland skik og brug, at møllerierne foretog sortering af den afskallede byg, og lovgiver lod sig inspirere heraf ved udformningen af eksportrestitutionerne for forskellige kategorier af afskallet byg, fastsat i forhold til kernestørrelsen og afskalningsgraden. Denne restitutionsordning blev imidlertid bragt til en brat afslutning, da den fælles markedsordning for korn trådte i kraft den 1. august 1962. Siden da har de tyske møllerier været forpligtet til at anvende Fællesskabets bestemmelser ved eksport.

Den fælles markedsordning for korn og den restitutionsordning, der blev indført af Fællesskabet og medlemsstaterne, stillede erhvervsdrivende i alle medlemsstater og især i Tyskland i en ny situation. Det var således nødvendigt dels at anvende begrebet »afrundet byg«, dels — siden 1964 — at vurdere betydningen af askeindholdet som kriterium ved fremstillingen af et produkt, som afskallet byg, der er fremstillet ved forarbejdning af korn.

Begrebet »afrundet byg« var aldeles ukendt i Forbundsrepublikken Tyskland, både i erhvervskredse og i den offentlige forvaltning.

De pågældende erhvervskredse og offentlige myndigheder havde heller ikke kendskab til de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen, der på dette tidspunkt intetsteds fandt anvendelse.

Restitutionsforordningerne (EØF) nr. 141/64 og 11/66 godtgør i øvrigt, at Kommissionen selv ikke havde kendskab til de nævnte forklarende bemærkninger eller i hvert fald, at den ikke tillagde dem nogen betydning.

Toldtariffen ydede heller ingen bistand ved afgrænsningen af begrebet »afrundet byg«.

Møllerierne var således i begyndelsen overladt til sig selv og de antog

— at det fremgik af den rette betydning af ordet »afrundet«, at byggen skulle afskalles i en sådan grad, at kornet var afrundet i enderne;

— at tariffen ikke foreskrev nogen sortering, og at begrebet »afrundet byg« ikke indebar nogen bestemt størrelse eller diameter;

— at dette begreb forudsætter — på grund af nødvendigheden af at foretage afrunding af kornene i enderne — en vis afskalning i enderne, mens det ikke angiver graden af denne afskalning og heller ikke, om der skal ske afskalning af andet end kornenes ender.

En første sikkerhed i denne henseende — i øvrigt den eneste — blev givet med

indførelsen af askeindholdet som kriterium.

Den bestemmelse, der fastsatte askeindholdet for afrundet byg, i restitutionsforskrifterne (de tre førnævnte tyske bekendtgørelser og forordning (EØF) nr. 11/66) henviste møllerivirksomhederne til et objektivt kriterium og gjorde det klart, uden at nogen flertydighed var mulig, i hvilken grad bygkornene — foruden afrunding i enderne — skulle afskalles.

Det afgørende punkt var således, bortset fra afrundling af enderne, at bygkornene skulle afskalles indtil det rigtige askeindhold var nået.

Det askeindhold, der fastsættes i de fire restitutionsforskrifter, havde imidlertid en større rækkevidde og har påvirket teknologien.

Det foreskrevne askeindhold gjorde det klart, at afskalningen ikke skal være så intensiv, at kun den melholdige frøhvide bliver tilbage, fordi tærsklen for askeindholdet i så fald ville befinde sig omkring 0,6 %. Da man må gå ud fra, at byg, hvis avner er fjernet, har et askeindhold på 1,3-1,4 %, så følger det nødvendigvis heraf, at for at opnå et askeindhold, der gennemsnitligt er mindre end 1 %, må der ske en kraftigere afskalning. Det var således ikke nødvendigt, at større dele af perikarpiet, frøskallen, kimen og aleuronhinden afskalles. Møllerivirksomhederne er således frit stillet i valget af dele, som de vil lade blive tilbage, og dele, som de vil afskalle.

De fire forskrifter tillod endvidere forekomsten af afrundet byg med et askeindhold, der er lig med eller større end 1 %.

Imidlertid følger det nødvendigvis af bygkornets botaniske sammensætning, at byg, der næsten fuldstændig er befriet for perikarpiet, og som i øvrigt er afrundet — omend nok så svagt — i enderne, har et askeindhold, der er mindre end 1 %.

Den omstændighed, at de fire restitutionsforskrifter anerkender, at der kan forekomme afrundet byg med et askeindhold, der er større end 1 %, tillader den sikre slutning, at bygkorn ganske vist skal være afrundet i enderne, men at perikarpiet til gengæld ikke nødvendigvis skal være næsten fuldstændig fjernet.

På den anden side betyder askeindholdet, således som det er fastsat i de fire forskrifter, ligeledes, at møllerivirksomhederne kan opnå et askeindhold, der er mindre end 1 %, ved afskalning og afrunding af kornets ender, hvor askeindholdet er koncentreret, selv om perikarpiets dele — i midten — forbliver knyttet til kornet.

De Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen vedrørende position 11.02 indeholder under punkt 3 vedrørende afskalning af korn grove fejl, der ligeledes indvirker på punkt 4 vedrørende afrundet korn.

Hvad angår de »dækkede kornarter«, fastsætter de nævnte bemærkninger nemlig, at det til afskalning er tilstrækkeligt, at kornene er blevet befriet for deres avner, og tilføjer, at i dette tilfælde er »kernen almindeligvis . . . synlig«.

Mellem perikarpiet og frøhviden — med eller uden aleuronhinden — er der altid frøskallen. For de dækkede kornarters vedkommende, der ganske enkelt er blevet befriet for deres avner, er derfor

alene perikarpiet synligt, men ikke frøhviden.

Punkt 3 i de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen angående position 11.02, er således ukorrekt. Denne fejlagtige karakter slår igennem i de forklaringer, der er indeholdt i punkt 4 »afrundet korn (perlegryn)« idet disse sidste grunder sig på den fejl, der er indeholdt i de forklarende bemærkninger under punkt 3.

Der er endnu en grund til, at bemærkningerne i punkt 4 ligeledes er fejlagtige og uanvendelige.

Toldtariffen foreskriver hverken nogen sortering eller teknisk fremgangsmåde ved afskalningen, og den fastsætter heller ikke nogen bestemt afskalningsgrad. Den foreskriver ganske enkelt, at byggen skal være »afrundet« dvs. at kornene skal være afskallet på en sådan måde, at enderne er afskallede og herigennem afrundede.

De Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen går heroverfor ud fra, at kornene desuden skal være næsten fuldstændigt befriet for perikarpiet. De opstiller herved en yderligere betingelse, der ikke er indeholdt i tariffen. Men de pålægger frem for alt møllerivirksomhederne en bestemt forarbejdningsteknologi, nemlig vertikal afskalning, der ikke udkræves efter tariffen, idet det med hensyn til kornarternes karakter af »afrundede« er uden interesse, hvorvidt dele af perikarpiet eller/og de andre dele, der omslutter frøhviden, er blevet fjernet for at opnå den afrundede form.

Selv om der ikke havde foreligget særlige retsregler om askeindholdet, havde man med hensyn til fortolkningen af udtrykket »afrundet byg« ikke kunnet støtte sig på de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen, når ganske enkelt henses til deres fejlagtige og eksorbitante karakter i forhold til den fælles toldtarif.

De Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen er ligeså uanvendelige med hensyn til udtrykket »afrundet byg«.

Det er nemlig teknisk umuligt at afskalle bygkorn, der fra naturens hånd er uensartede, på en sådan måde, at man generelt og præcist nøjes med at fjerne perikarpiet fra næsten alt det forarbejdede korn.

For ved afskalningen at opnå afrunding af kornene i enderne, er møllerivirksomhederne i ethvert tilfælde nødt til at bortslibe en del af frøskallen, af aleuronhinden og ligeledes — i enderne — en del af frøhviden, mens de på den anden side er nødt til at lade en del af perikarpiet blive tilbage i større eller mindre grad, alt efter kornenes størrelse. De kan kun opnå en fuldstændig afskalning af perikarpiet, såfremt de foretager en fuldstændig afskalning af de dele af kornet, der omgiver frøhviden. Dette er imidlertid ikke, hvad der forstås ved at foretage en afrunding, og det er i hvert fald sikkert, at et sådant krav ikke følger af tariffen.

Ordningen, der hviler på askeindholdet, tilbyder heroverfor ved hjælp af objektive og pålidelige metoder en løsning, der er anvendelig.

De Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen til position 11.02 og bestemmelserne vedrørende askeindholdet i forordning (EØF) nr. 11/66 modsiger hinanden eller dækker kun hinanden delvist; i hvert fald er de ikke sammenfaldende.

Efter bestemmelserne i forordning nr. 11/66 er det tilstrækkeligt for at opnå højeste restitutionssats, at bygkornene er kraftigt afrundede i enderne og udviser et askeindhold, der er mindre end 1 %. For at opnå dette resultat, er det ikke nødvendigt fuldstændigt at befri kornene for perikarpiet, idet det er tilstrækkeligt

at fjerne en del af perikarpiet, frøskallen og aleuronhinden. I dette tilfælde er en del af frøhviden altid delvist synlig.

Denne type afskalning kommer altså nærmest til det begreb (som klart er fejlagtigt), der fremgår af de afgrænsninger, der indeholdes i de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen, hvorefter den (hvide) frøhvide på den ene eller anden måde skal være synlig ved afrundet byg.

Forordning (EØF) nr. 11/66 definerer altså begrebet afrundet byg anderledes end de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen; der består således en modsigelse mellem de to bestemmelser.

Ifølge Wünsche kan man se bort fra spørgsmålet, om Kommissionen på det pågældende tidspunkt havde kompetence til at definere begrebet »afrundet byg« i forordning nr. 11/66.

Ved at gennemføre bestemmelsen om askeindholdet, har Kommissionen fastsat denne definition, der — ifølge de principper, der ligger til grund for beskyttelsen af den berettigede forventning — må antages at være gyldig, selv hvis bestemmelsen er en nullitet på grund af bemyndigelsesmangel. Det følger videre af retssikkerhedsprincippet, at forvaltningen har det som sin opgave og som sin pligt at udarbejde klare definitioner til brug for de retsundergivne og det på en sådan måde, at disse kan fæste lid til dem. Dette har Kommissionen i nærværende tilfælde gjort gennem bestemmelsen om askeindholdet.

Dersom Kommissionen ikke havde villet give en definition, kunne den have henvist til de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen. Den omstændighed, at den har afholdt sig herfra, afgiver grundlag for dens ansvar.

De definitioner, der indeholdes i forordning nr. 11/66, har under alle omstændigheder erstattet punkterne 3 og 4 i de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen til position 11.02 i den fælles toldtarif, når henses til, at disse bemærkninger ikke har karakter af retsregler, og at de på nævnte punkter oven i købet i vidt omfang er fejlagtige.

Wünsche undersøger herefter de seks ekspertrapporter eller grupper af rapporter, der af parterne er blevet fremlagt under hovedsagen, og bestrider de resultater, som de af sagsøgte udmeldte eksperter er nået frem til.

Wünsche fremfører, at de nævnte eksperter har taget hensyn til kriterier, der ikke er fastsat i Fællesskabets ordning, for at fastslå, hvorvidt den vare, som de analyserede, var afrundet byg.

Bundesforschungsanstalt für Getreideverarbeitung har således som referencegrundlag antaget både sorteringen og de klassifikationer, der var i brug i Tyskland, førend den fælles markedsordning for korn trådte i kraft, samt den afrundede bygs handelskvalitet. Zolltechnische Prüfungs- und Lehranstalt i Hamburg grunder sin vurdering på den kendsgerning, at kornene ikke overalt var afrundede, at aleuronhinderne kun delvis var fjernet, og at stivelsescellerne var synlige for mindre end 50 %'s vedkommende. Et andet ekspertudsagn fra Bundesforschungsanstalt gav et negativt resultat, fordi man ved beregningen af andelen af korn med næsten fuldstændigt afskallet perikarp lagde vægtprocenten til grund og ikke det eneste kriterium, som Wünsche anser for korrekt, nemlig kornprocenten. Imidlertid konstateres det i alle rapporter, at askeindholdet var mindre end 1 %, og at *alle kornene var afrundede i enderne.*

På grundlag af de udviklede overvejelser, foreslår Wünsche, at det *første spørgsmål* besvares således, at det på det tidspunkt, da forordning nr. 11/66 var i kraft, var tilstrækkeligt til at anse byg som afrundet såfremt:

1) byggen ved afskalning afrundes i begge ender;

2) hinderne, der befinder sig over frøhviden, er tilstrækkeligt afslebet til at der opnås den gennemsnitlige askeprocent, som er fastsat for tildelingen af en bestemt restitutionssats.

Angående det andet spørgsmål, anfører Wünsche, at da et askeindhold på mindre end 1 % nødvendigvis indebærer, at kornets ender er blevet afrundede, kan betingelserne for at bygkorn kan anses som afrundet uden videre anses for opfyldte i ethvert tilfælde, hvor askeindholdet er mindre end 1 %. Det er således ikke nødvendigt at besvare det andet spørgsmål.

For alle eventualiteters skyld undersøger Wünsche dog de to underspørgsmål i det andet spørgsmål.

Hvad det første underspørgsmål angår, anfører Wünsche, at enhver afskalning af nogen intensitet har til virkning, at der sker afrunding af alle kornenes spidser eller ender.

Bortset fra de »brudstykker«, der nødvendigvis fremkommer under den proces, hvor kornet afskalles, og som i øvrigt selv bliver noget afrundede på grund af afslibingen, er næsten alle kornene afrundede i begge ender efter afskalningen.

Man kan derfor uden at opstille yderligere krav fordre, at når bortses fra brudstykkerne, foreligger der afrundet byg, når omtrent hele mængden af korn — og ikke blot halvdelen af det — er afrundet i enderne.

Hvad angår fjernelsen af perikarpiet, ville det forholde sig anderledes, dersom det var nødvendigt at tage hensyn til de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen.

Når henses til, at de enkelte korn varierer i størrelse og omfang, er det teknisk umuligt at foretage afskalning på en sådan måde, at kornet i dets helhed eller dog i dets omtrentlige helhed befries for perikarpiet.

En sådan betingelse ville kun kunne opfyldes ved at foretage en vis sortering. Der opstilles imidlertid ikke noget krav om en sortering, hverken i toldtariffen eller i de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen. Selv om det antages, at de Forklarende Bemærkninger opstiller et sådant krav, så dækkes dette ikke af tariffen.

Når henses til, at man kun med det blotte øje og ved tilnærmelse kan konstatere, hvorvidt et bygkorn er blevet næsten fuldstændig befriet for perikarpiet, så er det tilstrækkeligt, hvis der er behov herfor, at fastslå, at omkring 50 % af det afskallede korn er blevet næsten fuldstændigt befriet for perikarpiet.

Denne løsning gælder så meget mere, såfremt en medlemsstat ikke udbetaler restitutionen med maksimumssatserne.

Hvad angår det andet underspørgsmål, er Wünsche af den opfattelse, at der som grundlag for beregningen skal anvendes kornprocenten.

Wünsche anfører hertil, at vægten af bygkornene på afgørende vis bestemmes af andelen af stivelse i frøhviden. Kornets skaldele er i modsætning hertil af ekstrem lethed.

Da det i det foreliggende tilfælde ikke drejer sig om at vurdere frøhviden, men

alene om at fastslå, om og i bekræftende fald, i hvilket omfang de *forskellige* kornkerner er blevet tilstrækkeligt afskallede for de *forskellige* dele, der danner skallen.

Med hensyn til afskalningsgraden er produktets struktur således en funktion, ikke af kornenes vægt, men — når henses til umuligheden af at fastslå vægten af de dele, der danner skallen — af antallet af korn, der er tilstrækkeligt afskallede, og som opfylder de øvrige krav.

Hertil må føjes, at bygkornene ikke er homogene. En mølleri virksomhed kan derfor kun arbejde rentabelt ved at regulere afskalningsprocessen i en sådan grad, at kornet gennemsnitligt i et vist omfang befries for de dele, der udgør skallen. Dersom virksomheden skulle foretage en sådan afskalning for at fjerne skallen fra de største korn, så ville små og mellemstore bygkorn ikke alene blive berøvet hele deres skal, men tillige en stor del af frøhviden. Det er således i overensstemmelse med afrundet bygs natur, at en større del af skallen forbliver hæftet til korn af kraftig dimension og med høj vægt, end til små og mellemstore korn.

Dersom man lægger det kriterium til grund for afgørelsen, der hviler på det omfang, hvori skaldelene er fjernet, er der således grund til at henvise til antallet af korn, der er blevet underkastet den krævede afskalning.

Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung anfører, at der ikke foreligger holdepunkter for at antage, at den fortolkning af begrebet »afrundet byg«, der er givet af Domstolen i sag 21/71, ikke er gyldig i nærværende sag.

De gældende fællesskabsbestemmelser har været nøjagtig de samme for den periode, som sag 21/71 angik, og for den periode, der skal tages i betragtning i nærværende sag.

Desuden er det anbringende, hvorefter Domstolen i sag 21/71 muligvis ikke har bedømt rækkevidden af forordning (EØF) nr. 11/66 efter dens egentlige betydning, ugrundet. Det er en kendsgerning, at Domstolen ikke har været uvidende om eksistensen af den pågældende forordning, hvilket godtgøres gennem den omstændighed, at den i dommens sagsfremstilling udtømmende har gengivet Kommissionens indlæg, der på det bestemteste bestred, at man på grundlag af den ordning, der følger af forordning (EØF) nr. 11/66, kan drage den slutning, at afskallet byg, hvis askeindhold i forhold til tørstoffet er mindre end 1 %, nødvendigvis må være »afrundet« byg.

Om korn er afrundet eller ej afgøres ikke alene af dets askeinhold; hvis det er afrundet er det bl.a. af næsten rund form, hvilket kan konstateres med det blotte øje.

Det *første spørgsmål* fra den forelæggende ret kan der derfor, når henses til ordlyden og ordningen efter forordning nr. 11/66, gives et klart og kontant svar, nemlig at perleformen altid har måttet anses som det udelukkende og tilstrækkelige kriterium ved siden af askeindholdet, og i intet tilfælde kan erstattes af askeindholdet.

Modsat, hvad Wünsche har anført for Bundesfinanzhof, kan forordning nr. 11/66 ikke anses som værende uforenelig med de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen. Askeindholdet varierer mærkbart efter dyrkningsvilkårene, jordbeskaffenheden og gødningsmidlerne, og efter kornarter- og varianter, hvorfor det

er meget muligt, at en bygkerne, der er næsten fuldstændig befriet for perikarpiet, kan have et askeindhold på over 1 vægtprocent.

Hvad angår *det andet spørgsmål*, anfører Bundesanstalt, at det på det pågældende tidspunkt ikke var tilstrækkeligt, at alene mere end 50 % af kornet fremviste de tariferingsmæssige egenskaber for afrundet byg, idet det var nødvendigt, at næsten hele kornpartiet var næsten fuldstændig befriet for perikarpiet og afrundet i begge ender. Toldtariffens almindelige fortolkningsregel 3 b) fandt ikke anvendelse i overgangsperioden. Fællesskabsrettens restitutionsbestemmelser, der altid har fastsat maksimumsrestitutionssatser for at forhindre forstyrrelser på medlemsstaternes markeder, har altid efter deres beskaffenhed udelukket muligheden af, at der eksempelvis blev tillagt et eksportparti, bestående af 51 % afrundet byg og 49 % ubehandlet korn, den maksimale restitutionssats på 100 %.

Bundesanstalt tilføjer, at selv om det antages, at den almindelige fortolkningsregel 3 b) kan anvendes, ville det alligevel være nødvendigt som grundlag for beregningen alene at anvende vægtprocenter, og ikke antallet af korn.

Afrundet byg er således en vare, der bestemmes efter vægt, og som ikke kan behandles på anden måde end efter vægt og følgelig importeres og eksporteres på samme måde.

Afrundet byg kan ligeledes fremkomme af dele af kornkernerne ved afslibning af de enkelte dele. Dersom det antages, at man som referencegrundlag skal anvende procenterne af antallet af korn, så må kornstumperne medregnes som korn. En sådan metode åbner mulighed for manipulationer af enhver art. Eksempelvis er det således ikke vanskeligt at opnå en kornprocent for afrundet byg på mere end 50 ved tilsætning af afslebne kornstumper af byg, der er af ringere kvalitet, eller som knap nok er afskallede.

En sådan manipulation ville være uforenelig med Fællesskabets restitutionsordning, der gjaldt i overgangsperioden.

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber finder det uhensigtsmæssigt at behandle de to præjudicielle spørgsmål hver for sig. Denne kunstige opdeling af problemet i to adskilte dele fører til konklusioner, der er materielt ukorrekte, ligesom den i vidt omfang forklarer, hvorfor sagsøgerens juridiske argumentation er fejlagtig.

Kommissionen anfører først, at Wünsche's opfattelse er materielt fejlagtig. Der eksisterer rent faktisk tillige afrundet byg (Perlgraupen), hvis askeindhold i forhold til tørstoffet overstiger 1 vægtprocent. Askeindholdet i byg varierer rent faktisk voldsomt, alt efter høsten og oprindelsesstedet. Ligeledes medgives det i speciallitteraturen, at afrundet byg kan have et askeindhold på 1,1 %.

Ligeledes taler en række juridiske betragtninger af almindelig art imod den opfattelse, som Wünsche har anlagt.

Indledningsvis må det anføres, at sondringen mellem afskallet byg og afrundet byg stort set er meningsløs, såfremt dette sidste begreb ikke knyttes til meget høje kvalitetskrav. En restitutionssats, der er særlig høj for afrundet byg, kan kun begrundes gennem den omstændighed, at en kostbar forarbejdningsproces er nødvendig.

Hertil må føjes fællesskabsrettens nøjagtige gentagelse af de begreber, der er

indeholdt i Nomenklaturen, som i sag 21/71 førte til, at Domstolen anså de Forklarende Bemærkninger til denne nomenklatur for at være lige så bindende i fællesskabsretten. Der tilkommer dette forhold en særlig betydning, fordi den fælles toldtarif som affattet ved Rådets forordning nr. 950/68 af 28. juni 1968 (EFT 1968 I s. 265) først trådte i kraft den 1. juli 1968, hvorfor en særlig streng fortolkning af Nomenklaturen følgelig var nødvendig før denne dato, når det drejede sig om at definere toldnomenklaturbegreber.

Det må endelig understreges, at Domstolen i dommen i sag 21/71 på ingen måde har afgjort spørgsmålet, om forordning nr. 11/66, således som Wünsche anfører det, opstiller en videre definition for afrundet byg for fællesskabsrettens vedkommende, og hvorvidt denne stadigvæk var i kraft eller allerede var blevet afskaffet. Det ville således være besynderligt, dersom de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen skulle have været uden betydning for fællesskabsretten i marts/april 1966, mens de skulle have været afgørende for den samme ret nogle måneder senere.

Kommissionen anfører, at rigtigheden af dens opfattelse følger af formålet med ordningen for afrundet byg, som fastsat i bilaget til forordning nr. 11/66, og af hvis sammenhæng det med tilstrækkelig tydelighed fremgår, hvorfor de to præjudicielle spørgsmål, der er stillet af Bundesfinanzhof, må undersøges under et.

Selv hvis det antages, at Wünsche's opfattelse er rigtig, hvorefter afrundet byg i henhold til de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen aldrig har et askeindhold på over 1 vægtprocent, må man ikke glemme, at det i praksis selv ved intensive og gentagne formalinger i almindelighed er næsten umuligt, at et givet parti bygkorn i dets helhed frembyder de kendetegn, der opstilles i definitionen i Nomenklaturen. Selv om de korn, der opfylder betingelserne, utvivlsomt var i overtal og således havde — stadig efter den fiktive antagelse om rigtigheden af Wünsche's opfattelse — et askeindhold på mindre end 1 %, var der dog et vist antal korn med et askeindhold, der var større, fordi de var blevet underkastet en mindre intensiv forarbejdningsproces. Selv når man medgiver, at hele varemængden kan kvalificeres som »afrundet« i det foreliggende tilfælde, når henses til, at den alt overvejende del af kornene var fuldt bearbejdet, så kunne det klart højere askeindhold i en lille del af kornpartiet få gennemsnitsværdien til at overstige 1 vægtprocent. Det ville i et sådant tilfælde være umuligt at fastslå, hvorvidt man stod over for tilsætning eller blot en mindre kraftig forarbejdning.

Dette spørgsmål har ingen betydning i praksis, fordi man anvender de almindelige fortolkningsregler i FTT-nomenklaturen. Der er i den foreliggende sag intet, der taler imod anvendelsen af disse almindelige regler. Ganske vist eksisterede FTT endnu ikke i 1966 i form af en rådsforordning, men der fandtes dog allerede en »fælles toldtarif« der var udarbejdet i flere etaper som afgørelser fra Fællesskabets institutioner, og som allerede indeholdt reglen om blandinger.

Alt dette godtgør, at selv om man antager Wünsche's opfattelse som rigtig, så er den rent teoretisk og svarer ikke til praksis. I virkelighedens verden støder man kun sjældent på byg, der er fuldstændigt afrundet, hvorfor grænsen på 1 vægtprocent i askeindhold faktisk kan overskrides. Definitionen i Nomenklaturen forbliver forbindende, men det er klart, at ikke enhver kornkerne i en bestemt vare skal svare til denne definition. Den tilladte højeste procent, enten målt efter antallet af kerner eller efter vægt, der stadig gør det muligt for varen at blive kvalificeret som »afrundet« i sin helhed, er genstand for det andet præjudicielle spørgsmål og må undersøges i denne sammenhæng.

Bestemmelserne i forordning nr. 11/66 har det ikke som deres formål, at der skal tillægges maksimal restitutionssats for en vare, der i sin helhed kan anses som afrundet, men hvor man med rette kan antage, at den enten ikke havde været underkastet en særlig kraftig forarbejdning, eller at den kunstigt var blevet »oppustet« ved tilsætning af en mindre forarbejdet vare. Derimod har disse bestemmelser ikke til formål at indføre en definition af afrundet byg i fællesskabsretten, der er forskellig fra den, der findes i Nomenklaturen.

På grundlag af disse overvejelser kommer Kommissionen til det resultat, at det første præjudicielle spørgsmål, der grunder sig på rent teoretiske forhold, ikke har nogen reel betydning for sagens afgørelse, og at det er svaret på det andet præjudicielle spørgsmål, der er afgørende.

Ved besvarelsen af dette spørgsmål finder Kommissionen, at der må tages hensyn til to omstændigheder. På den ene side er det nødvendigt at anerkende, at det materielt er umuligt, at et parti afrundet byg i dets omtrentlige helhed frembyder de kendetegn, der fastsættes i de Forklarende Bemærkninger til Nomenklaturen; på den anden side kan man ikke lade den store forskel ude af betragtning, der består mellem de maksimale eksportrestitutioner for henholdsvis afrundet byg og afskallet byg.

Følgelig må de kvalitetskrav, der stilles til varen, ikke være for strenge, men de må heller ikke være for beskedne, fordi dette ville åbne mulighed for ved en blanding af afrundet byg og afskallet byg eller (blot) afslebet byg kunstigt og massivt at oppuste restitutionsbeløbet.

En fornuftig løsning kan udfindes på grundlag af den almindelige tariferingsbestemmelse 3 b), vedrørende nomenklaturen i den fælles toldtarif, hvorefter blandinger skal tariferes som om de bestod af det materiale eller den bestanddel, der er karaktergivende. Dette materiale kan foreligge som afrundet byg, når andelen heraf utvivlsomt overstiger 50 vægtprocent.

Kommissionen fremhæver, at man nødvendigvis må henholde sig til vægtprocenter, og ikke kornprocenter, når henses til, at vægten er afgørende såvel for varen som for beregningen af restitutionssatsen. Desuden kan stumper af korn, der er afrundede ved arbejdsgangen i møllen, forekomme i varen. Dersom man i dette tilfælde ville støtte sig på kornprocenten, ville sådanne kornfragmenter gøre det let at opnå en højere procentvis andel, der ville opfylde de

ovennævnte krav, selv om vægtprocenten utvivlsomt ville være klart lavere.

Kommissionen foreslår sammenfattende Domstolen, at de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bundesfinanzhof, besvares således:

»Ved eksport til tredjelande af produkter, der er fremstillet af korn, kunne medlemsstaterne i marts/april 1966 ved anvendelsen af de fællesskabsregler, der var gældende på dette tidspunkt, kun anse et produkt som »afrundet byg« såfremt dette i forhold til tørstoffet for mindst 50 vægtprocents vedkommende opfyldte de betingelser, der opstilles i de Forklarende Bemærkninger til Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen til pos. 11.02«.

III — Mundtlig forhandling

I retsmødet den 19. november 1981 har sagsøgeren i hovedsagen, ved advokat Fritz Modest, Hamburg, sagsøgte i hovedsagen, ved advokat Albrecht Stockburger, Frankfurt am Main, og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved Jörn Sack, medlem af Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtiget, afgivet mundtlige indlæg.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 18. februar 1982.

Præmisser

1 Ved kendelse af 18. november 1980, indgået til Domstolen den 12. januar 1981, har Bundesfinanzhof i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af begrebet »afrundet byg« som anført i bilaget til Rådets forordning nr. 19/62 af 4. april 1962 (JO 1962, s. 933), og i artikel 5, stk. 1, D, i rådets forordning nr. 141/64 af 21. oktober 1964 (JO 1964, s. 2666), samt især af begrebet »korn, afrundet (perlegryn): af byg, der i forhold til tørstoffet har et askeindhold på mindre end 1 vægtprocent« som det fremgår af anvendelsen af Kommissionens forordning nr. 11/66 af 3. februar 1966 (JO 1966, s. 393).

2 Denne kendelse blev afsagt under en sag for Bundesfinanzhof mellem et tysk firma, der driver virksomhed med import og eksport af kornprodukter,

Ludwig Wünsche, Hamburg, (herefter benævnt Wünsche), og det tyske interventionsorgan på landbrugsområdet, Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Frankfurt am Main, (herefter benævnt BALM). Efter at denne myndighed havde ydet Wünsche eksportrestitution efter den maksimale sats — der i dette tilfælde bestod i tilladelse til afgiftsfri indførsel af 220 kg af basisproduktet (uforarbejdet byg) mod udførsel af 100 kg af det forarbejdede produkt (afrundet byg) — besluttede myndigheden på grundlag af sagkyndige erklæringer vedrørende det forarbejdede produkt at nægte tilladelse til afgiftsfri indførsel og endog i to tilfælde at trække allerede meddelte importtilladelser tilbage. Da Wünsche efter en administrativ klage alene opnåede en restitution, efter det nedsatte forhold 160 kg af basisproduktet pr. 100 kg af det forarbejdede produkt, anlagde firmaet sag ved Finanzgericht med påstand om, at a) interventionsorganet tilpligtedes at give firmaet tilladelse til afgiftsfri import af yderligere et parti, svarende til 60 % af den tidligere udførte vare; b) at beslutningerne om tilbagekaldelse af meddelte importtilladelser ophævedes. Da Wünsche ikke fik medhold, ankede firmaet sagen til Bundesfinanzhof. Under hensyn til, at afgørelsen vedrørende lovligheden af de anfægtede beslutninger afhænger af den fortolkning, der efter fællesskabsretten må gives begrebet afrundet byg, stillede Bundesfinanzhof Domstolen følgende spørgsmål:

»1. Hvorledes skal det i bilaget til Rådets forordning (EØF) nr. 19/62, i artikel 5, stk. 1, D, i Rådets forordning (EØF) nr. 141/64 og i Kommissionens forordning (EØF) nr. 11/66 nævnte begreb »afrundet byg« henholdsvis »korn, afrundet (perlegryn): af byg« — som i forhold til tørstoffet har et askeindhold på mindre end en vægtprocent — fortolkes, for så vidt angår restitutionstilsagn meddelt i marts og henholdsvis den 5. og 13. april 1966? Når henses til, at afrundet byg efter sidstnævnte forordning kan have et askeindhold på mere end en vægtprocent, og at askeindholdet afhænger af, i hvilket omfang perikarpiet er fjernet og kornet er afrundet i enderne må det da lægges til grund, at der i det mindste ved et askeindhold på mindre end en vægtprocent altid foreligger afrundet byg således, at det ikke kan være afgørende, om produktet opfylder de betingelser, der opstilles i bemærkningerne til position 11.02 i Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen?

2. Såfremt et askeindhold på mindre end en vægtprocent ikke begrebsmæssigt opfylder betingelserne for, at der foreligger »afrundet byg«:

a) Er det da tilstrækkeligt, at den omtrent fuldstændige fjernelse af perikarpiet og kornets afrunding i begge ender fastslås for mere end 50 % af kornets vedkommende, eller skal omtrent hele det pågældende parti korn udvise disse tarifmæssige egenskaber?

b) Dersom en andel på mere end 50 % er tilstrækkelig: Skal andelene fastslås på grundlag af vægtprocenter eller kerneprocenter?«

Det første spørgsmål

3 Det første spørgsmål er i det væsentlige, hvorvidt begrebet »afrundet byg« kan defineres alene efter kriteriet vedrørende askeindholdet, når dette er mindre end 1 %, eller om også andre omstændigheder må tages i betragtning, især de betingelser, der opstilles i de Forklarende Bemærkninger til Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen.

4 Det bemærkes først, at Rådets forordninger nr. 19/62 og nr. 141/64 og Kommissionens forordning nr. 11/66 overhovedet ikke opstiller nogen definition af begrebet »afrundet byg«. De to førstnævnte nævner kun kerner af »afrundet« korn; den tredje nævner ikke begrebet »korn, afrundet (perlegryn): af byg, der i forhold til tørstoffet har et askeindhold på mindre end 1 vægtprocent« men begrænser eksportrestitutionen for »korn, afrundet (perlegryn): af byg, der i forhold til tørstoffet har et askeindhold på over 1 %« til et beløb svarende til 70 % af den restitution, der fremkommer ved anvendelsen af Kommissionens forordning nr. 164/64 af 29. oktober 1964 (JO 1964, s. 2743), men heller ikke denne forordning opstiller nogen definition af begrebet »afrundet byg«.

5 For så vidt som en definition af begrebet »afrundet byg« ikke kan udledes af de førnævnte forordninger eller af pos. 11.02 i den fælles toldtarif (FTT), hvortil der udtrykkeligt henvises i bilaget til forordning nr. 19/62, og heller ikke af de Forklarende Bemærkninger til FTT, må der under hensyn til, at pos. 11.02 i FTT uden ændring gentager en position fra Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen, ske anvendelse af de Forklarende Bemærkninger til denne nomenklatur (herefter benævnt de Forklarende Bemærkninger til TSRN).

6 De Forklarende Bemærkninger til TSRN opstiller følgende definitioner i tilknytning til pos. 11.02:

»...

Denne position omfatter følgende produkter:

...

3. Korn, afskallet eller bearbejdet på anden måde for helt eller delvis at fjerne frøhinden (hinden under avnerne). Under nærværende position hører også korn af visse bygsorter, hvis avner er fjernet, således at kernen almindeligvis er synlig (avnerne kan kun fjernes ved formaling, idet de er for fastvoksede til at kunne fjernes alene ved tærskning ...

4) Afrundet korn (perlegryn), dvs. korn (især byg), hvis frøhinde på det nærmeste helt er fjernet; perlegryn er mere afrundet for enderne end andre gryn.«

Bemærkningerne omtaler intetsteds kriteriet vedrørende askeindholdet.

7 Wünsche har hævdet, at disse bemærkninger i pkt. 3 indeholder en grov fejl, fordi det efter at være blevet anført, at afskalningen for de dækkede bygkerners vedkommende består i at fjerne skallerne eller avnerne, tilføjes, at »kernen almindeligvis er synlig«. Dette er ikke korrekt, idet det for de dækkede kornsorter gælder, at perikarpiet bliver tilbage, efter at skallen er fjernet, hvilket forhindrer, at kernen er synlig. Denne fejl, der gør pkt. 3 i de Forklarende Bemærkninger uanvendelig, har samme virkninger for pkt. 4, der indeholder definitionen af »perlegryn«, der har begrebet »afrundet« korn som forudsætning.

8 Dette anbringende må forkastes. Angivelsen i den omhandlede bemærkning, hvorefter kernen er synlig efter afskalningen, henviser således i almindelighed til alle kornsorter, der for flertallets vedkommende udgøres af de nøgne kornsorter. Dette udelukker ikke, hvilket den pågældende bemærkning da også selv anerkender, at dækket byg kan udgøre en særlig undtagelse fra den almindelige regel. Selve reglen anerkender således muligheden af undtagelser, idet den anvender udtrykket »almindeligvis«. Den af Wünsche anfæg-

tede angivelse medfører derfor ikke, at bemærkningerne er uanvendelige på dækket byg.

9 Wünsche har endvidere gjort gældende, at de Forklarende Bemærkninger i nærværende tilfælde er uforenelige med forordning nr. 11/66. Kornkernernes askeindhold, som udgøres af de mineraler, der ikke kan forbrændes, befinder sig nemlig hovedsageligt i kornets ender, således at kernens askeindhold aldrig overstiger 0,6 vægtprocent. Dersom afrundet byg alene kan fremstilles ved næsten fuldstændig at befri kornet for perikarpiet, således som det fremgår af de Forklarende Bemærkninger, så kan askeindholdet i afrundet byg aldrig overstige 1 vægtprocent.

10 Ved denne argumentation overses det dog, at kornets askeindhold kan variere betragteligt efter kornets art og sort, vækstbetingelserne, jordbundsbeskaffenheden, gødskning og andre omstændigheder. Det kan i øvrigt forholde sig således — som Kommissionen med rette har fremhævet — at ny teknik på landbrugsområdet kan fremme dyrkningen af nye plantesorter, hvis biologiske egenskaber kan variere.

11 Det må desuden fremhæves, at Fællesskabets ordning på landbrugsområdet som anført af den nationale ret anerkender forekomsten af afrundet byg med et askeindhold på over 1 %, hvilket udelukker, at begrebet afrundet byg alene defineres på grundlag af kriteriet vedrørende askeindholdet.

12 Herefter må det første spørgsmål, der er stillet af Bundesfinanzhof, besvares med, at der ved begrebet »afrundet byg« jf. bilaget til forordning nr. 19/62, artikel 5, stk. 1, D, i forordning nr. 141/64 og forordning nr. 11/66, skal forstås byg, der i det mindste opfylder de betingelser, der i de Forklarende Bemærkninger til Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen opstilles vedrørende pos. 11.02.

Det andet spørgsmål

13 Da der ikke findes nogen teknisk fremgangsmåde, hvorved det kan opnås, at alle eller næsten alle kernerne i et parti byg udviser alle kendetegnene for

afrundet byg, må det afgøres, hvilken mindsteprocentdel af det afrundede korn, der skal udvise kendetegnene for afrundet byg, for at et parti byg kan anses for afrundet byg, ligesom det må afgøres, hvorvidt denne procentdel skal udregnes efter vægt eller efter kernernes antal.

14 Ved besvarelsen skal der tages hensyn til de formål, der forfølges med den pågældende fællesskabsordning, hvorefter der ydes restitution med et meget større beløb ved udførsel af afrundet byg end ved udførsel af afskallet byg. Herved skal det forhindres, at et produkt, der er mindre intensivt forarbejdet, og hvis kostpris derfor er lavere, i tredjelande kan sælges til en pris, der ligger under verdensmarkedets, hvilket ville være tilfældet, dersom det blev tillagt den samme restitution som det dyrere produkt.

15 Derfor kan antallet af kerner ikke lægges til grund. I så fald kunne der nemlig tillægges et produkt — der på grund af forskellen mellem kernerne med hensyn til størrelse og vægt ikke udviser kendetegnene for afrundet byg — restitution med det større beløb, der er fastsat for afrundet byg, som er blevet underkastet en yderligere forarbejdning, efter at kernerne er blevet afskallet.

16 I øvrigt ville kriteriet vedrørende vægtprocenter heller ikke kunne anses som tilfredsstillende, dersom det førte til, at der ydes maksimal restitution for et parti byg, hvori vægten af de afrundede kerner kun lige netop overstiger vægten af de kerner, der kun er afskallet. Et sådant resultat ville nemlig ikke svare til formålene med de forordninger, der fastsætter eksportrestitutioner. Disse formål kan kun sikres, såfremt alene et parti byg, hvis andel af afrundede kerner klar overstiger 50 vægtprocent, anses som afrundet byg.

17 Herefter må det andet spørgsmål, der er stillet af Bundesfinanzhof, besvares med, at i marts-april 1966 var medlemsstaterne ved anvendelsen af den dengang gældende fællesskabsret ved udførsel til tredjelande af produkter forarbejdet af korn, alene berettiget til at anse partier af byg, hvis andel af afrundede kerner klart oversteg 50 vægtprocent af tørstoffet, som afrundet byg.

Sagens omkostninger

18 De udgifter, der er afholdt af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (første afdeling)

vedrørende de spørgsmål, som er forelagt den af Bundesfinanzhof ved kendelse af 18. november 1980, for ret:

1. **Ved begrebet »afrundet byg«, jf. bilaget til forordning nr. 19/62, artikel 5, stk. 1, D, i forordning nr. 141/64 og forordning nr. 11/66, skal forstås byg, der i det mindste opfylder de betingelser, der i de Forklarende Bemærkninger til Toldsamarbejdsrådet-Nomenklaturen opstilles vedrørende pos. 11.02.**

2. **I marts-april 1966 var medlemsstaterne ved anvendelsen af den dengang gældende fællesskabsret ved udførsel til tredjelande af produkter forarbejdet af korn, alene berettiget til at anse partier af byg, hvis andel af afrundede kerner klart oversteg 50 vægtprocent af tørstoffet, som afrundet byg.**

Bosco O'Keeffe Koopmans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. juni 1982.

P. Heim
Justitssekretær

G. Bosco
Formand for første afdeling