FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 27. JUNI 1973 [1]

Høje ret,

I — Indledning

Således som den ældste blandt os, generaladvokat Karl Roemer, nævnte i går i sit forslag til afgørelse i sag nr. 5/73, Balkan-Import-Export, førte desorganiseringen af det internationale monetære system og særlig det forhold, at der til visse lande i Fællesskabet strømmede spekulationskapital, Rådet til i foråret 1971 at »udtrykke sin forståelse« for, at disse stater i en begrænset periode kunne udvide grænserne for deres valutakursers udsving udover de grænser, der var tilladt af Den internationale Valutafond.

På det tidspunkt drejede det sig om Tyskland og Nederlandene. Således indtrådte man i »de flydende valutaers« æra, hvis meget skadelige følger vi mærker endnu i dag.

En sådan situation kunne ikke undgå at skabe vanskeligheder for fællesmarkedets funktion særlig inden for landbrugspolitikken. Derfor besluttede Rådet, der ønskede at undgå, at regeringerne søgte tilflugt til ensidige foranstaltninger, at det i overensstemmelse med Rom-traktatens artikel 103 uopholdeligt ville træffe konjunkturpolitiske beslutninger for fællesmarkedet for at imødegå de forstyrrelser, som man kunne forudse inden for samhandelen med landbrugsprodukter.

Ved forordning nr. 974/71 af 12. maj 1971 blev der, som De ved, indført et system med udligningsbeløb både for samhandelen inden for fællesmarkedet og for samhandelen med tredjelandene for at udligne incidensen af de valutamæssige forskydninger på landbrugspriserne.

Det er således tilladt i tilfælde, hvor en stat for handelsmæssige transaktioner tillader en vekselkurs for sin valuta, der ligger over grænsen for de udsving, der er tilladt af de internationale bestemmelser:

— dels at opkræve udligningsbeløb ved import;

— dels at yde tilsvarende beløb til eksport.

Disse foranstaltninger finder anvendelse på de af landbrugets basisprodukter, som indgår i en fælles markedsordning, samt på forarbejdede produkter, hvis pris er afhængig af prisen på basisprodukterne.

Beregningsmetoden for udligningsbeløbene er præciseret i forordningens artikel 2, og i artikel 6 bemyndiges Kommissionen til efter udtalelse fra den kompetente forvaltningskomité at afgøre alt efter produkternes art, hvornår der skal vedtages gennemførelsesbestemmelser, og særlig til at fastsætte udligningsbeløb.

Denne bestemmelse, der trådte i kraft med det samme, blev meget snart efterfulgt af to forordninger, som Kommissionen vedtog i henhold til den givne bemyndigelse.

Det drejer sig om:

— forordning nr. 1013/71 af 17. maj, som fastlægger ordningens gennemførelsesbestemmelser,

— og forordning nr. 1014/71 af samme dato, som vedrører fastsættelse af udligningsbeløb for et stort antal produkter og i første række (bilag I) korn (oversigt A) og produkter forarbejdet på basis af korn (oversigt B).

Denne anden oversigt viser, at der ikke er omtalt noget produkt, der er forarbejdet på basis af byg. Derfor kan handelen med byggryn og bygmel under position 11.02 A III i den fælles toldtarif på grundlag af denne forordning, der gælder fra den 12. maj 1971, hverken af-

1 — Oversat fra fransk.

give grundlag for ydelse af eksportstøtte eller for opkrævning af udligningsbeløb på importen af disse produkter.

Disse produkter blev først senere ved Kommissionens forordning nr. 1687/71 inddraget i listen som følge af en ændring af oversigt B til bilag I, og herefter gav eksporten af disse varer ret til udligningsbeløb fra den 2. august 1971, da denne forordning trådte i kraft.

Og det er netop på dette punkt, firma Merkur-Außenhandel gør indsigelser. Dette firma har hjemsted i Hamburg, og dets væsentlige virksomhed består i eksport af gryn og flager af byg.

I løbet af perioden fra 12. maj til slutningen af juli 1971 solgte firmaet sådanne produkter til aftagere i tredjelande. I forbindelse med disse forretninger ansøgte det om udligningsbeløb til eksport. Den kompetente toldmydighed var nødt til at afslå disse ansøgninger, da den fællesskabslovgivning, der var i kraft på dette tidspunkt, dvs. forordning nr. 1074/71, endnu ikke havde fastsat noget udligningsbeløb for produkter forarbejdet på basis af byg.

På grundlag af den klage, der blev rejst mod disse afslag, besluttede Hauptzollamt Hamburg-Jonas at udsætte sagen for at afvente Deres afgørelse vedrørende en anden virksomheds sagsanlæg, virksomheden Nordgetreide, der havde anlagt direkte annullationssøgsmål for Domstolen vedrørende Kommissionens afslag på med tilbagevirkende kraft at optage visse produkter forarbejdet på basis af byg samt på basis af majs på den liste over produkter, som berettiger til udligningsbeløb ved eksport (sag nr. 42/71). Ved dom af 8. marts 1972 har Domstolen afvist dette søgsmål, idet den i overensstemmelse med en fast retspraksis imødegik virksomheden Nordgetreide med de strenge betingelser, som Traktatens artikel 173 opstiller for antagelse af sager, som private anlægger mod retsakter fra Fællesskabets institutioner, til realitetsbehandling.

Firma Merkur har foretrukket at benytte en anden vej, som den antager vil tilgodese dets interesser i højere grad, idet den ikke har anlagt annullationssøgsmål men erstatningssøgsmål, der støttes på, at Kommissionens ansvar uden for kontraktsforhold i medfør af de kombinerede bestemmelser i Rom-traktatens artikler 178 og 215 omfatter tjenestefejl.

Firmaet hævder, at Kommissionen ved ikke i tidsrummet fra den 12. maj til den 2. august 1971 at have optaget produkter forarbejdet på basis af byg på listen over de produkter, ved hvis eksport, der skal ydes udligningsbeløb, har handlet ulovligt; den har navnlig overtrådt bestemmelserne i artikel 7 i Rådets forordning nr. 974/71, som efter sagsøgerens opfattelse forbyder enhver delvis anvendelse af denne ordning og følgelig udelukkelse af visse basislandbrugsprodukter eller forarbejdede landbrugsprodukter, der omfattes af den fælles markedsordning; denne ulovlighed udgør en fejl, som må medføre ansvar for Fællesskabet.

Firmaet anmoder følgelig Domstolen om at dømme sagsøgte til at betale en sum på 50 000 DM i erstatning.

II — Sagens antagelse til realitetsbehandling

Inden vi undersøger sagens realitet finder vi det uomgængeligt nødvendigt med særlig opmærksomhed at undersøge de problemer, sagens antagelse til realitetsbehandling rejser. Selv om Kommissionen faktisk ikke rejser nogen formel indsigelse, vil den ikke på forhånd afskære sig fra at kritisere enhver løsning, som tillader, at sagen antages til realitetsbehandling, og den anmoder Dem under henvisning til en nyere dom afsagt den 25. oktober 1972 i sag nr. 96/71 — Haegeman — om at pålægge sagsøgeren »først at udtømme de nationale appelmuligheder inden for administration og retspleje for at forsøge at opnå tilbagebetaling af de udligningsbeløb, som denne hævder at have krav på«.

Jeg for mit vedkommende ville have begrænset mig til at anmode Dem om at fastholde den retspraksis, som er fastlagt

ved Deres domme af 28. april 1971 (sag nr. 4/69, Lütticke, Rec. 1971, s. 325), af 2. december 1971 (sag. nr. 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt, Rec. 1971, s. 984) og af 13. juni 1972 (sagerne nr. 9 og 11/71, Compagnie d'Approvisionnement et Grands Moulins de Paris, Rec. 1972, s. 391), hvis ikke jeg i dommen Haegeman havde fået indtryk at en vis afvigelse fra denne retspraksis — jeg vover ikke at sige et omsving — som jeg har vanskeligt ved samvittighedsfuldt at tilslutte mig, i det mindste uden forinden helt åbent at have gjort rede for mit synspunkt.

Selv om jeg muligvis kommer til at gentage de standpunkter, som generaladvokaterne Roemer og Dutheillet de Lamothe ved flere lejligheder klart har gjort rede for, vil jeg alligevel minde om den opfattelse, som både Rådet og Kommissionen ofte har forsvaret til støtte for afvisning fra realitetsbehandling.

1. Det første argument går ud på, at »et erstatningssøgsmål, der støttes på en forordnings ulovlighed, i virkeligheden er et maskeret annullationssøgsmål, der tilsigter en omgåelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 173, som sætter snævre grænser for privates muligheder for at rejse sådanne sager mod retsakter fra Fællesskabets institutioner« (forslag til afgørelse fra generaladvokat Dutheillet de Lamothe i sagen Compagnie d'Approvisionnement).

Dette argument går ud fra den opfattelse, at Traktatens fædre ved at begrænse muligheden for sådanne sagers antagelse til realitetsbehandling har villet forhindre private i at anfægte lovligheden af forordninger ved hjælp af et erstatningssøgsmål.

Denne opfattelse forvansker efter min mening Traktatens ånd og tager desuden overhovedet ikke hensyn til bestemmelserne i artiklerne 178 og 184.

Den eneste begrundelse for at hindre private i at anlægge annullationsøgsmål mod forordninger er, at en sådan annulation har virkning »erga omnes« og tilbagevirkende kraft.

Dette søgsmål falder inden for rammerne af en objektiv retssag, hvis formål er at sikre, at fællesskabslovgivningen bliver respekteret uafhængigt af enhver hævdelse af en *subjektiv ret.*

Man forstår herefter, at denne mulighed for sagsanlæg er forbeholdt Rådet og Kommissionen samt medlemsstaterne; private er derimod ikke berettiget hertil og kan kun anlægge annullationssøgsmål mod retsakter, der berører dem »umiddelbart og individuelt«.

Rom-traktatens fædre, som i øvrigt var belært af erfaringen med systemet for sagsanlæg i Traktaten for Kul- og Stålfællesskabet, har helt tydeligt frygtet, at en for vid adgang til at anlægge annullationssøgsmål — når blot Domstolen fortolker begrebet søgsmålsinteresse liberalt — ville føre til stadige sager mod fællesskabslovgivningens gyldighed og til anerkendelsen af et virkeligt »folkets søgsmål«, som enhver fysisk eller juridisk person, henhørende til en gruppe, hvis interesse kunne anses berørt af en forordning, kunne benytte efter eget forgodtbefindende.

Man forstår således — og man må anerkende — berettigelsen af de restriktive bestemmelser i artikel 173, stk. 2.

Men dette princip kan fornuftigvis ikke benyttes over for private, som anlægger sag ved Domstolen under påberåbelse af deres *individuelle rettigheder,* enten for at opnå annullation af en individuel afgørelse, som indeholder et klagepunkt mod dem, eller for at få erstatning for et direkte og individuelt tab.

I det første tilfælde er de utvivlsomt berettiget til at påberåbe sig ulovligheden af en forordning, som har afgivet hjemmel for en afgørelse, der krænker deres rettigheder. Ifølge artikel 184 er de ubestrideligt berettigede til ved enhver tvist, som falder inden for Domstolens kompetenceområde, at nedlægge påstand for Domstolen om en forordnings ulovlighed eller ugyldighed.

I det andet tilfælde er de beføjede til at påberåbe sig Fællesskabets ansvar, selv om dette støttes på ulovligheden af en retsakt, ved at hævde — men dette ved-

rører realiteten — at denne ulovlighed medfører ansvar. I alle tilfælde kan ingen bestemmelse i artiklerne 177 og 215 føre til en afvisning af et sådant søgsmål.

I disse to tilfælde er der tale om sager om individuelle tvister, som vedrører individuelle rettigheder. De domme, De anmodes om at afsige, såfremt det statueres, at disse søgsmål har fornødent grundlag, har ikke virkning »erga omnes«; de vil ikke medføre en annullation med tilbagevirkende kraft af de retsakter, hvis lovlighed er bestridt.

Det er derfor, jeg uden forbehold må godkende de præmisser, på hvilke De — vedrørende dette første punkt — har støttet Deres afgørelse i sagen Zuckerfabrik Schöppenstedt, som jeg synes bør citeres:

„Det i Traktatens artikel 178 og 215 omhandlede erstatningssøgsmål er indført som et selvstændigt middel med en særlig funktion inden for de eksisterende retsmidler og undergivet betingelser, som er udformet med henblik på dets specielle formål; det adskiller sig fra annullationssøgsmålet derved, at det ikke tilsigter en ophævelse af en bestemt foranstaltning men derimod erstatning for tab, som er forårsaget af en institution under dennes udøvelse af sine funktioner«.

Men disse betragtninger er ikke tilstrækkelige til at udtømme spørgsmålet.

2. Kommissionen har faktisk påberåbt sig et andet argument for afvisning af et erstatningssøgsmål, der støttes på en forordnings ulovlighed; det udledes af ordningen i Traktatens artikel 177 og går ud på, at sagsøgeren i henhold til denne artikel besidder et retsmiddel, som gør det muligt at fastslå, om en fællesskabsforordning er ulovlig; hertil er det tilstrækkeligt, at han i forbindelse med en tvist vedrørende forordningens individuelle anvendelse på ham forelægger den nationale dommer begrundede argumenter for denne forordnings ugyldighed.

Denne dommer kan følgelig — eller bør endda — ifølge den sondring, som artikel 177 opstiller i denne henseende, rejse spørgsmålet for denne Domstol ved en henvisningskendelse; Domstolen skal herefter afgøre dette spørgsmål, og såfremt det anerkendes, at forordningen er ugyldig, vil et senere erstatningssøgsmål kunne antages til realitetsbehandling.

Jeg tøver ikke med at sige, at denne opfattelse gør kort proces med de retsundergivnes interesser, og, hvilket er endnu alvorligere, retssystemets hensigtsmæssige funktion.

I første række må det være klart, at der, hvis sagsøgeren — med vore forgængeres ord — således skulle være forpligtet til først at gå den »lange vej« ifølge artikel 177, uden tvivl ville gå år, før han nåede afslutningen på denne rundrejse i retssystemt. Domstolen udviser selv den største hurtighed, parret med en tilbundsgående bevisførelse og en opmærksom undersøgelse af de præjudicielle sager, og indtil nu er det kun undtagelsesvis sket, at Deres afgørelse ikke er blevet afsagt inden for 6 måneder fra den nationale dommers henvendelse til Dem. Men De kan ikke være uvidende om, at der fra første instans til appelinstansen eller til en kassationsdomstol via en appelinstans undertiden går mere end 5 år, inden et præjudicielt spørgsmål, rejst under en retssag i en af medlemsstaterne, rent faktisk bliver forelagt for Dem.

Med vejledning i Domstolens afgørelse vedrørende fortolkningen eller gyldigheden kan den kompetente nationale dommer endelig afgøre realiteten i den tvist, der foreligger for ham. Men selv om han således på det nationale plan skal drage konsekvenserne af, at en fællesskabsforordning, hvilket De altså har anerkendt, er ugyldig, vil han aldrig være kompetent til at dømme Fællesskabet til at erstatte det tab, som skyldes dets ulovlige handling. Sagsøgeren er altså nødt til at vende tilbage til Domstolen. Herunder vil der være en betydelig risiko for, at den i artikel 43 i Statutten for Domstolen nævnte forældelsesfrist på 5 år for erstatningssøgsmål i mange tilfælde vil være udløbet.

Ville det, for at undgå en formelig retsnægtelse, være muligt for Domstolen at statuere, at et søgsmål, der indbringes

for den nationale dommer på grundlag af en individuel retsakt, som udgår fra en national myndighed, kan afbryde denne forældelsesfrist og med hvilken hjemmel?

En anden betragtning, der er af endnu større betydning, fordi den vedrører linjen i Deres retspraksis, bør have Deres opmærksomhed. Jeg har fået inspirationen hertil fra de betragtninger, jeg har fremført vedrørende den linje, som dommen i sagen Haegeman synes at afstikke.

Hvis man henviser en sagsøger til at anlægge sag for de nationale domsmyndigheder i sit land, når han gennem en erstatningssag anfægter lovligheden af en fællesskabslovgivning, genoplever man teorien om et »parallelt søgsmål«, med hvilket man — i det mindste i Frankrig — har den erfaring, at det er så uheldigt over for dem, der benytter domstolene, at teorien faktisk helt er blevet forladt. For blot at citere et enkelt eksempel er den sagstype, der kaldes »parallelt søgsmål« inden for skatteretten karakteriseret ved, at sagsøgeren ikke anses for berettiget til direkte at kræve annullation af en forordnings bestemmelse, der fastsætter grundlaget eller satsen for en afgift, som han hævder er ulovlig, under henvisning til at samme sagsøger som afgiftspligtig under den tvist, der opstår ved afgiftens opkrævning, kan påberåbe sig forordningens ulovlighed.

Herved tvinges han til at indlede en lang og normalt bekostelig proces for den ret, der behandler afgiftsspørgsmålet, mens han kunne have nået sit mål meget nemmere og billigere ved at anlægge sag om myndighedsmisbrug.

Derfor har man forladt denne teori om parallelt sagsanlæg som udelukkende gennem sin historiske oprindelse får en tilsyneladende berettigelse.

Når Kommissionen i denne sag hævder, at de private, som ønsker at anlægge erstatningssøgsmål på grund af en fællesskabsforordnings ugylighed, først skal »udtømme de nationale retsmidler inden for administration og retspleje«, er det så ikke en opfordring til at følge en analog opfattelse?

For at følge Kommissionens ræsonnement må man acceptere, at det i artikel 178 nævnte søgsmål kun har en subsidiær karakter, hvilket ikke blot på ingen måde kan udledes af Traktatens bestemmelser, men ydermere efter min opfattelse synes helt uforeneligt med den kendsgerning, at denne Domstol er den eneste domsmyndighed, som er kompetent til at pålægge Fællesskabet ansvar.

Den af Kommissionen hævdede fortolkning indebærer altså — for den problemstilling jeg her undersøger — at den retsundergivnes adgang til den fællesskabsdomsmyndighed, som har den udelukkende kompetence, nødvendigvis forudsætter en forudgående procedure for de nationale domsmyndigheder. Denne situation er givetvis hensigtsmæssig, når der forelægges præjudicielle spørgsmål, hvor henvisningen kun udgør et enkelt stridsspørgsmål i en sag, som henhører under den nationale dommers udelukkende kompetence. Men jeg finder det meningsløst at ville anvende den samme løsning ved behandlingen af et søgsmål, der — omend under påberåbelse af en forordnings ugyldighed — sigter på en anerkendelse af Fællesskabets ansvar uden for kontraktsforhold.

Hvori består problemet egentlig? Jeg har altid ment, at spørgsmålet om et søgsmåls antagelse til realitetsbehandling kun kan bedømmes ud fra de nedlagte påstandes art og genstand.

Dette er problemets kerne.

Det afgørende er, hvilke påstande sagsøgeren nedlægger, og ikke hvilke søgsmålsgrunde og argumenter, han støtter sin påstand på. Hvis han imidlertid påstår Kommissionen dømt til at betale skadeserstatning for et tab, han har lidt på grund af en fejl begået af denne institution, er De utvivlsomt kompetent til at træffe en sådan afgørelse.

Domstolen skal blot undersøge, om sagsøgeren er kompetent til at anlægge sag, og om sagen er rettidigt anlagt.

Hvis disse betingelser er opfyldt, må selve søgsmålet antages til realitetsbehandling uafhængigt af de påberåbte søgs-

målsgrunde. I relation til spørgsmålet om *antagelsen til realitetsbehandling* har det ringe betydning, om disse søgsmålsgrunde støtter sig på en påstået ugyldighed ved en lovgivningsakt eller ej. Det drejer sig endnu ikke om at vurdere, om disse søgsmålsgrunde er relevante eller har fornødent grundlag. Det drejer sig udelukkende om, hvorvidt man overhovedet skal gå i gang med denne vurdering i form af en realitetsbehandling af tvisten. Dette er en klar fremstilling af problemet om antagelsen til realitetsbehandling.

I denne henseende kunne resultatet i Deres dom Haegeman delvist udledes af visse af de nedlagte påstandes art og genstand.

Jeg finder det formålstjenligt at citere de første præmisser:

»Firma Haegemann nedlægger for Domstolen påstand om, at Kommissionens forordninger nr. det og det og alle andre forordninger med tilsvarende virkning erklæres uanvendelige for import af græsk vin på den belgisk-luxembourgske økonomiske unions område, at den beslutning af 15. oktober 1971, hvorved sagsøgeren nægtes fritagelse for betaling af udligningsafgiften, annulleres, og at sagsøgeren godtgøres de fejlagtigt opkrævede udligningsafgifter;

Kommissionen har afslået at efterkomme sagsøgerens krav om godtgørelse af de afgifter, som sagsøgeren påstår er fejlagtigt betalt i forbindelse med nævnte import af græske vine.

Søgsmålet tilsigter i det væsentlige annullation af dette afslag og hermed tilbagebetaling af de omstridte afgifter.«

De har altså fortolket disse første påstande således, at de udelukkende omhandler annullation af et afslag på et krav om, at de nationale myndigheder skal godtgøre udligningsafgifter, og følgelig sigter på tilbagebetaling af disse afgifter.

På grundlag af denne fortolkning er det derfor logisk, at De, efter at have fastslået, at kontrollen med de pågældende udligningsafgifter påhviler de kompetente myndigheder i medlemsstaterne, statuerer, at tvister om opkrævning fra private af de nævnte afgifter skal løses af de nationale myndigheder og domsmyndigheder i medfør af — umiddelbart gældende — fællesskabsret, men i de former, som er fastsat i medlemsstaternes ret.

Det er ikke mindre logisk, når De ved denne lejlighed nævner, at disse domsmyndigheder har mulighed for at anvende proceduren i Traktatens artikel 177 for at sikre den ensartede anvendelse af fællesskabsretten i de tilfælde, hvor der her bliver fremført indsigelser vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af fællesskabsforordninger.

Derimod forvirrer gennemlæsningen af de følgende præmiser i Deres dom os mere. De siger faktisk:

»Sagsøgeren hævder i øvrigt, at han på grund af sagsøgtes (Kommissionens) handlemåde er blevet påført en særlig skade som følge af tab af fortjeneste, som følge af ikke påregnede udlæg og ved tab på de løbende kontrakter.

Spørgsmålet, om der eventuelt påhviler Fællesskabet ansvar, er i første række knyttet til spørgsmålet om, hvorvidt det var *lovligt at opkræve den omtvistede afgift;*

det er netop fastlået, at dette spørgsmål, for så vidt angår forholdet mellem private og den skattemyndighed, der har pålagt den omtvistede afgift, hører under de nationale domsmyndigheders kompetence;

som følge heraf må på sagens nuværende stade anmodningen om erstatning for eventuelle tab afvises«.

De har således ment, at spørgsmålet om det påståede tab var uadskilleligt forbundet med undersøgelsen af, om det var lovligt at opkræve udligningsafgifterne.

Jeg vil ikke gå nærmere ind på den betragtning, at den påståede erstatning på dette plan ikke blot består i tilbagebetaling af de afgifter, som fejlagtigt er blevet erlagt, men også sigter på at råde bod på et tab af erhvervsmæssig karakter; derimod vil jeg stille det spørgsmål, hvad man skal forstå ved udtrykket, »om det var lovligt at opkræve disse afgifter«.

Man skal faktisk sondre mellem proceduren om grundlaget for en afgift og fastsættelsen af dens størrelse og proceduren om dens opkrævning eller inddrivelse.

Selv om indsigelser vedrørende opkrævningen ubestrideligt hører under de nationale domsmyndigheders *enekompetence*, når opkrævningen sker gennem myndighederne i medlemsstaterne, og selv om de berører de nationale skatteretlige regler, så gælder dette ikke de tvister, som vedrører lovligheden af sådanne afgifter, selv om det drejer sig om deres grundlag eller størrelse. Når disse afgifter eller udligningsbeløb er indført, bestemmes grundlaget og størrelsen af Fællesskabets institutioner.

Jeg er udmærket klar over, at de nationale domsmyndigheder også er kompetente til at anvende bestemmelser i fællesskabsretten, som har umiddelbar virkning; de kan i første instans eller i appelinstansen endog undlade at gøre brug af den mulighed for henvisning, som de har efter artikel 177, og selv fortolke og vurdere gyldigheden af en fællesskabsretlig retsakt. Men hvis sagsøgeren nægter at rette sig efter en sådan afgørelse og appellerer sagen til den øverste kompetente domstol, skal denne henvise spørgsmålet for denne Domstol, specielt når det drejer sig om gyldigheden af en fællesskabsforordning.

Således kan der foreligge to situationer:

— enten drejer det sig om den simple kendsgerning, at en statsadministration *på ulovlig vis* anvender en fællesskabsforskrift, hvorved der hjemles en afgift eller et udligningsbeløb, eller hvorved der fastsættes gennemførelsesbetingelser; hvis der ikke rejses nogen indsigelse vedrørende fællesskabsforordningens gyldighed, hvis det kun drejer sig om den fejlagtige opkrævning af en afgift eller mutatis mutandis det fejlagtige afslag på ydelsen af et udligningsbeløb, vil tvisten helt normalt finde sin løsning for de nationale domsmyndigheder, uden at det er nødvendigt at rette henvendelse til denne Domstol;

— eller også påberåber man sig ulovligheden eller ugyldigheden af en fællesskabsforordning; i dette tilfælde vil — eller bør — afgørelsen nødvendigvis gå gennem denne Domstol efter en præjudiciel henvisning.

Men man må gå endnu længere. Selv om ugyldigheden eller ulovligheden af en fællesskabsforordning som i den foreliggende sag kun støttes på påstande om en sådan erstatning, som hjemles i Traktatens artikel 215, ved jeg, et de nationale domsmyndigheder i intet tilfælde, selv efter at denne Domstol i en præjudiciel sag har udtalt, at der foreligger ugyldighed, har nogen beføjelse til at drage de retlige konsekvenser, for så vidt angår det af sagsøgeren valgte område, nemlig Fællesskabets ansvar.

På dette plan kan kun Domstolen udtale sig.

Hvis man i en sådan situation kræver, at sagsøgeren først udtømmer de nationale retsinstanser, vil man følgelig tvinge ham ikke blot til en »lang march«, men også sende ham ud i en cirkel, som uundgåeligt fører tilbage til udgangspunktet, dvs. denne Domstol.

Det er vanskeligt for mig at se, at den omvej, man påtvinger de retsundergivne, er juridisk forenelig med eksistensen af det »selvstændige retsmiddel med en særlig funktion inden for systemet af retsmidler, indført ved Traktaten og underordnet de betingelser, som er udformet specielt med henblik på formålet hermed«, som et søgsmål vedrørende skadeserstatning efter artikel 178 ifølge Domstolens karakteristik udgør.

Drejer det sig retspolitisk set ikke om at gøre brug af princippet om »procesbesparelse« således, at det, når et spørgsmål om gyldigheden af en fællesskabsforordning er påberåbt i et direkte søgsmål for denne Domstol og ligger inden for Domstolens kompetence, har meget stor interesse for den retsundergivne såvel som for Domstolen, at dette spørgsmål behandles straks, snarere end at man venter indtil det måske efter nogle år på ny vender tilbage i henhold til artikel 177?

Det er mig endelig umuligt at følge Kommissionen, når den betvivler, at en løsning i den foreliggende sag, der er i overensstemmelse med Deres retspraksis vedrørende Zuckerfabrik Schöppenstedt og Compagnie d'Approvisionnement, ikke omfatter erstatningssøgsmål fra alle de handlende, som befinder sig i en identisk eller tilsvarende situation som sagsøgeren.

Jeg kan ikke forestille mig, at denne opfattelse kan få nogen som helst betydning for den rent juridiske diskussion vedrørende spørgsmålet om antagelse til realitetsbehandling, og jeg er overbevist om, at en argumentation af denne art ikke kan få den mindste betydning for Domstolens afgørelse.

Når De undersøger sagens realitet, vil De opdage, at det ikke er tilstrækkeligt at konstatere en forordnings ulovlighed for derigennem ipso facto at kunne slutte, at Fællesskabet har ansvar. Herudover kræves det, at den har krænket en præcist beskrevet højere retsregel, som skal beskytte de private.

Jeg mener at måtte forelægge en sidste betragtning.

I tilfælde, hvor man retter henvendelse til Dem ved et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af den forordning, som er bestridt i den foreliggende sag, skal De vurdere lovligheden af at *undlade* at udøve en lovgivningsbeføjelse, eftersom firma Merkur her hævder, at Kommissionen har krænket Rådets basisforordning nr. 974/71 ved *ikke at have inddraget* gryn af byg i listen over de produkter, hvis eksport giver krav på ydelse af udligningsbeløb.

Naturligvis kan De, hvis De mener, at Kommissionen var forpligtet til at fastsætte udligningsbeløb for alle landbrugsprodukter, som faldt inden for en fælles markedsordning, erklære forordning nr. 1014/71 ugyldig i det omfang, den ulovligt udelukkede visse af disse produkter.

Men man kan let forestille sig, hvorledes den nationale domstol ville være afvæbnet i et sådant tilfælde, og man kan vanskeligt se, hvordan den kan erstatte Kommissionens undladelse. Af Deres præjudicielle afgørelse kan — og bør — Kommissionen allerhøjst drage den retlige konsekvens, at sagsøgeren har en individuel ret til ydelse af udligningsbeløb, men satsen kan kun fastsættes af Kommissionen, og den nationale dommer er ikke beføjet til at pålægge Kommissionen at foretage denne fastsættelse, da han kun kan henvise sagsøgeren til at rette henvendelse til et mere egnet sted; sagt på en anden måde: til Fællesskabets Domstol.

Jeg forelægger Dem, mine herrer, de overvejelser, som studiet af den foreliggende sag har ført mig til vedrørende problemet, om en erstatningssag kan antages til realitetsbehandling.

Blandt de forskellige betragtninger, jeg har forelagt Dem, vil De have forstået, at det for os er vigtigt at fastslå, at muligheden for antagelse til realitetsbehandling følger af arten og selve genstanden for de påstande, der indeholdes i stævningen, idet disse binder den dommer, for hvem sagen korrekt er anlagt.

For at afslutte dette første spørgsmål er det således tilstrækkeligt for os at henvise til, at firma Merkur anmoder Dem om at dømme Kommissionen til at godtgøre et vist tab, som firmaet antager er påført ved Kommissionens ulovlige handlemåde i forbindelse med udøvelsen af dens lovgivende funktion.

De udligningsbeløb, sagsøgeren hævder at være blevet afskåret fra på grund af denne handlemåde, blev indført ved en rådsforordning. Det påhviler Kommissionen at fastlægge hvilke landbrugsprodukter, basisprodukter eller forarbejdede produkter, som ved eksport giver ret til støtte, og at fastsætte dennes sats.

De nationale administrationer beskæftiger sig ikke med gennemførelsen af de pågældende forordninger; de er ikke beføjet til at ændre fællesskabslovgivningen eller til at supplere den eller indskrænke dens anvendelsesområde.

Det tyske toldvæsen var således — da forordning nr. 1014/71 ikke indeholdt nogen benævnelse af produkter forarbejdet på basis af byg — klart ude af stand

til at tage sagsøgerens påstand til følge. I den tvist, der er henvist til Dem, drejer det sig ikke på nogen måde om afslaget, som ikke lovligt kunne have været anderledes.

Der foreligger således et klart tilfælde af et sagsanlæg mod Fællesskabet udelukkende på grundlag af Traktatens artikel 215.

Vi anmoder Dem derfor meget indgående om at antage denne sag til realitetsbehandling.

III — Diskussion vedrørende realiteten

For bedre at udskille rammen for diskussionen vedrørende tvistens realitet mener vi straks at måtte præcisere, at firma Merkur's søgsmål ikke på nogen måde bestrider gyldigheden af Rådets forordning nr. 974/71, hvilket spørgsmål De er blevet anmodet om at besvare gennem præjudiciel henvendelse fra Finanzgericht Berlin i sag nr. 5/73, firma Balkan-Import-Export.

Da deres dom i denne sag endnu ikke er afsagt, afholder jeg mig fra at tage stilling til dette punkt. Jeg anvender Rådets forordning i dens foreliggende form.

Det er imidlertid nødvendigt, at jeg udtaler mig om fortolkningen af enkelte af forordningens bestemmelser, thi sagsøgerens argumentation tvinger mig hertil.

Sagsøgeren hævder i første række, at de produkter, der er forarbejdet på basis af byg, falder ind under denne forordnings artikel 1, stk. 2, og at artikel 7, hvorefter »der ikke kan gøres delvis eller midlertidig brug« af den bemyndigelse, der er givet til vedrørende landbrugsprodukter at opkræve udligningsbeløb ved import eller at yde udligningsbeløb ved eksport, forpligter Kommissionen til at fastsætte beløb for alle de pågældende produkter uden undtagelse.

Sagsøgeren tilføjer, at forordning nr. 974/71 i det væsentligste havde til formål at beskytte de virksomheder, som handler med landbrugsprodukter mod skadelige konsekvenser af de af visse medlemsstater vedtagne valutamæssige beslutninger; derfor bør Kommissionen sikre denne beskyttelse for alle de pågældende og følgelig også for firma Merkur under lige betingelser.

Afdeling 1

Den første søgsmålsgrund hviler på en fejlagtig analyse både af forordningens tekst og af hele systemet med udligningsbeløb.

Selv om dette system i henhold til artikel 1, stk. 2 dels finder anvendelse på alle de produkter, »for hvilke interventionsforanstaltninger er fastsat inden for rammerne af de fælles markedsordninger for landbrugsvarer«, hvilket særlig tager sigte på korn, som er genstand for Rådets forordning nr. 120/67, og dels »på produkter, hvis pris er afhængig af prisen« på de lige nævnte basislandbrugsvarer, dvs. de afledte produkter; og selv om det endelig ikke kan bestrides, at produkterne på basis af byg ligeledes falder ind under denne forordning, så følger det ikke på nogen måde heraf, at Kommissionen har været forpligtet til at fastsætte udligningsbeløb for alle produkter uden undtagelse.

A — Stk. 2, som jeg lige har citeret, suppleres faktisk med et afsnit, hvorefter »denne mulighed [kun] benyttes ... i det omfang anvendelsen af de ... valutamæssige foranstaltninger måtte medføre *forstyrrelser* i samhandelen med landbrugsvarer«.

Vi kan således konstatere, at Kommissionen, da det er den, som udtrykkeligt er beføjet til at fastsætte gennemførelsesreglerne og til at fastsætte størrelsen af udligningsbeløbene i henhold til forordningens artikel 6, skal foretage en vurdering af virkningen af staternes valutamæssige foranstaltninger på samhandelen med landbrugsvarer. Den er således på ingen måde forpligtet til automatisk at anvende udligningsbeløb for alle produkter eller for visse af dem. Den har blot muligheden herfor, i det omfang der eksisterer væsentlig risiko for forstyrrelser.

B — Men sagsøgerens redegørelse afsluttes med den påstand, at forordningens artikel 7 forbyder Kommissionen, når denne rent faktisk udøver den nævnte mulighed, at »gøre delvis eller midlertidig brug af« den i denne forordning fastsatte bemyndigelse.

Det er præcis på dette punkt, sagsøgerens argumentation slår fejl. Rådets forordning fastlægger de almindelige rammer for det system, som om fornødent skal hindre, at der opstår forstyrrelser i samhandelen med landbrugsvarer på grund af kursudsving i visse valutaer.

Rådet stiller på en vis måde dette system, denne teknik med udligningsbeløb, til rådighed for de berørte stater og giver dem i artikel 1 en *bemyndigelse* til at benytte sig heraf.

Artikel 7 har til formål at forbyde, at denne bemyndigelse anvendes *»delvis eller midlertidigt«*.

Hvem retter dette forbud sig mod, hvis ikke til de pågældende stater?

Selve udformningen af denne bestemmelse bekræfter denne fortolkning: substantivet »bemyndigelse« i artikel 7 svarer klart til verbet »kan« i artikel 1, stk. 1.

Jeg indrømmer gerne, at denne tekst er dårligt formuleret, og at bestemmelserne i artikel 7 snarere skulle være anbragt i slutningen af artikel 1, stk. 1.

Men betydningen er imidlertid ikke af den grund mindre klar.

C — Dette bekræftes i øvrigt af forordningens almindelige opbygning.

Det er tilladt hver enkelt medlemsstat, hvis valuta »flyder«, at yde og opkræve udligningsbeløb. Men den er hverken beføjet til ensidigt at bestemme selve grundlaget, dvs. at udfærdige en liste over de produkter, på hvilke de skal finde anvendelse eller til at fastsætte satsen.

Disse beslutninger falder ind under Fællesskabets kompetence; de er udtrykkeligt forbeholdt Kommissionen i henhold til forordningens artikel 6. Hver enkelt berørt medlemsstat har ikke andet valg end på én gang at indføre hele systemet med udligningsbeløb, med de gennemførelsesregler, Kommissionen har udstedt, uden at der kan føjes noget til eller skæres noget fra.

Denne indskrænkning i staternes frihed til at handle er begrundet i systemets mål, som ifølge forordningens indledende betragtninger sigter på at undgå en »desorganisering af det ved fællesskabsbestemmelserne fastsatte interventionssystem og ... unormale prisbevægelser, der kan bringe den normale konjunkturudvikling på landbrugsområdet i fare«.

Det drejer sig således om den gnidningsløse funktion og ligevægten inden for det fælles landbrugsmarked, som særlig hviler på produkternes interventions- og tærskelpriser.

Disse betragtninger berettiger dels, at bedømmelsen af de skadelige konsekvenser, valutaernes kursudsving har på det fælles marked, kun kan foretages af Fællesskabets organer, og dels, at Kommissionen til fastlæggelse af gennemførelsesreglerne for de foranstaltninger, der skal træffes for at undgå disse skadelige virkninger, besidder en meget skønsmæssig beføjelse, især når det drejer sig om udarbejdelsen af en liste over de produkter, ved hvis import og eksport der skal ske anvendelse af udligningsbeløb.

De beslutninger, Kommissionen har truffet på dette område indebærer »valg af politisk- økonomisk karakter«; Domstolens kontrol med sådanne beslutninger er nødvendigvis meget begrænset, da »det ifølge sagens natur er påkrævet, at fællesskabsmyndighederne på dette område besidder den største handlefrihed«.

Dette har De særlig fastslået vedrørende anvendelsen af Traktatens artikel 226, hvorefter Kommissionen i Fællesmarkedets overgangsperiode er beføjet til at anvende visse beskyttelsesforanstaltninger:

— dom af 17. juli 1963, sag nr. 13/63, Den italienske Republiks regering/Kommissionen, Rec. 1963, s. 357
— kendelse af 5. oktober 1969, sag nr. 50/69, forbundsrepublikken Tysklands regering/Kommissionen, Rec. 1969, s. 450.

Samtidig har de erkendt, »at Traktatens artikel 103, idet den uden at forpligte Rådet bemyndiger det til at vedtage de efter forholdene egnede foranstaltninger, har givet denne institution en vid skønsbeføjelse, som den udøver i fælles interesse og ikke til fordel for en bestemt gruppe af erhvervsinteresser«:

— dom af 13. juni 1972, sagerne nr. 9 og 11/71 Compagnie d'Approvisionnement og Grands Moulins de Paris, Rec. 1972, s. 391.

Endelig er det oplysende, at Rådet i sin forordning nr. 974/71, der blev vedtaget med hjemmel i denne artikel 103, har givet Kommissionen ret til at fastsætte gennemførelsesreglerne til denne forordning efter forvaltningskomitéproceduren, som ifølge Domstolens retspraksis gør det muligt at overlade Kommissionen »en betydelig udøvende myndighed« i overensstemmelse med disse basisforordningers almindelige opbygning og formål og inden for rammerne af landbrugspolitikkens almindelige formål:

— dom af 17. december 1970, sagerne nr. 25/70 EVSt/Köster; nr. 30/70 Scheer/EVSt, Rec. 1970, s. 1173 og 1210;

— dom af 7. februar 1973, sag nr. 40/72 Schröder.

Det fremgår endelig af de bemærkninger, som jeg har forelagt:

1. at artikel 7 i Rådets forordning nr. 974/71, der udelukkende henvender sig til medlemsstaterne, hverken har til formål eller som virkning at begrænse Kommissionens beføjelse — der i øvrigt udøves på grundlag af forvaltningskomiteernes udtalelse — til at inddrage eller undlade at inddrage bestemte landbrugsprodukter i listen over de produkter, hvis eksport giver ret til ydelse af udligningsbeløb;
2. at vi befinder os inden for konjunkturpolitikken og beskæftiger os med foranstaltninger, som skal sikre ligevægten i de fællesskabspriser, der anvendes i landbrugsmarkedsordningerne; Kommissionen besidder således en skønsmargen, som kun kan underkastes domstolsprøvelse, hvis det er bevist, at den har begået en materiel eller klar fejl eller magtfordrejning;
3. endelig at Rådet ved at indføre dette system med udligningsbeløb har udøvet disse beføjelser i henhold til Traktatens artikel 103 i almen interesse og ikke til fordel for visse grupper af handlende; med henblik på dette formål opstiller bestemmelserne i forordning nr. 974/71 ingen *højere retsnormer til beskyttelse af private,* som kun ved en *præcist beskrevet overtrædelse* kan medføre ansvar uden for kontraktsforhold for Fællesskabet.

Disse præmisser fører mig til den konstatering, at fraværet af en sådan krænkelse bevirker, at det ikke kan antages, at Kommissionen har begået en tjenestefejl ved udøvelsen af sin lovgivningsbeføjelse.

Dette ene forhold ville være tilstrækkeligt til at bevirke, at sagsøgte skulle frifindes, hvis firma Merkur ikke her ud over havde påberåbt sig en søgsmålsgrund støttet på forordning nr. 974/71, artikel 4.

Ifølge denne bestemmelses artikel 2 fastsættes der »ikke noget udligningsbeløb for de produkter, for hvilke det ... beregnede beløb kun har ringe betydning i forhold til dets gennemsnitsværdi«.

Ifølge sagsøgerens opfattelse begrænser denne bestemmelse Kommissionens skønsbeføjelse i det omfang, den forbyder Kommissionen at fastsætte udligningsbeløb, når deres incidens på produkternes værdi er af ringe betydning. Og når det påhviler Kommissionen at fastlægge en fast grænse for sådanne udsving, som kan tillades, før der skal fastsættes udligningsbeløb, må den også være forpligtet til at anvende den samme grænse på alle produkter uden undtagelse.

Kommissionen har imidlertid inden for rammerne af dette skøn fastsat grænsen til 1 % af produkternes pris. Da Kommissionen er bundet af denne regel, som

den således har pålagt sig selv, burde den have respekteret den for produkter afledt af byg lige som for produkter forarbejdet på basis af andre kornarter.

Det følger imidlertid ikke på nogen måde af Kommissionens forordninger nr. 1013 og 1014/71, at en sådan regel eksisterer; det drejer sig højst om en intern praksis, som i øvrigt ikke er blevet anvendt automatisk og stift. Man kan således ikke heraf slutte, at Kommissionen har villet forpligte sig ved denne praksis og således indskrænke sin skønsbeføjelse.

Som jeg allerede har sagt, gør artikel 1, stk. 1, sidste punktum i Rådets forordning fastsættelsen af udligningsbeløb afhængig af, at de valutamæssige kursudsving medfører forstyrrelser i samhandelen med de pågældende landbrugsvarer. Denne bestemmelse forbeholder i alle tilfælde alene Kommissionen retten til at udelukke visse produkter i det omfang, den ringe betydning af samhandelen med disse produkter gør det begrundet at mene, at der ikke kan frygtes forstyrrelser, som kan påvirke ligevægten inden for fællesmarkedet på markedet for disse produkter.

Heroverfor kan man givet indvende, at Kommissionen senere har følt sig foranlediget til at anvende en anden vurdering, da den mod slutningen af juli 1971 i sin ændringsforordning nr. 1687 besluttede at henføre produkter afledt af byg under udligningsordningen for eksport. Men det er særligt for vurderinger, der indebærer økonomiske valg, at de følger konjunkturen og ændres som følge af indhentede erfaringer. Dette er udelukkende et hensigtsmæssigheds- og ikke et legalitetsspørgsmål. Og Domstolen har i dom af 7. februar 1973 — Schröder — statueret, at gyldigheden af en fællesskabsforordning ikke kan afhænge af efterfølgende betragtninger vedrørende dens virkninger.

Afdeling 2

Vi skal nu kun bedømme sagens anden søgsmålsgrund, der støttes på indsigelsen om en forskelsbehandling i strid med Traktatens artikel 40, stk. 3. Dette begrundes med, at det forhold, at produkter forarbejdet på basis af byg midlertidigt var blevet udelukket, skadede de tyske eksportører af disse produkter såvel over for eksportører fra de af Fællesskabets medlemsstater, hvis valutaer ikke var blevet påvirket af udvidelsen af grænserne for kursudsving ud over de af Den internationale Valutafond tilladte grænser, som over for de tyske virksomheder, som handlede med produkter forarbejdet på basis af andre kornsorter end byg, og hvis eksport gav mulighed for ydelse af udligningsbeløb allerede fra den 12. maj 1971.

Den påberåbte traktatbestemmelse sigter på inden for den fælles landbrugspolitik at udelukke »enhver form for forskelsbehandling af Fællesskabets producenter eller forbrugere«, og det præciseres, at »en ... fælles prispolitik (inden for landbruget) skal baseres på fælles kriterier og ensartede beregningsmetoder«.

Jeg vil først erindre om, at fællesskabsinstitutionerne under de omstændigheder, der forelå i foråret 1971, var stillet over for en situation, som krævede, at der hurtigt blev truffet foranstaltninger for at imødegå de usædvanlige valutariske beslutninger, som visse medlemsstater havde truffet. Disse konjunkturpolitiske foranstaltninger, som blev vedtaget med hjemmel i Traktatens artikel 103, kan — og bør nødvendigvis — medføre visse ændringer i de regler, som gælder for de fælles ordninger af landbrugsmarkederne.

Dernæst skyldes den forskelsbehandling, sagsøgeren påberåber sig i relation til eksportørerne i de medlemsstater, hvis valutakursudsving holdt sig inden for de rammer, som var tilladt ifølge de internationale bestemmelser, ikke de foranstaltninger, der blev truffet af Fællesskabets institutioner, men netop disse nationale myndigheders beslutninger på det valutamæssige område. Der forelå derimod ikke nogen traktatbestemmelse, ejheller noget almindeligt fællesskabsretligt princip, der forpligtede Rådet eller Kommissionen til fuldstændigt at udligne

alle de virkninger, som den tyske forbundsregerings beslutning om at lade D-marken »flyde« fik for de tyske virksomheder, selv om Rådet »udtrykte sin forståelse« for en sådan valutapolitik, som udelukkende henhørte under Forbundsrepublikkens kompetence.

Endelig synes det argument, som støttes på en forskelsbehandling mellem de tyske eksportører, ikke at kunne opretholdes. Udover at principperne i Traktatens artikel 40, stk. 3 klart er blevet vedtaget i landbrugsproducenternes og forbrugernes interesse og ikke i de handlendes og eksportørernes interesse, forklarer Kommissionen med rette, at den, når den i forordning nr. 1014/71 har fastsat udligningsbeløb for visse produkter forarbejdet på basis af korn, har gjort dette ud fra følgende to betragtninger:

— disse produkter kunne i et vist omfang udskiftes med det oprindelige produkt;

— incidensen af udligningsbeløbet var for disse produkter relativt høj.

Dette var ikke tilfældet for produkter, afledt af byg, for hvilke udligningsbeløbet havde ringe incidens.

Herudover må man for at antage, at der har været tale om forskelsbehandling, dvs. et brud på princippet om ensartet behandling, kræve, at den faktiske situation, som de forskellige erhvervsdrivende befinder sig i, er identisk eller i det mindste analog. Imidlertid frembyder markedet for byg og anvendelsen af de på basis af byg forarbejdede produkter ikke de samme karakteristika som markederne for andre kornsorter, hvis forarbejdede produkter ydermere benyttes på anden måde.

Under disse betingelser mener jeg ikke, at søgsmålsgrunden om ulovlig forskelsbehandling har fornødent grundlag.

Min konklusion er derfor følgende:

— søgsmålet antages til realitetsbehandling;

— søgsmålet forkastes, da det savner fornødent grundlag;

— sagsøgeren afholder sagens omkostninger.