FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 10. maj 2001 [1]

1. Selv om svineproduktionen er en af hjørnestenene i dansk landbrug både som følge af kvaliteten af varerne og de andele af eksportmarkedet, som den har erobret, har svineproducent Niels Nygård ikke desto mindre fundet anledning til at rejse kritik af et aspekt af lovgivningen om svineproduktion. Niels Nygård havde sit ejet slagteri i Danmark, som han anvendte til egen produktion, og besluttede i 1993 at omlægge sin virksomhed til udførsel af levende dyr til Tyskland og Nederlandene, idet han årligt udfører ca. 25 000 svin til disse markeder.

2. Niels Nygård har i den forbindelse rejst indsigelse mod, at hans eksport i Danmark rammes af en afgift, som opkræves til fordel for Svineafgiftsfonden (herefter »Fonden«), en organisation, som er en del af den offentlige forvaltning, men hvis forvaltning varetages af Danske Slagterier, en sammenslutning af andelsslagterier. Fondens baggrund skal findes i lov nr. 414 af 13. juni 1990 om administration af Det Europæiske Fællesskabs forordninger om markedsordninger for landbrugsvarer mv.

3. Ifølge lovens § 6, stk. 1, kan landbrugsministeren:

»fastsætte regler om betaling af afgifter af landbrugsvarer, der fremstilles [i Danmark] og om betaling af de samme afgifter af tilsvarende landbrugsvarer, der indføres [til Danmark], samt om, i hvilket omfang sådanne afgifter skal refunderes for landbrugsvarer, når disse indgår som materiale i industrielt fremstillede varer. Afgifterne indgår i en produktionsafgiftsfond for hver sektor, hvor opkrævning finder sted«.

I henhold til § 6, stk. 3:

»fastsætter landbrugsministeren de nærmere regler om indbetalingen af de i stk. 1 og 2 omhandlede offentlige midler«.

1 — Originalsprog: fransk.

4. § 7, stk. 1, i lov nr. 414 bestemmer:

»Fondenes midler anvendes til finansiering af foranstaltninger i forbindelse med afsætningsfremme, forskning og forsøg, produktudvikling, rådgivning, uddannelse, sygdomsforebyggelse, sygdomsbekæmpelse og kontrol samt i øvrigt til foranstaltninger, som landbrugsministeren giver tilladelse til. Midlerne anvendes endvidere til dækning af omkostningerne ved kontrol med midlernes korrekte anvendelse. De i § 6, stk. 1, nævnte midler skal anvendes inden for de sektorer, hvor de er opkrævet.«

5. Det var med hjemmel i lov nr. 414, at landbrugsministeren udstedte bekendtgørelse nr. 74 af 30. januar 1992, som dannede grundlag for opkrævningen af afgift på de af Niels Nygård udførte varer. Bekendtgørelsen bestemmer navnlig følgende:

»§ 1

Stk. 1. For hvert svin — herunder søer, orner, polte og smågrise — som er produceret i Danmark og som slagtes og ved offentlig kontrol ubetinget godkendes til menneskeføde, skal erlægges en afgift.

Afgiftspligten omfatter også svin, der slagtes for private til eget forbrug.

Stk. 2. Afgiften udgør 7,00 kr. pr. svin med en indvejet, slagtet vægt på til og med 100 kg og 17,50 kr. pr. svin med en indvejet, slagtet vægt på over 100 kg.

[...]

§ 2

Stk. 1. For svin, der slagtes på eksportsvineslagterier, påhviler det vedkommende slagteri/slagtehus hos leverandøren at opkræve det i § 1 nævnte afgiftsbeløb og hver uge at indsende indberetning til Svineafgiftsfonden [...] om antallet af de i den foregående kalenderuge slagtede og godkendte svin i hver af de 2 vægtkategorier og at afregne den herefter skyldige afgift med nævnte fond.

Stk. 2. For svin, der slagtes i private slagtehuse, påhviler det slagteren at indbetale det i § 1 nævnte afgiftsbeløb til Svineafgiftsfonden [...] senest 14 dage efter en foretagen slagtning. Indbetalingskort fås udleveret af den kontrollerende dyrlæge,

hvem det påhviler umiddelbart efter den foretagne kontrolstempling at indsende indberetning til nævnte fond om antallet af slagtede svin i hver vægtkategori.

§ 3

Stk. 1. For hvert svin — herunder søer, orner, polte og smågrise — der er produceret i Danmark og som udføres levende her fra landet, skal eksportøren erlægge en afgift, der udgør 7,00 kr. for svin med en levende vægt på til og med 120 kg og 17,50 kr. for svin med en levende vægt på over 120 kg.

Stk. 2. Det påhviler eksportøren senest 14 dage efter eksporten at afgive indberetning til Svineafgiftsfonden [...] om den stedfundne eksport med oplysning om antallet af levende svin i hver vægtklasse og samtidig til Svineafgiftsfonden [...] at indbetale den herefter skyldige afgift.«

6. Denne afgiftsordning, som sikrer, at der kan frigøres midler til at øge værdien af dansk svineproduktion, er som statsstøtteforanstaltning blevet anmeldt til og godkendt af Kommissionen i henhold til EF-traktatens artikel 93 (nu artikel 88 EF).

7. Niels Nygård nægtede at betale det afgiftsbeløb, han blev opkrævet i henhold til § 3, stk 1, i bekendtgørelse nr. 74 af 30. januar 1992 for perioden mellem den 1. august 1992 og den 1. juli 1993, og Fonden anlagde derfor sag ved Retten i Skjern (Danmark), som forkastede hans argumentation om, at opkrævningen af afgiften var i strid med fællesskabsretten, og dømte ham til betaling af et beløb på 101 776,37 DKK med renter.

8. Under appelsagen for Vestre Landsret gentog Niels Nygård sin argumentation. I det væsentlige gjorde han gældende, principalt at den afgift, som han var blevet opkrævet, skulle betragtes som en afgift med tilsvarende virkning som udførselstold, som er forbudt i henhold til EF-traktatens artikel 9 (efter ændring nu artikel 23 EF) og følgende, og subsidiært, at såfremt der ikke forelå en afgift med tilsvarende virkning, var der tale om en diskriminerende intern afgift, som er forbudt i henhold til EF-traktatens artikel 95 (efter ændring nu artikel 90 EF), idet Domstolen har fastslået, at denne finder anvendelse på såvel indførte som udførte produkter[2].

9. Han gjorde endvidere gældende, at den omstændighed, at afgiften indgår i en

2 — Dom af 23.1.1975, sag 51/74, Van der Hulst, Sml. s. 79, præmis 34 og 35, af 25.1.1977, sag 46/76, Bauhuis, Sml. s. 5, præmis 25, og af 29.6.1978, sag 142/77, Larsen og Kjerulff, Sml. s. 1543, præmis 20-27.

støtteordning, som er godkendt af Kommissionen, ikke kan medføre, at opkrævningen af afgiften er lovlig.

10. Vestre Landsret besluttede — på trods af indsigelser fra Fonden — at efterkomme Niels Nygårds anmodning om forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, ikke fordi kvalifikationen af den pågældende afgift efter landsrettens opfattelse var tvivlsom under hensyn til fællesskabsretten — tværtimod er det Vestre Landsrets opfattelse, at Domstolens praksis indeholder alle de oplysninger, som er nødvendige for, at den selv kan træffe afgørelse i sagen — men fordi Domstolen endnu ikke er blevet anmodet om at tage stilling til, om en national domstol helt eller delvis kan tilsidesætte en afgift som værende i strid med fællesskabsretten, når den indgår i en støtteordning, som er godkendt ved en kommissionsafgørelse, som kun Domstolen er beføjet til at tilsidesætte som ulovlig.

11. De forelagte spørgsmål er affattet som følger:

»1) Skal EF-traktatens artikel 9, 12 og 16 eller EF-traktatens artikel 95 fortolkes således, at disse bestemmelser, henholdsvis denne bestemmelse, er til hinder for, at et offentligretligt organ i en medlemsstat opkræver en produktionsafgift for svin, der er produceret i den pågældende medlemsstat, og som eksporteres i levende live til en anden medlemsstat, når

— en tilsvarende afgift opkræves for hvert svin, som er produceret i den pågældende medlemsstat, og som sælges til slagtning på hjemmemarkedet

— de nærmere regler for afgiftens beregning ikke bevirker en forskelsbehandling mellem de to produktgrupper, idet der ved fastlæggelsen af forskellige 'vægtklasser' for henholdsvis slagtede og levende svin må antages at være kompenseret for den gennemsnitlige forskel mellem 'indvejet slagtet vægt' og 'levende vægt', men

— afgiftskravet for svin, der sælges til slagtning på hjemmemarkedet, stiftes ved indlevering til slagtning, mens afgiftskravet for svin, der eksporteres i levende live, stiftes ved eksporten

— afgiften i første tilfælde påhviler producenten, mens den i andet tilfælde påhviler eksportøren, uafhængigt af, om denne tillige er producenten, og

— der ikke opkræves afgift af svin, der sælges i levende live på hjemmemarkedet, samt at

— en del af afgiftsprovenuet fordeles på aktiviteter, som efter deres karakter og umiddelbare formål vedrører primærproduktionen af svin i medlemsstaten, og således også kommer det eksporterede svin til gode, mens en anden del af afgiftsprovenuet fordeles på aktiviteter, som efter deres karakter og umiddelbare formål alene vedrører slagtning og videreforarbejdning i medlemsstaten samt afsætning af nationalt forarbejdede derivater af primærproduktet på hjemmemarkedet og eksportmarkederne, og således ikke kommer det eksporterede svin til gode?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, ønskes oplyst, om det gør nogen forskel for besvarelsen, at afgiftsordningen i medfør af EF-traktatens artikel [93], stk. 3 (efter ændring nu artikel 88, stk. 3, EF), er notificeret til og godkendt af EU-Kommissionen som lovlig statsstøtte?«

12. Det følger af gennemgangen af disse spørgsmål samt af præciseringerne angående afgiften, at den nationale ret fuldt ud er bekendt med den fremgangsmåde, som Domstolen anvender, når den skal tage stilling til en national afgifts karakter i lyset af på den ene side traktatens artikel 9 ff. og på den anden side traktatens artikel 95.

13. Den nationale ret har således givet en række oplysninger om anvendelsesområdet for afgiften, beregnings- og opkrævningsmåden, om den opkrævende organisations anvendelse af afgiften, om de fordele, som de forskellige afgiftspligtige kan drage af anvendelsen, idet disse oplysninger netop er dem, som Domstolen i sin praksis har fundet relevante med henblik på kvalifikationen af en national afgift under hensyn til de i traktaten indeholdte forbud.

14. På de nævnte punkter har parterne i hovedsagen og den danske regering bidraget med en række afklaringer eller præciseringer — såvel som berigtigelser — hvis rigtighed jeg ikke ønsker at anfægte, men som efter min opfattelse ikke er afgørende for Domstolens argumentation, som bør koncentrere sig om principperne.

15. Når den nationale ret således har gjort sig umage med at give en omhyggelig redegørelse for bestanddelene i den afgift, hvis lovlighed efter fællesskabsretten den

ønsker at få afklaret, er Domstolen i henhold til den kompetencefordeling mellem Domstolen og de nationale retter, som følger af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), forpligtet at afgive et svar på grundlag af de oplysninger, som den nationale ret har lagt til grund [3].

16. Ganske vist kan parterne — såfremt de ønsker det — anfægte den nationale rets vurdering ved hjælp af de nationale retsmidler, som de råder over, men Domstolen er ikke den rette instans til dette formål.

17. Efter denne præcisering vil jeg gå direkte over til gennemgangen af det første spørgsmål, idet jeg allerede her kan anføre, at jeg i væsentligt omfang vil lade mig inspirere af Kommissionens indlæg, som efter min opfattelse indeholder særdeles værdifulde bemærkninger, idet Kommissionen i sit indlæg, blandt den omfattende retspraksis om afgifter med tilsvarende virkning og interne afgifter, fremhæver domme i sager, hvis faktiske omstændigheder kan sammenlignes med den danske afgiftsordning, som er genstand for nærværende sag.

3 — Jf. bl.a. dom af 16.3.1978, sag 104/77, Öhlschläger, Sml. s. 791, præmis 14, og af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 40.

Det første spørgsmål

18. Det følger af fast retspraksis, at én og samme afgift ikke samtidig, med henblik på anvendelsen af traktaten, kan henhøre under kategorien afgifter med tilsvarende virkning og kategorien interne afgifter [4].

19. Forbuddet mod afgifter med tilsvarende virkning ved indførsel som ved udførsel er ufravigeligt på området for samhandel mellem medlemsstaterne, og når en afgift skal henføres under denne kategori, er opkrævningen heraf således ganske enkelt forbudt, mens forbuddet mod opkrævning af interne afgifter kun omfatter den del af afgiften, som bevirker, at afgiften er diskriminerende eller beskyttende. På denne baggrund vil jeg begynde med at undersøge, om der er tale om en afgift med tilsvarende virkning ved udførsel.

20. Indledningsvis bemærkes, at det følger af fast praksis, at:

»en afgift, der ensidigt pålægges indenlandske eller fremmede varer, når de føres over grænsen, hvor lav den end måtte være, og hvordan den end betegnes og opkræves,

4 — Jf. f.eks. dom af 1.7.1969, forenede sager 2/69 og 3/69, Brachfeld m.fl., Sml. 1969, s. 49, org.ref.: Rec. s. 211, præmis 18, 19 og 20, og af 18.6.1975, sag 94/74, IGAV, Sml. s. 699, præmis 13.

hvis den ikke er en told i egentlig forstand, udgør en afgift med tilsvarende virkning som omhandlet i traktatens artikel 9, 12, 13 og 16, selv om den ikke opkræves til fordel for staten og ikke har nogen diskriminerende eller beskyttende virkning, og selv om den belastede vare ikke konkurrerer med nogen indenlandsk produktion« [5].

21. Denne definition på en afgift med tilsvarende virkning, som lægger særlig vægt på, at opkrævningen sker ved grænseoverskridelsen, kræver en nærmere præcisering, hvis man vil undgå, at tidspunktet for opkrævningen får større betydning end afgiftspligtens indtræden, og at anvendelsesområdet for traktatens artikel 95 dermed udhules.

22. Af denne grund præciseres det i samme dom:

»det fremgår af artikel 95 og følgende, at begrebet afgift med tilsvarende virkning ikke omfatter afgifter, der på statens område pålægges tilsvarende eller sammenlignelige nationale produkter på samme måde, eller som i mangel af sådanne produkter i det mindste må sidestilles med en almindelig national afgift eller inden for de i traktaten fastsatte grænser skal udligne sådanne nationale afgifter« [6].

Endvidere indeholder dommen af 31. maj 1979 [7] nærmere anvisninger for, på hvilke betingelser en afgift falder uden for traktatens artikel 9 ff. og dermed er omfattet af traktatens artikel 95. Det følger af denne dom, at »for at det kan antages, at afgiften på et importeret produkt er et led i et generelt, internt afgiftssystem og således ikke rammes af forbuddet mod afgifter med tilsvarende virkning som told, skal den være pålagt et indenlandsk produkt og et tilsvarende importeret produkt med samme sats på samme stadium i omsætningen, og grundlaget for afgiftskravets stiftelse skal være det samme for de to produkter« [8].

23. Ser man nu på den omtvistede afgift alene i lyset af de kriterier, der blev lagt til grund i disse domme, må man blot konstatere, at det ikke er åbenbart, hvorledes afgiften skal kvalificeres. Selv om den afgift, som opkræves ved udførslen, tilsyneladende svarer til den afgift, der opkræves på svin, som leveres til slagtning på det danske marked, og det dermed kunne antages, at der i Danmark gælder en almindelig intern afgiftsordning, som rammer svineproduktionen, er det ikke åbenbart, at ordningen på samme måde finder anvendelse på udførte varer og varer, som er bestemt til enten forbrug eller forarbejdning i Danmark.

5 — Dom af 1.7.1969, sag 24/68, Kommissionen mod Italien, Sml. 1969, s. 47, org. ref.: Rec. s. 193, præmis 9.

6 — Jf. præmis 11.

7 — Denkavit-dommen (sag 132/78, Sml. s. 1923).

8 — Jf. præmis 8.

24. Der opkræves nemlig kun afgift af svin, som leveres til slagtning i Danmark, såfremt slagtekroppene efter slagtningen godkendes som egnet til menneskeføde, hvorimod der automatisk opkræves afgift af udførte svin, uanset om de er bestemt til slagtning, og — hvis dette faktisk er tilfældet — uden at kriteriet om egnethed til menneskeføde finder anvendelse.

25. Ved salg af svin mellem danske erhvervsdrivende opkræves der kun afgift, såfremt køberen anvender svinene til slagtning, hvorimod der ved salg til eksport opkræves afgift, uanset om køberen anvender de udførte svin til slagtning, opfedning eller avl.

26. I øvrigt påhviler afgiften ved salg til slagtning i Danmark producenten, mens den ved udførsel påhviler eksportøren, hvad enten han er producent eller ej.

27. Er disse forskelle, som Niels Nygård har baseret sin argumentation på, tilstrækkelige til, at det kan fastslås, at afgiften på udførte svin kun tilsyneladende er et led i en almindelig intern afgiftsordning, og at der følgelig er tale om en afgift med tilsvarende virkning?

28. Domstolen har givet et utvetydigt svar på dette vanskelige spørgsmål. Således fastslog Domstolen i dom af 10. marts 1981 [9], at en national afgift, som opkræves for levende dyr til eksport i forbindelse med deres levering til udførsel, ikke er omfattet af forbuddet mod afgifter med tilsvarende virkning som udførselstold, hvis den systematisk og efter samme kriterier ligeledes anvendes på ikke udførte produkter ved disses levering til slagtning.

29. Domstolen begrundede løsningen med, at afgiftspligtens indtræden i bund og grund var identisk hvad angik på den ene side afgiftspålæggelsen ved slagtningen og på den anden side afgiftspålæggelsen ved udførslen, idet afgiften blev pålagt ved udskillelsen af dyrene fra den nationale husdyrbestand.

30. En lignende argumentation, hvorved der i det væsentlige lægges vægt på de økonomiske realiteter og ikke de ydre former ved afgørelsen af, om det omsætningsled, som afgiften opkræves i, er det samme for produkter, som udvikles i hjemlandet eller er bestemt til forbrug heri, og for produkter, som indføres eller udføres, er også blevet anvendt i andre af Domsto-

9 — Forenede sager 36/80 og 71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association m.fl., Sml. s. 735, præmis 23.

lens domme, der endeligt har bekræftet denne argumentation [10].

31. Hvis man således antager, at den danske afgift rammer alle svin i samme omsætningsled, er det ikke muligt på grundlag af Niels Nygårds øvrige argumenter at nå frem til et andet resultat, end at afgiften skal betragtes som en intern afgift.

32. Med den danske lovgivning undgår man således en forskelsbehandling i henseende til afgiftsbeløbets størrelse, som fastsættes efter dyrenes vægtkategori, idet der for levende dyr til eksport foretages en udligning for den uundgåelige forskel mellem levende dyr og slagtekroppe.

33. Niels Nygård har ganske vist påberåbt sig, at han er udsat for forskelsbehandling, for så vidt som han udfører mange dyr med lav vægt, som opfedes efter udførslen, hvorimod dyr, som slagtes i Danmark, i de fleste tilfælde er af højere vægtklasser, men denne forskellige behandling beror på den pågældendes økonomiske valg og ikke på en bevidst diskriminerende indretning af den danske lovgivning, som efter min opfattelse ikke kan pålægges at indføre et uendeligt antal afgiftskategorier med henblik på at sikre en fuldstændig lighed for så vidt angår afgiftsbyrden, uanset de afgiftspligtiges handelsmæssige valg.

34. Det er endvidere beklageligt for Niels Nygård, at de svin, som han udfører, senere pålægges en lignende afgift ved slagtningen i indførselsmedlemsstaten, men i retspraksis er det — logisk nok — udtrykkeligt udelukket, at der tages hensyn til en sådan afgift ved fastlæggelsen af karakteren af den afgift, han skal svare i Danmark [11].

35. Den samme økonomiske betragtning, som lægges til grund i retspraksis, fører til den antagelse, at det reelt altid er producenten, der skal bære afgiftsbyrden, for uanset hvilken erhvervsdrivende det retligt påhviler at svare afgiften, er det åbenbart, at prisen for overdragelsen af det dyr, der udskilles af den nationale husdyrbestand — eller med et af parterne i hovedsagen anvendt udtryk udgår af primærproduktionen — må tage hensyn til afgiften, som opkræves ved denne udskillelse.

36. Før jeg afviser, at afgiften kan betragtes som afgift med tilsvarende virkning, må jeg imidlertid undersøge et sidste punkt. Såle-

10 — Dom af 11.6.1992, forenede sager C-149/91 og C-150/91, Sanders Adour og Guyomarc'h Orthez Nutrition animale, Sml. I, s. 3899, præmis 22, og af 2.4.1998, sag C-213/96, Outokumpu, Sml. I, s. 1777, præmis 25.

11 — Jf. dommen i sagen Van der Hulst, præmis 34 og 35, Bauhuis-dommen, præmis 25, og Larsen og Kjerulff-dommen, præmis 20-27.

des følger det af Domstolens faste praksis, at selv om en afgift tilsyneladende har alle de egenskaber, som knytter sig til interne afgifter, skal den ikke desto mindre betragtes som en afgift med tilsvarende virkning, såfremt afgiftsbyrden på den indenlandske produktion fuldt ud godtgøres, mens der for indførte eller udførte produkter ikke ydes nogen godtgørelse.

37. Det følger af dommen af 2. august 1993 [12], at kriteriet vedrørende udligning af byrderne skal forstås således, at det fulde afgiftsprovenu fra de indenlandske varer opgjort i penge i en bestemt referenceperiode skal svare nøjagtigt til de fordele, der alene kommer disse varer til gode.

38. Det fremgår af oplysningerne fra den forelæggende ret, at de af Fondens aktiviteter, som finansieres ved afgiften, delvis kommer primærproduktionen, og således svin, som udføres i levende live, til gode. Der er således intet til hinder for endeligt at se bort fra at kvalificere afgiften som en afgift med tilsvarende virkning.

39. Kvalifikationen af afgiften som en intern afgift, som er resultatet for den afgift, der her er tale om, fører imidlertid ikke til, at dens opkrævning ikke kan anfægtes på grundlag af fællesskabsretten. Når traktatens artikel 95 beskæftiger sig med interne afgifter, er det for at forhindre forskelsbehandling til skade for indførte varer eller — i henhold til ovennævnte fortolkning fra Domstolen — til skade for udførte varer.

40. Imidlertid kan forskelsbehandlingen opstå på flere niveauer. Den kan være åbenbar, såfremt afgiftssatsen er højere for indførte eller udførte varer end for indenlandske varer eller varer bestemt til hjemmemarkedet, eller den kan være mere diskret, hvis den indtræffer i forbindelse med den udligning, der ydes de afgiftspligtige. Den er forbudt, uanset i hvilken form den optræder.

41. For så vidt angår den danske afgift, som er omhandlet i spørgsmålet fra den nationale ret, er det udligningen, som kunne indeholde et element af forskelsbehandling.

42. Ifølge oplysningerne i forelæggelseskendelsen anvendes 40% af Fondens budget til foranstaltninger til fordel for primærproduktionen, dvs. til samtlige svin, som fremstilles i Danmark, og 60% af budgettet anvendes til aktiviteter, som vedrører slagt-

12 — Sag C-266/91, CELBI, Sml. I, s. 4337, præmis 19.

ningen, forarbejdningen af slagtekroppene fra de danske slagterier, samt afsætningsfremme — både med henblik på hjemmemarkedet og med henblik på udførsel — af svinekød og forarbejdede varer, som stammer fra svin slagtet i Danmark.

43. Såfremt denne fordeling — på trods af Fondens og den danske regerings udtalelser — er korrekt, kan det ikke bestrides, at de afgiftspligtige, som udfører svin i levende live, udsættes for forskelsbehandling.

44. Selv om udførte svin og svin, som slagtes i Danmark, således pålægges samme afgiftsbeløb, anvendes nemlig mere end halvdelen af dette beløb til aktiviteter, som pr. definition ikke på nogen måde kan være til gavn for svin, som udføres i levende live.

45. Eftersom traktatens artikel 95 har direkte virkning, tilkommer det den nationale ret at anvende denne, ikke således, at den forbyder opkrævningen af afgiften på svin, som udføres i levende live, men således, at den fjerner forskelsbehandlingen af disse svin, idet det — i modsætning til, hvad der gælder for afgifter med tilsvarende virkning — følger af fast praksis, at den diskriminerende karakter af en intern afgift ikke medfører, at den overhovedet ikke må opkræves.

Det andet spørgsmål

46. På grundlag af Fondens, den danske regerings og Kommissionens indlæg opstår der ingen egentlige vanskeligheder med henblik på besvarelsen af det andet spørgsmål. Således må jeg konstatere, at der er den smukkeste enighed om, at den omstændighed, at en national afgift som den i hovedsagen omhandlede udgør en del af en støtteordning, som udtrykkeligt er godkendt af Kommissionen i henhold til traktatens artikel 93, ikke er til hinder for, at den nationale ret kan fastslå, at afgiften er opkrævet i strid med fællesskabsretten, og at retten helt eller delvis kan forbyde dens opkrævning.

47. Kommissionen har med henvisning til dommen af 21. maj 1980 [13] bemærket, at det heri fastslås, at »det følger af traktatens almindelige opbygning, at denne procedure [dvs. den i artikel 92 og 93 fastsatte procedure] aldrig må føre til resultater, der er i strid med traktatens særlige

13 — Sag 73/79, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1533, præmis 11.

bestemmelser vedrørende f.eks. de interne afgifter« og Kommissionen udleder heraf, at »Kommissionens eventuelle godkendelse af en gennem afgifter finansieret støtteordning ikke kan 'beskytte' sådanne afgifters overtrædelse af artikel 95«.

48. Denne konklusion kan jeg kun tiltræde. Når den erhvervsdrivende direkte af traktaten kan udlede en ret til ikke at blive pålagt en afgift med tilsvarende virkning eller en diskriminerende intern afgift kan man vanskeligt se, hvorledes Kommissionen med henvisning til, at en af disse afgifter er en del af en støtteordning, som Kommissionen har forholdt sig positiv til som helhed, kan nægte ham denne ret. Kommissionen kan på ingen måde efter traktatens artikel 93 begrænse virkningerne af traktatens artikel 9 ff. eller af traktatens artikel 95.

49. Den nationale rets spørgsmål skal derfor besvares med, at det faktisk ikke gør »nogen forskel«, for så vidt angår lovligheden i relation til fællesskabsretten af en afgift med tilsvarende virkning eller en diskriminerende intern afgift, om afgiften er en del af en støtteordning, som er blevet anmeldt til og godkendt af Kommissionen i henhold til traktatens artikel 93.

50. Jeg er imidlertid ikke overbevist om, at dette er et udtømmende svar på den nationale rets spørgsmål.

51. Selv om Kommissionens godkendelse således ikke gør »nogen forskel« for så vidt angår lovligheden af afgiften, er den så også uden betydning for den nationale rets kompetence?

52. Er den nationale ret, som står over for en national afgift eller skat, med andre ord berettiget til at forbyde opkrævningen af afgiften, selv om den dermed også ophæver virkningerne i national ret af en kommissionsafgørelse, hvorved støtteordningen godkendes, herunder ordningens finansiering ved opkrævningen af denne afgift? Træffer den nationale ret ikke dermed nødvendigvis den samme afgørelse, som hvis den havde fastslået, at Kommissionens afgørelse var ugyldig? Og har den kompetence hertil i lyset af Foto-Frost-dommen [14]?

53. Spørgsmålet fortjener en grundig overvejelse. Før at det også reelt kan siges at være aktuelt, må det dog kræves, at Kommissionens afgørelse om godkendelse af den nationale støtteordning omfatter dens finansiering. I den foreliggende sag er dette tilfældet, hvis man lægger den danske regerings oplysninger til grund, idet denne hvad dette spørgsmål angår henviser til Kommissionens skrivelse af 28. oktober 1991 [SG(91) D/20129] til regeringen, og den nationale ret har også lagt denne forudsætning til grund.

54. Spørgsmålet er således nyt, for selv om der findes en omfattende retspraksis ved-

14 — Dom af 22.10.1987, sag 314/85, Sml. s. 4199.

rørende forholdet mellem traktatens artikel 9 ff. og artikel 95 på den ene side, og EF-traktatens artikel 92 (efter ændring nu artikel 87 EF) og følgende på den anden side, omhandler denne retspraksis ikke den situation, hvor opkrævningen af afgiften eller den interne afgift udtrykkeligt er blevet tilladt som en del af en støtteordning ved en afgørelse truffet af Kommissionen i henhold til traktatens artikel 93.

55. I denne retspraksis bekræftes det alene, at en afgift kan være omfattet af traktatens artikel 9 ff. eller artikel 95, og på samme tid kan indgå i en støtteordning omfattet af traktatens artikel 92, og at den derfor kan behandles under disse to aspekter.

56. Ganske vist vil den nationale ret ikke direkte fastslå, at Kommissionens afgørelse er ugyldig, idet den vil ophæve den nationale retsakt, eller i hvert fald helt ophæve dens virkninger, såfremt der er tale om en afgift med tilsvarende virkning, og delvist, hvis der er tale om en intern afgift, der omfattes af traktatens artikel 95. Men for at kunne gøre dette må den nationale ret finde en løsning på det problem, der udgøres af godkendelsen i henhold til traktatens artikel 93, som i sig selv er baseret på, at ordningen efter Kommissionens opfattelse ikke er i strid med fællesmarkedet. Retten vil ophæve virkningen af den godkendelse, som Kommissionen har tildelt en medlemsstat til at opkræve en afgift til finansiering af en given foranstaltning. Hypotetisk set kan den nationale ret ikke gøre det som følge af fællesskabsrettens forrang, som utvivlsomt omfatter Kommissionens afgørelser, medmindre den finder, at Kommissionen overskred sin beføjelser, da den udstedte den pågældende tilladelse.

57. Således henvises der blandt andet i Foto-Frost-dommen til formodningen for, at fællesskabsretsakter er gyldige, som begrundelse for, at disse retsakters ugyldighed forbeholdes Domstolen.

58. Er der forskel på den situation, hvor en national ret er i tvivl om, hvorvidt en afgørelse truffet af Kommissionen ikke alene giver tilladelse til udbetaling af støtte, men også godkender dens finansiering, og den situation, hvor den nationale ret stiller spørgsmål om gyldigheden af en afgørelse truffet af Kommissionen, i hvilken der stilles krav om en efteropkrævning? Skal retspraksis ifølge Foto-Frost-dommen, som vedrører den sidstnævnte situation, ikke finde anvendelse i den førstnævnte? Efter min opfattelse er det ingen løsning at gøre gældende, at den nationale ret bør kunne sætte sig ud over Kommissionens godkendelse i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede, hvor den erhvervsdrivende påberåber sig en artikel i traktaten, som har direkte virkning, fordi man i så fald også skulle anerkende, at når en borger anfægter en national foranstaltning, som er truffet i henhold til en forordning, som borgeren hævder er i strid med fællesskabsrettens almindelige principper, bør retten selv kunne fastslå, at forordningen er ugyldig — medmindre det antages, hvilket jeg dog ikke kan forestille mig, at trakta-

tens artikel 95 sikrer rettigheder, som har krav på bedre beskyttelse end fællesskabsrettens almindelige principper.

59. Efter min opfattelse er der to mulige løsninger.

60. Det kan dels antages, at den retspraksis, som følger af Foto-Frost-dommen, har sit præcist afgrænsede anvendelsesområde, således at den nationale ret i et tilfælde som det foreliggende, hvor den ikke er forpligtet til direkte at tage stilling til gyldigheden af en afledet retsakt, ikke har pligt til at forelægge sagen for Domstolen, med henblik på de facto at ophæve virkningerne af denne retsakt.

61. Det kan også antages, at de grunde, der blev angivet i Foto-Frost-dommen til støtte for at nægte den nationale ret enhver kompetence til at træffe afgørelse om, at en afledet retsakt er ugyldig, også bør finde anvendelse i den foreliggende sag, idet konstateringen af, at den nationale afgift er i strid med fællesskabsretten, nødvendigvis — om end kun stiltiende — indebærer en konstatering af, at Kommissionens godkendelse af opkrævningen af afgiften i henhold til traktatens artikel 93 er ugyldig.

62. Fordelen ved den første løsning er, at den nationale ret ikke er forpligtet til at forelægge Domstolen spørgsmål, hvis løsning forekommer den — og i den foreliggende sag reelt er — så godt som åbenbar.

63. Den har imidlertid den betydelige ulempe, at den skaber en fiktion, idet man lader som om, det spørgsmål, som den nationale ret har fået forelagt, er fuldstændigt adskilt fra ethvert spørgsmål om gyldigheden af fællesskabsretsakten.

64. På denne baggrund foretrækker jeg personligt den anden løsning — som ganske vist stiller strenge krav, men til gengæld er i overensstemmelse med Foto-Frost-dommen, og de heri indeholdte krav — og som efter min opfattelse fuldt ud kan forstås af de nationale domstole, hvilket understøttes af, at den danske domstol, som allerede havde et svar parat på det første af sine spørgsmål, alligevel valgte at spørge Domstolen, idet den var fuldstændig på det rene med betydningen af sit andet spørgsmål.

65. Under alle omstændigheder er den — i mine øje grundlæggende — fordel ved denne løsning, at man undgår de problemer, som før eller siden vil opstå, såfremt beføjelsen til at tage stilling til gyldigheden af et isoleret element i en godkendt statslig støtteordning i lyset af reglerne i traktaten udøves af en anden retsinstans end den, der er beføjet til at tage stilling til gyldigheden af den tilladelse til at anvende denne ordning, som Kommissionen har givet medlemsstaten.

Forslag til afgørelse

66. Efter gennemgangen af de af Vestre Landsret forelagte spørgsmål, skal jeg foreslå, at de besvares som følger:

»1) EF-traktatens artikel 9 og 12 (efter ændring nu artikel 23 EF og 25 EF) samt 16 (ophævet ved Amsterdam-traktaten) skal fortolkes således, at forbuddet mod afgifter med tilsvarende virkning som told ikke omfatter en afgift, der opkræves af et offentligretligt organ for svin, som er produceret i den pågældende medlemsstat, og som sælges til slagtning på hjemmemarkedet eller til eksport i levende live til andre medlemsstater, forudsat at afgiften er den samme, og at afgiftsprovenuet fordeles på aktiviteter, der ikke udelukkende kommer afsætningen af de til hjemmemarkedet bestemte svin til gode, men ligeledes tilgodeser afsætningen af svin, der eksporteres i levende live til andre medlemsstater.

En afgift, der opkræves for svin, som er produceret i en medlemsstat, og som sælges til slagtning på hjemmemarkedet eller til eksport i levende live til andre medlemsstater, er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i EF-traktatens artikel 95 (efter ændring nu artikel 90 EF), i det omfang afgiftsprovenuets anvendelse indebærer, at afgiftsbyrden hviler tungere på afsætningen af svin, der eksporteres i levende live til andre medlemsstater, end på svin, der sælges til slagtning i den pågældende medlemsstat.

2) Det forhold, at en national afgift er et led i en støtteordning, der er godkendt af Kommissionen i medfør af statsstøttereglerne, er uden betydning for spørgsmålet, om forbuddene i EF-traktatens artikel 9 ff. og artikel 95 kan finde anvendelse på afgiften. Såfremt en national ret imidlertid finder, at et af disse forbud finder anvendelse på en afgift, som er blevet godkendt, skal den i overensstemmelse med proceduren i EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) indbringe sagen for Domstolen, således at denne kan tage stilling til rigtigheden af en sådan anvendelse.«