FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 21. SEPTEMBER 1977 [1]

Høje Ret.

Den præjudicielle sag, som skal behandles i dag, og som er blevet forelagt af den belgiske kassationsret, vedrører fortolkningen af EØF-traktatens artikler 3, litra f), 5, stk. 2, 86, 90, 30, 31 og 32 såvel som af nogle bestemmelser i rådsdirektiv nr. 72/464 (ABl L 303, 1972, s. 3), der trådte i kraft den 1. juli 1973, om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift.

Til forståelse af sagen skal jeg først anføre følgende.

I Belgien bliver der opkrævet forbrugsskat og merværdiafgift for forarbejdet tobak. Skatte- og afgiftspligtige er, for så vidt det drejer sig om varer, der er fremstillet i Belgien, producenterne, og for så vidt det drejer sig om indførte produkter, importørerne. Skatterne betales ved hjælp af banderoler, som kan købes hos skattemyndighederne. Banderolerne kan både påsættes af fabrikanten og af importøren; da det imidlertid er foreskrevet, at de skal anbringes under cellofanemballagen, hvor der benyttes en sådan (og dette synes at være det almindelige ved cigaretter), sker anbringelsen også, for så vidt angår importerede varer, i praksis altid ved vedkommende udenlandske fabrikant.

Skatterne beregnes på grundlag af den på banderolen anførte detailsalgspris. Den fastsættes principielt frit af fabrikanterne og importørerne. Dog skal prisforhøjelser, fordi der i Belgien eksisterer en øvrighedskontrol med de maksimale fortjenstmargener, godkendes af økonomiministeren. Ligeledes skal prisnedsættelser åbenbart anmeldes, og der skal forløbe bestemte frister inden den kan træde i kraft.

For den foreliggende sag er det især af betydning, at detailhandlerne er forpligtet til at overholde de på banderolerne anførte priser. Dette fremgår af artikel 58 i lov om indførelse af merværdiafgift af 3. juli 1969, der lyder således:

»For så vidt angår forarbejdede tobaksvarer, som er indført eller fremstillet her i landet, opkræves afgiften i alle de tilfælde, hvor der i henhold til lov eller administrativt fastsatte bestemmelser om beskatning af tobaksvarer skal svares forbrugsskat. Afgiften beregnes på grundlag af den på banderolen anførte pris, som skal være den bindende salgspris til forbrugeren, eller, hvis der ikke er fastsat nogen pris, på det grundlag, der er fastsat for opkrævning af forbrugsskat«.

I overensstemmelse hermed blev også bekendtgørelsen om forbrugsbeskatning af 22. januar 1948 ændret ved en ministeriel bekendtgørelsen af 9. april 1974, således at det nu også fremgår af bekendtgørelsen om tobaksbeskatning, at de heraf omfattede produkter skal sælges til forbrugeren til de på banderolerne anførte priser.

Den retlige forgænger for sagsøger i hovedsagen, som driver varehuse i Belgien, har ikke overholdt bestemmelsen i den nævnte artikel 58, fordi denne forgænger i 1972 solgte cigaretter til en pris, som var lavere end den på banderolerne anførte. Dette foranledigede sagsøgte i hovedsagen, sammenslutningen af tobaksdetailhandlere (»ATAB«), til at rette en anmodning til handelsretten i Bruxelles om udstedelse af en foreløbig forholdsregel. Denne anmodning blev efterkommet af præsidenten for den nævnte ret. Da INNO's adfærd blev anset for en illoyal konkurrencehandling og en krænkelse af artikel 58 i den nævnte lov, blev denne

1 — Oversat fra tysk.

virksomhed dømt til at undlade at tilbyde eller sælge cigaretter til under den pris, som er anført på banderolen.

INNO appellerede denne afgørelse med den begrundelse, at den nævnte artikel 58 er uforenelig med EØF-traktatens konkurrenceforskrifter og dennes bestemmelser om frie varebevægelser og også krænker det allerede nævnte rådsdirektiv, hvorefter alene maksimalpriser er tilladelige. Da appelretten ikke fulgte INNO's opfattelse, indbragte INNO endelig sagen for den belgiske kassationsret. Virksomheden fremførte ved denne ret, at appelrettens dom krænker EØF-traktatens artikler 3, litra f), 5, stk. 2, 85, 86, og 90 såvel som artiklerne 30, 31, 32 og 36 og endelig også bestemmelserne i Rådets direktiv nr. 72/464, fordi den lægger til grund, at artikel 58 i den belgiske lov er forenelig med EØF-traktaten.

Under hensyn til disse anbringender udsatte kassationsretten sagen ved dom af 7. januar 1977 og forelagde følgende omfangsrige liste af spørgsmål til præjudiciel afgørelse i medfør af EØF-traktatens artikel 177:

1. a) Skal EØF-traktatens artikler 3, litra f), 5, stk. 2 og 86 fortolkes således, at det er forbudt for en medlemsstat at indføre eller opretholde en bestemmelse i sin lovgivning, som blandt andet for såvel indførte varer som for varer fremstillet i landet for salg til forbruger foreskriver en bindende salgspris, der fastsættes af fabrikanterne eller importørerne, når denne bestemmelse er egnet til at fremme en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet, jf. EØF-traktatens artikel 86?
   Er det således blandt andet forbudt at indføre eller opretholde en national lovbestemmelse, som fremmer en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling, der består i, at fabrikanter og importører af forarbejdet tobak kan forpligte en medlemsstats detailhandlere til at overholde de salgspriser til forbrugeren, som de pågældende fabrikanter og importører har fastsat?
   b) Er det forbudt at indføre eller opretholde en national lovbestemmelse, som den under litra a) anførte, selv om den gælder generelt i den forstand, at den omfatter en hvilken som helst fabrikant eller importør, dvs. også sådanne, som ikke besidder en dominerende stilling eller ikke misbruger denne, og selv om den ikke på nogen måde har et misbrug af en dominerende stilling til formål, genstand eller virkning? Skal de unter litra a) anførte bestemmelser i EØF-traktaten, eventuelt sammenholdt med andre, i et sådant tilfælde fortolkes således, at indførelse eller opretholdelse af en sådan national lovbestemmelse på ingen måde er forbudt, men at denne bestemmelse blot er uden betydning for anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikel 86 i den forstand, at misbrug af en dominerende stilling stadig er forbudt, selv om muligheden herfor i det foreliggende tilfælde er blevet fremmet ved denne lovbestemmelse?
2. Skal EØF-traktatens artikel 90 fortolkes således, at der foreligger »virksomheder, som staten indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder«, når staten, i modsætning til hvad der gælder for fabrikanter og importører af andre varer, som skal meddele økonominiministeriet deres planlagte prisforhøjelser, men som ikke kan fastsætte den bindende salgspris til forbrugeren, pålægger fabrikanter og importører af bestemte varer den samme anmeldelsespligt ved en plantagt prisforhøjelse, men ved en lovbestemmelse, som foreskriver, at den efter anmeldelsen forhøjede pris for disse varer er bindende for salg til forbrugeren, indirekte giver de pågældende fabrikanter og importører mulighed for selv at fastsætte salgsprisen til forbrugeren?
   Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, kan opretholdelsen af disse særlige eller eksklusive rettigheder være i strid med EØF-traktatens be-

stemmelser, bl.a. artikel 7 og artikel 85 til 94 inklusive?

3. Skal EØF-traktatens artikler 30, 31 og 32 fortolkes således, at en retsforskrift i en medlemsstat, hvori der for salg af bestemte varer til forbrugeren foreskrives en på banderolerne angiven fast pris, der alt efter omstændighederne fastsættes af såvel de i staten hjemmehørende fabrikanter af disse varer som af importørerne af de selvsamme, navnlig fra andre medlemsstater hidrørende varer, udgør en »foranstaltning med tilsvarende virkning som ... jf. den ovennævnte artikel 30?
   Eller skal disse artikler fortolkes således, at en sådan retsforskrift kun udgør en sådan foranstaltning, når det står fast, at denne foranstaltning direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet, hvilket i givet fald skal afgøres af den nationale ret?
   Foreligger der en anden situation, såfremt medlemsstaten gør det muligt for fabrikanter og importører, efter anmeldelse om prisforhøjelse og under iagttagelse af en vis frist, at fastsætte priserne, herunder detailsalgspriserne, men hvor staten offentliggør disse priser og ved hjælp af den ovenfor anførte foranstaltning foreskriver deres overholdelse?
4. a) Er bestemmelserne i Ministerrådets direktiv nr. 72/464 af 19. december 1972, især artikel 5, direkte anvendelige, således at blandt andet private kan påberåbe sig disse bestemmelser ved de nationale retter?
   b) Skal artikel 5 i Ministerrådets direktiv nr. 72/464 af 19. december 1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift fortolkes således, at det er forbudt for medlemsstaterne at indføre eller opretholde en lovbestemmelse, der for salg til forbruger af indført eller i landet fremstillet tobak foreskriver en salgspris, nemlig den på banderolen angivne, således at det hverken er muligt at overskride maksimum eller at sælge artiklen til en lavere pris?

Inden der kan gås ind på disse spørgsmål, skal det desuden nævnes, at INNO i 1974 har henvendt sig med en klage til Kommissionen og anmodet om, at der måtte blive indledt en konkurrenceundersøgelse mod FEDETAB, en sammenslutning hvori de fleste belgiske og luxembourgske tobaksfabrikanter, som til dels også er importører, er sammensluttet, mod FNCG, en sammenslutning af alle de vigtigste belgiske tobaksgrossister, såvel som mod ATAB, sammenslutningen af tobaksdetailhandlere i Belgien. INNO havde herved en række aftaler fra årene 1967 til 1969 for øje, som FEDETAB har indgået såvel med engrossammenslutningen som med den belgiske grossister og detailhandlere, og som vedrører overholdelsen af de på banderolerne anførte priser, udelukkelsen af prisrabatter og indstilling af leveringer til forhandlerne, som ikke følger disse prisbestemmelser. Derpå har Kommissionen i juli 1974 indledt en undersøgelse i henhold til forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81; org.reg. ABl. af 21. 2. 1962, n. 204/62) og har i juli 1975 meddelt FEDETAB en række klagepunkter. Denne undersøgelse verserer åbenbart stadig ved Kommissionen.

Det er desuden også værd at bemærke, at INNO har opfordret Kommissionen til at indlede en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 169 mod den belgiske stat på grund af, at den nævnte artikel 58 strider mod EØF-traktatens bestemmelser og rådsdirektiv nr. 72/464/EØF af 19. december 1972. Kommissionen har som følge heraf gennemført en undersøgelse af den belgiske bestemmelse i lyset af EØF-traktatens artikel 30, men er tilsyneladende kommet til det resultat, at den ikke retfærdiggør et sagsanlæg.

Som vi har set, rejser der sig det spørgsmål for den forelæggende ret, om artikel 58 i den belgiske lov af 3. juli 1969, som foreskriver overholdelse af den på banderolen anførte pris, lader sig forene med fællesskabsretten. Ved undersøgelsen af de enkelte spørgsmål tager

jeg mig den frihed at fravige den rækkefølge, som kassationsretten har valgt. Jeg vil, fordi det forekommer mig mest enkelt, begynde med de betragtninger, som vedrører rådsdirektivet fra 1972. Dernæst skal jeg undersøge de problemer, som er forbundet med EØF-traktatens artikel 30 ff — foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførelsesrestriktioner. Endelig skal også Fællesskabets konkurrenceret behandles og undersøges med henblik på at udfinde, hvad for løsningen af den foreliggende sag på den ene side følger af EØF-traktatens artikler 3, litra f), 5, stk. 2, og 86, og på den anden side af artikel 90.

1. Vedrørende rådsdirektivet af 19. december 1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift har kassationsretten stillet et spørgsmål, der består af to dele. Det skal for det første undersøges, om direktivet og især dets artikel 5 har direkte virkning i fællesskabsrettens forstand, thi kun i så fald kan en national retsmyndighed tage det i betragtning som målestok ved bedømmelsen af national ret. For det andet skal det undersøges, om der af den nævnte artikel 5 lader sig udlede et forbud for medlemsstaterne mod at udstede retsforskrifter, hvorved der for indførte, eller i landet fremstillede tobaksvarer foreskrives en forbrugspris, nemlig den på banderolen anførte.

Ved undersøgelsen af dette spørgsmål forekommer det mig hensigtsmæssigt at behandle dets anden del først.

Tillad mig herved at henlede Domstolens opmærksomhed på ordlyden af direktivets artikel 5, stk. 1. Den er affattet således:

»Fabrikanter og importører fastsætter frit de maksimale detailsalgspriser for hver enkelt af deres varer. Denne bestemmelse kan dog ikke hindre anvendelsen af nationale lovgivninger om kontrol med prisniveauet eller overholdelse af fastsatte priser«.

Sagsøger i hovedsagen, som har påberåbt sig denne bestemmelse ved den belgiske ret, mener — bl.a. under henvisning til direktivets tilblivelseshistorie og begrundelse — at lovgiver dermed har villet bringe til udtryk, at kun maksimalpriser er lovlige, og at prisdannelsen i øvrigt skal være fri. Tilføjelsen i andet punktum — »lovgivninger om overholdelse af fastsatte priser« — kan, hvis den skal være forenelig med traktaten, alene vedrøre de af fabrikanterne individuelt og ved aftale fastsatte priser. Derimod skal der ikke her tænkes på en legalisering af kollektive systemer i den forstand, at der foreligger en bemyndigelse for medlemsstaterne til at fastlægge priserne eller overlade en sådan beføjelse til fabrikanterne og importørerne.

Heroverfor hævder andre, at Rådet med den nævnte tilføjelse udtrykkelig har godkendt et system med faste priser; man kan udlede af den omstændighed, at et sådant system, for så vidt der ikke tilstræbes en harmonisering, ikke skal anses som en hindring for frie varebevægelser.

Herimellem ligger på en måde en tredje opfattelse. For dens tilhængere er det efter bestemmelsens tilblivelseshistorie og ordlyd ligeledes klart, at direktivet ikke alene omhandler princippet om maksimalpriser. En sådan prismæssig retlig målsætning hører heller ikke hjemme i et skatteteknisk direktiv. På den anden side skal artikel 5, stk. 1, andet punktum ifølge denne opfattelse ikke forstås som en udtrykkelig godkendelse af et system med faste priser. Dette ligger nemlig uden for harmoniseringsrammerne. Det nævnte punktum skal snarere forstås som en blot og bar henvisning til medlemsstaternes kompetence vedrørende prisfastsættelser end som et forbehold om nationale bestemmelser om faste priser, hvorefter priser enten direkte bliver fastlagt, eller fabrikanternes og importørernes prisfastsættelser bliver godkendt. Om et sådant system kan opretholdes må bedømmes konkret efter de almindelige traktatbestemmelser, som heller ikke Rådet kan fravige, anføres det.

Hvad angår denne tvist, mener jeg, at det er let at påvise, at den af INNO hævdede opfattelse ikke er rigtig, at der altså af direktivet med henvisning til maksimale detailsalgspriser ikke kan udledes et forbud mod at indføre systemer med faste priser.

Det kan allerede for det første anføres, at en sådan konkurrenceretlig målsætning ikke rigtig hører hjemme i et direktiv om harmonisering af beskatningsgrundlagene.

Man kan også henvise til *ordlyden* af artikel 5, stk. 1, andet punktum. Efter formuleringen »lovgivninger om overholdelse af fastsatte priser« er det nærliggende at antage, at der hermed menes kollektive systemer for prisfastsættelsen, altså ikke alene kontraktmæssigt aftalte prisfastsættelser, fordi love ifølge deres natur normalt gælder for alle.

Ikke mindst peger bestemmelsens tilblivelseshistorie tydeligt i denne retning. For det første hed det blot i det ændrede forslag til direktiv om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift, som Kommissionen forelagde Rådet den 20. november 1970, i artikel 6, stk. 1, den senere artikel 5, stk. 1, i tilslutning til punktummet om, at fabrikanterne og importørerne frit bestemmer de maksimale detailsalgspriser for hver enkelt af deres varer: »Denne bestemmelse er dog ikke til hinder for nationale lovgivninger om kontrol med prisniveauet«. I Det økonomiske og sociale Udvalg, som skulle afgive sin udtalelse hertil, blev der — med en begrundelse, som jeg senere skal komme ind på — stillet andragende om at erstatte »maksimale detailsalgspriser« med »faste detailsalgspriser« eller »detailsalgspriser«. Tilsvarende lød forslaget fra Det økonomiske og sociale Udvalg til artikel 5, stk. 1, og artikel 6, stk. 1. Desuden har Det økonomiske og sociale Udvalg (jf. ABl. C 93, 1971, s. 12) udtalt sig til fordel for, at der i artikel 6, stk. 1, andet punktum inden for rammerne af forbeholdet for nationale lovgivninger indføjes ordene »eller om faste detailsalgspriser«. — Et forslag til beslutning fra Europa-Parlamentets Finans- og Budgetudvalg stemte overens med det sidstnævnte punkt, hvorfor der i beretningen af 11. oktober 1971 (Europa-Parlamentet, mødedokumenter, dokument nr. 117/71 af 11. oktober 1971) blev givet den begrundelse, at det i direktivets tekst skal præciseres, at faste detailsalgspriser ikke er forbudt. Parlamentet selv gik endnu videre i sin beslutning af 16. december 1971 (ABl. C 2, 1972, s. 10). Også ifølge Parlamentets opfattelse skulle der, fordi alle medlemsstaterne benyttede et sådant system, både i direktivets artikel 5 og artikel 6 benyttes udtrykket faste detailsalgspriser i stedet for maksimale detailsalgspriser. Rådet ville åbenbart ikke følge dette forslag af hensyn til de tre nye medlemsstaters forestående tiltrædelse, for hvilke et sådant system er fremmed, men kom derfor til den løsning at tilføje forbeholdet om overholdelse af fastsatte priser i artikel 5, stk. 1, andet punktum. Jeg mener, at der allerede som følge af denne tilblivelseshistorie ikke kan bestå tvivl om, at der hermed kun mentes de af fabrikanterne og importørerne fastlagte priser og detailhandlernes pligt til at følge disse.

Dette fremgår i øvrigt udtrykkeligt af et rådsprotokollat, hvorefter Rådet og Kommissionen er enige om, at der ved »prix imposé« skal forstås »les prix fixés par les fabricants ou les importateurs et, éventuellement, homologué par l'État«. Under alle omstændigheder kan man ikke tiltræde INNO's opfattelse, at dette udtryk alene omfatter priser, som staten erklærer for tilladelige som godkendte maksimalpriser, thi i så henseende ville det have været tilstrækkeligt alene at tale om bestemmelser vedrørende kontrol med prisniveauet.

Denne fortolkning svækkes i øvrigt heller ikke af den ottende betragtning i rådsdirektivet, hvori det hedder: »Ifølge de krav konkurrencen indebærer, må der være fri prisdannelse for alle grupper af forarbejdet tobak«. Jeg mener, at der hermed alene skulle udtrykkes, at staten for

så vidt muligt ikke skal øve indflydelse på prisdannelsen. Derimod er denne lidet præcise betragtning — når henses til direktivets entydige målsætning, ordlyden af artikel 5, stk. 1 og den anførte tilblivelseshistorie — næppe tilstrækkelig til at godtgøre, at den frie prisdannelse ifølge Rådets vilje skal sikres på detailhandlerniveauet.

Fortolkningen af direktivets artikel 5 fører derfor ikke til det resultat, at der principielt kun må bestå maksimalpriser inden for detailhandelen, og at priser, som er fastlagt at fabrikanterne eller importørerne, ikke kan betegnes som bindende. Denne konstatering er tilstrækkelig i denne sammenhæng. Det er altså med andre ord først uden betydning, om direktivet faktisk skulle bringe til udtryk, at bestemmelser om faste priser efter Rådets synspunkt et retmæssige, hvilket, hvis dette var tilsigtet, måtte give anledning til det yderligere spørgsmål, om dette var muligt efter traktaten, og om der ville fremgå indvendinger mod direktivets gyldighed efter almindelige traktatsprincipper.

Herefter er det egentlig ikke længere nødvendigt at gå ind på den anden del af spørgsmålet vedrørende direktivet, nemlig om artikel 5, stk. 1 udgør en direkte anvendelig bestemmelse, som kan påberåbes ved nationale retter, efter at det har vist sig, at artikel 58 i den belgiske lov af 3. juli 1969 ikke er uforenelig med direktivets bestemmelser. I al korthed skal der dog hertil bemærkes følgende: Ganske vist kan direktiver — dette er allerede fastslået i den hidtidige retspraksis — ikke som helhed have en sådan virkning; det er imidlertid ikke udelukket, at enkelt bestemmelser i et direktiv har det. En forudsætning herfor er det, at det drejer sig om klare og ubetingede bestemmelser, at der i disse foreskrives en bestemt adfærd, et nøjagtigt resultat, og at der ikke er overladt medlemsstaterne noget skøn. Jeg skal henvise til domme i sagerne 9/70 (Franz Grad mod Finanzgericht Traunstein, dom af 6. 10. 1970, Sammlung der Rechtsprechung, Band 1970, s. 825), 41/74 (Yvonne van Duyn mod Home Office, dom af 4. 12. 1974, Sml. 1974, s. 1337) og 51/76 (Verbond van Nederlandse Ondernemingen mod Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Den Haag, dom af 1. 2. 1977, s. 113). Efter det hidtil anførte er det dog klart, at disse forudsætninger for artikel 5, stk. 1, første punktum, modsat det af sagsøger i hovedsagen anførte, ikke foreligger, fordi det efterfølgende punktum, som må ses i sammenhæng med det første punktum, indeholder et forbehold om medlemsstaternes skøn. Ifølge dette forbehold er det muligt for medlemsstaterne at fravige bestemmelserne om maksimalpriser, idet medlemsstaterne efter eget skøn kan bibeholde bestemmelserne om maksimalpriserne eller udøve priskontrol ved fastsættelsen af maksimalpriserne eller erklære de af fabrikanterne eller importørerne valgte maksimalpriser for bindende.

Det kan således sammenfattende antages, at Rådets direktiv nr. 72/464 ikke tillader den følgeslutning, at artikel 58 i den belgiske lov af 1969 er uanvendelig.

2. Inden vi derefter vender os mod det yderligere forelagte spørgsmål, som vedrører fortolkningen af artikel 30 og EØF-traktatens konkurrencebestemmelser, finder jeg det nyttigt at gå ind på det af ATAB hævdede synspunkt, nemlig at de pågældende bestemmelser overhovedet ikke kommer i betragtning ved bedømmelsen af den belgiske bestemmelse om faste priser.

Ifølge denne opfattelse fører en høj proportionalskat, der som i Belgien beregnes efter detailhandlerprisen, nødvendigvis et system med faste priser med sig. Herved bliver det nemlig sikret, at staten også faktisk modtager de i nationalbudgettet forudsete indtægter fra tobaksskatten. Hvis man derimod tillader prisforskelle på detailhandlerniveauet, består der som følge af den her gældende ringe fortjenstmargin fare for, at detailhandelsforretninger ikke kan modstå konkurrencetrykket, og at der således må regnes med, at det derefter — som i Tyskland i begyndelsen af

trediverne — kommer til en betydelig svigten i indgangen af skatter. Desuden består der heller ikke ud fra forbrugerens synspunkt nogen interesse i en priskonkurrence på detailhandlerniveauet. Af tobaksmarkedets gennemsigtighed følger nemlig, at fabrikanterne ved prisunderbyden selv foretager almindelige prissænkninger, og at der således bliver anvendt banderoler med lavere priser. Den heraf følgende forringelse af skatteindtægterne bliver imidlertid straks udlignet igen ved en forhøjelse af tobaksskatten, således at de budgetterede indtægter kan fastholdes; forbrugeren har altså i virkeligheden kun en forbigående fordel ved sådanne prissænkningsforanstaltninger. Hvis det imidlertid således må anerkendes, at faste priser for forbrugeren udgør en væsentlig bestanddel af skattesystemet, og for tobaksskatten netop er systemet iboende, må det være nærliggende alene at anskue denne faktor inden for rammerne af den ved traktatens artikel 99 ff foreskrevne harmonisering, idet artiklen må vige over for bestemmelserne om kvantitative indførselsrestriktioner og konkurrenceretten. Det er desuden klart, at denne harmonisering endnu er i sin vorden og inden for rammerne af den første etape, som indtil nu er nået, i hvert fald endnu ikke er trængt frem til at omfatte det element, som er af interesse her. Faktisk blev forskellige hindringer for samhandelen, som skyldtes forskelle i de nationale lovgivninger, også accpeteret i Rådets direktiv af 1972, og det forklarer således også, at Rådet i direktivets artikel 5 udtrykkeligt har godkendt systemer med faste priser.

Disse antagelser, som ved første blik synes virkningsfulde, viser sig dog ved nærmere eftersyn ikke at være overbevisende.

Således synes tesen om, at indtægterne fra tobakskatten kun kan sikres ved et system med faste priser, ikke at være ret indlysende. Heroverfor kan der jo nu engang anføres, at netop et andet system — maksimalpriser for forbrugeren — åbenbart i lang tid har fungeret tilfredsstillende i Belgien.

Desuden anser jeg det for vigtigt, at Rådets befuldmægtigede under den mundtlige forhandling udtrykkelig har betonet, at det ikke er meningen med Rådets direktiv af 1972 at tage stilling til, om de i artikel 5, stk. 1, nævnte »fastsatte priser« er i overensstemmelse med traktaten. Der, hvor det tilsvarende forbehold i artikel 5 begynder, er harmoniseringsbestræbelserne i virkeligheden ophørt; spørgsmålet om bestemmelserne om de faste prisers forenelighed med traktaten er altså forblevet ubesvaret.

Yderligere finder jeg det ikke bevist, at det kan udledes af den retspraksis, som ATAB har henvist til (dommene i sagerne 74/76, Iannelli & Volpi SpA, Milano, mod Paolo Meroni, dom af 22. 3. 1977, og 111/76, Officier van Justitie mod Beert van den Hazel, dom af 18. maj 1977), at der består en tendens til, i hvert fald i særlige tilfælde, at tillægge bestemmelserne om kvantitative restriktioner en begrænset rækkevidde. Dette kan under ingen omstændigheder udledes af dommen 111/76, i hvilken det overhovedet ikke var nødvendigt at gå ind på artikel 30, fordi uforeneligheden af de nationale foranstaltninger allerede fremgik af en fællesskabsforordning (forordning nr. 123/67, EFT 1967, s. 57; org. ref. ABl. 117, 1967, s. 2301). For så vidt angår dommen 74/76, hvorefter artikel 30 ikke gælder for hindringer, som der gælder særlige bestemmelser for, skal det endvidere fremhæves, at den vedrørte ganske andre problemer, nemlig toldbestemmelserne, traktatens artikel 95 og bestemmelser om støtte. Vedrørende de sidstnævnte blev det desuden betonet, at for en støtteordnings gennemførelsesforanstaltning, som ikke er påkrævet af hensyn til dennes formål eller forvaltning, er det fuldt ud muligt at gennemføre en undersøgelse i lyset af artikel 30 og konstatere, om denne bestemmelse er blevet krænket.

Men netop i forbindelse med denne dom og den sidstnævnte konstatering kan man til ATAB's tese anføre, at systemet med faste priser udgør et nødvendigt element i tobaksbeskatningssystemet, og at

det derfor ikke skal bedømmes efter de almindelige traktatbestemmelser, nemlig artikel 30, men derimod alene skal ses i forhold til harmoniseringsbestemmelserne i artikel 99 ff, altså efter omstændighederne i kraft af en henstilling fra Kommissionen efter traktatens artikel 102. Efter alt, som er blevet fremført under retsforhandlingerne, må nemlig fortsat bestå det indtryk, at tesen om, at det belgiske system er en væsentlig, nødvendig bestanddel af tobaksbeskatningssystemet, ikke er blevet tilstrækkeligt godtgjort.

Jeg anser det for så vidt betegnende, at den luxembourgske regerings befuldmægtigede under den mundtlige forhandling udtrykkelig har forklaret, at systemet med faste priser ikke blev indført i Luxembourg af skattetekniske grunde i efteråret 1975, men at konkurrenceretlige grunde var udslaggivende, nemlig bestræbelsen på at beskytte tobaksdetailhandelen mod konkurrence fra større butikskæder eller varehuse.

Det er ligeledes betegnende, at den nederlandske regering på samme måde har forsøgt at retfærdiggøre systemet med faste priser ved rent konkurrenceretlige, middelstandspolitiske betragtninger. Som midtpunkt for denne regerings indlæg henvistes til, at antallet af tobaksdetailhandlere, som led under store vanskeligheder, var stærkt aftaget, og at en yderligere forringelse på grund af følgerne for engroshandelen og mindre fabrikanter, men også af hensyn til forbrugeren, for hvem et righoldigt udbud er vigtigt, ikke vil kunne tolereres.

Endelig har tobaksbeskatningsordningen, som allerede nævnt, også i selve Belgien fungeret i mere end 20 år alene med en regulering af maksimalpriser, altså uden faste priser. Ved indførelsen af reglerne om faste priser blev det udtrykkelig indrømmet, at den også har en økonomisk målsætning.

Hvis man altså holder sig til de strenge principper, som vil kunne udledes af dommen 74/76, om hvad der gælder for overtrædelse af almindelige traktatbestemmelser, kan man således vanskeligt anerkende, at fastprisordningen i sammenhæng med beskatningen af tobaksvarer kun lader sig beskrive ud fra et skatteharmoniseringssynspunkt. Vi står faktisk ikke over for et sagsforhold, hvorved særregler, som eksempelvis Kommissionens direktiver nr. 70/50 (EFT 1970 (I), s. 10; org.ref. ABl. L 13, 1970, s. 29), som jeg straks skal komme tilbage til, indeholder, ville kunne tillade en overtrædelse af bestemmelserne om kvantitative indførselsrestriktioner. Kommissionen har sikkert også ret, når den anfører, at den antagelse alene, at også skattetekniske *grunde* har spillet en rolle ved en ordning, ikke — hvis man ikke vil risikere en undergravelse af grundlæggende traktatbestemmelser — kan føre til, at de almindelige traktatbestemmelser om foranstaltninger med tilsvarende virkning og konkurrencebestemmelserne lades ude af betragtning som målestok.

3. Selv om det herefter på ingen måde er overflødigt at fortolke de andre traktatbestemmelser, som kassationsretten har henvist til, vil jeg nu, som anført, først undersøge den problemkreds, som vedrører EØF-traktatens artikel 30 ff., og hvorefter det nemlig skal undersøges, om en national lovbestemmelse, hvorefter der for salg af tobaksvarer til forbruger gælder faste priser, som er fastlagt af fabrikanterne eller importørerne, kan anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion. Det forekommer mig derfor formålstjenligt at indrømme dette punkt en vis forrang i undersøgelsen, fordi det åbenbart er af central betydning for sagen, og fordi det er blevet helliget de grundigste redegørelser.

Problemet, foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner, har allerede gentagne gange spillet en rolle i retspraksis. Der er således blevet opstillet en række kriterier, som der også nu kan gås ud fra.

Jeg skal herved erindre om, at Domstolen allerede flere gange har støttet sig på

de definitioner, som allerede tidligt er blevet udarbejdet i Kommissionens direktiv nr. 70/50. Dette var tilfældet i sag 155/73 (Giuseppe Sacchi, dom af 30. 4. 1974, Sml. 1974, s. 409) og i sag 74/76. Det er også blevet klart i retspraksis, at ikke alene foranstaltninger, som direkte vedrører indførslerne, kommer i betragtning. Også sådanne, som indirekte berører indførslerne, så som foranstaltninger, der vedrører produktionen eller andre afsætningstrin kan komme på tale. I denne forbindelse kan der f.eks. henvises til sagerne 3, 4 og 6/76 (Kramer, dom af 14. 7. 1976, Sml. 1976, s. 1279) eller sag 65/75 (Riccardo Tasca, dom af 26. 2. 1976, Sml. 1976, s. 291). I overensstemmelse hermed er det ikke forbavsende, at den almindelige definition af foranstaltninger med tilsvarende virkning som importrestriktioner, som i den senere tid fast gentages i retspraksis, er ret omfattende. Ifølge denne definition (jf. for eksempel dom af 11. 7. 1974 i sag 8/74, Procureur du Roi mod Benoît og Gustave Dassonville, Sml. 1974, s. 852) skal der ved foranstaltninger med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion forstås enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesskabet.

Inden jeg går over til at behandle det omtvistede sagsforhold i lyset af disse domme, anser jeg det for rigtigt at gøre to konstateringer vedrørende den udstrakte diskussion, som lader sig foretage uden vanskeligheder.

Som Domstolen erindrer, blev der under retsforhandlingerne også henvist til retspraksis vedrørende lovbestemmelser om maksimalpriser, således som den er indeholdt i dommene 65/75 (Riccardo Tasca) og 88 til 90/75 (Società SADAM m.fl., mod Det interministerielle Prisudvalg og ministeren for industri, handel og håndværk m.fl., dom af 26. 2. 1976, Sml. 1976, s. 323). For mig er det klart, at dette ikke umiddelbart kan gøres med fordel i den foreliggende sag som følge af forskelle i faktum. I de nævnte domme drejede det sig om statsligt fastlagte maksimalpriser, hvis niveau kunne virke hæmmende på importhandelen. Sådanne virkninger foreligger ikke ved en bestemmelse om faste priser af den art, som er af interesse her, thi maksimalpriserne, der i så fald gælder som faste priser, bliver frit bestemt af importørerne, hvis vi vil begrænse os til dem, dvs. det tilkommer importørerne selv gennem valget af prisniveauet at bestemme afsætningschancerne for de indførte varer.

Den anden bemærkning, som jeg vil fremsætte allerede nu, vedrører et argument, der skal udledes af det nævnte kommissionsdirektiv nr. 70/50 til støtte for den belgiske ordning med faste priser. Heri sondres der mellem foranstaltninger, som ikke anvendes uden forskel på indenlandske varer og importerede varer (artikel 2), og foranstaltninger vedrørende afsætningen af varer, der gælder uden forskel for indenlandske og importerede varer (artikel 3). I artikel 2 er der udtrykkelig i stk. 3 under litra a) til e) nævnt foranstaltninger, som vedrører priserne. Heraf og af den omstændighed — at den belgiske foranstaltning, fordi den gælder uden forskel for indenlandske og importerede produker, ikke falder ind under artikel 2, men i hvert fald under artikel 3 — mente man at kunne slutte, at den ikke kan anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning, da der ikke i artikel 3 udtrykkelig nævnes ordninger i prissektoren. Denne følgeslutning forekommer mig ikke uomgængelig, ikke blot fordi man i almindelighed skal være forsigtig ved sådanne modsætningsslutninger, men det forekommer mig vigtigt, at der, fordi der i artikel 3 ganske generelt tales om afsætning, efter dette begreb sikkert ikke er nogen grund til netop at udelukke prisforanstaltninger. Desuden er det af betydning, at der mod den anførte argumentation uden videre kan henvises til den ret vidtrækkende definition af foranstaltninger med tilsvarende virkning, som er blevet udarbejdet i praksis.

Hvis disse to anførte betragtninger altså ikke kan bidrage til løsningen af det fore-

liggende problem, må det således overvejes, hvad der kan hentes i den nævnte almindelige definition, som Domstolen har givet. Vi kan i denne forbindelse begrænse os til importørernes fastlæggelse af priserne og lade den fastlæggelse, som foretages af indenlandske fabrikanter, ude af betragtning. For samhandelen mellem staterne ville det sidstnævnte forhold nemlig kun være af betydning, hvis detailhandlerne, som prisbindingen gælder for, ville gennemføre eksportforretninger. Som følge af banderolebestemmelserne, der af Kommissionen med rette blev omtalt som en lovlig kontrolforanstaltning, sker dette imidlertid ikke i praksis; det drejer sig højst om ganske ubetydelige salg til grænsekunder, og det kan sikkert fuldstændigt lades ude af betragtning ved bedømmelsen af ordningen.

Hvad angår importørernes fastlæggelse af priserne, så hævder bl.a. Kommissionen, at samhandelen mellem staterne bliver berørt heraf, også selv om det ikke drejer sig om foranstaltninger, der er rettet direkte mod importen. Thi uden prisbindingen ville detailhandlerne have mulighed for at føre en selvstændig prispolitik, altså ved gennem prissænkninger, især i grænseområderne, at sørge for en øget afsætning og dermed en forøgelse af handelsvejene. Foranstaltningen gør derimod dette betydeligt vanskeligere. Der skal for det første tages hensyn til, at en simpel parallelimport ikke kommer i betragtning, fordi tobaksvarer med belgiske banderoler ikke befinder sig i fri omsætning i andre medlemsstater. Muligheden for at importere tobaksvarer, som kan opkøbes til det udenlandske marked kan ligeledes lades ude af betragtning, fordi refusion af den udenlandske tobaksskat er en overordentlig omstændelig proces — således skal der ifølge den tyske lov om tobaksbeskatning ske en tilintetgørelse af banderolerne under officielt opsyn, og derefter skal der foretages en nyemballering. Detailhandlerne er altså enten henvist til importørernes medvirken, over for hvilke alene kun meget store aftagere kan gennemtvinge egne prissynspunkter. Eller man kan tænke sig den mulighed, at detailhandlere gjorde sig selv til importører i den i den belgiske lov forudsatte betydning og derefter selv fastlagde priserne gennem erhvervelse af tilsvarende banderoler. Herved skal der dog tages hensyn til, at et sådant rolleskift i erhvervslivet er vanskelig og bekostelig og derfor kun kommer i betragtning for store markedsdeltagere. Der skal desuden huskes på, at forhandlere, der virker som importører, på grund af ordningen med banderoler, som må anses for lovlig, er henvist til udenlandske fabrikanters medvirken ved påsættelsen af banderolerne. Herved følger den vanskelighed, at man ikke gennemfører egne prisideer over for fabrikanternes ofte differentierede prispolitik; man støder også på leveringsnægtelser, fordi der består eneforhandlingskontrakter med andre importører. Dette blev godtgjort under retsforhandlingerne ved en af INNO fremlagt brevveksling med udenlandske fabrikanter eller eneimportører. Endelig udgør det en væsentlig hindring ved sådanne bestræbelser, at det er umuligt at erhverve banderoler med en lavere pris hos de belgiske skattemyndigheder. Faktisk indtager myndighederne, således som det fremgår af en skrivelse af 14. juni 1977 fra den belgiske generalinspektør for forbrugsskatter til INNO, det standpunkt, at cigaretter af samme mærke og samme kvalitet ikke samtidig kan bringes på markedet forsynet med forskellige banderoler. Herved tages der hensyn til den belgiske bekendtgørelse om tobaksbeskatning, men også til Rådets forordning af 1972, hvorefter flere maksimale detailsalgspriser ikke er tænkelige for *et* produkt. Af alle disse grunde må det anerkendes, at detailhandlerne møder ganske betydelige hindringer for en selvstændig afsætningsfremmende prispolitik. Ved udenlandske mærker er dette så meget desto mere tungtvejende, som de stadig først er nødt til at tilkæmpe sig en plads på markedet; den bestående prisordning har altså stærkere virkninger for dem end for indenlandske produkter.

Dertil kommer, at en betragtelig del, nemlig mere end halvdelen af indførslerne, i Belgien foretages gennem

belgiske tobaksvarefabrikanter, som næppe burde have den samme interesse som fuldtændigt uafhængige importører i en udvidelse af salget af udenlandske produkter.

Det er dog under alle omstændigheder urealistisk at antage, at mindre tobaksdetailhandlere i nævneværdigt omfang ønsker at føre en selvstændig prispolitik gennem prissænkninger. De hindres heri af den ringe fortjenstmargin, der i Belgien for cigaretter åbenbart udgør ca. 7,5 % af banderoleprisen. Således blev det også anført som begrundelse for det allerede nævnte, i Det økonomiske og sociale Udvalg stillede forslag om, at der i Rådets direktiv alene skulle nævnes faste priser i detailhandelen, at tobaksvarer er mindst egnet til prisnedslag; i detailhandelen er nedslag under ingen omstændigheder mulig på grund af den meget ringe fortjenstmargen; alene varehuse kan tillade sig dette, hvilket imidlertid må anses for illoyal konkurrence. Varehusene har nemlig lavere omkostninger på grund af selvbetjening, gunstige indkøbsmuligheder i engrosleddet og mulighed for at udnytte den for engros- og detailhandelen samlede fortjenstmargen på 10 %. Derfor er det også kun store varehuse, der i Belgien søger at fravige banderoleprisen, mens sammenslutningen af tobaksdetailhandlere med eftertryk forsvarer systemet med faste priser. Set på denne måde kan det derfor ikke gøres gældende, at parallelindførsler med selvstændig prisdannelse allerede vanskeliggøres af den omstændighed, at det er svært at skifte rolle fra detailhandler til importør. Dette gælder nemlig med sikkerhed ikke for virksomheder som sagsøger i hovedsagen.

Vedrørende de problemer, som INNO er stødt på under sine forsøg på selv at gennemføre indførsler med lavere banderolepriser, skal anføres følgende.

Som vi har hørt, påberåbte udenlandske fabrikanter sig enten eneforhandlingskontrakter med belgiske importører, eller de afviste forskellige priser for deres produkter. Belgiske importører vægrede sig ved at anvende forskellige priser, i hvilken forbindelse det blev gjort gældende, at dette ikke er muligt efter den belgiske retstilstand. Det sidstnævnte forhold svarer desuden til den belgiske skatteforvaltnings indstilling, der kommer til udtryk i den allerede nævnte skrivelse, som INNO har fremlagt.

Hvis vi først og fremmest vender os mod det sidstnævnte punkt fremgår det desuden, at de belgiske myndigheder ikke henviser til artikel 58 i loven af 1969, som hovedsagen jo drejer sig om, men derimod til den belgiske bekendtgørelse om tobaksbeskatning og direktivet af 1972. Den hindring, som skyldes de belgiske skattemyndigheders holdning, har altså ikke sin oprindelse i ordningen med faste priser for tobaksvarer, men derimod i andre bestemmelser. Det skal i denne sammenhæng desuden fastslås, at Rådets direktiv med urette bliver påberåbt af de belgiske myndigheder til støtte for deres standpunkt; det ses nemlig ikke, hvordan der af direktivet kan udledes den grundsætning, at det for et produkt kun er muligt at anvende *en* maksimal detailsalgspris. Hvad angår den påberåbte belgiske bekendtgørelse om tobaksbeskatning, så er det desuden vigtigt — fordi de begivenheder, som kassationsretten skal bedømme, udspillede sig i 1972 — at skattemyndighederne til begrundelse for deres opfattelse alene påberåbte sig den i 1974 ændrede version. Vedrørende den tidligere gældende affattelse hedder det derimod i den nævnte skrivelse ganske tydeligt, at spørgsmålet om banderolering i senere handelsled ikke havde rejst sig dengang, fordi salg til under banderoleprisen ikke var forbudt på det tidspunkt.

De andre nævnte hindringer skyldes delvist udenlandske fabrikanters adfærd, der, som Kommissionen med rette har bemærket, i betragtning af deres tekniske monopol ved påsættelsen af banderolerne, kan betegnes som et misbrug i den i traktatens artikel 86 forudsatte betydning. De kan delvis føres tilbage til, at fabrikanterne har eneforhandlingskon-

trakter om leveringen til det belgiske marked med belgiske virksomheder, hvorved det ikke blot synes betænkeligt, at parallelindførsler, som Kommissionen i denne sammenhæng anser for nødvendige, på grund af skatteretlige særegenheder ikke er mulige, men også at belgiske fabrikanter i vidt omfang fungerer som eneimportører.

Derimod kan systemet med faste priser ikke anses for den egentlige årsag til vanskeliggørelsen af parallelindførsler, altså til handelshindringen.

Da en hindring af handelen således kun skyldes et samvirke mellem ordningen med faste priser og andre markedsdeltageres adfærd og en national forvaltningspraksis, som der ikke kan findes noget grundlag for i selve ordningen med faste priser, kan denne ordning efter min mening ikke anses for uforenelig med traktatens artikel 30. Det er meget mere nærliggende at angribe de erkendelige hindringer på anden måde, eksempelvis med foranstaltninger mod udenlandske fabrikanter under påberåbelse af EØF-traktatens artikel 86, med en strengere bedømmelse af eneforhandlingskontrakter, som udelukker parallelindførsler, og med et forbud mod den belgiske forvaltningspraksis vedrørende forskellige banderolepriser.

Tillad mig imidlertid samtidig til afrunding af disse konstateringer også at tilføje en sidste, ligeledes vigtig betragtning.

Det er under retsforhandlingerne blevet klart, at ordningen med faste priser for tobaksvarer i Belgien også har et økonomisk-politisk formål: Detailhandlerne skal beskyttes mod konkurrencen fra de store varehuse, også i forbrugerens interesse, som skal have et tilstrækkeligt tæt salgsnet med et omfattende udvalg til rådighed. Den principielle berettigelse af dette forhold bliver heller ikke betvivlet af Kommissionen. Den mener imidlertid, at det samme kan opnås på andre måder, som er mindre indgribende for samhandelen mellem staterne, og Kommissionen nævner herved som tænkelige foranstaltninger et forbud mod salg under indkøbsprisen, en begrænsning af rabatter, som vil kunne ydes i detailhandelen, eller et system med statsautorisation i detailhandelen, hvorefter tobaksvarer kun må sælges i forretninger. Dermed henty der den åbenbart til artikel 3 i sit direktiv 70/50 af 22. december 1969, hvori der er tale om foranstaltninger, der regulerer afsætningen og anvendes uden forskel på indenlandske og importerede varer, men som anses for foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, når deres restriktive virkninger på den frie omsætning af varer overskrider rammen for virkninger, der er karakteristiske for bestemmelser for handelen.

Når de forskellige foranstaltninger, der kommer på tale under synsvinklen, hindring af samhandelen, skal afvejes mod hinanden, så leder ovennævnte synspunkt til det spørgsmål, om det i en situation, hvori en ordning med faste priser i forbindelse med andre omstændigheder (andre markedsdeltageres økonomiske adfærd, forvaltningspraksis ved banderoletildelingen) påvirker handelen, ikke snarere er formålstjenligt at rette sig mod de nævnte ledsageomstændigheder, hvilket ikke er forbundet med særlige vanskeligheder, og betragte ordningen med faste priser som opfyldende kravene i artikel 3 i kommissionsdirektivet, fremfor at gå ind for bortfald af systemet med faste priser ved samtidig indførelse af de af Kommissionen anbefalede erstatningsforanstaltninger. Hvis man holder sig for øje, at Kommissionen derved tænker på foranstaltninger, som endog omfatter udstedelsen af licenser for tobaksdetailhandelen, så består der ingen tvivl for mig om, at den første nævnte mulighed vil være at foretrække for erhvervslivet som den mindst indgribende. Heller ikke ud fra principperne i Kommissionens direktiv 70/50 kan man derfor komme til det resultat, at den belgiske ordning med faste priser for tobaksvarer skal anses som en foranstaltning med tilsvarende virkning i den i EØF-traktatens artikel 30 forudsatte betydning.

Dermed, og uden at det forekommer nødvendigt at gå yderligere ind på de forskellige nuancer i de af kassationsretten stillede spørgsmål, turde også problematikken vedrørende traktatens artikel 30 være tilstrækkeligt behandlet.

4. Det næste spørgsmål, som jeg herefter vender mig mod, vedrører EØF-traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2 og artikel 86. Jeg skal ikke nu gentage deres omfangsrige tekst, skønt dette ville være nyttigt for at vise, at problemstillingen med de forskellige underinddelinger ikke netop er let tilgængelig, og at man derfor har nogle vanskeligheder ved at forstå deres mening. Dette forklarer i øvrigt også, at sagens parter har fremsat de mest forskelligartede udtalelser herom, som det er temmelig vanskeligt, om ikke umuligt, at systematisere.

Uafhængigt af spørgsmålenes nøjagtige betydning lader der sig forholdsmæssig let træffe nogle konstateringer i forbindelse med behandlingen af de deri antydede problemer. Jeg skal begynde med disse.

For det første er det vigtigt at påpege, at vi i den foreliggende sag, som støttes på traktatens artikel 177, alene har at gøre med en *fortolkning* af fællesskabsretten, og at vi er afskåret fra at udtale os om faktiske forhold, som falder ind under området for *anvendelse* af fællesskabsretten. Denne fremhævelse er på sin plads med henblik på visse af INNO fremførte overordentligt overbevisende argumenter. INNO har som bekendt henvist til de aftaler, som FEDETAB i årene 1967 til 1969 indgik med belgiske grossister og detailhandlere, der ikke skal være forenelige med EØF-traktatens artikel 85. INNO udleder heraf, at det efter fællesskabsretten heller ikke er muligt at fremkalde den samme virkning — et slags tvunget kartel — gennem lovgivningsforanstaltninger. INNO har ligeledes henvist til den dominerende stilling, som FEDETAB besidder sammen med den belgiske sammenslutning af grossister, og har anført, at denne stilling — gennem udøvelse af pression — er blevet misbrugt til at sørge for overholdelse af de priser, som er blevet fastlagt af fabrikanterne. Det må imidlertid også anses for udelukket, anfører INNO, at staten gennem retlige bestemmelser — ved hjælp af love — foreskriver et lignende resultat og derved så at sige legaliserer misbruget. Dette faktiske spørgsmål kan vi næppe undersøge i en sag efter artikel 177, vi kan altså ikke undersøge, om der faktisk kan tales om en dominerende stilling og et misbrug heraf. Ligeledes er vi afskåret fra i sådanne sager at undersøge, om bestemte aftaler krænker traktatens artikel 85 og ikke kan fritages efter artikel 85, stk. 3, et spørgsmål som åbenbart endnu er genstand for undersøgelser ved Kommissionen. Vi må derfor korrekt vogte os for at tage for givet, at de nævnte faktiske omstændigheder foreligger, dvs. vi kan ikke uden videre basere vores fortolkning på de af INNO anførte omstændigheder.

Det er desuden sikkert — også dette er en konstatering, som kan foretages uden vanskeligheder — at en magtstilling i medfør af loven — i vort tilfælde fabrikanternes og importørernes mulighed for at fastlægge bindende detailsalgspriser — som sådan ikke nødvendigvis er udtryk for en dominerende stilling i den i traktatens artikel 86 forudsatte betydning. Jeg skal i denne forbindelse henvise til dommen af 8. juni 1971 i sag 78/70 (Deutsche Grammophon-Gesellschaft GmbH mod Metro — SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Sammlung der Rechtsprechung 1971, s. 487), i hvilken det blev understreget, at den, som er indehaver af en med ophavsretten beslægtet ret, ikke alene af den grund besidder en dominerende stilling i den i artikel 86 forudsatte betydning. Med hensyn til det sagsforhold, som er af interesse her, må det nemlig ikke glemmes, at den nævnte mulighed også gælder for mindre fabrikanter og importører. Hvis det skulle blive antaget, at artikel 85 er anvendelig, er det altså under alle omstændigheder nødvendigt, at der også foretages yderligere markedstekniske konstateringer, således som det allerede gentagne gange er blevet er-

klæret for nødvendigt i retspraksis, når muligheden for at udelukke konkurrencen var på tale.

For det tredje kan det også forlods antages, at traktaten på ingen måde forbyder grundlæggelse af dominerende stillinger på markedet, og at den bl.a. ikke udelukker, at de kan skabes ved lov. Også dette kan godtgøres ved henvisning til retspraksis. Det er derfor urigtigt at udlede af artikel 86, at medlemsstaterne ikke må træffe nogen form for foranstaltninger, der kan bringe konkurrencen i fare.

Hvis vi i tilslutning hertil, således som Hof van Cassatie i spørgsmålene synes at bede om, forsøger at hjælpe yderligere ved fortolkningen til afgørelsen af sagen, så kan følgende lægges til grund vedrørende det væsentlige stridspunkt, om der inden for rammerne af de nævnte bestemmelser faktisk kan påvises forpligtelser for medlemsstaterne.

Artikel 86 retter sig åbenbart kun til virksomheder og fastlægger grænser for deres adfærd. En umiddelbar anvendelse på stater og retlige foranstaltninger kommer altså ikke i betragtning. Det turde være lige så klart, at artikel 3, litra f) er rettet til fællesskabsinstitutionerne, fordi artikel 3 begynder med ordene »med de ... nævnte mål for øje skal Fællesskabets virke under de betingelser og det tempo, som er foreskrevet i denne Traktat, indebære ...«. I givet fald kan den tages i betragtning ved fortolkningen af artiklerne 85 og 86, således som det blev fremhævet i sagerne 6/72 (Euroemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 21. 2. 1973, Sml. 1973, s. 215) og 6 og 7/73 (Istituto Chemoterapico Italiano SpA og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, dom af 6. 3. 1974, Sml. 1974, s. 223). Der kan altså heller ikke umiddelbart udledes forpligtelser for medlemsstaterne af denne artikel.

Derimod kan det ikke afvises, at disse bestemmelser sammen med artikel 5, skt. 2, fører til den slutning, at der også eksisterer visse grænser for statslig adfærd på dette område; thi ifølge artikel 5, stk. 2, skal medlemsstaterne afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare. Således blev det i dommen i sag 78/70 anført, at artikel 5, stk. 2, indeholder en almindelig forpligtelse, hvis konkrete indhold afhænger af traktatbestemmelserne, men også af de retlige normer, som følger af traktatens almindelige system. Desuden indeholder dommen af 13. februar 1969 i sagen 14/68 Walt Wilhelm og andre mod Bundeskartellamt, Sml. 1969, s. 1) — om den nationale konkurrencerets forhold til Fællesskabets konkurrenceret — den betegnende formulering, at det ikke er tilladt for medlemsstaterne at vedtage eller opretholde foranstaltninger, der kan skade traktatens nyttevirkninger, dvs. bringe dens tilsigtede virkning i fare.

På grundlag heraf må man anerkende det princip, at fællesskabsretten skal kunne udfolde sine virkninger, og at medlemsstaterne derfor er forpligtet til ikke at gøre noget, som modvirker dette. Med henblik på artikel 86 — der skal ikke tages stilling til artikel 85, fordi der ikke er blevet anmodet herom, og fordi den åbenbart ikke længere indgår i Hof van Cassatie's overvejelser — er dette princip sikkert tilstrækkeligt til at antage, at medlemsstaterne er forpligtet til at holde virksomhederne inden for anvendelsesområdet for artikel 86 og ikke selv gøre, hvad virksomheder ifølge artikel 86 ikke må.

Alligevel kommer man i en vis forlegenhed ved at skulle give kassationsretten et passende svar på det spørgsmål, hvori der er tale om statslige bestemmelser, som er egnet til at fremme misbrug af en dominerende stilling.

Det synes givet tilrådeligt her at gå ud fra, hvad Kommissionen har påpeget, nemlig at stater, der ved lov indfører et system med bindende priser, som det der her er af interesse, også er forpligtet til at

træffe foranstaltninger, som skal modvirke et forudseeligt misbrug. Sådanne stater er med andre ord forpligtet til at iagttage, at der ved prisfastsættelsen, som har bindende virkning, ikke forekommer misbrug. Jeg tvivler imidlertid på, om dette punkt, således som det første spørgsmål fra kassationsretten er formuleret, faktisk skal behandles. For det første må det nemlig ikke overses, at der allerede eksisterer sådanne beskyttelsesforanstaltninger i den belgiske ret, fordi prisændringer for tobaksvarer skal godkendes af økonomiministeren og først efter udløbet af en bestemt frist kan træde i kraft med hans tilladelse. Det er for det andet også et spørgsmål, om den antydede fremmende virkning faktisk eksisterer, thi enten har bestemte virksomheder en markedsindflydelse, der muliggør misbrug ved prisfastsættelsen, eller også er dette ikke tilfældet og prisbindingssystemet har således heller ikke virkninger for prisniveauet. Desuden blev der i denne sammenhæng med rette henvist til, at fællesskabsretten, hvad angår bekæmpelse af virksomhedernes misbrug, på ingen måde påvirkes i sin effektivitet.

Derfor må man vel se bort fra ordlyden af spørgsmålene — »fremme af et misbrug« — og antage, at der herved foresvævede retten en tankegang, som også spores i INNO's argumentation. Det spørgsmål skal altså undersøges, om traktaten forbyder, at det, som muligvis tidligere kunne gennemføres i kraft af et misbrug — nemlig overholdelsen af de af fabrikanterne og importørerne fastlagte priser — derimod nu foreskrives ved lov.

Også her kan man imidlertid vanskeligt komme til det resultat, at den belgiske retsforskrift, som er af interesse for kassationsretten, er uanvendelig.

Den omstændighed kan vel lades ude af betragtning, at bestemmelsen også gælder for mindre fabrikanter og importører, for hvilke der sikkert ikke kan tales om en adfærd, som udgør et misbrug gennem en lovbestemmelse, således at der for så vidt i det mindste ville rejse sig det spørgsmål, om den omtvistede bestemmelse dog i fuldt omfang kan anses for uanvendelig. Det er snarere afgørende, at påvirkningen af samhandelen mellem staterne også er et vigtigt kriterium for anvendelsen af artikel 86. Hvis udgangspunktet allerede ved undersøgelsen af problemet om foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner imidlertid var, at artikel 58 i den belgiske lov af 1969 ikke har denne virkning, kan der heller ikke gælde noget andet for artikel 86.

Følgelig kan det heller ikke med henblik på artikel 86 antages, at denne artikel gør den nævnte belgiske bestemmelse med sin ordning med faste priser uanvendelig.

5. Tilbage står derefter alene fortolkningen af EØF-traktatens artikel 90, altså undersøgelsen af spørgsmålet, om der kan tales om virksomheder, som staten indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, når der for fabrikanterne eller importørerne af bestemte produkter åbnes mulighed for bindende at fastsætte forbrugerpriser, og undersøgelsen af problemet, om opretholdelsen af denne ret krænker traktatens artikler 7 og 85 til 94.

Også herom er der blevet fremført en mængde afvigende opfattelser. Hvis man forsøger at foretage en systematisering, må man først undersøge den indvending, at det foreliggende tilfælde på ingen måde vedrører fortolkningen af artikel 90. Den skulle nemlig ikke kunne gribe ind, fordi prisordningen i artikel 58 er en bestanddel af det belgiske tobaksbeskatningssystem, som skal bedømmes efter særlige regler; desuden skal der tages hensyn til, at artikel 90 ikke er direkte anvendelig, og at den derfor ikke kan have nogen betydning i nationale retsforhandlinger.

Denne indvending kan imødegås med få bemærkninger. Vedrørende den første del af indvendingen er det tilstrækkeligt at henvise til det, som jeg i forvejen før behandlingen af EØF-traktatens artikel 30 har anført med henblik på traktatens

artikel 99 ff. For så vidt angår den anden del, henviser jeg til retspraksis (dom i sagen 155/73, Giuseppe Sacchi), hvorefter det er klart, at der helt klart tilkommer artikel 90, stk. 1, i hvert fald sammenholdt med andre umiddelbart anvendelige normer — og en sådan udgør artikel 86 — en fuldstændig umiddelbar virkning.

Hvis man på grundlag heraf yderligere overvejer, hvorledes sætningsleddet »virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder«, skal forstås, så volder udtrykket »virksomheder« sikkert ingen vanskeligheder. Faktisk lader det sig uden videre udlede af brugen af det almindelige begreb »virksomheder« i forbindelse med vendingen »offentlige virksomheder«, at virksomheder i denne bestemmelses betydning også er private virksomheder.

Vanskeligere er det derimod, fordi det er heftigt omstridt, at besvare spørgsmålet, om der for så vidt angår den belgiske ordning overhovedet kan tales om indrømmelse af *rettigheder*. Herom blev der fremført den opfattelse, at der ikke består nogen ret for virksomhederne til bindende at fastlægge forbrugerpriserne, da det derimod er staten, som erklærer priserne for bindende. For så vidt angår virksomhederne, er det frem for alt pligter, der falder i øjnene, nemlig til at betale tobaks- og merværdiafgift i forhold til banderoleprisen og til at meddele prisændringer. For øvrigt drejer det sig under ingen omstændigheder om rettigheder, som er blevet indrømmet virksomhederne for at lette dem forretningerne, men derimod om foranstaltninger, som er bestemt til at tjene en særlig statslig politik.

Der var heller ikke enighed om, hvorvidt der foreligger en indrømmelse af *særlige* rettigheder, hvis det må antages, at der foreligger en indrømmelse af rettigheder. Det blev herom gjort gældende, at alle virksomheder inden for den pågældende økonomiske sektor, inden for hvilken der eksisterer en konkurrence, skal sammenlignes, men derimod ikke samtlige økonomiske enheder. Hvis man går således frem, skulle man ikke kunne komme uden om, at den belgiske ordning gælder for alle fabrikanter og importører af forarbejdet tobak.

Vedrørende disse stridspunkter er efter min opfattelse følgende bemærkninger passende.

Principielt må man ved fortolkningen af artikel 90 ikke glemme hvilke grundlæggende principper, der behersker denne bestemmelse. Den skal sikre, at der ikke bliver slået en breche i traktatreglerne ved, at staten med sine midler øver indflydelse på virksomheder og påvirker dem for at hidføre en traktatstridig tilstand, som ikke er tilladt for virksomhederne. Hvor mangfoldige de her bestående muligheder er, alt efter økonomisk struktur og statslig organisation, bliver klart, når man læser de videnskabelige undersøgelser vedrørende artikel 90. Derefter, og fordi enhver afvigelse fra traktatsreglerne skal bedømmes særlig strengt, må det for fortolkningen af artikel 90 principielt gælde, at den ikke snæversynet tilpasses efter ordlyden, men derimod efter bestemmelsens mening og formål og ønsket om at udstyre den med den størst mulige virkning.

Set på denne måde anser jeg det for fuldt ud forsvarligt ved det foreliggende sagsforhold at tale om en indrømmelse af rettigheder i den i artikel 90 forudsatte betydning. Afgørende er, at de berørte virksomheder, selv om det også kun sker i samvirke med en lovmæssig ordning, får den eksorbitante mulighed, at de af dem fastlagte priser skal overholdes af detailhandlerne, hvilket uden den lovmæssige ordning alene ville være tænkeligt gennem en aftale. Jeg anser det derimod ikke for afgørende, at der i lovsammenhængen også består forpligtelser — til at betale afgifter og til at anmelde prisforhøjelser — især da de logisk uden videre lader sig udlede af de nævnte beføjelser. Lige så lidt kan det efter min mening komme an på, hvilke interesser der forfølges med

ordningen og hvilke motiver, der behersker den. Artikel 90 ville sikkert blive fortolket for snævert, og dermed til dels berøvet sin virkning, hvis man kun tog rettigheder i betragtning, som indrømmes i virksomhedernes interesse, og ved hvis udnyttelse statslige mål ikke spiller nogen rolle. Dette ville være i modstrid med forestillingen om, at det karakteristiske for artikel 90 er, at samvirken mellem statens handlemåde — og dermed også målsætninger — og virksomhedernes adfærd forstås således. Derfor må virkningerne for anvendelsen og gennemførelsen af traktatreglerne her stå i forgrunden ved bedømmelsen.

Det lader sig desuden vanskeligt benægte — hvis man med denne grundinstilling påbegynder fortolkningen af artikel 90 — at det ved den belgiske ordning med faste priser for tobakssektoren, for så vidt angår fabrikanterne og importørerne, drejer sig om indrømmelsen af *særlige* rettigheder. Derved kan det ikke være afgørende, at det inden for området for fremstillingen af tobaksvarer og salget af tobaksvarer alene er fabrikanterne og importørerne, altså ikke alle de pågældende virksomheder, som har beføjelse til at fastsætte priser. Efter min mening er det i denne sammenhæng fuldstændig forfejlet at henvise til de enkelte økonomiske sektorer og stille det spørgsmål i midtpunktet, hvorledes konkurrenceforholdene udvikler sig inden for en sektor. Rækkevidden af artikel 90 er klart større, således som henvisningen til artikel 7 og andre traktatbestemmelser uden for konkurrenceområdet viser. Man må derfor gå ud fra, at artikel 90 også griber ind, når en økonomisk sektor er fulstændig monopoliseret, og der skabes eksklusive rettigheder for en enkelt virksomhed. Også i et sådant tilfælde må der sørges for, at der ikke ved hjælp af statslige foranstaltninger indtræder virkninger, som det ifølge traktaten ikke er tilladt for virksomhederne at forårsage.

Hvis man accepterer disse betragtninger vedrørende den første del af det stillede spørgsmål, så opstår det problem, om det følger af artikel 90, at allerede oprettelsen af en ordning med faste priser er utilstedelig som sådan. Dette mener INNO, som under påberåbelse af teorien (jf. f.eks. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, s. 652) gør gældende, at artikel 90 griber ind, når der for virksomhederne skabes mulighed for at unddrage sig konkurrencen. INNO anfører, at da der i det foreliggende tilfælde ikke vil kunne sondres mellem udøvelsen af rettigheden, der må anses for at være traktatstridig, og dens indrømmelse, må allerede skabelsen af denne retsstilling betegnes som traktatstridig. Heroverfor står opfattelsen hos dem, som under henvisning til ordlyden af artikel 90 hævder, at der skal sondres mellem stiftelse af særlige rettigheder og yderligere statslige foranstaltninger, for hvilke det så også er påkrævet at undersøge, om det skal dreje sig om individuelle foranstaltninger, eller om også almindelige bestemmelser kan komme i betragtning.

Vedrørende denne sidste problemkreds i sagen mener jeg, at der i korthed må antages følgende.

Opfattelsen, at allerede stiftelsen af særlige rettigheder som de foreliggende strider mod artikel 90, har sikkert bestemmelsens ordlyd med sig. Desuden kan der henvises til, at det allerede er blevet klarlagt i retspraksis, at ifølge traktaten er stiftelsen af monopolsituationer, for hvilke udelukkelsen af enhver konkurrence jo er kendetegnende, ikke utilstedelige, og der kan heller ikke invendes noget mod en udvidelse af sådanne eksklusive rettigheder. Dette kommer til udtryk med al tydelighed i dommen i sag 155/73. Jeg vil altså mene, at artikel 90 ikke griber ind med den virkning, at sådanne statslige foranstaltninger er forbudt, allerede fordi der skabes mulighed for virksomhederne for at unddrage sig konkurrencen.

Da der i det foreliggende tilfælde dog ikke er tale om indrømmelse af rettigheder ved yderligere statslige foranstaltninger, ligger den følgeslutning nær — uden

at det herved er nødvendigt at gå ind på spørgsmålet om, hvorledes statslige foranstaltninger skal være indrettet — at der ikke kan udledes noget af artikel 90, som taler mod, at den belgiske ordning med faste priser er forenelig med traktaten.

Denne negative følgeslutning vedrørende artikel 90 kan desuden også bekræftes med nogle yderligere betragtninger. Hvis man retter blikket mod de virkninger, som ikke er tilladt ifølge traktaten, så kommer en krænkelse af artikel 7, dvs. overtrædelse af påbudet om at undlade enhver forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, sikkert ikke i betragtning. Herfor er det tilstrækkeligt at henvise til den omstændighed, at ordningen med faste priser gælder fuldstændig forskelsløst for indenlandske og importerede produkter. Hvad på den anden side angår de konkurrenceregler, som artikel 90 har for øje — bestemmelserne i artiklerne 92 til 94 kommer ikke i betragtning i det foreliggende tilfælde — så er det med henblik på artikel 86 vigtigt, at den belgiske foranstaltning ikke har nogen indflydelse på grundlæggelsen af en dominerende stilling, hvorved jo ikke alene retsstillingen men også økonomiske fakta er af betydning. Der kan heller ikke være tale om, at den har en eller anden indflydelse på eventuelle misbrug vedrørende fastlæggelsen af prisniveauet. Sidst men ikke mindst må det ikke glemmes, at artiklerne 85 og 86 kun griber ind, hvis der foreligger en påvirkning af samhandelen mellem staterne. At dette ikke kommer på tale, hvis man alene tager virkningerne af artikel 58 i den belgiske lov i betragtning, har jeg ovenfor påvist i en anden sammenhæng.

Således kan det også vedrørende artikel 90 sammenfattende lægges til grund, at denne bestemmelse selv ved en vid fortolkning, som jeg i grunden i forskellige henseender hælder til, ikke afgiver noget holdepunkt for at erklære artikel 58 i den nævnte belgiske lov for uanvendelig.

6. Herefter skal jeg sammenfattende foreslå følgende stillingtagen til den af den belgiske kassationsret indgivne anmodning om præjudiciel afgørelse:

a) EØF-traktatens artikler 3, litra f), 5, stk. 2 og 86, skal ikke fortolkes således, at det er forbudt for en medlemsstat at indføre bestemmelser i sin lovgivning, hvorefter der for såvel indførte som i landet fremstillede tobaksvarer for salg til forbruger foreskrives en på banderolen anført salgspris, der fastsættes af fabrikanten eller af importøren, når der er sørget for, at der kan foretages indførselsforretninger med selvstændig prisfastsættelse uden hindringer gennem andre markedsdeltagere eller gennem en national forvaltningspraksis ved banderoletildelingen.

b) Det samme gælder for fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende forbudet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner.

c) Ifølge artikel 90 kan der også være tale om virksomheder, som staten indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, når staten gennem bestemmelser i sin lovgivning, hvorefter den af fabrikanterne og importørerne fastlagte pris for salget til forbruger er bindende, indrømmer fabrikanterne og importørerne af bestemte produkter mulighed for at fastlægge faste priser

for salg til forbruger. Sådanne bestemmelser for tobakssektoren strider hverken mod EØF-traktatens artikel 7 eller artiklerne 85 til 94, som artikel 90 henviser til.

d) Artikel 5 i Rådets direktiv nr. 72/464 af 19. december 1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift forbyder ikke medlemsstaterne at indføre lovbestemmelser, hvorefter der for salg til forbruger af indførte eller i landet fremstillede tobaksvarer foreskrives den på banderolen anførte salgspris, således at det hverken er muligt at overskride maksimum eller at sælge artiklen til en lavere pris.