

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F. G. JACOBS

fremsat den 16. december 2004¹

1. Denne sag vedrører spørgsmålet om en medlemsstats pligt til i medfør af informationsproceduredirektivet² at underrette Kommissionen (og derigennem andre medlemsstater) om udkast til tekniske forskrifter. Nærmere bestemt rejser sagen spørgsmålet, om denne forpligtelse gælder i tilfælde af en ændring af national lovgivning, der medfører et forbud mod foranstaltning af spil på en bestemt type spilleautomat.

gelsen af nationale tekniske forskrifter eller standarder, der kan medføre hindringer for samhandelen, medmindre de er nødvendige for at opfylde bydende krav og tilstræber et mål af generel interesse, for hvilket de udgør en afgørende garanti. Hvis en medlemsstat således har til hensigt at træffe sådanne foranstaltninger, skal Kommissionen og de øvrige medlemsstater have underretning herom og gives en tilstrækkelig frist til at foreslå ændringer af den påtænkte foranstaltning med det formål at fjerne eller mindske de hindringer for den frie vareudveksling, som kan følge af foranstaltningen, eller for så vidt angår Kommissionen til at foreslå eller vedtage et fællesskabsdirektiv, som regulerer det omfattede område. Domstolen har beskrevet dette formål som »forebyggende kontrol [for] at beskytte de frie varebevægelser«, som er et af Fællesskabets grundlag⁴.

I — Direktivet

2. Direktivets formål, således som det fremgår af dets præambel³, er at hindre vedta-

3. Direktivets artikel 1 indeholder en række relevante definitioner.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen, dvs. vedrørende bestemmelser vedtaget i 1996, var den version, der fandt anvendelse, Rådets direktiv 83/189/EØF af 28.3.1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter, EFT L 109, s. 8, som ændret ved direktiv 88/182/EØF af 22.3.1988, EFT L 81, s. 75, og Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 94/10/EF af 23.3.1994, EFT L 100, s. 30, herefter »direktivet«.

3 — Jf. anden til syvende betragtning.

4 — Jf. f.eks. dom af 20.3.1997, sag C-13/96, *Bic Benelux*, Sml. I, s. 1753, præmis 19, og af 6.6.2002, sag C-159/00, *Sapod Audic*, Sml. I, s. 5031, præmis 34.

4. I henhold til artikel 1, nr. 9, i den version, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen, omfatter en »teknisk forskrift« tre typer af foranstaltninger.

5. For det første omfatter begrebet »en teknisk specifikation«, som retligt eller faktisk skal overholdes, for at et produkt kan markedsføres eller anvendes i en medlemsstat eller i en væsentlig del af denne stat. I henhold til artikel 1, nr. 2, er en »teknisk specifikation« en specifikation, som »fastlægger karakteristika for et produkt, som f.eks. kvalitet, anvendelsesegenskaber, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter for varen vedrørende handelsmæssig betegnelse, terminologi, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning eller etikettering samt procedurer for overensstemmelsesvurdering«.

6. For det andet omfatter begrebet »et andet krav«, herunder administrative bestemmelser, der ligeledes skal overholdes. I henhold til artikel 1, nr. 3, omfatter begrebet »andet krav« et »krav, der ikke er en teknisk specifikation, og som pålægges et produkt af bl.a. forbruger- eller miljøbeskyttelseshensyn, og som vedrører produktets livscyklus efter markedsføring, såsom betingelser for anvendelse, genanvendelse, genbrug eller bortskaffelse, når disse betingelser kan influere betydeligt på sammensætningen af produktet, dets natur eller afsætningen af det«.

7. For det tredje omfatter begrebet »love og administrative bestemmelser vedrørende forbud mod fremstilling, import, markedsføring eller anvendelse af et produkt«.

8. Med hensyn til disse definitioner er et »produkt« »alle produkter, der fremstilles industrielt, og alle landbrugsprodukter« (artikel 1, nr. 1).

9. Endelig er et »udkast til teknisk forskrift« i det væsentlige teksten til en teknisk forskrift, som befinder sig på et forberedende stadium, hvor det stadig er muligt at foretage væsentlige ændringer (artikel 1, nr. 10).

10. I medfør af artikel 8, stk. 1, sender medlemsstaterne straks Kommissionen ethvert udkast til teknisk forskrift, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, medmindre der er tale om en almindelig gengivelse af en international eller europæisk standard, i hvilket tilfælde det vil være tilstrækkeligt at oplyse herom. Hvis der i udkastet til teknisk forskrift foretages ændringer efter fremsendelsen, der bl.a. fører til en væsentlig ændring af anvendelsesområdet, en tilføjelse af specifikationer eller krav eller en stramning af disse, skal det fremsendes på ny.

11. I henhold til artikel 9 skal medlemsstaterne udsætte vedtagelsen af et sådant udkast til teknisk forskrift i et antal måneder for at give Kommissionen mulighed for at undersøge, om det er i overensstemmelse med fællesskabsretten, eller fremsætte forslag om et direktiv på området.

12. Artikel 10 indeholder en række nærmere definerede undtagelser fra anvendelsesområdet for en af disse forpligtelser eller dem begge. Navnlige finder artikel 8 og 9 i det væsentlige ikke anvendelse for bestemmelser, som blot bringer national lovgivning i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen (artikel 10, stk. 1), og artikel 9 finder bl.a. ikke anvendelse på bestemmelser, der tager sigte på forbud mod fremstilling, forudsat at de ikke hindrer produkternes frie bevægelighed (artikel 10, stk. 2).

13. Det bemærkes, at denne version af direktivet nu er ophævet, og at området nu er reguleret ved direktiv 98/34/EF⁵. Sidstnævnte direktiv blev næsten øjeblikkeligt ændret ved direktiv 98/48/EF⁶, hvorved direktivets anvendelsesområde blev udvidet til at omfatte »informationssamfundets tjenester«, dvs. »enhver tjeneste, der normalt

ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«⁷.

14. Domstolen har fastslået, at tilsidesættelse af meddelelesespligten medfører, at de pågældende tekniske forskrifter ikke kan bringes i anvendelse, således at de ikke kan gøres gældende over for borgerne. Nationale retter skal afslå at anvende en national teknisk forskrift, der ikke er blevet meddelt i overensstemmelse med direktivet⁸.

II — Sagen ved den nationale ret og relevante nationale retsfor skrifter

15. Staffan Lindberg er tiltalt for ulovligt at have foranstaltet spil for almenheden på spilleautomater i Sverige mellem januar 1997 og april 1998. I appelsagen for Högsta Domstolen skal det afgøres, om forbuddet mod foranstaltning af spil for almenheden på den type automater, der er tale om i hovedsagen, ikke kan finde anvendelse, fordi det udgør en teknisk forskrift, der ikke er blevet meddelt i overensstemmelse med direktivet.

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22.6.1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informations-samfundets tjenester, EFT L 204, s. 37.

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20.7.1998, EFT L 217, s. 18.

7 — Jf. direktiv 98/48, artikel 1, stk. 2.

8 — Dom af 30.4.1996, sag C-194/94, CIA Security International, Sml. I, s. 2201, præmis 54 og 55, og domskonklusionens punkt 2.

16. De pågældende automater forekommer at være af den almindelige type, hvor spilleren får gevinst, hvis visse billeder stilles på linie af automaten, hvilket i det store og hele beror på lykketræf. Det, der i relation til den foreliggende sag adskiller disse automater fra andre lignende automater, er, at de ikke selv udbetaler gevinster i nogen som helst form. Eventuelle gevinster skal afhentes manuelt hos en person med ansvar for driften af automaterne.

17. I henhold til den svenske straffelov er det strafbart at foranstalte spil for almenheden, hvis resultat beror på lykketræf, og som kan indebære en betydelig økonomisk gevinst, medmindre den pågældende form for spil enten i) ikke er forbudt i medfør af lotteriloven, eller ii) der kan opnås en tilladelse til denne form for spil i medfør af lotteriloven, og arrangøren har en sådan tilladelse.

18. Før den 1. januar 1995 var drift af spilleautomater helt forbudt, undtagen ombord på skibe i internationalt farvand. Fra denne dato blev det i medfør af en ny lotterilov vedtaget i 1994 (herefter »1994-loven«) muligt at give tilladelse til driften af visse typer af sådanne automater i Sverige.

19. 1994-loven forbyder afholdelse af lotterier for almenheden uden tilladelse. Definitionen af lotteri omfatter ligeledes »bingospil, automatspil, roulettespil, terningspil, kortspil, kædebrevspil og lignende spil«, og i disse tilfælde gælder forbuddet alle situationer, hvor spillet afholdes med henblik på gevinst, uanset om det sker for almenheden eller ej.

20. I den oprindelige affattelse af loven var spilleautomater udtømmende defineret som automater, der udbetaler gevinster i form af varer, kontanter, værdibeviser, spillemønter eller lignende, hvor sandsynligheden for gevinst afhænger af tilfældighed, eller udbetaler gevinster i form af kontanter, hvor chancerne for gevinst afhænger af spillerens færdigheder.

21. Der kan til driften af sådanne automater gives tilladelse under visse betingelser, navnlig i forhold til indsatsernes og gevinsternes størrelse.

22. Fortolkningen af disse bestemmelser med henblik på anvendelse på automater, som ikke selv udbetaler gevinster i nogen form, gav anledning til nogen uenighed. Visse appeldomstole fortolkede 1994-loven

således, at den slet ikke fandt anvendelse på sådanne automater, således at drift heraf hverken var forbudt eller krævede tilladelse.

23. For at udfylde det, der således fremstod som et utilsigtet smuthul, blev 1994-loven således ændret med virkning fra den 1. januar 1997 (herefter »1996-ændringen«). Definitionen af »spilleautomater« blev udvidet til at omfatte alle »mekaniske eller elektroniske spilleautomater«. Muligheden for at få tilladelse var dog fortsat begrænset til de ovenfor opregnede kategorier, der selv udbetaler gevinster. Følgelig blev foranstaltning af spil med henblik på gevinst eller for almenheden på automater som de i hovedsagen omhandlede forbudt.

24. 1996-ændringen blev ikke meddelt Kommissionen som et udkast til teknisk forskrift. Den svenske regering var af den opfattelse, at der blot var tale om en tydeliggørelse af allerede eksisterende bestemmelser, som det ikke var nødvendigt at meddele i overensstemmelse med direktivet.

25. Visse myndigheder udtrykte imidlertid tvivl om, hvorvidt dette synspunkt var korrekt. Følgelig besluttede regeringen, uden derved at ændre sin oprindelige opfattelse, at sende meddelelsen under alle omstændigheder. Efter denne meddelelse blev ændringen vedtaget på ny med virkning fra den 1. februar 2002. Meddelelsen og den forny-

ede vedtagelse skete imidlertid efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, der fandt sted mellem januar 1997 og april 1998.

26. I sagen for den nationale ret har Staffan Lindberg gjort gældende, at 1996-ændringen, som ligger til grund for tiltalen mod ham, skulle have været meddelt i medfør af direktivet, og at den, eftersom den ikke blev det, ikke kan gøres gældende mod ham.

27. Dette synspunkt synes at være tiltrådt af anklagemyndigheden, som ikke har nogen indvendinger mod frifindelse for tiltalen for hasardspil.

28. Før den træffer afgørelse i sagen har Högsta Domstolen imidlertid fremsat anmodning om præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

- 1) Kan indførelse i national lovgivning af et forbud mod anvendelse af et produkt udgøre en teknisk forskrift, der skal anmeldes i henhold til direktivet?

- 2) Kan indførelse i national lovgivning af et forbud mod en tjenesteydelse, som påvirker anvendelsen af produktet, udgøre en teknisk forskrift, der skal anmeldes i henhold til direktivet?
- en ny national bestemmelses virkning på anvendelsen, nemlig om virkningen bliver et totalforbud mod anvendelse, eller om anvendelse forbydes eller begrænses inden for et af flere tænkelige anvendelsesområder?

- 3) Kan en omdefinering i national lovgivning af en tjenesteydelse, der har forbindelse med fremstillingen af et produkt, udgøre en teknisk forskrift, der skal anmeldes i henhold til direktivet, hvis den nye definition påvirker anvendelsen af produktet?

- 4) Hvilken betydning for anmeldelsespligten i medfør af direktivet har omstændigheder, såsom

— overgang i national lovgivning fra krav om tilladelse til forbud

— produktets/tjenesteydelsens større eller mindre værdi

— størrelsen af markedet for produktet/tjenesteydelsen, eller

29. Der er indgivet skriftlige indlæg af Staffan Lindberg (der har henvist til sine indlæg for de nationale retter), den portugisiske, den svenske og Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen. Under retsmødet blev der afgivet mundtligt indlæg på vegne af Staffan Lindberg, den franske og den portugisiske regering og af Kommissionen.

III — Stillingtagen

30. Forud for vurderingen af den nationale rets fire spørgsmål er det hensigtsmæssigt at tage stilling til to indledningsvise forhold: rækkevidden af disse spørgsmål i relation til aktuelle eller potentielle handelshindringer af handelen og til medlemsstaternes ret til at regulere spil samt relevansen af tidspunktet for indførelsen af den omtvistede bestemmelse i national ret.

A — *Spørgsmålenes rækkevidde*

31. Den nationale ret ønsker vejledning med henblik på afgørelsen af spørgsmålet, om 1996-ændringen er omfattet af definitionen af en teknisk forskrift som omhandlet i den dagældende affattelse af direktivet.

32. Meddelelsespligten i henhold til direktivet afhænger af denne definition og ikke af, om virkningerne af denne ændring indebærer, at der skabes en aktuel eller potentiel hindring af samhandelen inden for Fællesskabet.

33. Det er korrekt, at direktivet har til formål at beskytte varernes frie bevægelighed.

34. Den mekanisme, der er indført med henblik herpå, er imidlertid forebyggende kontrol. Medlemsstaternes pligt til at deltage i denne kontrol kan ikke afhænge af, at der foreligger en aktuel uforenelighed mellem den pågældende foranstaltning og traktatens bestemmelser om fri bevægelighed.

35. Med henblik på afgørelsen af, om en foranstaltning er forenelig med traktatens

bestemmelser om varernes frie bevægelighed, er det nødvendigt ikke blot at undersøge, om der er tale om en handelshindring, men også, om denne hindring kan begrundes i et af de hensyn, der er fastsat i traktaten eller i retspraksis, og står i rimeligt forhold til det forfulgte formål. Det ville imidlertid ikke være korrekt at tage stilling til sådanne faktorer, før det er blevet afgjort, om en foranstaltning skal meddeles inden for rammerne af en ordning med forebyggende kontrol. Kontrolmekanismen er i sig selv udarbejdet med henblik på vurderingen af disse faktorer og ville blive alvorligt svækket, hvis man foregreb den på en sådan måde. Således som jeg tidligere har haft anledning til at bemærke⁹, vil ethvert krav om forudgående vurdering af virkningerne af en foranstaltning endvidere gøre det vanskeligere at afgøre, hvilke foranstaltninger der er omfattet.

36. Det er korrekt, at der er en undtagelse i artikel 10, stk. 2, for så vidt angår foranstaltninger, der ikke hindrer varernes frie bevægelighed.

37. Denne undtagelse finder imidlertid kun anvendelse for bestemmelser, der tager sigte på forbud mod fremstilling af et produkt, og fritager blot fra pligten til at udsætte vedtagelsen af bestemmelsen, ikke fra pligten til at meddele den. Bestemmelsen er således ikke relevant for omstændighederne i den foreliggende sag.

9 — Jf. punkt 48 i mit forslag til afgørelse i Sapod Audic-sagen, nævnt i fodnote 4.

38. Endelig er det korrekt, at mens Domstolen i CIA Security International-dommen fastslog, at »tilsidesættelse af meddelelsespligten må anses for en væsentlig procedurermangel, der kan medføre, at de pågældende tekniske forskrifter ikke kan bringes i anvendelse over for borgerne«¹⁰, fandt den det efterfølgende i Van der Burg-dommen unødvendigt at tage stilling til, om denne uanvendelighed gælder for alle sager eller kun for de tilfælde, hvor der faktisk var tale om en hindring af samhandelen eller af varernes frie bevægelighed i en bestemt sag. Generaladvokat Ruiz-Jarabo var imidlertid af den opfattelse, at i sidstnævnte tilfælde ville en teknisk forskrift, som ikke er meddelt, kun kunne erklæres uanvendelig, når den kan hindre anvendelsen eller markedsføringen af det pågældende produkt¹¹, et synspunkt, der tilsyneladende finder støtte i Domstolens tidligere afgørelse i Lemmensdommen¹².

39. Den forelæggende rets spørgsmål hviler imidlertid på den forudsætning, at den pågældende nationale bestemmelse påvirker anvendelsen af visse spilleautomater i Sverige, og det synes klart, at en foranstaltning, som påvirker anvendelsen af et bestemt produkt i en medlemsstat, også vil kunne

påvirke markedsføringen af sådanne produkter i — og derved deres indførelse til — denne stat¹³, således at det sidstnævnte spørgsmål ikke foreligger i nærværende sag.

40. Derfor er den række betragtninger, der er blevet fremsat af den portugisiske regering vedrørende foreneligheden af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed generelt med foranstaltninger truffet af medlemsstaterne under udøvelse af deres suveræne ret til at regulere spil af hensyn til almenhedens interesse, og som angår spørgsmålet, om sådanne foranstaltninger er begrundet i lyset af hasardspils natur, ikke direkte relevante for afgørelsen i denne sag.

41. Jeg vil blot pege på, at Domstolen for nylig har bekræftet, at nationale bestemmelser, der begrænser driften af spil, kan være begrundede i tungtvejende hensyn til almenhedens interesse, selv om de indebærer en handelshindring¹⁴.

B — Tidspunktet for indførelsen af det pågældende forbud

42. Den forelæggende rets spørgsmål tager videre udgangspunkt i den antagelse, at et

10 — Nævnt i fodnote 8, præmis 48.

11 — Dom af 8.3.2001, sag C-278/99, Sml. I, s. 2015, præmis 17 og 23, og punkt 20-24 i forslaget til afgørelse.

12 — Dom af 16.6.1998, sag C-226/97, Sml. I, s. 3711, præmis 36.

13 — Jf. dom af 14.7.1998, sag C-284/95, Safety Hi-Tech, Sml. I, s. 4301, præmis 29-32.

14 — Dom af 11.9.2003, sag C-6/01, Anomar m.fl., Sml. I, s. 8621, præmis 62-75.

forbud mod foranstaltning af spil på visse automater blev indført ved 1996-ændringen og ikke tidligere var indeholdt i 1994-loven.

43. Den svenske regering har imidlertid i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at denne ændring ikke indebar nogen væsentlige ændringer af loven, og at det pågældende forbud allerede trådte i kraft med virkning fra 1995. Regeringen har derfor anmodet Domstolen om at fastslå, at der ikke gælder nogen forpligtelse til at meddele en teknisk forskrift, der ikke indebærer en ændring af den gældende retsstilling.

44. Det er helt åbenbart, at Domstolen ikke har kompetence til at fortolke den svenske lovgivning. Det er kun den forelæggende ret, der kan afgøre, om det pågældende forbud blev indført ved 1994-loven eller ved 1996-ændringen. De forelagte spørgsmål må således vurderes ud fra den forelæggende rets antagelse, hvorefter forbuddet blev indført med ændringen.

45. Jeg vil derfor begrænse mig til at fremsætte to betragtninger vedrørende den modsatte hypotese, som den svenske regering har gjort gældende.

46. For det første forekommer det rimeligt, at en ændring, som kun vedrører formu-

ringen af en teknisk forskrift, men som ikke indebærer en ændring af den gældende retstilstand, ikke skal meddeles i henhold til direktivet. Således som Domstolen fastslog i Colim-dommen¹⁵, »[kan] [e]n national forskrift, som gengiver eller erstatter eksisterende forskrifter uden tilføjelse af nye eller supplerende specifikationer, [...] ikke anses for »et udkast« til teknisk forskrift [...] og er derfor heller ikke underlagt forpligtelsen til underretning, såfremt de nævnte forskrifter, hvis de er blevet vedtaget efter ikrafttrædelsen af direktiv[et] [...], behørigt er blevet meddelt Kommissionen«.

47. Det er imidlertid nok sjældent, at en ændring af formuleringen af en bestemmelse ikke har nogen indflydelse på dens indhold. Hvis der er mulighed for en sådan indflydelse — og det lader til, at de svenske myndigheder ikke internt var enige om, at 1996-ændringen ikke indebar en ændring af gældende ret — forekommer det at være nødvendigt at meddele den med henblik på at sikre det formål om forebyggende kontrol, der er selve begrundelsen for den ordning, der er blevet indført med direktivet. Jeg henviser herved til, at i henhold til artikel 8, stk. 1, tredje afsnit, skal medlemsstaterne fremsende en ny meddelelse, hvis de foretager væsentlige ændringer i udkastet til teknisk forskrift.

48. Hvis det lægges til grund, at 1994-loven indeholdt det pågældende forbud fra tidspunktet fra lovens oprindelige vedtagelse, og

15 -- Dom af 3.6.1999, sag C-33/97, Sml. I, s. 3175, præmis 22.

at vedtagelsen skete efter, at aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde trådte i kraft den 1. januar 1994 med Sverige som kontraherende stat, vil jeg henvise til, at direktivet således allerede fandt anvendelse i Sverige på dette tidspunkt i modsætning til, hvad anklagemyndigheden lader til at have gjort gældende¹⁶.

49. Den version af direktivet, der fandt anvendelse på dette tidspunkt, ville imidlertid kræve en anden vurdering. Fristen for gennemførelse af de ændringer, der blev vedtaget med direktiv 94/10, der finder anvendelse for national lovgivning vedtaget i 1996, udløb først den 1. juli 1995. Disse ændringer indebar en væsentlig udvidelse af definitionen af en teknisk forskrift. Den svenske regerings forpligtelser og konsekvenserne af manglende iagttagelse af disse ville således skulle vurderes i lyset af Sveriges status i 1994 som kontraherende stat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, snarere end i Den Europæiske Union, som det tiltrådte den 1. januar 1995.

C — Om det første spørgsmål

50. Med det første spørgsmål ønskes oplyst, om indførelsen i national ret af et forbud

mod anvendelsen af et produkt kan udgøre en teknisk forskrift, der skal meddeles i henhold til direktivet.

51. Når spørgsmålet formuleres så bredt, er svaret klart ja. Direktivets artikel 1, nr. 9, bestemmer, at tekniske forskrifter omfatter »love og administrative bestemmelser vedrørende forbud mod [...] anvendelse af et produkt«. Et sådant forbud falder således inden for den tredje kategori af tekniske forskrifter, der er henvist til i direktivets artikel 1, nr. 9, og punkt 7 ovenfor.

52. Imidlertid indebærer den bestemmelse, der er genstand for hovedsagen, et forbud, der ikke så meget angår anvendelsen af et produkt som sådan, men mere indirekte leveringen af en tjenesteydelse, der har følgevirkninger for en sådan anvendelse. Det følger klart af retspraksis¹⁷, at virksomhed bestående i at give offentligheden mulighed for at anvende spilleautomater udgør en tjenesteydelse.

53. Den forelæggende ret har taget denne mulighed i betragtning i sit andet og tredje spørgsmål.

16 — Jf. artikel 3, 7, 8 og 129, stk. 3, i EØS-aftalen, sammenholdt med punkt 11 i protokol 1 og punkt 1 i kapitel XIX i bilag II hertil, EFT 1994 L 1, s. 3, 9-11, 30, 38, 263 og 313-315.

17 — Jf. f.eks. dom af 21.9.1999, sag C-124/97, Läära m.fl., Sml. I, s. 6067, og Anomar m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 14, navnlig præmis 56.

D — Om det andet spørgsmål

54. Med det andet spørgsmål ønskes oplyst, om indførelsen i national ret af et forbud mod en tjenesteydelse, som påvirker anvendelsen af produktet, kan udgøre en teknisk forskrift, der skal meddeles i henhold til direktivet.

55. I den version af direktivet, der finder anvendelse i den foreliggende sag, gælder kravet om meddelelse kun for tekniske forskrifter vedrørende produkter og ikke tekniske forskrifter vedrørende tjenesteydelser. Det var først, da direktiv 98/34, som ændret ved direktiv 98/48, trådte i kraft, at denne forpligtelse blev udvidet til at omfatte visse typer af tjenesteydelser, som dog stadig ikke omfatter den type, der er tale om i den foreliggende sag¹⁸.

56. Denne omstændighed er dog ikke relevant her, eftersom sagen ikke vedrører udveksling af tjenesteydelser, men snarere angår den mulige virkning for handelen med produkter af et forbud mod levering af en bestemt tjenesteydelse. En bestemmelse om forbud mod en tjenesteydelse, hvortil der anvendes et bestemt produkt, indebærer også klart et forbud mod anvendelsen af dette produkt med henblik på leveringen af denne tjenesteydelse. Medmindre produktet kan anvendes uden begrænsninger til andre

formål, kan forbuddet således have den yderligere konsekvens, at det omfatter et forbud mod enhver anvendelse af dette produkt, eller at der stilles krav om, at produktet skal opfylde visse tekniske kriterier for at blive anvendt til et andet og tilladte formål.

57. I den forbindelse har den portugisiske regering ikke mindre gjort gældende, at bestemmelser, der opstiller et forbud mod eller en begrænsning af en tjenesteydelse og derved berører anvendelsen af et produkt, der er et nødvendigt accessorium til leveringen af denne tjenesteydelse, ikke — i overensstemmelse med den retlige grund sætning *accessorium sequitur principale* — kan anses for at udgøre en teknisk forskrift vedrørende selve produktet.

58. I Anomar m.fl.-dommen gjorde Domstolen det imidlertid klart, at selv om virksomheden med drift af spilleautomater er forbundet med den virksomhed, der består i at importere dem, er førstnævnte type af virksomhed omfattet af bestemmelserne i traktaten om fri udveksling af tjenesteydelser og sidstnævnte form for virksomhed omfattet af bestemmelserne om de frie varebevægelser¹⁹.

59. Følgelig må det være muligt at vurdere en bestemmelse, der påvirker såvel driften af spilleautomater som anvendelsen heraf (hvil-

18 — Jf. punkt 13 ovenfor.

19 — Nævnt i fodnote 14, præmis 55.

ket igen påvirker handelen med disse automater), i lyset af såvel den frie udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår førstnævnte aspekt som de frie varebevægelser (herunder muligheden for, at den udgør en teknisk forskrift) for så vidt angår sidstnævnte aspekt.

60. I den foreliggende sag kan en bestemmelse, der forbyder foranstaltning af spil for almenheden og/eller med henblik på gevinst på spilleautomater, som ikke selv udbetaler gevinster, derfor anses for enten at udgøre et forbud mod anvendelsen af sådanne automater eller for at udgøre et krav om, at alle spilleautomater skal fremstilles således, at de udbetaler gevinster i form af varer, kontanter, værdibeviser, spillemønter eller lignende.

61. Hvad angår den første mulighed har Det Forenede Kongeriges regering gjort gældende, at den svenske lovgivning blot begrænser, men ikke forbyder anvendelsen af de pågældende automater. Lovgivningen kan derfor ikke falde ind under definitionen af en teknisk forskrift.

62. Efter min mening er det imidlertid nødvendigt nærmere at undersøge de muligheder for anvendelse, som forbuddet har ladet stå åbne.

63. I den forbindelse kan man spørge, om en spilleautomat kan tjene det formål, den er beregnet til, hvis den ikke kan anvendes med henblik på gevinst og ikke kan stilles til rådighed for almenheden? Det må formodes, at visse former for privat anvendelse fortsat ville være lovlige, men det bør holdes for øje, at den svenske lotterilov forekommer at anse private klubber for at henhøre under definitionen af »almenheden«²⁰.

64. Et forbud mod anvendelse af et produkt, der ikke er et forbud mod besiddelse, vil næsten aldrig indebære et forbud mod alle tænkelige former for anvendelse (en spilleautomat ville eksempelvis kunne anvendes som dørstopper, selv om det nok er de færreste, der ville ønske at købe en automat med henblik på dette formål).

65. Med henblik på vurderingen af, om et forbud mod en tjenesteydelse, som påvirker anvendelsen af et produkt, udgør et forbud mod anvendelse af produktet, er det efter min mening nødvendigt at se bort fra rent marginale former for brug, som produktet kan anvendes til, men som det ikke er skabt med henblik på²¹. Hvis det kun er sådanne marginale former for anvendelse, der er mulige, må det lægges til grund, at der er tale om et forbud mod anvendelse, der igen falder ind under den tredje kategori af tekniske forskrifter, der er henvist til i

20 — Lovens § 1, stk. 2.

21 — Jf. til sammenligning Lemmens-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 25.

direktivets artikel 1, nr. 9, og punkt 7 ovenfor. Hvis de tilbageværende muligheder derimod blot er begrænsede og ikke er rent marginale, er jeg enig med Det Forenede Kongeriges regering i, at der ikke er tale om et forbud mod anvendelse i direktivets forstand.

66. Jeg er også enig i den portugisiske regerings tanke, der blev fremsat under retsmødet, hvorefter der, såfremt det pågældende produkt er en automat, der kan programmeres med henblik på forskellige funktioner, og forbuddet kun vedrører en af disse funktioner, heller ikke er tale om et forbud mod anvendelse i direktivets forstand.

67. Hvad angår den anden mulighed — at en bestemmelse, som forbyder foranstaltning af spil på automater, som ikke i sig selv udbetaler gevinster, anses for at udgøre et krav om, at alle spilleautomater fremstilles således, at de kan udbetale gevinster — gør mange af de samme betragtninger sig gældende. Navnlig må muligheden for marginale former for anvendelse af produktet, men som det ikke er skabt med henblik på, lades ude af betragtning.

68. Snarere end at vurdere, om forbuddet mod den pågældende tjenesteydelse kunne

anses for at omfatte et forbud mod overhovedet at anvende et bestemt produkt, kunne man imidlertid i stedet undersøge, hvorvidt et sådant forbud udgør et forbud mod en sådan anvendelse, for så vidt som produktet ikke opfylder visse tekniske kriterier (der er gældende i tilfælde af andre, tilladte former for anvendelse). Dette ville svare til et krav om, at for at kunne anvendes skulle produktet opfylde disse kriterier, og ville således indebære, at forbuddet måtte anses for at udgøre en teknisk specifikation, der fastlægger de karakteristika, der kræves af et produkt, og som er omfattet af den første kategori af tekniske forskrifter, der er henvist til i direktivets artikel 1, nr. 9, og punkt 5 ovenfor, og defineret i artikel 1, nr. 2.

69. I den foreliggende sag mener jeg, at et krav om, at spilleautomater fremstilles således, at de udbetaler gevinster på bestemte måder, klart falder inden for den sædvanlige betydning af ordet »tekniske specifikationer«, og der er intet i definitionen i direktivets artikel 1, stk. 2, der taler herimod.

70. Når levering af en tjenesteydelse, i forbindelse med hvilken der anvendes et bestemt produkt, er forbudt, således at anvendelsen af produktet med henblik på

levering af denne tjenesteydelse ligeledes er forbudt, skal der således stilles følgende spørgsmål:

E — *Om det tredje spørgsmål*

- Kan dette produkt overhovedet anvendes lovligt til andre formål, som det er fremstillet til, og som ikke blot er helt marginale?

73. Med det tredje spørgsmål ønskes oplyst, om en omdefinering i national lovgivning af en tjenesteydelse, der har forbindelse med fremstillingen af et produkt, kan udgøre en teknisk forskrift, der skal anmeldes, hvis den nye definition påvirker anvendelsen af produktet.

- Hvis dette er tilfældet, kan produktet kun anvendes lovligt til et sådant formål, hvis det opfylder visse tekniske specifikationer?

74. Det ville ikke være let og måske ikke engang nogen nytte til at forsøge at besvare dette spørgsmål på en så generel måde. Spørgsmålet skal forstås i sammenhængen som en henvisning til en omdefinering af en lovreguleret tjenesteydelse (dvs. en ydelse, som kun er lovlig under visse betingelser), der, fordi den påvirker fremstillingen af et produkt, der anvendes med henblik på denne tjenesteydelse, påvirker anvendelsen af produktet.

71. Hvis svaret på det første spørgsmål er nej, eller svaret på det andet spørgsmål er ja, udgør forbuddet mod tjenesteydelsen en teknisk forskrift, der skal meddeles i overensstemmelse med direktivet.

72. Det tilkommer den forelæggende ret at foretage denne vurdering, men på grundlag af sagens akter forekommer det mig sandsynligt, at den nationale bestemmelse, som sagen vedrører, må anses for at udgøre en teknisk forskrift, der skal meddeles i henhold til direktivet, medmindre der i praksis findes måder, hvorpå de pågældende automater kan anvendes til et formål, hvortil de er fremstillet, dvs. spil, og som ikke er helt marginalt og ikke kræver, at de fremstilles således, at de udbetaler gevinster.

75. En væsentlig del af besvarelsen af dette spørgsmål følger af besvarelsen af det andet spørgsmål. For så vidt som en tjenesteydelse er begrænset eller forbudt på en sådan måde, at anvendelsen af et bestemt produkt er forbudt, enten fuldstændigt eller medmindre produktet opfylder visse tekniske kriterier, vil indførelsen af en foranstaltning i form af en begrænsning eller et forbud udgøre en teknisk forskrift, der skal meddeles på udkaststadiet.

76. Det yderligere aspekt af det tredje spørgsmål er den omstændighed, at det vedrører omdefineringen af en tjenesteydelse snarere end indførelsen af et forbud mod den.

77. Jeg har allerede henvist til Colim-dommen²² og til direktivets artikel 8, stk. 1, tredje punktum, der, således som Kommissionen har påpeget, angiver den korrekte besvarelse.

78. I overensstemmelse med formålet med artikel 8, stk. 1, tredje afsnit, skal enhver omdefinering af en tjenesteydelse, som indebærer en væsentlig ændring af anvendelsesområdet for en teknisk forskrift, en tilføjelse af specifikationer eller krav eller en stramning af disse, helt klart meddeles Kommissionen, og dette må gælde så meget desto mere, hvis omdefineringen faktisk indebærer indførelsen af en teknisk forskrift som omhandlet i direktivet.

79. Hvis en foranstaltning, som gengiver eller erstatter en eksisterende teknisk forskrift uden at tilføje nye eller supplerende specifikationer, ikke er omfattet af meddelel-

sespligten, kan det modsætningsvis slutes, at en foranstaltning, som faktisk tilføjer nye eller supplerende specifikationer, er omfattet af denne pligt.

80. Det er med andre ord virkningen af omdefineringen snarere end den omstændighed, at der er tale om en omdefinering, der er afgørende for, om den skal meddeles eller ej.

F — Om det fjerde spørgsmål

81. Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om:

— overgang fra krav om tilladelse til forbud

— værdien af produktet eller tjenesteydelsen

— størrelsen af markedet for produktet eller tjenesteydelsen eller

22 — Jf. punkt 46 og 47 ovenfor.

- den omstændighed, at en ny national bestemmelse om anvendelsen har til virkning at indføre et totalforbud mod anvendelse eller begrænse anvendelsen indenfor et af flere tænkelige anvendelsesområder,

gør udøvelsen af en aktivitet betinget af forudgående tilladelse, ikke udgør tekniske forskrifter²³.

er faktorer, der har betydning for meddelelsespligten.

85. Den anden og den tredje faktor, der er henvist til, rejser spørgsmålet om en mulig *de minimis*-undtagelse til meddelelsespligten.

82. Hvad angår den første og den fjerde af disse faktorer, forekommer besvarelsen at fremgå klart af det allerede anførte.

86. Således som Kommissionen har påpeget, indeholder direktivet ingen sådan undtagelsesbestemmelse, dog muligvis med forbehold for en territorial *de minimis*-undtagelse, der kan udledes af artikel 1, nr. 9: Tekniske specifikationer eller andre krav, som ikke skal overholdes i det mindste i en væsentlig del af en medlemsstat, er ikke omfattet af definitionen af en teknisk forskrift. Eftersom det ikke er blevet gjort gældende, at det omtvistede forbud skulle være territorielt begrænset på nogen måde, er dette aspekt ikke relevant i den foreliggende sag.

83. Indførelsen af et forbud mod anvendelsen af et produkt er omfattet af definitionen i direktivets artikel 1, nr. 9, mens en begrænsning, som stadig gør det muligt at anvende produktet på andre måder, som ikke er rent marginale, ikke er omfattet.

87. Uanset om der i det hele taget er plads for en *de minimis*-regel med henblik på vurderingen af, om der foreligger en handelshindring — og Domstolen har flere gange givet udtryk for, at det er der ikke — forekommer en sådan tilgangsvinkel endvidere ikke velegnet inden for rammerne af en ordning med forebyggende kontrol, eftersom ordningen i særdeleshed er udformet med

84. I den forbindelse forekommer det ikke at være relevant, om den nyligt forbudte anvendelse tidligere var tilladt uden begrænsninger eller var undergivet et krav om tilladelse, eftersom bestemmelserne, der

23 — Jf. dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 45.

henblik på at gøre det muligt at vurdere aktuelle eller potentielle virkninger for samhandelen. Under alle omstændigheder fremgår det af Kommissionens indlæg, at der er blevet indgivet en række klager af svenske erhvervsdrivende, producenter og importører af spilleautomater af den pågældende type vedrørende de begrænsende virkninger, der følger af 1996-ændringen. En sådan omstændighed peger sædvanligvis i retning af, at uanset hvilke virkninger der er tale om, er de ikke ubetydelige.

G — Afsluttende betragtninger

88. På grundlag af den løsning, jeg foreslår, anser jeg det er for sandsynligt, at den forelæggende ret — med forbehold for yderligere faktiske undersøgelser, der kan vise sig nødvendige — vil fastslå, at 1996-ændringen udgjorde en teknisk forskrift som omhandlet i direktivet.

89. Hvis dette er tilfældet, følger det af Domstolens praksis, at nationale domstole skal undlade at anvende ændringen, idet den ikke blev meddelt Kommissionen i overensstemmelse med direktivet.

90. Ikke desto mindre mener jeg, at der bør være visse grænser for pligten til at undlade at anvende sådanne bestemmelser.

91. Eksempelvis er jeg fortsat af den overbevisning, at der er vanskeligheder forbundet med pligten til at undlade anvendelse i visse sager mellem privatpersoner²⁴, og jeg har allerede henvist til generaladvokat Ruiz-Jarabos synspunkt, hvorefter kun bestemmelser, der kan hindre anvendelsen eller markedsføringen af et bestemt produkt, bør undlades anvendt²⁵.

92. Sådanne begrænsninger synes man imidlertid ikke at støde på i den foreliggende sag, som helt klart falder inden for rammerne af den omfattende retspraksis, hvorefter nationale bestemmelser, der er uforenelige med et direktiv, der er bindende for medlemsstat, ikke kan gøres gældende over for en borger, og som angår en bestemmelse, som utvivlsomt vil kunne hindre anvendelsen og markedsføringen af et bestemt produkt.

93. Sagen kan heller ikke sammenlignes med Lemmens-dommen²⁶, hvori Domstolen fast-

24 — Jf. punkt 99-102 i mit forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 26.9.2000, sag C-443/98, Unilever, Sml. I, s. 7535.

25 — fodnote 11.

26 — Nævnt i fodnote 12.

slog, at manglende overholdelse af pligten til at give meddelelse om tekniske forskrifter vedrørende alcometre ikke medførte, at det bevis, som var tilvejebragt ved hjælp af et alcometer, der var godkendt i overensstemmelse med de ikke-meddelte forskrifter, ikke kunne gøres gældende over for en borger inden for rammerne af en straffesag iværksat i henhold til en anden bestemmelse. Tiltalen i nærværende sag er rejst som følge af tilsidesættelse af den ikke-meddelte forskrift selv, og det må være muligt at gøre den manglende meddelelse gældende under straffesagen.

IV — Forslag til afgørelse

94. Jeg mener således, at Domstolen skal besvare Högsta Domstolens spørgsmål således:

- »1) Indførelsen i national ret af et forbud mod anvendelse af et produkt udgør en teknisk forskrift, der skal meddeles i henhold til Rådets direktiv 83/189/EØF.

- 2) Indførelsen i national ret af et forbud mod en tjenesteydelse, som påvirker anvendelsen af et produkt, udgør en teknisk forskrift, der skal meddeles i henhold til direktiv 83/189, hvis virkningerne af forbuddet er, at

— produktet ikke lovligt kan anvendes til nogen som helst af de formål, hvortil det er fremstillet, og som ikke blot er marginale

eller at

— produktet kun lovligt kan anvendes til et sådant formål, hvis det opfylder visse tekniske specifikationer.

- 3) Omdefineringen i national ret af en tjenesteydelse, der er forbundet med fremstillingen af et produkt, udgør en teknisk forskrift, der skal meddeles i henhold til direktiv 83/189, hvis den nye definition påvirker anvendelsen af produktet på en af de ovenfor definerede måder.
- 4) Overgangen i national lovgivning fra et krav om tilladelse til et forbud er undergivet samme meddelelsespligt som indførelsen af et forbud.
- 5) Faktorer såsom den større eller mindre værdi af det produkt eller den tjenesteydelse, der påvirkes, eller størrelsen af markedet for produktet eller tjenesteydelsen er ikke relevante i forhold til meddelelsespligten.«