FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 18 maj 1999 *

1. I det föreliggande målet har Oberster Gerichtshof (Österrike) ställt en fråga om tolkningen av artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse). Den nationella domstolen ställer frågan om en nationell bestämmelse som tillåter en viss form av försäljning av livsmedel endast under förutsättning att försäljaren innehar ett fast driftställe i det Verwaltungsbezirk (österrikiskt förvaltningsdistrikt som omfattar flera kommuner), eller i en angränsande kommun, där en sådan försäljning skall äga rum, är förenlig med artikel 30 i EG-fördraget.

Tillämpliga regler samt omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen

2. Den bestämmelse som är tillämplig i tvisten vid den nationella domstolen är 53a § i Gewerbeordnung (lag om näringsverksamhet, nedan kallad GewO). I den stadgas att bagare, slaktare och andra försäljare av livsmedel får saluföra varor för vilka de har försäljningstillstånd genom ambulerande försäljning, eller hemförsäljning, endast under förutsättning att de samtidigt bedriver sin verksamhet från ett fast driftställe i detta Verwaltungsbezirk, eller i en angränsande kommun. Försäljarna får endast erbjuda samma varor vid den ambulerande försäljningen som de säljer vid sitt fasta driftställe. Enligt 50 § första stycket punkt 2 GewO kan försäljarna dock leverera varor till alla områden enligt beställning, utan att någon territoriell begränsning åläggs dem.

I huvudsak förbehålls möjligheten att utöva denna form av försäljning av livsmedel — nämligen den så kallade ambulerande försäljningen — enligt de nationella reglerna ifråga de försäljare som är etablerade i ett Verwaltungsbezirk som gränsar till det förvaltningsdistrikt där de skall använda ett sådant tillvägagångssätt vid försäljningen. Bestämmelserna i den österrikiska lagstiftningen, såsom de beskrivs i begäran om förhandsavgörande, är utan åtskillnad tillämpliga på österrikiska försäljare och på försäljare som är etablerade i medlemsstater som gränsar till Österrike. [1]

* Originalspråk: italienska.

1 — Detta har preciserats av den österrikiska regeringen, parterna i tvisten vid den nationella domstolen och kommissionen i deras svar på en skriftlig fråga från domstolen.

I den nationella lagstiftningen anses överträdelser av reglerna i GewO utgöra illojal konkurrens.

3. De ovannämnda reglerna har i tvisten vid den nationella domstolen tillämpats rörande omständigheter som kan sammanfattas enligt följande:

Klaganden, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (nedan kallad Schutzverband), är en sammanslutning vars syfte är att tillvarata näringsidkarnas ekonomiska intressen och särskilt att bekämpa illojal konkurrens. [2]

Motparten, TK-Heimdienst Sass GmbH (nedan kallad TK-Heimdienst) är ett österrikiskt bolag som är verksamt inom detaljhandel med livsmedel. Bolaget har sitt säte i Heiming i Tyrolen, och har filialer i Völs, som likaså ligger i Tyrolen, och i Wolfurt i Vorarlberg. Utöver försäljning av varor vid dessa ställen omfattar bolagets verksamhet också ambulerande försäljning och hemleverans av djupfryst mat. Bolaget har anställt förare som regelbundet åker i förväg bestämda rutter och delar ut kataloger över de av bolaget erbjudna djupfrysta varorna. Förarna frågar även konsumenterna om de är intresserade av att köpa djupfrysta matvaror och tar emot beställningar. [3] Förarna medför även en viss mängd icke beställda varor som är avsedda för direktförsäljning. Den ambulerande försäljningen äger också rum i sådana förvaltningsdistrikt på det österrikiska territoriet vilka inte hör till de distrikt där motparten har ett fast driftställe och vilka inte heller gränsar till sistnämnda distrikt.

4. I målet vid den nationella domstolen har klaganden yrkat att motparten skall förbjudas att bedriva hemförsäljning av livsmedel som inte har beställts i förväg. Klaganden gör gällande att denna verksamhet står i strid med 53a § GewO, eftersom motparten bedriver ambulerande försäljning i ett Verwaltungsbezirk, eller i en angränsande kommun till detta Verwaltungsbezirk, där motparten inte bedriver försäljning av livsmedel från ett fast driftställe.

Talan bifölls av de två första instanserna. Överrätten kom även till slutsatsen att 53a § GewO inte kan vara oförenlig med gemenskapsrätten, då den endast utgör en reglering av en bestämd försäljningsform, i den mening som avses i rättspraxis enligt domen i målet Keck och Mithouard. [4]

2 — Sammanslutningen består av medlemmar som representerar ett stort antal branschorganisationer, organ och hantverksgillen, däribland Landesgremium des Einzelhandels mit Lebens- und Genußmitteln der Wirtschaftskammer Vorarlberg och Sektion Handel der Wirtschaftskammer Vorarlberg.

3 — Beställningarna kan göras per telefon, genom att sända en beställningsblankett till bolagets huvudkontor eller direkt hos förarna. Leveransen sker sedan i samband med nästa tur på samma sträcka.

4 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91 (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. 431).

5. Den hänskjutande domstolen, Oberster Gerichtshof, anser emellertid att det är tveksamt om den nationella bestämmelsen är förenlig med artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget (nu artiklarna 28 EG och 30 EG i ändrad lydelse). Oberster Gerichtshof har sedan preciserat att det saknas gränsöverskridande omständigheter i detta fall. Frågan om 53a § GewO är förenlig med gemenskapsrätten utgör dock en prejudicerande fråga för bedömningen huruvida det föreligger någon diskriminering av de österrikiska medborgarna. Den hänskjutande domstolen har erinrat om att Verfassungsgericht nämligen har ansett att en ogrundad diskriminering av österrikiska näringsidkare i förhållande till näringsidkare från andra medlemsstater utgör ett åsidosättande av principen om likabehandling. Med hänsyn till dessa överväganden ställer Oberster Gerichtshof följande fråga till domstolen:

"Skall artikel 30 i EG-fördraget tolkas så, att den utgör hinder för en bestämmelse enligt vilken bagare, slaktare och andra försäljare av livsmedel genom ambulerande försäljning eller hemförsäljning får saluföra varor för vilka de har försäljningstillstånd endast om de samtidigt i det Verwaltungsbezirk där de bedriver nämnda försäljningsverksamhet, eller i en angränsande kommun, bedriver sin näringsverksamhet från ett fast driftställe, och enligt vilken de endast får saluföra sådana varor genom ambulerande försäljning eller hemförsäljning som de även säljer på det fasta driftstället?"

Domstolens behörighet

6. Före granskningen av själva frågan är det lämpligt att granska den prejudicerande frågan som Schutzverband har berört. Schutzverband har nämligen anfört att begäran om förhandsavgörande inte bör upptas till sakprövning av två skäl. För det första föreligger i det aktuella fallet inga gränsöverskridande omständigheter, eftersom de faktiska omständigheterna inte rör någon annan medlemsstat än Österrike. För det andra rör de bestämmelser som finns i 53a § GewO en försäljningsform, vars förenlighet med gemenskapsrätten kan bedömas med ledning av rättspraxis som redan finns rörande artikel 30 i EG-fördraget. [5] Det är därför inte nödvändigt att begära ett förhandsavgörande av domstolen.

7. Denna framställning är inte övertygande. Vad gäller det sistnämnda argumentet är det tillräckligt att erinra om att artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) tillåter de nationella domstolarna att begära ett förhandsavgörande från domstolen, även om frågan är identisk, vad gäller omständigheterna, med en fråga som redan varit föremål för en begäran om förhandsavgörande i ett liknande mål. [6]

Vad sedan gäller påståendet att det mål som skall avgöras av den nationella domstolen

5 — Det hänvisas speciellt till rättspraxis enligt den ovannämnda domen i målet Keck och Mithouard.

6 — Dom av den 27 mars 1963 i de förenade målen 28/62—30/62, Da Costa m.fl. (REG 1963, s. 57; svensk specialutgåva, volym 1, s. 173).

är av rent nationell karaktär, bör det erinras om att den fråga som ställts till domstolen avser artikel 30 i EG-fördraget, vars mål är att avskaffa hindren för den fria rörligheten för varor inom gemenskapen. Domstolen har i domen i målet Pistre m.fl. preciserat att sådana hinder kan föreligga även om "alla omständigheter i det konkreta mål som är anhängigt vid den nationella domstolen inskränker sig till en enda medlemsstat".[7] I en sådan situation kan nämligen "[t]illämpningen av en nationell bestämmelse... även medföra verkningar för den fria rörligheten av varor mellan medlemsstaterna, särskilt då bestämmelsen i fråga gynnar saluföring av varor med inhemskt ursprung till förfång för importerade varor. Även om bestämmelsen endast var tillämplig på inhemska producenter, skulle den under sådana omständigheter i sig skapa och upprätthålla en behandling som skilde sig åt mellan dessa båda varukategorier, vilket, åtminstone potentiellt, skulle kunna hindra handeln inom gemenskapen".[8]

8. Av domstolens rättspraxis följer alltså att när det påstås föreligga ett brott mot artikel 30 i EG-fördraget, kan domstolen åtminstone undersöka om den nationella åtgärden kan påverka handeln inom gemenskapen, även om alla omständigheter avseende personerna i det aktuella fallet inskränker sig till en och samma medlemsstat.[9]

Prövning i sak

9. Vad gäller prövningen i sak av tolkningsfrågan kan det direkt sägas att den nationella bestämmelsen, såsom den beskrivs av den hänskjutande domstolen, inte står i strid med artikel 30 i EG-fördraget. Jag anser nämligen att den tillhör de nationella föreskrifter som domstolen, alltsedan domen i målet Keck och Mithouard, har undantagit från tillämpningsområdet för artikel 30 i EG-fördraget. I denna dom fastslogs som bekant principen enligt vilken "... tillämpningen på varor från andra medlemsstater av nationella bestämmelser, som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer... inte [är] ägnad att direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln mellan medlemsstaterna... förutsatt att dessa bestämmelser gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet

7 — Dom av den 7 maj 1997 i de förenade målen C-321/94—C-324/94 (REG 1997, s. I-2343), punkt 44.

8 — Ibidem, punkt 45.

9 — Den rättspraxis som TK-Heimdienst har åberopat i sina inlagor förefaller mig däremot inte vara relevant (dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi, REG 1990, s. I-3763, svensk specialutgåva, volym 10, s. 531, dom av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher, REG 1990, s. I-4003, dom av den 26 september 1985 i mål 166/84, Thomasdünger, REG 1985, s. 3001, och dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem, REG 1997, s. I-4161). I dessa mål var gemenskapsrätten nämligen inte direkt tillämplig, utan den var endast tillämplig på grund av en hänvisning i nationell rätt till den lösning som valts i gemenskapsrätten, med syfte att reglera den rent interna situationen. Det nu aktuella fallet är emellertid annorlunda. Här gäller det inte — i motsats till vad den hänskjutande domstolen förefaller anse — ett rent internt mål som ligger utanför tillämpningsområdet för gemenskapsrätten. Tolkningsfrågan avser nämligen artikel 30 i EG-fördraget och denna är som sagt tillämplig även om omständigheterna avseende personerna i tvisten vid den nationella domstolen är hänförliga till en och samma medlemsstat. Det ifrågavarande fallet medför inte att tillämpningen av förfarandet om förhandsavgörande skall utvidgas till tvister utanför tillämpningsområdet för gemenskapsrätten.

inom det nationella territoriet och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt". [10] Övervägandena som ligger till grund för denna rättspraxis är kända. Efter att ha konstaterat att "näringsidkarna i allt större utsträckning åberopar artikel 30 i EG-fördraget mot snart sagt varje regel som begränsar deras kommersiella frihet, även när dessa regler inte avser varor från andra medlemsstater", [11] önskade domstolen att bestämmelsen skulle återföras till det som ursprungligen var syftet med den, nämligen att reglera *varuutbytet* mellan medlemsstaterna. Artikel 30 i fördraget förbjuder således inte medlemsstaterna att anta allmänna bestämmelser för att reglera handeln, om dessa regler inte utgör ett hinder för tillträdet till den nationella marknaden av varor från andra medlemsstater. För att kunna åberopa artikel 30 krävs det i huvudsak att den nationella åtgärden i fråga medför en *direkt* begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. [12] Det villkoret är inte uppfyllt beträffande föreskrifter som endast gäller försäljningsformen och inte rör de egenskaper som utmärker varan. Eftersom sådana föreskrifter tillämpas på samtliga näringsidkare som bedriver sin verksamhet inom det nationella territoriet, oberoende av de sålda varornas ursprung, påverkar dessa föreskrifter inte avsättningen av varor från andra medlemsstater på ett annat sätt än avsättningen av inhemska varor. [13]

10. Detta resonemang har domstolen bekräftat i en omfattande och koherent rättspraxis. Det är tillräckligt att erinra om att domstolen, förutom att den i domen i målet Keck och Mithouard ansåg att artikel 30 i EG-fördraget inte skall tillämpas på ett förbud mot återförsäljning av varor till underpris, har förklarat att artikeln inte heller är tillämplig på en yrkesetisk regel som antagits av apotekarnas yrkesorganisation i en medlemsstat och som förbjuder samtliga apotekare inom dess ansvarsområde att utanför apoteket göra reklam för sedvanliga apoteksvaror som de har tillstånd att saluföra, eftersom denna regel, som tillämpas utan åtskillnad oavsett de berörda produkternas ursprung, inte påverkar saluföringen av produkter från andra medlemsstater på annat sätt än saluföringen av inhemska produkter. [14] Domstolen har även fastslagit att artikel 30 i EG-fördraget inte är tillämplig på nationell lagstiftning enligt vilken detaljhandeln med tobaksvaror oavsett ursprung förbehålls distributörer som fått tillstånd, om nämnda lagstiftning inte därigenom hindrar att varor som härrör från andra medlemsstater kommer ut på den nationella marknaden eller innebär en störning i deras tillgång till marknaden i högre grad än den innebär en störning i de inhemska varornas tillgång till distributionsnätet. Sådana bestämmelser rör nämligen inte varornas egenskaper utan enbart formerna för detaljförsäljningen och kravet att använda ett detaljhandelsnät tillämpas lika oavsett varornas ursprung och påverkar försäljningen av de varor med

10 — Ibidem, punkt 16.

11 — Ibidem, punkt 14.

12 — I domen av den 20 juni 1996 i de förenade målen C-418/93—C-421/93, C-460/93—C-462/93, C-464/93, C-9/94—C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 och C-332/94, Semeraro Casa Uno m.fl. (REG 1996, s. I-2975), underströk domstolen att det inte är tillräckligt att den nationella åtgärden generellt kan minska försäljningsvolymen, och, som en följd av detta, minska importen, för att en nationell åtgärd skall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 30 i EG-fördraget. Det måste röra sig om en direkt minskning av importen som sådan.

13 — Dom av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero (REG 1995, s. I-4663), punkterna 37 och 44.

14 — Dom av den 15 december 1993 i mål C-292/92, Hünermund m.fl. (REG 1993, s. I-6787; svensk specialutgåva, volym 14, s. 467).

ursprung i andra medlemsstater och inhemska varor på samma sätt.[15] På samma grunder har det fastslagits att nationella föreskrifter som förbehåller apotek rätten att sälja modersmjölkersättning är förenliga med artikel 30 i EG-fördraget.[16]

11. Enligt min åsikt kan den rättspraxis som erinrats om ovan tillämpas i det nu aktuella fallet. De nationella regler som den hänskjutande domstolen beskrivit är tillämpliga såväl för österrikiska näringsidkare som näringsidkare från andra medlemsstater. Försäljare som är etablerade i angränsande medlemsstater kan nämligen också saluföra varor genom ambulerande försäljning inom det österrikiska territoriet, på samma villkor som de nationella försäljarna. Det föreligger således inget hinder i det hänseendet för import av varor från andra medlemsstater.

Det som framför allt förefaller avgörande är att den aktuella lagstiftningen inte har som syfte att begränsa importvolymen, och inte heller har någon sådan effekt. Föreskrifterna rör, såsom det har uttryckts i domstolens rättspraxis, inte egenskaper hos de livsmedel som skall säljas, utan gäller endast vissa "försäljningsformer" vad beträffar dessa varor. Det rör sig således om regler om försäljningsverksamheten, vilka tillämpas oberoende av om varorna är inhemska eller importerade och vilka inte på något vis är av karaktären att de minskar importen från andra medlemsstater.[17]

12. Jag anser därför inte att den aktuella nationella föreskriften utgör ett dolt hinder för handeln mellan medlemsstaterna, såsom kommissionen och TK-Heimdienst har gjort gällande i sina inlagor. Enligt det synsättet är en bagare, slaktare eller annan försäljare av livsmedel vilken önskar saluföra sina varor i Österrike tvungen att öppna ett driftställe där, utöver det driftställe som försäljaren ifråga redan har i sitt hemland. Detta skulle medföra extra kostnader och innebära nackdelar för en sådan försäljning. Jag delar dock inte den åsikten. Den österrikiska lagstiftningen rör nämligen inte handeln mellan medlemsstater och inte heller uppställer den villkor för tillträdet för varor som härrör från andra medlemsstater till den nationella marknaden. Den innebär endast en begränsning av den grupp näringsidkare som har tillstånd att använda sig av en bestämd försäljningsform och denna begränsning är, som sagt,

15 — Domen i det ovannämnda målet Banchero.

16 — Dom av den 29 juni 1995 i mål C-391/92, kommissionen mot Grekland (REG 1995, s. I-1621).

17 — Det skall i detta avseende påpekas att omständigheterna i det nu aktuella fallet skiljer sig från de som var för handen i målet Du Pont de Nemours Italiana, till vilka kommissionen har hänvisat (dom av den 20 mars 1990 i mål C-21/88, REG 1990, s. I-889; svensk specialutgåva, volym 10). Domstolen bekräftade där att en nationell föreskrift inte undgår förbudet i artikel 30 i fördraget av det skälet att dess begränsande verkan på importen inte gynnar samtliga utan endast vissa inhemska produkter. Målet gällde nationella regler som föreskriver att en viss andel av offentliga varuupphandlingskontrakt skall förbehållas företag som är etablerade i vissa regioner inom det nationella territoriet; detta innebar således en fördel för de varor som framställdes eller bearbetades i en viss region i en medlemsstat och utgjorde ett hinder, till en viss del, för de förvaltningar och offentliga organ som var intresserade av att bedriva handel med företag i andra medlemsstater. Detta är inte fallet här, där inskränkningarna vad gäller den ambulerande försäljningen inte är beroende av ursprunget av de varor som erbjuds. De näringsidkare som har tillstånd att bedriva ambulerande försäljning i vissa Verwaltungsbezirk kan sälja varor som kommer från samtliga medlemsstater, utan att importen av dessa varor är föremål för speciella villkor som skulle kunna missgynna nämnda näringsidkare. Varorna berörs därför inte av denna nationella föreskrift som begränsar den ambulerande försäljningen av livsmedel. Den nationella föreskriften hindrar alltså inte de importerade varornas tillträde till marknaden eller försvårar deras tillträde jämfört med inhemska varor.

inte beroende av varornas ursprung. Det föreligger således ingen inskränkning, vare sig uppenbar eller dold, av varuutbytet. Det har inte heller påstått att den nationella föreskriften medför någon minskning av den generella volymen av varuflödet inom det nationella territoriet. Det kan då ännu mindre vara fråga om någon direkt påverkan på importvolymen, vilket skulle krävas för att tillämpa förbudet mot kvantitativa restriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan. Det skall vidare erinras om att de nationella reglerna i fråga endast rör ambulerande försäljning av livsmedel som inte beställts i förväg. Samtliga övriga försäljningsformer är öppna för alla. Det förefaller mig föga realistiskt att påstå att det skulle medföra en minskning av importen att en bagare, slaktare eller annan försäljare av livsmedel vilka har sitt driftställe i exempelvis Bryssel, Paris eller Berlin, inte kan bedriva ambulerande försäljning inom det österrikiska territoriet av varor som inte beställts i förväg. Skälet till detta är helt enkelt att denna försäljningsverksamhet i praktiken möter en "naturlig gräns", eftersom de detaljhandlare som saluför livsmedel inte erbjuder sina varor enligt de former som avses i de österrikiska reglerna annat än till konsumenter i de angränsande regionerna. Därför är inte dessa regler av karaktären att de påverkar varuutbytet inom gemenskapen, förutsatt att försäljare som är etablerade i medlemsstater som gränsar till Österrike ges möjlighet att sälja sina egna varor på samma villkor som gäller för de nationella försäljarna. Dessa regler omfattas således inte av tillämpningsområdet för artikel 30 i EG-fördraget.

Förslag till avgörande

13. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen lämnar följande svar på frågan som Oberster Gerichtshof har ställt:

Artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) skall tolkas så, att den inte utgör hinder för en lagstiftning enligt vilken bagare, slaktare och andra försäljare av livsmedel genom ambulerande försäljning eller hemförsäljning får saluföra varor för vilka de har försäljningstillstånd om de samtidigt i det

Verwaltungsbezirk där de bedriver nämnda försäljningsverksamhet, eller i en angränsande kommun, inom det nationella territoriet eller i en annan medlemsstat, bedriver sin näringsverksamhet från ett fast driftställe, och enligt vilken de endast genom ambulerande försäljning eller hemförsäljning får saluföra sådana varor som de även säljer på det fasta driftstället.