

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 28. juni 2001 ¹

Indhold

I — De nationale retsregler og de faktiske omstændigheder i hovedsagen	I-9448
II — De fællesskabsretlige bestemmelser	I-9449
III — Det præjudicielle spørgsmål	I-9450
IV — Antagelse af det præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling. Begrebet »en ret i en af medlemsstaterne«	I-9450
1. Domstolens praksis vedrørende begrebet »ret«	I-9451
A — Den progressive udvanding af betingelsen om, at organet skal være uafhængigt	I-9452
B — Det forhold, at kravet om en kontradiktorisk rettergangsmåde er blevet et relativt begreb	I-9455
C — Den uklarhed, der er forbundet med kravet om, at afgørelsen skal have retslig karakter	I-9458
D — De problemer, der opstår ved at betragte en voldgiftsret som »en ret« ...	I-9461
E — Udstrækningen af begrebet »ret« til også at omfatte oversøiske retter, organer, som ikke er en del af en medlemsstats domstolssystem, samt internationale retter	I-9462
2. Nødvendigheden af, at retspraksis må ændres	I-9463
A — Den manglende retssikkerhed, der følger af, at der ikke findes en definition af begrebet »ret«, og af, at retspraksis er svingende	I-9463
B — Den retslige karakter af det nationale organ som et grundlæggende retsprincip, der er afgørende for Domstolens kompetence	I-9464
C — De ændringer, der er indført i forbindelse med vedtagelsen af Amsterdam-traktaten vedrørende den generelle behandling af præjudicielle spørgsmål, navnlig for så vidt angår de nationale organer, der er kompetente til at forelægge præjudicielle spørgsmål	I-9465
D — Den reform, som ratifikationen af Nice-traktaten kan medføre, og tildelingen af kompetence til Retten i Første Instans til at afgøre præjudicielle spørgsmål	I-9466
E — Fordelene ved, at hele anvendelsen af fællesskabsretten forbliver omfattet af Domstolens kompetence	I-9467
F — Den forstyrrende virkning af et administrativt organs indblanding i en dialog mellem retsinstanser	I-9468

1 — Originalsprog: spansk.

3. Forslag til en ny definition af begrebet »ret i en af medlemsstaterne« som omhandlet i artikel 234 EF	I-9470
A — Den fælleskabsretlige karakter af begrebet	I-9470
B — Generel regel: Alle organer, der indgår i det nationale domstolssystem, skal være omfattet af begrebet	I-9471
C — Undtagelse: Begrebet omfatter organer, der — uden at de indgår i det nationale domstolssystem — i henhold til den nationale retsorden har det sidste ord	I-9472
D — De fordele, der er forbundet med dette forslag	I-9476
4. Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale	I-9478
V — Gennemgang af det præjudicielle spørgsmål	I-9483
1. Er afgiftsregulativet udtryk for forskelsbehandling?	I-9484
2. Afgiftsregulativet som hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser	I-9486
A — Påvirkningen af den frie udveksling af tjenesteydelser	I-9486
B — Den manglende berettigelse	I-9486
VI — Forslag til afgørelse	I-9489

1. Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale (Belgien) har anmodet Domstolen om at fortolke artikel 49 EF ff. med henblik på at kunne afgøre, om bestemmelsen er til hinder for en kommunal bestemmelse om indførelse af en årlig afgift på parabolantennet.

I — De nationale retsregler og de faktiske omstændigheder i hovedsagen

2. Watermael-Boitsfort kommune vedtog på et møde den 24. juni 1997 et afgifts-

I - 9448

regulativ (herefter »regulativet«), hvorved der pålagdes ejere af parabolantennet² en årlig afgift³ for regnskabsårene 1997-2001, begge inklusive.

2 — Før dette afgiftsregulativ blev vedtaget, havde kommunen den 27.2.1997 vedtaget en lokalplan, som indeholdt de betingelser, som uændelige modtageantennet skal opfylde. Det fremgik heraf f.eks., at der på en fredet ejendom ikke må opsættes nogen synlige antennet overhovedet, at antennerne skal respektere bygningens arkitektoniske særpræg, at der i intet tilfælde må opsættes antennet på facaden, og at de ikke må være mere end 1,20 m i diameter.

3 — Som konsekvens af den traktatbrudssag (nr. 98/4137), som Kommissionen havde indledt mod Belgien på grund af vedtagelsen af afgiftsregulativer, hvorved der pålægges afgifter på parabolantennet, udstedte hovedstadsregionen Bruxelles et cirkulære, hvori der blev gjort opmærksom på, at afgiften var i strid med EF-traktaten og opfordrede kommunerne til at afskaffe den med virkning fra den 1.1.1999. Watermael-Boitsfort kommune fulgte opfordringen ved beslutning af 21.9.1999. Afskaffelsen af afgiften har imidlertid ingen betydning for det foreliggende spørgsmål, fordi De Coster's klage angår afgiften for afgiftsåret 1998.

3. Det bestemmes i artikel 2 i regulativet, at afgiften var på 5 000 BEF pr. antenne, uanset størrelse. Afgiften skulle betales, så snart antennen var installeret, uanset hvornår antennen blev opsat i løbet af afgiftsåret.

4. I artikel 3 var det præciseret, at afgiften, som ejeren af antennen hæftede for⁴, forfaldt til betaling den 1. januar hvert år for det pågældende afgiftsår.

5. Den 10. december 1998 indgav François De Coster en klage over den afgift, han var blevet pålagt for afgiftsåret 1998. Til støtte for klagen anførte han, at afgiftsregulativet var i strid med retten til fri modtagelse af fjernsynsprogrammer fra andre medlemsstater, jf. EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF), som omhandler den frie udveksling af tjenesteydelser, og Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 (herefter »direktivet«)⁵.

udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse«.

7. Ifølge artikel 50, stk. 1, EF betragtes som tjenesteydelser i traktatens forstand de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer.

8. I betragtningerne til direktivet anføres det, at tv-radiospredning under normale omstændigheder udgør en tjenesteydelse i traktatens betydning. Det er også anført, at den frie udveksling af tjenesteydelser, der normalt udføres mod betaling, er omfattet af fællesskabsretten, uanset om disse tjenesteydelser har et kulturelt indhold, og uden nogen begrænsninger med hensyn til EF-statsborgere, der er etableret i en anden medlemsstat end den, hvori modtageren af tjenesteydelsen er hjemmehørende.

II — De fællesskabsretlige bestemmelser

6. Artikel 49 EF bestemmer, at der er »forbud mod restriktioner, der hindrer fri

I betragtningerne tilføjes det, at denne ret til fri udveksling (af tjenesteydelser) anvendt på fjernsynsspredning og -distribution er et specielt fællesskabsretligt udtryk for ytringsfriheden, som er nedfældet i artikel 10, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder,

4 — I givet fald samejere.

5 — Direktiv om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30.6.1997 (EFT L 202, s. 60).

der er ratificeret af alle medlemsstaterne. I overensstemmelse hermed anføres det, at formålet med direktivet er at fjerne hindringer for den frie fjernsynsspredning indenfor Fællesskabet, således som det er pålagt i traktaten.

9. Medlemsstaterne skal i henhold til direktivets artikel 2 sikre modtagefrihed og må ikke hindre retransmission på deres område af fjernsynsudsendelser fra andre medlemsstater af grunde, der falder inden for de områder, der samordnes ved direktivet.

III — Det præjudicielle spørgsmål

10. Den 9. december 1999 forelagde Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 1, 2 og 3 i afgiftsregulativet om parabolantenner, som blev vedtaget af kommunalbestyrelsen i Watermael-Boitsfort i offentligt møde den 24. juni 1997, og hvorved der pålægges en afgift på parabolantenner, forenelige med bestemmelserne i artikel 59-66 i traktaten af 25. marts 1957 om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab?«

IV — Antagelse af det præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling. Begrebet »en ret i en af medlemsstaterne«

11. Kommissionen har rejst tvivl om, hvorvidt Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale er omfattet af begrebet »ret i en af medlemsstaterne« i artikel 234 EF, hvorfor jeg er nødsaget til at foretage en tilbundsående undersøgelse af den nærmere karakter af den forelæggende ret. Det drejer sig om et organ, som både for så vidt angår sin oprettelse og sammensætning har meget særegne kendetegn, som gør det vanskeligt at klassificere det efter de kriterier, der indtil nu er fastlagt i Domstolens praksis.

12. Det fremgår af den nævnte bestemmelse, at Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af traktaten og de retsakter, der er udstedt af Fællesskabets institutioner. I stk. 2 tilføjes det, at såfremt et sådant spørgsmål rejses »ved en ret i en af medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.«

13. Traktaten definerer imidlertid ikke begrebet »ret i en af medlemsstaterne«. Domstolen har heller ikke defineret det, men har i stedet fastlagt nogle vejledende kriterier som for eksempel, om organet er oprettet ved lov, om det har permanent karakter, er uafhængigt, virker som obliga-

torisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, om dets afgørelser har retslig karakter, og om det træffer afgørelse på grundlag af retsregler⁶.

14. Resultatet heraf er en unødigt fleksibel retspraksis, der mangler den nødvendige sammenhæng og som indebærer en manglende retssikkerhed. De dybe modsætninger, der er mellem generaladvokaternes forslag til afgørelse og Domstolens efterfølgende domme, illustrerer billedligt talt den manglende skiltning på vejen med den deraf følgende risiko for vildfarelser. Der er tale om en kasuistisk retspraksis, som er meget elastisk, lidet videnskabelig og med nogle konturer, der er så diffuse, at et præjudicielt spørgsmål fra Sancho Panza som guvernør på øen Barataria⁷ ville være blevet antaget til realitetsbehandling.

6 — Jf. i det hele dom af 30.11.2000, sag C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497.

7 — I M. de Cervantes bog: *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha*, fortælles i kapitel XLV, XLVII, XLIX og LI, i anden del, om Sancho Panzas oplevelser som guvernør på øen Barataria. Det er pudsigt at kunne konstatere, at Sancho Panza i sidstnævnte kapitel udøver en præjudiciel kompetence, som er den litterære forgænger for den, som Domstolen udøver i dag. En dag satte han sig til at domme, og man forelagde ham et spørgsmål, som var stillet af fire dommere, der havde til opgave at anvende en retsregel, hvorefter de, der ville gå over en bro over en vandrig flod, skulle aflægge ed på, hvor de skulle hen, og hvad de skulle der. Hvis de blot sagde sandheden, skulle de have lov til frit at gå over broen, men hvis de løj, kunne de se frem til døden i den galge, der var opstillet på stedet. Da der var en mand, der havde aflagt ed på, at han skulle dø i galgen, opstod det dilemma, at han, hvis han rent faktisk blev hængt, havde sagt sandheden og derfor havde ret til frit at krydse floden, hvorimod han, hvis han ikke blev henrettet, havde løjet og derfor ifølge reglen skulle dø. Sancho Panzas fulgte i sin præjudicielle afgørelse det råd, som Don Quijote i forudoms tid havde givet ham, og bestemte sig for at anvende reglen om, at hvis retten er i tvivl, skal der udvises barmhjertighed.

15. I det følgende vil jeg redegøre for, hvordan retspraksis har været fra Vaasen-Göbbels-dommen⁸ til Österreichischer Gewerkschaftsbund-dommen⁹ og derefter foreslå, at Domstolen foretager et efter min opfattelse nødvendigt kursskifte. Jeg foreslår derfor, at afgørelsen i denne sag træffes af Domstolens plenum.

1. Domstolens praksis vedrørende begrebet »ret«

16. Det hele startede med den nævnte Vaasen-Göbbels-dom. Det præjudicielle spørgsmål var blevet forelagt af en voldgiftsret, som ikke var omfattet af domstolsystemet i Nederlandene, men som havde kompetence til at afgøre sager vedrørende en socialsikringsinstitutions afgørelser. Domstolen fastlagde for første gang fem af de kriterier, som et organ skulle opfylde for, at det kunne karakteriseres som en retsinstans: organet skal være oprettet ved lov, have permanent karakter, anvende en kontradiktorisk sagsbehandling, virke som obligatorisk retsinstans og træffe afgørelse på grundlag af retsregler¹⁰.

8 — Dom af 30.6.1966, sag 61/65, Sml. 1965-1968, s. 227, org.ref.: Rec. s. 377.

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

10 — I dommen bemærkede Domstolen, at voldgiftsretten var et permanent organ, der var oprettet i henhold til den nederlandske lovgivning og som havde til opgave at træffe afgørelse i visse sager, der var defineret i lovgivningen, under kontradiktoriske former, som kunne sidestilles med dem, der blev anvendt af de ordinære domstole. Dets medlemmer blev udpeget af ministeren, det skulle anvende retsregler ved afgørelsen af sagerne, og de berørte personer var forpligtet til at indbringe deres klage over sikringsinstitutionens afgørelser for dette organ som retsinstans.

17. Siden har Domstolen i hver enkelt sag efterprøvet, om de nævnte betingelser var opfyldt. Den har tydeliggjort og suppleret dem og har tilføjet andre betingelser, så som betingelsen om, at organet skal være uafhængigt, hvilket blev nævnt første gang i Pretore di Salò-dommen¹¹, og som uden videre blev lagt til grund i Corbiau-sagen¹². Det er betegnende, at det skulle være indtil 1987, før kriteriet om uafhængighed, der er det vigtigste for et retsligt organ, blev opstillet i en af Domstolens afgørelser.

18. Retspraksis består uændret for så vidt angår nogle af betingelserne, nemlig betingelsen om, at organet skal være oprettet ved lov, at det skal have permanent karakter, og at det skal træffe afgørelse på grundlag af retsregler. Andre betingelser — og det er netop dem, der er mest afgørende for definitionen af et retsligt organ — nemlig den ufravigelige betingelse om organets uafhængighed, betingelsen om anvendelse af en kontradiktorisk sagsbehandling og betingelsen om, at afgørelsen skal have en retslig karakter, har imidlertid været genstand for skiftende og undertiden også uklare fortolkninger.

A — Den progressive udvanding af betingelsen om, at organet skal være uafhængigt

19. Selv om det allerede i Pretore di Salò-dommen blev fastslået, at kriteriet om uafhængighed er en af de betingelser, der skal være opfyldt for, at et organ kan betegnes som en ret i den betydning, det er

anvendt i artikel 234 EF, var det først i Corbiau-dommen, at begrebet blev tillagt et egentligt indhold, idet Domstolen udtalte, at et organ, der forelægger et præjudicielt spørgsmål, skal være en udenforstående myndighed¹³ i forhold til den myndighed, der har truffet den afgørelse, der er genstand for sagsanlægget¹⁴.

20. Domstolen udtrykte sig lige så kategorisk i straffesager mod X-dommen¹⁵, hvor spørgsmålet var blevet forelagt af Procura della Repubblica (anklagemyndigheden i Italien). Domstolen erklærede sig inkompetent, da anklagemyndigheden ikke opfyldte uafhængighedsbetingelsen.

21. I Dorsch Consult-dommen¹⁶ så Domstolen bort fra betingelsen om, at det forelæggende organ skal være udenforstående i forhold til det organ, der har truffet den anfægtede afgørelse, idet den i

13 — Det forhold, at organet skal være udenforstående i forhold til den myndighed, der træffer den beslutning, der påklages, er en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse for at anse organet for at være uafhængigt (jf. mine bemærkninger i punkt 92 og 93).

14 — I dommen afviste Domstolen, at direktøren for skattevæsenet i Luxembourg, som Luxembourgs Conseil d'État havde tillagt retlig kompetence, kunne betegnes som udenforstående (jf. punkt 4 i generaladvokat Darmons forslag til afgørelse). Da direktøren er chef for den pågældende myndighed, var der en åbenbar organisatorisk forbindelse mellem ham og de myndigheder, som havde foretaget den anfægtede skatteansættelse, som den klage, der gav anledning til det præjudicielle spørgsmål, var rettet mod. Derudover er direktøren part i sagen, hvis skatteyderen indbringer dennes afgørelse for Conseil d'État.

15 — Dom af 12.12.1996, forenede sager C-74/95 og C-129/95, Sml. I, s. 6609.

16 — Dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Sml. I, s. 4961.

11 — Dom af 11.6.1987, sag 14/86, Sml. s. 2545.

12 — Dom af 30.3.1993, sag C-24/92, Sml. I, s. 1277.

stedet lagde vægt på, om organet udfører sit hverv »uafhængigt«¹⁷ og »på eget ansvar«¹⁸. Herefter kunne Domstolen betragte den tyske forbundstilsynsmyndighed, som kontrollerer indgåelsen af offentlige kontrakter, som en ret, uanset at myndigheden var knyttet til den organisatoriske opbygning af forbundsmonopolmyndigheden (Bundeskartellamt) og det tyske økonomiministerium¹⁹.

22. Det var afgørende for Domstolen, at de væsentligste bestemmelser i den tyske lov om dommeres forhold vedrørende ophævelse eller tilbagekaldelse af deres udnævnelse samt reglerne om deres uafhængighed og afsættelighed fandt analog anvendelse på medlemmerne af tilsynsmyndigheden²⁰.

23. I Köllensberger og Atzwanger-dommen²¹ nåede man til samme konklusion. Domstolen undersøgte, om Tiroler Landesvergabeamt, Østrig, (udbudsorganet for delstaten Tirol) kunne antages at have retslig karakter, og fastslog — på trods

af, at den erkendte, at den lov, som organet var oprettet i henhold til, indeholdt alt for vage bestemmelser om afsættelse af dets medlemmer, og mangledede udtrykkelige bestemmelser om, hvornår medlemmerne skal vige deres sæde eller ikke må deltage i behandlingen af en sag —²², at organets uafhængighed var garanteret, idet den almindelige lov om forvaltningsvirksomhed indeholdt meget præcise bestemmelser for, under hvilke omstændigheder medlemmerne var forpligtet til ikke at deltage i behandlingen af en sag, og idet denne lov udtrykkeligt forbød, at der blev givet instrukser til medlemmerne af Tiroler Landesvergabeamt i forbindelse med udøvelsen af deres hverv²³.

24. I dommen opgav Domstolen ikke blot betingelsen om, at organet skal være udenforstående i forhold til den myndighed, der har truffet den afgørelse, der er genstand for sagsanlægget, men så tilmed bort fra, om der findes specifikke regler, der har til formål at sikre medlemmernes uafhængighed²⁴, og anså de generelle bestemmelser, der har til formål at sikre, at de, der beklæder retsorganerne, er upartiske eller i givet fald uafhængige, for at være tilstrækkelige.

25. Denne argumentation er efter min opfattelse svag. Et generelt princip om ikke at gribe ind i de statslige administrative organers virke i forbindelse med en forpligtelse til ikke at deltage i behandlingen af en sag er efter min opfattelse ikke tilstrække-

17 — Domstolen gjorde sig herved skyldig i en tautologi: Uafhængig, er den, der handler uafhængigt.

18 — Præmis 35 i dommen.

19 — I dom af 4.3.1999, sag C-258/97, Hospital Ingenieure, Sml. I, s. 1405, og af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia, Sml. I, s. 8291, antog Domstolen de præjudicielle spørgsmål, der var forelagt af organer, der havde til opgave at kontrollere indgåelsen af offentlige kontrakter, til realitetsbehandling.

20 — Som generaladvokat Tesaro anførte i sit forslag til afgørelse, stemte de garantiforskrifter, der gjaldt for medlemmerne af tilsynsmyndigheden, imidlertid ikke helt overens med dem, der gjaldt for de tyske dommere, da varigheden af medlemmernes embedsperiode ikke var fastsat. Der bestod hverken nogen form for garanti med hensyn til spørgsmålet om uafsættelighed, eller for en forudbestemt varighed af deres embedsperiode, idet de kunne fratages deres kompetence på et hvilket som helst tidspunkt ved hjælp af enkle interne administrative midler.

21 — Dom af 4.2.1999, sag C-103/97, Sml. I, s. 551.

22 — Dette fik generaladvokat Saggio til at foreslå, at det præjudicielle spørgsmål ikke blev antaget til realitetsbehandling.

23 — Dette er en gentagelse af indholdet af artikel 20 i den østrigske forbundsforfatning vedrørende uafhængigheden af kollegiale organer med domstolslignende karakter.

24 — Sådanne regler fandtes under henvisning til statuten for Domstolen i Dorsch Consult-sagen.

ligt til at garantere, at de, der skal afgøre sagen, er uafhængige²⁵. Denne afgørende betingelse for, at et organ kan antages at have en domstolslignende karakter, må tværtimod være sikret ved bestemmelser, der klart og præcist angiver de tilfælde, hvor organets medlemmer ikke må deltage i behandlingen af en sag, hvor de har pligt til at vige deres sæde, samt de tilfælde, hvor de kan afsættes²⁶.

26. Den progressive udvanding af betingelsen om, at organet skal være uafhængigt, der kan udledes af Domstolens praksis, kulminerer i Gabalfria m.fl.-dommen²⁷, hvor Domstolen skulle bedømme den retslige karakter af »tribunales económico-administrativos« (de spanske forvaltningsdomstole), der ikke er en del af domstolsystemet, men organisatorisk hører under det spanske skatteministerium, dvs. den samme myndighed, der udsteder de retsakter, som retterne skal efterprøve.

25 — Jf. generaladvokat Saggio's forslag til afgørelse i den sag, der var genstand for dom af 6.7.2000, sag C-407/98, Abrahamsson og Anderson, Sml. I, s. 5539. I dommen blev et administrativt organ (Överklagandenämnden för Högskolan) anset for at have domstolslignende karakter, da medlemmerne i forbindelse med afgørelsen af klagesagerne ikke kunne modtage nogen form for instrukser og var helt upartiske. Domstolen var af den opfattelse, at disse garantier indebar, at organet var udenforstående og havde den nødvendige uafhængighed i forhold til de instanser, der traf de påklagede afgørelser. Generaladvokaten havde derimod foreslået, at det præjudicielle spørgsmål ikke skulle antages til realitetsbehandling på grund af det forelæggende organs manglende uafhængighed, da der ikke fandtes specifikke bestemmelser, der definerede betingelserne og fremgangsmåden i forbindelse med afsættelsen af medlemmerne.

26 — Det må ikke glemmes, at Domstolen i præmis 7 i den i fodnote 11 nævnte Pretore di Salò-dom, i præmis 15 i den i fodnote 12 nævnte Corbiau-dom samt i dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo, Sml. I, s. 1477, præmis 21, anførte, at det fællesskabsretlige begreb »ret« i overensstemmelse med medlemsstaternes fælles juridiske tradition indebærer, at de bestemmelser, der regulerer organets sammensætning og virksomhed, specifikt skal garantere medlemmernes uafhængighed og fastsætte betingelsen om, at organet er udenforstående i forhold til den myndighed, der har truffet den afgørelse, der er genstand for sagsanlægget. Denne betingelse bør være strengere for så vidt angår de regler, der tillægger administrationen kompetence til at afsætte organets medlemmer.

27 — Dom af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 — C-147/98, Sml. I, s. 1577.

27. Uanset generaladvokatens og litteraturens opfattelse²⁸ anså Domstolen organerne for at være »retter i en medlemsstat«, idet den lagde afgørende vægt på den funktionelle adskillelse mellem de tjenestegrene, der varetager forvaltningen, ansættelsen og opkrævningen af skatterne, og disse »tribunales económicos-administrativos«, som træffer afgørelse i klagesagerne uden nogen form for instruks fra skatte- og afgiftsmyndighederne.

28. Som generaladvokat Saggio endnu en gang fremhævede, er det imidlertid ikke muligt af disse omstændigheder at udlede en tilstrækkelig garanti for, at medlemmerne af det pågældende organ er uparti-

28 — R. Alonso García: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, udgivet af Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1994, s. 330 og 331. D. Ruiz-Jarabo: *El juez nacional como juez comunitario*, udgivet af Civitas, Madrid 1993, s. 81 og 82. M. Le Barbier-Le Bris, *Le juge espagnol face au droit communautaire*, udgivet af Apogée (Publications du Centre de Recherche Européennes Université Rennes I), Rennes 1998, s. 347-350. Efterfølgende har J. Boulouis, M. Darmon og J.-G. Huglo i *Contentieux communautaire*, udgivet af Dalloz, 2. udgave, Paris, 2001, s. 16, fastholdt dette synspunkt.

J. Banaloché hævder i sin artikel *Los Tribunales Económico-Administrativos*, som er optrykt i »Impuestos, revista de doctrina, legislación y jurisprudencia« år XVII, nr. 2, januar 2001, s. 1-8, at »til at begynde med ville det være hensigtsmæssigt, at De Europæiske Fællesskabers Domstol fik at vide«, at der består en hierarkisk binding mellem tribunales económico-administrativos og forvaltningen. Han kommer med denne udtalelse efter at have givet udtryk for, at det at betragte disse organer som retter, uanset at det tidligere kunne have en vis relevans, i dag er helt forkasteligt set ud fra en forfatningsmæssig synsvinkel. »Den traditionelle opsplitning i forvaltningsorganer og rekursorganer på det økonomisk-administrative område har ofte medført en illusion om, at rekursorganerne har en næsten [...] retlig form, selv om det er et faktum, at denne adskillelse [...] kun er resultatet af en arbejdsdeling/specialisering, som ikke indebærer, at organet nyder større uafhængighed, end hvad der gælder på et hvilket som helst andet administrativt område«. Han tilføjer, at tribunales económico-administrativos er en del af den udøvende magt, at de fungerer som retsinstans og part i de klagesager, der rejses til prøvelse af forvaltningsakter, som de selv har udstedt, og hvis fortolkningsprincipper de ved ikke så få lejligheder har underkastet sig.

ske. Medlemmerne af en »tribunal económico-administrativo« er embedsmænd fra forvaltningen, der udnævnes af ministeren, som selv har kompetence til at afsætte dem i andre tilfælde end dem, der klart og udtømmende findes i lovgivningen. Det kan derfor ikke hævdes, at bestemmelserne vedrørende de nævnte organer garanterer medlemmernes upartiskhed, og det er følgelig tvivlsomt, om de er tilstrækkeligt uafhængige til, at de kan modstå eventuelle forsøg på indgreb og utilbørligt pres fra den udøvende magt.

Disse organers virksomhed kan ikke betegnes som »domstolslignende«. De sager, der forelægges for dem, udviser tværtimod de typiske kendetegn for klagesager, der er undergivet administrativ rekurs, dvs. en efterprøvelse, der foretages af forvaltningen selv på initiativ af en part. Dertil kommer, at deres afgørelser uden undtagelse kan påklages til »los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa« (hvilket modvirker en uensartet anvendelse af fællesskabsretten, idet disse retsinstanser har mulighed for at tage stilling til, om der eventuelt skal forelægges præjudicielle spørgsmål for Domstolen).

Den nævnte klageadgang udviser således de typiske træk, der kendetegner administrativ rekurs, idet den giver forvaltningen mulighed for — i forbindelse med en kontradiktorisk sagsbehandling — at fastlægge sin definitive retsopfattelse, før sagen kan overgå til behandling ved domstolene.

En anden omstændighed, der bekræfter, at organet er et administrativt organ, er, at dets passivitet sidestilles med forvaltningsretlig passivitet, et begreb, der netop er skabt af lovgiver for at undgå, at en administrativ lammelse forhindrer den berørte borger i at gå domstolsvejen. Hvis en tribunal económico-administrativo ikke afgør sagen inden et år efter, at klagen er indgivet, skal klageren betragte det som om, at han ikke har fået medhold i klagen, og han kan følgelig fra dette tidspunkt indbringe sagen for en jurisdicción contencioso-administrativa.

Hertil kan yderligere føjes, at »el Tribunal Económico-Administrativo Central« kan erklære sig inkompetent i sager, som den anser for at være vigtige, eller hvor det omtvistede beløb er specielt højt og overlade afgørelsen til skatteministeren. Man kan rejse det spørgsmål, om kompetencen til at forelægge præjudicielle spørgsmål efter Gabalfrisa m.fl.-dommen også ville tilkomme ministeren i tilfælde af, at han havde ret til selv at træffe afgørelse i sagen²⁹.

B — Det forhold, at kravet om en kontradiktorisk rettergangsmåde er blevet et relativt begreb

29. En ret skal ikke blot være uafhængig og virke som sådan. Afgørelsen skal derudover træffes, efter at der for retten har fundet en kontradiktorisk forhandling sted, under

29 — Jeg tør ikke tænke på, hvad C.L. de Montesquieu ville sige, hvis han så denne sammenblanding af udøvende og dømmende magt.

hvilken de berørte parter kan gøre deres krav og retligt beskyttede interesser gældende. Ikke desto mindre har det meget hurtigt vist sig, at rækkevidden af det krav om, at rettergangsmåden skal være kontradiktorisk, som fremgik første gang af Vaasen-Göbbels-dommen³⁰, er blevet et relativt begreb.

30. I Politi-³¹ og Birra Dreher-dommene³² slog Domstolen fast, at det ikke er en betingelse for at forelægge et præjudicielt spørgsmål efter artikel 234 EF, at der har fundet en kontradiktorisk retsforhandling sted, og at et præjudicielt spørgsmål derfor kan forelægges, selv om der ikke har været en retsforhandling. Det afgørende er, at det organ, der anmoder om Domstolens bistand, udøver en retslig funktion og finder, at det er nødvendigt at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, før den træffer afgørelse i sagen, mens det er uden betydning, om den retsforhandling, hvor

spørgsmålet opstod, har været kontradiktorisk³³.

31. Domstolen bemærkede ikke desto mindre i Simmenthal-dommen³⁴ og i Ligur Carni m.fl.-dommen³⁵, at retsplejehensyn kan tilsige, at det præjudicielle spørgsmål først forelægges for Domstolen efter, at der har fundet en kontradiktorisk retsforhandling sted for den forelæggende ret. Denne præcisering gav dog ikke anledning til, at Domstolen tog afstand fra sit tidligere standpunkt, da det efter Domstolens opfattelse alene tilkommer den nationale ret at afgøre, hvad der er mest hensigtsmæssigt³⁶.

33 — Ifølge punkt 6 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af sagen, hvor der blev afsagt dom den 22.9.1988, sag 228/87, Pretura Unificata di Torino, Sml. s. 5099, har Domstolen efter Birra Dreher-dommen opgivet betingelsen om, at rettergangen skal være kontradiktorisk.

34 — Dom af 28.6.1978, sag 70/77, Sml. s. 1453. I denne sag blev anmodningen om den præjudicielle afgørelse fremsat af Pretore di Alessandria i forbindelse med en udlægssag, hvor dommeren igen havde mulighed for at træffe afgørelse i sagen udelukkende på grundlag af sagsøgerens påstand.

35 — Dom af 15.12.1993, forenede sager C-277/91, C-318/91 og C-319/91, Sml. I, s. 6621. Spørgsmålene blev forelagt af præsidenten for Tribunale di Genova i forbindelse med en sag om påbud.

36 — I det forslag til afgørelse, som jeg har forelagt den 5.4.2001 i sag C-55/00, Gottardo, hvor der endnu ikke er faldet dom, har jeg tilladt mig at henlede opmærksomheden på den risiko, der er forbundet med, at Domstolen indtager en passiv holdning med hensyn til ordlyden af de præjudicielle spørgsmål, der forelægges. I mit forslag har jeg hævdet, at »Domstolen som kvalificeret fortolker af fællesskabsretten i større udstrækning og på en mere fleksibel måde burde analysere problemet i sagen med henblik på at kunne give den nationale ret, der har anmodet om det, og de øvrige domstole i Den Europæiske Union et relevant svar i lyset af de gældende fællesskabsretlige bestemmelser. I modsat fald vil den dialog mellem retsinstanser, der er forudsat i artikel 234 EF, i alt for høj grad udspille sig på den nationale rets præmisser, idet den i kraft af formuleringen af sit spørgsmål kan påvirke besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål, således som det er tilfældet i de sager, jeg lige har gennemgået« (punkt 36). Det samme gør sig gældende for så vidt angår spørgsmålet, om hvorvidt det er relevant at forelægge et præjudicielt spørgsmål i forbindelse med en ikke-kontradiktorisk rettergang. Det er klart, at det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den har behov for en fortolkning af fællesskabsretten for at kunne træffe afgørelse i den for den verserende sag, men efterprøvelsen af, om betingelserne for at forelægge et præjudicielt spørgsmål er opfyldt, tilkommer udelukkende Domstolen.

30 — Nævnt i fodnote 8.

31 — Dom af 14.12.1971, sag 43/71, Sml. s. 319, org.ref.: Rec. s. 1039. Spørgsmålet var forelagt af præsidenten for Tribunale di Torino, som skulle pådømme en summarisk sag (»orden conminatoria«), hvor afgørelsen træffes uden sagsørges tilstedeværelse. Det er interessant at bemærke, at der på grund af rettergangens specielle karakter blev stillet spørgsmålstegn ved, om en domstol, der henhører under en medlemsstats ordinære domstolssystem, kan betegnes som en »ret i en af medlemsstaterne«.

32 — Dom af 21.2.1974, sag 162/73, Sml. s. 201. Spørgsmålet opstod under en summarisk rettergang i Italien, hvorunder retten ved udelukkende at tage stilling til de af sagsøgeren nedlagte påstande kunne dømme den anden part uden at give denne lejlighed til at gøre sine synspunkter gældende, selv om han efterfølgende kunne påklage afgørelsen. Domstolen havde allerede antaget adskillige præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling i forbindelse med sager, der blev behandlet summarisk (dom af 12.11.1969, sag 29/69, Stauder, Sml. s. 107, org.ref.: Rec. s. 419, af 17.12.1970, sag 33/70, SACE, Sml. s. 277, org.ref.: Rec. s. 1213, og af 26.10.1971, sag 18/71, Eunomia, Sml. 1971, s. 195, org.ref.: Rec. s. 811).

32. Den kontradiktoriske karakter af rettergangen i hovedsagen er efter Domstolens opfattelse følgelig ikke en forudsætning for en præjudiciel forelæggelse. Et spørgsmål, der rejses under en ikke-kontradiktorisk rettergang eller i den ikke-kontradiktoriske del af en kontradiktorisk rettergang, kan antages til realitetsbehandling. Som Domstolen allerede bemærkede i *Politi-dommen*, fremhævede den i *Birra Dreher- og Simmenthal-dommene*, at retten til at forelægge et præjudicielt spørgsmål tilkommer enhver ret i en af medlemsstaterne, uanset på hvilket stadium af proceduren i hovedsagen spørgsmålet er stillet.

33. Betingelsen om den kontradiktoriske karakter af rettergangen i hovedsagen har lidt efter lidt mistet sin profil. I *Pretore di Cento-dommen*³⁷ og *Pretura unificata de Torino-dommen*³⁸ gjorde Domstolen sig ikke engang overvejelser om, hvorvidt nogle præjudicielle spørgsmål, der var rejst under retssager, hvor der ikke var nogen modpart³⁹, kunne antages til realitetsbehandling. *Pardini-dommen*⁴⁰ gav svar på nogle spørgsmål, som *Pretore di Lucca* havde stillet under en sag om foreløbige forholdsregler⁴¹.

34. Indtil nu har Domstolen ikke afvist, at kontradiktionsbetingelsen har betydning, men den tillægger den mindre betydning. Men hvis man omhyggeligt analyserer de faktiske omstændigheder, kan man se, at dette princip ikke var opgivet, men kun bøjet⁴². Under alle omstændigheder blev den manglende kontradiktoriske karakter opvejet af rettens totale upartiskhed og dens uafhængighed med hensyn til hovedsagen og dennes parter⁴³.

35. Domstolen har imidlertid i flere efterfølgende domme tilsyneladende forladt denne kurs og beklageligvis antaget præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling og besvaret dem i sager, hvor den manglende kontradiktion ikke var opvejet af, at det organ, der havde forelagt spørgsmålet, var totalt uafhængigt.

36. I *Dorsch Consult-dommen*⁴⁴ antog Domstolen da også de præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling, der var forelagt af et administrativt organ⁴⁵ inden for rammerne af en procedure, som ikke var kontradiktorisk⁴⁶.

37 — Dom af 5.5.1977, sag 110/76, Sml. s. 851.

38 — Nævnt i fodnote 33.

39 — Det drejede sig om straffesager mod ukendte personer. Det bør erindres, at *pretore* er et enkeltstående retsinstitut i det italienske retssystem, der både er anklagemyndighed og undersøgelsesdommer.

40 — Dom af 21.4.1988, sag 338/85, Sml. s. 2041.

41 — Det specielle ved sagen bestod i, at *Pretore*, samtidig med at han forelagde det præjudicielle spørgsmål, tog begæringen om anordning af foreløbige forholdsregler til følge, hvilket var sagens eneste formål. Efter at Domstolen havde fastslået, at den savnede kompetence til at pådømme et præjudicielt spørgsmål, når hovedsagen var afgjort, antog den alligevel spørgsmålet til realitetsbehandling, da hasterproceduren stadig verserede og kunne stadfæstes, ændres eller ophæves, efter at parterne var indkaldt.

42 — Jf. *Pardini-dommen*.

43 — Jf. punkt 7 og 26 i generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i *Corbiau-sagen*, som er nævnt i fodnote 12, samt punkt 14 i generaladvokat Saggio's forslag til afgørelse i *Gabalfrija m.fl.-sagen*, nævnt i fodnote 27.

44 — Nævnt i fodnote 16.

45 — Den myndighed, der i Tyskland var oprettet til afgøre klager over de afgørelser, som var truffet af det organ, der havde til opgave at kontrollere indgåelsen af offentlige kontrakter.

46 — Domstolen gentog, at kravet om en kontradiktorisk rettergang ikke er et absolut kriterium, og påpegede desuden, at parterne ikke høres af tilsynsmyndigheden, men af kontrolmyndigheden.

37. Domstolen fastslog i Gabalfrisa m.fl.-dommen⁴⁷, at de spanske tribunales económico-administrativos⁴⁸ anvender en kontradiktorisk rettergang, eftersom parterne kan indgive skriftlige indlæg og fremlægge beviser til støtte for deres påstande og anmode om, at der afholdes et offentligt retsmøde. En tribunal económico-administrativo, der vil tage stilling til spørgsmål, som ikke er blevet rejst af klagerne, skal desuden give de klagere, som har givet møde, meddelelse herom og give dem en frist på femten dage til at fremsætte deres eventuelle bemærkninger.

38. Men som generaladvokat Saggio klart og tydeligt påviste i sit forslag til afgørelse, kan rettergangsformen i forhold til de berørte kun betegnes som delvis kontradiktorisk på grund af begrænsningerne med hensyn til adgangen til at fremkomme med bemærkninger og fremlægge beviser, samt fordi en eventuel beslutning om, at der ikke skal afholdes et offentligt retsmøde, træffes af myndigheden selv på grundlag af et skøn og ikke kan påklages til en højere instans⁴⁹.

C — Den uklarhed, der er forbundet med kravet om, at afgørelsen skal have retslig karakter

39. Selv om der med tiden er blevet slækket på kravene om uafhængighed og kontradiktorisk rettergangsform, har kravet om, at den afgørelse, som den forelæggende ret skal træffe, skal være af retslig karakter, fra starten været uklart. Det kan ikke være anderledes: Det at sige, at den, der afsiger en retsafgørelse, er en ret, er det samme som ikke at sige noget. Denne egenskab kan ikke føres tilbage til anvendelsen af retsregler, for det har de organer, der udøver domsmyndighed, ikke eneret på. Offentlige myndigheder administrerer efter legalitetsprincippet⁵⁰ og anvender derfor også retsregler⁵¹.

40. For at kunne tage stilling til, om en afgørelse er af retslig karakter, har Domstolen følgelig indirekte måttet fokusere på andre kendetegn ved en ret, nogle gange — de fleste — på at den procedure, hvorunder afgørelsen træffes, er »konfliktpræget«, og andre gange på det forelæggende organs placering i domstolssystemet.

41. I Borker-dommen⁵² anerkendte Domstolen således ikke Conseil de l'Ordre des

47 — Nævnt i fodnote 27.

48 — Jeg har påvist ovenfor, at der er tale om administrative organer.

49 — I dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann, Sml. I, s. 73, antog Domstolen de præjudicielle spørgsmål, der var forelagt af Bundesvergabeamt i Østrig, til realitetsbehandling — et organ, der træffer afgørelse i sager vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter — uden at behandle spørgsmålet om, hvorvidt den forelæggende ret var en »ret i en af medlemsstaterne«. Generaladvokat Léger, der havde analyseret spørgsmålet, betvivlede, at der var tale om en kontradiktorisk rettergangsform, selv om han udledte af forelæggelseskendelsen, at der i hovedsagen havde fundet en retsforhandling sted, der var identisk med den, der udspandt sig for de ordinære domstole. I domme af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, og sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411, antog Domstolen også en række spørgsmål fra Bundesvergabeamt til realitetsbehandling.

50 — I artikel 103, stk. 1, i den spanske forfatning af 1978 er det fastsat, at »de offentlige myndigheder administrerer [...] inden for rammerne af lovgivningen og gældende ret i øvrigt.«

51 — Og de fortolker dem, før de anvender dem.

52 — Kendelse af 18.6.1980, sag 138/80, Sml. s. 1975.

Avocats à la Cour de Paris (Advokatrådet i Paris) som en ret, da organet ikke skulle træffe afgørelse i en sag, men derimod skulle afgive en erklæring vedrørende en uoverensstemmelse, der var opstået mellem en advokat og en ret i en anden medlemsstat⁵³. Lignende grunde fik Domstolen til i Greis Unterweiger-kendelsen⁵⁴ at afvise, at et rådgivende udvalg, der har til opgave at afgive udtalelser på det skatteretlige område som led i en forvaltningssag, kunne betegnes som en ret i en af medlemsstaterne⁵⁵, og i Victoria Film-dommen⁵⁶ blev Skatterättsnämnden (Sverige) heller ikke anerkendt som en ret, idet organets virksomhed var begrænset til at afgive forhåndsbeskeder på skatte- og afgiftsområdet⁵⁷.

42. I straffesager mod X-dommen⁵⁸ udtalte Domstolen, at la Procura della

53 — En tysk domstol havde afslået at lade ham møde for retten, hvorfor han anmodede Advokatrådet i Paris om at afgøre, hvilke betingelser, der gjaldt for hans adgang til som tjenesteyder at udøve virksomhed som advokat ved retter i en anden medlemsstat. Paradoksalt nok lagde Domstolen i dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, uden videre til grund, at Consiglio Nazionale Forense (Italien) var en ret i en medlemsstat. Det var ifølge generaladvokat Léger ikke det forelæggende organs karakter, der fik Domstolen til at erklære sig inkompetent i Borker-sagen, men genstanden for det præjudicielle spørgsmål. Derimod udgør en tvist vedrørende betingelserne for optagelse i advokatsamfundet eller en sanktion pålagt af et advokatråd eksempler på sager, som sammenslutningen ifølge hans opfattelse har en retlig forpligtelse til at afgøre. Måske burde Domstolen have lagt mere vægt på, at Consiglio Nazionale Forense's afgørelse kunne påklages til Corte di cassazione.

54 — Kendelse af 5.3.1986, sag 318/85, Sml. s. 955.

55 — Domstolen fremhævede, at der ikke fandtes en forpligtelse til at foranstalte en kontradiktorisk forhandling, at privatpersoner ikke kunne indbringe sager for udvalget, og at udvalgets udtalelse ikke var bindende for ministeren. Den påpegede desuden, at de sanktioner, der blev pålagt af ministeren, efter at udvalget havde afgivet udtalelse, af private kunne anfægtes ved de almindelige domstole, der havde fuld prøvelsesret i sager vedrørende sådanne sanktioner.

56 — Dom af 12.11.1998, sag C-134/97, Sml. I, s. 7023.

57 — Om en borger er omfattet af en skat, dennes rækkevidde o.lign.

58 — Nævnt i fodnote 15.

Repubblica italiana ikke var en ret, bl.a. fordi den ikke havde til opgave at afgøre en retssag, men i givet fald at rejse tiltale ved den kompetente strafferet⁵⁹. Ikke desto mindre anerkendte Domstolen denne myndighed (der som allerede nævnt forener funktionen som undersøgelsesdommer med funktionen som anklagemyndighed) som en ret i Pretore di Salò-dommen⁶⁰, på trods af, at Domstolen erkendte, at mange af dens funktioner strengt taget ikke var af retslig karakter og dens opgave navnlig ikke var at afgøre en retlig tvist.

43. I Garofalo m.fl.-dommen⁶¹ anså Domstolen derimod et organ, der afgav udtalelse i en sag, hvor det tilkom en politisk instans at træffe afgørelse i sagen, for at være en ret. Det drejede sig om Consiglio di Stato (Italien), når det afgiver en udtalelse under ekstraordinær rekurs; men afgørelsen i sagen ligger reelt i dens hænder. Udtalelsen, der vedrører anvendelsen af retsregler, har form af et udkast til en afgørelse, som formelt træffes af præsidenten for den Italienske Republik, som ikke kan træffe afgørelse i modstrid med denne udtalelse uden forudgående drøftelse heraf i regerin-

59 — I punkt 7 i mit forslag til afgørelse i den pågældende sag hævdede jeg, at Procura della Repubblica ikke opfyldte i det mindste to af de vigtigste forudsætninger, som Domstolen har opstillet for at antage præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling: Det er ikke et organ, der virker som obligatorisk retsinstans (det er ikke engang et organ med *iurisdictio* i ordets snævre betydning), og det træffer ikke sine afgørelser efter at have hørt parterne under en kontradiktorisk rettergangsform, men er selv part i sagen.

60 — Nævnt i fodnote 11.

61 — Dom af 16.10.1997, forenede sager C-69/96 — C-79/96, Sml. I, s. 5603.

gen, og afgørelsen skal være behørigt begrundet.

af et organ, der indgik i det nationale domstolssystem, kan antages til realitetsbehandling, selv om organet ikke har til opgave at træffe afgørelse i en sag⁶⁷. Siden har situationen ikke været så klar.

44. Domstolen fandt, idet den henviste til *Nederlandse Spoorwegen-dommen*⁶², at Consiglio di Stato i Italien var en »ret« i traktatens betydning⁶³. I modsætning her- til kan nævnes *ANAS*⁶⁴ og *RAI*-kendelsen⁶⁵, hvori Domstolen afviste, at Corte dei Conti kunne betragtes som en »ret«, da den i hovedsagerne udøvede en efterføl- gende revisionsfunktion, der i det væsent- lige bestod i evaluering og efterprøvelse af resultaterne af forvaltningsvirksomhed, hvoraf Domstolen sluttede, at organet i den sammenhæng, der havde givet anled- ning til den præjudicielle anmodning, ikke udøvede en retslig funktion.

46. I denne sag havde Tribunale civile e penale di Milano forelagt to præjudicielle spørgsmål inden for rammerne af den fri- villige retspleje⁶⁸, og Domstolen havde anlagt et restriktivt kriterium. Domstolen fastslog, at de nationale retsorganer kun kan anmode Domstolen om at afgøre et præjudicielt spørgsmål, hvis der verserer en sag for retten, der skal løses med »en afgørelse af retslig karakter«.

45. Indtil *Job Centre I-dommen*⁶⁶ fremgik det tilsyneladende af Domstolens praksis, at et præjudicielt spørgsmål, der forelægges

47. For Domstolen er det således ikke tilstrækkeligt, at det forelæggende organ indgår i en medlemsstats nationale dom- stolssystem. Det er desuden en betingelse, at organet skal afgøre en tvist⁶⁹, og der foreligger en tvist, når en person befinder sig i juridisk konflikt med en anden, selv

62 — Dom af 27.11.1973, sag 36/73, *Spoorwegen*, Sml. s. 1299. I denne dom antog Domstolen de præjudicielle spørgsmål, der var forelagt af det Raad van State (det nederlandske statsråd), før de afgav en udtalelse, der ikke var juridisk bindende, under en administrativ rekurs, hvis endelige afgørelse henhørte under Kronen. Generaladvokat Mayras, som havde rejst spørgsmålet i sit forslag til afgørelse, mente, at spørgsmålene burde fremmes til realitetsbehand- ling.

63 — I mit forslag til afgørelse i *Garofalo-sagen* (punkt 37) anførte jeg, at den omstændighed, at den endelige afgørelse var uanfægtelig og ikke kunne være genstand for yderligere domstolskontrol, var et afgørende element, der talte til fordel for, at det præjudicielle spørgsmål skulle antages til realitetsbehandling. Det drejer sig om et udtryk for princippet om sikring af fællesskabsrettens effektiv virk- ning.

64 — Kendelse af 26.11.1999, sag C-192/98, Sml. I, s. 8583.

65 — Kendelse af 26.11.1999, sag C-440/98, Sml. I, s. 8597.

66 — Dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Sml. I, s. 3361.

67 — J.C. Moitinho de Almeida: »La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE)«, i *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, s. 463-478.

68 — Domstolen havde tidligere i dom af 12.11.1974, sag 32/74, *Haaga*, Sml. s. 1201, uden videre antaget et præjudicielt spørgsmål til realitetsbehandling, der var rejst inden for rammerne af en lignende sag. Generaladvokat Mayras havde foreslået, at Domstolen anerkendte det forelæg- gende organ som værende en »ret«.

69 — Jf. dommens præmis 11. Generaladvokat Geelhoed fore- slog i sit forslag til afgørelse af 15.3.2001, i sag C-178/99, at Domstolen erklærede sig inkompetent med hensyn til at besvare et præjudicielt spørgsmål, der var forelagt af Bezirksgericht Bregenz i Østrig (af en lokal dommer, der fungerede som første instans) i en tinglysningsag, fordi organet ikke udøvede en retslig funktion.

hvis denne anden er et retsligt organ, hvis afgørelse personen vil påklage⁷⁰. I Job Centre I-dommen udtalte Domstolen således, at der udøves en retslig funktion, når personen anlægger sag til prøvelse af en afgørelse, der er truffet inden for rammerne af den frivillige retspleje⁷¹, således som det var tilfældet i Haaga-sagen⁷².

D — De problemer, der opstår ved at betragte en voldgiftsret som »en ret«

48. Et af de momenter, der siden Vaasen-Göbbels-dommen⁷³ har karakteriseret en ret som omhandlet i artikel 234 EF, er den obligatoriske karakter af organets virksomhed.

70 — I præmis 18 i Victoria Film-dommen fastslog Domstolen, at kun hvis Skatteråtsnåmndens afgørelse blev påklaget, kunne man tale om, at det organ, der skulle afgøre klagen, udøvede dømmende myndighed. Det var netop denne situation, der forelå i dom af 18.11.1999, sag C-200/98, x og Y, Sml. I, s. 8261, hvori Domstolen fastslog, at Regeringsråtsen udøver en retslig funktion, når den afgør en klage over Skatteråtsnåmndens afgørelse.

71 — Efter at Domstolen i Job Centre I-dommen, havde erklæret sig inkompetent med hensyn til besvarelsen af de forelagte spørgsmål, afgjorde Tribunale civile e penale di Milano sagen. Afgørelsen blev påklaget til Corte d'appello di Milano, som forelagde tre præjudicielle spørgsmål. Domstolen erklærede sig efterfølgende i dom af 11.12.1997, sag C-55/96, Job Centre II, Sml. I, s. 7119, kompetent og besvarede spørgsmålene.

72 — Sikringen af fællesskabsrettens effektive virkning kan være den fortolkningsmæssige nøgle til at forlige de to domme: I Job Centre-sagen kunne organets afgørelse i modsætning til, hvad der gjaldt i Haaga-sagen, påklages til en anden myndighed.

73 — Nævnt i fodnote 8.

49. Denne betingelse opfyldes ikke af voldgiftsretter. I Nordsee-dommen⁷⁴ erklærede Domstolen sig inkompetent med hensyn til besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, der var stillet af en tysk voldgiftsret, som parterne ikke havde nogen forpligtelse til at involvere i bilæggelsen af deres tvister⁷⁵, og præciserede, at såfremt der under en sædvanlig voldgiftssag opstår spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, tilkommer det de ordinære retter at forelægge et præjudicielle spørgsmål herom, hvis de finder det nødvendigt, enten inden for rammerne af den bistand, som de almindeligvis yder voldgiftsretterne, eller i forbindelse med påklage af voldgiftskendelsen⁷⁶.

50. Efter Nordsee-dommen forholdt det sig tilsyneladende sådan, at svaret var givet på forhånd, hvis det var obligatorisk at indbringe sagen for voldgiftsretten, og denne traf afgørelse i sagen som sidste instans. Dette var da også tilfældet i Danfoss-sagen⁷⁷, hvor de præjudicielle spørgsmål blev forelagt af en faglig voldgiftsret i

74 — Dom af 23.3.1982, sag 102/81, Sml. 1095.

75 — Voldgiftsretten var i medfør af bestemmelserne i en kontrakt kompetent til at træffe afgørelse i sager vedrørende fordelingen af den økonomiske støtte fra EUGFL. Det drejede sig om en voldgiftsret, der traf afgørelse på grundlag af gældende ret, og som efter en kontradiktorisk rettergang afsagde en voldgiftskendelse, der havde virkning som en retskraftig dom. Domstolen bemærkede, at der ikke var tale om en obligatorisk retspleje, og at de tyske myndigheder ikke havde været inddraget ved valget af voldgift og ikke ex officio kunne intervenere under voldgiftssagens forløb. Herefter fastslog Domstolen, at forbindelsen mellem voldgiftssagen og den almindelige retsplejeordning i den pågældende medlemsstat ikke var tilstrækkelig snæver til, at voldgiftsmanden kunne betragtes som »en ret i en af medlemsstaterne«. Domstolens sidste bemærkning gav anledning til, at generaladvokat Tesaro i punkt 28 i forslaget til afgørelse i Dorsch Consult-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 16, betragtede organets forbindelse med statsmagten som et yderligere kriterium for organets kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål.

76 — P. Bonassies redegør i artiklen: »Arbitrage et droit communautaire« i *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, udgivet af Dalloz, Paris 1999, s. 21 ff., for de ulemper, der var ved Domstolens oprindelige praksis vedrørende den retslige karakter af voldgiftsretters virksomhed.

77 — Dom af 17.10.1989, sag 109/88, Sml. s. 3199.

Danmark, som i henhold til den danske lovgivning havde kompetence til som sidste instans at afgøre de tvister vedrørende kollektive overenskomster, der opstod mellem lønmodtagerorganisationerne og arbejdsgiverne. Voldgiftsrettens kompetence afhang ikke af en aftale mellem parterne, da hver af parterne kunne indbringe en sag for retten, uanset den anden parts eventuelle modstand herimod, og afgørelsen var bindende for begge parter.

51. Domstolen har på dette punkt fulgt en sammenhængende linje og fastslog da også i Almelo-dommen⁷⁸, at den var kompetent til at besvare præjudicielle spørgsmål, der var forelagt af et organ, som traf afgørelser efter billighed, og som skulle afgøre en klage, der var indgivet over en voldgiftskendelse, fordi organet var forpligtet til at overholde de fællesskabsretlige bestemmelser⁷⁹.

52. Ved at fokusere så meget på, at det skal være obligatorisk at indbringe sagen for et sådant organ, overså Domstolen imidlertid de øvrige kriterier, som efter retspraksis er afgørende for, om et givet organ kan betragtes som en »ret i en af medlemsstaterne« i den forstand, begrebet er anvendt i artikel 234 EF, og i Danfoss-sagen lagde Domstolen til grund, at den forelæggende voldgiftsret var en »ret«, selv om rettens sammensætning og virkemåde ikke var

detaljeret reguleret i lovgivningen. Rettens sammensætning afgøres i den konkrete sag, og rettergangsformen er fastsat i en aftale mellem parterne inden for lovgivningens rammer⁸⁰.

E — Udstrækningen af begrebet »ret« til også at omfatte oversøiske retter, organer, som ikke er en del af en medlemsstats domstolssystem, samt internationale retter

53. I Kafer og Proacci-dommen⁸¹ og i Leplat-dommen⁸² anerkendte Domstolen, at retterne i de oversøiske departementer og territorier, der er en del af det franske domstolssystem, kunne forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

54. I Barr og Montrose Holdings-dommen⁸³ anerkendte Domstolen desuden, at retterne på Isle of Man kunne forelægge præjudicielle spørgsmål, selv om de ikke er en del af det britiske domstolssystem⁸⁴. Domstolen besvarede efterfølgende i

78 — Nævnt i fodnote 26.

79 — I dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, besluttede Domstolen igen at antage en række præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling, der var rejst inden for rammerne af en klagesag vedrørende en voldgiftskendelse, og som i dette tilfælde var blevet forelagt af Hoge Raad der Nederlanden.

80 — Jf. punkt 19-21 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i sagen. Domstolen, der i denne sag fulgte generaladvokatens forslag til afgørelse, begrundede efter min opfattelse endnu en gang sin opfattelse i nødvendigheden af at sikre fællesskabsrettens effektive virkning, eftersom den forelæggende voldgiftsret afgjorde tvisterne som sidste instans.

81 — Dom af 12.12.1990, forenede sager C-100/89 og C-101/89, Sml. I, s. 4647.

82 — Dom af 12.2.1992, sag C-260/90, Sml. I, s. 643.

83 — Dom af 3.7.1991, sag C-355/89, Sml. I, s. 3479.

84 — Som anført i punkt 4 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse udgør Isle of Man i lighed med Kanaløerne ikke en del af Det Forenede Kongerige, og øen er heller ikke en koloni. Han gik imidlertid ind for en vid fortolkning af udtrykket »en ret i en af medlemsstaterne«, således at det også omfatter organer, der befinder sig på et hvilket som helst sted på medlemsstaternes territorier, hvor traktaten finder anvendelse, også selv om den kun finder delvis anvendelse der (punkt 18).

Pereira Roque-dommen⁸⁵ et spørgsmål, der var forelagt af et organ på Jersey, der heller ikke er en del af domstolssystemet i Det Forenede Kongerige⁸⁶.

55. Selv om der i artikel 234 EF henvises til retterne i en medlemsstat, fastslog Domstolen i Parfums Christian Dior-dommen⁸⁷, at Benelux-Domstolen ikke alene havde kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Den var forpligtet til det, idet dens afgørelser ikke kunne appelleres ifølge de nationale retsregler. Den omstændighed, at rettens afgørelser ikke kan appelleres til en højere retsinstans, som definitivt fastlægger en ensartet fortolkning af fællesskabsretten i Benelux-landene, førte til, at Domstolen antog spørgsmålet til realitetsbehandling.

56. I alle disse domme, hvor betingelsen om, at det forelæggende organ skal være »en ret i en af medlemsstaterne«, udvides til også at omfatte organer, som utvivlsomt ikke er det, gør nødvendigheden af at sikre en ensartet fortolkning af fællesskabsretten sig gældende, således at alle de retslige organer, der træffer afgørelser i sager, hvor »la norma decidendi« er af fællesskabsretlig karakter, kan benytte sig af det redskab, der er til rådighed i henhold til artikel 234 EF.

57. Omvendt forholder det sig sådan, at medlemsstaterne med samme begrundelse bør undlade at fastsætte bestemmelser, der forbyder et organ at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen. I Rheinmühlen-dommen⁸⁸ bemærkede Domstolen, at den omstændighed, at der fandtes en statsretlig bestemmelse i den pågældende medlemsstat, i henhold til hvilken retterne var bundet af den fortolkning, som en højere instans havde fastlagt, ikke af denne ene grund kunne afskære dem fra at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

2. Nødvendigheden af, at retspraksis må ændres

A — Den manglende retssikkerhed, der følger af, at der ikke findes en definition af begrebet »ret«, og af, at retspraksis er svingende

58. Det er ikke meningen, at det foran anførte skal opfattes som ren opremsning af praksis. Hensigten er at påvise, at Domstolens praksis på dette bestemte område ikke blot, som tidligere nævnt, i høj grad er kasuistisk, men også, at den savner de klare og præcise elementer, som et fællesskabsretligt begreb skal indeholde. Dommene, der langt fra udgør et sikkert referencegrundlag, tegner et uklart og

85 — Dom af 16.7.1998, sag C-171/96, Sml. I, s. 4607.

86 — Det bekræftes i denne dom, at retspraksis som i Barr og Montrose Holdings-dommen finder anvendelse på retterne på Kanaløerne.

87 — Dom af 4.11.1997, sag C-337/95, Sml. I, s. 6013.

88 — Dom af 16.1.1974, sag 166/73, Sml. s. 33.

usammenhængende billede af retspraksis, hvilket medfører en generel usikkerhed⁸⁹. Den hyppige uoverensstemmelse mellem generaladvokaternes forslag og Domstolens domme illustrerer den retlige usikkerhed, der er knyttet til begrebet »en ret i en af medlemsstaterne«.

59. Det første offer for situationen har været Domstolen selv, der har givet udtryk for skiftende vurderinger af den retslige karakter af mange organer, der har forelagt præjudicielle spørgsmål, undertiden uden at angive de grunde, der fik den til at hælde i den ene eller anden retning⁹⁰.

89 — Den ulempe, som situationen har medført, er fremhævet i følgende værker: L. Neville og T. Kennedy: *The Court of Justice of The European Communities*, udgivet af Sweet & Maxwell, London, 1994, s. 209-213, M. Ch. Bergerès: *Contentieux communautaire*, udgivet af Presses Universitaires de France, 2. udg., s. 247-248, og M. Jimeno Bulnes: *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, udgivet af Bosch, Barcelona, 1996, s. 189 ff.

90 — Domstolen har været kritiseret for ved forskellige lejligheder at have fastslået, at den havde kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål uden at have foranstaltet nærmere undersøgelser af det forelæggende organs karakter. Dette er tilfældet for så vidt angår dom af 8.4.1992, sag C-166/91, Bauer, Sml. I, s. 2797, af 9.8.1994, sag C-447/93, Dreessen, Sml. I, s. 4087, hvor det forelæggende organ var Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des architectes (Belgien), samt dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785, hvori Domstolen tog stilling til diverse præjudicielle spørgsmål, der var forelagt af Tribunal de Defensa de la Competencia (Spanien), der som en del af Økonomiministeriet ikke henhører under domstolssystemet, og hvis afgørelser altid kunne påklages til Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Hertil kan føjes dom af 17.6.1998, sag C-243/95, Hill og Stapleton, Sml. I, s. 3739, hvori Domstolen antog de spørgsmål til realitetsbehandling, som Labour Court i Dublin havde forelagt, og dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, der vedrørte nogle spørgsmål, der var blevet forelagt af Oberlandesgericht Wien i dens egenskab af kartelretlig instans. Desuden bør man nævne de sager, jeg allerede har nævnt i fodnote 19, nemlig Hospital Ingénierie, forelagt af Unabhngiger Verwaltungsrt fr Krnten, som kun har kompetence til at træffe afgørelse om lovligheden af myndighedernes retsakter, herunder dem, der vedrørte indgåelsen af offentlige kontrakter, og Unitron Scandinavia og 3-S, forelagt af Klagenævnet for udbud. Ogs i dom af 1.4.1993, forenede sager C-260/91 og C-261/91, Diversint og Iberlacta, Sml. I, s. 1885, antog Domstolen for første gang et præjudicielt spørgsmål til realitetsbehandling, der var forelagt af Tribunal Económico-Administrativo Central (Spanien) uden at fremkomme med bemærkninger vedrørende organets retslige karakter.

60. Det kan konstateres, at i de sager, hvor Domstolen har været i tvivl, har det som allerede nævnt været på de punkter, der adskiller en »ret« fra et organ, der ikke er det, eftersom det forhold, at organet er oprettet ved lov, at det har permanent karakter, og at det træffer afgørelse i henhold til retsregler, også gør sig gældende for organer, der er en del af det administrative system.

B — Den retslige karakter af det nationale organ som et grundlæggende retsprincip, der er afgørende for Domstolens kompetence

61. Er usikkerhed forstyrrende i retsforhold, er problemet så meget desto større, når det berører et begreb, der, som det er tilfældet for så vidt angår begrebet i artikel 234 EF, vedrører den offentlige interesse. Begrebet »en ret i en af medlemsstaterne« bestemmer Domstolens kompetence til at fremme en proces, der, som den præjudicielle forelæggelse, har vist sig at være afgørende for den progressive konstruktion og konsolidering af Fællesskabets retsorden. Domstolen kan ikke fastsætte sin egen kompetence. Spillereglerne skal være præcise i et retsfællesskab. De nationale domstole og borgerne i Fællesskabet har ret til på forhånd at vide, hvilke organer der kan anses for at være »retter i en medlemsstat« i henhold til artikel 234 EF.

62. Den større eller mindre fasthed, der har gjort sig gældende i forbindelse med behandlingen af begrebet, bestemmer bredden af den vifte af eventuelle samarbejds-

partnere, som Domstolen kan få, og følgende antallet af præjudicielle domme. Og dette forhold er relevant i forbindelse med den harmoniserende funktion, som fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten har. Når det drejer sig om at vise vejen for andre ved hjælp af domme, der er bestemt til at skulle følges af alle, bør der handles med påpasselighed og forsigtighed. En dom, der er velovervejet og velunderbygget, løser flere problemer end en række forhastede domme, der ikke går i dybden med præmisserne og ikke gør op med de spørgsmål, der er blevet forelagt.

63. Med det formål at fremme den ensartede udbredelse og anvendelse af fællesskabsretten tilskyndede Domstolen i sine første leveår de nationale retter til at forelægge præjudicielle spørgsmål, idet den anlagde en bred definition af, hvilke organer der havde kompetence til at sætte den præjudicielle procedure i gang. Men det, der tidligere havde en klar berettigelse, er i dag, hvor fællesskabets retsorden er en realitet, der er accepteret af de retslige instanser i medlemsstaterne, forstyrrende og kan i vidt omfang vanskeliggøre Domstolens opgave.

64. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er det nødvendigt at nå frem til en mere restriktiv definition af begrebet »ret i en af medlemsstaterne«, idet begrebets forskellige komponenter må beskrives med henblik på at tilvejebringe et præcist referencegrundlag, således at det undgås, at usikkerheden definitivt breder sig over dette område. Domstolens oprindelig synspunkt om, at de nationale retter skulle tilskyndes til at forelægge præjudicielle spørgsmål, hvilket måtte betegnes som pædagogisk, bør vige pladsen til fordel for

en anden samarbejdsform, hvor den formynderiske indstilling over for de nationale domstole opgives, og de får mulighed for at påtage sig deres ansvar som almindelige fællesskabsretlige retsinstanser.

C — De ændringer, der er indført i forbindelse med vedtagelsen af Amsterdam-traktaten vedrørende den generelle behandling af præjudicielle spørgsmål, navnlig for så vidt angår de nationale organer, der er kompetente til at forelægge præjudicielle spørgsmål

65. Der kan argumenteres for, at selve Amsterdam-traktaten indeholder en implicit appel til Domstolen om, at den præciserer begrebet »ret« for så vidt angår forelæggelsen af præjudicielle spørgsmål. Traktaten bryder med princippet om, at der kun er én ordning. Ved siden af »generelle« præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF, tilføjes yderligere to »specifikke« spørgsmål med usædvanlige kendetegn, det ene i henhold til artikel 35, stk. 1, EU, og det andet i henhold til artikel 68, stk. 1, EF.

66. Traktaten om den Europæiske Union har udvidet Domstolens jurisdiktion til den tredje søjle ved hjælp af tre bestemmelser. En af disse, der vedrører præjudiciel forelæggelse, gør det muligt for Domstolen at afgøre spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af rammeafgørelser og andre afgørelser, og spørgsmål om gennemførelsesforanstaltningerne til de aftaler, der indgås inden for rammerne af politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager, samt om fortolkningen af konventi-

oner (artikel 35, stk. 1, EU). Domstolens jurisdiktion er på dette punkt betinget, idet Domstolens kompetence skal godkendes af medlemsstaterne for at kunne træde i kraft.

67. Ved artikel 68 EF tildeles Domstolen en præjudiciel kompetence for så vidt angår den frie bevægelighed for personer bortset fra foranstaltninger eller afgørelser, der træffes vedrørende opretholdelse af lov og orden og beskyttelse af den indre sikkerhed.

68. Hvad angår den første bestemmelse vil jeg gerne fremhæve, at de medlemsstater, der godkender Domstolens nye kompetence, kan vælge mellem at give et hvilket som helst nationalt organ mulighed for — og altså ikke pligt til — at forelægge præjudicielle spørgsmål, eller kun at tildele kompetencen til dem, der afgør sager som sidste instans, dvs. de retter, hvis afgørelser »ikke kan appelleres« (artikel 35, stk. 3, EU). Forelæggelsen af den anden type præjudicielle spørgsmål, — som retterne er forpligtet til — er fortsat begrænset til de organer, hvis afgørelser »ikke kan appelleres« (artikel 68, stk. 1, EF).

69. Efter min opfattelse afspejler denne ændring af den generelle ordning med forelæggelse af præjudicielle spørgsmål med den deraf følgende begrænsning af, hvilke organer der har kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål, et mere eller mindre udtrykkeligt ønske om at begrænse Domstolens vide definition af begrebet »ret«. Det ser ud til, at traktatens forfattere anser begrebet — sådan som det er blevet fortolket — for ikke at være

anvendeligt inden for de nye kompetenceområder, og at de anser det for at være nødvendigt, at det afgrænses eller omgås, idet der indføres undtagelser for så vidt angår de områder, der er mere følsomme som politisamarbejdet og det retlige samarbejde i kriminalsager, og området frihed, sikkerhed og retfærdighed.

D — Den reform, som ratifikationen af Nice-traktaten kan medføre, og tildelingen af kompetence til Retten i Første Instans til at afgøre præjudicielle spørgsmål

70. Nødvendigheden af at nå frem til en klar definition af begrebet »ret« haster endnu mere, når henses til resultaterne af den nyligt afholdte regeringskonference. Nice-traktaten, undertegnet den 26. februar 2001⁹¹, indeholder hjemmel til, at Retten i Første Instans kan afgøre præjudicielle spørgsmål, der forelægges i medfør af artikel 234 EF på bestemte områder, der er fastlagt i statuten. Jeg mener, at Domstolen bør afklare, hvad den forstår ved en ret i en af medlemsstaterne med henblik på at give Retten i Første Instans nogle relevante retningslinjer. I modsat fald er der risiko for, at der til et organs tvivlrådighed i forbindelse med dette begreb føjes et andet organs tvivlrådighed i takt med, at den nye bestemmelse udvikler sig og træder i kraft.

71. Bestemmelsen om, at Rettens afgørelser kan efterprøves af Domstolen i medfør af

91 — EFT C 80, s. 1.

det nye afsnit tre i artikel 225, stk. 3, EF, vil efter min opfattelse ikke være tilstrækkelig til, at den forstyrrende virkning af en eventuel divergerende opfattelse af spørgsmålet mellem Fællesskabets to retsinstanser kan undgås, idet Rettens afgørelser kun undtagelsesvis kan appelleres, og en eventuel appel formentlig kun kommer til at omfatte realiteten og ikke forudsætningerne for antagelse af præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling⁹², herunder betingelsen om, at det forelæggende organ skal være »en ret«. Det ville være mere effektivt at afstikke vejen på forhånd fremfor at gøre det efterfølgende via appel af Rettens afgørelser.

kan fastlægges, og hvis spørgsmål skal besvares uagtet den begrænsede nytte⁹³, dette vil have på grund af den uklarhed, som omgiver begrebet i retspraksis. Der vil opstå tvivl, og den træghed, der er indbygget i enhver institution, vil føre til, at præjudicielle spørgsmål, der forelægges af rent administrative organer, vil blive antaget til realitetsbehandling.

E — Fordelene ved, at hele anvendelsen af fællesskabsretten forbliver omfattet af Domstolens kompetence

72. Men Nice-konferencen har ikke blot gjort det muligt at øge antallet af organer i Fællesskabet, der har til opgave at fastlægge en ensartet fortolkning af fællesskabsretten. Den har også skabt forudsætningerne for, at antallet af organer, der kan forelægge præjudicielle spørgsmål, kan vokse betydeligt som følge af udsigten til, at Unionen kan udvides fra 15 til 27 medlemmer. Den Europæiske Unions fremtid udviser et panorama, hvor 12 nye stater med forskellige juridiske traditioner og forskelligartede retssystemer skal inkorporeres i et retsfællesskab, hvis effektive virkeliggørelse — som Domstolen gentagne gange har understreget — forudsætter en ensartet fortolkning og anvendelse af dens bestemmelser. Det er absolut nødvendigt præcist at afgrænse begrebet »ret« i artikel 234 EF, hvis man ikke ønsker, at Domstolen og til sin tid Retten i Første Instans bliver mødt med en lavine af præjudicielle spørgsmål, der forelægges af organer, hvis nærmere karakter vanskeligt

73. Også Retten i Første Instans skal således deltage i den præjudicielle procedure. Efter min opfattelse vil Retten imidlertid ikke komme til at udføre sin opgave under optimale forhold, uanset den almindelige anerkendelse, den nyder. Det er ikke nemt at forene den præjudicielle kompetence, der gentagne gange er blevet kvalificeret som »forfatningsretlig«, med, at den skal udøves under kontrol⁹⁴. Retten i Første Instans har heller ikke den struktur, der skal til for at kunne løfte en opgave, der kræver en høj grad af funktionel uafhængighed, en vilje til at gøre retsanvendelsen ensartet, samt en evne til fornyelse og til at samarbejde. »Den vil ikke kunne flyve med den frihed, der er nødvendig for at udvikle den

92 — Appeldgangen, der kun skal benyttes undtagelsesvis, er forbeholdt tilfælde, hvor der er »alvorlig risiko for, at enheden og sammenhængen i fællesskabsretten svækkes«.

93 — Jeg siger »begrænset nytte«, fordi — som jeg vil forklare længere fremme (i punkt 75-79) — svaret på præjudicielle spørgsmål, der forelægges af organer, der ikke kan betegnes som »retter«, kan vise sig at være nytteløst, hvis det forelæggende organs afgørelse efterfølgende underkendes af den nationale retsorden.

94 — Husk på, at Rettens afgørelser i henhold til artikel 225, stk. 3, EF kan appelleres til Domstolen på førstegeneraldadvokatens foranledning (artikel 62 i statuten for Domstolen, som ændret ved Nice-traktaten).

førende rolle og lede alles indsats henimod en fælles forståelse af fællesskabsretten»⁹⁵.

74. Den ensartede fortolkning af fællesskabsretten bør uden undtagelse forblive underlagt Domstolens præjudicielle kompetence. Det drejer sig om en kompetence, der ikke kan deles⁹⁶, hvilket indebærer, at Retten i Første Instans ikke kan medvirke på dette område. Nøglen til den præjudicielle kompetences succes ligger i en centralisering af den fortolkende funktion, som letter den ensartede fortolkning. Hvis man

lader andre organer deltage, opstår der en risiko for, at enheden brydes. Når der vedrørende det samme juridiske begreb inden for fællesskabsretten opstår to forskellige fortolkninger fra de to fællesskabsretlige retsinstanser, er den præjudicielle forelæggelse dødsmerket. Risikoen for forvirring undgås ikke ved, at artikel 225 EF bestemmer, at Retten i Første Instans kun skal tildeles præjudiciel kompetence i »bestemte arter af sager«, da enhver jurist ved, at forskellige sager indeholder fælles kategorier, begreber, og juridiske principper, hvorfor risikoen for uoverensstemmelser ikke forsvinder. Den opgave, der varetages i forbindelse med den præjudicielle procedure, svarer til en retsbeskyttende funktion, der har kassatorisk karakter, og der bør derfor kun være én kassationsret inden for hver retsorden.

95 — Jf. mit bidrag D. Ruiz-Jarabo: »Den ved Nice-traktaten gennemførte reform af Domstolen og dens efterfølgende udvikling«, til bogen *El Tratado de Niza, análisis y comentarios* (Nice-traktaten, analyse og kommentarer), et fælles værk, der også indeholder bidrag af F. Marín, R. Silva, A. Mangas, P. Andrés og C. Moreira, udgivet af Colex, Madrid, 2001, hvori jeg fremhæver, at Retten »løber den risiko at få samme skæbne som Ikaros, søn af Daidalos og Naukrate, i den græske mytologi, som Minos spærrede inde i labyrinten på Kreta. For at kunne flygte fandt Daidalos på at fremstille nogle vinger af fuglefjer til sin søn. De skulle klistres fast til hans krop med voks. Han advarede ham mod at flyve for tæt på solen for at undgå, at voksen smeltede, og mod at flyve for tæt på havet, fordi fierene, hvis de blev fugtige, ville blive tungere og dermed ikke kunne bruges. Retten vil stå over for en svær balancegang, idet den ikke kan gribe ind i Domstolens egentlige arbejde, da den kun skal bistå den, men den kan på den anden side heller ikke afstå fra at påtage sig at samarbejde med de nationale retter, et samarbejde, som er uløseligt forbundet med den præjudicielle kompetence, eller afstå fra at forsøge at harmonisere fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten. Under de betingelser, Retten får tildelt kompetencen, mister den præjudicielle forelæggelse sine mest karakteristiske kendetegn samt sin eksistensberettigelse, navnlig hvis den nye kompetence tildeles Retten i reduceret form og på så mange betingelser. En gentagelse af Ikaros' skæbne må undgås. Han var så fascineret af at flyve, at han nærmede sig solen så meget, at voksen smeltede, vingerne løsnede sig, og han faldt i havet og druknede«.

96 — Dette var Domstolens egen opfattelse, som i sin rapport om bestemte forhold vedrørende anvendelsen af traktaten om Den Europæiske Union, udgivet i maj 1995, uden blusel erklærede, »at det set fra enhver synsvinkel er oplagt, at nødvendigheden af at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten, samt af de aftaler, der er uløseligt forbundet med virkeliggørelsen af traktatens mål, forudsætter, at der er et enkelt retsligt organ, som Domstolen, der definitivt afgør, hvad der er gældende ret for hele Fællesskabet«. Og den tilføjede, at »der er tale om et grundlæggende krav i alle sager af konstitutionel karakter, eller som omhandler et hvilket som helst problem, der er vigtigt for fællesskabsrettens udvikling«.

F — Den forstyrrende virkning af et administrativt organs indblanding i en dialog mellem retsinstanser

75. Som jeg allerede har nævnt, var der et tidspunkt, hvor Domstolens accept af at besvare spørgsmål, der blev forelagt af organer, der utvivlsomt ikke kunne betegnes som »retter«, var berettiget, idet det var nødvendigt at give den nødvendige tilskyndelse til at tilvejebringe et juridisk enhedsområde inden for Fællesskabets rammer. Når nu marchhastigheden er nået, og retsfællesskabet er en almindelig anerkendt

realitet, kan det være forstyrrende, at adgangen til at forelægge præjudicielle spørgsmål består for de organer, som ikke har dømmende myndighed.

76. Der er ved artikel 234 EF indført en ordning med et retligt samarbejde, der har karakter af en teknisk dialog mellem retsinstanser. Domstolen har aldrig sået tvivl om denne definition. Formålet med det præjudicielle spørgsmål er altså ikke at bistå et organ, der henhører under den udøvende magt.

77. De administrative organer, der ved at anvende gældende ret afgør sager ud fra legalitetsprincippet, er ikke nødvendigvis sammensat af jurister⁹⁷. Denne omstændighed kan medføre, at det præjudicielle spørgsmål ikke formuleres på den mest hensigtsmæssige måde, at spørgsmålet ikke er præcist nok og mangler den nødvendige tekniske nøjagtighed.

78. Det retslige organ, der efterprøver den administrative afgørelse, der er udformet på grundlag af Domstolens svar, kan anse den præjudicielle forelæggelse for at have været være unødvendig eller være af den opfattelse, at der skulle have været lagt

vægt på andre aspekter i forbindelse med forelæggelsen. Hvis retsinstansen når frem til, at den konkrete sag hverken vedrører fortolkningen eller anvendelsen af fællesskabsretten, vil den præjudicielle forelæggelse have været nytteløs, og de ressourcer, der har været brugt på at besvare spørgsmålet, være spildte, med det deraf følgende tab af legitimitet, som for Domstolens vedkommende indebærer, at der ikke bliver taget hensyn til dens domme, fordi de forekommer unødvendige.

79. Hvis det retslige organ finder, at spørgsmålet skulle have været formuleret anderledes, er den ikke desto mindre bundet af det præjudicielle spørgsmål, der har været forelagt og det svar, der er modtaget, og det vil af procesøkonomiske årsager ikke være tilbøjelig til på ny at sætte den præjudicielle procedure i gang for at rette op på, hvad efter dets opfattelse startede skævt på grund af den mangelfulde forelæggelse. Det er alvorligt, at det retlige samarbejde i medfør af artikel 234 EF, bliver forstyrret, fordi der i det direkte forhold mellem Domstolen og den nationale ret indskydes et administrativt organ, hvis handlinger er velmente, men som med sin manglende uafhængighed og sine manglende retsvidenskabelige forudsætninger vanskeliggør hele processen. Det er for set, at den måde, hvorpå det præjudicielle spørgsmål er formuleret, kan bestemme Domstolens svar⁹⁸, hvorfor det er vigtigt at fastholde, at de organer, der deltager i

97 — To eksempler: Af de tre medlemmer af den finske maaseutuelinkeinojen valituslautakunta, som forelagde det præjudicielle spørgsmål, der blev besvaret i dom af 22.10.1998, forenede sager C-9/97 og C-118/97, Jokela og Pirkäranta, Sml. I, s. 6267, var den ene en syns- og skønsmand, der ikke var jurist. Den østrigske Kartellgericht, der forelagde det spørgsmål, der var genstand for Bronner-dommen (nævnt i fodnote 90), var sammensat af tre medlemmer, hvoraf de to var ikke-juridiske assessorer.

98 — I mit forslag til afgørelse i Gottardo-sagen, som er omtalt i fodnote 36, har jeg beskrevet, hvordan Domstolen med mindre end to års mellemrum gav to helt forskellige svar på det samme spørgsmål, fordi den forelæggende ret i den første sag, hvor der blev afsagt dom den 25.7.1991, sag C-345/89, Stöckel, Sml. I, s. 4047, ikke havde henvist til en ILO-konvention, mens retten i den anden sag havde gjort det, jf. dom af 2.8.1993, sag C-158/91, Levy, Sml. I, s. 4287.

den præjudicielle forelæggelse, skal være retsinstanser. Hvis spørgsmålet forelægges af et administrativt organ, kan behandlingen af den sag, der efterfølgende anlægges til prøvelse af afgørelsen, blive afhængig af den måde, forelæggelsen skete på, eller det tidspunkt, forelæggelsen fandt sted, således at det »rigtige« retslige organ i vidt omfang er berøvet muligheden for at benytte sig af en præjudiciel forelæggelse. Selv om det i teorien kunne forelægges et nyt spørgsmål, vil en sådan fornyet forelæggelse nemlig medføre en yderligere forsinkelse i behandlingen af hovedsagen, hvilket ville være uacceptabelt set i lyset af, at sagsbehandlingen i forvejen er ret langsommelig.

Sagt i al korthed: Ved at antage præjudicielle spørgsmål, der forelægges af administrative organer, til realitetsbehandling vanskeliggøres den dialog mellem retsinstanser, der er forudsat i traktaten, betydeligt, traktatens formål fordeles, og borgernes domstolsbeskyttelse forvanskes.

3. Forslag til en ny definition af begrebet »ret i en af medlemsstaterne« som omhandlet i artikel 234 EF

A — Den fællesskabsretlige karakter af begrebet

80. Set i lyset af mine betragtninger ovenfor er det nødvendigt, at Domstolen udar-

bejder en ny definition af begrebet »ret i en af medlemsstaterne« som omhandlet i artikel 234 EF.

81. Det er en forudsætning for den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, at definitionen af begrebet »ret i en af medlemsstaterne« fastlægges i fællesskabsretligt regi. Det er på baggrund af fællesskabsretten og med udgangspunkt i Unionens egne strukturelle behov, at opgaven bør gribes an. Med andre ord bør begrebet ikke kun fastlægges ud fra national rets egne begreber⁹⁹, men hovedsageligt på baggrund af den præjudicielle forelæggelses formål, som er at sikre, at fællesskabsretten får samme gennemslagskraft overalt i Fællesskabet, selv om de fælles forfatningsretlige traditioner bør spille en afgørende rolle i forbindelse med fortolkningen af et så relevant begreb.

82. En »ret« er ikke kun det organ, der betegnes som sådan i henhold til national ret, men også det organ, som burde være en »ret«, således at der ikke er nogen del af fællesskabsretten, som kan unddrage sig harmonisering. Dette er årsagen til, at Domstolen har tillagt spørgsmålet om, hvorvidt det forelæggende organs afgørelse kan appelleres inden for det nationale

99 — M. Chevalier og D. Maidani anfører i *Guide pratique Article 177 CEE*, Luxembourg, Kontoret for De Europæiske Fællesskabs Officielle Publikationer, 1982, at det fællesskabsretlige begreb ikke er helt uafhængigt af de nationale lovgivnings begreber. De omstændigheder og kriterier, som Domstolen lægger vægt på i sin praksis, har rødder i de generelle principper, der er fælles for retssystemerne i alle medlemsstaterne.

retssystemets rammer, stor betydning. Hvis det forelæggende organ træffer afgørelse i sagen som sidste instans, fraviger Domstolen de betingelser, den har opstillet for, at et organ kan betragtes som en »ret«, og udstrækker begrebet »ret« til også at omfatte administrative organer. Dette er efter min opfattelse tilfældet for så vidt angår Danfoss-¹⁰⁰ og Broekmeulen-dommen¹⁰¹. Det var også hensynet til den effektive virkning af fællesskabsretten, således at anvendelsen af denne altid sker i overensstemmelse med de af Domstolen opstillede kriterier, der var afgørende for, at de præjudicielle spørgsmål i Barr og Montrose Holdings-sagen¹⁰² og i Pereira Roque-sagen¹⁰³ blev antaget til realitetsbehandling.

B — Generel regel: Alle organer, der indgår i det nationale domstolssystem, skal være omfattet af begrebet

83. I dette forslag har jeg beskrevet de omstændigheder, hvorunder Domstolen har angivet de kriterier, der definerer begrebet. Udøvelsen af den dømmende magt tilkommer organer, der er oprettet ved lov, og hvis medlemmer er underlagt loven, og som i forbindelse med afgørelsen af de tvister, der

indbringes for organet, optræder fuldstændig uafhængigt og overholder kontradiktionsprincippet. Det retslige enhedsprincip og princippet om retternes enekompetence har imidlertid ikke været genstand for tilstrækkelig opmærksomhed.

84. I medfør af sidstnævnte princip overdrages udøvelsen af den dømmende magt, dvs. kompetencen til at dømme og til at lade dommen fuldbyrde, udelukkende til instanser, der er indgået i domstolshierarkiet. Det er et område, som andre offentligt ansatte ikke har adgang til. Dets grundlag er det samme som det, der legitimerer selve den dømmende myndighed: Uafhængighed og det at være underlagt lovgivningen. I princippet kan det derfor kun være retslige organer, der forelægger præjudicielle spørgsmål, dvs. de organer, der udtrykkeligt er tillagt eneret til at udøve dømmende myndighed.

85. Min gennemgang af Domstolens praksis viser, at organer, der indgår i det nationale domstolssystem, altid er »retter i en medlemsstat« som omhandlet i artikel 234 EF¹⁰⁴, hvilket imidlertid ikke indebærer, at ethvert spørgsmål, der fore-

100 — Nævnt i fodnote 77.

101 — Dom af 6.10.1981, sag 246/80, Sml. s. 2311, hvori Domstolen lagde til grund, at et ankenævn, der var nedsat af et fagligt organ i Nederlandene, og hvis opgave var at behandle klager over de afgørelser, der var truffet af en kommission til optagelse af alment praktiserende læger, var en »ret«. Domstolen støttede sig hovedsageligt på, at der reelt ikke var mulighed for at påklage ankenævnets afgørelser, selv om det *de lege lata* var muligt. Det er på denne baggrund, at dommen skal forstås (jf. i denne sammenhæng punkt 23, 24 og 25 i generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i Dorsch Consult-sagen, der er omtalt i fodnote 16).

102 — Dommen er nævnt i fodnote 83.

103 — Dommen er nævnt i fodnote 85.

104 — Måske var det det, Domstolen refererede til, da den i Birra Dreher-dommen, der er omtalt i fodnote 32, og i Simmenthal-dommen, der er omtalt i fodnote 34, hævdede, at døren til den præjudicielle procedure står åben for ethvert nationalt retligt organ. Kun i Corbiau-dommen, der er nævnt i fodnote 12, var der tale om et andet resultat: I denne dom erklærede Domstolen, at direktøren for skattevæsenet i Luxembourg ikke er at betragte som en »ret« i traktatens forstand, på trods af, at Luxembourgs Conseil d'État havde tildelt ham dømmende myndighed (jf. fodnote 14). Men direktørens funktion er omdiskuteret i Luxembourgs egen juridiske litteratur (jf. punkt 36-39 i generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse).

lægges af et sådant organ, automatisk bør fremmes til afgørelse af realiteten. Det forelæggende organ skal desuden optræde i sin egenskab af ret, ligesom der skal versere en sag for retten, dvs. en tvist mellem to eller flere (juridiske) personer, som retten skal afgøre, idet den fortolker og anvender gældende ret. Den skal kort sagt udøve dømmende myndighed¹⁰⁵. Under disse omstændigheder må et organ, der indgår i en medlemsstats domstolssystem, og som uafhængigt træffer afgørelse i tvister på grundlag af retsregler og inden for rammerne af en kontradiktorisk rettergang, altid betegnes som en »ret« som omhandlet i artikel 234 EF. Dette bør Domstolen klart give udtryk for, og den kan ikke afvise at anse et organ for at være en »ret«, såfremt organet har denne status i medfør af national ret.

Denne definition tager højde for de krav, der stilles til begrebet »domstol« i den europæiske menneskerettighedskonvention, navnlig i artikel 6, stk. 1, således som bestemmelsen er blevet fortolket af institutionerne i Strasbourg. Ved hjælp af denne fælles referenceramme — konventionen er blevet ratificeret af alle medlemsstaterne — kan man overvinde de vanskeligheder, der ellers kunne opstå som følge af de forskellige opfattelser af domstolsfunktionen, der gør sig gældende for de forskellige retsordener.

105 — Det erindres, at Domstolen i Job Centre I-dommen, der er omtalt i fodnote 66, *a limine* afviste et præjudicielt spørgsmål, der var forelagt af en ret i forbindelse med en sag, hvor der ikke var nogen tvist, men hvor der derimod var tale om en sag inden for rammerne af den frivillige retspleje.

86. Modsat må det være sådan, at organer, som ikke er en del af det nationale domstolssystem, dvs. organer, som ikke har fået tillagt kompetence til at afgøre, »hvad der er gældende ret«, ved at fortolke og anvende retsregler¹⁰⁶ under retssager, ikke bør anses for at være »retter«. Som jeg allerede har nævnt, er et præjudicielt spørgsmål udtryk for en dialog mellem retsinstanser.

C — Undtagelse: Begrebet omfatter organer, der — uden at de indgår i det nationale domstolssystem — i henhold til den nationale retsorden har det sidste ord

87. Kun undtagelsesvis bør Domstolen antage præjudicielle spørgsmål, der forelægges af organer, der ikke er en del af det nationale domstolssystem, til realitetsbehandling, nemlig når det forelæggende organ, uanset at det står uden for det almindelige domstolshierarki, i henhold til den nationale retsorden har det sidste ord, idet dets afgørelser ikke kan appelleres. Under disse omstændigheder tilsiger formålet med og eksistensberettigelsen af den præjudicielle forelæggelse, at Domstolen

106 — Nogle af de organer, der henhører under den udøvende magt, fortolker og anvender retsregler, men de kan ikke af den grund anses for at udøve en retslig funktion. *Ius dicere*-funktionen, dvs. det at fastslå, hvad der er ret i den konkrete sag, begrænser sig ikke til anvendelsen af lovgivningen. Funktionen går videre. Den »spiller« en potentiel retsskabende rolle. Retten anvender i nogle situationer eksisterende retsregler, i andre situationer går den et skridt videre, idet den udleder regler ved at anvende juridiske grundsætninger, og på den måde skaber den ret. En forvaltningsakt kan aldrig sidestilles med en dom. Dens formål er ikke at fastslå, hvad der er gældende ret, men at dække konkrete behov. Den funktion, den varetager, er, henset til dens formål, metajuridisk, selv om retsregler er bestemmende for og afgrænser dens funktion (jf. R. de Mendizábal: *Código con un juez sedente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, s. 165-166).

besvarer de spørgsmål, som forelægges af sådanne organer¹⁰⁷. Uanset at den præjudicielle procedure på nuværende tidspunkt er konsolideret, er det fortsat nødvendigt, at Domstolen sikrer sig, at situationer, der er reguleret af fællesskabsretten, ikke udelukkes fra Domstolens kompetence, og de relevante fællesskabsretlige regler på den måde bliver genstand for en ensartet fortolkning.

88. Disse situationer er imidlertid ikke blot undtagelser. De eksisterer praktisk talt ikke, på grund af anerkendelsen af borgerens ret til at nyde godt af en effektiv domstolsbeskyttelse, hvilket kræver, at der ikke må findes områder, der er undtaget fra retslig kontrol.

Retten til at anlægge sag ved en domstol (*accès à un tribunal*) er omfattet af den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1. Selv om det er klart, at denne bestemmelse kun udtrykkeligt vedrører de garantier, der skal være til stede i forbindelse med en retfærdig rettergang, er det dog klart, at disse garantier ville være ineffektive, hvis man ikke anerkendte den forudsætningsvise ret til en domstolsbeskyttelse. Princippet om rettens forrang kan ikke gennemføres i praksis, hvis borgerne ikke har adgang til at få deres ret fastslået under en retssag. »Retfærdighed, offentlighed og omhu i forbindelse

med rettergangen tjener intet formål, hvis der ikke er en retssag»¹⁰⁸. Omvendt er der heller ikke tale om en effektiv domstolsbeskyttelse, hvis retssagen ikke er forbundet med disse processuelle garantier. »Adgangen til at forelægge sin sag for en dommer« og »processuelle garantier« udgør således et uadskilleligt hele, hvilket gør det muligt at hævde, at der ikke er tale om en effektiv domstolsbeskyttelse, hvis disse garantier ikke er til stede, herunder det dømmende organs uafhængighed og den kontradiktoriske rettergangsform.

Domstolen har også i sin praksis fastslået, at »adgangen til domstolsprøvelse»¹⁰⁹, forstået som privates ret til at anlægge sag ved den kompetente domstol for at få anerkendt de rettigheder, de har i medfør af fællesskabsretten, er en forudsætning for deres effektive håndhævelse.

I Johnston-dommen¹¹⁰ og i Heylens-dommen¹¹¹ blev konturerne af den nævnte ret skitseret. Det er som nævnt en forudsætning for udnyttelsen af denne ret, at der findes en mulighed for at anfægte en hvilken som helst afgørelse, der træffes af en national myndighed, som afskærer borgeren fra at udnytte en rettighed, han er blevet tillagt i medfør af fællesskabsretten. Enhver borger i en medlemsstat har således

107 — Jeg har flere gange i dette forslag omtalt Domstolens holdning til nødvendigheden af dels at udstrække anvendelsen af den præjudicielle procedure, dels at tilsi-
k-
re den ensartede anvendelse af fællesskabsretten ved at antage spørgsmål til realitetsbehandling, der forelægges af organer, hvis afgørelser ikke kan appelleres.

108 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 21.2.1975, Golder mod Det Forenede Kongerige, serie A, nummer 18, præmis 36. [Den officielle franske version har følgende ordlyd: »Équité, publicité, et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès«, Den officielle engelske version har følgende ordlyd: »The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings«].

109 — Jf. generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i Johnston-sagen, dom af 15.5.1986, sag 222/84, Sml. s. 1651.

110 — Nævnt i fodnoten ovenfor.

111 — Dom af 15.10.1987, sag 222/86, Sml. s. 4097.

ret til at anlægge sag med henblik på at få gennemtvunget sine rettigheder i medfør af fællesskabsretten¹¹². Det bør være en anekdote i medlemsstaternes retsordener, at der findes administrative afgørelser, der ikke kan prøves af en domstol.

89. Som betingelse for at besvare et præjudicielt spørgsmål, der forelægges af et organ, der i henhold til den nationale lovgivning ikke er del af medlemsstatens domstolssystem, bør Domstolen sikre sig, at organet fuldt ud opfylder de kriterier, som fremgår af dens egen praksis og Menneskerettighedsdomstolens praksis af de grunde, der er angivet ovenfor, specielt de kriterier, der vedrører organets uafhængighed og den kontradiktoriske rettergangsform.

90. Hvad angår det sidste krav bør Domstolen se bort fra de begrænsninger, den har opstillet i sine domme¹¹³. Indtil de nyeste uheldige domme blev afsagt, var det efter praksis kun i situationer, hvor rettergangens manglende kontradiktoriske karakter

blev opvejet af, at dommeren var neutral i forhold til tvistens parter, at der kunne slækkes på dette princip.

91. For så vidt angår kravet om, at det organ, der skal træffe afgørelse i sagen, og som forelægger det præjudicielle spørgsmål, skal være uafhængigt, er det endnu mere nødvendigt, at Domstolen ikke slækker på kriterierne¹¹⁴. I enkelte tilfælde er Domstolen gået meget langt i sin fortolkning af dette afgørende princip, der ligger til grund for den retslige funktion, og har derved forvansket det¹¹⁵.

92. Uafhængighed er ikke en tilfældig egenskab, men en egenskab, der er snævert forbundet med den dømmende funktion. Den omfatter to aspekter, et personelt og et funktionelt. Det første aspekt retter sig direkte mod den person, som skal træffe afgørelse i sagen, og indebærer, at udøvelsen af den dømmende myndighed skal være forbundet med visse garantier, såsom en garanti for, at dommeren ikke kan afsættes. Det funktionelle aspekt indebærer, at der ikke må være hierarkiske bånd mellem det retslige organ og andre myndigheder, bortset fra dem, der følger af adgangen til at appellere afgørelsen til en højere instans. Uafhængigheden skal ikke blot gøre sig gældende *udadtil*, dvs. over for påvirkning fra elementer, der står uden for den dømmende myndighed og retssagen, den skal også gøre sig gældende internt i forhold til de modstående interesser. Her er uafhængighed lig med upartiskhed. Når alt kommer til alt, kan man ikke være både dommer og part på én gang, og det er ikke

112 — Med andre ord må retssubjekterne ikke i medfør af bestemmelser desangående i de nationale processuelle regler fratages muligheden for at gøre deres rettigheder efter fællesskabsretten gældende for de nationale domstole. Ved dette princip tilsikres, at de nationale myndigheders administration af fællesskabsretten er underlagt en retslig kontrol. Der må ikke være nogen undtagelse fra dette princip. Generaladvokat Darmon påpegede i punkt 54 i sit forslag til afgørelse i Corbiau-sagen (omtalt i fodnote 12), at for så vidt angår fællesskabsretten har enhver borger en umistelig ret til at henvende sig til en »ret« som omhandlet i artikel 234 EF, når der opstår et fortolkningsspørgsmål, uanset om et sådant retsmiddel er begrænset efter national ret.

113 — Den begrænsning, der går ud på, at det udelukkende er op til den nationale ret at afgøre, om det er hensigtsmæssigt eller ej, at spørgsmålet forelægges efter en kontradiktorisk retsforhandling (Simmenthal og Ligur Carni m.fl.-dommen, omtalt i fodnote 34 og 35). Eller den, der uden videre fastslår, at en rettergangsform er kontradiktorisk, når parterne er blevet hørt af den myndighed, der traf den afgørelse, der er indbragt for det organ, der har forelagt spørgsmålet, selv om der ikke for det forelæggende organ finder nogen retsforhandling sted (Dorsch Consult-dommen, omtalt i fodnote 16).

114 — Dette haster, bl.a. som følge af den nylige stigning i antallet af præjudicielle spørgsmål, der forelægges af administrative organer, der har kompetence til at afgøre tvister om indgåelse af offentlige kontrakter.

115 — Garbalfria m.fl.-dommen, der er omtalt i fodnote 27, er et typisk eksempel herpå.

muligt at tale om en retslig funktion, hvis der ikke findes et upartisk og uafhængigt organ.

kun er bundet af én ting, nemlig lovgivningen.

93. Sidestillingen af princippet om uafhængighed med betingelsen om, at den, der skal afgøre sagen, skal være udenforstående i forhold til de stridende parter, er en forenkling af begreberne. Denne betingelse er som allerede anført¹¹⁶ nødvendig, men ikke tilstrækkelig til at garantere uafhængigheden. Uafhængighed omfatter meget mere; den omfatter det, at være neutral i forhold til sagens parter og genstanden for tvisten, dvs. udelukkelse af enhver interesse i sagens udfald, der ikke er legitimeret af lovgivningen¹¹⁷, hvilket understreger nødvendigheden af at regulere de tilfælde, hvor dommere ikke må deltage i behandlingen af en sag, og de omstændigheder, hvorunder de kan afsættes. Men det er også frihed i forhold til de organer, der befinder sig på et højere trin i hierarkiet, i forhold til regeringsorganerne, i forhold til de øvrige dele af statsmagten samt i forhold til pression, der udøves af forskellige samfundsgrupper. Princippet om dommeres uafsættelighed er årsag til og en følge af den retlige uafhængighed og består i, at de ikke kan opsiges, suspenderes, forflyttes eller pensioneres ud over i de tilfælde og med de garantier, der er angivet i lovgivningen¹¹⁸. Endelig må det anføres, at uafhængigheden udadtil er dommerens personlige ansvarlighed, som uden udgør modstykket til, at dommeren

Upartiskhed og uafhængighed er skrøbelige størrelser, og de bør beskyttes mest muligt. De organer, hvis afgørelser delvis eller teoretisk kan ændres eller tilbagekaldes af en ikke-retlig myndighed, er ikke fuldstændig uafhængige og kan derfor ikke yde borgerne en fulgyldig retsbeskyttelse¹¹⁹.

94. For at kunne vurdere, om det organ, der forelægger et præjudicielt spørgsmål, er en »ret«, er Domstolen således nødsaget til at sikre sig, at det opfylder kriteriet om uafhængighed i alle dets afskygninger samt betingelsen om, at det ikke er bundet af andet end lovgivningen, ved hjælp af klare regler om udnævnelse og forbliven i embedet, om de tilfælde, hvor dommere ikke må deltage i behandlingen af en sag og skal vige deres sæde, og om afsættelse af organets medlemmer. Sådanne regler garanterer, at organet er neutralt i forhold til de stridende parter og er immunt overfor enhver form for uvedkommende forslag og instruktioner samt åbenlyse eller skjulte forsøg på pression.

95. Sammenfattende kan det anføres, at præjudicielle spørgsmål som hovedregel kun kan forelægges af organer i forbindelse med retssager, hvor de skal afgøre en tvist, hvorved de udøver dømmende myndighed. Spørgsmål, der forelægges af andre organer,

116 — Jf. fodnote 13.

117 — Det er det, som P. Calamandrei kaldte en psykologisk holdning, der kan karakteriseres som oprindelig ligegyldighed. *Elogio dei Giudici scritto da un avvocato*, Ponte Alle Grazie, Firenze, 1989, s. XXIX og 122. Det, at der ikke findes upartiskhed, er det samme som at »forlægge essensen af judicial virksomhed« (den spanske forfatningsdomstols dom 142/1997).

118 — H. Sidgwick (som R. de Mendizábal henviser til på side 201 i den bog, der er omtalt i fodnote 106) anførte i *The Elements of Politics*, at den omstændighed, at dommerne udnævnes af den lovgivende eller den udøvende magt, ikke bringer deres uafhængighed i fare, hvis der til udnævnelsen knyttes garantier om, at dommerne ikke kan afsættes eller degraderes.

119 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 19.4.1994, serie A, nr. 288, Van de Hurk mod Nederlandene, præmis 45, og af 25.2.1997, Findlay mod Det Forenede Kongerige, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I, præmis 77.

kan — som en undtagelse fra hovedreglen — kun antages til realitetsbehandling, hvis deres afgørelser ikke kan indbringes for nogen højere national retsinstans og under den forudsætning, at organerne er uafhængige og anvender en kontradiktorisk rettergangsform.

D — De fordele, der er forbundet med dette forslag

96. Med den nye indfaldsvinkel til begrebet »en ret i en af medlemsstaterne«, som jeg foreslår, bliver Domstolens arbejde mere enkelt, og mit forslag vil have den positive virkning, at der opnås resultater, der er langt klarere, end hvad der er tilfældet i dag. Når der forelægges præjudicielle spørgsmål af et organ, der henhører under en medlemsstats domstolssystem, skal Domstolen kun efterprøve, at organet forelægger spørgsmålet i sin egenskab af dømmende myndighed. Hvis spørgsmålet forelægges af et organ, der ikke er en del af dette domstolssystem, vil Domstolen i første omgang skulle tage stilling til, om organets afgørelser kan indbringes for et organ inden for det nationale domstolssystem og efterfølgende anlægge en restriktiv vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt organet opfylder de kriterier, der er afgørende for, at organet kan anses for at udøve en judiciel funktion.

97. Det må desuden forventes, at der vil ske en reduktion af antallet af præjudicielle spørgsmål, hvis de foreslåede kriterier lægges til grund.

Jeg har allerede anført i punkt 41 i mit forslag til afgørelse i Kofisa-sagen¹²⁰, at en væsentlig stigning i antallet af de spørgsmål, som Domstolen skal besvare, indirekte vil kunne true den ensartede fortolkning af fællesskabsretten, som er selve formålet med den præjudicielle procedure. Ved at antage præjudicielle spørgsmål, der forelægges af organer, der ikke er en del af det nationale domstolssystem, til realitetsbehandling forøges Domstolens arbejdsbyrde, og sagsbehandlingstiden forlænges tilsvarende. Den forhaling af sagsbehandlingstiden, der følger af forelæggelsen af unødvendige¹²¹ præjudicielle spørgsmål, kan afholde de egentlige retter i medlemsstaterne fra at forelægge spørgsmål, der er nødvendige for den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, hvorved det retlige samarbejde, der er forudsat i artikel 234 EF, bliver påvirket i negativ retning.

98. Endelig bør man ikke negligere de konsekvenser, som den kompetence, Domstolen har tillagt retterne i medlemsstaterne, har på retskildesystemet. I overensstemmelse med Simmenthal-dommen¹²² er de retsinstanser i medlemsstaterne, der har kompetence til at bringe fællesskabsretten i anvendelse, forpligtet til at garantere disse reglers fulde effektivitet, idet de om nødvendigt skal undlade at anvende modstridende bestemmelser i den nationale lovgivning, uanset om disse bestemmelser er indført efterfølgende, ligesom retsinstanserne ikke er forpligtet til at anmode om eller afvente, at lovgivningsmagten ophæver disse regler eller, at de ophæves i

120 — Dom af 11.1.2001, sag C-1/99, Sml. I, s. 207.

121 — Jf. punkt 78 i dette forslag.

122 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

forbindelse med en speciel forfatningsmæssig procedure.

99. I *Factortame-dommen*¹²³ tilføjede Domstolen, at fællesskabsrettens fulde virkning ligeledes ville blive begrænset, hvis en national retsregel kunne forhindre en ret, der skal træffe afgørelse i en sag, hvor fællesskabsretten finder anvendelse, i at træffe foreløbige forholdsregler med henblik på at sikre den fulde virkning af den afgørelse, den skal træffe. I den situation er den berettiget til at se bort fra den nationale regel¹²⁴.

100. Under alle omstændigheder giver Domstolens vide fortolkning af begrebet »ret i en af medlemsstaterne« i artikel 234 EF anledning til alvorlige problemer, i det omfang Domstolen efter gældende praksis betragter organer som retter, som ikke har denne status efter den nationale lovgivning, idet den identitet, der bør være mellem dem, der forelægger spørgsmålet, og dem, der modtager svaret, derved fordrejes. Selv om man til nød kan have forståelse for, at Domstolen udstrækker begrebet, som den desværre har gjort, til også at omfatte administrative organer, er det særdeles vanskeligt at forstå, hvorfor den i sit svar tildeler organets medlemmer en kompetence, de ikke har efter den nationale lovgivning, og således griber ind i det

pågældende forfatningsretlige system. Når Domstolen tillægger de nationale domstole en omfattende kompetence som fællesskabsretlige retsinstanser¹²⁵ — i hvilken forbindelse der blot kan henvises til den kategoriske ordlyd af *Simmenthal-dommen*, som jeg lige har omtalt — er det uforståeligt, at denne kompetence tillægges organer, som i henhold til det lands lovgivning, der gælder for disse organer, ikke er en del af den dømmende magt og blot betragtes som administrative organer. Det er endnu mere vanskeligt at forstå, at Domstolen, når den besvarer et spørgsmål fra et organ, som den betragter som en »ret«, på trods af, at organet ikke betegnes som sådan i den stat, det tilhører, udelukkende henvender sig til de organer, der indgår i det nationale domstolssystem¹²⁶.

101. Jeg tror ikke, at det er nødvendigt at påpege det uhensigtsmæssige i at udstrække kompetencen til at undlade at anvende nationale retsregler til også at omfatte administrative organer. Der er kort sagt tale om endnu et forhold, der tilsiger, at kompetencen til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen bør begrænses til egentlige retsorganer, bortset fra de ovenfor beskrevne undtagelsestilfælde.

123 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Sml. I, s. 2433.

124 — Det fremgår af dommens præmis 21, at denne retspraksis også gælder for organer, der har kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål. I den følgende præmis tilføjer Domstolen, at den effektive virkning af den ordning, der er indført ved EØF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), ville blive svækket, hvis en national retsinstans, som udsætter sagen på Domstolens besvarelse af dens præjudicielle spørgsmål, ikke kunne træffe foreløbige forholdsregler for at sikre sig den effektive virkning af den dom, den skal afsige, når Domstolen har besvaret spørgsmålet.

125 — R. Alonso García beskriver i bogen: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, udgivet af Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, s. 332 og 333, den forvirring, der er opstået i praksis efter dommen af 22.6.1989, sag 103/88, *Fratelli Costanzo*, Sml. s. 1839, i hvilken Domstolen uden videre anførte, at forpligtelsen til ikke at anvende nationale regler, der er i strid med fællesskabsretten, ikke blot påhviler de retslige organer, men også de administrative myndigheder. Domstolen burde have nuanceret dette udsagn, således at det fremgik, at denne uforenelighed forinden skal være fastslået af Domstolen.

126 — Jf. A. Barav's artikel: »La plénitude du juge national en sa qualité de juge communautaire« i *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, udgivet af Dalloz, Paris 1991, s. 1 ff.

4. Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale

borgernes klager over deres skatteansættelser.

102. Som det vil fremgå af det følgende, må jeg indrømme, at Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale er et grænsetilfælde, idet det er meget tvivlsomt, om dette organ kan anses for at være en »ret« i henhold til artikel 234 EF, set i lyset af Domstolens praksis. Men som jeg også vil påvise, illustrerer dette ekstreme tilfælde til perfektion, hvorfor en kursændring som den, jeg foreslår, er ønskelig.

Spørgsmålet er blevet forelagt af et kollegialt organ, der udadtil fremstår som et retsligt organ, men som rent faktisk ikke er det. For at kunne foretage en analyse af dette organs nærmere karakter er det nødvendigt at foretage en gennemgang af de belgiske regler om klageadgangen inden for skatte- og afgiftsområdet på provinsniveau og på kommunalt niveau.

103. Ved lov af 23. december 1986¹²⁷ fik provinsrådenes permanente organ af deputerede¹²⁸, når de fungerer i deres egenskab af retslige organer, kompetence til at afgøre

104. Dette organ er et kollegialt organ, der består af syv personer, hvoraf de seks vælges af provinsrådet blandt dets medlemmer og den syvende er provinsguvernøren, der er organets formand¹²⁹. Mandatet er bundet til provinsrådets mandat, og varigheden heraf er derfor for tiden seks år¹³⁰. Udnævnelsen kan ikke trækkes tilbage, og udvalgets medlemmer kan ikke være genstand for disciplinærfølgning¹³¹. Personer, der tilhører den dømmende magt, præster, embedsmænd og medarbejdere i provinsadministrationen og den kommunale administration kan ikke udnævnes til medlemmer af organet, hvilket også gælder for borgmestre og de folkevalgte rådmænd¹³².

105. Det permanente organ er det udøvende organ i provinsen og forener

127 — »Lov om inddrivelse af kommune- og provinsskat og om påklage af skatteansættelser« (*Moniteur belge* af 12.2.1987).

128 — Jf. artikel 5 og 9.

129 — Artikel 96 og 104 i provinsloven af 30.4.1836 (den tekst, der er optrykt i *Moniteur belge* af 23.12.1891), som affattet ved lov af 25.6.1997.

130 — Artikel 100 i provinsloven, der er nævnt i forrige fodnote, som affattet i henhold til artikel 10 i lov af 15.5.1949. Varigheden af mandatet er fastsat til seks år i medfør af artikel 224 i lov af 16.7.1993.

131 — Jf. punkt 1, tredje afsnit, i afsnittet »funktion og kompetence« i det svar, som den belgiske regering har givet på de spørgsmål, Domstolen har stillet.

132 — Uforenelighedsspørgsmålet er reguleret i artikel 27 i konstitutionel lov af 19.10.1921 om provinsvalg. Reglerne suppleres af artikel 71 i den nye kommunelov af 24.6.1988, kodificeret ved kongeligt dekret af samme dato (*Moniteur belge* af 3.9.1988), som blev ratificeret ved lov af 26.5.1989 (*Moniteur belge* af 30.5.1989).

administrative, lovgivningsmæssige og judicielle funktioner¹³³. Når det optræder som judicielt organ, sker det i forbindelse med en kontradiktorisk rettergangsform¹³⁴. Hvis tvisten vedrører mindst 10 000 BEF, kan afgørelsen indbringes for Cour d'appel. Cour d'appel's afgørelse eller det permanente organs afgørelse, hvis Cour d'appel ikke er kompetent, kan indbringes for kassationsretten¹³⁵.

tilbage, og de er underlagt de samme inhabilitetsregler som dem, der gælder for de tilsvarende organer i provinserne¹³⁹. Reglerne om rettergangsmåden er identiske med dem, der gælder for de nævnte organer, når de udøver en judicial funktion¹⁴⁰, og betingelserne for retslig prøvelse af dets afgørelser er ligeledes identiske¹⁴¹.

106. I overensstemmelse med artikel 83d, stk. 2¹³⁶, i lov af 12. januar 1989 om institutionerne i Bruxelles¹³⁷ tilkommer de retslige funktioner, der i provinserne udøves af ovennævnte permanente organ, i hovedstadsregionen Bruxelles et organ bestående af ni medlemmer, der udpeges for en ubegrænset periode af Regionsrådet efter forslag fra regeringen¹³⁸. Dette organ er Collège juridictionnel.

108. Artikel 9 i loven af 24. december 1996¹⁴² bestemte, at de permanente organer behandler klagerne i deres egenskab af administrative organer. Af bestemmelsens stk. 2 fremgik det derimod, at Collège juridictionnel fortsat havde kompetencen for så vidt angår hovedstadsregionen Bruxelles.

107. Selv om der ikke findes nærmere regler om dette organ, kan dets medlemmer ikke være genstand for disciplinær forfølgning, deres udnævnelse kan ikke trækkes

139 — Jf. artikel 83d, stk. 2, andet afsnit, i lov af 12.1.1989, samt punkt 1 og 2 i afsnittet »funktion og kompetence« i den belgiske regerings ovennævnte svar.

140 — Jf. artikel 83d, stk. 2, tredje afsnit, i loven af 1989.

141 — Jf. den artikel, der er nævnt i den foregående fodnote, sammenholdt med artikel 7 i lov af 23.12.1986. Den henvisning, der findes i artikel 83d i loven af 1989 til de processuelle regler, der gælder for de permanente organer, omfatter også reglerne om retslig prøvelse, jf. i den forbindelse de to sidste afsnit i den belgiske regerings svar, hvor det anføres, at kollegiets afgørelse kan påklages til Cour d'appel, hvis det omtvistede beløb er lig med eller større end 10 000 BEF. I næste linje tilføjes det, at der er adgang til at indbringe »det permanente organs« afgørelse (sic) eller dets afgørelser i anden instans for kassationsretten. Dette er konsekvensen af, at henvisningen i artikel 83d også omfatter reglerne om retslig prøvelse, dvs. artikel 7 i loven af 1986. Når der således er mulighed for både at indbringe organets afgørelse for Cour d'appel og for kassationsretten, alt afhængig af hvilken sag der er tale om, må henvisningen til »det permanente organ« i den belgiske regerings svar ud fra sammenhængen forstås som en henvisning til Collège juridictionnel.

142 — *Moniteur belge* af 31.12.1996.

133 — Jf. første kapitel i afsnit VII i den allerede omtalte provinslov, samt M. Uyttendaele i: *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, udgivet af Bruylant, Bruxelles, 1997, s. 1034-1035.

134 — Jf. artikel 104a i regionsloven af 1836, der er inkorporeret i lov af 6.7.1987 (*Moniteur belge* af 18.8.1987) og kongeligt dekret af 17.9.1987 (*Moniteur belge* af 29.9.1987).

135 — Jf. artikel 7 i den allerede omtalte lov af 23.12.1986.

136 — Inkorporeret i speciallov af 16.7.1993.

137 — *Moniteur belge* af 14.1.1989.

138 — Mindst tre medlemmer skal tilhøre den mindste sproggruppe.

109. Denne ændring gav anledning til, at der for Cour d'arbitrage¹⁴³ blev anlagt en sag med påstand om, at den nævnte regel var i strid med artikel 10 og 11 i den belgiske forfatning. I dommen fastsloges det, at artikel 9 i loven af 24. december 1996 faktisk var i strid med ligebehandlingsprincippet, idet der ved bestemmelsen var indført en ordning, hvor indbyggerne i Bruxelles blev behandlet anderledes end borgerne i resten af landet. De førstnævnte havde mulighed for at indbringe deres klage for et egentligt retsligt organ, mens de andre måtte stille sig tilfreds med en administrativ behandling af deres klage. Som konsekvens heraf ophævede Cour d'arbitrage bestemmelsen, og man vendte tilbage til den tidligere gældende ordning med virkning fra ikrafttrædelsesdatoen¹⁴⁴.

110. Ved en ny lov af 15. marts 1999 om klageadgangen på skatte- og afgiftsområdet¹⁴⁵ blev de permanente organer frtaget den omhandlede kompetence, og den blev i stedet tillagt provinsguvernøren eller et kollegialt organ bestående af kommunale repræsentanter (som administrative organer), alt afhængig af, om klagen vedrører provinsskatter eller kommunale skatter og afgifter. Disse organers afgørelser kan påklages til den stedligt kompetente ret i første instans¹⁴⁶.

111. Efter reformen i 1999 er der opstået tvivl om, hvorvidt Collège juridictionnel

fortsat har kompetence til at afgøre klager over hovedstadsregionen Bruxelles' egne skatteansættelser. Artikel 9 i loven af 1996 bestemte, at skatteyderen i provinserne kunne indgive klage til det permanente organ, der fungerede som administrativ myndighed, hvorimod den kompetente myndighed i hovedstadsregionen var Collège juridictionnel. Bestemmelsen blev uden videre ophævet i sin helhed af Cour d'arbitrage. Ved loven af 15. marts 1999 genindførtes bestemmelsen, dog uden henvisning til Collège juridictionnel. Der er imidlertid ikke noget, der tyder på, at artikel 83d i loven af 1989, der omhandler institutionerne i hovedstadsregionen Bruxelles, er blevet ophævet, hvorfor jeg i første omgang mener at kunne udlede, at klager over denne regions skatteansættelser skal indgives til dette specifikke organ.

Hvis jeg imidlertid går et skridt videre i analysen, må jeg konstatere, at Collège juridictionnel ved den førnævnte artikel 83d fik tillagt kompetencen til at udøve de judicielle funktioner, som i provinserne tilkom det permanente organ. Man ønskede, at den sidstnævnte myndighed under alle omstændigheder ikke længere skulle spille nogen rolle i de kommunale skattesager, og heller ikke Collège juridictionnel. Men der er en mere tungtvejende grund, der cementerer denne antagelse: Det drejer sig om ratio decidendi i Cour d'arbitrage's dom nr. 30/98, hvorved førnævnte artikel 9 i udgaven af 1996 blev ophævet, fordi der ved bestemmelsen var indført en retlig procedure for så vidt angår hovedstadsregionen Bruxelles og en administrativ procedure for provinserne. Det forhold, at man i loven fra 1999 fastholdt Collège juridictionnel's kompetence, medførte således, at den ulige behandling af borgerne,

143 — Det er den belgiske forfatningsdomstol.

144 — Dom nr. 30/98 af 18.3.1998.

145 — *Moniteur belge* af 27.3.1999.

146 — Jf. artikel 9 og 10 i loven af 24.12.1996, som affattet ved artikel 91 og 92 i lov af 15.3.1999.

der blev underkendt af forfatningsdomstolen i dommen af 1998, blev genindført ¹⁴⁷.

112. Den juridiske litteratur i Belgien har uden forbehold karakteriseret de nævnte permanente organer som politiske organer ¹⁴⁸. Efter min opfattelse kan man ikke sige det samme om Collège juridictionnel. Det er rigtigt, at begge organer udøver de samme funktioner i kraft af, at de anvender samme procedure i forbindelse med behandlingen af klagesagerne, men organets sammensætning og dets enekompetence giver det en selvstændig profil.

113. De permanente organer henhører, uanset de uforenelighedsregler, der gælder for dets medlemmer, under det relevante provinsråd, hvis medlemmer er folkevalgte ¹⁴⁹, og deres mandat er som tidligere anført knyttet til dette politiske organs

mandat. Organet ledes af guvernøren, som er regeringens repræsentant i provinsen ¹⁵⁰. Han har stemmeret, og hans stemme er udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed ¹⁵¹. Organet beskæftiger sig endvidere med såvel politiske, som administrative og judicielle opgaver, en blanding, som ikke forekommer at være den mest hensigtsmæssige garanti for medlemmernes uafhængighed ¹⁵².

114. Collège juridictionnel er derimod sammensat af personer, der — selv om de er underlagt de samme uforenelighedsregler som medlemmerne af de permanente organer — ikke kommer fra regeringsstrukturen, selv om de er udpeget af regeringen for hovedstadsregionen Bruxelles. Vigtigere er det imidlertid, at deres mandat ikke er forbundet med den udnævrende myndigheds mandat. Desuden udøver det kun

147 — T. Afschrift og M. Igalson ser ud til i artiklen »La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999« i *Journal des tribunaux*, nr. 593, 26.6.1999, s. 48 ff., afsnit 132, at være af samme opfattelse. De anfører her, at det efter Cour d'arbitrage's dom havde været at foretrække, om man i regionen Flandern og i regionen Wallonien havde oprettet organer, der var identiske med Collège juridictionnel. Lovgiver valgte i 1999 det modsatte: Klager af rent administrativ karakter kan efterprøves af et judicielt organ.

148 — M. Leroy har i *Contentieux administratif*, udgivet af Bruylant, Bruxelles, 1996, s. 96, 97 og 98, anført, at de permanente organer frem for alt er politiske organer, og selv om deres afgørelser i praksis sjældent kritiseres for at være partiske, er der ikke ud fra et principielt synspunkt nogen grund til at ophæve politikerne til dommere. M. Uyttendaele har i *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, s. 1035, med hensyn til disse organer anført, at det er påfaldende at se et politisk organ udøve judicielle funktioner.

149 — Jf. artikel 2 i provinsloven af 30.4.1836, som affattet ved lov af 11.4.1936.

150 — Jf. artikel 4 i provinsloven af 30.4.1836, som affattet ved lov af 25.6.1997.

151 — Jf. første og tredje led i artikel 104 i førnævnte provinslov af 1836.

152 — De, som skal tage stilling til gyldigheden af en skatteansættelse, kommer fra det organ, der i kraft af dets regelfastsættende myndighed har vedtaget skatteudskrivningen, og som har gennemført skattekravet i sin egen skab af administrativ myndighed. T. Afschrift og M. Igalson har i »La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999«, afsnit 132, kritiseret det ved reformen i 1999 indførte kollegiale organ af kommunale repræsentanters manglende uafhængighed, og de har derudover anført, at dets medlemmer ikke vil være særligt tilbøjelige til at annullere de skatteansættelser, der er foretaget i medfør af regler, der er vedtaget af den kommunalbestyrelse, som de selv er en del af, og som er gennemført af embedsmænd, der arbejder direkte under dem. Ikke desto mindre besvarede Domstolen i dom af 19.3.1991, sag C-109/90, Giant, Sml. I, s. 1385, et præjudicielt spørgsmål, der var forelagt af Brabant provinsråds permanente organ. Domstolen tog stilling til spørgsmålets realitet uden først at undersøge den nærmere karakter af det forelæggende organ. Generaladvokat Jacobs, som i modsætning til Domstolen undersøgte spørgsmålet, hældede mest til den opfattelse, at spørgsmålet burde antages til realitetsbehandling, idet han lagde vægt på, at organet afholdt offentlige (rets)møder som led i en kontradiktorisk rettergangsmåde samt at organet var forpligtet til at begrunde sine afgørelser.

judicielle funktioner. Disse kendetegn har gjort det muligt for en del af retslitteraturen at hævde, at Collège juridictionnel er totalt uafhængigt af de lokale myndigheder¹⁵³.

således ikke drejer sig om en domstol, bør man ikke anse organet for at være en »ret« i den i artikel 234 EF forudsatte betydning.

115. Det forhold, at Collège juridictionnel ikke er en politisk instans, og den omstændighed, at det udøver sin kompetence uafhængigt af den myndighed, der har udpeget dets medlemmer, er faktorer, der på trods af deres vidtrækkende betydning, ikke automatisk gør det til en »ret« som forudsat i artikel 234 EF.

116. Collège juridictionnel er et organ, der er funktionelt uafhængigt, men som ikke desto mindre indgår i den administrative opbygning i hovedstadsregionen Bruxelles, der har tillagt det kompetence til at behandle klager over regionens skatteansættelser¹⁵⁴. Faktisk udgør det et filter mellem de administrative myndigheder, der foretager skatteansættelserne og indriver skattekravet over for skatteyderne, og domstolene¹⁵⁵. Det er derfor ikke en del af den dømmende magt, da dets medlemmer ikke må være dommere. Når det

117. Det er et faktum, at den belgiske retslitteratur ikke betvivler, at Collège juridictionnel udøver judicielle funktioner¹⁵⁶. Cour d'arbitrage fastslog ligeledes i dom nr. 30/98, at der for Collège juridictionnel »er tale om en retlig procedure«. Denne konklusion er imidlertid ikke i strid med min antagelse af, at det ikke er et judicielt organ. Cour d'arbitrage's dom blev afsagt i en sag, der var anlagt til prøvelse af, om loven fra 1986 var forfatningsstridig ud fra lighedsbetragtninger, og retten belyste forskelsbehandlingen ved at sammenligne de permanente organer med Collège juridictionnel. Til grund for afgørelsen lå den forskellige karakter af de to organer, hvilket jeg har redegjort for ovenfor.

Under alle omstændigheder er »udøvelsen af judicielle funktioner« ikke synonymt med begrebet »ret«. Domstolens praksis er, som det er fremgået, et godt eksempel herpå, og hensigten med dette forslag er netop at overvinde denne begrebsforvirring. Der er ingen, der har påstået, og det vil heller ikke være muligt at påstå, at Collège juridictionnel tilhører domstolssy-

153 — T. Afschrift og M. Igalson: »La procédure fiscale après les lois de 15 et 23 mars 1999«, afsnit 132.

154 — I henhold til artikel 83d i loven af 12.1.1989 er den kompetence, der i provinserne tilkommer de permanente organer, i hovedstadsregionen Bruxelles fordelt mellem regeringen for hovedstadsregionen og Collège juridictionnel: Førstnævnte har den administrative kompetence, sidstnævnte har den judicielle kompetence. Den regeludstedende myndighed er Rådet for Hovedstadsregionen henholdsvis regeringen (jf. artikel 6 og 38 ff. i loven).

155 — T. Afschrift og M. Igalson, hvis bog er nævnt ovenfor, giver udtryk for det samme i afsnit 132.

156 — B. Dambermont: *Taxes communales (Loi du 24 décembre 1996, analyse par article, textes légaux)*, udgivet af La Charte, Brugge, 1999.

stemet i Belgien, på trods af, at dets opgave er at afgøre klager i skattesager under en kontradiktorisk rettergang og ved hjælp af fortolkning og anvendelse af retsregler.

alligevel foretage en analyse af det præjudicielle spørgsmål.

118. Collège juridictionnel er altså ikke en »ret«. Dets afgørelser kan altid indbringes¹⁵⁷ for judicielle organer. Hvis det omtvistede beløb er lig med eller større end 10 000 BEF, skal sagen indbringes for Cour d'appel, i modsat fald kan sagen indbringes direkte for kassationsretten¹⁵⁸. Disse egentlige retslige organer vil så kunne anmode Domstolen om at besvare et korrekt formuleret præjudicielt spørgsmål, idet de har et større overblik over de nationale retsregler og optræder med den uafhængighed og det ansvar, der tilkommer et organ, der har fået til opgave at udøve dømmende myndighed. Jeg har allerede anført, at Collège juridictionnel er et grænsetilfælde, fordi det er meget tæt på at være en »ret«, men det er netop i et sådant tilfælde, at man må gå frem med den yderste varsomhed og klart angive, hvor grænsen går, uanset hvor subtil linjeføringen måtte være. På den baggrund foreslår jeg, at Domstolen erklærer sig inkompetent til at besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale.

119. Da det er muligt, at Domstolen ikke følger mit forslag på dette punkt, vil jeg

V — Gennemgang af det præjudicielle spørgsmål

120. Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale ønsker oplyst, om traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet er til hinder for, at der indføres en årlig afgift på parabolantennener.

121. Jeg vil begynde min analyse med at henlede opmærksomheden på, at medlemsstaterne — uanset at de direkte skatter på fællesskabsrettens nuværende udviklings-trin ikke som sådan henhører under Fællesskabets kompetence — er forpligtet til at udøve deres enekompetence under behørig hensyntagen til fællesskabsretten¹⁵⁹.

122. Artikel 49 EF indeholder et forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet. Efter Domstolens praksis kræver dette princip ikke blot afskaffelse af enhver forskelsbehandling af en tjenesteyder, der

157 — Jf. punkt 107 og fodnote 141.

158 — For at kunne tage stilling til, om et organs afgørelse er endelig i det interne retssystem, bør man lægge vægt på, om der er mulighed for at indbringe sagen for kassationsretten. Kassationsretten er ganske vist ikke en ny instans, men henset til dens formål, der er at fastlægge fortolkningen af de nationale retsregler og henset til formålet med den præjudicielle forelæggelse, der er at fastlægge fortolkningen af fællesskabsretten, kan man ikke betragte et organ, hvis afgørelser kan indbringes for en kassationsret, som værende sidste instans i henhold til artikel 234 EF.

159 — Jf. dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 21.

er hjemmehørende i en anden medlemsstat, på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en sådan tjenesteyder¹⁶⁰.

123. Tjenesteydelserne defineres i artikel 50 EF som de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer. Den frie udveksling af tjenesteydelser er sikret inden for Fællesskabet, og den skal være grænseoverskridende. Efter traktatens ordlyd er det kun tjenesteyderen, der er omfattet af beskyttelsen, men Domstolen har også anvendt bestemmelserne på tjenesteydelsesmodtagerne¹⁶¹, som således kan påberåbe sig de subjektive rettigheder, de er blevet tillagt i henhold til fællesskabsretten.

124. Domstolen har endvidere fastslået, at fjernsynsudsendelser er omfattet af bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser¹⁶², og at lovligheden af nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen

af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, afhænger af, om fire betingelser er opfyldt: Foranstaltningerne skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet¹⁶³.

125. Det følger heraf, at selv i tilfælde, hvor den omtvistede afgiftsmæssige hindring ikke måtte være udtryk for forskelsbehandling, skal den være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn og under alle omstændigheder være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

1. Er afgiftsregulativet udtryk for forskelsbehandling?

126. Ifølge ligebehandlingsprincippet, som artikel 49 EF er et specielt udtryk for, er ikke blot åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet forbudt, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier reelt fører til samme resultat¹⁶⁴. Det nævnte princip er således til hinder for

160 — Dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 10, og af 5.6.1997, sag C-398/95, SETTG, Sml. I, s. 3091, præmis 16.

161 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3953, og af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehrs, Sml. I, s. 7447, præmis 34.

162 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 6, af 18.3.1980, sag 52/79, Debaue m.fl., Sml. s. 833, præmis 8, og af 5.10.1994, sag C-23/93, TV10, Sml. I, s. 4795, præmis 13-16.

163 — Dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, og af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37.

164 — Dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8, og af 3.6.1992, sag C-360/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3401, præmis 11.

anvendelse af nationale bestemmelser, der vanskeliggør leveringen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne¹⁶⁵.

belgiske tv-operatører kun sender tv-signaler pr. satellit, påvirker den omtvistede afgift disse udenlandske tv-operatører i højere grad. Afgiften er således udtryk for forskelsbehandling.

127. Som Kommissionen har anført i sit indlæg, er en afgift på parabolantenner udtryk for materiel forskelsbehandling i to henseender.

128. For tjenesteydelsesmodtagernes vedkommende er den årlige afgift, uanset at den pålægges alle brugere uden hensyntagen til deres nationalitet eller bopæl, mere indgribende over for ikke-belgiske fællesskabsborgere, der er bosat i Watermael-Boitsfort. Disse brugere har til forskel fra belgiske statsborgere, der er bosat i deres eget land, ikke altid mulighed for at se fjernsynsudsendelser fra deres oprindelsesland via kabel, hvorfor de er mere interesserede i at se fjernsyn, der sendes over satellit.

129. For tjenesteydernes vedkommende udgør afgiften på parabolantenner en hindring for modtagelsen af fjernsyn via satellit. Da tv-operatører, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, til forskel fra

130. Men det følger af Domstolens praksis, at nationale bestemmelser, hvorefter der sondres mellem tjenesteydelser fra hjemlandet og de øvrige medlemsstater, og som derfor er udtryk for forskelsbehandling, alligevel kan være i overensstemmelse med fællesskabsretten, hvis der findes en bestemmelse i traktaten, der udtrykkeligt tillader den¹⁶⁶. Det fremgår af artikel 55 EF, at artikel 45 EF-48 EF, der findes i kapitlet om etableringsretten, finder anvendelse på den frie udveksling af tjenesteydelser. I artikel 46 er som undtagelser til begge rettigheder samlet de forholdsregler, der består i national lovgivning, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

131. De diskriminerende bestemmelser er efter min opfattelse ikke omfattet af de nævnte undtagelser og er derfor heller ikke i kraft af artikel 45-48 EF forenelige med fællesskabsretten. I et demokratisk samfund, der er baseret på ytrings- og kommunikationsfrihed, har en afgift på parabolantenner intet at gøre med den offentlige orden og borgernes sikkerhed.

165 — Dom af 5.10.1994, sag C-381/93, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5145, præmis 17, og af 28.4.1998, sag C-118/96, Safir, Sml. I, s. 1897, præmis 23.

166 — Dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085, præmis 32, og af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 24.

2. *Afgiftsregulativet som hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser*

operatører bosat på en anden medlemsstats område.

A — Påvirkningen af den frie udveksling af tjenesteydelser

132. For det tilfælde, at Domstolen ikke skulle anse de belgiske afgiftsregler for at være diskriminerende, er det nødvendigt at undersøge, om de er til hinder for den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, og om de i bekræftende fald er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn.

133. Den periodiske afgift på parabolantenner kan påvirke den frie udveksling af audiovisuelle tjenesteydelser mærkbart, både set ud fra tjenesteydelsesmodtagerens og tjenesteyderens synsvinkel.

134. For den første gruppes vedkommende kan en årlig afgift på parabolantenner virke demotiverende for seerne eller gøre betingelserne for modtagelse af tv-udsendelser via satellit mere byrdefulde. For tjenesteydernes vedkommende kan afgiftspålæggelsen — ved at gøre det mindre attraktivt at modtage tv-udsendelser pr. satellit — reducere muligheden for grænseoverskridende udsendelse af tv-programmer for

135. Indførelsen af en årlig afgift på parabolantenner ved hjælp af et kommunalt regulativ udgør en hindring for benyttelsen af dette modtageredskab og dermed i sidste instans for den frie udveksling af audiovisuelle tjenesteydelser via satellit¹⁶⁷.

B — Den manglende berettigelse

136. Det fremgår af Domstolens praksis, at den frie udveksling af tjenesteydelser, der er et grundlæggende princip i traktaten, kun kan begrænses ved regler, der

- 1) er begrundet i almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver den pågældende virksomhed på vedkommende stats område, og kun i det omfang, disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af bestemmelser, fællesskabsborgeren er

¹⁶⁷ — Man bør i denne forbindelse ikke se bort fra, at størrelsen af den årlige afgift (5 000 BEF) udgør et betragteligt beløb set i forhold til prisen for anskaffelse af en parabolantenne. Under alle omstændigheder er der ikke tvivl om, at formålet med afgiften er at modvirke udbredelsen af dette modtageudstyr. Dette er da også anført i afgiftsregulativet som argument for indførelsen af afgiften: »henset til det stigende antal parabolantenner [...]».

undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret

stopper for den ureglementerede udbredelse af parabolantennor på kommunens område og dermed bevare kvaliteten af miljøet«.

2) er nødvendige for at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og

3) ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål¹⁶⁸.

137. Det forholder sig således, at den belgiske regering ikke har fremsat bemærkninger i sagen, og derfor kan der kun gisnes om den mulige begrundelse for denne hindring for den fri udveksling af tjenesteydelser.

138. Kommissionen har med henvisning til det cirkulære, som ministeriet for hovedstadsregionen Bruxelles sendte til kommunerne den 31. august 1999, anført, at afgiften på parabolantennor er begrundet i hensynet til bymiljøet, eftersom formålet med afgiften er at bevare bygningernes æstetiske præg. Watermael-Boitsfort kommune erkendte dette i skrivelse af 27. april 1999 til Collège juridictionnel, idet den anførte, at »afgiften på parabolantennor er blevet indført som et forsøg på at sætte en

139. Denne forklaring er imidlertid ikke acceptabel. Jeg mener ikke, at den kan begrunde den begrænsende foranstaltning. Den påståede bekymring for omgivelsernes æstetiske karakter ses ikke at finde støtte i nogen undersøgelse om parabolantennors påvirkning af bymiljøet. Og selv i tilfælde, hvor afgiften af åbenlyse grunde er berettiget som f.eks. i forbindelse med beskyttelsen af fredede bygninger, savner den berettigelse for så vidt angår de øvrige bygninger.

140. Selv hvis det antages, at hensynet til bymiljøet kan betragtes som en gyldig begrundelse for hindringen, skal denne begrundelse være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Det er intet, der får mig til at tro, at afgiften på parabolantennor er egnet til at opnå en bevarelse af bymiljøet. De indtægter, som afgiften kaster af sig, ser ikke ud til at være tiltænkt initiativer eller kompensatoriske foranstaltninger til beskyttelse af miljøet, og afgiftsregulativet finder anvendelse uafhængigt af tid og sted for opsætningen af antennen, og uden skelen til antennens størrelse.

141. Kort sagt er det ikke muligt at påvise, at afgiftspålæggelsen er egnet til at beskytte miljøet.

168 — Dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 27, af 26.2.1991, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, præmis 17 og 18, og af 20.5.1992, sag C-106/91, Ramrath, Sml. I, s. 3351, præmis 29, 30 og 31.

142. Kommissionen er af den opfattelse, at det angivne formål med afgiftsregulativet ville kunne opnås mere effektivt ved at pålægge ejerne af parabolantennener alternative forholdsregler, der er mindre byrdefulde, som f. eks. en forpligtelse til at anvende en bestemt farve eller en bestemt størrelse, eller en forpligtelse til at anbringe antennerne bagved bygningerne eller på områder, hvor de er mindre synlige. Disse forholdsregler svarer til dem, der findes i den del af lokalplanen, der vedrører udvendige modtageantennener¹⁶⁹, og hvoraf det for eksempel fremgår, at antennerne ikke må opsættes på fredede bygninger, at de skal respektere bygningens arkitektoniske særpræg, og at de højst må være 1,20 m i diameter.

143. Omvendt kan det anføres, at en generel anvendelse af afgiften på alle parabolantennener uden hensyn til omstændighederne i forbindelse med op sætningen er i strid med proportionalitetsprincippet.

144. På baggrund af det anførte må det konkluderes, at Watermael-Boitsfort kommunes afgiftsregulativ udgør en hindring i strid med artikel 49 EF, der ikke kan begrundes i tvingende samfundsmæssige hensyn.

145. Endelig har Kommissionen fundet, at det ville være hensigtsmæssigt at undersøge, om bestemmelserne i det omhandlede afgiftsregulativ er i strid med artikel 10 i den europæiske menneskerettighedskonvention, som omhandler princippet om informationsfrihed.

146. I punkt 9 i mit forslag til afgørelse i sagen Connolly mod Kommissionen¹⁷⁰ har jeg anført, at ytringsfriheden er en grundlæggende pille i ethvert demokratisk samfund. Jeg kan i den forbindelse henvise til et af menneskerettighedsdomstolens smukkeste udsagn: »Ytringsfriheden er en afgørende del af fundamentet [i ethvert demokratisk samfund], samt en af de afgørende betingelser for samfundets udvikling og for hvert individs frie udfoldelse«. Medmindre andet følger af artikel 10, stk. 2, finder princippet ikke blot anvendelse på »oplysninger« eller »ideer« som opfattes positivt eller betragtes som harmløse eller ligegyldige, men også på de oplysninger/ideer, der fornærmer, forstyrrer eller generer staten eller en del af befolkningen. Det er de krav, der stilles af mangesidigheden, tolerancen, og åbenheden, uden hvilke der ikke kan være et »demokratisk samfund«¹⁷¹.

147. Da princippet om den fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet imidlertid klart er til hinder for det belgiske afgiftsregulativ, og da det i ottende betragtning til direktivet er anført, at dette principps anvendelse på udsendelse og distribu-

¹⁷⁰ — Dom af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Sml. I, s. 1611.

¹⁷¹ — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 17.12.1976, serie A, nr. 24, Handside mod Det Forenede Kongerige, præmis 49.

¹⁶⁹ — Jf. fodnote 2.

tion af fjernsynsydelser er et specielt udtryk for ytringsfriheden i fællesskabsretten, således som princippet er anerkendt i Romtraktaten, mener jeg ikke, at det er fornødent at foretage den undersøgelse, som Kommissionen har foreslået.

148. Herefter foreslår jeg, at Domstolen erklærer, at artikel 49 EF er til hinder for indførelse af afgifter på parabolantennner, som det er sket ved Watermael-Boitsfort kommunes vedtagelse af det omhandlede regulativ.

VI — Forslag til afgørelse

149. På baggrund af ovennævnte betragtninger foreslår jeg, at Domstolen

- 1) behandler den foreliggende sag i plenum med henblik på en præcisering af begrebet »en ret i en af medlemsstaterne« som omhandlet i artikel 234 EF
- 2) erklærer sig inkompetent til at besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale, idet dette organ ikke er en ret som omhandlet i artikel 234 EF
- 3) subsidiært foreslår jeg, såfremt det besluttet, at spørgsmålet skal antages til realitetsbehandling, at Domstolen fastslår, at artikel 49 EF er til hinder for vedtagelsen af bestemmelser som dem, der er indeholdt i det afgiftsregulativ, som Watermael-Boitsfort kommune vedtog på mødet den 24. juni 1997, og hvorved der indførtes en afgift på parabolantennner, der anvendes til at modtage audiovisuelle udsendelser via satellit.