FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 19. maj 1987 *

Høje Domstol.

1. Sagen mellem det tyske firma Foto-Frost og Hauptzollamt Lübeck-Ost vedrører efteropkrævning af importafgifter, for så vidt angår varer fremstillet i Den Tyske Demokratiske Republik og indkøbt af en virksomhed med hjemsted i Forbundsrepublikken Tyskland hos andre selskaber med hjemsted i andre medlemsstater. Finanzgericht Hamburg har i forbindelse med denne sag stillet Domstolen fire spørgsmål, hvoraf to berører særdeles omtalelige problemer. Retten ønsker således at få oplyst, hvorvidt underinstanserne i medlemsstaterne kan udtale sig om gyldigheden af fællesskabsretsakter — i det konkrete tilfælde er der tale om en afgørelse fra Kommissionen rettet til Forbundsrepublikken — samt hvorledes man skal fortolke de bestemmelser, der vedrører efteropkrævning af afgifter i forbindelse med Protokollen vedrørende Den Tyske Indenrigshandel, der er knyttet til EØF-Traktaten.

2. Foto-Frost er en virksomhed i Forbundsrepublikken, der driver import, eksport og engroshandel med fotoartikler. Mellem den 23. september 1980 og den 9. juli 1981 indkøbte virksomheden flere partier prismekikkerter fremstillet af firmaet Carl Zeiss Jena (DDR). Da der foreligger en aftale mellem dette firma og virksomheden af samme navn i Oberkochen (Forbundsrepublikken), hvorefter varer af firmaet Carl Zeiss Jena kun må indføres til Vesttyskland via tredjelande, skete købet hos selskaber i Danmark og Det Forenede Kongerige, der råder over toldlagre i Danmark og Nederlandene. Kikkerterne er dels blevet eksporteret (til Italien og Sydafrika), dels videresolgt til andre virksomheder, der også har eksporteret dem.

Varen er blevet solgt, faktureret og ekspederet til Foto-Frost i henhold til reglerne om ekstern fællesskabsforsendelse [artikel 12 ff i Rådets forordning nr. 222/77 af 13. december 1976 om fællesskabsforsendelse, (EFT 1977, L 38, s. 1)], der åbner adgang for transport inden for Fællesskabet af varer med oprindelse i tredjelande, der ikke befinder sig i fri omsætning i en medlemsstat, uden at varerne på ny skal underkastes toldformaliteter, når grænsen til en medlemsstat overskrides. I lighed med, hvad firmaet havde gjort ved tidligere lignende operationer, anmeldte Foto-Frost kikkerterne til fri omsætning, ligesom Foto-Frost fremlagde de foreskrevne tilladelser og anmodede om fritagelse for betaling af importafgifter i henhold til Protokollen vedrørende Den Tyske Indenrigshandel. Eftersom varerne var fremstillet i DDR, imødekom toldmyndighederne begæringen.

Denne afgørelse blev imidlertid omgjort i september 1981 af Hauptzollamt Lübeck-Ost. Hauptzollamt fastslog således, at artikel 1 i Protokol vedrørende Den Tyske Indenrigshandel af 25. marts 1957 bestemmer, at »da samhandelen mellem de tyske områder, for hvilke Forbundsrepublikken Tysklands grundlov gælder, og de tyske områ-

* Oversat fra italiensk.

der, på hvilke denne grundlov ikke finder anvendelse, er en del af den tyske indenrigshandel, kræver Traktatens anvendelse i Tyskland ingen ændring af den bestående ordning for denne handel« . Med andre ord omfatter ordningen alene »direkte« vareudvekslinger mellem Forbundsrepublikken Tyskland og DDR og kan således ikke finde anvendelse på indførsler af varer, der er transporteret gennem andre medlemsstater.

Hauptzollamt tilføjede dog, at der ikke hos Foto-Frost skulle foretages efteropkrævning af afgifter. Virksomheden opfyldte nemlig de betingelser, der er opregnet i artikel 5, stk. 2, afsnit 1, i Rådets forordning nr. 1697/79 af 24. juli 1979 om efteropkrævning af import- eller eksportafgifter, der ikke er opkrævet hos debitor for varer, der er angivet til en toldprocedure, som medfører en forpligtelse til at betale sådanne afgifter (EFT 197, s. 1). Særlig gjaldt det, at Foto-Frost havde indgivet en korrekt udfyldt toldangivelse og ikke havde haft grund til at tvivle på, at den afgørelse, der var truffet over for virksomheden af de kompetente toldmyndigheder var rigtig, fordi virksomheden mange gange tidligere havde fået fritagelsen.

Er sagen hermed afgjort? Nej! Afgiftsbeløbet oversteg 2 000 ecu og Hauptzollamt har i så fald ikke kompetence til umiddelbart at afstå fra efteropkrævning [artikel 4 i Kommissionens forordning nr. 1573/80 af 20. juni 1980 (EFT L 161, s. 1)]. Sagsøgte rettede derpå henvendelse til forbundsfinansministeren, der anmodede Kommissionen om i henhold til artikel 6 i forordning nr. 1573/80 at træffe afgørelse om, hvorvidt man i det foreliggende tilfælde kunne undlade efteropkrævning. Kommissionen gav afslag herpå ved sin afgørelse af 6. maj 1983 rettet til Forbundsrepublikken. Den anførte, at importøren havde haft mulighed for at sammenligne bestemmelserne vedrørende den tyske indenrigshandel, som importøren ønskede anvendt, med de forhold, hvorunder de omhandlede indførsler havde fundet sted. Derved havde Foto-Frost kunnet opdage en mulig fejl fra myndighedernes side. Endvidere er det ikke rigtigt, hedder det videre i Kommissionens afgørelse, at Foto-Frost i forbindelse med toldangivelsen havde overholdt samtlige bestemmelser i de gældende forskrifter. Der skulle derfor opkræves afgifter på 64 346,53 DM.

På grundlag af denne afgørelse, der hverken blev anfægtet for Domstolen af den medlemsstat, den var rettet til, eller af sagsøgeren, traf Hauptzollamt den 22. juli 1983 en ændringsafgørelse, hvorved toldmyndigheden af sagsøgeren forlangte betaling af det af Kommissionen oplyste beløb samt yderligere af 12 786,10 DM i form af indførselsomsætningsafgift. Derpå anfægtede sagsøgeren denne afgørelse for Finanzgericht Hamburg og nedlagde under en sag om foreløbige forholdsregler påstand om udsættelse af fuldbyrdelsen. Ved kendelse af 22. september 1983 gav retten medhold i denne påstand. Finanzgericht fastslog, at sagsøgerens indførsler i henhold til Protokol vedrørende Den Tyske Indenrigshandel måtte anses som afgiftsfri. Der var derfor grundlag for at udsætte fuldbyrdelsen af ændringsafgørelsen, indtil der var truffet afgørelse om, hvorvidt efteropkrævningen var retmæssig, eventuelt på grundlag af en forelæggelse for Domstolen.

Finanzgericht Hamburg besluttede derfor at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse (29. august 1985):

»1) Kan den nationale ret efterprøve gyldigheden af en afgørelse, som Kommissionen har truffet i henhold til artikel 6 i Kommissionens forordning (EØF) nr. 1573/80 af 20. juni 1980 (EFT L 161, s. 1) om undladelse af efteropkrævning af importafgifter i henhold til artikel 5,

stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1697/79 af 24. juli 1979 (EFT L 197, s. 1), og hvorved Kommissionen ikke fandt grundlag for at undlade at efteropkræve importafgifter, og kan den nationale ret i givet fald under en sag til prøvelse af afgørelsen bestemme, at efteropkrævning skal undlades?

opkræves som ved indførsel fra tredjelande med den virkning, at der skal opkræves indførselsomsætningsafgift i henhold til de toldretlige bestemmelser om fællesskabstold og i henhold til artikel 2, nr. 2, i det sjette EF-direktiv om harmonisering af omsætningsafgifter i De Europæiske Fællesskaber?«

2) Såfremt den nationale ret ikke kan efterprøve gyldigheden af Kommissionens afgørelse: Er Kommissionens afgørelse af 6. maj 1983 — REC 3/83 — gyldig?

Under sagen for Domstolen er der blevet indgivet skriftlige indlæg af Hauptzollamt Lübeck-Ost, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og af Foto-Frost.

3) Såfremt den nationale ret kan efterprøve gyldigheden af Kommissionens afgørelse: Skal bestemmelsen i artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 1697/79 fortolkes således, at den hjemler adgang til at udøve et skøn ved afgørelsen, således at retten kun kan efterprøve mangler ved skønnet — i givet fald hvilke — uden mulighed for at sætte sit eget skøn i stedet, eller drejer det sig om en hjemmel til at træffe en billighedsforanstaltning, som retten i fuldt omfang kan efterprøve?

3. For bedre at forstå de faktiske omstændigheder og problemerne i forbindelse hermed er det på sin plads at erindre om fællesskabsreglerne vedrørende efteropkrævning af importafgifter og regelsættet om den tyske indenrigshandel.

Fællesskabsbestemmelserne er indeholdt i de allerede nævnte artikler 5, stk. 2, i Rådets forordning nr. 1697/79 og artikel 4 og 6 i Kommissionens forordning nr. 1573/80. Efter den førstnævnte bestemmelse kan »de kompetente myndigheder... undlade at foretage efteropkrævning af import[afgift] ..., der ikke er opkrævet som følge af en fejl..., som debitor ikke med rimelighed kunne forventes at have opdaget, såfremt sidstnævnte i forbindelse med toldangivelsen har handlet i god tro og overholdt samtlige bestemmelser i de gældende forskrifter«. De to andre bestemmelser finder anvendelse, dersom afgifterne beløber sig til 2 000 ecu eller derover. I så fald bestemmer artikel 4, at de kompetente myndigheder »anmoder... Kommissionen om at træffe afgørelse, idet den meddeler Kommissionen de for bedømmelsen nødvendige oplysninger«. Og — tilføjer artikel 6 — efter at have hørt en ekspertgruppe, bestående af repræsentanter for

4) Såfremt toldfritagelse efter artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 1697/79 er udelukket: Er varer med oprindelse i DDR, der via en ikke-tysk medlemsstat transporteres til Forbundsrepublikken Tyskland gennem den eksterne fællesskabsforsendelse, omfattet af den tyske indenrigshandel, jfr. Protokol vedrørende Den Tyske Indenrigshandel og de dermed Forbundne Problemer af 25. marts 1957 med den virkning, at der ved indførslen af disse varer til Forbundsrepublikken Tyskland hverken skal betales told eller indførselsomsætningsafgift, eller skal de nævnte afgifter

medlemsstaterne, der er nedsat i Toldfritagelsesudvalget, »træffer Kommissionen afgørelse om, hvorvidt de pågældende forhold berettiger til fritagelse for opkrævning«. Afgørelsen meddeles derpå medlemsstaten, hvis myndigheder har anmodet Kommissionen om at udtale sig.

Rådets direktiv af 24. juli 1979, 79/695/EØF om harmonisering af fremgangsmåderne ved varers overgang til fri omsætning fortjener også at blive omtalt (EFT L 205, s. 19). Direktivets artikel 10, stk. 2, bemyndiger nemlig de nationale myndigheder til at kontrollere og efter omstændighederne ændre de allerede fastsatte afgifter.

Herefter vender jeg mig til den ordning, der gælder for den tyske indenrigshandel. Som bekendt hviler den på tre kategorier af bestemmelser: a) Konventionen undertegnet i Berlin den 20. september 1951 mellem Forbundsrepublikken og DDR om Samhandel mellem den Tyske Marks Monetære Zoner og Forbindelserne mellem de to Staters Centralbanker; b) en række love og anordninger, der er blevet gennemført under besættelsen (1949-50) af de allieredes militærregeringer og -kommandanter vedrørende valutakontrol og varehandelen; c) forskellige gennemførelsesanordninger, der senere er truffet af forbundslovgiveren, hvoriblandt den sidste er Anordning af 1. marts 1979 om Interzonehandelen (*Bundesgesetzblatt*, I, s. 463).

De militære bestemmelser som omtalt ovenfor under b), der stadig er i kraft, forbyder principielt køb og levering af varer mellem de to tyske stater. Forbundsregeringen kan imidlertid gøre undtagelse fra dette forbud, og de tilladte transaktioner kan i så fald ske gennem modregning: med andre ord sker betalingerne ikke i frit konvertibel valuta, men krediteres de to konti, der for Forbundsrepublikken Tyskland føres af Deutsche Bundesbank, og for DDR af Staatsbank. Hertil kommer følgende. Som det er tilfældet i nærværende sag, kan disse transaktioner ske gennem et tredjeland og følgelig indebære en risiko for, at DDR undgår modregningsmekanismen og herved skaffer sig konvertibel valuta. For at afskære sådanne omgåelsesforretninger er der ved de samme bestemmelser indført en ordning med forudgående tilladelser og efterfølgende kontrol, som Bonn-regeringen anvender meget strengt.

4. Det problem, der er rejst ved Finanzgericht's første spørgsmål, hører efter min opfattelse til et af de vanskeligste, som Domstolen nogensinde har stået overfor. Det drejer sig nemlig om at få afgjort, hvorvidt medlemsstaternes underinstanser på baggrund af EØF-Traktatens artikel 177 er kompetente til at påkende spørgsmålet om gyldigheden af fællesskabsretsakter, enten umiddelbart eller middelbart gennem domme og kendelser vedrørende gyldigheden af interne gennemførelsesbestemmelser, hvorved fællesskabsretsakterne gennemføres. Samtlige procesdeltagere i nærværende sag foreslår Domstolen at besvare spørgsmålet benægtende. Jeg skal straks anføre, at også jeg foreslår Domstolen at fastslå dette, men med et forbehold, med visse tvivl og ganske særligt med nogen frygt for, hvorledes en dom med dette indhold vil blive modtaget.

Min tvivl og bekymring skyldes to overvejelser; det betragtelige antal offentliggjorte nationale domme, der har antaget eller i praksis anvendt den modsatte løsning, og styrken i de argumenter, der ligger bag den. Der foreligger mindst ti afgørelser herom, hvoraf de nationale retters kompetence i syv tilfælde er blevet antaget uden omsvøb og

begrænsninger med hensyn til det princip, som man kan udlede af artikel 177. Jeg skal henvise til de domme, der er afsagt mellem 1966 og 1968 af Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, 2. afdeling (dom af 12. december 1966, nr. AZ II/2 986/66 og II/2 987/66, dom af 23. august 1967, nr. AZ II/2 E 24/67, dom af 13. december 1967, nr. AZ II/2 E 79/67, dom af 22. maj 1968, nr. AZ II/2 E 20/68, dom af 27. november 1968, nr. AZ II/2 E 33/68) og senest af Finanzgericht München. Denne ret har nemlig den 11. september 1985 kort og godt fastslået ugyldigheden af en af Kommissionen truffet afgørelse, hvorved den i et konkret tilfælde fastslog, at afgiftsfritagelse var udelukket.

De tre andre domme er mindre klare og i hvert fald ikke direkte støttet på artikel 177. Ved kendelse af 15. juli 1970 har Finanzgericht Düsseldorf besluttet ikke at forelægge Domstolen et kompetencespørgsmål, fordi vigtige procesøkonomiske spørgsmål efter dens opfattelse tilsagde, at man ventede indtil samtlige problemer, der kunne gøres til genstand for en forelæggelse, var afklaret. En lige så pragmatisk linje er blevet fulgt af den engelske High Court. Den 24. oktober 1985 anerkendte denne ret, at kompetencen til at træffe afgørelse om gyldigheden af fællesskabsretsakter er forbeholdt EØF-Domstolen; dette hindrede den dog ikke i at erklære en bestemmelse i en forordning for ugyldig, idet den anvendte en afgørelse, som Domstolen har truffet i sagen Man Sugar i et lignende tilfælde, og med hensyn til en bestemmelse af et lignende indhold (dom afsagt den 24. september 1985 i sag 161/84, Sml. s. 2889).

Endelig er der dommen af 28. marts 1985 fra Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Også efter denne rets opfattelse gælder det, at kontrollen med retsakter fra institutionerne almindeligvis henhører under Domstolen, for så vidt angår gyldighedsspørgsmålet. Den nationale ret (eller dog de tyske retter) kan dog tænkes at være kompetent i to undtagelsessituationer; den første udledes af velkendt retspraksis ved Bundesverfassungsgericht (jfr. dom af 29. maj 1974) og foreligger, dersom fællesskabsretsakter eventuelt ikke er forenelige med det katalog over grundrettigheder, der er sikret ved Grundgesetz. Den anden undtagelse finder anvendelse, dersom den tid, der hengår med den præjudicielle forelæggelse, forhindrer en effektiv beskyttelse af de erhvervsdrivende. I disse tilfælde, der kun foreligger under en sag om foreløbige forholdsregler, kan den nationale ret ikke anvende »åbenbart ugyldige« retsakter i henhold til fællesskabsretten.

Jeg skal nu behandle de argumenter, der er blevet påberåbt til støtte for den første gruppe af domme. Ophavsmændene til disse og de jurister, der er enige i denne retspraksis, støtter sig særlig på ordlyden af artikel 177, hvor ud fra de drager en logisk slutning, der er særdeles besnærende. I stk. 1, litra b), anføres det således indledningsvis, at retsakternes »gyldighed« og »fortolkning« er ligestillede. I de to følgende stykker, tilføjes det, bestemmes det, at dersom et »sådant spørgsmål« rejses, skal alene retterne i sidste instans som en pligt foretage forelæggelse for Domstolen, mens de retter, hvis afgørelser kan ankes, har dette som en fakultativ adgang. Man når således til det resultat, at stk. 2 kun kan fortolkes således, at

kompetencen til at fastslå gyldigheden af fællesskabsbestemmelserne tilkommer disse retter. Ifølge Verwaltungsgericht Frankfurt am Main bestyrkes disse argumenter gennem en sammenligning af den bestememlse, der her er tale om, med artikel 100 i Grundgesetz. Ifølge denne sidstnævnte bestemmelse er enhver ret nemlig forpligtet til at forelægge retsakter for Verfassungsgericht, dersom retten er af den opfattelse, at den bestemmelse, hvis gyldighed er omstridt, strider mod bestemmelser i Grundgesetz. Den mindre forpligtende formulering i artikel 177 er derfor i sig selv et bevis for den kompetence til at træffe afgørelse, som Traktaten tillægger medlemsstaternes retter.

Heroverfor kan man ifølge denne lære indvende, at tildelingen af denne beføjelse skyldes en materiel fejl eller en forglemmelse begået af koncipisterne til artikel 177 ved redaktionen af de to første stykker. Imidlertid kan man svække troværdigheden af denne opfattelse blot ved at minde om, at ophavsmændene til EØF-Traktaten havde den model for øje, der følger af EKSF-Traktatens artikel 41, som hjemler Domstolens enekompetence. De havde kunnet bekræfte dette princip. Det har de tværtimod ikke gjort, fordi de lod sig lede af en anden opfattelse, der gik ud på at løfte de nationale retter op til et niveau, som egentlige fællesskabsretter og give dem kompetence til at anvende denne retsorden og dermed også at undlade at anvende retsakter, som de anser for ugyldige (jfr. Couzinet, »Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes«; i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1976, s. 660, og Braguglia, »Effeti della dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari nell'àmbito dell'articolo 177 del Trattato CEE« i *Diritto communitario e degli scambi internazionali*, 1978, s. 667).

På den anden side fremhæves det også, at udelukkelsen af EKSF-ordningen og kompetencen til at træffe afgørelse vedrørende gyldigheden, der indirekte følger af den fakultative adgang, der er hjemlet ved artikel 177, stk. 2, frembyder den ikke ubetydelige fordel, at man kan undgå at drukne Luxembourg i en syndflod af forelæggelser og derigennem forlænge den tid, som hovedsagerne tager, ud over det acceptable. Man må heller ikke overdrive risikoen for en uensartet anvendelse af fællesskabsretten, som denne adgang og denne kompetence utvivlsomt indebærer. Den nationale rets afgørelse, hvorved den statuerer ugyldigheden af en bestemmelse udstedt af institutionerne, har ingen generel rækkevidde, dvs. den går ikke ud over retssagens rammer. Det er altid muligt at anke den. I hvert fald gælder det, at den pligt, der består for retten i sidste instans til at foretage forelæggelse for Domstolen, udfylder enhver mulig lakune, idet den på længere sigt sikrer, at fællesskabsbestemmelserne anvendes i henhold til ensartede kriterier.

Domstolens praksis afgiver ligeledes holdepunkter til fordel for denne opfattelse. I dommen af 13. februar 1979 i sag 101/78 (Granaria BV mod Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, Sml. s. 623) er det således anført, at »enhver forordning... må formodes at være gyldig, indtil *en kompetent domstol* har fastslået, at den er ugyldig; ... denne gyldighedsformodning følger dels af Traktatens artikler 173, 174 og 184, hvorefter Domstolen er *ene*kompetent til at efterprøve forordningers lovlighed..., dels af artikel 177, hvorefter Domstolen er *beføjet til at udtale sig som sidste instans* om forordningers gyldighed...« (præmis 4, min kursivering). Den sondring, der opstilles i dette citat mellem Domstolens to forskellige kom-

petencer, kan næppe udtrykkes mere klart. Når der ikke er tale om at »annullere«, men derimod om at at »fastslå ... ugyldigheden« i forbindelse med en præjudiciel sag, er det alene EØF-Domstolen, der træffer endelig afgørelse: den sædvanlige »kompetente domstol« er således nødvendigvis retten i en medlemsstat.

Men kan heller ikke hævde, at dette resultat strider mod, hvad Domstolen har antaget i dommen i sagen Firma Schwarze (1. december 1965, sag 16/65, Sml. 1965-1968, s. 131). Ved første blik synes dommens obiter dictum, således som det sædvanligvis citeres — »enhver anden fremgangsmåde ville praktisk taget overlade det til de nationale retter at afgøre spørgsmålet om gyldigheden af retsakter truffet af Fællesskabet« — at tillægge Domstolen enekompetence. Imidlertid stiller sagerne sig anderledes. Det er således tilstrækkeligt at læse denne passage i lyset af den umiddelbart foregående (»dersom den nationale ret har forelagt... spørgsmål, der i virkeligheden snarere angår gyldigheden af de pågældende retsakter, tilkommer det Domstolen at belære den nationale ret«) for at forstå, at EF-dommerne har ønsket at opstille et helt andet princip: nemlig deres beføjelse og deres pligt til ikke at besvare, hvad den forelæggende ret tilsyneladende anmoder om (en fortolkning), men derimod det, som den reelt ønsker oplyst bag den uklarhed, der skyldes upræcise udtryk eller begreber (gyldighedskontrol) (Couzinet ovenfor anført).

Endvidere gælder det, at Domstolens virkelige fremgangsmåde på det område, der her optager os, fremgår ganske særlig klart af et dokument, der ikke er juridisk. I »Rapporter om Den Europæiske Union« (1975), står at læse, at »Desuden burde det [i forbindelse med udvidelsen af den præjudicielle forelæggelsesprocedure til ethvert nyt felt, som måtte blive omfattet af den nye Traktat, såvel som af enhver ny overenskomst mellem medlemsstater] fastsættes ved en bestemmelse, at ingen national ret kan betragte en fællesskabsakt som ugyldig, uden at Domstolen allerede har truffet en afgørelse herom, sådan som det er tilfældet inden for rammerne af Kul- og Stålunionen.« (Supplement til Bulletin for De europæiske Fællesskaber, 9/75, s. 21). Den konklusion, der drages på dette grundlag, er åbenbar; netop fordi man foreslår at fratage den nationale ret beføjelsen, er det uden for enhver tvivl, at den nationale ret for tiden rent faktisk ifølge gældende ret har beføjelsen til at vurdere gyldigheden af en fællesskabsretsakt.

5. Blandt de ovenfor sammenfattede argumenter forekommer de sidste — der er udledt af Domstolens praksis — mig at være de mindst betydningsfulde. Forholdet er det, at det spørgsmål, der er stillet Domstolen af Finanzgericht Hamburg, er ganske nyt. Dette er første gang, hvor Domstolen står over for det på embeds vegne. De tanker, som Domstolen tidligere har gjort sig i forbindelse med afgørelsen af helt andre problemer og således blot i form af retssætninger, der ikke er bindende (herunder afgørelser, der, hvis jeg ikke tager meget fejl, med vilje var flertydige), er netop af denne grund lidet oplysende. Så meget står i hvert fald fast, at disse retssætninger — og så meget mere de retspolitiske forslag, som Domstolen har fremsat for tolv år siden — på ingen måde binder Domstolen.

Derimod er de anbringender, der hviler på ordlyden af artikel 177, rigtige, således som jeg allerede har nævnt det; de er rigtige, men de fører samtidig til så farlige og urimelige resultater, at disse utvivlsomt må vige for den forlegenhed, man stilles i, når man forkaster dem. Jeg må således som resultat nå til det samme synspunkt, der deles af de forfattere, der finder, at en bogstavelig for-

tolkning af bestemmelsen medfører følger, der betegnes som »undesirable«, »improper« eller som kan skabe »grave problems«. Eftersom Traktatens koncipister ikke kan have været uvidende om disse resultater, deler jeg også den opfattelse, at den »elliptiske« formulering af bestemmelsen må skyldes en enkeltstående, men dog ikke umulig fejltagelse fra deres side (Tomuschat, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften*, Köln 1964, s. 57 ff; Schumann, »Deutsche Richter und Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften«, i *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1965, s. 119 ff; Bebr, »Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté«, i *Cahiers de droit européen*, 1975, s. 384; Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1981, s. 265; Brown og Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1983, s. 154 ff.; Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, 1983, s. 232; Boulois, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Paris, 1984, s. 213).

Den opfattelse, som jeg opfordrer Domstolen til at forkaste, indebærer i det mindste fire anomalier. Den første og den formentlig meste iøjnefaldende, er et paradoks; det gælder således om denne opfattelse, at den giver dommerne i underinstanserne en beføjelse — kontrol af gyldigheden af retsakter — som artikel 177, stk. 3, udtrykkeligt undrager retterne i sidste instans (Bebr, ovenfor anført, Telchini, »Le pronunzie sulla validità degli atti comunitari secondo la giurisprudenza della Corte di giurstizia« i *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, s. 257). Den anden ulempe er imidlertid den afgørende, nemlig den modsigelse, som anerkendelsen af den pågældende beføjelse vil medføre inden for ordningen med Fællesskabets legalitetskontrol. Som bekendt gør Traktatens artikler 173 og 174 Domstolen enekompetent med hensyn til denne opgave. Der ses ikke at være nogen grund til, at den enekompetence, der således er givet, skulle bortfalde, blot fordi det er den nationale ret, og ikke den af sagen berørte, der indbringer sagen for EØF-Domstolen. Ganske vist begrænses den nationale rets mellemkomst ikke til blot at fremsende dokumenterne; den begrænser således omfanget af den opgave, som Domstolen skal løse. Men inden for den ramme, der således er opstillet for den, ændrer den ikke arten af denne opgave. Med andre ord, hedder det hos Bebr, forbliver den præjudicielle vurdering af gyldigheden af fællesskabsretsakterne en »contrôle constitutionnel«, om end den også er »larvé«.

Men problemet er ikke begrænset hertil. Den omtalte modsigelse er ikke kun logisk uholdbar. Den indebærer alvorlige institutionelle konsekvenser; den tilsidesætter princippet i artikel 189, hvorefter retsakter truffet af institutionerne skal anvendes ensartet overalt på Fællesskabets område. Denne grundsætning har et dobbelt formål; hensynet til retssikkerheden og — lige så, hvis ikke vigtigere — hensynet til Fællesskabets retlige sammenhæng. Hvad enten dette nu er bevidst eller ej, lukkes der hermed et ødelæggende element ind i systemet i og med, at den nationale ret får udvidet omfanget af sin formidlerrolle til også at kunne erklære en fællesskabsretlig bestemmelse ugyldig; klart udtrykt underminerer dens dom det grundlag, hvorpå den retsorden, der er skabt ved EØF-Traktaten, er tilblevet.

Heroverfor kan man indvende, at dette argument også holder stik over for en dom, hvorved en fællesskabsretsakt fortolkes forkert eller også blot afviger fra den fortolkning, der er givet i andre nationale retters domme; heraf kan endvidere udledes, at Traktatens artikel 177, stk. 2, må anses som retlig virkningsløs. Imidlertid holder denne kritik ikke stik. Fortolkningen af en bestemmelse indebærer nemlig altid en forudsætning om, at den skal anvendes. Retten, der

herved træffer sin afgørelse uden at have hørt Domstolen og — således som det utvivlsomt kan finde sted — når til forkerte eller ligefrem absurde resultater, griber herved ind i en lang række interesser, også fællesskabsretlige interesser. Imidlertid står det fast, at dette ikke strider mod artikel 189, eller i det mindste ikke griber ind i kerneområdet for den ordning, der er hjemlet ved denne bestemmelse. Derimod kan det forhold, at en retsakt erklæres ugyldig kun føre til det resultat, at bestemmelsen ikke anvendes; i dette tilfælde bliver denne kerne altså med sikkerhed anfægtet.

Dette står således klart, ligesom det i mangfoldige tilfælde ikke lader sig genoprette. Dette bestrider — således som det er anført — Verwaltungsgericht Frankfurt og også visse juridiske forfattere med den begrundelse, at anvendelsen af bestemmelsen ikke i almindelighed og abstrakt udelukkes, men at dette blot sker i forbindelse med en konkret sag; dommen kan således altid ankes. Denne argumentation tager dels ikke hensyn til, at talrige akter fra Fællesskabets side (på områder som konkurrence, statsstøtte, antidumpingsager eller i tilfælde, som det her foreliggende) er enkeltforanstaltninger, dvs. at de kun retter sig til en eller flere konkrete adressater; dels ses der med denne argumentation bort fra, at det aldrig nogen sinde er sikkert, at den berørte myndighed appellerer en afgørelse. En spansk jurist, der har draget interessante konklusioner på grundlag af svagheden i vort system med middelbar forvaltning, har således fastslået, at det på ingen måde er sikkert, at denne nationale myndighed sætter lighedstegn mellem sine egne interesser og Fællesskabets (Pelàez Marón, »Ambito de la apreciación prejudicial de validez de los actos comunitarios«, i *Revista de las instituciones europeas*, 1985, s. 758.

Jeg har omtalt fire ulemper. De to sidstnævnte er af praktisk art, men ikke derfor mindre betydningsfulde. Efterprøvelsen af gyldigheden af fællesskabsretsakterne er for det første en ganske ømtålelig opgave, der forudsætter fuldstændig kendskab til referencebestemmelserne, der ofte er affattet i et vanskeligt tilgængeligt fagsprog — ligefrem i esoteriske vendinger — der forudsætter kendskab til vanskeligt tilgængelige økonomiske data (lærebogseksemplet: »was there a surplus of apples or of mushrooms in the Community, at a certain date?«); dette er en opgave, som den nationale ret er dårligt rustet til eller i hvert fald dårligere rustet til end Domstolen (Koopmans, »The Technique of The Preliminary Question — A view from the Court of Justice«, i *TMC Asser Institut, artikel 177: Experiences and Problems*, North-Holland, 1987, s. 330). For det andet kan den nationale ret aldrig i tid begrænse virkningerne af dommen, hvorved denne ret fastslår ugyldigheden af en retsakt, hvilken adgang Domstolen derimod har ifølge sin velkendte retspraksis, der har udstrakt reglen i artikel 174 til det præjudicielle søgsmålsområde. Den nationale domstolskontrol kan således ikke løse de økonomiske problemer, der søges afværget med denne udvidelse, hvoraf følger muligt ødelæggende konsekvenser for Fællesmarkedets funktionsdygtighed.

Selv om alle disse bemærkninger er rigtige, er det resultat, som jeg er nået til, ikke uigendriveligt, men i hvert fald mere tilfredsstillende end den modsatte løsning. Jeg skal sammenfatte det i et enkelt forslag; den nationale ret, der nærer tvivl med hensyn til gyldigheden af en fællesskabsretlig bestemmelse, skal udsætte sagen og forelægge den for Domstolen (jfr. foruden den allerede nævnte litteratur, Ehle, »Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Gemeinschaftsorgane« i *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1964, s. 720; Con-

stantinesco, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, I, Baden-Baden, 1977, s. 827; Daig, »Artikel 177«, i *Kommentar zum EWG-Vertrag*, II. Band, 3. Auflage, 1983, s. 395; Donner, »Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes«, i *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1965, s. 39; Plouvier, *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, 1975, s. 252; Waelbroeck, »Commentaire à l'article 177«, i *Le droit de la Communauté économique européenne*, X, Bruxelles, 1983, s. 209).

Derimod er der intet, der forpligter den nationale ret til at foretage forelæggelse for Domstolen, dersom en part nedlægger påstand om, at en retsakt ikke finder anvendelse, og retten er af den opfattelse, at dette anbringende må forkastes. Her sker der i fuldt omfang anvendelse af den beføjelse, der hjemles ved artikel 177, stk. 2, hvilken omstændighed netop udelukker, at rettens rolle begrænses til blot at »fremsende akterne«, og dermed også svækker det ubehag ved resultatet, som jeg omtalte foran under nr. 4. Alt i alt strider den løsning, som jeg foreslår Domstolen, ikke ganske mod ordlyden af bestemmelsen, men indebærer blot et krav om, at begrebet »et sådant spørgsmål« forstås restriktivt: altså som et spørgsmål om, hvorvidt retten vil besvare spørgsmålet om gyldigheden bekræftende.

Jeg skal blot tilføje enkelte bemærkninger i et forsøg på at forhindre en begrænsning af resultatets rækkevidde. Imod den opfattelse, at retten muligvis ikke er beføjet til at erklære en retsakt fra Fællesskabet ugyldig, men at den givetvis er kompetent til at erklære den nationale gennemførelsesforanstaltning for ugyldig, kan det let anføres, at begge bestemmelser sædvanligvis er for snævert forbundet med hinanden til, at de kan bedømmes forskelligt. Netop det foreliggende tilfælde kan bevise dette. Det fremgår af artikel 5, stk. 2, andet afsnit, jfr. artikel 10 i forordning nr. 1697/79, at afgørelsen om efteropkrævning gennemføres i forbindelse med en særlig fællesskabsprocedure. Dersom Finanzgericht havde annulleret den af Hauptzollamt Lübeck-Ost trufne afgørelse definitivt, ville der have bestået fare for, at treårsfristen for efteropkrævning ifølge artikel 2 i denne forordning kunne være udløbet under ankesagen.

Lige så uantagelig er den i litteraturen forfægtede opfattelse, hvorefter retten i det mindste ikke må anvende en retsakt fra Fællesskabet, der er »clairement illégal« (Couzinet, ovenfor anført, s. 662). Denne opfattelse er blevet forkastet ved Domstolens praksis. Der er særlig grund til at minde om den førnævnte dom i Granaria BV-sagen, hvorefter enhver retsakt skal anses som gyldig, indtil Domstolen har konstateret, at den er ugyldig (dom af 13. maj 1981 i sag 66/80, International Chemical Corporation, Sml. s. 1191), hvoraf det kan udledes, at den *åbenbare* retsstridighed af en retsakt forudsætter, at Domstolen tidligere har fastslået dette.

6. Jeg har ovenfor anført, at de nationale retters manglende kompetence til at træffe afgørelse om gyldigheden af handlinger foretaget af Fællesskabet er undergivet »en undtagelse«. Den angår et ganske bestemt tilfælde; undtagelsen forudsætter, at gyldighedsspørgsmålet opstår under en sag, der fremmes efter summarisk rettergangsmåde; det spiller i den forbindelse ingen rolle, hvorvidt sagen behandles for en underinstans eller for retten i sidste instans.

Som tidligere anført, har Oberlandesgericht Frankfurt am Main udtalt den samme opfattelse. Denne opfattelse deles i øvrigt i vidt

omfang i teorien (Astolfi, »La procdure suivant l'article 177 CEE«, i *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1965, s. 463; Ferrari-Bravo, »Commento all'articolo 177«, i *Commentario CEE*, Milano, 1965, III, s. 1325; Bertin, »Le juge des référeés et le droit communautaire«, i *Gazette du Palais*, 1984, Doctrine, s. 48; Daig, ovenfor anført, s. 403), ligesom — hvad der nok så vigtigt — Domstolen i sin retspraksis deler denne opfattelse. Således er det i dom af 24. maj 1977 i sag 107/76 (Hoffmann-La Roche mod Centrafarm, Sml. s. 957) blevet fastslået: »Artikel 177, stk. 3, skal fortolkes således, at en national ret ikke har pligt til at forelægge et... fortolknings- eller gyldighedsspørgsmål for Domstolen, når spørgsmålet er opstået under en sag om foreløbige retsmidler..., selv om den[ne] afgørelse, ... ikke længere kan indbringes for en højere ret, men forudsat, at hver af sagens parter kan anlægge... en retssag vedrørende realiteten, hvor det... foreløbigt afgjorte spørgsmål kan efterprøves og forelægges i henhold til artikel 177«.

Denne fortolkning hviler åbenbart på det krav, som Oberlandesgericht Frankfurt har bragt klart til udtryk, nemlig at undgå, at den periode hvorunder en præjudiciel sag verserer, gør den foreløbige beskyttelse, som parten søger ved at indlede summarisk rettergangsmåde, illusorisk. Til de betingelser, som Oberlandesgericht Frankfurt og Domstolen knytter undtagelserne til, vil jeg imidlertid gerne føje endnu en, nemlig umuligheden af at gribe til andre retsmidler, såsom eksempelvis annullationssøgmål i henhold til artikel 173, hvorunder man som bekendt kan nedlægge påstand om, at hastende foranstaltninger træffes.

7. Med det andet spørgsmål fra Finanzgericht ønskes det oplyst, hvorvidt Kommissionens afgørelse af 6. maj 1983 rettet til Forbundsrepublikken Tyskland er gyldig. Foto-Frost har besvaret spørgsmålet benægtende og støttet sig på to anbringender: a) når betingelserne for at anvende artikel 5, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 1697/79 er opfyldt, er Kommissionen *forpligtet* til at træffe afgørelse om, at der ikke skal ske efteropkrævning; b) disse betingelser er opfyldt i nærværende tilfælde.

Anbringendet *ifølge* a) hviler på en fortolkning af artikel 5, stk. 2, der knytter sig til stk. 1 i samme bestemmelse og til den anden betragtning i forordningen. Bestemmelsens stk. 1 bestemmer således, at i visse tilfælde »[kan] de kompetente myndigheder... ikke foretage efteropkrævning«, ligesom den anden betragtning tilføjer, at »efteropkrævning *under ingen omstændigheder* [er] *berettiget*, såfremt den oprindelige beregning af... afgifterne har fundet sted på grundlag af... beskatningselementer... anerkendt [af de kompetente myndigheder] som værende i overensstemmelse me de elementer, som debitor selv har angivet« (min kursivering). Foto-Frost udleder heraf, at ordningen giver retssikkerheden prioritet fremfor betaling af afgifterne, for så vidt angår det skyldige beløb. Det er åbenbart, at dette formål påvirker fortolkningen af artikel 5, stk. 2. Følgelig gælder det, at dersom afgiftsbeløbet er højere end 2 000 ecu, og dersom de betingelser, der er opstillet i bestemmelsen, er opfyldt, kan Kommissionen alene opfordre de nationale myndigheder til at undlade at foretage efteropkrævning.

Denne opfattelse er grundløs. Artikel 5, stk. 2, bestemmer nemlig udtrykkeligt, at de nationale myndigheder »*kan*« undlade at foretage efteropkrævning af afgifter, ligesom artikel 6 i forordning nr. 1573/80 ikke mindre klart bestemmer, at Kommissionen »træffer... *afgørelse* om, hvorvidt de pågældende forhold berettiger til fritagelse for opkrævning«. Endvidere gælder det, at selv om de af sagsøgeren fremhævede bestemmelser skal sikre debitorerne størst mulig retssik-

kerhed, forekommer det mig i det mindste at være overdrevent at påstå, at dette hensyn går forud for den forskriftsmæssige betaling af skylden. Artikel 10, stk. 2, i direktiv 79/695, hvorefter de nationale myndigheder er berettiget til at efterprøve og berigtige de allerede opkrævede afgifter, giver snarere grundlag for at antage, at der gives den interesse forrang, der består i at sikre fællesskabsbudgettet den størst mulige indtægt.

Sagsøgeren går med sit andet anbringende ud fra, at betingelserne i artikel 5, stk. 2, i nærværende tilfælde er opfyldt. Fejlen er faktisk begået af de tyske toldmyndigheder, der ikke har anvendt protokollen af 25. marts 1957 korrekt; det var ikke muligt for sagsøgeren at indse dette, idet a) de samme myndigheder altid har indrømmet toldfritagelse ved indførselen af varer, der er fremstillet i DDR, og fordi b) det er tvivlsomt, hvorvidt der skulle betales afgifter for de i sagen omhandlede varer, således som Finanzgericht selv har fastslået det i sin kendelse af 22. september 1983, ligesom c) sagsøgeren i hvert fald ikke har haft forudsætningerne for at fastslå sin retsstilling. Endelig gælder det, at den kritik, som Kommissionen har fremsat i sin afgørelse af 6. maj 1983, hvorefter Foto-Frost ikke har overholdt samtlige gældende regler for toldangivelse, åbenbart er fejlagtig.

Den sidste indvending er utvivlsomt rigtig (jfr. Kommissionens skriftlige besvarelse af det spørgsmål desangående, der er stillet af Domstolen). Derimod er den øvrige argumentation urigtig. En virksomhed, der regelmæssigt indfører varer fra DDR til Forbundsrepublikken, må løbende holde sig orienteret om de regler, der gælder for den tyske indenrigshandel; især må virksomheden givetvis vide, at det i det mindste ved »trekantshandler«, altså handler, der sker gennem tredjelande, er udelukket at få fritagelse for betaling af afgifterne i henhold til den retspraksis, der fremgår af de nationale afgørelser i sidste instans (jfr. Bundesfinanzhof, dom af 3. juli 1958, *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*, 1958, s. 373). Man kan derfor ikke påstå, at Kommissionen er gået for vidt med sit klagepunkt, hvorefter sagsøgeren ikke har handlet i god tro eller med det mindstemål af omhu, der ifølge artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 1697/79 er en betingelse for, at man undlader efteropkrævning af afgifter.

8. Da det tredje spørgsmål er stillet for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares bekræftende, kan det lades ude af betragtning. Herefter står blot tilbage at besvare det fjerde spørgsmål. Jeg minder om, at Finanzgericht har anmodet Domstolen om en afgørelse af, hvorvidt varer med oprindelse i DDR, der via en anden medlemsstat gennem den eksterne fællesskabsforsendelse indføres til Forbundsrepublikken, henhører under den tyske indenrigshandel i henhold til den protokol, der som bilag er knyttet til EØF-Traktaten, og derfor er fritaget for afgifter, eller om varerne skal anses som indført fra tredjelande med den virkning, at der skal opkræves afgifter og omsætningsafgift.

Foto-Frost har foreslået Domstolen at besvare det første spørgsmål således, at der skal indrømmes afgiftsfritagelse. Det lader sig ganske vist ikke bestride, at trekantshandlerne er blevet defineret ved en bestemmelse, der i tid ligger efter protokollen (artikel 16 i forbundsanordningen af 1. marts 1979); på den anden side er det også rigtigt, at gældende ret på tidspunktet for undertegnelsen af EØF-Traktaten ikke udelukkede, at disse handler kunne falde ind under den tyske indenrigshandel (jfr. Bundesfinanzhof, dom af 12. februar 1980, og Bundesverwaltungsgericht, dom af 26. juni 1981, *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*, 1980, s. 247, hhv. 1982, s. 55). Endnu tydeligere er Domstolens praksis. Domstolen har nemlig i dom af 27. september 1979 i sag 23/79 (Geflügelschlachterei Freystadt GmbH mod Hauptzollamt Hamburg-Jonas, Sml.

s. 2789) fastslået, at de nærmere omstændigheder i forbindelse med forretningen og transportvejen er uden betydning ved afgørelsen af, hvorvidt protokollen finder anvendelse på en bestemt forretning.

Med hensyn til omsætningsafgiften har sagsøgeren påberåbt sig forbundsregeringens erklæring vedrørende artikel 3 i Rådets sjette direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter. Ifølge denne erklæring behandles DDR's område i henseende til omsætningsafgift som underlagt Forbundsrepublikkens suverænitet; som forbundsfinansministeren i overensstemmelse hermed har anerkendt det, kan omsætningsafgift herfor ikke pålægges varer, der befandt sig på DM-østområdet i fri omsætning, og som er blevet indført til Vesttyskland inden for rammerne af den tyske indenrigshandel.

Denne argumentation må i sin helhed forkastes, hvilket allerede fremgår af, at protokollen af 25. marts 1957 udtrykkeligt fastslår, at den omhandler »den *bestående* ordning« for den tyske indenrigshandel (min kursivering); dette kan kun betyde, at der henvises til gældende ret på tidspunktet for Traktatens indgåelse — dette har den forelæggende ret selv indrømmet, og således ændret det standpunkt, den gjorde sig til talsmand for i sin kendelse af 22. september 1983. Forbundsrepublikken og Kommissionen har uden at blive modsagt erklæret, at der på dette tidspunkt blev opkrævet afgifter i forbindelse med trekantshandler. Også for det tilfælde, at man måtte anse sådanne handler for omfattet af protokollen, ville dette altså ikke kunne have til følge, at de ville være undtaget fra betaling af afgifter og i så fald naturligvis også omsætningsafgift.

9. Herefter foreslår jeg Domstolen følgende svar på de spørgsmål, der ved kendelse af 29. august 1985 er forelagt den af Finanzgericht Hamburg i den for denne ret verserende sag mellem Firma Foto-Frost og Hauptzollamt Lübeck-Ost:

»1) Princippet om den ensartede anvendelse af den afledte fællesskabsret i alle medlemsstater, der er knæsat ved EØF-Traktatens artikel 189, kræver, at Traktatens artikel 177, stk. 2, skal fortolkes således, at en national ret i tilfælde, hvor den er i tvivl om gyldigheden af en fællesskabsretsakt, skal udsætte sagen og anmode Domstolen om at afgøre dette tvivlsspørgsmål.

Der gælder den undtagelse, at dersom borgerne ikke råder over nogen anden retsbeskyttelse, særlig såfremt de ikke har adgang til at anlægge annullationssøgsmål i henhold til Traktatens artikel 173, er retten under en sag om hurtig retsforfølgning ikke forpligtet til at forelægge Domstolen et sådant gyldighedsspørgsmål, dog på den betingelse, at parterne kan anlægge sag i realiteten, hvorunder det præjudicielle spørgsmål, der foreløbigt er afgjort under førnævnte procesform, på ny undersøges og efter omstændighederne forelægges Domstolen i medfør af artikel 177.

2) Der foreligger ingen holdepunkter for at anfægte gyldigheden af afgørelse ref. REC 3/83, der er truffet af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber den 6. maj 1985.

3) Protokollen vedrørende den tyske indenrigshandel, der knytter sig til EØF-Traktaten, vedrører det regelsæt, der var gældende for handelen på det tidspunkt, hvor EØF-Traktaten blev indgået; på dette grundlag kan kun sådanne indførsler af varer med oprindelse i DDR, der dengang var omfattet heraf, fritages for afgifter.«