FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 18. maj 1999 *

1. I den foreliggende sag har Oberster Gerichtshof (Østrig) forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF). Den nationale ret spørger, om en national bestemmelse, hvorefter bestemte former for salg af levnedsmidler kun er tilladte, når den handlende har et fast forretningssted i det forvaltningsområde, hvor han vil foretage sådanne salg, eller i en tilgrænsende kommune, er forenelig med denne bestemmelse.

Den retlige og faktiske baggrund for hovedsagen

2. Den nationale bestemmelse, der finder anvendelse i hovedsagen, er § 53a i Gewerbeordnung (næringsloven, herefter »GewO«). Heri bestemmes det, at bagere, slagtere og andre handlende, der sælger levnedsmidler, kun må udbyde varer, som de er berettiget til at udbyde til salg i henhold til deres næringsbrev, til salg ved omførsel fra sted til sted eller fra hus til hus, hvis de driver den pågældende næring fra et fast forretningssted i det pågældende forvaltningsområde eller i en tilgrænsende kommune. Der kan kun udbydes sådanne varer til salg ved omførsel, som også udbydes til salg fra det faste forretningssted. I henhold til GewO's § 50, stk. 1, nr. 2, kan næringsdrivende dog på bestilling levere varer overalt inden for rammerne af deres næring.

I det væsentlige bestemmes det i de pågældende nationale bestemmelser, at visse former for salg af levnedsmidler — nemlig det såkaldte salg ved »omførsel« — kun kan foretages af handlende, der har et fast forretningssted i et forvaltningsområde, der grænser op til det område, inden for hvilket de har til hensigt at benytte sig af disse forretningsmetoder. Bestemmelsen i den østrigske lovgivning, som er beskrevet i forelæggelseskendelsen, finder uden forskel anvendelse på handlende i Østrig og på handlende etableret i andre medlemsstater, der grænser op til Østrig [1].

* Originalsprog: italiensk.

1 — Dette er blevet klarlagt i den besvarelse af et skriftligt spørgsmål fra Domstolen, som er givet af østrigske regering, af parterne i hovedsagen og af Kommissionen.

Tilsidesættelse af bestemmelserne i GewO sanktioneres efter national ret som illoyal konkurrence.

3. De faktiske omstændigheder, som har givet anledning til hovedsagen, er omfattet af de bestemmelser, der er beskrevet ovenfor, og kan sammenfattes således.

Sagsøgeren, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (herefter »Schutzverband«), er en sammenslutning, der varetager erhvervsdrivendes interesser, og som bl.a. har til formål at bekæmpe illoyal konkurrence [2].

Sagsøgte, TK-Heimdienst Sass GmbH (herefter »TK«), er et østrigsk selskab, som driver virksomhed inden for detailhandlen med levnedsmidler. Det har hjemsted i Haiming, Tirol, og filialer i Völs, også i Tirol, og i Wolfurt, Vorarlberg. Ud over at sælge varer der, hvor det har hjemsted, sælger TK også levnedsmidler ved omførsel og leverer dybfrostvarer på forbrugernes bopæl. Det har chauffører, som med regelmæssige mellemrum kører bestemte ruter, hvor de fordeler kataloger over de dybfrostvarer, selskabet fører, og eventuelt indsamler bestillingsformularer [3]. Chaufførerne har også en fast beholdning af (ikke forudbestilte) varer og kan derfor sælge varer direkte uden forudgående bestilling. Der sælges også varer ved omførsel i områder på østrigsk territorium, som hverken ligger i eller grænser op til et af de områder, hvor sagsøgte har et fast forretningssted.

4. Sagsøgeren har i hovedsagen nedlagt påstand om, at det forbydes sagsøgte at sælge ikke-forudbestilte levnedsmidler ved omførsel. Sammenslutningen har gjort gældende, at denne virksomhed er i modstrid med GewO's § 53a, da sagsøgte ikke driver næringen med salg af levnedsmidler fra et fast forretningssted i det forvaltningsområde, hvor selskabet sælger varer ved omførsel, eller i en tilgrænsende kommune.

Sagsøgerens påstand blev taget til følge af de to første instanser. Appelinstansen har også udelukket, at GewO's § 53a kan være i strid med fællesskabsretten, da bestemmelsen blot regulerer en bestemt form for salg i Keck og Mithouard-dommens forstand [4].

2 — Blandt sammenslutningens medlemmer er en række faggrupper, lav og udvalg, herunder Landesgremium des Einzelhandels mit Lebens- og Genußmittel der Wirtschaftskammer Vorarlberg samt dettes afdeling for handel.

3 — Bestillinger kan afgives telefonisk, ved at sende en formular til hovedforretningsstedet eller direkte til chaufførerne. Udleveringen sker under den næste tur på strækningen.

4 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097.

5. Den forelæggende ret, Oberster Gerichtshof, finder imidlertid, at der er tvivl om, hvorvidt den nationale bestemmelse er forenelig med EF-traktatens artikel 30 og 36 (sidstnævnte efter ændring nu artikel 30 EF). Oberster Gerichtshof har dernæst præciseret, at der ikke er noget grænseoverskridende element i den foreliggende sag. Ikke desto mindre må spørgsmålet om GewO's § 53's forenelighed med fællesskabsretten besvares, inden der tages stilling til den afgørelse, den nationale ret skal træffe vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en forskelsbehandling af indenlandske borgere. Den forelæggende ret har nemlig henvist til, at der ifølge den østrigske forfatningsdomstol ville være tale om en overtrædelse af lighedsgrundsætningen, hvis østrigske erhvervsdrivende uden grund stilles ringere end erhvervsdrivende fra andre medlemsstater. På denne baggrund har Oberster Gerichtshof forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål.

»Skal EF-traktatens artikel 30 fortolkes således, at den er til hinder for bestemmelser, hvorefter bagere, slagtere og andre handlende, der sælger levnedsmidler, kun må udbyde varer — som de er berettiget til at udbyde til salg i henhold til deres næringsbrev — til salg ved omførsel fra sted til sted eller fra hus til hus, når de også driver den pågældende næring fra et fast forretningssted i det østrigske forvaltningsområde, hvor de udøver næringen i den nævnte form, eller i en kommune, der grænser op til dette forvaltningsområde, hvorved der også kun må udbydes sådanne varer til salg ved omførsel fra sted til sted eller fra hus til hus, som også udbydes til salg fra dette faste forretningssted?«

Domstolens kompetence

6. Før jeg går over til selve spørgsmålet, er det nødvendigt at standse op ved det spørgsmål, der indledningsvis er rejst af Schutzverband. Denne gør nemlig gældende, at det præjudicielle spørgsmål må afvises af to grunde. For det første er der ikke noget grænseoverskridende element i den foreliggende sag, da de faktiske omstændigheder i sagen ikke berører nogen anden medlemsstat. For det andet er GewO's § 53a en bestemmelse om en bestemt form for salg, og dens forenelighed med fællesskabsretten ville nemt kunne bedømmes på grundlag af retspraksis vedrørende EF-traktatens artikel 30 [5]. Derfor er det ikke nødvendigt at rejse et præjudicielt spørgsmål ved Domstolen.

7. Disse argumenter virker ikke overbevisende. Med hensyn til den sidste bemærkning er det tilstrækkeligt at erindre, at de nationale retter efter EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) under alle omstændigheder kan forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, selv om det materielt set er identisk med et spørgsmål, som allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse i et lignende tilfælde [6].

Med hensyn til det af sagsøgeren anførte, hvorefter den sag, der verserer for den nationale ret, er af rent intern karakter, må det erindres, at det præjudicielle spørgsmål,

5 — Der henvises navnlig til ovennævnte Keck og Mithouard-dom.

6 — Dom af 27.3.1963, forenede sager 28/62, 29/62 og 30/62, Da Costa m.fl., Sml. 1954-1964, s. 395, org. ref.: Rec. s. 57.

der er forelagt for Domstolen, vedrører EF-traktatens artikel 30, en bestemmelse, som har til formål at fjerne de hindringer, som lægges i vejen for de frie varebevægelser inden for Fællesskabet. Som Domstolen har præciseret i Pistre-dommen, kan der også foreligge sådanne hindringer, hvis »samtlige relevante elementer i den konkrete sag, der foreligger for den nationale domstol, findes inden for en enkelt medlemsstat« [7]. I en sådan situation »vil anvendelsen af den nationale foranstaltning også kunne have betydning for de frie varebevægelser mellem medlemsstater, bl.a. når den omhandlede foranstaltning indebærer en fordel for markedsføringen af varer fra den pågældende stat i forhold til importerede varer. Anvendelsen af foranstaltningen vil i så fald, selv om den kun omfatter nationale producenter, i sig selv medføre, at der skabes og opretholdes en forskel i behandlingen af de to typer varer, som i hvert fald potentielt kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet« [8].

8. Når det gøres gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 30, har Domstolen derfor ifølge sin praksis under alle omstændigheder kompetence til at afgøre, om den nationale foranstaltning kan have en negativ indvirkning på samhandelen inden for Fællesskabet, også selv om alle de subjektive elementer i hovedsagen er begrænset til en enkelt medlemsstat [9].

Realiteten

9. Med hensyn til spørgsmålets realitet vil jeg straks sige, at den nationale bestemmelse — som beskrevet af den forelæggende ret — efter min mening ikke kolliderer med artikel 30. Jeg mener nemlig, at de omhandlede bestemmelser falder ind under de nationale bestemmelser, som Domstolen siden Keck og Mithouard-dommen har undtaget fra artikel 30's anvendelsesområde. I denne dom fastslog Domstolen som bekendt princippet om, at »det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, derimod ikke [kan] antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne ... forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der

7 — Dom af 7.5.1997, forenede sager C-321/94 — C-324/94, Pistre m.fl., Sml. I, s. 2343, præmis 44.

8 — Samme dom, præmis 45.

9 — Jeg finder derimod ikke de afgørelser, TK har henvist til i sit skriftlige indlæg, relevante for spørgsmålet om Domstolens kompetence. Det drejer sig om dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, af 26.9.1985, sag 166/84, Thomasdünger, Sml. s. 3001, og af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161. I disse sager fandt fællesskabsretten ikke anvendelse direkte, men kun i kraft af en henvisning i nationale bestemmelser, som ved reguleringen af rent interne forhold rettede sig efter de løsninger, der var valgt i fællesskabsretten. Her er sagen imidlertid en anden. Der er ikke — som den forelæggende ret synes at mene — tale om rent interne forhold, som ligger uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde. Det præjudicielle spørgsmål vedrører EF-traktatens artikel 30, og denne bestemmelse finder — som nævnt — også anvendelse, selv om de subjektive elementer i hovedsagen er begrænset til en enkelt medlemsstat. Den foreliggende sag fører derfor ikke til, at den præjudicielle procedure udvides til også at omfatte sager, som opstår uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde.

udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde« [10]. Grundene til denne kurs i Domstolens praksis er velkendte. Domstolen havde taget til efterretning, at »de erhvervsdrivende [i stadig stigende omfang påberåber sig] EF-traktatens artikel 30 med henblik på at anfægte de mest forskelligartede bestemmelser, der medfører en begrænsning af deres frie erhvervsudøvelse, også selv om bestemmelserne ikke er møntet på varer fra andre medlemsstater ...« [11], og ville føre bestemmelsen tilbage til dens oprindelige formål som en bestemmelse, der skulle beskytte *samhandelen mellem medlemsstaterne*. Artikel 30 afskærer derfor ikke medlemsstaterne fra at vedtage generelle regler med henblik på at regulere erhvervsudøvelsen, når disse regler ikke specifikt hindrer varer fra andre medlemsstater i at få adgang til det indenlandske marked. For at artikel 30 kan påberåbes, kræves det kort sagt, at den pågældende nationale foranstaltning medfører en *specifik* nedgang i samhandelen mellem medlemsstaterne [12]. Denne betingelse er ikke opfyldt for så vidt angår regler, som ikke vedrører varernes egenskaber, men kun salgsformerne. Da sådanne regler gælder for alle erhvervsdrivende, der udøver deres virksomhed på det nationale territorium, uden forskel for så vidt angår de pågældende varers oprindelse, påvirker de ikke afsætningen af varer fra andre medlemsstater på en måde, der adskiller sig fra, hvad der gælder for indenlandske varer [13].

10. Denne kurs er fulgt i en omfattende og sammenhængende praksis. Her er det tilstrækkeligt at erindre om, at Domstolen — ud over forbuddet mod videresalg med tab, som der var tale om i Keck og Mithouard-sagen — har fundet, at traktatens artikel 30 ikke finder anvendelse på en fagetisk regel, der er udstedt af et apotekerkammer i en medlemsstat, og som forbyder apotekerne inden for dets kompetenceområde at reklamere uden for apoteket for varer, der sædvanligvis forhandles på et apotek, såfremt denne regel gælder, uden at der skelnes mellem de pågældende varers oprindelse, og den dermed ikke påvirker afsætningen af varer fra andre medlemsstater på anden vis, end det er tilfældet for de indenlandske varers vedkommende [14]. Domstolen har endvidere fundet, at en national lovgivning, som går ud på, at salg en detail af forarbejdede tobaksvarer, uanset hvorfra de hidrører, er forbeholdt godkendte forhandlere, men som ikke af denne grund lægger hindringer i vejen for adgangen til det indenlandske marked for varer fra andre medlemsstater eller hæmmer denne adgang i større omfang, end den hæmmer indenlandske varers adgang til forhandlernettet, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 30. Lovgivningen vedrører nemlig ikke varernes egenskaber, men udelukkende reglerne for detailsalget, og forhandlernes forpligtelse til at lade forhandling af deres varer ske gennem de godkendte detailhandlere gælder uden forskel for så vidt angår de pågældende varers oprindelse og påvirker

10 — Præmis 16.

11 — Keck og Mithouard-dommen, præmis 14.

12 — I dom af 20.6.1996, forenede sager C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 og C-332/94, Semeraro Casa Uno m.fl. (Sml. I, s. 2975), har Domstolen understreget, at det ikke er tilstrækkeligt til at bringe en national foranstaltning ind under artikel 30's anvendelsesområde, at den blot generelt fører til en begrænsning af omsætningen og dermed også af importen. Der skal være tale om en specifik nedgang i importen.

13 — Dom af 14.12.1995, sag C-387/93, Banchero, Sml. I, s. 4663, præmis 37 og 44.

14 — Dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787.

ikke afsætningen af varer fra andre medlemsstater på en måde, der adskiller sig fra, hvad der gælder for indenlandske varer [15]. Af samme grunde har Domstolen fastslået, at en national regel, hvorefter mælk til spædbørn kun må sælges af apoteker, ikke er i modstrid med traktatens artikel 30 [16].

11. Efter min opfattelse kan de afgørelser, jeg har omtalt ovenfor, anvendes på den foreliggende sag. Først og fremmest finder de bestemmelser, der er beskrevet af den forelæggende ret, uden forskel anvendelse på østrigske erhvervsdrivende og på erhvervsdrivende fra andre medlemsstater. Også handlende med hjemsted i tilgrænsende medlemsstater kan nemlig sælge varer ved omførsel i Østrig på samme betingelser, som gælder for de indenlandske handlende. Set fra dette synspunkt er der derfor ingen hindring for indførslen af varer hidrørende fra andre medlemsstater.

Frem for alt er det efter min mening afgørende, at den omhandlede lovgivning hverken har til formål eller bevirker, at mængden af varer, der importeres, begrænses. For nu at bruge den terminologi, der er anvendt i Domstolens praksis, vedrører lovgivningen ikke egenskaberne ved de levnedsmidler, der kan bringes i omsætning, men kun reglerne om bestemte »salgsformer« for varerne. Der er altså tale om regler, hvis formål er at regulere handelen, og som finder anvendelse uanset varernes oprindelse — om de er indenlandske eller importerede — og som ikke på nogen måde synes egnede til at begrænse indførslen fra andre medlemsstater [17].

12. Dernæst udgør de omhandlede nationale bestemmelser efter min mening ikke en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstater, således som Kommissionen og TK derimod har gjort gældende i deres skriftlige indlæg. De har anført, at en slagter, en bager eller andre handlende fra en anden medlemsstat, der sælger levnedsmidler, og som ønsker at udbyde sine varer ved omførsel i Østrig, er tvunget til at oprette et forretningssted ud over det, de har i det land, de kommer fra. Dette indebærer yderligere omkostninger og gør denne form for salg uinteressant. Jeg deler imidlertid ikke denne opfattelse. De østrigske bestemmelser vedrører nemlig ikke samhandelen mellem medlemsstaterne og opstiller heller ikke betingelser for udenlandske varers adgang til det indenlandske marked. De indebærer blot en begrænsning af kredsen af handlende, som er berettiget

15 — Banchero-dommen, jf. ovenfor.

16 — Dom af 29.6.1995, sag C-391/92, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1621.

17 — I denne forbindelse bør det præciseres, at de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag er forskellige fra dem, der ligger til grund for afgørelsen i Du Pont de Nemours-sagen, som Kommissionen har henvist til (dom af 20.3.1990, sag C-21/88, Sml. I, s. 889). I denne dom fastslog Domstolen, at den omstændighed, at nationale reglers restriktive virkninger på indførslen ikke begunstiger alle, men kun en del af de indenlandske varer, ikke kan bevirke, at de omhandlede regler ikke bliver omfattet af forbuddet i EF-traktatens artikel 30. Sagen vedrørte nationale bestemmelser, hvorefter en vis andel af offentlige indkøb var forbeholdt virksomheder, som var beliggende i bestemte områder på det nationale territorium; varer, der var forarbejdet i et bestemt område i en medlemsstat, fik altså en fortrinsstilling, idet de berørte forvaltninger og offentlige organisationer blev afskåret fra at foretage en del af deres indkøb hos virksomheder, der var beliggende i andre medlemsstater. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvor begrænsningen af salget ved omførsel ikke afhænger af de udbudte varers oprindelse. De handlende, der har tilladelse til at sælge varer ved omførsel i bestemte østrigske forvaltningsområder, kan sælge varer, der hidrører fra en hvilken som helst medlemsstat, uden at indførslen af disse varer er underkastet bestemte betingelser, der kan stille dem ringere. De østrigske bestemmelser, som begrænser handelen med visse levnedsmidler ved omførsel, berører altså ikke varerne, og bestemmelserne kan derfor ikke udgøre en hindring for varernes adgang til markedet eller hæmme den i større omfang end for indenlandske varer.

til at udføre en bestemt form for salg, og denne begrænsning afhænger som nævnt ikke af varernes oprindelse. Der oreligger derfor hverken en åbenbar eller en skjult begrænsning af samhandelen. Det er ikke blevet gjort gældende, at de nationale bestemmelser fører til en generel nedgang i omsætningen inden for det nationale område. Så meget desto mere kan de heller ikke have den specifikke indvirkning på mængden af importerede varer, som alene kan begrunde en anvendelse af forbuddet mod kvantitative restriktioner eller foranstaltninger med tilsvarende virkning. Desuden må det erindres, at de omhandlede nationale bestemmelser kun vedrører salg ved omførsel af levnedsmidler, der ikke er forudbestilt. Alle andre salgsformer kan frit benyttes. Det forekommer mig ret urealistisk at gøre gældende, at der sker en nedgang i importen som følge af, at en bager, en slagter eller andre handlende, der sælger levnedsmidler, og som f.eks. har hjemsted i Bruxelles, Paris eller Berlin, ikke fra sin varevogn kan sælge ikke-forudbestilte varer ved omførsel i Østrig, af den simple grund, at de handlendes aktionsradius i praksis så at sige sætter en »naturlig grænse« for denne distributionsform. Detailhandlere, der sælger levnedsmidler, vil nemlig kun udbyde deres varer til salg på den måde, der er omhandlet i den østrigske lovgivning, til forbrugere i de tilgrænsende områder. Netop derfor er denne lovgivning — såfremt der er sikret handlende med hjemsted i stater, der grænser op til Østrig, mulighed for at sælge deres varer på samme betingelser, som gælder for østrigske handlende — ikke egnet til at indvirke på samhandelen inden for Fællesskabet. Den er derfor ikke omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 30.

Forslag til afgørelse

13. På baggrund af det ovenfor anførte skal jeg foreslå Domstolen at besvare det spørgsmål, der er forelagt af Oberster Gerichtshof, på følgende måde.

»EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF) skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter bagere, slagtere og andre handlende, der sælger levnedsmidler, kun må udbyde varer, som de er berettiget til at udbyde til salg i henhold til deres næringsbrev, til salg ved

omførsel fra sted til sted eller fra hus til hus, hvis de også driver den pågældende næring fra et fast forretningssted i det forvaltningsområde, hvor de udøver næringen i den nævnte form, eller i en tilgrænsende kommune på det nationale område eller i en anden medlemsstat.«