FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 22 januari 1998 *

1. Den grundläggande fråga som har ställts till domstolen i detta mål av Østre Landsret är huruvida en tobaksrulle som är inlindad i porös cellulosa och som konsumenten omvandlar till en cigarett genom att placera den i ett cigarettpappersrör som saluförts separat, utgör en cigarett eller röktobak enligt gemenskapens bestämmelser om punktskatter.

De relevanta gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelserna

2. I rådets direktiv 72/464/EEG [1] (nedan kallat första direktivet) fastställdes de allmänna strukturella principerna för harmonisering av tobaksskatterna. I artikel 3.1 i direktivet definierades begreppet tobaksprodukter som:

"a) cigaretter

b) cigarrer och cigariller

c) röktobak

d) snus

e) tuggtobak".

3. I rådets direktiv 79/32/EEG [2] (nedan kallat andra direktivet eller direktivet) definierades de olika kategorierna av tobaksprodukter. I artikel 3.1 i direktivet, i den lydelse som var tillämplig när omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inträffade, föreskrevs följande:

"Tobakssträngar[*] som går att röka som de är och som inte är cigarrer eller cigariller enligt definitionen i artikel 2 skall anses vara cigaretter". [* I enlighet med terminologin i direktiv 92/78 används nedan begreppet "tobaksrullar"].

* Originalspråk: engelska.

1 — Rådets direktiv 72/464/EEG av den 19 december 1972 om andra skatter än omsättningsskatter som påverkar förbrukningen av tobaksvaror (EGT L 303, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 22).

2 — Rådets andra direktiv 79/32/EEG av den 18 december 1978 om andra skatter än omsättningsskatter som påverkar förbrukningen av tobaksvaror (EGT L 10 1979, s. 8; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 80).

4. Röktobak definierades i artikel 4.1 enligt följande:

"Tobak som skurits eller på annat sätt strimlats, tvinnats eller pressats till kakor som går att röka utan ytterligare industriell beredning."

5. Första och andra direktivet ändrades genom rådets direktiv 92/78/EEG. [3] Artikel 2.3 i sistnämnda direktiv ersatte artikel 3.1 i andra direktivet med följande bestämmelse:

"1. Följande skall anses som cigaretter:

a) Tobaksrullar som går att röka som de är och som inte är cigarrer eller cigariller enligt definitionen i artikel 2.

b) Tobaksrullar som medelst enkel, icke-industriell hantering kan införas i cigarettpappersrör.

c) Tobaksrullar som medelst enkel, icke-industriell hantering kan rullas in i cigarettpapper."

6. Första och andra direktivet — vilka har varit föremål för ett flertal ändringar som inte är relevanta i förevarande fall — har nyligen konsoliderats i en enda text genom rådets direktiv 95/59/EG. [4]

7. Den gällande danska lagstiftningen när omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inträffade var Lov om tobaksafgifter (lag om tobaksskatt) nr 614 1988, senast ändrad genom lag nr 825 av den 19 december 1989. I § 1 i lagen angavs skattesatserna på cigaretter, cigarettpapper, röktobak, tuggtobak och snus. Cigaretter punktbeskattades med 60,68 öre styck plus 21,22 procent av försäljningspriset för cigarettpaketet. I lagen skildes mellan finskuren och grovskuren röktobak, varav den förstnämnda beskattades avsevärt hårdare med 531,00 DKR per kilo. Cigarettpapper beskattades med 2 öre styck. Lagen i sig innehöll ingen definition av de olika tobaksprodukterna, men i § 33 bemyndigades skatteministern att fastställa de regler som var nödvändiga för att genomföra lagen, däribland bestämmelser om definitioner av tobaksvaror i överensstämmelse med gemenskapsrätten. När omständigheterna i målet vid den nationella domstolen

3 — Rådets direktiv 92/78/EEG av den 19 oktober 1992 om ändring av direktiv 72/464 och 79/32 (EGT L 316, s. 5; svensk specialutgåva, område 9, volym 2, s. 84).

4 — Rådets direktiv 95/59/EG av den 27 november 1995 om andra skatter än omsättningsskatter som påverkar förbrukningen av tobaksvaror (EGT L 291, s. 40).

inträffade hade inga definitioner fastställts enligt nämnda bestämmelse. Det är emellertid ostridigt mellan parterna i målet vid den nationella domstolen att definitionerna av tobaksprodukter i andra direktivet är direkt tillämpliga i dansk rätt.

Fakta i målet och den nationella domstolens frågor

8. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, Brinkmann Tabakfabriken GmbH (nedan kallad Brinkmann), är ett tyskt företag som tillverkar och säljer tobaksvaror. År 1988 förvärvade företaget en exklusiv licensrätt att tillverka och sälja en tobaksprodukt med namnet "Westpoint" i Danmark och i andra länder. Produkten innehåller 25 g finskuren röktobak uppdelad i 30 industriellt framställda tobaksrullar med omslag av porös cellulosa. Varje tobaksrulle är 68,6 mm lång och består av cirka 833 mg finskuren tobak. Tobaksrullarna kan inte rökas enbart genom att tändas utan de måste först lindas in i cigarettpapper. Brinkmann säljer separat speciellt framtagna cigarettpappersrör i vilka Westpoint tobaksrullar kan föras in. Produkten kan även rullas in i vanligt cigarettpapper.

9. I april 1989 erhöll Brinkmanns danska distributör ett beslut från en dansk regional tullkammare som innebar att Westpoint skulle beskattas som finskuren röktobak. Senare samma år erhöll en av Brinkmanns konkurrenter ett identiskt beslut från en annan regional tullkammare. Det beslutet fastställdes efter överklagande till Told-og Skattestyrelsen (tull- och skattestyrelsen), men ändrades efter ytterligare överklagande till Momsnaevnet (momsnämnden), som är Danmarks högsta administrativa beskattningsmyndighet. I beslut av den 14 maj 1990, vilket fastställdes genom beslut av den 23 oktober 1990, fastslog nämnden att Westpoint skulle beskattas som cigaretter, vilka beskattas med en högre skattesats än röktobak.

10. Den 2 april 1990, kort innan beslutet av den 14 maj 1990, lanserade Brinkmann Westpoint på den danska marknaden. Fyra dagar senare, det vill säga den 6 april 1990, underrättades Brinkmanns danska distributör av momsnämnden om att beslutet hade överklagats. Vid förhandlingen inför nämnden den 1 maj 1990 yrkade Brinkmann att nämnden, för det fall dess beslut skulle gå Brinkmann emot, skulle meddela uppskov med verkställigheten av sitt beslut för att begränsa Brinkmanns förluster för det fall beslutet skulle komma att befinnas oförenligt med en dom från domstolen. Brinkmanns begäran avslogs av nämnden i beslut av den 14 maj 1990 och, efter att ärendet behandlats på nytt, avslogs begäran åter av nämnden genom beslut av den 23 oktober 1990.

11. Brinkmann väckte talan vid den hänskjutande domstolen genom ansökan av den 8 januari 1991 och yrkade att det danska skatteministeriet skulle förpliktas att klassificera Westpoint som röktobak. Vidare yrkade Brinkmann att eftersom den sammanlagda effekten av den högre skattesatsen på tobaksrullarna och skatten på cigarettpappret och rören hade medfört att Westpoint hade tvingats bort från den danska marknaden, var Brinkmann berättigat till ersättning för de förluster som därigenom hade uppkommit.

12. Mot bakgrund av dessa omständigheter har den nationella domstolen hänskjutit följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

"1) Skall definitionerna i rådets andra direktiv av den 18 december 1978 om andra skatter än omsättningsskatter som påverkar förbrukningen av tobaksvaror (79/32/EEG), i dess lydelse av den 14 maj 1990, tolkas så, att produkter som uppvisar följande kännetecken skall klassificeras som cigaretter eller som röktobak:

— det rör sig om ett paket innehållande 25 gram 'finskuren' röktobak uppdelad i 30 tobaksrullar som är industriellt framställda och där alla rullar är likadana och av samma storlek och fasthet,

— där tobaksrullarna är 68,6 mm långa och består av cirka 833 mg 'finskuren' röktobak, omgärdad av ett omslag av cellulosa som har pressats till tunna kakor,

— där omslaget är så poröst att tobaksrullen inte kan rökas som den är utan först måste placeras i ett cigarettpappersrör eller rullas in i ett vanligt cigarrettpapper, vilket i båda fallen kan göras utan redskap?

Om svaret på den första frågan är röktobak, anmodas domstolen att svara på följande frågor:

2) Har ett företag enligt gemenskapsrätten rätt till ersättning för varje förlust som företaget drabbas av till följd av en medlemsstats överträdelse av gemenskapsrätten, som består i att en myndighet,

vilken har att fatta det slutgiltiga administrativa beslutet om vilken skatteklass en tobaksprodukt skall hänföras till, har fattat ett beslut som strider mot artikel 3.1 i direktiv 79/32/EEG, och under vilka förutsättningar inträder ansvar?

4) Har det för svaret på fråga 2 någon betydelse att myndigheterna har vägrat förordna om uppskov med verkställigheten av den behöriga myndighetens beslut, vilket har begärts av sökanden i syfte att begränsa sökandens förluster?"

3) a) Har definitionerna av tobaksvaror i direktiv 79/32/EEG genomförts på ett riktigt sätt i en medlemsstat om skatteministern enligt lag har bemyndigats att fastställa bestämmelser om definitioner av tobaksvaror i överensstämmelse med de bestämmelser som fastställs av Europeiska gemenskaperna, men när inga rättsregler har utfärdats med stöd av denna lag?

Den första frågan

13. Brinkmann gör gällande att Westpoint skulle ha klassificeras som röktobak enligt den ursprungliga lydelsen av andra direktivet. Det danska skatteministeriet, den finska regeringen och kommissionen anser att den var att klassificera som en cigarett.

För det fall fråga 3 a besvaras nekande anmodas domstolen att besvara följande fråga:

14. Jag delar Brinkmanns åsikt att Westpoint skulle klassificeras som röktobak. Denna slutsats finner stöd i direktivets ordalydelse och överensstämmer med dess syften.

3) b) Har det för svaret på fråga 2 någon betydelse att definitionerna i tobaksdirektivet inte var genomförda i medlemsstaten, då den administrativa nationella myndigheten i sitt beslut har hänvisat till definitionerna och att parterna i målet vid den nationella domstolen är ense om att definitionerna i direktivet är omedelbart tillämpliga?

15. När det gäller direktivets ordalydelse är det riktigt att det inte ges någon specifik definition av en produkt som Westpoint i andra direktivet. Inte desto mindre förefaller det mig som om denna produkt bäst

överensstämmer med definitionen av röktobak. Definitionen av cigaretter är exakt och kan delas in i tre led: a) tobaksrullar som b) går att röka "som de är" och c) som inte är cigarrer eller cigariller. Det är ostridigt att Westpoint inte uppfyller det andra villkoret.

16. Röktobak, å andra sidan, definieras som "[t]obak som skurits eller på annat sätt strimlats, tvinnats eller pressats till kakor som går att röka utan ytterligare industriell beredning". Westpoint besitter dessa egenskaper. Den har skurits och går att röka utan ytterligare industriell beredning. Detta förhållande är oberoende av det faktum att den även är inlindad i porös cellulosa, en egenskap som inte innebär att den omfattas av definitionen av cigaretter.

17. Jag är inte övertygad av det argument som framförts av det danska ministeriet och den finska regeringen att cigarrer ibland måste klippas innan de går att röka och att de därmed inte heller går att röka "som de är". Vad uttrycket "som de är" innebär är att produkten måste vara en slutprodukt. En cigarr är en slutprodukt även om den måste klippas. Den omfattar inte sammansättning av två produkter som sålts separat.

18. Stöd för ovannämnda åsikt ges i artikel 3.1 i direktivet, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 92/78. I denna bestämmelse anges tre definitioner av en cigarett som sinsemellan är oberoende av varandra: "tobaksrullar som går att röka som de är" (punkt a); "tobaksrullar som medelst enkel, icke-industriell hantering kan införas i cigarettpappersrör" (punkt b); och "tobaksrullar som medelst enkel, icke-industriell hantering kan rullas in i cigarettpapper" (punkt c). Denna formulering är oförenlig med åsikten att direktiv 92/78 endast förtydligade snarare än utvidgade definitionen av en cigarett. Punkt a, den ursprungliga bestämmelsen, kvarstår oförändrad. Westpoint klassificeras inte som cigarett enligt denna bestämmelse utan enligt de nya, fristående definitionerna i punkterna b och c.

19. Dessutom förefaller övergångsbestämmelsen i artikel 3.1, enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland tillåts fortsätta att beskatta sådana tobaksrullar som avses i punkt b som finskuren röktobak, ge stöd för åsikten att Westpoint faller utanför den ursprungliga definitionen. I vart fall visar nämnda bestämmelse att rådet medgav att denna tolkning låg tillräckligt nära den ursprungliga bestämmelsen för att berättiga en övergångsbestämmelse för en medlemsstat när en tillverkare som var etablerad i det landet hade gjort investeringar på grundval av denna tolkning.

20. Slutsatsen att Westpoint inte uppfyller kraven för att omfattas av definitionen av en cigarett enligt direktivet i dess ursprungliga lydelse stöds även av den redogörelse som

lämnats av den nationella domstolen i beslutet om hänskjutande av de nationella myndigheternas beslut. Det framgår av denna redogörelse att produkten hade klassificerats som röktobak i Tyskland, i Förenade kungariket och, efter överklagande, i Nederländerna. Vidare hade den i Danmark klassificerats på samma sätt av två regionala tullkammare och av tull- och skattemyndigheten; endast den danska momsnämnden intog en annan ståndpunkt.

21. Beträffande lagstiftningens syften anser jag inte att de erbjuder någon entydig vägledning. Som framhålls av det danska skatteministeriet syftar lagstiftningen till att förhindra snedvridning av konkurrensen mellan de olika kategorier av tobak som tillhör samma grupp, se femte övervägandet i ingressen till första direktivet. Viss vägledning avseende avsikten med direktivet kan erhållas från den motivering som följde med kommissionens förslag till det andra direktivet och som har nämnts i det danska ministeriets yttrande. Kommissionen ansåg att placeringen av all röktobak i en enda grupp berättigades av att all sådan tobak, även finskuren tobak, gick att röka i pipa. Kommissionen befarade dock att konkurrensen skulle kunna snedvridas mellan finskuren röktobak och cigaretter, eftersom finskuren tobak också kunde användas av konsumenter för att rulla sina egna cigaretter. Den föreslog att frågan skulle vidareutredas. Därefter ändrades kategorierna av tobaksprodukter i artikel 3 i första direktivet genom artikel 1.2 i direktiv 92/78 genom att en åtskillnad föreskrevs mellan "finskuren tobak för rullning av cigaretter" och "annan röktobak". Den förstnämnda definieras i en ny artikel 4a i andra direktivet som infördes genom artikel 2.4 i direktiv 92/78.

22. Mot bakgrund av det som anförts ovan står det klart att det grundläggande problemet i förevarande mål är att det föreligger en potentiell risk för en snedvridning av konkurrensen när finskuren röktobak beskattas enligt en lägre skattesats än cigaretter. De två produkterna konkurrerar i en betydande utsträckning med varandra. Kanske är det av denna anledning som Danmark lägger en särskild skatt på cigarettpapper och cigarettpappersrör av det slag som säljs av Brinkmann. Om en sådan skatt fastställdes på en lämplig nivå skulle det förmodligen vara möjligt att upphäva fördelen av den lägre skattesatsen för finskuren röktobak som används för att tillverka cigaretter.

23. Westpoint är därför oundvikligen en potentiell konkurrent till såväl färdiga cigaretter som till finskuren röktobak (som kan användas för att rulla cigaretter, antingen för hand eller genom att använda ett av de redskap som är avsedda för detta syfte och som finns på marknaden). Det är möjligt att den något enklare sammansättningen av Westpoint kan tilltala vissa konsumenter som normalt skulle föredra bekvämligheten hos den färdiga produkten och som inte annars skulle frestas att rulla sina egna cigaretter, trots det förmånligare priset. I sådana fall skulle den potentiella snedvridningen av konkurrensen mellan cigaretter och finskuren röktobaken förvärras om Westpoint beskattades som

röktobak. Det är emellertid oklart hur stor andel, om någon alls, av de rökare som föredrar färdiga cigaretter som skulle kunna lockas av Westpoint. Det skulle i många sociala sammanhang vara obekvämt om produkten måste sammansättas. Vidare förefaller det som om den grad av hantering och fingerfärdighet som fortfarande krävs och nackdelen med att produkten förvaras i två olika askar i praktiken sannolikt ha en betydande avskräckande verkan på många rökare.

— Alltid samma smak.

— Alltid samma rökningsförhållanden (röktid, drag).

— Samma förutbestämda innehåll av skadliga ämnen i förhållande till ett bestämt cigarettpappersrör.

24. Konkurrens med finskuren röktobak förefaller lika, om inte mer, sannolik. För vissa rökare kan rullandet av egna cigaretter vara motiverat av faktorer som saknar samband med priset, exempelvis framtoning, och som skulle göra Westpoint ointressant (trots att Westpoint, i likhet med lös tobak, också kan lindas in i cigarettpapper). För rökare vars främsta motiv för att rulla sina egna cigaretter är att det är billigare är däremot Westpoint sannolikt ett lockande alternativ (förutsatt att produktens pris är förmånligare än egenhändigt rullade cigaretter). I själva verket tycks de egenskaper som anges i det danska patentet antyda att Westpoint var avsedd att konkurrera huvudsakligen med röktobak för rullcigaretter:

— Extremt enkel framställning av en cigarett, som direkt kan jämföras med en industriellt framställd cigarett.

— Ingen tobakscylinderssvepning som måste kastas bort.

"— Exakt tobaksdosering på förhand genom industriell framställning.

— Lägre beskattning än för industriellt framställda cigaretter."

Westpoints enda fördel i jämförelse med cigaretter, det vill säga en lägre beskattningstaxa, gäller även finskuren röktobak.

25. Det är riktigt, som kommissionen har påpekat, att Westpoints egenskaper är av ett sådant slag att Westpoint mer liknar en industriellt framställd cigarett. Sedd ur den aspekten uppfyller den snarare samma behov som en cigarett. Mot detta kan emellertid invändas att Westpoint alltjämt saknar en industriellt framställd cigaretts mest utmärkande drag, nämligen att kunna rökas som den är. Om Westpoint genom att åläggas en högre skatt skulle betinga samma pris som cigaretter så skulle dessa nackdelar sannolikt, såvida inte en konsument hade en mycket stark förkärlek för Westpoints specifika smak, förmodligen avstyra konsumenten från att köpa Westpoint. Att beskatta Westpoint som en cigarett trots att den inte uppfyller vissa grundläggande krav skulle sannolikt medföra att den inte var konkurrenskraftig. Att beskatta produkten som finskuren röktobak skulle däremot innebära att den kunde konkurrera på skattemässigt lika villkor som finskuren tobak för rullcigaretter, varvid dess speciella fördelar jämfört med sådan tobak skulle locka en del men definitivt inte alla rökare som av vana har rullat sina egna cigaretter. Med andra ord, om Westpoint klassificerades som röktobak skulle detta vid en jämförelse medföra att konkurrensen snedvrids i mindre utsträckning.

26. Även om den ståndpunkt som rådet intog när det ändrade direktivet, det vill säga att Westpoint ur konkurrenssynpunkt stod tillräckligt nära cigaretter för att klassificeras som sådana, visserligen inte kan sägas vara felaktig eller orimlig, tror jag således inte att något avgörande stöd kan hämtas från direktivets syften för att tolka den ursprungliga bestämmelsen. Av liknande skäl är inte heller det danska ministeriets hänvisning till de principer som domstolen fastslagit beträffande artikel 95 i EG-fördraget mer vägledande. Som den danska regeringen själv har anfört fastslog domstolen i målet kommissionen mot Danmark, [5] med hänvisning till målet Rewe Zentrale, [6] att för att bestämma om varor är likvärdiga i den betydelse som avses med förbudet i artikel 95 första stycket måste det beaktas om "varorna har liknande egenskaper och svarar mot samma behov hos konsumenterna". Som redan har påpekats kan det i vart fall hävdas att Westpoint enligt detta test ligger närmare finskuren röktobak än cigaretter, eftersom den i likhet med sådan tobak saknar cigaretters mest framträdande egenskap såsom denna fastlagts i lagstiftningen, nämligen att kunna rökas som den är, och i detta avseende inte kan fylla samma behov som en industriellt framställd cigarett.

27. Jag anser därför att enligt den ursprungliga lydelsen av andra direktivet skulle en produkt som Westpoint klassificeras som röktobak i den mening som avsågs i artikel 4.1 i direktivet.

5 — Dom av den 4 mars 1986 i mål 106/84 (REG 1986, s. 833; svensk specialutgåva, volym 8).

6 — Dom av den 17 februari 1976 i mål 45/75 (REG 1976, s. 181; svensk specialutgåva, volym 3, s. 25).

Den andra, den tredje och den fjärde frågan

28. Genom de övriga frågorna, vilka lämpligen besvaras i ett sammanhang, vill den nationella domstolen veta under vilka förutsättningar en medlemsstat är skyldig att ersätta skada som uppkommit till följd av felaktig klassificering av en produkt enligt direktivet (den andra frågan). I samband med denna fråga vill den nationella domstolen veta om det är av betydelse att myndigheterna vägrade att förordna om uppskov med verkställigheten av beslutet enligt sökandens begäran (den fjärde frågan). Den nationella domstolen vill även veta om definitionerna av tobaksprodukter i direktivet har genomförts på ett riktigt sätt om skatteministern har bemyndigats att fastställa bestämmelser om definitioner av tobaksprodukter, men inte har utfärdat några sådana bestämmelser (fråga 3 a). Om så inte är fallet vill den nationella domstolen veta om det har någon betydelse för svaret på den andra frågan att parterna i målet är överens om att definitionerna i direktivet är direkt tillämpliga (fråga 3 b).

29. I detta avseende innehåller domstolens dom i målet Denkavit m. fl. [7] en klargörande redogörelse för de relevanta principerna:

"Domstolen har i fast rättspraxis funnit att principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas medlemsstaterna utgör en väsentlig del av fördragets system (se särskilt dom av den 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur och Factortame, C-46/93 och C-48/93, REG 1996, s. I-1029, punkt 31, och av den 8 oktober 1996, Dillenkofer m. fl., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94, REG s. I-4845, punkt 20).

I dessa domar har domstolen med beaktande av omständigheterna i fallet slagit fast att det föreligger en rätt till skadestånd då tre förutsättningar är uppfyllda, nämligen att den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar, och, slutligen, att det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit (se de ovannämnda domarna i målen Brasserie du pêcheur och Factortame, punkt 51, och Dillenkofer m. fl., punkterna 21 och 23). Domstolen har särskilt konstaterat att dessa villkor är tillämpliga när en medlemsstat inte på korrekt sätt har införlivat ett gemenskapsdirektiv med sin nationella rätt (dom av den 26 mars 1996, British Telecommunications, C-392/93, REG s. I-1631, punkt 40).

Även om det i princip ankommer på de nationella myndigheterna att kontrollera om förutsättningarna för statens ansvar på grund av överträdelsen av gemenskapsrätten är uppfyllda, kan det konstateras att domstolen i förevarande mål har tillgång till samtliga de uppgifter som är nödvändiga för att bedöma

7 — Dom av den 17 oktober 1996 i de förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 (REG 1996, s. I-5063).

om de faktiska omständigheterna i målet måste anses som en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten.

Det framgår av domstolens praxis att en överträdelse är tillräckligt klar om en institution eller en medlemsstat vid utövandet av sin normgivningsmakt uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sin befogenhet att företa en skönsmässig bedömning (se de ovannämnda domarna i målen Brasserie du pêcheur och Factortame, punkt 55, och Dillenkofer m. fl., punkt 25). Bland de omständigheter som kan beaktas i detta avseende förekommer särskilt den överträdda regelns grad av klarhet och precision (se de ovannämnda domarna i målen Brasserie du pêcheur och Factortame, punkt 56, och British Telecommunications, punkt 42)." [8]

30. Innan dessa principer tillämpas på förevarande mål bör den tredje frågan besvaras. Det står klart att bemyndigandet av ministern att fastställa genomförandebestämmelser i sig inte innebär ett korrekt genomförande av direktivet. Det faktum att de danska myndigheterna tillämpar definitionerna i direktivet är emellertid av betydelse för frågan om medlemsstatens skadeståndsansvar. Då myndigheterna i en medlemsstat söker tillämpa definitionerna i direktivet, men gör detta på ett felaktigt sätt, är varje förlust som därigenom uppkommer en följd, inte av att definitionerna i direktivet inte har genomförts genom ministeriets bestämmelser, utan av myndigheternas felaktiga tillämpning av direktivet. Mot bakgrund av de ovannämnda principerna uppkommer således frågan huruvida Danmark, med hänsyn till graden av klarhet och precision av de relevanta bestämmelserna i direktivet, uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sin befogenhet.

31. Enligt min mening står det klart att så inte har skett. Som Konungariket Danmark och kommissionen har påpekat motsvarar inte Westpoint exakt någon av definitionerna i direktivet — den faller mellan två stolar. Inte heller ger direktivets syften några klara riktlinjer. Medlemsstaternas myndigheter var därför tvungna att välja mellan de två definitionerna.

32. Även om jag vid en avvägning har valt Brinkmanns tolkning av direktivet, delas Konungariket Danmarks ståndpunkt i förevarande mål av Republiken Finland och kommissionen och förefaller även ha delats av en nederländsk tullinspektör. Det kan inte hävdas att denna ståndpunkt är oförsvarbar eller att den har intagits mot bättre vetande. I själva verket delades uppenbarligen Konungariket Danmarks åsikt, att klassificeringen som cigarett följde av direktivets syften, av rådet då det ändrade direktivet.

8 — Punkt 47—50 i domen.

33. Eftersom det var oklart hur de aktuella bestämmelserna skulle tillämpas på en produkt som Westpoint, kan inte Konungariket Danmarks överträdelse av dessa bestämmelser anses tillräckligt klar för att ge upphov till skadeståndsansvar enligt de ovannämnda domarna. Det är därför inte nödvändigt att undersöka de övriga förutsättningar för ansvar som fastslagits i dessa domar.

34. När det gäller den fjärde frågan saknar det faktum att myndigheten vägrade att förordna om uppskov med verkställigheten av sitt beslut betydelse för frågan om den danska statens skadeståndsansvar i förevarande fall. En motsatt ståndpunkt skulle kunna lamslå administrativt beslutsfattande, eftersom administrativa myndigheter inte skulle kunna genomföra sina beslut annat än i de klaraste fall utan att utsätta sig för möjliga skadeståndsanspråk av betydande omfattning. Om en nationell domstol i ett fall som detta finner tolkningen av en bestämmelse vara oklar, kan den hänskjuta målet till EG-domstolen och, under förutsättning att de relevanta villkoren är uppfyllda, överväga att meddela ett interimistiskt beslut, såsom uppskov med betalning av det högre beloppet under förutsättning att skattebetalaren kan lämna tillräckliga garantier.

35. Eftersom det inte har gjorts gällande att Konungariket Danmark skulle åläggas skadeståndsansvar enligt dansk rätt för en överträdelse av nationell rätt under liknande omständigheter, framgår det slutligen att Konungariket Danmark inte heller skall åläggas ansvar enligt principen om att anspråk som grundas på gemenskapsrätten inte skall behandlas mindre förmånligt än sådana som grundas på nationell rätt.

Förslag till avgörande

36. Jag anser följaktligen att de frågor som har ställts av Østre Landsret skall besvaras enligt följande:

1) En produkt som består av en tobaksrulle som är inlindad i porös cellulosa och som inte kan rökas som den är, utan först måste placeras i ett vanligt cigarettpappersrör eller lindas in i vanligt cigarettpapper, skall klassificeras som röktobak enligt artikel 4.1 i rådets direktiv 79/32/EEG om andra skatter än omsättningsskatter som påverkar förbrukningen av tobaksvaror, i den lydelse som direktivet hade den 14 maj 1990.

2) En medlemsstat vars myndigheter, genom att tillämpa definitionerna i direktiv 79/32/EEG, felaktigt har klassificerat en sådan produkt som en cigarett enligt artikel 3.1 i direktivet är enligt gemenskapsrätten inte skyldig att utge skadestånd för den förlust eller skada som följer av den felaktiga klassificeringen, såvida inte en sådan rätt, beträffande en överträdelse av nationell rätt, under jämförbara förhållanden ges i den nationella rätten.