CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 22 januari 1998 *

1. De essentiële vraag die in deze zaak door het Østre Landsret aan het Hof is voorgelegd, is deze, of een in een omhulsel van poreuze cellulose gewikkeld tabaksrolletje, waarvan de gebruiker een sigaret maakt door het in een apart verkochte huls van sigarettenpapier te schuiven, met het oog op de doelstellingen van de gemeenschapsvoorschriften inzake accijnzen, als een sigaret moet worden gekwalificeerd dan wel als rooktabak.

De toepasselijke communautaire en nationale regelingen

2. Bij richtlijn 72/464/EEG van de Raad [1] (hierna: „Eerste richtlijn") werden algemene structurele beginselen vastgesteld voor de harmonisatie van de belastingen op tabaksfabrikaten. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn definieerde tabaksfabrikaten als volgt:

„a) sigaretten,

b) sigaren en cigarillo's,

c) rooktabak,

d) snuif,

e) pruimtabak".

3. Richtlijn 79/32/EEG van de Raad [2] (hierna: „Tweede richtlijn" of „richtlijn") definieerde de verschillende soorten tabaksfabrikaten. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn luidde ten tijde van de feiten van het hoofdgeding als volgt:

„Als sigaretten worden beschouwd tabaksrolletjes die geschikt zijn om als zodanig te worden gerookt en die geen sigaren of cigarillo's in de zin van artikel 2 zijn."

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Richtlijn van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB L 303, blz. 1).

2 — Tweede richtlijn van 18 december 1978 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB 1979, L 10, blz. 8).

4. Rooktabak werd in artikel 4, sub 1, als volgt gedefinieerd:

„gesneden of op andere wijze versnipperde, gesponnen of tot flakes geperste tabak die geschikt is om zonder verdere industriële verwerking te worden gerookt".

5. De Eerste en de Tweede richtlijn werden gewijzigd bij richtlijn 92/78/EEG van de Raad. [3] Bij artikel 2, sub 3, hiervan werd artikel 3, lid 1, van de Tweede richtlijn vervangen door de volgende bepaling:

„1. Als sigaretten worden beschouwd:

a) tabaksrolletjes die geschikt zijn om als zodanig te worden gerookt en die geen sigaren of cigarillo's in de zin van artikel 2 zijn;

b) tabaksrolletjes die door middel van een eenvoudige niet-industriële handeling in een huls van sigarettenpapier worden geschoven;

c) tabaksrolletjes die door middel van een eenvoudige niet-industriële handeling met sigarettenpapier worden omhuld."

6. Nadien zijn de Eerste en de Tweede richtlijn — die nog enige malen zijn gewijzigd, maar die wijzigingen zijn voor de onderhavige zaak niet van belang — samengevoegd tot één richtlijn, te weten richtlijn 95/59/EG van de Raad. [4]

7. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding gold in Denemarken de Lov om tobaksafgifter nr. 614 van 1988 (wet inzake tabaksaccijnzen), zoals gewijzigd bij wet nr. 825 van 19 december 1989. Artikel 1 van de wet bepaalde de belastingtarieven voor sigaretten, sigarettenpapier, rooktabak, pruimtabak en snuif. De accijns voor sigaretten was 60,68 øre per stuk, vermeerderd met 21,22 % van de op de verpakking vermelde consumentenprijs. Onderscheid werd gemaakt tussen rooktabak van fijne snede en van grove snede, waarbij de eerste aanzienlijk zwaarder werd belast met 531,00 DKR per kg. Sigarettenpapier was belast met 2 øre per stuk. Ofschoon de wet zelf geen definities van de verschillende tabaksproducten gaf, werd de minister van de Schatkist in artikel 33 gemachtigd de noodzakelijke bepalingen ter uitvoering van de wet vast te stellen, waaronder de definities van tabaksproducten overeenkomstig het gemeenschapsrecht. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding waren krachtens dit artikel nog geen defini-

3 — Richtlijn van 19 oktober 1992 tot wijziging van de richtlijnen 72/464/EEG en 79/32/EEG betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB L 316, blz. 5).

4 — Richtlijn van 27 november 1995 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB L 291, blz. 40).

ties vastgesteld. Partijen in het hoofdgeding zijn het er echter over eens, dat de definities van tabaksproducten in de Tweede richtlijn rechtstreeks van toepassing zijn in het Deense recht.

De feiten en de vragen van de nationale rechter

8. Verzoekster in het hoofdgeding, Brinkmann Tabakfabriken GmbH (hierna: „Brinkmann"), is een Duitse vennootschap die tabaksproducten fabriceert en verkoopt. In 1988 verkreeg zij een exclusieve licentie voor de vervaardiging en de verkoop in Denemarken en andere landen van een tabaksproduct genaamd „Westpoint". Dit product bestaat uit een pakje dat 25 g rooktabak van fijne snede bevat, die is opgedeeld in 30 industrieel vervaardigde tabaksrolletjes met een poreus omhulsel van cellulose. Elk tabaksrolletje is 68,6 mm lang en bestaat uit ongeveer 833 mg tabak van fijne snede. Om gerookt te kunnen worden, volstaat het niet de tabaksrolletjes alleen maar aan te steken, doch moeten zij eerst met sigarettenpapier worden omhuld. Brinkmann verkoopt apart speciaal ontworpen hulzen van sigarettenpapier waarin de Westpoint-tabaksrolletjes kunnen worden geschoven. De tabaksrolletjes kunnen ook in gewoon sigarettenpapier worden gerold.

9. In april 1989 verkreeg Brinkmann's Deense importeur een beslissing van een Deens regionaal belastingkantoor, volgens welke Westpoint moest worden belast naar het tarief voor rooktabak van fijne snede. Later dat jaar verkreeg een van Brinkmann's concurrenten dezelfde beslissing van een ander belastingkantoor. Die beslissing werd in beroep bekrachtigd door de Told- og Skattestyrelse (directie voor douanerechten en belastingen), doch in aansluitend hoger beroep vernietigd door Momsnævnet, de hoogste Deense administratieve instantie op het gebied van belastingen. Bij uitspraak van 14 mei 1990, bevestigd bij een latere uitspraak van 23 oktober 1990, oordeelde Momsnævnet, dat Westpoint moest worden belast als sigaretten, waarvoor een hoger belastingtarief geldt dan voor rooktabak.

10. Op 2 april 1990, kort voor de uitspraak van 14 mei 1990, lanceerde Brinkmann Westpoint op de Deense markt. Momsnævnet informeerde Brinkmann's Deense importeur vier dagen later, op 6 april 1990, over het bij hem ingestelde hoger beroep. Tijdens de zitting bij Momsnævnet van 1 mei 1990 verzocht Brinkmann, voor het geval dat zij in het ongelijk mocht worden gesteld, om opschorting van de tenuitvoerlegging van de uitspraak, teneinde Brinkmann's schade te beperken voor het geval die uitspraak later onverenigbaar zou blijken te zijn met een beslissing van het Hof van Justitie. Momsnævnet weigerde dit verzoek bij uitspraak van 14 mei 1990, bekrachtigd bij uitspraak van 23 oktober 1990 na herhaald verzoek in een volgende zitting.

11. Bij dagvaarding van 8 januari 1991 stelde Brinkmann beroep in bij de verwijzende rechter, vorderende dat het Deense Ministerie voor de Schatkist zou worden gelast Westpoint als rooktabak te kwalificeren. Bovendien vorderde zij schadevergoeding voor alle verliezen die zij had geleden, omdat zij gedwongen was Westpoint uit de Deense markt terug te trekken op grond van het gecombineerde effect van de hogere accijns op de tabaksrolletjes en de accijns die op sigarettenpapier en hulzen moest worden betaald.

12. Tegen deze achtergrond verlangt de nationale rechter een prejudiciële beslissing van dit Hof over de volgende vragen:

„1) Moeten de definities in de Tweede richtlijn (79/32/ EEG) van de Raad van 18 december 1978 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten, zoals deze luidde op 14 mei 1990, aldus worden uitgelegd, dat een product met de volgende kenmerken moet worden ingedeeld in de categorie ‚sigaretten', dan wel aldus, dat het als ‚rooktabak' moet worden aangemerkt:

— het gaat om een pakje met 25 g rooktabak van fijne snede, die is opgedeeld in 30 tabaksrolletjes die industrieel zijn vervaardigd, elk dezelfde grootte en stevigheid hebben en ook overigens gelijk zijn;

— elk tabaksrolletje is 68,6 mm lang en bestaat uit ongeveer 833 mg rooktabak van fijne snede, gewikkeld in een omhulsel van tot een dun plakje geperst cellulose;

— het omhulsel is zo poreus, dat het tabaksrolletje niet geschikt is om als zodanig te worden gerookt, maar eerst moet worden aangebracht in een huls van sigarettenpapier of moet worden voorzien van gewoon sigarettenpapier, wat in beide gevallen zonder een werktuig mogelijk is.

Indien het antwoord op vraag 1 ‚rooktabak' luidt, wordt het Hof de volgende vraag voorgelegd:

2) Heeft een onderneming naar gemeenschapsrecht recht op vergoeding van alle schade die zij lijdt als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht door een lidstaat, welke schending hierin bestaat, dat een instantie die op administratief niveau

het laatste woord heeft over de vraag, tot welke belastinggroep een tabaksproduct behoort, een besluit heeft genomen dat in strijd is met artikel 3, lid 1, van richtlijn 79/32/EEG, en zo ja, onder welke voorwaarden ontstaat aansprakelijkheid?

4) Is het voor het antwoord op vraag 2 van belang, dat de autoriteiten hebben geweigerd om, zoals verzoekster had gevraagd, de tenuitvoerlegging van het besluit van de bevoegde instantie op te schorten teneinde verzoeksters schade te beperken?"

3) a) Is in een lidstaat correct uitvoering gegeven aan de in richtlijn 79/32/EEG gegeven definities van tabaksfabrikaten, indien de minister van de Schatkist bij wet gemachtigd is bepalingen met definities van tabaksproducten vast te stellen in overeenstemming met de door de Europese Gemeenschappen vastgestelde bepalingen, doch van die bevoegdheid geen gebruik heeft gemaakt?

De eerste vraag

13. Brinkmann stelt, dat Westpoint op grond van de oorspronkelijke tekst van de Tweede richtlijn als rooktabak moest worden aangemerkt. Het Deense Ministerie voor de Schatkist, de Finse regering en de Commissie zijn van oordeel, dat Westpoint als sigaret moest worden aangemerkt.

Indien vraag 3 a) ontkennend wordt beantwoord, wordt het Hof de volgende vraag voorgelegd:

14. Ik deel Brinkmann's zienswijze, dat Westpoint als rooktabak moest worden aangemerkt. Deze conclusie vindt steun in de tekst van de richtlijn en is in overeenstemming met haar doelstellingen.

3) b) Is het voor het antwoord op vraag 2 van belang, dat in de lidstaat geen uitvoering is gegeven aan de definities van de tabaksrichtlijn, wanneer de nationale instantie in haar besluit naar die definities heeft verwezen en partijen in de zaak voor de verwijzende rechter het erover eens zijn, dat de in de richtlijn gegeven definities rechtstreeks toepasselijk zijn?

15. Wat de tekst van de richtlijn betreft, het is waar dat de Tweede richtlijn geen specifieke definitie van een product als Westpoint bevat. Nochtans komt het mij voor, dat het product beter beantwoordt aan de definitie van rooktabak. Voor sigaretten geldt een dui-

delijke definitie met drie onderscheidende elementen: a) het moeten tabaksrolletjes zijn, b) geschikt om „als zodanig" te worden gerookt, en c) geen sigaren of cigarillo's zijn. Het staat vast, dat Westpoint aan de tweede voorwaarde niet voldoet.

16. Anderzijds wordt rooktabak gedefinieerd als „tabak die is gesneden of op andere wijze versnipperd, gesponnen of tot flakes geperste tabak die geschikt is om zonder verdere industriële verwerking te worden gerookt". Westpoint bezit deze onderscheidende elementen. Het is gesneden en kan zonder verdere industriële verwerking worden gerookt. Dit geldt ondanks het feit, dat het als aanvullend onderscheidend element een omhulsel heeft van poreuze cellulose, een eigenschap die het nochtans niet onder de definitie van sigaret brengt.

17. Ik ben niet overtuigd door het argument van het Deense ministerie en van de Finse regering, dat de punt van sigaren soms moet worden afgeknipt alvorens zij kunnen worden gerookt en dat zij in zoverre dus evenmin „als zodanig" kunnen worden gerookt. De woorden „als zodanig" houden in, dat het een afgewerkt product moet zijn. Een sigaar is een afgewerkt product, zelfs wanneer de punt moet worden afgeknipt. Er behoeven in dit geval geen twee apart verkochte producten te worden samengevoegd.

18. Deze zienswijze vindt steun in artikel 3, lid 1, van de richtlijn, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/78. Die bepaling noemt drie los van elkaar staande definities van sigaret: „tabaksrolletjes die geschikt zijn om als zodanig te worden gerookt" [punt a)]; „tabaksrolletjes die door middel van een eenvoudige niet-industriële handeling in een huls van sigarettenpapier worden geschoven" [punt b)]; en „tabaksrolletjes die door een eenvoudige niet-industriële handeling met sigarettenpapier worden omhuld" [punt c)]. Deze formulering is onverenigbaar met de opvatting, dat richtlijn 92/78 enkel een verduidelijking en niet een uitbreiding van de definitie van sigaret bevat. Punt a), de oorspronkelijke bepaling, is niet gewijzigd. Westpoint is niet volgens die bepaling als sigaret aangemerkt, maar op grond van de nieuwe, op zichzelf staande definities van de punten b) en c).

19. De overgangsbepaling van artikel 3, lid 1, die Duitsland toestaat de in punt b) bedoelde tabaksrolletjes als rooktabak van fijne snede te blijven belasten, draagt er voorts toe bij, steun te verlenen aan de opvatting dat Westpoint buiten de oorspronkelijke definitie viel. Op zijn minst blijkt eruit, dat de Raad ervan uitging, dat de oorspronkelijke bepaling voldoende ruimte voor die interpretatie liet om te rechtvaardigen dat een lidstaat waar een aldaar gevestigd fabrikant op grond van die interpretatie investeringen had gedaan, een overgangsmaatregel uitvaardigde.

20. De conclusie, dat Westpoint niet beantwoordde aan de definitie van sigaret in de oorspronkelijke tekst van de richtlijn, vindt bovendien steun in de beslissingen van de

nationale autoriteiten, waarnaar de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking verwijst. Het product blijkt als rooktabak te zijn aangemerkt in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en, na een beroepsprocedure, in Nederland, terwijl ook in Denemarken voor die kwalificatie was gekozen door twee regionale douanekantoren en door de directie voor douanerechten en belastingen; alleen Momsnævnet was een andere mening toegedaan.

21. Wat de doelstellingen van de wettelijke regeling betreft, geloof ik niet, dat deze van doorslaggevende betekenis zijn. Zoals het Deense ministerie staande houdt, beoogt die regeling concurrentievervalsingen te voorkomen tussen de verschillende categorieën tabaksfabrikaten die tot een zelfde groep behoren: zie de vijfde overweging van de considerans van de Eerste richtlijn. Enige indicaties over de gedachten achter de richtlijn kunnen worden ontleend aan de toelichting van de Commissie bij haar voorstel voor een Tweede richtlijn, aangehaald in de opmerkingen van het Deense ministerie. De Commissie was van oordeel, dat de samenvoeging van alle rooktabak in een enkele categorie gerechtvaardigd werd door het feit dat, volgens de Commissie, al die tabak, zelfs rooktabak van fijne snede, in een pijp kon worden gerookt. Nochtans was de Commissie bezorgd, dat het tot concurrentievervalsing zou kunnen komen tussen rooktabak van fijne snede en sigaretten, omdat rooktabak van fijne snede ook door consumenten kon worden gebruikt om hun eigen sigaretten te rollen. Zij nam zich voor, deze aangelegenheid in het oog te houden. Nadien bracht artikel 1, lid 2, van richtlijn 92/78 wijziging in de categorieën tabaksfabrikaten genoemd in artikel 3 van de Eerste richtlijn, door te onderscheiden tussen „tabak van fijne snede voor het rollen van sigaretten" en „andere rooktabak". De eerste categorie is gedefinieerd in een nieuw artikel 4a van de Tweede richtlijn, ingevoerd bij artikel 2, lid 4, van richtlijn 92/78.

22. Gezien het bovenstaande is het duidelijk, dat het kernprobleem in deze zaak is gelegen in het potentiële risico van concurrentievervalsing, wanneer rooktabak van fijne snede tegen een lager tarief wordt belast dan sigaretten. De twee producten zijn in belangrijke mate concurrerend. Dat is wellicht de reden waarom Denemarken belasting heft op sigarettenpapier zelf en op hulzen van sigarettenpapier zoals Brinkmann verkoopt. Indien een dergelijke belasting werd vastgesteld volgens een passend tarief, zou het vermoedelijk mogelijk zijn het voordeel van het lagere belastingtarief voor tabak van fijne snede voor het maken van sigaretten te elimineren.

23. Het is daarom onvermijdelijk, dat Westpoint potentieel concurreert zowel met afgewerkte sigaretten als met rooktabak van fijne snede (die gebruikt kan worden voor het rollen van sigaretten, zowel met de hand als met gebruikmaking van een van de voor dat doel ontwikkelde en in de handel verkrijgbare apparaatjes). Het is mogelijk, dat Westpointsigaretten, omdat zij ietwat gemakkelijker zijn te maken, aantrekkelijk zijn voor bepaalde gebruikers die normaliter de voorkeur zouden geven aan het gemak van een afgewerkt product en er anders niet voor zouden voelen om ondanks het prijsvoordeel hun eigen sigaretten te rollen. In dit opzicht zou de belasting van Westpoint als rooktabak de potentiële concurrentievervalsing tussen

sigaretten en rooktabak van fijne snede verscherpen. Het is echter onduidelijk, welk gedeelte — eventueel — van de rokers die een voorkeur hebben voor afgewerkte sigaretten, op Westpoint zouden overstappen. In vele maatschappelijke situaties komt het ongelegen dat men zelf zijn sigaret moet maken. Het is bovendien waarschijnlijk, dat het gedoe dat erbij komt kijken, de toch nog vereiste handigheid en het nadeel dat het product in twee aparte doosjes is verpakt, in de praktijk veel rokers zullen afschrikken.

24. Concurrentie met rooktabak van fijne snede lijkt eveneens en wellicht nog meer waarschijnlijk. Sommige rokers rollen hun eigen sigaretten uit andere dan prijsoverwegingen, zoals imago, hetgeen Westpoint onaantrekkelijk zou kunnen maken (ofschoon Westpoint, zoals losse tabak, ook in sigarettenpapier kan worden gewikkeld). Echter, voor die rokers wier voornaamste motief voor het rollen van hun eigen sigaretten is dat dit goedkoper uitkomt, vormt Westpoint waarschijnlijk een aantrekkelijke mogelijkheid (mits de prijs van het product in gunstige verhouding staat tot zelfgerolde sigaretten). Immers, de in het Deense octrooischrift genoemde kenmerkende eigenschappen van Westpoint duiden erop, dat het in de eerste plaats werd ontworpen om te concurreren met rooktabak voor het rollen van sigaretten:

„— Exacte dosering vooraf van de tabak dankzij industrile vervaardiging

— Altijd dezelfde smaak

— Altijd dezelfde rookcondities (rooktijd en trek)

— Dezelfde, vooraf bepaalde hoeveelheid schadelijke stoffen bij gebruik van een bepaalde huls van sigarettenpapier

— Uiterst eenvoudige vervaardiging van een sigaret, die rechtstreeks kan worden vergeleken met een industrieel vervaardigde sigaret

— Geen omhulsel tussen de tabaksrolletjes, dat moet worden weggegooid

— Een gunstiger belastingtarief in vergelijking met industrieel vervaardigde sigaretten."

Het enige voordeel van Westpoint in vergelijking met sigaretten, te weten een lager

belastingtarief, heeft rooktabak van fijne snede eveneens.

25. Terecht wijst de Commissie erop, dat Westpoint's onderscheidende elementen het meer op een industrieel vervaardigde sigaret doen lijken. Wat dat betreft, voldoet het meer aan dezelfde behoeften als een dergelijke sigaret. Nochtans kan worden tegengeworpen, dat Westpoint toch nog de voornaamste onderscheidende eigenschap van een industrieel vervaardigde sigaret mist, te weten dat het als zodanig kan worden gerookt. Indien voor Westpoint een hogere accijns zou gelden en het daardoor dezelfde prijs zou hebben als sigaretten, zouden de bovengenoemde nadelen er vermoedelijk toe leiden, dat een consument van aankoop zou afzien, behoudens wanneer hij een zeer sterke voorkeur zou hebben voor de bijzondere smaak van Westpoint. Het belasten van Westpoint als een sigaret, ofschoon het een zo essentiële eigenschap ontbeert, zou het waarschijnlijk niet-concurrerend maken. Anderzijds zou een belasting van Westpoint als voor rooktabak geldt, het in staat stellen op gelijke fiscale voorwaarden te concurreren met fijn gesneden tabak voor het rollen van sigaretten; alsdan zouden zijn bijzondere voordelen boven een dergelijke tabak enige, maar zeker niet alle, rokers aantrekken die hun eigen sigaretten plegen te rollen. Anders gezegd, een kwalificatie als rooktabak zou, alles in overweging genomen, tot minder concurrentievervalsing leiden.

26. Bijgevolg — en ofschoon de opvatting van de Raad bij gelegenheid van de wijziging van de richtlijn, te weten dat Westpoint in voldoende nauwe concurrentie staat met sigaretten om als zodanig te worden gekwalificeerd, zeker niet onjuist of onredelijk kan worden genoemd — geloof ik niet, dat doorslaggevende argumenten kunnen worden ontleend aan de doelstellingen van de richtlijn voor de uitlegging van de oorspronkelijke bepaling. Om dezelfde redenen brengt de verwijzing van het Deense ministerie naar de door het Hof in het kader van artikel 95 van het Verdrag vastgestelde beginselen ons niet verder. Zoals de Deense regering aanvoert, heeft het Hof in de zaak Commissie/Denemarken [5], onder verwijzing naar het arrest Rewe Zentrale [6], geoordeeld dat voor de bepaling of producten gelijksoortig zijn met het oog op de doelstellingen van het verbod van het eerste lid van artikel 95, moet worden onderzocht „of de producten uit verbruikersoogpunt soortgelijke eigenschappen vertonen en aan dezelfde behoeften voldoen". Zoals al aangevoerd, kan zeker worden staande gehouden, dat op grond van die maatstaf Westpoint dichter staat bij fijngesneden rooktabak dan bij sigaretten, omdat het, evenals die tabak, de voornaamste in de wetgeving gedefinieerde eigenschap van een sigaret ontbeert, te weten dat het als zodanig kan worden gerookt en in dit opzicht ook niet in staat is aan dezelfde behoefte te voldoen als een industrieel geproduceerde sigaret.

27. Ik concludeer daarom, dat volgens de oorspronkelijke tekst van de Tweede richtlijn een product als Westpoint moet worden aangemerkt als rooktabak in de zin van artikel 4, sub 1, van die richtlijn.

5 — Arrest van 4 maart 1986 (106/84, Jurispr. blz. 833).
6 — Arrest van 17 februari 1976 (45/75, Jurispr. blz. 181).

De tweede, de derde en de vierde vraag

28. Met zijn overige vragen, die er zich toe lenen tezamen te worden beantwoord, wenst de nationale rechter te vernemen, onder welke voorwaarden een lidstaat aansprakelijk is voor verliezen die geleden zijn als gevolg van een incorrecte kwalificatie van een product onder de richtlijn (vraag 2); in verband hiermede informeert de nationale rechter, of het relevant is, dat de autoriteiten geweigerd hebben de tenuitvoerlegging van de beslissing op te schorten, zoals door verzoekster verzocht (vraag 4). De nationale rechter wenst ook te vernemen, of de definities van tabaksfabrikaten in de richtlijn behoorlijk zijn omgezet wanneer de minister voor de Schatkist gemachtigd wordt definities van tabaksfabrikaten vast te stellen, doch dit niet heeft gedaan [vraag 3 a)]; wanneer dit niet zo is, wenst de nationale rechter ook te vernemen, of het voor het antwoord op vraag 2 van belang is, dat partijen in het hoofdgeding het erover eens zijn, dat de definities in de richtlijn rechtstreeks van toepassing zijn [vraag 3 b)].

29. In dit opzicht bevat het arrest van het Hof in de zaak Denkavit e. a.[7] een nuttig exposé van de relevante beginselen:

„Volgens vaste rechtspraak is het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat voor schade die aan particulieren wordt berokkend door aan hem toerekenbare schendingen van het gemeenschapsrecht, inherent aan het systeem van het Verdrag (zie met name arresten van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 31, en 8 oktober 1996, Dillenkofer e. a., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jurispr. blz. I-4845, punt 20).

In die arresten was het Hof, gelet op de omstandigheden van de zaak, van oordeel dat het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding toekent wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, en ten slotte dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade (arresten Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 51, en Dillenkofer e. a., reeds aangehaald, punten 21 en 23). Het Hof heeft met name vastgesteld, dat deze voorwaarden van toepassing zijn wanneer een lidstaat een gemeenschapsrichtlijn op onjuiste wijze in zijn nationale recht omzet (arrest van 26 maart 1996, British Telecommunications, C-392/93, Jurispr. blz. I-1631, punt 40).

In beginsel staat het weliswaar aan de nationale rechter om na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van een staat ten gevolge van schending van het gemeenschapsrecht, doch zij vastgesteld, dat het Hof in casu over alle elementen beschikt die nodig zijn om te beoordelen of

7 — Arrest van 17 oktober 1996 (C-283/94, C-291/94 en C-292/94, Jurispr. blz. I-5063).

de feiten van de onderhavige zaak als een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht moeten worden aangemerkt.

Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort, dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, wanneer een instelling of een lidstaat in de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de aan de uitoefening van zijn bevoegdheden gestelde grenzen kennelijk en ernstig heeft overschreden (arresten Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 55, en Dillenkofer e. a., reeds aangehaald, punt 25). Elementen die in dit verband in de beschouwing kunnen worden betrokken, zijn onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel (arresten Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 56, en British Telecommunications, reeds aangehaald, punt 42)." [8]

30. Alvorens deze beginselen op de onderhavige zaak toe te passen, dient vraag 3 te worden beantwoord. Het moge duidelijk zijn, dat het simpele machtigen van een minister om voorschriften vast te stellen voor de omzetting van een richtlijn, op zichzelf niet een behoorlijke omzetting daarvan vormt. Nochtans is de omstandigheid dat de Deense autoriteiten de definities van de richtlijn toepassen, relevant voor de vraag naar de verantwoordelijkheid van de lidstaat. Wanneer de autoriteiten van een lidstaat de definities van de richtlijn willen toepassen, maar zulks op onjuiste wijze doen, is een daaruit voortvloeiende schade niet het gevolg van de nietomzetting van de definities in ministeriële besluiten, doch van de onjuiste toepassing van de richtlijn door de autoriteiten. Op grond van deze beginselen rijst derhalve de vraag, of Denemarken, gezien de duidelijkheid en de nauwkeurigheid van de relevante bepaling in de richtlijn, de grenzen van haar bevoegdheden kennelijk en ernstig heeft miskend.

31. Naar mijn mening is dit kennelijk niet het geval. Zoals Denemarken en de Commissie beklemtonen, beantwoordt Westpoint niet volledig aan de ene dan wel de andere definitie in de richtlijn — het valt tussen twee stoelen. Daarom ontstond voor de autoriteiten van de lidstaat de noodzaak tussen de twee definities een keuze te maken.

32. Ofschoon ik, alles overwogen hebbende, een voorkeur heb uitgesproken voor Brinkmann's interpretatie van de richtlijn, wordt de opvatting van Denemarken in deze procedure gedeeld door Finland en door de Commissie en blijkt zij ook te zijn overgenomen door een Nederlandse belastinginspecteur. Men kan daarom niet zeggen, dat de keuze absurd was of te kwader trouw is gemaakt. Immers, de opvatting van Denemarken, dat de kwalificatie als sigaret in overeenstemming is met de doelstellingen van de richtlijn, werd kennelijk gedeeld door de Raad bij de wijziging van de richtlijn.

8 — Punten 47-50 van het arrest.

33. Aangezien het onduidelijk was hoe de onderhavige bepalingen moesten worden toegepast op een product als Westpoint, was de schending door Denemarken van deze bepalingen niet voldoende ernstig om het op grond van de hiervóór aangehaalde rechtspraak aansprakelijk te achten. Het is daarom onnodig de andere in die rechtspraak genoemde aansprakelijkheidsvoorwaarden na te gaan.

34. Ten aanzien van vraag 4 geldt, dat het feit dat de autoriteiten hebben geweigerd hun beslissing op te schorten, in het onderhavige geval niet van invloed is op de aansprakelijkheid van Denemarken. Het tegenovergestelde oordeel zou leiden tot een verlamming van de administratieve besluitvorming, aangezien de administratieve autoriteiten in de onmogelijkheid zouden komen te verkeren om hun beslissingen uit te voeren, behoudens in volstrekt duidelijke gevallen, zonder zich bloot te stellen aan mogelijke substantiële schadevergoedingsvorderingen. Wanneer in een geval als het onderhavige een nationale rechter twijfelt aan de uitlegging van een bepaling, kan hij zich tot het Hof wenden en, indien de daarvoor vereiste voorwaarden zijn vervuld, overwegen voorlopige maatregelen te treffen, zoals opschorting van de inning van de hogere accijns, op voorwaarde dat de contribuabele een passende zekerheid stelt.

35. Voorts in aanmerking genomen, dat niet is gesteld dat Denemarken naar Deens recht voor een overeenkomstige schending van het nationale recht tot schadevergoeding gehouden zou zijn, kom ik tot de slotsom, dat Denemarken, op grond van het beginsel dat op gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen niet tot een ongunstiger resultaat mogen leiden dan vorderingen gebaseerd op nationaal recht, niet aansprakelijk is.

Conclusie

Ik ben daarom van oordeel, dat de door het Østre Landsret gestelde vragen dienen te worden beantwoord als volgt:

„1) Een product dat bestaat uit een tabaksrolletje, gewikkeld in een poreus omhulsel van cellulose, dat niet als zodanig gerookt kan worden, doch eerst moet worden geschoven in een huls van sigarettenpapier of met sigarettenpapier moet worden omhuld, moet worden aangemerkt als rooktabak in de zin van artikel 4, sub 1, van richtlijn 79/32/EEG van de Raad in de op 14 mei 1990 toepasselijke versie.

2) Een lidstaat wiens autoriteiten bij de toepassing van de definities van richtlijn 79/32 een dergelijk product ten onrechte hebben aangemerkt als sigaret in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn, is krachtens het gemeenschapsrecht niet verplicht de door dit verkeerde besluit berokkende schade te vergoeden, behoudens wanneer in soortgelijke omstandigheden een dergelijke verplichting zou ontstaan bij schending van het nationale recht."