

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
F. G. JACOBS  
fremsat den 24. november 1994 \*

1. Leclerc-Siplec er et selskab, der distribuerer benzin og andre former for brændstof gennem servicestationer i Frankrig. Det er oplyst, at servicestationerne indgår som led i supermarkeder, der drives af samme koncern under navnet E. Leclerc. Leclerc-Siplec anmodede på et tidspunkt de franske fjernsynsreklameselskaber TF1 Publicité og M6 Publicité om at udsende et tv-reklameindslag for selskabets servicestationer. Dette afslog TF1 Publicité og M6 Publicité under henvisning til en bestemmelse i fransk lovgivning — nemlig artikel 8 i dekret nr. 92/280 af 27. marts 1992 — som forhindrer distributionssektoren i at benytte fjernsynsreklamer. Samme bestemmelse indeholder et forbud mod fjernsynsreklamer for alkoholholdige drikkevarer med et alkoholindhold på over 1,2%, for litterære publikationer og for biografer og pressen. Det er oplyst, at et af hovedformålene med forbuddet er at beskytte den franske regionale presse, idet forbuddet skal tvinge de pågældende sektorer til at reklamere i de regionale dagblade frem for i fjernsynet.

2. Derefter anlagde Leclerc-Siplec sag mod TF1 Publicité og M6 Publicité ved Tribunal

de commerce de Paris. Leclerc-Siplec anmodede retten om at indhente en præjudiciel afgørelse fra EF-Domstolen om, hvorvidt en national lovbestemmelse, som udelukker distributionssektoren fra at gøre brug af fjernsynsreklame, er forenelig med nærmere angivne traktatbestemmelser og med bestemmelserne i et rådsdirektiv, der omtales som direktivet om »fjernsyn uden grænser« (direktiv 89/552/EØF)<sup>1</sup>. De sagsøgte tilsluttede sig, at forholdet blev forelagt for Domstolen, men TF1 Publicité anmodede om, at spørgsmålets rækkevidde blev udvidet, således at det ønskedes oplyst, om »hele økonomiske sektorer« (dvs. ikke blot distributionssektoren) kan udelukkes fra at benytte fjernsynsreklamer.

3. Det bemærkes, at Leclerc-Siplec for den nationale retsinstans også har gjort gældende, at det omtvistede forbud er i strid med den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 10, som beskytter ytringsfriheden.

\* Originalsprog: engelsk.

1 — Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed, EFT L 298, s. 23.

4. Ved dom af 27. september 1993 har Tribunal de commerce forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 30, artikel 85 og 86, artikel 5 og artikel 3, litra f), samt i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 fortolkes således, at de er til hinder for, at en medlemsstat ved lov eller administrativt kan udelukke bestemte erhvervssektorer, herunder navnlig distributionssektoren, fra at benytte fjernsynsreklamer, og kan artikel 8 i dekret af 27. marts 1992 generelt anses for at være forenelig med de nævnte bestemmelser?«

6. Det fremgår klart af de sager, Kommissionen har henvist til, at Domstolen ikke har kompetence til at udtale sig om generelle eller hypotetiske spørgsmål. Det fremgår også klart af Foglia I og II-sagerne, at Domstolen under bestemte omstændigheder vil afslå at behandle en anmodning om præjudiciel afgørelse med den begrundelse, at traktatens artikel 177 benyttes i forbindelse med et »processuelt arrangement«<sup>6</sup> eller en »konstruktion«<sup>7</sup> af parter, som er fuldt ud enige, og som arrangerer et søgsmål med det formål at opnå en præjudiciel afgørelse om, at national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten.

## Formaliteten

5. Kommissionen har anført, at den præjudicielle forelæggelse eventuelt ikke kan antages til realitetsbehandling, da der er enighed mellem sagens parter om det resultat, der søges opnået, nemlig en forelæggelse for Domstolen, som fører til en afgørelse om, at det omtvistede dekret er i strid med fællesskabsretten. Der er således ingen tvist mellem parterne, og det, Domstolen anmodes om, er at afgive en udtalelse om generelle retsspørgsmål. I denne forbindelse har Kommissionen henvist til sagerne Foglia II<sup>2</sup>, Meilicke<sup>3</sup>, Lourenço Dias<sup>4</sup> og Telemarsicabruzzo<sup>5</sup>.

7. I sagen Foglia I havde en italiensk retsinstitans forelagt en række spørgsmål, som i det væsentlige tog sigte på at få oplyst, om nogle franske lovbestemmelser om afgifter på hedvine var i strid med traktatens artikel 92 og 95. Domstolen fandt, at den ikke havde kompetence til at træffe afgørelse vedrørende de spørgsmål, den italienske retsinstitans havde forelagt, da der ikke var nogen egentlig tvist mellem parterne, da sagen mellem dem var »konstrueret«, og da »det samlede system af retsmidler, som private har til at beskytte sig mod anvendelsen af afgiftslove, som er i strid med traktaten, [ville] lide skade, hvis Domstolen skulle træffe afgørelse under sådanne omstændigheder«<sup>8</sup>.

2 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Sml. s. 3045, jf. også dom af 1.3.1980, sag 104/79, Foglia I, Sml. s. 745.

3 — Dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Sml. I, s. 4871.

4 — Dom af 16.7.1992, sag C-343/90, Sml. I, s. 4673.

5 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Sml. I, s. 393.

6 — Foglia II, jf. fodnote 2, præmis 18.

7 — Foglia I, jf. fodnote 2, præmis 10.

8 — Foglia I, jf. fodnote 2, præmis 11.

8. Der er åbenbare lighedspunkter mellem den sidstnævnte sag og den her foreliggende, hvori parterne er enige om de retsspørgsmål, der er rejst, og deres eneste formål med at føre sag er at opnå en præjudiciel afgørelse om, at nærmere bestemte nationale lovbestemmelser er i strid med fællesskabsretten. Der er dog også en væsentlig forskel mellem de to sager. I Foglia-sagen bestred parterne for en italiensk retsinstans, at en fransk lov var forenelig med fællesskabsretten, mens parterne i den foreliggende sag for en fransk retsinstans bestrider gyldigheden af en fransk lovbestemmelse.

9. Det er naturligvis af afgørende betydning, at private parter, hvis rettigheder berøres af en medlemsstats lovbestemmelser eller administrative bestemmelser, kan anfægte bestemmelserne for retten og — i givet fald — kan påberåbe sig fællesskabsretten, herunder muligheden for en præjudiciel forelæggelse i medfør af traktatens artikel 177. Det er også af væsentlig betydning, at den pågældende medlemsstat har passende mulighed for at forsvare sine bestemmelser. Det er derfor ønskeligt, at en sådan anfægtelse af bestemmelserne finder sted i den medlemsstat, hvis lovgivning eller administrative praksis drages i tvivl. Hvis sagen føres i et andet land, er det endog muligt, at den pågældende medlemsstat ikke har kendskab til den, og under alle omstændigheder kan den have vanskeligt ved at tilrettelægge sig forsvaret. Det forhold, at én medlemsstats lovgivning anfægtes for retsinstanser i en anden medlemsstat, synes at være tillagt betydning i forbindelse med, at Domstolen besluttede at afvise den præjudicielle forelæggelse i Foglia-sagen<sup>9</sup>, selv om Dom-

stolen i andre sager ikke har afvist forelæggelsen med denne begrundelse<sup>10</sup>.

10. Jeg mener ikke, at der i Foglia-dommen er opstillet en generel regel om, at en forelæggelse skal afvises, blot fordi der er enighed mellem parterne om behovet for en forelæggelse, om de spørgsmål der skal forelægges, og om besvarelsen af spørgsmålene. Hvis det efter retsplejen i en medlemsstat er tilladt at indbringe en sag for retten i tilfælde, hvor der ikke er tvist mellem parterne, vil det ikke være hensigtsmæssigt for Domstolen at gøre indgreb i medlemsstatens autonomi på det processuelle område ved at antage, at sådanne sager ikke kan føre til en forelæggelse for Domstolen i henhold til traktatens artikel 177. Den franske regering, som har afgivet indlæg i sagen, og som har været repræsenteret under den mundtlige forhandling, har ikke rejst indsigelse mod fremgangsmåden, og den har ikke gjort gældende, at regeringen er blevet afskåret fra at forsvare det omtvistede dekret som følge af den måde, hvorpå sagen er blevet ført.

11. Jeg mener derfor ikke, at den præjudicielle forelæggelse bør afvises.

9 — Se præmis 28, 29 og 30 i Foglia II-sagen, jf. fodnote 2.

10 — Jf. f.eks. dom af 23.11.1989, sag C-150/88, Parfümerie-Fabrik 4711, Sml. s. 3891, præmis 11 og 12.

## Det præjudicielle spørgsmåls rækkevidde

89/552 som et specielt udtryk for ytringsfriheden i medfør af menneskerettighedskonventionens artikel 10.

12. I det spørgsmål, den franske retsinstans har stillet, peges der på tre måder, hvorpå det omtvistede dekret kan være uforeneligt med fællesskabsretten. For det første kan det være en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion i strid med traktatens artikel 30, for det andet kan det være i strid med konkurrencereglerne i traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5, og for det tredje kan det være i strid med bestemmelserne i direktiv 89/552.

13. Den forelæggende ret har ikke rejst spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede lovgivning er forenelig med traktatens artikel 52, hvorefter restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, skal ophæves, eller med traktatens artikel 59, hvorefter restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, skal afskaffes. I den præjudicielle forelæggelse rejses heller ikke direkte spørgsmålet om ytringsfriheden i erhvervsforhold i medfør af den europæiske menneskerettighedskonventionens artikel 10. Det fremgår imidlertid klart af forelæggelsesdommen, at Leclerc-Siplec har påberåbt sig denne bestemmelse for den nationale ret. Det kan også nævnes, at fri ret til udveksling af tjenesteydelser på fjernsynsreklameområdet omtales i ottende betragtning til direktiv

14. Under hensyn til affattelsen af det forelagte spørgsmål vil jeg ikke behandle traktatens artikel 59, som uden tvivl finder anvendelse på restriktioner for fjernsynsreklamer<sup>11</sup>, eller spørgsmålet om ytringsfriheden i erhvervsforhold i medfør af menneskerettighedskonventionens artikel 10. Med hensyn til det sidstnævnte punkt vil jeg blot nævne, at hvis de restriktioner, der er tale om, antages at falde ind under fællesskabsretten, vil Domstolen have kompetence til at tage stilling til, om de er i overensstemmelse med menneskerettighedskonventionen<sup>12</sup>.

15. På denne baggrund finder jeg det mest hensigtsmæssigt fortrinsvis at behandle de tre forhold, den nationale retsinstans direkte har rejst spørgsmål om, jf. opregningen ovenfor i punkt 12.

16. Spørgsmålet, som det er formuleret af den nationale ret, angår foreneligheden med fællesskabsretten af et forbud mod fjernsynsreklamer ikke alene for distributionssektoren, men også for de øvrige erhvervssektorer, der er omfattet af de pågældende bestemmelser. Kommissionen har gjort gældende, at det

11 — Jf. dom af 18.3.1980, sag 52/79, Debauxe, Sml. s. 833, af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085, og af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007.

12 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 42.

spørgsmål, den franske retsinstans har stillet, er fuldstændig hypotetisk for så vidt angår udelukkelsen af de øvrige erhvervssektorer fra at benytte fjernsynsreklamer. Kommissionen er af den opfattelse, at Domstolen, hvis den antager forelæggelsen til realitetsbehandling, kun bør tage stilling til gyldigheden af den omtvistede lovgivning for så vidt angår forbuddet mod, at distributionssektoren benytter fjernsynsreklamer.

17. Dette synspunkt har meget for sig, og jeg vil i det følgende fortrinsvis tage sigte på distributionssektoren og kun fremsætte visse, helt generelle bemærkninger om de øvrige sektorer.

18. I det følgende vil jeg først omtale de frie varebevægelser, dernæst fortolkningen af direktiv 89/552 og endelig traktatens konkurrenceregler. Indledningsvis vil jeg imidlertid ganske kort omtale reklamens betydning med henblik på, at restriktioner for adgangen til reklamering kan ses i den rette sammenhæng.

### Reklamens rolle

19. I en udviklet markedsøkonomi, der er baseret på fri konkurrence, spiller reklamen

en grundlæggende rolle. Reklame er vareproducenternes, varedistributørernes og tjenesteydernes middel til at overbevise forbrugerne om, at deres varer og tjenesteydelser er værd at købe. Som det udtales i den ledende dom fra USA's Supreme Court: »Så længe vi i det væsentlige opretholder en økonomi med fri erhvervsudøvelse, vil fordelingen af ressourcerne i vidt omfang foregå gennem talrige privatøkonomiske beslutninger. Der er en offentlig interesse i, at disse beslutninger som helhed træffes intelligent og på grundlag af de fornødne oplysninger. Med henblik herpå er en fri udveksling af informationer i kommercielle forhold uundværlig«<sup>13</sup>.

20. Reklamen spiller en særlig betydningsfuld rolle i forbindelse med lancering af nye produkter. Det er ved hjælp af reklame, at man kan få forbrugerne til at opgive deres loyalitet over for bestemte varemærker og få dem til forsøgsvis at købe en anden products varer. Uden reklame ville forbrugerne normalt blive ved med at købe de varer, som de kender, og det ville være vanskeligt for producenterne at få detailhandlerne til at føre ukendte mærkevarer, hvis salg ikke kan fremmes ved hjælp af reklame. Uden reklame vil det være meget lettere for de allerede etablerede producenter at bevare deres markedsandele, fordi andre, der ønsker at trænge ind på markedet, vil have vanskeligt ved at vinde fodfæste. Kort sagt giver reklamen større bevægelighed og mobilitet i økonomien, og den forøger konkurrencen. Et for-

<sup>13</sup> — Virginia State Board of Pharmacy mod Virginia Citizens Consumer Council, 425 US 748, 48 L Ed 2d (1976).

bud mod reklame vil normalt bevirke, at eksisterende forbrugsmønstre fastholdes, det vil medføre, at markederne stivner, og det vil opretholde status quo.

21. Disse forhold har væsentlige konsekvenser for de grundlæggende friheder, der er indført ved fællesskabsretten. På markeder, som — uanset den økonomiske integrationsproces, der er iværksat ved traktaten — stadig i vidt omfang er adskilte og opdelt langs landegrænserne, er det sandsynligt, at de etablerede varemærker i hovedsagen indehaves af indenlandske producenter. Uden reklame vil det være yderst vanskeligt for en producent i én medlemsstat at trænge ind på markedet i en anden medlemsstat, hvor hans produkter ikke er kendt af forbrugerne. Foranstaltninger, som forbyder eller alvorligt begrænser muligheden for at gøre reklame, vil således normalt uundgåeligt beskytte indenlandske producenter og virke til skade for producenter i andre medlemsstater. Sådanne foranstaltninger hindrer markedsintegrationen og er uforenelige med selve enhedsmarkedsbegrebet. Domstolen bør derfor være yderst agtpågivende, når den skal bedømme, om reklamerestriktioner er forenelige med fællesskabsretten.

22. Anerkendelsen af, at den frie adgang til at benytte reklame er et væsentligt modstykke til de grundlæggende friheder, der er indført ved traktaten, indebærer naturligvis ikke, at medlemsstaterne er afskåret fra at

regulere eller begrænse reklamer. Tværtimod giver artikel 36, suppleret med retspraksis om de »tvingende krav«, medlemsstaterne rige muligheder for at opstille passende begrænsninger for reklame. Disse begrænsninger kan bl.a. støttes på hensynet til at beskytte sundheden, den offentlige sædelighed, forbrugerne og redelige handelsforhold samt miljøet. Der er således ingen grund til at frygte, at Domstolen ved at anerkende et almindeligt princip om fri adgang til reklame vil fratage medlemsstaterne beføjelsen til at opstille grænser for reklameindustriens vildskud.

### De frie varebevægelser

#### a) *Retspraksis vedrørende artikel 30 forud for Keck og Mithouard-dommen*

23. Traktatens artikel 30 forbyder — med en række undtagelser, som er fastlagt i artikel 36 — kvantitative handelsrestriktioner mellem medlemsstaterne og foranstaltninger med tilsvarende virkning. Domstolen har i sin fortolkning givet begrebet »foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner« et vidt anvendelsesområde. I Dassonville-dommen<sup>14</sup> udtalte den:

»Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte,

<sup>14</sup> — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Sml. s. 837.

aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, må betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner«.

måde, der er foreskrevet i indførselsmedlemsstatens lovgivning, vil der ikke bestå et fælles marked, i det mindste ikke før al lovgivning om forhold som varers sammensætning, emballage og mærkning er blevet harmoniseret.

24. Indtil afsigelsen af dommen i Keck og Mithouard-sagen<sup>15</sup>, som jeg vil omtale i det følgende, var det et fastslået og grundlæggende princip, at en foranstaltning ikke falder uden for anvendelsesområdet for artikel 30, blot fordi den gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer. I sagen Rewe-Zentral (den såkaldte »Cassis de Dijon«-dom)<sup>16</sup> fastslog Domstolen, at i tilfælde, hvor en vare er lovligt markedsført i en medlemsstat, kan salg af varen i en anden medlemsstat ikke forhindres under henvisning til, at varen ikke er i overensstemmelse med den anden medlemsstats lovgivning, medmindre en sådan hindring er nødvendig for at varetage tvingende hensyn (»uomgængeligt nødvendige hensyn«), bl.a. til forbrugerbeskyttelse og god handelsskik.

26. Der opstår vanskeligere spørgsmål, når en national lovgivning, i stedet for blot at forbyde salg af bestemte varer, der lovligt er markedsført i en anden medlemsstat, opstiller restriktioner for, under hvilke omstændigheder bestemte varer — eller endog alle varer — kan markedsføres. En sådan lovgivning omtales til tider som bestemmelser om, hvornår, hvor, hvordan, af hvem og til hvilken pris varer må sælges<sup>17</sup>. Denne form for lovgivning er normalt ikke så åbenbart egnet til at gøre indgreb i de frie varebevægelser som en lovgivning af den type, »Cassis de Dijon«-sagen drejede sig om. Men det ville være forkert at hævde, at en sådan lovgivning ikke har indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne. Indvirkningen kan endog være meget betydelig. F.eks. kan en lovgivning, hvorefter farmaceutiske produkter kun må sælges i apoteker — som følge af, at den medfører en alvorlig begrænsning af salgsstederne — i væsentligt omfang begrænse adgangen til markedet for varer fra andre medlemsstater. Det samme gælder en lovgivning, hvorefter alkoholholdige drikkevarer kun må sælges i butikker med autorisation hertil til indtagelse andetsteds.

25. Betydningen af »Cassis de Dijon«-princippet kan ikke fremhæves kraftigt nok: Hvis en medlemsstat havde ret til at forhindre indførsel og salg af varer, der er lovligt fremstillet i en anden medlemsstat, simpelt hen fordi varerne ikke er fremstillet på den

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

16 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Sml. s. 649.

17 — Jf. White »In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty«, *Common Market Law Review*, 1989, s. 235.

27. I en række sager, der blev afgjort i 1980-erne og i begyndelsen af 1990-erne skulle Domstolen tage stilling til vanskelige problemer i forbindelse med nationale foranstaltninger, som opstiller restriktioner for, under hvilke omstændigheder varer må markedsføres. Det lykkedes ikke altid Domstolen at anlægge en konsekvent linje, og i Domstolens praksis opstod der to indbyrdes modstridende tendenser. I nogle tilfælde fortolkede Domstolen artikel 30's rækkevidde snævert. F.eks. nåede den i Oebel-dommen<sup>18</sup> frem til, at det ikke udgjorde en restriktion for samhandelen mellem medlemsstaterne i artikel 30's forstand, at det ved lov var forbudt at levere bagerivarer til detailhandlere inden for bestemte klokkeslæt, idet det dog var tilladt at levere til grossister. I Blesgen-dommen<sup>19</sup> fastslog Domstolen, at et forbud mod salg af alkoholholdige drikkevarer med alkoholstyrke, som oversteg en bestemt procentdel, på udskænkingssteder og i restauranter ikke kunne hindre samhandelen mellem medlemsstaterne, og i Quietlynn-dommen<sup>20</sup> nåede Domstolen til samme resultat med hensyn til en lov om forbud mod salg af pornografiske artikler fra andre end autoriserede pornoforretninger.

28. I flere tilfælde har Domstolen i forbindelse med markedsføringsregulerende foranstaltninger anlagt en vid fortolkning af anvendelsesområdet for artikel 30. Den første af disse sager — Oosthoek-sagen<sup>21</sup> — drejede sig om en nederlandsk lov, som indeholdt et forbud mod at tilbyde eller give

varer som tilgift i forbindelse med erhvervs-mæssig virksomhed. Der var i hovedsagen rejst tiltale mod et selskab, som solgte leksika i Nederlandene og Belgien, for at have overtrådt forbuddet ved at tilbyde tilgift i form af en ordbog eller et atlas til købere af selskabets leksikon. Domstolen udtalte:

»En lovgivning, som begrænser eller forbyder visse former for reklame og visse salgsfremmende metoder, kan, selv om den ikke direkte påvirker indførslerne, begrænse disses omfang, fordi den påvirker mulighederne for afsætning af de indførte varer. Det kan ikke udelukkes, at den omstændighed, at den pågældende erhvervsdrivende er tvunget til enten at anvende forskellige reklamesystemer eller salgsfremmende metoder, alt efter hvilken medlemsstat det drejer sig om, eller opgave et system, som han anser for særligt effektivt, kan udgøre en hindring for importen, selv om en sådan lovgivning gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer.«

Derefter gik Domstolen — som i »Cassis de Dijon«-sagen — over til at undersøge, om importhindringen var berettiget til varetagelse af tvingende hensyn til forbrugerbeskyttelse og god handelsskik. Den nåede

18 — Dom af 14.7.1981, sag 155/80, Sml. s. 1993.

19 — Dom af 31.3.1982, sag 75/81, Sml. s. 1211.

20 — Dom af 11.7.1990, sag C-23/89, Sml. I, s. 3059.

21 — Dom af 15.12.1982, sag 286/81, Sml. s. 4575.



frem til, at en lovgivning af den omhandlede art var berettiget af disse hensyn.

29. En tilsvarende fremgangsmåde blev anvendt i Buet-sagen<sup>22</sup>, hvori Domstolen skulle tage stilling til en fransk lov om forbud mod dørsalg af undervisningsmateriale. Under sagen for den nationale ret var R. Buet sat under tiltale for at have benyttet dørsalg som salgsmetode i forbindelse med undervisningsmateriale (til indlæring af sprog), der var fremstillet i Belgien. Domstolen fandt, at en sådan lov kunne udgøre en indførselsrestriktion, men at den var berettiget til varetagelse af tvingende hensyn til forbrugerbeskyttelsen.

30. I en række andre sager om reklamebestemmelser har Domstolen anlagt en tilsvarende vid fortolkning af forbuddet i artikel 30. F.eks. var der i Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivia<sup>23</sup> tale om en lovgivning, hvorefter det ikke var tilladt at reklamere for drikkevarer med et alkoholindhold på 23% vol. og derover i massemedier, langs gader og veje, i biografer og i offentlige transportmidler. Selv om Domstolen fandt, at lovgivningen ikke var diskriminerende, fastslog den dog, at den kunne være en hindring for indførslerne og derfor i princippet måtte betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning i artikel 30's forstand.

31. I sagerne GB-INNO-BM<sup>24</sup>, SARPP<sup>25</sup> og Yves Rocher<sup>26</sup> var der tale om bestemmelser om reklamematerialers indhold. I GB-INNO-BM-sagen havde et selskab, der drev supermarkeder, udsendt reklamefoldere både i Belgien og i Luxembourg. Folderne opfyldte kravene i den belgiske lovgivning, men ikke den luxembourgske lovgivningskrav. Domstolen fandt, at det ville udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning, såfremt det belgiske selskab skulle tilpasse reklamefolderne for at opfylde den luxembourgske lovgivningskrav. Domstolen forkastede udtrykkeligt et argument om, at artikel 30-36 ikke angik bestemmelser om reklame. Herved bekræftede den udtalelser — som for første gang var fremsat i Oosthoek-sagen — om, at en lovgivning, som begrænser adgangen til reklamering, kan begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne, fordi den påvirker mulighederne for afsætning af indførte produkter<sup>27</sup>. SARPP-sagen var anlagt mod en række selskaber, der importerede syntetiske sødemidler til Frankrig eller forhandlede dem i Frankrig. Efter den franske lovgivning var enhver henvisning i reklamer for syntetiske sødemidler til sukker eller sukkers fysiske eller kemiske egenskaber eller næringsværdi forbudt. Domstolen udtalte, at det kan udgøre en hindring for importen, hvis en producent tvinges til at ændre en reklames form eller indhold eller til at opgive et reklamesystem, som producenten anser for særligt effektivt<sup>28</sup>. I Yves Rocher-sagen var der rejst sag mod et fransk firma, som havde udsendt kataloger og brochurer i Tyskland i strid med et forbud i den tyske lovgivning mod iøjnefaldende prissammenligninger. Domstolen fandt, at en sådan

22 — Dom af 16.5.1989, sag 382/87, Sml. s. 1235.

23 — Dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Sml. I, s. 4151; jf. også dom af 10.7.1980, sag 152/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2299, særlig præmis 11.

24 — Dom af 7.3.1990, sag C-362/88, Sml. I, s. 667.

25 — Dom af 12.12.1990, sag C-241/89, Sml. I, s. 4695.

26 — Dom af 18.5.1993, sag C-126/91, Sml. I, s. 2361.

27 — Præmis 7 i GB-INNO-BM-dommen.

28 — Jf. dommens præmis 29.

lovgivning var en foranstaltning med tilsvarende virkning.

32. I sagerne GB-INNO-BM, SARPP og Yves Rocher lagde Domstolen til grund, at hindringen for samhandelen mellem medlemsstater skyldtes forskelle i nationale lovgivninger. Derefter anvendte den et princip svarende til det, der var blevet opstillet i »Cassis de Dijon«-sagen, nemlig at en erhvervsdrivende, som fremstiller reklamemateriale i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, bør kunne benytte det i andre medlemsstater, medmindre tvingende hensyn til forbrugerbeskyttelse eller god handelsskik er til hinder herfor. Hvis de handlende skulle ændre deres reklamebrochurer for at opfylde kravene i hver enkelt medlemsstats lovgivning, ville de få pålagt samme form for yderligere byrder, som pålægges, hvis selve varen skal ændres.

33. I en række sager<sup>29</sup> om restriktioner for detailhandel på søndage har Domstolen fulgt en anden fremgangsmåde (eller andre fremgangsmåder). Retstilstanden blev opsummeret i B & Q-sagen, hvor Domstolen bekræftede, at bestemmelser, hvorefter der opstilles begrænsninger for adgangen til, at forretninger holdes åbne på søndage, forfølger et mål, som er berettiget efter fællesskabsretten, og at sådanne bestemmelser ikke er forbudt i henhold til artikel 30, såfremt de restriktive

virksomheder på samhandelen inden for Fællesskabet, som måtte følge af bestemmelserne, ikke går videre, end hvad regler om handelsforhold indebærer. Domstolen fandt, at de restriktive virkninger for samhandelen af nationale bestemmelser om, at forretninger ikke må holdes åbne på søndage, ikke var for vidtgående i forhold til det tilstræbte mål. I sin grundbegrunder herfor udtalte Domstolen:

»Vurderingen af, om nationale bestemmelser, der forfølger et mål, som er berettiget efter fællesskabsretten, opfylder proportionalitetsbetingelsen, kræver en afvejning af den nationale interesse i, at målet realiseres, over for fællesskabsinteressen i at sikre frie varebevægelser. I denne henseende skal der ved efterprøvelsen af, at de pågældende bestemmelseres restriktive virkninger for samhandelen inden for Fællesskabet ikke er mere vidtgående end nødvendigt for at nå det tilsigtede mål, lægges vægt på, om virkningerne er direkte, indirekte eller blot hypotetiske, og om virkningerne ikke vanskeliggør afsætningen af indførte produkter i højere grad end afsætningen af indenlandske produkter«<sup>30</sup>.

b) *Dommen i Keck og Mithouard- og Hünermund-sagerne*

34. Dommen i Keck og Mithouard-sagen<sup>31</sup>, som blev afsagt sidste år, var et forsøg på fra

29 — Dom af 23.11.1989, sag C-145/88, Torfaen Borough Council, Sml. s. 3851, af 28.2.1991, sag C-312/89, Conforama m.fl., Sml. I, s. 997, og af 16.12.1992, sag C-169/91, B & Q, Sml. I, s. 6635.

30 — Præmis 15 i B & Q-dommen, jf. fo.note 29.

31 — Forenede sager C-267/91 og C-268/91, jf. fodnote 15.

Domstolens side at fjerne noget af den usikkerhed, som selvmodsigelserne i den hidtidige praksis havde medført. Som det fremgår af selve dommen, ønskede Domstolen at modvirke en situation, hvor den fandt, at artikel 30 blev påberåbt i alt for vidt omfang. Domstolen bekræftede princippet i »Cassis de Dijon«-dommen med hensyn til bestemmelser om, hvilke betingelser de pågældende varer skal opfylde (f.eks. med hensyn til benævnelse, form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsentation, mærkning og emballage), og derefter fastslog den, at en lovgivning, som generelt forbyder detailhandlere at videresælge med tab, falder uden for artikel 30's anvendelsesområde. Som begrundelse herfor udtalte den:

»I modsætning til, hvad Domstolen hidtil har antaget, kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, derimod ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne som nævnt i dommen i Dassonville-sagen ... forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i inlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde«<sup>32</sup>.

Dommen i Keck og Mithouard-sagen er siden blevet fulgt i en række sager, hvoraf

kun én skal omtales her, nemlig Hünermund-sagen<sup>33</sup>. Det er stadig usikkert, hvad virkningerne af dommen i Keck og Mithouard-sagen egentlig er. Måske forstås de bedst, hvis de antages at indebære, at det, der udelukkes fra anvendelsesområdet for artikel 30, kun er foranstaltninger af helt generel karakter, som ikke forhindrer import, som gælder på salgsstedet, og som ikke har nogen indvirkning på samhandelen, bortset fra at de begrænser den samlede mængde solgte varer, idet foranstaltningerne herved påvirker indførte og indenlandske varer på samme måde.

35. I Hünermund-sagen bragte Domstolen Keck og Mithouard-dommen i anvendelse på bestemmelser, der begrænsede adgangen til at gøre reklame. Sagen angik nogle fag-etiske regler, der var udstedt af apotekernes faglige organisation i Baden-Württemberg. Reglerne gik ud på<sup>34</sup>, at apotekerne ikke havde ret til overhovedet at reklamere i biografer eller i radio og fjernsyn. Det var tilladt at indrykke annoncer i dagblade og tidsskrifter, men sådanne annoncer måtte kun indeholde apotekets navn, adresse og telefonnummer samt indehaverens navn. Det var klart formålet med reglerne at undgå for stærk konkurrence

32 — Præmis 16.

33 — Dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Sml. I, s. 6787; jf. også dom af 2.2.1994, sag C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, Sml. I, s. 317, af 2.6.1994, forenede sager C-401/92 og C-402/92, Tankstation 't Heukske og Boermans, Sml. I, s. 2199, og forenede sager C-69/93 og C-258/93, Punto Casa og PPV, Sml. I, s. 2355.

34 — Jf. retsmøderapporten, Sml. 1993 I, s. 6790.

mellem apotekerne. Sagen for den nationale ret (som var en forvaltningsdomstol) var anlagt af Ruth Hünermund og 12 andre apotekere, som ønskede at reklamere for farmaceutiske produkter, de havde ret til at sælge i deres apoteker. De nedlagde påstand om, at bestemmelserne — som forhindrede dem i at reklamere for farmaceutiske produkter andre steder end i selve apotekerne — kendtes ugyldige, specielt fordi de var i strid med traktatens artikel 30. Sagen blev forelagt for Domstolen til præjudiciel afgørelse.

36. I sin dom i sagen citerede Domstolen Keck og Mithouard-dommens præmis 16, og den fastslog derefter<sup>35</sup>, at de i denne præmis opstillede betingelser for, at en foranstaltning falder uden for anvendelsesområdet for artikel 30, var opfyldt for så vidt angik anvendelse af fag-etiske regler, som var fastsat af en faglig sammenslutning, og hvorefter det ikke var tilladt for apotekere at reklamere uden for apoteket for farmaceutiske produkter, som apotekerne havde tilladelse til at sælge. Domstolen udtalte, at reglerne — uden hensyn til varernes oprindelse — var gældende for alle apotekere i det geografiske område, der var omfattet af den faglige organisations kompetence, og at de ikke påvirkede salg af varer fra andre medlemsstater på anden måde end salg af indenlandske varer.

c) *Anvendelsen af dommene i Keck og Mithouard- og Hünermund-sagerne på forbuddet i den foreliggende sag*

37. Hvis ikke vi havde haft dommen i Hünermund-sagen, ville det måske ikke have været klart, at »nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg«, jf. Keck og Mithouard-dommen, også omfatter bestemmelser om reklame. Af de grunde, jeg har anført i det foregående, kan restriktioner med hensyn til reklame udgøre en særlig alvorlig trussel for markedsintegrationen. Muligvis har Domstolen i Hünermund-sagen ladet sig påvirke af, at de restriktioner, der var tale om, var forholdsvis ubetydelige, således at den ikke har forestillet sig at anvende samme kriterium på mere indgribende restriktioner. Hvis kriteriet i Keck og Mithouard-dommen skal bringes i anvendelse på de franske bestemmelser, som den foreliggende sag angår, vil det være nødvendigt at tage stilling til, om bestemmelserne »finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og ... såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde«. Det gør de efter min opfattelse. For det første må det konstateres — på samme måde som forbuddet i Keck og Mithouard-sagen mod videresalg med tab var gældende for alle erhvervsdrivende, der videresolgte varer i uændret stand — at det her omhandlede forbud mod fjernsynsreklame er en generel foranstaltning, der er truffet for distributionssektoren som helhed. For det andet vil forbuddet sandsynligvis påvirke afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde, bortset fra, hvad der kan gælde i særlige tilfælde, der ikke foreligger her, f.eks. varer der sælges ved hjælp af direkte fjernsynssalg (»television marketing«), jf. punkt 54 i det følgende. Som det også vil blive

35 — Præmis 22.

omtalt i det følgende, vil enhver nedgang i salget inden for distributionssektoren som følge af forbuddet påvirke indenlandsk fremstillede og indførte varer på samme måde. Jeg når herefter frem til, at hvis kriteriet i Keck og Mithouard-dommen skal benyttes, falder forbuddet principielt uden for artikel 30's anvendelsesområde.

men det kan vanskeligt hævdes, at f.eks. et totalt forbud mod reklame for en bestemt vare, som lovligt kan sælges, vil kunne falde uden for artikel 30. Som jeg nærmere vil redegøre for i det følgende, ville det være mere hensigtsmæssigt at bedømme restriktioner ud fra ét enkelt kriterium, som er opstillet ud fra formålet med artikel 30.

#### d) *Alternativ bedømmelse*

38. Jeg vil imidlertid foretrække at benytte en anden fremgangsmåde, også selv om den i denne sag eventuelt kan føre til samme konklusion. Efter min opfattelse er Domstolens ræsonnement — men ikke dens resultat — i Keck og Mithouard-dommen utilfredsstillende af to grunde. For det første er det ikke hensigtsmæssigt at opstille skarpe sondringer mellem forskellige kategorier af regler og at benytte forskellige kriterier, alt efter hvilken kategori bestemte regler hører til. Der er kun tale om gradforskelle med hensyn til, hvor alvorlige restriktionerne i henhold til de forskellige regler er. Foranstaltninger, der gælder for »bestemte former for salg« kan medføre meget alvorlige hindringer for indførte varer. F.eks. vil en bestemmelse om, at bestemte varer kun må sælges i et ganske lille antal små forretninger i en medlemsstat, kunne være næsten lige så restriktiv som et direkte forbud mod import og markedsføring. Dette fremgår særlig klart, hvis man ser på restriktioner for reklame. Ganske vist kan den form for restriktion, Hünermund-sagen drejede sig om, have haft ringe indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne,

39. For det andet er en udelukkelse fra anvendelsesområdet for artikel 30 af foranstaltninger, som »... såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde« ensbetydende med, at der indføres et diskrimineringskriterium med hensyn til restriktioner for »bestemte former for salg«. Et sådant kriterium synes ikke at være hensigtsmæssigt. Hovedformålet med traktatens bestemmelser om frie varebevægelser er at undgå uberettigede hindringer for samhandelen mellem medlemsstaterne. Hvis der består en hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne, kan den ikke ophøre med at bestå, blot fordi der findes en tilsvarende hindring for den indenlandske handel. Jeg har vanskeligt ved at acceptere tanken om, at en medlemsstat vilkårligt kan begrænse adgangen til at markedsføre varer fra en anden medlemsstat, alene på betingelse af, at den underkaster indenlandske varer den samme begrænsning. Hvis en medlemsstat opstiller en væsentlig restriktion for markedsadgangen for bestemte varer — f.eks. ved at bestemme, at de kun må sælges i et meget begrænset antal forretninger — og en

producent af disse varer i en anden medlemsstat lider et økonomisk tab af den grund, vil det være en ringe trøst at vide, at konkurrenterne i den medlemsstat, der opstiller restriktionen, lider et tilsvarende tab.

40. Diskrimineringskriteriet er heller ikke velegnet under den synsvinkel, at traktaten tager sigte på at etablere et enhedsmarked. Under denne synsvinkel er det forhold, at en medlemsstat pålægger tilsvarende restriktioner for markedsføring af indenlandske varer, simpelt hen irrelevant. Den uheldige indvirkning på Fællesskabets marked afbødes på ingen måde, og heller ikke den uheldige indvirkning på de andre medlemsstaters økonomi og dermed på Fællesskabets økonomi. Hvis man anvender diskrimineringskriteriet, vil det endog føre til en opdeling af Fællesskabets marked, eftersom de erhvervsdrivende vil være tvunget til at acceptere de restriktioner med hensyn til salgsformer, der måtte bestå i hver enkelt medlemsstat, uanset restriktionernes art, og vil være tvunget til at indrette deres egen salgsform herefter i hver enkelt stat. Om der foreligger handelshindringer, bør ikke afgøres ud fra de vilkår, der tilfældigvis hersker på stedet i hver enkelt medlemsstat, men ud fra målsætningen om adgang til hele Fællesskabets marked. Et diskrimineringskriterium er derfor principielt ikke foreneligt med traktatens mål.

41. Spørgsmålet er herefter, hvilket kriterium der da bør anvendes ved afgørelsen af, om en foranstaltning falder inden for artikel 30's anvendelsesområde. Der findes ét overordnet princip, som synes at udgøre et egnet

kriterium, nemlig at alle foretagender, som udøver lovlig erhvervmæssig virksomhed i en medlemsstat, bør have uhindret adgang til hele Fællesskabets marked, medmindre der er gyldig grund til at nægte dem fuld adgang til en del af dette marked. Uanset at ræsonnementet i nogle domme undertiden har været inkonsekvent, synes dette at være princippet bag Domstolens afgørelser lige fra Dassonville, over »Cassis de Dijon« og til Keck og Mithouard. Stort set alle dommene er i resultatet i overensstemmelse med dette princip, selv om nogle af dem synes at være baseret på et andet ræsonnement.

42. Hvis princippet er, at alle virksomheder bør have uhindret adgang til hele Fællesskabets marked, må det rette kriterium efter min opfattelse være, om der foreligger en væsentlig hindring for denne adgang. Dette vil naturligvis være det samme som at indføre et mindstekrav i forbindelse med artikel 30. Når først det er anerkendt, at der er behov for at begrænse artikel 30's anvendelsesområde for at forhindre et alt for vidtgående indgreb i medlemsstaternes beføjelser til at udstede retsfor skrifter, forekommer et kriterium, som er baseret på, i hvilket omfang en foranstaltning hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne ved at begrænse markedsadgangen, at være den mest nærliggende løsning. Måske er det endog overraskende, at Domstolen — på baggrund af det erklærede formål, som har været at undgå, at artikel 30 påberåbes i alt for vidt omfang — ikke valgte denne løsning i Keck og Mithouard-sagen. Grunden kan være, at Domstolen frygtede, at et mindstekrav — hvis det skulle anvendes

på alle foranstaltninger, som påvirker varehandelen — kunne medføre, at de nationale domstole, som har hovedansvaret for at anvende artikel 30, ville udelukke alt for mange foranstaltninger fra at falde ind under forbuddet i henhold til bestemmelsen. Der må derfor udvises forsigtighed, og hvis der skal indføres et mindstekrav, vil det være nødvendigt omhyggeligt at fastlægge de omstændigheder, hvorunder det skal gælde.

43. Det vil klart ikke være på sin plads at anvende et mindstekrav med hensyn til foranstaltninger, som åbenlyst diskriminerer varer fra andre medlemsstater. Sådanne foranstaltninger er ikke tilladt efter artikel 30 (medmindre de er berettigede i henhold til artikel 36), heller ikke selv om de kun har ringe indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne. Der gælder et umiddelbart forbud mod åbenlyst diskriminerende foranstaltninger.

44. Kun i forbindelse med foranstaltninger, der finder anvendelse uden forskel på indenlandske varer og varer fra andre medlemsstater, vil det være nødvendigt at indføre et krav om, at den aktuelle eller potentielle hindring for markedsadgangen skal være væsentlig. Hvilken indvirkning foranstaltninger, som gælder uden forskel, har på markedsadgangen, kan i høj grad variere alt efter foranstaltningens karakter. Når en sådan foranstaltning går ud på, at salg af varer, som lovligt er bragt på markedet i en anden medlemsstat, er forbudt (jf. »Cassis de Dijon«-sagen), kan foranstaltningen antages at have væsentlig indvirkning på markedsadgangen, da varerne

enten fuldstændig nægtes adgang eller kun kan få adgang efter en eller anden ændring. Det må således antages at være en væsentlig hindring for markedsadgangen, at varer skal ændres.

45. I tilfælde, hvor en foranstaltning, der gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer, derimod kun begrænser bestemte salgsformer, idet den blot går ud på at fastlægge hvornår, hvor, hvordan, af hvem eller til hvilken pris varen må sælges, vil dens indvirkning bero på en række faktorer — herunder om den gælder for bestemte varer (jf. sagerne Blesgen, Buett og Quietlynn), om den gælder for de fleste varer (jf. Torfaen-sagen), eller om den gælder for alle varer (jf. Keck og Mithouard-sagen) — og tillige på, i hvilket omfang andre salgsformer fortsat står til rådighed, og på, om foranstaltningens virkning er direkte eller indirekte, umiddelbar eller fjerntliggende, eller rent hypotetisk<sup>36</sup> og usikker<sup>37</sup>. I overensstemmelse hermed kan hindringen for markedsadgangen være af helt forskelligt omfang, lige fra en ubetydelig hindring til et næsten fuldstændigt forbud. Det er klart på dette punkt, at et mindstekrav vil kunne være nyttigt. Den sondring, der er anerkendt i Keck og Mithouard-dommen mellem et forbud, som det, der var tale om i »Cassis de Dijon«-sagen, og en ren begrænsning af bestemte former for salg, er derfor værdifuld, idet det førstnævnte forhold uundgåeligt fører til en væsentlig hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne, mens det sidstnævnte kan føre til en sådan hindring. Men det kan ikke hævdes, at en

36 — Som nævnt i præmis 15 i dommen i B & Q-sagen (jf. ovenfor i punkt 33).

37 — Som i dom af 7.3.1990, sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 11.

foranstaltning af den sidstnævnte art ikke vil kunne være en hindring for samhandelen i strid med artikel 30, når der ikke foreligger en diskrimination. Det bør derfor anerkendes, at sådanne foranstaltninger — medmindre de er åbenlyst diskriminerende — ikke automatisk falder ind under artikel 30, som tilfældet er med foranstaltninger af »Cassis de Dijon«-typen, men at de kan falde ind under artikel 30, hvis den begrænsning af markedsadgangen, de medfører, er væsentlig.

46. Der kan tænkes den indvending mod det netop fremførte ræsonnement, at det er i strid med en række domme, hvori Domstolen udtrykkeligt har forkastet tanken om, at en foranstaltning bør falde uden for artikel 30's anvendelsesområde, fordi den kun har ringe indvirkning på indførslerne. I de fleste af disse sager har den pågældende foranstaltning imidlertid været direkte diskriminerende, f.eks. i Prantl-sagen<sup>38</sup> og i sagerne Kommissionen mod Frankrig<sup>39</sup> og Kommissionen mod Italien<sup>40</sup>, og i den sidstnævnte sag var det under alle omstændigheder erkendt, at virkningen var væsentlig<sup>41</sup>. I sagen Van de Haar og Kaveka de Meern<sup>42</sup> afslog Domstolen ganske vist at anvende et mindstekriterium på en foranstaltning, som fandt anvendelse uden forskel på indførte og indenlandske varer (nemlig i det konkrete tilfælde bestemmelser om prisfastsættelse). Udtalelserne herom var imidlertid helt abstrakte, og straks efter nåede Domstolen, i den samme dom, frem til, at regler om prisfastsættelse kun er i strid med artikel 30, hvis

priserne fastsættes på et sådant niveau, at indførte varer ikke kan afsættes med fortjeneste, eller at en konkurrencefordel for producenten af de indførte varer ophæves. Dette adskiller sig i virkeligheden ikke meget fra at sige, at artikel 30 kun træder i funktion, hvis der foreligger en væsentlig hindring for markedsadgangen.

47. Endelig bør det nævnes, at retsstillingen er en anden med hensyn til forbuddet i henhold til traktatens artikel 12 og 16 mod afgifter med tilsvarende virkning som told. Domstolen har med rette fastslået, at dette forbud gælder for alle afgifter, uanset hvor lav afgiften måtte være<sup>43</sup>. Rækkevidden af dette forbud er imidlertid langt mere specifik end rækkevidden af artikel 30. Desuden indebærer sådanne afgifter, hvor lave de end er, nødvendigvis en hindring for varestrømmene, fordi de krydser en landegrænse, mens det netop er formålet med de nævnte traktatbestemmelser at afskaffe sådanne grænser<sup>44</sup>. Denne begrundelse gælder ikke med samme styrke for forbuddet i artikel 30 mod foranstaltninger med tilsvarende virkning.

48. I selve Keck og Mihouard-dommen er resultatet i overensstemmelse med det standpunkt, jeg har indtaget i det foregående. Det er usandsynligt, at en lov, som forbyder alle detailhandlere at sælge alle varer med tab, vil

38 — Dom af 13.3.1984, sag 16/83, Sml. s. 1299.

39 — Dom af 14.3.1985, sag 269/83, Sml. s. 837.

40 — Dom af 5.6.1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759.

41 — Jf. præmis 18.

42 — Dom af 5.4.1984, forenede sager 177/82 og 178/82, Sml. s. 1797, præmis 13.

43 — Jf. f.eks. dom af 1.7.1969, sag 24/68, Kommissionen mod Italien, Sml. 1969, s. 47 (org. ref.: Rec. s. 193), præmis 9 [O.a.: dommen er på dansk kun offentliggjort i sammendrag, jf. her sammendragets punkt 2 a)].

44 — Jf. a.st.



have væsentlig indvirkning på markedsføring af indførte varer. Den har ingen væsentlig indvirkning på den samlede mængde indførte varer, og den forhindrer ikke, at en erhvervsdrivende i en anden medlemsstat har fuld adgang til markedet. Det samme vil normalt gælde en lovgivning, som begrænser butikkers åbningstid, i det mindste hvis den gælder generelt og ikke vilkårligt begrænser mulighederne for at markedsføre et begrænset udvalg af varer. En sådan lovgivning kan føre til en mindre nedgang i det samlede salg af varer, herunder indførte varer, men det er ikke sandsynligt, at den vil begrænse markedsadgangen for en bestemt erhvervsdrivendes varer væsentligt, da dens virkninger vil være spredt ud over hele vareudbudet.

mod reklame for et produkt, som lovligt kan sælges i den medlemsstat, hvor forbuddet opstilles, og i andre medlemsstater, ikke falde uden for artikel 30's anvendelsesområde. Virkningen af et sådant forbud vil være, at producenter i andre medlemsstater vil finde det så godt som umuligt at trænge ind på det marked, hvor forbuddet opstilles, hvis deres produkter ikke allerede er kendt af forbrugerne i det pågældende land. En foranstaltning, som udgør en så betydelig hindring for adgangen for varer fra andre medlemsstater, må utvivlsomt have tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion for samhandelen mellem medlemsstater. Selv hvis det diskrimineringskriterium, der er formuleret i Keck og Mithouard-dommen, anvendes, vil man nå til samme konklusion, nemlig at et forbud mod reklamering — som langt fra virker neutralt — har en tendens til specielt at virke til skade for indførte varer.

49. På denne baggrund når jeg frem til, at artikel 30 bør antages at gælde for ikke-diskriminerende foranstaltninger, som væsentligt vil kunne begrænse markedsadgangen<sup>45</sup>.

50. Hvorledes skal dette kriterium da anvendes på restriktioner for reklame. Som jeg allerede har antydnet — på baggrund af den betydning, der må tillægges den frie ret til reklamering — kan et fuldstændigt forbud

51. Den foranstaltning, den foreliggende sag direkte drejer sig om, er det forbud mod fjernsynsreklame, som efter fransk lovgivning gælder for distributionssektoren. Men at den hindring for importen, som selv et delvist forbud mod at reklamere for bestemte produkter kan udgøre, er reel, kan illustreres ved hjælp af et andet forbud i samme lovgivning. I Frankrig er det således ved lov forbudt at reklamere i fjernsynet for alkoholholdige drikkevarer med en alkoholstyrke på over 1,2%. En sådan foranstaltning kan eventuelt være berettiget i henhold til traktatens artikel 36, men den kan ikke hævdes at

45 — Jf. også Roth, »Comment on Keck and Hünermund«, *Common Market Law Review*, 1994, s. 845, særlig s. 853.

falde uden for artikel 30. Hvis et tysk bryggeri, hvis øl ikke hidtil har været markedsført i Frankrig, beslutter sig til at introducere sine produkter på det franske marked, vil det sandsynligvis ikke kunne opnå en væsentlig position, medmindre det kan reklamere for sine produkter. Fjernsyn anerkendes som et særligt effektivt reklamemedium, specielt for forbrugsvarer der er beregnet til afsætning i større omfang. Hvis det tyske bryggeri forhindres i at benytte fjernsynsreklame, vil det være vanskeligere for det at trænge ind på det franske marked, som fortsat vil være domineret af veletablerede indenlandske mærker.

52. Det er imidlertid ikke nødvendigt, at Domstolen tager stilling til dette forbud. Det er heller ikke nødvendigt, at den tager stilling til, om der er tale om en væsentlig indvirkning på markedsadgangen for så vidt angår de øvrige varetyper, som der ikke må udsendes fjernsynsreklame for, nemlig litterære publikationer, dagblade og tidsskrifter. Spørgsmålet i denne sag er, om et delvist forbud mod, at en bestemt erhvervssektor gør brug af reklame, nemlig et forbud mod, at distributionssektoren benytter fjernsynsreklame, falder uden for anvendelsesområdet for artikel 30. Svaret på dette spørgsmål må efter min opfattelse afhænge af, hvad virkningerne af det delvise forbud er. Hvis det indebærer en væsentlig hindring for adgangen for varer, der er fremstillet i en anden medlemsstat, er det uforeneligt med artikel 30, medmindre det er berettiget af grunde, som er anerkendt i fællesskabsretten. Hvis derimod et delvist forbud mod reklamering ikke har nogen væsentlig indvirkning på samhandelen mellem medlemsstater og ikke

udgør en hindring for, at importerede varer trænger ind på markedet, kan der intet anvendes mod at holde det uden for artikel 30's anvendelsesområde.

53. Virkningen af forbuddet mod, at distributionssektoren benytter fjernsynsreklame, synes at være af mere marginal betydning end virkningen af forbuddet mod reklame for alkoholholdige drikkevarer. Som jeg har nævnt, gælder det for alle varer, og man kan således ikke indvende mod det, at bestemte varekategorier rammes vilkårligt. Hvis forretninger forhindres i at benytte fjernsynsreklame, vil indvirkningen på handelen hovedsagelig — men ikke udelukkende — være begrænset til den pågældende medlemsstat. Man kan forestille sig en række forskellige virkninger, f.eks. at de midler, der ønskes benyttet til reklame, overføres fra virksomheder, som driver fjernsynsstationer, til foretagender, som stiller andre reklamemetoder til rådighed, herunder ejere af (landsdækkende eller regionale) dagblade. Desuden kan det tænkes, at de større detailhandelsvirksomheder, specielt ejere af supermarkedskæder, som i praksis vil være dem, der mest sandsynligt vil benytte fjernsynsreklame, måske vil konstatere, at deres konkurrencefordel frem for mindre detailhandlere er mindre, end den ellers ville være. Man kan også forestille sig, at det samlede salg af varer i almindelighed, herunder importerede varer, eventuelt formindskes i ringe omfang, hvis virksomhederne i distributionsleddet ikke kan benytte fjernsynsreklame til fremme af salget. Ingen af disse virkninger kan dog i så væsentlig grad påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, at det er tilstrækkeligt til, at artikel 30 finder anvendelse.

54. Selv om virkningerne af en restriktion, som kun gælder for distributionssektoren, i almindelighed kun vil gøre sig gældende i den pågældende medlemsstat, kan man forestille sig situationer, hvor der kan opstå en egentlig hindring for indførslerne. Et eksempel kan være den form for direkte markedsføring i tv, som er blevet stadig mere udbredt i Europa i de seneste år. Denne »television marketing« foregår på den måde, at en distributionsvirksomhed reklamerer for varer i fjernsynet og derefter viser en række telefonnumre, som kan benyttes til bestilling af varerne i hvert af de lande, hvor tv-kanalen modtages. Hvis en sådan salgsform var forbudt i Frankrig, ville man næppe kunne betegne den deraf følgende hindring for samhandelen som uvæsentlig. Denne form for hindring vil desuden være uforenelig med enhedsmarkedsbegrebet, fordi den hindrer distributionsvirksomheder i at udvikle en global markedsføringsstrategi. Hvis en distributionsvirksomhed i en anden medlemsstat i et sådant tilfælde søgte at støtte ret på traktaten, ville forholdet eventuelt falde ind under artikel 30 eller artikel 59. Man vil endelig kunne forestille sig, at et foretagende fra en anden medlemsstat søgte at etablere en supermarkeds kæde i Frankrig. I så fald kunne forbuddet mod, at distributionssektoren benytter fjernsynsreklame, medføre, at der opstod spørgsmål i relation til traktatens artikel 52.

55. Forhold af denne karakter foreligger dog ikke i sagen. Som jeg har nævnt, gør virkningerne af en restriktion — som den der her er tale om — der finder anvendelse på distributionssektoren, sig først og fremmest gældende i vedkommende medlemsstat. Restriktionen påvirker kun én form for reklame, men ganske vist den mest effektive for masseproducerende forbrugsvarer, og reklame-

ring for varen i sig selv påvirkes kun indirekte. Som det også er tilfældet for lovbestemmelser om begrænsning af forretningsåbningstid, jf. ovenfor <sup>46</sup>, kan foranstaltningen medføre en mindre nedgang i det samlede salg af varer, herunder importerede varer. Men den kan ikke siges i væsentlig grad at påvirke markedsadgangen. Den falder derfor efter min opfattelse uden for anvendelsesområdet for artikel 30.

e) *Spørgsmålet, om foranstaltningen er begrundet*

56. Da jeg er nået frem til, at den her omhandlede foranstaltning ikke falder ind under artikel 30, hverken efter kriteriet i Keck og Mithouard-sagen eller efter den alternative opfattelse, jeg har foreslået, er det måske ikke nødvendigt at tage stilling til, om foranstaltningen kan være begrundet, men jeg vil alligevel behandle spørgsmålet for det tilfælde, at der anlægges en anden opfattelse af artikel 30. Jeg vil dermed undersøge spørgsmålet ud fra den antagelse — som jeg dog ikke selv går ind for — at artikel 30 finder anvendelse. Da foranstaltningen gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer, kan begrundelsen ikke alene søges i traktatens artikel 36, men også i den række »tvingende hensyn«, Domstolen har anerkendt i sin praksis i forlængelse af »Cassis de Dijon«-dommen.

57. For at afgøre, om foranstaltningen kan være begrundet, er det nødvendigt at fastslå, a) at den har et lovligt formål, b) at den er et passende middel til at realisere formålet, og c) at formålet ikke kan realiseres lige så effektivt ved hjælp af andre midler, som i mindre omfang ville begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne.

58. Den franske regering har oplyst, at dekretet, i hvert fald for så vidt angår distributionssektoren, har til formål at beskytte de regionale dagblade og at sikre alsidigheden i medierne, idet tanken er, at de virksomheder, der vil reklamere, og som forhindres i at reklamere i fjernsynet, i stedet vil indrykke reklamer i de regionale dagblade. Det står ikke helt klart, om dette også er grunden til (eller en af grundene til) at forbyde fjernsynsreklame for alkoholholdige drikkevarer, litterære publikationer, pressen og biografer. Det forekommer sandsynligt, at hovedformålet med at begrænse adgangen til at reklamere for alkoholholdige drikkevarer er at beskytte folkesundheden ved at modvirke for stort et alkoholforbrug. Det er også nærliggende, at restriktionerne for reklame for bøger, tidsskrifter, dagblade og biografilm er begrundet i en opfattelse af, at skarp konkurrence ikke er ønskelig på det kulturelle område.

de Publicidad <sup>47</sup>, at restriktioner for reklamering for alkoholholdige drikkevarer kan være berettigede af hensyn til beskyttelsen af folkesundheden, på betingelse af, at restriktionerne ikke er diskriminerende og ikke er i strid med proportionalitetsprincippet. En vurdering af, om et forbud mod reklamer for alkoholholdige drikkevarer opfylder proportionalitetsbetingelsen, ville kræve en indgående gennemgang af forbuddets virkninger, såvel med hensyn til samhandelen som med hensyn til folkesundheden, og en undersøgelse af, hvilke alternativer der findes. Disse forhold er ikke blevet drøftet i fuldt omfang for Domstolen i den foreliggende sag, uden tvivl fordi sagen ikke direkte drejer sig om reklamer for alkoholholdige drikkevarer, og der er derfor ikke grundlag for at træffe endelig afgørelse om, hvorvidt forbuddet mod reklamering er begrundet, i det omfang det omfatter alkoholholdige drikkevarer. Jeg vil blot nævne, at grænseværdien på 1,2% synes at være usædvanlig lav og ser ud til endog at forhindre reklamer for øl med lavt alkoholindhold, at det ikke er let at indse, hvorfor fjernsynsreklame for alkoholholdige drikkevarer skulle være mere skadelig for folkesundheden end reklamering for alkoholholdige drikkevarer i dagblade, tidsskrifter og biografer, og at det kan hævdes, at mindre indgribende restriktioner (f.eks. regler om reklamernes indhold som dem, der er fastsat i artikel 15 i direktiv 89/552) ville være en lige så effektiv beskyttelse af folkesundheden.

60. Med hensyn til, om de øvrige restriktioner, der opstilles i dekretet, kan være beretti-

59. Det fremgår klart af dommene i sagerne Kommissionen mod Frankrig og Aragonesa

47 — Jf. ovenfor i fodnote 23.

gede af hensyn til at beskytte den regionale dagspresse og at sikre alsidigheden i medierne, er det første spørgsmål, der rejser sig, spørgsmålet om, hvorvidt sådanne formål principielt kan begrunde en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion for de frie varebevægelser. Beskyttelsen af pressen og opretholdelse af alsidigheden i medierne nævnes naturligvis ikke i traktatens artikel 36, og disse hensyn er ikke hidtil blevet anerkendt som tvungende hensyn i retspraksis i forlængelse af »Cassis de Dijon«-dommen. Domstolen har imidlertid antaget, at hensynet til at opretholde alsidigheden i medierne kan tjene som begrundelse for restriktioner i den frie adgang til udveksling af tjenesteydelser inden for den audiovisuelle sektor<sup>48</sup>. Jeg vil derfor mene, at visse restriktioner for de frie varebevægelser kan være begrundede i hensynet til at beskytte den regionale dagspresse.

deres reklamebudget på regionale dagblade, er det muligt, at de vælger andre reklamemedier, f.eks. kommercielle radiostationer, biografteater, plakater eller landsdækkende dagblade. For det andet findes der naturligvis andre midler til at beskytte den regionale dagspresse, som kunne være lige så effektive, men mindre indgribende i samhandelen mellem medlemsstaterne. Et af disse midler nævnes udtrykkeligt i artikel 19 i direktiv 89/552, hvorefter en medlemsstat kan begrænse den samlede sendetid, som fjernsynsstationer, der hører under dens myndighed, benytter til reklameindslag. En sådan foranstaltning kunne bevirke, at prisen for den disponible reklametid ville stige, og den kunne dermed gøre reklamer i dagblade, herunder regionale dagblade, mere konkurrencedygtige på prisen. Statsinstitutioner og statsejede virksomheder kunne også pålægges en forpligtelse til at reklamere i regionale dagblade, eller regeringen kunne støtte dagbladene ved hjælp af skatte- eller afgiftsfordele eller endog direkte subventioner, dog på betingelse af, at traktatens statsstøtteregler overholdes.

61. Der er imidlertid ingen grund til at behandle dette spørgsmål nærmere, da det under alle omstændigheder er vanskeligt at se, hvorledes de foranstaltninger, der er tale om, kan opfylde proportionalitetsbetingelsen. For det første er det et spørgsmål, om foranstaltningerne kan udgøre et effektivt middel til at beskytte den regionale dagspresse, eftersom der ikke er nogen garanti for, at de, der forhindres i at reklamere i fjernsynet, vil reklamere i de regionale dagblade i stedet. Når der ikke består en forpligtelse til, at virksomhederne benytter en del af

62. Selv hvis den omhandlede foranstaltning var et effektivt middel til at støtte de regionale dagblade, ville man stadig kunne indvende, at der ikke er fremført holdbare grunde til at lade distributionsvirksomhederne, udgivere af litterære værker, biografteater og filmproducenter bære byrden ved at støtte den regionale dagspresse. Det forekommer at være vilkårligt at vælge disse erhvervssektorer som middel til at opretholde alsidigheden i pressen. Efter min opfattelse vil det vanskeligt kunne hævdes, at en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion er

48 — Jf. senest dom af 5.10.1994, sag C-23/93, TV10 SA, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 18 og 19. Jf. også artikel 19 i direktivet om »fjernsyn uden grænser«, som omtales i det følgende i punkt 65.

begrundet, når den virker vilkårligt. Hvis jeg var nået frem til, at restriktionen for adgangen til at reklamere var omfattet af artikel 30, ville jeg således ikke anse den for at kunne begrundes.

#### Rådets direktiv 89/552/EØF

63. Hovedformålet med direktiv 89/552, som er udstedt med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 66, er at lette den frie udveksling af fjernsynsudsendelser inden for Fællesskabet. I direktivets præambel hedder det, at tv-radiospredningsvirksomhed udgør en tjenesteydelse i traktatens forstand, at traktaten garanterer fri ret til udveksling af tjenesteydelser, der normalt udføres mod betaling, uden hensyn til disse ydelsers indhold i kulturel eller anden henseende, og at denne ret, anvendt på fjernsynsspredning og -distribution, er et udtryk for ytringsfriheden som nedfældet i artikel 10, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (jf. sjette, syvende og ottende betragtning til direktivet). Direktivets formål — at lette fri udveksling af fjernsynsudsendelser — søges gennemført ved fastsættelse af mindsteregler, som skal opfyldes af tv-radiospredningsorganer, der hører under en medlemsstats myndighed. Udsendelser, der er i overensstemmelse med mindstereglerne, kan transmitteres til andre medlemsstater. I artikel 2, stk. 2, bestemmes det, at medlemsstaterne skal sikre modtagefrihed og ikke må hindre retransmission på deres område af fjernsynsudsendelser fra andre medlemsstater af grunde, der falder inden for de ved direktivet samordnede områder. Den

eneste undtagelse fra dette princip er opstillet i selve artikel 2, stk. 2, idet medlemsstaterne i henhold dertil — på en række strenge betingelser — kan suspendere udsendelser, der udgør en »åbenlys, væsentlig og alvorlig« overtrædelse af artikel 22. I henhold til direktivets artikel 22 skal medlemsstaterne sikre, at tv-radiospredningsorganer, som hører under deres myndighed, ikke udsender programmer, som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske udvikling, herunder navnlig programmer, der indeholder pornografi eller umotiveret vold.

64. Direktivets kapitel IV (artikel 10-21) bærer overskriften »Fjernsynsreklamer og sponsorvirksomhed«. I artikel 10 opstilles der et grundlæggende princip om, at fjernsynsreklamer klart skal adskille sig fra det øvrige program. Artikel 11 indeholder nærmere regler om, hvordan adskillelsen skal ske. I artikel 13 forbydes fjernsynsreklamer for cigaretter og andre tobaksvarer. Artikel 14 forbyder fjernsynsreklamer for lægemidler og medicinsk behandling, der er receptpligtige i den medlemsstat, under hvis myndighed tv-radiospredningsorganet hører, og i artikel 15 opstilles der restriktioner for fjernsynsreklamer for alkoholholdige drikkevarer. Artikel 18 — der begrænser reklameudsendelsernes omfang — indeholder følgende bestemmelser:

»1. Reklameudsendelser må ikke udgøre mere end 15% af den daglige sendetid.

Denne procentsats kan dog sættes op til 20, hvis den omfatter sådanne reklameformer som direkte tilbud til seerne med henblik på salg, køb eller leje af produkter eller vedrørende tjenesteydelser, hvis de samlede reklameindslag ikke overstiger 15%.

mer, kan forenes med seernes interesser, idet der navnlig tages hensyn til:

2. Sendetiden for reklameindslag inden for en given periode på en time må ikke overstige 20%.

a) fjernsynets funktion som medium for nyheder, uddannelse, kultur og underholdning

b) bevarelse af pluralismen i forbindelse med nyhedsformidling og medier.«

3. Med forbehold af stk. 1 må reklameformer såsom direkte tilbud til seerne med henblik på salg, køb eller leje af produkter eller vedrørende tjenesteydelser ikke overstige en time om dagen.«

Artikel 20 er affattet således:

65. Artikel 19 bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne kan under overholdelse af fællesskabsretten fastsætte andre betingelser end de i artikel 11, stk. 2 til 5, og artikel 18 fastsatte for så vidt angår udsendelser, der udelukkende er bestemt til det nationale område, og som hverken direkte eller indirekte kan modtages i en eller flere andre medlemsstater. jf. dog artikel 3.«

»Medlemsstaterne kan fastsætte strengere regler, end hvad der er fastsat i artikel 18, med hensyn til sendetid og de nærmere bestemmelser for fjernsynstransmission for så vidt angår de tv-radiospredningsorganer, der hører under deres myndighed, således at det omfang, hvori der sendes fjernsynsreklame

Artikel 3, stk. 1, indeholder en mere generel undtagelse, hvorefter medlemsstaterne for så vidt angår de tv-radiospredningsorganer, som hører under deres myndighed, kan indføre

strengere eller mere detaljerede bestemmelser på de områder, der er omfattet af direktivet<sup>49</sup>.

66. Direktivet indeholder kun udtrykkelige forbud mod fjernsynsreklamer for to varettyper eller kategorier af tjenesteydelser, nemlig for cigaretter og andre tobaksvarer (artikel 13) og for receptpligtige lægemidler og medicinsk behandling (artikel 14). Det spørgsmål, der opstår i den foreliggende sag, er, om direktivet giver medlemsstaterne adgang til at forbyde, at fjernsynsstationer under deres myndighed udsender reklamer for andre varekategorier eller erhvervssektorer, f.eks. distributionssektoren. På dette punkt er direktivet noget uklart, idet det ikke entydigt fastslår, om der er eller ikke er adgang til at udelukke fjernsynsreklamer for andre varer eller tjenesteydelser.

67. Der er fire bestemmelser i direktivet, som giver medlemsstaterne ret til at underkaste tv-radiospredningsorganer under deres myndighed strengere betingelser end fastsat i direktivet, nemlig artikel 3, stk. 1, artikel 19 og 20, som er citeret ovenfor, samt artikel 8, som giver medlemsstaterne ret til at fastsætte mere detaljerede eller strengere regler »af sprogpoltiske hensyn«. Det er klart, at den

sidstnævnte bestemmelse ikke er relevant. Det er herefter nødvendigt at gennemgå artikel 3, stk. 1, samt artikel 19 og 20 for at kunne afgøre, om de giver medlemsstaterne ret til at forbyde fjernsynsreklamer — for så vidt angår fjernsynsstationer under deres myndighed — for enhver vare, tjenesteydelse eller erhvervssektor, som ikke hører til de kategorier, for hvilke et sådant forbud følger af selve direktivet.

68. Artikel 19 giver medlemsstaterne ret til at »fastsætte strengere regler, end hvad der er fastsat i artikel 18, med hensyn til sendetid og de nærmere bestemmelser for fjernsynstransmission for så vidt angår tv-radiospredningsorganer, der hører under deres myndighed«. Artikel 19 indeholder således kun en undtagelse fra artikel 18, som ikke drejer sig om, hvilke varer eller tjenesteydelser der kan reklameres for, men derimod om den del af den daglige sendetid, som kan benyttes til reklamer. Det samme argument gælder for artikel 20, hvorefter der kun kan gøres undtagelse fra artikel 11, stk. 2-5, og artikel 18. I artikel 11 opstilles der detaljerede regler, som skal sikre en klar adskillelse mellem fjernsynsreklamer og det øvrige program, og som forbyder indsættelse af reklamer i bestemte programformer. Bestemmelsen angår ikke spørgsmålet om, for hvilke varer eller tjenesteydelser der må reklameres. Det er også klart, at artikel 20 ikke kan gælde under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, eftersom artiklen kun giver hjemmel for undtagelser fra artikel 11, stk. 2-5, og artikel 18 »for så vidt angår udsendelser, der udelukkende er bestemt til det nationale område, og som hverken direkte eller indirekte kan modtages i en eller flere andre

49 — Den engelske version af direktivets artikel 3, stk. 1, lyder således:

•Member States shall remain free to require television broadcasters under their jurisdiction to lay down more detailed or stricter rules in the areas covered by this Directive.

Dette er klart en forkert oversættelse, når man ser på de øvrige sprogversioner. F.eks. lyder den franske tekst således: •Les États membres ont la faculté, en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence, de prévoir des règles plus strictes ou plus détaillées dans les domaines couverts par la présente directive.»



medlemsstater«. Her er det tilstrækkeligt at bemærke, at både TF1 og M6 kan modtages i andre medlemsstater, i det mindste i grænseegnene.

69. Det spørgsmål, der står tilbage at løse er således, om direktivets artikel 3, stk. 1, som den franske regering og Kommissionen har hævdet, giver medlemsstaterne ret til at indføre restriktioner af den karakter, som denne sag drejer sig om. Det er ikke utvivlsomt, hvad rækkevidden af artikel 3, stk. 1, præcis er. Bestemmelsen synes at indeholde en meget vidtgående undtagelse fra direktivets almindelige regler, eftersom den giver medlemsstaterne ret til, for så vidt angår de tv-radiospredningsorganer, som hører under deres myndighed, at indføre strengere eller mere detaljerede bestemmelser på de områder, der er omfattet af direktivet. Vanskeligheden opstår, fordi det hverken af direktivets ordlyd eller dets systematik klart fremgår, hvad forholdet er mellem denne meget vide undtagelse og de mere snævert formulerede undtagelser i artikel 19 og 20 (og i artikel 8). Hvis bestemmelsen i artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at den giver medlemsstaterne ret til at opstille en hvilken som helst restriktion for fjernsynsstationer under deres myndighed, vil de snævrere formulerede undtagelser i artikel 19 og 20 være overflødig. Hvis man på den anden side antager, at medlemsstaterne ikke har ret til at underkaste fjernsynsstationer under deres myndighed strengere regler end fastsat i direktivet, medmindre de i artikel 8, 19 og 20 nævnte omstændigheder foreligger, vil selve artikel 3,

stk. 1, miste sit formål. Forklaringen på denne tilsyneladende selvmodsigelse i direktivets systematik kan eventuelt være den komplicerede tilblivelseshistorie<sup>50</sup>.

70. Det er uheldigt, at fællesskabslovgivningen er så upræcis på et så vigtigt område. Et forhold står imidlertid klart, nemlig at hvis direktivet om fjernsyn uden grænser ikke fandtes, ville det stå medlemsstaterne frit for at begrænse reklameudsendelse foretaget af fjernsynsstationer under deres myndighed, forudsat at de herved ikke krænker traktaten eller nogen anden fællesskabsretlig bestemmelse. Jeg mener ikke det vil være på sin plads at fortolke direktivet således, at det fratager medlemsstaterne retten hertil, medmindre dette klart har været formålet med direktivet og er retsvirkningen af det. Der foreligger intet om, at dette har været formålet ved udarbejdelsen af direktivet. Tværtimod er meningen med direktivet generelt at fremme den frie bevægelighed for fjernsynsudsendelser ved at opstille mindsteregler og i øvrigt at overlade det til medlemsstaterne at foretage en strengere regulering af forholdene for stationer under deres myndighed. Dette formål bringes ikke i fare ved, at medlemsstater forbyder fjernsynsstationer under deres myndighed at bringe reklamer for bestemte varer og tjenesteydelser under andre omstændigheder end dem, der er nævnt i artikel 13 og 14. Jeg når herefter til det resultat, at en lovgivning som den, den foreliggende sag drejer sig om, ikke er i strid med direktivet.

50 — Jf. herom Delwit og Gobin, »Etude du cheminement de la directive 'télévision sans frontières': synthèses des prises de positions des institutions communautaires« i *L'espace audiovisuel européen*, udgivet af Vandersanden, Bruxelles, 1991, s. 55-74.

## Traktatens konkurrenceregler

71. Med hensyn til argumentet om, at den omtvistede lovgivning er i strid med traktatens artikel 85 og 86, kan jeg gøre min redegørelse noget mere kortfattet.

72. Argumentets kerne er, at Leclerc-Siplec's konkurrenter har indgået en aftale om sammensætningen af en blyfri benzin, som ikke svarer til nogen europæisk standard, og at de i fællesskab har besluttet at markedsføre dette produkt ved hjælp af et selektivt distributionssystem, hvorefter forhandleren er forpligtet til at skilte med producentens navn på standen. Aftalen mellem Leclerc-Siplec's konkurrenter hævdes at være en aftale, som er forbudt i henhold til traktatens artikel 85, og konkurrenterne hævdes at gøre sig skyldig i misbrug for at opnå en dominerende stilling i strid med traktatens artikel 86. Efter Leclerc-Siplec's opfattelse er det blevet muligt at indgå aftalen, eller i hvert fald er indgåelsen af aftalen blevet lettet som følge af dekretets bestemmelser, fordi forbuddet mod fjernsynsreklame forhindrer virksomheder som Leclerc-Siplec, der distribuerer benzin, i at fremme salget af deres blyfri benzin og dermed i at konkurrere med parterne i aftalen.

73. Dette argument må klart forkastes. Som Leclerc-Siplec selv har erkendt, angår artikel 85 og 86 ikke foranstaltninger truffet af staten, men virksomheders adfærd. Domstolen

har ganske vist i en lang række tilfælde — f.eks. i sagerne Meng<sup>51</sup> og Ohra<sup>52</sup> — fastslået, at traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5, pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til ikke at træffe eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler. Dette er tilfældet, når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer virksomheders indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller fratager sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.

74. Det er klart, at det omtvistede dekret ikke »foreskrev eller fremmede« indgåelsen af den aftale, Leclerc-Siplec's konkurrenter hævdes at have indgået. Det kan heller ikke — på baggrund af Meng-dommen — hævdes, at dekretet har forstærket virkningerne af en konkurrencebegrænsende aftale. I Meng-dommen blev det fastslået, at lovbestemmelser, der er gældende for et bestemt forsikringsområde, kun kan anses for at forstærke virkningerne af en allerede eksisterende aftale, hvis de indskrænker sig til at overtage elementerne i en aftale, der er indgået mellem de erhvervsdrivende på området. Det er også klart, at det omtvistede dekret ikke uddelegerer ansvaret for at regulere fjernsynsreklameområdet til private virksomheder.

51 — Dom af 17.11.1993, sag C-2/91, Sml. I, s. 5751, præmis 14.

52 — Dom af 17.11.1993, sag C-245/91, Sml. I, s. 5851, præmis 10.

## Forslag til afgørelse

75. På grundlag af det anførte vil jeg foreslå, at det spørgsmål, Tribunal de commerce de Paris har forelagt, besvares således:

- »1) En foranstaltning, som træffes af en medlemsstat, og som forhindrer distributionsvirksomheder, der er etableret i medlemsstaten, i at benytte fjernsynsreklame, udgør ikke en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion som omhandlet i EØF-traktatens artikel 30.
- 2) En sådan foranstaltning er ikke i strid med Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed.
- 3) En sådan foranstaltning er ikke i strid med EØF-traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med traktatens artikel 5.«