FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 6. december 1988 *

Høje Domstol.

1. Kommissionen har i medfør af EØF-Traktatens artikel 169 anlagt sag mod Den Franske Republik og Det Forenede Kongerige og herunder nedlagt påstand om, at de nævnte stater har tilsidesat forpligtelser, der påhviler dem i medfør af Traktaten, idet de ikke har efteropkrævet en række afgifter, således som det er fastsat i forordning (EØF) nr. 1697/79 [1] og heller ikke overdraget dette beløb til Fællesskabet som egne indtægter.

Kommissionen har anført, at Frankrig og Det Forenede Kongerige i henhold til ovennævnte forordning (EØF) nr. 1697/79 burde have efteropkrævet en række monetære udligningsbeløb, som en fransk og en britisk virksomhed efter Kommissionens opfattelse skulle have betalt.

Faktiske omstændigheder

1. Ved Rådets direktiv 69/73/EØF [2] indførtes en ordning om aktiv forædling, hvorefter en importør uden betaling af importafgifter kan indføre varer under forudsætning af, at de indførte varer er bestemt til at eksporteres i form af »forædlingsprodukter«. Ordningen om aktiv forædling indebærer således en fritagelse for betaling af importafgifter på betingelse af, at de forarbejdede produkter (forædlingsprodukterne) udføres uden restitutioner.

Ved direktivets artikel 24 er der åbnet mulighed for en såkaldt »ækvivalensordning«: på visse nærmere betingelser kan de kompetente myndigheder også anse sådanne produkter som forædlingsprodukter, som er opstået ved forædling af varer, der med hensyn til art, beskaffenhed og tekniske kendetegn er identiske med de indførte varer (»erstatningsvarer«). I øvrigt kan der i henhold til direktivets artikel 25 også i visse tilfælde meddeles tilladelse til en ordning med »forudgående udførsel« af forædlingsprodukterne. I bestemmelsen hedder det, at når omstændighederne taler derfor, kan forædlingsprodukterne på betingelser, der fastsættes af de kompetente myndigheder, eksporteres (endog uden eksportrestitutioner) før importen af de varer, for hvilke der meddeles bevilling til aktiv forædling med fritagelse for betaling af importafgifter.

Kommissionens direktiv 75/349/EØF [3], som fastsætter en række andre regler vedrørende

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Rådets forordning 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 L 197, s. 1).

2 — Rådets direktiv af 4. marts 1969 om harmonisering af lovgivning om aktiv forædling (EFT 1969 I, s. 69).

3 — Kommissionens direktiv af 26. maj 1975 om de nærmere regler for ækvivalensordningen og forudgående udførsel inden for rammerne af aktiv forædling (EFT L 156, s. 25).

ækvivalensordningen, indeholder to bestemmelser, der er relevante for den foreliggende sag. Der er for det første tale om artikel 5, stk. 1, som bestemmer:

»Ved at træde i stedet for indførselsvarerne opnår erstatningsvarerne indførselsvarernes toldretlige status, ligesom indførselsvarerne fra det øjeblik, hvor dette finder sted, skal anses som havende erstatningsvarernes tidligere toldretlige status.«

Jeg tænker endvidere på samme direktivs artikel 4, der har følgende ordlyd:

»Såfremt anvendelse af ækvivalensordningen eller forudgående udførsel vil medføre ubegrundet fordel med hensyn til fritagelse for told, afgifter med tilsvarende virkning, landbrugsafgifter og andre afgifter, der er fastsat som led i den fælles landbrugspolitik eller i de særordninger, der i henhold til artikel 235 i Traktaten anvendes på visse varer, der fremkommer ved forarbejdning af landbrugsprodukter, afslår de kompetente myndigheder ansøgningen herom.«

3. Da Fællesskabets område i forhold til tredjelande er en toldretlig enhed, kan import- og eksportforretninger naturligvis foretages i forskellige medlemsstater. I begyndelsen af 1981 blev de britiske og franske myndigheder kontaktet af hhv. Rank Hovis (et britisk selskab) og Compagnie francaise commerciale et financière (et fransk selskab, herefter benævnt »CFCF«), som udtrykte ønske om i fællesskab at gennemføre en import- og eksportforretning i henhold til ordningen om aktiv forædling og med anvendelse af ækvivalensordningen. Rank Hovis skulle således til Det Forende Kongerige indføre blød hvede fra Canada uden at betale told, mens CFCF fra Frankrig skulle udføre mel som forædlingsprodukt til tredjelande uden at opnå restitutioner. Artikel 11 i direktiv 75/349/EØF bestemmer imidlertid, at indførselsvarer kun må indføres af den, der har opnået tilladelse til anvendelse af ordningen med forudgående udførsel, eller på hans vegne.

Da den påtænkte »triangulære transaktion« var helt speciel, rettede de britiske og franske myndigheder henvendelse til Kommissionen. Den 12. juni 1981 afholdtes der i Bruxelles et møde mellem Kommissionen på den ene side og repræsentanter for Frankrig, Det Forenede Kongerige og Nederlandene på den anden. Det er under sagen oplyst, at Nederlandenes repræsentant deltog i mødet, fordi en nederlandsk og en fransk virksomhed ønskede at gennemføre en lignende triangulær transaktion med indførsel og udførsel af olieholdige produkter. Parterne er uenige om, hvorvidt man på mødet kun drøftede de generelle principper, der ligger bag ovennævnte direktiver 69/73/EØF og 75/349/EØF (hvilket Kommissionen hævder), eller om man drøftede de nærmere enkeltheder omkring de påtænkte transaktioner (som hævdet af de sagsøgte). Hvorom alting er, er det dog klart, at Kommissionen på mødet nærmere redegjorde for den procedure, der ifølge Kommissionen skulle følges, såfremt man anvendte en ækvivalensordning, hvor import- og eksportforretningerne ikke blev gennemført af samme virksomhed og / eller ikke i samme medlemsstat. Kommissionens syns-

punkter blev konkretiseret i dokumentet SUD/833/81, som Kommissionen affattede i juni-juli 1981 og tilstillede de franske og britiske toldmyndigheder. Det hedder i dokumentet, at såfremt eksportøren og importøren er to forskellige personer, kan den kontakt mellem importør og eksportør, der kræves i henhold til artikel 11 i direktiv 75/349/EØF, tilvejebringes ved at stifte en ad hoc-sammenslutning, som således ville opnå tilladelse til at anvende en ordning med aktiv forædling.

4. Herefter stiftede Rank Hovis og CFCF det franske selskab »GIE Minoran«. Den 21. oktober 1981 meddelte de franske myndigheder (med de britiske myndigheders samtykke) selskabet tilladelse til at foretage de påtænkte transaktioner. Tilladelsen var gyldig i et år. I overensstemmelse hermed indførte Rank Hovis til Det Forenede Kongerige i perioden februar-september 1982 en række ladninger af blød hvede fra Canada for regning GIE Minoran. I samme periode udførte CFCF mel fra Frankrig til forskellige tredjelande, ligeledes for regning GIE Minoran. Alle de nævnte transaktioner blev gennemført uden importafgifter eller eksportrestitutioner. Endnu en tilladelse af samme karakter meddeltes GIE Minoran den 9. august 1982, men den blev tilbagekaldt efter en telexmeddelelse af 22. september 1982. Ved skrivelse af 12. juli 1984 meddelte Kommissionen de berørte medlemsstater, at efter dens opfattelse medførte transaktionerne en »ubegrundet fordel« i henhold til artikel 4 i direktiv 75/349/EØF. I skrivelsen anmodede Kommissionen Frankrig og Det Forenede Kongerige om at betale de »unddragne beløb« og henviste i den forbindelse til artikel 4 samt artikel 2, stk. 1, (afsnit 1), i forordning (EØF) nr. 1697/79 (omtalt ovenfor)[4]. Som svar på spørgsmål fra Frankrig og Det Forenede Kongerige om, hvilke beløb der ifølge Kommissionen skulle opkræves, understregede Kommissionen i skrivelse af 19. december 1984, at den ønskede efteropkrævet de monetære udligningsbeløb, der var fastsat for udførslen af mel fra Frankrig til tredjelande og for indførslen til Det Forenede Kongerige af korn fra Canada. Efter en række kontakter mellem Kommissionen og de to medlemsstater, som forblev resultatløse, indbragte Kommissionen nærværende sag for Domstolen i henhold til EØF-Traktatens artikel 169. I stævningen af 23. marts 1987 anførte Kommissionen, at den omstændighed, at der er en »ubegrundet fordel«, medfører, at de tilladelser, der er meddelt i henhold til artikel 4 i direktiv 75/349/EØF, er ugyldige, og den forlangte, at de sagsøgte i henhold til artikel 2, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 1697/79 foretog efteropkrævning af de monetære udligningsbeløb, der skulle have været betalt i forbindelse med de nævnte transaktioner, såfremt disse var blevet gennemført uden tilladelser.

5. Lad mig nævne, at bestemmelserne om aktiv forædling er blevet ændret siden de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag; det spørgsmål, Domstolen skal afgøre, vil derfor ikke kunne opstå efter de nugældende bestemmelser. Således hedder det i artikel 37 i Rådets forordning (EØF) nr. 3677/86 af 24. november 1986 om visse

4 — Artikel 2, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1697/79 har følgende ordlyd: »Såfremt de kompetente myndigheder konstaterer, at hele eller en del af den import- eller eksportafgift, der forskriftsmæssigt skulle have været opkrævet for varer, der er angivet til en toldprocedure, som medfører en forpligtelse til at betale disse afgifter, ikke er opkrævet hos debitor, kan disse foretages en efteropkrævning af det manglende afgiftsbeløb.
En sådan efteropkrævning kan imidlertid ikke foretages efter et tidsrum af tre år at regne fra bogføringstidspunktet for det beløb, som oprindeligt blev opkrævet hos debitor, eller, hvis der ikke har fundet bogføring sted, fra det tidspunkt, hvor toldskylden for den pågældende vare er opstået.«

gennemførelsesbestemmelser til forordning (EØF) nr. 1999/85 om aktiv forædling (EFT L 351, s. 1) (citeret in extenso i retsmøderapporten), at når den procedure anvendes, skal der betales monetære udligningsbeløb, som om indførselsvarerne var blevet afsendt af eksportøren af forædlingsprodukterne til indførselsmedlemsstaten.

Retsspørgsmålet

6. Domstolen skal afgøre, om Den Franske Republik og Det Forenede Kongerige i henhold til forordning (EØF) nr. 1697/79 og direktiv 75/349/EØF havde pligt til at foretage efteropkrævning af de monetære udligningsbeløb, Rank Hovis og CFCF ifølge Kommissionen skulle have betalt, og om — når der ikke er foretaget en sådan opkrævning — de to stater er forpligtet til at overdrage Fællesskaberne et tilsvarende beløb som »egne indtægter«.

Ifølge Kommissionen har de tilladelser, der er meddelt GIE Minoran, bevirket, at selskabet fuldt ud har kunnet unddrage sig betaling af de monetære udligningsbeløb, både for den indførte bløde hvede og på det udførte mel, og således medført en »ubegrundet fordel« som anført i artikel 4 i direktiv 75/349/EØF; tilladelserne er derfor ugyldige som allerede nævnt under punkt 4 ovenfor. Ifølge Kommissionen havde medlemsstaterne derfor i henhold til artikel 2, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 1697/79 pligt til at foretage efteropkrævning af de ikke betalte afgifter.

Den foreliggende sag er anlagt af Kommissionen mod to medlemsstater; den berører naturligvis ikke direkte de to virksomheder, Rank Hovis og CFCF, som ifølge Kommissionen skal betale visse beløb. Tvisten drejer sig således hverken om de nævnte to virksomheders retsstilling eller adfærd, men i virkeligheden om de berørte medlemsstaters adfærd og om, hvorvidt man med rimelighed kunne forvente, at medlemsstaterne skulle have opdaget, at der var tale om en ubegrundet fordel i henhold til artikel 4 i direktiv 75/349/EØF, og om de i givet fald i henhold til forordning (EØF) nr. 1697/79 var forpligtet til at foretage efteropkrævning af de ikke betalte beløb.

Den såkaldte »ubegrundede fordel«

7. Lad mig først nævne, hvori den »fordel« bestod, som var forbundet med den omtvistede transaktion, inden jeg tager stilling til, om fordelen må betragtes som ubegrundet. Formålet med de monetære udligningsbeløb er bl. a. at undgå en række kunstige handelsstrømme, som kunne opstå som følge af forskelle mellem de gensidige »grønne kurser« inden for Fællesskabet. Da beløbene efter Den Fælles Toldtarif er udtrykt i ecu, mens afgifter og restitutioner betales i national valuta, vil virksomhederne være interesseret i at indføre varer fra tredjelande til medlemsstater, hvis valuta er blevet opskrevet efter fastsættelsen af Den Fælles Toldtarif og omvendt at udføre varer til tredjelande fra medlemsstater, hvis valuta er nedskrevet. For så vidt angår samhandelen inden for Fællesskabet, kan de have interesse i at sælge varer til interventionsorganerne i en

medlemsstat med en stærk valuta, idet de garanterede priser også udbetales i national valuta. Opkrævningen af monetære udligningsbeløb har til formål at neutralisere virkningen af disse forskelle bedst muligt.

De tal, Kommissionen har fremlagt, viser, at der i hele den omtvistede periode blev opkrævet monetære udligningsbeløb i Det Forenede Kongerige ved indførsel af blød hvede (»positive« monetære udligningsbeløb). Det fremgår ligeledes af de samme tal, at restitutionerne ved udførsel af mel fra Frankrig blev nedsat fra april 1982 derved, at der opkrævedes monetære udligningsbeløb (»negative« monetære udligningsbeløb).

Den »triangulære ordning«, som Rank Hovis og CFCF anvendte, indebar, at der til Det Forenede Kongerige kunne indføres blød hvede fra Canada uden betaling af importafgifter (defineret som summen efter Den Fælles Toldtarif og de positive monetære udligningsbeløb) og samtidig udføres mel fra Frankrig uden betaling af eksportrestitutioner (defineret som summen efter Den Fælles Toldtarif med fradrag af de negative monetære udligningsbeløb). Da der ikke fandt nogen transaktion sted mellem Frankrig og Det Forenede Kongerige, opkrævedes der heller ikke monetære udligningsbeløb [5].

8. Jeg vil herefter behandle spørgsmålet om, hvorvidt den beskrevne fordel er »ubegrundet« som hævdet. På det punkt er parterne ganske uenige.

Det forhold, at de omtvistede tilladelser bevirkede, at der *hverken* skulle betales positive monetære udligningsbeløb (på importen af blød hvede til Det Forenede Kongerige fra Canada) *eller* negative monetære udligningsbeløb (på eksporten af mel fra Frankrig til tredjelande) medførte ifølge Kommissionen en »ubegrundet fordel«. Fra starten lagde Kommissionen til grund, at den ubegrundede fordel var en følge af anvendelsen af artikel 5 i direktiv 75/349/EØF (som jeg har omtalt under punkt 2 ovenfor), hvorefter erstatningsvarerne opnår indførselsvarernes toldretlige status og vice versa. Efter Kommissionens opfattelse kan den regel kun anvendes, når indførselsvarerne og erstatningsvarerne indføres til og udføres fra en enkelt medlemsstat [6]. Ifølge Kommissionen bestod den ubegrundede fordel således i, at man undgik at eksportere den canadiske hvede fra Frankrig til Det Forenede Kongerige og derved undgik at betale interne monetære udligningsbeløb. Efter Kommissionens opfattelse skulle disse beløb efteropkræves (uanset at der ikke havde fundet nogen transaktion sted mellem Frankrig og Det Forenede Kongerige).

Siden henviste Kommissionen ikke længere til artikel 5 i direktiv 75/349/EØF. I svaret på et spørgsmål fra Domstolen [7] understregede Kommissionen, at begrebet »ubegrun-

5 — Det Forenede Kongerige har anført, at den fordel, Rank Hovis i virkeligheden forsøgte at opnå, var en følge af en stadigt stigende forskel mellem på den ene side de importafgifter, der opkrævedes for blød hvede og som udviste en stigende tendens i foråret 1981 og på den anden eksportrestitutionerne for mel, som udviste en faldende tendens i samme periode. Ifølge Det Forenede Kongerige søgte Rank Hovis tilflugt i ækvivalensordningen for at begrænse det indtægtstab, det risikerede som følge af ovennævnte tendens; den omstændighed, at man undgik at betale monetære udligningsbeløb, havde kun sekundær betydning. Jeg skal ikke her komme nærmere ind på den »fordel«, idet ingen af parterne har gjort gældende, at den er »ubegrundet«.

6 — Jfr. Kommissionens skrivelser af 12. juli 1984 til henholdvis Frankrigs og Det Forenede Kongeriges Faste Repræsentation.

7 — Skriftligt svar af 27. april 1988 på Domstolens spørgsmål af 2. marts 1988.

det fordel« var udtryk for en fordel, som ikke var en følge af »en normal anvendelse af ordningen (om aktiv forædling) eller andre godkendte transaktioner«. En »normal« anvendelse af ordningen om »aktiv forædling« indebærer ifølge Kommissionen, at import- og eksportforretningerne (i den konkrete sag import af korn og eksport af mel) er foretaget inden for samme stat (konkret Frankrig), således at man ikke ved en triangulær procedure kunne unddrage sig betaling af monetære udligningsbeløb [8]. En »unormal« anvendelse af ordningen, således som det er tilfældet her, medfører en ubegrundet fordel og indebærer, stadig ifølge Kommissionen, at de meddelte tilladelser bliver ugyldige, og at afgiftsfritagelserne, både i forbindelse med importen og med eksporten, herunder også de eksterne monetære udligningsbeløb, også er ugyldige. Af billighedshensyn har Kommissionen imidlertid kun forlangt, at der skulle foretages efteropkrævning af de eksterne monetære udligningsbeløb.

Kommissionen har anført, at det i det foreliggende tilfælde er uden betydning, om der på det tidspunkt, hvor tilladelsen *meddeltes*, var fastsat monetære udligningsbeløb i Frankrig og Det Forenede Kongerige. Efter Kommissionens opfattelse er det tilstrækkeligt, at der, *mens* tilladelserne var gyldige, hele tiden opkrævedes monetære udligningsbeløb i Det Forenede Kongerige, og, i en vis periode, også i Frankrig.

9. *Det Forenede Kongeriges* regering har afvist Kommissionens synspunkter og i stedet anført, at den omstændighed, at tilladelsen indebar, at der ikke skulle opkræves monetære udligningsbeløb, er en normal følge af, at der findes en toldunion, og af ækvivalensordningen, således som den blev anvendt på det pågældende tidspunkt. Det Forenede Kongeriges regering har ligeledes bemærket, at den ordning, der var gældende på det tidspunkt, indebar *enten* at der blev meddelt tilladelse (med fritagelse for import- og eksportafgifter samt for monetære udligningsbeløb), *eller* at der ikke meddeltes tilladelse. Der kunne således ikke meddeles tilladelse og samtidig opkræves monetære udligningsbeløb [9]. Dette er baggrunden for, at Det Forenede Kongeriges regering også har taget afstand fra Kommissionens bemærkning om, at den omstændighed, at der foreligger en »ubegrundet fordel«, må følge af, at der anvendes monetære udligningsbeløb *i* en tilladelses gyldighedsperiode. Det Forenede Kongeriges regering har konkluderet, at Kommissionens fortolkning må afvises, eftersom den fører til, at der pålægges byrder, uden at der foreligger en klar angivelse af retsgrundlaget [10].

I svarskriftet har den *franske regering* indtaget samme synspunkt. Den har rejst det spørgsmål, hvorledes en tilladelse, hvorved det kan undgås, at der betales monetære udligningsbeløb, kan medføre en »ubegrundet« fordel, når der ikke består tvivl med hensyn til gyldigheden af en tilladelse, som åbner mulighed for at udnytte forskelle mellem importafgifter og eksportrestitutioner. Efter den franske regerings opfattelse må det også stå fast, at artikel 4 i direktiv 75/349/EØF ikke pålægger medlemsstaterne at undersøge, om en given transaktion reelt er en

8 — Jfr. Kommissionens stævning, s. 5 og 9.

9 — Som Det Forenede Kongeriges regering har bemærket, er dette derimod tilfældet efter den nugældende ordning, navnlig i henhold til artikel 37 i forordning (EØF) nr. 3677/86 (jfr. punkt 5 ovenfor).

10 — Med henvisning til Domstolens dom af 9. juli 1981 i sag 169/80, Gondrand Frères, Sml. s. 1931.

følge »af en normal anvendelse af ordningen«.

Er den omstændighed, at de sagsøgte medlemsstater ikke har fastslået den såkaldte »ubegrundede fordel«, et traktatbrud?

10. I lyset af de betydelige forskelle med hensyn til parternes opfattelse af definitionen på, eksistensen af og retsgrundlaget for en såkaldt »ubegrundet fordel«, skal det herefter afgøres, om de sagsøgte medlemsstater faktisk har tilsidesat en forpligtelse, der påhviler dem i henhold til fællesskabsrettten, derved at de ikke har fastslået, at der var tale om en »ubegrundet fordel«. Ved afgørelsen heraf skal der tages hensyn til, at såvel Kommissionen som medlemsstaterne har et ikke ubetydeligt skøn, når det drejer sig om at præcisere omfanget af et så »flydende« begreb. Dette gælder ikke mindst, når det som i den foreliggende sag ikke på det tidspunkt, hvor tilladelserne blev meddelt, var muligt at anføre retspraksis eller tidligere tilfælde, hvor begrebet »ubegrundet fordel« var fortolket.

I almindelighed må det antages, at de sagsøgte medlemsstater ikke har handlet traktatstridigt, når de ikke har overskredet grænserne for en rimelig og fornuftig udøvelse af det skøn, der tilkommer dem. I sagen her mener jeg, at når de ikke i de påtænkte transaktioner har kunnet se en »ubegrundet fordel«, har de sagsøgte medlemsstater ikke på den måde misbrugt deres skønsbeføjelse. Dette baserer jeg på følgende omstændigheder.

11. Forholdet er utvivlsomt det, at man ikke i 1981 vidste, om en »triangulær procedure« kunne være omfattet af direktiv 75/349/EØF. Direktivets artikel 11, stk. 1, bestemmer nemlig, at »indførselsvarer må kun indføres af den, der har fået tilladelse til anvendelse af ordningen med forudgående udførsel, eller på hans vegne« [11]. Dette var netop grunden til, at mødet den 12. juni 1981 blev afholdt, og efter mødet tilstillede Kommissionen dokumentet SUD/833/81 til de franske og britiske myndigheder. I dokumentet var det anført, hvorledes betingelserne i artikel 11 kunne opfyldes:

»[Artikel 11] har til formål ... at etablere en kontakt mellem importør og eksportør/forarbejdningsvirksomhed. Såfremt forarbejdningsvirksomheden og importøren er to forskellige selskaber, der enten har hjemsted i én og samme medlemsstat eller har hjemsted i hver sin medlemsstat, kan kontakten ske [12] ved at stifte en ad hoc-sammenslutning (et civilt selskab), som derved er indehaver af tilladelsen efter ordningen om aktiv forædling.«

Selv om der i dokumentet (på fransk) er anvendt konditionalis, er der ingen tvivl om, at et retligt samarbejde mellem to virksomheder med hjemsted i forskellige medlemsstater er tilladt som middel til at anvende den gunstige ækvivalensordning. Det er bemærkelsesværdigt, at Kommissionen ikke på nogen måde, hverken under mødet den 12. juni 1981 eller i dokumentet SUD/833/81

11 — Bestemmelsen udelukker ikke som sådan en triangulær procedure for et selskab, der er etableret i to forskellige medlemsstater, men i øvrigt bestemmes det i direktivets artikel 11, stk. 2, at de kompetente myndigheder i bevillingen kan foreskrive, at udførslen og indførslen skal foretages ved samme toldsted.

12 — Den engelske tekst har følgende ordlyd: »... such link can be formed...«.

gjorde opmærksom på, hvilken betydning for opkrævning af monetære udligningsbeløb en sådan ad hoc-sammenslutning af virksomheder med hjemsted i forskellige medlemsstater kunne have. Der var dog tale om en retlig konstruktion, der frembyder en række særlige forhold, som er forkellige fra medlemsstat til medlemsstat, en konstruktion, der er karakteristisk derved, at den som retssubjekt er svag (hvis det overhovedet er et retssubjekt) og har en en høj grad af gennemskuelighed for så vidt angår deltagerne. Anvendelsen af en sådan retlig konstruktion har medført en væsentlig udvidelse af rækkevidden af artikel 11 i direktiv 75/349/EØF, idet der herved åbnes mulighed for anvendelse af ordningen om aktiv forædling for to helt uafhængige virksomheder med hjemsted i forskellige medlemsstater. Såfremt Kommissionen har ret i, at et af formålene med direktiv 75/349/EØF er at afskære muligheden for at anvende en triangulær procedure, såfremt der herved sker unddragelse af opkrævning af monetære udligningsbeløb på varebevægelser inden for Fællesskabet, har Kommissionen unægtelig ved sin adfærd hindret, at det mål blev nået [13].

12. Det må således fastslås, at på mødet i Bruxelles den 12. juni 1981 og i ovennævnte dokument gik Kommissionen ind for en fortolkning af direktiv 75/349/EØF, hvis konsekvenser den ikke selv kunne forudse. På den baggrund er det vanskeligt at forstå, at den har påtalt, at de sagsøgte medlemsstater ikke har opfattet den fordel, der blev opnået ved de omtvistede tilladelser [14] som en »ubegrundet fordel«. Ganske vist bemærkede Kommissionen under den mundtlige forhandling, at dens egen fejltagelse var »så grov« og »så åbenbar«, at de berørte medlemsstater burde have opdaget den, og at de ikke burde have fulgt Kommissionens retningslinier. Uden at behandle spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens fejl faktisk var så åbenbar, er der efter min opfattelse ikke tale om et argument, der er relevant. Det må snarere fastslås, at de berørte medlemsstater har handlet korrekt ved at forelægge (i det mindste strukturen) af de påtænkte transaktioner for Kommissionen, og at de under de givne omstændigheder måtte kunne fæste lid til den af Kommissionen foreslåede fortolkning.

Muligheden for at foretage efteropkrævning

13. Selv om Domstolen måtte statuere, at de sagsøgte medlemsstater har tilsidesat en forpligtelse, der påhviler dem efter fællesskabsretten, idet de ikke har opfattet de omtvistede transaktioner som årsag til en ubegrundet fordel — hvilket måtte forudsætte, at de to stater har overskredet grænserne for et rimeligt og fornuftigt skøn — og dette er ikke tilfældet — skal jeg også behandle det spørgsmål, om det faktisk er muligt at foretage den efteropkrævning, Kommissionen har forlangt.

Kommissionen har anmodet de sagsøgte medlemsstater om at foretage efteropkrævning i henhold til artikel 2, stk. 1, i ovennævnte forordning (EØF) nr. 1697/79. I den forbindelse må også samme forordnings artikel 5, stk. 2, tages i betragtning. Det hedder heri:

»De kompetente myndigheder kan undlade at foretage efteropkrævning af import- eller eksportafgift, der ikke er opkrævet som følge af en fejl, som de kompetente myndigheder selv har begået, og som debitor ikke

13 — Under retsmødet indrømmede Kommissionen »at det var muligt«, at den ved at bekræfte, at der var mulighed for at meddele tilladelser til triangulære procedurer til enheder med en sådan transparens, havde åbnet mulighed for eventuelle misbrug. Se udskriftet fra retsmødet, den franske version, s. 33-35.

14 — For så vidt der overhovedet var nogen fordel: Som tidligere nævnt (punkt 7) var der ikke fastsat monetære udligningsbeløb for transaktioner til og fra Den Franske Republik på det tidspunkt, hvor tilladelsen meddeltes.

med rimelighed ikke kunne forventes at have opdaget, såfremt sidstnævnte i forbindelse med toldangivelsen har handlet i god tro og overholdt samtlige bestemmelser i de gældende forskrifter.«

14. I dommen i *Foto-Frost*- sagen [15] fastslog Domstolen, at når de tre betingelser, der er opstillet i artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 1697/79, er opfyldt, kan myndighederne ikke foretage efteropkrævning, og at debitor har *krav* på, at en sådan efteropkrævning ikke foretages. I så fald har medlemsstaten heller ikke pligt til at stille de tilsvarende beløb til rådighed for Fællesskabet som egne indtægter. Artikel 9 i samme forordning bestemmer nemlig:

»Indtil ikrafttrædelsen af fællesskabsbestemmelser, som fastsætter, under hvilke betingelser medlemsstaterne skal fastlægge de egne indtægter, som fremkommer ved anvendelsen af import- eller eksportafgifter, er medlemsstaterne ikke forpligtede til at foretage den i forordning (EØF, Euratom, EKSF) nr. 2891/77 omhandlede fastlæggelse af de tilsvarende egne indtægter, når de ikke har foretaget efteropkrævning af disse afgifter *i medfør af nærværende forordning.*« (min understregning).

15. Efter min opfattelse er de tre betingelser, der er opregnet i dommen *Foto-Frost*-sagen, opfyldt i den foreliggende sag, i det mindste hvis man går ud fra, hvilket jeg gør her (efter min mening med urette), at de sagsøgte medlemsstater har begået en skønsfejl.

15 — Dom af 22. oktober 1987, 314/85, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, Sml. s. 4199.

Den *første betingelse*, nemlig at afgifterne ikke er blevet opkrævet som følge af en fejl, begået af myndighederne selv, er således uden videre opfyldt — i teorien.

Den *anden betingelse*, som skal være opfyldt, for at artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 1697/79 kan finde anvendelse, nemlig at debitor ikke med rimelighed kunne forventes at opdage toldmyndighedernes fejl, er opfyldt i den foreliggende sag. I *Foto-Frost*-sagen tog Domstolen hensyn til, at det selv for de sagkyndige tyske dommere var tvivlsomt, om de pågældende afgifter skulle opkræves, og at det under de omstændigheder ikke kunne gøres gældende mod en virksomhed, at den ikke havde opdaget den fejl, toldmyndighederne havde begået. I sagen her mener jeg, at selv om der er tale om meget store virksomheder, kunne de heller ikke med rimelighed forventes at opdage den fejl, de franske og britiske myndigheder formodedes at have begået. Da de to virksomheder rettede henvendelse til de respektive landes toldmyndigheder vedrørende spørgsmålet om lovligheden af de påtænkte transaktioner — og myndighederne igen forespurgte Kommissionen — og på baggrund af den åbenbare usikkerhed med hensyn til begrebet »ubegrundet fordel«, som selv Kommissionen nærede på tidspunktet for de omtvistede transaktioner, kunne man ikke med rimelighed forvente, at de berørte virksomheder skulle have opdaget den fejl, myndighederne havde begået.

Da de pågældende virksomheder forinden rettede henvendelse til myndighederne, og Kommissionen ikke har gjort gældende, at virksomhederne har afgivet ukorrekte eller ufuldstændige angivelser, er også den *tredje betingelse* opfyldt.

Sagens omkostninger

16. Artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement bestemmer, at den part, der taber sagen, bliver dømt til at afholde sagsomkostningerne »hvis der er nedlagt påstand herom«. På det punkt er der et problem i sag 92/87 i relation til Den Franske Republik. Den har ikke under skriftvekslingen nedlagt påstandt om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Den fremsatte imidlertid en sådan påstand under den mundtlige forhandling, nemlig i en skriftlig kommentar til et dokument, Kommissionen havde indgivet som svar på et spørgsmål fra Domstolen under sagens mundtlige forhandling. Spørgsmålet er herefter, om et krav, der fremsættes på det tidspunkt, stadig kan betragtes som en påstand om tilkendelse af omkostninger.

Efter min opfattelse må spørgsmålet besvares benægtende. En part kan principielt kun »nedlægge påstande« under skriftvekslingen (for Frankrigs vedkommende i svarskriftet eller i duplikken). Påstande hører ikke hjemme i bemærkninger, der fremsættes efter de mundtlige indlæg, og i et dokument, der indeholder kommentarer til et af Kommissionen indgivet dokument. Det må derfor fastslås, at Den Franske Republik ikke (rettidigt) har nedlagt påstand herom, og at den derfor må bære sine egne omkostninger. (Se dom af 29. oktober 1980, 139/79, Maizena/Rådet, Sml. s. 3393, præmis 39, og dom af 6. oktober 1982, 59/81, Kommissionen/Rådet, Sml. s. 3329, præmis 41).

Konklusion

17. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå:

1) at det statueres, at de sagsøgte, Den Franske Republik og Det Forenede Kongerige, i den konkrete sag ikke på ufornuftig eller uforsigtig måde har udøvet det skøn, der tilkommer dem i medfør af artikel 4 i direktiv 75/349/EØF, og at de følgelig ikke har tilsidesat forpligtelser, der påhviler dem i henhold til Traktaten ved at undlade at efteropkræve en række afgifter og stille et tilsvarende beløb til rådighed for fællesskaberne som egne indtægter, således som Kommissionen havde krævet.

2) subsidiært, at det statueres, at uanset om de sagsøgte, Frankrig og Det Forenede Kongerige, på ufornuftig eller uforsigtig måde havde udøvet det skøn, der tilkommer dem i henhold til artikel 4 i direktiv 75/349/EØF, havde de ikke — under hensyntagen til artikel 2, stk. 1, artikel 5, stk. 2, samt artikel 9 i forordning (EØF) nr. 1697/79 — pligt til at efteropkræve afgifterne og stille dem til rådighed for Fællesskabet, således som forlangt af Kommissionen.

3) at Kommissionen dømmes til at betale sagens omkostninger, idet Den Franske Republik dog bør bære sine egne omkostninger.