



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 18. maj 2017¹ⁱ

Forenede sager C-360/15 og C-31/16

**College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort
mod
X BV**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol))

»Direktiv 2006/123/EF – anvendelsesområde – artikel 2, stk. 2, litra c) – artikel 2, stk. 3 – virksomhed forbundet med levering af elektroniske netværk – direktiv 2002/20 – artikel 13«

**og
Visser Vastgoed Beleggingen BV
mod**

Raad van de gemeente Appingedam

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene))

»Direktiv 2006/123/EF – tjenesteyderes etablering – anvendelsesområde – niende betragtning – artikel 4, stk. 1 – begrebet »tjenesteydelse« – detail – kommunal byplan – artikel 15, stk. 2, litra a) – territorial begrænsning – artikel 15, stk. 3 – beskyttelse af bymiljøet«

Indhold

I. Indledning	3
II. Relevante retsforskrifter	5
A. EU-ret	5
1. Direktiv 2006/123 om tjenesteydelser i det indre marked	5
2. EU-ret om administrative gebyrer ved installation af elektroniske kommunikationsnet	7
B. Nederlandsk ret	9

¹ – Originalsprog: engelsk.

1. Udvalgte bestemmelser i den nederlandske telekommunikationslov	9
2. »Leges« i Amersfoort kommune	9
3. Bestemmelser, der regulerer byplaner i Nederlandene og i Appingedam kommune	10
III. Søgsmålene i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål	10
A. Sag C-360/15, X	10
B. Sag C-31/16, Visser	11
IV. Retsforhandlingerne for Domstolen	12
V. Bedømmelse	12
A. Sag C-360/15, X	12
1. Anvendelsesområdet for direktiv 2006/123 (spørgsmål 1-3)	13
a) Artikel 2 i direktiv 2006/123 (spørgsmål 1)	13
1) Artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123	13
2) Artikel 2, stk. 3, i direktiv 2006/123	16
b) Niende betragtning til direktiv 2006/123 (spørgsmål 3)	17
c) Rent interne situationer (spørgsmål 2)	17
2. Spørgsmål 4 og 5	17
B. Sag C-31/16, Visser	17
1. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123 (spørgsmål 1)	17
a) Selvstændig erhvervsvirksomhed, der [...] udføres mod betaling	18
b) [...] jf. artikel 57 TEUF	19
c) Indskrænkende fortolkning på grund af primærretten?	20
1) Etableringsfrihed	20
2) Frie varebevægelser	20
i) Søgning efter tyngdepunktet	21
ii) Samtidig anvendelse	22
iii) Successiv anvendelse	22
3) Dommen i sagen Rina Services m.fl.	23
d) Yderligere betragtninger	23
e) Konklusion	24

2. Rent interne situationer (spørgsmål 4)	24
3. Mulige grænseoverskridende elementer (spørgsmål 3)	27
4. Byplan i henhold til direktiv 2006/123 (spørgsmål 2 og 5)	27
a) Tilladelser	27
b) Krav	28
c) Niende betragtning til direktiv 2006/123	28
d) Artikel 14, nr. 5), i direktiv 2006/123	30
e) Artikel 15 i direktiv 2006/123	30
5. Artikel 34 og 49 TEUF (spørgsmål 6)	31
VI. Forslag til afgørelse	32

I. Indledning

1. Det indre marked med sine grundlæggende frihedsrettigheder udgør ikke kun den historiske retlige grundsten i traktaterne og de centrale organisatoriske principper heri, men har også siden integrationsprocessens begyndelse været kendetegnet af dynamikken heri. Det er et af Unionens erklærede mål² og står fremtrædende i EUF-traktatens tredje del, afsnit I. Retligt defineret siden den europæiske fællesakt som »et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne«³ har det til formål at sikre en fri strøm af varer og produktionsmidler inden for Unionen på baggrund af det økonomiske begreb om komparativ fordel⁴.

2. Selv om jeg ikke vil gå så langt som til at påstå, at det indre marked er et »levende instrument«⁵, kan det ikke desto mindre anføres, at det indre markeds ret endnu mere end de fleste andre af Unionens politikområder udgør et bevægeligt mål. Det befinder sig mellem de to tektoniske plader, der udgøres af de frie markeder på den ene side og medlemsstaternes ønske om at regulere ikke-økonomiske interesser på den anden side, hvor sidstnævnte kan være forskellige fra den ene nationale politik til den anden. Traktaternes grundlæggere var ikke blinde: Ved at vælge et horisontalt politikområde, som gennemskærer og indvirker på så godt som alle andre (nationale) politikområder⁶, er denne dynamik med sine forstyrrende elementer en del af det indre markeds DNA.

2 – Jf. artikel 3, stk. 3, TEU.

3 – Jf. artikel 26, stk. 2, TEUF.

4 – Jf. P.-Chr. Müller-Graff, »Die Verfassungsziele der Europäischen Union«, punkt 113, i M.A. Dausen, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band I, EL 31*, C.H. Beck, München, 2016.

5 – Ikke mindst fordi jeg ikke ønsker at blive anklaget for plagiering af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som – således som det er velkendt – har anvendt denne terminologi ved fortolkningen af EMRK siden dom af 25.4.1978, Tyrer mod Det Forenede Kongerige, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672, § 31.

6 – Ethvert politikområde anerkendes faktisk som begrundelse for en restriktion, uanset om det udtrykkeligt nævnes i EUF-traktaten eller er udviklet af Domstolen som en form for »ufravigeligt krav« (eller »tvingende hensyn« eller »tvingende alment hensyn«).

3. Domstolen har gennem årene holdt trit med denne dynamik på forskellige måder: Nogle gange har den givet den næring⁷, på andre tidspunkter har den dæmpet den⁸. Den har dog altid fortolket traktatbestemmelserne på en måde, som afspejler den økonomiske og sociale virkelighed på dagen (hvor en dom afsiges)⁹.

4. Traditionelt har hovedparten af Domstolens praksis forekommet i sammenhæng med de frie varebevægelser, og det er her, at de fleste begreber har deres oprindelse. Eksemplerne omfatter mange konklusioner, der allerede er henvist til ovenfor, såsom at frihedsrettighederne i princippet¹⁰ er rettet mod medlemsstaterne, og at de ikke finder anvendelse i rent interne situationer¹¹. Ved bedømmelsen af nationale foranstaltninger, der potentielt krænker mere end en enkelt traktatfrihedsrettighed, er der en tendens til at behandle sådanne sager under overskriften »varer«. Etablering og tjenesteydelser har længe stået i skyggen af denne retspraksis. De har dog vundet terræn gennem årene, hvilket har ført til, at der også er betydelig retspraksis, såvel i tilfælde af direkte anvendelse af disse frihedsrettigheder i forbindelse med præjudicielle forelæggelser som gennem traktatbrudssager mod de berørte medlemsstater.

5. EU-lovgiver antog, at et sådant konkret grundlag fra sag til sag ikke var tilstrækkeligt til reelt at fjerne hindringer for etableringsfriheden for tjenesteydere i medlemsstaterne og hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne og garantere modtagere og tjenesteydere den nødvendige retssikkerhed til i praksis at kunne udøve disse to grundlæggende frihedsrettigheder i EUF-traktaten¹². Direktiv 2006/123/EF¹³ blev følgelig vedtaget efter en langvarig proces, som indebar væsentlige ændringer i det oprindelige forslag¹⁴.

6. Direktivet, som medlemsstaterne skulle gennemføre i national ret inden udgangen af 2009¹⁵, har endnu ikke medført en stor mængde praksis fra Domstolen¹⁶.

7. De to foreliggende anmodninger om præjudiciel afgørelse fra de to øverste domstole i Nederlandene (på deres respektive områder), Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) og Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) rejser en række grundlæggende spørgsmål vedrørende direktiv 2006/123.

8. Som det vil fremgå i detaljer i min bedømmelse, er min hovedpåstand i begge sager, at direktiv 2006/123 skal fortolkes i overensstemmelse med sit angivelige formål og på baggrund af en realisering af det indre marked, mens der tages hensyn til den retlige og økonomiske virkelighed i det 21. århundrede. Domstolen bør herved anerkende, at tjenesteydelsessektoren er i udvikling, og at den

7 – Ved f.eks. at anerkende, at restriktionerne for de grundlæggende friheder går længere end blot princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, jf. hvad angår varer dom af 11.7.1974, Dassonville (8/74, EU:C:1974:82), vedrørende etablering, dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411), og for så vidt angår tjenesteydelser, dom af 25.7.1991, Säger (C-76/90, EU:C:1991:331).

8 – Ved f.eks. at begrænse anvendelsesområdet for de frie varebevægelser i dom af 24.11.1993, Keck og Mithouard (C-267/91 og C-268/91, EU:C:1993:905), eller ved regelmæssigt at give mulighed for begrundede restriktioner fra medlemsstaternes side og ved at udvikle retspraksis vedrørende begrundelser for restriktioner, der ikke er udtrykkeligt omtalt i EUF-traktaten.

9 – For at give de gunstigste eksempler: Ved i dom af 20.2.1979, Rewe-Zentral (120/78, EU:C:1979:42, den såkaldte »Cassis de Dijon«-dom) for varer og i dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411) for etablering at anerkende, at medlemsstaterne kan anvende andre begrundelser end dem, der er udtrykkeligt indeholdt i EUF-traktaten, tog Domstolen f.eks. hensyn til, at der er noget, der hedder forbruger- eller miljøbeskyttelse – begreber, som »traktaternes herrer« ikke var opmærksomme på i 1957.

10 – En væsentlig undtagelse er arbejdskraftens fri bevægelighed, jf. dom af 6.6.2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296).

11 – Selv om det i praksis ofte er nemt at fortolke en situation med et grænseoverskridende element, jf. dom af 1.10.2015, Trijber og Harmsen (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641), og selv om Domstolen har været liberal, når det kommer til at godtage præjudicielle forelæggelser i sager, hvor de faktiske omstændigheder er klart begrænset til en enkelt medlemsstat (for en autoritativ sammenfatning af den nuværende retspraksis, jf. dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874).

12 – Jf. femte og sjette betragtning til direktiv 2006/123.

13 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36).

14 – Jf. M. Wathélet, »La genèse de la directive »services«, i Ferrari-Breuer (red.), *La directive »services«*, Bruylant, Bruxelles 2011, s. 21-31, på s. 23-25.

15 – Jf. artikel 44, stk. 1, i direktiv 2006/123.

16 – Dette kan fortolkes som et godt tegn i den forstand, at direktivet opfylder sit formål om at give retssikkerhed, hvorved tvister undgås.

udgør et område med et stort økonomisk potentiale. Domstolen bør ikke være bange for at fortolke direktiv 2006/123 på den måde, hvorpå den tidligere har fortolket bestemmelser om det indre marked: opmærksom på *telos*, i lyset af nutidens omstændigheder og med behørig respekt for medlemsstaternes ønske om (fortsat) at regulere ikke-økonomisk virksomhed.

II. Relevante retsforskrifter

A. EU-ret

1. Direktiv 2006/123 om tjenesteydelser i det indre marked

9. 9. og 33. betragtning til direktiv 2006/123 anfører:

»(9) Dette direktiv finder kun anvendelse på de krav, som indvirker på adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed. Det finder ikke anvendelse på krav såsom færdselsregler, regler om arealudvikling og -anvendelse, by- og landplanlægning, bygningsstandarder samt administrative sanktioner, der pålægges for manglende overholdelse af sådanne regler, der ikke specifikt regulerer eller indvirker på servicevirksomheden, men som skal overholdes af tjenesteyderne under udøvelsen af deres erhvervsvirksomhed på samme måde som af enkeltpersoner, der handler som privatpersoner.

[...]

(33) De tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv, vedrører mange former for virksomhed i konstant udvikling [...] Begrebet »tjenesteydelser« omfatter også ydelser til virksomheder og forbrugere som f.eks. juridisk og skattemæssig rådgivning [...], handel og distribution, tilrettelæggelse af messer og udstillinger [...] Disse former for virksomhed kan være både tjenesteydelser, der kræver, at tjenesteyderen og tjenestemodtageren befinder sig i nærheden af hinanden, tjenesteydelser, der indebærer, at tjenestemodtageren eller tjenesteyderen begiver sig til et andet sted, og tjenesteydelser, der indgås på afstand, herunder via internettet.«

10. Artikel 2 i direktiv 2006/123 har overskriften »Anvendelsesområde« og har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.

2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed:

[...]

- (c) elektroniske kommunikationstjenester og -netværk og tilhørende faciliteter og tjenesteydelser for så vidt angår områder, der er omfattet af direktiv 2002/19/EF¹⁷, 2002/20/EF¹⁸, 2002/21/EF¹⁹, 2002/22/EF²⁰ og 2002/58/EF

[...]

3. Dette direktiv finder ikke anvendelse på skatte- og afgiftsområdet.«

11. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2006/123 bestemmer:

»Medlemsstaterne anvender bestemmelserne i dette direktiv under overholdelse af traktatens regler om etableringsretten og den frie bevægelighed for tjenesteydelser.«

12. Artikel 4 i direktiv 2006/123 med overskriften »Definitioner« indeholder følgende bestemmelser:

»I dette direktiv forstås ved:

- 1) »tjenesteydelse«: enhver selvstændig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50
- 2) »tjenesteyder«: enhver fysisk person, der er statsborger i en medlemsstat, og som udbyder eller udfører en tjenesteydelse, eller enhver juridisk person, jf. traktatens artikel 48, og som er etableret i en medlemsstat, og som udbyder eller udfører en tjenesteydelse

[...]

- 5) »etablering«: tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed som omhandlet i traktatens artikel 43 i et ikke nærmere angivet tidsrum og ved hjælp af en fast infrastruktur, hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser rent faktisk udføres
- 6) »tilladelsesordning«: enhver procedure, der indebærer, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal henvende sig til en kompetent myndighed med henblik på at opnå en udtrykkelig eller en stiltiende afgørelse om adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed
- 7) »krav«: enhver forpligtelse, ethvert forbud, enhver betingelse eller enhver begrænsning, der er fastsat i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser, eller som følger af retspraksis, administrativ praksis, faglige foreningers regler eller af kollektive regler, som faglige sammenslutninger og erhvervsorganisationer har vedtaget som led i deres retlige autonomi; regler, der er fastsat i kollektive aftaler, som er forhandlet med arbejdsmarkedets parter, anses ikke som sådan for at være krav i henhold til dette direktiv
- 8) »tvingende almene hensyn«: hensyn, der er anerkendt som sådan i Domstolens praksis, herunder følgende: [...] beskyttelsen af miljøet, herunder bymiljøet [...]«.

17 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet, EFT 2002, L 108, s. 7).

18 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet, EFT 2002, L 108, s. 21), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 (herefter »tilladelsesdirektivet«) (EUT 2009, L 337, s. 37).

19 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet, EFT 2002, L 108, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 (herefter »rammedirektivet«) (EUT 2009, L 337, s. 37) og som korigeret (EUT 2013, L 241, s. 8).

20 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtsdirektivet, EFT 2002, L 108, s. 51).

13. Artikel 14 i direktiv 2006/123 har overskriften »Forbudte krav« og bestemmer:

»Medlemsstaterne må ikke gøre adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed på deres område betinget af:

[...]

- 5) anvendelse i hvert enkelt tilfælde af en økonomisk test, der består i at gøre tilladelsen betinget af, at der kan påvises et økonomisk behov eller en markedsefterspørgsel, at evaluere den pågældende form for virksomheds potentielle eller aktuelle økonomiske virkninger eller at vurdere dens formålstjenlighed i forhold til den kompetente myndigheds planlagte økonomiske mål; dette forbud vedrører ikke planlægningskrav, der ikke forfølger økonomiske mål, men er fastsat ud fra tvingende almene hensyn.

[...]«

14. Samme direktivs artikel 15 har overskriften »Krav, der skal evalueres« og indeholder følgende bestemmelse i stk. 2:

»Medlemsstaterne undersøger, om deres retssystem gør adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed betinget af, at et eller flere af følgende ikke-diskriminerende krav er opfyldt:

- a) kvantitative eller territoriale begrænsninger, navnlig i form af begrænsninger fastsat på grundlag af befolkningstallet eller af hensyn til en geografisk minimumsafstand mellem tjenesteyderne

[...]«

2. EU-ret om administrative gebyrer ved installation af elektroniske kommunikationsnet

15. Rammedirektivet definerer »elektronisk kommunikationsnet« på følgende måde i artikel 2, litra a):

»»elektronisk kommunikationsnet«: transmissionssystemer og, hvor det er relevant, koblings- og dirigeringsudstyr og andre ressourcer, herunder netelementer, der ikke er aktive, som gør det muligt at overføre signaler ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, lyslederteknik eller andre elektromagnetiske midler, herunder satellitnet, jordbaserede fastnet (kredsløbs- og pakkekoblede, herunder i internettet) og mobilnet, elkabelsystemer, i det omfang de anvendes til transmission af signaler, net, som anvendes til radio- og tv-spredning, samt kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres«.

16. Direktivets artikel 11 har overskriften »Tilladelse til at installere faciliteter« og indeholder følgende bestemmelser i stk. 1:

»Medlemsstaterne sikrer, at en kompetent myndighed ved behandlingen af:

- en ansøgning om tilladelse til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom til en virksomhed, der har tilladelse til at udbyde offentlige kommunikationsnet, eller
- en ansøgning om tilladelse til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom til en virksomhed, der har tilladelse til at udbyde ikke offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet,

skal:

- handle på grundlag af enkle, effektive, transparente og offentligt tilgængelige procedurer, som anvendes uden diskrimination og uden forsinkelse, og under alle omstændigheder træffe afgørelse inden seks måneder, efter at ansøgningen er modtaget, undtagen i tilfælde af ekspropriation, og
- følge principperne om transparens og ikke-diskrimination, når der knyttes vilkår til sådanne rettigheder.

Ovenstående procedurer kan variere alt efter, om ansøgeren udbyder offentlige kommunikationsnet eller ej.«

17. Tilladelsesdirektivet anvender de samme definitioner som rammedirektivet. Tilladelsesdirektivets artikel 1, stk. 2, bestemmer, at direktivet finder anvendelse på »tilladelser i forbindelse med udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester«.

18. Tilladelsesdirektivets artikel 12 og 13 har følgende ordlyd:

»Artikel 12

Administrationsgebyrer

1. Administrationsgebyrer, som afkræves virksomheder, der udbyder en tjeneste eller et net i henhold til den generelle tilladelse, eller som har fået tildelt brugsrettigheder,

a) må i alt kun dække de administrationsomkostninger, der påløber som led i administration, kontrol og gennemførelse af den generelle tilladelsesordning, brugsrettigheder og særlige forpligtelser, jf. artikel 6, stk. 2, som kan omfatte udgifter til internationalt samarbejde, harmonisering og standardisering, markedsanalyse, overensstemmelsesovervågning og anden markedskontrol, samt lovgivningsarbejde vedrørende udarbejdelse og gennemførelse af sekundær ret og administrative afgørelser, såsom afgørelser om adgang og samtrafik, og

b) skal pålægges de enkelte virksomheder på en objektiv, transparent og forholdsmæssigt afpasset måde, der minimerer ekstra administrationsomkostninger og ledsagende gebyrer.

2. Når de nationale tilsynsmyndigheder pålægger administrationsgebyrer, offentliggør de en årlig oversigt over deres administrationsomkostninger og det samlede gebyrbeløb, der er opkrævet. På baggrund af forskellen mellem det samlede afgiftsbeløb og administrationsomkostningerne, foretages der passende justeringer.

Artikel 13

Afgifter for brugsrettigheder og tilladelser til installation af faciliteter

Medlemsstaterne kan give den relevante myndighed tilladelse til at opkræve afgifter for brugsret til radiofrekvenser eller numre eller for tilladelser til at installere faciliteter på, over eller under offentlig eller privat ejendom, som afspejler behovet for at sikre, at disse ressourcer udnyttes optimalt. Medlemsstaterne sikrer, at sådanne afgifter er ikke-diskriminerende, transparente, objektivt begrundede og forholdsmæssigt afpassede efter det tilsigtede formål og tager hensyn til målene i artikel 8 i [rammedirektivet].«

B. Nederlandsk ret

1. Udvalgte bestemmelser i den nederlandske telekommunikationslov

19. Artikel 5.2, stk. 1, i Telecommunicatiewet (telekommunikationsloven) forpligter den berettigede eller den ansvarlige for offentlige grundstykker til at tåle, at der udlægges og vedligeholdes kabler for et offentligt elektronisk kommunikationsnet.

20. Samme lovs artikel 5.4 opstiller to betingelser for, at der kan gennemføres arbejder i eller på offentlige grunde:

»1. En udbyder af et offentligt elektronisk kommunikationsnet, som har til hensigt at udføre arbejder i eller på offentlige grunde i forbindelse med udlægning, vedligeholdelse eller fjernelse af kabler, må ikke påbegynde disse arbejder, før:

- a. denne hensigt skriftligt er meddelt kommunalbestyrelsen i den kommune, hvor arbejderne skal gennemføres, og
- b. udbyderen af kommunalbestyrelsen har fået tilladelse med hensyn til sted, tidspunkt og den måde, som arbejderne agtes gennemført på.

2. Kommunalbestyrelsen kan knytte betingelser til tilladelsen af hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, begrænsning af de med arbejderne forbundne gener, adgangen til grunde eller bygninger eller på grundlag af reglementet for anlæg under jorden.

3. Betingelserne må kun vedrøre:

- a. stedet for arbejderne
- b. tidspunktet, hvor arbejderne gennemføres, forstået således, at det godkendte starttidspunkt ikke må være senere end tolv måneder efter den dato, der er anført i meddelelsen af tilladelsen, dog med forbehold af tungtvejende offentlige hensyn som omhandlet i stk. 2
- c. den måde, som arbejderne skal gennemføres på
- d. fremme af gensidigt brug af indretninger
- e. afstemning af de planlagte arbejder med de ansvarlige for andre anlæg i jorden.«

2. »Leges« i Amersfoort kommune

21. Artikel 1 i Verordening leges 2010 (gebyrforordningen af 2010) fra kommunalbestyrelsen i Amersfoort (reg.nr. 3214976) (herefter »Verordening«) bestemmer, at der opkræves »leges« (gebyrer) for alle tjenesteydelser, der ydes for eller på vegne af kommunalbestyrelsen i henhold til den tabel over satser, der er bilagt Verordening.

22. Den tabel, der er bilagt Verordening under kapitel 19, specificerer satsen i forbindelse med en ansøgning om tilladelse af tidspunkt, sted og gennemførelsesmåde for gravearbejder som omhandlet i artikel 5.4 i Telecommunicatiewet. Satsen afhænger af længden af det kabel, der skal udlægges.

3. Bestemmelser, der regulerer byplaner i Nederlandene og i Appingedam kommune

23. Artikel 3.1, stk. 1, i Nederlandenes Wet ruimtelijke ordening (lov om by- og landplanlægning) af 1. juli 2008 giver kommunalbestyrelserne beføjelse til at udarbejde byplaner, som udpeger visse områder i kommunen til bestemte bygningskategorier eller bygninger til bestemte former for virksomhed. Artikel 3.1, stk. 2, definerer, at byplanerne er gyldige i ti år.

24. I henhold til artikel 3.1.2, stk. 2.b, i Besluit ruimtelijke ordening (bekendtgørelse om by- og landplanlægning) kan kommuner udpege visse zoner til detailhandel eller hoteller, caféer og restauranter. Det fremgår klart af den forelæggende rets forklaring, at kommunalbestyrelsen i Appingedam gør brug af denne beføjelse:

»Ordningen i henhold til artikel 18, stk. 18.1, i kommuneplanen er en såkaldt brancheregulering (»brancheringsregeling«). Dette er en ordning, hvorefter kun bestemte former for detailhandel er tilladt og andre ikke. I henhold til ordningen er kun detailhandel med varer med stort volumen tilladt, bortset fra en række underordnede aktiviteter. Ordningen indeholder ingen mulighed for at gøre undtagelser. Det er imidlertid muligt at søge om en tilladelse (i Nederlandene benævnt »omgevingsvergunning«, dvs. en miljøgodkendelse) med henblik på at opnå en undtagelse fra byplanen på grundlag af artikel 2.12, stk. 1, i Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (lov om almindelige miljøretlige bestemmelser). Kommunalbestyrelsen har medtaget ordningen i byplanen for at sikre livskvaliteten i bycentrum og forhindre tomme ejendomme i den indre by.«

III. Søgsmålene i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

A. Sag C-360/15, X

25. Selskabet X BV (herefter »X«) fik til opgave at anlægge et lyslederkabelnet i Amersfoort kommune. Selskabet fik den nødvendige tilladelse fra kommunen til at foretage udlægning af kablerne. Kommunen opkrævede efterfølgende gebyrer på i alt 149 949 EUR hos X for de udstedte tilladelser.

26. X anfægtede gebyrerne ved Rechtbank (ret i første instans) i Utrecht. Der blev iværksat appel til prøvelse af dommen afsagt af retten i første instans ved Gerechtshof (appeldomstol) Arnhem-Leeuwarden, som afsagde dom den 2. juli 2013.

27. Kommunalbestyrelsen i Amersfoort iværksatte kassationsappel til prøvelse af dommen fra Gerechtshof (appeldomstol) ved Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol). Da det var uklart, om gebyrerne var i overensstemmelse med tilladelsesdirektivet, rammedirektivet og direktiv 2006/123, besluttede den øverste domstol den 5. juni 2015 at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

- »(1) Skal artikel 2, stk. 3, i [direktiv 2006/123] fortolkes således, at denne bestemmelse finder anvendelse på et gebyr [(»leges«)], der opkræves af et organ i en medlemsstat for at behandle en ansøgning om tilladelse af tidspunkt, sted og gennemførelsesmåde for gravearbejder i forbindelse med udlægning af kabler til et offentligt elektronisk kommunikationsnet?
- (2) Skal kapitel III i [direktiv 2006/123] fortolkes således, at det også finder anvendelse på rent interne situationer?
- (3) Skal [direktiv 2006/123] på baggrund af niende betragtning til dette direktiv fortolkes således, at det ikke finder anvendelse på en ordning, hvorefter den, der har til hensigt at udføre gravearbejder i forbindelse med udlægning, vedligeholdelse og fjernelse af kabler til et offentligt elektronisk kommunikationsnet, skal anmelde dette til kommunalbestyrelsen, og denne ikke er

beføjet til at forbyde disse gravearbejder, men beføjet til at fastsætte betingelser med hensyn til tidspunktet, stedet og den måde, som arbejderne skal gennemføres på, og med hensyn til fremme af gensidigt brug af indretninger og afstemning af de planlagte arbejder med de ansvarlige for andre anlæg i jorden?

- (4) Skal artikel 4, nr. 6), i [direktiv 2006/123] fortolkes således, at denne bestemmelse finder anvendelse på en tilladelse, der vedrører stedet, tidspunktet og gennemførelsesmåden for gravearbejder i forbindelse med udlægning af kabler til et elektronisk kommunikationsnet, uden at det pågældende organ i medlemsstaten er beføjet til at forbyde gravearbejderne som sådanne?
- (5) (A) Såfremt artikel 13, stk. 2, i [direktiv 2006/123] i lyset af besvarelsen af de foregående spørgsmål finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, har denne bestemmelse da direkte virkning?
- (B) Såfremt spørgsmål 5 (A) besvares bekræftende, følger det da af artikel 13, stk. 2, i [direktiv 2006/123], at de omkostninger, der faktureres, skal beregnes på basis af de anslåede omkostninger for alle ansøgningsprocedurer, eller på basis af omkostningerne ved alle ansøgninger som den foreliggende eller på basis af omkostningerne ved de individuelle ansøgninger?
- (C) Såfremt spørgsmål 5 (A) besvares bekræftende, efter hvilke kriterier skal de indirekte og de faste omkostninger efter artikel 13, stk. 2, i [direktiv 2006/123] henføres til de konkrete ansøgninger om tilladelse?»

B. Sag C-31/16, Visser

28. Kommunalbestyrelsen i Appingedam vedtog ved beslutning af 19. juni 2013 en byplan, som udpegede et område uden for centrum kaldet »Woonplein« som et shoppingområde udelukkende for detailhandel med varer med stort volumen. Byplanen specificerede, at den bl.a. blev vedtaget »for at sikre livskvaliteten i bycentrum og forhindre tomme ejendomme i den indre by«. På Woonplein findes der detailhandelsbutikker såsom med boligindretningsartikler, byggemarkedsartikler, byggemateriale, haveartikler, cykler, ridesportsartikler og automobiltilbehør.

29. Visser Vastgoed Beleggingen BV (herefter »Visser«), som er et selskab, der ejer butikslokaler på Woonplein, ønsker at udleje butikslokaler til Bristol BV, der ønsker at åbne en detailbutik med sko- og beklædning fra selskabets discountkæde.

30. Visser anfægtede beslutningen om indførelse af byplanen af 19. juni 2013 ved afdelingen for forvaltningsretlige sager ved Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) med påstand om, at byplanen var uforenelig med bestemmelserne i direktiv 2006/123. Den 13. januar 2016 besluttede afdelingen at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

- »1) Skal begrebet »tjenesteydelse« i [...] artikel 4, nr. 1), [i direktiv 2006/123] fortolkes således, at detailhandel, der består af salg af varer som sko og tøj til forbrugere, er en tjenesteydelse, som [...]direktivet finder anvendelse på i henhold til dets artikel 2, stk. 1?
- 2) I henhold til den ordning, der omhandles [i forelæggelsesafgåelsen], skal bestemte former for detailhandel, såsom salg af sko og tøj, ikke være tilladt i området uden for bycentret af hensyn til at bevare [...] livskvalitet[en] i bycentrum og for at forhindre tomme ejendomme i den indre by.

Er en forskrift, der indeholder en sådan ordning, omfattet af [direktiv 2006/123], henset til niende betragtning hertil, fordi sådanne forskrifter må betragtes som »regler om [...] by- og landplanlægning [...], der ikke specifikt regulerer eller indvirker på servicevirksomheden, men som skal overholdes af tjenesteyderne under udøvelsen af deres erhvervsvirksomhed på samme måde som af enkeltpersoner, der handler som privatpersoner«

- 3) Er det tilstrækkeligt til at antage, at der foreligger en grænseoverskridende situation, at det på ingen måde kan udelukkes, at en detailhandelsvirksomhed vil kunne etablere sig i området, eller at detailhandelsvirksomhedens kunder vil kunne komme fra en anden medlemsstat, eller skal der være faktiske holdepunkter herfor?
- 4) Finder [...] kapitel III (etableringsfriheden) [i direktiv 2006/123] anvendelse på rent interne situationer, eller finder Domstolens praksis vedrørende traktatbestemmelserne om etableringsfriheden og om den frie udveksling af tjenesteydelser i rent interne situationer anvendelse ved prøvelsen af spørgsmålet, om dette kapitel finder anvendelse?
- 5a) Er en i en lokalplan indeholdt ordning som den [i forelæggelsesafgørelsen] omhandlede omfattet af begrebet »krav« i [...] artikel 4, nr. 7), og artikel 14, nr. 5), [i direktiv 2006/123] og ikke af begrebet »tilladelsesordning« i [...]direktivets artikel 4, nr. 6), og artikel 9 og 10?
- 5b) Er [...] artikel 14, nr. 5),[i direktiv 2006/123] – såfremt en ordning som den [i forelæggelsesafgørelsen] omhandlede er omfattet af begrebet »krav« – eller [...]direktivets artikel 9 og 10 – såfremt en ordning som [i forelæggelsesafgørelsen] omhandlede er omfattet af begrebet »tilladelse« – til hinder for, at en kommunalforvaltning fastsætter en ordning som den [i forelæggelsesafgørelsen] omhandlede?
- 6) Er en ordning som den [i forelæggelsesafgørelsen] omhandlede omfattet af artikel 34 til 36 TEUF eller artikel 49 til 55 TEUF, og finder i bekræftende fald de af Domstolen anerkendte undtagelser – såfremt proportionalitetsprincippet er overholdt – da anvendelse?»

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

31. Forelæggelsesafgørelserne blev modtaget hos Domstolens Justitskontor henholdsvis den 13. juli 2015 (sag C-360/15) og den 18. januar 2016 (sag C-31/16). Der er indgivet skriftlige indlæg af parterne, den nederlandske regering og Kommissionen (i begge sager) og af den tjekkiske regering (sag C-360/15) samt af Irland, den italienske, tyske og polske regering (sag C-31/16). Ved afgørelse afsagt af Domstolens præsident den 23. januar 2016 blev sagerne forenet med henblik på den mundtlige forhandling og domsafsigelsen.

32. Parterne i hovedsagerne, den nederlandske og den tyske regering samt Kommissionen deltog i retsmødet den 14. februar 2017.

V. Bedømmelse

A. Sag C-360/15, X

33. De første tre spørgsmål omhandler anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, mens spørgsmål 4 og 5 vedrører materielle bestemmelser i direktivet.

1. Anvendelsesområdet for direktiv 2006/123 (spørgsmål 1-3)

a) Artikel 2 i direktiv 2006/123 (spørgsmål 1)

34. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål afklaret, om artikel 2, stk. 3, i direktiv 2006/123 skal fortolkes således, at den dækker gebyrer opkrævet af en myndighed i en medlemsstat for behandling af en ansøgning om tilladelse af tidspunkt, sted og gennemførelsesmåde for gravearbejder i forbindelse med udlægning af kabler til et offentligt elektronisk kommunikationsnet.

35. Anvendelsesområdet for direktiv 2006/123 er fastsat i direktivets artikel 2. Artikel 2, stk. 1, bestemmer, at direktivet finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat. Artikel 2, stk. 2, undtager forskellige former for *virksomhed* fra direktivets anvendelsesområde, såsom [litra c)]: »elektroniske kommunikationstjenester og -netværk og tilhørende faciliteter og tjenesteydelser for så vidt angår områder, der er omfattet af direktiv 2002/19/EF, 2002/20/EF, 2002/21/EF, 2002/22/EF og 2002/58/EF.« Artikel 2, stk. 3, specificerer derefter, at direktivet ikke finder anvendelse på skatte- og afgiftsområdet.

36. Jeg udleder af denne opbygning, at man kun skal undersøge artikel 2, stk. 3, i direktiv 2006/123, hvis kravene i artikel 2, stk. 1, er opfyldt, og hvis anvendelsen af direktivet ikke allerede er udelukket i henhold til artikel 2, stk. 2.

37. Den forelæggende ret synes at forudsætte, at anvendelsen af direktivet ikke er udelukket på grund af en af de former for virksomhed, der er opregnet i artikel 2, stk. 2, i direktiv 2006/123. Da jeg imidlertid ikke er ganske overbevist om, at dette er korrekt²¹, vil jeg først undersøge artikel 2, stk. 2, inden jeg vender mig mod direktivets artikel 2, stk. 3.

38. Jeg vil derfor først behandle spørgsmålet om, hvorvidt udlægning af kabler med henblik på at skabe et lysledernet, er omfattet af undtagelsen i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123.

1) Artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123

39. EU-regelsættet for telekommunikation består af rammedirektivet og fire særdirektiver, hvoraf et af dem er tilladelsesdirektivet²².

40. Rammedirektivet indeholder fælles bestemmelser og opstiller definitioner og anvendelsesområdet for det regelsæt, der finder anvendelse på alle elektroniske kommunikationsnet, uanset hvordan der overføres data²³.

41. Tilladelsesdirektivets formål er at sikre, at der kun bruges systemer, der er så lidt indgribende som muligt, for tilladelser til udbud af elektroniske kommunikationsnet²⁴. Det erstatter og fjerner de tidligere ordninger med individuelle tilladelser til netvirksomhed med en »generel tilladelse«, som giver netudbyderen visse minimumsrettigheder²⁵.

21 – Herudover har parterne i hovedsagen og Nederlandene udtrykt tvivl om den forelæggende rets fortolkning af artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123.

22 – Jf. femte betragtning til rammedirektivet. De andre direktiver er direktiv 2002/19, direktiv 2002/22 og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15.12.1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren (EFT 1998, L 24, s. 1).

23 – Rammedirektivets artikel 1 og 2, jf. også R.S.K. Bell/N. Ray, *EU Electronic Communications Law*, Richmond Law & Tax, 2004, s. 24.

24 – Syvende betragtning til tilladelsesdirektivet.

25 – 36. betragtning til tilladelsesdirektivet.

42. Udlægningen af lysledernet, som har til formål at overføre information til elektronisk kommunikation, udgør et »elektronisk kommunikationsnet« som omhandlet i rammedirektivets artikel 2, litra a)²⁶. X's virksomhed er derfor omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelserne i EU's regelsæt for telekommunikation.

43. Denne konklusion indebærer dog ikke som sådan, at betingelserne i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123 er opfyldt, henset til at bestemmelsen specifikt henviser til »områder, der er omfattet af« direktiverne om elektronisk kommunikationstjenester og -netværk. Jeg skal derfor fortsætte med at analysere, om gebyrer såsom de i hovedsagen omhandlede »leges« faktisk er områder, der er omfattet af disse direktiver.

44. Tilladelsesdirektivets artikel 12 begrænser gebyrer, der opkræves af de nationale tilsynsmyndigheder. Bestemmelsen henviser til administrationsgebyrer, som afkræves virksomheder, der udbyder en tjeneste eller et net *i henhold til den generelle tilladelse, eller som har fået tildelt brugsrettigheder*²⁷. Den er blevet anset for at finde anvendelse på procedurer for udstedelse af en generel tilladelse eller tildeling af brugsrettigheder²⁸. Inden for rammerne af nærværende sag finder den imidlertid ikke anvendelse, for der er ikke tale om en generel tilladelse²⁹ eller brugsrettighed, og hvad endnu vigtigere er, er Amersfoort kommune ikke en national tilsynsmyndighed³⁰.

45. Tilladelsesdirektivets artikel 13 kan dog være af relevans. Anvendelsesområdet er bestemt bredere, idet bestemmelsen går videre end proceduren for generelle tilladelser.

46. I medfør af artikel 13 kan »[m]edlemstaterne [...] give den *relevante myndighed* tilladelse til at opkræve afgifter for [...] at installere faciliteter [...]«³¹. Bestemmelsen henviser i modsætning til artikel 12 ikke til generelle tilladelser eller en national tilsynsmyndighed. Den afspejler i stedet ordlyden af rammedirektivets artikel 11, stk. 1 (»Tilladelse til at installere faciliteter«), hvorefter en »kompetent myndighed« kan udstede tilladelser til at installere faciliteter³². Dette giver mening, da gebyrer, som lokale myndigheder, der regulerer tilladelser til at installere faciliteter, indfører, kan være lige så afskrækkende som gebyrer, der indføres under procedurer for en generel tilladelse³³.

26 – Henset til at det nøjagtige formål med netværket ikke fremgår af de faktiske omstændigheder, der er fremlagt for Domstolen. Det tilkommer den forelæggende ret at fastslå, om netværket endvidere udgør et »offentligt kommunikationsnet« som defineret i rammedirektivets artikel 2, litra d).

27 – »Brugsrettigheder« henviser til brugsret til radiofrekvenser (jf. tilladelsesdirektivets artikel 5). Det er dog uden relevans for denne sag.

28 – Jf. f.eks. dom af 27.6.2013, Vodafone Malta og Mobisile Communications (C-71/12, EU:C:2013:431, præmis 21 ff.).

29 – Et gebyr, der ikke er forbundet med en generel tilladelse, er ikke omfattet af tilladelsesdirektivets artikel 12. Jf. dom af 17.12.2015, Proximus (C-454/13, EU:C:2015:819, præmis 22), og af 17.9.2015, Fratelli De Pra og SAIV (C-416/14, EU:C:2015:617, præmis 41).

30 – Da den nederlandske regering ikke har underrettet Kommissionen om, at kommunen er en national tilsynsmyndighed. Domstolen har anset en sådan manglende underretning som tilstrækkelig til ikke at anse en kommune for en national tilsynsmyndighed, jf. f.eks. dom af 7.11.2013, UPC Nederland (C-518/11, EU:C:2013:709, præmis 53).

31 – Min fremhævelse.

32 – I den franske og den tyske sprogversion anvender rammedirektivets artikel 11 og tilladelsesdirektivets artikel 13 de samme ord (»autorité compétente« eller »zuständige Behörde«), mens der i den engelske sprogversion er en mindre sproglig forskel mellem en »relevant authority« (tilladelsesdirektivets artikel 13) og en »competent authority« (rammedirektivets artikel 11). Efter min opfattelse kan der imidlertid ikke være tvivl om, at både rammedirektivets artikel 11 og tilladelsesdirektivets artikel 13 henviser til den samme form for myndighed.

33 – Det fremgår faktisk af meddelelsen fra Kommissionen om dennes offentlige høring fra 1999 om det nye regelsæt (KOM(2000) 239 endelig udg., s. 8-9), at telekommunikationsudbydere fornemmede det problem, at de nationale tilsynsmyndigheder overbebyrdede dem med tilladelsesordninger. Da tildelingen af radiofrekvenser og numre nødvendiggør en eller anden tilladelsesordning, blev gebyrer for tilladelser til at installere faciliteter anset for en ekstra omkostning for disse tilladelser og koncessioner.

47. En sådan fortolkning støttes endvidere af tilladelsesdirektivets formål, som er at gøre det mindre indgribende at få markedsadgang³⁴. I denne sammenhæng kan medlemsstaterne i henhold til fast retspraksis ikke inden for tilladelsesdirektivets rammer opkræve andre afgifter eller gebyrer i forbindelse med udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester end dem, der er fastsat i dette direktiv³⁵. Det vil være uoverensstemmende, hvis en national tilsynsmyndigheds manglende krav om en generel tilladelse kan skade den beskyttelse af markedsadgangen, som tilladelsesdirektivet giver.

48. De overordnede formål med telekommunikationsregelsættet³⁶ støtter en bred forståelse af tilladelsesdirektivets artikel 13. Det mål, der er opstillet i rammedirektivets artikel 8, stk. 2, litra a), er at sikre, at brugerne får maksimalt udbytte for så vidt angår valgmuligheder, pris og kvalitet. Omkostningerne til tilladelser for bygge- og anlægsarbejder påvirker de priser, som slutbrugerne skal betale for adgangen til netværket i deres region, og om de i det hele taget kan få adgang til netværket³⁷. Byrdefulde procedurer for installation af faciliteter kan have en tilsvarende virkning som hindringer i form af tilladelsesordninger. Anvendelsesområdet for tilladelsesdirektivets artikel 13 er derfor ikke begrænset til en bestemt generel tilladelse, men omfatter andre afgifter for installation af faciliteter, som er nødvendige for, at kommunikationsudbydere kan få adgang til markedet³⁸.

49. En sådan fortolkning af tilladelsesdirektivets artikel 13 er også i tråd med dommen i sagen Vodafone España og France Telecom España³⁹, hvor Domstolen fandt, at artikel 13 var til hinder for opkrævning af en regional afgift for brug af telefonmaster tilhørende tredjemand. Der er åbenlyst en væsentlig forskel mellem den i hovedsagen omhandlede foranstaltning og den i dommen i sagen Vodafone España og France Telecom España omtvistede, men dommen afklarede to vigtige punkter, som finder anvendelse i denne sag.

50. For det første forøgede den omtvistede afgift i dommen i sagen Vodafone España og France Telecom España nye udbyderes etableringsomkostninger sammenlignet med dem, der allerede ejede infrastruktur⁴⁰. Tilsvarende øger *leges* i denne sag omkostningerne til installation af faciliteter og stiller udbydere, som ikke allerede ejer infrastruktur i kommunen, ugunstigt i forhold til dem, der gør.

51. For det andet blev den i den pågældende sag omtvistede afgift opkrævet af en kommune, som ikke var en national tilsynsmyndighed. På grund af det bredere anvendelsesområde for artikel 13, og idet kommunerne var de kompetente myndigheder for så vidt angår godkendelsen af installationen af faciliteterne, fandt bestemmelsen anvendelse i dommen i sagen Vodafone España og France Telecom España. Det samme bør gælde i denne sag.

52. Det bør tilføjes, at Domstolen i efterfølgende sager om problemstillingen med generelle afgifter i modsætning til gebyrer for installationen af faciliteter har fundet, at tilladelsesdirektivet ikke finder anvendelse⁴¹. Hvad angår den omtvistede foranstaltning kan der imidlertid ikke være tvivl om, at afgifterne blev opkrævet for installationen af en facilitet. Ved at udlægge kabler i private eller

34 – Første betragtning til direktivet.

35 – Jf. dom af 12.7.2012, Vodafone España og France Telecom España (C-55/11, C-57/11 og C-58/11, EU:C:2012:446, præmis 28, og den deri nævnte retspraksis).

36 – Rammedirektivets artikel 8.

37 – Vedrørende den mulighed, at de administrative omkostninger forvrider konkurrencen, jf. også generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse, Vodafone España (C-55/11, C-57/11 og C-58/11, EU:C:2012:162, punkt 62-64).

38 – Det er værd at bemærke, at regelsættet finder anvendelse på al elektronisk kommunikation og ikke kun på telefonudbydere, hvor en generel tilladelse sædvanligvis er nødvendig, fordi et begrænset antal numre og radiofrekvenser skal fordeles på en retfærdig måde.

39 – Dom af 12.7.2012 (C-55/11, C-57/11 og C-58/11, EU:C:2012:446, præmis 34 og 35).

40 – Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i forenede sager, Vodafone España (C-55/11, C-57/11 og C-58/11, EU:C:2012:162, punkt 63).

41 – I Belgacom og Mobistar-dommen vedrørte sagen en generel afgift, der skulle betales på grundlag af det areal, som var optaget og ikke var forbundet med installationen af en facilitet, jf. dom af 4.9.2014 (C-256/13 og C-264/13, EU:C:2014:2149, præmis 36 og 37). På samme måde anvendte Domstolen ikke tilladelsesdirektivet på en kommunal lovgivning, der opkrævede en afgift på alt telekommunikationsudstyr, i dom af 17.12.2015, Proximus (C-454/13, EU:C:2015:819). Hverken i Proximus-dommen (præmis 28) eller i Belgacom og Mobistar-dommen (præmis 36) var afgifterne forbundet med *installationen* af faciliteterne, ligesom afgifterne heller ikke havde karakter af at gøre markedsadgangen for nye udbydere, som ikke allerede havde infrastruktur installeret, mere byrdefuld.

offentlige arealer gør X brug af en tilladelse til at installere faciliteter i den i rammedirektivets artikel 11 omhandlede forstand, således som den er gennemført i den nederlandske telekommunikationslov⁴². Tilladelsesdirektivets artikel 13 er specificeringen af denne tilladelse til at installere faciliteter, når det kommer til installationen af telekommunikationsfaciliteter, som udlægningen af kabler utvivlsomt er en del af.

53. Området er derfor omfattet af tilladelsesdirektivets artikel 13, hvorfor dette direktiv i medfør af artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse i denne sag.

54. Spørgsmålet om, hvorvidt en national foranstaltning såsom de i hovedsagen omhandlede *leges* er forenelig med tilladelsesdirektivets artikel 13, som er en bestemmelse, der finder direkte anvendelse⁴³, og som privatpersoner kan støtte ret på, udgør en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, der skal foretages af den forelæggende ret. Det er endvidere ikke genstand for nærværende sag.

2) Artikel 2, stk. 3, i direktiv 2006/123

55. På grundlag af denne hypotese vil jeg for det tilfælde, at Domstolen skulle fastslå, at kravet i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/123 ikke er opfyldt, nu undersøge, om en foranstaltning, såsom *leges*, er omfattet af skatte- og afgiftsområdet (artikel 2, stk. 3, i direktiv 2006/123).

56. Ordene »skatte- og afgift« skal fortolkes selvstændigt i tråd med Domstolens faste praksis, hvorefter det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Den Europæiske Union skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning⁴⁴.

57. Der er en etymologisk forskel mellem en afgift, der bidrager til en offentlig enheds generelle indtægter, og et administrativt gebyr, der opkræves til gengæld for en bestemt tjenesteydelse.

58. I denne sag forholder det sig således, at selv om den kompetente kommune opkrævede et beløb, der oversteg omkostningerne ved den administrative procedure for udstedelse af tilladelser vedrørende tidspunkt, sted og gennemførelsesmåde for gravearbejder, kan det forhold i sig selv, at et sådant muligt overskud bidrager til kommunens generelle budget, imidlertid ikke omdanne gebyret til en almindelig afgift. Gebyret pålægges kun i forbindelse med den administrative procedure. Enheder kan ikke omdanne et administrativt gebyr til en afgift og dermed undslippe anvendelsen af direktiv 2006/123, blot fordi det pålagte beløb overstiger omkostningerne i forbindelse med behandling af den administrative procedure. En sådan fortolkning af artikel 2, stk. 3, strider mod formålet med artikel 13, stk. 2, i direktiv 2006/123, som er at begrænse gebyrer, der påløber ved udstedelse af tilladelser til tjenesteydere.

59. Jeg er derfor af den opfattelse, at nationale foranstaltninger, såsom de i hovedsagen omhandlede *leges*, ikke udgør en afgift, eftersom de pålægges i forbindelse med den kommunale tjenesteydelse at udstede en tilladelse vedrørende tidspunkt, sted og gennemførelsesmåde for gravearbejder.

42 – Ifølge den nederlandske regering gennemførte den nederlandske lovgiver denne artikel i telekommunikationslovens artikel 5.4, som giver netværksudbyderen ret til at udlægge kabler efter at have aftalt tid og sted for arbejderne med den kompetente kommune.

43 – Dom af 12.7.2012, Vodafone España og France Telecom España (C-55/11, C-57/11 og C-58/11, EU:C:2012:446, præmis 39).

44 – Jf. dom af 18.1.1984, Ekro (327/82, EU:C:1984:11, præmis 11). Jf. også dom af 19.9.2000, Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, præmis 43), og af 4.9.2014, Germanwings (C-452/13, EU:C:2014:2141, præmis 16).

b) Niende betragtning til direktiv 2006/123 (spørgsmål 3)

60. Da direktiv 2006/123 i medfør af artikel 2, stk. 2, litra c), efter min opfattelse ikke finder anvendelse i en situation som den i denne sag omtvistede, er spørgsmål 3 om betydningen af niende betragtning til direktivet i sammenhæng med retsforhandlingerne i denne sag for den forelæggende ret hypotetisk, og det er ufornuddent at besvare det.

c) Rent interne situationer (spørgsmål 2)

61. Spørgsmål 2 omhandler rent interne situationer i henhold til kapitel III i direktiv 2006/123. Da dette spørgsmål også er af hypotetisk art i sammenhæng med denne sag, vil jeg (kun) behandle det nedenfor i forbindelse med sag C-31/16, Visser.

2. Spørgsmål 4 og 5

62. Henset til at jeg foreslår Domstolen at fastslå, at direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse på en sag som den foreliggende, og spørgsmål 4 og 5 kun stilles, såfremt det antages, at direktivet finder anvendelse, er de hypotetiske. Jeg vil herudover gerne understrege, at den med direktiv 2006/123 indførte ordning hvad angår tilladelser og ordningerne herfor (kapitel III, afdeling 1) og (forbudte) krav (afdeling 2) ikke er rettet mod det regulerede og yderst tekniske telekommunikationsområde – hvilket netop er grunden til, at dette område, som det er fremgået ovenfor, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123⁴⁵.

B. Sag C-31/16, Visser

1. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123 (spørgsmål 1)

63. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål i det væsentlige oplyst, om detailhandel, der består af salg af varer som sko og tøj til forbrugere, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

64. Den forelæggende ret har stillet spørgsmålet på følgende baggrund: Visser ejer forretningsejendomme, som selskabet ønsker at leje ud til Bristol BV, der er en virksomhed, som ønsker at etablere en detailbutik med sko og tøj som et led af dennes discountkæde. Bristol BV ønsker at støtte ret på direktivets kapitel III, der har overskriften »Etableringsfrihed for tjenesteydere«. Spørgsmålet er derfor, om Bristol BV er en *tjenesteyder*, som kan støtte ret på bestemmelserne i direktiv 2006/123.

65. Som det vil fremgå i flere detaljer nedenfor, gemmer der sig i sidste ende under dette tilsyneladende godartede spørgsmål (»Hvorfor skulle detailhandel da ikke være en tjenesteydelse?«) den større, mere følsomme problemstilling om forholdet mellem direktiv 2006/123 og de grundlæggende frihedsrettigheder, der er knæsat i EUF-traktaten, såvel som problemstillingen om forholdet mellem disse grundlæggende frihedsrettigheder og den mulige deraf følgende indvirkning på direktiv 2006/123.

66. Mens den nederlandske regering er af den opfattelse, at detailhandel i en situation som den i denne sag omtvistede ikke bør anses for en tjenesteydelse, er Visser og den italienske og den polske regering samt Kommissionen af den opfattelse, at den bør være det.

⁴⁵ – Jf. 19. og 20. betragtning til direktiv 2006/123.

67. I medfør af artikel 2, stk. 1, i direktiv 2006/123 finder direktivet anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.

68. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123 definerer »tjenesteydelse« som »enhver selvstændig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. [artikel 57 TEUF]⁴⁶. Artikel 57 TEUF specificerer i stk. 1, at »[s]om tjenesteydelser [...] betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«.

a) Selvstændig erhvervsvirksomhed, der [...] udføres mod betaling

69. Den første del af definitionen af »tjenesteydelse« er ganske ligetil: Salg af sko eller tøj udgør en selvstændig erhvervsvirksomhed, der udføres mod betaling.

70. 33. betragtning til direktivet⁴⁷ opregner udtrykkeligt handel og distribution⁴⁸ som en af de former for virksomhed, der er omfattet af direktivet⁴⁹. 47. betragtning til direktivet nævner endvidere, dog en passant i forbindelse med tilladelsesordninger, større supermarkeder. Sådanne supermarkeder har utvivlsomt også en distributionsfunktion hvad angår varer. For at fuldende billedet anfører 76. betragtning til direktivet, at kun de restriktioner, der gælder for varer *som sådan* (i modsætning til distribution af varer, formoder jeg) ikke omhandles i direktivet.

71. Herudover henviser Kommissionens ikke-bindende, men dog oplysende⁵⁰ håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet⁵¹, som Domstolen endvidere også har anvendt ved fortolkningen af direktiv 2006/123⁵², til »distributionsvirksomhed (herunder detail- og engrossalg af varer og tjenesteydelser)«.

72. Endvidere afslører et blik på direktivets tilblivelseshistorie, at Europa-Parlamentet oprindeligt forsøgte at fjerne henvisningen til »distributionsvirksomhed« under førstebehandlingen⁵³ formentlig med den hensigt at udelukke detailhandel fra direktivet. Rådet satte dog en sådan henvisning ind i udkastet igen⁵⁴. Denne henvisning forblev der indtil direktivets vedtagelse.

46 – Jf. også dom af 27.2.2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, præmis 58).

47 – Vedrørende betragtningernes værdi som et fortolkningsredskab, navnlig hvad angår direktiv 2006/123, jf. punkt 132 og fodnote 123 i dette forslag til afgørelse.

48 – »Handel og distribution« er et udtryk, som Kommissionen almindeligvis anvender til at dække detailhandel og tilsvarende virksomhed, jf. s. 3 i meddelelsen om en handlingsplan for detailhandelen COM(2013) 36 final. Det er også værd at bemærke, at den oprindelige rapport fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om status over det indre marked for tjenester, der blev fremlagt under den første fase af strategien for tjenester i det indre marked (KOM(2002) 441 endelig), nævnte »detailhandel« hele 35 gange. Jeg er helt klar over, at rapporten udgjorde grundlaget for det oprindelige udkast til *Bolkestein*-direktivet, som efterfølgende blev væsentligt ændret. Når det er sagt, er det dog ikke min opfattelse, at direktivets formål og bestemmelser blev ændret for så vidt angår det materielle anvendelsesområde og de omfattede former for virksomhed. Den omtvistede problemstilling på det tidspunkt var snarere, som det er velkendt, oprindelseslandsprincippet og dets forskellige retsfølger og indvirkninger. Hvad angår det sidste, jf. W. Obwexer, Ianc, Sinziana, »Das binnenmarktliche Recht der Dienstleistungsfreiheit« i P.-Chr. Müller-Graff (red.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 4)*, Nomos, Baden-Baden, 2015, s. 397-448, på s. 428-429.

49 – Det bør understreges, at Domstolen allerede tidligere har stillet sig tilfreds med at henvise til 33. betragtning for at udtale, at attesteringsydelser er omfattet af direktivets anvendelsesområde, jf. dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 24).

50 – Jf. mit forslag til afgørelse, Trijber og Harmsen (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:505, punkt 36 og 54), og Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, punkt 69). Jf. også generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse, Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:171, punkt 22), og Rina Services og Rina (C-593/13, EU:C:2015:159, punkt 39).

51 – Jf. håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2007, punkt 2.1.1, der findes på <http://bookshop.europa.eu/en/handbook-on-implementation-of-the-services-directive-pbKM7807096/>. Kommissionens standpunkt, der er kommet til udtryk i håndbogen, er måske ikke overraskende, eftersom Kommissionens dagsorden forekommer at have været – helt fra begyndelsen – at medtage distributionsvirksomhed i anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

52 – Jf. dom af 23.12.2015, Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843, præmis 32, 53 og 73), og af 11.7.2013, Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:517, præmis 37).

53 – Jf. Parlamentets standpunkt under førstebehandlingen. Parlamentet foreslog at slette 14. betragtning til Kommissionens forslag.

54 – Jf. 33. betragtning

b) [...] jf. artikel 57 TEUF

73. Men hvad med den anden del af artikel 57, stk. 1, TEUF, som artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123 henviser til (»i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«)?

74. Dette rejser spørgsmålet, om de omtvistede tjenesteydelser – salg af sko – ikke reguleres af andre af traktatens frihedsrettigheder i den i artikel 57 TEUF omhandlede forstand, hvilket kan betyde, at de ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

75. I henhold til ordningen i EUF-traktaten⁵⁵ består den frie bevægelighed for personer af to særskilte former for fri bevægelighed for økonomisk afhængige personer (arbejdstagere) og selvstændige personer (etablering). Etableringsfriheden er derfor omfattet af ordet »personer« i artikel 57, stk. 1, TEUF⁵⁶.

76. Lad os for et kort øjeblik forestille os, at Bristol BV's virksomhed var en med etablering. Det ville indebære, at selskabets situation i henhold til EUF-traktaten ville blive reguleret af reglerne om etableringsfriheden (som en underkategori til den frie bevægelighed for personer), som så ville betyde, at vi ikke ville stå over for en »tjenesteydelse« i den i artikel 57 TEUF omhandlede forstand, hvilket ville indebære, at vi ikke var inden for anvendelsesområdet for direktiv 2006/123. Efter en sådan konklusion ville kapitel III i direktiv 2006/123 om *etableringsfrihed* for tjenesteydere helt fratages *ethvert* anvendelsesområde⁵⁷. Medmindre man anser kapitel III for af denne grund i sig selv at stride mod primærretten, er en sådan konklusion ikke nogen acceptabel løsning.

77. Følgelig må enten ordet »servicevirksomhed« i kapitel III i direktiv 2006/123 have en betydning, som er en anden end den generelle definition i artikel 4 i direktiv 2006/123, eller artikel 4 i direktiv 2006/123 henviser ikke til artikel 57 TEUF for så vidt angår tjenesteyderes etablering. For klarhedens skyld vælger jeg den sidstnævnte fremgangsmåde og er af den opfattelse, at direktivet finder anvendelse på erhvervsvirksomhed, der er omfattet af etableringsfriheden i den i EUF-traktaten omhandlede forstand, men som også har et tjenesteydelseselement⁵⁸.

78. Mere generelt antyder den forskellige terminologi i EUF-traktaten og direktiv 2006/123 de forskellige metoder, som EUF-traktaten anvender på den ene side, og som direktivet anvender på den anden side, med henblik på at opnå formålet om at fjerne restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser. EUF-traktaten retter sig hovedsagelig mod »restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen«⁵⁹. Den forfølger den »negative integration« ved at forbyde hindringer for udvekslingen af tjenesteydelser⁶⁰. Direktiv 2006/123 sætter angrebet ind mod og er specifikt rettet mod *servicevirksomhed*. Som en afledt retsakt kan den i større detaljer håndtere de problemer, som tjenesteydere møder, når de står over for hindringer. Dette er grunden til, at det – i tråd med dets retsgrundlag⁶¹ – fokuserer på tjenesteyderes virksomhed, og at hele dets opbygning er rettet mod servicevirksomhed⁶².

55 – Jf. del III, afsnit IV, TEUF om den frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital, der er opdelt i kapitel 1 (Arbejdskraften), kapitel 2 (Etableringsretten), kapitel 3 (Tjenesteydelser) og kapitel 4 (Kapital og betalinger).

56 – Denne systematiske konklusion ændrer på ingen måde det forhold, at den frie udveksling af tjenesteydelser hovedsagelig vedrører tjenesteydelser som et produkt. Jf. i denne henseende, P.-Chr. Müller-Graff i R. Streinz (red.), *EUV/AEUV Kommentar*, C.H. Beck, München, 2. udg., 2012, Artikel 56 AEUV, punkt 7.

57 – Jf. også M. Klamert, *Services Liberalization in the EU and the WTO*, Cambridge University Press, 2015, s. 177.

58 – Jf. også, omend med henvisning til kapitel III i direktiv 2006/123, M. Klamert, samme sted.

59 – Jf. artikel 56, stk. 1, TEUF.

60 – I artikel 57, stk. 2 og 3, TEUF henvises til »virksomhed«, men det er kun som eksempel.

61 – Artikel 53 TEUF henviser specifikt til »erhvervsvirksomhed«.

62 – Ordet »virksomhed« i ental og flertal anvendes hele 146 gange i direktivet: 85 gange i betragtningerne og 61 gange i direktivets bestemmelser. Derimod henvises der til ordet »hindring(er)« 15 gange og kun i betragtningerne, mens ordet »restriktion(er)« anvendes 20 gange: 15 gange i betragtningerne og 5 gange i bestemmelserne.

79. Henvisningen til artikel 57 TEUF i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123 indvirker derfor ikke på spørgsmålet, om detailhandel er en »tjenesteydelse« i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123.

80. Detailhandel bør derfor anses for en tjenesteydelse i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123.

c) Indskrænkende fortolkning på grund af primærretten?

81. Det spørgsmål, der resterer i forbindelse med fortolkningen af artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123, er, om primærretten fremtvinger en indskrænkende fortolkning, således at detailhandel ikke kan anses for en »tjenesteydelse« hvad angår direktiv 2006/123.

82. Mit svar herpå er »nej«.

1) Etableringsfrihed

83. Selv i henhold til EUF-traktaten (udelukkende)⁶³ er Bristol BV's virksomhed efter min opfattelse omfattet af etableringsfriheden, som jeg nu vil godtgøre ved at henvise til Domstolens praksis.

84. I situationer, som omhandler etablering, der omfatter en anden grundlæggende frihedsrettighed, typisk varer eller tjenesteydelser⁶⁴, forekommer Domstolen mig konsekvent at anvende etableringsfriheden i medfør af artikel 49 TEUF⁶⁵. Jeg ser den underliggende grund til en sådan fremgangsmåde som, at etablering typisk og iboende indbefatter aspekter af andre grundlæggende frihedsrettigheder, næsten pr. definition. Som eksempel: Der er behov for kapital for at nedsætte sig. Folk hjælper med at opbygge og forvalte. Varer skal transporteres fra A til B. Alt dette for, at en (fysisk eller juridisk) person kan etablere sig.

85. Ved at behandle alle disse forhold under »etablering« forekommer Domstolen mig at fokusere på den faktiske etableringsvirksomhed snarere end en sådan etablerings endelige formål. Domstolen ser i en sådan situation ikke på de varer eller tjenesteydelser, som den etablerede virksomhed skal levere.

86. I henhold til en sådan retspraksis og i mangel af direktiv 2006/123 er nedsættelsen af en detailbutik som i hovedsagen derfor formentlig omfattet af etableringsfriheden. Under sådanne omstændigheder kan jeg ikke se, hvordan det kan være i strid med sådan retspraksis at behandle dette omtvistede tilfælde i henhold til direktivets kapitel III om tjenesteyderes etablering.

2) Frie varebevægelser

87. Henset til at denne sag vedrører etablering, behøver vi ikke forfølge forholdet mellem direktiv 2006/123 og primærretten yderligere. Med henblik på at undgå misforståelser om forholdet mellem varer og tjenesteydelser og i lyset af de spørgsmål, der blev rejst under retsmødet, anser jeg det ikke desto mindre for nyttigt at forfølge dette spørgsmål yderligere inden for rammerne af nærværende forslag til afgørelse.

63 – Og med forbehold for spørgsmålet om rent interne situationer, der drøftes nedenfor.

64 – I situationer, hvor nogen etablerer sig med henblik på at sælge varer eller udbyde tjenesteydelser.

65 – Jf. dom af 11.5.1999, Pfeiffer (C-255/97, EU:C:1999:240, præmis 26), af 24.3.2011, Kommissionen mod Spanien (C-400/08, EU:C:2011:172, præmis 70-72), og senere af 5.2.2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, præmis 24).

88. Umiddelbart skal det understreges, at det forhold, at friheden til at levere tjenesteydelser som følge af artikel 57 TEUF er subsidær i forhold til de andre frihedsrettigheder, på ingen måde indebærer, at der er en rangorden mellem de grundlæggende frihedsrettigheder⁶⁶. Domstolen har afklaret, at selv om det i definitionen af begrebet »tjenesteydelser« i artikel 57, stk. 1, TEUF er præciseret, at tjenesteydelserne »ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«, vedrører dette *definitionen* af dette begreb og *fastsætter ikke en rangorden* mellem fri udveksling af tjenesteydelser og de andre grundlæggende frihedsrettigheder. Afgørende har Domstolen fundet, at begrebet »tjenesteydelser« dækker over ydelser, som ikke er omfattet af de andre friheder, med det formål at hindre, at en økonomisk aktivitet falder uden for anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder⁶⁷. Den frie udveksling af tjenesteydelser er følgelig ikke en subsidær grundlæggende frihed, men en residualfrihed.

89. Hvor sager indbefatter både varer og tjenesteydelser, er Domstolens praksis forskellig. Der kan adskilles tre fremgangsmåder: undersøgelse af en enkelt frihedsrettighed på grundlag af »tyngdepunktskriteriet«, undersøgelse af begge frihedsrettigheder samlet og undersøgelse af én frihedsrettighed ad gangen. Lad os kort se på disse tre fremgangsmåder hver for sig.

i) Søgning efter tyngdepunktet

90. Dette er den klassiske standardtest, som Domstolen anvender. Her finder Domstolen konsekvent, at når en national foranstaltning både påvirker den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser, tager Domstolen i princippet alene stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, hvis det under sagen viser sig, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden og kan anses for at være knyttet til denne⁶⁸. I denne sammenhæng har Domstolen haft en tendens til at behandle sager med detailhandel i henhold til de frie varebevægelser⁶⁹. Domstolen har imidlertid ikke afvist, at der er flere aspekter af en erhvervsvirksomhed ud fra de grundlæggende frihedsrettigheders synspunkt, selv om Domstolen bedømmer en sag udelukkende ud fra en af frihedsrettighedernes perspektiv.

91. I dommen i sagen *Burmanjer m.fl.*⁷⁰ fandt Domstolen f.eks., at det ikke kunne udelukkes, at salget af en vare kan være tilknyttet en »tjenestelignende« aktivitet. Denne omstændighed er dog ikke tilstrækkelig til, at en økonomisk transaktion såsom salg uden fast forretningssted kan anses for omfattet af begrebet »udveksling af tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 56 TEUF. Det skal i hvert enkelt tilfælde fastslås, hvorvidt denne tjenesteydelse udgør et underordnet aspekt i forhold til de omstændigheder, som vedrører de frie varebevægelser⁷¹. I overensstemmelse med denne fremgangsmåde er sager, hvor den tjenestelignende aktivitet er meget stærk, såsom ved reklame⁷², blevet behandlet i henhold til den frie udveksling af tjenesteydelser⁷³.

66 – Jf. som eksempel, P.-Chr. Müller-Graff i R. Streinz (red.), *EUV/AEUV Kommentar*, C.H. Beck, München, 2. udg., 2012, Artikel 56 AEUV, punkt 8, og J. Tiedje i H. von der Groeben, J. Schwarze, A. Hatje (red.), *Europäisches Unionsrecht (Kommentar)*, Band 1, 7. udg., Nomos, Baden-Baden, 2015, Artikel 57 AEUV, punkt 30.

67 – Jf. dom af 3.10.2006, *Fidium Finanz* (C-452/04, EU:C:2006:631, præmis 32).

68 – Jf. dom af 14.10.2004, *Omega* (C-36/02, EU:C:2004:614, præmis 26, og den deri nævnte retspraksis). I den juridiske litteratur, jf. f.eks., W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, Springer, 2. udg., 2012, s. 31, Rz. 74, og V. Hatzopoulos, »Recent Developments in the Case Law of the ECJ in the Field of Services«, *Common Market Law Review*, 2000, bind 37, s. 51.

69 – Jf. f.eks. dom af 13.1.2000, *TK-Heimdienst* (C-254/98, EU:C:2000:12). Et forbud mod salg med tab blev undersøgt i henhold til bestemmelserne om de frie varebevægelser, jf. dom af 24.11.1993, *Keck og Mithouard* (C-267/91 og C-268/91, EU:C:1993:905, præmis 10). Som det er velkendt, fastslog Domstolen endda i *Keck og Mithouard*-dommen, at denne frihedsrettighed ikke fandt anvendelse.

70 – Jf. dom af 26.5.2005 (C-20/03, EU:C:2005:307).

71 – Jf. dom af 26.5.2005, *Burmanjer m.fl.* (C-20/03, EU:C:2005:307, præmis 34).

72 – Dom af 30.4.1974, *Sacchi* (155/73, EU:C:1974:40), og af 18.3.1980, m.fl. (52/79, EU:C:1980:83). En sag om messer faldt under den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden, jf. dom af 15.1.2002, *Kommissionen mod Italien* (C-439/99, EU:C:2002:14). Coffeshops blev gransket i henhold til den frie udveksling af tjenesteydelser, jf. dom af 16.12.2010, *Josemans* (C-137/09, EU:C:2010:774, præmis 50);

73 – En undtagelse til bedømmelsen af reklame ved afgrænsningen af grundlæggende frihedsrettigheder er dom af 25.3.2004, *Karner* (C-71/02, EU:C:2004:181, præmis 47), hvor Domstolen antydede, at reklame er omfattet af flere frihedsrettigheder, men fandt derefter, at vareaspektet havde forrang.

92. Logikken i testen efter tyngdepunktskriteriet er denne: I en situation, hvor Domstolen kun anmodes om at fortolke primærretten, er det naturligt, at den fokuserer på den grundlæggende frihedsrettighed, der har forrang. Hvorfor skulle den foretage den samme test for en anden frihedsrettighed, blot for at nå til det samme resultat? De grundlæggende frihedsrettigheder har trods alt alle det samme formål: at fjerne handelshindringer i det indre marked. Om en bestemt situation omfattes af f.eks. udelukkende artikel 49 TEUF, udelukkende artikel 34 TEUF, artikel 34 og 56 TEUF eller udelukkende artikel 56 TEUF er i langt hovedparten af sagerne ikke nødvendigvis af større betydning.

ii) Samtidig anvendelse

93. Domstolen har behandlet begge frihedsrettigheder sammen i en teknisk sag om forudgående tilladelsesprocedurer for markedsføring af (hovedsagelig) dekodere til TV-signaler⁷⁴. Grunden til en sådan samtidig analyse er bestemt, at ved levering af digitale TV-tjenester hænger tjenesteydelser og varer uløseligt sammen⁷⁵.

iii) Successiv anvendelse

94. Domstolen har navnlig behandlet to frihedsrettigheder efter hinanden i sager om reklame⁷⁶. Det er bemærkelsesværdigt, at Domstolen i sådanne sager med successive undersøgelser på ingen måde har begrundet, hvorfor den har gjort sådan⁷⁷. Min forklaring er, at der ikke var et åbenlyst tyngdepunkt. Jeg vil tilføje, at denne retspraksis, som anvender den successive fremgangsmåde, skal ses i lyset af Keck og Mithouard-dommen⁷⁸: Domstolen gjorde det ved at anvende denne fremgangsmåde klart, at foranstaltninger, som potentielt kan udgøre salgsordninger, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for de frie varebevægelser i medfør af Keck og Mithouard-dommen, herudover kan analyseres i henhold til en anden frihedsrettighed i traktaten⁷⁹.

95. Jeg udleder af det forhold, at Domstolen anvender forskellige fremgangsmåder, at der er situationer, hvor fremgangsmåden med »tyngdepunktskriteriet«, som næsten mekanisk omhandler kvantitet (»Hvilken frihedsrettighed vejer tungest?«), når sine grænser i en situation, hvor man ikke blot kan se bort fra en bestemt grundlæggende frihedsrettighed som helt sekundær. Dette er grunden til, at jeg i nærværende sag foretrækker den tredje fremgangsmåde, da det tjenestelignende aspekt, der er iboende ved detailhandel, ellers ikke vil blive anerkendt.

96. Som følge heraf kan jeg ikke se, hvordan primærretten i denne sag kan begrænse en fortolkning af direktiv 2006/123 i sig selv.

97. Denne konklusion støttes endvidere af den måde, hvorpå Domstolen indtil nu har fortolket direktiv 2006/123, hvilket jeg gerne vil vise nu.

74 – Jf. dom af 22.1.2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, præmis 29).

75 – Jf. generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2001:147, punkt 35).

76 – Jf. dom af 9.7.1997, De Agostini og TV-Shop (C-34/95-C-36/95, EU:C:1997:344, præmis 39 og 48), og af 8.3.2001, Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135, præmis 13 og 35).

77 – Det gjorde generaladvokat Jacobs i øvrigt heller ikke i nogen af sagerne. Jf. hans forslag til afgørelse, De Agostini og TV-Shop (C-34/95-C-36/95, EU:C:1996:333), og Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2000:690).

78 – Dom af 24.11.1993 (C-267/91 og C-268/91, EU:C:1993:905).

79 – En sådan præcisering var efter min opfattelse nødvendig, henset til at Domstolen i selve dom Keck og Mithouard ikke behandlede andre grundlæggende frihedsrettigheder end de frie varebevægelser, jf. dom af 24.11.1993 (C-267/91 og C-268/91, EU:C:1993:905, præmis 6).

3) Dommen i sagen *Rina Services m.fl.*

98. Her er den retlige konklusion, vi kan drage af dommen i sagen *Rina Services m.fl.*⁸⁰, af grundlæggende betydning. Den væsentligste retlige problemstilling i den sag var, om et krav, der var forbudt i henhold til artikel 14 i direktiv 2006/123⁸¹, kunne være begrundet i henhold til EUF-traktaten. Mens det argument er blevet fremsat, at artikel 14 i direktiv 2006/123 ikke kan forhindre en sådan begrundelse, fordi det udgør en bestemmelse i den primære ret⁸², var Domstolen krystallklar: Den fandt i Store Afdeling, at idet artikel 14 ikke gav mulighed for en begrundelse, var der ikke en sådan mulighed. I den forbindelse behandlede Domstolen specifikt artikel 3, stk. 3, i direktiv 2006/123⁸³. Domstolen henviste udelukkende til direktivets bestemmelser, opbygning og *telos*, hvorved den udviste fuld respekt for de af EU-lovgiver truffne valg⁸⁴.

99. For mig er det overordnede rationale, der ligger bag dommen i sagen *Rina Services m.fl.*, at EU-lovgiver kan fremme *frihedsdelen* af de grundlæggende frihedsrettigheder på uundgåelig bekostning af *begrundelsesdelen*. Det er en del af selve harmoniseringen at definere, udjævne og, hvis hensigtsmæssigt ifølge EU-lovgiver, begrænse begrundelserne, således at der skabes lige vilkår for erhvervsdrivende. Billedligt talt er »vinderen« i en sådan situation den grundlæggende EU-frihedsrettighed og den erhvervsdrivende, der har til hensigt at støtte ret på denne frihedsrettighed – hvilket er helt i tråd med formålene med EUF-traktaten⁸⁵. Et sådant resultats lovlighed og legitimitet ligger efter min opfattelse i respekten for lovgivningsproceduren i henhold til EUF-traktaten.

100. Den primære ret indvirker derfor ikke på spørgsmålet om, hvorvidt detailhandel er en »tjenesteydelse« som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123.

d) Yderligere betragtninger

101. Jeg vil også gerne benytte lejligheden til at sætte denne sag ind i en bredere sammenhæng.

102. Nuværende omstændigheder antyder, at detailvirksomhed, selv om den i sidste ende er forbundet med distribution af varer, er en tjenesteydelse i sig selv og bør anerkendes som sådan. I tidligere tider (og navnlig på tidspunktet for *Keck og Mithouard-dommen*⁸⁶) kan det primært have været et udtryk for distribution af varer. Postordrelevering på grundlag af katalogsalg fandtes givetvis, men var marginalt. Siden da har detailhandlen med internettets ankomst til snart sagt hver eneste husholdning (og smartphone) stået over for konkurrence fra nye sider, som har tvunget den til at gennemgå stor transformation. I dag – endnu mere end tidligere – består detailhandlen ikke blot af at sælge et produkt, men også af rådgivning, vejledning og tilbud om efterfølgende tjenesteydelser⁸⁷. Under nutidens vilkår er det en virksomhed, som ikke blot er af ren accessorisk karakter i forhold til en vare

80 – Dom af 16.6.2015 (C-593/13, EU:C:2015:399). Som generaladvokat Cruz Villalon understregede i sit forslag til afgørelse i den sag, var det den første sag, hvor bestemmelserne i direktiv 2006/123 fandt anvendelse i praksis, jf. hans forslag til afgørelse, *Rina Services og Rina* (C-593/13, EU:C:2015:159, punkt 1).

81 – Konkret en medlemsstats lovgivning, som pålagde virksomheder, der var klassificeret som attesteringsorganer, at have deres vedtægtsmæssige hjemsted i medlemsstaten.

82 – Artikel 52, stk. 1, TEUF.

83 – Hvorefter medlemsstaterne skal anvende direktivets bestemmelser »under overholdelse af traktatens regler om etableringsretten og den frie bevægelighed for tjenesteydelser«.

84 – Jf. dom af 16.6.2015, *Rina Services m.fl.* (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 36-40). Dette blev gentaget i dom af 23.2.2016, *Kommissionen mod Ungarn* (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 47).

85 – Jf. også Chr. Schönberger, »Normenkontrollen im EG-Föderalismus: die Logik gegenläufiger Hierarchisierungen im Gemeinschaftsrecht«, *Europarecht*, 2003, s. 600-627, på s. 621, hvorefter den primære ret snarere skal forstås som motoren end som grænsen for harmoniseringsforanstaltninger.

86 – Dom af 24.11.1993 (C-267/91 og C-268/91, EU:C:1993:905).

87 – Jf. P. Kotler/G. Armstrong, *Principles of Marketing*, 14. udg., Pearson Prentice Hall, 2012, Chapter on Retail, s. 374-394, på s. 384.

103. Som det ofte er tilfældet med ny lovgivning, opstår der spørgsmål i forbindelse med anvendelsen af dette retlige instrument, som ikke kan besvares ved blot at henvise til Domstolens tidligere praksis vedrørende de fire frihedsrettigheder. Dette er særligt slående i sammenhæng med etablering, hvor sontringen mellem etablering med henblik på at distribuere varer og etablering med henblik på at levere en tjenesteydelse ikke var af betydning i henhold til bestemmelserne i EUF-traktaten. Jeg ser dermed ingen grund til, hvorfor tidligere retspraksis om afgrænsningen mellem den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser bør stå i vejen for at anvende direktiv 2006/123 på detailhandlende, således som det er tilsigtet i dettes klare ordlyd. Tværtimod har Domstolens praksis indtil nu antydnet, at sontringen mellem varer og tjenesteydelser altid har været ikke-eksklusiv. Udviklingen af tjenesteydelsesøkonomien, hvor det bliver normalt, at kunderne forventer en lang række tjenesteydelser, når de køber en vare, og selv efter at de har købt den, forøger overlappet mellem de to poler, og handel og distribution er kernen i dette overlap. Lovgiver valgte at medtage dem i anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, velvidende at denne virksomhed ville udvikle sig yderligere mod udbud af flere tjenesteydelser, hvilket er i tråd med Domstolens praksis, som altid har anerkendt, at visse former for virksomhed indeholder aspekter, som er beskyttet ved flere frihedsrettigheder.

104. Sammenfattende er jeg ikke af den opfattelse, at retspraksis indtil nu kan eller bør fortolkes på en sådan måde, at virksomheden »detailhandel« udelukkes fra anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

e) Konklusion

105. Min konklusion på det første spørgsmål er derfor, at »detailhandels« virksomhed bestående af salg af varer, såsom sko og tøj til forbrugere, er omfattet af definitionen af »tjenesteydelse« i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123.

2. Rent interne situationer (spørgsmål 4)

106. Den forelæggende ret ønsker med det fjerde spørgsmål i sag C-31/16 oplyst, om kapitel III i direktiv 2006/123, der har overskriften »Etableringsfrihed for tjenesteydere«, finder anvendelse i situationer, hvor de faktiske omstændigheder er begrænset til en enkelt EU-medlemsstat.

107. Det er ikke første gang, at Domstolen er blevet forelagt dette spørgsmål. I *Trijber og Harmsen-sagen*⁸⁸ stillede Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) faktisk allerede det samme spørgsmål.

108. I mit forslag til afgørelse i *Trijber og Harmsen-sagen*⁸⁹ foreslog jeg at besvare dette spørgsmål bekræftende. Som jeg detaljeret redegjorde for i den sag, peger en ordlyds-, systemisk, historisk og teleologisk fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2006/123 på, at kapitel III om etableringsfrihed for tjenesteydere ikke kun finder anvendelse i grænseoverskridende situationer, men også i rent interne⁹⁰. Mens jeg henviser Domstolen til mit forslag til afgørelse i den sag hvad angår detaljerne, overvejede jeg sammenfattet følgende: Hvad angår ordlyden af retshjemlerne i EUF-traktaten er der ingen forskel mellem »koordination«, »tilnærmelse« og »harmonisering«; harmonisering på det indre markeds område kan dække situationer, som ikke er dækket af de grundlæggende frihedsrettigheder, der er garanteret i EUF-traktaten; bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 henviser ikke til grænseoverskridende virksomhed, mens bestemmelserne i kapitel IV gør dette, og udkast til ændringer, der ville begrænse hele direktivet til grænseoverskridende situationer, blev forkastet.

⁸⁸ – Jf. spørgsmål 2 i sag C-340/14 og spørgsmål 1 i sag C-341/14, henholdsvis præmis 28 og 37, dom af 1.10.2015 (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641).

⁸⁹ – Jf. sag C-340/14 og C-341/14 (EU:C:2015:505, punkt 49-57).

⁹⁰ – Domstolen så i den sag intet behov for at behandle spørgsmålet om rent interne situationer og afviste derfor at besvare det, henset til at situationerne i begge de sager, der var genstand for de præjudicielle spørgsmål, ikke var rent interne, jf. dom af 1.10.2015, *Trijber og Harmsen* (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641, præmis 42).

109. Jeg har ikke skiftet mening om dette spørgsmål siden mit forslag til afgørelse i *Trijber og Harmsen-sagen*⁹¹. I dette forslag til afgørelse vil jeg derfor begrænse mig til at behandle de yderligere argumenter, der er fremkommet i forbindelse med nærværende sag, og til Domstolens praksis vedrørende direktiv 2006/123.

110. For det første er forskellen i ordlyden af bestemmelserne i kapitel III og i kapitel IV afgørende: Etablering i henhold til direktivet tilsigter at dække enhver indre levering af tjenesteydelser (kapitel III). Erhvervsdrivende bør ikke afskrækkes fra i det hele taget at etablere sig i en medlemsstat. For det øvrige, dvs. midlertidig levering af tjenesteydelser, er et grænseoverskridende element iboende. Kapitel IV kræver derfor nødvendigvis og logisk, at der er et grænseoverskridende element.

111. For det andet bør de bestemmelser⁹² eller endog kapitler⁹³ i direktiv 2006/123, som specifikt henviser til »en anden medlemsstat« og herved til en grænseoverskridende situation, ikke anses for at finde anvendelse specifikt i grænseoverskridende situationer, hvilket på ingen måde foregriber andre af direktivets bestemmelser, der finder anvendelse i rent interne situationer.

112. For det tredje kan det ikke siges, at retsgrundlaget for direktivet, dvs. artikel 53 og 62 TEUF⁹⁴, kun giver kompetence til at behandle grænseoverskridende situationer. Som Kommissionen understregede under retsmødet, peger ordlyden af artikel 53, stk. 2, TEUF, hvorefter det for så vidt angår udøvelse af lægegering eller lignende virksomhed eller af farmaceutisk virksomhed forudsættes, at den gradvise afskaffelse af restriktionerne er betinget af en samordning af de betingelser, der er opstillet af de forskellige medlemsstater for udøvelse af sådanne, i den modsatte retning.

113. Endvidere har EU-lovgiver allerede anvendt artikel 53, stk. 2, TEUF som retshjemmel i situationer, der gik videre end blot grænseoverskridende situationer. Bestemmelsen forekommer mig at blive anvendt konsekvent som standardhjemlen (og den eneste) for harmonisering⁹⁵ på tjenesteydelsesområdet. Dette er navnlig tilfældet for omfattende harmonisering inden for sektoren for finansielle tjenesteydelser. Som eksempel vil jeg nævne direktiverne om genopretning og afvikling af kreditinstitutter⁹⁶, om markeder for finansielle instrumenter (MiFiD)⁹⁷ og om investeringsselskabers og kreditinstitutters kapitalgrundlag⁹⁸. Jeg har ikke set en dom fra Domstolen vedrørende nogen af disse direktiver, hvor der i sammenhæng med artikel 53 TEUF, blev gjort en problemstilling ud af retsgrundlaget med hensyn til rent interne situationer⁹⁹.

91 – Jeg gentog efterfølgende mit synspunkt i mit forslag til afgørelse, *Hiebler* (C-293/14, EU:C:2015:472, punkt 24), og *Promoimpresa m.fl.* (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:122, punkt 50).

92 – Jf. f.eks. artikel 5, stk. 3, i direktiv 2006/123.

93 – Jf. f.eks. direktivets kapitel VI.

94 – Tidligere artikel 47, stk. 2, EF og artikel 55 EF.

95 – Domstolen henviser selv til »harmonisering« i denne henseende, jf. dom af 12.10.2004, *Paul m.fl.* (C-222/02, EU:C:2004:606, præmis 36).

96 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU af 15.5.2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012 (EUT 2014, L 173, s. 190).

97 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21.4.2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF, og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 93/22/EØF (EUT 2004, L 145, s. 1).

98 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/49/EF af 14.6.2006 om kravene til investeringsselskabers og kreditinstitutters kapitalgrundlag (omarbejdning) (EUT 2006, L 177, s. 201).

99 – Selv om disse omfattede en sag med Domstolens store afdeling, jf. dom af 12.10.2004, *Paul m.fl.* (C-222/02, EU:C:2004:606), som vedrørte Rådets første direktiv 77/780/EØF af 12.12.1977 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (EFT 1977, L 322, s. 30), Rådets direktiv 89/299/EØF af 17.4.1989 om kreditinstitutters egenkapital (EFT 1989, L 124, s. 16), og Rådets andet direktiv 89/646/EØF af 15.12.1989 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut og om ændring af direktiv 77/780/EØF (EFT 1989, L 386, s. 1), som alle er blevet vedtaget med hjemmel i artikel 53 TEUF.

114. For det fjerde bør Domstolens praksis undersøges. Det fremgår her, at Domstolen blot fortolker kapitel III i direktiv 2006/123 i situationer, som er af rent intern art, uden at lede efter et grænseoverskridende element, eller anvender sin generelle praksis om antagelse til realitetsbehandling af præjudicielle anmodninger, der er opstået i rent interne situationer, således som det nu er sammenfattet (og afklaret) i Ullens de Schooten-dommen¹⁰⁰.

115. For at undgå forvirring vil jeg gerne understrege den grundlæggende forskel mellem de følgende to spørgsmål: a) dækker direktivet situationer, som er af rent intern art, og b) bør Domstolen besvare et spørgsmål, selv om tvisterne i hovedsagen er begrænset til en enkelt medlemsstat¹⁰¹. Spørgsmål a) vedrører et direktivs *materielle anvendelsesområde*. Det er et spørgsmål, der vedrører sagens *realitet*. Når svaret på spørgsmålet er »ja«, er det uforment med en nærmere undersøgelse af, om der er et grænseoverskridende element. Spørgsmål b) vedrører på den anden side ikke sagens realitet, men er af formel art. Det vedrører sagens *antagelse til realitetsbehandling*. Spørgsmål b) skal kun analyseres, hvor svaret på spørgsmål a) er »nej«. Ullens de Schooten-dommen¹⁰² omhandler spørgsmål b).

116. I dommen i sagen Rina Services m.fl.¹⁰³, som vedrørte en national lovgivning, der pålagde virksomheder, som var klassificeret som attesteringsorganer, at have deres vedtægtsmæssige hjemsted i en bestemt medlemsstat, fortolkede Domstolen, selv om de faktiske omstændigheder i hovedsagen klart var begrænset til en enkelt medlemsstat – uden at tage stilling til denne problemstilling – bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123. Følgelig besvarede Domstolen i Trijber og Harmsen-dommen ikke spørgsmålet, om bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 finder anvendelse i en rent intern situation. Den ledte i stedet efter og fandt tilstrækkelige grænseoverskridende elementer¹⁰⁴. En sådan fremgangsmåde ændrede sig med Hiebler-dommen¹⁰⁵. De faktiske omstændigheder i Hiebler-dommen, som vedrørte territorielle begrænsninger, der kun tillod skorstensfejere at udbyde deres tjenesteydelser i det skorstensfejerområde, hvor de var bosiddende, var begrænset til én medlemsstat¹⁰⁶. Domstolen nævnte ikke et tvunget grænseoverskridende element og gik direkte til at behandle de præjudicielle spørgsmål¹⁰⁷. Det samme gælder for dommen i sagen Promoimpresa m.fl.¹⁰⁸, som vedrørte national lovgivning, hvorefter gyldighedsperioden for koncessioner til statsejede maritime og søarealer automatisk blev forlænget. Selv om de faktiske forhold i den for den forelæggende ret verserede sag var begrænset til én medlemsstat¹⁰⁹, fortolkede Domstolen igen bestemmelserne i kapitel III¹¹⁰. Da den analyserede artikel 49 TEUF, krævede den derimod en »grænseoverskridende interesse«¹¹¹. Endvidere i dommen i sagen Hemming m.fl., der vedrørte kravet om betaling af et gebyr i forbindelse med ansøgning om en tilladelse, foregik alle de faktiske omstændigheder i London. Hverken Domstolen¹¹² eller generaladvokaten¹¹³ behandlede spørgsmålet.

100 – Dom af 15.12.2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

101 – Jf. også mit forslag til afgørelse, The Gibraltar Betting and Gaming Association (C-591/15, EU:C:2017:32, punkt 62).

102 – Dom af 15.11.2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

103 – Jf. dom af 16.6.2015 (C-593/13, EU:C:2015:399). Generaladvokat Cruz Villalón behandlede problemstillingen i sit forslag til afgørelse og nåede frem til, at der var tilstrækkelige (potentielle) grænseoverskridende elementer, jf. hans forslag til afgørelse, Rina Services og Rina (C-593/13, EU:C:2015:159, punkt 14 og 15). Det skal ikke desto mindre bemærkes, at generaladvokaten ikke behandlede spørgsmålet, om rent interne situationer er omfattet af kapitel III i direktiv 2006/123.

104 – Dom af 1.10.2015 (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641, præmis 42).

105 – Dom af 23.12.2015 (C-293/14, EU:C:2015:843).

106 – De var endog begrænset til en region i den pågældende medlemsstat, hvilket var uden betydning, da et grænseoverskridende element ikke var påkrævet, således som jeg argumenterede for i forslaget til afgørelse, jf. mit forslag til afgørelse, Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, punkt 23 og 24).

107 – Jf. dom af 23.12.2015, Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843, præmis 27 ff.).

108 – Dom af 14.7.2016 (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558).

109 – I mit forslag til afgørelse, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:122, punkt 50), gentog jeg mit synspunkt, hvorefter bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 om etableringsfrihed finder anvendelse, uafhængigt af om der foreligger et grænseoverskridende element.

110 – Jf. dom af 14.7.2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 27 ff.).

111 – Jf. dom af 14.7.2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 68).

112 – Jf. dom af 16.11.2016, Hemming m.fl. (C-316/15, EU:C:2016:879).

113 – Jf. generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse, Hemming m.fl. (C-316/15, EU:C:2016:618).

117. Sammenfattende læser jeg ovennævnte sager, hvor der er en rent intern situation, på følgende måde: Domstolen forudsatte ved fortolkningen af bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123, at bestemmelserne faktisk finder anvendelse i en rent intern situation¹¹⁴. Da det materielle anvendelsesområde for direktiv 2006/123 stod åbent, var det uforlødent at lede efter mulige eller potentielle grænseoverskridende elementer.

118. Ikke overraskende vil jeg foreslå Domstolen i det foreliggende tilfælde at følge ovennævnte retspraksis, hvorfor mit svar på det fjerde spørgsmål er, at bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 finder anvendelse på en situation som den i hovedsagen omhandlede, uafhængigt af om alle faktorerne er begrænset til en enkelt medlemsstat.

3. Mulige grænseoverskridende elementer (spørgsmål 3)

119. På baggrund af det foreslåede svar på det fjerde spørgsmål bliver det tredje spørgsmål hypotetisk¹¹⁵.

4. Byplan i henhold til direktiv 2006/123 (spørgsmål 2 og 5)

120. Den forelæggende ret ønsker med det andet og det femte spørgsmål i det væsentlige oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2006/123 er til hinder for, at en kommunal byplan, såsom den i hovedsagen omtvistede, hvorefter et område udpeges til detailhandel med varer med stort volumen, således at en detailbutik med sko og tøj som en led i en discountkæde udelukkes herfra.

121. Henset til at etableringen af en detailbutik som den i hovedsagen omhandlede er af varig karakter, findes de relevante bestemmelser til vurdering af dette spørgsmål i direktivets kapitel III om »Etableringsfrihed for tjenesteydere«. Kapitel III er opdelt i to afdelinger: en om tilladelser, der omhandler tilladelsesordninger og relevante betingelser og procedurer (afdeling 1, dvs. artikel 9-13 i direktiv 2006/123), og en om forbudte krav og krav, der skal evalueres (afdeling 2, dvs. artikel 14 og 15 i direktiv 2006/123). Anvendelsen af disse afdelinger afhænger af, om den omtvistede byplan udgør en restriktion i form af en »tilladelsesordning« som omhandlet i artikel 4, stk. 6, i direktiv 2006/123 eller i form af et »krav« som omhandlet i direktivets artikel 4, stk. 7.

a) Tilladelser

122. En »tilladelsesordning«, som udløser, at artikel 9-13 i direktiv 2006/123 finder anvendelse, er i medfør af direktivets artikel 4, stk. 6, enhver procedure, der indebærer, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal henvende sig til en kompetent myndighed med henblik på at opnå en udtrykkelig eller en stiltiende afgørelse om adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed.

123. En afgørelse er typisk, men ikke nødvendigvis i alle tilfælde, rettet mod en (fysisk eller juridisk) person. Dette er ikke tilfældet for en byplan, som er et dokument, der udarbejdes uafhængigt og på forhånd. Mens det kan være nødvendigt at overholde byplanen, når en tjenesteydelsesvirksomhed påbegyndes, er byplanen med andre ord i sig selv en retsakt fra kommunalbestyrelsen ex ante og in abstracto. Det følger heraf, at byplanen ikke udgør en tilladelsesordning.

114 – Denne konklusion findes også i den juridiske litteratur, for så vidt som spørgsmålet er blevet behandlet. Jf. f.eks. A. Reinstadler, »Partikuläre Anwendung der RL 2006/123/EG auf rein innerstaatliche Sachverhalte?«, *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2016, s. 124-126, på s. 125, S. Korte, »Dienstleistungsfreiheit: Gebietsbeschränkungen für Rauchfangkehrer«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, s. 224-229, på s. 228, og R. Streinz, »Anwendungsbereich der DienstleistungsRL bei rein innerstaatlichen Sachverhalten; Kohärenz und Systematik als Maßstab für die Verhältnismäßigkeit der territorialen Beschränkung von GewerbeKonzessionen«, *Juristische Schulung*, 2016, s. 759-761, på s. 761. Kritisk hvad angår mit forslag til afgørelse, Trijber og Harmsen (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:505), A. Schiff, »Zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Inlandssachverhalte«, *Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht*, 2015, s. 899-904, på s. 901.

115 – Jf. også punkt 115 i dette forslag til afgørelse.

124. En sådan forståelse af ordet »tilladelsesordning« forekommer mig at finde støtte i Domstolens praksis.

125. Selv om Domstolen, så vidt jeg ved, endnu ikke har opstillet detaljerede regler for sondringen mellem en »tilladelsesordning« og andre former for restriktioner, har den i tre tilfælde stået over for sager om tilladelsesordninger i henhold til direktiv 2006/123: dommene i sagerne *Trijber og Harmsen*,¹¹⁶ *Promoimpresa m.fl.*¹¹⁷ og *Hemming m.fl.*¹¹⁸. Der var i alle tilfælde tale om en afgørelse truffet af en administrativ myndighed, som var nødvendig, inden tjenesteyderen kunne påbegynde sin virksomhed. På tilsvarende vis kvalificerede EFTA-Domstolen en ordning med tilladelser til bygherrer i Norge som en tilladelsesordning som omhandlet i artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2006/123¹¹⁹ som nødvendig for en byggevirksomhed, der påbegyndte bygge- og anlægsarbejder i Norge.

126. I alle disse sager skulle tjenesteyderen (1) anmode om en afgørelse fra myndigheden, (2) modtage en afgørelse rettet mod vedkommende in concreto, og (3) afgørelsen og overholdelsen heraf var en forudsætning for, at tjenesteyderen kunne påbegynde sin virksomhed¹²⁰.

127. Ingen af disse tre elementer er til stede i det omtvistede tilfælde, hvorfor det er min opfattelse, at en byplan som den i hovedsagen omhandlede ikke udgør en tilladelsesordning som omhandlet i artikel 4, stk. 6, i direktiv 2006/123.

b) Krav

128. Et »krav« i henhold til artikel 4, stk. 7, er »enhver forpligtelse, ethvert forbud, enhver betingelse eller enhver begrænsning, der er fastsat i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser«¹²¹.

129. En byplan såsom den af Appingedam kommune vedtagne er en administrativ bestemmelse, som udgør en *conditio sine qua non* for en erhvervsdrivende, der ønsker at etablere sig i en sådan kommune. Den er dermed omfattet af definitionen af et »krav« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2006/123.

c) Niende betragtning til direktiv 2006/123

130. Inden jeg går videre til at behandle artikel 14 og 15 i direktiv 2006/123, må jeg først behandle den af den forelæggende ret rejste problemstilling, hvorefter niende betragtning til direktivet har den virkning, at den udelukker en foranstaltning, såsom en byplan, fra direktivets anvendelsesområde.

131. Niende betragtning til direktivet anfører, at direktivet »[kun] finder [...] anvendelse på de krav, som indvirker på adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed. Det finder ikke anvendelse på krav såsom færdselsregler, regler om arealudvikling og -anvendelse, by- og landplanlægning, bygningsstandarter samt administrative sanktioner, der pålægges for manglende overholdelse af sådanne regler, der ikke specifikt regulerer eller indvirker på servicevirksomheden, men som skal overholdes af tjenesteyderne under udøvelsen af deres erhvervsvirksomhed på samme måde som af enkeltpersoner, der handler som privatpersoner«.

¹¹⁶ – Dom af 1.10.2015 (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641).

¹¹⁷ – Dom af 14.7.2016 (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558).

¹¹⁸ – Dom af 16.11.2016 (C-316/15, EU:C:2016:879).

¹¹⁹ – EFTA-Domstolens dom af 28.9.2015, EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Kongeriget Norge, EFTA Court Report 2015-484, præmis 50.

¹²⁰ – Jf. ordlyden af artikel 4, stk. 6, min fremhævelse: »»tilladelsesordning«: enhver procedure, der indebærer, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal henvende sig til en kompetent myndighed med henblik på at opnå en udtrykkelig eller en stiltiende afgørelse om adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed«.

¹²¹ – Eller som følger af retspraksis, administrativ praksis, faglige foreningers regler eller af kollektive regler, som faglige sammenslutninger og erhvervsorganisationer har vedtaget som led i deres retlige autonomi.

132. Det er velkendt, at mens betragtninger til EU-retsakter ikke er retligt bindende¹²², anvender Domstolen dem ofte ved fortolkningen af bestemmelser i en EU-retsakt og har allerede gjort det hvad angår direktiv 2006/123¹²³. I EU-retsordenen er de beskrivende og ikke normgivende. Spørgsmålet om deres retsvirkning er normalt uden betydning af den simple grund, at betragtningerne typisk afspejles i et direktivs lovbestemmelser. God lovgivningspraksis fra EU's politiske institutioner forsøger at opnå en situation, hvor betragtningerne giver en faktuel baggrund for bestemmelserne i en retsakt.

133. Niende betragtning afspejles imidlertid ikke andre steder i direktivet i den forstand, at den afspejler en af de (normgivende) bestemmelser. Som følge heraf er områder, der er opregnet i betragtningen, derfor ikke i sig selv undtaget fra direktiv 2006/123, blot fordi de tilfældigvis er nævnt i betragtningen. Direktivet har derfor ikke en blind vinkel hvad angår byplaner.

134. For så vidt som nogle parter i retsforhandlingerne har påberåbt sig Domstolens dom i sagen *Libert m.fl.*¹²⁴, er det tilstrækkeligt at anføre, at selv om niende betragtning blev nævnt i den dom, var grunden til, at Domstolen anså foranstaltninger vedrørende socialt boligbyggeri for ikke at være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, den utvetydige ordlyd af direktivets artikel 2, stk. 2, litra j)¹²⁵.

135. Det betyder dog ikke, at betragtningen ikke har fortolkningsværdi. Jeg læser niende betragtning på baggrund af medlemsstaternes pligt i medfør af artikel 15, stk. 7, i direktiv 2006/123 til at give Kommissionen meddelelse om nye krav og i medfør af artikel 39, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/123 til at forelægge Kommissionen en rapport med de oplysninger, der er nævnt i artikel 15, stk. 5, om krav, der skal evalueres. Det kan bestemt ikke forventes af medlemsstaterne, at de giver Kommissionen meddelelse om hver eneste byplan som en by- og landplanlægningsforanstaltning.

136. Niende betragtning præciserer derfor, at byplanlægningslove i de fleste tilfælde ikke udgør krav i henhold til direktiv 2006/123. Hovedparten af byplanlægningslove, navnlig dem, der finder anvendelse på alle, påvirker ikke tjenesteydere, da de ikke opstiller betingelser, som påvirker en tjenesteyders tjenesteydelse¹²⁶. Direktiv 2006/123 beskytter en tjenesteyder mod byrder, som påvirker tjenesteydere mere end borgere, som ikke leverer tjenesteydelser, men det er klart, at direktivet ikke tilsigter at udrydde generelle administrative nødvendigheder, såsom byggestandarder, færdselsregler eller byplanlægningslove. Ikke alt, der kan have forstyrrende virkninger på etableringsfriheden, bør udgøre et krav.

137. Niende betragtning antyder derimod ikke, at en byplan er helt udelukket fra direktivets anvendelsesområde. Det kan således være, at byplanen påvirker tjenesteydere specifikt. Der er udtrykkeligt henvist til territoriale begrænsninger (artikel 15, stk. 2) og tilladelser til større supermarkeder (47. betragtning) i direktivet. Endvidere er enhver regel, uanset dens oprindelse, der har som virkning, at tjenesteydere får højere etableringsomkostninger, efter min opfattelse i princippet omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123.

122 – Dom af 19.11.1998, *Nilsson m.fl.* (C-162/97, EU:C:1998:554, præmis 54), af 24.11.2005, *Deutsches Milch-Kontor* (C-136/04, EU:C:2005:716, præmis 32), og generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse *TeliaSonera Finland* (C-192/08, EU:C:2009:309, punkt 87-89).

123 – Jf. dom af 8.5.2013 (C-197/11 og C-203/11, EU:C:2013:288, præmis 104), af 16.6.2015, *Rina Services m.fl.* (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 24 og 38), af 1.10.2015, *Trijber og Harmsen* (C-340/14 og C-341/14, EU:C:2015:641, præmis 44, 49, 52 og 53), af 23.12.2015, *Hiebler* (C-293/14, EU:C:2015:843, præmis 41, 44 og 73), af 14.7.2016, *Promoimpresa m.fl.* (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 39, 44 og 48), af 23.2.2016, *Kommissionen mod Ungarn* (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 62, 63, 88, 106 og 111), og af 16.11.2016, *Hemming m.fl.* (C-316/15, EU:C:2016:879, præmis 28).

124 – Jf. dom af 8.5.2013 (C-197/11 og C-203/11, EU:C:2013:288, præmis 104).

125 – Hvorefter direktivet ikke finder anvendelse på sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri.

126 – Jf. også S. Rodin, »Scope of the Services Directive 2006/123/EC« i *Conference notes Internal Market for Services*, University of Maribor, 2009, s. 21, og M. Klamert, *Services Liberalization in the EU and the WTO*, Cambridge University Press, 2015, s. 285.

138. Den omtvistede foranstaltning, nemlig et forbud mod at udøve visse former for detailvirksomhed i et bestemt område, skaber en sådan yderligere etableringsomkostning og omfattes dermed af direktiv 2006/123.

139. I lyset af niende betragtning til direktiv 2006/123 er en byplan som den her omtvistede derfor ikke udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

d) Artikel 14, nr. 5), i direktiv 2006/123

140. Artikel 14 i direktiv 2006/123 om forbudte krav opregner otte krav, som medlemsstaterne under ingen omstændigheder kan vedtage for så vidt angår adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed på deres område. Denne »sorte liste« søger at sikre en systematisk og hurtig ophævelse af visse restriktioner for etableringsfriheden, som ifølge EU-lovgiver og Domstolens praksis anses for i alvorlig grad at berøre den tilfredsstillende funktion af det indre marked¹²⁷.

141. Artikel 14, nr. 5), i direktiv 2006/123 forbyder i det væsentlige, at etablering gøres betinget af en konkret økonomisk test fra sag til sag. Mens der forekommer at være et vist økonomisk element i en byplan, som forbyder visse former for detailvirksomhed i visse områder, er foranstaltningen ikke omfattet af artikel 14, nr. 5), i direktiv 2006/123. Der er heller ingen test, der finder konkret anvendelse fra sag til sag inden etablering, ligesom foranstaltningens økonomiske element heller ikke forekommer at være afgørende¹²⁸ (jf. bedømmelsen vedrørende begrundelsen nedenfor).

e) Artikel 15 i direktiv 2006/123

142. Det spørgsmål, der stadig skal behandles, er, om byplanen er omfattet af artikel 15, stk. 2, litra a), i direktiv 2006/123¹²⁹, som er til hinder for kvantitative eller territoriale begrænsninger.

143. Som den italienske regering med rette understregede i indlæggene i denne sag, udgør en byplan som den omhandlede en sådan territorial begrænsning¹³⁰. Planen begrænser de mulige steder, hvor tjenesteydere kan etablere sig, men den begrænser ikke deres antal, forudsat at der er tilstrækkelige steder, der er udpeget til deres virksomhed.

144. En sådan begrænsning kan kun være begrundet, hvis de i artikel 15, stk. 3, opregnede betingelser er opfyldt¹³¹.

145. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder i henhold til denne bestemmelse skal i sidste ende foretages af den forelæggende ret. På grundlag af de oplysninger, der er til rådighed, forekommer den omtvistede foranstaltning, dvs. tildelingen af bestemte salgssteder, mig dog at være begrundet i henhold til artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/123.

146. Vi står over for en foranstaltning, der anvendes uden sondring, der anvendes retligt og faktisk på samme måde på alle tjenesteydere, og som ikke indebærer direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

¹²⁷ – Jf. dom af 16.6.2015, Rina Services m.fl. (C-593/13, EU:C:2015:399, præmis 39).

¹²⁸ – I den juridiske litteratur ses formålet med artikel 14, nr. 5), som en prøvelse af den økonomiske efterspørgsel (»Bedarfsplanung«), jf. f.eks. M. Schlachter/Chr. Ohler, *Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2008, Artikel 14, punkt 16.

¹²⁹ – Artikel 15 finder direkte anvendelse og kan påberåbes af individer over for en medlemsstat, jf. mit forslag til afgørelse Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, punkt 53).

¹³⁰ – Jf. også punkt 6.2.5 og 6.3.1 i Kommissionens håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet.

¹³¹ – Ordlyden af direktivets artikel 15, stk. 3, minder om Domstolens formulering i dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 37). Jf. også G. Davies, »The Services Directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration«, *European Law Review*, bind 32, 2007, s. 232-245, på s. 234. Hvad angår kravene i direktivets artikel 15, stk. 3, jf. endvidere M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, Boom Juridische uitgevers, Haag, 2015, kapitel 7, § 4.1.2, s. 275.

147. Bevarelsen af bymiljøet, der er påberåbt som et tvingende alment hensyn af almen interesse, er anerkendt i artikel 4, nr. 8), i direktiv 2006/123¹³², som i denne henseende kodificerer den tidligere retspraksis vedrørende artikel 56 TEUF¹³³. En by kan have en interesse i gennem en byplan at bidrage til, at byens centrum forbliver levende og bibeholder sin oprindelige karakter. Regulering af, hvilke butikker, der kan åbnes, kan generelt være en del af en sådan politik. Endvidere kan en by også ønske at påvirke trafikmængden og -strømmen i og uden for byen. Det bør tilføjes, at den pågældende foranstaltning ikke er en økonomisk foranstaltning i den forstand, at dens formål og virkning er at beskytte visse detailhandlende frem for andre. Det er snarere en foranstaltning, der vedrører tilværelsen i en by, og er tæt på en kulturpolitik, hvilket også er anerkendt som et tvingende alment hensyn i artikel 4, nr. 8), i direktiv 2006/123¹³⁴.

148. Foranstaltningen forekommer forholdsmæssig og går ikke ud over det, der er nødvendigt for at nå dens mål. Shoppingcentre uden for centrum har en selvforstærkende virkning. Når der først er nogle butikker uden for centrum, og beboerne kører dertil, bliver stedet også mere attraktivt for andre butikker, som hidtil lå i centrum. Den eneste måde at undgå de negative følger med mere trafik og tomme indre byer er dermed at begrænse mulighederne for, at tjenesteydere etablerer sig uden for centrum.

149. I denne sammenhæng og ganske afgørende har kommunen i denne sag også gjort klart, at foranstaltningen ikke er til hinder for, at tjenesteyderne etablerer sig i centrum som sådan, eftersom der er tilstrækkeligt plads til detailhandel til overkommelige priser¹³⁵. Der forekommer faktisk slet ikke at være nogen antydning af, at byplanen indirekte begrænser antallet af detailhandlende i kommunen.

150. Som det er fremgået, er der ingen grund til at antage, at foranstaltningen er uforholdsmæssig, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve. Hvis den forelæggende ret måtte drage den konklusion, at butiksarealerne er begrænset i et sådant omfang, at tjenesteydere, såsom X's kunde, ikke kan eller afskrækkes fra at etablere sig, kan foranstaltningen ikke bestå testen om forholdsmæssighed og vil derfor være udelukket i henhold til artikel 15 i direktiv 2006/123.

151. Svaret på det andet og det femte spørgsmål bør derfor være, at en byplan som den i denne sag omhandlede, som kun tillader visse former for detailhandel, udgør en territorial begrænsning i den i artikel 15, stk. 2, litra a), i direktiv 2006/123 omhandlede forstand, som kan begrundes på grundlag af direktivets artikel 15, stk. 3, hvis det bevises, at den forfølger målet om bevarelse af bymiljøet på forholdsmæssig vis.

5. Artikel 34 og 49 TEUF (spørgsmål 6)

152. I lyset af svaret på ovenstående spørgsmål og henset til, at denne sag er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123, er en bedømmelse i forhold til traktatens frihedsrettigheder ufornöden¹³⁶.

132 – Der er herudover henvist hertil som et tvingende alment hensyn i 40., 56. og 66. betragtning til direktiv 2006/123. 40. betragtning specificerer endda udtrykkeligt, at det omfatter beskyttelse af bymiljøet, herunder by- og landplanlægning.

133 – Jf. dom af 29.11.2001, *De Coster* (C-17/00, EU:C:2001:651, præmis 38).

134 – Selv hvis kulturpolitik ikke havde fremgået af Domstolens praksis inden direktivets vedtagelse, som fremhævet af C. Barnard, »Unravelling the services directive«, 45 *Common Market Law Review*, 2008, s. 323-396, på s. 354.

135 – Situationen er dermed helt anderledes end de faktiske omstændigheder i dom Kommissionen mod Spanien, hvor en spansk lov systematisk forhindrede visse former for detailbutikker, jf. dom af 24.3.2011 (C-400/08, EU:C:2011:172).

136 – Jf. dom af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 118).

VI. Forslag til afgørelse

153. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) og Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) stillede spørgsmål således:

- »1) Gebyrer, såsom de i hovedsagen i sag C-360/15 omtvistede, der opkræves af et organ i en medlemsstat for at behandle en ansøgning om tilladelse af tidspunkt, sted og gennemførelsesmåde for gravearbejder i forbindelse med udlægning af kabler til et offentligt elektronisk kommunikationsnet er omfattet af artikel 2, stk. 2, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked. De tilhører ikke skatte- og afgiftsområdet som omhandlet i artikel 2, stk. 3, i direktiv 2006/123.
- 2) En detailvirksomhed bestående i salg af varer, såsom sko og tøj, til forbrugere er omfattet af definitionen af »tjenesteydelse« i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2006/123.
- 3) Bestemmelserne i kapitel III i direktiv 2006/123 finder anvendelse på situationer som de i hovedsagerne omhandlede, uafhængigt af om alle faktorerne er begrænset til en enkelt medlemsstat.
- 4) En byplan som den i hovedsagen i sag C-31/16 omhandlede, som kun tillader visse former for detailhandel, udgør en territorial begrænsning som omhandlet i artikel 15, stk. 2, litra a), i direktiv 2006/123, som kan begrundes på grundlag af direktivets artikel 15, stk. 3, hvis det bevises, at den forfølger målet om bevarelse af bymiljøet på forholdsmæssig vis.«

i — Der er foretaget en rettelse i punkt 88 efter den oprindelige offentliggørelse af teksten