



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 14.5.2003  
KOM(2003) 259 endelig

**MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL RÅDET, EUROPA-PARLAMENTET  
OG DEN EUROPÆISKE CENTRALBANK**

**ANVENDELSEN AF ARTIKEL 3, STK. 4-6, I DIREKTIVET OM ELEKTRONISK  
HANDEL**

# **MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL RÅDET, EUROPA-PARLAMENTET OG DEN EUROPÆISKE CENTRALBANK**

## **ANVENDELSEN AF ARTIKEL 3, STK. 4-6, I DIREKTIVET OM ELEKTRONISK HANDEL**

### **1. INDLEDNING**

Formålet med denne meddelelse er at forklare, hvordan de mekanismer, der følger af artikel 3, stk. 4-6, i direktivet om elektronisk handel, finder anvendelse på området finansielle tjenesteydelser<sup>1</sup>.

Meddelelsen er relevant for finansielle tjenesteydelser, da nogle medlemsstater siden vedtagelsen af direktivet om elektronisk handel, bl.a. under forhandlingerne om direktivet om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser, udtrykte bekymring vedrørende en fuldstændig anvendelse af den såkaldte "indre markeds klausul" på området finansielle tjenesteydelser. Disse medlemsstater har anført, at indtil der er nået en højere grad af harmonisering på visse områder (som f.eks. adfærdsregler for investeringstjenester eller ikke-harmoniserede fonde) burde de fortsat - på trods af direktivet om elektronisk handel - kunne kræve anvendelse af nogle af deres regler for indgående elektroniske tjenester. En sådan overgangsperiode, der ville resultere i en fravigelse - ganske rigtig midlertidig - blev afvist af Kommissionen og flertallet af medlemsstaterne.

Kommissionen understregede ved den lejlighed, at artikel 3, stk. 4, 5 og 6, i direktivet om elektronisk handel giver tilstrækkelige garantier for de medlemsstater, der ønsker at træffe ad hoc-foranstaltninger mod en leverandør af tjenesteydelser, der krænker et af målene af almen interesse efter artikel 3, stk. 4, litra a), nummer i), i direktivet, eller som udgør en alvorlig risiko for krænkelse af disse mål.

Formålet med denne meddelelse er at bistå de medlemsstater, der måtte ønske at anvende disse mekanismer. Meddelelsen er på ingen måde et fortolkningsdokument. Den behandler ikke systematisk alle aspekter af artikel 3, stk. 4-6, men kun de aspekter, hvor Kommissionen har konstateret, at der er behov for forklaring og assistance.

Meddelelsen pålægger ikke medlemsstaterne nogen forpligtelser. Den berører ikke den holdning, som Kommissionen måtte indtage om de omhandlede emner, hvis den høstede erfaring, herunder EF-Domstolens retspraksis, skulle betyde, at den må tage nogle af holdningerne i denne meddelelse op til fornyet overvejelse.

Kommissionen vil ligeledes sammen med medlemsstaterne forsat identificere områder, hvor det er nødvendigt med en yderligere harmonisering af de nationale lovgivninger. Den vil i den forbindelse undersøge behovet for harmonisering i visse sektorer, hvor det viser sig, at de nationale lovgivninger endnu er for forskellige, hvilket giver potentielle problemer for den frie bevægelighed for tjenesteydelser og for forbrugerbeskyttelsen vedrørende visse ikke-harmoniserede investeringsfonde.

---

<sup>1</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000, EFT L 178 af 17.7.2000, s. 1.

Kommissionen er klar over, at de domme, der citeres i denne meddelelse, ikke alle henhører under området finansielle tjenesteydelser, og at de generelt ikke har deres udspring i tvister inden for elektronisk handel. Da EF-Domstolen imidlertid normalt baserer sig på analogiprincippet og ikke har en egentlig sektorspecifik retspraksis, finder Kommissionen det muligt og troværdigt at basere nedenstående analyser på eksisterende retspraksis.

Det kan imidlertid ikke udelukkes, at Domstolen udvikler en retspraksis på området elektronisk handel. En sådan retspraksis kan eventuelt af- eller bekræfte eksisterende retspraksis. Det er en risiko, der er forbundet med en fremadrettet analyse.

## **2. ANALYSE AF ARTIKEL 3, STK. 4-6**

Det foreskrives i direktivet om elektronisk handel, at hver medlemsstat påser, at de informationssamfundstjenester, som leveres af en tjenesteyder etableret på medlemsstatens territorium, er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der finder anvendelse i denne medlemsstat inden for det koordinerede område.

Endvidere foreskriver direktivet, at medlemsstaterne ikke af grunde, der henhører under det koordinerede område, må begrænse adgangen til at levere informationssamfundstjenester fra en anden medlemsstat.

- Direktivet giver imidlertid mulighed for visse undtagelser.

For det første indeholder bilaget til direktivet en række undtagelser fra "indre markedsklausulen". Disse undtagelser omfatter visse bestemmelser i forsikringsdirektiverne<sup>2</sup>, offentliggørelsesregler for institutter for kollektiv investering i værdipapirer<sup>3</sup> og udstedelse af elektroniske penge af institutter, der ikke har et europæisk pas<sup>4</sup>.

Der er andre generelle undtagelser, der kunne være særlig relevante for finansielle tjenesteydelser. De vedrører parternes mulighed for frit at vælge, hvilken lov der skal finde anvendelse på deres kontrakt, kontraktlige forpligtelser i forbrugerkontrakter osv.

Samtidig giver artikel 3, stk. 4, 5 og 6, i direktivet medlemsstaterne mulighed for at træffe foranstaltninger, som f.eks. sanktioner eller påbud, der kan begrænse leveringen af onlinetjenester fra andre medlemsstater. Disse foranstaltninger er ledsaget af strenge betingelser.

---

<sup>2</sup> Artikel 30 og afsnit IV i direktiv 92/49/EØF, (EFT L 311 af 14.11.1997, s. 42), afsnit IV i direktiv 92/96/EØF, (EFT L 311 af 14.11.1997, s. 43), artikel 7 og 8 i direktiv 88/357/EØF (EFT L 172 af 4.7.1988, s. 1) og artikel 4 i direktiv 90/619/EØF (EFT L 330 af 29.11.1990, s. 50-61).

<sup>3</sup> Artikel 44, stk. 2, i direktiv 85/611/EØF, EFT L 375 af 31.12.1985, s. 3-18.

<sup>4</sup> Institutioner, for hvilke medlemsstaterne har anvendt en af undtagelserne i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/46/EF, EFT L 275 af 27.10.2000, s. 39-43.

Det hedder i artikel 3, stk. 4-6, at:

*"4. Medlemsstaterne kan træffe foranstaltninger til fravigelse af stk. 2 for en bestemt informationssamfundstjeneste, hvis følgende betingelser er opfyldt:*

*a) foranstaltningerne skal:*

*i) være nødvendige af en af følgende grunde:*

*- ufravigelige retsgrundsætninger, især forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af lovovertrædelser, herunder beskyttelsen af mindreårige og bekæmpelsen af enhver tilskyndelse til had på grund af race, køn, religion eller nationalitet, og krænkelser af enkeltpersoners værdighed*

*- beskyttelse af folkesundheden*

*- den offentlige sikkerhed, herunder national sikkerhed og forsvar*

*- beskyttelse af forbrugere, herunder investorer*

*ii) træffes over for en informationssamfundstjeneste, som krænker de i nr. i) omhandlede mål, eller som udgør en alvorlig og tungtvejende risiko for en krænkelse af disse mål*

*iii) stå i et rimeligt forhold til disse mål*

*b) uden at det berører retssager, herunder forudgående retsmøder og handlinger, der udføres i forbindelse med efterforskning af kriminalsager, skal medlemsstaten, inden den træffer de pågældende foranstaltninger:*

*- have opfordret den i stk. 1 omhandlede medlemsstat til at træffe foranstaltninger, og denne medlemsstat har ikke truffet disse foranstaltninger, eller de har ikke været tilstrækkelige*

*- have meddelt Kommissionen og den i stk. 1 omhandlede medlemsstat, at den har til hensigt at træffe sådanne foranstaltninger.*

*5. Medlemsstaterne kan i hastende tilfælde fravige betingelserne i stk. 4, litra b). Foranstaltningerne skal i så fald snarest muligt meddeles Kommissionen og den i stk. 1 omhandlede medlemsstat med angivelse af grundene til, at medlemsstaten finder, at der er tale om et hastende tilfælde.*

*6. Uden at det berører medlemsstatens mulighed for at anvende de pågældende foranstaltninger, skal Kommissionen hurtigst muligt undersøge, om de anmeldte foranstaltninger er i overensstemmelse med fællesskabsretten; kommer Kommissionen til den konklusion, at foranstaltningerne ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten, skal den anmode den pågældende medlemsstat om at undlade at træffe de påtænkte foranstaltninger eller om straks at bringe allerede truffne foranstaltninger til ophør.*

## 2.1. ANALYSE AF ARTIKEL 3, STK. 4

### 2.1.1. *Områder omfattet af artikel 3, stk. 4*

Artikel 3, stk. 4, dækker ikke alle de grunde, som EF-Domstolen har identificeret i relation til traktatens artikel 49 og 28, som kan begrunde en begrænsning af hensyn til den almene interesse. Ud over de grunde, der er omhandlet i traktatens artikel 46 (offentlig orden, offentlig sikkerhed og offentlig sundhed), identificerer den kun et af de mål, der ifølge EF-Domstolen kan berettige til en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser. Dette mål er beskyttelse af forbrugere, herunder investorer.

Da denne liste er udtømmende, kan nogle af de formål, der af EF-Domstolen er anerkendt som værende af almen interesse, som f.eks. hensynet til den finansielle sektors gode omdømme<sup>5</sup>, ikke begrunde foranstaltninger efter artikel 3, stk. 4, bortset fra de tilfælde, hvor formålet med sådanne foranstaltninger faktisk er forbrugerbeskyttelse.

### 2.1.2. *Begrebet "informationssamfundstjeneste"*

"Informationssamfundstjeneste" betyder her, at bestemmelsesmedlemsstaten ikke inden for rammerne af artikel 3, stk. 4, kan træffe generelle over for en kategori af finansielle tjenesteydelser, som f.eks. investeringsfonde, lån osv.

For at være omfattet af artikel 3, stk. 4, skal foranstaltningen således træffes på ad hoc-basis over for en bestemt finansiell tjenesteydelse leveret af en given operatør.

Der kunne f.eks. være tale om en foranstaltning, f.eks. en advarsel eller en bøde, truffet af et bestemmelsesland overfor en bank, der fra sit netsted i et andet EU-land tilbyder ikke-harmoniserede investeringstjenester til det pågældende lands borgere. Sådanne foranstaltninger kunne f.eks. træffes med den begrundelse, at banken ikke overholder visse adfærdsregler, der er indført i bestemmelseslandet for at beskytte forbrugerne.

Derimod kan en medlemsstat ikke på grundlag af artikel 3, stk. 4, beslutte, at al landets lovgivning om f.eks. ikke-harmoniserede investeringsfonde finder anvendelse generelt og horisontalt på enhver tjeneste, som landets borgere har adgang til.

### 2.1.3. *Beskyttelse af den "offentlige orden"*

Grundene i direktivets afsnit om offentlig orden er nævnt som et eksempel.

På området finansielle tjenesteydelser er det ikke særlig sandsynligt, at tjenesterne kan skade den offentlige orden, således som dette begreb forstås i en EU-sammenhæng. Dette begreb skal nemlig fortolkes på baggrund af EF-Domstolens retspraksis om offentlig orden, og ifølge denne retspraksis skal begrebet offentlig orden opfattes meget snævert<sup>6</sup>.

EF-Domstolen har f.eks. flere gange fastslået, at økonomiske målsætninger ikke kan begrundes i hensynet til den offentlige orden efter traktatens artikel 46<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Dom af 10. maj 1995, *Alpine Investments*, sag C-384/93, Sml. s. I-1141.

<sup>6</sup> Dom af 19.1.1999, *Calfa*, sag 348/96, Sml. 1999, s. I-11.

<sup>7</sup> Dom af 26.4.1988, *Bond van Adverteerders*, sag 352/85, Sml. s. 2085.

Ifølge EF-Domstolen "forudsætter en national myndigheds henvisning til begrebet den offentlige orden under alle omstændigheder, at der ud over den forstyrrelse af samfundsordenen, som enhver lovovertrædelse indebærer, foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn"<sup>8</sup>.

Bortset fra de tjenester, der leveres ulovligt inden for rammerne af finansieringen af kriminelle aktiviteter (herunder terrorisme) og hvidvaskning af penge, er det vanskeligt at forestille sig, hvilke finansielle tjenesteydelser der vil kunne opfylde den retlige betingelse om at udgøre "en alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn".

#### 2.1.4. Beskyttelse af forbrugerne, herunder investorer

Direktivet om elektronisk handel definerer en forbruger som "en fysisk person, der ikke handler som led i sin handelsmæssige eller erhvervmæssige virksomhed".

Det fremgår klart af teksten, at en juridisk person ikke kan betragtes som "forbruger" ifølge dette direktiv.

Investorer er derimod ikke defineret. Det fremgår imidlertid klart af formuleringen i artikel 3, stk. 4, at kun "investorer", der er dækket af definitionen af en "forbruger", er berørt. Alle foranstaltninger vedrørende f.eks. investorer, der er juridiske personer, eller privatpersoner, der handler inden for rammerne af deres erhverv, er ikke omfattet af artikel 3, stk. 4<sup>9</sup>.

EF-Domstolen har fastslået, at både forsikrings-<sup>10</sup> og banksektoren<sup>11</sup> er særligt følsomme områder hvad angår forbrugerbeskyttelse.

#### 2.1.5. Begrebet "alvorlig og tungtvejende" risiko"

Der skal træffes foranstaltninger mod en tjeneste, der enten reelt krænker et af de omhandlede mål, eller som udgør en alvorlig og tungtvejende risiko for en krænkelse af disse mål.

Denne formulering giver den medlemsstat, i hvilken tjenesten leveres, mulighed for både at træffe straffeforanstaltninger og forebyggende foranstaltninger, hvis der er tale om en alvorlig risiko for og en alvorlig krænkelse af disse mål.

#### 2.1.6. Betingelser vedrørende anmeldelse

Der er tre betingelser for anmeldelse.

Der gælder følgende:

- Den medlemsstat, der træffer foranstaltningerne, skal have opfordret den medlemsstat, i hvilken tjenesteyderen er etableret, til at træffe foranstaltninger

- sidstnævnte har ikke truffet sådanne foranstaltninger, eller de har ikke været tilstrækkelige

- medlemsstaten skal have meddelt Kommissionen og den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, at den har til hensigt at træffe de pågældende foranstaltninger.

---

<sup>8</sup> Dom af 27.10.1977, *Bouchereau*, sag 30/77, Sml. s. 1999.

<sup>9</sup> Dom af 22.11.2001, *Idealservice*, forenede sager C-541/99 og C-542/99, Sml. s. I-9049.

<sup>10</sup> Dom af 4.12.1986, *Kommissionen mod Tyskland*, sag 205/84, Sml. s. 3755.

<sup>11</sup> Dom af 9.7.1997, *Parodi*, sag C-222/95, Sml. s. I-3899.

Disse tre betingelser er fuldstændig klare.

Den første betingelse betyder, at den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, er blevet underrettet og opfordret til at løse problemet for hans vedkommende. Den anden betingelse betyder, at den pågældende medlemsstat ikke har truffet tilstrækkelige foranstaltninger ifølge bestemmelsesmedlemsstaten. Den tredje betingelse indebærer en forhåndsorientering af Kommissionen, så den kan udøve de beføjelser, den har ifølge stk. 6, og af oprindelseslandet. Direktivet fastsætter ingen præcis frist, inden for hvilken den medlemsstat, der leverer tjenesten, skal reagere, efter at den har modtaget en anmeldelse fra den medlemsstat, hvor tjenesten leveres. Det hedder imidlertid i direktivets artikel 19, stk. 3, at medlemsstaterne "*hurtigst muligt*" skal yde den bistand og give de oplysninger, som en anden medlemsstat eller Kommissionen anmoder om.

Det fremgår endvidere klart af direktivets artikel 3, stk. 4, litra b), at forpligtelsen til at foretage anmeldelse på ingen måde berører den omhandlede medlemsstats mulighed for sagsanlæg, herunder forudgående retsmøder og handlinger, der udføres i forbindelse med efterforskning af kriminalsager.

Endelig skal det understreges, at dialogen med den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret og anmeldelsen til Kommissionen, henhører under medlemsstatens centraladministration og ikke f.eks. en dommer.

#### *2.1.7. Følgerne af manglende anmeldelse*

Manglende forudgående anmeldelse over for Kommissionen og oprindelseslandet kan føre til, at Kommissionen anlægger traktatbrudssag mod den misligholdende medlemsstat. Da de bestemmelser i direktivet, der pålægger medlemsstaterne en anmeldelsespligt, er præcise og betingelsesløse, vil privatpersoner formodentlig kunne gøre disse gældende ved en national domstol. Det kan således ikke udelukkes, at en bank f.eks. ved en national domstol vil kunne gøre gældende, at de foranstaltninger, den anklages for i en medlemsstat på basis af artikel 3, stk. 4, ikke på forhånd har været genstand for en anmeldelse.

## **2.2. ANALYSE AF ARTIKEL 3, STK. 6**

Artikel 3, stk. 6, forpligter Kommissionen til at undersøge, om de foranstaltninger, der er anmeldt ifølge stk. 4, er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Det er vigtigt at bemærke, at denne undersøgelse ikke har opsættende virkning, da bestemmelsesmedlemsstaten kan træffe de påtænkte foranstaltninger uden at afvente resultatet af Kommissionens undersøgelse.

For at udføre denne undersøgelse af overensstemmelsen med fællesskabsretten baserer Kommissionen sig på de betingelser, der er opstillet i stk. 4, og på EF-Domstolens retspraksis.

EF-Domstolen har fastslået, at:

*"nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende*

*samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet"*<sup>12</sup>.

På basis af denne retspraksis vil Kommissionen således gennemføre en række test for at vurdere, om en anmeldt foranstaltning er i overensstemmelse med de gældende regler.

### 2.2.1. Test af den almene interesse

Den trufne foranstaltning skal henhøre under et af de områder, der er nævnt i artikel 3, stk. 4, og disse er som allerede nævnt mere begrænsede end de målsætninger, som af EF-Domstolen er erklæret af almen interesse.

### 2.2.2. Test af ikke-forskelsbehandling

Ifølge EF-Domstolens faste retspraksis defineres forskelsbehandling som følger:

*"at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer"*<sup>13</sup>.

Der skal i den forbindelse tages højde for objektive kriterier for at fastslå, om der faktisk er tale om forskelsbehandling<sup>14</sup>.

Sådanne forskelsbehandlende foranstaltninger er i dag sjældne i de nationale lovgivninger vedrørende finansielle tjenesteydelser, men det kan ikke udelukkes, at der stadig findes nogle. Hvis en sanktion mod en leverandør af finansielle tjenesteydelser, som ikke er etableret, eksempelvis er strengere end en sanktion mod en etableret leverandør i en lignende situation, vil der være tale om forskelsbehandling.

Den forskelsbehandlende foranstaltning vil i overensstemmelse med EF-Domstolens retspraksis og med forbehold af proportionalitetsprincippet ikke kunne baseres på de grunde, der er anført i traktatens artikel 46 (offentlig orden, offentlig sikkerhed, offentlig sundhed)<sup>15</sup>.

### 2.2.3. Test af ikke-overlapning

Kommissionen vil se på gældende ret i den medlemsstat, i hvilken tjenesteyderen er etableret, og vurdere, om de planlagte foranstaltninger f.eks. overlapper den beskyttelse, der tilbydes i denne medlemsstat og den kontrol, der udføres der. Hvis det er tilfældet, kan man konstatere, at målsætningen om hensynet til den almene interesse, som bestemmelsesmedlemsstaten ønsker at tilgodese, allerede er opfyldt i og med de regler, der findes i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret. På samme måde vil Kommissionen undersøge, om de foranstaltninger, der er truffet af den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, ikke er tilstrækkelige efter artikel 3, stk. 4, litra b).

Et eksempel på dette kriterium findes i EF-Domstolens dom af 9. marts 2000, hvor det fastslås, at:

*"Ved at stille krav om, at alle virksomheder skal opfylde de samme betingelser for at opnå en forudgående tilladelse eller godkendelse, udelukker den belgiske lovgivning, at der tages*

---

<sup>12</sup> Dom af 30.11.1995, *Gebhard*, sag C-55/94, Sml. s. I-4165

<sup>13</sup> Dom af 27.6.1996, *Asscher*, sag C-107/94, Sml. s. I-3089.

<sup>14</sup> Dom af 19.3.2002, *Kommissionen mod Italien*, sag C-224/00, endnu ikke offentliggjort.

<sup>15</sup> Dom af 4.5.1993, *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, sag C-17/92, Sml. s. I-2239.



*hensyn til forpligtelser, der allerede er pålagt tjenesteyderen i den medlemsstat, hvor han er etableret"*<sup>16</sup>.

Denne retspraksis er særdeles nyttig, da Kommissionen har kunnet konstatere, at nogle medlemsstater, navnlig på bestemte områder, fortsat anvender ordninger med forudgående tilladelse eller godkendelse.

EF-Domstolen har ligeledes fastslået, "*at medlemsstaterne bør udvise gensidig tillid til den kontrol, der foretages på deres respektive områder"*<sup>17</sup>.

Hvis f.eks. bestemmelsesmedlemsstaten anvender sine egne regler på en investeringstjeneste leveret til en af dens egne indbyggere, vil Kommissionen undersøge, om de regler, der gælder i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, ikke er de samme som de regler, der gælder i bestemmelsesmedlemsstaten.

#### 2.2.4. Proportionalitetstest

Denne test har to bestanddele. Foranstaltningerne skal være egnede til at nå den opstillede målsætning (egnhedstest) og ikke være mere vidtrækkende end det, der er nødvendigt for at nå denne målsætning (substitutionstest med mindre restriktive foranstaltninger).

##### 2.2.4.1. Foranstaltningens egnethed i forhold til målsætningen

Selv om en foranstaltning fra en medlemsstats side fremlægges med henvisning til den almene interesse, kan man spørge, om den i virkeligheden er nødvendig for at beskytte denne interesse. Der kan faktisk forekomme situationer, hvor foranstaltningen objektivt set ikke er nødvendig eller ikke er egnet til at beskytte denne interesse.

EF-Domstolen har i nogle domme fastslået, at en given regel, som en medlemsstat har påberåbt sig med henvisning til beskyttelse af forbrugerne, i virkeligheden ikke var egnet til at sikre en sådan beskyttelse.

EF-Domstolen har f.eks. fastslået, at eftersom adgang til oplysninger er et af de væsentligste krav til forbrugerbeskyttelse, kan en medlemsstat, som indfører regler, der begrænser forbrugernes adgang til visse oplysninger, ikke påberåbe sig hensynet til forbrugerbeskyttelsen<sup>18</sup>.

EF-Domstolen undersøger således, om den foranstaltning, der forelægges, i virkeligheden er nyttig for forbrugerne<sup>19</sup>, og om den medlemsstat, der anvender foranstaltningen, ikke undervurderer forbrugernes dømmekraft<sup>20</sup>. EF-Domstolen anvender i den henseende begrebet "gennemsnitsforbruger"<sup>21</sup> under hensyntagen til den "*formodede forventning ... hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger*"<sup>22</sup>.

EF-Domstolen kontrollerer således, om visse foranstaltninger ikke under påberåbelse af forbrugerbeskyttelse i virkeligheden har til formål at beskytte det nationale marked.

---

<sup>16</sup> Dom af 9.3.2000, *Kommissionen mod Belgien*, sag C-355/98, Sml. s. I-1221.

<sup>17</sup> Dom af 10.9.1996, *Kommissionen mod Belgien*, sag C-11/95, Sml. s. I-4115.

<sup>18</sup> Dom af 7.3.1990, *GB-INNO-BM*, sag C-362/88, Sml. s. I-667.

<sup>19</sup> Dom af 27.6.1996, *Schmit*, sag C-240/95, Sml. s. I-3179.

<sup>20</sup> Dom af 6.7.1995, *Mars*, sag C-470/93, Sml. s. I-1923.

<sup>21</sup> Dom af 13.1.2000, *Estée Lauder*, sag C-220/98, Sml. s. I-117.

<sup>22</sup> Dom af 16.7.1998, *Gut Springenheide GmbH*, sag C-210/96, Sml. s. I-4657.

EF-Domstolen undersøger ligeledes de omhandlede tjenesters art og det tilsvarende behov for beskyttelse. Inden for banktjenestesektoren har EF-Domstolen således fastslået:

*"...I øvrigt må der sondres mellem arten af den omhandlede kreditinstitutvirksomhed og arten af den risiko, som tjenesteydelsesmodtageren løber. Afslutningen af en aftale om lån mod pant i fast ejendom skaber således for forbrugeren en anden risiko end den, der følger af indlån i et kreditinstitut. I den henseende varierer nødvendigheden af at beskytte låntageren efter beskaffenheden af lånene mod pant i fast ejendom, hvorved bemærkes, at der i visse situationer netop på grund af det ydede låns særegenheder og låntagerens stilling ikke er noget behov for at beskytte ham gennem anvendelsen af præceptive regler i national ret"<sup>23</sup>.*

Kommissionen vil således kunne anvende samme ræsonnement ved undersøgelsen af en anmeldt foranstaltnings proportionalitet.

#### 2.2.4.2. Mulighed for substitution med en mindre restriktiv foranstaltning

##### Mindre restriktive foranstaltninger

For at vurdere en foranstaltnings proportionalitet vil Kommissionen vurdere, om foranstaltningen er mere vidtrækkende end nødvendigt, eller om der findes mindre restriktive midler til at nå den ønskede målsætning af almen interesse eller foranstaltninger, der i mindre grad begrænser samhandelen inden for Fællesskabet<sup>24</sup>.

EF-Domstolen har f.eks. fastslået, at en medlemsstat i stedet for at blokere en tv-kanals sende- og genudsendelsesrettigheder skulle kunne nå målet om beskyttelse af den almene interesse ved at træffe særforanstaltninger udelukkende over for den annoncør, som står bag den omhandlede tv-reklame, som er blevet sendt via den pågældende tv-kanal, og som leverer disse tjenester fra en anden medlemsstat<sup>25</sup>.

I en nylig sag om afgifter på parabolantennener, som de belgiske kommuner har indført, har EF-Domstolen anvendt "substitutionsprincippet" og fastslået:

*"[har kommunalbestyrelsen mulighed for at gøre brug af] andre midler end den i hovedsagen omhandlede afgift, der er mindre byrdefulde for den frie udveksling af tjenesteydelser for at opnå et sådant mål om at beskytte bymiljøet, som bl.a. forskrifter om antennernes størrelse, om deres placering, om opsætningen af disse på eller omkring bygningen eller om brug af fællesantennener"<sup>26</sup>.*

Selv om der er tale om et område, der ikke har direkte tilknytning til denne meddelelse, illustrerer det sidste eksempel meget godt EF-Domstolens fremgangsmåde, og Kommissionen kunne derfor lade sig inspirere af de samme overvejelser ved gennemførelsen af de vurderinger, der er baseret på artikel 3, stk. 6.

I *Ambry-sagen*<sup>27</sup> vurderede EF-Domstolen, at den forpligtelse, der er pålagt rejsebureauer, til at stille garanti gennem et pengeinstitut i det land, hvor rejsebureauet er etableret, var

---

<sup>23</sup> Dom af 9.7.1997, *Parodi*, sag C-222/95, Sml. s. I-3899.

<sup>24</sup> Dom af 26.6.1997, *Familiapress*, sag C-368/95, Sml. s. I-3689.

<sup>25</sup> Dom af 9.7.1997. *Konsumentombudsmannen (KO) mod De Agostini (Svenska) Förlag AB*, sag C-34/95 og *TV-Shop i Sverige AB*, sag C-35/95 og C-36/95, Sml. s. I-3843.

<sup>26</sup> Dom af 29.11.2001, *De Coster*, sag C-17/00, Sml. s. I-9445.

<sup>27</sup> Dom af 1.12.1998, *Ambry*, sag C-410/96, Sml. s. I-7875.

urimelig, da forpligtelsen til straks at kunne frigive midler "*normalt kan opfyldes forsvarligt, selv om garantien er stillet i en anden medlemsstat*".

Selv om det sidste eksempel ikke vedrører spørgsmålet om onlinelevering af finansielle tjenesteydelser, er det særdeles interessant, da det henhører under området investeringstjenester, og er et af eksemplerne på, at EF-Domstolen i udpræget grad anvender substitutionstesten. Det er den såkaldte "*SIM*"-sag, hvor EF-Domstolen fastslog, at:

*"Selv om forpligtelsen til at have hjemsted i Italien letter tilsynet og kontrollen med de erhvervsdrivende på markedet, står det dog fast, at en sådan forpligtelse ikke er den eneste måde, hvorpå man dels kan sikre, at de erhvervsdrivende overholder de regler for udøvelsen af børsmæglervirksomhed, som er fastsat af den italienske lovgiver, dels effektivt kan iværksætte sanktioner over for de erhvervsdrivende, som overtræder disse regler"*<sup>28</sup>.

### Situationen i de andre medlemsstater

Kommissionen kan inden for rammerne af denne undersøgelse se på lovgivningen i de andre medlemsstater for at undersøge, om der findes mindre restriktive foranstaltninger, der kan sikre forbrugerbeskyttelse<sup>29</sup>.

Det er imidlertid vigtigt at vide, at en sådan undersøgelse har begrænset rækkevidde, da EF-Domstolen har fastslået, at "*det faktum, at en medlemsstat har udstedt mindre strenge regler end en anden, [indebærer] ikke, at reglerne i denne medlemsstat står i urimeligt forhold til det tilstræbte mål og derfor er uforenelige med fællesskabsretten*"<sup>30</sup>.

og at:

*"... Den omstændighed, at en medlemsstat har valgt en anden beskyttelsesordning end den, en anden medlemsstat har indført, kan under disse omstændigheder ikke i sig selv påvirke bedømmelsen af, om de beslutninger, der er truffet på området, er nødvendige og forholdsmæssige. Bedømmelsen af beslutningerne skal alene foretages under hensyn til de mål, der forfølges af de nationale myndigheder i den pågældende medlemsstat, og under hensyn til det beskyttelsesniveau, som de ønsker at sikre"*<sup>31</sup>.

Det er således vigtigt at have kendskab til situationen i de andre medlemsstater for at identificere og foreslå andre mindre restriktive foranstaltninger. Men det forhold, at der i en anden medlemsstat findes en mindre restriktiv foranstaltning, er ikke i sig selv et bevis på manglende proportionalitet. Selv om man ikke kan se bort fra situationen i de andre medlemsstater, skal de retsregler, der gælder i bestemmelsesmedlemsstaten, vurderes isoleret på basis af de målsætninger, som medlemsstaten har opstillet.

### Særlige forhold for elektronisk handel

Endelig bør der tages højde for det forhold, at foranstaltningerne vedrører tjenester, der leveres elektronisk. EF-Domstolen har fastslået at:

---

<sup>28</sup> Dom af 6.6.1996, *Kommissionen mod Italien*, sag C-94/101, Sml. s. I-2691.

<sup>29</sup> Dom af 18.5.1993, *Yves Rocher*, sag C-126/91, Sml. s. I-2361.

<sup>30</sup> Ovennævnte dom af 10.5.1995, *Alpine Investments*.

<sup>31</sup> Dom af 21.9.1999, *Läärä*, sag C-124/97, Sml. s. I-6067.

*"En sådan restriktion er navnlig ulovlig, når tjenesteydelsen - som i det i hovedsagen omhandlede tilfælde - til forskel fra den i traktatens artikel 60, stk. 3 [i dag artikel 50], nævnte situation leveres, uden at tjenesteyderen behøver at bevæge sig ind på den medlemsstats område, hvor tjenesteydelsen leveres".<sup>32</sup>*

På basis af denne dom kan en foranstaltning i teorien karakteriseres som proportionel, hvis den finder anvendelse på tjenesteydere, der fysisk befinder sig på bestemmelsesmedlemsstatens område, men ikke proportionel, hvis der er tale om en onlinetjeneste. Kommissionen ville derfor på grundlag af denne retspraksis kunne kræve, at en medlemsstat tager behørigt højde for, på hvilken måde tjenesten leveres, og eventuelt betragte en begrænsning som mindre acceptabel, hvis den gælder onlinetjenester.

Man skal naturligvis være forsigtig med at lave en analogislutning for denne dom og anvende den på elektronisk handel. I den situation, der førte til ovennævnte dom i Säger-sagen, kunne kunden på intet tidspunkt være uvidende om, at han havde henvendt sig til en tjenesteudbyder, der ikke var etableret.

#### *2.2.5. Kommissionens beslutning*

Når Kommissionen i overensstemmelse med artikel 3, stk. 6, på grundlag af disse undersøgelser kommer til den konklusion, at foranstaltningen er uforenelig med fællesskabsretten, skal den anmode den pågældende medlemsstat om at undlade at træffe de påtænkte foranstaltninger eller om straks at bringe allerede truffne foranstaltninger til ophør.

Det skal understreges, at Kommissionens gennemgang ikke har opsættende virkning og således ikke udelukker, at medlemsstaten træffer de påtænkte foranstaltninger.

Selv om Kommissionens gennemgang ikke er underlagt præcise frister, skal den dog, som det foreskrives i teksten, foretages "hurtigst muligt".

Hvis Kommissionen kommer frem til, at foranstaltningen er forenelig med fællesskabsretten, kan den omhandlede medlemsstat fortsætte (eller iværksætte, hvis det af forsigtighedsgrunde endnu ikke er sket) gennemførelsen af de foranstaltninger, der er truffet mod den pågældende virksomhed i EU.

Den beslutning, som Kommissionen eventuelt kan komme til at forsvare i en given sag, påvirker under ingen omstændigheder EF-Domstolens afgørelse.

---

<sup>32</sup> Dom af 25.7.1991, Säger, sag C-76/90, Sml. s. I-4221.