FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 16. december 2004 [1]

1. Er fællesskabsretten til hinder for en national ordning, der betinger udøvelsen af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå tidsskriftsabonnementer, af en forudgående tilladelse, og som uden den krævede tilladelse er strafbar?

2. Dette udgør i det væsentlige det af Rechtbank van eerste aanleg te Brugge (Belgien) forelagte spørgsmål i forbindelse med straffesager mod tre nederlandske statsborgere på grundlag af den omtvistede nationale ordning.

I — Nationale retsforskrifter

3. Lov af 25. juni 1993 om udøvelse af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted og om torvehandel (herefter »lov om udøvelse af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted«) [2] bestemmer i artikel 3, nr. 1, at udøvelse af denne virksomhed på Belgiens område er betinget af en forudgående tilladelse fra ministeren for selvstændige erhverv og små og mellemstore virksomheder eller fra den af ham bemyndigede tjenestemand af første grad.

4. Artikel 2, nr. 1, i den nævnte lov præciserer, at »alt salg, udbud af varer eller udstilling med henblik på salg til forbrugeren, som udføres af en erhvervsdrivende uden for det forretningssted, der er nævnt i dennes indførelse i handelsregisteret, eller af en person, der ikke har et sådant forretningssted, anses for udøvelse af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted«.

5. I henhold til lovens artikel 5, nr. 3, er visse former for virksomhed uden fast forretningssted imidlertid undtaget fra kravet om forudgående tilladelse. Det gælder bl.a. »salg

1 — Originalsprog: fransk.

2 — *Belgische Staatsblad* af 30.9.1993, s. 124. Denne lov trådte i kraft den 13.6.1995 som følge af vedtagelsen af kongelig anordning af 3.4.1995 om gennemførelsesbestemmelserne til lov af 25.6.1993 om udøvelse af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted og om torvehandel (*Belgische Staatsblad* af 8.6.1995, s. 126, herefter »den kongelige anordning«).

af aviser og tidsskrifter samt indgåelse af avisabonnementer, for så vidt som det drejer sig om regelmæssig betjening af en fast og lokal kundekreds, postordresalg og salg ved hjælp af automater«.

6. Når denne tilladelse kræves, er tildelingen heraf i medfør af den kongelige anordning underlagt visse processuelle og materielle betingelser.

7. Ansøgeren om en sådan tilladelse skal rette sin ansøgning herom til de kommunale myndigheder efter at have udfyldt en formular herom og købt et stempelmærke. De kommunale myndigheder oversender ansøgningen til den myndighed, der er beføjet til at udstede den nævnte tilladelse (ministeriet for selvstændige erhverv og små og mellemstore virksomheder eller en tjenestemand herfra).

8. Der kan gives afslag på ansøgningen om tilladelse på grund af ansøgerens alder, eller fordi ansøgeren tidligere har været straffet.

9. Der kan således ikke udstedes tilladelse til en person under 18 år, når denne har til hensigt at udøve den påtænkte erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted for egen regning eller som ansvarlig for den daglige ledelse af et selskab eller som aktiv selskabsdeltager. Det samme gælder for en ansøger under 16 år, når denne ønsker at udøve en sådan virksomhed som medhjælper eller lønmodtager.

10. Tilsvarende, i henhold til den kongelige anordnings artikel 14 »kan tilladelsen til at udøve erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted afvises, såfremt det efter henvendelse til anklagemyndigheden viser sig, at ansøgeren er straffet, hvilket dog ikke omfatter administrativt pålagte bøder«.

11. Artikel 16, nr. 1, i den nævnte anordning tilføjer, at »enhver, der ønsker at udøve erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted inden for et område, der er omfattet af lov af 15. december 1970 om udøvelse af erhvervsvirksomhed i små og mellemstore virksomheder inden for handel og håndværk, kan kun, såfremt personen er underlagt denne lov, opnå tilladelsen, når han opfylder de lovmæssige bestemmelser, der regulerer denne form for virksomhed«.

12. Beslutningen om at afvise eller give den pågældende tilladelse meddeles den pågældende af den kommune, hvortil ansøgningen blev indgivet. En meddelt tilladelse træder først i kraft, når modtageren på ny køber et stempelmærke.

13. En tilladelse til at udøve erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted er kun gyldig for de varer og tjenesteydelser, der er omtalt heri, samt for de salgsformer, der nævnes heri (dørsalg eller salg på offentlige steder). En tilladelse er gyldig i højst seks år.

14. Indehaveren skal bære tilladelsen på sig ved udøvelsen af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted. Tilladelsen skal forevises på enhver begæring fra politiet, gendarmeriet eller andre tjenestemænd, der har til opgave at kontrollere og overvåge en sådan virksomhed.

15. I medfør af artikel 13, nr. 1, nr. 1 og 2, i lov om udøvelse af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted straffes den, der udøver erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted uden forudgående tilladelse eller under tilsidesættelse af de betingelser og forbud, som er omfattet af tilladelsen, med hæfte og/eller bøde.

II — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

16. Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden og Anthony De Jong (der alle er nederlandske statsborgere med bopæl i Nederlandene) solgte den 6. september 2001 på offentlige gader i Ostende (Belgien) abonnementer på forskellige tidsskrifter på nederlandsk eller tysk, udgivet af nederlandske eller tyske selskaber [3], og det lykkedes dem at sælge adskillige abonnementer til forbipasserende.

17. Det fremgår af de skriftlige svar, som parterne i hovedsagen har givet på de af Domstolen stillede spørgsmål, samt af de dokumenter, der ved denne lejlighed blev fremsendt, at disse tre personer udøvede en sådan virksomhed uden fast forretningssted som uafhængige repræsentanter, der handlede for det tyske selskab Alpina GmbH's [4] »regning« [5] inden for de forretningsmæssige rammer, der blev fastsat i løbet af år 2000.

18. Mere præcist var deres opgave at tilbyde forbipasserende at tegne abonnement på forskellige tidsskrifter og udfylde en ordreseddel sammen med de personer, der ønskede at tegne sådanne abonnementer. Disse aftaler blev indgået mellem abonnementerne og Alpina.

3 — Parterne i hovedsagen præciserede tidsskrifternes herkomst i forbindelse med skriftlige svar på de af Domstolen stillede spørgsmål. Det fremgår ligeledes heraf, at de foreslåede tidsskrifter var klassificeret efter tema (mode for kvinder, familie og hobby, familielæsning, have og natur, biler).

4 — Herefter benævnt »Alpina«.

5 — Her gentages det udtryk, som den forelæggende ret anvendte i forelæggelseskendelsens punkt 4.

19. Det fremgår af den standardformular, der blev fremsendt til Domstolen som svar på dens skriftlige spørgsmål, at disse ordresedler, i to eksemplarer, indeholdt en række felter, der skulle udfyldes, og som vedrørte navnet på den dørsælger, med hvis mellemkomst abonnementet blev tegnet, navn og andre oplysninger om kunden samt den måde, hvorpå denne skulle betale for det tegnede abonnement til Alpina. Det fremgår ligeledes af denne standardformular, at ordresedlen var påtrykt en meddelelse om, at den pågældende kunde havde mulighed for at hæve aftalen inden for en frist på syv hverdage at regne fra dens underskrivelse.

20. Når disse ordresedler var korrekt udfyldt, påhvilede det den pågældende dørsælger at give et eksemplar til kunden og sende det andet til Alpina, således at Alpina kunne opfylde ordren og tilsende kunden de af denne valgte tidsskrifter.

21. Som modydelse modtog de nævnte dørsælgere en kommission fra Alpina. Denne kommission blev beregnet i forhold til prisen på de abonnementer, som de havde indgået aftaler om.

22. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at Anthony De Jong den 6. september 2001 ikke var i besiddelse af en tilladelse til salg uden fast forretningssted. Og selv om de to øvrige tiltalte hver især umiddelbart havde en sådan tilladelse, vedrørte ingen af disse den omtvistede virksomhed, eftersom Marcel Burmanjers tilladelse udelukkende vedrørte salg af papirvarer og kontorartikler, mens René Alexander Van Der Lindens tilladelse var begrænset til salg i forbrugernes hjem.

23. Følgelig kendte Rechtbank van eerste aanleg te Brugge ved dom af 8. maj 2002 de tiltalte skyldige i at have udøvet erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted uden den nødvendige eller korrekte forudgående tilladelse. Marcel Burmanjer og René Alexander Van Der Linden blev idømt en bøde på 247,89 EUR med en forvandlingsstraf på 15 dages hæfte. Anthony De Jong blev idømt en bøde på 991,57 EUR med en forvandlingsstraf på to måneders hæfte.

24. De tre tiltalte ankede denne udeblivelsesdom. I forbindelse med denne anke anmodede den samme domstol, som afsagde den påankede dom, Openbaar Ministerie (anklagemyndigheden) om at foretage en supplerende undersøgelse for præcist at kunne fastslå, hvilke varer (papirvarer og kontorartikler) Marcel Burmanjers tilladelse vedrører. Samme domstol besluttede ligeledes at rette henvendelse til Arbitragehof (Belgien) i spørgsmålet om, hvorvidt kravet

om den forudgående tilladelse er foreneligt med den belgiske forfatning, i givet fald sammenholdt med visse bestemmelser i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK), navnlig hvad angår ytringsfriheden.

III — De præjudicielle spørgsmål

25. Samtidig besluttede Rechtbank van eerste aanleg te Brugge at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Tilsidesætter artikel 2, 3, artikel 5, nr. 3, samt artikel 13 i den belgiske lov af 25. juni 1993 om udøvelse af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted — særskilt betragtet eller sammenholdt, og fortolket således, at de betinger salg af tidsskriftsabonnementer på belgisk område for såvel belgiske statsborgere som andre udenlandske statsborgere i EU, i form af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, af en forudgående tilladelse fra ministeren eller fra den af ham befuldmægtigede tjenestemand af første grad, og som gør overtrædelser heraf strafbar — artikel 30-37 (princippet om de frie varebevægelser) i EF-traktaten af 25. marts 1957, som den finder anvendelse den 6. september 2001, artikel 48 ff. i samme traktat (princippet om fri bevægelighed for personer) eller traktatens artikel 59 ff. (princippet om fri udveksling af tjenesteydelser), for så vidt som det følger af disse artikler, at et tysk selskab, som gennem sælgere, der er etableret i Nederlandene, i Belgien sælger eller vil sælge tidsskriftsabonnementer, a priori er underkastet indhentelse af en forudgående og midlertidig tilladelse, og at en overtrædelse af disse bestemmelser gøres strafbar, mens de hensyn, som lovgiver hermed ønsker at beskytte, kunne sikres på en mindre indgribende måde?

2) Gør det nogen forskel for besvarelsen af det første spørgsmål, at samme lov af 25. juni 1993 ikke desto mindre betinger salg af aviser, tidsskrifter og endog tidsskriftsabonnementer af denne forudgående tilladelse?«

26. Den forelæggende ret ønsker med sine spørgsmål, der behandles samlet, nærmere bestemt oplyst, om fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national ordning, der betinger udøvelsen af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå aftaler om tidsskriftsabonnementer, af en forudgående tilladelse, og som uden den krævede tilladelse er strafbar.

IV — Vurdering

27. Med henblik på at besvare spørgsmålene er det nødvendigt først at fastslå, hvilke fællesskabsretlige bestemmelser der kan finde anvendelse på tvisten i hovedsagen. Først herefter er det muligt at undersøge, om disse er til hinder for anvendelsen, i den omtalte tvist, af den pågældende nationale ordning.

A — *De fællesskabsretlige bestemmelser, der kan finde anvendelse på tvisten i hovedsagen*

28. Inden undersøgelsen af, hvilke traktatbestemmelser der kan anvendes på tvisten i hovedsagen, er det vigtigt at afgøre, om der kan findes et svar på det præjudicielle spørgsmål i den afledte fællesskabsret.

29. I denne henseende skal det bemærkes, at i modsætning til, hvad Kommissionen gør gældende, finder Rådets direktiv 85/577/EØF af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted [6] anvendelse på den omtvistede erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted [7].

30. Det nævnte direktiv begrænser sig imidlertid i det væsentlige til at sikre forbrugerne en fortrydelsesret. Det indeholder således ingen bestemmelser, der, som i den nationale ordning, skal regulere udøvelsen af erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der resulterer i indgåelsen af sådanne aftaler. Dette direktiv har derfor ingen relevans for vurderingen af den nævnte ordning i forhold til fællesskabsbestemmelserne.

31. Dette udsagn er korrekt, også selv om artikel 8 i direktiv 85/577 bestemmer, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne vedtager eller opretholder endnu

6 — EFT L 372, s. 31.

7 — I modsætning til, hvad Kommissionen gør gældende, begrænser direktiv 85/577 sig ikke til aftaler indgået ved dørsalg. Som det fremgår af tredje betragtning til direktivet, gør dette overraskelsesmoment (som berettiger, at der vedtages særlige beskyttelsesforanstaltninger for forbrugerne) sig i almindelighed gældende ikke alene i forbindelse med aftaler, der indgås ved døren, men også ved andre former for aftaler, som den erhvervsdrivende indgår uden for sit faste forretningssted. Denne præcisering af direktivets anvendelsesområde skal ses sammen med de forskellige tilfælde, der er opregnet i dets artikel 1. Jeg mener, at den omtvistede erhvervsmæssige virksomhed uden fast forretningssted er omfattet af det første tilfælde, eftersom det omhandler »aftaler indgået mellem en erhvervsdrivende, der leverer varer eller tjenesteydelser, og en forbruger [...] under en udflugt arrangeret af den erhvervsdrivende uden for dennes faste forretningssted«, idet det præciseres i direktivets artikel 2, at en erhvervsdrivende er »en fysisk eller juridisk person, der ved indgåelsen af den pågældende retshandel optræder i sin egenskab af handlende eller erhvervsdrivende, samt enhver anden person, der optræder i en erhvervsdrivendes navn eller for dennes regning«, hvilket var tilfældet for de tre tiltalte i hovedsagen på tidspunktet for de omstændigheder, de tiltales for.

gunstigere forbrugerbeskyttende bestemmelser. Det kan ikke af den nævnte artikel udledes, at den tillader medlemsstaterne at vedtage en hvilken som helst ordning herom. Medlemsstaterne er forpligtet til at overholde de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten [8].

32. Selv om den pågældende nationale ordning således, i overensstemmelse med artikel 8 i direktiv 85/577, foreskriver endnu gunstigere betingelser for forbrugerbeskyttelsen end dem, der er indeholdt i samme direktiv, er det ikke desto mindre nødvendigt at undersøge, hvorvidt denne nationale ordning er forenelig med de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten.

33. For fuldstændighedens skyld skal det tilføjes, at det ville forholde sig på samme måde, hvis de belgiske myndigheder skulle foretage en sammenligning mellem på den ene side de eksamensbeviser eller kvalifikationer, der kræves efter national ret for at udøve den omtvistede erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, og på den anden side de erhvervsmæssige kvalifikationer, der er erhvervet i en anden medlemsstat.

8 — Jf. herom bl.a. dom af 23.10.2001, sag C-510/99, Tridon, Sml. I, s. 7777, præmis 53, af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 63-65, og af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 31-34.

34. Det er ubestridt, at adgangsvilkårene for den omtvistede erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted ikke er harmoniseret på fællesskabsniveau. Det er imidlertid anført, at adgangen til denne virksomhed i belgisk ret er underlagt opfyldelsen af visse erhvervsmæssige krav [9], således at de kompetente nationale myndigheder er forpligtet til at foretage en sammenlignende undersøgelse mellem på den ene side de eksamensbeviser eller kvalifikationer, der kræves i national ret, og på den anden side de erhvervsmæssige kvalifikationer, der er erhvervet i en anden medlemsstat [10].

35. Det tilkommer ikke Domstolen, men udelukkende den forelæggende ret, at undersøge rigtigheden af de nationalretlige elementer, der er påberåbt af den belgiske regering. Ikke desto mindre skal det påpeges, at såfremt disse elementer er korrekte, og der foretages en sammenlignende undersøgelse af de faglige kvalifikationer i forbindelse med

9 — Hvilket den belgiske regering gjorde gældende som svar på Domstolens skriftlige spørgsmål. For at udøve den omtvistede erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted i Belgien kræves grundlæggende administrative kundskaber, der bl.a. godkendes ved et bevis, som af den kompetente myndighed fastslås at svare til det nationale bevis. Kommissionen, der var alene under retsmødet, bestred denne fremstilling af belgisk ret.

10 — De kompetente nationale myndigheder (værtsmedlemsstaten) er forpligtet til at foretage en sådan komparativ undersøgelse, uanset om det er under anvendelse af Vlassopoulou-dommen (dom af 7.5.1991, sag C-340/89, Sml. I, s. 2357, præmis 16), eller under anvendelse af et direktiv om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser. Det skal bemærkes, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/42/EF af 7.6.1999 om indførelse af en ordning for anerkendelse af eksamensbeviser for de former for erhvervsvirksomhed, der er omfattet af direktiverne om liberalisering og om overgangsforanstaltninger, og til supplering af den generelle ordning for anerkendelse af eksamensbeviser (EFT L 201, s. 77) finder anvendelse på udøvelsen af visse former for erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, såsom køb eller salg af varer fra sælgere uden fast forretningssted eller dørsælgere. Denne type virksomhed uden fast forretningssted dækker ikke præcist den form for virksomhed, hovedsagen vedrører, hvorfor dette direktiv under alle omstændigheder ikke synes at kunne finde anvendelse på den foreliggende sag.

behandlingen af ansøgningen om den omtvistede forudgående tilladelse, er de pågældende nationale myndigheder stadig forpligtet til at overholde de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten.

36. I dom af 22. januar 2002, Canal Satélite Digital [11], fastslog Domstolen således, at når et direktiv pålægger medlemsstaterne en særlig forpligtelse uden at præcisere de administrative betingelser, der skal gennemføre forpligtelserne, kan medlemsstaterne frit indføre en administrativ procedure hertil. Domstolen fastslog, at »medlemsstaterne skal imidlertid, når de indfører en sådan administrativ procedure, til enhver tid overholde de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten« [12].

37. Denne retspraksis kan overføres på den foreliggende sag, såfremt de belgiske myndigheder er forpligtet til at foretage en sammenlignende undersøgelse af de faglige kvalifikationer, uanset om det er i henhold til den nævnte Vlassopoulou-praksis eller et direktiv om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, når hverken denne praksis eller sådanne direktiver på præcis og udtømmende vis har angivet de administrative procedurer, der skal følges for at opfylde en sådan forpligtelse. I et sådant tilfælde er det nødvendigt at undersøge den pågældende nationale lovgivning i lyset af de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten.

38. Det er derfor vigtigt her at fastlægge de traktatbestemmelser, i relation til hvilke den i hovedsagen omtvistede nationale ordning skal undersøges.

39. Selv om den nationale ret udtrykkeligt i formuleringen af sit første præjudicielle spørgsmål har henvist til traktatbestemmelserne om den frie bevægelighed for personer, skal der imidlertid ses bort fra disse bestemmelser under hensyntagen til omstændighederne i tvisten i hovedsagen.

40. Det fremgår af svarene på Domstolens spørgsmål til parterne i hovedsagen, samt af de dokumenter, der blev fremsendt i den forbindelse, at på tidspunktet for sagens omstændigheder var Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden og Anthony De Jong uafhængige repræsentanter, hvorfor de ikke udøvede den omtvistede erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted i forbindelse med et ansættelsesforhold hos Alpina.

11 — Sag C-390/99, Sml. I, s. 607, præmis 27.

12 — Dommens præmis 28. Jf. ligeledes i denne retning dom af 10.7.2003, sag C-246/00, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 7485, præmis 66, der bl.a. henviser til punkt 48 og 49 i mit forslag til afgørelse, Karner-dommen, præmis 33 og 34, og dom af 12.10.2004, sag C-60/03, Wolff & Müller, Sml. I, s. 9553, præmis 30.

41. Det fremgår af dom af 27. juni 1996, Asscher, at når en person ikke er beskæftiget i et underordnelsesforhold, kan han ikke anses for »arbejdstager« i henhold til artikel 39 EF [13].

42. Med henblik på at afgøre tvisten i hovedsagen er det følgelig ikke nødvendigt at undersøge den pågældende nationale lovgivning i relation til traktatbestemmelserne om den frie bevægelighed for personer.

43. Derimod bør det afgøres, om denne nationale lovgivning, under omstændigheder som de foreliggende, bør undersøges i forhold til traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser eller i forhold til bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser.

44. I denne henseende skal det fastslås, at den pågældende nationale ordning under de givne omstændigheder vedrører såvel de frie varebevægelser som den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den kræver, at de, der ønsker at udøve en erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå tidsskriftsabonnementer, skal indhente en forudgående tilladelse, uden hvilken virksomheden er strafbar.

45. De abonnementskontrakter, der blev indgået gennem de tiltalte dørsælgere vedrørte tidsskrifter, dvs. varer. Det fremgår af de svar, som parterne gav på Domstolens spørgsmål, at de pågældende tidsskrifter hovedsageligt eller udelukkende stammede fra Nederlandene og Tyskland, dvs. fra andre medlemsstater end den, hvor den omtvistede virksomhed blev udøvet. Det må derfor formodes, at leveringen af disse tidsskrifter til abonnenterne medførte, at de blev importeret til Belgien.

46. Det følger heraf, at under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende vedrører den pågældende nationale lovgivning de frie varebevægelser.

47. Denne ordning vedrører ligeledes den frie udveksling af tjenesteydelser. En erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå aftaler om tidsskriftsabonnementer, udgør således en tjenesteydelse efter artikel 50 EF, når den

13 — Sag C-107/94, Sml. I, s. 3089, præmis 26 (i forbindelse med en direktør for et selskab, som han ejer 100%). Jf. i samme retning mit forslag til afgørelse i den sag (punkt 28 og 29), samt dom af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 15-17.

som i det foreliggende tilfælde har en grænseoverskridende karakter [14] og tilbydes mod betaling i form af en provision [15].

48. Betragter man således situationen i hovedsagen, vedrører den pågældende nationale ordning såvel de frie varebevægelser som den frie udveksling af tjenesteydelser.

49. Det fremgår af nyere, og nu fast retspraksis, at når en national foranstaltning begrænser både den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser, tager Domstolen i princippet alene stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, såfremt sagens omstændigheder viser, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden og kan anses for at være knyttet til denne [16].

50. Ifølge Kommissionen skal den pågældende nationale ordning udelukkende vurderes i forhold til traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser og ikke i forhold til bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser, såfremt aspektet vedrørende de frie varebevægelser er dominerende.

51. Jeg er ikke helt overbevist om dette synspunkt.

52. Det skal først og fremmest bemærkes, at den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted består i at tilbyde og indgå aftaler om tidsskriftsabonnementer og ikke i at sælge tidsskrifter [17]. Faktisk udøver dørsælgerne (der er de eneste, der tiltales i hovedsagen) deres virksomhed på et tidspunkt, der tidsmæssigt ligger langt fra salgs- og distributionsprocessen for tidsskrifterne.

53. Denne proces omfatter i første omgang Alpina, eftersom selskabet købte de pågældende tidsskrifter af nederlandske eller tyske forlag og dernæst distribuerede dem til

14 — Jeg skal minde om, at de tiltalte på tidspunktet for de handlinger, de anklages for, var bosat i en anden medlemsstat (Kongeriget Nederlandene) end den, på hvis område den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted blev udøvet (Kongeriget Belgien).

15 — Den provision, der udbetales dørsælgerne som modydelse for deres tjenesteydelser, udgør en aflønning i henhold til artikel 50 EF, selv om den ikke betales af modtageren af tjenesteydelsen, men af Alpina. I henhold til fast retspraksis kræver den nævnte artikel ikke, at tjenesteydelsen betales af den, der modtager ydelsen (jf. bl.a. dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders m.fl., Sml. s. 2085, præmis 16, og af 26.6.2003, sag C-422/01, Skandia og Ramstedt, Sml. I, s. 6817, præmis 24).

16 — Jf. i denne retning dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 22, Canal Satélite Digital-dommen, præmis 31, Karner-dommen, præmis 46, og dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 26.

17 — Det udtryk, der anvendes af den forelæggende ret og gentages af Kommissionen, til at betegne den omtvistede virksomhed (»salg af tidsskriftsabonnementer«) lader formode, at denne virksomhed vedrører salg af varer. Dette er imidlertid ikke tilfældet. I øvrigt finder den forudgående tilladelse, der kræves i henhold til den pågældende nationale ordning om indgåelse af tidsskriftsabonnementer, ikke anvendelse på salg af tidsskrifter eller aviser (jf. punkt 5 ovenfor). Derfor foretrækker jeg at tale om en virksomhed, der består i at tilbyde eller indgå aftaler om tidsskriftsabonnementer.

privatpersoner i henhold til de pågældende abonnementsaftaler. Disse aftaler var udelukkende bindende for Alpina og abonnenterne. Dørsælgerne, der var uafhængige, var på ingen måde part i aftalerne. Som allerede nævnt [18] begrænsede dørsælgernes rolle sig til at foreslå forbipasserende at tegne de nævnte abonnementer og til sammen med disse at udfylde ordresedlerne og videresende et eksemplar heraf til det nævnte selskab, således at dette kunne efterkomme ordren ved pr. post at tilsende abonnenterne de valgte tidsskrifter.

54. Aspektet vedrørende de frie varebevægelser, der er knyttet til den pågældende nationale ordning, vedrører således umiddelbart og i realiteten ikke de tiltalte i hovedsagen. Under disse omstændigheder ville det være overraskende at hævde, at aspektet vedrørende denne frihed går forud for aspektet vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser, når det netop var sidstnævnte frihed, der umiddelbart og i realiteten vedrørte de tiltalte.

55. I denne henseende adskiller den pågældende nationale ordning, således som den fremstår i hovedsagen, sig fra de ordninger, som Domstolen undersøgte i dom af 16. maj 1989, Buet og EBS (ordning, der forbyder dørsalg af undervisningsmateriale) [19], af 23. november 1989, B & Q [20], af 28. februar 1991, Marchandises m.fl. (ordning, der forbyder eller begrænser detailhandlen om søndagen) [21], af 30. april 1991, Boscher (ordning om salg, ved afholdelse af offentlig auktion, af brugte luksusbiler) [22], af 26. juni 1997, Familiapress (ordning, der forbyder salg af tidsskrifter indeholdende præmiekonkurrencer) [23], af 13. januar 2000, TK-Heimdienst (ordning om salg uden fast forretningssted af levnedsmidler) [24], samt Karnerdommen (ordning, der forbyder enhver oplysning om, at en vare hidrører fra et konkursbo).

56. I samtlige disse sager havde de implicerede personer direkte, eller i det mindste på tæt hold, deltaget i salgs- eller distributionsprocessen af varerne. Under sådanne omstændigheder var der ingen tvivl om, at de pågældende nationale ordninger udelukkende skulle undersøges i forhold til traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser.

18 — Jf. punkt 18-20 ovenfor.

19 — Sag 382/87, Sml. s. 1235, præmis 7-9.
20 — Sag C-145/88, Sml. s. 3851.
21 — Sag C-332/89, Sml. I, s. 1027, præmis 9 og 15.
22 — Sag C-239/90, Sml. I, s. 2023, præmis 7-10.
23 — Sag C-368/95, Sml. I, s. 3689.
24 — Sag C-254/98, Sml. I, s. 151, præmis 24.

57. Det forholder sig anderledes med hensyn til den forelæggende tvist i hovedsagen. Spørgsmålet er nemlig efter min opfattelse, om den pågældende nationale ordning ikke snarere skal undersøges udelukkende i forhold til traktatbestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser og ikke i forhold til bestemmelserne om de frie varebevægelser [25].

58. I det tilfælde, hvor den pågældende nationale lovgivning i øvrigt anses for at hindre import af varer, vil en sådan virkning være helt sekundær, eftersom det ikke vil være en automatisk eller uundgåelig følge af den hindring, der pålægges de personer, der i deres egenskab af tjenesteydere ønsker at udøve en virksomhed uden fast forretningssted af den type, der omhandles i hovedsagen. En eventuel påvirkning af de frie varebevægelser vil kronologisk set udelukkende være sekundær, indirekte eller accessorisk i forhold til påvirkningen af den frie udveksling af tjenesteydelser [26].

25 — For en lignende argumentation jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber i Karner-sagen, punkt 90-99.

26 — Jf. for en lignende argumentation Omega-dommen, præmis 27. Selv om denne argumentation kan fremføres i forbindelse med en national ordning, der forbyder dørsalg, fastslog Domstolen i Buet og EBS-dommen, at en sådan ordning henhører under traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser. Denne retspraksis synes imidlertid ikke afgørende. Spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende nationale lovgivning bør vurderes i forhold til traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser eller i forhold til bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser, forelå ikke. I øvrigt er den pågældende dom ældre end Schindler-dommen, der gav mulighed for i større udstrækning at tage hensyn til aspektet om den frie udveksling af tjenesteydelser, der kan være tilknyttet en national ordning.

59. Man kan derfor endnu engang rejse det spørgsmål, om den pågældende nationale ordning ikke udelukkende bør undersøges i forhold til traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser og ikke i forhold til bestemmelserne om de frie varebevægelser.

60. Selv om spørgsmålet om, hvilke traktatbestemmelser der finder anvendelse på den foreliggende sag ikke er uden interesse, er det dog af mindre betydning. Uanset i forhold til hvilken grundlæggende frihed den pågældende nationale ordning skal vurderes, er det under alle omstændigheder højst sandsynligt, som det vil fremgå af punkt 83-90 nedenfor, at man vil komme til samme resultat i den forstand, at fællesskabsretten er til hinder for at anvende den nævnte ordning i tvisten i hovedsagen.

B — *Om der foreligger en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser eller for de frie varebevægelser, og om den i så fald kan begrundes*

61. For så vidt angår den frie udveksling af tjenesteydelser skal det bemærkes, at i hen-

hold til fast retspraksis [27] kræver traktatens artikel 59 EF (efter ændring nu artikel 49 EF) ikke blot afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende [28].

62. Det skal fastslås, at kravet om en forudgående tilladelse som det, der er fastsat i den pågældende nationale ordning, har til formål at hindre eller gøre udøvelsen af den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted mindre attraktiv. Som allerede anført udgør virksomheden en tjenesteydelse [29].

63. Uanset den usikkerhed og de tidsfrister, som ansøgeren konfronteres med for at opnå en tilladelse, er han som følge af dette krav tvunget til at foretage forskellige administrative tiltag, som bl.a. indebærer køb af stempelmærker. Dette krav er endnu mere tvingende, idet en tilsidesættelse heraf er strafbar og i tilfælde af straf kan medføre efterfølgende vanskeligheder med hensyn til opnåelse af enhver anden tilladelse [30].

64. Derfor udgør en national ordning som den i tvisten i hovedsagen omhandlede en hindring, som omfattes af forbuddet i artikel 49 EF.

65. Ifølge fast retspraksis kan en national lovgivning, der vedrører et område, der ikke er genstand for fællesskabsharmonisering, og som gælder uden forskel for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på den pågældende medlemsstats område, imidlertid til trods for dens restriktive virkning på den frie udveksling af tjenesteydelser begrundes i et tvingende alment hensyn, der ikke allerede tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den

27 — Hidtil har Domstolen ikke klart eller udtrykkeligt udtalt sig om, hvorvidt retspraksis fra dommen af 24.11.1993, Keck og Mithouard (forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097), der finder anvendelse på de frie varebevægelser, kan overføres på den frie udveksling af tjenesteydelser. Jf. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 33-39, og af 8.3.2001, sag C-405/98, Gourmet International Products, Sml. I, s. 1795, præmis 36-39, hvori spørgsmålet udtrykkeligt opstod. I denne henseende jf. ligeledes bl.a. J.L. Da Cruz Vilaca, »On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services«, *Services and Free Movement in EU Law*, Mads Andenas og Wulf-Henning Roth, Oxford University Press, 2002, s. 25 ff., M. Poiares Maduro, »Harmony and Dissonance in Free Movement«, samme sted, s. 41 ff. Da dette spørgsmål stadig ikke er besvaret, bør det efter min mening ikke behandles, og jeg vil koncentrere mig om den nuværende situation i retspraksis.

28 — Jf. bl.a. dom af 3.10.2000, sag C-58/98, Corsten, Sml. I, s. 7919, præmis 33, af 24.1.2002, sag C-164/99, Portugaia Construções, Sml. I, s. 787, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis, og af 21.10.2004, sag C-445/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10191, præmis 20. Jf. i samme retning dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12.

29 — Jf. punkt 42 ovenfor.

30 — Denne mulighed følger af artikel 14 i den kongelige anordning, jf. punkt 14 ovenfor.

medlemsstat, hvor han er etableret, forudsat lovgivningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet [31].

66. Det skal herefter undersøges, om den pågældende nationale ordning opfylder hver enkelt af disse betingelser.

67. Ifølge den belgiske regering tjener kravet om en forudgående tilladelse til at udøve den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted hovedsagligt til at beskytte forbrugerne.

68. I henhold til fast retspraksis er beskyttelsen af forbrugere ganske vist et berettiget alment hensyn, der i princippet kan begrunde, at de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten, begrænses [32].

69. Det er åbenbart, at kravet om en forudgående tilladelse til at udøve den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted skal sikre en beskyttelse af forbrugerne i deres egenskab af modtagere af de pågældende tjenesteydelser.

70. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at et sådant krav er uforholdsmæssigt, da det går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det forfulgte mål.

71. Som Domstolen fastslog i præmis 12 i Buet og EBS-dommen i forbindelse med dørsalg og faren for den potentielle køber for at foretage et uovervejet køb, er det normalt tilstrækkeligt at sikre køberne retten til at hæve den aftale, som de har afsluttet i deres hjem. Hvad der gælder for indgåelsen af en aftale om varesalg i forbindelse med dørsalg, gælder i denne henseende ligeledes for en aftale om tidsskriftsabonnement, der indgås på offentlige steder.

72. Det er i den foreliggende sag ubestridt, at de, der indgik de pågældende aftaler om abonnement, havde ret til at opsige dem i henhold til direktiv 85/577. I øvrigt fremgår det af sagsakterne, at denne ret til opsigelse tydeligt fremgik af ordresedlen, som kunden modtog et eksemplar af.

31 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes i denne retning dom af 13.7.2004, sag C-262/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6569, præmis 23 og 24 og den deri nævnte retspraksis.

32 — Jf. bl.a. Buet og EBS-dommen, præmis 10, Schindler-dommen, præmis 58, og Canal Satélite Digital-dommen, præmis 34.

73. Følgelig mener jeg, at en sådan ret til at hæve aftalen om abonnement var tilstrækkelig til at undgå faren for den potentielle køber for at indgå en uovervejet aftale af denne art. Det følger heraf, at kravet om en forudgående tilladelse til at udøve den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre en beskyttelse af forbrugerne mod en sådan risiko.

74. Det ændrer ikke noget herved, at Domstolen i præmis 15 i Buet og EBS-dommen tillod en medlemsstats lovgiver at indtage det standpunkt, at forbrugerne ikke er tilstrækkeligt beskyttet i kraft af en hæveadgang, men at det er nødvendigt at forbyde dørsalg.

75. Denne vurdering blev begrundet af faktuelle omstændigheder, der ikke kan sammenlignes med omstændighederne i den foreliggende sag, og kan derfor ikke overføres til denne sag.

76. Lad mig minde om, at i den nævnte dom udtalte Domstolen, at faren for et uovervejet køb er særlig stor, når formålet med dørsalget er indgåelse af en undervisningsaftale eller en aftale om salg af undervisningsmateriale, da den potentielle bruger ofte tilhører en personkreds, hvis uddannelse er utilstrækkelig, og som forsøger at råde bod herpå, hvilket gør dem særligt udsat, når de konfronteres med sælgere af sådant materiale[33]. Domstolen udtalte ligeledes, at da undervisning ikke er et almindeligt forbrugsgode, består der en risiko for, at et uovervejet køb hos køberen kan få andre og mere varige skadelige virkninger end et blot økonomisk tab[34].

77. Sådanne risici kan ikke sammenlignes med dem, der kan opstå ved en virksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå tidsskriftsabonnementer som dem, der blev tilbudt af tiltalte i hovedsagen. Som Kommissionen med rette har fremhævet, indeholder de pågældende tidsskrifter for det første letlæseligt og underholdningspræget stof, således at de ikke henvender sig til en læserskare, der er særligt sårbar, og for det andet begrænser indgåelsen af sådanne aftaler om abonnement sig til, såfremt de er uovervejede (hvilket ikke er sandsynligt henset til hæveadgangen), at påføre kunden et økonomisk tab, der desuden er relativt beskedent.

78. Det skal tilføjes, at selv om Domstolen i præmis 16 i den nævnte dom bemærkede, at det anføres i sidste betragtning til direktiv 85/577, at medlemsstaterne frit skal kunne

33 — Jf. Buet og EBS-dommen, præmis 13.

34 — Dommens præmis 14.

opretholde eller indføre et fuldstændigt eller delvist forbud mod indgåelse af aftaler uden for fast forretningssted, er de nævnte medlemsstater som allerede nævnt [35] forpligtet til at overholde traktatbestemmelserne. Det kan derfor ikke udledes heraf, at medlemsstaterne har ret til at udstede et sådant forbud mod hvilken som helst type salg eller vare.

79. Jeg er følgelig af den opfattelse, i lighed med Kommissionen, at for så vidt angår hovedsagen er de potentielle køberes mulighed for at hæve abonnementsaftalerne tilstrækkelig til at beskytte dem mod faren for at indgå en uovervejet aftale. Jeg mener herefter, at kravet om en forudgående tilladelse for at udøve den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted går ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte forbrugerne mod en sådan risiko.

80. Risikoen for, at forbrugeren udsættes for bedrageri eller tillidsmisbrug kan ganske vist ikke helt udelukkes. Den kan imidlertid ikke begrunde en så streng foranstaltning som kravet om en forudgående tilladelse for enhver form for erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå tidsskriftsabonnementer, og som uden forudgående tilladelse er strafbar.

35 — Jf. punkt 31 og 32 ovenfor.

81. I denne henseende er det vanskeligt at forstå, hvorfor en sådan virksomhed uden fast forretningssted om indgåelse af *tidsskrifts*abonnementer er undergivet et krav om forudgående tilladelse, selv om denne aktivitet drejer sig om en regelmæssig betjening af en fast og lokal kundekreds, når en virksomhed uden fast forretningssted, der består i indgåelsen af *avis*abonnementer er undtaget fra et sådant krav (i tilfælde af en regelmæssig betjening af en fast og lokal kundekreds). Denne forskel viser efter min opfattelse, at den nationale ordning om indgåelse af tidsskriftsabonnementer er uforholdsmæssig.

82. Det må herefter konkluderes, at den omtvistede nationale ordning går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre forbrugerbeskyttelsen, og at den derfor ikke er forenelig med artikel 49 EF.

83. Det skal præciseres, at man højst sandsynligt kommer til samme resultat, hvis den pågældende nationale ordning vurderes i forhold til traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser og ikke i forhold til bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser.

84. Lad mig nævne, at i henhold til Keck og Mithouard-dommen [36] kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne som nævnt i Dassonville-dommen [37], forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.

85. Hvis det i den foreliggende sag antages, at den omtvistede nationale ordning må anses for at regulere bestemte former for salg af varer, eftersom den nævnte ordning ikke vedrører indholdet eller sammensætningen af disse varer, men måden, hvorpå de sælges, mener jeg ikke, at de øvrige betingelser, der er opstillet i Keck og Mithouard-dommen, er opfyldt.

86. Uanset at denne ordning rent faktisk finder anvendelse på alle, der på belgisk område ønsker at udøve virksomhed uden fast forretningssted som den i hovedsagen omhandlede, kan det ikke udelukkes, at den rammer salget af tidsskrifter fra andre medlemsstater hårdere end nationale tidsskrifter.

87. Som Kommissionen har fremhævet, udgør brugen af dørsælgere et effektivt middel til at markedsføre tidsskrifter fra andre medlemsstater over for potentielle forbrugere, for hvem disse tidsskrifter umiddelbart er mindre kendte end de nationale, og til, at forbrugerne tilskyndes til at tegne abonnementer. Brugen af sådanne dørsælgere som mellemmænd til indgåelse af abonnementsaftaler er ligeledes ideelt til at markedsføre visse udenlandske tidsskrifter, der er vanskelige at finde i den medlemsstat, på hvis område virksomheden uden fast forretningssted udøves. I et sådant tilfælde medfører indgåelsen af et abonnement (via en dørsælger), at de, der er interesseret i tidsskriftet, undgår at skulle søge efter det i en anden medlemsstat end den, hvor de er bosat.

88. Under disse omstændigheder mener jeg, at kravet om at betinge udøvelsen af den omtvistede virksomhed uden fast forretningssted af en forudgående tilladelse uden tvivl i højere grad hindrer markedsadgangen for tidsskrifter fra andre medlemsstater end for nationale tidsskrifter.

36 — Jf. præmis 16.

37 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Sml. s. 837.

89. Hvis det antages, at den pågældende nationale ordning skal vurderes i forhold til traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser, påhviler det den forelæggende ret at undersøge, om den nævnte ordning rent faktisk har en sådan virkning.

90. Såfremt det er tilfældet, må det konkluderes, at en sådan ordning udgør en hindring for de frie varebevægelser (og omfattes af forbuddet i artikel 28 EF), hvorfor det vil være nødvendigt at tage min undersøgelse i punkt 67-82 ovenfor i betragtning og nå frem til, at denne ordning er i strid med artikel 49 EF.

91. Derfor skal de præjudicielle spørgsmål besvares med, at fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national ordning som den i hovedsagen omhandlede, der betinger udøvelsen af en erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå tidsskriftsabonnementer af en forudgående tilladelse, og som uden den krævede tilladelse er strafbar.

V — Forslag til afgørelse

92. I lyset af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af Rechtbank van eerste aanleg te Brugge forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national ordning som den i hovedsagen omhandlede, der betinger udøvelsen af en erhvervsvirksomhed uden fast forretningssted, der består i at tilbyde og indgå tidsskriftsabonnementer af en forudgående tilladelse, og som uden den krævede tilladelse er strafbar.«