FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 18. april 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Dette forslag til afgørelse vedrører to forskellige sager, dels en sag, Kommissionen har anlagt mod Kongeriget Nederlandene (sag C-353/89), dels en præjudiciel forelæggelse fra Nederlandenes Raad van State (sag C-288/89).

I de to sager rejses der til dels samme problemer vedrørende foreneligheden af de nederlandske bestemmelser om produktion og udsendelse af radio- og fjernsynsprogrammer med fællesskabsretten. Nærmere bestemt vedrører spørgsmålene i den præjudicielle sag de betingelser, der i Mediawet's [1] artikel 66 opstilles for fordeling af programmer, som udsendes fra andre medlemsstater, og hvori der forekommer reklameindslag, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum. Den direkte sag, der er anlagt af Kommissionen, drejer sig — ud over betingelserne i artikel 66 — om radio- og fjernsynsinstitutionernes forpligtelse i henhold til Mediawet's artikel 61 til udelukkende eller til dels at benytte en indenlandsk virksomhed til produktion af deres programmer.

For at undgå overlapninger vil jeg fremsætte et fælles forslag til afgørelse i de to sager, og jeg vil af hensyn til fremstillingen først behandle Kommissionens sag mod Nederlandene for derefter — i forlængelse deraf — at tage stilling til besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål i sag C-288/89.

2. I *sag C-353/89* har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler det i medfør af Traktatens artikel 59, idet det forpligter de landsdækkende radio- og fjernsynsinstitutioner til udelukkende eller til dels at lade deres programmer producere hos en indenlandsk virksomhed, og idet det, for så vidt angår udenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner, opstiller nærmere bestemte betingelser for adgangen til at fordele programmer, som indeholder reklamer, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum.

3. Disse to foranstaltninger fremgår, som allerede nævnt, af Mediawet, der trådte i kraft den 1. januar 1988. Ligesom den tidligere gældende lov på dette område tilsigter Mediawet at opretholde et alsidigt og ikkekommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer. Dette formål ligger til grund for de væsentligste af de gældende bestemmelser, navnlig om udsendelsesretten og om reklameindslag.

For at sikre et programudbud, som afspejler de forskellige politiske, samfundsmæssige og religiøse strømninger i det nederlandske samfund, fordeles sendetiden på nationalt plan for størstedelen mellem de såkaldte

* Originalsprog: italiensk.

1 — Lov af 21.4.1987 om bestemmelser for udsendelse af radio- og fjernsynsprogrammer, om radio- og fjernsynslicens og om støtte til pressen (*Staatsblad* 1987, nr. 249).

»omroepverenigingen« (i det følgende omtalt som radio- og fjernsynsorganisationer). »Omroepverenigingen« er foreninger af lyttere og fjernseere. De har status som juridiske personer, og de skal mindst have 150 000 medlemmer. Endvidere er en mindre del af sendetiden (ca. 8%) forbeholdt politiske partier, religiøse sammenslutninger og kulturelle mindretal.

Koordineringen af de landsdækkende programmer samt udsendelsen af de fælles programdele (f.eks. TV-avisen) varetages af den nederlandske radio- og fjernsynsinstitution Nederlandse Omroep Stichting (NOS).

Radio- og fjernsynsorganisationerne kan i princippet selv afgøre, hvorledes de vil sammensætte deres programmer. De kan indkøbe allerede producerede programmer, i Nederlandene eller i andre lande, eller de kan producere deres egne programmer.

Hvis de selv producerer programmerne, skal de imidlertid i henhold til Mediawet's artikel 61 benytte de faciliteter og det tekniske udstyr (optagelsesstudier, dekorationsværksteder, teknikere, orkester osv.), der stilles til rådighed af et nederlandsk selskab, Nederlands Omroepproduktie Bedrijf (herefter benævnt »NOB«), som stiller faciliteterne til rådighed efter takster, der er godkendt af myndighederne. Denne forpligtelse gælder for alle radioprogrammer og for 75% af fjernsynsprogrammerne.

4. Radio- og fjernsynsorganisationerne må heller ikke optage reklamer fra tredjemand i deres programmer, idet Stichting Etherreclame (herefter benævnt »STER«) har monopol på udsendelse af reklameindslag. STER er et offentligretligt organ, som er uafhængigt af de institutioner, der har udsendelsesretten. STER sælger i realiteten kun sendetid til reklamer, og STER's indtægter afgives til staten, som benytter midlerne til at yde støtte til radio- og fjernsynsorganisationerne og, i mindre omfang, til pressen.

I nederlandske husstande kan størstedelen af programmerne kun modtages gennem kabelanlæg. Bestyrerne af kabelanlæggene har ret til at fordele udenlandske programmer. Bortset fra tilfælde, hvor udenlandske programmer kan modtages ved hjælp af en individuel antenne, er det imidlertid i henhold til Mediawet's artikel 66 kun tilladt at fordele udenlandske programmer, som indeholder reklamer, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum, såfremt en række betingelser er opfyldt.

Den første kategori af betingelser vedrører den institution, der udsender reklameindslagene. Den må ikke virke med gevinst for øje, den må ikke medvirke til, at tredjemand opnår fortjeneste, og den skal lade en uafhængig juridisk person bringe reklameindslagene.

De øvrige betingelser vedrører selve reklameindslagene. De skal være genkendelige som sådanne, de må ikke udgøre mere end 5% af den samlede sendetid, og de må ikke udsendes om søndagen.

Et reklameindslag anses for specielt at henvende sig til det nederlandske publikum, »når det udsendes under eller i tilslutning til en programdel eller en helhed af program-

dele med nederlandske undertekster eller en programdel på nederlandsk«.

Herefter skal jeg omtale de to klagepunkter, Kommissionen har fremført.

A — Forpligtelsen til at benytte NOB (Mediawet's artikel 61)

5. Kommissionen har gjort gældende, at Mediawet's artikel 61 er i strid med EØF-Traktatens artikel 59, da bestemmelsen forhindrer virksomheder fra andre medlemsstater i at udføre tjenesteydelser i form af produktion af radioprogrammer og begrænser deres muligheder for at tilbyde tjenesteydelser i form af produktion af fjernsynsprogrammer betydeligt, nemlig til 25%.

Den nederlandske regering har i første række gjort gældende, at forpligtelsen i henhold til Mediawet kun er foreløbig, og at den er nødvendig for at sikre en harmonisk overgang fra den tidligere gældende ordning — hvor de tekniske faciliteter hørte under det offentlige, og forpligtelsen til at benytte dem var absolut — og til en ordning, hvor der fuldt ud gælder almindelige markedsvilkår[2]. Regeringen har anført, at en sådan overgangsperiode er absolut nødvendig for at forhindre, at NOB går konkurs — med de deraf følgende omfattende afskedigelser — og for at fastholde de kulturelle fremskridt, frem for alt det alsidige programudbud, som er opnået under den tidligere gældende ordning. Uden en overgangsperiode ville NOB få alvorlige økonomiske vanskeligheder, og man ville ikke kunne udelukke, at selskabet måtte ophøre. Herefter ville radio- og fjernsynsorganisationerne ikke længere kunne benytte NOB's tekniske faciliteter, og ordningens kontinuitet ville blive bragt i fare.

Set under denne synsvinkel støtter den nederlandske regering sig, når alt kommer til alt ikke på juridiske argumenter, men fremfører kun, hvor ubelejligt et søgsmål i medfør af artikel 169 er på et så kritisk tidspunkt, og hvor ringe forståelse Kommissionen har vist herfor.

I denne forbindelse må det, som også Kommissionen har anført, være tilstrækkeligt at henvise til, at den omstændighed, at den gældende tilstand kun er foreløbig, ikke kan begrunde, at forbuddet i henhold til artikel 59 ikke overholdes.

6. Heraf følger, at spørgsmålet, om Mediawet's artikel 61 er forenelig med Traktatens artikel 59, skal bedømmes uafhængigt af, at der er tale om en foreløbig ordning.

I denne forbindelse har den nederlandske regering gjort gældende, at den anfægtede foranstaltning ikke er uforenelig med artikel 59, da den ikke indebærer en forskelsbehandling af på den ene side andre nederlandske virksomheder end NOB og på den anden side virksomheder i andre medlemsstater. Desuden kan virksomheder eller institutioner, som ikke udsender landsdækkende radio eller fjernsyn, selv vælge, hvilke tekniske faciliteter, de vil benytte, og endelig kan radio- og fjernsynsorganisationerne med hensyn til produktion af fjernsynsprogrammer naturligvis gøre brug af virksomheder i andre medlemsstater inden for de 25%.

2 — Den nederlandske regering har fremsat lovforslag i parlamentet om en ændring af Mediawet. Ifølge forslaget skal forpligtelsen i henhold til Mediawet's artikel 61 bortfalde med virkning fra den 1.1.1991 for produktion af fjernsynsprogrammer og fra den 1.1.1992 for produktion af radioprogrammer. Ændringsforslaget er endnu ikke vedtaget, men for produktion af fjernsynsprogrammer er ændringen i praksis allerede gennemført, da procentsatsen for forpligtelsen til at benytte NOB er fastsat til 0%.

Den nederlandske regering kan ikke gives medhold i denne opfattelse. Det kan nemlig ikke bestrides, at bestemmelsen virker til fordel for en indenlandsk virksomhed, som sættes i stand til at dække størstedelen af det indenlandske behov for de pågældende ydelser. Bestemmelsen medfører således, at de muligheder, virksomheder i andre medlemsstater har for at udføre tjenesteydelser i Nederlandene, begrænses væsentligt eller helt forsvinder[3]. Desuden kan den omstændighed, at bestemmelsen på tilsvarende måde er diskriminerende for de øvrige indenlandske virksomheder, ikke anføres som begrundelse for restriktionerne i forhold til tjenesteydere fra andre medlemsstater.

En national foranstaltning, som medfører en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser — der, som Domstolen flere gange har udtalt, er en af de *grundlæggende friheder* i henhold til Traktaten — kan således ikke anses for at være forenelig med artikel 59, blot fordi de restriktive virkninger ikke er til fordel for alle indenlandske virksomheder af den pågældende art.

Efter min opfattelse må denne argumentation, som Domstolen har lagt til grund i en sag om frie varebevægelser[4], også gælde den frie udveksling af tjenesteydelser. Med den integration, der nu er opnået inden for Fællesskabet, kan det ikke antages, at artikel 59 skal afgrænses anderledes eller snævrere end artikel 30. Dette må også være tilfældet, selv om Domstolen for nylig i »telekommunikationsdommen«[5] har udtalt, at rækkevidden af artikel 30 må bedømmes ud fra en »ordning, hvorefter konkurrencen ikke er fordrejet«, hvilket indebærer, at der er »lige chancer for alle på markedet«. Dette standpunkt kan efter min opfattelse ikke begrænses til alene at gælde deltagerne i vareomsætningen.

7. På denne baggrund må jeg konkludere, at de pågældende nederlandske bestemmelser er diskriminerende, og at de derfor ikke kan være begrundet i eventuelle almene hensyn. Jeg skal her minde om, at det er Domstolens faste praksis, at »nationale bestemmelser, hvorefter tjenesteydelser ikke behandles ens, uanset deres oprindelse, og som således er diskriminerende, kun er forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse«[6].

Den eneste undtagelsesbestemmelse, der kan komme i betragtning i det foreliggende tilfælde, er EØF-Traktatens artikel 56 (som der henvises til i artikel 66). I henhold til artikel 56 kan eventuelle restriktioner være begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

Jeg mener imidlertid ikke, at beskyttelse af nederlandsk radio og fjernsyns alsidige og ikke-kommercielle karakter kan være om-

3 — I denne forbindelse kan der henvises til dommen af 10.7.1984 (sag 72/83, Campus Oil, Sml. s. 2727), hvori Domstolen i forbindelse med en national bestemmelse om, at alle importører skulle aftage en bestemt andel af deres efterspørgsel efter olieprodukter hos en indenlandsk leverandør, udtalte, at en sådan forpligtelse i samme omfang »begrænser... muligheden for at indføre den samme vare. Den har derfor en protektionistisk virkning til fordel for en indenlandsk vare og stiller i samme omfang producenterne i andre medlemsstater ringere...« (præmis 16). Domstolen fandt da også, at bestemmelsen var uforenelig med artikel 30.

4 — Dom af 20.3.1990 (sag C-21/88, Du Pont de Nemours, Sml. I, s. 889, præmis 11-14).

5 — Dom af 19.3.1991 (sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 51).

6 — Dom af 26.4.1988 (sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085, præmis 32).

fattet af anvendelsesområdet for artikel 56 eller — under hensyn til Domstolens restriktive praksis på dette område[7] — specielt kan betragtes som et hensyn til »den offentlige orden«.

8. Det ville dog heller ikke føre til noget andet resultat, hvis man antog, at den anfægtede foranstaltning ikke beror på formelt diskriminerende nationalitetskriterier, og at de restriktioner, foranstaltningen medfører, rent principielt kunne være begrundede i almene hensyn.

Også selv om beskyttelse af kulturelle målsætninger som opretholdelse af et alsidigt og ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsudsendelser i Nederlandene[8] i princippet er et alment hensyn[9], kan den begrundelse (for at der foreligger et alment hensyn), som er fremført i denne sag, dog ikke berettige, at der gøres undtagelse fra den frie udveksling af tjenesteydelser. Jeg skal her minde om, at den pågældende foranstaltning ifølge den nederlandske regering har været nødvendig for at sikre, at radio- og fjernsynsorganisationerne havde adgang til tekniske faciliteter af høj kvalitet — og dermed at sikre hele ordningens kontinuitet — samt at de kulturelle opgaver, der var pålagt NOB, blev udført.

Når den nederlandske regering endvidere anfører, at bestemmelsen »rent faktisk tager sigte på, at NOB fortsat kan bestå« (duplikken, s. 3), må jeg straks sige, at dette ikke er nødvendigt for at sikre et alsidigt og ikke-kommercielt programudbud, og at det samme gælder de specielle krav, der stilles for at nå dette mål. Det må her være tilstrækkeligt at anføre, at hvis de indenlandske radio- og fjernsynsorganisationer finder det hensigtsmæssigt at benytte NOB, for at have adgang til tekniske faciliteter af høj kvalitet til lave priser, vil de også gøre det uden en lovfæstet forpligtelse hertil. Set under denne synsvinkel er fortrinsstillingen således overflødig. Med hensyn til, at NOB skal varetage en række kulturelle opgaver (opretholdelse af tekniske faciliteter, f. eks, et orkester, et kor, en samling af lydoptagelser og et filmarkiv), kan jeg tilslutte mig Kommissionens argumentation om, at disse opgaver, der fuldt ud finansieres af staten, også vil kunne udføres efter en afskaffelse af forpligtelsen i henhold til Mediawet's artikel 61, såfremt dette i øvrigt er retmæssigt.

Endelig tyder den omstændighed, at forpligtelsen rent faktisk allerede er afskaffet — i hvert fald for produktion af fjernsynsprogrammer — på, at NOB's fortsatte bestående ikke er nødvendig for at opretholde et alsidigt udbud af radio- og fjernsynsudsendelser i Nederlandene. Endvidere bekræfter den nederlandske regerings udtalelser om, at NOB ville gå konkurs, og at 3 000 ar-

7 — Domstolen har gentagne gange udtalt, at artikel 56, hvori der gøres undtagelse fra et af Traktatens grundlæggende principper [jf. artikel 3, litra c)], skal fortolkes strengt. For at artiklen kan bringes i anvendelse, kræves der en »virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn« (dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 35), og det kræves, at de foranstaltninger, som træffes, står i rimeligt forhold til, og er strengt nødvendige for at varetage de hensyn, der ønskes beskyttet (jf. dom af 18.5.1982, forenede sager 115/81 og 116/81, Adoui og Cornuaille, Sml. s. 1665, præmis 9).

8 — I denne forbindelse bør det præciseres, at et ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer under alle omstændigheder ikke i sig selv kan betragtes som et tvingende hensyn, der kan begrunde en restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, men kun er et middel til at bevare alsidigheden. Ordningens ikke-kommercielle karakter kan kun udgøre en begrundelse for restriktioner, i det omfang de er nødvendige for at nå et mål, der bør beskyttes på fællesskabsplan, f.eks. netop et kulturpolitisk mål, som tager sigte på at bevare alsidigheden.

9 — Jf. f.eks. dommen af 26.2.1991 (sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709), hvori Domstolen udtalte, at »den almene interesse i at... sikre den nationale historiske og kunstneriske arv kan være tvingende hensyn, der begrunder en restriktion i den frie udveksling af tjenesteydelser« (præmis 20).

bejdspladser ville gå tabt, hvis forpligtelsen blev afskaffet uden en overgangsordning, at bestemmelsen er nært forbundet med økonomiske overvejelser.

9. Subsidiært har den nederlandske regering gjort gældende, at den ordning, der er indført med Mediawet's artikel 61, er tilladt i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 1, idet denne bestemmelse netop forudsætter, at der lovligt kan bestå virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder.

I denne forbindelse skal jeg — uden at det er nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt NOB's fortrinsstilling er en »særlig eller eksklusiv rettighed« — henvise til, at Domstolen i »telekommunikationsdommen« [10] netop har udtalt, at selv om artikel 90 »forudsætter, at der findes virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder, indebærer dette dog ikke, at alle særlige eller eksklusive rettigheder er forenelige med Traktaten. Dette afhænger af de enkelte regler, som artikel 90, stk. 1, henviser til«.

I det væsentlige har Domstolen fortolket artikel 90, stk. 1, som en henvisningsregel. Dette indebærer i det foreliggende tilfælde, at bedømmelsen af, om Mediawet's artikel 61 er forenelig med Traktaten, skal ske i sammenhæng med artikel 59, i det omfang denne bestemmelse giver mulighed for at fravige princippet om fri udveksling af tjenesteydelser.

10 — Dom af 19.3.1991 (sag C-202/88, jf. ovenfor, præmis 22).

Jeg er imidlertid allerede nået frem til, at NOB's fortrinsstilling ikke kan være begrundet i undtagelsesreglerne i Traktatens artikel 56, og at den heller ikke kan være begrundet i tvingende hensyn eller — hvis man foretrækker en anden terminologi end den, der benyttes i forbindelse med artikel 30 — i almene hensyn. Den nederlandske bestemmelse er herefter uforenelig med Traktatens artikel 59.

B — Betingelserne i Mediawet's artikel 66

10. I henhold til Mediawet's artikel 66 er det tilladt at fordele udenlandske programmer, som indeholder reklamer, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum, såfremt en række betingelser — der også gælder for de indenlandske radio- og fjernsynsorganisationer — er opfyldt. Hvis ikke alle disse betingelser er opfyldt, må de udenlandske programmer kun fordeles, såfremt de ikke indeholder reklamer, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum.

Som nævnt vedrører tre af de seks betingelser de stationer, der udsender programmerne (de må ikke virke med gevinst for øje, de må ikke medvirke til, at tredjemand opnår fortjeneste, og de skal lade en uafhængig juridisk person bringe reklameindslagene), mens de tre øvrige betingelser vedrører selve reklameindslagene (de må ikke udgøre mere end 5% af sendetiden, de skal klart være genkendelige som sådanne og skal klart adskille sig fra den øvrige del af programmet, og de må ikke udsendes om søndagen).

Før jeg gennemgår spørgsmålet, om disse betingelser er forenelige med Traktatens artikel 59, vil jeg fremsætte nogle mere generelle bemærkninger om de restriktioner for den frie adgang til udveksling af tjeneste-

ydelser, som følger af en anvendelse af bestemmelser, der gælder »uden forskel«.

11. Indledningsvis skal jeg henvise til, at artikel 59, stk. 1, ikke kun tager sigte på forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men mere generelt på *»restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet ... for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse«*. Endvidere gælder det, at bestemmelser, der indeholder særlige regler for »fremmede statsborgere«, kun må anvendes, såfremt de »er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed« (artikel 56, jf. henvisningen dertil i artikel 66).

12. Med hensyn til terminologien og begrebernes indhold er der — som jeg har nævnt i indledningen — i store træk overensstemmelse med de regler, der gælder i forbindelse med frie varebevægelser, med forbuddet mod alle indførselsrestriktioner (artikel 30-34) og med undtagelserne i henhold til artikel 36. Efter min opfattelse er derfor eventuelle restriktioner, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser — på samme måde som det er tilfældet for frie varebevægelser — i princippet uforenelige med artikel 59 [11], og dette gælder også de ikke-diskriminerende restriktioner.

11 — Jf. i denne retning generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-76/90, Säger (fremsat i retsmødet den 21.2.1991), samt generaladvokat Lenz's forslag til afgørelse i »turistfører«-sagerne (domme af 26.2.1991, sag C-154/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 659, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, og sag C-198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727). Endvidere indeholder generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse af 28.11.1990 i sag C-340/89, Vlassopoulou, interessante bemærkninger på dette punkt, dog i et tilfælde hvor der var tale om etableringsretten.

Domstolens praksis — i hvert fald rent abstrakt — synes ikke at tale imod dette resultat, jf. at Domstolen helt fra Van Binsbergen-dommen [12] har fastholdt, at artikel 59 og 60 om fri udveksling af tjenesteydelser har haft direkte virkning siden overgangsperiodens udløb, *»uden at dette er betinget af, at der er foretaget en harmonisering eller samordning af medlemsstaternes lovgivninger«* [13].

Domstolen har endvidere udtalt, at artikel 59 og 60 »ikke blot [forudsætter] afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling af tjenesteydere, som er begrundet i disses nationalitet, men også enhver form for begrænsning af den fri udveksling af tjenesteydelser, som begrundes med, at tjenesteyderen er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor tjenesteydelsen skal udføres« [14]. Domstolen har tilføjet, at medlemsstaten »navnlig ikke ved udførelsen af tjenesteydelser på dens område må kræve alle de betingelser overholdt, der stilles ved en etablering, idet dette ville føre til, at de bestemmelser, der skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, bliver praktisk virkningsløse« [15].

13. Adgangen til fri udveksling af tjenesteydelser er således, i det mindste rent abstrakt, afgrænset meget vidt. Specielt fremgår det klart af de nævnte udtalelser, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke spiller en absolut eller afgørende rolle, således som det er tilfældet med hensyn til etableringsretten. Da »grænseoverskridelsen« i forbindelse med udførelse af tjenesteydelser ikke er ledsaget af

12 — Dom af 3.12.1974, sag 33/74, Sml. s. 1299.

13 — Jf. senest dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 25.

14 — Jf. den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 25, samt dom af 26.2.1991, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, præmis 15.

15 — Jf. den nævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 15.

etablering af et fast driftssted, ville princippet om national behandling faktisk kunne føre til utilsigtede begrænsninger med hensyn til dette aspekt af udvekslingen af tjenesteydelser. Hvis nemlig en medlemsstat — til trods for den nævnte retstilstand — skulle stille de samme krav, som dem, den i forbindelse med en fast tilknytning til medlemsstaten stiller til sine egne statsborgere, ville den til slut gøre den frie udveksling af tjenesteydelser og endog dennes særlige karakter i forhold til etableringsretten praktisk virkningsløs [16].

Nu er forholdet imidlertid det, at Domstolen har gjort væsentlige indskrænkninger i det omfattende forbud i henhold til artikel 59, idet den har anset begrænsninger, der på samme måde træffer statens egne borgere og statsborgere i andre medlemsstater, for retmæssige, såfremt begrænsningerne er en følge af anvendelsen af nationale bestemmelser, som er nødvendige af almene hensyn, og som derfor må gælde for alle.

14. Domstolen har imidlertid fremhævet, at disse muligheder for at gøre undtagelse må være forbeholdt særlige tilfælde. Den har således udtalt, at den frie udveksling af tjenesteydelser som et grundlæggende princip i Traktaten kun kan begrænses

— ved regler, der er begrundet i almene hensyn, og som (uden forskel) gælder for enhver erhvervsdrivende eller erhvervsvirksomhed på modtagerstatens område

— i det omfang dette hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret

— og hvis kravene er objektivt nødvendige, dvs. at samme resultat ikke kan nås ved hjælp af mindre indgribende regler [17].

Herefter skal jeg behandle de betingelser, der opstilles i Mediawet. Af systematiske grunde vil jeg først gennemgå de krav, der gælder for udsenderne, og derefter dem, der gælder for reklameindslagene.

— *Kravene til udsenderne*

15. Kommissionen har gjort gældende, at man ved i Mediawet at bestemme, at den ordning, der gælder for indenlandske udsendere, også skal finde anvendelse på udenlandske udsendere, i praksis gør det umuligt at fordele udenlandske stationers programmer i Nederlandene, i hvert fald når de indeholder reklameindslag, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum. Dette skyldes hovedsagelig, at de udenlandske stationer for at kunne opfylde disse krav, skal være etableret i stater, hvis lovgivning afspejler de regler, som gælder i Nederlandene.

De krav, der stilles, gælder ganske vist formelt uden forskel, men på grund af selve

16 — Jf. Tizzano: »La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali«, i *Professioni e servizi nella CEE* (ved Tizzano), Padova 1985, s. 20 ff.

17 — Jf. i forbindelse med de tre betingelser dom af 18.1.1979, forenede sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael, Sml. s. 35, dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3320, dom af 4.12.1986, Kommissionen mod Tyskland, jf. ovenfor, præmis 27 og 29, og senest dom af 26.2.1991, Kommissionen mod Italien, jf. ovenfor, præmis 17 og 18.

deres karakter er de i praksis diskriminerende. Da de øvrige medlemsstater ikke har en lovgivning om radio og fjernsyn, der svarer til den, der gælder i Nederlandene, kan udenlandske udsendere ikke befinde sig i samme situation som de indenlandske. Den »materielle« forskelsbehandling, der finder sted, er en følge af, at situationer, der rent faktisk er forskellige, behandles lige.

16. I denne forbindelse skal jeg minde om, at ifølge Domstolens praksis »[forbyder bestemmelserne] ikke blot åbenbar forskelsbehandling på grund af tjenesteyderens nationalitet, men også alle skjulte former for forskelsbehandling, som, skønt de er baseret på tilsyneladende neutrale kriterier, rent faktisk fører til det samme resultat« [18].

De krav, der i Mediawet stilles til udenlandske udsendere, synes at være et skoleeksempel på skjult diskrimination. I hvert fald kan det ikke med rimelighed hævdes, at de er begrundet i almene hensyn. I sidste instans gør kravene det praktisk talt umuligt at fordele programmer fra andre medlemsstater, samtidig med at kravene ikke har nogen betydning for at nå det mål, den nederlandske regering hævder at forfølge, nemlig at opretholde et alsidigt og ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer.

17. Det har således ingen betydning for at nå det mål, der forfølges, at man over for udenlandske stationer stiller krav om, at de ikke må medvirke til, at tredjemand opnår fortjeneste — for, som den nederlandske regering gør gældende, at forhindre, at midler, der skal benyttes til radio og TV, videregives til tredjemand — og det samme gælder kravet om, at udsenderne ikke må virke med gevinst for øje, og at indtægterne fra reklamer således udelukkende skal benyttes til finansiering af programvirksomheden »for at give de udenlandske stationer muligheder, der i det mindste svarer til dem, der tilbydes efter den nederlandske ordning« (jf. punkt 66 i svarskriftet). Det er nemlig klart, at en overholdelse (eller en manglende overholdelse) af kravene ikke har nogen indvirkning på nederlandsk radio og fjernsyn.

Kravene har nemlig ingen betydning for programmernes indhold. De forhindrer imidlertid, at udenlandske stationer trænger ind på det nederlandske reklamemarked, og herved undgås det, at STER mister en del af sine reklameindtægter. For så vidt man vil hævde, at disse indtægter er en indkomstkilde for radio- og fjernsynsorganisationerne og således i denne forstand bidrager til at sikre ordningens alsidighed, skal jeg blot bemærke, at der er tale om et hensyn, der frem for alt er økonomisk og uden rimelig sammenhæng med det tilstræbte mål, så meget mere som den finansiering, der kan antages at ske ved hjælp af STER's indtægter, kun udgør en begrænset del af de midler, det offentlige stiller til rådighed.

Med hensyn til kravet om, at reklameindslagene skal bringes af en anden juridisk person, end den, der udsender programmerne, har den nederlandske regering gjort gældende, at det skal forhindre, at reklamerne kan få indvirkning på programmernes ind-

18 — Dom af 3.2.1982, forenede sager 62/81 og 63/81, Seco mod EVI, Sml. s. 223.

hold. Det skal således beskytte forbrugerne i forbindelse med programmernes kvalitet. Den nederlandske regering har dog anført, at der ikke stilles krav om, at en sådan adskillelse fremgår af lovgivningen i den medlemsstat, hvorfra udsendelserne sker. Det er derimod tilstrækkeligt, at der i radio- eller fjernsynsinstitutionen rent juridisk er en adskillelse mellem programredaktionen og den instans, der sælger sendetid til reklamer. Med andre ord vil også en rent »fiktiv« adskillelse være tilstrækkelig til, at det krav, den nederlandske regering stiller, vil være opfyldt. Det siger sig selv, at man ikke på dette grundlag kan sikre, at reklamerne ikke får indvirkning på programmernes indhold.

18. Herefter må resultatet være, at de krav, der i Mediawet stilles til udenlandske udsendere, ikke kan henføres under nogen af undtagelserne fra den frie udveksling af tjenesteydelser. De må derfor antages at være uforenelige med Traktatens artikel 59.

— *Kravene til reklameindslagene*

19. Med hensyn til de betingelser, der i Mediawet stilles til reklameindslagene, skal jeg indledningsvis bemærke, at der er tale om foranstaltninger, der finder anvendelse uden forskel såvel på det formelle som (i princippet) på det materielle plan, dvs. at restriktionerne *ikke* er *diskriminerende.*

Jeg skal også minde om, at Domstolen allerede har taget stilling til restriktioner i forbindelse med fjernsynsreklamer i dommene i Debauve-sagen [19] og Bond van Adverteerders-sagen [20], hvori den har fastslået, at så længe der ikke er sket en harmonisering af de nationale regler på dette område, må ikke-diskriminerende begrænsninger betragtes som forenelige med Traktaten.

I dommen i Debauve-sagen udtalte Domstolen: »Når henses til visse tjenesteydelsers særlige natur, såsom udsendelse og transmission af fjernsynsudsendelser, kan det ikke anses for uforeneligt med Traktaten, at der pålægges tjenesteyderne særlige krav, som er begrundet ved anvendelsen af bestemmelser, som regulerer visse former for virksomhed, der er retfærdiggjort af almindelige samfundsinteresser, og som påhviler enhver person eller virksomhed, der er etableret på den pågældende stats område, i det omfang en i en anden medlemsstat bosat tjenesteyder ikke dér er undergivet tilsvarende forskrifter« (præmis 12).

Rent faktisk er Domstolen gået ud fra, at størstedelen af medlemsstaterne pålægger udsendere af reklameindslag begrænsninger af forskellig rækkevidde, lige fra et absolut forbud til begrænsninger med hensyn til udsendelsernes indhold, udsendelsestidspunktet, varigheden og udsendelsesmåden, og at disse begrænsninger er et udslag af, at staterne på dette område tilgodeser almene hensyn. Domstolen nåede således »under hensyn til de overvejelser vedrørende den almindelige samfundsmæssige interesse, der er uadskilleligt forbundet med begrænsede reguleringer inden for dette område« frem til det resultat, at »anvendelsen af de pågældende lovgivninger ikke [kan] betragtes som

19 — Dom af 18.5.1980, sag 52/79, Sml. s. 833.

20 — I Bond van Adverteerders-sagen tog Domstolen stilling til fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 59 i sammenhæng med Kabelregeling's artikel 4. På de her omhandlede punkter er Mediawet's artikel 66 trådt i stedet for Kabelregeling's artikel 4.

en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, såfremt disse lovgivninger behandler alle tjenesteydelser på området ens, uanset deres oprindelse og ligegyldigt hvilken nationalitet eller bopæl tjenesteyderne har« (præmis 13).

Denne konklusion bekræftede Domstolen i det væsentlige i dommen i Bond van Adverteerders-sagen, hvori den fandt, at Kabelregeling's artikel 4 — hvorefter det ikke var tilladt udenlandske stationer at udsende reklamer, der specielt henvendte sig til det nederlandske publikum, og der gjaldt et forbud mod at forsyne programmer, der blev fordelt i Nederlandene, med nederlandske undertekster — var i strid med Traktatens artikel 59, men i øvrigt udtalte, at et forbud, som en medlemsstat opstiller af almene hensyn (i det konkrete tilfælde kulturpolitiske hensyn) ikke i sig selv er uforeneligt med Traktaten, såfremt det ikke er af diskriminerende karakter og ikke står i misforhold til det tilstræbte mål.

20. Sammenfattende følger det af Domstolens praksis på dette område, at så længe der ikke er sket en harmonisering af de nationale lovgivninger på radio- og fjernsynsområdet[21], indebærer den frie udveksling af tjenesteydelser, der direkte er sikret ved Traktaten, kun et forbud mod at opstille strengere restriktioner for tv-reklameindslag end dem, der gælder for reklameindslag i indenlandsk fjernsyn.

Hertil kommer, at Domstolen i Bond van Adverteerders-sagen har betegnet »... forbuddet mod at reklamere for bestemte produkter eller på bestemte dage [og] begrænsningen af indslagenes varighed og hyppighed« som »objektive restriktioner«[22].

Domstolen betragter således restriktioner som følge af bestemte betingelser, der stilles til reklameindslag, som begrundede i almene hensyn, og i den foreliggende sag er det netop sådanne betingelsers forenelighed med EØF-Traktatens artikel 59, Kommissionen bestrider.

21. Kommissionen har således gjort gældende, at da betingelserne ikke skal eller måske overhovedet kan overholdes, når der er tale om reklamer, der ikke specielt henvender sig til det nederlandske publikum, må det betyde, at betingelserne ikke er begrundet i almene hensyn, som f.eks. beskyttelse af seerne eller lytterne mod alt for mange reklamer.

Dette bestrides af den nederlandske regering, som har gjort gældende, at det er tilstrækkeligt at sikre sig, at de programmer, der udsendes på nederlandsk eller er forsynet med nederlandske undertekster, opfylder betingelserne, da kun en mindre procentdel af lytterne og seerne følger de udenlandske programmer.

Heroverfor har Kommissionen hævdet, at den nederlandske regerings eneste formål har været at beskytte det nederlandske re-

21 — Jf. at Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23) træder i kraft den 3.10.1991.

22 — Dom af 26.4.1988, jf. ovenfor, præmis 37.

klamemarked mod udenlandsk konkurrence til fordel for indenlandsk radio og fjernsyn.

22. I denne sammenhæng vil jeg mene, at ret beset vil en lovbestemt ordning som den, der her er tale om, utvivlsomt gøre det mere byrdefuldt og vanskeligere for udenlandske stationer at udsende programmer, som indeholder reklamer, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum, allerede fordi de skal tilpasse deres programmer for at opfylde betingelserne. Med andre ord vil betingelser som begrænsningen til 5% af sendetiden og forbuddet mod at udsende reklamer om søndagen rent faktisk være ensbetydende med, at der gælder en særlig ordning for udsendere fra andre medlemsstater, idet det kun for disses vedkommende er nødvendigt at lade dele af programmerne udgå.

Disse betingelser hindrer derfor rent faktisk i overvejende grad de udenlandske stationers virksomhed og er da også en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser på det pågældende område. Jeg finder det således tvivlsomt, om der er tale om betingelser, der under denne synsvinkel klart kan betegnes som »objektive«, da forskellen i relation til de tre betingelser, jeg allerede har gennemgået, viser sig at være mere tilsyneladende end reel.

23. Jeg mener alligevel, at det bør fremhæves, at en sådan restriktion kan begrundes i almene hensyn, herunder navnlig hensynet til beskyttelsen af forbrugerne, som Domstolen flere gange har anset for beskyttelsesværdigt i forbindelse med tjenesteydelser[23].

I den foreliggende sag er det imidlertid ubestridt, at de betingelser, der er tale om, finder anvendelse uden forskelsbehandling på inden- og udenlandske udsendere, og at de ikke står i misforhold til det tilstræbte mål (det er således ikke godtgjort, at det resultat, de nederlandske myndigheder tilstræber, kan opnås ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger).

På denne måde gives der ganske vist forrang til lovgivningen i den stat, hvor reklameindslagene modtages, og ikke til lovgivningen i den stat, hvorfra udsendelsen sker, således som det ville være tilfældet efter en liberalisering som den, der lægges op til i Traktaten, og — mere generelt — som den, Domstolen har for øje.

Dette er imidlertid kun en konsekvens af, at den frie udveksling af tjenesteydelser — på samme måde som de frie varebevægelser — ganske vist er en grundlæggende frihed, der er sikret ved Traktaten, men at den (så længe der ikke er sket en harmonisering på fællesskabsniveau) dog må forenes med ikke mindre »grundlæggende« tvingende hensyn, i dette tilfælde hensynet til beskyttelsen af forbrugerne.

24. Når alt kommer til alt, er de betingelser, der i Mediawet's artikel 66 stilles til reklameindslag — også selv om de rent faktisk udgør restriktioner, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser — forenelige med artikel 59, for så vidt de er begrundet i et beskyttelsesværdigt alment hensyn, nemlig hensynet til beskyttelsen af forbrugerne.

23 — Jf. senest Domstolens dom af 4.12.1986, Kommissionen mod Tyskland, jf. ovenfor, præmis 33, samt dom af 26.2.1991, Kommissionen mod Italien, jf. ovenfor, præmis 20.

25. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Det fastslås, at Kongeriget Nederlandene ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler det i henhold til Traktatens artikel 59, idet det forpligter de landsdækkende radio- og fjernsynsinstitutioner til udelukkende eller til dels at lade deres programmer producere hos en indenlandsk virksomhed, og idet det pålægger udenlandske udsendere — i forbindelse med fordeling af programmer, der indeholder reklameindslag, som specielt henvender sig til det nederlandske publikum — ikke at virke med gevinst for øje, ikke at medvirke til, at tredjemand opnår fortjeneste, samt at lade en uafhængig juridisk person bringe reklameindslagene.

— I øvrigt frifindes sagsøgte.

— Det pålægges sagsøgte at betale sagens omkostninger.

26. I sag C-288/89 skal jeg foreslå Domstolen, at den besvarer de forelagte spørgsmål således:

»1) Restriktioner i den frie adgang til at udføre tjenesteydelser, som følger af nationale bestemmelser, der finder anvendelse uden forskel, er kun forenelige med EØF-Traktatens artikel 59, såfremt de er begrundet i tvingende almene hensyn, og disse hensyn ikke kan tilgodeses ved mindre indgribende betingelser.

2) En kulturpolitisk målsætning — såsom opretholdelse af et alsidigt udbud af radio- og fjernsynsudsendelser — kan i princippet være et tvingende hensyn, der kan begrunde en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

3) Traktatens artikel 59 skal fortolkes således, at den er til hinder for at anvende lovbestemmelser som dem, der er indeholdt i Mediawet's artikel 66 — også selv om de finder anvendelse uden forskel — hvorefter fordeling gennem kabelanlæg af radio- og fjernsynsprogrammer, som udbydes fra andre medlemsstater, og som indeholder reklameindslag, der specielt henvender sig til det nederlandske publikum, kun er tilladt på betingelse af, at udsenderen ikke virker med gevinst for øje, at udsenderen ikke medvirker til, at tredjemand opnår fortjeneste, samt at en uafhængig juridisk person bringer reklameindslagene. Betingelserne om, at reklameindslagene skal være genkendelige som sådanne, at de ikke må udgøre mere end 5% af den samlede sendetid, og at de ikke må udsendes om søndagen, er derimod — så længe der ikke er foretaget en harmonisering — begrundede i tvingende almene hensyn.«