



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 19 december 2012¹

Mål C-216/11

**Europeiska kommissionen
mot**

Republiken Frankrike

”Talan om fördragsbrott — Direktiv 92/12/EEG — Artiklarna 8 och 9 — Punktskattepliktiga varor — Tobaksvaror som förvärvas i en medlemsstat och förs till en annan — Kriterier för att avgöra gränserna för transporten av de punktskattepliktiga varorna — Fri rörlighet för varor — Artikel 34 FEUF — Förhållandet mellan den grundläggande friheten och sekundärrätten — Åberopande först av sekundärrätt och därefter av en grundläggande frihet”

1. I förevarande talan om fördragsbrott har Europeiska kommissionen yrkat att domstolen ska förklara att Republiken Frankrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt för det första artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12/EG² om allmänna regler för punktskattepliktiga varor och om innehav, flyttning och övervakning av sådana varor och för det andra artikel 34 FEUF. Republiken Frankrike har yrkat att kommissionens talan ska ogillas.

2. Detta mål aktualiserar en intressant fråga som allmänt påverkar fördragsbrottsmål där det först åberopas sekundärrättsliga bestämmelser och därefter grundläggande friheter. I sin ansökan har kommissionen klandrat Republiken Frankrike för att ha åsidosatt såväl artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12 som den fria rörligheten för varor enligt artikel 34 FEUF. Enligt domstolens fasta praxis *ersätter* den sekundärrätt som utvecklar de grundläggande reglerna om fri rörlighet *processuellt sett* dessa regler och tar över som enda bedömningsgrund. Att kommissionens kritik har framförts i ett fördragsbrottsmål aktualiserar ett inte okomplicerat processuellt problem som jag kommer att behandla i detta förslag till avgörande.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Rådets direktiv 92/12/EG av den 25 februari 1992 (EGT L 76, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 2, s. 57), ändrat genom rådets direktiv 2008/118/EG av den 16 december 2008 om allmänna regler för punktskatt och om upphävande av direktiv 92/12/EEG (EUT L 9, s. 12).

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätten

3. Artiklarna 34 FEUF och 36 FEUF har följande lydelse:

”Artikel 34 [FEUF]

Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna.

...

Artikel 36

Bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 ska inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.”

4. Direktiv 92/12 harmoniserar regelverket om innehav, flyttning och övervakning av punktskattepliktiga varor, bland annat tobak och alkoholhaltiga drycker.

5. I sjunde skälet i direktivet anges att ”[f]ör att fastställa att punktskattebelagda varor inte innehas för privata utan för kommersiella ändamål, måste medlemsstaterna ta hänsyn till ett antal kriterier”.

6. Dessa kriterier återspeglas i lydelsen av artiklarna 8 och 9 i direktivet:

”Artikel 8

Vad beträffar varor som förvärvats av enskilda individer för deras eget bruk och transporterats av dem själva följer av principen för den inre marknaden att punktskatt skall tas ut i den medlemsstat där de har förvärvats.

Artikel 9

1. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 6–8, inträder skattskyldighet för punktskatt då varor för konsumtion i en medlemsstat förvaras i en annan medlemsstat för kommersiella ändamål.

I detta fall skall skatten förfalla till betalning i den medlemsstat där varorna finns och påföras innehavaren.

2. För att fastställa att de varor som avses i artikel 8 är avsedda för kommersiella ändamål måste medlemsstaterna bl.a. ta hänsyn till följande:

- innehavarens kommersiella status och dennes skäl för att inneha dem,
- den plats där varorna finns eller, i förekommande fall, det använda transportsättet,
- alla handlingar som hänför sig till varorna,

- varornas beskaffenhet,
- varornas kvantitet.

För att kunna tillämpa innehållet i första stycket femte strecksatsen får medlemsstaterna fastställa referensnivåer, uteslutande till ledning för bevisningen. Dessa får inte understiga följande:

a) *Tobaksvaror*

Cigaretter 800 st

Cigariller (cigarrer med en vikt av högst 3 g per styck) 400 st

Cigarrer 200 st

Röktobak 1,0 kg

...”

7. Direktiv 92/12 upphävdes genom och ersattes av direktiv 2008/118 med verkan från den 1 april 2010. Den frist som kommissionen satt i sitt motiverade yttrande löpte dock ut den 23 januari 2010. Den lagstiftning som är föremål för tolkning i detta förfarande är följaktligen direktiv 92/12, som dock inte skiljer sig väsentligt till innehållet vad gäller kriterierna för privat konsumtion.

B – *Nationell rätt*

8. Såvitt är av intresse i förevarande mål innehåller allmänna skattelagen (code général des impôts, nedan kallad CGI) ett antal bestämmelser om punktskatt på vissa varor, bland annat tobak, varav följande ska återges här:

”Artikel 302 D

I.1. Skattskyldighet uppkommer ...

4. Utan att det påverkar artiklarna 458.9, 575 G och 575 H, vid konstaterat innehav i Frankrike av alkohol, alkoholhaltiga drycker och tobak tillverkad för kommersiella ändamål om innehavaren inte kan visa – genom att uppvisa en följesedel, en faktura eller ett kvitto – att varorna är undantagna från skatt eller att skatt har erlagts i Frankrike, alternativt att säkerhet har ställt där i enlighet med artikel 302 U.

Myndigheterna beaktar följande när den fastställer huruvida dessa varor innehas i Frankrike för kommersiella ändamål:

- a. Innehavarens yrkesverksamhet.
- b. Den plats där varorna finns, det använda transportsättet eller de handlingar som hänför sig till varorna.
- c. Varornas beskaffenhet.
- d. Varornas kvantitet, särskilt när kvantiteten överstiger de referensnivåer som fastställts i artikel 9.2 i rådets direktiv 92/12 ...

...

Artikel 575 G

Tillverkad tobak får inte omsättas efter att den sålts i detaljhandeln i större kvantiteter än 1 kilogram, utan en sådan handling som anges i artikel 302 M II.

Artikel 575 H

Med undantag för leverantörer till lager, tobakshandlare på detaljhandelsnivån, i artikel 565.3 angivna personer, sådana återförsäljare som anges i artikel 568 tionde strecksatsen och, avseende de kvantiteter som fastställs av den budgetansvariga ministern, sådana återförsäljare som nämns i artikel 568 första strecksatsen, får ingen inneha mer än 2 kilogram tillverkad tobak i lager eller kommersiella lokaler eller ombord transportmedel.”

9. Vid den tidpunkt då fristen i det motiverade yttrandet löpte ut innehöll finansministeriets webbplats diverse praktisk information riktad till köpare av punktskattepliktiga varor som ville utnyttja den fria rörligheten mellan Frankrike och andra medlemsstater. Enligt kommissionens ansökan innehöll informationen från finansministeriet upplysningar såsom följande:

”Allmänna frågor

Om du köper varor för enskilt bruk när du reser till andra länder i EU behöver du inte deklarerera dem eller betala tull eller skatt när du reser in i eller ut ur Frankrike.

Du ska betala mervärdesskatt direkt i det land där du köper varorna enligt skattesatsen i det landet. Om du köper alkohol eller tobak finns det riktlinjer i EU-lagstiftningen för hur mycket du kan köpa som privatperson.

Inköp av tobak och alkohol som överskrider vissa maxgränser (se nedan) kan ses som kommersiella inköp av de franska tullmyndigheterna, beroende på ett antal faktorer. Du måste i så fall betala tull och skatt i Frankrike för alla varorna. Maxgränserna för inköp gäller även vid utresa från Frankrike till ett annat EU-land.

Tobak

Enligt artikel 575 G och 575 H i allmänna skattelagen, i dess lydelse enligt lagen om finansiering av socialförsäkringssystemet för år 2006 [(loi de financement de la sécurité sociale pour 2006)], gäller följande bestämmelser från den 1 januari 2006 när enskilda köper tobak i en annan medlemsstat i EU, med undantag för de tio nya medlemsstaterna:

- Du får transportera fem limpor cigaretter (det vill säga, 1 kg tobak) utan tillstånd för förflyttning.

Obs: Den gränsen gäller för varje enskilt transportmedel, eller varje person över 17 år vid kollektiv transport (varje form av transport med mer än nio transporterade personer, inklusive föraren).

- För 6–10 limpor måste du ha ett förenklat ledsagardokument. Om du inte har ett sådant dokument riskerar du att vid kontroll få tobaken beslagtagen samt åläggas en påföljd. Om du avsäger dig varorna kommer du inte att åläggas någon påföljd.

För att skaffa detta dokument behöver du bara infinna dig personligen på det första franska tullkontoret, vid gränsen.

- Det är förbjudet att föra in mer än 10 limpör cigaretter (eller 2 kilogram tobak). Kontroll kan medföra de påföljder som nämns ovan (beslag av tobaken och andra påföljder).

För kollektiva transportmedel (flyg, båt, buss, tåg) gäller dessa bestämmelser för varje enskild passagerare.”

II – Det administrativa förfarandet

10. Den 20 november 2006 begärde kommissionen upplysningar från Republiken Frankrike om medlemsstatens bestämmelser och administrativa praxis rörande införsel av tobak från andra medlemsstater. Mot bakgrund av de upplysningar som de franska myndigheterna lämnat, tillställde kommissionen dem en formell underrättelse daterad den 23 oktober 2007, där den gjorde gällande att den berörda medlemsstaten hade åsidosatt artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12 samt dåvarande artikel 28 EG (nu artikel 34 FEUF).

11. Efter en begäran om kompletterande upplysningar som sändes till den franska myndigheterna den 4 juni 2008 avgav kommissionen den 23 november 2009 sitt motiverade yttrande och anmodade Republiken Frankrike att vidta alla nödvändiga åtgärder för att anpassa sin lagstiftning och interna praxis inom två månader från mottagandet av yttrandet. Kommissionen och de franska myndigheterna höll därefter två sammanträden för att fastställa en tidsplan samt formerna för anpassningen av den franska lagstiftningen och praxisen till unionsrätten. Genom en skrivelse av den 15 juli 2010 underrättade de franska myndigheterna kommissionen om ett förslag till ändrade nationella bestämmelser, ägnade att anpassa den interna lagstiftningen till unionsrätten.

12. I november 2010 lades ett förslag till ny finansieringslagstiftning – med ändring av de bestämmelser som kritiserats av kommissionen – fram för det nationella parlamentet. Förslaget röstades dock ned av parlamentet den 21 december 2010, och de bestämmelser som kommissionen anser är rättsstridiga fortsatte därmed att gälla.

13. Efter att det nationella parlamentet hade röstat ned lagförslaget väckte kommissionen förevarande fördragsbrottstalan.

III – Prövning av talan

A – Parternas argument

14. Kommissionen har för det första hävdatt att Republiken Frankrike har åsidosatt artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12. Till stöd för sitt påstående har kommissionen anfört

- att den franska lagstiftningen felaktigt har infört *objektiva* och *orubbliga* kriterier för att avgöra huruvida köp av tobak i en annan medlemsstat är för enskilt eller kommersiellt bruk,
- att den franska lagstiftningen tillämpar det objektiva, orubbliga kriteriet på *samtliga* de förvärvade varorna, och inte på varje varuslag för sig,
- att den franska lagstiftningen, i de fall då den skattskyldige förflyttar sig i ett fordon, tillämpar det objektiva, orubbliga kriteriet för *varje fordon*, och inte för varje enskild person, samt
- att den franska lagstiftningen, efter att ha tillämpat kriteriet och fastställt att ett bruk är kommersiellt, föreskriver *oproportionerliga sanktioner*, såtillvida att det föreskriver ”systematiskt” beslagtagande när mängden tobak överskrider två kilogram per fordon. Undantag görs bara vid

”god tro”, ett begrepp som enligt kommissionen inte har definierats i den nationella lagstiftningen och leder till rättsosäkerhet. Kommissionen har också ifrågasatt systemet med att ”avsäga” sig varorna, som framstår som otydligt avgränsat i förhållande till beslagtagande.

15. Kommissionen har för det andra hävdatt att Republiken Frankrike har åsidosatt artikel 34 FEUF genom att bestämma att kvantiteter över 2 kilogram tobak eller tio limpör cigaretter automatiskt omfattas av punktskatt, även om det skulle visas att de är avsedda för personligt bruk. Till stöd för denna kritik har kommissionen främst anfört att artikel 575 H CGI visserligen avser innehav av tobak oberoende av var denna har köpts, men i praktiken gör det svårare att köpa tobak i andra medlemsstater och därmed begränsar den fria rörligheten för varor. Till stöd för detta har kommissionen påpekat att kontrollerna för att säkerställa tillämpningen av denna bestämmelse enbart görs vid gränsövergångar. Enligt kommissionen har de franska myndigheterna aldrig försökt dölja att dessa bestämmelser inte tar sikte på förvärv av tobaksvaror i Frankrike utan i andra medlemsstater och syftar till att motverka sådana transaktioner som de betraktar som ”skatteturism”.

16. Den franska regeringen har som svar på kommissionens första anförda fördragsbrottsgrund anfört att den nationella lagstiftningen och administrativa praxisen inte strider mot direktiv 92/12, av följande skäl:

- Artikel 575 G och H CGI är inte bestämmelser om punktskatt på tobak utan om innehav av tobak. De av kommissionen ifrågasatta bestämmelserna har följaktligen ingen koppling till direktiv 92/12 och kan inte bedömas mot bakgrund av det direktivet.
- För det fall att direktiv 92/12 ska tillämpas på den ifrågasatta lagstiftningen, erinrar den franska regeringen om att enligt denna lagstiftning ska även andra faktorer beaktas, såsom köparens yrkesverksamhet, det använda transportmedlet eller varans art. Den omständigheten att bara ett kriterium används i den administrativa praxisen, ändrar inte det faktum att artikel 575 G och H är förenlig med direktiv 92/12.
- Vad gäller regeln att det är samtliga varor som en person innehar som beaktas, inte varje varuslag för sig, sägs ingenting i direktiv 92/12, och då preciseringar saknas på denna punkt, kan den franska lagstiftningen inte anses strida mot den anförda bestämmelsen.
- Vad gäller påståendet att lagstiftningen är oproportionerlig, har den franska regeringen anfört att sanktionerna varken tillämpas ”systematiskt” eller är oproportionerliga.

17. Den franska regeringen har vidare anfört följande argument som försvar mot den andra fördragsbrottsgrunden, angående artikel 34 FEUF:

- Även om den franska regeringen öppet medger att begränsningen i artikel 575 H CGI är en kvantitativ importrestriktion, anser den att åtgärden är berättigad, eftersom den syftar till att skydda människors hälsa och liv, i enlighet med undantaget i artikel 36 FEUF.
- Skyddet för människors hälsa och liv, såsom detta kommer till uttryck i den nationella lagstiftningen, utgör inte ett medel för godtycklig diskriminering och är inte heller en oproportionerlig åtgärd.

B – Bedömning

1. Den första fördragsbrottsgrunden: Åsidosättande av artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12

18. Artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12 innehåller ett undantag enligt vilket personer som förvärvat punktskattepliktiga varor "för deras eget bruk" är befriade från punktskatten. Artikel 9 räknar upp olika kriterier som staterna "måste ... ta hänsyn till", bland annat innehavarens kommersiella status, den plats där varorna finns, det använda transportsättet samt varornas beskaffenhet och kvantitet.

19. Vad gäller det sistnämnda kriteriet ger bestämmelsen i fråga staterna möjlighet att "fastställa referensnivåer, uteslutande till ledning för bevisningen". Därefter anges för varje slags tobaksvara vilka kvantiteter som medlemsstaterna som lägst får tillämpa om de använder ett kvantitativt kriterium vid bevisningen.

20. Det står klart att direktiv 92/12 har harmoniserat de faktorer som en medlemsstat ska beakta när den bedömer om förvärv av en punktskattepliktig vara ska anses avsedd för enskilt eller kommersiellt bruk. Även om direktivet är ett verktyg för harmonisering som lämnar medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, vilket domstolen haft tillfälle att påpeka vid olika tillfällen,³ kan dessa minimikrav också på enskilda punkter få karaktär av tvingande påbud.⁴ Medlemsstaterna har följaktligen ett manöverutrymme när de bedömer om en vara har det ena eller det andra ändamålet. Den bedömningen måste dock göras inom de ramar som artikel 9 i direktiv 92/12 ställer upp, ramar som avgränsar statens utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att föreskriva strikta gränsvärden.

21. Den första strikta begränsningen är skyldigheten att beakta mer än ett kriterium för att fastställa varans ändamål. Artikel 9.2 i direktiv 92/12 är mycket tydlig på den punkten. Enligt den bestämmelsen "*måste* medlemsstaterna *bl.a.* ta hänsyn till" de faktorer som räknas upp där.⁵ Varje bestämmelse eller nationell praxis som enbart beaktar, exempelvis, ett kvantitativt kriterium överskrider de ramar som satts upp genom artikel 9.2 i direktivet.

22. Den andra strikta begränsningen ligger i att det angetts referensnivåer för det kvantitativa kriteriet. Enligt artikel 9.2 andra stycket i direktiv 92/12 får medlemsstaterna fastställa kvantitativa referensnivåer, men "uteslutande till ledning för bevisningen". Om en medlemsstat hindrar den berörda personen från att lägga fram bevisning som stöder dennes version gentemot vad det lagligt fastställda kriteriet kan tänkas utvisa, strider den följaktligen mot artikel 9.2 i direktivet.

23. En tredje strikt begränsning framgår av en systematisk och teleologisk tolkning av artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12, nämligen att medlemsstaterna, om de tillämpar kvantitativa kriterier, måste använda sig av lägsta referensnivåer för att avgöra huruvida ändamålet är kommersiellt. Dessa referensnivåer räknas upp i artikel 9.2 och är uppdelade efter varuslag (tobaksvaror och alkoholhaltiga drycker, med underkategorier). De kvantitativa referensvärdena avser inte uttryckligen innehavaren av varorna, men det är uppenbart att när direktivet nämner, exempelvis, minimiantalet 800 cigaretter, avser detta antalet cigaretter *per person*. Den tolkningen får stöd av hänvisningen i artikel 8 till varor som förvärvats "av enskilda individer". I artikel 9.1 första stycket bestäms vem som är skattskyldig när ändamålet med varorna är kommersiellt, nämligen "innehavaren". Referensvärdena i denna direktivsbestämmelse gäller följaktligen för *varje enskild* innehavare, det vill säga de är minimikrav som gäller varje skattskyldig person individuellt.

3 — Se, exempelvis, dom av den 15 juni 2006 i mål C-494/04, Heinz van Landewijck (REG 2006, s. I-5381), punkt 41, och av den 13 december 2007 i mål C-374/06, BATIG (REG 2007, s. I-11271), punkt 38.

4 — Se, bland annat, dom av den 18 december 2008 i mål C-517/07, Afton Chemical (REG 2008, s. I-10427), punkt 36, och av den 17 juni 2010 i mål C-550/08, British American Tobacco (Germany) (REU 2010, s. I-5515), punkt 38.

5 — Min kursivering.

24. Slutligen innebär uppräknningen av varuslagen och fastställandet av de kvantitativa referensvärdena en fjärde och sista strikt begränsning. Artikel 9.2 i direktiv 92/12 ställer upp gränser för varje varuslag. För tobaksvaror gäller gränser för cigaretter, cigariller, cigarrer och röktoak. Varje kategori har en kvantitativ minimigräns. Även om detta inte anges uttryckligen i direktiv 92/12, bör slutsatsen av en systematisk tolkning i den mening som avses i föregående punkt bli att dessa gränser gäller för varje varuslag. En person kan således inneha 799 cigaretter och 399 cigariller, utan att dessa varor sammantaget leder till slutsatsen att de har ett kommersiellt ändamål. Sammanfattningsvis ska referensvärdena alltså tillämpas *för varje person och varje varuslag för sig*.

25. Mot bakgrund av vad som anförts är det uppenbart att fransk lagstiftning och praxis inte uppfyller villkoren enligt direktiv 92/12.

26. För det första håller inte, vid en läsning av direktiv 92/12, Republiken Frankrikes argument att artikel 575 G och H CGI inte är bestämmelser om punktskatt på tobak utan om innehav av tobak. Oavsett vilket som är den ifrågasatta lagstiftningens formellt angivna ämne, måste domstolen beakta lagstiftningens innehåll och verkningar, eftersom det, som påpekats ovan, är dessa som utgör den rättsliga grunden för de franska myndigheternas administrativa praxis. Vidare innehåller artikel 575 H CGI inte ett kriterium för när skatt börjar tas ut, utan en kvantitativ gräns på 2 kilogram tillverkad tobak per transportmedel. Det tycks därför uppenbart att båda bestämmelserna i CGI innehåller regler som är väsentliga för punktbeskattningen av tobak, en typ av skatt som har harmoniserats genom direktiv 92/12.

27. Republiken Frankrike har för det andra hävdatt att det är rättsenligt att bara använda ett kriterium för att fastställa ändamålet med inköpet av varan. Såsom jag påpekat i punkt 21 ovan betonas det i artikel 9.2, som har ett mycket tydligt innehåll, att medlemsstaterna "*bl.a. [måste] ta hänsyn till*" ett antal faktorer, däribland varuinnehavarens kommersiella status och varornas beskaffenhet och kvantitet.⁶ Ett nationellt regelverk, såsom det franska, där det enda kriteriet för att avgöra ändamålet med ett förvärv är kvantitativt strider uppenbart mot vad som föreskrivs i artikel 9.2 i direktiv 92/12. Republiken Frankrike har vid olika tillfällen medgett att de franska myndigheterna uteslutande beaktar ett kriterium – det kvantitativa – i sin administrativa praxis. Såsom domstolen redan har etablerat i sin fasta praxis är administrativ praxis som strider mot unionsrätten tillräcklig för att konstatera att fördragsbrott föreligger, även om den utövas inom ramen för ett nationellt regelverk som formellt är förenlig med unionsrätten.⁷ Eftersom Republiken Frankrike ha medgett att det existerar en administrativ praxis som är oförenlig med artikel 9.2 i direktiv 92/12, måste även medlemsstatens andra argument underkännas.

28. För det tredje försvarar Republiken Frankrike ett beräkningssystem baserat på använt transportmedel (och inte på varans individuella innehavare) och på den sammanlagda kvantiteten av varan räknat efter vikt (och inte efter antalet enheter av varje varuslag). I punkterna 23 och 24 ovan har jag betonat, mot bakgrund av en bokstavsenslig och systematisk tolkning av direktiv 92/12, att direktivet infört minimigränser per person och per varuslag, just för att förhindra att det införs nationella kriterier som får till verkan att den fria rörligheten för varor, i detta fall tobaksvaror och alkoholhaltiga drycker, i alltför hög grad begränsas. Användningen av ett kriterium, såväl i lagstiftning som i administrativ praxis, baserat på fordon och inte på antalet personer samt på varornas sammanlagda vikt och inte på antalet enheter inom varje varuslag är oförenligt med artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12.

6 — Min kursivering.

7 — Se, bland annat, dom av den 13 mars 1997 i mål C-197/96, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-1489), punkt 14, av den 9 mars 2000 i mål C-358/98, kommissionen mot Italien (REG 2000, s. I-1255), punkt 17, och av den 10 mars 2005 i mål C-33/03, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2005, s. I-1865), punkt 25.

29. Vad gäller sanktionssystemet räcker det att påpeka att de bestämmelser som syftar till att säkerställa sanktionerna är rättsstridiga för att komma till slutsatsen att Republiken Frankrike även har åsidosatt artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12 genom att anta det ovan beskrivna sanktionssystemet.

30. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska bifalla talan såvitt avser kommissionens första anförda fördragsbrottsgrund.

2. Den andra fördragsbrottsgrunden: Åsidosättande av artikel 34 FEUF

31. Kommissionen anser även att Republiken Frankrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 34 FEUF genom att anta en bestämmelse såsom artikel 575 H CGI och tillämpa den på ett sätt som begränsar den fria rörligheten för varor. Även om den franska bestämmelsen hänvisar till innehav av tobak oberoende av inköpsorten, menar kommissionen att bestämmelsen leder till att det blir svårare att köpa tobak i andra medlemsstater och därmed till att den fria rörligheten för varor begränsas. För att styrka detta har kommissionen påpekat att de kontroller som de franska myndigheterna utvecklat för att säkerställa tillämpningen av bestämmelsen återfinns uteslutande vid gränsövergångarna mellan Frankrike och angränsande medlemsstater.

32. Republiken Frankrike anser för sin del, även om den inte förnekar att de ifrågasatta åtgärderna är restriktiva, att artikel 36 FEUF och mer specifikt undantaget för skydd av människors hälsa ska tillämpas. Medlemsstaten anser att åtgärderna är förenliga med målet att skydda folkhälsan och att de inte utgör godtycklig diskriminering eller är oproportionerliga i förhållande till det eftersträlvade målet.

33. Såsom jag redogjort för ovan har kommissionen genom denna andra fördragsbrottsgrund, där den gjort gällande att Republiken Frankrike åsidosatt direktivet, åberopat överträdelse av artikel 34 FEUF. Medan syftet bakom den första grunden avspeglar sig på många håll i nationella bestämmelser och administrativ praxis, är så fallet för den andra grunden vad gäller en av dessa bestämmelser, nämligen artikel 575 H CGI, samt i delar av ovannämnda administrativa praxis.

34. I alla händelser antar kommissionen att artiklarna 8 och 9 i direktiv 91/12 och artikel 34 FEUF kan åberopas i tur och ordning, åtminstone vad gäller de delar av föremålet för talan där båda fördragsbrottsgrunderna sammanfaller. En sådan framställning är dock inte utan komplikationer, såsom jag kommer att redogöra för nedan.

35. Enligt domstolens fasta praxis ska "[i]nom ett område där det har skett en uttömmande harmonisering på gemenskapsnivå ... de nationella bestämmelserna bedömas mot bakgrund av harmoniseringsåtgärdens bestämmelser och inte mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna".⁸ Med andra ord sker ett sorts processuellt utbyte när en unionsrättsakt antas, så att fördraget, vad gäller lösningen på tvisten, ersätts av sekundärrättsakten som nödvändig grund för avgörandet. Den verkan uppkommer logiskt nog bara när unionsrättsakten uttömmande reglerar ett ämne, antingen genom allmänna bestämmelser och för en hel sektor eller genom specialbestämmelser avseende endast vissa, avgränsade frågor.

36. Av de skäl jag ska redovisa nedan är det viktigt att understryka att effekten av "utbytet" är strikt *processuell* – när det gäller samexistensen mellan de olika bestämmelserna förblir både fördraget och direktivet fullt giltiga och allmänt tillämpliga.

⁸ — Detta framgick indirekt av rättspraxis redan innan det först formulerades uttryckligen i dom av den 12 oktober 1993 i mål C-37/92, Vanacker och Lasage (REG 1993, s. I-4947), punkt 9, och har därefter bekräftats i ett stort antal avgöranden från domstolen, bland vilka särskilt kan nämnas dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler (REG 2001, s. I-9897), punkt 32, av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkt 64, och av den 14 december 2004 i mål C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft och S. Spitz (REG 2004, s. I-11763), punkt 53.

37. Rättspraxis har inte alltid uttryckt förhållandet mellan de grundläggande friheterna och sekundärrätten i så tydliga ordalag som hade varit önskvärt. Vid en första anblick kan det förefalla vara fråga om ett förhållande grundat på tillämplighet, så att förekomsten av en sekundärrättsakt fordrar att den grundläggande friheten enligt fördraget inte tillämpas. Vissa uttalanden från domstolen tycks peka i den riktningen och ge intrycket av att det finns ett *materiellt* kriterium för att avgöra tillämpligheten av de unionsrättsliga bestämmelserna, i detta fall rättsakter som utvecklar friheterna och fördragsbestämmelserna om dessa.⁹

38. Så är dock inte fallet, och kan aldrig vara fallet.

39. Enligt min mening kan den processuella situation som uppstår under omständigheter som dessa inte förstås i termer av "tillämplighet", eftersom det skulle skapa en sorts omvänd hierarki bland unionens rättskällor. Sekundärrätten kan inte få den verkan att "tillämpningen" av de fördragsstadgade grundläggande friheterna sätts åt sidan.

40. Att primärrätten inte ska tillämpas, som förefaller kunna utläsas av vissa uttalanden, såsom de ovan nämnda, skulle vara fullständigt oförenligt med den kontroll av sekundärrättsakterna som ska göras mot bakgrund av unionsrätten. Rättsakter som utvecklar de grundläggande rättigheterna, inbegripet rättsakter som innebär en uttömmande harmonisering, kan alltid, i ett adekvat sammanhang, prövas vad gäller deras formella och materiella förenlighet med fördragen, inklusive de grundläggande friheterna. Såsom domstolen har upprepat ett flertal gånger "gäller förbudet mot kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan [i artikel 34 FEUF] inte bara för nationella åtgärder, utan även för åtgärder som [union]sinstitutionerna vidtar",¹⁰ naturligtvis inbegripet harmoniseringsdirektiv.

41. Att tillämpningen av primärrätten sätts åt sidan är likaså oförenligt med kravet att sekundärrätten ska tolkas mot bakgrund av primärrätten. Detta tvingande krav, som följer av att fördragsbestämmelserna och övrig primärrätt, särskilt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, inte bara har bindande verkan utan även fungerar som inspirationskälla, gör att tillämpligheten av den fria rörligheten aldrig kan ifrågasättas.

42. Sammanfattningsvis kan sägas att även om rättspraxis ger vissa indikationer som öppnar för att tillämpningen av primärrätten kan sättas åt sidan, står det klart att fenomenet med att sekundärrätten träder in i stället för fördragets bestämmelser om fri rörlighet, under här aktuella omständigheter, har en strikt processuell innebörd.

43. När unionslagstiftaren vidareutvecklar en av de fria rörligheterna genom sekundärrätten, gör denne en avvägning mellan medlemsstaternas intressen, de berörda personernas intressen och integrationsmålen. Den sekundärrättsliga lagstiftningen avgränsar på detta sätt den rättsliga ramen för en specifik marknad med en europeisk dimension. Sekundärrätten ersätter inte friheten utan överför helt enkelt de krav som den fördragsenliga friheten medför till de tillämpliga bestämmelserna för en specifik marknad. Sekundärrätten presumeras inte bara vara fördragsenlig utan även lojal mot integrationsmålen, tillämpade på en specifik marknad. Följden blir aldrig att en del av unionsrätten sätts åt sidan, eftersom sekundärrätten – såsom jag förklarat ovan – är strikt underordnad innehållet i fördragen, inbegripet de grundläggande friheterna.

9 — Se, exempelvis, dom av den 15 november 2007 i mål C-319/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-9811), punkt 35, där domstolen konstaterade att om en nationell åtgärd omfattas av ett direktivs tillämpningsområde "utgör den ... *under alla förhållanden inte* någon sådan restriktion av handeln mellan medlemsstaterna som är förbjuden enligt artikel 28 EG" (min kursivering).

10 — Se, bland annat, dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, Denkavit Nederland (REG 1984, s. 2171), punkt 15, av den 9 augusti 1994 i mål C-51/93, Meyhui (REG 1994, s. I-3879), punkt 11, och av den 25 juni 1997 i mål C-114/96, Kieffer och Thill (REG 1997, s. I-3629), punkt 27.

44. Verkan av sekundärrättslagstiftningen vad gäller den fördragsstadgade friheten är således ett *processuellt utbyte*, och den fördragsstadgade friheten förlorar därmed bara sin betydelse när det gäller att "bedöma" huruvida en viss nationell åtgärd är förenlig med unionsrätten. Verbet "bedöma" återkommer i domstolens praxis rörande den frågan,¹¹ vilket också tydligt återspeglar att utbytet av friheten mot sekundärrättsakten är av processuell art. Domstolen säger inte att den fördragsstadgade friheten inte är tillämplig i det enskilda fallet. Tvärtom konstaterar den endast att denna inte behöver bli föremål för prövning för att tvisten ska kunna avgöras, oavsett, såsom kommer att framgå här, om målet avser ett förhandsavgörande ett fördragsbrott.

45. I målet Parfumeriefabrik 4711¹² ställde en nationell domstol en fråga till EG-domstolen om förenligheten av viss nationell lagstiftning med ett uttömmande harmoniseringsdirektiv och med artikel 34 FEUF. EG-domstolen konstaterade att direktivet var tillämpligt och tillade att "det inte [är] nödvändigt att besluta angående tolkningen av artikel [34 FEUF] vilket begärts av den nationella domstolen".¹³ Domstolen kom till samma slutsats i målet DaimlerChrysler,¹⁴ också det ett mål om förhandsavgörande, där den i själva domslutet slog fast att "det inte [är] nödvändigt att dessutom tydligt klargöra huruvida [den nationella åtgärden] är förenlig med artiklarna 34 och 36 [FEUF]".¹⁵

46. Med andra ord är det vid en begäran om förhandsavgörande överflödigt att gå vidare när det väl konstaterats att den ifrågasatta nationella åtgärden strider mot sekundärrätten. Domstolen kan och rentav ska "endast" tolka sekundärrättsakten.¹⁶ Detta är en begränsning på det processuella planet som syftar till att begränsa domstolarnas utrymme för skönsmässig bedömning, och som jag har betonat ovan fortsätter i sådana fall som detta den fördragsstadgade friheten och sekundärrättsakten att samexistera med samma hierarkiska förhållande dem emellan vad gäller alla deras verkningar. Domstolen har uppfyllt sin tolkande uppgift när den påstådda överträdelsen av sekundärrättsakten är fastställd.

47. I ett fördragsbrottsmål har domstolen formulerat sig på ett sätt som ytterligare understryker att utbytet är av processuell art. I målet kommissionen mot Tyskland¹⁷ slog domstolen fast att åsidosättande av en rättsakt för harmonisering "innebär att någon prövning inte skall göras av de aktuella nationella bestämmelsernas förenlighet med artikel [34 FEUF]".¹⁸ Denna hänvisning till en "prövning" bekräftar att det är fråga om en begränsning som enbart avser räckvidden av domstolens prövning och inte prövningen i sak.

48. I slutändan ankommer det på den som påstår att en sekundärrättsakt och en grundläggande frihet i tur och ordning har åsidosatts att visa att den angripna nationella åtgärden inte uteslutande faller under sekundärrättsaktens tillämpningsområde, utan sträcker sig utanför detta men samtidigt omfattas av den grundläggande friheten. Domstolen i fråga måste annars begränsa sig till att "endast" bedöma den nationella åtgärden, såsom EU-domstolen kräver, "mot bakgrund av harmoniseringsåtgärdens bestämmelser och inte mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna".

11 — Se, bland många andra, domen i det ovannämnda målet DaimlerChrysler, punkt 32, dom av den 24 oktober 2002 i mål C-99/01, Linhart och Biffl (REG 2002, s. I-9375), punkt 18, och av den 23 januari 2003 i mål C-221/00, kommissionen mot Österrike (REG 2003, s. I-1007), punkt 42, och i de förenade målen C-421/00, C-426/00 och C-16/01, Sterbenz och Haug (REG 2003, s. I-1065), punkt 24.

12 — Dom av den 23 november 1989 i mål C-150/88, Eau de Cologne & Parfumerie-Fabrik 4711 (REG 1989, s. 3891; svensk specialutgåva, volym 10, s. 249).

13 — Ibidem, punkt 28.

14 — Se ovan.

15 — Ibidem, punkt 46. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2004 i mål C-210/03, Swedish Match (REG 2004, s. I-11893), punkt 83, där det talas om vad som *inte behöver* prövas.

16 — Detta uttryckssätt har bland annat använts i domarna i de ovannämnda målen Linhart och Biffl, punkt 21, och Sterbenz och Haug, punkt 26, samt i dom av den 24 januari 2008 i mål C-257/06, Roby Profumi (REG 2008, s. I-189), punkt 15, och av den 1 oktober 2009 i mål C-569/07, HSBC Holdings och Vidacos Nominees (REG 2009, s. I-9047), punkt 27.

17 — Dom av den 14 december 2004 i mål C-463/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2004, s. I-11705).

18 — Ibidem, punkt 36.

49. Jag ska nu fokusera på de specifika omständigheterna i detta mål. Direktiv 92/12 innebar en minimiharmonisering på skatteområdet men drog ändå upp vissa gränser som medlemsstaterna inte får överskrida. I den mån dessa gränser markerar förbjudet område vad gäller det nationella handlingsutrymmet, kan de definieras som punktinsatser av uttömmande harmonisering. Så är fallet med artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12, och i synnerhet de beståndsdelar som beskrivs i punkterna 20 och 23 ovan, som exakt preciserar villkoren för bedömningen av huruvida ett innehav av tobak anses ha ett kommersiellt eller ett privat syfte. Det kan utläsas av de återgivna bestämmelserna att medlemsstaterna inte får införa objektiva kriterier som berövar den enskilde möjligheten att bevisa motsatsen. Dessa kriterier ska också tillämpas per person och med hänsyn tagen, vad gäller de kvantitativa kriterierna, till de minimigränser som anges i artikel 9.2 andra stycket i direktivet.

50. Eftersom Republiken Frankrike, enligt mina slutsatser i punkterna 25 och 28 ovan, har åsidosatt uttömmande harmoniseringsbestämmelser i direktiv 92/12, är det följaktligen inte nödvändigt att pröva huruvida även artikel 34 FEUF har åsidosatts, eftersom den bestämmelsen vad gäller de faktiska omständigheter och åtgärder som specifikt prövas i detta mål har ersatts av artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/12.

51. Kommissionen har i sina inlagor i målet endast framhållit att artikel 575 H CGI och nationell administrativ praxis är oförenliga med artikel 34 FEUF. Denna andra grund har samma föremål som den första grunden, men kommissionen har aldrig motiverat i vilken utsträckning det klandrade uppträdandet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/12. Eftersom artiklarna 8 och 9 utgör en uttömmande harmonisering av ämnet, ska domstolen endast pröva den andra grunden i den mån den gäller förekomsten av franska åtgärder utanför direktivets materiella tillämpningsområde. Kommissionen har dock inte lagt fram några bevis för att Republiken Frankrike agerat utanför direktiv 92/12, vilket då skulle falla under artikel 34 FEUF.

52. Åberopandet av fördraget i ett sammanhang där det har skett vad jag kallat ett processuellt utbyte av detta måste följaktligen medföra att den andra grunden för talan avvisas. Annorlunda uttryckt, att åberopa fördraget som en fristående, påföljande grund för ett fördragsbrott måste betraktas som skäl för avvisning. Kommissionen har genom sin andra anförda fördragsbrottsgrund fört in en påstådd överträdelse i förfarandet som är överflödigt och saknar förutsättningar att tjäna som oberoende grund för bedömningen av de nationella åtgärder som är föremålet för förevarande talan.

53. Jag föreslår därför att domstolen med stöd av artikel 120 c i rättegångsreglerna ska avvisa talan såvitt avser den andra grunden.

IV – Rättegångskostnader

54. I enlighet med artikel 138.3 i rättegångsreglerna ska vardera parten bära sina rättegångskostnader om talan bifalls delvis.

V – Förslag till avgörande

55. Jag föreslår att domstolen ska meddela följande dom.

1. Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/12/EG om allmänna regler för punktskattepliktiga varor och om innehav, flyttning och övervakning av sådana varor genom att införa bestämmelserna i artikel 575 G och H i den allmänna skattelagen (code général des impôts) samt etablera en fast administrativ praxis enligt vilken de kvantitativa kriterierna för att avgöra ändamålet med ett innehav av tobak – de enda kriterier som de nationella myndigheterna föreskriver – beräknas per fordon och per allmänt varuslag och inte per person och per specifikt varuslag.

2. Talan avvisas såvitt avser den andra grunden.
3. Vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.