FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 11. marts 1999 *

1. Nederlandenes Hoge Raad [1] spørger, om der skal svares moms af den leje, som en coffeeshop i Nederlandene får for at stille et bord til rådighed for salg af cannabis. Bag spørgsmålet ligger det moralske dilemma, om det, at en aktivitet pålægges afgift, indebærer, at den også indirekte godkendes. I de fleste retsordener er problemet for længst blevet løst ud fra den betragtning, at moralske skrupler ikke skal lede til det paradoks, at kriminalitet belønnes ved at være afgiftsfritaget. Denne opfattelse er også hovedreglen i fællesskabsretten, men der gælder en undtagelse for så vidt angår levering af narkotika. Hoge Raad's spørgsmål skal ses i lyset af den nederlandske narkotikapolitik, hvorefter levering af strengt begrænsede mængder cannabis i coffeeshops tolereres. Jeg skal først redegøre for den nederlandske retlige baggrund samt for forelæggelseskendelsen. Derefter skal jeg gennemgå de principper, som ligger til grund for den relevante retspraksis. Til sidst skal jeg undersøge, om udlejning af et bord kan betragtes som en transaktion, der i sig selv er harmløs, og som kan behandles selvstændigt i forhold til den ulovlige levering af narkotika, som udlejningen har til formål at hjælpe med til, eller om transaktionen på grund af dens klart kriminelle indhold, men på trods af den nederlandske regerings officielt anerkendte politik må anses for en uadskillelig del af narkotikaleveringen og dermed omfattet af Domstolens betragtninger i Happy Family-dommen [2].

I — Den retlige og faktiske baggrund

2. Sagsøgte i hovedsagen er et interessentskab ved navn Coffeeshop »Siberië« vof (herefter »sagsøgte«), som driver en »coffeeshop« i Amsterdam [3]. Den nederlandske regering anfører i sit indlæg for Domstolen, at nederlandske coffeeshops er caféer, hvor der ikke serveres alkohol, men sælges og indtages »bløde« stoffer. Caféerne tilbyder normalt også salg af kaffe, te og læskedrikke, og der er ofte opstillet spilleautomater, som gæsterne kan benytte [4]. Fra 1990 til 1993 solgte en »huisdealer« (husforhandler) narkotika fremstillet af indisk hamp fra et bord i sagsøgtes coffeeshop. Sagsøgte stillede bordet til rådighed netop med dette formål for øje, og den leje, som husforhandleren betalte for bordet, blev anført i regnskaberne under betegnelsen »tafelhuur«. Gæster, som ved bardisken rettede henvendelse om køb af stoffer, blev af en »bartender« ansat af sagsøgte henvist til bordet. Sagsøgte betalte ikke moms af indtægterne fra bordudlejningen, selv om

* Originalsprog: engelsk.

1 — Nederlandenes øverste retsinstans, herefter »Hoge Raad«.

2 — Dom af 5.7.1988, sag 289/86, Happy Family, Sml. s. 3655.

3 — På nederlandsk benævnes coffeeshops også »reggaebar«, »koffiehuis«, »theehuis«, »shoarma-huis« og »sappenbar«.

4 — Jf. i denne henseende Hoge Raad's nylige dom af 28.1.1998, *Nederlandse Belastingrechtspraak*, 1998/116 (nr. 33 0777).

caféen betalte moms af sine andre ydelser og foretog fradrag af indgående moms. De nederlandske skatte- og afgiftsmyndigheder (Staatssecretaris van Financiën, herefter »sagsøgeren«) tilsendte sagsøgte en momsefteropkrævning på 22 733 NLG for bordlejen.

3. Sagsøgte anfægtede efteropkrævningsopgørelsen og fik medhold ved Gerechtshof, Amsterdam (den regionale appeldomstol), som fastslog, at sagsøgte var involveret i den ulovlige forhandling af »bløde« stoffer, og at den ydelse fra sagsøgte til husforhandleren, som sagen drejer sig om, derfor faldt helt uden for bestemmelserne i Wet op de omzetbelasting 1968 (lov af 1968 om omsætningsafgift). Retten fandt, at de principper, som Domstolen fastslog i Happy Family-dommen, skulle finde anvendelse, selv om der i Nederlandene ikke længere systematisk indledes strafforfølgning i tilfælde af handel med sådanne stoffer, og fastslog således, at der ikke opstod nogen momsskyld for ydelsen. Sagsøgeren indbragte sagen for Hoge Raad, som har forelagt det præjudicielle spørgsmål.

4. Hoge Raad anfører for det første, at salg af cannabisprodukter er forbudt i Nederlandene i henhold til Opiumwet (lov om euforiserende stoffer, herefter »loven«) af 12. maj 1928 [5]. Cannabis er et af de hampbaserede stoffer, der er anført på liste II i bilaget til loven, og forsætlig besiddelse, salg og levering af disse stoffer er forbudt i henhold til lovens artikel 3, stk. 1, punkt B, samt strafbart i henhold til lovens artikel 11. Hoge Raad bemærker ligeledes, at ifølge artikel 48 i Wetboek van Strafrecht (straffeloven) kan den, der forsætligt skaffer mulighed for, midler til eller oplysninger til at begå denne strafbare handling, straffes for medvirken.

5. Det fremgår ikke desto mindre af et cirkulære, som er udarbejdet af den nederlandske anklagemyndighed om myndighedens praksis for efterforskning og strafforfølgning ved overtrædelser af loven, og som har været gældende siden 1976 [6] og senest er konsolideret i 1996 [7], at der ikke vil blive indledt strafforfølgning mod småhandel med cannabisprodukter, når visse betingel-

5 — *Staatsblad* 167 som senest ændret ved lov af 21.12.1994, *Staatsblad* 1995, 32.

6 — Cirkulære af 28.10.1976. Ifølge Murphy og O'Shea, »Dutch drugs policy, Ecstasy and the 1997 Utrecht CVO Report«, (1998) 8 *Irish Criminal Law Journal*, 141, s. 142, kan baggrunden for den nuværende nederlandske politik spores tilbage til de anbefalinger, som Werkgroep Verdovende Middelen (Arbejdsgruppen vedrørende narkotika) også kendt som Commissie-Baan (Baan Kommissionen) fremsatte i 1972; jf. Baan, *Achtergronden en Risico's van Druggebruik*, Haag, 1972.

7 — Jf. *Staatscourant*, 187, s. 12.

ser, de såkaldte AHOJ-G-betingelser, er opfyldt [8].

6. Artikel 2, stk. 1, i sjette momsdirektiv bestemmer, at moms pålægges »levering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab« [9]. I Happy Family-dommen fortolkede Domstolen bestemmelsen således, at »der ikke indtræder omsætningsafgiftspligt ved ulovlig levering af narkotika, der foretages inden for en medlemsstats område«, i det omfang, disse produkter ikke er genstand for det strengt kontrollerede salg med henblik på en anvendelse til medicinske og videnskabelige formål [10].

7. Hoge Raad anfører, at den omstændighed, at det er forbudt at give mulighed for at forhandle »bløde« stoffer, ikke ændrer det forhold, at der er tale om en tjenesteydelse. Hoge Raad finder det imidlertid tvivlsomt, om Happy Family-dommen, hvorefter der ikke indtræder momspligt ved ulovlig *levering* af narkotika, skal fortolkes således, at der heller ikke indtræder momspligt for den, der *giver en anden mulighed* for at forhandle cannabisprodukter, eftersom en sådan fortolkning vil føre til en yderligere begrænsning af sjette direktivs anvendelsesområde og ikke tager hensyn til den udvikling, som efter Hoge Raad's opfattelse har fundet sted i mange medlemsstater med hensyn til samfundets opfattelse af den økonomiske og ulovlige karakter af adfærd, der er forbundet med levering af »bløde« stoffer. Det forelagte spørgsmål har følgende ordlyd:

»Skal sjette direktivs artikel 2 fortolkes således, at der ikke indtræder omsætningsafgiftspligt for den, der mod vederlag giver en anden mulighed for at forhandle cannabisprodukter?«

II — Indlæg for Domstolen

8. Kun sagsøgte, den nederlandske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg [11].

8 — Betingelserne er: (affichering) der må ikke må gøres reklame for salg af stoffer, (harddrugs) der må ikke sælges »hårde« stoffer; (overlast) coffeeshoppen må ikke give anledning til forstyrrelse af den offentlige orden; (jeugdigen) der må ikke sælges stoffer til mindreårige (under 18 år), og mindreårige må heller ikke have adgang til coffeeshoppen; (grote) der må ikke sælges mere end fem gram pr. person pr. handel. Hertil kommer, at en tolereret coffeeshop ikke må have et handelsvorraad (lager) på over 500 gram. Desuden kan de kommunale eller regionale myndigheder, uanset om de nævnte betingelser er opfyldt, afslå at give tilladelse til etableringen af en coffeeshop eller beslutte, at en eksisterende coffeeshop skal lukke.

9 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1, herefter »sjette direktiv«).

10 — Happy Family-dommen, fodnote 2, præmis 23.

11 — Der blev ikke fremsat anmodning om at afholde et retsmøde i sagen, og Domstolen besluttede i medfør af artikel 104, stk. 4, i procesreglementet, at det ikke var nødvendigt at afholde et sådant.

9. Hovedindholdet i sagsøgtes indlæg er, at det gøres gældende, at sagsøgte har handlet ulovligt. Udlejning af et bord til en husforhandler med henblik på at gøre det lettere at sælge ulovlige stoffer kan ikke adskilles fra det faktiske salg af disse stoffer og skal derfor ikke pålægges moms. Sagsøgte anfører, at der hverken i Nederlandene eller i andre medlemsstater har været nogen udvikling af betydning i lovgivning eller praksis med hensyn til »bløde« stoffer. De lokale nederlandske myndigheder har ikke pligt til at anvende AHOJ-G-betingelserne og kan således rejse straffesag i tilfælde af handel med stoffer i coffeeshops, hvilket de ifølge sagsøgte faktisk også ofte gør.

10. Den nederlandske regering gør gældende, at der må sondres mellem den foreliggende sag og Happy Family-sagen. Den anfører for det første, at hvis AHOJ-G-betingelserne overholdes, og der ikke er nogen lokal modstand, vil der ikke blive indledt retsforfølgning mod indehaverne af en coffeeshop. For det andet må der ifølge den nederlandske regering sondres mellem sidstnævntes aktiviteter og de aktiviteter, som blev bedømt af Domstolen i Happy Family-sagen; det er ikke i sig selv ulovligt at drive en coffeeshop, det er alene på grund af forbindelsen til husforhandleren, at dette efter omstændighederne bliver ulovligt.

11. Kommissionen finder, at AHOJ-G-betingelserne er i overensstemmelse med Nederlandenes internationale forpligtelser i henhold til FN-konventionen af 1961 angående narkotiske midler [12]. Den anfører desuden, at den nederlandske politik har til formål at beskytte unge mennesker fra at blive konfronteret med »hårde« stoffer. Offentliggørelsen af den nye AHOJ-G-praksis i *Nederlandse Staatscourant* (Nederlandenes Officielle Tidende) indebærer, at politikken er officielt anerkendt. I praksis tillader de fleste nederlandske kommuner og regionale myndigheder eksistensen af en eller flere coffeeshops. Kommissionen bemærker, at den gennemsnitlige omsætning for coffeeshops er på omkring 200 000 NLG, hvilket svarer til gennemsnitsomsætningen i halvdelen af de lovlige caféer i Nederlandene, som driver almindelig barvirksomhed, og som coffeeshopperne konkurrerer med. Domstolens praksis i henhold til Happy Family-dommen angår indførsel eller levering mod vederlag af narkotika, som det er absolut forbudt at indføre eller sælge, og som derfor ikke indgår i de almindelige kanaler for den økonomiske omsætning i Fællesskabet. Denne praksis er en undtagelse fra princippet om afgiftsneutralitet og bør derfor ikke udstrækkes til at omfatte coffeeshops, hvis virksomhed i hvert fald delvist er fuldt lovlig. Kommissionen anfører endelig, at der siden Happy Family-dommen har været en betydelig udvikling i den offentlige holdning i Nederlandene for så vidt angår småhandel med »bløde« stoffer. Kommissionen hævder, at sådan handel faktisk er blevet legitim.

12 — *Recueil des traités des Nations Unies*, 520, nr. 7515 (herefter »narkotikakonventionen«).

III — Analyse

12. Både den nederlandske regering og Kommissionen fremhæver, at der i overensstemmelse med princippet om afgiftsneutralitet bør indtræde pligt til at svare moms uden forskel såvel ved lovlige som ved ulovlige transaktioner. Domstolen udtalte således i Lange-dommen med henvisning til Happy Family-dommen, at [13]:

»Det sjette direktiv, der tilstræber en omfattende harmonisering på momsområdet, hviler på princippet om afgiftsneutralitet.... dette princip [er] faktisk til hinder for en generel sondring mellem lovlige og ulovlige transaktioner, dog ikke i de tilfælde, hvor enhver konkurrence mellem en lovlig økonomisk sektor og en ulovlig sektor er udelukket på grund af bestemte varers særlige karakteristika.«

Hidtil er der kun to typer af varer, som er anset at have sådanne »særlige karakteristika«, nemlig narkotika og falske penge [14]. Denne liste kan ikke være udtømmende og kan i princippet også omfatte tjenesteydelser. Ikke desto mindre er momsfritagelsen, som generaladvokat Jacobs har bemærket, »en undtagelse fra hovedreglen om, at lovlige og ulovlige transaktioner afgiftsmæssigt skal behandles ens« [15]. Som anført af Hoge Raad er der i den foreliggende sag tale om, at der forsætligt gives en anden mulighed for at handle med stoffer. Der skal derfor kortfattet redegøres for Domstolens praksis angående levering af narkotika.

A — *Undtagelsen vedrørende narkotika*

13. Domstolens narkotikapraksis blev indledt i begyndelsen af 1980'erne i en gruppe sager vedrørende ulovlig indførsel af »hård« narkotika (heroin, kokain, morfin) til Tyskland [16], hvor spørgsmålet var, om den fælles toldtarif skulle finde anvendelse. Domstolen fastslog, at der ikke opstod toldskyld. Det fremgår tydeligt af Einberger I-dommen, at udgangspunktet for Domstolens betragtninger er, at det er karakteristisk for disse stoffer, »at deres skadelighed er almindelig anerkendt, ligesom det i alle medlemsstater er forbudt at indføre og forhandle dem...« [17]. Domstolen bemærkede, at denne retstilstand »svarer til enkelt konvention af... 1961 om kontrol med narkotiske midler, som alle medlemsstaterne har undertegnet« [18]. Baggrunden for domskonklusionen, hvorefter der ikke

13 — Dom af 2.8.1993, sag C-111/92, Lange, Sml. I, s. 4677, præmis 16.

14 — Jf. generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 28.5.1998, sag C-3/97, Goodwin og Unstead, Sml. I, s. 3257, punkt 9.

15 — Dom af 11.6.1998, sag C-283/95, Fischer, Sml. I, s. 3369, punkt 17 i forslaget til afgørelse.

16 — Jf. dom af 5.2.1981, sag 50/80, Horvath, Sml. s. 385, af 26.10.1982, sag 221/81, Wolf, Sml. s. 3681, og af 26.10.1982, sag 240/81, Einberger, Sml. s. 3699 (herefter »Einberger I«).

17 — Præmis 8.

18 — Præmis 9. Domstolen henviste udtrykkeligt til narkotikakonventionens præambel, hvor det (i tredje betragtning) fastslås, at hengivelse til narkotika er et »alvorligt onde« og rummer »sociale og økonomiske farer for menneskeheden«.

opstod toldskyld, var, at stofferne forblev uden for den lovlige omsætning og »ikke kan bringes i handelen og integreres i det økonomiske kredsløb inden for Fællesskabet« [19], samt ordlyden af de gældende bestemmelser om toldskyld, hvorefter vilkårene for denne skulle fastsættes under hensyntagen til »importafgifternes økonomiske karakter og i forhold til de betingelser, hvorunder importafgiftspligtige varer indgår i Fællesskabets økonomi« [20].

14. To år senere fastslog Domstolen i Einberger II-sagen [21], at der ikke var grund til at sondre mellem pligten til at betale told og pligten til at betale moms, og Domstolen anvendte således de ovenfor gengivne betragtninger for så vidt angår opkrævning af moms i forbindelse med den indførsel af morfin, som der var tale om i Einberger I-dommen. Domstolens praksis blev afrundet med afgørelserne i Mol- [22] og Happy Family-sagerne [23], hvor Domstolen anvendte samme betragtninger for så vidt angår internt salg i medlemsstaternes indland. Domstolen gentog sine tidligere udtalelser om, at indførsel af sådanne varer »i Fællesskabets økonomiske og kommercielle kredsløb er absolut udelukket... [at indførslen] kun kan medføre strafferetlige sanktioner«, og at varerne »ikke på nogen måde berøres af det sjette direktivs bestemmelser...« [24]. Domstolen erkendte, at princippet om afgiftsneutralitet er til hinder for »en generel sondring mellem lovlige og ulovlige transaktioner« [25], men fastslog, at [26]:

»Dette gælder dog ikke for levering af varer som narkotika, der frembyder særlige karakteristika, idet de efter selve deres art er omfattet af et absolut forbud mod salg i alle medlemsstater med undtagelse af det strengt kontrollerede salg med henblik på en anvendelse til medicinske og videnskabelige formål. I en sådan særlig situation, hvor enhver konkurrence mellem en lovlig økonomisk sektor og en ulovlig sektor er udelukket, kan momsfritagelse ikke påvirke princippet om afgiftsneutralitet.«

15. Hovedelementerne i denne praksis er åbenbart følgende: For det første, at narkotikas skadelighed er almindelig anerkendt, hvilket bekræftes i narkotikakonventionen; for det andet det absolutte forbud i alle medlemsstaterne mod indførsel i det almindelige økonomiske kredsløb; for det tredje at indførsel kun kan medføre strafferetlige sanktioner. Dette udgør imidlertid konstatering af faktiske omstændigheder eller af den herskende opfattelse i national ret og er ikke i sig selv udtryk for fællesskabsretlige principper. Generaladvokat Jacobs bemærkede i Witzemann-

19 — Præmis 13.

20 — Præmis 14.

21 — Dom af 28.2.1984, sag 294/82, Einberger, Sml. s. 1177 (herefter »Einberger II«). »Indførsel af goder« pålægges moms i medfør af artikel 2, stk. 2, i sjette direktiv.

22 — Dom af 5.7.1988, sag 269/86, Mol, Sml. s. 3627, der angik salg af amfetamin.

23 — Ovenfor, fodnote 2.

24 — Happy Family-dommen, præmis 17.

25 — Happy Family-dommen, præmis 20.

26 — Happy Family-dommen.

sagen [27], at reglens egentlige grundlag er noget dunkel [28], og han støttede det af Kommissionen rejste spørgsmål om retsgrundlaget for Domstolens praksis ved at foreslå, at sagen, som angik handel med falske penge, »meget belejligt [gav] Domstolen lejlighed til at afklare, om dens praksis var baseret på selve traktaten... eller om den var baseret på den afledte fællesskabsret ...« [29]. Desværre synes Domstolen ikke at have reageret på denne opfordring, selv om den konstaterede, at dens praksis gjaldt så meget desto mere for indførsel af falske penge [30].

16. Efter min opfattelse er kernen i denne praksis, at narkotika ikke indgår i det almindelige økonomiske kredsløb, eftersom salget er omfattet af et absolut forbud i alle medlemsstaterne og kun kan medføre strafferetlige sanktioner. Princippet om afgiftsneutralitet kan derfor ganske enkelt ikke finde anvendelse, fordi »enhver konkurrence mellem en lovlig økonomisk sektor og en ulovlig sektor er udelukket ...« [31].

17. Bortset fra afgørelsen i Witzemann-sagen, hvori Domstolen bekræftede, at der hverken opstår toldskyld eller momspligt ved indførsel af falske penge, har Domstolen ikke siden anvendt den mulighed for momsfritagelse, som blev skabt med afgørelserne i Einberger II-, Mol- og Happy Family-sagerne. I de senere afgørelser i Lange-sagen (ulovlig omdirigering af eksport af computersystemer, som muligvis kunne anvendes til strategiske formål, og som det derfor var forbudt at udføre til bestemte områder) [32], Goodwin og Unstead-sagen (forsætlig undladelse af at betale moms i forbindelse med handel med forfalskede parfumeprodukter) [33] samt Fischer-sagen (afholdelse af ulovligt hasardspil) [34] har Domstolen gentaget princippet om, at der ikke skal svares moms af varer, der »hverken kan bringes i omløb eller kan indsættes i det økonomiske kredsløb«, men i hver af de nævnte sager fandt Domstolen, at der skulle pålægges moms, eftersom der måtte sondres mellem det omfang, hvori levering af de pågældende varer eller tjenesteydelser var ulovlig, og det »ubetingede forbud«, som forelå i narkotika-sagerne og i Witzemann-sagen [35]. Selv om Domstolen således i fremtiden muligvis vil blive anmodet om at bedømme, om der f. eks. i sager om indtægter fra prostitution af mindreårige, børnepornografi eller menneskesmugling er tale om aktiviteter, som er omfattet af det krævede ubetingede forbud og derfor henhører under området for momsfritagelse, behøver Domstolen i denne sag, eftersom husforhandlernes aktiviteter klart omfattes af argumentationen i Happy Family-dommen, blot tage stilling til, om

27 — Forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 6.12.1990, sag C-343/89, Witzemann, Sml. I, s. 4477.

28 — Witzemann-sagen, punkt 20 i forslaget til afgørelse.

29 — Punkt 15 i forslaget til afgørelse.

30 — Domstolen udtalte (i præmis 20), at de betragtninger, som Domstolen havde udviklet »med hensyn til ulovlig indførsel af narkotika, så meget desto mere [sås] at gælde for indførsel af falske penge«, eftersom fremstilling, besiddelse, indførsel og forhandling af falske penge, uanset om der er tale om indenlandsk eller udenlandsk valuta, er omfattet af et absolut forbud i alle medlemsstaterne.

31 — Happy Family-dommen, præmis 20.

32 — Ovenfor, fodnote 13.

33 — Ovenfor, fodnote 14.

34 — Ovenfor, fodnote 15.

35 — Jf. f.eks. Lange-dommen, præmis 12 og 13.

husforhandlernes virksomhed og virksomheden i coffeeshops er så tilstrækkelig nært forbundne, at momsfritagelsen for narkotikahandelen også omfatter det at skabe mulighed for handelen.

B — *Bedømmelse*

18. I lyset af denne praksis kan spørgsmålet, om sagsøgtes aktiviteter er momspligtige, for mig at se løses på to måder. For det første skal der tages stilling til, om der som foreslået af den nederlandske regering blot er tale om indkomst fra udlejning af et bord, hvilket ubestrideligt er afgiftspligtigt, uanset den umiddelbare og direkte sammenhæng mellem denne transaktion og handelen med ulovlige stoffer. Alternativt, såfremt udlejningen af bordet ikke kan betragtes adskilt fra dets ulovlige formål, må det overvejes, om handel med cannabisprodukter på baggrund af den nederlandske regerings officielle tolerancepolitik henhører under eller falder uden for de principper, som er udviklet i Domstolens praksis, navnlig i Happy Family-dommen.

i) Den sociale udvikling

19. Indledningsvis er der grund til at omtale Hoge Raad's bemærkning om, at der har været en udvikling i samfundets opfattelse med hensyn til salg af cannabisprodukter. Efter min opfattelse ville det være helt upassende for Domstolen at udtale sig herom.

20. For det første fremgår det klart af Happy Family-dommen, at der inden for fællesskabsretten er lige så lidt retligt grundlag for en sondring mellem handel med såkaldte »hårde« og »bløde« stoffer, som der er i international eller national ret [36]. Akkurat som Domstolen ikke har noget retligt grundlag for en sådan sondring, har den heller ikke noget faktisk grundlag (den nationale ret har ikke forelagt noget bevismateriale). I det omfang Den Europæiske Union, set adskilt fra Fællesskabet, har taget stilling til spørgsmål om narkotika, synes den ikke at have anerkendt nogen sådan sondring, som heller ikke nævnes i artikel K.1 i afsnit VI i traktaten om Den Europæiske Union som ændret ved Amsterdam-traktaten [37]. Bestemmelsen giver bl.a. Unionen mulighed for fælles handling inden for bekæmpelse af

36 — I forbindelse med besvarelsen af det andet spørgsmål, som blev stillet af Hoge Raad i denne sag, afslog Domstolen i overensstemmelse med generaladvokat Mancini's forslag til afgørelse at sondre mellem »hårde« og »bløde« stoffer; jf. præmis 25 og 26 i dommen og punkt 5 i forslaget til afgørelse (fælles forslag til afgørelse i sagerne Mol og Happy Family, Sml. 1988, s. 3627, på s. 3643). Sondringen, som alene er grundet på det enkelte narkotikaprodukts egenskaber, betragtes endog af visse som forkert, eftersom den ikke tager hensyn til den store betydning, som andre faktorer, som har at gøre med anvendelse af narkotika, spiller, f.eks. de omgivelser, som anvendelsen finder sted i; jf. Murphy og O'Shea, ovenfor fodnote 6, s. 144.

37 — Jf. den fælles aktion af 17.12.1996 vedtaget af Rådet på grundlag af artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union, vedrørende indbyrdes tilnærmelse af Den Europæiske Unions medlemsstaters lovgivning og praksis med henblik på bekæmpelse af narkotikamisbrug samt forebyggelse og bekæmpelse af ulovlig narkotikahandel (EFT L 342, s. 6).

kriminalitet, herunder »ulovlig narkotikahandel«.

21. Hoge Raad kan også have forestillet sig, at Domstolen ville overveje at fravige betragtningerne i Happy Family-dommen som følge af den sociale udvikling i Nederlandene, selv om en lignende udvikling ikke skulle have fundet sted i andre medlemsstater. Momsfritagelsen for handel med narkotika er imidlertid for fast etableret i retspraksis til at blive genovervejet af andre end måske netop fællesskabslovgiver.

ii) Sondringen mellem bordudlejning og salg

22. Den nederlandske regerings opfattelse, hvorefter det at stille et bord til rådighed for handel med narkotika i en coffeeshop bør være afgiftspligtigt, rejser spørgsmålet, om der kan sondres mellem direkte salg af ulovlig narkotika og aktiviteter, som muliggør og tilskynder til salget. Dette spørgsmål har ikke været rejst i hidtidig retspraksis. Det fremgår ikke klart af Happy Family-dommen, hvad der var det nøjagtige retlige grundlag for, at de nederlandske skatte- og afgiftsmyndigheder mente, at foreningen Happy Family skulle svare moms af det narkotikasalg, som en husforhandler forestod i dets ungdomscenter. Domstolen gik ud fra, at foreningen (i hvert fald delvist) tog del af fortjenesten fra salget, og at dette derfor kunne tilskrives foreningen[38]. I det følgende må jeg imidlertid gå ud fra, at foreningen ifølge nederlandsk ret måtte betragtes som sælger af stofferne. Forskellen mellem foreningens aktiviteter og sagsøgtes aktiviteter i den foreliggende sag er, at sidstnævnte ikke selv sælger stoffer, men i stedet lejer et bord ud til en husforhandler, hvilket er helt lovligt, når der bortses fra det ulovlige formål med udlejningen. Er dette en relevant grund til at sondre for så vidt angår anvendelsen af argumentationen i Happy Family-dommen?

23. Det er selvfølgelig rigtigt at erindre om, at momsfritagelse indebærer en undtagelse fra princippet om afgiftsneutralitet som omtalt ovenfor. Dette indebærer imidlertid ikke, at det ikke skal undersøges, om en særlig transaktion, som henhører under den gruppe af varer (og formodentlig også af tjenester), som har de i Domstolens praksis nævnte »særlige karakteristika«, kan fritages fra momspligten. Efter min mening vil Domstolen absolut kunne løse den foreliggende sag ved blot at påpege, at udleje af et bord i sig selv er en helt almindelig tjenesteydelse og derfor skal pålægges moms,

38 — Det anføres i retsmøderapporten, at Happy Family-foreningen blev tilsendt en efteropkrævning for »salget af bløde stoffer« (Sml. 1988, s. 3655, på s. 3656, min fremhævelse), men der siges intet herom i dommen, hvor der blot henvises til, at skatte- og afgiftsmyndighederne »har pålagt salg af hash i ungdomscentret merværdiafgift« (præmis 2). Generaladvokat Mancini nævner dog udtrykkeligt, at husforhandleren delte en del af indtægten med foreningen (jf. hans forslag til afgørelse, Sml. 1988, s. 3627, på s. 3639).

eftersom der er tale om indkomst fra lovlig virksomhed, som indgår såvel i det økonomiske livs hovedkredsløb som i den almindelige konkurrence, hvor princippet om afgiftsneutralitet gælder.

24. Efter min opfattelse er en sådan besvarelse imidlertid ufuldstændig og utilfredsstillende, hvis der ikke samtidig tages stilling til, at transaktionen er ulovlig som følge af forbuddet mod husforhandlerens narkotikahandel. Umiddelbart synes besvarelsen at hvile på den uheldige betragtning, at der findes et selvstændigt marked for udlejning af borde. Hoge Raad har imidlertid konstateret, at sagsøgtes aktivitet er ulovlig, eftersom den giver mulighed for, midler til og oplysninger til at begå den strafbare handling at handle med narkotika.

25. Såfremt husforhandlerens narkotikahandel efter sin art falder helt uden for det almindelige økonomiske kredsløb, er det svært at se, hvilket grundlag der er i fællesskabsretten for at behandle indehaveren af coffeeshoppen anderledes. Sondringen i national ret mellem hovedgerningsmand og medvirkende har ikke betydning for, om udlejning af et bord til narkotikahandel efter sin art adskiller sig fra det at handle med narkotika. Bordet udlejes med det ene formål for øje at sælge narkotika, og dette salg støttes direkte af coffeeshoppens indehaver, som henviser gæster til bordet.

26. To andre forhold illustrerer denne opfattelse. Hvis bordene blev udlejet med henblik på salg af »hårde« stoffer helt uden for rammerne af AHOJ-G-betingelserne, ville det være mere nærliggende at antage, at udlejningen havde de »særlige karakteristika«, som kræves i retspraksis. Men såfremt den grundlæggende økonomiske forskel mellem faktisk narkotikahandel og udlejning af borde med dette formål for øje skulle udgøre grundlaget for ikke at anse Happy Family-dommen for et anvendeligt fortilfælde, ville samme logik tvinge Domstolen til at antage, at bordleje for handel med »hårde« stoffer er momspligtig. For det andet ville en sondring mellem bordudlejning og narkotikahandel let kunne omgås. Indehaveren af en coffeeshop kunne f.eks. overholde AHOJ-G-betingelserne og blive medforhandler af stofferne eller ansætte husforhandleren. Begge disse metoder ville bringe aktiviteten inden for Happy Family-betragtningerne og ville formentlig tvinge de nederlandske domstole, som fremover skulle blive stillet over for sådanne former for salg, til at søge yderligere vejledning fra Domstolen.

27. Jeg mener derfor, at sagen skal behandles således, at den på ny rejser spørgsmålet om betydningen af AHOJ-G-politikken for

anvendelsen af Domstolens Happy Family-praksis.

iii) Den faktiske afkriminalisering af coffeeshopaktiviteter

28. Domstolen bemærkede i Happy Family-dommen, at »det absolutte forbud mod forhandling af narkotika ikke berøres af den simple omstændighed, at de nationale myndigheder, der skal håndhæve det, under hensyn til, at den personelle og materielle kapacitet naturligvis er begrænset, og ud fra et ønske om at koncentrere de disponible ressourcer ved bekæmpelsen af narkotika, nedprioriterer strafforfølgningen af en bestemt type handel med narkotika, fordi de anser andre typer for farligere«, og Domstolen fastholdt utvetydigt, at en sådan fremgangsmåde »ikke [kunne] sidestille den ulovlige handel med narkotika med den handel, der strengt kontrolleres af myndighederne på det medicinske og videnskabelige område« [39]. Domstolen konstaterede også, at den forbudte handel »selv hvis den tolereres inden for visse grænser, fortsat er ulovlig, og [at] politiet... når som helst [kan] gribe ind over for den, når myndighederne skønner det hensigtsmæssigt«. Domstolen tilføjede, at anvendelsesområdet for moms med hensyn til en ulovlig transaktion ikke kunne afhænge af de strafforfølgningsmetoder, som faktisk anvendes i en medlemsstat, når den pågældende transaktion faktisk er forbudt, eftersom den harmonisering, der er gennemført ved den sjette direktiv, ellers ville blive bragt i fare.

29. Det skal bemærkes, at Domstolen fremsatte denne udtalelse i en sag, hvor det blev lagt til grund, at der var et absolut forbud mod handel med enhver form for narkotika, herunder cannabis, og at dette førte Domstolen til at afslå at anvende princippet om afgiftsneutralitet, eftersom enhver konkurrence mellem lovlig og ulovlig handel var udelukket. Det forekommer mig i hvert fald tvivlsomt, om disse betragtninger kan overføres til den foreliggende situation i Nederlandene, hvor der er en officiel sondring mellem »hårde« og »bløde« stoffer.

30. Inden jeg drager nogen konklusion for så vidt angår denne del af sagen, vil jeg gerne påpege, at den nuværende retstilstand med Domstolens praksis om momsfritagelse for narkotika har to uønskede konsekvenser, som illustreres tydeligt af den foreliggende sag. Narkotikahandlerne har ret til og ligefrem opfordres til at fremhæve deres egen kriminalitet i deres indlæg for Domstolen. Sagsøgte har f.eks. ikke alene gjort gældende, at de er skyldige til medvirken, men også at de har gjort sig skyldige i hovedgerningsindholdet, besiddelse af stoffer. Lovbrydere burde ikke kunne opnå en bedre behandling, jo mere kriminelle de har været. Det er et fast princip i de fleste retsordener, at man ikke bør kunne påberåbe sig sin kriminelle adfærd til egen fordel. Jeg deler den bekymring, som generaladvokat Léger gav udtryk for i sit forslag til afgørelse i Goodwin og Unstead-sagen, da han konstaterede, at de tiltalte i den sag

39 — Præmis 29.

med en opfattelse, som var »i åbenbar modstrid« med princippet om »nemo auditur turpitudinem propriam allegans«, forsøgte »at godtgøre, at de ikke er momspligtige ved til støtte herfor at påberåbe sig, at deres egen virksomhed er usund og endog farlig ud fra et økonomisk synspunkt« [40]. Dette gælder så meget desto mere i den foreliggende sag, hvor den usunde og farlige virksomhed er i strid med såvel national strafferet som international ret. Mere generelt finder jeg det usmageligt, at kriminel adfærd, og særlig handel med narkotika, netop på grund af, at der umiskendeligt er tale om kriminalitet, opnår en særlig gunstig afgiftsmæssig behandling.

31. I den foreliggende sag skal der tages stilling til, om det at sælge stoffer i en coffeeshop i Nederlandene under iagttagelse af AHOJ-G-politikken opfylder kravet om, at varerne skal have »særlige karakteristika«, hvilket indebærer, at de »efter selve deres art« falder uden for det almindelige økonomiske kredsløb.

32. Det forekommer mig ikke, at AHOJ-G-politikken, i det mindste ikke i dens nuværende form, blot bygger på skønsmæssige afgørelser om, hvorvidt der skal indledes strafforfølgning eller ikke, alt efter hensigtsmæssighedsbetragtninger og hensyn til politiets og anklagemyndighedens ledelse og ressourcer.

33. Det nuværende officielle nederlandske cirkulære om strafforfølgningspraksis har været gældende siden den 1. oktober 1996 og er offentliggjort i *Nederlandse Staatscourant*. Som anført af Kommissionen, ses cirkulæret i det væsentlige at ajourføre den tidligere praksis på området og bekræfte udviklingen i praksis [41]. Sagsøgte gør ikke desto mindre gældende, at indehaverne af coffeeshops stadigvæk løber en betydelig risiko for at blive strafforfulgt. Denne opfattelse er ikke forenelig med cirkulæret eller det dokument om den generelle politik på området, som Kommissionen har fremlagt, og som blev offentliggjort i 1995 af den nederlandske regering [42]. Regeringen fører en integreret narkotikapolitik, hvor energisk forfølgelse af ulovlig handel kombineres med foranstaltninger for at beskytte unge mennesker, herunder foranstaltninger med henblik på at fraråde dem at anvende cannabis. I »Kontinuitet og forandring« anerkender regeringen officielt med henvisning til videnskabeligt materiale, at der er forskel for så vidt angår risikoen for den offentlige sundhed på »bløde« stoffer, som f.eks. indisk hamp, og »hårde« stoffer; efter regeringens opfattelse er sundhedsrisikoen i forbindelse med de førstnævnte

40 — Punkt 18 i forslaget til afgørelse.

41 — Kommissionen henviser i denne henseende navnlig til de tidligere cirkulærer af 28.10.1976 og 21.10.1994.

42 — Jf. *Het Nederlandse Drugbeleid: Continuiteit en Verandering* (Narkotikapolitik i Nederlandene: Kontinuitet og forandring), Rijswijk, 1995 (herefter »Kontinuitet og forandring«).

stoffer acceptabel[43]. Det udtales om cannabis i »Kontinuitet og forandring«, at[44]

»Den nederlandske politik for så vidt angår anvendelse af cannabis bygger på den antagelse, at overgang fra at anvende bløde til at anvende hårde stoffer snarere sker på grund af sociale end på grund af fysiologiske faktorer. Hvis unge mennesker ønsker at prøve bløde stoffer — og erfaringen viser, at det gør mange — mener Nederlandene, at det er bedre, at de gør dette i omgivelser, hvor de ikke kommer i berøring med det kriminelle miljø, som findes i forbindelse med hårde stoffer. Formålet med at tolerere forholdsvis let adgang til bløde stoffer til personligt brug er at holde forbrugermarkederne for bløde og hårde stoffer adskilt og på denne måde skabe en social barriere for overgangen fra bløde til hårde stoffer«.

34. Myndighedernes tolerancepolitik, som oprindeligt blot omfattede salg af cannabis i ungdomscentre af bona fide forhandlere (som i Happy Family-sagen), er nu blevet udstrakt til også at omfatte salg i coffeeshops til voksne »op commerciële basis« (»på kommercielt grundlag«)[45]. Lokale myndigheder varetager i alt væsentligt kontrol og tilsyn. En coffeeshop kan etableres i et område, når den er godkendt af tre lokale myndigheder, nemlig borgmesteren, politimesteren og den offentlige anklager. Salget af cannabis er selvfølgelig stadigvæk teknisk set ulovligt[46]. Desuden kan de lokale myndigheder beslutte at lukke enkelte eller alle coffeeshops. Såfremt AHOJ-G-betingelserne overholdes, vil der imidlertid ikke blive indledt strafforfølgning. Denne praksis, hvorefter der ikke indledes strafforfølgning, forekommer mig at bygge på mere end blot hensigtsmæssighedshensyn. Det virker faktisk som om, at anklagemyndigheden kan blive tvunget til særligt at begrunde det, såfremt den ønsker at fravige den sædvanlige strafforfølgningspraksis, som gælder i et enkelt område eller kommune, og rejse tiltale for så vidt angår salg, hvor AHOJ-G-betingelserne overholdes[47].

35. Jeg er under disse omstændigheder enig med Kommissionen i, at småhandel med cannabis i coffeeshops, uanset at det er ulovligt, ifølge en officiel politik med vilje er blevet gjort til et selvstændigt marked og derfor må behandles, som den nederlandske regering selv har anerkendt i »Kontinuitet og forandring«, som faktisk afkriminaliseret og derfor en kommerciel aktivitet, som ligger i delvis, men direkte konkur-

43 — Jf. Kontinuitet og forandring, s. 2 i den udgave, som Kommissionen har forelagt for Domstolen.

44 — Kontinuitet og forandring, s. 3.

45 — Kontinuitet og forandring, s. 3.

46 — Uanset at den nederlandske regering i Kontinuitet og forandring taler om en dekriminalisering (afkriminalisering) af salg af indisk hamp i coffeeshops, fremgår det klart såvel af regeringens indlæg i den foreliggende sag som af forelæggelseskendelsen, at et sådant salg stadigvæk er forbudt i henhold til nederlandsk strafferet.

47 — Kommissionen henviser i denne henseende til Hoge Raad's afgørelse af 5.3.1991, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, nr. 694 (nr. 88087), hvor Hoge Raad i en straffesag mod en indehaver af en coffeeshop i princippet opretholdt underrettens dom, hvorefter hensynet til strafferetsplejen krævede, at strafforfølgning indledt på trods af en almindelig kendt praksis om ikke at indlede strafforfølgning skulle afvises, medmindre anklagemyndigheden særligt kunne begrunde tiltalerejsningen. Underrettens dom blev dog under alle omstændigheder ændret, eftersom det ikke fandtes godtgjort, at det konkrete tilfælde var omfattet af en sådan praksis.

rence med de afgiftspligtige, som driver tilsvarende, men almindelige barer eller caféer i Nederlandene. Det følger efter min opfattelse heraf, at sådan handel og andre hermed snævert forbundne aktiviteter som dem, der er tale om i denne sag, bør behandles som almindelige økonomiske aktiviteter for så vidt angår opkrævningen af moms og skal derfor afgiftsbelægges. Denne løsning har efter min opfattelse ikke nogen negativ virkning på den harmonisering, som hidtil er opnået med henblik på opkrævning af moms i Fællesskabet, eftersom ulovlig handel med cannabis i de medlemsstater, som ikke har en politik svarende til den nederlandske (hvilket er de fleste, hvis ikke alle de andre medlemsstater), ikke kan betragtes som en kommerciel transaktion og således pr. definition ikke kan foretages under tilsvarende omstændigheder og derfor heller ikke vil indgå i konkurrence med transaktioner i værtshuse, som drives af almindelige afgiftspligtige [48].

48 — Der er en anden anledning til at støtte denne mere dynamiske opfattelse af konkurrencen mellem coffeeshops og den almindelige bar- og cafésektor i Nederlandene. I en dom af 28.1.1998 (anført ovenfor i fodnote 4) har Hoge Raad besluttet, at coffeeshops har fradragsret i henhold til sjette direktiv for så vidt angår alle de leveringer af varer og tjenesteydelser, som foretages til dem som led i deres virksomhed, selv om de ikke ifølge Happy Family-dommen skal betale udgående moms på deres leveringer af »bløde« stoffer. Når der indrømmes fuld fradragsret, men kun skal betales moms af visse leveringer, forekommer det med henblik på at undgå fortrinsbehandling af coffeeshops i forhold til almindelige værtshuse endnu mere vigtigt, at førstnævnte forpligtes til at svare moms af al omsætning, som hidrører fra udnyttelsen af deres lokaler.

C — *Momsklassificeringen af aktiviteterne i coffeeshops*

36. Kommissionen rejser i sit indlæg spørgsmålet om, hvorledes aktiviteter som sagsøgtes skal klassificeres med hensyn til momsopkrævningen, såfremt de i princippet anses for omfattet af sjette direktivs anvendelsesområde. Efter Kommissionens opfattelse er der tale om »bortforpagtning og udlejning af fast ejendom« eller en del heraf, hvilket er fritaget i henhold til artikel 13 B, litra b), og ikke om at »tåle en handling eller en tilstand«, hvilket er afgiftspligtigt i medfør af artikel 6, stk. 1, andet afsnit. Da Hoge Raad imidlertid ikke har anset det for nødvendigt at stille spørgsmål herom, skal jeg ikke foreslå Domstolen at tage stilling til den af Kommissionens foreslåede klassificering. Lad mig nøjes med at anføre, at jeg ikke umiddelbart mener, at udlejning af et bord i en coffeeshop kan udgøre udlejning af fast ejendom, når der er tale om en udtrykkelig momsfritagelsesgrund, som under alle omstændigheder skal fortolkes snævert [49].

49 — Domstolen har i en fast praksis understreget, at det er meget vigtigt, at momsfritagelserne i sjette direktiv fortolkes snævert: Se bl.a. dom af 26.3.1987, sag 235/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1471, præmis 19, af 15.6.1989, sag 348/87, Stichting Uitvoering Financiële Acties, Sml. s. 1737, præmis 13, og af 12.11.1998, sag C-149/97, Institute of the Motor Industry, Sml. I, s. 7053, præmis 17.

IV — Forslag til afgørelse

37. I lyset af det foregående foreslår jeg Domstolen at besvare det af Nederlandenes Hoge Raad stillede præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 2 i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag skal fortolkes således, at der under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, skal svares moms af indkomsten fra udlejning af et bord, som anvendes til salg af ulovlig narkotika.«