FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 13. september 2001 [1]

I — Indledning

1. I det foreliggende traktatbrudssøgsmål har Kommissionen påtalt, at Den Franske Republik siden 1998 for det første har foreskrevet en minimumsreferencepris for alle cigaretter, i stedet for frit at lade fabrikanterne fastsætte prisen, og for det andet har beskattet cigaretter af lys tobak hårdere end cigaretter af brun tobak.

II — Retsregler

A — *Fællesskabsretten*

2. Tobak pålægges ikke blot omsætningsafgift, men også en særlig forbrugsskat.

Ved direktiv 92/79/EØF [2] er der fastlagt en minimumsbeskatning. Ved direktiv 95/59/EF [3] blev denne forbrugsbeskatning harmoniseret.

1) Direktiv 95/59

3. Direktiv 95/59 indeholder følgende bestemmelser:

»*Artikel 8*

1. Cigaretter fremstillet inden for Fællesskabet og cigaretter indført fra tredjelande pålægges i hver medlemsstat en proportional forbrugsafgift, som udregnes efter den maksimale detailsalgspris inklusive told,

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets direktiv af 19.10.1992 om indbyrdes tilnærmelse af cigaretafgifterne, EFT L 316, s. 8, ændret ved Rådets direktiv 1999/81/EF af 29.7.1999 om ændring af direktiv 92/79/EØF om indbyrdes tilnærmelse af cigaretafgifterne, direktiv 92/80/EØF om indbyrdes tilnærmelse af afgifterne på andre former for forarbejdet tobak end cigaretter og direktiv 95/59/EF om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift, EFT L 211, s. 47.

3 — Rådets direktiv af 27.11.1995 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift, EFT L 291, s. 40, som affattet ved direktiv 1999/81.

såvel som en specifik forbrugsafgift udregnet efter produktenhed.

2. Satsen for den proportionale forbrugsafgift og beløbet for den specifikke forbrugsafgift skal være henholdsvis det samme for alle cigaretter.

3. [...]

4. [...]«

»*Artikel 9*

1. Som fabrikant betragtes enhver fysisk eller juridisk person etableret i Fællesskabet, der forarbejder tobak til tobaksvarer med henblik på detailsalg.

Fabrikanter eller eventuelt deres repræsentanter eller befuldmægtigede i Fællesskabet samt importører fra tredjelande fastsætter frit de maksimale detailsalgspriser for hver enkelt af deres varer og for hver enkelt af de medlemsstater, hvori de skal overgå til frit forbrug.

Den i andet afsnit omhandlede bestemmelse kan dog ikke være til hinder for anvendelsen af nationale lovgivninger om kontrol med prisniveauet eller overholdelse af fastsatte priser, såfremt de er forenelige med fællesskabsforskrifterne.

2. [...]«

»*Artikel 16*

1. [...]

5. Medlemsstaterne kan på cigaretter og finskåren tobak til rulning af cigaretter opkræve en minimumspunktafgift, såfremt den ikke bevirker, at det samlede afgiftsbeløb bliver højere end 90% af det samlede afgiftsbeløb på henholdsvis cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse og finskåren tobak til rulning af cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse.«

4. I direktiv 1999/81 af 29. juli 1999 blev artikel 16, stk. 5, affattet således med virkning fra den 1. januar 1999:

»Medlemsstaterne kan opkræve en minimumspunktafgift på cigaretter, såfremt den ikke bevirker, at det samlede afgiftsbeløb bliver højere end 90% af det samlede afgiftsbeløb på cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse« [4].

2) Direktiv 92/79

6. Artikel 2 i direktiv 92/79 lyder således:

»Den enkelte medlemsstat anvender senest fra den 1. januar 1993 en samlet minimumspunktafgift (specifik punktafgift + værdipunktafgift uden moms), hvis incidens fastsættes til 57% af detailsalgsprisen (inkl. alle afgifter) for cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse.

5. I stævningen har Kommissionen ganske vist lagt den nye affattelse med virkning fra den 1. januar 1999 til grund, men den har ikke gjort det i sin begrundede udtalelse af 26. januar 1997. Under alle omstændigheder var det den gamle version, der gjaldt på tidspunktet for åbningsskrivelsen af 29. juli 1998. Da de passager, der er relevante her, imidlertid ikke blev ændret væsentligt, gør det ingen forskel indholdsmæssigt, om det er den nye eller den gamle version af artikel 16, stk. 5, i direktiv 95/59, der anvendes.

Fra den 1. januar 1993 fastsættes den samlede minimumspunktafgift på cigaretter på grundlag af cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse ifølge de oplysninger, der foreligger den 1. januar hvert år.«

B — *Fransk ret*

7. Ved artikel 37 i loi de finances pour 1998 nr. 97-1269 af 30. december 1997 (JORF af 31.12.1997, s. 19261) blev følgende bestemmelser indført i code général des impôts med virkning fra den 1. januar 1998.

4 — Den nye affattelse vedrører på den ene side ikke længere finskåren tobak, som den foreliggende sag heller ikke vedrører. På den anden side anvender man i den tyske version ikke længere formuleringen »Zigaretten der am meisten gefragten Preisklasse«; der tales derimod om »Zigaretten der gängigsten Preisklasse«. Tilsyneladende er der blot tale om en redaktionel ændring, hvorved der skal skabes overensstemmelse mellem artikel 16, stk. 5, i direktiv 95/59 og den tyske affattelse af artikel 2 i direktiv 92/79, hvor der allerede inden da taltes om »gängigste Preisklasse«. Den franske sproglige version af artikel 16, stk. 5, i direktiv 95/59, som på dette punkt ikke blev ændret ved direktiv 1999/81, svarede allerede inden da til artikel 2 i direktiv 92/79. Den nye affattelse berører således ikke bestemmelsens indhold hvad angår den del, der er relevant her.

8. Artikel 572, stk. 2:

»For kategorien af cigaretter af brun tobak, som defineret i artikel 575 A, sidste stykke, og for kategorien andre cigaretter må prisen på 1 000 vareenheder i en kategori, der sælges under samme mærke, uanset med hvilke kendetegn mærket i øvrigt er indregistreret, og uanset den benyttede emballages type eller styk-størrelse, ikke være lavere end den, der gælder for det mest solgte produkt af mærket.«

9. Artikel 575 A, sidste stykke, blev erstattet af følgende bestemmelser:

»Den i artikel 575 nævnte minimumsafgift fastsættes for cigaretter til 500 [FRF]. For cigaretter af brun tobak fastsættes minimumsafgiften dog til 400 [FRF], og med virkning fra den 1. januar 1999 til 420 [FRF].

[...]

Som cigaretter af brun tobak anses cigaretter, hvis sammensætning af naturlig tobak mindst indeholder 60% af den tobak, som kan henføres under KN 2401 10 41, 2401 10 70, 2401 20 41 eller 2401 20 70 i den fælles toldtarif« [5].

10. De afgiftssatser for cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak, der nævnes i første punktum, blev for 1999's vedkommende fastsat til 515 FRF og 435 FRF, for 2000 til 530 FRF og 470 FRF og for 2001 til 540 FRF og 510 FRF.

III — Retsforhandlinger og parternes påstande

11. Kommissionen mente, at der ved artikel 572, stk. 2, i code général des impôts blev indført en ulovlig minimumsreferencepris, og at dette medførte en forskellig beskatning af cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak, og at begge disse forhold var uforenelige med direktiv 95/59 og 92/79 samt EF-traktatens artikel 95. Den 29. juli 1998 sendte den derfor Den Franske Republik en åbningsskrivelse, og den 26. januar 1999 — da den heri fastsatte frist var udløbet, uden at der var blevet svaret — fremsendte den en begrundet udtalelse. Den Franske Republik svarede ved skrivelser af 6. april 1999 og

5 — Den fælles toldtarif definerer dette som tobak, ikke strippet, delvis eller helt strippet, som er »fire cured« eller »dark-air cured«.

22. februar 2000. Kommissionen udtog herefter den foreliggende stævning, der indgik til Domstolen den 7. august 2000.

12. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås,

at Den Franske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 9, stk. 1, i Rådets direktiv 95/59/EF af 27. november 1995 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift, ved at opretholde en ordning med en minimumsreferencepris for alle cigaretter,

og

at Den Franske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til både artikel 8, stk. 2, og artikel 16, stk. 5, i direktiv 95/59/EF og artikel 2 i Rådets direktiv 92/79/EØF af 19. oktober 1992 om indbyrdes tilnærmelse af cigaretafgifterne samt EF-traktatens artikel 95, stk. 1, og subsidiært dennes stk. 2, ved at opretholde en ordning, hvorefter cigaretter af brun tobak og af lys tobak beskattes forskelligt til skade for cigaretter af lys tobak.

— Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13. Den Franske Republik har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14. Den Franske Republik har ganske vist indrømmet, at fastlæggelsen af forskellige minimumspunktafgifter for henholdsvis lys og brun tobak er uforenelig med direktiv 92/79, men den har gjort gældende, at EF-traktatens artikel 95 ikke er blevet overtrådt, da disse typer cigaretter ikke er sammenlignelige. Det strider heller ikke mod direktiv 95/59 at kræve, at der overholdes en minimumsreferencepris på grundlag af det mest solgte produkt af et bestemt mærke.

IV — Vurdering

A — *Minimumsreferenceprisen*

Parternes anbringender

15. Kommissionen har henvist til artikel 9 i direktiv 95/59, i henhold til hvilken fabrikanterne eller importørerne frit fastsætter de maksimale detailsalgspriser for cigaretter. Artikel 572 i code général des impôts kræver derimod, at prisen på 1 000 vareenheder i en kategori af varer, der sælges under samme mærke, ikke må være lavere end den, der gælder for det mest solgte produkt af mærket. Da prisen på det mest populære produkt af et mærke således skal behandles som minimumspris, indskrænkes friheden til at fastsætte prisen i forbindelse med en alternativ produktudformning — f.eks. med hensyn til emballagens størrelse, cigaretternes størrelse eller deres kvalitet.

16. Kommissionen har påberåbt sig Domstolens praksis og fastslået, at forbeholdene i artikel 9, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 95/59 heller ikke bemyndiger medlemsstaterne til at fastsætte priserne på cigaretter [6].

17. Kommissionen har anført, at Domstolen i sin nyeste afgørelse netop har fastholdt, at det også strider mod den frie prisfastsættelse i henhold til artikel 9, stk. 1, i direktiv 95/59 at fastlægge en minimumspris [7].

18. Ifølge Kommissionen er den konkurrence på prisen, som Frankrig har kritiseret, selve målet med artikel 9, stk. 1, i direktiv 95/59. De franske foranstaltninger tilstræber at beskytte cigaretter af brun tobak. Et sådant økonomisk formål kan ikke begrunde, at fællesskabsretten tilsidesættes.

19. Direktiv 92/72 og 95/59 giver medlemsstaterne et stort spillerum til at påvirke markedet for cigaretter ved en ensartet beskatning. Frankrig ønsker imidlertid at begunstige cigaretter i afgiftsmæssig henseende ved hjælp af en lav salgspris.

6 — Kommissionen har påberåbt sig dom af 21.6.1983, sag 90/82, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2011, især præmis 20 ff., af 7.5.1991, sag C-287/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2233, og af 28.4.1993, sag C-306/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2133.

7 — Dom af 19.10.2000, sag C-216/98, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 8921, præmis 21.

20. Den Franske Republik har gjort gældende, at Kommissionen går ud fra en forkert vurdering af virkningen af artikel 572 i code général des impôts.

21. Denne bestemmelse skal blot hindre fabrikanterne i at lade prisen på en type cigaretter variere alene ud fra, hvordan de er emballeret — hvad enten der er tale om emballagens type eller styk-størrelse.

Stillingtagen

22. Artikel 9, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 95/59 bestemmer, at det principielt er fabrikanten eller importøren, der fastsætter den maksimale detailsalgspris for cigaretter. Selv om artikel 9, stk. 1, tredje afsnit, kunne forstås således, at medlemsstaterne alligevel kan påvirke prisfastsættelsen, fremgår det af Domstolens praksis, at det er fabrikanten eller importøren, der fastsætter prisen [8].

8 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland (nævnt ovenfor i fodnote 7), præmis 20 ff. med yderligere henvisninger.

23. Begge parter er enige om, at artikel 572 i code général des impôts indfører en minimumspris for salg af cigaretter af et bestemt mærke svarende til den pris, som gælder pr. cigaret af det mest solgte mærke. Bestemmelsen udelukker således, at fabrikanten eller importøren af dette mærke sælger cigaretterne til lavere pris i en anden emballage eller styk-størrelse. Bestemmelsen indskrænker således cigaretfabrikanternes eller importørernes frihed til at fastsætte en maksimal detailsalgspris, som betyder, at prisen på den enkelte cigaret falder til en lavere pris end den, der gælder for det mest solgte produkt af mærket.

24. Følgelig begrænser artikel 572 i code général des impôts den frie prisfastsættelse og strider mod artikel 9, stk. 1, i direktiv 95/59.

25. Det kan ikke ses, at tilsidesættelsen af 9, stk. 1, i direktiv 95/59 skulle være begrundet. Hvad angår Frankrigs henvisning til den prismæssige konkurrence, der skulle have medført, at priserne på cigaretter er faldet, og som efter Frankrigs opfattelse ikke er ønskværdig sundhedspolitisk set, skal det for det første bemærkes, at muligheden for at konkurrere på prisen er den logiske konsekvens af den frie prisfastsættelse, og for det andet, at sundhedspolitiske hensyn i henhold til direktiv 95/59 og direktiv 92/79 først og fremmest skal

varetages ved at fastsætte afgifter. Det er derimod udtrykkelig udelukket at fastsætte en minimumspris. Hvis Frankrig vil anvende dette middel, må staten i første omgang arbejde på at få ændret artikel 9 i direktiv 95/59.

26. Henset til denne konstatering er det ikke nødvendigt her at afklare, om artikel 572 i code général des impôts i modsætning til sin ordlyd ikke påvirker fastsættelsen af prisen på andre produkter af et bestemt mærke afhængigt af deres størrelse, kvalitet eller særlige egenskaber.

27. Bestemmelsen strider under alle omstændigheder mod artikel 9, stk. 1, i direktiv 95/59.

B — *Vedrørende den forskellige beskatning*

28. Minimumspunktafgiften i henhold til artikel 2 i direktiv 92/79 medfører, at hver cigaret mindst beskattes med et absolut beløb (uden moms), hvis incidens er fastsat til 57% af detailsalgsprisen, inklusive alle afgifter, for cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse. Cigaretter, der er dyrere, er underlagt en højere beskatning målt i absolutte tal, idet afgiften da fastsættes på grundlag af en kombination af et fast beløb pr. enhed og en proportional punktafgift, der beregnes ud fra den maksimale detailsalgspris. Hvis en fabrikant eller en importør tilbyder cigaretter til en lavere pris end prisen for cigaretter i den mest efterspurgte prisklasse, er det derimod minimumspunktafgiften, der anvendes.

29. Artikel 575 A i code général des impôts fastlægger imidlertid ikke denne minimumsafgiftssats, da den minimumsafgift, der blev indført ved bestemmelsen, ikke afhænger af cigaretterne i den mest efterspurgte prisklasse. Afgiften har imidlertid samme virkning som en minimumspunktafgift, da den udelukker en beskatning, der er proportional med prisen, og som er lavere end en bestemt endelig salgspris. Denne endelige salgspris er lavere ved cigaretter af brun tobak end ved cigaretter af lys tobak.

1) Direktiv 92/79 og 95/59

Parternes argumenter

30. Efter Kommissionens opfattelse fremgår det af artikel 2 i direktiv 92/79 og artikel 16, stk. 5, i direktiv 95/59, der begge kun taler om en minimumspunktafgift, at medlemsstaterne kun må fastlægge en ensartet minimumspunktafgift. Dette støttes også af artikel 8, stk. 2, i direktiv 95/59, i henhold til hvilken satsen for den proportionale forbrugsafgift og beløbet for den

specifikke forbrugsafgift skal være henholdsvis det samme for alle cigaretter. Tilsidesættelsen af denne bestemmelse kan ikke begrundes med, at Frankrig gradvis harmoniserer de forskellige minimumspunktafgifter.

2) EF-traktatens artikel 95

Parternes argumenter

31. Frankrig har ikke bestridt dette anbringende, for så vidt det støttes på direktiv 92/72 og direktiv 95/59.

34. Kommissionen har indledningsvis fremhævet, at der på trods af konstateringen af, at ovennævnte direktiver er blevet overtrådt, skal foretages en undersøgelse på grundlag af EF-traktatens artikel 95. Mens hjemlen for direktiverne — EF-traktatens artikel 99 (nu artikel 93 EF) — har til formål at fjerne handelshindringer ved hjælp af harmoniserede skatteregler, er EF-traktatens artikel 95 rettet mod diskriminerende og protektionistiske skatter[9].

Stillingtagen

32. Jeg tilslutter mig parternes samstemmende opfattelse. Artikel 2 i direktiv 92/79 og artikel 16, stk. 5, i direktiv 95/59 nævner kun *én* minimumspunktafgift, der ifølge førstnævnte bestemmelse skal være en »samlet« afgift. Forskellige satser kan ikke være en »samlet« afgift. Det fremgår desuden af anden betragtning til direktiv 95/59, at medlemsstaternes forbrugsbeskatning af cigaretter ikke må fordreje konkurrencen. Det er imidlertid netop det, der sker, når medlemsstaterne opkræver forskellige minimumspunktafgifter.

35. I henhold til fast retspraksis foreligger der en tilsidesættelse af artikel 95, stk. 1, når afgiften på henholdsvis det importerede og det tilsvarende indenlandsk fremstillede produkt beregnes forskelligt og efter forskellige regler, således at det — selv om det kun måtte ske i visse tilfælde — fører til et højere afgiftsbeløb for det importerede produkt[10].

33. Den nye affattelse af artikel 575 A i code général des impôts er derfor uforenelig med direktiv 92/79 og 95/59.

9 — Kommissionen har henvist til dom af 27.2.1980, sag 171/78, Kommissionen mod Danmark (spiritusafgifter), Sml. s. 447.

10 — Kommissionen har henvist til dom af 26.6.1991, sag C-152/89, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I. s. 3141, præmis 20, og af 2.4.1998, sag C-213/96, Outokumpu Oy, Sml. I, s. 1777, præmis 34.

36. I det foreliggende tilfælde er minimumspunktafgiften på 500 FRF pr. 1 000 enheder for cigaretter af lys tobak højere end afgiften på 400 FRF pr. 1 000 enheder for cigaretter af brun tobak.

37. Ifølge Kommissionen er de to typer cigaretter »lignende varer« i EF-traktatens artikel 95, stk. 1's forstand. I henhold til Domstolens praksis skal kriteriet »lignende« fortolkes bredt. Der skal på den ene side tages hensyn til samtlige objektive typiske kendetegn, f.eks. grundproduktet, fremstillingsmåderne, de organoleptiske egenskaber, især smag og andelen af tjære og nikotin, og på den anden side til, i hvilket omfang begge varer tjener samme behov. I henhold til disse kriterier er de to typer cigaretter »lignende varer«. De to typer cigaretter kan substituere hinanden på samme måde som henholdsvis lys og mørk øl og hvidvin og rødvin. De to typer cigaretter behandles i henhold til direktiv 95/59 også ens i afgiftsretlig henseende. De henføres desuden under den samme position i den fælles toldtarif.

38. Forskellene i smagen mellem cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak kan ikke i sig selv udelukke, at der er tale om »lignende varer«, da der skal tages hensyn til alle de nævnte kriterier.

39. Det forhold, at der findes to grupper forbrugere, der kan afgrænses tydeligt fra hinanden, idet de ryger henholdsvis cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak, er heller ikke til hinder for at tale om »lignende varer«, da nationale afgiftsregler ifølge Domstolen heller ikke må medvirke til, at eksisterende vaner fastlåses.

40. Endelig er konstateringerne i beslutningen Seita/Tabacalera om fusionskontrol[11] ikke til hinder for at tale om »lignende varer«. I denne beslutning lod Kommissionen det udtrykkeligt stå åbent, om der foreligger ét marked for cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak. Desuden har Domstolen anerkendt, at to produkter kan være konkurrerende efter betydningen i EF-traktatens artikel 95, stk. 2, uden at de udgør ét marked[12].

41. EF-traktatens artikel 95, stk. 1, kræver på ingen måde, at importen påviseligt er blevet begrænset.

42. Selv hvis cigaretter af henholdsvis lys tobak og brun tobak ikke er lignende varer

11 — Kommissionens beslutning af 3.12.1999 om en sammenslutnings forenelighed med det indre marked (sag VI/M.1735 — Seita/Tabacalera) i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89, EFT 2000 C 32, s. 4; beslutningen kan kun fås i den engelske version af CELEX og kan ses på generaldirektoratet »Konkurrence«'s website, http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1735-en.pdf, eller separat i papirform.

12 — Kommissionen har henvist til dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands, Sml. s. 207, og af 7.5.1987, sag 184/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2013.

i henhold til EF-traktatens artikel 95, stk. 1, er de dog konkurrerende produkter, og dette er tilstrækkeligt til at anvende EF-traktatens artikel 95, stk. 2 [13].

43. Ifølge Kommissionen fremgår den diskriminerende virkning, som den forskellige beskatning har over for varer fra andre medlemsstater, af, at næsten alle de cigaretter af brun tobak, der ryges i Frankrig, også fremstilles dér — Kommissionen har anført, at den indenlandske produktion dækker mellem 95% og 99,57% af forbruget. Det kan ikke bestrides, at det franske tiltag begunstiger cigaretterne af brun tobak produceret i Frankrig i forhold til cigaretter af lys tobak, der næsten udelukkende importeres.

44. Ifølge Kommissionen har beskatningsændringen også påvirket denne konkurrence. Beslutningen om at undlade at sætte prisen på cigaretter af lys tobak op i 1998 var udelukkende et resultat af strategiske overvejelser fra producenterne og importørernes side. Inden den nye ordning trådte i kraft, kunne producenterne fastsætte en pris på 630 FRF for 1 000 vareenheder. Efter ordningens ikrafttræden skulle de imidlertid forlange 850 FRF for 1 000 enheder. Producenterne af cigaretter af brun tobak kunne derimod nøjes med at forlange 666,50 FRF for 1 000 enheder eller bruge hele forskellen mellem 666,50 FRF og 850 FRF til at forbedre deres stilling på markedet. Den protektionistiske virkning af denne beskatningsordning fremgår således klart.

45. Frankrig har indledningsvis bemærket, at virksomheden Rothman i 1996 introducerede cigaretterne af mærket »Winfield« på det franske marked. Disse cigaretter (af lys tobak) blev solgt i tredive-styks pakker til en betydelig lavere pris end den, der gjaldt for de normale tyve-styks pakker (667 FRF pr. 1 000 enheder mod 850 FRF pr. 1 000 enheder). Mærket »Winfield« fik derved hurtigt en stor markedsandel. Da mulighederne for at anvende andre konkurrencemidler — især cigaretreklame — retligt set var meget begrænsede, påtænkte Rothmans' konkurrenter ligeledes at foretage prissænkninger på 15%. En sænkning af prisniveauet ville imidlertid have modvirket den franske strategi til fremme af den offentlige sundhed ved bekæmpelse af tobaksforbruget, der først og fremmest bygger på høje priser.

46. Direktiv 92/79 og 95/59 stiller ingen midler til rådighed for at modvirke sådan en usædvanlig prismæssig konkurrence. Fastsættelsen af en ensartet, højere minimumspunktafgift forenkler problemstillingen på uacceptabel vis, da den først og fremmest rammer cigaretter af brun tobak.

13 — Kommissionen har henvist til dom af 9.7.1987, sag 356/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3299, præmis 7.

47. Den Franske Republik har desuden bestridt, at cigaretter af henholdsvis brun tobak og af lys tobak er lignende varer. I henhold til dommen i Rewe-Zentrale-sagen [14] er der kun tale om lignende varer, når de over for forbrugerne frembyder ensartede egenskaber og tjener samme behov.

48. Cigaretter af brun tobak har en anden smag — røgens pH-værdi er ikke sur, sådan som ved cigaretter af lys tobak, men derimod basisk. Det er ikke de to typer cigaretter, der er sammenlignelige, men derimod henholdsvis cigaretter af lys tobak og lys finskåren tobak til rullede cigaretter eller cigaretter af brun tobak og cigarilloer.

49. Desuden er der forskel på de forbrugere, der ryger de to typer cigaretter. Yngre forbrugere ryger næsten udelukkende cigaretter af lys tobak, hvorimod ældre forbrugere udgør flertallet af dem, der ryger cigaretter af brun tobak.

50. Endelig er markedsudviklingen for de to typer cigaretter også forskellig. Fra 1990 til 2000 faldt afsætningen af cigaretter af brun tobak til under det halve fra 34,7 til 15 mia. enheder, mens afsætningen af cigaretter af lys tobak steg fra 61,1 til 68 mia. enheder.

51. I fusionskontrolbeslutningen Seita/Tabacalera anerkendte Kommissionen selv, at de to typer cigaretter skulle henføres under forskellige markeder. I en skattesag har generaladvokat Mischo allerede anbefalet Domstolen at anvende begrundelsen i en konkurrenceretlig beslutning vedrørende varers sammenlignelighed analogt [15].

52. Frankrig har i øvrigt gjort gældende, at den forskellige beskatning af cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak ikke beror på deres oprindelse, men derimod på objektive kriterier. I henhold til Domstolens praksis forholder det sig ikke nødvendigvis sådan, at afgifterne på indenlandske varer under alle omstændigheder er lavere end beskatningen på importerede produkter [16].

53. Ifølge Frankrig har Domstolen i mellemtiden videreudviklet sin praksis vedrørende diskriminatorisk beskatning. En beskatning kan kun anses for at være diskriminatorisk, når den er egnet til at få forbrugerne til at undlade at købe den pågældende vare fra andre medlemsstater

14 — Dom af 17.2.1976, sag 45/75, Sml. s. 181.

15 — Forslag til afgørelse af 6.12.2000 i sag C-481/97, Kommissionen mod Frankrig, dom af 3.5.2001, Sml. I, s. 3369, på s. 3371, punkt 61.

16 — Frankrig har henvist til de i fodnote 10 nævnte domme.

og i stedet vælge indenlandske varer [17]. Det kan ifølge Frankrig imidlertid ikke ses, at udviklingen på markederne for henholdsvis cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak skulle have en sådan diskriminatorisk virkning.

54. Endelig har den franske regering under henvisning til forskellige perioder gjort rede for, at prisen på cigaretter af brun tobak — med udgangspunkt i et væsentligt lavere niveau — er steget stærkere end prisen på cigaretter af lys tobak, samtidig med at afsætningen af cigaretter af brun tobak er faldet, hvorimod afsætningen af cigaretter af lys tobak er steget.

Stillingtagen

55. Der skal her ikke tages stilling til, hvorvidt det er formålstjenligt at undersøge, om EF-traktatens artikel 95 er blevet tilsidesat, selv om det allerede står fast, at den omtvistede nationale ordning er uforenelig med den afledte ret. Kommissionens vide skønsbeføjelse i forbindelse med førelsen af traktatbrudssøgsmål giver den ret til at anmode om, at det fastslås, at flere fællesskabsretlige bestemmelser er blevet tilsidesat på én gang. Det skal imidlertid bemærkes, at direktiv 95/59 i modsætning til Kommissionens opfattelse i hvert fald har det accessoriske formål at hindre en diskriminatorisk beskatning [18]. Det skal her alligevel undersøges, om det er foreneligt med EF-traktatens artikel 95, at der eksisterer to forskellige minimumsafgiftssatser for cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak.

a) Den diskriminatoriske beskatning

56. For nylig fastslog Domstolen, at »et afgiftssystem kun [kan] anses for foreneligt med traktatens artikel 95, såfremt det er opbygget således, at det *under alle omstændigheder* [min fremhævelse] er udelukket, at der svares højere afgifter af importerede varer end af lignende indenlandske varer« [19].

57. Det kan ikke bestrides, at artikel 575 A i code général des impôts pålægger cigaretterne af lys tobak, der i overvejende grad (for cirka 80%'s vedkommende) importeres til Frankrig, en højere minimumsafgift end cigaretterne af brun tobak, der næsten udelukkende (for næsten 100%'s vedkommende) er franskproduceret. Frankrig har også udtrykkelig indrømmet, at de forskellige satser skal medføre en lavere belastning for cigaretter af brun tobak, da de har en mere vanskelig stilling på markedet end cigaretter af lys tobak. Hvis der er tale om »lignende varer«, skal en sådan afgiftsordning anses for diskriminerende og ufor-

17 — Frankrig har henvist til dommen af 9.7.1987 i sagen Kommissionen mod Belgien (nævnt ovenfor i fodnote 13), præmis 15, og dom af 5.4.1990, sag C-132/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1567, præmis 18 ff.

18 — Jf. anden betragtning til direktiv 95/59; jf. også dom af 27.2.1980, sag 55/79, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 481, præmis 12.

19 — Dom af 15.3.2001, sag C-265/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2305, præmis 40; jf. også dom af 3.2.2000, sag C-228/98, Dounias, Sml. I, s. 577, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

enelig med EF-traktatens artikel 95, da den, selv om der ikke formelt sondres med hensyn til produkternes oprindelse, er udformet således, at den største del af den indenlandske produktion omfattes af den fordelagtigste afgiftskategori, mens så godt som samtlige indførte produkter henhører under den højeste afgiftssats [20].

58. Hvis cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak er »lignende varer« efter betydningen i EF-traktatens artikel 95, stk. 1, så er der, når der i praksis sker en sådan diskrimination, ikke mulighed for at begrunde afgiftsordningen med, at den bygger på objektive kriterier. Afgiftsforskelle, der beror på objektive kriterier, kan nemlig heller ikke begrunde en diskrimination [21].

59. Spørgsmålet er imidlertid, om de to typer cigaretter skal anses for »lignende varer«.

b) Ligheden mellem cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak

60. I den afledte ret findes der indicier for, at cigaretter af henholdsvis brun tobak og af lys tobak er sammenlignelige. Hverken de ovennævnte direktiver om afgifter eller den fælles toldtarif skelner mellem cigaretter af brun tobak og cigaretter af lys tobak. Ved nærmere betragtning ses det imidlertid, at disse indicier kun har en ringe vægt.

61. Det forhold, at varer henføres under den samme toldposition, kan ganske vist være et indicium for, at de er »lignende varer« [22], men det forpligter ikke til at konkludere, at der foreligger sammenlignelighed [23].

62. Den bedømmelse, der foretages i de ovennævnte direktiver, virker dog vigtigere end klassificeringen i henhold til toldtariffen. Som det fremgår af betragtningerne til direktiv 95/59 og artikel 4 heri, er fællesskabslovgiver således både gået ud fra, at alle typer cigaretter henhører under den samme gruppe tobaksvarer, og at der er konkurrence mellem dem. Dette synspunkt modificeres imidlertid af lovgivningspraksis. De specificeringer og kategoriseringer af de punktafgiftspligtige varer, der foretages i harmoniseringsbestemmelser på grundlag af EF-traktatens artikel 99, følger nemlig principielt den toldretlige tarifering [24].

20 — Dommen i sagen Kommissionen mod Danmark (nævnt ovenfor i fodnote 9), præmis 36, og dom af 3.3.1988, sag 252/86, Bergandi, Sml. s. 1343, præmis 28.

21 — Dom af 3.7.1985, sag 277/83, Kommissionen mod Italien, den såkaldte »Marsala«-sag, Sml. s. 2049, præmis 12 ff.

22 — Rewe-Zentrale-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 14), præmis 12.

23 — Dom af 27.2.1980, sag 168/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 347, præmis 35.

24 — Jf. Rådets direktiv 92/83/EØF af 19.10.1992 om harmonisering af punktafgiftsstrukturen for alkohol og alkoholholdige drikkevarer, EFT L 316, s. 21, og Rådets direktiv 82/91/EØF af 19.10.1992 om harmonisering af punktafgiftsstrukturen for mineralolier, EFT L 316, s. 12, især fjerde betragtning til direktivet.

63. På den anden side kan den konkurrenceretlige bedømmelse af cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak, som Frankrig har anført, kun have begrænset betydning her. Konkurrenceretlige beslutninger kan ganske vist indeholde argumenter, der også har betydning i skatteretlig sammenhæng [25], men dette gælder ikke nødvendigvis også, når konklusionerne skal drages [26]. De to retsområder reguleres af hver deres regelsæt, og anvendelsen af reglerne skal undersøges hver for sig.

64. Det skal derfor undersøges nærmere, om cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak skal anses for sammenlignelige. Siden dommen i Hansen & Balle-sagen har Domstolen understreget, at lignende varer ikke ud fra et strengt identitetskriterium behøver at være fuldstændig ens, »men [fastlægges] efter et beslægtetheds- og sammenligneligheds-kriterium, set i forhold til anvendelsen« [27].

65. Retspraksis indeholder eksempler på, hvor langt varers sammenlignelighed kan gå. I dommen af 27. februar 1980 i sagen Kommissionen mod Frankrig fastslog Domstolen således, at »der blandt spiritusprodukter, set under et, [findes] et ubestemt antal drikkevarer, som kan betegnes som 'lignende varer' i den i artikel 95, stk. 1, angivne betydning«, og at der for de øvrige spiritusprodukters vedkommende i det mindste efter betydningen i EF-traktatens artikel 95, stk. 2, består et delvist eller potentielt konkurrenceforhold [28]. I frugtvin-dommen blev det endda fastslået, at henholdsvis bordvinsagtige frugtvine og druevine og likøragtige frugtvine og druevine var »lignende varer« [29].

66. Indtil videre har Domstolen i forbindelse med konstateringen af, om varer er sammenlignelige, undersøgt, om de pågældende varer over for forbrugerne frembyder ensartede egenskaber og tjener samme behov [30]. På den anden side må en medlemsstats afgiftspolitik ikke medvirke til at fastlåse givne forbrugsvaner med henblik på at fastholde en fordel, som de indenlandske virksomheder, der tilfredsstiller behovet, har opnået [31]. Det subjektive element, som forbrugernes vurdering udgør, kan derfor ikke have afgørende betydning set i forhold til objektive elementer. Det virker derfor — som det er sket i nyere praksis — mere passende på objektiv vis at undersøge, om varerne har ensartede egen-

25 — Dommen af 3.5.2001 i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 15), præmis 29.

26 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien (nævnt ovenfor i fodnote 12), præmis 12, og dommen i United Brands-sagen, præmis 22 ff., hvorefter der ganske vist eksisterer et marked for bananer, der skal afgrænses i konkurrenceretlig henseende, men bananer og andre former for frugt alligevel kan være sammenlignelige.

27 — Dom af 10.10.1978, sag 148/77, Sml. s. 1787, præmis 19, af 27.2.1980 i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt i fodnote 23), præmis 5, dom af 15.7.1982, sag 216/81, Cogis, Sml. s. 2701, præmis 7, og af 4.3.1986, sag 106/84, Kommissionen mod Danmark (frugtvin), Sml. s. 833, præmis 12.

28 — Dommen af 27.2.1980 i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 23), præmis 12.

29 — Frugtvin-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 27), præmis 13 ff.

30 — Rewe-Zentrale-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 14), præmis 12; jf. også Marsala-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 21), præmis 13.

31 — Dom af 27.2.1980, sag 170/78, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 417, præmis 14, og af 18.4.1991, sag C-230/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1909, præmis 9.

skaber og tjener samme behov ud fra et forbrugersynspunkt[32].

67. I henhold til artikel 575 A, sidste stykke, i code général des impôts, betragtes som cigaretter af brun tobak »cigaretter, hvis sammensætning af naturlig tobak mindst indeholder 60% af den tobak, som kan henføres under KN 2401 10 41, 2401 10 70, 2401 20 41 eller 2401 20 70 i den fælles toldtarif«. Alle øvrige cigaretter anses for cigaretter af lys tobak. Den gruppe produkter, der sammenlignes med, nemlig cigaretter af lys tobak, defineres følgelig negativt, forstået således, at cigaretter skal anses for cigaretter af lys tobak, hvis de indeholder enten en mindre del af den nævnte tobak eller helt andre typer tobak. Allerede denne afgrænsning i loven viser, at der kun er tale om gradsforskelle mellem cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak.

68. Dette indtryk bekræftes, når man ser på forarbejdningen af de pågældende typer tobak. De positioner i toldtariffen, der nævnes med hensyn til definitionen af cigaretter af brun tobak, omfatter ufabrikeret, ikke stribbet, delvis eller helt stribbet tobak, der er tørret ved ild (»fire cured«) eller tørret i fri luft under tag, og hvor man har ladet en naturlig fermation udvikle sig, inden tobakken afsættes (»dark air cured«)[33]. Tobak kan desuden tørres i solen, i varm luft eller uden fermation i fri luft under tag. Der findes desuden forskellige fermationsprocesser, og endelig kan tobak også tilsættes stoffer, der kan påvirke cigaretternes smag betydeligt. Mentolcigaretter er nok det tydeligste eksempel på dette. For så vidt kan man tænke sig mange forskellige variationer, og alligevel er der på trods af de forskellige fremstillingsprocesser altid tale om cigaretter. Det forhold, at Frankrig lige netop skelner mellem cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak, virker på baggrund heraf ikke som et nødvendigt, men snarere som et vilkårligt valg.

69. Begge typer cigaretter tjener desuden åbenbart et fælles behov, nemlig opfyldelse af behovet for nikotin. De gør det muligt at indtage tobak i den form, der er typisk for cigaretter, nemlig ved at ryge præfabrikerede tobaksruller omviklet af papirblade[34]. At de to typer cigaretter kan substituere hinanden, fremgår allerede af den antagelse, at der formodentlig ikke ville være nogen ryger, der blev ikke-ryger, hvis en af de to typer cigaretter ikke længere kunne fås.

70. Mod argumentet om sammenlignelighed har Frankrig anført, at der foreligger

32 — Dommen af 15.3.2001 i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 19), præmis 42; jf. også allerede den franske version af frugtvin-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 27), præmis 15.

33 — Jf. artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 2075/92 af 30.6.1992 om den fælles markedsordning for råtobak, EFT L 215, s. 70, senest ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1336/2000/EF af 19.6.2000, EFT L 154, s. 2.

34 — Jf. definitionen i artikel 4 i direktiv 59/95.

forskelle i smagen. Tobakkens smag spiller imidlertid den mindste rolle ved indtagelsen. Der er tilsyneladende kun 2% af alle rygere, der kan kende deres cigaretsort på smagen [35]. Dette passer også godt til Domstolens praksis, hvorefter det ikke kan bestrides »at [...] produkter rent faktisk adskiller sig smagsmæssigt; men dette kriterium findes dog at være for variabelt alt efter tid og sted til i sig selv at kunne være grundlag for en tilstrækkelig sikker sondring med henblik på afgrænsningen af [...] afgiftskategorier« [36]. I betragtning af, at det i andre tilfælde endda blev fastslået, at frugt- og druevine, samt at et ubegrænset antal forskellige former for spiritus er sammenlignelige [37], kan der i det foreliggende tilfælde ikke tillægges smagsforskellene nogen afgørende betydning.

71. Der bliver det forhold tilbage, at forbrugerne af de to typer cigaretter i Frankrig adskiller sig fra hinanden. Det er en gruppe af ældre franskmænd — som dermed også bliver mindre — som ryger cigaretter af brun tobak, mens yngre franskmænd vælger at ryge cigaretter af lys tobak. Der er ingen holdepunkter for at antage, at denne demografiske kløft skyldes cigaretternes egenskaber eller forbrugernes behov. Man må derimod gå ud fra, at kløften skyldes forhold, som går videre end det rene behov for nikotin — der kunne tænkes at være tale om årelange vaner og den relevante cigarettypes renommé.

35 — Jürgen von Troschke, *Das Rauchen — Genuss und Risiko* (1987), s. 73.

36 — Dommen af 27.2.1980 i sagen Kommissionen mod Frankrig (nævnt ovenfor i fodnote 23), præmis 37.

37 — Jf. ovenfor under punkt 65.

72. Dette synspunkt vejer imidlertid ikke tungere end lighederne mellem de to typer cigaretter. Allerede på markedet for cigaretter af lys tobak er det ofte det renommé (»image«), som et cigaretmærke har fået via reklame, der har afgørende betydning ved købet. Alligevel ville en forskellig beskatning af to cigaretmærker af lys tobak ikke kunne begrundes, selv hvis man måtte påvise, at beskatningen som følge af forbrugernes bundethed af mærkerne ikke påvirker afsætningen. I øvrigt har forbrugsvaner i henhold til retspraksis kun underordnet betydning.

73. Følgelig skal cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak anses for »lignende varer« efter betydningen i EF-traktatens artikel 95, stk. 1. Da det allerede er blevet fastslået, at den foreliggende afgiftsordning diskriminerer cigaretter fra andre medlemsstater, er EF-traktatens artikel 95, stk. 1, blevet tilsidesat.

c) EF-traktatens artikel 95, stk. 2

74. Supplerende skal der henvises til, at der i hvert fald må anses at bestå et potentielt konkurrenceforhold mellem cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak, hvilket gør det muligt at anvende EF-traktatens artikel 95, stk. 2. Ved anvendelsen af denne bestemmelse er det imidlertid ikke tilstrækkeligt at påvise, at indførte varer

beskattes i større omfang end indenlandske. Det skal derimod også undersøges, om afgiftsforskellene kan have en beskyttelsesvirkning til fordel for den indenlandske produktion [38]. Statistiske data kan indeholde afgørende bedømmelseskriterier. Selv om det principielt er Kommissionen, der har pligt til at bevise, at der foreligger et traktatbrud [39], har Domstolen afgjort, at Kommissionen i reglen ikke er forpligtet til at fremlægge statistiske oplysninger [40].

75. I det foreliggende tilfælde står det fast, at cigaretter af brun tobak udbydes billigere end cigaretter af lys tobak og samtidig er pålagt en lavere minimumsafgift, der gør det muligt at sælge dem til den lavere pris. Der er således i det mindste et indicium for en beskyttelsesvirkning. Dette indicium afkræftes imidlertid i vidt omfang af, at det er forskellige grupper af forbrugere, der køber de to typer cigaretter. Hvis prisforskellen mellem cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak spillede en rolle for nutidens forbrugere, ville valget af cigaretter ikke på denne måde afhænge af rygerens alder. Det gælder så meget mere, som nævnte grænse mellem generationerne — ligesom prisforskellene mellem cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak — tilsyneladende allerede har eksisteret længe og uafhængigt af den forskellige beskatning. Det er således ikke påvist, at den forskellige beskatning kan beskytte den indenlandske produktion. Kommissionen skulle imidlertid have bevist dette.

d) Konklusion hvad angår EF-traktatens artikel 95

76. Da cigaretter af lys tobak og cigaretter af brun tobak skal anses for »lignende varer«, har Den Franske Republik tilsidesat EF-traktatens artikel 95, stk. 1, idet den har opkrævet en højere minimumspunktafgift for cigaretter af lys tobak end for cigaretter af brun tobak.

77. Måtte Domstolen imidlertid afvise, at cigaretter af henholdsvis lys tobak og af brun tobak er sammenlignelige, må man nå frem til, at EF-traktatens artikel 95 ikke er tilsidesat, da Kommissionen ikke har påvist, at EF-traktatens artikel 95, stk. 2, er blevet tilsidesat.

V — Sagens omkostninger

78. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der

38 — Dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (nævnt ovenfor i fodnote 31), præmis 9.

39 — Jf. om Kommissionens bevisbyrde dom af 23.10.1997, sag C-160/94, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5851, præmis 17, af 9.2.1994, sag C-119/92, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 393, præmis 37, og af 19.3.1991, sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 6.

40 — Dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (nævnt ovenfor i fodnote 31), præmis 10.

er nedlagt påstand herom. Da Den Franske Republik har tabt sagen, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at den tilpligtes at betale sagens omkostninger, skal det pålægges Den Franske Republik at betale sagens omkostninger.

VI — Forslag til afgørelse

79. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Den Franske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 9, stk. 1, i Rådets direktiv 95/59/EF af 27. november 1995 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak, bortset fra omsætningsafgift, idet den har opretholdt en ordning med en minimumsreferencepris for alle cigaretter.

2) Den Franske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 8, stk. 2, og artikel 16, stk. 5, i Rådets direktiv 95/59/EF, i henhold til artikel 2 i Rådets direktiv 92/79/EØF af 19. oktober 1992 om indbyrdes tilnærmelse af cigaretafgifterne, samt i henhold til EF-traktatens artikel 95, stk. 1, ved at opretholde en ordning, hvorefter cigaretter af lys tobak og af brun tobak beskattes forskelligt til skade for cigaretter af lys tobak.

3) Den Franske Republik betaler sagens omkostninger.«