handelsbelemmeringen die kunnen voortvloeien uit de aard van het fiscale stelsel waaraan die produkten zijn onderworpen — de handel tussen Lid-Staten, behalve dat er sprake is van misbruik van een machtspositie zoals die door zodanig stelsel in de hand zou kunnen worden gewerkt, daardoor tevens ongunstig kan worden beïnvloed.

3. Een zonder onderscheid voor nationale en geïmporteerde produkten geldende maximumprijs vormt weliswaar op zichzelf geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, doch kan een dergelijke werking wel krijgen bij vaststelling op een zodanig peil, dat de afzet van geïmporteerde produkten hetzij onmogelijk, hetzij moeilijker wordt dan die van nationale produkten. Daarentegen vormt een nationale regeling waardoor, voor ingevoerde en in het binnenland geproduceerde tabaksfabrikaten, voor de verkoop aan de verbruiker een vaste, door de fabrikant of importeur vrij gekozen prijs wordt opgelegd, slechts een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking wanneer — mede gelet op de belemmeringen die inherent zijn aan de verschillende, door de Lid-Staten toegepaste controlemethoden, inzonderheid ter verzekering van de ontvangst van de op die produkten geheven belastingen — een zodanig stelsel van vaste prijzen de import tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren.
4. Artikel 5 van richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten verbiedt de Lid-Staten niet een wettelijke maatregel in te voeren of te behouden waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen, voor de verkoop aan de verbruiker de op het fiscale bandje vermelde prijs wordt opgelegd, mits slechts die prijs vrijelijk door de fabrikant of importeur is vastgesteld.

In de zaak 13/77,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Belgische Hof van Cassatie, in het aldaar aanhangig geding tussen

NV „GB-INNO-BM", te Brussel,

en

VERENIGING VAN DE KLEINHANDELAARS IN TABAK (ATAB), te Elsene,

om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, 30, 31, 32, 86 en 90 EEG-Verdrag en van richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, M. Sørensen en G. Bosco, kamerpresidenten, A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, en A. Touffait, rechters,

advocaat-generaal: G. Reischl
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de feiten van de zaak, het procesverloop en de krachtens artikel 20 van 's Hofs statuut (EEG) ingediende schriftelijke opmerkingen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

1. Het hoofdgeding tussen de Belgische NV „GB-INNO-BM" en de vereniging zonder winstoogmerk „Vereniging van de kleinhandelaars in tabak" (hierna te noemen ATAB) houdt verband met artikel 58 van de Belgische wet van 3 juli 1969 tot invoering van de belasting over de toegevoegde waarde, luidende onder meer als volgt:

„Ten aanzien van ingevoerde of hier te lande geproduceerde tabaksfabrikaten wordt de belasting geheven telkens wanneer voor die fabrikaten, overeenkomstig de wets- of verordeningsbepalingen terzake, accijns moet worden voldaan. De belasting wordt berekend op de prijs vermeld op het fiscale bandje, die de verplichte verkoopprijs aan verbruiker moet zijn, of indien geen prijs is bepaald, over de maatstaf van heffing van de accijns."

2. ATAB liet op 7 februari 1972 per gerechtsdeurwaarder vaststellen dat de NV „GB Entreprises" (waarvan GB-INNO-BM rechtsopvolgster is) sigaretten ten verkoop aanbood en verkocht tegen een lagere prijs dan die welke op het fiscale bandje stond vermeld. Bij exploot van 24 februari 1972 dagvaardde ATAB haar wederpartij op grond van hoofdstuk IV van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken voor de voorzitter der rechtbank van koophandel te Brussel, ten einde beëindiging van de gewraakte handelwijze en aanplakking van de te geven beslissing te horen bevelen.

3. Bij beschikking van 24 april 1972 beval de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel de verkoop van sigaretten met korting te beëindigen, op grond dat die verkoop een schending opleverde van artikel 58 van de Belgische wet op de BTW en dat het eerbiedigen van de wet deel uitmaakte van de toe te passen eerlijke handelsgebruiken. Daarentegen ontzegde hij de vordering tot bekendmaking van de beslissing.

4. Op 24 mei 1972 kwam GB-INNO-BM in hoger beroep van deze beslissing, daarbij onder meer stellende dat artikel 58 van de wet op de BTW onverenigbaar was met zekere bepalingen van het EEG-Verdrag op het stuk van de mededinging en van het vrije verkeer van goederen alsook met de bepalingen van het Verdrag betreffende de doelstellingen van de Gemeenschap en voorts met richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB L 303 van 1972, blz. 1). Subsidiair verzocht zij het Hof van Beroep om aanwending van de prejudiciële procedure van artikel 177 EEG-Verdrag.

5. Het Hof van Beroep te Brussel wees bij arrest van 24 december 1974 alle door GB-INNO-BM aan het gemeenschapsrecht ontleende middelen af, en verwierp de vordering het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken, op grond dat geen twijfel bestond omtrent de uitlegging van de ingeroepen gemeenschapsrechtelijke bepalingen.

6. Van dit arrest heeft GB-INNO-BM zich in cassatie voorzien. Het Hof van Cassatie besloot, alvorens recht te doen, de procedure te schorsen en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de volgende vragen voor te leggen:

„1. (a) Moeten de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 EEG-Verdrag in deze zin worden uitgelegd, dat het aan een Lid-Staat is verboden in zijn wetgeving een bepaling in te voeren of te behouden, onder andere een bepaling waardoor én voor ingevoerde én voor in het binnenland geproduceerde goederen voor de verkoop aan de verbruikers een door de fabrikanten of invoerders vastgestelde verkoopprijs wordt opgelegd, indien die bepaling van dien aard is dat zij het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt, zoals bepaald door artikel 86 EEG-Verdrag, door een of meer ondernemingen in de hand zou werken?

Is onder andere in deze zin verboden het invoeren of behouden van een nationale wettelijke bepaling die het misbruik van een machtspositie door een of meer ondernemingen in de hand werkt, machtspositie die hierin bestaat dat fabrikanten en invoerders van tabaksfabrikaten de detailhandelaars van een Lid-Staat kunnen dwingen de door hen vastgestelde verkoopprijzen aan de verbruikers te eerbiedigen?

(b) Is het verboden een nationale bepaling, zoals die bedoeld onder a) in te voeren of te behouden, zelfs wanneer zij een algemene draagwijdte heeft, in die zin dat zij om het even welke fabrikanten en invoerders bedoelt, dus ook degenen die geen machtspositie hebben of die geen misbruik ervan maken, en a fortiori wanneer haar doelstelling, haar voorwerp of uitwerking geenszins hierin bestaan een misbruik van machtspositie (in de hand te werken)?

Moeten in een dergelijk geval de onder a) aangeduide bepalingen van het EEG-Verdrag, eventueel in verband gebracht met andere niet in die zin worden geïnterpreteerd, dat het invoeren of het behouden van zodanige nationale wettelijke bepaling geenszins verboden is, maar dat deze bepaling louter geen weerslag kan hebben op het toepassingsgebied van artikel 86 EEG-Verdrag, in die zin dat een misbruik van machtspositie ongeoorloofd blijft, zelfs indien het door deze wetsbepaling, in specie, werd in de hand gewerkt?

2. Moet artikel 90 EEG-Verdrag in deze zin worden uitgelegd, dat men te doen heeft met „ondernemingen waaraan de Staat bijzondere of uit-

sluitende rechten verleent", wanneer, in tegenstelling tot de fabrikanten en invoerders van andere produkten die aan de Minister van Economische Zaken aangifte moeten doen van voorgenomen prijsverhogingen maar de verplichte verkoopprijs aan de gebruiker niet kunnen vaststellen, de Staat aan de fabrikanten en invoerders van bepaalde produkten dezelfde verplichting van aangifte van de voorgenomen prijsverhogingen oplegt, maar, bij middel van een wetsbepaling die de na aangifte verhoogde prijs van deze produkten voor de verkoop aan de verbruiker verplicht stelt, hun onrechtstreeks de mogelijkheid geeft de verplichte verkoopprijs aan de verbruiker zelf vast te stellen?

Zo deze vraag bevestigend wordt beantwoord, kan het behoud aldaar bedoelde bijzondere of uitsluitende rechten strijdig zijn met de bepalingen van het EEG-Verdrag, met name die welke bedoeld zijn in de artikelen 7 en 85 tot en met 94?

3. Moeten de artikelen 30, 31 en 32 EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat een „maatregel van gelijke werking als..." in de zin van voormeld artikel 30 uitmaakt een reglementering van een Lid-Staat waardoor, voor de verkoop van bepaalde produkten aan de verbruiker, een vaste prijs wordt opgelegd, prijs die op fiscale bandjes wordt gemeld en die, naargelang van het geval, wordt bepaald zowel door de fabrikanten van deze produkten die in deze Staat gevestigd zijn als door de invoerders van dezelfde produkten in het bijzonder vanuit andere Lid-Staten?

Ofwel dienen deze artikelen in die zin te worden uitgelegd, dat een dergelijke reglementering alleen zodanige maatregel uitmaakt wanneer in feite vaststaat dat zij de intracommunautaire handel rechtstreeks of zijdelings actueel of potentieel kan belemmeren, hetgeen door de nationale rechter in specie dient te worden vastgesteld?

Is het anders wanneer de Lid-Staat aan de producenten en invoerders zou toestaan na een aangifte van prijsverhoging en met inachtneming van een bepaalde wachttijd, de prijzen, ook de kleinhandelsprijzen, vrij vast te stellen, maar die prijzen publiceert en aan de hand van voormelde maatregel de naleving ervan oplegt?

4. (a) Hebben de bepalingen van richtlijn nr. 72/464 van 19 december 1972 van de Raad van Ministers, in het bijzonder artikel 5 daarvan, rechtstreekse werking in die zin, dat onder andere de particulieren het recht hebben zich voor de nationale rechtscolleges daarop te beroepen?

   (b) Moet artikel 5 van richtlijn nr. 72/464 van 19 december 1972 van de Raad van Ministers betreffende belastingen, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten, in deze zin worden uitgelegd, dat het de Lid-Staten is verboden een wettelijke maatregel in te voeren of te behouden waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen voor de verkoop aan de verbruiker een verkoopprijs, met name de op het fiscale bandje vermelde prijs, wordt opgelegd, dat wil zeggen dat noch het maximum mag overschreden worden noch het toegelaten is tegen een lagere prijs te verkopen?"

7. Naast het hoofdgeding heeft GB-INNO-BM op 2 april 1974 twee klachten bij de Commissie ingediend.

— De eerste klacht was gericht tegen de Belgisch-Luxemburgse Federatie der tabakverwerkende industrieën (FEDETAB), de nationale federatie van de groothandel in tabakswaren (NFGT) en ATAB. Bij deze klacht verzocht GB-INNO-BM de Commissie een procedure in te leiden tegen deze drie verenigingen om hen te verplichten een einde te maken aan

verschillende inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

– De tweede klacht was gericht tegen de Belgische Staat. Daarbij werd de onverenigbaarheid ingeroepen van artikel 58 van de wet op de BTW met de artikelen 85, 86, 90, 30, 31 en 5, tweede alinea, EEG-Verdrag en met richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad en werd de Commissie verzocht de procedure van artikel 169 van het Verdrag tegen de Belgische Staat in te leiden.

8. Met betrekking tot de eerste klacht heeft de Commissie op 29 juli 1974 een procedure ingeleid op grond van verordening nr. 17 van de Raad. Op 18 juli 1975 heeft de Commissie haar punten van bezwaar meegedeeld aan de betrokken ondernemersverenigingen. In deze mededeling liet de Commissie weten dat bepaalde overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van FEDETAB en de daarbij aangesloten leden haars inziens in strijd waren met artikel 85 EEG-Verdrag. Op 22 oktober 1975 vond een algemene hoorzitting plaats. Sindsdien heeft GB-INNO-BM niets meer over deze klacht vernomen.

9. Wat de klacht tegen de Belgische Staat betreft, heeft GB-INNO-BM slechts een ontvangstbevestiging en een op 15 december 1975 gedateerd voorlopig antwoord ontvangen. Verdere mededelingen over het gevolg dat aan haar klacht is gegeven, hebben haar niet bereikt.

10. Ten slotte heeft GB-INNO-BM op 11 juni 1974 bij de Raad van State beroep ingesteld tot nietigverklaring van het ministerieel besluit van 9 april 1974. Dit besluit had ten doel de bepalingen van het reglement gevoegd bij het ministerieel besluit van 22 januari 1948, waarbij de accijnsheffing op gefabriceerde tabak wordt geregeld, aan te passen aan de tekst van artikel 58 van de wet op de BTW. De Raad van State heeft nog geen uitspraak gedaan op dit beroep.

11. Het verwijzingsarrest is op 26 januari 1977 ingeschreven ter griffie van het Hof. GB-INNO-BM, ATAB, de Raad en de Commissie alsmede de regeringen van België, Nederland, Luxemburg en Italië hebben overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut (EEG) schriftelijke opmerkingen ingediend.

II – Samenvatting van de schriftelijke opmerkingen

Opmerkingen van NV GB-INNO-BM

GB-INNO-BM geeft een uiteenzetting over de wordingsgeschiedenis van artikel 58 van de wet op de BTW, waarvan de aanvankelijke tekst, zoals die in het door de regering ingediende wetsontwerp voorkwam, bepaalde dat de BTW berekend zou worden „op grond van de maximumprijs vermeld op het fiscale bandje". De huidige tekst, volgens welke deze prijs „de verplichte verkoopprijs aan verbruiker" moet zijn, dankt zijn ontstaan aan een amendement van de heer Goeman die, naast zijn hoedanigheid van lid der Kamer van volksvertegenwoordigers en lid van de Commissie van financiën van deze Kamer, secretaris was van de nationale federatie van groothandel in tabakswaren. Ondanks verzet van regeringszijde was het resultaat – dat inderdaad enigszins abnormaal kon voorkomen – dat in een tekst van fiscale aard een bepaling werd ingelast die uiteraard beter op haar plaats geweest zou zijn in de regeling van de handelspraktijken of van de prijzen, en die, voor zover zij een verplichte verkoopprijs oplegde, slecht paste bij de bestaande prijsregeling die hoofdzakelijk werkt met de begrippen „normale prijzen" en „maximumprijs". Ook het feit dat de *verplichte* verkoopprijs van tabaksprodukten aan verbruikers vastgesteld kon worden door degene die het fiscale bandje aanbracht – dat wil zeggen de fabrikant of de importeur – en niet door de bevoegde regeringsoverheid, is een anomalie.

De Belgische jurisprudentie heeft echter artikel 58 van de wet op de BTW letter-

lijk opgevat, namelijk als een bepaling die imperatief de prijzen voorschrijft die bij de verkoop in het klein moeten worden aangehouden.

Voorgestelde antwoorden op de aan het Hof gestelde vragen

A — Verenigbaarheid van artikel 58 met de mededingingsregels (in verband met de artikelen 3, sub f, en 5, tweede alinea, EEG-Verdrag)

1. Voorgeschiedenis van artikel 58

GB-INNO-BM geeft een overzicht van de omstandigheden waaronder artikel 58 van de wet op de BTW is vastgesteld.

Al verscheidene jaren hadden FEDETAB en NFGT getracht de verdeling van tabaksprodukten in België te reglementeren.

Op 9 januari 1967 kwam FEDETAP met NFGT overeen dat de leden van NFGT zich zouden verbinden geen sigaretten met premies, onder welke vorm ook, te kopen of te verkopen; sanctie op nietnakoming was het verlies van het voordeel der groothandelsvoorwaarden. Deze overeenkomst werd uitgevoerd door middel van afzonderlijke overeenkomsten tussen FEDETAB en de individuele groothandelaars.

Deze overeenkomst werd op 22 mei 1967 aangevuld door een nieuwe overeenkomst tussen FEDETAP en NFGT, volgens welke die groothandelaars die detailwinkels hielden, zich ertoe verbonden alle sigaretten aan de verbruiker te verkopen tegen de op het fiscaal bandje vermelde prijs zonder enige korting. Dezelfde dag werd een rondschrijven aan de kleinhandelaars („petits-diffuseurs cigarettes") gezonden, waarbij deze werden uitgenodigd individueel een overeenkomst te ondertekenen waarbij zij in dezelfde bewoordingen afzagen van elke verkoop tegen een lagere dan de op het bandje vermelde prijs.

In een „verklarende overeenkomst inzake bradage" van 5 oktober 1967 verbond NFGT zich in naam van haar leden tegenover FEDETAB alle leveringen aan kleindelaars die de prijzen zouden „braderen", te weigeren. De individuele groothandelaars werden van deze overeenkomst op de hoogte gebracht bij rondschrijven van FEDETAB en van NFGT, respectievelijk van 6 en 26 oktober 1967. Bij brief van 26 oktober 1967 deelde NFGT aan de groothandelaars mede dat de fabrikanten de leveringen zouden stopzetten aan groothandelaars die de „bradeurs" zouden bevoorraden.

Op 30 oktober verwittigde FEDETAB de groothandelaars in sigaretten dat de sigarettenindustrie besloten had de levering van sigaretten stop te zetten aan alle grote verdelingsorganismen, waaronder de naamloze vennootschappen Grand Bazars d'Anvers, Super-Bazars en Supermarkten G.B. Enkele van deze bedrijven slaagden er echter in zich bij zekere groothandelaars te bevoorraden en gingen voort sigaretten te verkopen met korting.

Op 19 en 20 februari 1968 werd bij briefwisseling een overeenkomst gesloten tussen FEDETAB enerzijds en de drie bovengenoemde vennootschappen anderzijds.

Aldus was de toestand op het ogenblik dat de wet van 3 juli 1969 tot invoering van de wet op de BTW in voorbereiding was.

Er bestond dus een duidelijk verband tussen de pogingen van FEDETAB en NFGT op hun overeenkomsten inzake verplichte verkoopprijzen aan alle detailhandelaren op te leggen en de tekst van artikel 58 voortvloeiende uit het amendement-Goeman.

2. Toetsing van de overeenkomsten en handelingen van FEDETAB en NFGT aan de mededingingsregels van het Verdrag

GB-INNO-BM onderzoekt de overeenkomsten van FEDETAB en NFGT en

stelt vast dat zij vielen onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. De Commissie is van hetzelfde standpunt uitgegaan in haar mededeling van punten van bezwaar van 18 juli 1975, waarbij zij aankondigde voornemens te zijn de betrokken ondernemingen geldboeten op te leggen.

De handelingen van FEDETAB vormen tevens misbruik van machtspositie, in strijd met artikel 86 van het Verdrag.

Het kan niet worden betwist dat FEDETAB een machtspositie op de markt voor tabaksprodukten innam, gezien het grote deel van deze markt dat zij in handen had. Deze machtspositie werd nog versterkt door de nauwe banden die zij tot stand had gebracht met NFGT, waardoor deze twee organisaties in staat werden gesteld de verdeling van de tabaksprodukten tot het stadium van de kleinhandel te regelen. Bovendien stelde FEDETAB de aan de verdelers te verlenen winstmarges vast en besliste in laatste instantie in welke categorie (groothandelaar I, groothandelaar II, erkende kleinhandelaar, gewone kleinhandelaar) de individuele verdelers dienden te worden gerangschikt.

De machtspositie van FEDETAB op de Belgische en de Luxemburgse markt betreft „een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt". De door FEDETAB op de weerspannige groothandelaars uitgeoefende druk om hen te dwingen hun verkooppolitiek aan te passen aan de door FEDETAB tezamen met NFGT bepaalde politiek vormde misbruik van machtspositie.

Dit misbruik leidde tot ongunstige beinvloeding van de handel tussen Lid-Staten, aangezien bepaalde produkten die door de leden van FEDETAB verkocht werden, uit andere Lid-Staten werden ingevoerd, en aangezien niet alleen de leden van FEDETAB, maar ook buitenlandse fabrikanten die hun produkten in België wensten te verkopen, verplicht waren zulks te doen tegen voorwaarden die door FEDETAB in overleg met NFGT waren vastgesteld.

3. Verhouding tussen de gemeenschapsvoorschriften en het nationale mededingingsrecht

Met een beroep op 's Hofs arrest in zaak 14/68 (arrest van 13 februari 1969, *Walt Wilhelm,* Jurispr. 1969, blz. 1) betoogt GB-INNO-BM dat het met de aard van het verdragsstelsel in strijd ware indien de Lid-Staten maatregelen zouden mogen nemen of handhaven, welke aan de gunstige werking van het Verdrag afbreuk kunnen doen. Er bestaat eensgezindheid bij de auteurs die deze vraag hebben onderzocht, dat een Lid-Staat zijn particuliere ondernemingen niet kan dwingen tot een gedraging die, wanneer maatregelen van staatswege ontbreken, in strijd zou zijn met artikel 85 of 86. Dit standpunt wordt gedeeld door de auteurs die de verenigbaarheid van nationale maatregelen inzake dwangkartels met het Verdrag hebben onderzocht.

Het valt niet te betwisten dat de artikelen 85 en 86, afzonderlijk beschouwd, zich alleen tot de ondernemingen richten. Doch dit belet niet dat het Verdrag de Lid-Staten verplicht geen maatregelen te nemen die de gunstige werking van de mededingingsregels in gevaar zouden kunnen brengen. De juridische basis voor het opleggen van deze verplichting aan de Lid-Staten kan men vinden in de algemene getrouwheidsplicht van artikel 5, tweede alinea, of in artikel 90.

Het Hof heeft reeds beslist dat artikel 5, tweede alinea, een algemene verplichting voor de Lid-Staten bevat, waarvan de concrete inhoud van geval tot geval afhangt van de bepalingen van het Verdrag of van de regelen welke uit het algemeen stelsel van het Verdrag kunnen worden afgeleid. Hieruit volgt dat indien een nationale maatregel afbreuk doet aan de nuttige werking van verdragsbepalingen waarvan de inhoud voldoende precies en klaar is — zoals het geval is met de artikelen 85 en 86 —, de schending van

artikel 5 die er uit voortvloeit, voldoende omlijnd is om voor de nationale rechtbanken rechtstreeks te kunnen worden ingeroepen.

a) Nuttige werking van artikel 85

De uitwerking van artikel 58 van de wet op de BTW is precies dezelfde als die van de overeenkomsten. Deze beoogden de detailhandelaren te verplichten de bandjesprijzen te eerbiedigen bij verkoop aan het publiek. Wat vroeger bij overeenkomst was voorgeschreven, wordt nu door artikel 58 bepaald. Daar deze overeenkomsten in strijd waren met artikel 85 van het Verdrag, heeft artikel 58 aan de nuttige werking van artikel 85 afbreuk gedaan, zodat het in strijd is met artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag.

Artikel 58 van de wet op de BTW heeft bovenbedoelde overeenkomsten tussen FEDETAB en FNGT overbodig gemaakt. Wat vroeger door de overeenkomsten was voorgeschreven, wordt nu door de wet bepaald.

Het mag betreurd worden dat het Hof van Cassatie geen vraag heeft gesteld over de interpretatie van artikel 85 juncto artikel 5, tweede alinea, zulks temeer daar een parallelle vraag is gesteld met betrekking tot artikel 86. Indien het Hof van Justitie een antwoord op dit punt zou geven, zou dit antwoord van nut kunnen zijn voor het Hof van Beroep naar hetwelk de zaak door het Hof van Cassatie zou worden verwezen.

b) Nuttige werking van artikel 86

Met betrekking tot de eerste vraag van het Hof van Cassatie merkt GB-INNO-BM op dat niet wordt gevraagd of artikel 58 van de wet op de BTW strijdig is met artikel 86 *als zodanig,* doch of het in strijd is met de verplichting van de Lid-Staten om geen afbreuk te doen aan de nuttige werking van artikel 86. Door de fabrikanten en importeurs in staat te stellen de detailhandelaars te dwingen de op het fiscale bandje vermelde verkoopprijs te eerbiedigen, heeft artikel 58 noodzakelijkerwijze tot gevolg dat het misbruik van een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt (in casu België) wordt toegelaten en geregeld. De vroegere misbruiken van FEDETAB worden dus door de wet „gedekt", en niet alleen maar „mogelijk" gemaakt.

Evenmin kan worden aangenomen dat artikel 58 „louter geen weerslag kan hebben op het toepassingsgebied van artikel 86 van het Verdrag", zoals het Hof van Cassatie stelt in het tweede onderdeel van deze vraag. Dit zou immers betekenen dat artikel 58 slechts toepasselijk zou zijn waar het gaat om fabrikanten en importeurs die geen machtspositie hebben, maar dat — waar het gaat om marktbeheersende ondernemingen — deze bepaling buiten toepassing zou moeten blijven wegens strijd met het Verdrag. Een dergelijke interpretatie zou in de praktijk eindeloze verwarringen en moeilijkheden opleveren.

Er moet dus worden geconcludeerd dat een wettelijke bepaling die abusieve handelingen „in de hand werkt", *in haar geheel* verboden is, zelfs indien zij ook toepassing kan vinden in gevallen waarin geen machtspositie bestaat.

Om deze redenen stelt GB-INNO-BM voor de eerste vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 EEG-Verdrag moeten in deze zin worden uitgelegd, dat aan een Lid-Staat verboden is het invoeren of behouden van een nationale wettelijke bepaling die het misbruik van een machtspositie door een of meer ondernemingen of ondernemersverenigingen in de hand werkt in die zin dat deze wetsbepaling deze ondernemingen of ondernemersverenigingen in staat stelt dezelfde resultaten te bereiken — onder andere de detailhandelaars te kunnen dwingen de door de fabrikanten of importeurs vastgestelde verkoopprijzen aan de verbruikers te eerbie-

digen — als die welke door het misbruik van machtspositie waren nagestreefd."

c) De tweede vraag (artikel 90)

GB-INNO-BM merkt op dat het begrip „ondernemingen waaraan de Staat bijzondere of uitsluitende rechten verleent" in artikel 90 van het Verdrag moet worden geïnterpreteerd in het licht van de rol die het Verdrag aan artikel 90 toekent.

Zij wijst erop dat er in de rechtsliteratuur eensgezindheid over bestaat dat artikel 90 ten doel heeft de verplichtingen van de ondernemingen toepasselijk te maken op de Lid-Staten, in die zin dat de Lid-Staten hun ondernemingen niet kunnen onttrekken van de werking van het Verdrag. Ook wordt algemeen aangenomen dat een maatregel „in strijd" kan zijn met de regels van het Verdrag, met name die bedoeld in artikel 86, wanneer deze maatregel de in artikel 90 bedoelde ondernemingen ertoe brengt in strijd met het Verdrag te handelen. Bovendien is men het er in de literatuur over eens dat het woord „maatregel" formele wetten omvat.

Het is niet te betwijfelen dat de term „ondernemingen waaraan (de Lid-Staten) bijzondere of uitsluitende rechten verlenen" ook particuliere ondernemingen kan omvatten. Daarentegen moet de betekenis van de term „bijzondere of uitsluitende rechten" aan de hand van het doel van artikel 90 en van zijn plaats in het systeem van het Verdrag worden gezocht.

Artikel 90, lid 1, heeft ten doel de Lid-Staten te beletten aan hun ondernemingen de mogelijkheid te geven de mededinging te beperken. Om te kunnen beoordelen of een rechtspositie „bijzondere of uitsluitende rechten" verleent, moet men een vergelijking maken met de rechtspositie van de ondernemingen die aan de mededingingsregels zijn onderworpen. Indien een Lid-Staat aan ondernemingen het recht geeft de mededinging geheel of gedeeltelijk te beperken, verleent hij aan deze ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 90, lid 1.

Het is duidelijk dat artikel 58 van de wet op de BTW, door aan de fabrikanten en importeurs van tabaksprodukten toe te staan de verplichte verkoopprijs van hun produkten aan de verbruikers vast te stellen, hun bijzondere of uitsluitende rechten in bovenbedoelde zin verleent. Een dergelijke bevoegdheid wordt door de Belgische wetgeving aan geen andere onderneming verleend.

De tweede vraag kan dus worden beantwoord als volgt:

„Artikel 90 van het Verdrag moet in deze zin worden uitgelegd dat men te doen heeft met ‚ondernemingen waaraan de Staat bijzondere of uitsluitende rechten verleent', wanneer, in tegenstelling tot de fabrikanten en importeurs van andere produkten die de verplichte verkoopprijs aan de gebruiker niet kunnen vaststellen, de Staat aan de fabrikanten en importeurs van bepaalde produkten de mogelijkheid geeft de verplichte verkoopprijs aan de verbruiker zelf vast te stellen.

Het behoud van een dergelijk bijzonder of uitsluitend recht is ‚in strijd met de bepalingen van de artikelen 85 en 86' in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag."

B — De derde vraag (verenigbaarheid van artikel 58 met de artikelen 30, 31 en 32 van het Verdrag)

Met een beroep op de jurisprudentie van het Hof, met name het arrest van 11 juli 1974 in zaak 8/74 *(Dassonville,* Jurispr. 1974, blz. 837) en de arresten van 26 februari 1976 in de zaken 65/75 *(Tasca,* Jurispr. 1976, blz. 291) en 88-90/75 *(SADAM,* Jurispr. 1976, blz. 323), merkt GB-INNO-BM op dat, daar artikel 58 van de wet op de BTW zowel op nationale als op ingevoerde produkten toepasse-

lijk is, de vraag rijst of deze bepaling de intracommunautaire handel rechtstreeks of zijdelings, werkelijk of potentieel kan belemmeren.

Artikel 58 heeft ten gevolge dat detailhandelaars over de verkoopprijzen van tabaksprodukten in principe alleen vrij kunnen beslissen wanneer zij deze produkten rechtstreeks zouden invoeren. Aangezien meer dan de helft van de in België ingevoerde sigaretten door de Belgische fabrikanten zelf op de markt worden gebracht, valt niet te verwachten dat buitenlandse fabrikanten aan een Belgische detailhandelaar zullen verkopen, in het bijzonder wanneer deze detailhandelaar zijn produkten tegen een lagere prijs verkoopt dan de in België gebruikelijke prijs. Indien een Belgische handelaar tabaksprodukten in België zou willen invoeren, zou hij bovendien, om de kosten van de gespecialiseerde uitrusting die noodzakelijk is voor het aanbrengen van fiscale bandjes te vermijden, aan de buitenlandse fabrikant moeten vragen de fiscale bandjes zelf aan te brengen. Dit zou betekenen dat de buitenlandse fabrikant een recht van controle zou hebben over de prijzen die de detailhandelaar wenst toe te passen. De verplichting om de op het fiscale bandje vermelde prijs te eerbiedigen, sluit dus iedere praktische mogelijkheid uit van rechtstreekse importen door detailhandelaars.

De detailhandelaars zijn dus niet in staat het prijsniveau van de ingevoerde produkten vrij te bepalen.

Samenvattend stelt GB-INNO-BM voor de derde vraag te beantwoorden als volgt:

„Een wettelijke bepaling waardoor én voor ingevoerde én voor in het binnenland geproduceerde goederen voor de verkoop aan de verbruikers een door de fabrikanten of importeurs vastgestelde verkoopprijs wordt opgelegd — welke prijs op fiscale bandjes wordt vermeld en die, naargelang van het geval, wordt bepaald zowel door de fabrikanten van deze produkten die in deze Staat gevestigd zijn, als door de importeurs van dezelfde produkten van uit andere Lid-Staten —, is een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 van het Verdrag wanneer deze bepaling de intracommunautaire handel rechtstreeks of zijdelings, werkelijk of potentieel kan belemmeren. Dit is onder andere het geval wanneer deze bepaling, gezien de bijzondere feitelijke omstandigheden op de markt van de betrokken produkten, de detailhandelaars belet deze produkten van uit andere Lid-Staten rechtstreeks in te voeren en de prijzen ervan vrijelijk te bepalen."

C — De vierde vraag (verenigbaarheid van artikel 58 van de wet op de BTW met richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad van 19 december 1972)

1. Onverenigbaarheid van artikel 58 met de richtlijn

Volgens GB-INNO-BM heeft de richtlijn ten doel te voorkomen dat de toepassing van de nationale belasting die op het verbruik van tabaksfabrikaten wordt geheven, de mededingingsvoorwaarden vervalst en het vrije verkeer van deze produkten in de Gemeenschap belemmert. Hiertoe harmoniseert de richtlijn de regels op het gebied van de belasting en voorziet zij tevens in artikel 5, lid 1, bepalingen betreffende de vorming der verkoopprijzen van deze produkten.

Artikel 5, lid 1, luidt als volgt:

„De fabrikanten en importeurs stellen vrijelijk de maximumkleinhandelsverkoopprijzen van hun produkten vast. Deze bepaling mag echter geen beletsel vormen voor de toepassing van de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake prijzencontrole of de inachtneming van de vastgestelde prijzen."

GB-INNO-BM wijst erop dat tijdens de beraadslaging van het Europees Parlement voor dit artikel een amendement werd ingediend op het door de Commis-

sie gedane voorstel van de richtlijn, strekkende tot vervanging van het woord „maximumprijzen" door de woorden „vaste prijzen", doch dat de Raad dit amendement niet heeft aanvaard. De Raad heeft dus zijn wil te kennen gegeven het stelsel van vrijheid van prijzen door de Lid-Staten te zien aanvaarden. Deze uitlegging wordt versterkt door het lezen van de achtste overweging van de richtlijn, luidende: „de eisen inzake de mededinging impliceren een regeling waarbij de prijzen voor alle groepen tabaksfabrikaten vrij tot stand kunnen worden gebracht."

Het voorbehoud in de tweede zin heeft slechts betrekking op de stelsels van opgelegde prijzen die *verenigbaar zijn met het Verdrag*. Het valt niet aan te nemen dat de Raad collectieve stelsels van opgelegde prijzen zou hebben gelegaliseerd. Anders zou men moeten besluiten dat de richtlijn zelf in strijd met het Verdrag en ongeldig is. De Raad kan immers nationale maatregelen die door het Verdrag verboden zijn, niet bij een harmonisatierichtlijn wettigen.

2. Rechtstreekse werking van de richtlijn

De eerste zin van artikel 5, lid 1, van de richtlijn houdt een klare en onvoorwaardelijke verplichting in voor de Lid-Staten om een systeem van vrije prijsvorming in te voeren. Deze verplichting heeft rechtstreekse werking sedert 1 juli 1973, de datum die in artikel 12 van de richtlijn is voorzien voor invoering van de richtlijn in de Lid-Staten.

GB-INNO-BM stelt voor de vierde vraag te beantwoorden als volgt:

„a) Artikel 5 van de richtlijn van de Raad van 19 december 1972 heeft rechtstreekse werking.

b) Artikel 5 van de richtlijn van de Raad van 19 december 1972 moet in deze zin worden uitgelegd, dat het de Lid-Staten verboden is een wettelijke maatregel in te voeren of te handhaven waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen, voor de verkoop aan de verbruiker een verkoopprijs, met name de op het fiscale bandje vermelde prijs, wordt opgelegd, dat wil zeggen dat noch het maximum mag worden overschreden, noch het toegelaten is tegen een lagere prijs te verkopen."

Opmerkingen van ATAB

Voorafgaande aan de juridische bespreking van de vragen van het Hof van Cassatie, beschrijft *ATAB* de ontstaansgeschiedenis van de vaste verbruikersprijzen van tabaksprodukten. Zij merkt op dat de vaste prijs geen typisch Belgisch verschijnsel is, en geeft een overzicht van het stelsel van vaste verkoopprijzen voor deze produkten in de andere oorspronkelijke Lid-Staten van de EEG. Ten slotte bespreekt zij de socio-economische imperatieven en de eisen van een reële en effectieve mededinging in de betrokken sector alsmede van de bescherming van de consument tegen bepaalde misbruiken.

Zij komt dan tot de navolgende conclusies:

1. De vaste prijs voor tabaksprodukten is het gevolg van het speciaal fiscaal systeem dat in die sector van toepassing is. Hij waarborgt aan de staat de inning van de hoge fiscale rechten die hem toekomen en die worden berekend op een voorafbepaalde verbruikersprijs die op de fiscale banderolle vermeld staat.
2. De toelaatbaarheid van de vaste prijs voor tabaksprodukten, uitdrukkelijk vermeld in de richtlijn van de Raad van 19 december 1972, bevestigt de regelen die op dit gebied in de nationale wetgevingen der verschillende Lid-Staten bestaan.
3. De verdwijning van de tabaksdetaillisten, die het gevolg zou zijn van de afschaffing van de vaste prijs, zou zonder twijfel ernstige sociaal-economische consequenties hebben.
4. De afschaffing van de verplichte prijs zou de verdwijning impliceren van

een reële concurrentie op basis van een groot aantal merken ten voordele van een illusoire concurrentie wegens afschaffing van een groot aantal merken.

5. Het voortbestaan van gespecialiseerde detaillisten, dat dankzij de vaste prijs mogelijk blijft, is op grond van economische en sanitaire overwegingen een garantie voor de verbruiker.

De eerste vraag

Volgens ATAB moet artikel 86 EEG-Verdrag, als toepassing van artikel 3, sub f, enkel in het licht van laatstgenoemd artikel worden uitgelegd. Het nastreven van de algemene doelstellingen van het Verdrag blijft ondergeschikt aan politieke maatregelen en legt geen andere verplichtingen op dan die welke in de andere artikelen van het Verdrag zijn voorzien.

Artikel 5 EEG-Verdrag betekent niet dat het een Lid-Staat verboden zou zijn iets te doen wat hem niet *duidelijk* is verboden door een bepaald artikel van het Verdrag.

Volgens ATAB richt het verbod van artikel 86 zich uitsluitend tegen gedragingen van ondernemingen en niet tegen gedragingen van een Lid-Staat. Artikel 86 bestraft niet een wettelijke bepaling, maar wel het *misbruik* van een machtspositie, ongeacht of deze machtspositie al dan niet door een wettelijke bepaling wordt bevorderd. Ten aanzien van artikel 86 heeft de invoering van een wettelijke maatregel een neutraal effect: zelfs indien hij het ontstaan van een machtspositie bevordert, is het niet die maatregel zelf die onder het verbod van artikel 86 valt, maar wel het gedrag van de onderneming die, in een machtspositie geplaatst, daarvan profiteert om er misbruik van te maken.

Er kan geen sprake zijn van een machtspositie vanwege een bepaalde macht wanneer *alle concurrenten* dezelfde macht hebben. Het stelsel van artikel 58 van de Belgische wet op de BTW stelt alle fabrikanten en alle importeurs op dezelfde voet, door hen dezelfde verplichtingen op te leggen. Het schaft geenszins de concurrentie af door te bepalen dat de verkoopprijs die door fabrikanten of importeurs vrijelijk is gekozen, door de verdelers moet worden geëerbiedigd.

Door van die keuzemogelijkheid gebruik te maken, maakt de fabrikant of importeur geenszins misbruik van een machtspositie, doch oefent hij slechts vrijelijk zijn rechten als concurrent uit.

Terloops wijst ATAB erop dat in het geding a quo een vereniging van kleinhandelaren zich verweert tegen een grootwarenhuis dat tegenover hen ontegenzeglijk een machtspositie bekleedt en daarvan misbruik maakt door tabaksprodukten met lagere winst en zelfs met verlies te verkopen en zo de kleinhandelaren te benadelen.

ATAB is bijgevolg van mening dat de eerste vraag zou kunnen worden beantwoord als volgt:

„a) De artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 verbieden niet aan een Lid-Staat in zijn wetgeving een bepaling in te voeren of te handhaven die zowel voor ingevoerde als voor binnenlandse produkten voor de verkoop aan de verbruikers een door de fabrikanten of de importeurs vastgestelde verkoopprijs verplicht stelt, zelfs in de veronderstelling dat deze bepaling het misbruik van een machtspositie door een of meer ondernemingen in de hand zou werken, maar beteugelen wel de onderneming die dergelijk misbruik zou plegen.

b) In ieder geval is een nationale bepaling zoals bedoeld onder a) niet verboden, wanneer zij een algemene draagwijdte heeft, in die zin dat zij om het even welke fabrikanten en importeurs bedoelt, dus ook diegenen die geen machtspositie hebben of geen misbruik ervan maken, en a

fortiori wanneer haar doelstelling, haar voorwerp of uitwerking geenszins hierin bestaat een misbruik van machtspositie in de hand te werken."

De tweede vraag

Artikel 90 EEG-Verdrag verbiedt de Lid-Staten niet ondernemingen „bijzondere of uitsluitende rechten" te verlenen. Dit volgt uit 's Hofs arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73, *Sacchi,* Jurispr. 1974, blz. 409).

Een „recht" dat wordt toegekend aan alle concurrerende ondernemingen, dat wil zeggen fabrikanten en importeurs, kan uiteraard niet een bijzonder of uitsluitend recht zijn.

In casu evenwel heeft de fabrikant of importeur, verre van speciale rechten te genieten, juist de *plicht* het accijnsrecht en de BTW over het bedrag dat op het fiscaal bandje staat vermeld, te betalen — een verplichting waaraan geen enkele fabrikant of importeur van andere produkten onderworpen is.

Ofschoon ATAB erkent dat de Lid-Staten „met betrekking tot die ondernemingen" geen maatregel mogen nemen die in strijd is met de artikelen 7 en 85-94, betoogt zij dat een maatregel als voorzien in artikel 58 van de Belgische wet op de BTW geenszins met genoemde artikelen in strijd is:
- niet met artikel 7, vermits er geen discriminatie bestaat op grond van nationaliteit,
- niet met artikel 86, zoals hierboven betoogd.

Artikel 90 is niet van toepassing op een wettelijk stelsel van vaste prijzen (niet van opgelegde prijzen) waaronder
- de fabrikant of importeur de detailhandelaren geen prijs oplegt, maar de staat de door fabrikant of importeur vastgestelde prijs bindend maakt voor iedereen;
- de fabrikant of importeur, wel verre van bijzondere rechten te genieten, integendeel gedwongen is het accijnsrecht en de BTW vooruit te betalen;
- het bindend karakter van de op het fiscaal bandje vermelde prijs uitsluitend voortvloeit uit het stelsel van heffing.

Overigens heeft artikel 90 geen directe werking: het doet geen individuele rechten ontstaan die door de nationale rechter moeten worden gehandhaafd. Het Hof van Justitie heeft zich reeds uitdrukkelijk uitgesproken over het gebrek aan directe werking van artikel 90, lid 2 (arrest van 14 juli 1971, zaak 10/71, *Müller,* Jurispr. 1971, blz. 723). Dezelfde redenering geldt voor artikel 90, lid 1.

Dienvolgens is ATAB van mening dat de tweede vraag zou kunnen worden beantwoord als volgt:

„Artikel 90 EEG-Verdrag moet niet in deze zin worden uitgelegd, dat men te doen heeft met ‚ondernemingen waaraan de staat bijzondere of uitsluitende rechten verleent' wanneer de staat aan de fabrikanten en importeurs van bepaalde produkten de algemene verplichting van aangifte van de voorgenomen prijsverhogingen oplegt, maar bij middel van een wetsbepaling met fiscale doeleinden, die de na aangifte verhoogde prijs van deze produkten verplicht stelt, hun onrechtstreeks de mogelijkheid geeft de verplichte verkoopprijs aan de verbruiker zelf vast te stellen.

Het behoud van de aldaar bedoelde bijzondere of uitsluitende rechten kan niet strijdig zijn met de bepalingen van het EEG-Verdrag, met name die van de artikelen 7 en 85-94."

De derde vraag

Het antwoord op de door het Hof van Cassatie gestelde vragen, aldus ATAB, vergt dat nader worden omschreven:
- enerzijds, wat het gemeenschapsrecht betreft, het begrip maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking,
- anderzijds de werking van de maatregel ingevoerd bij artikel 58 van de Belgische wet op de BTW.

Voor de definitie van maatregel van gelijke werking kan worden volstaan met een verwijzing naar 's Hofs vaste rechtspraak, vanaf het arrest-*Dassonville* (11 juli 1974, Jurispr. 1974, blz. 837) tot de arresten-*Tasca* en *SADAM* (26 februari 1976, Jurispr. 1976, blz. 291 en 323), waaruit blijkt dat onder „maatregel van gelijke werking" moet worden verstaan iedere maatregel die de invoer tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren.

De Commissie had het begrip „maatregel van gelijke werking" omschreven in haar richtlijn nr. 70/50 van 22 december 1969 (PB L 13 van 1970, blz. 29); volgens deze omschrijving waren, in tegenstelling tot discriminerende maatregelen, maatregelen die zonder onderscheid op nationale en ingevoerde produkten van toepassing zijn, slechts verboden wanneer hun beperkende werking op het vrije goederenverkeer het kader van de eigen werking van een handelsregeling te buiten gaat.

Ofschoon dit onderscheid niet door het Hof van Justitie is aanvaard, betekent dit niet dat beide typen van maatregelen op volkomen gelijke voet moeten worden geplaatst.

Immers, in het arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73, *Sacchi,* Jurispr. 1974, blz. 409) verwijst het Hof uitdrukkelijk naar de richtlijn van de Commissie. Uit de arresten-*Tasca* en *SADAM,* betreffende maximum prijzen, volgt dat niet iedere vaststelling van maximum prijzen door de overheid een krachtens artikel 30 verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking is, maar dat de werking van de gelaakte maatregel in de economische realiteit telkens in concreto moet worden nagegaan.

Uit de considerans van 's Raads richtlijn nr. 72/464/EEG van 19 december 1972 vloeit volgens ATAB duidelijk voort dat de belemmeringen van het vrije verkeer van tabaksprodukten hoofdzakelijk het gevolg zijn van de verschillen tussen de belastingregelingen van de Lid-Staten.

Het stelsel van artikel 58 van de Belgische wet op de BTW laat iedere fabrikant vrij om de prijs te kiezen waartegen zijn produkt aan de uiteindelijke verbruiker zal worden verkocht. Bijgevolg is de communautaire jurisprudentie betreffende de geoorloofdheid — vanuit het oogpunt van artikel 30 — van nationale regelingen ter zake van maximum prijzen volmaakt van toepassing op het onderhavige geval.

Anders dan in de situatie van de zaak-*Dassonville,* waarin de concurrenten niet op voet van gelijkheid waren geplaatst, is de eis een fiscaal bandje aan te brengen volkomen normaal, gelet op het door de Belgische staat ingevoerde stelsel. Deze formaliteit, opgelegd aan eenieder die het produkt in het verkeer brengt en noodzakelijk met het oog op de inning van de belasting aan de bron, is evenredig aan het door de staat nagestreefde doel, aangezien de tabak essentieel een fiscaal produkt is.

ATAB stelt mitsdien voor de derde vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 30, 31 en 32 EEG-Verdrag moeten niet in die zin worden geïnterpreteerd, dat vaste prijzen die zonder onderscheid zowel voor inlandse als voor ingevoerde produkten door de staat worden opgelegd, geen maatregel vormen waarvan de uitwerking gelijk staat met een invoerbeperking, *tenzij* de praktijk uitwijst dat in feite toch wordt gediscrimineerd. Dit is in casu uitgesloten, daar uitdrukkelijk is bepaald dat de fabrikanten en importeurs de prijs van hun waren vrijelijk vaststellen. Dit is nog steeds het geval wanneer de staat de fabrikanten en importeurs toelaat, na aanmelding van een prijsverhoging en het naleven van een bepaalde wachttijd, de kleinhandelsprijs vrij vast te stellen, en deze prijs na bekendmaking als verplichte prijs oplegt.

Het is in ieder geval de taak van de nationale rechter ten gronde de werking van zodanige nationale reglementering na te gaan; indien deze van toepassing is

op alle produkten van dezelfde soort, ongeacht hun herkomst, dan is zij niet geeigend het intracommunautaire handelsverkeer al dan niet rechtstreeks in feite of potentieel te belemmeren.

De toestand is niet anders in de hypothese van een Lid-Staat die aan de producenten en importeurs, na aangifte van prijsverhoging en mits inachtneming van een bepaalde wachttijd, toelaat de prijzen met inbegrip van de kleinhandelsprijzen vast te stellen, wanneer bedoelde Lid-Staat deze prijzen publiceert en de naleving ervan oplegt door middel van bovengenoemde maatregel."

De vierde vraag

Volgens ATAB schijnt richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad van 19 december 1972 in haar geheel gezien geen rechtstreekse werking te hebben.

Maar zelfs als zij wel rechtstreekse werking had, zou ingevolge artikel 5, lid 1, tweede zin, de vrijheid om maximum verkoopprijzen vast te stellen geen beletsel vormen voor de toepassing van nationale wettelijke regelingen inzake de controle op het prijsniveau of voor de inachtneming van de opgelegde prijzen. Ter staving van deze opvatting verwijst ATAB naar een aan haar gericht schrijven van 28 maart 1973 van de heer Vogelaer, directeur-generaal Financiële instellingen en fiscale zaken bij de Commissie.

Bij de behandeling van de tekst van artikel 5 heeft het Europees Parlement voorgesteld de term „maximum kleinhandelsprijzen" te vervangen door „vaste kleinhandelsprijzen". De enige reden waarom op dit voorstel niet is ingegaan, was dat in de drie nieuwe Lid-Staten geen stelsel van vaste prijzen gold. De bestaansreden van de tweede zin van artikel 5 is dus iedere betwisting van het stelsel van vaste prijzen te voorkomen. Dit betekent zeer duidelijk dat nationale wettelijke regelingen, waarbij verplichte prijzen voor tabaksprodukten worden ingesteld, van kracht blijven en dus niet in strijd zijn met het EEG-Verdrag noch, a fortiori, met de richtlijn zelf.

ATAB stelt mitsdien voor de vierde vraag te beantwoorden als volgt:

„a) de bepalingen van richtlijn nr. 72/464 van de Raad van Ministers van 19 december 1972, in het bijzonder artikel 5 daarvan, hebben geen rechtstreekse werking;

b) artikel 5 van deze richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het de Lid-Staten niet is verboden een uitdrukkelijke maatregel in te voeren of te handhaven waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen, voor de verkoop aan de verbruiker een op het fiscaal bandje vermelde verkoopprijs wordt opgelegd."

Bij aanvullende memorie heeft ATAB nadere opmerkingen betreffende de vragen van het Hof van Cassatie ingediend. Zij vangt ditmaal aan met de vierde vraag.

De vierde vraag

Volgens ATAB heeft deze vraag eerst en vooral betrekking op het al dan niet rechtstreeks van toepassing zijn van deze richtlijn, en inzonderheid van artikel 5. Vervolgens gaat het erom, of krachtens dit artikel 5 het uitvoeren of handhaven van wettelijk bepaalde vaste prijzen voor tabakswaren al dan niet verboden is.

Artikel 5

ATAB is van mening dat de bepalingen — waaronder artikel 5 — die onder het opschrift „Algemene beginselen" staan, rechtstreeks toepasselijk kunnen zijn als zij voldoen aan de door het Hof gestelde vereisten van *onvoorwaardelijkheid, duidelijkheid en nauwkeurigheid.*

Er zij op gewezen dat artikel 5 drie bepalingen bevat die in hun onderling verband aan genoemde vereisten moeten worden getoetst.

1. De fabrikanten en importeurs stellen vrijelijk de maximum kleinhandels-

verkoopprijzen van hun produkten vast (artikel 5, lid 1, eerste zin).
2. Deze bepaling mag echter geen beletsel vormen voor de toepassing van de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake prijzencontrole of de inachtneming van de vastgestelde prijzen (artikel 5, lid 1, tweede zin).
3. De Lid-Staten kunnen het theoretisch aantal mogelijke kleinhandelsprijzen beperken. Deze beperking mag nochtans geen discriminatie inhouden (artikel 5, lid 2).

Het lijdt geen twijfel dat artikel 5, lid 2, — dat overigens voor de beantwoording van de gestelde vraag van ondergeschikt belang is — voldoet aan de criteria die het Hof hanteert voor het toekennen van rechtstreekse werking; over het eerste lid van het artikel is echter moeilijker een oordeel te vellen. De eerste zin van dit lid is onmisbaar voor de verwezenlijking van de eerste etappe van het harmonisatieproces, aangezien krachtens artikel 4, lid 1, in alle Lid-Staten de belasting op de sigaretten over de maximum kleinhandelsverkoopprijs moet worden berekend. Wanneer men anderzijds weet dat die belasting in alle Lid-Staten bij de fabrikant of de importeur wordt geheven, dan wordt de werkelijke draagwijdte van deze eerste zin duidelijker. De berekening en de heffing van de belasting vereisen dus dat de fabrikanten en importeurs de kleinhandelsverkoopprijs zelf bepalen. Deze noodzaak, die immanent is aan het systeem, wordt door de eerste zin van artikel 5, lid 1, tot norm verheven.

De eerste zin is echter moeilijker te begrijpen omdat er sprake is van „vrije" prijsvorming door fabrikant en importeur, zulks in tegenstelling tot de daarop volgende zin, volgens welke deze bepaling geen beletsel mag vormen voor de toepassing van de wettelijke bepalingen inzake prijzencontrole of inachtneming van de vastgestelde prijzen. De tweede zin zegt dus duidelijk wat het Hof van Cassatie wil weten: het bepaalde in de eerste zin ontzegt de Lid-Staten niet het recht wettelijke bepalingen in te voeren of te handhaven inzake prijzencontrole of inachtneming van vastgestelde prijzen.

Artikel 5, lid 1, vestigt direct toepasselijke rechten, doch heeft geenszins de inhoud die de voorgelegde vraag eraan toekent.

ATAB meent echter dat de vraag ook anders kan worden begrepen en wel in die zin, dat de tweede zin van artikel 5, lid 1, een beperking zou kunnen inhouden van hetgeen in de eerste zin is vastgesteld. Daarmee zouden de termen „prijzencontrole" en „vastgestelde prijzen" een soort *gemeenschapsrechtelijke* inhoud krijgen. ATAB kan deze zienswijze echter niet bijtreden. Wanneer men niettemin aan de termen „prijzencontrole" en „inachtneming der vastgestelde prijzen" een gemeenschapsrechtelijke draagwijdte wil geven, dan komt men noodzakelijkerwijze tot de conclusie dat de Lid-Staten toch een zekere beoordelingsvrijheid wordt gelaten aangaande de in het nationale rechtsgebied te nemen uitvoeringsmaatregelen. Een dergelijke beoordelingsvrijheid beperkt echter de rechtstreekse werking van de richtlijn tot de controle op deze bevoegdheid zelf.

De in de gestelde vraag bedoelde regeling voor de vastgestelde kleinhandelsverkoopprijs voor tabaksfabrikaten, valt uiteraard buiten een dergelijke controle, hoe men ook de beoordelingsvrijheid der Lid-Staten in het raam van artikel 5, lid 1, tweede zin, moge bepalen, en zulks reeds omdat zij de vrijheid van de fabrikanten en importeurs bij de vaststelling van hun prijzen onverlet laat. Alleen vrij bepaalde prijzen kunnen tot vastgestelde prijzen worden omgevormd. Een zo opgelegde vaste prijs stemt wezenlijk overeen met de gemeenschapsrechtelijke omschrijving van de vastgestelde prijs in de zin van artikel 5, lid 1, tweede zin, van de richtlijn.

Alle Lid-Staten die de richtlijn thans toepassen, hebben het overigens noodzakelijk geacht overeenkomstige bepalingen in te voeren.

Welke betekenis men ook aan artikel 5, lid 1, in rechte toekent, steeds komt men tot de conclusie dat die tekst, in de twee interpretaties die hier werden besproken, voldoet aan de vereisten van onvoorwaardelijkheid, klaarheid en exactheid. De belanghebbenden kunnen er zich dus voor de nationale rechter tegenover de Lid-Staten op beroepen. De rechtstreekse werking van de richtlijn in haar geheel genomen kan evenwel twijfelachtig zijn. Voor het overige is de prejudiciële vraag negatief te beantwoorden.

De derde vraag (artikelen 30, 31 en 32)

Artikel 30

Krachtens artikel 30 zijn in de handel tussen Lid-Staten alle kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking verboden. Om onder dit verbod te vallen is het volgens 's Hofs vaste rechtspraak voldoende dat de betrokken maatregel geëigend is de invoer uit een andere Lid-Staat *al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel* te belemmeren (arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74 *Dassonville*).

Deze vereisten zijn voldoende, maar ook noodzakelijk, en daarmee zijn de eerste twee leden van de derde vraag reeds bevestigend beantwoord.

ATAB beschrijft vervolgens de drie hoofdredenen die de Belgische wetgever ertoe hebben gebracht het stelsel van vastgestelde prijzen voor tabakswaren te handhaven.

ATAB is van oordeel dat nationale wettelijke bepalingen die op grond van sociale en politieke overwegingen tot op een zeker punt ingrijpen in de mededingingspositie van de kleinhandel, geen uitwerkingen hebben, noch kunnen hebben, die gelijk staan aan een invoerbeperking in de zin van de artikelen 30, 31 en 32 van het Verdrag, wanneer zij gelijkelijk op binnenlandse en ingevoerde produkten van toepassing zijn.

Samenvattend betoogt ATAB dat de artikelen 30, 31 en 32 aldus moeten worden begrepen, dat *vaste* prijzen die zonder onderscheid zowel voor inlandse als voor ingevoerde produkten door de staat worden opgelegd, geen maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking zijn, tenzij de praktijk uitwijst dat zij in feite toch op een of andere manier een discriminerende uitwerking hebben. Dit laatste is in casu uitgesloten, daar uitdrukkelijk is bepaald dat de fabrikanten en importeurs de prijs van hun waren vrijelijk vaststellen. Dit is nog steeds het geval wanneer de staat de fabrikanten en importeurs toestaat, na aanmelding van een prijsverhoging en inachtneming van een bepaalde wachttijd, de kleinhandelsprijs vrij vast te stellen, en deze prijs na bekendmaking als verplichte prijs oplegt.

De tweede vraag (artikel 90)

Volgens ATAB kan deze vraag slechts *ontkennend* worden beantwoord.

Artikel 90, lid 1, verbiedt de Lid-Staten ten gunste van openbare ondernemingen en van ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend, bepalingen in te voeren of te handhaven die met het Verdrag in strijd zijn.

Onder verwijzing naar 's Hofs arrest in zaak 155/73 *(Sacchi)* betoogt ATAB dat artikel 90, lid 1, de Lid-Staten toelaat iets te doen wat aan een marktbeheersende onderneming is verboden. Daarom maakt het artikel onderscheid tussen het toekennen van rechten door de staat en het uitoefenen van die rechten door de betrokken ondernemingen.

Het begrip „ondernemingen waaraan de Lid-Staten bijzondere of uitsluitende rechten toekennen" moet in de meest restrictieve zin worden geïnterpreteerd. Het minimale vereiste is zeker dat de *toekenning* van rechten noodzakelijk is. Er wordt aan dit vereiste niet voldaan wanneer een Lid-Staat beroep doet op wettelijke bepalingen om bepaalde on-

dernemingen in het algemeen te dwingen zich op een bepaalde manier te gedragen. In dit geval genieten de betrokken ondernemingen misschien een *voorkeursbehandeling,* maar er is zeker niet sprake van een toekenning van rechten in de zin van artikel 90, lid 1.

Het rechtstreeks en diepgaand ingrijpen van de staat in het economisch gebeuren wordt niet gedekt door artikel 90, lid 1. Dit alleen zou kunnen volstaan als antwoord op de gestelde vraag.

De eerste vraag (artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86)

Volgens ATAB spitst deze vraag zich toe op een onderzoek naar de draagwijdte van de artikelen 3, sub f, en 5, tweede alinea, in hun verband met artikel 86. De eerste punten die daarbij aan de orde moeten komen, zijn of deze artikelen de inhoud hebben die de vraag hun toekent, en of zij rechtstreekse werking hebben in die interne rechtsorde van de Lid-Staten.

Artikel 3, sub f, dient om te voorkomen dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt vervalst. Dit doel wordt nader uitgewerkt in verscheidene bepalingen, waaronder artikel 86. Artikel 3, sub f, ziet het nastreven van dit doel als een niet te ontkomen plicht van de Gemeenschap. Aangezien het in wezen de activiteiten van de Gemeenschap regelt, kunnen er geen rechtsgevolgen uit worden afgeleid betreffende de activiteiten van de Lid-Staten, zoals de gestelde vraag het verkeerdelijk doet.

Dit leidt tot de vraag of de gezochte gevolgen niet uit artikel 5, tweede alinea, kunnen voortspruiten. Onder verwijzing naar 's Hofs rechtspraak, door advocaat-generaal Reischl samengevat in zaak 155/73 *(Sacchi),* betoogt ATAB dat artikel 5 vanwege zijn algemene formulering klaarblijkelijk niet direct subjectieve rechten voor de particulieren vestigt.

De interpretatie die in de gestelde vraag aan het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht wordt gegeven, gaat volgens ATAB te ver. Noch de wetgevende bevoegdheid van de Lid-Staten, noch de concrete toepassing die zij aan hun rechtsnormen geven, zijn afhankelijk van de vraag of op de markt één of meer bedrijven een overheersende positie hebben of er misbruik van maken.

ATAB legt er de nadruk op dat de voorgelegde vraag niet zinvol kan worden benaderd, tenzij men a priori de inbreuk op artikel 86 als een niet te weerleggen gegeven beschouwt. Dit is waar voor de machtspositie en voor het misbruik ervan, maar ook voor de beperkingen van de handel tussen Lid-Staten. Het is zeker niet de taak van het Hof in een prejudicieel geding na te gaan of deze veronderstelling opgaat.

ATAB concludeert dat de vraag ontkennend moet worden beantwoord.

Opmerkingen van de Commissie

1. Inleidende opmerkingen

Na de grote lijnen van de tabakssector te hebben geschetst, waarbij niet alleen aandacht is geschonken aan de handelssector, maar ook aan het industriële stadium, alsook de feitelijke gang van zaken bij de inning van de Belgische accijns op tabaksprodukten, bespreekt de Commissie de juridische kwalificatie van artikel 58 van de wet op de BTW. Zij meent dat dit artikel slechts ogenschijnlijk een prijsmaatregel behelst. Omdat de maatregel voor tabaksprodukten in feite de mededinging in de kleinhandelsfase uitsluit, valt hij in de categorie van overheidsingrepen in de mededinging, die wel als dwangkartel worden aangeduid.

De Commissie besluit haar inleidende opmerkingen met een korte beschouwing gewijd aan de sociale problematiek van de kleinhandel in tabaksartikelen in België.

Vervolgens overgaande tot bespreking van de gestelde vragen, geeft de Commissie de navolgende uiteenzetting:

2. Artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 van het Verdrag

De eerste vraag betreft hetgeen het Hof van Cassatie noemt het „in de hand werken" van een misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt. De Commissie twijfelt ernstig of een wettelijk verplichte vertikale prijsbinding als zodanig het misbruik maken van een machtspositie in de hand werkt. De nationale maatregel dwingt weliswaar tot een bepaald *stelsel* van prijsvorming, doch dit schept geen afhankelijkheid corresponderende met een machtspositie.

Wel is het zo dat als gevolg van het Belgische fiscale regime het aanbrengen van de fiscale bandjes vrijwel uitsluitend door de fabrikant kan geschieden. Op dit specifieke punt bestaat derhalve wél een machtspositie van de fabrikant ten opzichte van de importeurs en eventueel de andere deelnemers aan het handelsstadium. De marktdeelnemer die rechtens of feitelijk over een technische exclusiviteit jegens zijn afnemers beschikt, misbruikt deze zodra hij — met name door levering te weigeren — het marktgedrag van deze afnemers tracht te beïnvloeden. Tot staving van haar standpunt verwijst de Commissie naar het arrest van 13 november 1975 *(General Motors* t. *Commissie,* zaak 26/75, Jurispr. 1975, blz. 1378).

Wat betreft de vraag of nationale maatregelen die een technische exclusiviteit scheppen welke tot misbruik aanleiding kan geven, met de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 van het Verdrag onverenigbaar zijn, is de Commissie van mening dat in de gevallen waarin zulke exclusiviteiten niet reeds als zodanig met de artikelen 30-37 onverenigbaar zijn, er ruimte is voor een toetsing aan artikel 5, tweede alinea, en dat de naleving van de daarin aangegane verplichting met zich medebrengt dat de Lid-Staten reeds bij het scheppen van exclusiviteiten redelijke voorzorgsmaatregelen behoren te treffen tegen voorzienbare misbruiken van de machtspositie die in iedere exclusiviteit besloten ligt. Naar aanleiding van het slot van vraag b) betoogt de Commissie dat het feit dat aan de basis van een machtspositie een nationale maatregel ligt, in geen geval als rechtvaardigingsgrond voor eventuele misbruiken kan dienen.

3. Artikel 90

De bijzondere of uitsluitende rechten waarvan artikel 90, lid 1, spreekt hebben volgens de Commissie betrekking op het produceren of verhandelen van goederen (en mutatis mutandis van diensten) door de rechthebbende zelf, met andere woorden op de toegang tot de markt. In die geest heeft het Hof blijkens de 14e overweging van zijn arrest 155/73 *(Sacchi,* Jurispr. 1974, blz. 430) artikel 90 opgevat.

De Belgische maatregel heeft geenszins een effect als in die overweging bedoeld. De toegang tot de markt blijft vrij in alle stadia. De enige bijzondere rol die de fabrikanten en importeurs spelen is dat hun keuze voor de berekeningsgrondslag der accijnzen tevens het prijspeil verschaft waarop de wetgever de kleinhandelaar zijn handelingsvrijheid ontneemt. Er is derhalve niet alleen geen sprake van een „recht" in die zin van artikel 90, lid 1, het is bovendien niet „uitsluitend" of „bijzonder". De maatregel valt buiten de ratio legis van artikel 90.

4. Artikel 30

De toetsing van een wettelijk verplichte vertikale prijsbinding aan artikel 90 wordt volgens de Commissie beheerst door de bijzonderheid dat een dergelijke maatregel naar zijn aard de mededinging betreft. Dit is een gebied waarop zowel de Commissie als de Lid-Staten bevoegdheden hebben, en die bevoegdheden vinden hun afgrenzing in het criterium van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel zoals dat is vastgelegd in artikel 85 EEG-Verdrag. Kartelafspraken die de tussenstaatse handel kunnen beïnvloeden, vallen onder de bevoegdheid der Commissie. Kartelafspraken die dit

gevolg niet kunnen hebben, vallen onder de nationale bevoegdheid, hetgeen met name het geval kan zijn met afspraken tussen ondernemingen van een en dezelfde Lid-Staat.

Het is dus aan de bevoegde nationale autoriteiten om eventueel bestaande nationale wettelijke voorschriften toe te passen op concurrentiebeperkende afspraken of gedragingen waarvan zelfs geen potentiële beïnvloeding van de tussenstaatse handel uitgaat. Op het terrein van het nationale concurrentiebeleid staat het aan de nationale wetgever uit te maken of het instrument van wettelijk verplichte beperkingen van de mededinging, van publiekrechtelijke dwangkartels, in de bewerktuiging van de overheid wordt opgenomen of niet. Echter, ten aanzien van een dergelijke ingreep geldt dat de Lid-Staten de bevoegdheidsverdeling tussen hen en de Gemeenschap hebben te eerbiedigen.

In het licht van deze beschouwingen onderzoekt de Commissie de vraag of vrijwillig aangegane mononationale vertikale prijsbindingen de tussenstaatse handel kunnen beïnvloeden.

Volgens de Commissie zullen, anders dan *afzonderlijke* prijsbindingsovereenkomsten tussen een fabrikant en een aantal handelaren van dezelfde Lid-Staat, *collectieve* vertikale prijsbindingen, waaraan zowel fabrikanten en importeurs als handelaren van dezelfde Lid-Staat deelnemen, doorgaans wél onder artikel 85, lid 1, vallen. Door de deelneming van de importeurs is beïnvloeding van de tussenstaatse handel onvermijdelijk, zeker wanneer het de voornaamste importeurs zijn die aan de afspraak deelnemen.

Overeenkomstig dit uitgangspunt heeft de Commissie naar aanleiding van de vroeger tussen FEDETAB en de Belgische vereniging van groothandelaren in tabaksartikelen bestaande afspraken van vertikale prijsbinding, haar punten van bezwaar aan de betrokkenen toegezonden. Die procedure loopt nog.

Beschouwt men uit deze gezichtshoek een wettelijk verplichte collectieve vertikale prijsbinding, die naar zijn aard niet alleen *alle* nationale fabrikanten, maar ook *alle* importeurs omvat, dan ligt de conclusie voor de hand dat een dergelijke constructie de tussenstaatse handel kan beïnvloeden en derhalve onder de bevoegdheid der Commissie valt.

Daarbij komt volgens de Commissie dat er om door haar uiteengezette technische redenen, verband houdende met de systematiek der accijnsbelasting, in de tabakssector bijzonder weinig ruimte is voor mogelijkerwijs het effect op de tussenstaatse handel verzachtende parallelle invoeren.

Derhalve mag volgens de Commissie worden aangenomen dat een wettelijk verplichte collectieve prijsbinding, zeker in combinatie met een fiscaal regiem zoals dat algemeen voor tabaksartikelen geldt, de tussenstaatse handel merkelijk beïnvloedt in een voor de verwezenlijking van de doelstellingen van één enkele markt tussen staten schadelijke zin en deze derhalve tegelijkertijd belemmert.

Zulk een systeem schept een situatie waarin het marktaandeel van de ingevoerde waren uitsluitend van de afzetpolitiek der importeurs afhangt. De in het land van invoer hun bedrijf uitoefenende handelaren vermogen op dit marktaandeel geen enkele invloed uit te oefenen. Laatstgenoemde situatie is als een belemmering van de intracommunautaire handel te kwalificeren.

De Commissie komt tot de slotsom dat een wettelijk verplichte prijsbinding, zeker in een sector waarin parallelle invoeren ten gevolge van fiscale voorschriften moeilijker plaatsvinden dan geregelde importen, het vrije verkeer van de ingevoerde produkten belemmert in de zin van de definitie welke het Hof in zijn arrest-*Dassonville* (zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837) van de maatregel van gelijke werking gegeven heeft.

De Commissie ziet geen aanleiding hier aan te geven hoe dit effect zou kunnen worden vermeden. Zij doet nochtans enkele mogelijke oplossingen aan de hand.

Het is volgens de Commissie ook mogelijk de wettelijk verplichte collectieve prijsbindingen aan artikel 30 te toetsen met behulp van het gedachtenschema dat de Commissie toepast bij maatregelen die vermoedelijk als maatregel van gelijke werking zijn te beschouwen, in welk schema de lijnen worden gevolgd die zijn uitgestippeld in de richtlijn van 22 december 1969 (PB L 13 van 1970, blz. 29), aangevuld door elementen ontleend aan de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder aan voormeld arrest-*Dassonville*. Die benadering voert tot hetzelfde resultaat.

De wettelijke collectieve prijsbinding laat de *importeur* vrij in zijn prijsgedrag. Van een rechtstreekse belemmering van de invoer is geen sprake.

Evenwel moet, gezien de onmogelijkheid om tegen een lagere prijs te verkopen, een onrechtstreekse belemmering waarschijnlijk worden geacht. Bestrijkt een dergelijk verbod ook ingevoerde produkten, dan is een weerslag op de handelsstromen binnen de Gemeenschap nauwelijks te vermijden.

De concrete omstandigheden waarin een wettelijk verplichte collectieve prijsbinding voorkomt, spelen een belangrijke rol. Een belemmering van de tussenstaatse handel wordt veel waarschijnlijker wanneer die invoerprodukten op de andere deelmarkten van de Gemeenschap niet vrij beschikbaar zijn, zodat voor de parallelle importen een normale bevoorrading niet mogelijk is. Zoals gezegd, is dit het geval in de tabakssector, zulks als gevolg van het fiscaal regiem waaraan deze produkten in alle Lid-Staten onderworpen zijn.

De Commissie geeft een beknopt overzicht van de technische en praktische hinderpalen aan parallelle importen gesteld, en concludeert dat het fiscale regiem waaraan de tabaksartikelen onderworpen zijn, de voor andere produkten in de regel bestaande invoermogelijkheden sterk vermindert. De waarschijnlijke belemmering van de tussenstaatse handel wordt zo tot een zekere, ook al blijft zij moeilijk te kwantificeren.

Deze bezwaren tegen wettelijk verplichte prijsbindingen worden bevestigd en versterkt wanneer men de vraag stelt of het nagestreefde doel niet met behulp van een minder beperkende maatregel kan worden bereikt. Van mening dat het antwoord op deze vraag bevestigend moet luiden — wanneer ten minste het doel is gelegen in de bescherming van de traditionele kleinhandel tegen de agressieve verkooptechniek van de grootwinkelbedrijven —, doet de Commissie enkele minder restrictieve oplossingen aan de hand.

Aan het slot van de derde vraag bespreekt het Hof van Cassatie de veronderstelling dat de producenten en de importeurs weliswaar het niveau van de kleinhandelsprijzen blijven bepalen, maar dat het dwingend karakter van deze prijzen langs andere weg dan artikel 58 van de wet op de BTW tot stand zou komen, namelijk door publikatie — met verplichte naleving — van die prijzen. Die veronderstelling verandert echter alleen de vorm van de Belgische maatregel en niet zijn inhoud, zodat het resultaat van toetsing aan artikel 30 niet wordt gewijzigd.

Ten besluite van haar opmerkingen betreffende de uitlegging van artikel 30 van het Verdrag, meent de Commissie er nog op te moeten wijzen dat bij een meer beperkte uitlegging van die bepaling, artikel 5, tweede alinea, — in verband met artikel 85 — van het Verdrag van belang kan worden. De vraag kan gesteld worden of een ingreep van de Lid-Staten in de exclusieve competentiesfeer van de Gemeenschap, waardoor de tussenstaatse handel potentieel wordt beïnvloed zonder dat die potentiële beïnvloeding wer-

kelijk aanwijsbaar is, onder het verbod van artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag valt.

Gezien het arrest-*Galli* (zaak 31/74, Jurispr. 1975, blz. 65, r.o. 30) en het arrest-*Kramer* (gevoegde zaken 3, 4 en 6/76, Jurispr. 1976, blz. 1314, r.o. 51) is de Commissie geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden.

Zelfs concurrentiebeperkingen die voor ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, in aanmerking zouden komen indien zij vrijwillig zouden worden aangegaan, kunnen volgens de Commissie door de Lid-Staten niet verplicht worden gesteld. Bij wettelijk opgelegde concurrentiebeperkingen wordt niet alleen de voor een vrijwillige afspraak noodzakelijke wilsovereenstemming van de belanghebbenden door overheidsinterventie vervangen, maar bovendien wordt er naast de privébelangen waarin kartelafspraken normaliter wortelen, een element van nationaal belang geïntroduceerd. De toepassing van artikel 85 wordt formeel onmogelijk gemaakt, terwijl de problematiek materieel ingewikkelder wordt: twee ontwikkelingen die ieder afzonderlijk de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag — in de zin van artikel 5, tweede alinea — in gevaar kunnen brengen.

Eenzelfde gedachtengang is mogelijk in een geval als het onderhavige, waarin de oorzaak van de potentiële belemmering van de tussenstaatse handel diffuus is, omdat zij gedeeltelijk in artikel 58 van de wet op de BTW besloten ligt, en gedeeltelijk in de voor de tabakssector geldende fiscale regeling in haar geheel.

Indien de toepassing van artikel 30 op dergelijke omstandigheden zou afstuiten, dan blijft het een feit dat de nationale maatregel een toestand in het leven roept die op vrijwillige grondslag niet voor ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, in aanmerking zou komen. Het verbod van artikel 5, tweede alinea, heeft a fortiori op een dergelijke ingreep betrekking. Toepassing van deze bepaling voert aldus tot hetzelfde resultaat als toetsing aan artikel 30 van het Verdrag, met alleen dit verschil dat er geen beroep op de rechtstreekse werking van het Verdrag kan worden gedaan.

5. Richtlijn 72/464 van de Raad

De Commissie beperkt haar opmerkingen tot artikel 5, lid 1, van de richtlijn. Genoemde bepaling kan niet los worden gezien van artikel 4 van de richtlijn, dat voorschrijft dat de „maximumkleinhandelsverkoopprijs" grondslag is voor de berekening van de accijns. Vrij vertaald preciseert artikel 5, lid 1, twee dingen: in de eerste plaats dat de eerste aanbieders van tabaksartikelen de in artikel 4 bedoelde maximumkleinhandelsprijs vrijelijk kunnen bepalen, en in de tweede plaats dat deze vrijheid onderworpen blijft aan het algemene toezicht op de prijzen dat in de Lid-Staten wordt uitgeoefend.

Artikel 5, lid 1, is opgenomen met een duidelijke bedoeling, die uit de motivering van de richtlijn blijkt. De laatste overweging luidt namelijk als volgt: „Overwegende dat de eisen inzake de mededinging een regeling impliceren waarbij de prijzen voor alle groepen tabaksfabrikaten vrij tot stand kunnen worden gebracht."

Artikel 5, lid 1, weerspiegelt dit streven. De heffing van accijnzen maakt een zekere reglementering nodig. Deze mag evenwel niet gebruikt worden om indirect de mededinging te beperken. Afgezien daarvan blijven de nationale bevoegdheden op het gebied van de prijzen intact. Aldus beschouwd, schrijft de richtlijn in artikel 5, lid 1, de Lid-Staten *geen* „bepaalde gedragslijn" voor in de zin van 's Hofs arrest van 2 februari 1977 in zaak 51/76 *(VNO* t. *Inspecteur der invoerrechten en accijnzen,* Jurispr. 1977, blz. 113), waaruit mag worden afgeleid dat aan het voorschrift geen rechtstreekse werking toekomt.

De Commissie vat haar opmerkingen samen als volgt:

„1. Het verbod van maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking, neergelegd in artikel 30 van het Verdrag, moet zo worden verstaan, dat het toepassing vindt op een nationale regeling die de mededinging op een nationale markt beperkt en de handel tussen de Lid-Staten beïnvloedt in een voor de eenheid van de markt schadelijke zin.

2. Een nationale regeling die bepaalde marktdeelnemers rechtens of in feite in een machtspositie brengt ten opzichte van andere marktdeelnemers, komt in strijd met artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag, indien niet tegelijkertijd redelijke voorzorgsmaatregelen getroffen worden tegen voorzienbare gevolgen van misbruik van die positie.

3. Een nationale maatregel krachtens welke bepaalde marktdeelnemers indirect het martkgedrag van andere marktdeelnemers jegens derden kunnen beïnvloeden, maakt de eerstgenoemde ondernemingen niet tot ondernemingen in de zin van artikel 90 van het Verdrag.

4. Artikel 5 van richtlijn nr. 72/464 van de Raad van 19 december 1972 heeft geen rechtstreekse werking en verleent geen rechten aan de justitiabelen welke door de nationale rechterlijke instanties moeten worden gehandhaafd."

Opmerkingen van de Raad

De Raad beperkt zijn opmerkingen tot de vierde vraag, betreffende richtlijn nr. 72/464 en met name de draagwijdte van artikel 5, lid 1. Volgens de Raad is in artikel 5, lid 1, een verplichting omschreven waaraan een voorbehoud verbonden is, zodat er geen rechtstreekse werking aan toekomt. Vervolgens geeft de Raad een overzicht van de voorbereidende werkzaamheden die tot de richtlijn hebben geleid; de Raad geeft in overweging het artikel aldus uit te leggen, dat het zich er niet tegen verzet dat de Lid-Staten door middel van een wettelijke maatregel vaste — voor de detaillisten verbindende — kleinhandelsprijzen opleggen.

Opmerkingen van de Belgische regering

De Belgische regering stelt voorop dat tabaksprodukten — en meer in het bijzonder sigaretten — niets gemeen hebben met andere handelsprodukten. Zij zijn de enige accijnsprodukten onderworpen aan een „ad valorem" accijns berekend op de kleinhandelsprijs „BTW inbegrepen". Zo is het verboden tabaksprodukten aan de verbruiker te verkopen tegen een prijs die *hoger* ligt dan de op het fiscaal bandje vermelde kleinhandelsprijs, aangezien de accijnzen en de BTW op die prijs werden berekend. Niets belet een fabrikant of importeur om door een fiscaal bandje met de lagere prijs aan te brengen de verkoopprijs „erga omnes" te verlagen, als ten minste aan alle in het belastingrecht gestelde eisen is voldaan.

Wat betreft de gestelde vragen, is de Belgische regering van mening dat een maatregel van een Lid-Staat, waarbij voor de verkoop aan de verbruiker van een ingevoerd of binnenlands gefabriceerd produkt een door de fabrikanten of importeurs vastgestelde prijs wordt opgelegd, niet met de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 van het Verdrag in strijd is. Toch zou zulk een maatregel niet aan toepassing van artikel 86 van het Verdrag op de ondernemingen in de weg staan.

De Belgische regering betoogt dat in artikel 58 van de wet op de BTW in feite geen rechten in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag worden verleend, doch verplichtingen worden opgelegd. Met name om die — op zichzelf afdoende — reden kan artikel 90, lid 1, niet op de nationale maatregel van toepassing worden verklaard.

De artikelen 30, 31 en 32 zijn in die zin te verstaan dat een reglementering die vaste verkoopprijzen aan verbruikers oplegt, terwijl die prijs op fiscale bandjes

wordt vermeld en vrij bepaald wordt door de binnenlandse fabrikanten van de produkten of door de importeurs van de uit de andere Lid-Staten afkomstige produkten, niet met genoemde verdragsartikelen in strijd is. Zulk een reglementering heeft geen enkele nadelige invloed op de verkoopkansen van de ingevoerde produkten en kan derhalve de handel tussen de Lid-Staten niet ongunstig beïnvloeden.

Voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken reglementering met de artikelen 30, 31 en 32 is het voldoende dat uit de functie en de gevolgen van de nationale maatregel een beperking van de invoer uit de Lid-Staten kan worden afgeleid, zonder dat de feitelijke belemmering van de invoer behoeft te zijn vastgesteld.

Dit geldt eveneens wanneer de Lid-Staat aan de producenten en importeurs zou toestaan om, na mededeling van een prijsverhoging en met inachtneming van een bepaalde wachttijd, de prijzen, ook de kleinhandelsprijzen, vrijelijk vast te stellen — met publikatie en oplegging van die prijzen op grond van voormelde reglementering.

Op grond van één en ander bepleit de Belgische regering een uitlegging van 's Raads richtlijn nr. 72/464/EEG in dezelfde zin als door de Raad wordt voorgestaan.

Opmerkingen van de Nederlandse regering

De Nederlandse regering wijst erop dat de Nederlandse wetgeving, evenals de wetgeving van een aantal andere Lid-Staten, een soortgelijke bepaling kent als de Belgische wet. Volgens de Nederlandse regering dient men hier minder juridische dan wel maatschappelijke en economische overwegingen te doen gelden. De tabaksdetailhandel bestaat deels uit een groot aantal kleine gespecialiseerde tabaksdetaillisten die zich voor ernstige economische moeilijkheden geplaatst zien. De handelsmarge voor tabaksartikelen is lager dan voor andere artikelen die in detail worden verhandeld, terwijl het belastingsbestanddeel in de prijzen van tabaksartikelen hoog is. Een opheffing van het verbod kan alleen maar aan de grootwinkelbedrijven ten goede komen.

Opmerkingen van de Luxemburgse regering

De regering van Luxemburg — waar de wet soortgelijke bepalingen kent — beroept zich hoofdzakelijk op gelijkluidende sociale en economische overwegingen.

Opmerkingen van de Italiaanse regering

De Italiaanse regering wijst erop dat de Italiaanse staat om fiscale redenen de verbruikersprijs bij de wet vaststelt en dat artikel 86 niet tot de Lid-Staten — in de uitoefening van hun normatieve werkzaamheid — is gericht. Fabrikanten of importeurs hebben in de Italiaanse regeling geen enkele mogelijkheid de verbruikersprijs vast te stellen. Zulk een regeling belemmert het intracommunautaire handelsverkeer niet. Bovendien wordt in de richtlijn erkend dat handhaving van een stelsel van opgelegde prijzen om fiscale redenen noodzakelijk is.

III — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 16 juni 1977 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door de NV GB-INNO-BM, ten deze vertegenwoordigd door L. Van Bunnen, M. Waelbroeck en J. Dassesse, advocaten te Brussel; ATAB, ten deze vertegenwoordigd door A. Bayard, L. Goffin, A. Braun en J. Thys, advocaten te Brussel, alsmede door H. Kemmler, advocaat te Frankfurt/Main; de Raad van de Europese Gemeenschappen, ten deze vertegenwoordigd door R. Fornasier en G. Brautigam als gemachtigden; de Commissie van de Europese Gemeenschappen, ten deze vertegenwoordigd door B. van der Esch als gemachtigde; de Luxemburgse regering, ten deze vertegenwoordigd door E. Emringer als gemachtigde alsmede door E. Arendt, advocaat te Luxemburg; en de

Italiaanse regering, ten deze vertegenwoordigd door A. Maresca en I. M. Braguglia als gemachtigden.

Ter terechtzitting heeft *ATAB* onder meer betoogd dat artikel 58 van de Belgische wet op de BTW niet onder de werking van artikel 30 e.v. EEG-Verdrag valt. Het gaat daarbij immers om een fiscale bepaling die een integrerend bestanddeel vormt van het Belgische belastingstelsel. Het artikel van het Verdrag, dat betrekking heeft op de nationale wettelijke regelingen betreffende de omzetbelasting, de accijnzen en de andere indirecte belastingen, is artikel 99 en daaruit volgt logischerwijze dat die regelingen volledig in stand blijven zolang geen harmonisatievoorschriften zijn vastgesteld.

De *Commissie* wijst deze opvatting van de hand, omdat zij met name zou leiden tot de onaanvaardbare consequentie dat, wanneer een Lid-Staat zijn belastinginkomsten veilig wil stellen en tegelijkertijd de rentabiliteit van de ondernemingen meent te moeten ondersteunen door middel van concurrentiebeperkende maatregelen, de fiscale achtergronden van zo'n regeling de verdragsbepalingen op het stuk van de mededinging buiten werking zouden kunnen stellen. Dit zou een inbreuk zijn op artikel 30, die zeer ernstige gevolgen zou hebben voor de handel binnen de Gemeenschap.

Overwegende dat de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 september 1977 conclusie heeft genomen.

Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat het Belgische Hof van Cassatie bij arrest van 7 januari 1977, ingekomen ten Hove op 26 januari 1977, krachtens artikel 177 EEG-Verdrag vier vragen heeft gesteld over de uitlegging van de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, 30, 31, 32, 86 en 90 van het Verdrag en van richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad (PB L 303 van 1972, blz. 3) betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten;

2 dat die vragen zijn gesteld in het kader van een geding tussen de Belgische naamloze vennootschap „GB-INNO-BM", die in België verscheidene grootwinkelbedrijven exploiteert, en de vereniging zonder winstoogmerk „Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak" (na te noemen ATAB);

3 dat blijkens het dossier de voorzitter der rechtbank van koophandel te Brussel op vordering van ATAB bij beschikking van 24 april 1972 de vennootschap waarvan GB-INNO-BM de rechtsopvolgster is, heeft gelast de verkoop of het ten verkoop aanbieden van sigaretten tegen een lagere dan de op het fiscale bandje vermelde prijs te beëindigen, op grond dat die handelwijze een daad van oneerlijke mededinging is en zich niet verdraagt met artikel 58 van de Belgische wet op de BTW van 3 juli 1969, welk artikel luidt als volgt:

„Ten aanzien van ingevoerde of hier te lande geproduceerde tabaksfabrikaten wordt de belasting geheven telkens wanneer voor die fabrikaten, overeenkomstig de wets- of verordeningsbepalingen terzake, accijns moet worden voldaan. De belasting wordt berekend op de prijs vermeld op het fiscale bandje, die de verplichte verkoopprijs aan verbruiker moet zijn, of indien geen prijs is bepaald, over de maatstaf van heffing van de accijns.";

4 dat toen het hoger beroep van GB-INNO-BM tegen deze beschikking door het Hof van Beroep te Brussel bij arrest van 24 november 1974 was verworpen, voornoemde vennootschap zich in cassatie heeft voorzien;

De nationale wettelijke regeling

5 Overwegende dat tabaksfabrikaten in België zijn onderworpen aan een stelsel van accijnzen, dat wordt gekenmerkt door de heffing van een accijns „ad valorem", berekend op de detailhandelsprijs „BTW inbegrepen";

6 dat het totaalbedrag van beide belastingen wordt afgedragen door de fabrikant of de importeur bij de aankoop van de fiscale bandjes die op de gefabriceerde of geïmporteerde tabaksprodukten moeten worden aangebracht en waarop de detailhandelsprijs is vermeld;

7 Overwegende dat het verboden is tabaksprodukten aan de verbruiker te verkopen tegen een hogere prijs dan die welke op het fiscale bandje staat;

8 dat dit verbod voor wat de accijnsregeling betreft, formeel is vastgelegd in paragraaf 12 van het reglement gevoegd bij het ministerieel besluit van 22 januari 1948 betreffende de inning van de tabaksaccijns;

9 dat het ter zake van de BTW een uitvloeisel is van het feit dat artikel 58, lid 1, van genoemde wet van 3 juli 1969 verwijst naar de beginselen betreffende de eisbaarheid en heffing van de accijns;

10 Overwegende dat het eveneens verboden is tabaksprodukten aan de verbruiker te verkopen tegen een lagere dan de op het fiscale bandje vermelde prijs;

11 dat weliswaar op het tijdstip waarop de in casu relevante feiten zich hebben voorgedaan, dit verbod nog niet van kracht was terzake van de accijns, maar wel — blijkens het bovenaangehaalde artikel 58, lid 1, van de wet van 3 juli 1969 — ter zake van de BTW;

12 Overwegende dat de gestelde vragen het Hof van Cassatie in staat moeten stellen zich een oordeel te vormen over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van artikel 58, lid 1, van de Belgische wet van 3 juli 1969, voor zover dit artikel een door de fabrikant of importeur bepaalde verkoopprijs aan de verbruiker oplegt;

Algemene opmerkingen

13 Overwegende dat de belasting op tabaksfabrikaten in alle Lid-Staten een belangrijke bron van overheidsinkomsten vormt, zodat de bevoegde instanties over doeltreffende middelen moeten kunnen beschikken om de inning ervan te verzekeren;

14 dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht elke Lid-Staat zijn eigen methode kan kiezen voor de fiscale controle van de op zijn grondgebied in de handel gebrachte tabaksfabrikaten;

15 dat vanwege de noodzaak om aan strenge en vaak gecompliceerde, bovendien van staat tot staat verschillende controlevereisten te voldoen, de in- en uitvoer van tabaksfabrikaten thans nog aan onontkoombare belemmeringen is onderworpen en de intracommunautaire handel in deze produkten onder de gegeven omstandigheden aanzienlijke middelen en een gespecialiseerde kennis vergt;

16 dat door het grote belastingaandeel in de verbruikersprijs de winstmarge van de groothandelaren en detaillisten betrekkelijk klein is;

17 dat in een stelsel als het Belgische, waarin de detailhandelsprijs de grondslag van de accijns- en BTW-heffing vormt, het verbod om tabaksprodukten aan de verbruiker te verkopen tegen een hogere dan de op het fiscale bandje vermelde detailhandelsprijs, een essentiële waarborg van fiscale aard vormt om te voorkomen dat de producenten en importeurs op het tijdstip waarop zij de belasting over hun produkten betalen, daarvoor een te lage waarde opgeven;

18 dat daarentegen een verbod om aan de verbruiker te verkopen tegen een lagere dan de op het fiscale bandje vermelde prijs, niet noodzakelijkerwijze op belastingtechnische gronden berust, doch volgens enkele regeringen die opmerkingen hebben ingediend, veeleer verband houdt met sociaal-economische doelstellingen, in zoverre daardoor, door het uitschakelen van de mogelijkheid van allerlei kortingen bij verkoop aan de verbruiker, een bepaalde detailhandelsstructuur in stand wordt gehouden en concentraties ten koste van de kleine detaillisten worden tegengegaan;

19 dat voorts is betoogd dat de handhaving van een vaste detailhandelsprijs van wezenlijk belang is om te verzekeren dat de Lid-Staat de inkomsten uit de belastingen op tabaksfabrikaten daadwerkelijk ontvangt;

20 dat evenwel in een systeem als het onderhavige de belastingontvangst verzekerd is bij de verkoop van de fiscale bandjes, zodat aan dit argument geen betekenis kan worden toegekend;

21 dat ten slotte nog valt op te merken dat in een systeem zoals in België wordt toegepast, in beginsel niets zich ertegen verzet dat een detailhandelaar zelf zijn verkoopprijzen zou bepalen en zich daartoe bevoorraadt met tabaksartikelen voorzien van dienovereenkomstige fiscale bandjes;

22 dat dit in de praktijk echter slechts mogelijk is met medewerking van de fabrikant of importeur enerzijds en de nationale belastingautoriteiten anderzijds, welke medewerking in voorkomend geval maar moeilijk kan worden verkregen;

23 dat bij de beantwoording van de vragen van de nationale rechter mede met al deze overwegingen rekening moet worden gehouden;

De eerste vraag

24 Overwegende dat het Hof van Cassatie in het eerste onderdeel van de eerste vraag vraagt of de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 86 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat het een Lid-Staat verboden is in zijn wetgeving een bepaling in te voeren of te behouden waardoor én voor ingevoerde én voor in het binnenland geproduceerde goederen voor de verkoop aan de

verbruikers een door de fabrikanten of importeurs vastgestelde verkoopprijs wordt opgelegd, indien die bepaling van dien aard is dat zij

— het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt, in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, door een of meer ondernemingen in de hand werkt,

— het misbruik van een machtspositie door een of meer ondernemingen in de hand werkt, machtspositie die hierin bestaat dat fabrikanten en importeurs van tabaksfabrikaten de detailhandelaars van een Lid-Staat kunnen dwingen de door hen vastgestelde verkoopprijzen aan de verbruikers te eerbiedigen;

25 dat in het tweede onderdeel van deze vraag eerst wordt gevraagd of het invoeren of behouden van een dergelijke bepaling verboden is, zelfs wanneer zij een algemene draagwijdte heeft, in die zin dat zij om het even welke fabrikanten en importeurs bedoelt, dus ook degenen die geen machtspositie hebben of die geen misbruik ervan maken, en a fortiori wanneer haar doelstellingen, voorwerp of uitwerking geenszins hierin bestaan een misbruik van machtspositie in de hand te werken;

26 dat vervolgens wordt gevraagd of de in het eerste onderdeel genoemde verdragsbepalingen dan niet in die zin moeten worden geïnterpreteerd, dat het invoeren of het behouden van zodanige nationale wettelijke bepaling geenszins verboden is, maar dat zo een bepaling louter geen weerslag kan hebben op het toepassingsgebied van artikel 86 EEG-Verdrag, in die zin dat een misbruik van machtspositie ongeoorloofd blijft zelfs indien het door deze wetsbepaling in specie in de hand werd gewerkt;

27 dat het geraden voorkomt de verschillende onderdelen van deze vraag tezamen te behandelen;

28 Overwegende dat het door het Verdrag beoogde stelsel van de ene markt enerzijds elke nationale regeling uitsluit die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel belemmert;

29 dat anderzijds de in artikel 3, sub f, vermelde doelstelling wordt uitgewerkt in verscheidene verdragsbepalingen betreffende de mededingingsregels, onder

meer in artikel 86, waarin wordt verklaard dat het onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie;

30 Overwegende dat de Lid-Staten ingevolge artikel 5, tweede alinea, EEG-Verdrag zich hebben te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen;

31 dat mitsdien, ofschoon artikel 86 zich tot de ondernemingen richt, het Verdrag toch ook de Lid-Staten de verplichting oplegt geen maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepaling haar nuttig effect kunnen ontnemen;

32 dat in die zin artikel 90 bepaalt dat de Lid-Staten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen maatregelen nemen of handhaven welke met name in strijd zijn met de regels bedoeld in de artikelen 85 tot en met 94;

33 dat de Lid-Staten insgelijks geen maatregelen mogen nemen waardoor de particuliere ondernemingen zich aan de dwingende bepalingen van de artikelen 85 tot en met 94 kunnen onttrekken;

34 dat in alle geval artikel 86 het misbruik maken van een machtspositie door een of meer ondernemingen verbiedt, zelfs al zou een dergelijk misbruik door een nationale wettelijke bepaling in de hand worden gewerkt;

35 dat hoe dan ook een nationale maatregel die het misbruik van een machtspositie waardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed, vergemakkelijkt, normalerwijze in strijd zal zijn met de artikelen 30 en 34, die kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen alsmede maatregelen van gelijke werking verbieden;

36 Overwegende dat de nationale rechter heeft te beoordelen of een stelsel van vaste detailhandelsprijzen verenigbaar is met het Verdrag, zulks mede gelet op alle toepassingsvoorwaarden van de aangehaalde bepalingen van gemeenschapsrecht;

37 dat het Hof van Cassatie ten deze enerzijds heeft overwogen dat misbruik van machtspositie kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de fabrikanten en importeurs van tabaksfabrikaten de detailhandelaars van een Lid-Staat kunnen verplichten de door hen vastgestelde verkoopprijzen aan de verbruikers te eerbiedigen, en anderzijds, dat de maatregel, waarvan wordt aangenomen dat zij mogelijkerwijze inbreuk maakt op artikel 86 juncto artikel 5, tweede alinea, een bepaling is die dwingt tot eerbiediging van die prijzen bij de verkoop aan de verbruikers;

38 dat de nationale rechter bij zijn onderzoek of het invoeren of handhaven van een dergelijke maatregel verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, tevens heeft na te gaan of — mede gelet op de belemmeringen voor het handelsverkeer in tabaksfabrikaten tussen de Lid-Staten, die uit de aard van het betrokken fiscale stelsel kunnen voortvloeien — deze maatregel als zodanig een ongunstige invloed kan uitoefenen op dat handelsverkeer, hetgeen een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van de verbodsbepalingen van artikel 86;

De tweede vraag

39 Overwegende dat het Hof van Cassatie vervolgens vraagt of men te doen heeft met „ondernemingen waaraan de staat bijzondere of uitsluitende rechten verleent" in de zin van artikel 90 EEG-Verdrag, wanneer de staat de fabrikanten en importeurs van sommige produkten — in tegenstelling tot de fabrikanten en importeurs van andere produkten — bij wetsbepaling indirect de mogelijkheid geeft de verkoopprijs aan de verbruiker zelf vast te stellen, en zo ja, of het handhaven van zulke bijzondere of uitsluitende rechten strijdig is met de artikelen 7 en 85 tot en met 94 van het Verdrag;

40 Overwegende dat men dient te bedenken dat in het betrokken fiscale stelsel de fabrikant of importeur vrijelijk een detailhandelsprijs voor zijn produkten kan vaststellen die lager is dan de verkoopprijs van gelijksoortige concurrerende produkten van gelijke kwaliteit en met dezelfde kenmerken;

41 dat waar deze mogelijkheid openstaat voor eenieder — ook voor een detailhandelaar — die zich als fabrikant of importeur van tabaksfabrikaten vestigt, en dus voor een onbepaalde groep van ondernemingen, het twijfelachtig lijkt of deze wel als houders van „bijzondere", laat staan van „uitsluitende" rechten kunnen worden aangemerkt;

42 dat evenwel, gezien de motivering van het antwoord op de eerste vraag — in die zin dat artikel 90 hoe dan ook slechts een verbijzondering is van bepaalde, voor de Lid-Staten bindende algemene beginselen —, een antwoord op de tweede vraag achterwege kan blijven;

De derde vraag

43 Overwegende dat de derde vraag, die in drie onderdelen uiteenvalt, er vooreerst toe strekt te vernemen of de artikelen 30, 31 en 32 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking uitmaakt een regeling van een Lid-Staat waardoor, voor de verkoop van tabaksfabrikaten aan verbruiker, een vaste prijs wordt opgelegd die op de fiscale bandjes wordt vermeld, en die, naargelang van het geval, wordt bepaald zowel door de fabrikanten van die produkten die in die Staat zijn gevestigd, als door de importeurs van diezelfde produkten in het bijzonder vanuit andere Lid-Staten;

44 dat vervolgens wordt gevraagd of een dergelijke regeling alleen zodanige maatregel uitmaakt wanneer in feite vaststaat dat zij de intracommunautaire handel rechtstreeks of zijdelings, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, hetgeen door de nationale rechter in specie dient te worden vastgesteld;

45 dat ten slotte wordt gevraagd of het anders is wanneer de Lid-Staat aan de producenten en importeurs zou toestaan na een aangifte van prijsverhoging en met inachtneming van een bepaalde wachttijd, de prijzen, ook de detailhandelsprijzen, vrij vast te stellen maar die prijzen publiceert en aan de hand van voormelde maatregel de naleving ervan oplegt;

46 Overwegende dat artikel 30 van het Verdrag in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten elke maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking verbiedt;

47 dat het voor dit verbod voldoende is dat de betrokken maatregelen al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel de importen tussen Lid-Staten kunnen belemmeren;

48 Overwegende dat volgens richtlijn nr. 70/50 van de Commissie van 22 december 1969 (PB L 13 van 1970, blz. 29) als maatregelen van gelijke werking

als een kwantitatieve invoerbeperking zijn te beschouwen „maatregelen, andere dan die welke zonder onderscheid op nationale en op ingevoerde produkten van toepassing zijn, die een belemmering vormen voor de invoer die mogelijk zou zijn indien deze maatregelen niet bestonden, met inbegrip van de maatregelen die de invoer moeilijker of duurder maken dan de afzet van de nationale produktie";

49 dat evenwel tot de in de richtlijn bedoelde maatregelen van gelijke werking niet behoren maatregelen die wegens deze werking een beletsel vormen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten, maar die onder hun eigen benaming reeds in het Verdrag worden genoemd — met name als fiscale maatregelen — of die op zichzelf zijn toegestaan als uitdrukking of middel tot uitdrukking van aan de Lid-Staten verbleven bevoegdheden;

50 dat artikel 99 van het Verdrag het oog heeft op de belemmeringen die uitvloeisel zijn van indirecte belastingen, en, in samenhang met artikel 100 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen, de Commissie de verplichting oplegt te onderzoeken op welke wijze de nationale wettelijke regelingen ter zake in het belang van de gemeenschappelijke markt kunnen worden geharmoniseerd;

51 dat de Raad op basis van de voornoemde artikelen richtlijn nr. 72/464 — die het voorwerp vormt van de vierde vraag — heeft vastgesteld, juist omdat hij het in het belang van de gemeenschappelijke markt achtte de regels betreffende de belasting op het verbruik van tabaksfabrikaten te harmoniseren ten einde de nationale stelsels geleidelijk te zuiveren van elementen die het vrije verkeer kunnen belemmeren en de mededingingsvoorwaarden kunnen vervalsen;

52 dat een zonder onderscheid voor nationale en geïmporteerde produkten geldende maximumprijs weliswaar op zichzelf geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormt, doch een dergelijke werking wel kan krijgen bij vaststelling op een zodanig peil dat de afzet van geïmporteerde produkten hetzij onmogelijk, hetzij moeilijker wordt dan die van nationale produkten;

53 dat daarentegen een door de fabrikant, respectievelijk de importeur vrij gekozen prijsregeling, die vervolgens krachtens een nationale wettelijke maatregel wordt omgezet in een stelsel van verplichte verbruikersprijzen en waarbij geen

enkel onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en geïmporteerde produkten, normalerwijze uitsluitend gevolgen heeft voor het binnenland;

54 dat het evenwel niet uitgesloten is dat een dergelijke regeling in bepaalde gevallen een ongunstige invloed kan hebben op het intracommunautaire handelsverkeer;

55 dat, zoals reeds is opgemerkt, de in- en uitvoer van tabaksfabrikaten onderworpen is aan belemmeringen die inherent zijn aan de verschillende, door de Lid-Staten toegepaste fiscale controlemethoden ter verzekering van de ontvangst der op die produkten geheven belastingen;

56 dat derhalve de nationale rechter bij de vraag of een nationale regeling waarbij voor de verkoop van tabaksfabrikaten aan de verbruiker een vaste, door de fabrikant of importeur vrij gekozen prijs wordt opgelegd, eventueel een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking is, dient na te gaan of — mede gelet op de belemmeringen van fiscale aard die de sector van de betrokken produkten ongunstig beïnvloeden — een dergelijk stelsel van verplichte prijzen op zichzelf de importen tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren;

De vierde vraag

57 Overwegende dat deze vraag er in de eerste plaats toe strekt te vernemen of artikel 5 van richtlijn nr. 72/464 van de Raad rechtstreekse werking heeft, zodat de particulieren zich voor de nationale rechtscolleges daarop kunnen beroepen, en in de tweede plaats, of het de Lid-Staten verboden is een wettelijke maatregel in te voeren of te behouden waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen, voor de verkoop aan de verbruiker een op het fiscale bandje vermelde verkoopprijs wordt opgelegd, in die zin dat het artikel noch tegen een hogere noch tegen een lagere prijs mag worden verkocht;

58 dat eerst het tweede onderdeel van deze vraag moet worden besproken, aangezien bij een ontkennend antwoord hierop het eerste onderdeel geen beantwoording behoeft;

59 Overwegende dat richtlijn nr. 72/464, evenals de richtlijnen van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de omzetbelasting (PB 1967, blz. 1301 en

1303) gebaseerd op de artikelen 99 en 100 EEG-Verdrag, de grondregels bevat voor een eerste harmonisatie-etappe van de accijns op tabaksfabrikaten;

60 dat de Raad in de considerans van de richtlijn als beginsel vooropstelt dat de verwezenlijking van een economische unie waarin gezonde mededinging bestaat en waarvan de kenmerken analoog zijn aan die van een binnenlandse markt, met betrekking tot de sector tabaksfabrikaten veronderstelt dat de in de Lid-Staten op het verbruik van produkten van deze sector geheven belasting zodanig wordt toegepast, dat de mededingingsvoorwaarden niet worden vervalst en het vrije verkeer van deze produkten binnen de Gemeenschap niet wordt belemmerd;

61 dat volgens artikel 1 van de richtlijn de structuur van de accijns op tabaksfabrikaten in etappes zal worden geharmoniseerd, terwijl volgens artikel 4 de accijns moet zijn opgebouwd uit een evenredig en een specifiek element;

62 dat artikel 5, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„De fabrikanten en importeurs stellen vrijelijk de maximum kleinhandelsverkoopprijzen van hun produkten vast. Deze bepaling mag echter geen beletsel vormen voor de toepassing van de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake prijzencontrole of de inachtneming van de vastgestelde prijzen.";

63 Overwegende dat de Raad, van oordeel dat de eisen inzake de mededinging een vrije prijsvorming voor alle groepen van tabaksfabrikaten verlangen, in artikel 5, lid 1, van de richtlijn heeft bepaald dat de fabrikanten en importeurs vrijelijk de maximum kleinhandelsverkoopprijzen van hun produkten kunnen vaststellen;

64 dat de tweede volzin van lid 1 van artikel 5, in zijn verband gelezen, niet kan worden uitgelegd als een verbod aan de Lid-Staten om een wettelijke maatregel in te voeren of te behouden, waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen voor de verkoop aan de verbruiker een op het fiscale bandje vermelde verkoopprijs wordt opgelegd, mits slechts die prijs vrijelijk door de fabrikant of importeur is vastgesteld;

65 Overwegende dat, gezien het antwoord dat op het tweede onderdeel van de vierde vraag is gegeven, het eerste onderdeel van deze vraag geen beantwoording behoeft;

Ten aanzien van de kosten

66 Overwegende dat de kosten door de regering van het Koninkrijk België, de regering van het Groothertogdom Luxemburg, de regering van het Koninkrijk der Nederlanden, de regering van de Italiaanse Republiek, de Raad en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening hunner opmerkingen bij het Hof gemaakt, niet voor vergoeding in aanmerking kunnen komen;

67 dat de procedure ten aanzien van partijen in het hoofdgeding als een aldaar gerezen incident is te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

Uitspraak doende op de door het Belgische Hof van Cassatie bij zijn arrest van 7 januari 1977 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1. **Artikel 86 EEG-Verdrag verbiedt het misbruik maken van een machtspositie door een of meer ondernemingen, zelfs al zou een dergelijk misbruik door een nationale wettelijke bepaling in de hand worden gewerkt.**

2. **Bij het onderzoek of het invoeren of handhaven van een nationale maatregel die bij de verkoop van tabaksfabrikaten aan de verbruiker de eerbiediging van de door de fabrikant of importeur vastgestelde prijzen oplegt, verenigbaar is met artikel 86 junctis de artikelen 3, sub f, en 5, tweede alinea, EEG-Verdrag, moet worden nagegaan of — mede gelet op de handelsbelemmeringen die kunnen voortvloeien uit de aard van het fiscale stelsel waaraan die produkten zijn onderworpen — de handel tussen Lid-Staten, behalve dat er sprake is van misbruik van een machtspositie zoals die door zodanig stelsel in de hand zou kunnen worden gewerkt, daardoor tevens ongunstig kan worden beïnvloed.**

3. **Een nationale regeling waardoor, voor ingevoerde en in het binnenland geproduceerde tabaksfabrikaten, voor de verkoop aan de verbruiker een vaste, door de fabrikant of importeur vrij gekozen prijs wordt opgelegd, vormt slechts een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking**

wanneer — mede gelet op de belemmeringen die inherent zijn aan de verschillende, door de Lid-Staten toegepaste controlemethoden, inzonderheid ter verzekering van de ontvangst van de op die produkten geheven belastingen — een zodanig stelsel van vaste prijzen de import tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren.

4. **Artikel 5 van richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten verbiedt de Lid-Staten niet een wettelijke maatregel in te voeren of te behouden waardoor, voor ingevoerde of in het binnenland geproduceerde tabaksartikelen, voor de verkoop aan de verbruiker de op het fiscale bandje vermelde prijs wordt opgelegd, mits slechts die prijs vrijelijk door de fabrikant of importeur is vastgesteld.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op zestien november negentienhonderdzevenenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 21 SEPTEMBER 1977 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

In dit prejudicieel geding, aanhangig gemaakt door het Belgische Hof van Cassatie, gaat het om de uitlegging van de artikelen 3 f), 5, lid 2, 86, 90, 30, 31 en 32 van het EEG-Verdrag en enkele bepalingen van 's Raads op 1 juli 1973 in werking getreden richtlijn nr. 72/464 (PB

1 — Vertaald uit het Duits.