FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER

fremsat den 24. april 1997 *

Indledning

1. I denne sag har Finanzgericht Hamburg, Forbundsrepublikken Tyskland, forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af Rådets forordning (EØF) nr. 804/68 af 27. juni 1968 om den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter [1] (herefter »mælkeforordningen«), ifølge hvilken der ydes restitutioner til mælkeandelen i varer, som er fremstillet på basis af kaffe, men ikke til mælkeandelen i varer, som er tilberedt på basis af kaffeekstrakt. Samtidig har den forelæggende ret stillet spørgsmål om adgangen til at anordne foreløbige forholdsregler efter Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12. oktober 1992 om indførelse af en EF-toldkodeks [2] (herefter »toldforordningen«) samt om adgangen til at stille præjudicielle spørgsmål til Domstolen i forbindelse med afgørelsen om foreløbige forholdsregler.

De relevante fællesskabsretlige regler

2. Mælkeforordningen indeholder følgende bestemmelser af betydning for sagen:

» Artikel 17

1. For at muliggøre udførsel ... på grundlag af de priser, som gælder ... i den internationale handel, kan forskellen mellem disse priser og priserne inden for Fællesskabet udlignes ved en eksportrestitution.«

Bilaget til mælkeforordningen angiver de produkter, for hvilke der kan ydes restitution til andelen af mælk og mælkeprodukter:

»Bilag

KN-kode	Varebeskrivelse
...	...
ex 2101 10	Tilberedt på basis af kaffe
...	...
...	...»

3. På det tidspunkt, som er relevant for sagen, fremgik følgende af bilag I til Rådets forordning (EØF) nr. 2658/87 af 23. juli 1987 om told- og statistiknomenklaturen og den fælles toldtarif [3] (herefter »toldtariffen«):

* Originalsprog: dansk.

1 — EFT 1968 I, s. 169, som ændret senest ved Rådets forordning (EF) nr. 1587/96 af 30.7.1996 om ændring af forordning (EØF) nr. 804/68 om den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter, EFT L 206, s. 21.

2 — EFT L 302, s. 1, som ændret senest ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 82/97 af 19.12.1996 om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 om indførelse af en EF-toldkodeks, EFT 1997 L 17, s. 1.

3 — EFT L 256, s. 1, som ændret ved Kommissionens forordning (EØF) nr. 2505/92 af 14.7.1992 om ændring af bilag I og II til Rådets forordning (EØF) nr. 2658/87 om told- og statistiknomenklaturen og den fælles toldtarif, EFT L 267, s. 1.

KN-kode	Varebeskrivelse	Toldsats		Supplerende enhed
		autonom (%) eller importafgift (AGR)	bundet (%)	
1	2	3	4	5
...	...			
2101 10	— Ekstrakter, essenser og koncentrater af kaffe samt varer tilberedt på basis af disse ekstrakter, essenser eller koncentrater eller på basis af kaffe:			
	— — Ekstrakter, essenser og koncentrater:			
2101 10 11	— — — Med indhold af tørstof hidrørende fra kaffe på 95 vægtprocent eller derover	30	18	—
2101 10 19	— — — I andre tilfælde	30	18	—
	— — Tilberedte varer:			
2101 10 91	— — — Uden indhold af mælkefedt, mælkeprotein, saccharose, isoglucose, glucose eller stivelse, eller med indhold af mælkefedt på under 1,5 vægtprocent, med indhold af mælkeprotein på under 2,5 vægtprocent, med indhold af saccharose på under 5 vægtprocent, med indhold af isoglucose på under 5 vægtprocent, med indhold af glucose på under 5 vægtprocent eller med indhold af stivelse på under 5 vægtprocent	30	18	—
2101 10 99	— — — I andre tilfælde	20,8	13 + MOB	—
...	...	...	...	...

4. Toldsamarbejdsrådets Forklarende Bemærkninger til Det Harmoniserede Varebeskrivelses- og Varenomenklatursystem, benævnt det harmoniserede system, pos. 21 01, lyder således:

»21.01...

Denne position omfatter:

1. Ekstrakter, essenser og koncentrater af kaffe ... De forekommer flydende eller i pulverform og er almindeligvis stærkt koncentrerede. Under denne gruppe hører især pulverkaffe, der er brygget kaffe, der dehydreres, eller brygget kaffe, der fryses, inden det tørres under vakuum.

...

3. Varer, tilberedt på basis af de under pkt. 1 og 2 nævnte ekstrakter, essenser og koncentrater. Det drejer sig om varer, tilberedt på basis af ekstrakter, essenser eller koncentrater af kaffe, ... (og *ikke* varer, der er tilberedt ved at tilsætte kaffe ... til andre varer), herunder ekstrakter osv. tilsat stivelse eller andre carbohydrater under fremstillingen.

4. Varer, tilberedt på basis af kaffe ... Disse varer omfatter bl. a.:

a. Kaffepasta, der består af malet, brændt kaffe, vegetabilske fedtstoffer osv., og undertiden andre bestanddele ...

...«

5. Toldforordningen indeholder følgende bestemmelser af betydning for sagen:

»AFSNIT I

ALMINDELIGE BESTEMMELSER

KAPITEL 1

ANVENDELSESOMRÅDE OG GRUNDLÆGGENDE DEFINITIONER

Artikel 1

Toldforskrifterne udgøres af denne kodeks og de gennemførelsesbestemmelser, som Fællesskabet eller medlemsstaterne vedtager.

Kodeksen gælder med forbehold af særlige bestemmelser på andre områder,

— i samhandelen mellem Fællesskabet og tredjelande

...

AFSNIT IV

TOLDMÆSSIG BESTEMMELSE ELLER ANVENDELSE

...

KAPITEL 2

TOLDPROCEDURER

...

Afdeling 4

Udførsel

Artikel 161

1. Proceduren for udførsel giver mulighed for, at en fællesskabsvare føres ud af Fællesskabets toldområde.

Udførsel indebærer anvendelse af de formaliteter, der er fastsat med henblik på den pågældende udførsel, herunder handelspolitiske foranstaltninger og eventuelt eksportafgifter.

2. Med undtagelse af ... skal alle fællesskabsvarer, som er bestemt til udførsel, henføres under proceduren for udførsel.

...

AFSNIT VIII

KLAGEADGANG

Artikel 243

1. Enhver person kan indgive klage mod afgørelser, der træffes af toldmyndighederne

om anvendelse af toldforskrifterne, og som berører den pågældende umiddelbart og individuelt.

Klage kan endvidere indgives af enhver person, der har anmodet toldmyndighederne om en afgørelse vedrørende anvendelsen af toldforskrifterne, og som ikke har opnået, at nævnte myndigheder har truffet afgørelse inden for den i artikel 6, stk. 2, omhandlede frist.

Klagen skal indgives i den medlemsstat, hvor afgørelsen er truffet, eller hvor der er anmodet om en sådan afgørelse.

2. Klagen kan

a) i første instans indgives til den af medlemsstaterne hertil udpegede toldmyndighed

b) i anden instans indgives til en uafhængig instans, der kan være en domstol eller et tilsvarende specialiseret organ, i overensstemmelse med de gældende bestemmelser i medlemsstaterne.

Artikel 244

Indgivelse af en klage har ikke opsættende virkning for gennemførelsen af den anfægtede afgørelse.

Toldmyndighederne kan imidlertid udsætte gennemførelsen af afgørelsen helt eller delvis, hvis den har begrundet formodning om, at den anfægtede afgørelse ikke er i overensstemmelse med toldforskrifterne, eller hvis der må frygtes uoprettelig skade for den pågældende.

Hvis den anfægtede afgørelse bevirker, at der skal betales import- eller eksportafgifter, er udsættelse af gennemførelsen af afgørelsen betinget af, at der foreligger eller stilles en sikkerhed. ...«

Sagen for den nationale ret og de præjudicielle spørgsmål

6. Krüger GmbH & Co. KG (herefter »Krüger«) er producent af produktet »Cappucino Tasse«, som fremstilles på grundlag af kaffeekstrakt, og som bl. a. indeholder skummetmælk. I forbindelse med Krügers eksport af

produktet i 1993 modtog Krüger eksportrestitutioner vedrørende andelen af skummetmælk/skummetmælkspulver i det eksporterede produkt med i alt 89 411 DM (46 155 ECU). Heraf viderebetalte Krüger 68 457,02 DM (35 338 ECU) til sine aftagere.

7. Ved skrivelse af 3. februar 1994 anmodede Krüger Hauptzollamt Hamburg-Jonas om at oplyse, hvorfor firmaets datterselskab ikke havde modtaget eksportrestitutioner i forbindelse med dettes eksport af det samme produkt. Ved skrivelse af 11. februar 1994 meddelte Hauptzollamt Hamburg-Jonas, at der kun ydes eksportrestitutioner til andelen af skummetmælk i varer, der fremstilles på grundlag af kaffe, men ikke til andelen af skummetmælk i varer, der fremstilles på grundlag af kaffeekstrakt.

8. Ved afgørelse af 30. maj 1994 krævede Hauptzollamt Hamburg-Jonas tilbagebetaling af det restitutionsbeløb på 89 411 DM, som var udbetalt til Krüger i forbindelse med eksport af Cappucino Tasse i 1993, under henvisning til, at beløbet var udbetalt med urette, idet produktet var fremstillet på grundlag af kaffeekstrakt og ikke på grundlag af kaffe.

9. Ved skrivelse af 30. juni 1994 indgav Krüger klage over denne afgørelse. Efter det oplyste er der ikke truffet afgørelse vedrørende denne klage.

10. Den 18. juli 1994 indgav Krüger begæring til Hauptzollamt Hamburg-Jonas om udsættelse af gennemførelsen af afgørelsen af 30. maj 1994 om tilbagebetaling. Denne begæring blev afslået den 3. august 1994.

11. Krüger har herefter anlagt sag ved Finanzgericht Hamburg med begæring om udsættelse af gennemførelsen. Ved afgørelse af 21. september 1995 har Finanzgericht Hamburg under henvisning til toldforordningens artikel 244 taget Krügers begæring om udsættelse til følge med den begrundelse, at der er tvivl om gyldigheden af mælkeforordningen. Finanzgericht Hamburg har samtidig givet tilladelse til appel af afgørelsen om udsættelse af gennemførelsen og forelagt følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Er [mælkeforordningen], jf. forordningens bilag, i strid med EØF-traktatens artikel 40, stk. 3, andet afsnit, og dermed ugyldig, i det omfang den ikke foreskriver nogen eksportrestitution for mælk og mejeriprodukter, som er indeholdt i næringsmidler i pos. 2101 10 i den kombinerede nomenklatur, som fremstilles på grundlag af ekstrakter, essenser og koncentrater af kaffe?

2) Er den omstændighed, at diskriminationsforbuddet er tilsidesat, til hinder for at kræve tilbagebetaling af eksportrestitutioner for mælk og mejeriprodukter,

som er indeholdt i næringsmidler i pos. 2101 10 i den kombinerede nomenklatur, som fremstilles på grundlag af kaffeekstrakter?

foreliggende giver tilladelse til kære i henhold til Finanzgerichtsordnung's § 128, stk. 3, sidste komma, jf. § 115, stk. 2, nr. 1?«

3) Finder artikel 244 i [toldforordningen] anvendelse på udsættelse af gennemførelsen af afgørelser, hvormed der rejses krav om tilbagebetaling af tidligere udbetalte eksportrestitutioner?

Det første spørgsmål

4) Såfremt spørgsmål 3 besvares bekræftende, skal spørgsmålet om udsættelsen af en afgørelses gennemførelse vurderes på grundlag af artikel 244 i [toldforordningen], eller efter hvilke andre betingelser i de tilfælde, hvor der er tvivl om gyldigheden af de EF-retsforskrifter, som afgørelsen er truffet på grundlag af?

12. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det forhold, at der ydes eksportrestitution til andelen af mælk og mejeriprodukter i varer, som er fremstillet på grundlag af kaffe, men ikke til andelen af mælk og mejeriprodukter i varer, som er fremstillet på grundlag af kaffeekstrakt, indebærer en krænkelse af forbuddet i traktatens artikel 40, stk. 3, 2. afsnit, mod enhver form for forskelsbehandling af Fællesskabets producenter og forbrugere, således at mælkeforordningen er ugyldig.

5) Såfremt spørgsmål 3 besvares benægtende: Efter hvilke betingelser skal det vurderes, om gennemførelsen af en afgørelse skal udsættes, når der er tvivl om gyldigheden af de EF-forskrifter, som afgørelsen er truffet på grundlag af?

13. Krüger har anført, at mælkeforordningen krænker traktatens artikel 40, stk. 3, 2. afsnit, idet to identiske eller sammenlignelige produkter uden grund behandles forskelligt. Begge produkter anvendes som fødevarer og som halvfabrikata i næringsmiddelindustrien. Forbrugerne skelner ikke mellem kaffedrikke fremstillet af kaffeekstrakt, henholdsvis af ristet kaffe. Næringsmiddelindustriens valg mellem disse råvarer eller halvfabrikata afhænger udelukkende af prisen. I forbindelse med engrossalg spiller restitutionsbe-

6) Skal EF-traktatens artikel 177, stk. 2, fortolkes således, at den er til hinder for, at Finanzgericht i et tilfælde som det

løbet en væsentlig rolle, og forskelsbehandlingen af varer, som er tilberedt på grundlag af kaffe, henholdsvis varer, som er tilberedt på grundlag af kaffeekstrakt, indebærer således en fordrejning af konkurrencen. Forskelsbehandlingen er ikke teoretisk, idet der angivelig skulle findes varer fremstillet på basis af kaffe med tilsætning af mælk, som der udbetales restitutioner til.

14. Kommissionen og Rådet har anført, at der ikke er tale om identiske produkter og har i den forbindelse henvist til Toldsamarbejdsrådets Forklarende Bemærkninger, der som eksempler på varer fremstillet på grundlag af kaffe, henholdsvis kaffeekstrakt, angiver kaffemasse, henholdsvis pulverkaffe. Indhold, fremstillingsproces og pris er forskellige. Endvidere serveres varer fremstillet på basis af kaffe på visse typer af etablissementer, mens varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt serveres på andre typer af etablissementer. Varer, som er fremstillet på basis af kaffe, har en anderledes smag end varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt og efterlader bundfald i forbindelse med brugen, og de kan derfor ikke erstatte varer fremstillet på grundlag af kaffeekstrakt.

Værdien af skummetmælk/skummetmælkspulver i varer, som er fremstillet på grundlag af kaffeekstrakt, er endvidere ringe i forhold til den samlede pris på sådanne varer. Risikoen for, at producenterne erstatter skummetmælken/skummetmælkspulveret med en anden vare er således ringe, og det er derfor ikke blevet anset for hensigtsmæssigt at yde eksportrestitution til andelen af skummetmælk/skummetmælkspulver i varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt. Værdien af skummetmælk/skummetmælkspulver udgør derimod en større andel af den samlede pris på varer, som er fremstillet på grundlag af kaffe, og det er derfor blevet anset for hensigtsmæssigt at yde eksportrestitution til sådanne varer.

Association des fabricants de café soluble des pays de la CEE (AFCASOLE, Paris), Fédération européenne des associations de torréfacteurs de café (EUCA, Bruxelles) og Kaffeerösterverband, Hamburg, har over for Kommissionen oplyst, at der for tiden ikke fremstilles varer på grundlag af kaffe med tilsætning af mælk eller mælkeprodukter.

15. Rådet har yderligere anført, at forskelsbehandling efter Domstolens praksis kun kan konstateres på grundlag af en konkret sammenligning af de faktiske virkninger af forskellig behandling af to grupper af erhvervsdrivende og ikke på grundlag af en rent teoretisk slutning fra bestemmelserne i en given ordning. Krüger har imidlertid ikke påvist erhvervsdrivende, der behandles bedre end Krüger. Det fremgår af Domstolens praksis, at en eventuel mulighed for, at produkterne kan erstatte hinanden, ikke udelukker, at forskellig behandling kan være berettiget.

16. Jeg skal fremhæve, at en sproglig analyse af teksten til toldtariffens pos. 2101 10 viser, at der i toldtariffen er en klar sondring mellem på den ene side varer tilberedt »på basis af ... ekstrakter, essenser eller koncentrater« af kaffe og på den anden side varer tilberedt »på basis af kaffe«. Denne sondring fremgår sprogligt af gentagelsen af ordene »på basis af« efter ordet »eller«. For toldtariffen er det på det relevante tidspunkt ikke fundet relevant at give hvert af disse produkter en særskilt underposition, idet man med underinddelingen af de tilberedte varer i pos. 2101 10 91 og 2101 10 99 i stedet har foretaget en inddeling på tværs af disse to hovedgrupper af tilberedte varer.

17. Ved udfærdigelsen af mælkeforordningen fandt fællesskabslovgiver det efter det af Rådet og Kommissionen oplyste hensigtsmæssigt at yde eksportrestitution til mælkeandelen i varer tilberedt »på basis af kaffe«, idet værdien af mælkeandelen heri var relativt høj. Derimod blev det efter det oplyste ikke fundet hensigtsmæssigt at yde eksportrestitution til mælkeandelen i varer tilberedt »på basis af ekstrakter, essenser eller koncentrater« af kaffe, idet værdien af mælkeandelen i sådanne produkter var relativt lavere.

18. Da der ikke i toldtariffen fandtes forskellige underpositioner for varer tilberedt »på basis af ekstrakter, essenser eller koncentrater« af kaffe, henholdsvis varer tilberedt »på basis af kaffe«, kunne mælkeforordningen derfor lovteknisk ikke blot udformes som en henvisning til en bestemt position i toldtariffen. Det var derfor ved udformningen af mælkeforordningen nødvendigt ved henvisningen til den relevante toldposition, som er pos. 2101 10, at angive, at det alene var mælkeandelen i varer tilberedt »på basis af kaffe«, der var støtteberettiget, og at der alene var tale om en delmængde af den angivne position, blev samtidig klargjort ved foran angivelsen af positionsnummeret at indsætte angivelsen »ex«, der jo viser, at der tales om en varegruppe, der er taget »ud« af denne toldposition.

19. Om der rent faktisk tidligere, nu eller i fremtiden eksisterer varer med tilsætning af mælk, som er tilberedt på basis af kaffe, må være uden betydning. Principielt må man kunne tænke sig sådanne produkter, f.eks. til brug i expressomaskiner. Der er ikke grund til at betvivle rigtigheden af Rådet og Kommissionens betragtning om, at værdien af mælkeindholdet i produkter fremstillet »på basis af ekstrakter, essenser eller koncentrater« af kaffe er lavere end værdien af mælkeindholdet i varer tilberedt »på basis af kaffe«. Der er ikke oplyst noget nærmere om årsagen til denne værdiforskel. Forskellen kunne måske henføres til det forhold, at værdien af kaffen i den tilberedte vare med mælkeindhold alt andet lige må være højere, når varen er tilberedt »på basis af ekstrakter, essenser eller koncentrater«, end når tilberedningen er sket »på basis af kaffe«, idet det førstnævnte produkt forudsætter en forarbejdning af det sidstnævnte.

20. Det er uden betydning i denne forbindelse, at den kombinerede nomenklatur senere, nemlig ved Kommissionens forordning (EF) nr. 3115/94 af 20. december 1994 [4], er blevet ændret, således at der nu findes to underpositioner [5] for tilberedte varer, hvoraf den ene omfatter varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt, mens den anden vedrører andre tilfælde. Denne forordning trådte i kraft den 1. januar 1995, men Hauptzollamt Hamburg-Jonas havde allerede den 11. februar 1994 fastsat, at der ikke var hjemmel til at yde restitutioner til mælk og mælkeprodukter i varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt. Efter min opfattelse er der intet grundlag for at antage, at Hauptzollamt Hamburg-Jonas' afgørelse af 11. februar 1994 skulle være påvirket af de ændringer i toldtariffen, som blev gennemført ved forordningen af 20. december 1994.

21. Det må herefter undersøges, om det forhold, at der ydes restitution til mælkeandelen i varer fremstillet på basis af kaffe, men ikke til mælkeandelen i varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt, udgør en forskelsbehandling, jf. traktatens artikel 40, stk. 3, 2. afsnit.

22. For at afgøre, om der foreligger forskelsbehandling, skal der i princippet tages stilling til, om varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt med tilsætning af mælk eller mælkeprodukter kan erstattes med varer fremstillet på basis af kaffe med tilsætning af mælk eller mælkeprodukter. Domstolens grundlag for en stillingtagen til dette spørgsmål er dårligt og bliver ikke bedre af, at der muligvis ikke for tiden fremstilles varer på basis af kaffe med tilsætning af mælk eller mælkeprodukter. Krüger har ikke påvist en konkret vare, der kunne danne udgangspunkt for en analyse af substitutionsmulighederne. Efter min opfattelse er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til, om den ene vare kan erstatte den anden.

23. Som jeg har nævnt ovenfor, må værdien af mælk/mælkeprodukter i varer fremstillet på basis af kaffeekstrakt mv. udgøre en forholdsmæssigt lavere del af den endelige pris end værdien af mælk/mælkeprodukter i varer fremstillet på basis af kaffe. Som af Rådet og Kommissionen anført er risikoen for, at mælken erstattes med et andet produkt, større, jo større en andel prisen for mælken udgør af prisen for det endelige produkt. Det er derfor, det kun er blevet anset for nødvendigt at yde eksportrestitutioner til mælkeandelen i varer fremstillet på basis af kaffe. Efter min opfattelse er dette en holdbar objektiv begrundelse for den forskellige behandling af varer fremstillet på basis af kaffe, henholdsvis kaffeekstrakt med tilsætning af mælk eller mælkeprodukter.

24. På denne baggrund skal jeg foreslå Domstolen at besvare det første spørgsmål med, at gennemgangen i lyset af forelæggel-

4 — EFT L 345, s. 1.

5 — Underpositionerne 2101 10 92 og 2101 10 98.

seskendelsen og det i øvrigt under sagen fremkomne intet har frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af mælkeforordningen.

Det andet spørgsmål

25. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling i traktatens artikel 40, stk. 3, 2. afsnit, indebærer, at der ikke kan kræves tilbagebetaling af eksportrestitutioner til andelen af mælk og mejeriprodukter i næringsmidler fremstillet på grundlag af kaffeekstrakt.

26. Dette spørgsmål forudsætter, at det i forbindelse med besvarelsen af det første spørgsmål fastslås, at der foreligger en krænkelse af traktatens artikel 40, stk. 3, 2. afsnit. Som anført ovenfor foreligger der imidlertid ikke nogen sådan krænkelse. Jeg finder herefter ikke anledning til at besvare det andet spørgsmål.

Det tredje spørgsmål

27. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 244 i toldforordningen regulerer spørgsmålet om udsættelse af gennemførelsen af en afgørelse, hvorved der rejses krav om tilbagebetaling af eksportrestitutioner.

28. Krüger har anført, at en beslutning om tilbagebetaling af eksportrestitutioner er en afgørelse truffet af toldmyndighederne om anvendelse af toldforskrifterne, jf. toldforordningens artikel 243, stk. 1. Toldforordningens artikel 1, 1. afsnit, definerer ganske vist kun toldforskrifterne som toldforordningen og gennemførelsesbestemmelserne hertil, men anvendelsesområdet herfor fastlægges i artikel 1, 2. afsnit, som samhandelen mellem Fællesskabet og tredjelande med varer, der henhører under fællesskabstraktaterne. Eftersom eksportrestitutioner nødvendigvis vedrører eksport af varer til tredjelande, falder de således ind under toldforordningens anvendelsesområde. Toldforordningens artikler 161 og 162 bekræfter, at toldforskrifterne ligeledes omfatter udførselsproceduren. Proceduren vedrørende eksportrestitutioner udgør en integrerende del af udførselsproceduren eller er i det mindste direkte forbundet hermed og er derfor omfattet af toldforskrifterne i bred forstand.

29. Kommissionen og Hauptzollamt Hamburg-Jonas har anført, at adgangen til udsættelse af gennemførelsen efter toldforordningens artikel 244 kun gælder på toldforordningens materielle anvendelsesområde, der er eksport- og importafgifter. Tilbagebe-

taling af restitutioner, der er udbetalt med urette, ligger uden for dette anvendelsesområde.

30. Kommissionen har endvidere anført, at eksportrestitutioner er baseret på særlige bestemmelser i de respektive markedsordninger. I toldforordningens terminologi er der her tale om »særlige bestemmelser på andre områder«, jf. artikel 1. Det indebærer ikke en udstrækning af toldforordningens materielle anvendelsesområde, at tildeling af eksportrestitutioner er betinget af effektiv udførsel og derfor er forbundet med udførselsproceduren i toldforordningens artikler 161 og 162. Toldforordningens artikel 244, stk. 2, giver kun hjemmel til at udsætte gennemførelsen af en afgørelse, hvis der er begrundet formodning om uoverensstemmelse med toldforskrifterne, eller der må frygtes uoprettelig skade, men derimod ikke hvis der næres tvivl om gyldigheden af den fællesskabsret, der er grundlaget for afgørelsen. Endvidere gælder disse kriterier for udsættelse af gennemførelsen efter ordlyden alene for toldmyndighederne. Artikel 244 indeholder derimod ingen kriterier for udsættelse besluttet af en domstol eller et tilsvarende organ, jf. artikel 243, stk. 2, litra b). Artikel 244 er således uegnet til at tjene som generel regel om foreløbige forholdsregler.

31. Jeg skal bemærke, at toldforordningens artikel 243, stk. 1, fastsætter, at enhver person kan indgive klage mod afgørelser, der træffes af toldmyndighederne om anvendelse af toldforskrifterne, og som berører den pågældende umiddelbart og individuelt. Artikel 244 bestemmer endvidere, at klagen ikke har opsættende virkning, men at toldmyndighederne kan udsætte gennemførelsen af den anfægtede afgørelse, såfremt der er begrundet formodning om, at afgørelsen ikke er i overensstemmelse med toldforskrifterne, eller såfremt der må frygtes uoprettelig skade for den pågældende.

32. Det fremgår udtrykkeligt af disse bestemmelser, at det, som der er hjemmel til at udsætte, er gennemførelsen af afgørelser om anvendelse af toldforskrifterne. Efter toldforordningens artikel 1 udgøres toldforskrifterne af toldforordningen og gennemførelsesbestemmelserne hertil. Toldforskrifterne vedrører opkrævning af import- og eksportafgifter. Eksportrestitutioner indebærer udbetaling af beløb og er derfor begrebsmæssigt ikke nogen told eller afgift. En beslutning om tilbagebetaling af eksportrestitutioner træffes heller ikke på grundlag af toldforskrifterne, men derimod på grundlag af bestemmelserne om eksportrestitutioner i den pågældende markedsordning. Betingelsen for udsættelse af gennemførelsen i artikel 244, stk. 2, hvorefter der skal være begrundet formodning om, at den anfægtede afgørelse ikke er i overensstemmelse med toldforskrifterne, vil derfor ikke kunne være opfyldt i sager vedrørende krav om tilbagebetaling af eksportrestitutioner.

33. Jeg er i øvrigt enig i det, som Kommissionen har anført.

34. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at besvare det tredje spørgsmål med, at artikel 244 i toldforordningen skal fortolkes således, at den ikke finder anvendelse på krav om tilbagebetaling af tidligere udbetalte eksportrestitutioner.

Det fjerde spørgsmål

35. Det fjerde spørgsmål skal efter sin formulering alene besvares, såfremt det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 244 i toldforordningen skal fortolkes således, at den regulerer udsættelse af gennemførelsen af afgørelser om tilbagebetaling af tidligere udbetalte eksportrestitutioner. Under henvisning til min besvarelse af det tredje spørgsmål finder jeg ikke anledning til at besvare det fjerde spørgsmål.

Det femte spørgsmål

36. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret i realiteten oplyst, på hvilket grundlag en national ret kan træffe bestemmelse om udsættelse af gennemførelsen af en forvaltningsafgørelse, når der er tvivl om gyldigheden af den fællesskabsregel, i henhold til hvilken forvaltningsafgørelsen er truffet.

37. Kommissionen har henvist til de generelle principper, der er udviklet i Domstolens praksis om udsættelse af gennemførelsen af en national forvaltningsakt, der er truffet på grundlag af en fællesskabsforordning, jf. Domstolens dom af 21. februar 1991, forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen [6], og af 9. november 1995, sag C-465/93, Atlanta [7]. Der er efter Kommissionens opfattelse ikke anledning til at tilpasse denne praksis til toldforordningens artikel 244. Denne bestemmelse giver mulighed for udsættelse, hvis der enten er tvivl om gyldigheden eller er frygt for uoprettelig skade. Det kan muligvis forsvares at give nationale retter så vidtgående beføjelser inden for toldområdet, men det er udelukket at gøre det på alle områder. For at sikre fællesskabsinstitutionernes ret til forsvar bør betingelserne for foreløbige forholdsregler efter de nævnte domme suppleres med en betingelse, hvorefter den nationale ret skal give den fællesskabsinstitution, der har vedtaget den retsakt, om hvis gyldighed der er tvivl, lejlighed til at udtale sig.

38. Krüger har anført, at der i overensstemmelse med Domstolens praksis kan anvendes en analogi af toldforordningens artikel 244.

6 — Sml. I, s. 415.
7 — Sml. I, s. 3761.

Udførselsproceduren er tæt forbundet med proceduren vedrørende eksportrestitutioner, og der ville uden analog anvendelse opstå et hul i fællesskabsretten, som ville indebære forskelsbehandling.

39. Domstolen har senest i sag C-465/93, Atlanta, præciseret betingelserne for, at en national domstol kan anordne foreløbige forholdsregler over for en national retsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning. En national domstol kan efter retspraksis kun træffe bestemmelse om foreløbige forholdsregler:

»— såfremt den finder, at der er begrundet tvivl om fællesskabsforordningens gyldighed, og den, såfremt spørgsmålet om den anfægtede forordnings gyldighed ikke allerede er blevet forelagt Domstolen, selv forelægger Domstolen dette spørgsmål

— såfremt der foreligger uopsættelighed i den forstand, at de foreløbige forholdsregler er nødvendige for at forhindre, at den part, der begærer dem, risikerer et alvorligt og uopretteligt tab

— såfremt den tager behørigt hensyn til Fællesskabets interesse

— såfremt den ved sin vurdering af, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, respekterer afgørelser fra Domstolen eller Retten i Første Instans, hvorved der er foretaget en prøvelse af forordningens lovlighed, samt kendelser, hvorved der er blevet truffet afgørelse om begæringer om tilsvarende foreløbige forholdsregler på fællesskabsplan.«

40. Som nævnt ovenfor finder toldforordningens artikel 244 ikke anvendelse på krav om tilbagebetaling af eksportrestitutioner, der er oppebåret med urette. Opkrævningen af told og afgifter hos borgerne og tilbagebetaling til borgerne af afgifter, der er opkrævet med urette, har efter min opfattelse en ganske anden karakter end udbetalinger af eksportrestitutioner og tilbagebetaling af restitutioner, som borgerne måtte have fået udbetalt med urette, og denne forskel gør sig også gældende, når det drejer sig om betingelserne for at give udsættelse med gennemførelsen af sådanne afgørelser.

41. Efter min opfattelse burde den forelæggende ret derfor have bedømt Krügers begæring om udsættelse af gennemførelsen af tilbagebetalingsafgørelsen efter de kriterier, som Domstolen har fastlagt i sin praksis, senest i sag C-465/93, Atlanta.

42. Kommissionen har anført, at en national ret ikke uden fællesskabsinstitutionernes bistand kan bedømme virkningerne af

foreløbige forholdsregler for Fællesskabets interesse, og at de i praksis fastsatte betingelser derfor bør suppleres med, at den nationale ret skal give den fællesskabsinstitution, der har vedtaget den retsakt, om hvis gyldighed der er tvivl, lejlighed til at udtale sig.

43. Som det fremgår af mit citat ovenfor fra Domstolens dom af 9. november 1995 i sag C-465/93, Atlanta, er det en betingelse for, at en national ret kan anordne foreløbige forholdsregler over for en national retsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning, at retten tager behørigt hensyn til Fællesskabets interesse. Baggrunden for denne betingelse findes i Atlanta-dommens præmis 42-45. Det fremgår af præmis 43, at den nationale ret for at opfylde pligten til at tage hensyn til Fællesskabets interesse først og fremmest skal undersøge, om den omtvistede fællesskabsretsakt ved ikke straks at blive bragt i anvendelse mister enhver effektiv virkning.

44. Det er en ganske vidtgående beføjelse, som de nationale retter har fået overladt ved Domstolens praksis om foreløbige forholdsregler. De nationale retter må udøve den med omtanke og tilbageholdenhed. Man kan naturligvis ikke helt udelukke, at det i visse sager kan være hensigtsmæssigt, at den nationale ret, hvis den nationale retsplejeordning giver mulighed herfor, selv retter henvendelse f.eks. til Kommissionen for at få nærmere oplysning om baggrunden for et eller andet. Det vil dog formentlig for den nationale dommer i almindelighed stille sig som mere hensigtsmæssigt at bede sagens parter, i en straffesag anklagemyndigheden, om at indhente de fornødne oplysninger om fællesskabsinstitutionernes opfattelse på et bestemt område, hvis dette er nødvendigt for, at retten kan vurdere Fællesskabets interesse. En sag som den foreliggende forekommer mig ikke at være egnet til at fastslå, på hvilken måde de nationale retter nærmere skal sikre, at Fællesskabets interesser varetages behørigt.

45. På denne baggrund skal jeg foreslå Domstolen at besvare spørgsmålet med, at en national ret kun kan udsætte gennemførelsen af en national retsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning,

— såfremt den finder, at der er begrundet tvivl om fællesskabsforordningens gyldighed, og den, såfremt spørgsmålet om den anfægtede forordnings gyldighed ikke allerede er blevet forelagt Domstolen, selv forelægger Domstolen dette spørgsmål

— såfremt der foreligger uopsættelighed i den forstand, at de foreløbige forholdsregler er nødvendige for at forhindre, at den part, der begærer dem, risikerer et alvorligt og uopretteligt tab

— såfremt den tager behørigt hensyn til Fællesskabets interesse

— såfremt den ved sin vurdering af, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, respekterer afgørelser fra Domstolen eller Retten i Første Instans, hvorved der er foretaget en prøvelse af forordningens lovlighed, samt kendelser, hvorved der er blevet truffet afgørelse om begæringer om tilsvarende foreløbige forholdsregler på fællesskabsplan.

spørgsmål, altid af principiel betydning, hvilket bevirker, at der skal gives tilladelse til appel af en beslutning om foreløbige forholdsregler. Reglerne i Finanzgerichtsordnung giver på denne måde mulighed for efterprøvelse ved en overordnet ret af de betingelser, der gælder for iværksættelse af foreløbige forholdsregler, og virker dermed til fordel for fællesskabsretten.

Det sjette spørgsmål

46. Med det sjette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om traktatens artikel 177, stk. 2, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en ret, der har truffet afgørelse om udsættelse af gennemførelsen af en forvaltningsafgørelse i forbindelse med forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for Domstolen, giver tilladelse til appel af sin afgørelse om udsættelse.

47. Kommissionen har anført, at pligten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål i forbindelse med en beslutning om foreløbige forholdsregler ikke tilsidesættes af en tilladelse til appel af denne beslutning. Såfremt appelretten ophæver beslutningen om foreløbige forholdsregler, bortfalder nemlig begrundelsen for pligten til forelæggelse. Heller ikke retten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål tilsidesættes af en tilladelse til appel. Efter tysk retspraksis er en sag, hvorunder der forelægges præjudicielle

48. Jeg skal fremhæve, at en national ret, der træffer bestemmelse om foreløbige forholdsregler på grund af tvivl om gyldigheden af fællesskabsretten, efter Domstolens praksis, senest i dom af 9. november 1995 i sag C-465/93, Atlanta, er forpligtet til at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål herom, såfremt et sådant spørgsmål ikke allerede er blevet forelagt.

49. Denne pligt må også gælde for nationale retter, hvis afgørelser kan appelleres til en højere retsinstans. Begrundelsen for denne forelæggelsespligt er jo, at det i realiteten er en fællesskabsretsakt, som den nationale ret midlertidigt gør indgreb i med henblik på at sikre, at Domstolens endelige afgørelse om fortolkningen af fællesskabsretten får sin fulde virkning. Hvis de nationale retter kunne anordne midlertidige foranstaltninger over for en national retsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning uden at forelægge Domstolen spørgsmål herom, ville man i realiteten overlade det til de nationale retter at tilsidesætte Fællesskabets retsakter, uden at det var Domstolen, der traf den

endelige afgørelse om gyldigheden af den pågældende fællesskabsretsakt. Det følger heraf, at forelæggelsespligten er uløseligt forbundet med, at en national ret anordner foreløbige forholdsregler over for en national retsakt udstedt på grundlag af fællesskabsretten. Såfremt afgørelsen om foreløbige forholdsregler ophæves under appel, bortfalder også den hermed forbundne pligt til forelæggelse af præjudicielt spørgsmål for Domstolen.

50. På denne baggrund skal jeg foreslå Domstolen at besvare det sjette spørgsmål med, at EF-traktatens artikel 177, stk. 2, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en national ret, der udsætter gennemførelsen af en national forvaltningsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning og forelægger Domstolen spørgsmål om fællesskabsforordningens gyldighed som følge af begrundet tvivl herom, giver tilladelse til appel af sin afgørelse om udsættelse.

Forslag til afgørelse

51. Jeg foreslår på denne baggrund Domstolen at besvare de af Finanzgericht Hamburg stillede spørgsmål således:

1) Gennemgangen i lyset af forelæggelseskendelsen og det i øvrigt under sagen fremkomne har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af Rådets forordning (EØF) nr. 804/68 af 27. juni 1968 om den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter, som ændret senest ved Rådets forordning (EF) nr. 1587/96 af 30. juli 1996 om ændring af forordning (EØF) nr. 804/68 om den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter.

2) Bestemmelsen i artikel 244 i Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 om indførelse af en EF-toldkodeks, som ændret senest ved Europa-Parlamentet og Rådets forordning (EF) nr. 82/97 af 19. december 1996 om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 om indførelse af en EF-toldkodeks, skal fortolkes således, at den ikke finder anvendelse på spørgsmålet om udsættelse af gennemførelsen af afgørelser om tilbagebetaling af tidligere udbetalte eksportrestitutioner.

3) EF-traktatens artikel 189 skal fortolkes således, at en national ret kun kan udsætte gennemførelsen af en national forvaltningsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning,

— såfremt den finder, at der er begrundet tvivl om fællesskabsforordningens gyldighed, og den, såfremt spørgsmålet om den anfægtede forordnings gyldighed ikke allerede er blevet forelagt Domstolen, selv forelægger Domstolen dette spørgsmål

— såfremt der foreligger uopsættelighed i den forstand, at de foreløbige forholdsregler er nødvendige for at forhindre, at den part, der begærer dem, risikerer et alvorligt og uopretteligt tab

— såfremt den tager behørigt hensyn til Fællesskabets interesse

— såfremt den ved sin vurdering af, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, respekterer afgørelser fra Domstolen eller Retten i Første Instans, hvorved der er foretaget en prøvelse af forordningens lovlighed, samt kendelser, hvorved der er blevet truffet afgørelse om begæringer om tilsvarende foreløbige forholdsregler på fællesskabsplan.

4) EF-traktatens artikel 177, stk. 2, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en national ret, der udsætter gennemførelsen af en national forvaltningsakt udstedt på grundlag af en fællesskabsforordning og forelægger Domstolen spørgsmål om fællesskabsforordningens gyldighed som følge af begrundet tvivl herom, giver tilladelse til appel af sin afgørelse om udsættelse.