



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 5. februar 2015¹

Sag C-607/13

**Ministero dell'Economia e delle Finanze
Agenzia delle Dogane
Europa-Kommissionen
mod
Cimmino m.fl.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Corte Suprema di Cassazione (Italien))

»Forordning (EF) nr. 2362/98 — krav til nytilkomne erhvervsdrivende, som importerer bananer — forbud mod overdragelse af rettigheder, der følger af importlicenser, fra en nytilkommen erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende — misbrug af lovgivningen — forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 — artikel 4, stk. 3«

1. Corte Suprema di Cassazione (herefter »den forelæggende ret«) ønsker retningslinjer for fortolkningen af forordning (EF) nr. 2362/98² om indførsel af bananer og forordning nr. 2988/95³ om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser i forbindelse med sager, der omfatter en række nytilkomne erhvervsdrivende⁴ i bananbranchen. I perioden fra maj 1999 til december 2000 indførte disse erhvervsdrivende tredjelandsbananer til en lavere toldsats og videresolgte dem derefter straks via en anden nytilkommen erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende⁵ efter oprindeligt at have købt dem fra den samme traditionelle erhvervsdrivende via den samme nytilkomne erhvervsdrivende inden indførslen. Via denne serie af transaktioner kunne den traditionelle erhvervsdrivende på det europæiske marked sælge bananer, som vedkommende tidligere havde solgt på det internationale marked, og som blev indført til en lavere præferencetoldsats. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, hvad der menes med en »nytilkommen erhvervsdrivende« i henhold til forordning nr. 2362/98, og om en sådan serie af transaktioner tilsidesætter denne forordnings forbud mod overdragelse af rettigheder, der følger af importlicenser, fra en nytilkommen erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende. Hvis transaktionerne var forbudt, spørger den forelæggende ret, hvilke konsekvenser det medførte i henhold til forordning nr. 2988/95.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Kommissionens forordning (EF) nr. 2362/98 af 28.10.1998 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EØF) nr. 404/93 for så vidt angår ordningen for indførsel af bananer til Fællesskabet (EFT L 293, s. 32), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 756/1999 af 12.4.1999 (EFT L 98, s. 10) og Kommissionens forordning (EF) nr. 1632/2000 af 25.7.2000 (EFT L 187, s. 27). Der er nu indført andre regler, men sagens faktiske omstændigheder går tilbage til 1999-2000, hvor forordning (EF) nr. 2362/98, som ændret, fandt anvendelse.

3 — Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 af 18.12.1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT L 312, s. 1).

4 — Jf. punkt 18 nedenfor.

5 — Jf. punkt 17 nedenfor.

EU-retten

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

2. I artikel 325, stk. 1, TEUF fastlægges det, at »Unionen og medlemsstaterne bekæmper svig og enhver anden ulovlig aktivitet, der skader Unionens finansielle interesser«. I artikel 325, stk. 2, TEUF fastlægges det videre, at »[m]edlemsstaterne træffer de samme foranstaltninger til bekæmpelse af svig, der skader Unionens finansielle interesser, som til bekæmpelse af svig, der skader deres egne finansielle interesser«.

Den fælles markedsordning for bananer

Rådets forordning nr. 404/93

3. Ved forordning nr. 404/93 indførte Rådet en fælles markedsordning for bananer⁶, som omhandlede de produkter, der er anført i artikel 1, stk. 2, på grundlag af koder i den kombinerede nomenklatur (herefter »KN«)⁷.

4. I tiende betragtning til forordning nr. 404/93 anførtes det, at der hvert år burde åbnes et toldkontingent, og at ikke-traditionel indførsel af bananer⁸ fra AVS-staterne var omfattet af en nultold i overensstemmelse med aftalerne under Lomé-konventionen.

5. I 13. betragtning anførtes det, at toldkontingentet burde »forvaltes således, at der skelnes mellem på den ene side erhvervsdrivende, der tidligere har markedsført bananer fra tredjelande og ikke-traditionelle AVS-bananer, og på den anden side erhvervsdrivende, der tidligere har markedsført bananer produceret i Fællesskabet samt traditionelle AVS-bananer, samtidig med at der afsættes en mængde til nye erhvervsdrivende, der for nylig har nedsat sig eller agter at nedsætte sig som handlende inden for denne sektor«.

6. Afsnit IV omhandlede »ordning for samhandelen med tredjelande«. I henhold til artikel 15, stk. 1, anvendtes todsatserne i den fælles toldtarif (»FTT«) på de i artikel 1, stk. 2, anførte produkter, medmindre andet var anført i forordning nr. 404/93. I afsnit IV forstås ved »traditionel indførsel fra AVS-stater« eller »traditionelle AVS-bananer«: »indførsel til Fællesskabet af bananer med oprindelse i de i bilaget nævnte leverandørstater inden for rammerne af 857 700 tons (nettovægt) om året« (artikel 16, stk. 1); »ikke-traditionel indførsel fra AVS-stater« eller »ikke-traditionelle AVS-bananer«: »indførsel til Fællesskabet af bananer med oprindelse i de AVS-stater, der ikke er omfattet af definitionen [af traditionelle AVS-bananer]« (artikel 16, stk. 2); og »indførsel fra andre tredjelande end AVS-stater« eller »tredjelandsbananer«: »indførsel til Fællesskabet af bananer med oprindelse i andre tredjelande end AVS-stater« (artikel 16, stk. 3).

7. I henhold til artikel 17 krævedes der en importlicens (gældende i hele Fællesskabet) ved al indførsel af bananer til Fællesskabet. Licensudstedelsen var i princippet betinget af, at der blev stillet sikkerhed for opfyldelsen af forpligtelserne til at gennemføre importen på de i forordning nr. 404/93 fastsatte betingelser inden for licensens gyldighedsperiode.

6 — Artikel 1, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 404/93 af 13.2.1993 om den fælles markedsordning for bananer (EFT L 47, s. 1). På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var den gældende version i væsentlighed som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1637/98 af 20.7.1998 (EFT L 210, s. 28). Den ændring, der blev foretaget ved Rådets forordning (EF) nr. 1257/1999 af 17.5.1999 (EFT L 160, s. 80), som trådte i kraft inden udløbet af den relevante periode, berørte ikke de bestemmelser, der er genstand for denne sag.

7 — Jf. Rådets forordning (EØF) nr. 2658/87 af 23.7.1987 om told- og statistiknomenklaturen og den fælles toldtarif (EFT L 256, s. 1), som ændret.

8 — Jf. punkt 6 nedenfor.

8. I artikel 18, stk. 1, var det bestemt, at der hvert år skulle åbnes et toldkontingent på 2,2 mio. tons nettovægt for indførsel af tredjelandbananer og ikke-traditionelle AVS-bananer. Inden for rammerne af dette toldkontingent opkrævedes der en told på 75 EUR pr. ton for indførsel af tredjelandbananer, og ikke-traditionelle AVS-bananer blev pålagt nultold. Ifølge artikel 18, stk. 2, skulle der hvert år åbnes et tillægstoldkontingent for de samme typer bananer. Ifølge artikel 18, stk. 3, blev indførsel af traditionelle AVS-bananer pålagt nultold. Ved artikel 18, stk. 5, var det yderligere bestemt, at der for ikke-traditionelle AVS-bananer, der indførtes uden for disse toldkontingenter, skulle opkræves en told pr. ton svarende til den i artikel 15 nævnte told, med fradrag af 200 EUR.

9. Fra maj 1999 til december 2000 (den periode, hvor de begivenheder, der ligger til grund for denne forelæggelse, fandt sted) var den relevante generelle toldsats for bananer mere end 10 gange højere end præferencesatsen for indførsel under toldkontingentet⁹.

Kommissionens forordning nr. 2362/98

10. Forordning nr. 2362/98 gennemførte forordning nr. 404/93. Forordningen fastlagde bestemmelserne for den importordning for bananer, der gælder med hensyn til de toldkontingenter, der omhandles i artikel 18, stk. 1 og 2, i forordning nr. 404/93, og de traditionelle AVS-bananer, der omhandles i artikel 16 i samme forordning, dels på andet grundlag¹⁰.

11. I femte betragtning anførtes det, at »traditionelle erhvervsdrivende« og »nytilkomne erhvervsdrivende« burde defineres efter unikke kriterier uanset hvilket tredjeland eller AVS-land, de indfører fra.

12. Ifølge sjette betragtning burde en del af toldkontingenterne og de traditionelle AVS-bananer forbeholdes de nytilkomne erhvervsdrivende, og den samlede tildeling skulle være tilstrækkelig stor til, at de erhvervsdrivende kunne indlede en importvirksomhed og fremme en sund konkurrence.

13. Ottende betragtning var affattet således:

»[...] [E]rfaringen fra flere års anvendelse af EF-ordningen for indførsel af bananer viser, at det er nødvendigt at skærpe kriterierne for accept af nye erhvervsdrivende for at undgå registrering af stråmænd og tildelinger på grundlag af kunstige eller spekulative ansøgninger; det er især berettiget at kræve en minimumserfaring med indførsel af sammenlignelige produkter, friske produkter i kapitel 7 og 8 og produkter i kapitel 9 på visse betingelser i [KN] berettiget; for endvidere at undgå ansøgninger om årlige tildelinger, der ikke står i et rimeligt forhold til de erhvervsdrivendes importmuligheder, og som ikke følges op med ansøgninger om importlicens for de tilsvarende mængder, bør der stilles krav om, at der ved indgivelsen af ansøgningen om årlig tildeling stilles en sikkerhed til erstatning for sikkerheden for importlicens; denne sikkerhed bør straks frigives i forhold til de mængder, for hvilke den erhvervsdrivende rent faktisk benytter sin årlige tildeling; med de samme mål for øje bør en tildeling i senere år være betinget af en minimumsudnyttelse af den tidligere årlige mængde; endelig bør betingelserne for de nytilkomne erhvervsdrivendes adgang til gruppen af traditionelle erhvervsdrivende fastlægges.«

14. I 14. betragtning anførtes det, at »overdragelsen, der er begrænset til en enkelt erhverver pr. licens eller partiallicens, gør det muligt at udvikle handelsforbindelser mellem de forskellige registrerede erhvervsdrivende«. »[K]unstige eller spekulative forbindelser eller forstyrrelser af de normale handelsforbindelser som følge af overdragelser fra nytilkomne erhvervsdrivende til traditionelle erhvervsdrivende bør dog undgås.«

9 — Jf. Kommissionens forordning (EF) nr. 2261/98 af 26.10.1998 om ændring af bilag I til Rådets forordning (EØF) nr. 2658/87 (EFT L 292, s. 1).

10 — Artikel 1, stk. 1, i forordning (EF) nr. 2362/98.

15. Ifølge 18. betragtning kunne efterprøvning og kontrol, der foretages af de kompetente nationale myndigheder, eventuelt føre til korrektioner af de erhvervsdrivendes referencemængder eller årlige tildelinger, bl.a. af denne grund udgjorde referencemængderne og de årlige tildelinger ikke velerhvervede rettigheder og kunne ikke påberåbes af de erhvervsdrivende som berettigede forventninger.

16. Ved artikel 2, stk. 1, blev det bestemt, at toldkontingenterne og de traditionelle AVS-banuner skulle åbnes med: 92% til de traditionelle erhvervsdrivende og 8% til de nytillkomne erhvervsdrivende.

17. I artikel 3, første afsnit, blev en »traditionel erhvervsdrivende« defineret som »en økonomisk beslutningstager, der er etableret i Fællesskabet i den periode, der er afgørende for hans referencemængde, samt på tidspunktet for registreringen efter artikel 5 [11], og som for egen regning i en referenceperiode rent faktisk har indført en minimumsmængde banuner med oprindelse i tredjelande og/eller AVS-lande med henblik på senere udbud til salg på EF-markedet«¹². I henhold til artikel 4, stk. 1, skulle sådanne erhvervsdrivende opnå en fast referencemængde, der blev fastlagt på grundlag af den mængde banuner, han rent faktisk indførte i referenceperioden.

18. I artikel 7 blev en »nytillkommen erhvervsdrivende« defineret som:

»en økonomisk beslutningstager, der er etableret i Fællesskabet på tidspunktet for sin registrering, og som:

- a) har udøvet handelsvirksomhed som importør af friske frugter og grøntsager henhørende under kapitel 7 og 8 og også af produkter henhørende under kapitel 9 i [KN]¹³ og den fælles toldtarif, hvis han også har indført nævnte produkter henhørende under kapitel 7 og 8, for egen regning og selvstændigt i et af de tre år, der går umiddelbart forud for det år, for hvilket, der ansøges om, og
- b) i forbindelse med denne virksomhed har indført for en deklareret toldværdi på mindst 400 000 EUR i den periode, der er fastlagt i litra a)«.

19. I artikel 8, stk. 1, var der anført en liste over de dokumenter, der skulle indgives for at blive registreret som en nytillkommen erhvervsdrivende:

- »a) bevis for sin opførelse i medlemsstatens handelsregister eller alternative beviser, der accepteres af [de kompetente] myndigheder
- b) beviser for indførsel af produkter henhørende under den i artikel 7, litra a), nævnte sektor ved forelæggelse af de benyttede importlicenser eller, hvis der ikke er stillet krav om licens, af passende tolddokumenter
- c) en kopi af en autoriseret uafhængig regnskabsseksperts attest om, at der er foretaget indførsler for den i artikel 7, litra b), anførte værdi, eller en kopi af de tilsvarende toldangivelsesformularer, der er påtegnet af toldmyndighederne«.

20. For at få videreført registreringen skulle den erhvervsdrivende i henhold til artikel 8, stk. 4, »over for myndighederne bevise, at han rent faktisk for egen regning har indført mindst 50% af den mængde, der blev tildelt ham for det igangværende år«.

11 — Artikel 5 fastlagde registreringsprocessen og ansøgningsdokumenterne.

12 — Ifølge fjerde betragtning skulle de faktiske indførsler »fastslås på grundlag af de dokumenter, der blev benyttet ved overgangen til fri omsætning, dvs. importlicenserne og passende tolddokumenter«.

13 — Disse kapitler omfatter »spiselige grøntsager samt visse rødder og rodknolde« (kapitel 7), »spiselige frugter og nødder; skaller af citrusfrugter og meloner« (kapitel 8) og »kaffe, te, maté og krydderier« (kapitel 9).

21. Ifølge artikel 9, stk. 1, skulle de pågældende erhvervsdrivende indgive en ansøgning om årlig tildeling samtidig med ansøgningen om registrering eller videreførelse af registreringen.

22. I henhold til artikel 10 kunne en nytilkommen erhvervsdrivende opnå status som en traditionel erhvervsdrivende efter tre års virksomhed i sektoren regnet fra datoen for hans første registrering, såfremt han havde registreret sig i overensstemmelse med artikel 5 (som fastlagde registreringsproceduren for traditionelle erhvervsdrivende) og opfyldte betingelserne i artikel 3.

23. Artikel 11, stk. 1, var affattet som følger¹⁴:

»Medlemsstaterne kontrollerer overholdelsen af bestemmelserne i denne afdeling [om nytilkomne erhvervsdrivende].

De sørger især for, at de pågældende erhvervsdrivende udøver en importvirksomhed i Fællesskabet i den i artikel 7 anførte sektor for deres egen regning som en selvstændig økonomisk enhed med hensyn til ledelse, personale og drift. Er der tegn på, at disse betingelser ikke overholdes, kan ansøgningerne om registrering og årlig tildeling kun antages, såfremt den pågældende erhvervsdrivende forelægger beviser, som de nationale myndigheder finder tilfredsstillende.«

24. Artikel 13, stk. 2, var affattet som følger:

»I tilfælde af svigagtige handlinger eller beviser med henblik på at opnå registrering erklæres en ubegrundet referencemængde eller alt efter tilfældet en ubegrundet tildeling, registreringen, referencemængden eller tildelingen for ugyldig, uden at dette indskrænker anvendelsen af de relevante nationale love.

I så fald kan den erhvervsdrivende heller ikke indgive en ansøgning om nyregistrering i nogen medlemsstat i de to år, der følger efter det år, hvor uregelmæssigheden er blevet konstateret.«

25. I henhold til artikel 20, stk. 1, skulle »[d]e mængder, der ikke er udnyttet i forbindelse med en licens, genfordeles efter ansøgning til den samme erhvervsdrivende, der alt efter tilfældet er indehaver eller erhverver, for det følgende kvartal, men dog i det år, som den første licens blev udstedt i«, og sikkerheden skulle »inddrages i forhold til de ubenyttede mængder«.

26. Artikel 21, stk. 1, omhandlede overdragelsen af importlicenser til en enkelt erhverver på de i artikel 9 i forordning nr. 3719/88 fastsatte betingelser¹⁵. Ved artikel 21, stk. 2, blev det bestemt, at rettigheder kunne overdrages: mellem traditionelle erhvervsdrivende, der er registreret efter artikel 5, fra traditionelle erhvervsdrivende til nytilkomne erhvervsdrivende, der er registreret efter artikel 8, eller mellem nytilkomne erhvervsdrivende. Rettigheder kunne dog ikke overdrages fra en nytilkommen erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende.

14 — Jf. også tiende betragtning til forordning nr. 2362/98.

15 — Jf. punkt 31 nedenfor.

Toldskyld og importlicenser

Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92

27. Ifølge artikel 4 i forordning nr. 2913/92¹⁶ forstås ved »toldskyld« »en persons forpligtelse til at betale de importafgifter (toldskyld ved indførsel) eller eksportafgifter (toldskyld ved udførsel), der efter gældende fællesskabsbestemmelser anvendes for bestemte varer«. I henhold til artikel 201, stk. 1, litra a), opstår toldskyld ved indførsel, når en importafgiftspligtig vare »overgår til fri omsætning« og, som anført i artikel 201, stk. 2, toldskylden på tidspunktet for antagelsen af den pågældende toldangivelse. Ifølge artikel 201, stk. 3, er debitor som udgangspunkt klarereren. Afhængigt af hvordan toldskylden præcist er opstået, kan andre personer også være debitor.

28. Når der er flere debitorer for en og samme toldskyld, hæfter disse i henhold til artikel 213 solidarisk for betalingen af denne skyld.

29. I artikel 217-232 fastlægges reglerne for inddrivelse af toldskyld.

Kommissionens forordning nr. 3719/88

30. Forordning nr. 3719/88 konsoliderede gennemførelsesbestemmelserne for import- og eksportlicenser samt forudfastsættelsesattester for landbrugsprodukter¹⁷. Ifølge femte betragtning til forordningens var formålet med import- og eksportlicenser »at sikre en god forvaltning af de fælles markedsordninger«. I henhold til 12. betragtning anvendtes importlicenser undertiden »til at forvalte kvantitative importordninger«, og i disse tilfælde »er det ikke længere af forvaltningsmæssige grunde, at der kræves bevis for anvendelsen af licenserne, men beviset bliver et væsentligt led i forvaltningen af disse kvantitative ordninger«.

31. Artikel 9, stk. 1, var affattet som følger: »[...] De rettigheder, der følger af licenserne, kan inden for deres gyldighedsperiode overdrages af licensens indehaver [...] [En sådan overdragelse] omfatter de mængder, der endnu ikke er afskrevet på licensen eller partiallicensen.« I henhold til artikel 9, stk. 4, kan modtageren »ikke overdrage sine rettigheder eller lade dem gå tilbage til licensens indehaver«.

Beskyttelse af Unionens finansielle interesser

32. I femte betragtning til forordning nr. 2988/95 anføres det, at »[...] de handlinger, der betragtes som uregelmæssigheder, samt de administrative foranstaltninger og sanktioner i den forbindelse fastsættes i retsreglerne på de enkelte områder i overensstemmelse med denne forordning«.

33. Ifølge artikel 1, stk. 2, betragtes som »uregelmæssighed« »enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk beslutningstagers handling eller undladelse, der skader eller kunne skade De Europæiske Fællesskabers almindelige budget eller budgetter, der forvaltes af De Europæiske Fællesskaber, enten ved formindskelse eller bortfald af indtægter, der stammer fra de egne indtægter, der opkræves direkte for Fællesskabernes regning, eller ved afholdelse af en uretmæssig udgift«.

16 — Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12.10.1992 om indførelse af en EF-toldkodeks (EFT L 302, s. 1), som ændret (herefter »EF-toldkodeksen«).

17 — Kommissionens forordning (EØF) nr. 3719/88 af 16.11.1988 om fælles gennemførelsesbestemmelser for import- og eksportlicenser samt forudfastsættelsesattester for landbrugsprodukter (EFT L 331, s. 1). Denne forordning blev ændret flere gange og til sidst ophævet ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1291/2000 af 9.6.2000 om fælles gennemførelsesbestemmelser for ordningen med import- og eksportlicenser og forudfastsættelsesattester for landbrugsprodukter (EFT L 152, s. 1).

34. I henhold til artikel 2, stk. 2, kan der ikke »pålægges en administrativ sanktion, som ikke var indført ved en fællesskabsretsakt, inden uregelmæssigheden fandt sted«.

35. Artikel 4 er affattet som følger:

»1. Enhver uregelmæssighed medfører i almindelighed tilbagekaldelse af den uberettiget opnåede fordel:

- ved forpligtelse til at betale de skyldige beløb eller tilbagebetale de uberettiget oppebårne beløb
- ved fuldstændig eller delvis fortabelse af den sikkerhed, der er stillet, enten til støtte for anmodningen om den indrømmede fordel eller ved modtagelsen af et forskud.

2. Anvendelsen af de i stk. 1 omhandlede foranstaltninger er begrænset til tilbagekaldelse af den opnåede fordel, eventuelt med tillæg af rente, som kan beregnes efter en fast sats.

3. Handlinger, som bevisligt har til formål at opnå en fordel, der er i modstrid med sigtet for de på området gældende fællesskabsregler, ved kunstigt at skabe de nødvendige forudsætninger for at opnå denne fordel, bevirker, alt efter tilfældet, enten at fordelene ikke indrømmes, eller at den tilbagekaldes.

4. Foranstaltningerne i denne artikel betragtes ikke som sanktioner.«

Italiensk ret

36. Den forelæggende ret har forklaret, at enhver person, der ifølge italiensk ret unddrager sig betaling af told ved indførsel af varer, straffes med bøde på mellem to og ti gange den samme afgift. Hvis en erhvervsdrivende opnår en lavere toldsats som følge af forbudt overdragelse af importlicenser fra en nytilkommen erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende, betragtes det som strafbart smugleri.

Faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

37. S.I.M.B.A. SpA (herefter »S.I.M.B.A.«), der er et selskab repræsenteret ved Raffaello og Raffaella Orsero, var en italiensk traditionel importør og engrosdistributør af bananer. Selskabet havde licens til at indføre bananer under det toldkontingent, der var forbeholdt importører af denne type.

38. Rico Italia srl (herefter »Rico«), der er et selskab repræsenteret ved Maurizio Misturelli, var også italiensk importør af bananer og havde som nytilkommen erhvervsdrivende licenser til at importere bananer under toldkontingentet.

39. En særskilt gruppe italienske importører af friske frugter og grøntsager, som var registrerede nytilkomne erhvervsdrivende, er også parter. Denne gruppe omfattede virksomheder repræsenteret ved henholdsvis Lorenzon, Palombini og Surian. Disse virksomheder (bortset fra Rico) betegnes som »de italienske nytilkomne erhvervsdrivende«.

40. Under retsmødet blev det bekræftet, at S.I.M.B.A., Rico og de italienske nytilkomne erhvervsdrivende ikke var medlemmer af det samme selskab.

41. S.I.M.B.A. købte bananer i tredjelande og solgte dem til Rico, som derefter solgte bananerne til de italienske nytilkomne erhvervsdrivende til den samme købspris, som S.I.M.B.A. havde krævet. Disse nytilkomne erhvervsdrivende importerede derefter bananerne ved hjælp af Agrim-licenser, der var udstedt af det italienske ministerium for udenrigshandel, og fik bananerne fortoldet til

præferencetoldsatsen. S.I.M.B.A. underrettede Rico om hver enkelt indførsel og salg, som skulle gennemføres – med angivelse af mængde, kvalitet og pris på de bananer, der skulle indføres. Rico garanterede S.I.M.B.A., at de italienske nytilkomne erhvervsdrivende ville få Agrim-importlicenser. Selskabet ordnede også de administrative formaliteter og betalte forsikringsudgifterne.

42. Efter indførslen solgte de nytilkomne erhvervsdrivende bananerne til Rico, som derefter systematisk solgte dem til S.I.M.B.A. til en på forhånd fastsat og betalt pris. Den pris, som Rico betalte, var dækket af omkostningerne til brug af Agrim-importlicenserne. S.I.M.B.A. transportererede derefter bananerne til lagre og bragte dem efterfølgende i omsætning. S.I.M.B.A. selv var ved kontrakt forbundet med Del Monte, som betalte det en kommission, når S.I.M.B.A. havde solgt bananerne på det europæiske marked.

43. Ved dom af afsagt af Tribunale di Verona (byretten i Verona) den 21. december 2005 blev Ricos repræsentant dømt for smugleri og for at have afgivet falsk forklaring. Han blev dømt til at betale skadeserstatning, der skulle opgøres ved et særskilt civilt søgsmål. Tribunale di Verona pålagde ham dog foreløbigt til at betale 300 000 EUR til Ministero dell'Economia e delle Finanze (økonomi- og finansministeriet) og Agenzia delle Dogane (toldmyndigheden), men ikke til Kommissionen, sammen med sagsomkostningerne for disse tre parter, der havde interveneret i straffesagen med henblik på at opnå erstatning for den forvoldte skade (herefter »de civile parter«). S.I.M.B.A.'s repræsentanter og repræsentanterne for de nytilkomne erhvervsdrivende blev frifundet.

44. Ricos repræsentant og de civile parter appellerede dommen afsagt af Tribunale di Verona til Corte d'appello di Venezia (appelretten i Venedig). Sidstnævnte fastslog ved dom af 24. november 2011, at sagen skulle hæves med hensyn til en af S.I.M.B.A.'s repræsentanter på grund af dennes død. Retten fastslog, at tiltalepunkterne over for Ricos repræsentant var forældede, men stadfæstede hans civilretlige ansvar.

45. Parterne appellerede Corte d'appello di Venezias dom til den forelæggende ret, som i sin forelæggelse har forklaret, at den skal afgøre, om bananerne skulle have været indført til den fulde toldsats eller præferencetoldsatsen.

46. Som begrundelse for nødvendigheden af en præjudiciel forelæggelse har den forelæggende ret fremhævet følgende faktiske omstændigheder, som Corte d'appello di Venezia har lagt til grund og som er gjort gældende i de indlæg, der er afgivet for den: i) De italienske nytilkomne erhvervsdrivende havde ingen faciliteter til opbevaring og transport af bananerne; ii) de købte udelukkende bananerne med henblik på toldbehandling til en lavere toldsats og solgte dem så tilbage til Rico til en forudbestemt pris; iii) S.I.M.B.A., og ikke de italienske nytilkomne erhvervsdrivende, bar hele risikoen for at miste garantien; iv) importørens betaling af tolden, som de italienske nytilkomne erhvervsdrivende skulle betale, blev regnet med i den pris, der på forhånd var aftalt (mellem Rico og de italienske nytilkomne erhvervsdrivende); v) prisen for køb og salg af bananerne var aftalt på forhånd, og der var således ingen risiko i forbindelse med disse priser (eller mulighed for at få gavn af prissvingninger); og vi) Del Monte betalte kommission til S.I.M.B.A., og ikke til de italienske nytilkomne erhvervsdrivende.

47. Den forelæggende ret har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 11 i forordning nr. 2362/98, hvorefter medlemsstaterne skal kontrollere, at de erhvervsdrivende udøver importvirksomhed for deres egen regning som en selvstændig økonomisk enhed med hensyn til ledelse, personale og drift, fortolkes således, at al importvirksomhed, som udøves for en traditionel erhvervsdrivendes regning, er udelukket fra de toldfordele, der normalt indrømmes, når denne virksomhed udøves af personer, der kun formelt opfylder de krav, der er fastsat for »nye erhvervsdrivende« i den pågældende forordning?

- 2) Giver forordning nr. 2362/98 en traditionel erhvervsdrivende mulighed for at sælge bananer, hidrørende fra området uden for Den Europæiske Union, til en nytilkommen erhvervsdrivende, med hvem det aftales, at bananerne skal indføres til EU's område til en lavere toldsats og videresælges til den nævnte traditionelle erhvervsdrivende til en pris, som aftales inden transaktionen i sin helhed, uden at den nytilkomne erhvervsdrivende bærer nogen reel forretningsrisiko eller iværksætter nogen organisatoriske foranstaltninger med henblik på gennemførelsen af en sådan transaktion?
- 3) Udgør aftalen i ovenstående punkt 2 en tilsidesættelse af forbuddet mod overdragelse af nye erhvervsdrivendes rettigheder til traditionelle erhvervsdrivende i artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98, således at den foretagne overdragelse er uden virkning, og der skal betales den fulde toldsats og ikke den lavere sats som omhandlet i artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 2988/95?»

48. Skriftlige bemærkninger er blevet indgivet af Lorenzon, Orsero, Palombini, Surian, den italienske regering og Kommissionen. I retsmødet den 12. november 2014 har de samme parter med undtagelse af Lorenzon afgivet mundtlige forklaringer.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

49. Det bestrides ikke, at der var indgået aftaler mellem S.I.M.B.A. og Rico på den ene side og mellem Rico og de italienske nytilkomne erhvervsdrivende på den anden side. Det anerkendes også, at bananer blev bragt i omsætning på det europæiske marked via en kæde af transaktioner mellem disse erhvervsdrivende.

50. De forelagte spørgsmål vedrører efter min mening, om der i henhold til EU-retten var tale om uregelmæssigheder i forbindelse med denne kæde af transaktioner, og hvilke konsekvenser det i givet fald har.

51. Spørgsmål 1 handler grundlæggende om betingelserne for at opnå status som en nytilkommen erhvervsdrivende. Som jeg forstår spørgsmålet, antager den forelæggende ret, at en nytilkommen erhvervsdrivende »formelt« opfyldte disse betingelser. Hvis den nytilkomne erhvervsdrivende imidlertid skulle udføre importen af bananer for egen regning, kan det forhold, at den nytilkomne erhvervsdrivende indførte bananer på vegne af en traditionel erhvervsdrivende, være grundlag for at konkludere, at disse betingelser *ikke* var opfyldt. Jeg vil først vurdere, om denne betingelse også fandt anvendelse på indførsel af bananer *efter* registrering. Det er nødvendigt, fordi artikel 7 og 11 i forordning nr. 2362/98 øjensynligt fastlægger betingelser, der finder anvendelse *forud for* og *på tidspunktet for* registrering, og primært vedrører indførsel af andre varer end bananer. Hvis betingelsen var gældende efter registrering, skal dens betydning undersøges.

52. Spørgsmål 2 handler om, hvorvidt forordning nr. 2362/98 er til hinder for anvendelsen af præferencetoldsatsen under toldkontingentet, når nytilkomne erhvervsdrivende har købt tredjelandsbananer via en anden nytilkommen erhvervsdrivende fra en traditionel erhvervsdrivende og derefter har importeret dem til Unionen under toldkontingentet for kun at sælge dem tilbage til den samme traditionelle erhvervsdrivende via den samme nytilkomne erhvervsdrivende, således at den traditionelle erhvervsdrivende kunne sælge dem på det europæiske marked. Spørgsmål 3 omhandler den ordning, der er beskrevet i spørgsmål 2. Det ønskes oplyst, om den er i strid med artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98, som forbyder overdragelse af rettigheder afledt af importlicenser fra

nytilkomne erhvervsdrivende til traditionelle erhvervsdrivende. Disse to spørgsmål, som delvist overlapper hinanden, er efter min mening kun relevante, hvis de nytilkomne erhvervsdrivende var behørigt registrerede og fortsat havde denne status. Jeg skal derfor ved besvarelsen af disse to spørgsmål lægge til grund, at dette var tilfældet.

53. Med spørgsmål 3 ønsker den forelæggende ret også retningslinjer for konsekvenserne i henhold til artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 2988/95 af en overtrædelse af artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98.

54. Det forhold, at Kommissionen deltog som civil part ved de italienske domstole, er (som Kommissionen med rette selv bemærker) endelig til hinder for, at den som institution indgiver skriftlige bemærkninger i henhold til artikel 23, andet afsnit, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, som bl.a. omhandler parternes og Kommissionens ret til at afgive forklaring eller indgive skriftlige bemærkninger i sager, hvor Domstolen anmodes om en præjudiciel afgørelse. Kommissionens interventioner i begge fora skal være i overensstemmelse med dens opgave i medfør af artikel 17, stk. 1, TEU, som fastlægger, at den »fremmer Unionens almene interesser« og »drager omsorg for gennemførelsen af traktaterne og af de foranstaltninger, der vedtages af institutionerne på grundlag [traktaterne]«.

Formaliteten

55. I deres skriftlige bemærkninger og i retsmødet har de italienske nytilkomne erhvervsdrivende, som har afgivet indlæg i nærværende sag, understreget, at de faktiske omstændigheder, hvorpå den forelæggende ret har baseret sine spørgsmål¹⁸, ikke svarer til den fastlæggelse af faktum, som blev foretaget af retten i første instans og ved appelretten. Ifølge disse erhvervsdrivende skal de forelagte spørgsmål derfor afvises fra realitetsbehandling.

56. Det tilkommer ikke Domstolen at fastslå eller vurdere de faktiske omstændigheder, som har givet anledning til sagen. Denne opgave er forbeholdt de nationale retter¹⁹, og deres kompetence i den henseende er underlagt national ret. Der gælder endvidere en formodning for, at en national rets fortolkningsspørgsmål er relevante i den faktiske og retlige kontekst, den har fastlagt. Domstolen kan kun afvise en anmodning om en præjudiciel afgørelse fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål²⁰.

57. I nærværende sag er de forelagte spørgsmål klart relevante i den faktuelle kontekst, der er beskrevet af den forelæggende ret. Anmodningen om præjudiciel afgørelse bør derfor antages til realitetsbehandling.

Betingelser for at opretholde status som nytilkommen erhvervsdrivende (spørgsmål 1)

58. Den forelæggende rets tvivl med hensyn til de italienske nytilkomne erhvervsdrivendes status vedrører tilsyneladende forholdene i forbindelse med på den ene side den måde, hvorpå registreringen oprindeligt blev opnået, og på den anden side indførslen af bananer efter registrering og modtagelsen af en årlig tildeling og importlicenser.

18 — Jf. navnlig punkt 46 ovenfor.

19 — Jf. eksempelvis dom Accor (C-310/09, EU:C:2011:581, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis) og ProRail (C-332/11, EU:C:2013:87, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Jf. eksempelvis dom Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

59. Det er tilsyneladende ikke anfægtet, at de italienske nytilkomne erhvervsdrivende opfyldte betingelserne i artikel 7 i forordning nr. 2362/98, som – tillige med kravet om, at de for egen regning og selvstændigt havde udøvet handelsvirksomhed som importør af friske frugter og grøntsager (ud over bananer)²¹ – i det væsentlige vedrørte importvirksomhed i tiden forud for registreringen eller på tidspunktet for registrering.

60. For så vidt som Rico medvirkede til at opnå registrering af de italienske nytilkomne erhvervsdrivende, finder jeg ikke, at en erhvervsdrivendes medvirken i en anden erhvervsdrivendes udarbejdelse af en ansøgning om registrering som sådan er i strid med artikel 7, litra a), eller på anden måde er udelukket i medfør af forordning nr. 2362/98. Det udgør heller ikke automatisk en svigagtig handling som omhandlet i nævnte forordnings artikel 13, stk. 2. Den erhvervsdrivendes handlinger og dokumentation ville efter min mening være svigagtige, hvis de havde til formål at skjule forhold, der var relevante for afgørelsen vedrørende en nytilkommen erhvervsdrivendes status, eller de havde dette til følge, og hvis en vurdering baseret på de skjulte forhold ikke ville have resulteret i en tildeling af denne status. Artikel 13, stk. 2, handlede derfor i det væsentlige om den erhvervsdrivendes gode tro og nøjagtigheden af den dokumentation, der blev indgivet i forbindelse med registreringen, for at opfylde de materielle kriterier for at opnå status som registreret. For så vidt som det var en særskilt betingelse (som jeg behandler herefter), at registrerede nytilkomne erhvervsdrivende skulle indføre bananer for egen regning, finder jeg, at registrering også kunne afslås, hvis det blev fastslået, at en erhvervsdrivende ansøgte om registrering, men ikke kunne opfylde denne betingelse. Hvis dette forhold bevidst blev skjult, ville artikel 13, stk. 2, efter min mening finde anvendelse.

61. Betænkeligheder med hensyn til forholdet mellem de italienske nytilkomne erhvervsdrivende, Rico og S.I.M.B.A. opstår primært i forbindelse med en kæde af transaktioner, hvorigennem bananer blev indført af den registrerede italienske nytilkomne erhvervsdrivende: transaktioner, som fandt sted *efter* de italienske nytilkomne erhvervsdrivendes registrering.

62. Krævede forordning nr. 2362/98, at registrerede nytilkomne erhvervsdrivende for egen regning udøvede den handelsvirksomhed som importør af bananer, som deres status som nytilkommen erhvervsdrivende gav dem ret til? I spørgsmål 1 forudsættes det tilsyneladende, at det var tilfældet.

63. Forordning nr. 2362/98 indeholdt ikke nogen udtrykkelig bestemmelse – svarende til artikel 7 om at *opnå* status som nytilkommen erhvervsdrivende – som fastlægger betingelserne for at *opretholde* status som nytilkommen erhvervsdrivende. Forordningen indeholdt dog krav til videreførelse af registrering og opnåelse af status som traditionel erhvervsdrivende.

64. I artikel 8, stk. 4, var det således bestemt, at videreførelse af status som nytilkommen erhvervsdrivende afhænger af, om den registrerede nytilkomne erhvervsdrivende rent faktisk *for egen regning* havde indført mindst 50% af den mængde, den pågældende havde fået tildelt for det relevante år. Dette krav betød efter min mening ikke, at de kunne indføre op til 49,9% af mængden for en anden erhvervsdrivendes regning. Det var snarere en betingelse, der krævede, at en minimumsandel af den årlige tildeling blev anvendt, for at sikre, at behørigt registrerede nytilkomne erhvervsdrivende rent faktisk deltog i bananindførslen og derved medvirkede til at øge konkurrencen på markedet.

21 — Jf. definitionen af traditionelle erhvervsdrivende i artikel 3. Jf. også 13. betragtning til forordning nr. 404/93. For så vidt som en ansøger tidligere havde indført bananer (uden dog at opfylde tærsklen for at opnå status som traditionel erhvervsdrivende), var kravene i artikel 7, litra a), fuldt ud gældende, medmindre andet var anført, for sådanne indførsler både før og på tidspunktet for registreringen, fordi bananer er omfattet af kapitel 8 i KN.

65. Det forhold, at en enkelt importør ikke indfører alle de mængder, der er omfattet af importlicenser (og som der er stillet sikkerhed for), havde ikke nødvendigvis betydning for den pågældende nytilkomne erhvervsdrivendes status. Den pågældende importør kunne eksempelvis blot have valgt at bære de finansielle konsekvenser, navnlig tabet af (en del af) sikkerheden²². Han kunne også have valgt at give afkald på (artikel 20) eller til andre nytilkomne erhvervsdrivende at overdrage (artikel 21) nogle af eller alle de rettigheder, der fulgte af hans tildelte mængde. I tilfælde af en sådan overdragelse fik erhververen tilladelse til at importere (for egen regning).

66. I henhold til artikel 21, stk. 2, kunne nytilkomne erhvervsdrivende endvidere ikke overdrage rettigheder (uanset om de opfyldte betingelsen om minimumsanvendelse i artikel 8, stk. 4) til traditionelle erhvervsdrivende, fordi dette kunne stimulere kunstige eller spekulative forbindelser eller forstyrrelser af de normale handelsforbindelser²³ og undergrave hele formålet med at forbeholde nytilkomne erhvervsdrivende en del af den tilgængelige mængde. I artikel 21, stk. 2, blev det derfor tilsyneladende fastslået, at nytilkomne erhvervsdrivende altid skulle handle for egen regning, når de selv gjorde brug af deres rettigheder. Det ville ikke have givet nogen mening at forbyde overdragelsen af rettigheder fra en nytilkommen erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende, men samtidig tillade nytilkomne erhvervsdrivende, som for egen regning og selvstændigt skulle udøve virksomhed med indførsel af tilsvarende produkter for at opnå status som nytilkommen erhvervsdrivende status, at indføre bananer for en traditionel erhvervsdrivendes regning. Det ville have medført, at traditionelle erhvervsdrivende kunne have anvendt registrerede nytilkomne erhvervsdrivende til at indføre bananer for deres regning og under deres anvisninger, således at de nytilkomne erhvervsdrivendes aktivitet som importører til dels ville blive kunstig og helt ville have undergravet forbuddet i artikel 21, stk. 2. Det er netop resultater af denne type, som forordning nr. 2362/98 havde til formål at forhindre.

67. I forordning nr. 2362/98 blev de tilgængelige toldkontingenter og traditionelle AVS-banuner grundlæggende fordelt mellem traditionelle erhvervsdrivende og nye erhvervsdrivende²⁴, og der blev fastlagt regler for, hvem der kunne registrere sig og få tildelt sådanne dele. Ved at regulere markedet for indførsel af bananer på denne måde havde forordning nr. 2362/98 til formål at reducere risikoen for, at en traditionel erhvervsdrivende fik kontrol over markedet eller konsoliderede sin position og derved begrænsede eller udelukkede konkurrence fra andre erhvervsdrivende, herunder erhvervsdrivende, som ikke tidligere havde indført AVS- eller tredjelandsbananer. Forordningen sikrede, at nye erhvervsdrivende på bananmarkedet og navnlig importmarkedet fik rimelige muligheder, ved at forbeholde dem en del af toldkontingenter. Når flere nytilkomne erhvervsdrivende kom ind på importmarkedet, og nogle af dem i sidste ende blev traditionelle erhvervsdrivende, ville konkurrencen på markedet blive øget. Som det var forklaret i 14. betragtning til forordning nr. 404/93 havde ordningen for udstedelse af importlicenser til formål at sikre, at der ikke opstod forstyrrelser i de nuværende handelsforbindelser, og samtidig give mulighed for en vis udvikling i handelsstrukturerne.

68. I forbindelse med forordning nr. 896/2001²⁵ (som ophævede og erstattede bl.a. forordning nr. 2362/98²⁶) har Domstolen tilsyneladende accepteret målet om at bekæmpe kunstige og spekulative handlinger på området for tildeling af importlicenser ved at udelukke muligheden for, at en traditionel importør, som allerede deltager i et toldkontingent, på ny deltager i det samme kontingent som ikke-traditionel importør gennem en anden importør, som vedkommende står i et indbyrdes

22 — Jf. artikel 20 i forordning (EF) nr. 2362/98.

23 — Jf. 14. betragtning til forordning (EF) nr. 2362/98.

24 — Jf. eksempelvis sjette og syvende betragtning til forordning nr. 2362/98.

25 — Kommissionens forordning (EF) nr. 896/2001 af 7.5.2001 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EØF) nr. 404/93 for så vidt angår ordningen for indførsel af bananer til EF (EFT 2001 L 126, s. 6), som ændret og berigtiget.

26 — Jf. fodnote 2 ovenfor.

afhængighedsforhold til²⁷. Domstolen har fastslået, at sådanne handlinger mest effektivt kunne »bekæmpes ved, at ægte nye importører får mulighed for at indtræde på markedet og herefter til fulde udfolde deres økonomiske aktiviteter«²⁸. Det samme ræsonnement blev anvendt i forbindelse med nævnte forordnings forgænger.

69. I henhold til forordning nr. 2362/98 skulle traditionelle erhvervsdrivende endvidere for egen regning i en referenceperiode rent faktisk have indført en minimumsmængde bananer med henblik på senere udbud til salg²⁹. Denne betingelse fandt også anvendelse for nytilkomne erhvervsdrivende, der fik status som traditionelle erhvervsdrivende³⁰.

70. Det følger heraf, at erhvervsdrivende i henhold til forordning nr. 2362/98 skulle handle for egen regning både for at få adgang til og for at forblive i gruppen af »nytilkomne erhvervsdrivende«.

71. Hvis dette var tilfældet, var medlemsstaterne ifølge artikel 11 også ansvarlige for at kontrollere overholdelsen af denne betingelse. Jeg bemærker her, at artikel 11, stk. 1, første punktum, var formuleret tilstrækkeligt bredt til at omfatte betingelserne for både at opnå og at opretholde status som nytilkommen erhvervsdrivende.

72. Når nytilkomne erhvervsdrivende indførte bananer, skulle de således handle i eget øjemed og for egen handelsmæssig risiko. Ud over at de skulle være etableret som økonomiske beslutningstagere³¹, skulle deres indførsel – dvs. indførslen af varer til EU's toldområde³² – fra deres perspektiv give forretningsmæssig mening, dvs. være resultatet af deres selvstændige beslutning, hvis fordele og omkostninger de, og ikke en tredjemand, skulle bære. Denne fortolkning støttes også af forordning nr. 404/93 (gennemført ved forordning nr. 2362/98), som fastlagde princippet om, at licenser skulle udstedes til erhvervsdrivende, der havde påtaget sig den *handelsmæssige risiko* ved markedsføring af bananer³³.

73. Når det vurderes, om en bestemt indførsel er sket uden handelsmæssig risiko og alene til (handelsmæssig) gavn for tredjemand, finder jeg, at en national ret som minimum bør sammenligne salgspriserne (i dette tilfælde de salgspriser, som blev betalt og opkrævet af de italienske nytilkomne erhvervsdrivende og af Rico) og navnlig undersøge, om forskellen oversteg de samlede omkostninger for den nytilkomne erhvervsdrivende i forbindelse med indførslen af bananer (herunder udgifter til told, sikkerhedsstillelse, forsikring og administration), således at der også var en fortjenstmargen. Umiddelbar mangel på fortjeneste er dog ikke nødvendigvis nok til at konkludere, at den nytilkomne erhvervsdrivende ikke kan have handlet for egen regning (indførsel med tab kan, medmindre andet bevises, stadig ske for en importørs egen regning). Kæden af transaktioner skal derfor undersøges nærmere. Hvem pådrog sig omkostningerne i forbindelse med indførslen? Gik fortjenesten til en anden erhvervsdrivende, som deltog i indførslen, eller til tilknyttede erhvervsdrivende?

27 — Dom Di Lenardo og Dilexport (C-37/02 og C-38/02, EU:C:2004:443, præmis 84).

28 — Dom Di Lenardo og Dilexport (EU:C:2004:443, præmis 87).

29 — Artikel 3 i forordning nr. 2362/98.

30 — Artikel 10 i forordning nr. 2362/98.

31 — Jf. artikel 8, stk. 1, litra a), i forordning nr. 2362/98. Jf. også artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 2362/98 vedrørende registrering af traditionelle erhvervsdrivende og nytilkomne erhvervsdrivende, som krævede, at de var »oprettet efter den for dem gældende lovgivning vedrørende udøvelse af de pågældende økonomiske aktiviteter«.

32 — Resultatet er varer, som »frit kan omsættes«, hvilket betyder varer, i) for hvilke de »foreskrevne formaliteter i forbindelse med indførelsen er blevet opfyldt, og for hvilke denne medlemsstat har opkrævet gældende told og afgifter«, og ii) »for hvilke disse told- og afgiftsbeløb ikke er blevet helt eller delvis godtgjort« (jf. artikel 29 TEUF). I henhold til EF-toldkodeksens artikel 79, andet afsnit, indebærer overgang til fri omsætning »anvendelse af de handelspolitiske foranstaltninger og opfyldelse af de øvrige formaliteter, der er fastsat med henblik på indførsel af varer, samt anvendelse af de efter lovgivningen skyldige afgifter«.

33 — Jf. 15. betragtning til forordning (EØF) nr. 404/93 (min fremhævelse).

74. Selv om det var et krav, at nytilkomne erhvervsdrivende skulle have ressourcer til at foretage indførslen, krævede hverken artikel 7, litra a), eller andre bestemmelser i forordning nr. 2362/98 imidlertid, at de nytilkomne erhvervsdrivende skulle have specifikke faciliteter til opbevaring og transport af de indførte bananer. Intet i nævnte forordning antyder, at lovgiveren havde til hensigt at kræve en bestemt type markedsføringskæde i forbindelse med bananimport, eller at en nytilkommen erhvervsdrivende nødvendigvis skulle oplagre (og modne) bananerne, inden de blev solgt til en grossist eller detailhandlende. Tværtimod henviste forordning nr. 404/93 i 15. betragtning til behovet for, at Kommissionen skulle lade sig lede af princippet om at »undgå at forstyrre normale handelsmæssige forbindelser mellem personer i forskellige led i markedsføringskæden«. Forordning nr. 2362/98 var heller ikke til hinder for, at importøren solgte varerne til en anden part i markedsføringskæden umiddelbart efter indførsel. Det afgørende i forbindelse med denne forordning var den nytilkomne erhvervsdrivendes deltagelse i et bestemt led i denne kæde (indførsel).

75. Det forhold, at en nytilkommen erhvervsdrivende inden indførsel og/eller ansøgning om registrering, årlige tildelinger og importlicenser havde indgået aftale om at købe eller sælge andre erhvervsdrivendes bananer og anvende andre erhvervsdrivendes faciliteter til transport, oplagring eller modning, var således ikke til hinder for registrering i henhold til artikel 7, litra a), i forordning nr. 2362/98. Det bør heller ikke være til hinder for opretholdelse af status som nytilkommen erhvervsdrivende.

76. I betragtning af bananmarkedets karakteristika er sådanne aftaler faktisk ofte nødvendige. Tidligere var markedet domineret af få vertikalt integrerede multinationale erhvervsdrivende, som ofte kontrollerede hele markedsføringskæden, herunder ejerskab af plantager, produktion (eksempelvis dyrkning, emballering og kvalitetskontrol), transport, indførsel, modning, oplagring og distribution, og som opnåede betydelige stordriftsfordele. Med tiden er markedet blevet mere fragmenteret. Nye erhvervsdrivende kommer ind på markedet i forskellige led af markedsføringskæden, selv om det kan være dyrt og vanskeligt at komme ind på markedet. Eftersom bananer er fordærlige, skal disse faser planlægges omhyggeligt. Hvis en erhvervsdrivende, der ønsker at komme ind på markedet, ikke er vertikalt integreret med henblik på at kontrollere alle eller de fleste led i markedsføringskæden, afhænger indtrængningen på markedet oftest af upstream- og downstreamaftaler med andre erhvervsdrivende³⁴.

77. Den fælles markedsordning for bananer var baseret på, at både traditionelle erhvervsdrivende og nytilkomne erhvervsdrivende ville deltage i indførslen af bananer, idet dette havde til formål at »fremme en sund konkurrence«³⁵. En sådan konkurrence ville efter min mening ikke være mulig, hvis de to kategorier af erhvervsdrivende ikke frit bestemte deres adfærd på markedet, navnlig med hensyn til beslutninger og aktiviteter i forbindelse med selve indførslen. Hvis en traditionel erhvervsdrivende således havde afgørende indflydelse på en anden erhvervsdrivendes forretningsbeslutninger vedrørende indførsel, og sidstnævnte i alle henseender efterkom de anvisninger, denne (direkte eller indirekte via en mellemmand) modtog vedrørende indførsel af bananer, kan sidstnævnte ikke siges at have handlet for egen regning. Det ville i realiteten have været en skinmanøvre: et middel for den traditionelle importør til at styrke sin markedsposition og yderligere undergrave konkurrencen.

78. En sådan konkurrence ville heller ikke være mulig, hvis en nytilkommen erhvervsdrivende, som var formelt uafhængig i forhold til en traditionel erhvervsdrivende, alligevel (frivilligt) accepterede en ordning, hvor denne indførte bananer ved brug af egne importlicenser, men for den traditionelle erhvervsdrivendes regning.

34 — Jf. eksempelvis FAO, »The Changing Role of Multinational Companies in the Global Banana Trade« (www.fao.org/docrep/019/i3746e/i3746e.pdf), og UNCTAD-data (www.unctad.info/en/Infocomm/Agricultural_Products/Banana).

35 — Jf. sjette betragtning til forordning nr. 2362/98.

79. En fortolkning, der understreger behovet for reel handling for egen regning fra en nytilkommen erhvervsdrivendes side, er også i overensstemmelse med målet, jf. ottende betragtning til forordning nr. 2362/98, om gennem skærpede kriterier for accept at undgå registrering af stråmænd og tildelinger på grundlag af kunstige eller spekulative ansøgninger. Lovgiver havde allerede reageret på tydelig misbrug af de eksisterende betingelser ved at skærpe kriterierne for godkendelse og beskrive dem mere detaljeret. Selv om disse ændringer kan have reduceret mulighederne for misbrug, kan ingen lovgivning give en fuldstændig garanti mod misbrug af lovgivningen.

80. Jeg konkluderer derfor, at artikel 7, litra a), og artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 2362/98 skulle fortolkes således, at erhvervsdrivende skulle handle for egen regning både for at blive registreret som »nytilkomne erhvervsdrivende« og for at opretholde denne status. At handle »for egen regning« skulle fortolkes således, at en sådan erhvervsdrivende skulle handle i eget øjemed og for egen handelsmæssig risiko.

Artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 og retsmisbrug (spørgsmål 2 og 3)

81. Ifølge artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 var overdragelse af rettigheder, der fulgte af importlicenser, fra nytilkomne erhvervsdrivende til traditionelle erhvervsdrivende forbudt. Der var ikke forbud mod andre overdragelser, som blev anset »for et middel, som har til formål at styrke konkurrenceevnen hos de erhvervsdrivende, som forhandler fællesskabsbananer og AVS-bananer, og at fremme integrationen af medlemsstaternes markeder«³⁶.

82. I nærværende sag overdrog de italienske nytilkomne erhvervsdrivende ikke de rettigheder, der fulgte af deres importlicenser, til S.I.M.B.A., men indførte selv bananerne og bragte dem i fri omsætning. Umiddelbart ser det ud til, at artikel 21, stk. 2, blev overholdt. Bananerne skiftede dog ejer flere gange før og efter deres indførsel.

83. Jeg er enig med Kommissionen i, at artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 hverken begrænsede salget af bananer i tredjelande eller deres tilbagesalg efter indførsel, selv om disse transaktioner skete på grundlag af en allerede eksisterende aftale. På linje med Domstolen i dom SICES m.fl.³⁷ vedrørende artikel 6, stk. 4, i forordning (EF) nr. 341/2007³⁸ mener jeg, at artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 ganske enkelt ikke omhandlede denne situation og derfor ikke forbød den.

84. Hvis en sådan overdragelse fra en ny erhvervsdrivende til en traditionel erhvervsdrivende var tilladt, kunne den traditionelle erhvervsdrivende imidlertid for egen regning have indført en større mængde bananer til en lavere toldsats.

85. Hvis en serie af transaktioner, som i øvrigt var tilladt i henhold til forordning nr. 2362/98, havde det resultat og det formål, at en traditionel erhvervsdrivende blev bragt i samme situation, som hvis denne havde opnået fordelene ved en forbudt overdragelse af licenser, ville der ikke desto mindre være sket en overtrædelse af artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 som følge af retsmisbrug.

86. For at sætte den traditionelle erhvervsdrivende i samme situation skal en nytilkommen erhvervsdrivende nødvendigvis have indført dennes bananer og derefter have solgt dem, muligvis via en mellemmand, tilbage til den traditionelle erhvervsdrivende. Hvis den traditionelle erhvervsdrivende skulle have opnået fordelene ved præferencetolden, skulle en erhvervsdrivende på et tidspunkt have handlet ikke for egen regning, men for den traditionelle erhvervsdrivendes regning.

36 — Dom Tyskland mod Rådet (C-280/93, EU:C:1994:367, præmis 86).

37 — Dom SICES m.fl. (C-155/13, EU:C:2014:145). Jf. punkt 89 nedenfor.

38 — Kommissionens forordning (EF) nr. 341/2007 af 29.3.2007 om åbning og forvaltning af toldkontingenter og om indførelse af en ordning med importlicenser og oprindelsescertifikater for hvidløg og visse andre landbrugsprodukter importeret fra tredjelande (EUT L 90, s. 12). Ifølge artikel 6, stk. 4, i forordning nr. 341/2007 »[...] kan rettighederne i forbindelse med A-licenser ikke overdrages«. Vedrørende A-licenser henvises der yderligere til fodnote 41 nedenfor.

87. Hvis den erhvervsdrivende, der handler således, er den nyttilkomne erhvervsdrivende, som indfører bananer, har denne erhvervsdrivende ikke opfyldt betingelserne for at opretholde sin status som nyttilkommen erhvervsdrivende. Den traditionelle erhvervsdrivende kan dog (uberettiget) have opnået en lavere told takket være en anden erhvervsdrivendes handlinger i transaktionskæden. Det forhold, at en nyttilkommen erhvervsdrivende vurderes at have indført bananerne for egen regning, fjerner dog ikke behovet for at kontrollere, om der er sket retsmisbrug et andet sted i kæden.

88. Denne kontrol skal om nødvendigt foretages af den kompetente nationale ret³⁹. I dommen i sagen SICES m.fl. – som blev afsagt efter indgivelsen af denne anmodning om præjudiciel afgørelse – har Domstolen allerede præciseret, hvordan dette skal ske.

89. Sagen SICES m.fl. vedrørte lignende omstændigheder i en tilsvarende sammenhæng. Den sag omhandlede forordning nr. 341/2007⁴⁰, som med hensyn til hvidløg fastlægger betingelserne for præferenceadgang og toldkontingenter, kræver importlicenser⁴¹ for at forhindre svig i forbindelse med hvidløgs oprindelse og skelner mellem traditionelle og nye importører. For at sikre konkurrencen og forhindre spekulation og misbrug i forbindelse med tildelingen af importlicenser forbyder forordning nr. 341/2007 overdragelsen af sådanne licenser og giver mulighed for at idømme sanktioner, hvis der indgives mere end én ansøgning⁴². Den specifikke toldsats, som blev opkrævet, gjorde det urentabelt at indføre hvidløg uden for toldkontingenteret.

90. En række nye importører forekom at have omgået dette forbud ved hjælp af ordningen for præferenceadgang og toldkontingenter: En af de to virksomheder købte ved hjælp af deres importlicenser hvidløg fra en kinesisk leverandør. En af virksomhederne solgte hvidløgene til nye erhvervsdrivende, som derefter indførte og igen solgte hvidløgene til en af de to virksomheder, der handlede som både traditionel importør og grossist, og som inden indførslen allerede havde accepteret at købe hvidløgene, når de var overgået til fri omsætning.

91. Efter at Domstolen bekræftede sin fast praksis, hvorefter konstateringen af misbrug kræver en kombination af objektive og subjektive elementer, og at det påhviler den nationale ret at efterprøve begge elementer⁴³, undersøgte Domstolen, om artikel 6, stk. 4, i forordning nr. 341/2007 var til hinder for en sådan serie af transaktioner⁴⁴.

92. Med hensyn til det objektive element fandt Domstolen, at behovet for at sikre konkurrencen mellem egentlige importører betød, at ingen enkelt importør skulle være stand til at kontrollere markedet. Dette mål blev ikke opnået, fordi »køberen i Unionen, som også er en traditionel erhvervsdrivende, med sådanne transaktioner, ganske vist ikke [opnår] ret til at få beregnet sin referencemængde [...] ud fra et grundlag, der omfatter de mængder af varer, som han har købt fra importører efter varernes fortoldning«. Domstolen fandt endvidere, at sådanne transaktioner gav en køber (som havde opbrugt sine egne importlicenser med nedsat told) mulighed for, »at købe hvidløg, som er indført til en præferencetold, og øge sin indflydelse på markedet ud over den del af toldkontingenteret, som han har fået tildelt«⁴⁵.

39 — Dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også mit forslag til afgørelse Vonk Dairy Products (C-279/05, EU:C:2006:373, punkt 61 og 64).

40 — Jf. navnlig nævnte forordnings artikel 4, stk. 2 og 3.

41 — A-licenser var importlicenser for hvidløg, der er udstedt med henblik på overgang til fri omsætning under kontingenterne for traditionelle importører og nye importører af hvidløg fra Argentina, Kina og andre tredjelande. Jf. artikel 5, stk. 2, i forordning (EF) nr. 341/2007.

42 — Jf. 14. betragtning til forordning (EF) nr. 341/2007.

43 — Dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 31-34).

44 — Dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 28).

45 — Dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 35 og 36).

93. Med hensyn til det subjektive element fastslog Domstolen, at det, der skulle efterprøves, var, om »importørerne har haft til hensigt at give den nævnte køber en sådan fordel, og at transaktionerne savne[de] enhver økonomisk og kommerciel berettigelse for disse importører«. Samtidig var det nødvendigt at tage hensyn til den omstændighed, at »importører har pligt til at benytte de »A«-licenser, som er blevet udstedt til dem, idet de ellers pålægges sanktioner, og derfor har en reel interesse i at foretage indførsler«. Selv om sådanne transaktioner ikke a priori kan »anses for at savne enhver økonomisk og kommerciel berettigelse for disse importører«, fandt Domstolen, at det imidlertid ikke kunne »udelukkes, at transaktioner som de i hovedsagen omhandlede under visse omstændigheder i det væsentlige med det formål at opnå præferencetolden er blevet konstrueret kunstigt«. Blandt de elementer, der kunne gøre det muligt at fastslå transaktionernes kunstige karakter, henhører den omstændighed, at licenshaveren ikke har påtaget sig nogen handelsmæssig risiko, fordi denne risiko i realiteten var dækket af køberen, som ligeledes var en traditionel importør, og den omstændighed, at importørernes fortjenstmargen var ubetydelig, eller at importørernes salgspriser for hvidløg til køberen i Unionen var lavere end markedspriserne⁴⁶.

94. I præmis 40 konkluderede Domstolen, at transaktioner som de omhandlede udgør et misbrug af rettigheder⁴⁷, såfremt de med det formål at opnå præferencetolden er blevet konstrueret kunstigt, og at undersøgelsen af, om der foreligger misbrug, kræver, at en national ret tager hensyn til alle de faktiske omstændigheder og forhold i sagen, herunder alle kommercielle transaktioner forud for eller efter den pågældende indførsel.

95. Den samme konklusion gælder efter min mening, når det skal afgøres, om der er tale om retsmisbrug, når erhvervsdrivende handlede med det formål at sætte en traditionel erhvervsdrivende i samme situation, som hvis de importlicenser, der var tildelt behørigt registrerede nytilkomne erhvervsdrivende, var blevet overdraget denne, alene med det formål opnå en uretmæssig fordel på grundlag af EU-rettens bestemmelser⁴⁸.

96. Udgangspunkter må være, at de nytilkomne erhvervsdrivende var behørigt registrerede og opfyldte betingelserne for at opretholde denne status. Hvis en erhvervsdrivende ikke opfyldte disse betingelser, kunne denne ikke opnå status som nytilkommen erhvervsdrivende og kunne derved ikke indføre bananer under den del af toldkontingentet, der var forbeholdt erhvervsdrivende af denne type. Der ville ikke længere være nogen gyldig begrundelse for at opretholde de importlicenser, som den pågældende erhvervsdrivende havde fået tildelt på grundlag af sin tidligere status som nytilkommen erhvervsdrivende: Der var ikke behov for at forvalte en ret til at importere, som ikke længere eksisterede⁴⁹. Som følge deraf blev disse importlicenser ugyldige, og importøren ville ikke have kunnet opnå nye.

97. Hvis betingelserne for at opretholde status som nytilkommen erhvervsdrivende var opfyldt, betød det, at den erhvervsdrivende importerede bananer for egen regning. Disse betingelser reducerede i væsentlig grad mulighederne for misbrug, men de udelukkede ikke fuldstændig risikoen for, at en nytilkommen erhvervsdrivende kunne være involveret i en serie af transaktioner, der undergravede formålene med forordning nr. 2362/98, herunder de formål, der ligger til grund for forbuddet i artikel 21, stk. 2.

98. For så vidt angår det objektive element af retsmisbrug, overlapper begrundelserne for denne betingelse i vid udstrækning efter min opfattelse formålene i forordning nr. 2362/98⁵⁰.

46 — Dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 37-39).

47 — Efter min mening kan der være en vis usikkerhed med hensyn til, om Domstolens henvisning (i den engelske version af dommen) til »abuse of rights« (»misbrug af rettigheder«) faktisk omfatter en situation, der mere korrekt kan betegnes som »abuse of law« (»retsmisbrug«), forudsat at der er tale om en gyldig EU-retlig sondring. Jf. eksempelvis A. Saydé, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market* (Oxford, Hart, 2014) s. 16-43.

48 — Jf. dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

49 — Jf. punkt 30 ovenfor vedrørende importlicenser.

50 — Jf. punkt 66-68 og 77-79 ovenfor.

99. En serie af transaktioner som de i hovedsagen omhandlede, kan således mindske konkurrencen og begrænse nyttilkomne erhvervsdrivendes faktiske mulighed for at komme ind på markedet og virkningen heraf. Ordningen (som beskrevet af den forelæggende ret) satte i væsentlighed en traditionel erhvervsdrivende i stand til at øge sin andel af toldkontingentet og indføre en større mængde bananer til en lavere toldsats. Det medførte forstyrrelser for forvaltningen af toldkontingentet, fordi det kunne fordreje handelsmønstrene og gøre det vanskeligt at finde frem til, hvem der rent faktisk var ansvarlig for indførslen af bananer under det pågældende toldkontingent.

100. For så vidt angår det subjektive element af retsmisbruget: Var det den erhvervsdrivendes hensigt at opnå en uretmæssig fordel som følge af anvendelsen af EU-retten ved kunstigt at skabe betingelser for at opnå denne fordel⁵¹?

101. En enkelt omstændighed, der betragtes isoleret, kan muligvis ikke i sig selv være tilstrækkelig til at fastslå, om transaktionen i det væsentlige havde til formål at opnå en uberettiget fordel⁵². Udnyttelse af de økonomiske fordele, der opnås i forbindelse med transaktioner, der er tilladt i henhold til EU-retten, udgør således ikke retsmisbrug. Disse omstændigheder kan dog, når de ses samlet, vise, at en eller flere erhvervsdrivende havde til hensigt at sikre den traditionelle erhvervsdrivende en uberettiget fordel ved at deltage i en indførselsaktivitet, der var uden økonomisk og handelsmæssig berettigelse for nogen af de nyttilkomne erhvervsdrivende, som gennemførte den faktiske indførsel, og/eller andre erhvervsdrivende, der deltog i transaktionerne forud for og efter indførslen.

102. Den kompetente national ret skal i det væsentlige undersøge transaktionernes udformning, formål og tilrettelæggelse og forbindelserne mellem de forskellige parter for at afgøre, om fordelene ved den lavere toldsats ville være blevet opnået, hvis hele serien af transaktioner ikke var blevet gennemført.

103. I nærværende sag skal den kompetente nationale ret således undersøge, hvilken erhvervsdrivende der bar omkostningerne ved indførslen, og hvilken erhvervsdrivende der havde fordel af indførslen og de øvrige transaktioner. Dette omfatter kontrol af selve aftalen og transaktionerne mellem den traditionelle erhvervsdrivende (S.I.M.B.A.) og den nyttilkomne mellemværende erhvervsdrivende (Rico) og mellem sidstnævnte og de italienske nyttilkomne erhvervsdrivende, som indførte bananerne, for at afgøre, om nogle af de erhvervsdrivende havde til hensigt at give S.I.M.B.A. mulighed for at opnå de fordele, der følger af en forbudt overdragelse af rettigheder afledt af de importlicenser, der var tildelt de italienske nyttilkomne erhvervsdrivende, på Ricos initiativ og i henhold til aftale mellem Rico og S.I.M.B.A. Det er derfor relevant at undersøge, om S.I.M.B.A. som følge af transaktionerne forøgede sin andel af toldkontingentet til en pris, der svarede til prisen for at bruge de italienske nyttilkomne erhvervsdrivendes importlicenser (som ville have været prisen for en overdragelse). Samtidig skal de priser, som de italienske nyttilkomne erhvervsdrivende købte og solgte bananerne til, sammenlignes med markedspriserne og omkostningerne til indførsel. Den pris, der blev betalt i forbindelse med hver transaktion, kan således hjælpe med at afgøre, om det subjektive element af retsmisbrug forelå.

104. Den nationale ret skal endvidere afgøre, om brugen af Rico, som også var en nyttilkommen erhvervsdrivende og indehaver af importlicenser, havde til formål at forhindre direkte forbindelse mellem S.I.M.B.A. og de italienske nyttilkomne erhvervsdrivende, idet en nyttilkommen erhvervsdrivendes indførsel af bananer sandsynligvis ville vække mere mistanke, for så vidt angår artikel 21, stk. 2, hvis bananerne blev købt direkte fra en traditionel erhvervsdrivende, end hvis de blev købt fra en anden nyttilkommen erhvervsdrivende, fordi overdragelse af licenser mellem nyttilkomne erhvervsdrivende ikke var forbudt.

51 — Jf. eksempelvis dom Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 59).

52 — Dom SICES m.fl. (EU:C:2014:145, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

105. Den omstændighed, at de italienske nytilkomne erhvervsdrivende ikke ejede faciliteter til oplagring og transport af bananer, og den omstændighed, at der var indgået aftaler mellem de erhvervsdrivende inden indførslen, kan efter min mening ikke være afgørende for at fastlægge det subjektive element⁵³. Disse omstændigheder kan højst styrke en konklusion vedrørende det subjektive element baseret på andre omstændigheder.

106. Det samme ræsonnement gør sig gældende i en situation, hvor en traditionel erhvervsdrivende, der var involveret i en serie af transaktioner, som eksempelvis de omhandlede, havde opbrugt sine importlicenser under toldkontingentet og ikke længere selv kunne udnytte præferencetoldsatsen (som det var tilfældet i SICES m.fl.). Denne omstændighed kan eksempelvis vise, at den traditionelle erhvervsdrivende kan have haft interesse i at erhverve bananer, der var indført til præferencetoldsatsen via andre kanaler, men det er ikke afgørende. Der kunne stadig være tale om retsmisbrug, selv om den traditionelle importør ikke havde opbrugt sine importlicenser, men den nytilkomne erhvervsdrivende alligevel indførte bananer til den lavere toldsats. En særlig importlicens kunne eksempelvis ikke være blevet anvendt som følge af transportforsinkelser eller et uventet fald i efterspørgslen. Disse faktorer kunne være uforudsigelige, da en svigagtig praksis blev planlagt og gennemført.

107. Jeg konkluderer derfor, at de retningslinjer, der blev fastlagt i dommen i sagen SICES m.fl., også finder anvendelse her.

Artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 2988/95 (spørgsmål 3)

108. Forordning nr. 2988/95 finder kun anvendelse på adfærd, der berører (eller kan berøre) Den Europæiske Unions budgetter, herunder ved bortfald af indtægter⁵⁴.

109. I artikel 4 i forordning nr. 2988/95 defineres i det væsentlige de former for administrative foranstaltninger, der skal gennemføres, når en uregelmæssighed forekommer. Ifølge artiklen kan der gives afslag på anmodningen om en fordel, eller fordelene kan tilbagekaldes, hvis der er tale om handlinger, der i det væsentlige har til formål at opnå en fordel, der er i strid med EU-rettens gældende mål (det objektive element i Domstolens praksis) ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå fordelene (det subjektive element i nævnte retspraksis). Denne specifikke bestemmelse i artikel 4, stk. 3, eksisterede allerede, da Domstolen fastlagde de objektive og subjektive elementer ved undersøgelse af eventuelt retsmisbrug.

110. Hvis det konstateres, at artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 er overtrådt som følge af retsmisbrug, svarer de handlinger, der udgør et sådant retsmisbrug, efter min vurdering til den adfærd, der er beskrevet i artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 2988/95. Definitionerne overlapper dog ikke på alle områder. Artikel 4, stk. 3, er mere specifik, eftersom den vedrører handlinger, som skader eller kunne skade Den Europæiske Unions almindelige budget eller budgetter, der forvaltes af Unionen. Hvis en handling skal være omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 2988/95, skal den berøre Unionens finansielle interesser⁵⁵. Det er ikke tilfældet for alle former for misbrug af EU-retten.

53 — Jf. punkt 74-76 ovenfor.

54 — Artikel 1, stk. 2, i forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95.

55 — Selv uregelmæssigheder uden nogen bestemt finansiell betydning kan have alvorlige konsekvenser for Unionens finansielle interesser, jf. eksempelvis dom *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

111. Efter min mening er sådanne handlinger en særlig type uregelmæssighed som defineret i artikel 1, stk. 2, i nævnte forordning. Som følge deraf skal henvisninger til en uregelmæssighed i forordning nr. 2988/95 fortolkes således, at handlinger som defineret i artikel 4, stk. 3, er omfattet, medmindre andet er anført⁵⁶.

112. I forordning nr. 2988/95 skelnes der mellem administrative sanktioner og administrative foranstaltninger. Artikel 4 er indsat i afsnit II (»Administrative foranstaltninger og sanktioner«), men i afsnit artikel 4, stk. 4, anføres det udtrykkeligt, at de foranstaltninger, der er omhandlet i den pågældende artikel, *ikke* er sanktioner. Konsekvensen i henhold til artikel 4, stk. 3, for en person, der begår en uregelmæssighed, er, at den fordel, som berører EU-budgettet, ikke indrømmes eller tilbagekaldes, hvis den allerede er indrømmet. Forpligtelsen til at tilbagebetale en fordel er under sådanne omstændigheder ikke en sanktion. Det er blot en konsekvens af, at det er fastslået, at de nødvendige betingelser for at drage fordel af EU-bestemmelserne er blevet kunstigt skabt⁵⁷. I forbindelse med eksportrefusioner har Domstolen fastslået, at en importør, der kunstigt har placeret sig i en situation, der gør det muligt for ham at opnå eksportrestitution, er forpligtet til at betale afgifterne for de omhandlede varer, uanset hvilke administrative, civil- eller strafferetlige sanktioner der i givet fald måtte følge af national ret⁵⁸. Den har taget det samme standpunkt i andre sammenhænge⁵⁹. Efter min mening handler disse foranstaltninger i det væsentlige om at inddrive specifikke beløb, der burde have været, men ikke blev, betalt til EU-budgettet, eller som fejlagtigt blev udbetalt af EU-budgettet. I artikel 4, stk. 3, fastlægges de specifikke foranstaltninger, der skal træffes i forbindelse med hver af de definerede former for uregelmæssigheder.

113. Eksistensen af en uregelmæssighed afhænger af, om der er sket en overtrædelse af en bestemmelse i EU-retten bortset fra forordning nr. 2988/95, og om dette er til skade for EU-budgettet. Domstolen har skabt en form for parallels ved at fastslå, at administrative foranstaltninger, der har til formål at korrigere en uregelmæssighed som omhandlet i artikel 4, også skal have et andet (sektorspecifikt) retsgrundlag og ikke kun kan baseres på forordning nr. 2988/95⁶⁰. Til støtte for denne konklusion har Domstolen tilsyneladende støttet sig på artikel 2, stk. 2, som omhandler *administrative sanktioner*, på *administrative foranstaltninger* omhandlet i artikel 4. Hvis EU-lovgiver ikke har vedtaget sådanne bestemmelser, har Domstolen endvidere fastslået, at medlemsstaterne har ret til at opretholde eller vedtage bestemmelser på dette område og vedrørende sådanne erhvervsdrivende, for så vidt som sådanne bestemmelser er nødvendige for at bekæmpe svig, og såfremt de respekterer de almindelige EU-retlige principper, de generelle bestemmelser i forordning nr. 2988/95 og eksisterende sektorspecifikke EU-bestemmelser vedrørende andre erhvervsdrivende⁶¹.

56 — I det indledende forslag til den senere forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 skelnedes der faktisk i definitionen af anvendelsesområdet mellem svig, misbrug og enhver anden tilsidesættelse af en forpligtelse, der er fastsat i bestemmelserne vedrørende Fællesskabernes indtægter eller vedrørende ydelse af støtte, subvention eller anden fordel. Sammen blev disse betegnet »uregelmæssigheder«. I forordningsforslagets artikel 3, stk. 1, blev misbrug defineret som »handling, der er foretaget med det formål at opnå en uberettiget fordel, således at der ved hjælp af fiktive eller kunstige transaktioner skabes en situation, der formelt er i overensstemmelse med lovgivningen, men som er uden noget reelt økonomisk formål og i modstrid med fællesskabslovgivningens sigte«. Jf. forslag til Rådets forordning (EF, Euratom) om beskyttelse af Fællesskabernes finansielle interesser, KOM(94) 214 endelig.

57 — Dom Christodoulou m.fl. (C-116/12, EU:C:2013:825, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen fastslog indledningsvis dette i en sag, som forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 ikke fandt anvendelse på ratione temporis: dom Emsland-Stärke (EU:C:2000:695, præmis 56).

58 — Jf. dom Christodoulou m.fl. (EU:C:2013:825, præmis 68).

59 — Jf. eksempelvis dom Pometon (C-158/08, EU:C:2009:349, præmis 29) (vedrørende dumping og proceduren for aktiv forædling).

60 — Jf. dom Somvao (C-599/13, EU:C:2014:2462, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

61 — Jf. dom SGS Belgium m.fl. (C-367/09, EU:C:2010:648, præmis 40). Denne konklusion var baseret på den betragtning, at medlemsstaterne i henhold til artikel 325, stk. 2, TEUF »træffer de samme foranstaltninger til bekæmpelse af svig, der skader Unionens finansielle interesser, som til bekæmpelse af svig, der skader deres egne finansielle interesser«.

114. Når der er konstateret et misbrug, har Domstolen samtidig generelt (og også i sager, hvor den har anvendt artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 2988/95) accepteret, at det er nødvendigt at reetablere den situation, der ville have foreligget, hvis de transaktioner, der udgør dette misbrug, ikke var blevet foretaget⁶².

115. Det er ikke helt klart for mig, hvordan Domstolens praksis vedrørende behovet for et særskilt retsgrundlag for *administrative foranstaltninger* (hvis det er en korrekt fortolkning⁶³) skal forenes med eksistensen af artikel 4, stk. 4, og ordlyden af artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 2988/95, som indfører denne forudgående betingelse for *administrative sanktioner* og på den måde afspejler det generelle princip om »nulla poena sine lege«. Jeg mener umiddelbart, at pålæggelse af en sanktion ikke er det samme som at geninddrive en fordel, der opnået ved misbrug eller på anden måde uretmæssigt, og derfor ikke skal være underlagt de præcis samme betingelser. Det er dog ikke nødvendigt at undersøge dette yderligere i denne sammenhæng.

116. Under de omstændigheder, der er omhandlet i hovedsagen, hvor det konstateres, at artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 er overtrådt som følge af retsmisbrug, opnår en traditionel erhvervsdrivende efter min vurdering en uberettiget fordel, der er til skade for EU-budgettet som omhandlet i forordning nr. 2988/95, hvis tolden, som var beregnet ud fra den præferencetoldsats, der fandt anvendelse ved indførsel af bananerne, var lavere end den told, som den pågældende erhvervsdrivende skulle have betalt, hvis denne selv havde indført bananerne. I tilfælde af toldskyld efter klarering kan ikke-opkrævede afgifter inddrives på grundlag af EF-toldkodeksen (og eventuelt bestemmelser i den nationale lovgivning). Dette skal ske i overensstemmelse med de generelle bestemmelser i forordning nr. 2988/95.

Forslag til afgørelse

117. I lyset af alle de foregående overvejelser mener jeg, at Domstolen bør besvare anmodningen om en præjudiciel afgørelse fra Corte Suprema di Cassazione (Italien) som følger:

- »– Artikel 7, litra a), og artikel 8, stk. 4, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2362/98 af 28. oktober 1998 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EØF) nr. 404/93 for så vidt angår ordningen for indførsel af bananer til Fællesskabet skulle fortolkes således, at erhvervsdrivende skulle handle for egen regning både for at blive registreret og for at opretholde status som »nytilkomne erhvervsdrivende«. At handle »for egen regning« skulle fortolkes således, at en sådan erhvervsdrivende skulle handle i eget øjemed og for egen handelsmæssig risiko.
- Artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 var i princippet hverken til hinder for salget af bananer i tredjelande eller deres tilbagesalg efter indførsel, selv om disse transaktioner blev gennemført på grundlag af en allerede eksisterende aftale mellem behørigt registrerede traditionelle erhvervsdrivende og nytilkomne erhvervsdrivende. Sådanne transaktioner udgjorde dog et retsmisbrug, når de med det formål at opnå præferencetolden var blevet konstrueret kunstigt. Undersøgelsen af, om der foreligger misbrug, kræver, at en national ret tager hensyn til alle de faktiske omstændigheder og forhold i sagen, herunder alle kommercielle transaktioner forud for eller efter den pågældende indførsel. Den kompetente nationale ret skal navnlig

62 — Jf. eksempelvis domme Halifax m.fl. (C-255/02, EU:C:2006:121, præmis 98) (som ikke anvender forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95) og Pometon (EU:C:2009:349, præmis 27-30) (som anvender artikel 4, stk. 3, i forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 for så vidt angår konsekvenserne af misbruget, men ikke nævner behovet for et særskilt retsgrundlag for de pågældende administrative foranstaltninger).

63 — Alternativt kan retspraksis læses således, at – hvis der findes et udtrykkeligt retsgrundlag for geninddrivelse, som finder anvendelse på den specifikke sag, det mest specifikke retsgrundlag finder anvendelse i stedet for den generelle bestemmelse i artikel 4 i forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95. Et sådant særskilt retsgrundlag findes dog ikke i alle tilfælde. Det er efter min mening heller ikke indlysende (trods femte betragtning), at der kræves et sådant særskilt retsgrundlag for at geninddrive en uberettiget fordel under omstændigheder, der ellers er omfattet af anvendelsesområdet for forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95.

undersøge transaktionernes udformning og tilrettelæggelse og forbindelserne mellem de forskellige parter for at afgøre, om fordelene ved den lavere toldsats ville være blevet opnået, hvis hele serien af transaktioner ikke var blevet gennemført.

- Hvis det konstateres, at artikel 21, stk. 2, i forordning nr. 2362/98 er overtrådt som følge af retsmisbrug, svarer de handlinger, der udgør et sådant misbrug, til den adfærd, der er beskrevet i artikel 4, stk. 3, i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 af 18. december 1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser. Hvis retsmisbrug er konstateret under de omstændigheder, der er omhandlet i hovedsagen, opnår en traditionel erhvervsdrivende en uberettiget fordel, der er til skade for EU-budgettet som omhandlet i forordning nr. 2988/95, hvis tolden, som var beregnet ud fra den præferencetoldsats, der fandt anvendelse ved indførsel af bananerne, var lavere end den told, som den pågældende erhvervsdrivende skulle have betalt, hvis denne selv havde indført bananerne. I tilfælde af toldskyld efter klarering kan ikke-opkrævede afgifter inddrives på grundlag af EF-toldkodeksen (og eventuelt bestemmelser i den nationale lovgivning). Dette skal ske i overensstemmelse med de generelle bestemmelser i forordning nr. 2988/95.«