2. Kommissionen betaler sagens omkostninger.

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg, den 7. juni 1983.

Mertens de Wilmars Pescatore O'Keeffe Everling
Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due Bahlmann

P. Heim
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS FREMSAT DEN 26. APRIL 1983 [1]

Høje Domstol.

Nærværende sag er en i medfør af EØF-traktatens artikel 169 anlagt traktatbrudssag, hvorunder Kommissionen har nedlagt påstand om, at det statueres, at Den italienske Republik ved at opretholde en ordning med ensartede avancer ved salg af forarbejdet tobak har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af traktatens artikel 37.

I — For at forstå den rette betydning af den foreliggende sag, må man se den i en større sammenhæng. Den er nemlig et led i de foranstaltninger, som Fællesskabets institutioner, navnlig Kommissionen, har iværksat for at oprette en egentlig økonomisk union inden for sektoren for forarbejdet tobak med en sund konkurrence og med tilsvarende kendetegn som et internt marked, jfr. herved traktatens artikel 3 [2].

Disse foranstaltninger har i første række en fiskal betydning på grund af den væsentlige andel, som forbrugsafgiften udgør af detailsalgsprisen på tobak (for cigaretters vedkommende i gennemsnit 70 % [3]). Den 19. december 1972 vedtog Rådet det første direktiv om harmonisering af forbrugsafgifterne på cigaretter (direktiv 72/464/EØF), som siden hen er ændret flere gange. Formålet med dette direktiv er navnlig »gradvis at fjerne de faktorer fra medlemsstaternes afgiftsordninger for tobaksforbruget, som kan hindre de frie varebevægelser for disse

1 — Oversat fra fransk.

2 — Litra a) og f).

3 — Rapport fra Bouke Beumer til Europa-Parlamentet af 3. 11. 1982, dokument nr. 1-789/82, punkt 9, s. 12, i den franske oversættelse; Domstolens dom af 29. 10. 1980 i den såkaldte FEDETAB-sag, præmis 121, Sml., s. 3260.

varer og virke fordrejende på konkurrencevilkårene nationalt såvel som på fællesskabsplan« [1]. De væsentligste midler hertil er dels fastsættelse af samme forhold i alle medlemsstaterne mellem den proportionale forbrugsafgift og den specifikke forbrugsafgift [2], og dels at sikre en fri prisdannelse [3]. Det nærmere indhold af dette sidstnævnte begreb er for tiden genstand for sagen Kommissionen mod Den franske Republik (sag 90/82) [4, 5].

De iværksatte foranstaltninger tager ubestrideligt sigte på alle medlemsstater, men i de medlemsstater, hvor handelen med tobak er undergivet et handelsmonopol i artikel 37's forstand, er det Kommissionen, der som traktatens vogter påser, at medlemsstaterne iagttager deres forpligtelser ifølge denne bestemmelse. Den 22. juli 1980 havde Kommissionen måttet fremsætte en begrundet udtalelse over for Frankrig, og den 28. oktober 1981 havde den besluttet at indbringe en traktatbrudssag for Domstolen, som den imidlertid den 18. december samme år bestemte sig for at udsætte på grund af de positive foranstaltninger, regeringen traf siden hen. Kommissionen antog nemlig, at den franske regering havde forpligtet sig til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at tilpasse det franske handelsmonopol i overensstemmelse med bestemmelserne i EØF-traktaten [6].

Kommissionen førte også drøftelser med de italienske myndigheder vedrørende det italienske monopol for forarbejdet tobak og tændstikker. Da den fandt, at de italienske foranstaltninger var uforenelige med artikel 37, besluttede den den 28. oktober 1981 at anlægge sag ved Domstolen. Også her udsatte Kommissionen sagsanlægget på grund af de foranstaltninger, Italien traf i tiden derefter, men fastholdt dog, at den italienske ordning vedrørende fastsættelse af avancerne til tobakshandlerne var traktatstridig [7, 8]. Kommissionen fik herved en aftale i stand med Den italienske Republik vedrørende lagre i engrosleddet, varernes indpakning, regler om opkrævning af afgifter, den direkte adgang til tobakshandlerne gennem autoriserede lagre, ophævelsen af betingelsen om, at tobakshandlerne skulle være italienske statsborgere, samt muligheden for at indføre statslige detailforretninger [9]. Den begrundede udtalelse, som Kommissionen fremsatte i 1980, omfattede også tændstikmonopolet. Efter den aftale, som Kommissionen havde indgået med Den italienske Republik i slutningen af 1980, var Kommissionen af den opfattelse, at tændstikmonopolet fungerede i fuld overensstemmelse med artikel 37. Dette viste sig imidlertid under retsforhandlingerne i nærværende sag at bero på en misforståelse. Også ved salg af tændstikker i detailleddet er der nemlig, ligesom ved salg af forarbejdet tobak, fastsat ensartede avancer. Ganske vist indgår dette spørgsmål ikke i den foreliggende sag, men den afgørelse, som Domstolen træffer vedrørende forarbejdet tobak, vil også have gyldighed for de af monopolet omfattede tændstikker.

1 — Se direktivets første betragtning, som gengivet i Domstolens dom i sag FEDETAB, præmis 117.

2 — Direktivets femte og sjette betragtning.

3 — Direktivets syvende og ottende betragtning.

4 — Dom i sag FEDETAB, sagsfremstillingen, Sml., s. 3162.

5 — O.a.: Direktivet er her citeret efter den uofficielle oversættelse i Karnov's EF-Samling, anden udgave, s. 570 ff.

6 — Den Sekstende Almindelige Beretning om De europæiske Fællesskabers Virksomhed i 1982, nr. 238.

7 — Femtende Almindelige Beretning, nr. 224.

8 — Sekstende Almindelige Beretning nr. 239.

9 — »Rivendite di Stato«.

De foranstaltninger, som er iværksat af Fællesskabet institutioner, har imidlertid ikke blot til formål at hindre indgreb fra medlemsstater i de frie varebevægelser og i konkurrenceordningens almindelige funktion, men retter sig også mod handlingen i strid med redelig konkurrence, som er foretaget af private virksomheder eller af sammenslutninger af virksomheder. Således vedtog Kommissionen den 20. juli 1978 beslutning 78/670/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 [1]. Domstolens ovennævnte dom af 29. oktober 1980 vedrørte denne beslutning [2]. Det fremgår endvidere af Kommissionens bemærkninger i sag FEDETAB, at den siden 1976 flere gange havde indledt en procedure ved en formodet overtrædelse af traktatens artikler 85 og 86 og over for de eneforhandlingsaftaler, som de franske og italienske monopoler (henholdsvis SEITA og AAMS) havde indgået med størsteparten af de udenlandske fabrikanter af forarbejdede tobaksvarer [3].

Jeg tror, at det på dette sted er vigtigt at understrege, at selv om en national ordning inden for en bestemt sektor i væsentlig grad fratager producenterne og importørerne muligheden for at konkurrere indbyrdes [4], navnlig fordi afgiften udgør en væsentlig andel af detailsalgsprisen, er der dog ifølge Domstolens dom i sagen FEDETAB levnet de erhvervsdrivende »fornødent spillerum til en effektiv konkurrence« på produkter, »for hvilke en begrænset prisnedsættelse i produktions- eller importleddet kan påvirke forbruget mærkbart [5]«.

Når den foreliggende sag ses på denne baggrund, kan man sige, at den har til formål at udvide de erhvervsdrivendes handlefrihed yderligere. Detailprisen på forarbejdet tobak består af følgende tre elementer: afgiften (som udgør gennemsnitlig 70 %), produktionsomkostningerne (som udgør ca. 20 %) samt detailhandlerens andel (i gennemsnit 10 %) [6]. Domstolen vil i den foreliggende sag få lejlighed til at supplere sin praksis vedrørende den fri samhandel, særlig i forbindelse med spørgsmålet om de afgifter, der tilkommer statskassen, og vederlaget til leverandøren, og til at tage stilling til, hvorvidt en bestemmelse i national ret vedrørende vederlaget til detailhandleren er forenelig med fællesskabsretten.

Endelig skal jeg fremhæve sagens temmelig teoretiske karakter. Det er en principsag for Kommissionen, og den er ikke anlagt på grundlag af nogen klage fra importører i Italien.

II — For at fastslå, om der foreligger et traktatbrud, må den omtvistede italienske lovbestemmelse vurderes på baggrund af kravene i traktatens artikel 37. Jeg skal derfor kort beskrive ordningen i Italien og den heri indeholdte bestemmelse vedrørende fastsættelse af avancer.

Det italienske tobaksmonopol er et handelsmonopol i EØF-traktatens artikel 37's forstand. Monopolet omfatter såvel fremstilling som salg af tobak af nationale mærker eller af udenlandske mærker på licens. AAMS (Azienda Autonoma dei Monopoli dello Stato) har

1 — Forkortet: »FEDETAB-henstillingen«.

2 — Dom af 24. 10. 1980 i sag van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, de forenede sager 209-215 og 218/78, Sml., s. 3125.

3 — Dom i sag FEDETAB, Sml., s. 3218.

4 — Jfr. herved præmis 130 i dommen i sag FEDETAB af 29. 10. 1980.

5 — Præmis 133 i dommen i sag FEDETAB; min fremhævelse.

6 — Jfr. ovennævnte rapport fra Bouke Beumer, pkt. 9, s. 12 og 13.

enebeføjelse til at udstede den nødvendige autorisation til 80 000 tobakshandlere, som kan erhverves af dem, der opfylder koncessionsbetingelserne.

Det er blevet oplyst, at der i Italien på trods af de gældende kontrolforanstaltninger findes et større organiseret smugleri navnlig med amerikanske cigaretter.

Siden EØF-traktaten trådte i kraft har det italienske tobaksmonopol gennemgået en række dybtgående ændringer med henblik på den fornødne overensstemmelse med fællesskabsretten, navnlig traktatens artikel 37. Det eneste problem, der nu står tilbage, er spørgsmålet om fastsættelsen af en ensartet avance for detailhandlerne. Den udgør 8 % af forbrugerprisen [1]. Fastsættelsen af en sådan avance falder klart ind under et »offentligt monopols særlige funktion, nemlig udøvelsen af eneret« [2], og er derfor omfattet af den »lex specialis«, som artikel 37 udgør, snarere end af traktatens almindelige bestemmelser, herunder navnlig artikel 30.

Som den italienske regering har bemærket, er der ikke tale om et fast og af salgsprisen uafhængigt beløb, men om en ensartet procentsats, således at selve beløbet afhænger af produktets værdi.

Avancen er et af de elementer, der indgår i detailsalgsprisen. Den endelige salgspris, og den andel, der tilfalder statskassen (i form af forbrugsafgifter og moms) samt detailhandlernes vederlag, er fastsat i en række prislister, hvoraf de senest udstedte er vedføjet som bilag til ovennævnte lovdekret af 1. oktober 1982. Trækker man afgiften til staten og handelsavancen fra den endelige salgspris, får man den andel, som tilfalder producenten og grossisten (leverandørens andel).

Importørerne vælger selv frit deres salgspriser fra de prislister, som regelmæssigt offentliggøres i »Gazetta Ufficiale« i bilaget til de ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, der udsendes af finansministeriet. Disse prislister indeholder mange forskellige priser for hver enkelt gruppe af produkter. F.eks. fandtes der i de prislister, som var vedføjet som bilag til lov nr. 724 af 10. december 1975, 36 forskellige priser for snustobak, 71 for cigaretter, 91 for cigarillos, 133 for udskåret tobak og 213 for cigarer. Hvis ingen af disse priser tilfredsstiller de erhvervsdrivendes ønsker, kan de anmode om at få optaget en ny pris i prislisterne. Denne ordning er i overensstemmelse med ovennævnte direktiv 72/464/EØF. Den defineres af den italienske regering som en påbudt prisordning, i den forstand, at når den valgte pris er blevet optaget på prislisten, vil produktet ikke, så længe der ikke indføres foranstaltninger til ændring af denne pris, kunne sælges til en lavere eller en højere pris.

De nugældende bestemmelser findes i lov nr. 825 af 13. juli 1965, som ændret ved lov nr. 724 af 13. december 1975, og de gældende tariffer fremgår af de prislister, som er bilagt lovdekret nr. 697 af 1. oktober 1982.

1 — Se f.eks. bilagene til det italienske lovdekret nr. 697 af 1. 10. 1982, som Italiens befuldmægtigede citerede i sit indlæg under de mundtlige retsforhandlinger.

2 — Dom af 20. 2. 1979 i sag 120/78, Rewe, den såkaldte Cassis de Dijon-sag, præmis 7, Sml., s. 662.

III — Før jeg går ind i en vurdering af, hvorvidt denne ordning er gyldig efter traktatens artikel 37, skal jeg først kort gengive de af Domstolens afgørelser, der omhandler denne bestemmelse. Dette er så meget mere vigtigt, som artikel 37 har givet anledning til en række tvistigheder, som også kommer til udtryk i den foreliggende sag.

I den foreliggende sag er kun stk. 1 i artikel 37 relevant. Den har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne tilpasser gradvis de statslige handelsmonopoler, således at enhver forskelsbehandling af Medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår er udelukket fra overgangsperiodens udløb«.

Denne bestemmelses anvendelsesområde og formål er gradvis blevet uddybet i Domstolens praksis.

A — Det første formål er at undgå, at en medlemsstat gennem sine indgreb »[forskelsbehandler] ... produktionen eller handelen i andre medlemsstater« [1] og dermed at sikre, at produkter, som importeres fra andre medlemsstater, får lige chancer [2].

B — Det andet formål med denne bestemmelse er, som Domstolen ligeledes har fastslået det i praksis, at »sikre overholdelsen af den grundlæggende regel om de frie varebevægelser i det samlede fællesmarked, især ved at kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning i samhandelen mellem medlemsstaterne ophæves« [3].

Den af Domstolen i ovennævnte afgørelse foretagne henvisning til begrebet foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselstriktioner rejser spørgsmålet, om nævnte begreb har samme indhold i artikel 37 som i artikel 30. Så vidt jeg kan se, må dette spørgsmål besvares bekræftende.

Dette fremgår af præmisserne 8 og 9 i Domstolens dom i sagen Manghera [4]. I præmis 8 i denne dom hedder det:

»[Artikel 37, stk. 2, forpligter] medlemsstaterne til fra overgangsperiodens begyndelse at undlade enhver foranstaltning, som kan begrænse rækkevidden af de artikler, der angår afskaffelse af told og kvantitative restriktioner mellem medlemsstaterne; videre bestemmer artikel 37, stk. 3, at de i artiklens første stykke foreskrevne foranstaltninger skal tilpasses den i artiklerne 30-34 anførte ophævelse af kvantitative restriktioner for de samme varer«.

Det er takket være denne og den efterfølgende formulering i præmis 9, som indeholder en konklusion af det foregående, at der for mig at se ikke kan være tvivl om, at begrebet foranstaltninger med tilsvarende virkning har samme indhold i artikel 37 og artikel 30, hvorved jeg yderligere kan henvise til det overordentlig klare forslag til afgørelse, som generaladvokat Warner fremsatte i samme sag [5]. Det kan i den forbindelse

1 — Dom af 13. 3. 1979 i sag 91/78, Hansen mod Hauptzollamt Flensburg, præmis 9, Sml., s. 953

2 — Præmis 13 i samme dom, Sml., s. 954.

Se endvidere de to domme af 17. 2. 1976 i sag 45/75, Rewe mod Hauptzollamt Landau, præmis 26, Sml., s. 196, og i sag 91/75, Miritz, præmis 8, Sml., s. 230: Artikel 37, stk. 1, ... forbyder enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår fra overgangsperiodens udløb«, dom af 13. 3. 1979 i sag 86/78, Peureux, præmis 30, Sml., s. 913, som gentager de ovenfor citerede præmisser fra dommen Rewe og dommen Miritz.

3 — Dom af 3. 2. 1976 i sag 59/75, Manghera, præmis 9, Sml., s. 100, og ovennævnte sag Miritz, præmis 8, Sml., s. 228-230.

Det samme er udtrykt i ændret form i følgende domme: Ovennævnte sag Rewe af 17. 2. 1976, præmis 26, Sml., s. 196; ovennævnte sag Peureux af 13. 3. 1979, præmis 30, Sml., s. 913 samt ovennævnte sag Hansen af 13. 3. 1979, præmis 13, Sml., s. 954 og præmis 19, Sml., s. 956

4 — Dom i sag Manghera, Sml. 1976, s. 99

5 — Forslag til afgørelse i sag Manghera, Sml., s. 104-106

endvidere være nyttigt at citere en bemærkning, som generaladvokat Lagrange fremsatte for nu allerede snart 20 år siden i forbindelse med sin behandling af traktatens artikel 37, og som i dag kan siges at have karakter af en forudsigelse. Han sagde følgende: »Imidlertid er den *'mærkbare indflydelse'*, den være sig aktuel eller potentiel, på indførsel eller udførsel mellem medlemsstaterne, det eneste, der tæller, når henses til de omhandlede bestemmelsers formål . . .« [1]. Jeg vil derfor også kunne tilslutte mig følgende opfattelse, som er gjort gældende af professor Robert Kovar: »Ifølge Domstolens afgørelser er denne bestemmelse (artikel 37) et integrerende supplement til de øvrige forbud mod krænkelse af princippet om de frie varebevægelser« [2]. Jeg kan her endvidere henvise til, hvad professor Aurelio Pappalardo har sagt: »Domstolens konklusion (i Manghera-sagen) beror således i virkeligheden på en simpel anvendelse af reglerne om de frie varebevægelser på monopoler« . . . »Artikel 37 er derfor en særregel, som foreskriver en *ad hoc-procedure;* hvad angår *realiteten* har den imidlertid tilsvarende indhold som de øvrige bestemmelser i samme kapitel« [3].

C — Det tredje formål med traktatens artikel 37 er at sikre »opretholdelsen af [normale] konkurrencevilkår mellem medlemsstaternes økonomi« [4]. Den gør det herved muligt at undgå, at en medlemsstats »indgreb . . . via et statsligt monopols virksomhed . . . fordrejer konkurrencevilkårene på fællesmarkedet«[5].

Dette formål har særlig stor betydning i den foreliggende sag. Som sit andet anbringende har Kommissionen således gjort gældende, at den omstændighed, at staten fastsætter ensartede avancer, er egnet til at fordreje konkurrencevilkårene på det fælles marked. Heroverfor har den italienske regering indvendt, at dette anbringende ikke kan realitetsbehandles. Efter regeringens opfattelse er det kun spørgsmålet om forskelsbehandlingen og ikke de påståede fordrejelser af konkurrencevilkårene, der kan vurderes i henhold til traktatens artikel 37.

Denne indsigelse beror efter min opfattelse til dels på en misforståelse. Jeg mener nemlig ikke, at de indgreb i konkurrencevilkårene, der er omhandlet i præmisserne 9 og 19 i dommen Hansen, sigter til indgreb fra private virksomheder — som traktatens artikler 85 og 86 vedrører — men de indgreb, hvorved staterne via de handelsmonopoler, som de kontrollerer, leder eller øver mærkbar indflydelse på (jfr. artikel 37, stk. 1, 2. afsnit), foretager handlinger, der er i strid med princippet om en redelig konkurrence mellem disses egen økonomi, betragtet som en helhed, og de andre medlemsstaters økonomi. Dette princip om en redelig konkurrence, som er nævnt i traktatens præambel, og som er gentaget i traktatens artikel 3, stk. 1, med en lidt anden formulering kan derfor udgøre en faktor ved fortolkningen af flere af traktatens bestemmelser, blandt andet artikel 37.

Endvidere tror jeg man må erkende, at opretholdelsen af den redelige konkurrence i medlemsstaternes økonomier hører til blandt formålene med artikel

1 — Forslag til afgørelse af 25. 6. 1964 i sag 6/64, Costa mod Enel, Sml. 1954-1964, s. 551; org. ref. Recueil 1964, s. 1189.

2 — Note, vedr. Domstolens domme af 13. 3. 1979 i sagerne 86/78, 91/78 og 119/78, underskrevet med Kovars initialer i Journal de droit international 1981, s. 126.

3 — Se »Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés, Semaine de Bruges 1977, s. 554 og 555.

4 — Dom af 13. 3. 1979 i ovennævnte sag Hansen, præmis 19, Sml., s. 956.

5 — Samme dom i sag Hansen, præmis 9, Sml., s. 953.

37, fordi dette princip er et supplement til princippet om de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne. Det er i den forbindelse blevet anført, at traktatens forfattere tøvede med at anbringe den bestemmelse, der senere blev til artikel 37, i kapitlet vedrørende konkurrencereglerne, hvilket imidlertid let kan forklares [1].

Bestemmelserne om de frie varebevægelser og bestemmelserne til sikring af den frie konkurrence har samme formål, nemlig oprettelsen af et fælles marked (jfr. traktatens artikel 2), dvs. et marked, der har de samme eller i hvert fald så vidt muligt de samme egenskaber som et internt marked [2]. Som det er blevet udtrykt af en af dem, der deltog i forhandlingerne vedrørende traktaten, og som undertegnede denne, bestod de kunstige skillevægge mellem medlemsstaternes økonomier, »som det var formålet med traktaten om oprettelse af det fælles marked at bringe til ophør«, ikke blot »af de tre forskellige former for protektionistiske foranstaltninger med en beskyttende virkning, der er direkte omhandlet i EØF-traktaten, nemlig kvantitative indførsels- og udførselsrestriktioner, valutarestriktioner samt toldafgifter, men omfattede også de mange andre foranstaltninger, der har en indirekte beskyttende virkning, blandt hvilke de foranstaltninger, der har taget sikkelse af en offentlig virksomhed eller et monopol, er blandt de allerfarligste«.

Artikel 90 er optaget i det kapitel i EØF-traktaten, som indeholder bestemmelserne vedrørende konkurrencefriheden, der som begreb må anses at være til gavn såvel for forbrugeren som for virksomhedernes produktivitet. »Artikel 37 angår i øvrigt *også* afskaffelsen af den beskyttelse, der hidrører fra de statslige handelsmonopoler« [3].

For mig at se er konkurrenceforvridningerne og samhandelshindringerne blot to sider af samme sag.

Dette ses særlig klart i den foreliggende sag.

Kommissionen har navnlig gjort gældende, at et monopol, der både omfatter fremstilling og salg, nødvendigvis vil udforme salgsmonopolet på en sådan måde, at det virker til fordel for dets egne produkter. Dette første af Kommissionens anbringender har den allerede tidligere gjort gældende i ovennævnte sag Manghera.

Her gennemgik Kommissionen den italienske præferenceordning ud fra den synsvinkel, at der var tale om en »foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion« [4]. I den foreliggende sag har den imidlertid fremført en række argumenter på grundlag af en sammenligning mellem monopolets stilling og den situation,

1 — Charles-Étienne Gudin, Les monopoles nationaux à caractère commercial dans le droit de la Communauté économique européenne, thèse de doctorat (doktorafhandling), Université de Paris II, 1977, Volume 1, s. 129.

2 — Dom af 20. 1. 1981 i de forenede sager 55 og 57/80, Gema, præmis 14, Sml., s. 162: »Traktatens hovedformål, som er at sammensmelte de nationale markeder til et enhedsmarked . . .«; dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76, Metro, præmis 20, Sml., s. 1902: »Kravet. . . om, at konkurrencen ikke må fordrejes, forudsætter, at der hersker effektiv konkurrence på markedet (workable competition), hvilket vil sige, at der skal være så meget konkurrence, at traktatens grundlæggende krav overholdes, og at traktatens mål, navnlig dannelsen af et enhedsmarked med hjemmemarkedslignende forhold, opfyldes«.

3 — Baron Snoy et d'Oppuers, La notion de l'intérêt de la Communauté à l'article 90 du Traité de Rome sur le Marché Commun, Revista di diritto industriale, 1963, s. 247 og 248 (min fremhævelse).
I samme retning se også: I. Mere generelt: Wortley, An introduction to the Law of the European Economic Community, Manchester, 1972, kapitel 6, Monopolies under the EEC Treaty, s. 67. 2. Særlig vedrørende spørgsmålet om ligheden mellem begrebet »påvirke handelen mellem Medlemsstater« i traktatens artikel 85, stk. 1, og det begreb vedrørende hindringer for samhandelen mellem medlemsstaterne, som er indeholdt i Domstolens klassiske definition af begrebet foranstaltninger med tilsvarende virkning i henhold til traktatens artikel 30, se Kommissionens indlæg i sagerne 177 og 178/82, van der Haar og Kaveka. 3, Vedrørende tobak: Se ovennævnte rapport fra hr. Beumer, pkt. 6, s. 10 og 11 i den franske oversættelse.

4 — Ovennævnte dom i sag Manghera, Sml. 1976, s. 95.

hvor nogle virksomheder har indgået en aftale, som begrænser konkurrencen i den i artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning, dvs. en situation, som er blevet anset for retsstridig af Domstolen i dommen af 29. oktober 1981 i sagen FEDETAB [1].

Kommissionens andet anbringende er, at den anfægtede ordning fordrejer *konkurrencevilkårene* på det fælles marked, fordi den indebærer en vis *forskelsbehandling*. Efter Kommissionens opfattelse indebærer forpligtelser til at fastsætte samme avance for nye produkter som for de produkter, der i forvejen er kendt på markedet, at forskellige situationer behandles på samme måde uden objektiv begrundelse.

Det bør også ud fra mere generelle betragtninger anerkendes, at Domstolen i sin praksis giver artikel 37, stk. 1, første afsnit, et vidt anvendelsesområde. For det første på grund af bestemmelsens placering i traktaten, dvs. under hensyn til det grundlæggende princip om enhedsmarkedet og det hertil hørende princip om de frie varebevægelser [2]. For det andet på grund af den særlige påpasselighed, som det er nødvendigt at iagttage over for institutioner, der potentielt udgør en så stor fare for samhandelen, som det er tilfældet med de statslige handelsmonopoler, således som Baron Snoy understregede det i den artikel, jeg har nævnt ovenfor.

Det er ud fra disse principper, som Domstolen har opstillet i sin praksis, at jeg herefter skal behandle de to anbringender, som Kommissionen har gjort gældende imod den italienske ordning vedrørende fastsættelse af handelsavancer, og endvidere tage stilling til de modargumenter, som er fremført af den italienske regering.

IV — A. Kommissionens anbringender er følgende:

Når en medlemsstat, der har monopol på fremstilling (og salg) af et bestemt produkt, foreskriver, at de konkurrerende produkter fra de andre medlemsstater skal sælges til samme avance som monopolets egne produkter, indebærer dette efter Kommissionens opfattelse en forskelsbehandling til skade for de importerede produkter, som er forbudt efter traktatens artikel 37. På denne måde behandler monopolet nemlig to forskellige situationer, dels situationen for monopolets produkter og dels for de importerede produkter, ens. Artikel 37 har ifølge Kommissionen netop til formål at forhindre, at en medlemsstat, som er indehaver af et *fremstillings*monopol, udnytter sit *salgs*monopol til at skabe en sådan situation.

Det italienske monopol omfatter som sagt både fremstilling og salg. I kraft af sit salgsmonopol fastsætter de italienske monopolmyndigheder avancen på forarbejdet tobak, afhængig af monopolets afsætningspolitik for sine egne produkter. Avancen gælder imidlertid også for importerede produkter. Avancen tilpasses utvivlsomt de forhold, der gælder for monopolets produkter, men ikke nødvendigvis til de forhold, der gælder for de importerede produkter, idet man vanskeligt kan forestille sig, at en stat ikke vil søge at begunstige afsætningen af sine egne produkter. Ikke blot kan impørterne ikke yde detailhandlerne det vederlag, som de skønner mest hensigtsmæssigt, men de er endog forpligtet til at betale dem det beløb, som fastsættes af deres egen direkte konkurrent, den italienske stat, som er indehaver af fremstillingsmonopolet. Kommissionen har bemærket, at den vanskeligt kan forestille sig en situation, hvor forskelsbehandlingen med hensyn

1 — Jfr. den begrundede udtalelse af 30. 11. 1980, s. 9.

2 — Et princip, der navnlig er anerkendt siden Domstolen afsagde sin dom af 14. 12. 1962 i den såkaldte »honningkagesag«, Kommissionen mod Luxembourg og Belgien, de forenede sager 2 og 3/62, Sml. 1954-1964, s. 399; org. ref. Recueil s. 813; se blandt andet også dom af 9. 12. 1980 i sag 193/80, Kommissionen mod Italien, den såkaldte vineddikesag, præmis 17, Sml., s. 3033.

til forsynings- og afsætningsvilkår er mere åbenbar.

Herved skaber monopolet en situation svarende til den, hvor en privat producent ønsker at påtvinge sine konkurrenter en bestemt avance, som han selv fastsætter for de detailhandlere, der aftager hans egne produkter. Domstolen har antaget, at en aftale mellem virksomheder på det belgisk-luxembourgske marked, der forbyder parterne i aftalen at »forhandle med grossisterne om fastsættelse af individuelle avancer og gunstigere vilkår, afhængig af situationen på markedet«, er en konkurrencebegrænsning, som er forbudt efter traktatens artikel 85, stk. 1 [1].

Endelig er de udenlandske produkter som helhed dyrere end de nationale produkter. Følgelig hviler en avance, som er fastsat som en bestemt procentdel af detailsalgsprisen, tungere, beregnet i reelle omkostninger, på de dyrere produkter, hvilket normalt er de importerede, end de hviler på de italienske produkter, som oftest er de billigste. Ønsker importørerne imidlertid, for at undgå denne ulempe, at nedsætte vederlaget til forhandlerne, er dette ikke muligt på grund af bestemmelsen i den italienske ordning om den samme procentvise avance.

B. Endvidere er den omstændighed, at staten fastsætter ensartede avancer egnet til at fordreje konkurrencevilkårene på det fælles marked og navnlig i Italien. Den fremmer salget af de forvejen eksisterende tobaksmærker, som er kendt i Italien, fremfor de nye mærker, som importørerne fra andre medlemsstater ønsker at afsætte dér. Den italienske ordning afskærer dem nemlig fra at indgå aftaler med forhandlerne om større avancer i form af introduktionspræmier. Ordningen begrænser dermed importørens mulighed for at føre en forskellig markedspolitik og gør det endvidere umuligt for dem at tilpasse denne politik til markedet for hver enkelt tobaksprodukt og dette markeds særlige karakter og udvikling.

Ulempen herved forstærkes yderligere af det eksisterende forbud mod enhver form for annoncering af tobaksvarer. Fastsættelsen af de ensartede avancer er egnet til at fordreje konkurrencevilkårene og er endvidere i strid med princippet om sikring af *lige chancer* for de produkter, der importeres fra andre medlemsstater, og indenlandske produkter [2]. Hermed er vi tilbage igen ved begrebet forskelsbehandling. Fastsættes der samme avance for de nye produkter og for de produkter, der i forvejen er kendt på markedet, er det ensbetydende med at behandle forskellige situationer ens, uden at dette er objektivt begrundet.

V — For at gøre det mere klart har jeg inddelt den italienske regerings indsigelser over for Kommissionens anbringender i tre grupper:

1. Generelle bemærkninger vedrørende Kommissionens to anbringender;

2. svar på det første anbringende;

3. svar på det andet anbringende.

A — 1. Generelt har den italienske regering anført, at ordningen ikke kan anses for diskriminerende og dermed heller ikke anses for at være i strid med

1 — Dom af 29. 10. 1980 i den ovenfor citerede sag FEDETAB, præmis 110, Sml., s. 3257, og præmisserne 131-134, Sml., s. 3263 og 3264.

2 — Præmis 13 i den ovenfor citerede dom af 13. 3. 1979 i sag 91/78, Hansen, Sml., s. 954.

traktatens artikel 37, stk. 1, 1. afsnit, idet den gælder uden forskel for udenlandske og indenlandske produkter.

Heroverfor har Kommissionen indvendt, at inden for det fælles marked, betragtet som en helhed, diskriminerer den ensartede avance producenterne fra de andre medlemsstater til skade for disse.

Jeg tror ikke, at jeg her behøver at udtale mig om rigtigheden af den af Kommissionen anførte opfattelse, hvorefter spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 37, skal anføres på grundlag af betragtningerne vedrørende Fællesskabet som helhed, eftersom artikel 37 ifølge Domstolens praksis også indeholder et forbud mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner. Følgelig er det tilstrækkeligt at afgøre, om fastsættelsen af den samme procentvise avance for produkter, der importeres fra de andre medlemsstater, og for monopolets produkter, kan udgøre en hindring for afsætningen af de importerede produkter på det italienske nationale marked, den være sig alene af indirekte og potentiel karakter. Jeg må derfor tage afstand fra Kommissionens indsigelse, idet den beror på en for snæver opfattelse af artikel 37, som Domstolen har taget afstand fra i sin praksis.

2. Den italienske regering har dernæst anført, at den gældende ordning ikke er diskriminerende, fordi den giver de erhvervsdrivende mulighed for ved valget af den pris, de ønsker at anvende, at vurdere alle de elementer, som indgår i detailsalgsprisen, herunder avancens størrelse. Ordningen er derfor »gennemsigtig« m.h.t. de forskellige komponenter, som indgår i den endelige pris.

Ganske vist kender importørerne med sikkerhed avancens størrelse, når de fastsætter detailsalgsprisen for deres produkter, eftersom den udgør en bestemt procentdel af denne pris. Heraf følger imidlertid ikke nødvendigvis, at den omtvistede ordning ikke begrænser samhandelen eller fordrejer konkurrencevilkårene.

3. Den italienske regering går imidlertid et skridt videre, idet den gør gældende, at det vil indebære diskrimination at ophæve ordningen med de ensartede avancer, da det vil give detailhandlerne mulighed for at begunstige visse leverandører fremfor andre.

Regeringen anfører i den forbindelse, at kun de større producenter vil have mulighed for at tilbyde større avancer, som er attraktive for detailhandlerne. Hermed vil de gradvis kunne fordrive de små fabrikanter fra markedet, som herefter vil kunne være fristet til at sælge deres produkter som smuglergods.

Hertil skal jeg anføre, for det første, at de italienske tobaksforhandlere næppe kan være helt uden indflydelse. Det står dem f.eks. frit for, på trods af annonceringsforbuddet, enten mundtligt eller ved udstillingen af deres varer, at anbefale et bestemt produkt af en nærmere angiven fabrikant fremfor et andet produkt.

For det andet kan det næppe antages, at det vil have nogen som helst indflydelse på omfanget af smugleriet i Italien, om den nuværende ordning med en ensartet avance, fastsat af staten, ophæves, og f.eks. afløses af en ordning, hvor avancen fastsættes frit inden for en bestemt grænse. Der findes andre faktorer, som i tilstrækkelig grad forklarer smugleriet, men som jeg her ikke skal komme nærmere ind på.

Der er følgelig ingen af den italienske regerings generelle indsigelser, som virker overbevisende på mig.

B — Herefter skal jeg behandle de argumenter, som den italienske regering har fremført som svar på Kommissionens første anbringende.

1. Den italienske regering har i den forbindelse gjort gældende, at den procentvise avance ikke er fastsat som funktion af den salgspolitik, der er til størst fordel for monopolets egne produkter, men at regeringen er nødt til at tage hensyn til en lang række andre faktorer, herunder kravene fra tobakshandlerne, og tobaksprisernes indvirkning på leveomkostningerne som følge af pristalsreguleringen af lønningerne (»scale mobile«). Da det i gennemsnit er de udenlandske produkter, der er de dyreste, og da avancen er fastsat i forhold til prisen, har forhandlerne den største avance på de udenlandske produkter.

2. Disse argumenter vedrørende faktum har en vis relevans, men dog alligevel ikke fornøden vægt.

Først skal jeg tage stilling til argumentet om, at detailhandlerne har en større interesse i at sælge de udenlandske fremfor de indenlandske produkter. Disse detailhandlere godkendes uden videre af monopolinstitutionen og må følgelig formodes, som modydelse hertil, at blive opfordret af monopolet til at fremme afsætningen af monopolets produkter, på trods af den omstændighed, at de har større udbytte ved at sælge de udenlandske produkter. Desuden er detailhandlerne ikke den eneste gruppe af erhvervsdrivende, som har betydning for det omtvistede spørgsmål, idet den økonomiske fordel, som den italienske regering har peget på, kan tænkes at blive udlignet af de ulemper, der påføres erhvervsdrivende i et tidligere afsætningsled.

Men bortset fra spørgsmålet om, hvorvidt detailhandlerne reelt har interesse i at sælge de udenlandske fremfor de nationale produkter, eller hvorvidt monopolet fastsætter sine priser i egen interesse og dermed til skade for dets udenlandske konkurrenter, et det navnlig væsentligt at få fastslået, om den af monopolet indførte ordning kan anvendes på en sådan måde, at den diskriminerer eller i hvert fald er til gene for samhandelen inden for Fællesskabet. Som generaladvokat Warner understregede i sit forslag til afgørelse i sagen Manghera [1] indeholder artikel 37, ligesom artiklerne 30-36, et forbud mod *potentielle* restriktioner for samhandelen mellem medlemsstaterne [2]. Det argument, som generaladvokat Warner fremførte med støtte i ordlyden af artikel 37, stk. 1, hvorefter enhver forskelsbehandling skal være »udelukket« (på fransk: »assurée«; på engelsk: »ensured«), har her sin fulde gyldighed: »Noget er ikke 'udelukket', hvis der stadig er mulighed for, at det findes«.

Domstolen har i sin praksis taget den logiske konsekvens af, at begrebet »foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner« har samme indhold i artikel 37 som i artikel 30.

På dette grundlag må jeg også tilslutte mig den opfattelse, som Kommissionen er gået ind for, om end ikke fuldt ud. Den omstændighed, at det italienske monopol både er et fremstillings- og et salgsmonopol er *ikke uden videre* ensbetydende med, at det hermed også fremmer salget af sine egne produkter til skade for de konkurrerende produkter fra de andre medlemsstater. Det er en påstand, som der ikke er ført mindste

1 — Jfr. ovenfor Sml. 1976, s. 107.

2 — Se også, og i samme retning, forslag til afgørelse fra generaladvokat Lagrange i den ovenfor nævnte sag Costa mod Enel.

bevis for. Den beskrevne situation indebærer ganske vist en fare og kan føre til misbrug, hvortil især kommer, at monopolets fastsættelse af den samme procentvise avance for monopolets egne produkter og de konkurrerende produkter *kan* diskriminere eller være til gene for importørerne af forarbejdet tobak fra de andre medlemsstater.

Jeg kan her tilslutte mig og gentage de argumenter, som generaladvokat Rœmer fremførte i sit forslag til afgørelse i sagen vedrørende »mælkecentralerne« i Italien [1], og hvori han sagde. »Med henblik på en salgseneret for de i artikel 37 omhandlede organer bliver spørgsmålet således, om der heraf *nødvendigvis* følger en forskelsbehandling af statsborgerne i andre medlemsstater. Som Kommissionen har påvist, må dette i hvert fald angående *muligheden* for forskelsbehandling besvares bekræftende, dersom staten forbeholder sig salgseneretten, *da det jo ikke kan udelukkes, at staten på denne måde varetager andre end blot økonomiske interesser.* Endnu tydeligere bliver det i tilfælde, hvor der består en salgseneret for et organ, som selv fremstiller eller forarbejder de solgte produkter. Når henses til hovedsagens omstændigheder og i betragtning af, at kun behandlet mælk som hovedregel egner sig til at indgå i handelen mellem medlemsstaterne, kan det faktisk antages, at de mælkecentraler, som har fået tildelt en salgseneret, vil foretrække at afsætte den mælk, de selv har forarbejdet« [2].

Dette forslag til afgørelse er der så meget desto mere grund til at fremhæve som nævnte sag — således som Domstolen bemærkede det — ligesom den foreliggende drejede sig om et fremstillings- og salgsmonopol, hvortil kom, at Kommissionens anbringende i sagen var temmelig analogt med dets anbringende i den foreliggende sag.

C — Tilbage står så kun at behandle de argumenter, den italienske regering har fremført som svar på Kommissionens andet anbringende.

1. Som nævnt ovenfor er den italienske regerings første og foreløbige argument, at det andet anbringende må afvises. Som jeg også ovenfor var inde på, kan det ikke antages, at der i artikel 37 kun er mulighed for at vurdere en konkurrencefordrejning (i hvert fald ikke en konkurrencefordrejning i den ovenfor angivne betydning) ud fra diskriminationssynspunktet, hvilket kan udledes af dommen i sag Hansen af 13. marts 1979.

2. For det andet har den italienske regering gjort gældende, at konkurrencen ikke er blevet fordrejet, hvilket fremgår af, at de importerede tobaksvarers andel af markedet i Italien er blevet væsentligt forøget de seneste år. Til støtte herfor har regeringen under skriftvekslingen fremlagt nogle tal, som imidlertid væsentligt adskiller sig fra de af Kommissionen fremlagte tal.

Foranlediget af et af Domstolen under den mundtlige forhandling udtrykt ønske, er der blevet fremlagt en komplet statistik for perioden 1970-1982, som bekræfter de nævnte udsagn. Kommissionen bestrider imidlertid beregningsgrundlaget for disse tal, fordi blandt andet produkter, som er fremstillet i Italien på udenlandsk licens, i statistikken henføres til kategorien »udenlandske produkter«, hvilket ikke synes at være en helt irrelevant indvending.

1 — Forslag til afgørelse af 23. 2. 1972 i sag 82/71, Sail, Sml. 1972, s. 43, se navnlig s. 53; org. ref. Recueil s. 141 (s. 146).

2 — Mine fremhævelser.

De konklusioner, som den italienske regering drager på grundlag af de fremlagte tal, har imidlertid ikke fornødent grundlag i disse. Selv om de udenlandske produkters andel af markedet er gået frem i den tid, hvor ordningen med de faste, procentvise avancer har eksisteret, er det ikke godtgjort, at denne markedsandel ikke ville have været endnu højere, såfremt der havde fandtes en anden ordning. Den italienske regering har altså ikke ført noget bevis for sin påstand.

I lighed med hvad Domstolen har statueret i sine tidligere afgørelser, må det i den foreliggende sag fastslås, hvorvidt den anfægtede foranstaltning »direkte eller indirekte, faktisk eller potentielt, er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt marked« [1].

Svaret herpå må være bekræftende af de samme grunde, som Kommissionen har anført til støtte for sit første anbringende. Den yderligere omstændighed, som Kommissionen har nævnt i sit andet anbringende, nemlig at importørerne på nuværende tidspunkt er forhindret i at indgå aftale med detailhandlerne om andre avancer end de af monopolet fastsatte, og navnlig at indgå aftaler om ydelse af introduktionspræmier, kan naturligvis om nødvendigt kun bekræfte rigtigheden af dette svar.

3. Hvad angår det absolutte forbud mod annoncering, som efter Kommissionens opfattelse skader de udenlandske produkter, der i almindelighed er mindre kendt på markedet, har den italienske regering fremført følgende to forhold:

1. forbudet tilsidesættes rent faktisk for de udenlandske produkters vedkommende;

2. forbudet stiller ikke de udenlandske produkter ringere.

Det er hævdet, at forbudet rent faktisk tilsidesættes. Endvidere må det utvivlsomt antages, at annonceringsforbudet er et led i ordningen med de faste, procentvise avancer, og har til formål at gøre det vanskeligere for et nyt produkt at komme ind på det italienske marked.

Den italienske regering kan derfor med rette gøre gældende, at når forbudet delvis tilsidesættes, hvor det drejer sig om de udenlandske produkter, men ikke de indenlandske, stilles disse sidste ringere, for så vidt man foretager en direkte sammenligning af omfanget af importørernes lovovertrædelse. En sådan lovovertrædelse begrunder imidlertid efter min opfattelse snarere sanktioner for den pågældende krænkelse end opretholdelse af diskriminerende foranstaltninger, såsom en fast procentvis handelsavance, som man, såfremt man følger den italienske regerings resonnement ud i sin yderste konsekvens, kan fristes til at begrunde i nødvendigheden af at opveje overtrædelserne af loven om forbud mod annoncering.

Det andet argument er ikke relevant. Den omstændighed, at det lykkes for visse erhvervsdrivende gennem en effektiv økonomisk virksomhed at ophæve virkningerne af en ordning, der i hvert fald potentielt er protektionistisk, kan ikke efter min opfattelse begrunde, at ordningen opretholdes. Men der er andre grunde til, at den italienske regerings argument ikke er særlig overbevi-

1 — 13. 7. 1966 i de forenede sager 56 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 253 forneden; org. ref. Recueil s. 495, som bekendt en konkurrencesag; Domstolen har i en dom vedrørende foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner anvendt en formulering, der ligner denne meget, jfr. herved dommen af 11. 7. 1974 i sag 8/74, Dassonville, præmis 5, Sml., s. 852.

sende. Selv om den udenlandske cigaret, der i dag sælges mest af, blev bragt på markedet allerede i 1962 (dvs. før loven vedrørende forbud mod annoncering af tobaksvarer trådte i kraft), mens den i dag mest solgte indenlandske cigaret ikke fandtes på markedet på daværende tidspunkt, kan heraf ikke udledes, at annonceringsforbudet skulle have fremmet afsætningen af de udenlandske varer. Man kan højst sige, at det er svært for importører af udenlandske cigaretter at komme ind på det italienske marked, hvilket ikke har været tilfældet med den indenlandske cigaret, der i dag er den mest solgte.

4. Endelig mener den italienske regering, at den omstændighed, at det er muligt for importørerne at sælge deres produkter til en mere konkurrencedygtig pris, og at dette ikke behøver at øve indflydelse på forhandlerens avance, i hvert fald beviser, at ordningen ikke virker konkurrencebegrænsende.

Ligesom Kommissionen er jeg af den opfattelse, at den omstændighed, at der er åben konkurrence på detailpriserne, ikke er ensbetydende med, at det er lovligt at ophæve konkurrencen vedrørende avancen til detailhandleren. Producenten kan nemlig meget vel være interesseret i at forhøje forbrugerprisen fremfor at nedsætte den. Den italienske stat kan som indehaver af såvel fremstillings- som salgsmonopolet øve indflydelse på såvel avancen som forbrugerprisen, mens importørerne kun har mulighed for at øve indflydelse på prisen, men i øvrigt har pligt til at overholde den avance, som det italienske monopol finder passende.

Den anfægtede foranstaltning er derfor klart uforenelig med traktatens artikel 37, også selv om denne bestemmelse fortolkes så indskrænkende som overhovedet muligt. Det bemærkes, at Domstolen i øvrigt har taget afstand fra en så indskrænkende fortolkning af artikel 37 gående ud på, at kun en forskelsbehandling i dette begrebs snævreste betydning skulle være forbudt, men ikke andre hindringer for samhandelen eller andre begrænsninger i konkurrencen mellem medlemsstaterne.

D — Under hensyn til artikel 37's anvendelsesområde, således som dette i dag er anerkendt i gældende ret, og som bl.a., i lighed med traktatens artikel 30, også omfatter foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner, skal jeg behandle et sidste punkt.

Forbudet i traktatens artikel 30 er dels begrænset af de undtagelser, som er hjemlet i artikel 36, og af medlemsstaternes bestemmelser vedrørende handelen, som gælder uden forskel for nationale og importerede produkter, og som »må accepteres i det omfang, [de] ... er uomgængeligt nødvendige« for at tilgodese visse bydende hensyn [1]. Ligesom det er tilfældet med undtagelserne i artikel 36, er det en forudsætning, at sådanne bestemmelser forfølger ikke-økonomiske formål. Da artikel 37 findes i det samme kapitel vedrørende ophævelsen af de kvantitative restriktioner som artikel 30 eller, sagt på en anden måde, da der i hvert fald er en snæver forbindelse mellem sags- eller anvendelsesområdet for disse to bestemmelser [2], må det, der gælder for foranstaltninger i strid med traktatens artikel 30, også gælde for foranstaltninger i strid med artikel 37.

Ganske vist er det ikke muligt gennem en udtrykkelig henvisning til traktatens artikel 36, som skal fortolkes indskrænkende, og hvis ordlyd utvivlsomt også udelukker det (»Bestemmelserne i artiklerne 30—34 er ikke til hinder for . . .«), at lovliggøre foranstaltninger i strid med artikel 37. Ikke desto mindre mener jeg, at man inden for rammerne af artikel 37

1 — Dom af 20. 2. 1979 i sag 120/78, Rewe, præmis 8, Sml., s. 662.

2 — Jfr. herved generaladvokat Roemer's forslag til afgørelse i ovennævnte sager, Recueil 1972, s. 147 (»connexité des matières«).

kan undersøge, hvorvidt de undtagelser, som er nævnt i artikel 36 — og under visse omstændigheder også andre bydende hensyn — gør det rimeligt at antage, at der alligevel ikke foreligger en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, sådan som dette begreb forstås i artikel 30 [1].

Jeg skal derfor foreslå Domstolen at fastslå og fuldstændiggøre den snævre forbindelse mellem artikel 37 og artikel 30 og anvende samme metodik, som den gjorde i den såkaldte Cassis de Dijon-dom og senere præciserede nærmere, navnlig i dommen »souvenirs fra Irland« og i den seneste dom vedrørende italiensk vermouth [2].

Anvendes disse principper på den foreliggende sag, vil Domstolen kunne konstatere, at kun et af den italienske regerings argumenter a priori vil kunne behandles efter dette mønster, nemlig det argument, der støttes på hensynet til beskytelsen af forbrugerne. Læser man imidlertid igennem, hvad den italienske regering i øvrigt har anført vedrørende dette punkt i sit indlæg, vil man opdage, at det ikke er nødvendigt at gå yderligere ind på argumentet. Den italienske regering har nemlig gjort gældende, at den faste, procentive avance beskytter forbrugerne mod en ukontrolleret forhøjelse af priserne. Dette er et argument af økonomisk karakter og må følgelig afvises,

VI — Subsidiært har den italienske regering anført et sidste argument, støttet på traktatens artikel 90, stk. 2.

Efter denne bestemmelse er »Virksomheder ... som har karakter af fiskale monopoler, ... underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesser«.

Artikel 90, stk. 2, er altså en undtagelsesbestemmelse, der gør det muligt for en virksomhed, som under normale omstændigheder er i strid med traktaten, at fravige det herom i traktaten indeholdte forbud. Den italienske regering påberåber sig alene artikel 90, stk. 2, subsidiært, dvs. kun for det tilfælde, at Domstolen, ligesom jeg, anser den omtvistede foranstaltning for at være i strid med traktatens artikel 37, stk. 1, første afsnit. Artikel 90, stk. 2, er som sagt en undtagelsesbestemmelse og må følgelig fortolkes indskrænkende [3].

Som bekendt er det omtvistet i teorien, hvorvidt artikel 37 kan fraviges med støtte i traktatens artikel 90. Efter professor Franceschelli's opfattelse »har artikel 37 under alle omstændigheder forrang for artikel 90, således at forstå, at hvis der blandt de monopoler, som er omfattet af traktatens artikel 90 i dennes vide betydning, findes nogle, der indebærer forskelsbehandling med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår, skal disse også tilpasses på en sådan måde, at forskellen ophæves senest ved overgangsperiodens udløb, og således at forbudet mod forskelsbehandling overholdes, som med rette siges at være en af traktatens grundlæggende principper ... Artikel 90

1 — Dom af 17. 6. 1981 i sag 113/80, Kommissionen mod Irland, præmis 9, Sml. s. 1639.

2 — Dom af 20. 4. 1983 i sag 59/82, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft, præmis 11, Sml. 1983, s. 1217.

3 — Dom af 21. 3. 1974 i sag 127/73, BRT mod SABAM, præmis 19, Sml., s. 318.

må derfor vige for artikel 37, stk. 1, som er en *præceptiv* bestemmelse« [1].

På samme måde er Bâtonnier van Hecke af den opfattelse, at »in its relation to article 90, article 37 must be seen as a special provision taking precedence over the more general provisions of article 90« [2].

Trods værdien af disse argumenter kan jeg tilslutte mig den opfattelse, som bl.a. dekanen Colliard har givet udtryk for: »Sammenholdes de to bestemmelser, fremgår det, at der bør gives forrang til artikel 90, som indeholder mere vidtgående og mere klart afgrænsede undtagelser«. Den modsatte løsning ville efter min opfattelse berøve artikel 90 en del af dens tilsigtede formål (»effet utile«).

Selv om denne hindring er skaffet af vejen, er der yderligere tre betingelser, som skal være opfyldt, for at bestemmelsen kan bringes i anvendelse i den foreliggende sag:

— det italienske tobaksmonopol skal være et fiskalt monopol i artikel 90, stk. 2's forstand,

— ophævelsen af ordningen med de faste, procentvise avancer skal have til følge, at monopolet hindres i opfyldelsen af sin fiskale opgave,

— udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes af denne ordning i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesser.

Kommissionen har gjort gældende, at ingen af betingelserne er opfyldt.

Jeg skal nedenfor behandle hver af disse tre betingelser.

A — Det første spørgsmål er, om det italienske tobaksmonopol er et fiskalt monopol i artikel 90, stk. 2's forstand. Det rejser yderligere det spørgsmål, hvad der efter denne bestemmelse skal forstås ved et fiskalt monopol.

Efter Kommissionens opfattelse kan det italienske tobaksmonopol ikke anses for et fiskalt monopol og den italienske regering har intet grundlag for at støtte ret på artikel 90, stk. 2. Et monopol, hvis funktion er at opkræve en forbrugsafgift til fordel for statskassen, kan ikke betragtes som et fiskalt monopol. I øvrigt skal det væsentligste formål med monopolet være at opnå så stor indtægt fra afgifterne som overhovedet muligt. Afgiftsindtægterne fra salget af tobak i de medlemsstater, hvor der ikke findes noget salgsmonopol, er imidlertid ikke mindre end i de stater, hvor der findes et sådant monopol. Det fremgår endvidere af en undersøgelse vedrørende indtægterne fra afgifter på forarbejdet tobak i 1978, at de to stater, der var indehavere af et salgsmonopol, ikke var blandt de medlemsstater, der havde de største afgiftsindtægter fra forarbejdet tobak, og det gælder uanset hvilket kriterium, der lægges til grund.

Heroverfor har den italienske regering anført flere argumenter. For det første har den tilsluttet sig den opfattelse, som gøres gældende af professor Pappalardo, og hvorefter »alle de virksomheder, som har karakter af et fiskalt monopol, har flere andre formål ved siden af deres egentlige formål, som vanskeligt kan adskilles fra hovedformålet, da et moderne fiskalt monopol udgør en organisk helhed, hvis forskellige formål er indbyrdes snævert forbundet med hinanden« [3]. De fiskale monopoler er, som også professor Frignani og professor Waelbroeck har udtrykt det »statsmonopoler, hvis formål (om ikke udelukkende) er at fremskaffe indtægter gennem de opkrævne afgifter« [4].

1 — Les monopoles dans le marché cummun, l'article 37 du Traité de Rome, Travaux d'un groupe d'études 1965—1967, Ligue internationale contre la concurrence déloyale, Milano, 1968, s. 75.

2 — Government enterprises and national monopolies under the EEC Treaty, Common market law review, Vol. III/1965-1966, nr. 4, s. 454.

3 — Kommentar til artikel 90 i »Commentario CEE« af Quadri-Monaco-Trabucci, Milano 1965, s. 696.

4 — Disciplina della Concorrenza nella CEE, Napoli 1978, s. 120.

Den italienske regering har endvidere rejst kritik mod den snævre fortolkning, som Kommissionen har anlagt. Den mener, at et monopol bevarer sin karakter af et fiskalt monopol, selv om monopolet ikke har til formål at fremskaffe så mange aftgiftstægter som muligt.

Kommissionen erkender at have anlagt en indskrænkende fortolkning, men finder den er nødvendig, fordi artikel 90 har karakter af en undtagelsesbestemmelse i forhold til traktatens hovedregel.

Jeg finder det meget vanskeligt på dette punkt at fremdrage noget, der støtter Kommissionens synspunkt. Det må ganske vist erkendes, at artikel 90, stk. 2, er en undtagelsesbestemmelse og derfor må fortolkes indskrænkende. Parterne er i realiteten ikke uenige om, hvorvidt et monopol både kan være et handelsmonopol i artikel 37's forstand og et fiskalt monopol i artikel 90's forstand, da Kommissionens har erkendt dette i sin replik. Det modsatte synspunkt kan i øvrigt næppe overhovedet forsvares [1].

Under disse forhold må det afgørende være, hvorvidt det formål at forøge afgiftsindtægterne i videst muligt omfang, er et nødvendigt led i et monopols fiskale karakter. Dette er ikke min opfattelse. Som det gøres gældende af den italienske regering, kan det tænkes, at dette formål ikke har førsteprioritet i en større eller mindre periode, hvor det først og fremmest er hensynet til den generelle økonomiske politik (bekæmpelse af inflationen), hensynet til den sociale politik (hvor opkrævningen af de direkte skatter prioriteres højst) eller hensynet til regionspolitikken (f.eks. forhøjelse af forbruget af forarbejdet tobak under pres fra de producenter af uforarbejdet tobak, som har indflydelse inden for visse regioner), der tilgodeses. Følgen heraf kan ikke være, at monopolet mister sin fiskale karakter. Efter min opfattelse er det tilstrækkeligt for at anse det for et fiskalt monopol, at det er oprettet med det formål at fremskaffe større indtægter end det ellers ville være muligt.

Endvidere er den omstændighed, at afgiftsindtægterne er lavere i lande, hvor der findes monopol, end i lande, hvor der ikke findes noget monopol, naturligvis ikke tilstrækkeligt bevis for, at der ikke foreligger noget fiskalt monopol. De færre indtægter kan skyldes en lang række faktorer, som ikke har nogen forbindelse med monopolet og dets eksistens. Lad mig som eksempel bl.a. nævne afgiftens struktur (hvor stor en andel momsen og forbrugsafgiften udgør; hvor stor en andel den specifikke afgift og den proportionale afgift (som afhænger af varens værdi) udgør af forbrugsafgiften), organisationen af produktionen og distributionen (et eksempel herpå er bestemmelser vedrørende annoncering), ja blot sådan noget som forbrugsvanerne.

Og selv om man anerkendte Kommissionens snævre fortolkning, ville nævnte omstændighed ikke være noget bevis. Et monopol mister ikke sin fiskale karakter, blot fordi afgiftsindtægterne er mindre end det, som tilstræbtes med oprettelsen af monopolet, som stifterne klart har tillagt et fiskalt formål. Anerkendte man det modsatte, ville man sammenblande formålet med og virkningen af, at der oprettes et monopol, eller, sagt med andre ord, sammenblande hensigten og resultatet.

Selv om jeg i øvrigt mener, at man bør foretrække en selvstændig og fælles-

1 — Jeg skal minde om, at Kommissionens og Italiens rolle in Manghera-sagen var vendt om, jfr. herved forslag til afgørelse fra generaladvokat Warner, s. 606.

skabsretlig difinition af begrebet fiskal monopol fremfor en henvisning til de kriterier, der gælder efter national ret, tror jeg det er nyttigt at gøre opmærksom på, at tobaksmonopolet i italiensk ret betragtes som »selv mønstereksemplet på et fiskalt monopol« [1]. Det samme gælder i øvrigt i fransk ret for det franske tobaksmonopol [2]. Der er derfor intet forbavsende ved, at den italienske Corte di cassazione tidligere har statueret, at det italienske tobaksmonopol er af fiskal art og derfor falder ind under artikel 90, stk. 2's anvendelsesområde [3].

Af de grunde, jeg har nævnt ovenfor, er jeg under alle omstændigheder (også selv om man lægger en selvstændig difinition til grund) af den opfattelse, at den første betingelse for at bringe traktatens artikel 90, stk. 2, i anvendelse, er opfyldt, og at det italienske tobaksmonopol må anses for et fiskalt monopol i bestemmelsens forstand.

B — Det er endvidere en forudsætning for at bringe undtagelsesbestemmelsen i artikel 90, stk. 2, i anvendelse, at »opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem« (de fiskale monopoler), ville blive »retligt eller faktisk« hindret, såfremt de ensartede avancer ikke blev anvendt. Efter min opfattelse påhviler bevisbyrden herfor den medlemsstat, som påberåber sig artikel 90, stk. 2 [4].

Bestemmelsen opstiller således to betingelser. For det første gælder undtagelsen kun, såfremt den pågældende virksomhed henhører under de særlige opgaver, som er betroet det fiskale monopol [5]. Herudover skal anvendelsen af traktatens normale regler, herunder artikel 37, umuliggøre opfyldelsen af den særlige opgave, som er henlagt til monopolet. Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt for at fravige traktatens almindelige regler, at anvendelsen heraf gør det vanskeligere at opfylde monopolets opgaver. Der skal simpelt hen ikke være andre valgmuligheder for monopolet end den, der fører til at overtræde traktatens øvrige bestemmelser. Dette fremgår ganske klart af de udtryk, der anvendes i de øvrige versioner af artikel 90, nemlig »*ver*hindert« i den tyske og den nederlandske version, og »fait échec« i den franske version [6]. Der er med andre ord tale om særdeles snævre betingelser, som kun vil være opfyldt i ganske særlige undtagelsestilfælde.

Et sådant tilfælde foreligger næppe i den foreliggende sag.

Efter den italienske regering opfattelse bidrager den faste, procentvise avance i afgørende grad til at sikre gennemsigtigheden af og kontrollen med de endelige salgspriser på de produkter, som er undergivet monopolet, og den bidrager endvidere til at begrænse smugleriet. Desuden sikrer den detailhandlernes neutralitet og ligebehandling, det første ved, at de ikke bør gøre nogen forskel på de produkter, som de sælger, og det andet ved, at der ikke bør være nogen konkurrence mellem dem.

Som det vil ses, nøjes den italienske regering på dette punkt med at gentage de argumenter, den tidligere har gjort gældende over for Kommissionens anbringender, og som jeg ikke fandt

1 — Indlæg fra den italienske regering i ovennævnte sag Manghera, Sml. 1976, s. 95.

2 — Bemærkning fra den franske regerings befuldmægtigede i sag 90/82.

3 — Corte di cassazione, sezione III, dom af 17. 1. 1975, som er citeret i Eversen og Sperl 1975, nr. 1048; jfr. ligeledes Deringer, The competition law of the EEC, New York 1968, nr. 888, s. 252.

4 — Professor Arved Deringer er af samme opfattelse, jfr. ovennævnte afhandling, nr. 894.

5 — Deringer, ovennævnte afhandling, nr. 892.

6 — Se ovenfor Deringer, nr. 894.

velbegrundede. Erstatter man den nuværende ordning med de faste, procentvise avancer med en ordning, der opfylder kravene i traktatens artikel 37, vil dette imidlertid ikke hindre opfyldelsen af den fiskale opgave, der er betroet det italienske tobaksmonopol. Jeg er ikke engang sikker på — alt andet lige — at en ordning med en variabel avance vil nedsætte monopolets fiskale indtægter. En sådan ordning vil sandsynligvis medføre, at importørerne forhøjer avancen på nogle af deres produkter, sådan som den italienske regering frygter, men en sådan forhøjelse må på den anden side formodes at medføre en tilsvarende forøgelse af de fiskale indtægter. Selv om importørerne skulle nedsætte avancen for andre af deres produkter, som dermed ville få en lavere detailsalgspris, vil dette ikke nødvendigvis indebære færre fiskale indtægter, idet prisnedsættelsen kan tænkes at blive udlignet ved et større salg.

C — Da den fravigelse af traktatens almindelige regler, som under nærmere angivne betingelser er hjemlet i artikel 90, stk. 2, ikke kan bringes i anvendelse i den foreliggende sag, er det overflødigt at undersøge, om den yderligere betingelse efter stk. 2, 2. punktum, er opfyldt. Såfremt Domstolen skulle komme til det modsatte resultat, skal jeg bemærke, at jeg ikke finder, at denne bestemmelse i den foreliggende sag kan være til hinder for anvendelsen af artikel 90, stk. 2, 1. punktum. Forudsætningen for, at traktatens almindelige regler kan finde anvendelse, når betingelserne i artikel 90, stk. 2, første punktum, er opfyldt, er, at udelukkelsen af disse regler påvirker samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. Uden at det er nødvendigt at tage stilling til det omtvistede spørgsmål, hvorledes dette sidste begreb skal forstås, kan det fastslås, at ordningen med de ensartede, procentvise handelsavancer ikke har påvirket udviklingen i samhandelen mellem medlemsstaterne. Som den italienske regering med rette har anført, er denne betingelse betydeligt snævrere end Domstolens klassiske definition af foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner. Det afgørende efter artikel 90 er fremgangen i handelen inden for det fælles marked. Betingelsen vil altså kun være opfyldt, når den anfægtede foranstaltning har en væsentlig negativ indflydelse på udviklingen i samhandelen [1]. En foranstaltning, som er egnet til potentielt at hindre samhandelen og som altså er i strid med traktatens artikel 37, vil ikke påvirke udviklingen i samhandelen, sådan som dette begreb forstås i artikel 90, stk. 2.

Det gælder også den faste procentvise handelsavance for forarbejdet tobak i Italien. De tal, som den italienske regering har fremlagt som svar på Domstolens spørgsmål under retsmødet, godtgør i hvert fald, selv om man kan tilslutte sig Kommissionens kritiske bemærkninger med hensyn til tallenes grundlag, at import og salg til Italien af forarbejdede tobaksvarer fra udlandet (jfr. den 5. tabel i fjerde kolonne) er steget mere end fremstillingen af de samme produkter inden for landets grænser, det være sig nationale varemærker eller produkter, fremstillet på udenlandsk licens (jfr. samme tabel, anden kolonne (indenlandske produkter) og tredje kolonne

1 — Jfr. herved også Deringer, se ovenfor, nr. 900.

(produkter fremstillet på udenlandsk licens)).

Da den italienske regering ikke har fremlagt bevis for, at ordningen med de faste, procentvise handelsavancer er uomgænglig nødvendig for at opfylde det nationale tobaksmonopols fiskale opgave, er dets forsøg på at omgå forbudet i traktatens artikel 37 via traktatens artikel 90, stk. 2, dømt til at mislykkes.

Sammenfattende foreslår jeg derfor, at Domstolen statuerer følgende:

1. Den italienske Republik har undladt at opfylde de forpligtelser, som påhviler den i medfør af EØF-traktatens artikel 37, stk. 1, 1. afsnit, ved at opretholde en ordning med faste, procentvise avancer for detailsalg af forarbejdet tobak.

2. Den italienske Republik tilpligtes at afholde sagens omkostninger.