

PROFESSOR, DR. JUR. PETER PAGH
KØBENHAVNS UNIVERSITET, JURIDISK FAKULTET

Retsudvalget
REU alm. del - Bilag 41
Offentlig

STUDIESTRÆDE 6
1455 KØBENHAVN K.
TLF: 35 32 31 27
TLF (PRIVAT): 43 44 12 38
TELEFAX: 35 32 32 04
E-mail: peter.pagh@jur.ku.dk

Folketingets Retsudvalg
Christiansborg
1218 København K

21. oktober 2004

Vedr.: Undersøgelse af Juridisk Specialudvalgs indblanding i domstolenes virke

Jeg tillader mig herved til udvalgets orientering at fremsende en artikel jeg har netop har fået offentliggjort i Ugeskrift for Retsvæsen. Artiklen belyser, hvordan der i Danmark er udviklet en meget usædvanlig praksis, hvor centraladministrationen via juridisk specialudvalg på meget uheldig vis blander sig i danske domstoles virke, når det drejer sig om EU-retlige spørgsmål. Denne praksis er ikke hjemlet i nogen lov og forekommer at være i strid med EU-retten og på kanten af grundlovens krav om adskillelse af den udøvende og den dømmende magt.

Med venlig hilsen


Peter Pagh

Præjudicielle forelæggelser og Juridisk Specialudvalg

Af professor, dr.jur. Peter Pagh

Artiklen handler om Juridisk Specialudvalgs rolle ved præjudicielle forelæggelser for EF-domstolen. Selv om udvalgets kompetence er begrænset til rådgivende virksomhed, har det en sådan rolle i lovgivnings-, implementerings- og domstolsprocessen, at dets virke vanskeligt kan undervurderes, i lyset af at EU overtager lovgivningen på stadig flere områder. Artiklen giver en indføring i udvalgets opgaver, men koncentrerer sig om de principielle problemer, som de danske domstoles håndtering af præjudicielle spørgsmål rejser med omtale af JS' særlige rolle.

1. Juridisk Specialudvalg

Fra begyndelsen var det klart, at EU betød nye juridiske udfordringer. Mens befolkningen diskuterede suverænitetsafgivelse, var centraladministrationen optaget af de konkrete virkninger af, at der var overgivet lovgivnings- og domstolskompetence til EU. Der skulle findes en indretning, der kunne forberede og styre dansk stillingtagen til de mange forslag til lovgivning, som behandles i EU. Resultatet blev regeringens *juridiske specialudvalg* (i det følgende JS), der ligeledes kan involveres i de retlige spørgsmål, implementering af EU-regler rejste og rejser.

Der er intet mærkværdigt heri. Mængden og betydningen af EU-lovgivning kræver kyndig håndtering, og en regering kan rådføre sig med de embedsmandsudvalg, den ønsker. Den permanente karakter af JS og karakteren af de spørgsmål, udvalget befatter sig med, giver dog JS en betydning ud over andre embedsmandsudvalg. Udvalget forbereder i samarbejde med relevante ressortministerier indstilling til kommende EU-lovgivning, som bliver bindende for Folketinget og kan fortrænge modstående danske regler. Udvalget rådgiver samtidig ressortministerier og Folketing om, hvordan EU-regler skal gennemføres, og om, hvorledes EU-reglerne fortolkes af EF-domstolen.

JS varetager imidlertid også andre funktioner. Finder Kommissionen, at danske regler er i strid med EU-retten, forelægges sagen for JS. Ender sagen ved EF-domstolen (EFD), er det JS, der forbereder de danske svar. Opgaven er naturligvis at undgå, at den danske stat bliver dømt ved EFD og i øvrigt at forfægte vægtige danske politiske og retlige synspunkter. Til forskel fra uafhængige rådgivere har JS i mange tilfælde en særlig tilskyndelse her til, da udvalgets opgave bl.a. er at sikre en korrekt gennemførelse af EU-retten i Danmark. I det omfang JS har udviklet kreative fortolkninger af EU-regler for at tilgodese bestemte nationale politiske hensyn, er det derfor i

en vis forstand JS, der står for skud. Også denne sammenkædning af forskellige rådgivningsfunktioner kan efter min opfattelse forsvares - omend dobbeltrollen indebærer, at JS kan være utilbøjelig til at indrømme egne fejl. Men i kraft af de forskellige opgaver samler JS en viden og kyndighed, der næppe kan opnås på anden måde. Det kan dog undre, at et så magtfuldt organ har kunnet undgå større offentlig bevågenhed og ikke ses omfattet af den såkaldte magtudredning. Ja, selv blandt flertallet af jurister lever JS anonymt.

Men JS' opgaver stopper ikke med det anførte. Siden 1978 har JS tillige været en diskret aktør ved domstolene i sager om præjudiciel forelæggelse for EFD. Der er intet formaliseret grundlag i retsplejeloven for denne indblanding, der ej heller hjemles i udvalgets Kommissorium fra 1973.^[1] Nej, grundlaget for JS' afgivelse af responsa i straffesager er Rigsadvokatens cirkulære 1978/7. Ifølge cirkulæret skal anklagemyndigheden i straffesager, hvor der rejses spørgsmål om forelæggelse for EFD, bede om udsættelse med henblik på forelæggelse af sagen for JS, som »derved [får] mulighed for at udtale sig om, hvilken stilling der skal tages til spørgsmålet om sagens forelæggelse for EFD, og om hvorledes spørgsmålene til EFD i bekræftende fald bør formuleres». I civile sager mod staten er grundlaget for JS' medvirken Kammeradvokatens begæring til domstolen om at høre JS, inden den danske domstol forelægger spørgsmål for EFD - samt den i note 1 omtalte notits fra Udenrigsministeriet. Meningen med disse tiltag er, at

1. Justitsministeriet har ikke kunnet finde det endeligt vedtagne kommissorium, men har venligt fremsendt et udkast af 6/7 1973, et udkast af 23/8 1973 og et udkast af 18/9 1973 samt referat af møde i JS 21/9 1973. Jeg har tillige modtaget notits fra Udenrigsministeriet af 13/6 1978, hvori indstilles til ministerier og styrelser, at JS underrettes om sager for danske domstole, hvori staten er part, hvis der skønnes mulighed for præjudicielle forelæggelser, og at »eventuelle udkast til spørgsmål fra den danske domstol til EFD [forelægges] for JS på det tidligst mulige tidspunkt».

dommeren først skal spørge JS, om det er nødvendigt at ulejlige EFD. Og hvis dommeren finder, der skal forelægges spørgsmål for EFD, at bistå dommeren med udformning af de præjudicielle spørgsmål. Alt dette må ses i lyset af, at JS har mulighed for som talerør for den danske stat at fremkomme med indlæg for EFD, hvis der sker præjudiciel forelæggelse, hvorfor JS i alle tilfælde har mulighed for at påpege eventuelle misforståelser fra en dansk dommers side.

2. Præjudicielle forelæggelser

TEF artikel 234 er på én gang hjemlen for de nationale domstoles mulighed og pligt til at spørge EFD om fortolkning af EU-retten og er samtidig EFD's grundlag for at besvare de stillede spørgsmål. Reglen er et centralt bindeled mellem den overnationale EU-ret og de nationale retssystemer. Som retlig konstruktion var det en nyskabelse for danske domstole, der indtil EU-medlemskabet selv havde fortolket Danmarks internationale forpligtelser uden selvstændig forbindelse med internationale domstole.

Denne indelukthed blev principielt brudt med reglerne om præjudiciel forelæggelse i TEF artikel 234, hvilket kan forklare, at danske dommere i de første år efter medlemskabet var usikre på, hvordan dette nye system skulle anvendes. Artikel 234 har tre implikationer. Artikel 234(1) fastslår, at kun EFD autoritativt kan afgøre tvivl om fortolkning af EU-regler, hvorfor det alene er EFD, der kan afgøre, om en EU-regel er ugyldig, jf. *Foto-Frost*, sag 314/85. Artikel 234(2) giver derfor de nationale domstole mulighed for at spørge EFD, når der er tvivl om fortolkningen af EU-regler, og dette har betydning for en sags udfald. Endelig følger det af artikel 234(3), at *muligheden* for præjudicielle spørgsmål ændres til en *pligt*, hvis afgørelsen ikke kan appelleres. Meningen med de præjudicielle forelæggelser er at sikre ens fortolkning af EU-retten i medlemsstaterne. I tillid til domstolenes uafhængighed valgte traktatens fædre en samarbejdsprocedure, hvor det er op til de nationale domstole, om der skal rejses spørgsmål til EFD, men således at der for ikke appellable afgørelser består en retlig forpligtelse, som de nationale domstole skal respektere. Er betingelserne i artikel 234(3) opfyldt, vil manglende forelæggelse udgøre et traktatbrud. Hensynet til samarbejdet mellem EFD og de nationale domstole har dog i praksis medført, at sådanne retsbrud ikke påtales af Kommissionen. I realiteten beror ordningen med præjudicielle forelæggelser derfor på de nationale domstoles uafhængighed af nationale interesser. Der er således intet i TEF artikel 234, der underbygger, at danske dommere skal afvente råd fra JS, før man spørger EFD - tværtimod.

Præjudicielle forelæggelser er ikke et retsmiddel for parterne, men en hjælp for dommeren til at udlægge

EU-retten korrekt. Præjudicielle afgørelser angår jus - ikke faktum. Dette har flere implikationer. For det første er det ikke muligt at spørge EFD, hvordan en retstvist skal afgøres. EFD udtaler sig kun om det abstrakt normative - omend grænsen mellem fortolkning og subsumtion ikke er knivskarp, og EFD i mange tilfælde udtaler sig på en måde, der ikke efterlader den nationale dommer nogen reel valgmulighed. For det andet er præjudiciel forelæggelse ikke en *rettighed* for sagens parter, men et procesmiddel for dommeren. Præjudiciel forelæggelse er derfor ikke underlagt forhandlingsmaksimen,[2] men danske dommere rejser sjældent spørgsmål for EFD af egen drift. Da præjudiciel forelæggelse er et hjælpemiddel for dommeren, kan beslutning om forelæggelse for EFD efter EU-retten ikke ankes til højere retsinstans (se sag 166/73). Det var derfor i modstrid med TEF artikel 234(2), da landsretten i U 2003.233/2 ØLK underkendte byrettens beslutning om at spørge EFD om fortolkning af det 2. selskabsdirektiv i en sag om A- og B-aktier.[3] For det tredje bevirker de præjudicielle dommes karakter, at rækkevidden går langt ud over sagens parter. En underkendelse af statens udlægning af EU-regler kan derfor få vidtgående følger som i ambi-sagen (se ndf.).

Omvendt bevirker den præjudicielle forelæggelses betydning, at parterne opfatter forelæggelsen for EFD som et retsmiddel. Den part, der begærer en præjudiciel forelæggelse, har forventning om at få medhold ved EFD. Er staten part i sagen, stiller forholdet sig anderledes. Modsat private parter har staten principielt mulighed for at handle i overensstemmelse med EU-retten. En præjudiciel forelæggelse for EFD er derfor udtryk for, at der stilles spørgsmål ved statens udlægning af EU-retten. Uanset præjudicielle afgørelser ikke i formel forstand er en prøvelse af øvrighedens grænser under grundlovens § 63, vil den private modpart derfor opleve forelæggelsen som meget lig en sådan prøvelse.

EU-rettens indgribende virkning på næsten alle retsområder bevirker, at spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse meget ofte kan opstå.[4] Alligevel er præjudi-

2. Se *Max Sørensen*'s kritik i UFR 1980B.349 af afvisning af præjudiciel forelæggelse i U 1980.540 H og debatten her til: *Lett*: UFR 1981B.124; *Gulmann*: UFR 1981B.260; *Dahl*: UFR 1981B.261; *Lett*: UFR 1982B.184 og *Gulmann*: UFR 1982B.312.
3. Se tillige *Øvlisen*: UFR 1998B.21 (s. 26), der med henvisning til en utrykt landsretskendelse i en af ambi-sagerne antog, at de underliggende retter ikke anser sig som bundet af de højere retters beslutning.
4. *Bryde Andersen* og *H. Rasmussen* har med direktiv 95/46 om persondatabeskyttelse som eksempel peget på risikoen for en lavine af præjudicielle forelæggelser (EU-ret & Menneskeret, 1997, p. 207). Som det vil fremgå, har denne frygt foreløbig vist sig ubegrundet - især når det gælder danske domstole - men det må medgives, at hvis de nationale dommere fuldt ud respekterede forelæggelsespligten, ville der skulle udvikles mere adækvate institutionelle mekanismer.

ciel forelæggelse en sjælden fugl i danske retssale. Ifølge EFD's årsberetning fra 2003 indgik der i perioden 1952-2003 i alt 5.044 præjudicielle sager for EFD, hvoraf 100 eller 2% var fra Danmark. I de sidste fem år (1999-2003) blev forelagt 1.142 præjudicielle sager, hvoraf 22 (1,9%) var fra Danmark.

Mens der er statistik over forelagte præjudicielle sager, savnes pålidelige data om, i hvor mange tilfælde danske domstole har afvist at rejse præjudicielle spørgsmål. Kendelser herom bliver normalt ikke trykt, og de trykte domme indeholder kun i begrænset omfang oplysninger om, at præjudiciel forelæggelse er afvist. En elektronisk søgning i UFR omtaler 16 præjudicielle forelæggelser i perioden 1990-2003 mod 38 afvisninger af forelæggelse for EFD i samme periode. Tallene skal tages med forbehold, men bekræfter det generelle indtryk: i langt de fleste tilfælde afviser danske domstole præjudiciel forelæggelse. En af formentlig flere forklaringer på denne tilbageholdenhed med at spørge EFD kan være JS' medvirken i denne del af processen,[5] idet det kan forklare danske domstoles voksende (og misforståede) brug af *acte-claire* som begrundelse for afvisning.

3. Juridisk Specialudvalgs medvirken i præjudicielle sager

EU-retten giver således ikke støtte til JS' bistand til domstolene i spørgsmålet, om præjudicielle forelæggelser. Tværtimod bygger reglerne om præjudicielle forelæggelser på domstolenes autonomi. I forhold til den principielle deling mellem dømmende og udøvende magt i grundlovens § 3 må det tillige anses som en anomalitet, at forvaltningen bistår dommeren i den juridiske bedømmelse. Domstolene har da også som hovedregel afvist responsa fra advokater og juridiske professorer, da dommeren ikke ønsker bistand til at afgøre de retlige spørgsmål.[6] Men som sagt anderledes med JS.

I de første år efter Danmarks indtræden i EU kunne afvigelsen muligvis forsvares med, at danske dommere var uvant med den nye situation og havde brug for bistand til at anvende den komplicerede EU-ret. Men efter 30 års medlemskab kan dette argument vanskeligt opretholdes. Hertil kommer de principielle betænkeligheder. Med de opgaver, JS har, kan JS vanskeligt anses som en uvildig part. Dels vil JS typisk have et medan-

svar for eventuelle mangler i den danske implementering, dels vil det være JS, der forbereder det senere partindlæg fra den danske regering under en eventuel præjudiciel forelæggelse. JS' medvirken i denne del af domstolsprocessen kan derfor opfattes som en utidig indblanding fra den udøvende magt i domstolenes virke, hvor det i stedet for EFD er JS, der udlægger EU-retten for at skærme den danske stat og de danske myndigheder mod de sider af EU-retten, man ikke bryder sig om. Om JS så har udnyttet muligheden på denne måde, beror naturligvis på en konkret analyse.

Bedømmelsen af JS' virke i disse sager vanskeliggøres af den anonymitet og tavshed, som præger denne del af udvalgets virksomhed, der ikke ses helyst nærmere i den juridiske teori. For at rette op herpå bad jeg Justitsministeriet om at få udleveret samtlige responsa afgivet i de seneste 10 år i civile og strafferetlige sager. Ministeriet har fremsendt de i straffesager afgivne responsa, som kunne findes, men har taget forbehold for, at listen ikke er komplet. Forbeholdet bekræftes af flere trykte domme, hvor der henvises til JS (f.eks. U 1994.86 H og U 1996.147 V). Derimod har ministeriet afvist at udlevere de skriftlige notater i civile sager, hvilket ministeriet formentlig er i sin gode ret til, da disse angår statens interne korrespondance med advokat i retssager - om end interessen i at hemmeligholde dokumenterne fortaber sig, når der er faldet dom, henset til princippet om offentlighed i retsplejen.

Det modtagne materiale omfatter i alt 26 responsa. Heraf er ét fra 1986, ét fra 1996, to fra 1997, to fra 1998 og resten fra 1999 frem til 2003. Emnekredsen er vidt-favnende, men kan oversigtsmæssigt opdeles i 12 sager om miljø og sundhed (tre om dåseforbud, to om dambrug, tre om kemikalier, tre om naturbeskyttelse, én om dyretransport); tre om udlændinges erhvervelse af fast ejendom; fem om transportregler; to om afgifter; to om toldfrigørelse; en om insiderhandel og en om statistisk indberetning. 13 af sagerne verserede for ankeinstans og faldt under TEF artikel 234(3), mens det er uklart, hvor mange af de øvrige sager, hvor anke krævede tilladelse.

I de 26 responsa har JS i 20 tilfælde anbefalet, at præjudiciel forelæggelse afvises. I to tilfælde anbefalede JS, at tiltale frafaldes. I tre tilfælde, hvor der var indledt traktatbrudssag af Kommissionen ved EFD, indstillede JS *til anklagemyndigheden, at det [. . .] overlades til dommeren at vurdere, hvorvidt der bør ske præjudiciel forelæggelse*. Det sidste responsum er udkast til kendelse om præjudiciel forelæggelse.

Opgørelsen giver indtryk af modvilje mod præjudicielle forelæggelser, men om afvisningen i de enkelte sager var velbegrunder, beror på en konkret bedømmelse. Fire forhold påkalder sig i den sammenhæng interesse: 1) om JS' udlægning af de i den pågældende sag rele-

5. Se UFR 1992B.337, hvor Grønning-Nielsen anfører to andre mulige forklaringer på de få danske præjudicielle forelæggelser: begyndervanskeligheder og forholdsvis få domstole, der kan forelægge. Med det sidste overses, at en række klagenævne kan forelægge spørgsmål for EFD, jf. Werlauff: Fælles-europæisk Procesret, 1997, p. 78 f.

6. Se f.eks. U 1996.1293/1 H og hertil Gomard i UFR 1997B.231.

vante EU-regler må anses som ensidig eller dækkende; 2) om JS' udlægning af forelæggelsesmuligheden efter TEF artikel 234(2) svarer til EFD's praksis; 3) om JS' udlægning af forelæggelsespligten efter TEF artikel 234(3) er i overensstemmelse med EFD's praksis; og 4) om domstolene følger JS' indstilling, samt om domstolene har udtrykt reservationer mht. fremlæggelse af JS' responsa.

4. Praksis i straffesager

Det er umuligt inden for rammerne af denne artikel at referere og analysere alle 26 responsa og sammenholde dem med EFD's praksis, hvorfor en selektion er nødvendig. Da meningen er at belyse, om indholdet i JS' responsa kan anses som en dækkende redegørelse for de relevante EU-regler, eller om fremstillingen minder om partsindlæg for den danske stats synspunkter, er vægten lagt på de responsa, hvor udfaldet vil kunne have større finansiel eller politisk betydning. Tre emner er udvalgt, nemlig afgifter, udlændinges erhvervelse af ejendom og dåseforbuddet.

Tilsvarende analyser er gennemført af ni øvrige responsa, men er af pladshensyn ikke medtaget, da de ikke ses at tilføre nævneværdigt nyt til konklusionerne. Det drejer sig om: responsum om brug af hormoner i husdyravl af 10/1 2001, responsum om brug af imprægneringsmidler af 27/9 2001, to responsa om foderkvoter i dambrug (af 10/9 1996 og af 29/1 1999), to responsa, der angik samme sag om ulovlig besiddelse af rovfugle (responsa af 17/2 2000 og af 18/6 2001), to responsa om toldfrigørelse ved indførsel af gaver (af 14/8 1998 og 19/10 2000) og responsum af 8/6 2000 om notifikation af forbud mod gule bier på Læsø, hvor sagen forud havde været ved EFD, som underkendte den danske udlægning af TEF artikel 28, men på andet grundlag nåede til samme resultat (*Blume*, C 67/97). Tre af sagerne angik manglende notifikation efter EU's informationsproceduredirektiv (98/34), hvilket efter EFD's praksis fast medfører, der ikke kan pålægges strafansvar. I sagen om dambrug og sagen om imprægneringsmidler var notifikationspligten formentlig overtrådt, men forelæggelse for EFD afvist, med henvisning til at det strafbare forhold angik ikke notifikationspligtige regler, hvilket næppe var utvivlsomt, men kan sammenholdes med, at det modsatte resultat havde medført, at de mange straffedomme i dambrugs-sager måtte ophæves, og i bekæmpelsesmiddelsagen, at der var stillet spørgsmål ved gyldigheden af Folketingets indgreb over for bekæmpelsesmidler i 1987 - uden disse konsekvenser dog nævnes i de to responsa. Indstillingen fra JS blev fulgt af domstolene: U 2000.2232 H (dambrug) og MAD 2002.587 Ø (imprægneringsmidler). I de øvrige responsa har jeg ikke forudsætninger for at gennemføre en dækkende analyse af EU-reglerne og EFD's praksis, hvorfor vurderingerne må tages med dette forbehold.

4.1 Udlændinges erhvervelse af fast ejendom

Begrænsninger i udlændinges erhvervelse af fast ejendom i Danmark er blandt de politisk følsomme emner, hvor JS har afgivet responsa i tre tilfælde. I alle tre sager var tiltalte dømt i byretten, hvorfor forholdene skulle bedømmes efter TEF artikel 234(3), uden det anføres af JS. Da JS' vurdering var stort set ens i alle tre sager, omtales alene den anden sag.[7]

Sagen angik en tysk arkitekt (T), der var tiltalt for i 1993 at have købt ejendom i Danmark uden tilladelse fra Justitsministeriet. T drev arkitektvirksomhed i Tyskland, men gjorde gældende, at ejendommen var erhvervet med henblik på arkitektvirksomhed i Danmark, hvorfor der ikke krævedes tilladelse. Ejendommen var indrettet til at drive arkitektvirksomhed fra, og T anførte, at kravet om tilladelse var i strid med den fri etableringsret, og ønskede spørgsmål herom forelagt EFD præjudicielt. JS lagde til grund, at den fri etableringsret efter EFD's praksis kun kan gøres gældende, når der er tale om udøvelse af en tidsbegrænset økonomisk aktivitet i etableringslandet, hvorfor TEF artikel 43 »kun [giver] rettigheder til personer, der faktisk og reelt optager permanent erhvervsvirksomhed i andre medlemsstater«. Supplerende antog JS, at reglen indeholder et geografisk kriterium, hvorefter »den i en medlemsstat etablerede erhvervsdrivende har i det væsentlige sin opmærksomhed rettet mod markedet i denne stat, hvor han koncentrerer sin virksomhed. Dette står i modsætning til en erhvervsdrivende, som præsterer tjenesteydelser, idet denne alene udøver sin virksomhed sekundært eller accessorisk i etableringslandet«. Endelig lagde JS vægt på, at erhvervsaktiviteten var af marginal karakter, da Ts henvendelse til erhvervsdrivende i Danmark ikke i sig selv kunne bevirke etablering, ligesom det ifølge JS ikke kunne tillægges betydning, at der blev rettet henvendelse til Ts adresse i Danmark, at tegninger blev fremstillet på adressen, eller at der skete besøg og blev holdt møder på den danske adresse. Sammenfattende fandt JS ikke grundlag for at spørge EFD, da »straffesagen ikke giver anledning til tvivlsspørgsmål om fortolkningen af EF-traktaten«. Supplerende anførte JS, at hvis landsretten alligevel ville spørge EFD, måtte det forventes, at JS ville indstille til regeringen, at der afgaves dansk indlæg, hvori anførtes, »at EFD's kriterier for anvendelse af TEF artikel 43 er klare og bør fastholdes, samt at anvendelsen af disse kriterier i den konkrete sag skal foretages af den foreliggende ret.« (responsum af 17/4 1998 i j. nr. 1998-610/21-0249). I U 1999.516 Ø afviste landsretten præjudiciel forelæggelse med følgende bemærkninger: »Landsretten finder ikke, at sagen rejser sådanne ikke-afklarede spørgsmål om fortolkning af EU-retten, at der er grundlag for at forelægge spørgsmål for EFD« og idømte T en bøde på 20.000 kr. - dvs. et afslag uden begrundelse og uden landsretten forholdt sig til rækkevidden af TEF artikel 234(3). Dommen tyder på, at landsretten blot har lagt JS' udlægning til grund.

7. Den første sag angik en tysk skatterådgiver, der havde købt ejendom i Kruså (responsum fra 1986, j. nr. LA 1984-6661/21-13), og den tredje sag angik en tysk advokat, der var dømt for ikke at afhænde sin 60%-andel af ejendom (responsum af 21/9 1998).

Sammenholdt med EFD's praksis kan JS' vurdering af etableringsretten ikke betegnes som en uvildig vurdering, men som et velbegrundet partsindlæg. I alle tre responsa går JS uden om samspillet mellem etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser - og netop dette samspil er af EFD anvendt til at udvide rækkevidden af borgernes fri bevægelighed.[8] Ingen af de tre responsa foretager en sammenligning med juridisk teori endsige udenlandsk litteratur, og JS undlod at påpege betydningen af TEF artikel 234(3). Oplysningen om indholdet af et dansk indlæg i en evt. sag for EFD i sagen mod den tyske arkitekt tjener ikke noget juridisk formål, men kan opfattes som en advarsel om, at dommeren vil blive imødegået, hvis han spørger.

Alle tre tilfælde endte uden forelæggelse for EFD. Samme kurs er fulgt af domstolene i andre (hovedsageligt civile) sager om erhvervelse af fast ejendom. U 1996.147 V angik samme spørgsmål som i de tre responsa, og præjudiciel forelæggelse blev afvist med henvisning til responsum fra JS. Flere sager har angået bopælspligt i landbruget, hvor præjudiciel forelæggelse er afvist (U 2000.1267 Ø og U 2001.1249 H).[9] En del sager har angået sommerhuse, hvor præjudiciel forelæggelse ligeledes fast afvises.

U 1985.254/2 Ø afviste retten, at særstilling for Dansk Folkeferie var diskriminerende, hvilket næppe er utvivlsomt, men præjudiciel forelæggelse blev afvist. U 1997.883/2 H var en straffesag om ulovlig udlejning af sommerhus i vinterhalvåret, og præjudiciel forelæggelse blev afvist ved landsretten. Sagen endte med en dom på 5.000 kr. - men dissens. U 1998.29 H drejede sig om tinglysning af en herboende tysk pensioneret luftkaptajns køb af sommerhus kunne gøres betinget af Justitsministeriets tilladelse. Et flertal i landsretten fandt, dette var tilfældet, men dissens for, at denne praksis var i strid med EU-retten. Alligevel afviste landsretten præjudiciel forelæggelse uden hensyn til, at forholdet var omfattet af TEF artikel 234(3). Sagen endte med, at Højesteret underkendte praksis - og dermed tidligere udfald i U 1996.1247 V og U 1996.1292 V. De sidste sager om betinget tinglysning illustrerer, hvordan landsretten i nogle tilfælde ignorerer forpligtelserne efter TEF artikel 234(3), idet der er forelæggelsespligt, når dommerne er uenige om fortolkning af EU-retten.

4.2 Dåseforbud

Forbud mod øldåser var i en lang periode en politisk mærkesag for Danmark. Forbuddet kom under øget pres, efter EU vedtog direktiv 94/64 om emballage og emballageaffald, der i artikel 18 forbyder medlemssta-

terne at hindre markedsføring af emballage, som overholder direktivets krav. Da direktiv 94/62 er et indre markeds-direktiv, er det relativt oplagt, at frihandelsklausulen i artikel 18 udelukker et generelt forbud mod øldåser. Alligevel fastholdt regeringen det danske dåseforbud og rejste også i sidste halvdel af 1990'erne straffesager mod handlende, der overtrådte forbuddet. Flere af disse sager er så vidt vides endt med domfældelse, men tre af sagerne blev forelagt JS, der afgav responsa, efter at Kommissionen havde indbragt Danmark for EFD. Alle tre sager angik mindre forseelser og beskedne bødepåstande og blev behandlet for byretten. Kun én af sagerne endte for EFD, idet de to andre sager så vidt vides blev udsat på afgørelse af den ene sag. Den 13/9 2001 afgav Generaladvokaten forslag til afgørelse i den præjudicielle sag (C 233/99) og i traktatbrudssagen (C 246/99), hvor han konkluderede, at det danske dåseforbud både var i strid med emballageaffaldsdirektivet og med TEF artikel 28-30.[10] Grundet ophævelsen af dåseforbuddet blev de to sager hævet, men i traktatbrudssagen blev Danmark pålagt sagsomkostningerne, hvilket må tages som en stærk indikation for, at Danmark var blevet dømt.

I *dåse-1* var en handlende ved Helsingør Ret tiltalt for at have overtrådt dåseforbuddet ved at sælge øldåser importeret fra Sverige. Tiltalte gjorde gældende, at strafansvar var i strid med EU-reglerne. JS' responsum af 29/1 1999 om de EU-retlige aspekter falder i to dele. Om overtrædelse af kravet om, at der kun må sælges øl i genanvendelige emballage, lagde JS vægt på, at Kommissionen ikke havde påtalt forholdet, der derfor måtte anses i overensstemmelse med EU-reglerne. JS mente ligeledes, at dåseforbuddet var foreneligt med EU-retten, men indstillede til anklagemyndigheden, at det i lyset af traktatbrudssagen overlades til dommeren at vurdere, hvorvidt der bør ske præjudiciel forelæggelse. *Dåse-2* fra Københavns Byret angik en handlende, som var tiltalt for at sælge ikke-retur-emballage og for at overtræde det danske dåseforbud. JS' vurdering af 29/1 1999 er sammenfaldende med sagen fra Helsingør. Det tredje responsum af 7/6 1999 (*dåse-3*) adskiller sig fra de to øvrige ved at have karakter af et forslag til forelæggelseskendelse med angivelse af spørgsmål og grunde hertil med en kort gengivelse af Kommissionens synspunkter i traktatbrudssagen og en fyldig gengivelse af de danske synspunkter samt tre forslag til præjudicielle spørgsmål. Generaladvokatens forslag til udtalelse viser, at spørgsmålene uændret tilgik EFD, hvormed dommeren må have forladt sig på JS.

Sammenholdes JS' vurderinger med Generaladvokatens forslag til afgørelser, kan det umuligt hævdes, at JS' udlægning af EU-reglerne var utvivlsom. Men via sin medvirken fik JS begrænset de præjudicielle spørgsmål, da der ikke blev stillet spørgsmål til EFD, om det var

8. Jacqueson har indgående belyst emnet i sin p.hd.-afhandling fra 2003: *The European Court of Justice's Strategy for European Community Integration - A case study in the field of free movement of persons*.
9. Neergaard rejser i Ufr 2002B.213 tvivl om holdbarheden af bopælspligten i landbruget.

10. Forslag til afgørelse i de to sager er trykt i MAD 2001.842 og MAD 2001.856.

foreneligt med emballagedirektivet at kræve obligatoriske returordninger, når disse ordninger i praksis afskærer eller gør det uforholdsmæssigt vanskeligt at markedsføre varer i lovlig emballage. JS' begrundelse herfor var, at Kommissionen ikke havde påtalt forholdet i traktatbrudsagen. Dette er imidlertid et ulovligt hensyn, idet EFD i *Gomes*, C 303/98, udtalte:

«det forhold, at Kommissionen afstår fra at fortsætte en traktatbrudsprocedure mod en medlemsstat vedrørende en bestemt lovgivning, ikke har nogen indflydelse på den forpligtelse, som påhviler en ret i den pågældende medlemsstat, der træffer afgørelse i sidste instans, til at forelægge et fællesskabsretligt spørgsmål vedrørende den omhandlede lovgivning i medfør af traktatens artikel 177(3) [nu artikel 234(3)]» (præmis 19).

Det er umuligt at afgøre, hvordan EFD ville have bedømt spørgsmålet, men svaret har indflydelse på de nye returordningers lovlighed. Men som sagt, et spørgsmål herom til EFD blev afværget. Også i dåsesagerne havde JS' responsa således karakter af velargumenterede part-sindlæg langt fra en uvildig udredning og savner henvisninger til juridisk litteratur.

Bemærkningen om, at det overlades til dommeren at vurdere, om der bør ske præjudiciel forelæggelse, kan give indtryk af manglende respekt for domstolene, men er næppe ment sådan. Hensigten var formentlig, at anklageren ikke skulle protestere mod præjudiciel forelæggelse, da der med traktatbrudsagen alligevel vil ske en prøvelse af dåseforbuddets lovlighed. Denne udlægning er ligeledes i overensstemmelse med JS' praksis. Kun hvor der alligevel vil ske prøvelse ved EFD, har JS ikke modsat sig en præjudiciel forelæggelse og i stedet koncentreret bestræbelserne om, at der kun rejses de spørgsmål, som EFD alligevel skal tage stilling til.

4.3 Afgifter

Afgifter er økonomisk og politisk et følsomt område. Dels er statens indtægter fra afgifterne betydelige, dels er afgiftordninger ofte udtryk for politiske kompromiser i fordelings- og finanspolitikken. En underkendelse af danske afgiftordninger eller dele heraf som uforenelige med EU-retten er derfor noget, både regering og Folketing vil gøre ganske meget for at undgå. To responsa angår straffesager om overtrædelse af danske afgiftsregler, nemlig modregning i ulovligt opkrævet ambi og afgift på udenlandsk indregistreret køretøj.^[11]

11. Se tillige U 1994.86 H om overtrædelse af danske regler om afgift på slopolie, hvor JS udtalte, at afgiften formentlig var i strid med TEF artikel 95, hvorefter anklageren begærede frifindelse, hvis Højesteret fandt præjudiciel forelæggelse nødvendig. Herefter frifandt Højesteret, hvilket *Øvlisen* med rette kritiserer i UFR 1998.B.21 (s 28).

Efter EFD i *Denkavit*, C 200/90, fandt opkrævningen af ca. 50 mia. kr. i ambi i strid med EU-retten, opstod spørgsmålet om tilbagebetaling af de ulovligt opkrævede afgifter. Folketinget vedtog lov 389/1992, der tydeligvis skulle begrænse kravene til et minimum, og byggede på noget, der ligner en formodning for, at den ulovlige afgift var overvæltet på prisen. I U 1994.181/2 afviste Højesteret, at det var nødvendigt med en præjudiciel forelæggelse - og samme linje er fulgt i senere domme (se f.eks. U 1994.941 Ø og U 1998.1270 H). Grundet emnets betydning har JS formentlig udtalt sig om emnet i mange sager, men blandt de modtagne akter foreligger ét responsum om modregning i ambi fra 4/3 1999, der rejser flere principielle spørgsmål.

En direktør for et ApS under konkurs var ved byretten idømt bøde på 200.000 kr. for manglende indbetalt kildeskat. Under anke for landsretten ønskede tiltaltes advokat forelagt EFD et spørgsmål, om tiltalte kan straffes for en handling, der senere viser sig uretmæssig pga. lov 389/1992, idet det lægges til grund, at loven ikke er i overensstemmelse med EU-retten på grund af EFD's nyere praksis. I bedømmelsen tog JS udgangspunkt i, at efter TEF artikel 234 skal [...] EFD's besvarelse af det præjudicielle spørgsmål være *nødvendig* for, at den nationale domstol kan træffe afgørelse, og henviste til *Foglia*, C 244/80. Herefter fulgte en gennemgang af EFD's praksis med fyldig og loyal reference til *Comateb*, C 192/95, hvor EFD sammenfattede kriterierne for tilbagebetalingskrav af ulovligt opkrævede afgifter og afviste en formodning for, at afgifterne var overvæltet. Supplerende anførte JS, at der tillige gælder ækvivalensprincippet (ikke mindre gunstigt at gennemtvinge EU-betingede rettigheder) og effektivitetsprincippet (må ikke være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt). På grundlag heraf udtalte JS sig om den konkrete sag og betvivlede, at modregningskravet var overdraget, ligesom JS stillede spørgsmål ved, om tiltalte har haft noget tab grundet sparede arbejdsgiverafgifter. Herefter gennemgik JS betingelserne for modregning i loven, der bl.a. indebærer, at der kun kan modregnes i krav, som er anerkendt af skattemyndighederne, hvilket JS ikke mener adskiller sig fra dansk rets almindelige regler for modregning med henvisning til en række afgørelser om ambien. I sidste del afviser JS, at den danske stat hævder, der gælder en formodning for overvæltning. På denne baggrund afviser JS, at der er behov for præjudiciel forelæggelse.

Sagen viser, at EU-regler kan medføre straffrihed med en slags tilbagevirkende kraft. JS forholdt sig ikke nærmere hertil, men synes at forudsætte, at nyere praksis fra EFD kan føre til, at der må frifindes for et strafbart gerningsindhold. Det fremgår yderligere af *Kortas* (C 319/97), at ikke blot domspraksis, men også direktiver, vedtaget efter det straffbare forhold er begået, kan medføre straffrihed på grundlag af princippet i straffelovens § 3. Trækker en straffesag ud, er det ikke udelukket, at nyere EU-direktiver fører til, at der skal frifindes i ankeinstansen.

JS nævnte ikke, at forholdet faldt under TEF artikel 234(3) med forelæggelsespligt i tilfælde af tvivl om fortolkningen af EU-regler, men anførte i stedet, at præjudiciel forelæggelse er undergivet et nødvendighedskrav med henvisning til *Foglia*, C 244/80. Henvisningen forekommer anstrengt, da *Foglia* var en fingeret sag, hvilket umuligt kan hævdes om den foreliggende sag. Hertil kommer mere principielt, at JS nærmest vender reglen på hovedet. EFD har fastslået, at det er op til den nationale ret at afgøre, i hvilken fase af processen der rejses præjudicielle spørgsmål. Respekten for de nationale domstole begrundes, at EFD almindeligvis ikke censurerer, om forelæggelse er nødvendig. Har EFD tidligere afgjort et næsten tilsvarende spørgsmål, kan den præjudicielle afgørelse træffes ved kendelse.[12] Som hovedregel censurerer EFD ikke spørgsmålenes berettigelse.[13] Søger dommeren råd, kan han spørge EFD, når der gives de fornødne oplysninger, men EFD vil i mange tilfælde omformulere spørgsmålene. Kun hvor forelæggelseskendelsen indeholder helt utilstrækkelige oplysninger, afvises sagen, jf. *Laguillaumie*, C 116/00. EFD's langmodighed er dog betydelig, jf. *Tombesi* (C 304/94).

JS går helt uden om, at EFD i *CILFIT* (sag 283/81) tog stilling til forelæggelsespligten med den såkaldte *acte clair-doktrin*, hvorefter der ikke er forelæggelsespligt, hvis den nationale domstol på grundlag af samtlige sproglige versioner af den pågældende EU-regel og på grundlag af EFD's fortolkningsstil ikke finder, at EU-reglen giver anledning til tvivl om reglens anvendelsesområde og mening. *CILFIT* viser tillige, at forelæggelsespligten bortfalder, hvis det rejste spørgsmål er identisk med et spørgsmål, som allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse (*acte éclair*).[14] Men der er tale om snævre undtagelser.[15] Af EFD's kriterier følger, at hvis en domstol vil udlægge en EU-regel anderledes end førsteinstansen eller en anden domstol (herunder også domstole i andre medlemsstater), vil det al-

mindeligvis kræve en præjudiciel forelæggelse, medmindre der foreligger nyere domme fra EFD.[16]

Frem for at anvende denne praksis brugte JS i stedet nødvendighedsbetingelsen som tilgang til, at JS skulle bedømme sagens faktum. Men herved bevægede JS sig ind på et andet område, der eksklusivt henhører under domstolene, da disse udsagn forudsætter en præjudiciel stilling til skyldspørgsmålet.

Derimod forekommer JS' gennemgang af EFD's praksis om tilbagebetalingskrav loyal, men der savnes oplysning om, at samme praksis har ført til antagelser i den juridiske teori om, at reglerne om tilbagebetaling af ambi er i modstrid med EU-retten.[17] Det er derfor en tilsnigelse at hævde, der ikke er tvivl om de danske reglers forenelighed med EU-retten. JS' gennemgang af tilbagebetalingslovens modregningsadgang ses ikke overbevisende at imødegå overtrædelse af ækvivalensprincippet og imødegår ikke overtrædelse af effektivitetsprincippet. Samlet må udtalelsen anses som tendentiøs og båret af ét formål: at undgå præjudiciel forelæggelse.

Som nævnt har domstolene fulgt JS i ambisagerne. Men den omstændighed, at skattemyndighedernes udlæg for ubetalte afgifter blev ophævet i U 2001.1705 af Højesteret efter forelæggelse for EFD, antyder, at tilbagebetalingskrav også i ambisagerne kunne have fået et andet udfald, hvis sagen var endt for EFD.

Det andet responsum angik en straffesag mod en herboende dansk statsborger (T), der var tiltalt for at benytte et tysk indregistreret køretøj til erhvervskørsel i Danmark. Modsat ambisagen ville JS ikke modsætte sig præjudiciel forelæggelse, efter Kommissionen havde indledt traktatbrudssag,[18] men det forudgående forløb påkalder sig selvstændig interesse. I 1998 blev bilen beslaglagt, og efter en administrativ ankebehandling anlagde T i maj 2001 civil sag mod Told og Skat ved landsretten. I oktober 2001 blev der ved byretten rejst straffesag mod T med påstand om frihedsstraf og bøde på 750.000 kr. Dette må ses i lyset af, at Kommissionen allerede i 1997

12. Se f.eks. *Oliehandel Koeweit BV m.fl.*, forenede sager C 307/00-311/00, om eksport af affald.
 13. Se f.eks. *Prussen Elektra AG*, C 246/98, hvor sagsøger for 63% var ejet af sagsøger, og hvor tvisten var et forsøg fra begge parter på at få underkendt tyske regler om favorisering af vindmølleenergi, ved at sagsøgte først afviste at betale sagsøger, hvorefter sagsøger anlagde sag. Denne sag blev admitteret af EFD.
 14. Se tillige *Christian Dior*, C 337/95, hvor EFD udtalte, at forelæggelsespligten må dog bortfalde som indholdsløs, når det rejste spørgsmål materielt set er identisk med et spørgsmål, der allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse i samme nationale sag.
 15. Når dette alligevel har givet anledning til betegnelsen »docket-control» (*H. Rasmussen*: EU-ret i Kontekst (5. udg. 2003), s. 584 ff), skyldes det, at TEF artikel 234 ikke giver klar støtte til selv denne beskedne begrænsning.

16. Det er derfor betænkeligt, at Højesteret i U 2000.1203 HK modsat landsretten tillagde et søgsmål mod Klagenævnet for Udbud opsættende virkning, med henvisning til at Højesteret forventede, at sagsøgerne fik ret. Antagelsen må nødvendigvis kræve en anden udlægning af EU-reglerne end klagenævnets og landsrettens.
 17. Se f.eks. *H. Rasmussen*: EU-ret i kontekst (5. udg. 2003), s. 437.
 18. Se til sammenligning U1991.858 H, hvor T var tiltalt for at benytte tysk indregistreret køretøj i Danmark. T var dansk statsborger, der var udvandret til Tyskland, men regelmæssigt passede fraskilt hustru bosiddende i Danmark, og benyttede tysk indregistreret bil ved transport i Danmark. T blev dømt ved byret og landsret, men frifundet i Højesteret efter forelæggelse for EFD. I en delvist lignende sag, U 1995.288/2 H, blev præjudiciel forelæggelse afvist og tiltalte dømt, idet Højesteret mente at kunne udlægge de relevante kriterier af den første EF-dom, selv om denne udlægning adskilte sig fra landsrettens, der delvist ville frifinde.

fremsendte åbningsskrivelse, hvor den gjorde gældende, at dansk afgift på udenlandsk indregistrerede biler, som af danskere blev benyttet til erhvervskørsel i Danmark, var i strid med reglerne om arbejdstageres fri bevægelighed og reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser i TEF artikel 39 og 49. I både straffesagen og den civile sag begærede T præjudiciel forelæggelse, men hverken landsretten eller byretten efterkom umiddelbart T's begæring. På anklagerens begæring udsatte byretten i maj 2002 spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse med henblik på at afvente udfaldet af begæringen i landsretten. Og i maj 2003 udsatte byretten på ny en stillingtagen, da man forventede en afgørelse i sagen for landsretten samt afventede EFD's afgørelse i en delvist tilsvarende sag, *Hans van Lent*, C 232/01. Udsættelsen blev kærret af T, hvorefter anklagen begærede udsættelse af behandlingen af kæremålet, da Justitsministeriet havde oplyst, der ikke længere kunne forventes en afgørelse i C 232/01 inden for få måneder, hvorfor anklagemyndigheden ønskede at drøfte med Justitsministeriet, om de nye oplysninger gav anledning til præjudiciel forelæggelse for EFD.

Sagens forløb rejser tre principielle problemer. For det første har tiltalte ikke kendskab til indholdet i åbningsskrivelser og Kommissionens indvendinger - og ofte slet ikke kendskab til, at der er indledt traktatbrudsprocedure, da anklageren ikke automatisk oplyser herom. Dette er vanskeligt at forene med princippet om «equality of arms». For det andet er det problematisk, at anklageren kan opnå udsættelse af spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse og endog kan udsætte behandling af kæremål herom. Hvis der er en sådan tvivl om det juridiske grundlag for tiltale, må anklageren udskyde anlæg af straffesag, til disse forhold er afklaret. For det tredje forekommer anklagemyndighedens begæringer om udsættelse og domstolens accept heraf problematisk i lyset af de administrative håndhævelsesskridt, der var gennemtvunget i 1998. Når staten beslaglægger bilen, efter Kommissionen har fremsendt åbningsskrivelse, må det være, fordi man har tiltro til den danske udlægning af reglerne. Henset til beslaglæggelsens indgribende karakter må dette kræve, at sagen herefter fremmes mest muligt, og at ethvert tvivlsspørgsmål om fortolkningen af EU-retten med det samme forelægges EFD. Det må herved erindres, at den danske stat under den præjudicielle forelæggelse vil få rig lejlighed til at fremlægge den danske udlægning af EU-reglerne. Den af anklagemyndigheden, JS og domstolene udviste adfærd synes derfor kun at kunne forklares med de betydelige statsfinansielle og politiske interesser, der er knyttet til denne sag.

4.4 Foreløbig sammenfatning

Gennemgangen tyder på, at JS' responsa må anses som partsindlæg, der ikke giver en uvildig beskrivelse af EU-

retten. Det fremgår tillige, at JS udlægger forelæggelsesmuligheden efter artikel 234(2) mere snævert end EFD, og at JS i de anførte eksempler ikke selvstændigt har forholdt sig til forelæggelsespligten efter TEF artikel 234(3). I flere tilfælde er JS' vurdering af sagens faktum tæt på en stillingtagen til skyldsspørgsmålet, hvilket i sig selv er upassende. Følger retten JS, vil afvisningen af præjudiciel forelæggelse være præjudicerende for skyldsspørgsmålet, hvilket forekommer yderligere problematisk. Den omtalte praksis tyder imidlertid på, at domstolene er tilbøjelige til at følge JS. I intet tilfælde ses eksempler på, at domstolene har efterspurgt korrespondance mellem EU-Kommissionen og den danske regering om mangelfuld gennemførelse af EU-retten, selv om denne vil kunne bidrage til at belyse, om der er tvivl om fortolkningen af EU-reglerne - og korrespondancen kunne håndteres på en måde, der respekterer den fortrolighed, korrespondancen er omfattet af.

5. JS' medvirken i civile sager

Skriftlig dokumentation for JS' medvirken i civile sager, hvor staten er part, foreligger ikke, bortset fra kendelser, hvor sagerne udsættes på at høre JS. Hvad indholdet af JS' rådgivning går ud på, kan der kun gisnes om, men der er ingen grund til at antage, at den skulle adskille sig fra indholdet i de omtalte responsa. Samme antagelse bekræftes af retspraksis, hvor staten næsten udtagesvis modsætter sig præjudicielle forelæggelse. Også i de civile sager synes domstolene tilbøjelige til at følge staten,¹⁹ omend der i de seneste år synes en stigning i antallet af præjudicielle forelæggelser fra Højesteret. Pladsen tillader ikke en gennemgang heraf, men det burde mane til eftertanke, at forelæggelserne i de fleste tilfælde fører til, at landsrettens bedømmelse må ændres.

I de civile sager opstår yderligere spørgsmålet, om EFD kan spørges om mulige retsfølger af modstrid med EU-retten. Indtrykket er, at staten hævder det synspunkt, at EFD kun kan spørges om, hvordan den for sagen relevante EU-norm skal forstås. Dette er i en vis forstand også rigtigt, men med den væsentlige tilføjelse, at der også kan spørges om EU-normens retsvirkning. EFD har således i præjudicielle domme taget stilling til, om EU-normer har direkte effekt, om kriterierne for staten ifalder erstatningsansvar for mangelfuld implementering, om hvilke procedureregler der skal anvendes, om borgerne trods medlemsstaternes procesautonomi har krav på at kunne anlægge sag, om søgsmål kan afskæ-

19. Se Pagh: Jur. 1999.266 med omtale af, hvordan landsret og Højesteret i samme sag fremkom med mange og forskellige udlægninger af EU's direktiv 85/337 om VVM - uden præjudiciel forelæggelse, men med afvisning af opsættende virkning i U 1995.634 HK og frifindelse af staten i U 1999.367 H.

res ved foreldelse eller søgsmålsfrister, om der skal være adgang til foreløbige retsmidler - uden opremningen er udtømmende. De præjudicielle spørgsmål kan således gribe ind i alle dele af processen.

Derimod er det rigtigt, at præjudicielle spørgsmål forudsætter en ordentlig belysning af sagen. Således afviste EFD i *Laguillaumie*, C 116/00, at behandle en præjudiciel forespørgsel i en straffesag om bortskaffelse af emballageaffald, med henvisning til at fortolkning af EU-retten kræver, den nationale ret

»giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål [...] EFD har endvidere understreget nødvendigheden af, at den nationale domstol angiver de nøjagtige grunde til, at den har rejst spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten og har fundet det nødvendigt at forelægge EFD præjudicielle spørgsmål [...] EFD har endvidere udtalt, at det er nødvendigt, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for udvælgelsen af de fællesskabsbestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter rettens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen.»

Hvor civil sag er rejst mod et af de mange uafhængige nævn, opstår nye spørgsmål. Det fremgår således af EFD's praksis, at uafhængige nævn har mulighed for at benytte artikel 234. Mange af de danske klagenævn vil derfor kunne forelægge præjudicielle spørgsmål.[20] I praksis er forelæggelse uhyre sjælden, hvilket almindeligvis begrundes med tidsfaktoren. Dette er næppe i modstrid med EU-retten. Men det rejser et nyt problem, når sagen indbringes for landsretten, hvis nævnet modsætter sig præjudiciel forelæggelse.[21] Dels er det vanskeligt at se, hvilken retlig interesse nævnene skulle have i at modsætte sig forelæggelse, dels giver en sådan modstand indtryk af, at nævnene ikke opfylder de krav til uafhængighed, EU-retten stiller som betingelse for at kunne rejse præjudicielle spørgsmål.

En henvendelse til fire klagenævn viser, der hverken er en generel politik for stillingtagen til præjudiciel forelæggelse eller er sket konkret forelæggelse for plenum, men at beslutning træffes af nævnets formand - og i Ankestyrelsen tillige af ankecheferne. Undersøgelsen tyder tillige på, at Ankestyrelsen og Naturklage-

nævnet mener at kunne søge råd hos JS, hvis der rejses spørgsmål om præjudiciel forelæggelse for EFD. Da JS er regeringens udvalg og under dennes instruktion, forekommer dette i modstrid med den uafhængighed, som lovgiver har fastsat for disse nævn. Meningen med de fleste klagenævn er netop at sikre en hurtig og mindre omkostningskrævende proces, der er båret af samme uafhængighed, som kendetegner domstolene. Der ses intet ønske fra lovgivningsmagten om, at nævn skal holde fast i ulovlig praksis, eller at nævnene ikke fuldt ud skal respektere EU-retten.

6. Konklusion

Med det forbehold, at denne analyse er baseret på et begrænset materiale, er der efter min opfattelse dokumentation for, at JS' medvirken i domstolsprocessen ikke er uvildig, men varetager statens interesser.[22] Dette kan ikke bebrejdes JS, men der kan i straffesagerne stilles spørgsmål ved, om denne medvirken er forenelig med det objektivitetsprincip, der gælder for anklagemyndigheden. Efter min opfattelse er der grund til at bebrejde domstolene, at det er kommet så vidt. Dels burde domstolene for længst have afvist fremlæggelse af responsaer fra JS og henvist anklagemyndigheden til selv at fremføre de synspunkter, man måtte have, dels burde domstolene have været opmærksom på den ensidighed, som nødvendigvis må præge JS' responsaer i sager af større økonomisk eller politisk interesse. Til dette kan indvendes, at danske domstole er *danske* og skal varetage nationale interesser - men i så fald må det anbefales, at Danmark fremover tager et forbehold for traktatens artikel 234.

Sammenfattende peger analysen på følgende seks råd til advokater og dommere:

1. Statens modpart bør efterspørge, om der foreligger korrespondance mellem regering og Kommissionen om de omtvistede regler - og i bekræftende fald søge denne udleveret eller i det mindste forelagt for dommeren. Der vil kunne rejses præjudicielt spørgsmål for EFD, om det er foreneligt med princippet om »equality of arms«, at kun den ene part i sagen besidder disse oplysninger.

20. En henvendelse til Klagenævnet for Udbud, Miljøklagenævnet, Naturklagenævnet og Ankestyrelsen viser, at de fire klagenævn er bekendt med muligheden for præjudicielle forelæggelser, men at kun Klagenævnet for Udbud har gjort brug heraf (C 275/98).

21. Se f.eks. VLK af 13/1 2003 i sag om, hvorvidt udsættelse af bævere var i modstrid med EU's habitatdirektiv (92/43) anlagt mod Naturklagenævnet og Skov- & Naturstyrelsen - 14. afd. B-2612-1999, hvor også Naturklagenævnet modsatte sig præjudiciel forelæggelse.

22. Efter indlevering af manus modtog jeg fra Justitsministeriet et responsum af 27/4 2004 om bopælspligt i landbruget. Det seneste responsum adskiller sig fra de øvrige på to punkter. Dels belyses forelæggelsespligten efter artikel 234(3), idet det dog bemærkes, at den danske Højesteret udlægger pligten snævert. Dels anbefales en præjudiciel forelæggelse, selv om Kommissionen ikke ses at have indledt traktatbrudssag. Uanset afvigelsen er der ikke anledning til at ændre artiklens konklusioner, da der er tale om et enkelt responsum, og der allerede forelå indstilling fra en arbejdsgruppe under Fødevarerministeriet om at acceptere forelæggelse for EFD på baggrund af dommen i *Ospelth*, C 452/01.

Peter Pagh: Præjudicielle forelæggelser og Juridisk Specialudvalg

2. Reponsa fra JS bør afvises fremlagt, medmindre statens modpart får samme adgang til at indhente og fremlægge juridiske responsa. Hvis staten begærer fremlæggelse af responsa fra JS, bør der for EFD rejses præjudicielt spørgsmål, om dette er foreneligt med TEF artikel 234.

3. Kære af beslutninger om præjudiciel forelæggelse bør påstås afvist med henvisning til TEF artikel 234(2), og subsidiært bør begæres præjudiciel forelæggelse for EFD om spørgsmålet

4. Retten må i straffesager sikre, at der ikke ved afvisning af præjudiciel forelæggelse sker en stillingtagen til skyldsspørgsmålet.

5. I sager mod klagenævn bør indsigelser mod præjudiciel forelæggelse afvises med henvisning til manglende retlig interesse heri.

6. Ved bedømmelse af, om der skal ske forelæggelse, bør inddrages fremmed retspraksis og teori.