FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

föredraget den 26 januari 1995 *

1. I detta mål har College van Beroep voor het Bedrijfsleven (förvaltningsdomstol för handel och industri) i Nederländerna begärt förhandsavgörande av vissa frågor som rör tolkningen av artikel 59 i fördraget. Den nationella domstolen vill i huvudsak veta om det förbud som, med stöd av den nederländska lagen av den 30 oktober 1985 om handel med värdepapper, utfärdats mot den form av marknadsföring som är allmänt känt som "cold calling" är förenligt med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster i den mån ett företag som är etablerat i Nederländerna därigenom förbjuds att ta kontakt med potentiella kunder som är hemmahörande i andra medlemsstater.

2. Företaget Alpine Investments B. V., som är etablerat i Nederländerna, tillhandahåller finansiella tjänster och har särskilt inriktat sig på handel med varuterminer. Det agerar som förmedlare, dvs. det tar emot order från kunder avseende handel på marknaderna för varuterminer och vidarebefordrar dessa order till kommissionärer som är verksamma på nämnda marknader inom och utanför gemenskapen. Företaget har tre typer av kundkonton: "managed accounts", "semi-managed accounts" och "non-managed accounts". Vad gäller en "managed account" har företaget fullmakt att för kundens räkning fritt ingå avtal på varuterminsmarknaden. Vad avser en "semi-managed account" upplyser företaget kunden om olika placeringsmöjligheter på marknaden för varuterminer och det överlämnas till kunden att fatta beslut om huruvida en placering skall göras. Vad slutligen rör en "non-managed account" innebär denna kontoform att företaget inte erbjuder några placeringsråd, utan det verkställer bara kundens instruktioner.

3. I Nederländerna reglerades finansiella tjänster vid den relevanta tidpunkten av lagen av den 30 oktober 1985 om handel med värdepapper (Wet Effectenhandel, WEH) [1]. Enligt artikel 6.1 i denna lag är det förbjudet att uppträda som förmedlare vid värdepapperstransaktioner utan att inneha auktorisation. I artikel 6.2 och 6.3 anges vilka villkor som måste vara uppfyllda för att auktorisation skall kunna ges. I artikel 8.1 fastställs att finansministern (nedan kallad "ministern") äger rätt att under vissa speciella omständig-

* Originalspråk: engelska.

1 — Stbl. 1985, 570. Lagen upphävdes den 15 juni 1992 och ersattes av Wet Toezicht Effectenverkeer (WTE), Stbl. 1991, 141.

heter bevilja dispens från förbudet i artikel 6.1. Enligt artikel 8.2 kan en dispens förses med villkor i syfte att stävja uppkomsten av icke önskvärda företeelser på området för handel med värdepapper.

4. Den 6 september 1991 beviljade ministern med stöd av artikel 8 i WEH dispens för Alpine Investments att placera order hos Merill Lynch Inc. I beslut av den 12 november 1991 försåg ministern denna dispens med ett villkor som de facto hindrade Alpine Investments från att göra bruk av "cold calling". Villkoret innebar nämligen att företaget endast fick ta kontakt med potentiella kunder genom telefonsamtal eller personligt besök om kunderna dessförinnan lämnat skriftligt medgivande därtill, och endast så länge detta medgivande inte återkallats i rekommenderat brev. Medgivandet skulle framgå av en daterad förklaring, undertecknad av kunden, som skulle förvaras i Alpine Investments arkiv. Förklaringen skulle förvaras i fem år från det att den senaste transaktionen genomförts eller affärsförhållandet mellan Alpine Investments och kunden upphört.

5. Alpine Investments begärde omprövning av ministerns beslut av den 12 november 1991. Ministern återkallade emellertid dispensen den 14 januari 1992 och beviljade samtidigt en ny dispens innebärande rätt för Alpine Investments att placera order hos Rodman & Renshaw Inc. Även denna dispens var försedd med villkoret att Alpine Investments inte fick ta telefonkontakt eller personlig kontakt med potentiella kunder om de inte dessförinnan skriftligen lämnat ett uttryckligt medgivande därtill. Den 13 februari 1992 begärde Alpine Investments omprövning av ministerns beslut av den 14 januari 1992.

6. Det förefaller som om ett villkor som innebär förbud mot "cold calling" motsvarande det som utfärdats för Alpine Investments åtföljde alla dispenser enligt artikel 8 i WEH som beviljades efter den 1 oktober 1991. Under år 1991 mottog ministern ett stort antal klagomål från investerare som gjorde gällande att de, till följd av "cold calling", hade inlåtit sig i transaktioner som de senare haft anledning att ångra. Ministern beslutade följaktligen att utfärda ett generellt förbud mot "cold calling" och offentliggjorde detta beslut i ett pressmeddelande daterat 1 oktober 1991.

7. Genom beslut av den 29 april 1992 avslog ministern Alpine Investments begäran om omprövning. Bolaget väckte därefter talan vid College van Beroep voor het Bedrijfsleven. I målet vid den nationella domstolen har bolaget bland annat gjort gällande att förbudet mot "cold calling" strider mot artikel 59 i fördraget. Förbudet innebar ett hinder för bolaget att ta kontakt med potentiella kunder

i andra medlemsstater och utgjorde en sådan inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som inte kunde rättfärdigas med åberopande av hänsyn till allmän ordning, allmän säkerhet eller skyddet för folkhälsan. Med anledning av dessa argument har följande frågor förts vidare till domstolen:

"1) Skall artikel 59 i EEG-fördraget anses tillämplig även på tillhandahållande av tjänster som en person erbjuder per telefon från den medlemsstat där han är etablerad till (potentiella) kunder som är etablerade i en annan medlemsstat, och som han sedan tillhandahåller i den medlemsstaten?

2) Är artikel 59 även tillämplig på villkor och/eller restriktioner som i den tjänstetillhandahållande personens medlemsstat reglerar rätten att lagligen utöva det aktuella yrket eller bedriva den aktuella näringsverksamheten, men som inte, eller inte i samma utsträckning, gäller för rätten att utöva yrket eller bedriva näringsverksamheten i de (potentiella) mottagarnas medlemsstat, vilket medför att dessa villkor och/eller restriktioner kan komma att utgöra sådana hinder när den tjänstetillhandahållande personen erbjuder tjänster till (potentiella) mottagare i en annan medlemsstat, som inte gäller för i denna andra medlemsstat etablerade personer vilka tillhandahåller liknande tjänster?

Om svaret på andra frågan är jakande:

3 a) Utgör intresset av att skydda konsumenter och intresset av att skydda den nederländska finansiella tjänstesektorns rykte, vilka båda ligger till grund för en bestämmelse som syftar till att motverka en icke önskvärd utveckling inom värdepappershandeln, trängande skäl som rör allmänintresset och som därmed rättfärdigar en inskränkning av det slag som anges i föregående fråga?

3 b) Skall en i dispensbeslut intagen föreskrift som förbjuder företeelsen 'cold calling' betraktas som objektivt nödvändig för att skydda de ovan angivna intressena samt anses stå i proportion till det resultat som eftersträvas?"

8. Skriftliga yttranden har inkommit från Alpine Investments, från Nederländernas, Greklands och Förenade kungarikets regeringar, och från kommissionen. Härutöver har

Belgiens regering avgivit muntligt yttrande till domstolen.

9. Det kan inte råda någon tvivel om att den av Alpine Investments bedrivna verksamheten omfattas av artikel 60. Denna artikel definierar tjänster som sådana prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Alpine Investments erbjuder finansiella tjänster. Som nämnts ovan, består dessa tjänster bland annat i att genomföra order enligt instruktioner från kunder, att lämna råd till kunder och att förvalta kundkonton.

10. Även om det omtvistade förbudet mot "cold calling" hindrar Alpine Investments från att ta kontakt med kunder både per telefon och genom personligt besök, om inte berörda personer skriftligen och på förhand samtyckt därtill, framgår det av beslutet att begära förhandsavgörande och av den första frågan ovan att den nationella domstolen uppehåller sig framför allt vid förbudet mot att ta kontakt med kunder per telefon.

11. Alpine Investments synes använda sig av "cold calling" för att marknadsföra sina tjänster. Detta sker främst genom att företaget tar kontakt per telefon med potentiella kunder i andra medlemsstater för att fråga dem om de skulle vara intresserade av ytterligare information eller för att inbjuda dem till seminarier där tjänsterna presenteras närmare. Företaget uppger att inga klagomål riktats mot det sätt på vilket det marknadsfört tjänsterna.

12. Det kan vara lämpligt att före en behandling av tolkningsfrågorna kort beröra de gemenskapsrättsliga regler som kan vara av betydelse för en bedömning av "cold calling".

13. Syftet med rådets direktiv 93/22/EEG om investeringstjänster inom värdepappersområdet [2] är att underlätta för värdepappersföretag att etablera sig och tillhandahålla tjänster.

14. Även för det fall att frågan skulle anses höra till det materiella tillämpningsområdet för direktivet, är detta inte tillämpligt i nuvarande fall, eftersom rättsakten inte hade antagits vid tiden för händelserna i målet vid den nationella domstolen. Det är emellertid relevant därför att det anger den rättsliga ram som gemenskapen antagit för att underlätta för värdepappersföretag att etablera sig och tillhandahålla tjänster. Det bör noteras att direktivet inte innebär en harmonisering av

2 — EGT nr L 141, 1993, s. 27.

medlemsstaternas regler för marknadsföring av investeringar.

15. Enligt direktivet får ett värdepappersföretag inte bedriva värdepappersrörelse om det inte har erhållit auktorisation från den behöriga myndigheten i medlemsstaten som är dess hemland [3]. När det väl har auktoriserats, får det bedriva värdepappersrörelse antingen genom etablering av en filial eller med stöd av friheten att tillhandahålla tjänster inom hela gemenskapen. Värdmedlemsstaten får inte som villkor för att få bedriva värdepappersrörelse inom dess territorium kräva auktorisation, tillhandahållande av kapitaltillskott eller andra åtgärder med motsvarande verkan [4].

16. Hemlandet skall se till att företaget hela tiden uppfyller de villkor som uppställts för erhållande av auktorisation [5]. Varje medlemsstat skall utarbeta sundhetsregler, som värdepappersföretagen vid varje tidpunkt har att följa. Allmänna principer för dessa regler fastslås i direktivet [6]. Tillsynen över värdepappersföretag ankommer på hemlandet [7].

17. Medlemsstaterna skall utarbeta uppföranderegler som värdepappersföretagen vid varje tidpunkt har att följa. Innehållet i dessa regler anges i allmänna ordalag i direktivet [8]. Artikel 11.2 har följande lydelse:

"Utan att beslut som kan komma att fattas i samband med harmoniseringen av uppföranderegelerna påverkas, skall ansvaret för införandet och tillsynen av efterlevnaden av dessa regler ligga kvar hos den medlemsstat där en tjänst tillhandahålls."

18. Enligt artikel 13 innebär direktivet inget hinder för värdepappersföretag med auktorisation i en annan medlemsstat från att med varje tillgängligt kommunikationsmedel marknadsföra sina tjänster i värdlandet, i enlighet med de regler rörande form och innehåll i sådan marknadsföring som kan ha antagits för det allmänna bästa.

19. Av direktivet framgår emellertid inte helt klart hur ansvaret skall fördelas mellan myndigheterna i hemlandet och myndigheterna i värdlandet. Det kan under alla omständigheter förhålla sig så att det i ett enskilt fall inte

3 — Artikel 3.1.
4 — Artikel 14.1 och 14.2.
5 — Artikel 8.1 och 8.2.
6 — Artikel 10.
7 — Artikel 8.3.
8 — Artikel 11.1.

klart framgår var en viss tjänst har tillhandahållits.

20. Den 20 december 1985 antog rådet direktiv 85/577/EEG för att skydda konsumenten i de fall avtal ingås utanför fasta affärslokaler, [9] vars syfte är att skydda konsumenter mot otillbörliga affärsmetoder vid hemförsäljning [10]. Direktivet gäller inte avtal som ingås per telefon eller "värdepappersavtal" [11]. Beträffande avtal som faller inom dess tillämpningsområde, är det enligt direktivet inte förbjudet med vad som skulle kunna beskrivas som "cold calling" vid hemförsäljning. Konsumenten ges dock rätten att häva köpet. Enligt direktivet är det tillåtet för medlemsstaterna att uppställa strängare krav för att skydda konsumenter [12].

21. I oktober 1993 framlade kommissionen ett ändrat förslag till rådsdirektiv om konsumentskydd i samband med avtal om distansförsäljning [13]. Direktivförslaget har till syfte att harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar beträffande "avtal om distansförsäljning mellan konsumenter och leverantörer samt uppmaningar att ingå sådana avtal och de därtill hörande förberedande åtgärderna [14]".

22. Medlemsstaterna skall enligt artikel 4 vidta nödvändiga åtgärder för att skydda konsumenter som har tillkännagivit att de inte vill bli föremål för oombedda kontakter mot sådana marknadsföringsåtgärder. Artikel 4 andra stycket har följande lydelse:

"De kommunikationsmedel som anges nedan skall endast användas när konsumenten lämnat sitt medgivande till detta i förväg:

— telefaxapparat (fax),

— elektronisk post,

— telefon,

— automatisk uppringning."

9 — EGT nr L 372, 1985, s. 31.

10 — Ingressen, tredje övervägandet.

11 — Artikel 3.2 c.

12 — Artikel 8.

13 — KOM(93) 396 slutlig, EGT nr C 308, 1993, s. 18. Det ursprungliga förslaget är KOM(92) 11 slutlig, EGT nr C 156, 1992, s. 14. [Vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå.]

14 — Artikel 1.

Enligt direktivförslaget i dess nuvarande utformning förbjuds därför "cold calling" som sker per telefon. Direktivförslaget synes vara tillämpligt på avtal om finansiella tjänster, inklusive tjänster av det slag som tillhandahålls av Alpine Investments [15].

23. Som kommissionen framhållit visar denna genomgång att de gemenskapsrättsliga reglerna för närvarande varken innehåller något förbud mot "cold calling" som sker per telefon eller genom personligt besök eller innebär något hinder för medlemsstaterna att förbjuda detta.

24. Jag skall härefter övergå till att behandla tolkningsfrågorna.

Den första frågan

25. Den nationella domstolen vill med sin första fråga i huvudsak veta om artikel 59 är tillämplig på tjänster som en person tillhandahåller från den medlemsstat där han är etablerad till personer som är etablerade i andra medlemsstater. Enligt min mening bör frågan utan tvekan besvaras jakande.

15 — Se artiklarna 1, 2 och 12 i direktivförslaget.

26. Eftersom artikel 59 har till syfte att avveckla inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen, förutsätts för att den skall bli tillämplig att ett gränsöverskridande inslag föreligger. Som domstolen har uttalat måste de tvistiga tjänsterna vara "av gränsöverskridande karaktär" [16]. Artikel 59 är inte tillämplig när samtliga inslag i verksamheten äger rum inom en och samma medlemsstat [17].

27. Ett gränsöverskridande inslag föreligger när den som tillhandahåller och den som mottager tjänster är etablerade i olika medlemsstater [18]. När så är fallet är artikel 59 tillämplig oavsett i vilken medlemsstat tjänsterna tillhandahålls. Denna tolkning stöds av ordalydelsen av artikel 59 första stycket där det anges att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster skall avvecklas "för medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten".

28. Denna tolkning stöds också av domstolens rättspraxis som klargör att fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster är tillämpliga i följande fall: när den som tillhandahåller tjänster reser till en annan medlemsstat för att tillhandahålla

16 — Domen av den 26 april 1988, Bond van Adverteerders mot nederländska staten (mål 352/85, Rec. s. 2085, punkt 13).

17 — Domen av den 26 februari 1991, kommissionen mot Republiken Grekland (mål C-198/89, Rec. s. I-727, punkt 9); domen av den 18 mars 1980, Procureur du Roi mot Debauve (mål 52/79 Rec. s. 833, punkt 9); och domen av den 23 april 1991, Höfner och Elser (mål C-41/90, Rec. s. I-1979, punkterna 37—39).

18 — Se domen av den 4 maj 1993, Distribuidores Cinematográficos (mål C-17/92, Rec. s. I-2239, punkt 11).

dessa [19]; när en mottagare av tjänster reser till en annan medlemsstat för att mottaga dessa [20]; när såväl den som tillhandahåller tjänster som mottagaren av tjänsterna är etablerade i en och samma medlemsstat, men den som tillhandahåller tjänsterna reser till en annan medlemsstat för att tillhandahålla dessa [21]; samt, när varken den som tillhandahåller eller den som mottager tjänsterna fysiskt förflyttar sig och tjänsterna tillhandahålls genom post eller telekommunikationsmedel såsom telefon, telefax eller elektronisk post [22].

29. Alpine Investments har uppgivit att de i målet aktuella tjänsterna tillhör den sistnämnda kategorin. Enligt min mening är det inte nödvändigt för målets avgörande att fastställa exakt var tjänsterna tillhandahålls. Det föreligger ett gränsöverskridande inslag redan genom att den som tillhandahåller tjänsterna och den som mottager dessa är etablerade i olika medlemsstater.

30. Den nederländska regeringen har hävdat att det ifrågasatta förbudet mot "cold calling" endast rör interna förhållanden. Detta argument är felaktigt. I förevarande fall ifrågasätts förbudet mot "cold calling" till den del Alpine Investments därigenom hindras från att ta kontakt med potentiella kunder i andra medlemsstater. Den nederländska regeringen har i yttrande avseende den andra frågan ovan medgivit att förbudet även gäller telefonsamtal från Nederländerna till personer etablerade i andra medlemsstater.

31. Den nederländska regeringen har vidare hävdat att de allra flesta affärer på varuterminsmarknaden genomförs på varuterminsmarknaden i Chicago, det vill säga utanför gemenskapens territorium. Detta innebär dock inte att artikel 59 skulle sakna tillämplighet i nuvarande fall, vilket avser ett förbud mot bruk av en viss marknadsföringsteknik inom gemenskapen, enligt vilket personer som är etablerade i en viss medlemsstat hindras från att tillhandahålla tjänster till kunder som är hemmahörande i en annan medlemsstat.

32. Nederländernas och Förenade kungarikets regeringar har hänvisat till domen i de förenade målen Keck och Mithouard [23] och

19 — Se exempelvis domen av den 10 februari 1982, Transporoute mot Minister of Public Works (mål 76/81, Rec. s. 417).

20 — Domen av den 31 januari 1984, Luisi och Carbone mot Ministero del Tresoro (förenade målen 286/82 och 26/83, Rec. s. 377).

21 — Se målen om reseledare: domar av den 26 februari 1991, kommissionen mot Frankrike (mål 154/89, Rec. s. I-659), kommissionen mot Italienska republiken (mål C-180/89, Rec. s. I-709), och den i fotnot 17 nämnda domen i målet kommissionen mot Republiken Grekland.

22 — Se exempelvis domen av den 25 juli 1991, Säger mot Dennemeyer (mål C-76/90, Rec. s. I-4221). Se även "Mediawetmålen": domar av den 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl. (mål C-288/89, Rec. s. I-4007), och kommissionen mot Nederländerna (mål C-353/89, Rec. s. I-4069), samt domen av den 5 oktober 1994, TV10 SA mot Commissariaat voor Media (mål C-23/93, Rec. s. I-4795).

23 — Domen av den 24 november 1993 (förenade målen C-267/91 och C-268/91, Rec. s. I-6097).

har hävdat att domstolens tolkning av artikel 30 i dessa mål även bör äga giltighet för artikel 59. De har anfört att det omtvistade förbudet mot "cold calling" inte innebär en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster och anser därför att svaret på den första frågan bör vara att artikel 59 inte är tillämplig i detta fall.

33. Enligt min mening synes detta resonemang grunda sig på en missuppfattning beträffande den första frågan. Som förklarats ovan, vill domstolen med denna fråga endast veta om artikel 59 är tillämplig på tjänster som någon tillhandahåller från den medlemsstat där han har etablerad till personer som är etablerade i andra medlemsstater. Den har inte frågat om huruvida det omtvistade förbudet mot "cold calling" utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Detta är ämnet för den andra frågan. Vad Nederländernas och Förenade kungarikets regeringar anfört i denna del bör behandlas i samband med den frågan.

34. Jag finner sammanfattningsvis att den första frågan bör besvaras jakande.

Den andra frågan

35. Den nationella domstolen vill med sin andra fråga i huvudsak få fastställt om det ifrågasatta förbudet mot "cold calling" utgör en sådan inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som avses i artikel 59.

36. Av begäran om förhandsavgörande framgår närmare bestämt att den nationella domstolen önskar få två delfrågor klarlagda. Den vill för det första veta om det förhållandet att det omtvistade förbudet har utfärdats av den stat i vilken personen som tillhandahåller tjänster är etablerad medför att artikel 59 inte kan tillämpas. Den vill för det andra veta om detta förbud utgör en inskränkning i den mening som avses i artikel 59, på grund av att motsvarande förbud inte, eller åtminstone inte i samma utsträckning, gäller i tjänstemottagarnas medlemsstater för personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade där.

37. Beträffande den första delfrågan bör det noteras att fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster innebär skyldigheter inte bara för mottagarstaten utan även för ursprungsstaten. Domstolen har slagit fast att friheten att tillhandahålla tjänster kan åberopas av ett företag mot dess etableringsstat, om tjänsterna tillhandahålls motta-

gare som är etablerade i en annan medlemsstat. Därav följer att det omtvistade förbudet inte faller utanför tillämpningsområdet för artikel 59 på grund av att det utfärdats av den stat i vilken den som tillhandahåller tjänsterna är etablerad [24].

38. Beträffande den andra delfrågan bör det noteras att det ifrågasatta förbudet är icke-diskriminerande. Det gäller utan åtskillnad för varje i Nederländerna etablerad person som tillhandahåller tjänster. Det gäller oavsett om Alpine Investments potentiella kunder är bosatta i Nederländerna eller i andra medlemsstater. Det tillämpas således utan att någon åtskillnad görs i fråga om mottagaren av tjänsten.

39. Det förhållandet att olika medlemsstater kan tillämpa olika former av inskränkningar innebär inte någon diskriminering, och ej heller medför det att en med fördraget oförenlig situation uppkommer. Det förbud mot "cold calling" som införts i nederländsk lagstiftning, och som är tillämpligt i samma utsträckning för alla förbudets adressater, kan inte anses vara oförenligt med fördraget enbart av den anledningen att andra medlemsstater tillämpar mindre stränga regler för tjänstetillhandahållande personer som är etablerade i dessa stater [25].

24 — Domen av den 17 maj 1994, Corsica Ferries (mål C-18/93, Rec. s. I-1783, punkt 30); domen av den 14 juli 1994, Peralta (mål C-379/92, Rec. s. I-3453, punkt 40); och domen av den 5 oktober 1994, kommissionen mot Frankrike (mål C-381/93, Rec. s. I-5145, punkt 14).

25 — Se den i fotnot 24 citerade Peraltadomen, punkt 48. Se även domen av den 3 juli 1979, Van Dam m. fl. (förenade målen 185/78— 204/78, Rec. s. 2345, punkt 10), och domen av den 19 januari 1988, Pesca Valentia mot Minister for Fisheries and Forestry (mål 223/86, Rec. s. 83, punkt 18).

40. Frågan kvarstår emellertid om huruvida det ifrågasatta förbudet utgör en sådan inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som avses i artikel 59. Alpine Investments och kommissionen har hävdat att denna fråga bör besvaras jakande medan Förenade kungarikets och Nederländernas regeringar intar den motsatta ståndpunkten.

41. Alpine Investments har gjort gällande att det ifrågasatta förbudet innebär en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom det är tillämpligt på kontakter med potentiella kunder utanför Nederländerna. Det anser att den andra frågan därmed bör besvaras på så sätt att artikel 59 innebär hinder för en tillämpning av bestämmelser varigenom den stat i vilken personen som tillhandahåller tjänster är etablerad avser att reglera sättet på vilket tjänster tillhandahålls i andra medlemsstater, i den utsträckning dessa bestämmelser utgör hinder för tillhandahållande av gränsöverskridande tjänster.

42. Förenade kungarikets regering har gjort gällande att det ifrågasatta förbudet inte utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster därför att det är generellt tillämpligt, icke-diskriminerande och varken har till syfte eller som verkan att tillförsäkra den inhemska marknaden en fördel i förhållande till tjänstetillhandahållande personer från andra medlemsstater. Samma ståndpunkt har intagits av Nederländernas regering.

43. De flesta mål avseende tillhandahållande av tjänster som domstolen hittills avgjort rör

inskränkningar som införts av mottagarstaten. I den situationen framgår det klart av domstolens rättspraxis att artikel 59 inte bara omfattar diskriminerande inskränkningar — det vill säga inskränkningar som innebär en diskriminering av den som tillhandahåller tjänster på grund av dennes nationalitet eller på grund av att personen i fråga är etablerad i en annan medlemsstat än staten i vilken tjänsten tillhandahålls — utan även sådana inskränkningar som är icke-diskriminerande. Detta framgår klart av domen i Sägermålet, i vilken domstolen uttalade följande [26]:

"Det bör inledningsvis noteras att artikel 59 i fördraget innebär ett krav inte bara på undanröjande av all diskriminering mot personen som tillhandahåller tjänsterna som har sin grund i dennes nationalitet, utan dessutom på upphävande av varje inskränkning — och detta även om inskränkningen gäller utan åtskillnad för inhemska tjänstetillhandahållande personer och tjänstetillhandahållande personer från andra medlemsstater — när denna är ägnad att hindra eller eljest försvåra den verksamhet som bedrivs av en tjänstetillhandahållande person som är etablerad i annan medlemsstat där han lagligen tillhandahåller motsvarande tjänster.

En medlemsstat kan nämligen inte som förutsättning för att någon skall få fritt tillhandahålla tjänster inom dess territorium kräva att samtliga villkor för etablering är uppfyllda. Ett sådant krav skulle beröva de fördragsbestämmelser som de facto har till syfte att garantera friheten att tillhandahålla tjänster all reell verkan. En sådan inskränkning kan nämligen inte tillåtas när tjänsten — såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, och till skillnad från vad som är fallet i den situation som avses i artikel 60 tredje stycket i fördraget — tillhandahålls utan att tjänsteproducenten behöver besöka den medlemsstat i vilken den tillhandahålls."

44. Domstolen har i Schindlermålet [27] bekräftat att artikel 59 är tillämplig på icke-diskriminerande inskränkningar.

45. Motsvarande principer gäller enligt min mening för sådana inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som införts av den medlemsstat där den tjänstetillhandahållande personen är etablerad. Under vissa omständigheter kan denna stats icke-diskriminerande bestämmelser — det vill säga bestämmelser som gäller för alla tjänstetillhandahållande personer med hemvist inom statens territorium utan att åtskillnad görs mellan inhemska tjänster och tjänster inom gemenskapen — utgöra sådana inskränkningar som avses i artikel 59.

46. Som Alpine Investments framhållit föreskrivs i artikel 59 att en avveckling skall ske av alla inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster, utan att särskilja diskriminerande inskränkningar från icke-

26 — Den i fotnot 22 nämnda Sägerdomen, punkt 12—13. Se även de i not 22 nämnda domarna Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl. och kommissionen mot Nederländer-na.

27 — Domen av den 24 mars 1994 (mål C-275/92, Rec. s. I-1039).

diskriminerande sådana. Som anförts ovan framgår det klart av domstolens rättspraxis att artikel 59 innebär ett förbud även mot icke-diskriminerande inskränkningar som införts av den medlemsstat som är destinationsland. Det vore inkonsekvent om något annat gällde för inskränkningar som införts av ursprungsstaten. Samma principer borde så långt möjligt gälla för alla inskränkningar, vare sig dessa införts av ursprungsstaten, av mottagarstaten, eller av en tredje medlemsstat som varken är ursprungsstat eller mottagarstat, i den mån tjänsten tillhandahålls där.

47. Frågan om en av ursprungsstaten införd bestämmelse skall anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster skall avgöras med hänvisning till ett funktionellt kriterium, nämligen huruvida den väsentligen försvårar för personer etablerade inom landet att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen. Enligt min mening står detta kriterium i samklang med tanken på en inre marknad och är mer ändamålsenligt än diskrimineringskriteriet.

48. Det som är avgörande för förverkligandet av den inre marknaden är inte frågan om en viss medlemsstats bestämmelser är diskriminerande utan om dessa har en menlig inverkan på den inre marknadens upprättande eller funktion. Domstolen har slagit fast att begreppet en gemensam marknad innebär att alla hinder för handel inom gemenskapen skall avlägsnas "för att slå samman medlemsstaternas nationella marknader till en enda marknad, varigenom förhållanden skapas som så långt möjligt liknar de som råder på en sann inre marknad" [28]. Nationella bestämmelser — vare sig de härrör från den "importerande" eller den "exporterande" medlemsstaten — som väsentligen försvårar utövningen av friheten att tillhandahålla tjänster, inverkar menligt på den inre marknadens upprättande och funktion och faller därför inom fördragets tillämpningsområde.

49. Detta synsätt vinner stöd av den dom som domstolen nyligen avkunnat i målet kommissionen mot Frankrike [29]. Domstolen slog i detta mål fast att friheten att tillhandahålla tjänster innebär ett hinder för tillämpningen av varje nationell bestämmelse som har den effekten att den gör det svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än att tillhandahålla tjänster inom en enda medlemsstat. Men domstolen uttalade inte att nationella bestämmelser endast utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i de fall det därigenom blir mer fördelaktigt att tillhandahålla inhemska tjänster än inomgemenskapliga sådana. Domstolen förklarade tvärtom i allmänna ordalag att "artikel 59 utesluter en tillämpning av sådan nationell lagstiftning som utan objektivt berättigande hindrar en person som tillhandahåller tjänster från att faktiskt utöva denna frihet" [30]. Domstolen uttalade även att man vid tolkning av begreppet friheten att tillhandahålla tjänster bör beakta "den inre marknaden och behovet av att förverkliga dess målsättningar" [31].

28 — Domen av den 5 maj 1982, Schul mot Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen (mål 15/81, Rec. s. 1409, punkt 33).

29 — Det i fotnot 24 nämnda målet C-381/93.

30 — Punkt 16 i domen.

31 — Punkt 17 i domen.

50. Ståndpunkten att artikel 59 är tillämplig på icke-diskriminerande inskränkningar överensstämmer väl med fördragets målsättningar, samtidigt som den inte inkräktar på medlemsstaternas rättmätiga intressen, eftersom det förhållandet att en nationell bestämmelse hindrar ett fritt tillhandahållande av tjänster inte i sig innebär att bestämmelsen strider mot fördraget. En konflikt föreligger endast om bestämmelsen i fråga inte uppfyller vissa villkor vilka, enligt domstolens rättspraxis, är strängare för diskriminerande åtgärder än för icke-diskriminerande sådana.

51. Det förbud som är aktuellt i det föreliggande målet innebär en inskränkning i den mening som avses i artikel 59 av det skälet att det är tillämpligt inte bara på tillhandahållande av tjänster inom Nederländernas territorium, utan även på tillhandahållande av tjänster inom gemenskapen. En medlemsstat äger rätt att fritt reglera marknadsföring och försäljning av tjänster som tillhandahålls av personer som är etablerade i denna medlemsstat. Medlemsstaten har emellertid ingen oinskränkt rätt att reglera den marknadsföring och försäljning av nyssnämnda tjänster som sker inom en annan medlemsstats territorium. Bestämmelser varigenom en medlemsstat begränsar möjligheterna för en person som är etablerad i den staten att marknadsföra och sälja tjänster inom en annan medlemsstats territorium faller inom tillämpningsområdet för artikel 59 och kan inte anses förenliga med gemenskapsrätten om de inte är befogade.

52. Det har dock hävdats att domstolens rättspraxis i fråga om fri rörlighet för varor borde anses äga giltighet även i förevarande situation samt att det framgår av denna rättspraxis — i fall som rör en "exporterande" medlemsstat — att endast diskriminerande inskränkningar faller inom fördragets tillämpningsområde.

53. Det är riktigt att domstolen har gjort en snävare tolkning av begreppet "exportrestriktioner" enligt artikel 34 än av begreppet "importrestriktioner" enligt artikel 30. Medan även icke-diskriminerande bestämmelser kan omfattas av artikel 30, krävs det för tillämpning av artikel 34 att det föreligger någon form av rättslig eller faktisk diskriminering. I Groenveldmålet fastslog domstolen att artikel 34 [32]:

"omfattar nationella åtgärder som har det bestämda syftet eller den bestämda effekten att inskränka viss export och att därigenom skapa en sådan skillnad mellan behandlingen av handeln inom landet och exporthandeln som innebär att den inhemska produktionen eller den nationella marknaden gynnas på visst sätt på bekostnad av andra medlemsstaters produktion eller handel."

54. Denna formulering har upprepats i senare mål [33]. Domstolen fann i Oebelmålet

32 — Domen av den 8 november 1979, Groenveld mot Produktschap voor Vee en Vlees (mål 15/79, Rec. s. 3409, punkt 7).

33 — Se domen av den 14 juli 1981, Oebel (mål 155/80, Rec. s. 1993, punkt 15); domen av den 10 mars 1983, Fabricants raffineurs d'huile de graissage mot Inter-Huiles (mål 172/82, Rec. s. 555, punkt 12); och domen av den 9 juni 1992, Delhaize et le Lion (mål C-47/90, Rec. s. I-3669, punkt 12).

att artikel 34 inte var tillämplig på bestämmelser [34]:

"som utgör en del av den ekonomiska eller sociala politiken och som tillämpas utifrån objektiva kriterier på samtliga företag inom en viss bransch som är etablerade inom landets territorium, utan att det leder till någon som helst skillnad i behandling med hänsyn till näringsidkarnas nationalitet och utan att det görs någon skillnad mellan handeln inom landet och exporthandeln."

55. Det är dock tveksamt om domstolens rättspraxis avseende artikel 34 är tillämplig på en exporterande medlemsstats bestämmelser om marknadsföring av varor. En medlemsstat får införa förbud för näringsidkare etablerade inom dess territorium att använda sig av en viss marknadsföringsmetod vid försäljning av produkter i denna stat. Härav kan dock inte anses följa att den är berättigad att förbjuda dem från att använda sig av denna marknadsföringsmetod för att sälja sina produkter i andra medlemsstater. Det står klart att den exporterande medlemsstaten inte kan kräva av en näringsidkare att denna skall avstå från att i en annan medlemsstat göra bruk av en marknadsföringsmetod som är förbjuden i den exporterande medlemsstaten — men som är tillåten i den mottagande medlemsstaten — för att marknadsföra sina produkter i den senare staten, om det inte finns goda skäl för ett sådant förbud.

56. Oavsett hur det förhåller sig med varor enligt artikel 34, måste en inskränkning som gäller för marknadsföring av tjänster i en annan medlemsstat anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. Som framgått ovan innebär förevarande förbud en inskränkning i den mening som avses i artikel 59 av det skälet att det är tillämpligt inte bara på kunder med hemvist i Nederländerna, utan även på kunder med hemvist i andra medlemsstater.

57. Den dom som domstolen nyligen avkunnat i Peraltamålet [35] motsäger inte denna slutsats. I målet begärdes domstolens avgörande i fråga om bestämmelser i italiensk rätt enligt vilka alla fartyg oavsett registreringsland var förbjudna att i italienskt territorialhav och inre vatten släppa ut ämnen som kunde vara skadliga för havsmiljön. Italienskregistrerade fartyg ålades även förbud mot att släppa ut sådana ämnen utanför det italienska territorialhavet. Den italienska medborgaren Peralta var kapten ombord på ett italienskregistrerat tankfartyg som var särskilt utrustat för kemikalietransporter. Han åtalades för att ha gett order om utsläpp i havet av spillvatten innehållande kaustik soda vid en tidpunkt då fartyget befann sig utanför den italienska territorialhavsgränsen. Domstolen avvisade argumentet att skillnaden i behandlingen av italienskregistrerade fartyg och fartyg från andra medlemsstater utgjorde en form av diskriminering som

34 — Det i fotnot 33 nämnda målet 155/80, punkt 16.

35 — Omnämnd i fotnot 24.

stred mot fördraget. Därefter prövade domstolen det anförda argumentet att den aktuella italienska lagstiftningen, även om den inte kunde anses diskriminerande, likväl gav upphov till inskränkningar i friheten att tillhandahålla andra medlemsstater sjötransporttjänster. Domstolen ogillade detta argument med motiveringen att [36]:

"...lagstiftning enligt vilken det i likhet med den italienska lagstiftningen är förbjudet att göra utsläpp av skadliga kemikalier till havs, gäller objektivt och i samma utsträckning för alla fartyg, oavsett om de fraktar varor inom Italien eller till andra medlemsstater. Den ger inte upphov till någon särskild fördel för den italienska hemmamarknaden, för italienska transportföretag, eller för italienska produkter."

58. Av Peraltadomen följer dock inte att nationella regler som gäller på samma sätt för alla personer etablerade i den staten, och som inte särskiljer tjänster som tillhandahålls inom det egna territoriet från sådana som tillhandahålls i andra medlemsstater, aldrig kan innebära en inskränkning i den mening som avses i artikel 59. De i Peraltamålet aktuella bestämmelserna kan särskiljas från de som är föremål för prövning i förevarande fall med hänvisning både till bestämmelsernas innehåll och deras verkan. Bestämmelserna i Peraltafallet reglerade varken tillhandahållande eller marknadsföring av tjänster, medan förevarande förbud däremot innebär att marknadsföringen av inomgemenskapliga tjänster inskränks. Dessutom förhöll det sig i Peraltamålet så att den verkan som ursprungsstatens regler hade på friheten att tillhandahålla tjänster var av så avlägsen, obetydlig och indirekt art att den aktuella regleringen knappt kunde anses utgöra en inskränkning i den mening som avses i artikel 59. I det föreliggande fallet förhåller det sig dock annorlunda. Således innebär det omtvistade förbudet en direkt begränsning av Alpine Investments möjlighet att bedriva verksamhet i andra medlemsstater.

59. De brittiska och nederländska regeringarna har även åberopat vad som fastslagits i domen i de förenade målen Keck och Mithouard [37] beträffande räckvidden av artikel 30 i fördraget och hävdar att ett liknande synsätt gör sig gällande i nuvarande fall beträffande räckvidden av artikel 59. Domstolen slog i de förenade målen Keck och Mithouard fast att bestämmelser genom vilka importmedlemsstaten begränsar eller förbjuder vissa säljformer inte omfattas av artikel 30 förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater i samma utsträckning. Det hävdas att artikel 59 på motsvarande vis inte är tillämplig på ickediskriminerande åtgärder som påverkar det sätt på vilket tjänsterna tillhandahålls, såsom är fallet med "cold calling" i detta mål.

36 — Punkt 51 i domen.

37 — Nämnt i fotnot 23.

60. Även om jag medger att samma tolkningsprinciper i allmänhet bör kunna tillämpas på både artikel 30 och artikel 59, kan jag inte finna någon vägledning i de förenade målen Keck och Mithouard i nuvarande fall. Det är för det första svårt att bestämma räckvidden av domen i de förenade målen Keck och Mithouard redan i förhållande till artikel 30 [38]. Därtill kommer att även om man skulle finna att de förenade målen Keck och Mithouard äger viss relevans för det förevarande målet, föreligger det dock en betydelsefull skillnad mellan de förenade målen Keck och Mithouard och detta fall. I de förenade målen Keck och Mithouard behandlade domstolen importmedlemsstatens bestämmelser rörande säljformerna för försäljning av varor i den staten. I förevarande fall uppställer exportmedlemsstaten krav på att tillhandahållande av tjänster sker i överensstämmelse med den statens marknadsföringsbestämmelser, inte bara inom det egna territoriet utan även i andra medlemsstater.

61. Detta utgör ännu ett skäl till att den princip som domstolen fastslagit i de förenade målen Keck och Mithouard inte bör anses tillämplig i förevarande mål. Om det godtogs att principen är tillämplig både på försäljningsföreskrifter som införts av importmedlemsstaten och på motsvarande bestämmelser som införts av exportmedlemsstaten skulle detta innebära att de båda regelverken föll utanför tillämpningsområdet för artikel 59, förutsatt att de var icke-diskriminerande. En tjänsteexporterande person skulle därmed tvingas anpassa sig till båda regelverken även om dessa saknade objektivt berättigande. Friheten att tillhandahålla tjänster skulle därmed bli illusorisk. Dessa båda regelverk skulle dessutom kunna tänkas ställa motstridiga krav.

62. Jag finner därför att det omtvistade förbudet mot "cold calling" utgör en sådan inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som avses i artikel 59.

Den tredje frågan

63. Innan man kan ta ställning till den tredje frågan, bör ett inledande problem behandlas. Vad gäller sådana inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som införts av mottagarstaten, skiljes i domstolens rättspraxis mellan diskriminerande inskränkningar och icke-diskriminerande sådana.

64. Inskränkningar som är av diskriminerande natur är endast förenliga med fördraget om de omfattas av ett uttryckligt undantag, som exempelvis det som framgår av artikel 56 [39]. Inskränkningar som är icke-diskriminerande kan vara förenliga med fördraget även om de inte omfattas av ett uttryckligt undantag. Domstolen har godta-

38 — Se mitt förslag till avgörande i mål C-412/93, domen av den 9 februari 1995, Leclerc-Siplec, REG s. I-179.

39 — Se den i fotnot 22 nämnda domen Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl., punkterna 10—11.

git att friheten att tillhandahålla tjänster kan inskränkas genom icke-diskriminerande bestämmelser i den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls, under följande förutsättningar: Bestämmelserna skall vara befogade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, allmänintresset skall inte kunna skyddas med mindre ingripande medel och allmänintresset skall inte redan åtnjuta ett tillräckligt skydd genom regler som gäller i den medlemsstat där den person som tillhandahåller tjänsterna är etablerad [40].

65. Tredje frågan rör spörsmålet om det omtvistade förbudet är befogat med hänsyn till ett trängande allmänintresse, och om detta intresse kan tillgodoses med mindre ingripande medel. Det skall i detta skede prövas om man med fog kan hävda att allmänintresset redan tillgodosetts genom lagstiftning i den potentiella kundens etableringsstat.

66. Alpine Investments har gjort gällande att ministern inte äger förbjuda bolaget från att genom "cold calling" ta kontakt med potentiella kunder i andra medlemsstater. Enligt bolagets mening skall det vid kontakt med potentiella kunder i andra medlemsstater följa lagen i den medlemsstat där kunden är etablerad och inte den nederländska lagen.

40 — Se den i not 22 nämnda Sägerdomen, punkt 15, samt de däri citerade domarna.

67. Argumentet är inte övertygande. Det står klart att medlemsstaten från vilken telefonsamtalet härrör har bättre förutsättningar att reglera "cold calling" än mottagarstaten. Även om mottagarstaten skulle införa ett förbud mot "cold calling", saknar den möjlighet att utan medverkan av de behöriga myndigheterna i ursprungsstaten hindra telefonsamtal som härrör från den staten. Tjänster som tillhandahålls medelst teleförbindelser kan lättare kontrolleras av exportmedlemsstaten — där tillsynen över den person som tillhandahåller tjänsten utövas — än i importmedlemsstaten. I ett fall som det förevarande är det därför inte korrekt att säga att inskränkningar som införts av den stat i vilken personen som tillhandahåller tjänsten är etablerad endast är förenliga med fördraget om det allmänintresse som dessa inskränkningar är avsedda att ta tillvara inte kan tillgodoses i tillräcklig utsträckning genom lagstiftning i mottagarmedlemsstaten. Dessutom kan, som kommer att framgå av svaret på tredje frågan, den förstnämnda medlemsstaten ha ett berättigat intresse av att förbjuda tillhandahållande av tjänster till en annan medlemsstat, oavsett vilket intresse sistnämnda medlemsstat har.

68. Jag skall härefter övergå till att behandla den tredje frågan, som är uppdelad i två delar. För det första ställs frågan om hänsynen till behovet av att skydda konsumenterna och värna om de nederländska finansmarknadernas rykte, vilka ligger till grund för det omtvistade förbudet, kan anses hänförliga till ett sådant trängande allmänintresse som kan motivera inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster. Därefter frågas om det omtvistade förbudet mot "cold

calling" är objektivt påkallat med hänsyn till behovet av att skydda investerarna och de finansiella marknadernas integritet, och om det kan anses stå i rimlig proportion till det eftersträvade målet. Jag ämnar behandla delfrågorna i tur och ordning.

69. Enligt min uppfattning kan hänsynen till behovet av att skydda konsumenterna och att värna om den nederländska värdepappersmarknadens rykte motivera inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster.

70. Domstolen har ansett att hänsyn till konsumentskyddet utgör ett trängande skäl som rör allmänintresset [41]. Detta bekräftas av artikel 100a.3 i fördraget där det stadgas att kommissionen i sina förslag som rör den inre marknadens upprättande och funktion skall utgå från en hög skyddsnivå.

71. Särskilda hänsyn gör sig gällande beträffande skyddet för investerare på värdepappers-och varuterminsmarknaderna. Det är allmänt känt att investeringar på dessa marknader innebär ett högt risktagande och kan ge anledning till missbruk. Det följer av investeringens karaktär att investeraren endast har ringa, eller helt saknar, möjlighet att utöva kontroll över investeringens värde. Till skillnad från vad som gäller för varor är inte dessa investeringars värde beroende av deras fysiska egenskaper. Det är snarare beroende av en rad yttre omständigheter som en vanlig investerare varken kan identifiera eller påverka. Dessa hänsyn gör sig framförallt gällande beträffande investeringar på varuterminsmarknaden som i hög grad präglas av spekulation och som betraktas som särskilt riskfyllda för investerare utan branschkännedom.

72. En person som investerar på värdepappers-eller varuterminsmarknaderna är mer beroende av en förmedlares råd än exempelvis en person som investerar i fast egendom, både i fråga om val av den investering som passar för hans behov och i fråga om rätt investeringstidpunkt. Länder med välutvecklade finansiella marknader har av denna anledning sökt reglera dessa marknader genom att införa bestämmelser som rör inte bara dem som emitterar finansiella instrument utan även förmedlarna av dessa instrument.

73. Som kommissionen framhållit är behovet av att trygga integriteten hos värdepappersmarknaderna nära knutet till behovet av att

41 — Se Coassurancemålen: domarna av den 4 december 1986, kommissionen mot Tyskland (mål 205/84 Rec. s. 3755, punkt 30—33), och kommissionen mot Frankrike (mål 220/83, Rec. s. 3663, punkt 20), samt de i fotnot 22 nämnda domarna i "Mediawetmålen": Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl., punkt 14, och den i fotnot 22 nämnda domen kommissionen mot Nederländerna, punkt 18.

skydda investerarna. Det ligger nära till hands att anta att om investerarna inte tillförsäkras tillräckligt skydd i lag, kommer de att förlora förtroendet för de finansiella marknaderna och följaktligen söka sig till andra investeringsformer. Sambandet mellan skyddet för investerarna och de finansiella marknadernas integritet belyses väl av förarbetena till WEH och gemenskapens harmoniseringsprogram avseende finansiella tjänster.

74. Det framgår av förarbetena till WEH att Nederländernas marknad för finansiella tjänster var mindre utvecklad före lagens tillkomst än i andra medlemsstater och att en rad utländska företag hade etablerat sig i Nederländerna för att dra fördel av den där gällande släpphänta lagstiftningen och för att ägna sig åt vilseledande verksamhet. Det är av det skälet som ministern givits en skönsmässig rätt att — vid utfärdande av dispens för finansiella förmedlare enligt artikel 8 i WEH — förena dispensen med villkor som är avsedda att förhindra en icke önskvärd utveckling inom värdepappershandeln.

75. Det framgår dessutom av gemenskapens harmoniseringsprogram för den finansiella tjänstesektorn att skyddet för investerarna och tryggandet av de finansiella marknadernas integritet utgör två besläktade mål.

76. Detta program har till syfte att ge ett enhetligt för skydd för investerare inom gemenskapen och således underlätta en ökad integrering av de nationella värdepappersmarknaderna samt slutligen leda till uppkomsten av en europeisk kapitalmarknad [42]. Även om harmoniseringsdirektiven endast uppställer minimiregler, eftersträvas dock därigenom en hög skyddsnivå för investerare. Det inses att ett gott förtroende för värdepappersmarknaderna hos investerarna kommer att bidra till att marknaderna fungerar utan störningar [43]. Genom att införa ramregler kommer direktiven att främja investeringar och säkerställa att värdepappersmarknaderna kan fullgöra sin ekonomiska uppgift, nämligen en effektiv resursallokering [44].

77. Alpine Investments har hävdat att det endast är skyddet för nederländska investerare, och således inte skyddet för investerare i andra medlemsstater, som kan utgöra ett trängande allmänintresse och därmed rättfärdiga de inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster som införts av de nederländska myndigheterna. Detta argument är felaktigt, eftersom oredliga eller svikliga förfaranden av finansiella förmedlare etablerade i Nederländerna mot utländska investerare mycket väl kan komma att inverka negativt på de nederländska finansiella marknadernas integritet.

42 — Se exempelvis rådets direktiv 79/279/EEG om samordning av villkoren för upptagande av värdepapper till officiell notering vid fondbörs (EGT nr L 66, 1979, s. 21) ingressen, första övervägandet.

43 — Se rådets direktiv 89/592/EEG om samordning av föreskrifter om insiderhandel (EGT nr L 334, 1989, s. 30) ingressen, övervägandena 1—4.

44 — Se kommissionens rekommendation 77/534/EEG av den 25 juli 1977 om europeiska etiska regler för handel med värdepapper (EGT nr L 212, 1977, s. 37). [Vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå.]

78. Jag finner därför att hänsynen till skyddet för investerare och till de nederländska värdepappersmarknadernas integritet kan rättfärdiga inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster.

79. Jag skall härefter behandla den andra delen av tredje frågan som, vilket framgått ovan, rör spörsmålet om det omtvistade förbudet mot "cold calling" är objektivt påkallat med hänsyn till behovet av att skydda investerarna och de finansiella marknadernas integritet, och om det kan anses stå i rimlig proportion till dessa mål.

80. Det följer av rättspraxis att de inskränkningar som påförs tjänsteproducenter måste vara ägnade att säkra att det eftersträvade målet uppnås och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Det skall med andra ord inte vara möjligt att uppnå samma resultat med hjälp av mindre ingripande medel [45].

81. Alpine Investments har gjort gällande att det omtvistade förbudet inte uppfyller proportionalitetskravet därför att det finns andra mindre ingripande medel att tillgå som leder till samma resultat. Bolaget hänvisar därvid till de mildare förbudsformer som tillämpas i Förenade kungariket och Förenta staterna.

82. I Förenade kungariket gäller nämligen att finansiella tjänster är underkastade den rättsliga reglering som infördes genom Financial Services Act 1986. Enligt denna lag får en person inte bedriva investeringsverksamhet utan auktorisation eller, alternativt, utan dispens från skyldigheten att söka auktorisation. Personen kan erhålla auktorisation genom att bli medlem i en erkänd självreglerande organisation. Securities and Futures Authority (SFA) är en sådan organisation. Alpine Investments hänvisar till SFA:s Conduct of Business Rules, enligt vilka varje företag skall införa och upprätthålla kontrollförfaranden som är avsedda att säkerställa att alla anställda och ombud följer de regler som fastställts för oombedda telefonsamtal till privata investerare. Som ett led i dessa kontrollförfaranden skall bandupptagning ske av alla oombedda telefonsamtal till investerare och tidpunkten för samtalet nedtecknas. Alpine Investments anser att det därmed är visat att det är möjligt att skydda investerare genom att banda samtalen. Bolaget hänvisar till liknande regler som antagits av National Futures Association i Förenta staterna.

83. Alpine Investments har även hävdat att det enskilda företagets uppförande inte beaktas vid utfärdande av förbud, eftersom förbudet mot "cold calling" gäller generellt för alla

45 — Den i fotnot 22 nämnda domen Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl., punkt 15; den i fotnot 21 nämnda domen kommissionen mot Frankrike, punkt 15; den i fotnot 17 nämnda domen kommissionen mot Grekland, punkt 19.

företag. Det tillämpas således utan åtskillnad vilket innebär att företag som utövar en seriös verksamhet åläggs en onödig börda.

84. Jag finner inte dessa argument övertygande. Skälen som föranlett ministern att utfärda det omtvistade förbudet framgår av beslutet att begära förhandsavgörande. Ministern mottog således många klagomål under år 1991 från personer som till följd av "cold calling" ingått avtal som de senare haft anledning att ångra. Ministern intog därför den ståndpunkten att "cold calling" utgjorde en icke önskvärd företeelse och valde som politik att förbjuda denna företeelse. I överensstämmelse med denna politik förenades de dispenser som utfärdats enligt artikel 8 i WEH efter oktober 1991 med ett förbud motsvarande det som meddelats för Alpine Investments.

85. Enligt min mening framstår inte beslutet att förbjuda "cold calling" som för långtgående om de skäl som föranlett dess antagande beaktas. Även om förbudet gäller utan åtskillnad för alla företag utan hänsyn till individuellt uppförande, syftar det till att återupprätta och bevara investerarnas förtroende för värdepappersmarknaden vilket i praktiken är till gagn för alla företag som tillhandahåller tjänster på den marknaden. Härutöver gäller att om ministern hade valt att endast meddela förbud för vissa namngivna företag, på grundval av tidigare uppförande, skulle ett sådant förfarande ha blivit svårare och mer kostnadskrävande att administrera. Det skulle även ha kunnat leda till olikheter i behandling och kunnat visa sig vara verkningslöst.

86. Det är inte heller korrekt att påstå att förbudet mot "cold calling", sett med utgångspunkt från dess verkningar, är för långtgående. Alpine Investments åläggs inte på något sätt ett förbud mot att marknadsföra bolagets tjänster. Bolaget hindras endast från att ta telefonkontakt eller personlig kontakt med potentiella kunder utan ett föregående skriftligt och uttryckligt medgivande till denna kontakt. Denna skyldighet utgör ingen orimlig inskränkning. Den gäller för det första endast för Alpine Investments nya kunder, eftersom etablerade kunder givetvis kommer att kunna lämna ett skriftligt medgivande till framtida kontakter. För det andra kan Alpine Investments, såvitt jag förstår, råda bot på problemet på ett enkelt sätt genom att ta skriftlig kontakt med potentiella kunder och be dessa lämna ett skriftligt svar om framtida kontakter önskas. Det förefaller enligt min mening vara en marknadsföringsteknik som å ena sidan är kostnadseffektiv för tjänsteproducenten och å andra sidan är enkel och inte påträngande för den potentiella kunden.

87. Sett från den potentiella kundens synvinkel innebär förbudet mot "cold calling" två ytterligare säkerhetsaspekter. Eftersom tjänsteproducenten nödgas rikta ett skriftligt erbjudande till potentiella kunder kommer han sannolikt att närmare och tydligare beskriva de tjänster som han erbjuder. Den potentiella kunden kommer även att ha mer tid att begrunda den information som han har erhållit och behöver inte fatta ett snabbt beslut vid en tidpunkt då han är oförberedd, vilket skulle vara fallet om han tvingades svara per telefon. Jag kan inte se hur en per-

son som allvarligt överväger att investera på varuterminsmarknaden och som önskar utnyttja Alpine Investments tjänster kan skadas av att bolaget inte kan ta telefonkontakt eller personlig kontakt med honom utan föregående medgivande.

88. Alpine Investments argument att SFA:s Conduct of Business Rules är ett uttryck för att ett mindre strängt förbud gäller i Förenade kungariket finner jag inte heller övertygande. Det förhållandet att en annan medlemsstat tillämpar mindre stränga regler innebär inte att de nederländska reglerna strider mot proportionalitetsprincipen. Detta framgår klart av den omständigheten att harmoniseringsdirektiven på konsumentskyddsområdet i allmänhet tillåter medlemsstaterna att uppställa strängare eller kompletterande krav. När harmoniseringsåtgärder inte vidtagits måste därför i än högre grad gälla att en medlemsstats bestämmelser inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen enbart av det skälet att en annan medlemsstat tillämpar mindre stränga regler. Detta bekräftas av domen i Oosthoekmålet [46]. I detta mål förbjöd nederländsk lagstiftning fria gåvor som en säljfrämjande åtgärd om inte konsumtionen eller nyttjandet av gåvan hade ett naturligt samband med den vara som erbjöds till försäljning. Domstolen fastslog att ett sådant krav inte gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå de eftersträvade målen, även om motsvarande krav på konsumtion eller nyttjande saknades i andra medlemsstaters lagstiftning.

89. Som angivits ovan innebär inte direktivet om investeringstjänster inom värdepappersområdet någon harmonisering av de nationella reglerna om marknadsföring av investeringar. I direktivets ingress anges uttryckligen att "hemförsäljning av överlåtbara värdepapper [inte bör] omfattas av detta direktiv utan även i fortsättningen regleras genom nationella bestämmelser" [47].

90. Det står därför klart att varje medlemsstat, i avsaknad av harmoniseringsregler, har en viss handlingsfrihet i fråga om att fastställa den skyddsnivå som skall gälla för investerare i det egna landet. Om så inte var fallet skulle medlemsstaterna, i avsaknad av harmoniseringsregler, nödgas anpassa den egna lagstiftningen efter den medlemsstat som uppställde de minst betungande villkoren. Detta skulle kunna få till följd att investerarnas förtroende undergrävdes snarare än stärktes.

91. Frågan om huruvida inskränkningar som införts i nationell lagstiftning, och som rör en viss marknadsföringsteknik, uppfyller proportionalitetskriteriet bör avgöras med hänvisning bland annat till de förhållanden som råder på den nationella marknaden och de omständigheter som lett till att lagstiftningen antagits. Enligt min mening strider det omtvistade förbudet inte mot proportio-

46 — Domen av den 15 december 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (mål 286/81, Rec. s. 4575). Se även domen av den 25 juli 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivía (förenade målen C-1/90 och C-176/90, Rec. s. I-4151, punkt 16—17).

47 — Ingressen, åttonde övervägandet.

nalitetsprincipen. Det infördes för att stävja oredliga förfaranden som föranlett förluster hos investerare. Det utgjorde en rimlig motåtgärd när hänsyn tas till syftet att skydda investerare på marknader där dessa är särskilt sårbara. Det innebär dessutom inget hinder för företag som Alpine Investments att marknadsföra sina tjänster, utan innebär endast att företagen inte får använda en viss marknadsföringsteknik.

Förslag till avgörande

92. Jag anser därmed att de frågor som förts vidare av den nationella domstolen bör besvaras på följande sätt:

1) Artikel 59 i fördraget skall anses vara tillämplig när en person som är etablerad i en medlemsstat per telefon erbjuder tjänster till potentiella kunder i en annan medlemsstat.

2) Lagstiftning genom vilken en medlemsstat förbjuder personer som är etablerade inom dess territorium att oombett ta telefonkontakt med potentiella kunder i andra medlemsstater — för att marknadsföra sina tjänster — utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.

3 a) Behovet av att skydda investerare och att värna om de finansiella marknadernas integritet kan rättfärdiga inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster.

3 b) Artikel 59 innebär inget hinder för nationell lagstiftning som, i syfte att förhindra missbruk som är ägnat att skada investerare, förbjuder den praxis som består i att oombett ta kontakt per telefon med potentiella kunder med hemvist i andra medlemsstater för att erbjuda dessa personer tjänster med anknytning till investering på värdepappers- eller varuterminsmarknaderna.