FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 26. januar 1995 *

1. I denne sag har College van Beroep voor het Bedrijfsleven (forvaltningsdomstol for handel og industri) i Nederlandene forelagt visse spørgsmål om fortolkningen af EØF-traktatens artikel 59. Den forelæggende ret søger i det væsentligste oplyst, om det forbud mod den handelspraksis, der går under navnet »cold calling«, som blev udstedt ved den nederlandske lov af 30. oktober 1985 om handel med værdipapirer, er foreneligt med traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser, for så vidt som det forbydes en virksomhed etableret i Nederlandene at sætte sig i forbindelse med potentielle kunder, der er hjemmehørende i andre medlemsstater.

2. Firmaet Alpine Investments BV, som er etableret i Nederlandene, yder finansielle tjenesteydelser og er specialiseret i vareterminskontrakter. Det handler som mellemmand, dvs. det modtager ordrer fra kunder vedrørende handler på vareterminsmarkedet og overgiver disse ordrer til mæglere på disse markeder inden for og uden for Fællesskabet. Det har tre typer klientforhold: »managed accounts«, »semi-managed accounts« og »non managed accounts«. Ved en »managed account« bemyndiges firmaet af kunden til for dennes regning frit at indgå handler på vareterminsmarkedet. Ved en »semi-managed account« oplyser firmaet kunden om forskellige investeringsmuligheder på vareterminsmarkedet, og det er op til kunden at beslutte, om der skal investeres. Ved »non managed account« yder firmaet ingen investeringsrådgivning og fører blot kundens instruktioner ud i livet.

3. På det relevante tidspunkt var finansielle tjenesteydelser i Nederlandene reguleret ved lov af 30. oktober 1985 om handel med værdipapirer (Wet Effectenhandel, herefter benævnt »WEH«) [1]. Lovens artikel 6, stk. 1, forbyder mellemmandsvirksomhed inden for handel med værdipapirer uden forudgående autorisation. I artikel 6, stk. 2 og 3, opregnes, hvilke betingelser der skal være opfyldt for at opnå autorisation. I artikel 8, stk. 1, bestemmes, at finansministeren (herefter benævnt »ministeren«) under særlige omstændigheder kan tilstå en fritagelse fra

* Originalsprog: engelsk.

1 — Stbl. 1985, 570. Loven blev ophævet den 15.6.1992 og afløst af Wet Toezicht Effectenverkeer (WTE), Stbl. 1991, 141.

forbuddet i artikel 6, stk. 1. Ifølge artikel 8, stk. 2, kan der knyttes betingelser til fritagelsen med henblik på at bekæmpe uønskede udviklinger inden for handelen med værdipapirer.

4. Den 6. september 1991 gav ministeren i medfør af artikel 8 i WEH Alpine Investments en fritagelse, hvorefter firmaet kunne placere ordrer hos Merill Lynch Inc. Ved beslutning af 12. november 1991 fastsatte ministeren en betingelse for fritagelsen, der rent faktisk hindrede Alpine Investments i »cold calling«, nemlig i at sætte sig telefonisk eller personligt i forbindelse med potentielle kunder, dersom disse ikke udtrykkeligt og skriftligt havde givet tilladelse til en sådan fremgangsmåde, og kun så længe en sådan tilladelse ikke var blevet tilbagekaldt ved anbefalet brev. Tilladelsen skulle fremgå utvetydigt af en dateret erklæring, der var underskrevet af kunden, og som skulle opbevares hos Alpine Investments i fem år efter det tidspunkt, hvor den seneste handel havde fundet sted, eller hvor forbindelsen mellem Alpine Investments og kunden var ophørt.

5. Alpine Investments klagede over ministerens beslutning af 12. november 1991, men den 14. januar 1992 ophævede ministeren den af ham givne fritagelse og gav en ny fritagelse til at indgive ordrer til Rodman & Renshaw Inc. Denne fritagelse var ligeledes underlagt det vilkår, at det var forbudt Alpine Investments at sætte sig telefonisk eller personligt i forbindelse med potentielle kunder, dersom kunderne ikke forudgående udtrykkeligt og skriftligt havde givet tilladelse til sådanne henvendelser. Den 13. februar 1992 klagede Alpine Investments over ministerens beslutning af 14. januar 1992.

6. Det fremgår, at alle fritagelser givet efter den 1. oktober 1991 i medfør af artikel 8 i WEH har været betinget af et forbud mod »cold calling« som det, der blev pålagt Alpine Investments. I løbet af 1991 modtog ministeren adskillige klager fra investorer, der på grund af »cold calling« have indgået handler, som de siden havde fortrudt. Ministeren forbød derfor generelt »cold calling« og gav pressemeddelelse herom den 1. oktober 1991.

7. Ved beslutning af 29. april 1992 afviste ministeren Alpine Investments' klage. Denne indbragte herefter sagen for den forelæggende ret. Under hovedsagen har Alpine Investments bl.a. gjort gældende, at forbuddet mod »cold calling« er i strid med traktatens artikel 59. Dette forbud forhindrer

Alpine Investments i at sætte sig i forbindelse med potentielle kunder i andre medlemsstater og udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, som ikke er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Foranlediget af disse anbringender er følgende spørgsmål blevet forelagt Domstolen:

»1) Skal EØF-traktatens artikel 59 fortolkes således, at den også omfatter tjenesteydelser, som tjenesteyderen fra sin etableringsmedlemsstat telefonisk tilbyder (potentielle) kunder i en anden medlemsstat og også senere udfører fra etableringsmedlemsstaten?

2) Tager bestemmelserne i den nævnte artikel også sigte på bestemmelser og/eller begrænsninger som i en tjenesteyders etableringsmedlemsstat gælder for den lovlige udøvelse af de pågældende erhverv eller den pågældende virksomhed, men ikke, eller i hvert fald ikke på samme måde og i samme omfang, gælder for udøvelsen af hvervet eller virksomheden i den medlemsstat, hvor (potentielle) modtagere af den pågældende tjenesteydelse er hjemmehørende, og som derfor for tjenesteyderen — når denne tilbyder sine tjenesteydelser til (potentielle) kunder, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat — kan udgøre hindringer, der ikke gælder for personer, som er etableret i denne anden medlemsstat, og som udfører tilsvarende tjenesteydelser?

Såfremt spørgsmål 2) svares bekræftende:

3) a) Kan de hensyn til forbrugerbeskyttelsen og beskyttelsen af nederlandske finansielle tjenesteyderes omdømme, som ligger til grund for en bestemmelse, der har til formål at imødegå uønskede udviklinger inden for handel med værdipapirer, anses for tvingende almene grunde, som berettiger en hindring som den i spørgsmål 2) nævnte?

b) Skal en fritagelsesbestemmelse, som forbyder såkaldt 'cold calling', anses for objektivt nødvendig til beskyttelse af de nævnte interesser og for at stå i rimeligt forhold til det tilstræbte mål?«

8. Der er afgivet skriftlige indlæg af Alpine Investments, den nederlandske og den græske regering, Det Forenede Kongerige samt Kommissionen. Den belgiske regering har

desuden afgivet mundtligt indlæg for Domstolen.

9. Alpine Investments' virksomhed falder utvivlsomt inden for rammerne af EØF-traktatens artikel 60. I denne artikel defineres tjenesteydelser som ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer. Alpine Investments tilbyder finansielle tjenesteydelser. Som allerede påpeget består disse ydelser i gennemførelse af ordrer efter kundens instruktioner, kunderådgivning og administration af kundekonti.

10. Skønt det omtvistede forbud mod »cold calling« forhindrer Alpine Investments i at sætte sig telefonisk eller personligt i forbindelse med kunder, medmindre de forinden skriftligt har givet tilladelse hertil, fremgår det af forelæggelseskendelsen og dens første spørgsmål, at den nationale ret især finder forbuddet mod at sætte sig telefonisk i forbindelse med kunderne af betydning.

11. Det fremgår, at Alpine Investments bruger »cold calling« til at markedsføre sine tjenesteydelser. Firmaet telefonerer navnlig til potentielle kunder i andre medlemsstater og spørger dem, om de er interesserede i at modtage yderligere oplysninger, eller indbyder dem til kurser, hvor der forklares om de tilbudte tjenesteydelser. Firmaet erklærer, at ingen nogen sinde har klaget over den måde, hvorpå det markedsfører sine tjenesteydelser.

12. Før de forelagte spørgsmål behandles, vil det være nyttigt ganske kort at undersøge de fællesskabsregler, som kunne være relevante for så vidt angår »cold calling«.

13. Formålet med Rådets direktiv 93/22/EØF af 10. maj 1993 om investeringsservice i forbindelse med værdipapirer [2] er at lette den frie etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser for investeringsselskaber.

14. Selv om spørgsmålet måtte falde inden for direktivets materielle anvendelsesområde, finder direktivet ikke anvendelse i nærværende sag, eftersom det ikke var vedtaget på tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder. Ikke desto mindre er direktivet relevant, fordi det angiver det regelsæt, som Fællesskabet har vedtaget for at lette den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser for investeringsselskaber.

2 — EFT L 141, s. 27.

Det skal bemærkes, at direktivet ikke harmoniserer medlemsstaternes regler vedrørende markedsføring af investeringer.

15. Ifølge direktivet må et investeringsselskab ikke udføre investeringsservice, medmindre det har opnået tilladelse gennem sit hjemlands kompetente myndigheder [3]. Når det har opnået denne tilladelse, kan selskabet udføre investeringsservice inden for hele Fællesskabet, enten ved oprettelse af en filial eller ved fri udveksling af tjenesteydelser. Værtslandet må ikke gøre udførelsen af investeringsservice på sit område betinget af krav om tilladelse eller krav om tilvejebringelse af kapitalindskud eller andre former for foranstaltninger med tilsvarende virkning [4].

16. Hjemlandet er ansvarlig for, at selskabet til enhver tid opfylder de betingelser, som stilles for at opnå tilladelse [5]. Hver medlemsstat skal udarbejde tilsynsregler, der til stadighed skal efterleves af investeringsselskaberne. I direktivet opstilles sådanne reglers almindelige grundsætninger [6]. Ansvaret for tilsyn med et investeringsselskab påhviler hjemlandet [7].

17. Medlemsstaterne skal udarbejde regler for god forretningsskik, der til stadighed skal efterleves af investeringsselskaberne. Direktivet angiver i almindelige vendinger indholdet af disse regler [8]. Artikel 11, stk. 2, lyder som følger:

»Uden at foregribe de beslutninger, der skal træffes som led i en harmonisering af reglerne for god forretningsskik, hører deres iværksættelse og kontrollen med deres overholdelse fortsat under den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen præsteres.«

18. Ifølge artikel 13 er bestemmelserne i direktivet ikke til hinder for, at investeringsselskaber, der har fået meddelt tilladelse i en anden medlemsstat, kan gøre reklame for deres tjenesteydelser med alle de kommunikationsmidler, som står til rådighed i værtslandet, dersom de overholder de regler for den pågældende reklames form og indhold, der er begrundet i hensynet til samfundsmæssige interesser.

19. Det er imidlertid ikke efter direktivet ganske klart, hvorledes ansvaret er fordelt mellem myndighederne i hjemlandet og myndighederne i værtslandet. Under alle omstændigheder vil det ikke altid i et

3 — Artikel 3, stk. 1.
4 — Artikel 14, stk. 1 og 2.
5 — Artikel 8, stk. 1 og 2.
6 — Artikel 10.
7 — Artikel 8, stk. 3.
8 — Artikel 11, stk. 1.

konkret tilfælde være klart, nøjagtigt hvor en bestemt tjenesteydelse leveres.

20. Den 20. december 1985 vedtog Rådet direktiv 85/577/EØF om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted [9], hvis formål er at beskytte forbrugerne imod urimelige forretningsmetoder ved dørsalg [10]. Direktivet finder ikke anvendelse på telefonisk indgåede aftaler eller på »aftaler vedrørende værdipapirer« [11]. Inden for sit anvendelsesområde er direktivet ikke til hinder for, hvad man kunne beskrive som »cold calling« ved dørsalg, men det giver forbrugeren fortrydelsesret. Medlemsstaterne kan ifølge direktivet vedtage endnu gunstigere forbrugerbeskyttende bestemmelser [12].

21. I oktober 1993 forelagde Kommissionen et ændret forslag til Rådets direktiv om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg [13]. Direktivforslaget har til formål at tilnærme medlemsstaternes love om »aftaler vedrørende fjernsalg indgået mellem forbrugere og leverandører, samt vedrørende opfordringer til at indgå aftale og de hertil hørende forberedende foranstaltninger« [14].

22. Medlemsstaterne skal ifølge artikel 4 træffe de nødvendige foranstaltninger til at give de forbrugere, som har tilkendegivet deres ønske om ikke at modtage sådanne henvendelser, effektiv beskyttelse mod disse. Artikel 4, stk. 2, lyder:

»Benyttelsen af nedenfor opførte teknikker kræver forbrugerens forudgående tilladelse:

— telefax

— elektronisk post

— telefon

— opkaldsautomater.«

9 — EFT L 372, s. 31.

10 — Præamblen, tredje betragtning.

11 — Artikel 3, stk. 2, litra e).

12 — Artikel 8.

13 — KOM(93) 396 endelig udg., EFT 1993 C 308, s. 18. Det oprindelige forslag er KOM(92) 11 endelig udg., EFT 1992 C 156, s. 14.

14 — Artikel 1.

»Cold calling« gennem telefonisk henvendelse er således efter direktivforslagets ordlyd ikke tilladt. Det fremgår, at direktivforslaget finder anvendelse på aftaler om finansielle tjenesteydelser, herunder den type ydelser, som Alpine Investments udfører [15].

23. Som fremhævet af Kommissionen viser denne gennemgang, at fællesskabslovgivningen for nærværende hverken er til hinder for »cold calling« ved telefonisk eller personlig henvendelse eller for, at medlemsstaterne forbyder dette.

24. Jeg skal herefter gå over til at undersøge de forelagte spørgsmål.

Det første spørgsmål

25. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige klarlagt, om artikel 59 finder anvendelse på tjenesteydelser, som tjenesteyderen tilbyder fra den medlemsstat, hvori han er etableret, til personer i andre medlemsstater. Dette spørgsmål skal uden tvivl besvares bekræftende.

26. Eftersom målet med artikel 59 er at afskaffe restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet, forudsætter dens anvendelse, at der foreligger et grænseoverskridende element. Som Domstolen har fastslået, skal de tjenesteydelser, der er tale om, være »grænseoverskridende« [16]. Artikel 59 finder ikke anvendelse på aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat [17].

27. Der foreligger et grænseoverskridende element, når tjenesteyderen og modtageren af tjenesteydelserne er etableret i forskellige medlemsstater [18]. Hvor det er tilfældet, finder artikel 59 anvendelse, uanset i hvilken medlemsstat tjenesteydelserne udføres. Denne fortolkning understøttes af ordlyden af artikel 59, hvor det i stk. 1 bestemmes, at restriktioner, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, skal afskaffes »for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse«.

28. Denne fortolkning bekræftes tillige af Domstolens praksis, hvoraf det klart fremgår, at traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser finder anvendelse, når tjenesteyderen rejser til en anden

15 — Se direktivforslagets artikel 1, 2 og 12.

16 — Dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders m.fl., Sml. s. 2085, præmis 13.

17 — Dom af 26.2.1991, sag C-198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727, præmis 9, af 18.3.1980, sag 52/79, Debauve m.fl., Sml. s. 833, præmis 9, og af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 37, 38 og 39.

18 — Se dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Sml. I, s. 2239, præmis 11.

medlemsstat for at udføre tjenesteydelser [19], når modtageren af tjenesteydelserne rejser til en anden medlemsstat for at modtage dem [20], når såvel tjenesteyderen som modtageren er etableret i samme medlemsstat, men tjenesteyderen rejser til en anden medlemsstat for at tilbyde tjenesteydelserne [21], og når hverken yderen eller modtageren rent faktisk rejser, men tjenesteydelserne leveres gennem post eller telekommunikation, såsom telefon, fax eller elektronisk post [22].

29. Alpine Investments gør gældende, at de tjenesteydelser, der er tale om i denne sag, hører til den sidstnævnte kategori. Under nærværende sag er det efter min mening ikke nødvendigt præcist at afgøre, hvor tjenesteydelserne udføres. Eftersom tjenesteyderen og modtageren af tjenesteydelserne er etableret i forskellige medlemsstater, foreligger der et grænseoverskridende element.

30. Den nederlandske regering gør gældende, at det omtvistede forbud mod »cold calling« vedrører rent interne forhold. Dette anbringende er forkert. Denne sag vedrører forbuddet mod »cold calling« i den udstrækning, hvor det forhindrer Alpine Investments i at sætte sig i forbindelse med potentielle kunder i andre medlemsstater. Den nederlandske regering har i sine bemærkninger til det andet forelagte spørgsmål medgivet, at forbuddet også omfatter telefoniske henvendelser fra Nederlandene til personer etableret i andre medlemsstater.

31. Den nederlandske regering gør yderligere gældende, at det store flertal af vareterminshandler gennemføres på vareterminsmarkedet i Chicago og altså uden for Fællesskabets område. Dette betyder imidlertid ikke, at artikel 59 ikke finder anvendelse i nærværende sag, der omhandler forbud mod en bestemt markedsføringsteknik inden for Fællesskabet, hvorved en person, der er etableret i en medlemsstat, forhindres i at udføre tjenesteydelser for en kunde med bopæl i en anden medlemsstat.

32. Den nederlandske regering og Det Forenede Kongerige gør med henvisning til Keck og Mithouard-dommen [23] gældende, at

19 — Se f.eks. dom af 10.2.1982, sag 76/81, Transporoute, Sml. s. 417.

20 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377.

21 — Se sagerne vedrørende turistførere: domme af 26.2.1991, sag C-154/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 659, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, og den i note 17 nævnte sag Kommissionen mod Grækenland.

22 — Se f.eks. dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221. Se ligeledes sagerne angående »Mediawet«: domme af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl., Sml. I, s. 4007, og sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069, samt dom af 5.10.1994, sag C-23/93, TV10, Sml. I, s. 4795.

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

den fortolkning af artikel 30, som Domstolen gav i denne afgørelse, må kunne overføres på artikel 59. De hævder, at det omtvistede forbud mod »cold calling« således ikke er en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, og svaret på det første spørgsmål må derfor være, at artikel 59 ikke finder anvendelse i nærværende sag.

33. Dette ræsonnement forekommer mig at bygge på en misforståelse af det første spørgsmål. Som ovenfor forklaret ønsker den forelæggende ret gennem dette spørgsmål blot oplyst, hvorvidt artikel 59 finder anvendelse på tjenesteydelser, som udføres af tjenesteyderen fra dennes etableringsmedlemsstat over for personer med bopæl i andre medlemsstater. Der spørges ikke om, hvorvidt det omhandlede forbud mod »cold calling« er en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser. Dette er omfattet af det andet spørgsmål. Det er i sammenhæng med dette spørgsmål, at den nederlandske regerings og Det Forenede Kongeriges argumenter må undersøges.

34. Jeg når derfor frem til, at det første af de forelagte spørgsmål skal besvares bekræftende.

Det andet spørgsmål

35. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om det omtvistede forbud mod »cold calling« udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser efter artikel 59.

36. Det fremgår nærmere af forelæggelseskendelsen, at den forelæggende ret søger to spørgsmål afklaret. For det første ønsker den oplyst, om artikel 59 er uanvendelig, fordi det omtvistede forbud pålægges af tjenesteyderens etableringsmedlemsstat. For det andet ønsker den oplyst, om forbuddet udgør en hindring efter artikel 59, fordi der i de medlemsstater, som er modtagernes etableringsmedlemsstater, ikke, eller i hvert fald ikke i samme omfang, gælder et sådant forbud for de dér etablerede tjenesteydere.

37. Med hensyn til det første spørgsmål bemærkes, at traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser ikke blot forpligter modtagermedlemsstaten, men også oprindelsesmedlemsstaten. Domstolen har fastslået, at retten til fri udveksling af tjenesteydelser kan påberåbes af en virksomhed over for den stat, hvor den er etableret, når tjenesteydelserne præsteres til modtagere i en

anden medlemsstat [24]. Det følger heraf, at det omtvistede forbud ikke falder uden for anvendelsesområdet for artikel 59, blot fordi det pålægges af den stat, hvor tjenesteyderen er etableret.

38. Med hensyn til det andet spørgsmål bemærkes indledningsvis, at det omtvistede forbud er ikke-diskriminerende. Det finder anvendelse uden forskel på alle tjenesteydere etableret i Nederlandene. Det finder anvendelse, uanset om Alpine Investments' potentielle kunder er bosat i Nederlandene eller i andre medlemsstater. Det finder således anvendelse, uden at der gøres forskel mellem modtagerne af tjenesteydelserne.

39. At forskellige medlemsstater pålægger forskellige restriktioner udgør ikke forskelsbehandling og resulterer ej heller i forhold, der er uforenelige med traktaten. Det nederlandske forbud mod »cold calling«, der finder ens anvendelse på alle, som det omfatter, er ikke uforeneligt med traktaten, blot fordi andre medlemsstater måtte anvende mindre strenge bestemmelser over for tjenesteydere etableret på deres område [25].

40. Tilbage står imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt det omtvistede forbud udgør en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 59's forstand. Alpine Investments og Kommissionen gør gældende, at dette spørgsmål bør besvares bekræftende. Det Forenede Kongerige og den nederlandske regering indtager det modsatte standpunkt.

41. Alpine Investments gør gældende, at forbuddet er til hinder for dets ret til fri udveksling af tjenesteydelser, eftersom det vedrører adgangen til at rette henvendelse til potentielle kunder uden for Nederlandene. Ifølge firmaet skal det andet spørgsmål derfor besvares således, at artikel 59 er til hinder for, at den medlemsstat, hvori tjenesteyderen er etableret, fastsætter bestemmelser, der regulerer den måde, hvorpå tjenesteydelsen udføres i andre medlemsstater, i det omfang disse bestemmelser hindrer udførelsen af grænseoverskridende tjenesteydelser.

42. Det Forenede Kongerige gør gældende, at det omtvistede forbud ikke udgør en restriktion, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, fordi det anvendes generelt, er ikke-diskriminerende og ikke har til formål eller til følge at yde det nationale marked en fordel i forhold til tjenesteydere fra andre medlemsstater. Det samme ræsonnement fremføres af den nederlandske regering.

43. De fleste af de sager om tjenesteydelser, som Domstolen indtil nu har afgjort,

24 — Dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 30, af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 40, og af 5.10.1994, sag C-381/93, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5145, præmis 14.

25 — Se den i note 24 citerede Peralta-dom, præmis 48. Se ligeledes dom af 3.7.1979, forenede sager 185/78-204/78, Van Dam m.fl., Sml. s. 2345, præmis 10, og af 19.1.1988, sag 223/86, Pesca Valentia, Sml. s. 83, præmis 18.

vedrører restriktioner pålagt af modtagermedlemsstaten. I den situation fremgår det klart af Domstolens praksis, at artikel 59 ikke udelukkende omhandler restriktioner, som er diskriminerende, dvs. som diskriminerer tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet eller fordi han er etableret i en anden medlemsstat end den, hvori tjenesteydelsen skal leveres. Artikel 59 omfatter også ikke-diskriminerende restriktioner. Dette fremgår klart af Säger-dommen, i hvilken Domstolen udtalte [26]:

»Indledningsvis bemærkes, at traktatens artikel 59 ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af denne nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser.

En medlemsstat kan navnlig ikke betinge levering af tjenesteydelser på det pågældende lands område af, at samtlige betingelser for etablering i landet er opfyldt, idet de bestemmelser i traktaten, som netop skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved blive virkningsløse. En sådan restriktion er navnlig ulovlig, når tjenesteydelsen — som i det i hovedsagen omhandlede tilfælde — til forskel fra den i traktatens artikel 60, stk. 3, nævnte situation leveres, uden at tjenesteyderen behøver at bevæge sig ind på den pågældende medlemsstats område, hvor tjenesteydelsen leveres.«

44. I Schindler-dommen [27] bekræftede Domstolen, at artikel 59 finder anvendelse på ikke-diskriminerende restriktioner.

45. Efter min opfattelse finder tilsvarende grundsætninger anvendelse på restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, og som pålægges af den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret. Under visse omstændigheder kan denne stats ikke-diskriminerende bestemmelser — dvs. bestemmelser, som finder anvendelse på alle tjenesteydere med hjemsted på området, og uden at der gøres forskel på indenlandske tjenesteydelser og tjenesteydelser mellem medlemsstaterne — udgøre restriktioner i artikel 59's forstand.

46. Som fremhævet af Alpine Investments omhandler artikel 59 afskaffelsen af alle restriktioner, såvel diskriminerende som ikke-diskriminerende, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser. Som anført

26 — Den i note 22 nævnte Säger-dom, præmis 12 og 13. Se ligeledes de i note 22 nævnte domme Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl. og Kommissionen mod Nederlandene.

27 — Dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Sml. I, s. 1039.

ovenfor er det ligeledes efter Domstolens praksis klart, at artikel 59 endog forbyder ikke-diskriminerende restriktioner, der pålægges af modtagermedlemsstaten. Det ville være selvmodsigende, hvis der skulle gælde noget andet for så vidt angår restriktioner, der pålægges af oprindelsesmedlemsstaten. Så vidt muligt bør samme principper finde anvendelse på alle restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, uanset om de pålægges af oprindelsesmedlemsstaten, af tjenesteydelsesmodtagerens medlemsstat eller endog af en tredje medlemsstat, hvor hverken tjenesteyderen eller modtageren har hjemsted, dersom tjenesteydelsen leveres der.

47. Hvorvidt en bestemmelse i oprindelsesmedlemsstaten udgør en restriktion, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, må afgøres efter et funktionelt kriterium, nemlig under hensyn til, om bestemmelsen i væsentlig grad hindrer personer med hjemsted på denne stats område i at levere tjenesteydelser mellem medlemsstaterne. Efter min opfattelse er dette kriterium i samklang med begrebet det indre marked og mere hensigtsmæssigt end diskriminationsbegrebet.

48. Det afgørende for virkeliggørelsen af det indre marked er ikke, om bestemmelserne i en medlemsstat er diskriminerende, men om de griber forstyrrende ind i dets oprettelse eller funktion. Domstolen har fastslået, at begrebet det indre marked betyder, at der skal ske en fjernelse af alle hindringer for handelen i Fællesskabet »med henblik på at sammensmelte de nationale markeder i et enkelt marked, der frembyder størst mulig lighed med et egentligt hjemmemarked« [28]. Nationale bestemmelser, hvad enten de er fastsat i den »importerende« eller den »eksporterende« medlemsstat, som i væsentlig grad hindrer udøvelsen af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, griber forstyrrende ind i det indre markeds oprettelse og funktion og er derfor omfattet af traktatens anvendelsesområde.

49. Dette synspunkt understøttes af Domstolens nyligt afsagte dom i sagen Kommissionen mod Frankrig [29]. I denne sag fastslog Domstolen, at retten til fri udveksling af tjenesteydelser er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, som bevirker, at levering af tjenesteydelser mellem medlemsstater bliver vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat. Men Domstolen udtalte ikke, at nationale bestemmelser udelukkende udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, såfremt de skaber bedre vilkår for levering af interne tjenesteydelser end for levering af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne. Tværtimod fastslog Domstolen i almindelige vendinger, at »artikel 59 [er] til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, som uden at være begrundet i objektive hensyn begrænser en tjenesteyders muligheder for effektivt at udøve denne frihed« [30]. Domstolen fastslog tillige, at retten til fri udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes »i lyset af og med henblik på at nå målene med det indre marked« [31].

28 — Dom af 5.5.1982, sag 15/81, Schul, Sml. s. 1409, præmis 33.
29 — Den i note 24 nævnte sag C-381/93.
30 — Præmis 16.
31 — Præmis 17.

50. At artikel 59 omfatter ikke-diskriminerende restriktioner er i overensstemmelse med traktatens mål. Samtidig gøres der ikke indgreb i medlemsstaternes legitime interesser, eftersom den omstændighed, at en national bestemmelse udgør en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, ikke betyder, at den er uforenelig med traktaten. Dette vil alene være tilfældet, hvis bestemmelsen ikke opfylder visse betingelser, som efter Domstolens praksis er strengere, når der foreligger diskriminerende foranstaltninger, end når foranstaltningerne er ikke-diskriminerende.

51. I den foreliggende sag udgør det omtvistede forbud en restriktion i artikel 59's forstand, fordi det finder anvendelse ikke blot på levering af tjenesteydelser inden for Nederlandene, men også på levering af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne. En medlemsstat kan frit på sit område regulere markedsføringen af tjenesteydelser leveret af personer etableret i denne medlemsstat. Den har imidlertid ikke ubegrænset frihed til at regulere markedsføringen af sådanne tjenesteydelser på andre medlemsstaters område. Bestemmelser i en medlemsstat, som for personer etableret i denne medlemsstat hindrer markedsføringen af tjenesteydelser på andre medlemsstaters område, falder inden for artikel 59's anvendelsesområde og er uforenelige med fællesskabsretten, medmindre de er objektivt begrundede.

52. Det er ikke desto mindre blevet fremført, at Domstolens praksis vedrørende varernes fri bevægelighed må finde analog anvendelse, og at kun diskriminerende restriktioner efter denne praksis falder inden for traktatens anvendelsesområde, når det drejer sig om en »eksporterende« medlemsstat.

53. Domstolen har ganske vist fortolket begrebet udførselsrestriktioner for varer som omhandlet i traktatens artikel 34 snævrere end begrebet indførselsrestriktioner som omhandlet i artikel 30. Mens endog ikke-diskriminerende bestemmelser kan være omfattet af artikel 30, finder artikel 34 kun anvendelsen ved retlig eller faktisk forskelsbehandling. I Groenveld-dommen fastslog Domstolen, at artikel 34 [32]:

»tager sigte på nationale foranstaltninger, hvis formål eller virkninger særlig er at hindre eksporthandelen og således skabe forskelsbehandling mellem handelen på hjemmemarkedet i en medlemsstat og dens eksporthandel, således at der herved sikres den pågældende medlemsstats indenlandske produktion eller hjemmemarkedet en særlig fordel til skade for produktionen eller handelen i andre medlemsstater«.

54. Den samme formulering er blevet gentaget i senere sager [33]. I Oebel-dommen

32 — Dom af 8.11.1979, sag 15/79, Groenveld, Sml. s. 3409, præmis 7.

33 — Se dom af 14.7.1981, sag 155/80, Oebel, Sml. s. 1993, præmis 15, af 10.3.1983, sag 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage, Sml. s. 555, præmis 12, og af 9.6.1992, sag C-47/90, Delhaize et Le Lion, Sml. I, s. 3669, præmis 12.

fastslog Domstolen, at artikel 34 ikke finder anvendelse på bestemmelser [34]:

»der henhører under den økonomiske og sociale politik, og som efter objektive kriterier anvendes på samtlige i en medlemsstat beliggende virksomheder i en given sektor, uden at behandle de erhvervsdrivende forskelligt på grundlag af nationalitet og uden at sondre mellem vedkommende stats indenlandske handel og eksporthandel«.

55. Det er dog tvivlsomt, om Domstolens praksis vedrørende artikel 34 finder anvendelse på den »eksporterende« medlemsstats bestemmelser om markedsføring af varer. En medlemsstat kan forbyde en erhvervsdrivende, der er etableret på dens område, at benytte en bestemt markedsføring med henblik på salg inden for denne stat. Men heraf følger ikke, at den kan forbyde brug af denne form for markedsføring ved salg i andre medlemsstater. Medmindre der foreligger god grund hertil, kan en »eksporterende« medlemsstat selvsagt ikke stille krav om, at en erhvervsdrivende skal afstå fra i en anden medlemsstat at gøre brug af en reklameform, som er forbudt i den »eksporterende« stat, men tilladt i den anden medlemsstat, når han markedsfører sine varer i den sidstnævnte stat.

56. Uanset hvad der måtte gælde for varer inden for rammerne af artikel 34, må en restriktion, der hindrer markedsføring af tjenesteydelser i en anden medlemsstat, under alle omstændigheder betragtes som en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser. Som ovenfor anført udgør det under denne sag omtvistede forbud en hindring, som omfattes af artikel 59, fordi det finder anvendelse ikke blot i forhold til kunder bosat i Nederlandene, men også i forhold til kunder bosat i andre medlemsstater.

57. Den af Domstolen nyligt afsagte dom i Peralta-sagen [35] er ikke i modstrid med dette synspunkt. Under denne sag fik Domstolen forelagt en italiensk lovgivning, hvorefter det var forbudt samtlige fartøjer, uanset hvor disse var registreret, at udtømme skadelige stoffer for havmiljøet i italiensk territorialfarvand og italienske indre farvande. Det var også forbudt fartøjer, der førte italiensk flag, at udtømme sådanne stoffer uden for det italienske territorialfarvand. Den italienske statsborger Peralta var kaptajn på et tankskib, der førte italiensk flag og specielt var udrustet til transport af kemiske stoffer. Han blev tiltalt for at have givet ordre til udtømning i havet af spildevand indeholdende kaustisk soda på et tidspunkt, hvor skibet befandt sig uden for det italienske territorialfarvand. Domstolen tog ikke det anbringende til følge, hvorefter forskelsbehandlingen mellem fartøjer, der førte italiensk flag, og andre fartøjer var i strid med traktaten.

34 — Den i note 33 nævnte sag 155/80, præmis 16.

35 — Nævnt i note 24.

Domstolen tog derefter stilling til et anbringende om, at den omtvistede lovgivning skabte hindringer for den frie levering af søtransportydelser til andre medlemsstater, også selv om denne lovgivning ikke kunne anses for at være et udtryk for forskelsbehandling. Domstolen tog ikke dette anbringende til følge, idet den anførte [36]:

»... en lovgivning som den i sagen omhandlede italienske lovgivning, hvorefter det er forbudt at udtømme kemiske stoffer i havet, anvendes objektivt og uden forskel på samtlige fartøjer, det være sig fartøjer, der udfører transporter inden for Italien, eller fartøjer, der udfører transporter til andre medlemsstater. Den indeholder ikke forskellige befordringsforskrifter for henholdsvis produkter til eksport og produkter, der bringes på markedet i Italien. Den hjemler heller ikke særlige fordele for det indre italienske marked, italienske transporter eller italienske produkter.«

58. Det følger ikke af Peralta-dommen, at bestemmelser i en medlemsstat, som finder anvendelse uden forskel på samtlige tjenesteydere, der er etableret på dens område, og uanset om tjenesteydelserne leveres på hjemmemarkedet eller i andre medlemsstater, aldrig kan betragtes som restriktioner som omhandlet i artikel 59. De i Peralta-sagen omhandlede bestemmelser adskiller sig fra de i denne sag foreliggende såvel med hensyn til indhold som med hensyn til virkninger. De førstnævnte regulerede hverken leveringen eller markedsføringen af tjenesteydelser, mens det omtvistede forbud i denne sag hindrer markedsføringen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne. Dertil kommer, at virkningen af oprindelsesmedlemsstatens bestemmelser på den frie udveksling af tjenesteydelser i Peralta-sagen var så fjern, spinkel og indirekte, at den næppe kunne udgøre en hindring efter artikel 59. Dette er ikke tilfældet i nærværende sag, hvor det omtvistede forbud direkte opstiller hindringer for Alpine Investments' mulighed for at udøve virksomhed i andre medlemsstater.

59. Det Forenede Kongerige og den nederlandske regering påberåber sig ligeledes Keck og Mithouard-dommen [37], der vedrørte anvendelsesområdet for traktatens artikel 30, og hævder, at der må anlægges samme opfattelse for så vidt angår anvendelsesområdet for artikel 59 i nærværende sag. I Keck og Mithouard-dommen fastslog Domstolen, at bestemmelser i importmedlemsstaten, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, ikke er omfattet af artikel 30, forudsat at de, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde. Det gøres gældende, at artikel 59 i lighed hermed ikke finder anvendelse på ikkediskriminerende foranstaltninger, som påvirker den måde, på hvilken tjenesteydelserne leveres, såsom forbuddet mod »cold calling« i denne sag.

36 — Præmis 51.

37 — Nævnt i note 23.

60. Skønt jeg medgiver, at de samme fortolkningsprincipper i almindelighed bør finde anvendelse på artikel 30 som på artikel 59, kan jeg ikke i Keck og Mithouard-dommen finde nogen støtte til brug for nærværende sag. Først og fremmest er det vanskeligt at bestemme betydningen af Keck og Mithouard-dommen selv i forhold til artikel 30 [38]. Dertil kommer, at selv om man måtte finde, at et vist sammenfald med Keck og Mithouard-dommen kunne være hensigtsmæssigt her, er der en betydelig forskel mellem de to sager. I Keck og Mithouard-sagen behandlede Domstolen indførselsmedlemsstatens bestemmelser om bestemte former for salg af varer på dens eget område. I nærværende sag forlanger udførselsmedlemsstaten, at levering af tjenesteydelser sker i overensstemmelse med denne stats markedsføringsbestemmelser, ikke blot inden for dens eget område, men også i andre medlemsstater.

61. Der er en yderligere grund til, at det af Domstolen i Keck og Mithouard-sagen fastslåede princip ikke bør finde anvendelse i denne sag. Antages det, at princippet finder anvendelse såvel på bestemmelser vedrørende visse former for salg, der er fastsat af udførselsmedlemsstaten, som på dem, der er fastsat af indførselsmedlemsstaten, ville heraf følge, at begge regelsæt faldt uden for anvendelsesområdet for artikel 59, forudsat at de blev anvendt uden forskel. En eksportør af tjenesteydelser ville i så fald skulle efterleve begge regelsæt, endog selv om de ikke måtte være objektivt begrundede. Dette ville gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk. Desuden kunne sådanne regelsæt endog tænkes at opstille modstridende krav.

62. Jeg finder derfor, at det omtvistede forbud mod »cold calling« udgør en begrænsning i den frie udveksling af tjenesteydelser efter artikel 59.

Det tredje spørgsmål

63. Før der tages stilling til det tredje spørgsmål, må et indledende problem behandles. I Domstolens retspraksis skelnes med hensyn til begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser mellem dem, som er udtryk for forskelsbehandling, og dem, som ikke er.

64. Begrænsninger, som er udtryk for forskelsbehandling, er kun forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse, såsom traktatens artikel 56 [39]. Begrænsninger, som ikke er udtryk for forskelsbehandling, kan være forenelige med traktaten, selv om de ikke er omfattet af en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse. Domstolen har tilladt, at

38 — Se mit forslag til afgørelse i sag C-412/93, dom af 9.2.1995, Leclerc-Siplec, Sml. I, s. 179.

39 — Se den i note 22 nævnte dom Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl., præmis 10 og 11.

den frie udveksling af tjenesteydelser kan begrænses af ikke-diskriminerende bestemmelser i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen leveres, såfremt følgende betingelser er opfyldt: Bestemmelserne skal være begrundet i tvingende almene hensyn, beskyttelsen af det omhandlede almene hensyn må ikke kunne opnås med mindre indgribende midler, og det pågældende hensyn må ikke allerede være tilstrækkeligt tilgodeset i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret [40].

65. Spørgsmålet, om det omtvistede forbud er begrundet i tvingende almene hensyn, og om dette hensyn kan tilgodeses med mindre indgribende midler, er emnet for det tredje spørgsmål. På dette stadium skal der tages stilling til, om det omhandlede hensyn er tilstrækkeligt tilgodeset i kraft af lovgivningen i den medlemsstat, hvor den potentielle kunde er etableret.

66. Alpine Investments gør gældende, at ministeren ikke kan nedlægge forbud mod, at firmaet gennem »cold calling« sætter sig i forbindelse med potentielle kunder i andre medlemsstater. Såfremt det henvender sig til potentielle kunder i andre medlemsstater, er det firmaets opfattelse, at det skal opfylde lovgivningen i den stat, hvor den potentielle kunde er etableret, og ikke den nederlandske lovgivning.

40 — Se den i note 22 nævnte Säger-dom, præmis 15, samt de deri citerede domme.

67. Jeg finder ikke dette argument overbevisende. Det er klart, at den medlemsstat, fra hvilken telefonopringningen foretages, bedre er i stand til at regulere »cold calling« end modtagermedlemsstaten. Selv om den medlemsstat, hvortil der telefoneres, forbyder »cold calling«, kan den ikke forhindre telefonopringninger fra en anden medlemsstat uden at samarbejde med de kompetente myndigheder i denne stat. Tjenesteydelser leveret gennem fjernkommunikation kan lettere kontrolleres af eksportmedlemsstaten, hvor tjenesteyderen er underlagt kontrol, end af importmedlemsstaten. I et tilfælde som det foreliggende er det derfor ikke rigtigt, at begrænsninger pålagt af den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, kun er i overensstemmelse med traktaten, dersom det almene hensyn, som de forfølger, ikke kan tilgodeses i tilstrækkelig grad gennem lovgivningen i modtagermedlemsstaten. Som det desuden vil fremgå af svaret på det tredje spørgsmål, kan den førstnævnte medlemsstat have en retmæssig interesse i at forbyde levering af tjenesteydelser til en anden medlemsstat, helt uafhængigt af nogen interesse i den sidstnævnte medlemsstat.

68. Jeg skal herefter gå over til det tredje spørgsmål, som er delt i to. Der spørges først om, hvorvidt hensynet til forbrugerbeskyttelsen og ønsket om at værne om den nederlandske finansielle sektors omdømme, som er baggrunden for det omtvistede forbud, kan betragtes som tvingende almene hensyn, der kan berettige restriktioner, som hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser. Dernæst spørges, hvorvidt det omtvistede forbud mod

»cold calling« er objektivt nødvendigt med henblik på at beskytte investorerne og de finansielle markeders uangribelighed, og hvorvidt det kan anses for at stå i rimeligt forhold til det tilstræbte mål. Jeg vil undersøge de to dele af det tredje spørgsmål efter hinanden.

69. Efter min opfattelse kan hensynet til forbrugerbeskyttelsen og ønsket at værne om den nederlandske værdipapirsektors omdømme begrunde, at der opstilles begrænsninger for den frie udveksling af tjenesteydelser.

70. Domstolen har anerkendt, at forbrugerbeskyttelse udgør et tvingende alment hensyn [41]. Dette bekræftes af EØF-traktatens artikel 100 A, stk. 3, hvori det hedder, at Kommissionens forslag vedrørende det indre markeds oprettelse og funktion skal bygge på et højt beskyttelsesniveau.

71. Særlige betragtninger gør sig gældende, hvad angår beskyttelsen af investorer på værdipapir- og vareterminsmarkederne. Det er almindeligt anerkendt, at investeringer på disse markeder indebærer en ganske særlig risiko og kan give anledning til misbrug. Det følger af investeringens karakter, at investor kun har ringe eller slet ingen mulighed for at øve kontrol med dens værdiansættelse. I modsætning til, hvad der gælder for varer, afhænger investeringens værdi ikke af fysiske egenskaber. Den afhænger snarere af en række udefra kommende faktorer, som den almindelige investor hverken kan fastlægge eller øve indflydelse på. Disse betragtninger gør sig navnlig gældende for så vidt angår investeringer på vareterminsmarkedet, som i høj grad er præget af spekulation, og som må antages i særdeleshed at udgøre en risiko for den ikke-branchekendte investor.

72. En person, der investerer i værdipapirer eller på vareterminsmarkederne, er mere afhængig af rådgivning fra en mellemmand end f.eks. en person, som investerer i fast ejendom, både for så vidt angår valget af den investering, som passer til hans behov, som for så vidt angår det rigtige tidspunkt at investere på. Dette er grunden til, at lande med veludviklede finansielle sektorer har søgt at vedtage regler ikke blot vedrørende investeringsudbyderne, men også vedrørende mellemmænd i finanssektoren.

73. Som fremhævet af Kommissionen er behovet for at sikre værdipapirmarkedernes uangribelighed nært forbundet med behovet

41 — Se Coassurance-sagerne, domme af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 30-33, og sag 220/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 3663, præmis 20, samt de i note 22 nævnte domme i »Mediawet«-sagerne: Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl., præmis 14, og den i note 22 nævnte dom Kommissionen mod Nederlandene, præmis 18.

for at beskytte investorerne. Det forekommer nærliggende at antage, at hvis lovgivningen ikke sikrer investor tilstrækkelig beskyttelse, vil investorerne miste tilliden til de finansielle sektorer og følgelig søge alternative former for investering. Sammenhængen mellem beskyttelsen af investor og de finansielle sektorers uangribelighed illustreres udmærket med henvisning til WEH's forarbejder og Fællesskabets harmoniseringsprogram vedrørende finansielle tjenesteydelser.

74. Det fremgår af forarbejderne til WEH, at markedet for finansielle tjenesteydelser i Nederlandene før lovens vedtagelse var mindre udviklet end i andre medlemsstater, og at en række udenlandske firmaer havde etableret sig i Nederlandene med henblik på at drage fordel af den dér gældende lemfældige lovgivning og udøve svigagtig virksomhed. Derfor har ministeren efter artikel 8 i WEH, når han udsteder en tilladelse til en finansmægler, en skønsmæssig beføjelse til at knytte betingelser hertil for at forhindre uønskede udviklinger inden for handelen med værdipapirer.

75. Dertil kommer, at hensynet til at beskytte investorerne og hensynet til at sikre de finansielle sektorers uangribelighed, er beslægtede formål, som det fremgår af Fællesskabets harmoniseringsprogram for tjenesteydelser inden for den finansielle sektor.

76. Dette program har til formål at opstille fælles normer for beskyttelsen af investorer i Fællesskabet og således lette en mere vidtgående integrering af de nationale markeder for værdipapirer og i sidste ende oprettelsen af et europæisk kapitalmarked [42]. Skønt harmoniseringsdirektiverne opstiller minimumsregler, tilstræber de at sikre et højt beskyttelsesniveau for investor. Det anerkendes, at værdipapirmarkedernes tilfredsstillende funktion er afhængig af investors tillid hertil [43]. Ved hjælp af en retlig regulering skal direktiverne anspore til investeringer og således sætte værdipapirmarkederne i stand til at udfylde deres økonomiske funktion, nemlig en effektiv ressourceallokering [44].

77. Alpine Investments gør gældende, at kun beskyttelsen af nederlandske investorer og ikke af investorer i andre medlemsstater udgør et tvingende alment hensyn, som kan begrunde, at de nederlandske myndigheder opstiller begrænsninger for den frie udveksling af tjenesteydelser. Dette argument er fejlagtigt, eftersom en uredelig eller svigagtig adfærd, som finansielle mellemmænd, der er etableret i Nederlandene, udviser over for udenlandske investorer, meget vel kan svække de nederlandske finansmarkeders uangribelighed.

42 — Se f.eks. Rådets direktiv 79/279/EØF af 5.3.1979 om samordning af betingelserne for værdipapirers optagelse til officiel notering på en fondsbørs (EFT L 66, s. 21), præamblen, første betragtning.

43 — Se f.eks. Rådets direktiv 89/592/EØF af 13.11.1989 om samordning af retsforskrifterne vedrørende insiderhandel (EFT L 334, s. 30), præamblen, første til fjerde betragtning.

44 — Se Kommissionens henstilling 77/534/EØF af 25.7.1977 om europæiske etiske regler vedrørende handel med værdipapirer (EFT L 212, s. 37).

78. Jeg når derfor frem til, at hensynet til beskyttelsen af investorerne og til den nederlandske værdipapirsektors uangribelighed kan begrunde, at der pålægges restriktioner for den frie udveksling af finansielle tjenesteydelser.

79. Jeg skal nu undersøge anden del af det tredje spørgsmål, hvor den forelæggende ret som nævnt spørger, om det omtvistede forbud mod »cold calling« er objektivt nødvendigt for at beskytte investorerne og den nederlandske finanssektors uangribelighed, og om hvorvidt forbuddet står i rimeligt forhold til disse formål.

80. Det følger af retspraksis, at de restriktioner, som pålægges tjenesteyderen, må kunne sikre, at det tilsigtede formål opnås, og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål. Med andre ord må det ikke være muligt at opnå samme resultat ved hjælp af mindre indgribende regler [45].

81. Alpine Investments gør gældende, at det omtvistede forbud ikke opfylder kravet om proportionalitet, fordi det samme resultat kan nås ved hjælp af andre mindre indgribende foranstaltninger. Det henviser til mindre strenge forbud, som er gældende i Det Forenede Kongerige og i De Forenede Stater.

82. Hvad navnlig angår Det Forenede Kongerige er finansielle tjenesteydelser underlagt den retlige ramme, der blev givet ved Financial Services Act 1986. Efter denne lov må man ikke udføre investeringsvirksomhed, medmindre man enten har en autorisation eller er fritaget herfor. Man bliver autoriseret gennem medlemskab af en anerkendt selvregulerende organisation. Securities and Futures Authority (herefter benævnt »SFA«) er en af disse. Alpine Investments henviser til SFA's Conduct of Business Rules, hvorefter hvert firma skal iværksætte og opretholde kontrolforanstaltninger med henblik på at sikre, at alle dets ansatte og mellemmænd følger de regler, der gælder for uanmodede telefonopkald til private investorer. Som led i kontrolforanstaltningerne skal der foreligge båndoptagelse vedrørende alle uanmodede telefonopringninger til investorer og dokumentation for de tidspunkter, hvor samtalerne blev ført. Alpine Investments slutter heraf, at det er muligt at beskytte investorerne ved at foretage båndoptagelser af telefonopringningerne. Det henviser til lignende regler vedtaget af National Futures Association i De Forenede Stater.

83. Alpine Investments gør ligeledes gældende, at det enkelte firmas handlemåde ikke tages i betragtning i forbindelse med det fastsatte forbud, eftersom forbuddet mod »cold

45 — Den i note 22 nævnte dom Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl., præmis 15; den i note 21 nævnte dom, Kommissionen mod Frankrig, præmis 15; den i note 17 nævnte dom, Kommissionen mod Grækenland, præmis 19.

calling« finder generel anvendelse på alle firmaer. Forbuddet er derfor villkårligt og unødigt bebyrdende for firmaer, der udfører retmæssig virksomhed.

84. Jeg finder ikke disse argumenter overbevisende. I forelæggelseskendelsen gøres der rede for de grunde, som fik ministeren til at nedlægge det omtvistede forbud. Ministeren modtog i løbet af 1991 mange klager fra personer, som på grund af »cold calling« havde indgået handler, som de efterfølgende havde fortrudt. Ministeren indtog følgelig det synspunkt, at »cold calling« var uønsket, og valgte den politik at forbyde denne fremgangsmåde. I overensstemmelse med denne politik blev de fritagelser, der efter oktober 1991 blev udstedt efter artikel 8 i WEH, knyttet sammen med et forbud som det, der er pålagt Alpine Investments.

85. Efter min mening står beslutningen om at forbyde »cold calling« set i lyset af begrundelsen herfor ikke i urimeligt forhold til det tilstræbte mål. Skønt forbuddet finder anvendelse på alle virksomheder uden forskel uanset deres individuelle handlemåde, er dets formål at genopbygge og opretholde investorernes tillid til værdipapirsektoren, hvilket rent faktisk vil kunne gavne alle tjenesteydere inden for denne sektor. Hvis ministeren udelukkende pålagde visse virksomheder forbuddet på baggrund af deres tidligere handlemåde, ville det desuden være vanskeligere og dyrere at administrere, og det kunne give anledning til uligheder og måske være virkningsløst.

86. Det er heller ikke korrekt, at forbuddet mod »cold calling« ud fra de udslag, det giver sig, ikke står i rimeligt forhold til det tilstræbte mål. Alpine Investments forhindres på ingen måde i at markedsføre sine tjenesteydelser. Firmaet forhindres blot i telefonisk eller personligt at rette henvendelse til potentielle kunder uden disses forudgående udtrykkelige skriftlige tilladelse. Dette udgør ikke en urimeligt restriktiv forpligtelse. For det første vedrører den kun Alpine Investments' nye kunder, eftersom personer, som allerede er kunder, naturligvis skriftligt kan give samtykke til fremtidige henvendelser. Så vidt jeg har forstået det, skal Alpine Investments for det andet blot skriftligt rette henvendelse til fremtidige kunder og anmode dem om skriftligt at tilkendegive, hvorvidt de ønsker fremtidige henvendelser. Dette forekommer mig at være en markedsføringsteknik, som på den ene side ikke er omkostningskrævende for tjenesteyderen og på den anden side ikke er påtrængende og er enkel for den potentielle kunde.

87. Set fra den potentielle kundes synsvinkel indebærer forbuddet mod »cold calling« to yderligere sikkerhedsforanstaltninger. Eftersom tjenesteyderen skal rette skriftlig henvendelse til potentielle kunder, må han sandsynligvis mere detaljeret og tydeligere forklare, hvilken type tjenesteydelser han tilbyder. Den potentielle kunde har ligeledes længere tid til at overveje de givne oplysninger og behøver ikke hurtigt beslutte sig på et tidspunkt, hvor han er uforberedt herpå, som det ville være tilfældet, hvis han skulle svare telefonisk. Jeg kan ikke se, hvorledes der kan overgå den person, som alvorligt overvejer

en investering på vareterminsmarkedet, og som ønsker at gøre brug af Alpine Investments' tjenesteydelser, nogen skade, blot fordi firmaet ikke uden hans forudgående tilladelse kan rette telefonisk eller personlig henvendelse til ham.

88. Alpine Investments' argument, hvorefter SFA's Conduct of Business Rules er udtryk for et mindre strengt forbud i Det Forenede Kongerige, finder jeg heller ikke overbevisende. Det faktum, at en medlemsstat har udstedt mindre strenge regler end en anden, indebærer ikke, at de nederlandske regler er i strid med proportionalitetsprincippet. Dette fremgår klart af det faktum, at harmoniseringsdirektiver inden for området for forbrugerbeskyttelse sædvanligvis lader det stå åbent for medlemsstaterne at stille strengere eller yderligere krav. Når der ikke er blevet vedtaget harmoniseringsforanstaltninger, kan en medlemsstats regler så meget desto mere ikke anses for at være i strid med proportionalitetsprincippet, blot fordi en anden medlemsstat anvender mindre strenge regler. Dette bekræftes af dommen i Oosthoek-sagen [46]. I denne sag forbød nederlandsk lovgivning gaver som tilgift i salgsfremmende øjemed, dersom der ikke bestod en forbrugsmæssig forbindelse mellem gaven og den vare, som dannede grundlaget for gavetilbuddet. Domstolen fastslog, at skønt kravet om forbrugsmæssig forbindelse ikke fandtes i andre medlemsstaters lovgivninger, gik det ikke ud over, hvad der var nødvendigt for at nå de tilstræbte mål.

89. Som allerede angivet harmoniserer direktivet om investeringsservice i forbindelse med værdipapirer ikke de nationale regler om markedsføring af investering. Direktivets præambel angiver udtrykkeligt, at »dørsalg af værdipapirer ikke [skal] være omfattet af dette direktiv, og de nærmere bestemmelser herfor skal henhøre under national lovgivning« [47].

90. Det er derfor klart, at hver medlemsstat i mangel af harmoniseringsregler har en vis skønsmæssig beføjelse til inden for sit område at bestemme niveauet for beskyttelsen af investorerne. Hvis dette ikke var tilfældet, ville medlemsstaterne i mangel af harmoniseringsregler skulle indrette deres lovgivninger efter den medlemsstat, som stillede de mindst byrdefulde krav. Dette ville snarere underminere end styrke investorernes tillid.

91. Hvorvidt begrænsninger i brug af en bestemt markedsføringsteknik, som er pålagt ved national lovgivning, opfylder proportionalitetskriteriet, må bl.a. vurderes under henvisning til de vilkår, der er på hjemmemarkedet, og de grunde, der har ført til lovens vedtagelse. Efter min mening er det

46 — Dom af 15.12.1982, sag 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Sml. s. 4575. Se ligeledes dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivía, Sml. I, s. 4151, præmis 16 og 17.

47 — Præamblen, ottende betragtning.

omtvistede forbud ikke i strid med proportionalitetsprincippet. Det blev udstedt for at imødegå uredelige fremgangsmåder, som havde påført investorerne tab; det var en fornuftig reaktion, når henses til, at formålet var at beskytte investorerne på markeder, hvor de er særligt sårbare; og det forhindrer ikke firmaer som Alpine Investments i at markedsføre sine tjenesteydelser, men blot i at anvende en bestemt markedsføringsteknik.

Forslag til afgørelse

92. Jeg er følgelig af den opfattelse, at de spørgsmål, som den nationale ret har forelagt, bør besvares som følger:

»1) Traktatens artikel 59 skal fortolkes således, at den finder anvendelse, når en person, som er etableret i en medlemsstat, telefonisk tilbyder tjenesteydelser til potentielle kunder, som er etableret i en anden medlemsstat.

2) Der er tale om en begrænsning i den frie udveksling af tjenesteydelser, når det ifølge lovgivningen i en medlemsstat er forbudt personer, der er etableret på dens område, uopfordret at rette telefonisk henvendelse til potentielle kunder, der er etableret i en anden medlemsstat, med henblik på levering af tjenesteydelser.

3) a) Hensynet til beskyttelsen af investorerne og til at sikre de finansielle markeders uangribelighed kan begrunde, at der fastsættes begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser.

3) b) Artikel 59 er ikke til hinder for en lovgivning, hvorefter det med henblik på at forhindre misbrug, der kan påføre investorerne tab, er forbudt uopfordret at rette telefonisk henvendelse til potentielle kunder, som har bopæl i andre medlemsstater, med henblik på at tilbyde dem tjenesteydelser i forbindelse med investering i værdipapirer eller på vareterminsmarkedet.«