FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 17 september 1996 *

1. Dessa mål, som inletts genom en begäran om förhandsavgörande från Marknadsdomstolen, Stockholm, rör frågan om huruvida vissa begränsningar av TV-reklam enligt svensk lag är förenliga med gemenskapsrätten.

2. I alla tre målen vid den nationella domstolen har Konsumentombudsmannen yrkat att Marknadsdomstolen skall förbjuda svarandebolagen att fortsätta med vissa marknadsföringsåtgärder.

3. Målen handlar om TV-reklam som påstås strida mot förbud i svensk lag mot TV-reklam som syftar till att fånga uppmärksamheten hos barn under 12 år (i det första målet) och mot marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare (i alla tre målen). Reklamen i fråga, som sändes från Förenade kungariket och i vissa fall från Sverige, visades i olika TV-kanaler i Sverige.

Nationell rätt

4. I 2 § marknadsföringslagen [1] föreskrivs att om en näringsidkare vid marknadsföring av vara, tjänst eller annan nyttighet företar reklamåtgärd eller annan handling, som genom att strida mot god affärssed eller på annat sätt är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare, kan Marknadsdomstolen förbjuda honom att fortsätta därmed eller att företa annan liknande handling.

5. Bestämmelsen tillämpas även på televisionssändningar via satellit inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

6. Om en näringsidkare har underlåtit att vid marknadsföring lämna information som har särskild betydelse från konsumentsynpunkt, kan Marknadsdomstolen enligt 3 § mark-

* Originalspråk: engelska.

1 — Marknadsföringslag (1975: 1418). Vid sammanträdet uppgavs att en ny marknadsföringslag från och med den 1 januari 1996 har trätt i stället för den lagen och att de relevanta bestämmelserna i den nya lagen är av samma innehåll.

nadsföringslagen bland annat ålägga näringsidkaren att lämna sådan information vid marknadsföringen.

7. I förarbetena till marknadsföringslagen fastslås att lagen skall tillämpas på all marknadsföring som är riktad till den svenska allmänheten, även om den utgörs av reklam som producerats utomlands men sänds därifrån till svenska mottagare.

8. I 11 § radiolagen [2] föreskrivs att en annons som sänds under annonstid i televisionen inte får syfta till att fånga uppmärksamheten hos barn under 12 år. Det framgår av den svenska regeringens yttrande att förbudet även omfattar kabel-TV [3] och satellitsändningar [4]. Det förefaller vara ostridigt mellan samtliga parter att radiolagen inte är direkt tillämplig på televisionssändningar från utlandet.

9. Marknadsdomstolen har i sin rättspraxis fastslagit principerna

a) att marknadsföring som strider mot tvingande lagbestämmelser kan anses otillbörlig enligt marknadsföringslagen och

b) att marknadsföring som är vilseledande normalt anses vara otillbörlig enligt lagen i fråga.

10. Det framgår att Marknadsdomstolen är behörig att handlägga mål enligt en rad särskilda lagar, bland annat marknadsföringslagen, men inte enligt radiolagen. Jag antar att det är därför som Konsumentombudsmannens talan i det första målet bygger på den grunden att marknadsföringen är otillbörlig enligt marknadsföringslagen, eftersom den strider mot radiolagen, i stället för direkt enligt radiolagen. Konsumentombudsmannen hävdar dessutom att den reklam som sänds från Förenade kungariket är otillbörlig enligt radiolagen, trots att det verkar som om det har godtagits att den lagen endast är direkt tillämplig på reklam som sänds från Sverige.

Bakgrund och ställda frågor

11. Det första målet rör TV-reklam för en tidning för barn om dinosaurier. Konsumentombudsmannen har yrkat att Marknadsdomstolen i enlighet med marknadsfö-

2 — Radiolag (1966: 755).

3 — Lag (1991: 2027) om kabelsändningar till allmänheten.

4 — Lag (1992: 1356) om satellitsändningar av televisionsprogram till allmänheten.

ringslagen a) skall förbjuda utgivaren att marknadsföra sin vara på ett sätt som syftar till att fånga uppmärksamheten hos barn under 12 år eller b) alternativt skall ålägga utgivaren att i sin reklam upplysa om priset för hela serien om 18 nummer och förbjuda denne att i reklamen ge intrycket av att samtliga delar till en självlysande dinosauriemodell kan samlas till priset för ett nummer av tidningen i stället för till priset för hela serien.

12. Det andra målet rör TV-reklam för hudvårdsprodukter. Konsumentombudsmannen har yrkat att Marknadsdomstolen i enlighet med marknadsföringslagen

a) skall förbjuda annonsören, att vid marknadsföring av hudvårdsprodukter,

i) göra påståenden om produkters effekter på huden utan att kunna belägga påståendena vid tidpunkten för marknadsföringen,

ii) påstå att produkterna har läkande eller behandlande verkan, om inte produkterna godkänts som läkemedel i särskild ordning,

iii) antyda att köparna erhåller tilläggsvaror utan extra kostnad, medan produkten vanligtvis inte säljs för det pris som uppges i marknadsföringen,

iv) göra prisjämförelser, om inte annonsören kan visa att jämförelsen avser samma eller likvärdiga produkter, och

v) ange att konsumenten för att erhålla vissa tilläggsvaror skall göra sin beställning inom 20 minuter eller liknande kort frist, och

b) skall ålägga annonsören att ange tillkommande kostnader för porto och postförskottsavgifter samt liknande avgifter.

13. Det tredje målet rör TV-reklam för rengöringsmedel. Konsumentombudsmannen har yrkat att Marknadsdomstolen i enlighet med marknadsföringslagen skall förbjuda annonsören att a) göra påståenden om varors effektivitet och miljöeffekter som inte kan beläggas, och b) använda opreciserade formuleringar av innebörd att varan är miljövänlig.

14. I samtliga fall sändes TV-reklamen till Sverige via satellit från Förenade kungariket och visades i kanalen TV3. Reklamen visades

också i varje enskilt fall i en inhemsk kanal (i det första målet i TV4, i det andra och det tredje målet i Homeshopping Channel) utan att först ha sänts från en annan medlemsstat, men det är endast i förhållande till det första målet som domstolen har blivit ombedd att avgöra om de begränsningar som önskas göras gällande mot annonsören med avseende på inhemska sändningar är förenliga med gemenskapsrätten.

15. TV3 är ett bolag som har sitt säte i Förenade kungariket. Det sänder TV-program från Förenade kungariket via satellit till Danmark, Sverige och Norge. Det framgår av yttrandet från svarandebolaget i det andra och det tredje målet att den signal som återutsänds från satelliten kan mottas antingen direkt av tittare som har parabolantenn eller av kabelföretag som via kabel kan återutsända till tittare. Även om samma videosignaler sänds till alla de mottagande staterna, mottar mottagarna ljudsignalerna på det språk som talas inom den berörda regionen.

16. Svarandebolaget i det första målet, De Agostini (Svenska) Förlag AB (nedan kallat De Agostini), är ett svenskt bolag som ingår i en italiensk företagsgrupp, Istituto Geografico De Agostini, med bolag i flera europeiska länder. Gruppens verksamhet består huvudsakligen i förlagsverksamhet, däribland utgivning av tidningar på olika europeiska språk. Den tidning för barn som är i fråga beskrivs av De Agostini som en encyklopedisk tidning om dinosaurier. Den utges i serier, som var och en består av flera nummer. Till varje nummer medföljer en del till en dinosauriemodell. När hela serien har köpts, har alla delar till modellen samlats ihop. Tidningen, som utges på flera språk, har kommit ut i ett antal medlemsstater sedan dess tillkomst år 1993, till synes genom ett lokalt dotterbolag till De Agostini-gruppen i varje enskilt fall. Det framgår att alla språkversionerna av tidningen trycks i Italien.

17. Reklamen i det första målet hade redan innan den visades i TV3 i september 1993 visats i flera olika språkversioner i alla dåvarande medlemsstater utom Grekland, där den visades först i januari 1995 och där den tydligen sedan dess har visats. Bortsett från Förenade kungariket har det inte gjorts gällande någonstans att reklamen skulle kunna strida mot inhemsk lagstiftning. I Förenade kungariket har reklamen granskats av Independent Television Commission, som ansåg att det inte finns några grunder för att motsätta sig den.

18. Svarandebolaget i det andra och det tredje målet, TV-Shop i Sverige AB (nedan kallat TV-Shop), är ett svenskt bolag som tillhör en internationell företagsgrupp med dotterbolag såväl i Europa (både i medlemsstater och i andra stater) som utanför Europa. TV-Shops verksamhet består i marknadsföring i TV och försäljning per telefon

av importerade varor. Potentiella kunder ringer in sina beställningar av produkter efter att ha sett dem marknadsföras i TV och tar emot sina köp per post. Den huvudsakliga formen av marknadsföring i TV som används — och som tydligen är i fråga i målet i den nationella domstolen — består av "infomercials", det vill säga program som presenteras av en programledare, ibland i samarbete med välkända personer, och som innefattar varudemonstrationer, intervjuer med nöjda kunder etc.

19. De Agostini och TV-Shop gör i huvudsak gällande att förbuden i fråga i svensk lag strider mot artiklarna 30 och 59 i EG-fördraget och mot rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (nedan kallat TV-direktivet). [5]

20. Hänskjutandet gjordes ursprungligen till EFTA-domstolen genom att Marknadsdomstolen den 30 augusti 1994 framställde begäran om rådgivande yttrande. Efter Sveriges anslutning till Europeiska unionen den 1 januari 1995 drogs begäran tillbaka. Genom beslut av den 7 februari 1995 begärde Marknadsdomstolen ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående frågan om artikel 30 eller artikel 59 i EG-fördraget eller TV-direktivet a) förhindrar en medlemsstat att vidta åtgärder mot TV-reklam som en annonsör låter sända från en annan medlemsstat (i alla tre målen) eller b) förhindrar en tillämpning av nationell lagstiftning enligt vilken reklam riktad till barn är förbjuden (i det första målet).

21. Det kan påpekas att EFTA-domstolen har meddelat dom i två förenade mål som rörde Norge, vilka hade väckts med stöd av TV-direktivet och artiklarna 11 och 13 i EES-avtalet, som motsvarar artiklarna 30 och 59 i EG-fördraget. [6] De målen är jämförbara med mål C-34/95, De Agostini, så till vida att de rörde ett norskt förbud mot TV-reklam som särskilt riktar sig till barn. EFTA-domstolen ansåg att det på grund av direktivet inte var tillåtet att ålägga en annonsör ett förbud genom vilket denne förhindras att visa reklam i ett TV-program, som sänds från ett programföretag i en annan stat inom EES, om detta följde av ett allmänt förbud i inhemsk lagstiftning om reklam som särskilt riktar sig till barn. [7] Vid sammanträdet angående de tre föreliggande målen vid domstolen uppgav den norska regeringen (som har inkommit med yttrande enligt artikel 20 i protokollet om stadgan för EG-domstolen) att det norska förbudet inte hade upprätthållits sedan den domen.

5 — EGT L 298, 1989, s. 23.

6 — Förenade målen E-8/94 och E-9/94, Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia och Lego Norge, dom av den 16 juni 1995.

7 — Punkt 57 och själva domslutet.

TV-direktivet

22. Det främsta syftet med TV-direktivet (ofta kallat direktivet "television utan gränser"), som antogs på grundval av artikel 57.2 och artikel 66 i fördraget, är att underlätta den fria rörligheten för TV-sändningar inom gemenskapen. I huvudsak försöker man i direktivet uppnå detta syfte genom att föreskriva minimikrav som måste följas av programföretag inom en medlemsstats jurisdiktion och genom att allmänt förbjuda medlemsstater att underkasta programföretag från en annan medlemsstat ytterligare kontroll före mottagning eller återutsändning.

23. I ingressen föreskrivs följande:

"Det är följaktligen nödvändigt och tillräckligt att alla sändningar följer lagen i den medlemsstat, varifrån de härrör. [8]

... Inom den gemensamma marknaden är det nödvändigt att alla sändningar, som härrör från och är avsedda för mottagning inom gemenskapen, och i synnerhet de som är avsedda för mottagning i en annan medlemsstat, följer den lag som är tillämplig på sändningar, avsedda för mottagning av allmänheten i den medlemsstat, varifrån sändningen kommer, samt bestämmelserna i detta direktiv. [9]

Kravet att den medlemsstat, varifrån sändningarna härrör, verifierar att dessa följer nationella lagar, samordnade genom detta direktiv, är enligt gemenskapsrätten tillräckligt för att garantera fri rörlighet för sändningar utan en andra kontroll på samma grunder i de mottagande medlemsstaterna. [10]

... Detta direktiv, som är specifikt begränsat till regler för televisionssändningar, påverkar inte existerande gemenskapsåtgärder beträffande harmonisering, särskilt för att tillfredsställa tvingande krav som rör skydd för konsumenter och rimligheten i kommersiella transaktioner och konkurrens. [11]

... För att säkerställa att konsumenternas intressen som TV-tittare är helt och fullt skyddade är det väsentligt att TV-reklamen underkastas vissa minimiregler och standarder och att medlemsstaterna behåller rätten att fastställa mer detaljerade eller striktare

8 — Tolfte övervägandet.

9 — Fjortonde övervägandet.

10 — Femtonde övervägandet.

11 — Sjuttonde övervägandet.

regler och under vissa omständigheter kan fastställa olika villkor för programföretag inom deras jurisdiktion. [12]

Det är vidare nödvändigt att införa regler för program och TV-reklam för att skydda minderårigas fysiska, mentala och moraliska utveckling." [13]

24. I artikel 1 a i direktivet definieras "TV-sändning" som "den ursprungliga överföringen av TV-program avsedda för mottagning av allmänheten, per tråd eller genom luften inklusive överföring via satellit, i okodad eller kodad form".

25. I artikel 1 b i direktivet definieras "TV-reklam" som "varje form av sänt meddelande mot betalning eller liknande ersättning som utförs av ett offentligt eller privat företag, i samband med handel eller affärsverksamhet, hantverk eller yrke i avsikt att mot betalning främja tillhandahållandet av varor eller tjänster, inklusive fast egendom, eller rättigheter och förpliktelser.

Med undantag för de ändamål som anges i artikel 18 innefattar detta inte direkta erbjudanden till allmänheten som gäller försäljning, köp eller uthyrning av produkter eller tillhandahållande av tjänster mot betalning". [14]

26. Hörnstenen i det system som föreskrivs i direktivet är "sändarstatsprincipen". Denna princip, som elegant uttrycks i tolfte övervägandet i ingressen som citerats ovan, fastställs i artikel 2, i vilken det föreskrivs följande i relevanta delar:

"1. Varje medlemsstat skall säkerställa att alla TV-sändningar, som sänds

— av programföretag inom dess jurisdiktion, ...

överensstämmer med den lagstiftning som gäller för sändningar, avsedda för allmänheten i denna medlemsstat.

2. Medlemsstaterna skall säkerställa fri mottagning och får inte begränsa återutsändning inom sina territorier av TV-sändningar från

12 — Tjugosjunde övervägandet.
13 — Trettioandra övervägandet.
14 — Artikel 18 handlar om tillåten reklamtid och är inte relevant för dessa mål.

andra medlemsstater av skäl som omfattas av detta direktiv."

27. Det enda undantaget från denna princip som föreskrivs i direktivet avser upprepade, uppenbara, allvarliga och grova överträdelser av artikel 22, som i huvudsak har till syfte att skydda minderåriga från att utsättas för program som innehåller pornografi eller meningslöst våld eller som har ett annat närmare angivet anstötligt innehåll. Även om ingen av de situationer som beskrivs i artikel 22 är aktuell i dessa mål, visar det faktum att det endast är under dessa mycket bestämda och extrema omständigheter som en medlemsstat enligt direktivet får inställa återutsändning av sändningar från en annan medlemsstat vikten av sändarstatsprincipen inom direktivets system.

28. I artikel 3.1 i direktivet (som olyckligtvis är felöversatt i den engelska versionen av direktivet) ges medlemsstaterna frihet att föreskriva mera detaljerade eller striktare regler för TV-programföretagen inom deras jurisdiktion inom de områden som omfattas av direktivet. Enligt artikel 3.2 skall medlemsstaterna säkerställa att TV-programföretagen inom deras jurisdiktion uppfyller bestämmelserna i direktivet.

29. Direktivet innehåller detaljerade bestämmelser om TV-reklam och sponsring i kapitel 4, av vilka några skall nämnas nedan. I artikel 16, som rör skyddet av minderåriga, föreskrivs följande:

"TV-reklam skall inte orsaka moralisk eller fysisk skada hos minderåriga och måste därför uppfylla följande kriterier:

a) Den skall inte direkt uppmana minderåriga att köpa en produkt eller tjänst genom att utnyttja deras oerfarenhet eller godtrogenhet.

b) Den skall inte direkt uppmuntra minderåriga att övertala sina föräldrar eller andra att köpa de utannonserade varorna eller tjänsterna.

c) Den skall inte utnyttja det speciella förtroende minderåriga hyser för föräldrar, lärare eller andra personer.

d) Den skall inte utan skäl visa minderåriga i farliga situationer."

30. Det skall erinras om att i alla tre målen har den nationella domstolen frågat om bland annat TV-direktivet förhindrar en medlemsstat att vidta åtgärder mot TV-reklam som sänds från en annan medlemsstat. I målet De Agostini har den nationella domstolen dessutom frågat om bland annat direktivet förhindrar tillämpning av en nationell lagstiftning enligt vilken reklam riktad till barn är förbjuden. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den sista frågan särskilt avser den reklam som har sänts i den inhemska kanalen TV4. Jag kommer först att behandla den förstnämnda frågan, som avser den reklam som har sänts från Förenade kungariket i TV3.

31. Innan jag övergår till den särskilda frågan om en medlemsstat enligt artikel 2.2 i TV-direktivet är förbjuden att inom sitt territorium begränsa återutsändning av sändningar av det ifrågavarande slaget, skall jag ta upp tre argument som har framförts av olika parter med den innebörden att TV-direktivet i vilket fall som helst inte är tillämpligt under omständigheterna i dessa mål.

Argumentet att TV3 är en svensk kanal

32. Konsumentombudsmannen har argumenterat för att TV3 i praktiken måste anses vara en svensk TV-kanal på samma sätt som TV4 på den grunden att a) alla dess program som visas i Sverige produceras i Sverige, b) alla program dubbas till eller textas på svenska, c) programuppläsarna pratar alla svenska, och d) reklamen är uteslutande avsedd för den svenska marknaden med tanke på det språk som den är avfattad på och med tanke på produkterna som marknadsförs (det skall emellertid påpekas att detta sista påstående är direkt oförenligt med de förklaringar som De Agostini och TV-Shop har givit angående sin marknadsföringsstrategi).

33. I den mån det är relevant med avseende på TV-direktivet verkar det som om Konsumentombudsmannen försöker hävda att Sverige har rätt att införa strängare bestämmelser i förhållande till TV3 än de som finns i direktivet på den grunden att TV3, av de skäl som har anförts ovan, faller inom Sveriges jurisdiktion på det sätt som avses i artikel 3.1 i direktivet.

34. Denna ståndpunkt är ohållbar enligt min mening. Av samma skäl som de som domstolen framförde i målet kommissionen mot Förenade kungariket [15] med avseende på samma begrepp i artikel 2.1 i TV-direktivet anser jag att den medlemsstat inom vars jurisdiktion ett programföretag faller är den medlemsstat där programföretaget är etable-

15 — Mål C-222/94, dom av den 10 september 1996, REG 1996, s. I-4025, se punkt 35—42 i domen och punkt 32—75 i generaladvokaten Lenz förslag till avgörande.

rat. Eftersom TV3 är etablerat i Förenade kungariket, faller det inom den statens jurisdiktion vad gäller direktivet. Det kan påpekas att den konstruktion som Förenade kungariket förespråkade och som domstolen avvisade i det målet, enligt vilken det med programföretag inom en medlemsstats jurisdiktion måste förstås de programföretag som sänder sina TV-program från ett område inom den ifrågavarande medlemsstatens territorium, under alla omständigheter inte skulle kunna stödja Konsumentombudsmannen i detta mål, eftersom TV-reklamen i fråga sändes från Förenade kungariket.

Argumentet att direktivet inte omfattar annonsörer

35. För det andra har Konsumentombudsmannen och den svenska, den finska och den norska regeringen hävdat att direktivet rent generellt och särskilt sändarstatsprincipen endast avser programföretagens beteende och inte annonsörernas, varför direktivet inte utgör hinder för att en medlemsstat vidtar åtgärder, såsom i detta fall, mot annonsörer med avseende på sändning av TV-reklam från en annan medlemsstat.

36. Enligt min mening är detta argument ohållbart av flera anledningar.

37. Om det ansågs att direktivet inte är tillämpligt på annonsörer, skulle det på ett allvarligt sätt undergräva sändarstatsprincipens syfte och verkan. Det skulle stå mottagarstaterna fritt att begränsa reklam som sänds från andra medlemsstater och därmed att "begränsa återutsändning inom sina territorier av TV-sändningar" i strid med artikel 2.2.

38. Det skulle dessutom vara ologiskt om direktivet inte var tillämpligt på annonsörer, med tanke på att det innehåller ett antal bestämmelser om TV-reklams utformning och innehåll.

39. Att anse att sändningen är en helt annan verksamhet än underordnade verksamheter, som till exempel att göra reklam, skulle slutligen kunna innebära att man banade väg för medlemsstater att utforma rättsliga föreskrifter på ett sådant sätt att de endast skulle vara tillämpliga på producenter, annonsörer, sponsorer etc., och därmed i själva verket hämma all sändningsverksamhet utan att för den skull formellt åsidosätta direktivet. En sådan konstruktion kan inte anses förenlig med direktivets mål eller lagstiftarens vilja.

Argumentet att domen i målet Van Binsbergen är tillämplig

40. Enligt det tredje huvudargumentet, som Konsumentombudsmannen och den svenska, den finska, den norska och den belgiska regeringen har framfört, för att direktivet inte är tillämpligt, är direktivet inte tillämpligt på reklam i TV-sändningar som är särskilt ämnade för och riktade uteslutande till mottagarstaten.

41. Detta argument grundas på domen i målet Van Binsbergen mot Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid, [16] i vilken domstolen för första gången formulerade principen att en medlemsstat har rätt att vidta åtgärder för att hindra en person som tillhandahåller tjänster, och vars verksamhet uteslutande eller huvudsakligen riktas mot denna medlemsstats territorium, från att utöva sin frihet att tillhandahålla tjänster i avsikt att kringgå den tillämpliga lagen i destinationsstaten.

42. Domstolen har nyligen (visserligen med hänsyn till omständigheter som uppstod innan TV-direktivet skulle ha införlivats med nationell rätt) tillämpat den principen på sändningssektorn i målen Veronica Omroep Organisatie [17] och TV10 [18].

43. I målet Veronica godkände domstolen nationell lagstiftning enligt vilken nationella sändarorganisationer förbjöds att bidra till att upprätta radio- och TV-bolag utomlands, i syfte att tillhandahålla tjänster där som var riktade till den stat som hade denna lagstiftning, varvid domstolen konstaterade att lagstiftningens särskilda följd var, i syfte att skydda utövandet av de friheter som garanteras i fördraget, att säkerställa att dessa organisationer inte otillbörligen kunde kringgå de skyldigheter som följde av den nationella lagstiftningen rörande programs pluralistiska och icke-kommersiella innehåll. [19]

44. I målet TV10 fastslog domstolen att fördragsbestämmelserna om frihet att tillhandahålla tjänster inte utgör hinder för att en medlemsstat behandlar ett programföretag som har bildats enligt en annan medlemsstats lag och som är etablerat i den staten och vars verksamhet uteslutande eller huvudsakligen är riktad till den förstnämnda medlemsstatens territorium som ett inhemskt programföretag, om programföretaget har etablerats där för att göra det möjligt för detta att kringgå bestämmelser som skulle ha varit tillämpliga på det om det hade varit etablerat i den första staten. [20]

45. Principen i målet Van Binsbergen kan ses som endast en tillämpning av den allmänna principen om missbruk av rättigheter, vilken erkänns i de flesta rättsordningar. Som sådan

16 — Mål 33/74, Rec. 1974, s. 1299.
17 — Mål C-148/91, Rec. 1993, s. I-487.
18 — Mål C-23/93, Rec. 1994, s. I-4795.
19 — Punkt 13 i domen.
20 — Andra punkten i domslutet.

skulle det kunna förväntas att den skulle förbli tillämplig inom området för TV-sändningar, oaktat TV-direktivets införlivande, och generaladvokaten Lenz har nyligen uttryckt att han instämmer i denna åsikt. [21] Detta förslag skall emellertid inte ges en alltför vittgående tolkning, såsom generaladvokaten framhöll. Det skall inte förbises att såsom ett undantag från en av de friheter som den inre marknaden består av måste räckvidden av det ingrepp som principen tillåter att den mottagande medlemsstaten gör tolkas restriktivt. [22] Trots att domstolen i målet kommissionen mot Belgien lämnade frågan öppen huruvida principen alltjämt var tillämplig inom området för TV-sändningar, fastslog den att under alla omständigheter kunde principen inte innebära att en medlemsstat tillåts att generellt förbjuda aktörer etablerade i en annan medlemsstat att tillhandahålla vissa tjänster, eftersom det skulle innebära att friheten att tillhandahålla tjänster upphävs. [23]

46. Att tillåta att principen kan åberopas i ett sådant fall som det aktuella — där de intressen som skyddas genom de bestämmelser som det hävdas att det görs försök att kringgå faller inom direktivets räckvidd — skulle dessutom på ett avgörande sätt undergräva sändarstatsprincipen, vilken i sig själv är det främsta uttrycket för direktivets mål att avskaffa hinder för fri rörlighet för tjänster för att upprätta den inre marknaden. [24] Det är antagligen av det skälet som direktivet inte innehåller någon sådan bestämmelse som den som finns i artikel 16 i Europakonventionen av den 5 maj 1989 om television över gränserna (som i stor utsträckning utgjorde förebild för direktivets kapitel 4, vilket handlar om TV-reklam och sponsring), i vilken det uttryckligen föreskrivs att reklam "som särskilt och med viss täthet riktas till tittare i en enskild konventionsstat, som är en annan än den sändande konventionsstaten, får inte kringgå de bestämmelser om TV-reklam som finns i den konventionsstaten" [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå]. Kommissionens åsikt att utelämnandet var avsiktligt har nyligen fått stöd av generaladvokaten Lenz, som i sitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Förenade kungariket [25] påpekade att en sådan bestämmelse som den i artikel 16 i konventionen skulle ha varit olämplig bland bestämmelser som har till syfte att genomföra den interna marknaden. Detta är dessutom förenligt med avgörandet från EFTA-domstolen i de norska målen, vilka har nämnts ovan. [26]

47. Det finns under alla omständigheter inget som i detta mål tyder på att TV3 faktiskt etablerades i Förenade kungariket för att kringgå de svenska bestämmelserna i fråga. Av den omständigheten att ett programföretag som är etablerat i en medlemsstat gör utsändningar som är avsedda att mottas i en annan medlemsstat kan inte slutsatsen dras att det programföretaget försöker kringgå den lagstiftning som är tillämplig i den mottagande medlemsstaten. Program-

21 — Se punkt 74 i förslaget till avgörande i mål C-11/95, kommissionen mot Belgien, dom av den 10 september 1996, REG 1996, s. I-4115.

22 — Ibidem, punkt 75.

23 — Punkt 65 i domen.

24 — Se andra övervägandet i ingressen.

25 — Se ovan fotnot 15, punkt 55 i förslaget till avgörande.

26 — Se ovan fotnot 6, punkt 51—53 i domen.

företaget måste handla oegentligt [27] eller olämpligt [28] för att principen i målet Van Binsbergen skall vara tillämplig. Denna åsikt följer av det förhållandet att det i själva direktivet i fjortonde övervägandet i ingressen uppges att "alla sändningar, som härrör från och är avsedda för mottagning inom gemenskapen, och i synnerhet de som är avsedda för mottagning i en annan medlemsstat, följer den lag som är tillämplig ... i den medlemsstat, varifrån sändningen kommer". En medlemsstat kan därför inte förutsätta att alla sändningar från utländska programföretag som särskilt riktar sig till allmänheten i denna stat endast av denna anledning utgör ett missbruk. [29] Bevisbördan för en sådan oegentlighet ligger dessutom på den medlemsstat som försöker att komma i åtnjutande av undantaget. [30]

48. Den omständigheten att sändningarna i dessa mål har sänts av TV3 (dock med andra språksignaler) såväl till Danmark och Norge som till Sverige, vilket framgår av parternas yttranden, talar dessutom för att det inte är lämpligt att tillämpa principen, som är ägnad att förhindra att en person som tillhandahåller tjänster, och vars verksamhet uteslutande eller huvudsakligen riktar sig till den medlemsstat som försöker åberopa principen, skall kunna stödja sig på gemenskapsrätten.

49. Slutligen kommer jag att behandla argumentet som har framförts av TV-Shop, enligt vilket principen i målet Van Binsbergen endast kan åberopas när lagarna i fråga — nämligen den lag som det görs försök att kringgå och den lag som den kringgående enheten i stället är underkastad — skiljer sig avsevärt åt. Med tanke på att bestämmelserna om TV-reklam i stort sett är lika i Sverige och England, görs det gällande att det inte finns något utrymme för att tillämpa principen.

50. Det är självklart att det inte finns något utrymme för att i praktiken tillämpa principen när lagarna i fråga har samma syfte och ändamål, eftersom det inte skulle finnas någonting att vinna på att kringgå en rättsordning genom att välja en annan. Där det finns lagstiftningsskillnader som är tillräckliga för att ett företag skall etablera sig i en annan medlemsstat endast för att kunna utnyttja dessa skillnader finns också i enlighet härmed utrymme för att tillämpa principen. Enligt min mening är det varken önskvärt eller möjligt att föreskriva en allmän regel om vilken grad av paritet som juridiskt sett är nödvändig för att utesluta eller utlösa en tillämpning av principen.

27 — Målet TV10 (ovan fotnot 18), punkt 21 i domen. Den franska texten är kanske mer talande, "de manière abusive". Det verkar emellertid saknas ett motsvarande adverb på nederländska, det språk som var rättegångsspråk.

28 — Målet Veronica (ovan fotnot 17), punkt 13 i domen. På franska sägs "abusivement". Det verkar inte heller i detta fall finnas en motsvarighet på nederländska, som var rättegångsspråk.

29 — Se punkt 74 i generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 21). Se vidare generaladvokaten Lenz analys i målet TV10, ovan fotnot 18 (punkt 62—68 i hans förslag till avgörande), angående vilka omständigheter som är relevanta för att avgöra om en juridisk person försöker undgå bestämmelser i lag.

30 — Se generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 21), punkt 75.

51. Resultatet av allt det som anförts ovan är enligt min mening tillräckligt för att tillbakavisa varje argument som baserar sig på målet Van Binsbergen i detta mål.

52. Jag är i vilket fall som helst inte övertygad om att principen, även om den vore tillämplig, skulle utgöra stöd för dem som har åberopat den i detta mål. Ett särskiljande drag är att i motsats till målen Veronica och TV10 är det inte gentemot TV3 — som är det programbolag som tillhandahåller tjänster och som är etablerat i en annan medlemsstat — som den ifrågavarande bestämmelsen i detta mål görs gällande, utan gentemot annonsören, som uppenbarligen är etablerad i Sverige. Det skulle krävas ytterligare utveckling av principen i målet Van Binsbergen för att den skulle vara tillämplig under dessa omständigheter. Varje försök att argumentera för att annonsören försökte använda ett företag etablerat i en annan medlemsstat endast för att kringgå sin egen nationella lagstiftning skulle dessutom med säkerhet misslyckas, med tanke på att reklamen i fråga också sändes i inhemska kanaler (i målet De Agostini i TV4 och i målet TV-Shop i Homeshopping Channel).

53. Följaktligen finner jag inte något av de allmänna argumenten övertygande med vilka man vill visa att TV-direktivet inte är tillämpligt under omständigheterna i dessa mål. Jag skall nu övergå till den särskilda frågan som den nationella domstolen har ställt, nämligen om direktivet utgör hinder för att en medlemsstat vidtar åtgärder mot TV-reklam som sänds från en annan medlemsstat. Svaret på denna fråga är enligt min mening, med avseende på alla målen, att TV-direktivet utgör hinder för att en medlemsstat vidtar sådana åtgärder.

54. I artikel 2.2 i direktivet, vars innehåll förklarats ovan, förbjuds medlemsstater att begränsa återutsändning inom sina territorier av TV-sändningar från andra medlemsstater av skäl som omfattas av de områden som har tillnärmats genom direktivet. Svaret på den nationella domstolens fråga beror följaktligen på om föreskrifterna om marknadsföring av den typ som det är fråga om omfattas av dessa områden. Målet De Agostini rör huvudsakligen reklam som riktar sig till barn. Konsumentombudsmannens alternativa yrkande verkar dessutom vara grundat på antagandet att reklamen delvis är vilseledande och att den därför strider mot marknadsföringslagen. I målet TV-Shop verkar grunden för Konsumentombudsmannens yrkande, att annonsörer skall förbjudas att göra vissa påståenden och förslag i sin reklam, vara att reklamen är vilseledande och att den därför strider mot marknadsföringslagen. Jag kommer att behandla de två typerna av reklam för sig.

Reklam som riktar sig till barn

55. Konsumentombudsmannen och den svenska, den finska, den norska och den grekiska regeringen försöker motivera begränsningen av den sändning som är i fråga i målet De Agostini med att ändamålet med begränsningen är att skydda barn mot TV-reklam.

56. Enligt min mening omfattas detta ändamål, hur lovvärt det än är, helt klart av de områden som har samordnats genom direktivet, vilket leder till att artikel 2.2 är tillämplig, och den mottagande staten får inte begränsa återutsändning inom sitt territorium av sändningar från andra medlemsstater. Denna slutsats följer enligt min mening av direktivets systematik och dess bestämmelser om reklam.

57. Av tjugosjunde övervägandet i ingressen framgår klart att det i direktivet föreskrivs "vissa minimiregler och standarder" för TV-reklam med tanke på konsumentskyddsintresset. I tjugonionde, trettionde och trettioandra övervägandet ges ytterligare olika skäl till varför vissa typer av TV-reklam förbjuds eller begränsas, till exempel reklam för tobaksvaror och medicinska produkter. Bland dessa skäl nämns (i trettioandra övervägandet) skyddet i program och TV-reklam för minderårigas fysiska, mentala och moraliska utveckling.

58. I kapitel 4 i direktivet, "TV-reklam och sponsring" finns allmänna och särskilda bestämmelser för att reglera reklam via TV-sändningar. I det kapitlet, som består av artikel 10—21, finns bestämmelser om både när och var samt hur reklam får förekomma (artikel 10, 11, 18—20) och bestämmelser om innehållet och utformningen av reklamen (artikel 12—16).

59. Enligt artikel 12 krävs att vissa generella standarder avseende etik och allmänintresse följs. Artikel 13 innehåller ett strikt förbud mot alla former av TV-reklam för cigaretter eller andra tobaksvaror. I artikel 14 förbjuds TV-reklam för vissa medicinska produkter och viss medicinsk behandling. I artikel 15 föreskrivs ett antal kriterier som reklam för alkoholhaltiga drycker skall uppfylla, bland annat att den inte får rikta sig speciellt till minderåriga eller särskilt skildra minderåriga som intar dessa drycker. I artikel 16 slutligen föreskrivs att TV-reklam inte får orsaka moralisk eller fysisk skada hos minderåriga och att den därför måste uppfylla angivna kriterier för att skydda dem.

60. I artikel 21 krävs att medlemsstaterna, i fråga om TV-sändningar som inte överensstämmer med bestämmelserna i detta kapitel, skall vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att dessa bestämmelser efterlevs.

Vilseledande reklam

61. Enligt min mening framgår det tydligt av det samlade resultatet av de bestämmelser som har beaktats ovan att direktivet innehåller minimiregler och standarder för TV-reklam, inklusive standarder för skyddet av minderåriga.

64. Trots att reklamen i TV-Shop är så kallad tele-shopping och därmed faller utanför definitionen "TV-reklam" med avseende på kapitel 4 i TV-direktivet, utgör den otvivelaktigt TV-sändning med avseende på kapitel 2, "Allmänna bestämmelser", i direktivet. Sålunda är det enligt artikel 2.2. förbjudet att begränsa återutsändningar av skäl som omfattas av de områden som samordnas genom direktivet.

62. Jag drar följaktligen slutsatsen att den typ av reklam som här är i fråga, nämligen reklam som riktar sig till barn, omfattas av direktivets tillämpningsområde, och därmed får en medlemsstat enligt artikel 2.2 inte begränsa återutsändning inom sitt territorium.

65. Konsumentombudsmannen, den svenska och den finska regeringen samt kommissionen gör gällande att föreskrifterna om vilseledande reklam inte omfattas av TV-direktivet. Olika argument anförs till stöd för denna åsikt.

63. Det kan påpekas att EFTA-domstolen kom fram till samma slutsats med avseende på artikel 16 jämförd med artikel 2.2 i de norska målen som nämnts ovan. [31]

66. Innan jag övergår till att behandla dessa argument är det emellertid lämpligt att kortfattat beskriva rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam [32] (nedan

31 — Ovan fotnot 6, se punkt 31—41 i domen samt domslutet.

32 — EGT L 250, 1984, s. 17.

kallat direktivet om vilseledande reklam), eftersom de åberopas av olika parter.

67. Syftet med direktivet om vilseledande reklam är att förbättra konsumentskyddet och att förhindra snedvridningar i konkurrensen samt hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster som uppstår på grund av skillnader mellan medlemsstaternas lagar om vilseledande reklam. [33] Med dessa syften i åtanke har man i direktivet velat fastställa objektiva minimikriterier för att avgöra om reklam är vilseledande och minimikrav avseende möjligheterna att erbjuda skydd mot sådan reklam. "Reklam" och "vilseledande reklam" har givits breda definitioner [34] och skulle otvivelaktigt omfatta oriktiga uppgifter av den typ som det påstås ha förekommit under en TV-sänd "infomercial".

68. Det första argumentet om varför TV-direktivet inte skall tillämpas på vilseledande reklam har framförts av Konsumentombudsmannen, som har uppgivit att det i kommissionens ursprungliga förslag till TV-direktiv [35] tydligt framgick att nationell lagstiftning om reklam skulle få tillämpas på gränsöverskridande reklam.

69. Eftersom det inte sägs något av denna innebörd i förslaget till direktiv — i vilket det tvärtom uttryckligen hänvisas till den negativa inverkan på fri rörlighet för varor och tjänster som skillnader inom området för reklamsändningar skulle medföra [36] — måste det antas att Konsumentombudsmannen åsyftar kommissionens förklarande promemoria [37] om det föreslagna direktivet.

70. I denna promemoria nämns förvisso att medlemsstater skall ha fortsatt möjlighet att vid gränsöverskridande sändningar tillämpa icke-diskriminerande nationella lagar om reklam i allmänhet, under förutsättning att dessa lagar är nödvändiga i allmänhetens intresse för att uppfylla tvingande krav som i synnerhet rör skyddet för allmän hälsa, lojala affärstransaktioner och konsumentskydd. [38] I promemorian görs det dock i det följande klart att avsikten var att den möjligheten endast skulle finnas kvar inom områden som inte hade harmoniserats. [39] Eftersom området som rör vilseledande reklam har harmoniserats genom direktivet om vilseledande reklam, finns det inget utrymme för en medlemsstat att åberopa sina nationella lagar

33 — Mål C-373/90, klagomål mot X, Rec. 1992, s. I-131, punkt 9 i domen.

34 — Se artikel 2.

35 — Kommissionens förslag till rådets direktiv om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, EGT C 179, 1986, s. 4.

36 — Se sextonde övervägandet i ingressen.

37 — KOM(86) 146 slutlig

38 — Punkt 47.

39 — Punkt 48.

inom detta område för att begränsa gränsöverskridande sändningar.

71. Denna konstruktion är förenlig inte bara med den förklarande promemorian som Konsumentombudsmannen har hänvisat till utan också med de allmänna harmoniseringsmålen.

72. Konsumentombudsmannen hänvisar också till artikel 11 i Europakonventionen om television över gränserna, i vars andra stycke det föreskrivs att reklam inte får vara vilseledande eller skada konsumentintressen. Trots att det inte har utvecklats vidare, kan det förmodas att Konsumentombudsmannens argument är att den omständigheten att vilseledande reklam uttryckligen regleras i konventionen men inte nämns i direktivet tyder på att utelämnandet i den sistnämnda rättsakten var avsiktligt och därför utgör stöd för åsikten att direktivet inte är tillämpligt på vilseledande reklam.

73. Detta argument bygger enligt min mening på en missuppfattning.

74. Konventionen om television över gränserna måste ses i sitt särskilda sammanhang. I motsats till TV-direktivet ingicks den inte mot bakgrund av existerande harmoniseringsåtgärder. De som utformade konventionen ansåg antagligen att för att komma i åtnjutande av den frihet att motta som konventionen är ämnad att upprätta måste reklamen uppfylla det allmänna kravet att inte vara vilseledande eller skada konsumentintressen. Eftersom det inte fanns någon rättsakt i vilken ett sådant krav uppställdes, intogs kravet i konventionen. De som utformade TV-direktivet däremot behövde inte föreskriva bestämmelser av denna innebörd, eftersom det i direktivet om vilseledande reklam, som antogs fem år före TV-direktivet, redan krävdes att medlemsstaterna skulle införa lagstiftning som skyddar konsumenter mot vilseledande reklam. Den omständigheten att konventionen innehåller bestämmelser om vilseledande reklam utgör därför, enligt min mening, inget stöd för argumentet att direktivet inte omfattar sådan reklam.

75. Konsumentombudsmannen, den svenska regeringen och kommissionen åberopar sjuttonde övervägandet i TV-direktivets ingress till stöd för åsikten att det direktivet inte utesluter begränsningar av återutsändningar med stöd av lagstiftning om vilseledande reklam. I detta övervägande uppges att direktivet inte påverkar existerande eller kommande gemenskapsåtgärder beträffande harmonisering, särskilt för att tillfredsställa tvingande krav som rör skydd för konsumenter och rimligheten i kommersiella transaktioner och konkurrens.

76. De olika påståenden som gjorts med avseende på betydelsen och verkan av sjuttonde övervägandet är inte alltid helt lätta att reda ut. Den gemensamma ståndpunkten verkar emellertid vara att de "gemenskapsåtgärder beträffande harmonisering" som det hänvisas till i det särskilt innefattar direktivet om vilseledande reklam och att det innebär att medlemsstater kan fortsätta att förbjuda reklamsändningar som är vilseledande enligt direktivet och, troligtvis, deras nationella föreskrifter om genomförandet av direktivet.

77. Övervägandet i vilket det sägs att TV-direktivet inte påverkar existerande eller kommande gemenskapsåtgärder innebär enligt min mening endast vad som sägs; inga sådana harmoniseringsåtgärder påverkas av direktivet. Direktivet om vilseledande reklam gäller således fortfarande i sin ursprungliga version. Medlemsstater är fortfarande skyldiga att säkerställa att deras nationella lagar åtminstone ger det minimiskydd mot vilseledande reklam som krävs enligt direktivet. Jag kan emellertid inte se att det finns någon grund för att tolka detta som att ett område som har varit föremål för harmonisering, i kraft av själva sakförhållandet (ipso facto), inte omfattas av TV-direktivet.

78. I ingressen till direktivet om vilseledande reklam, i vilken direktivets målsättningar förklaras, fastställs att skillnaderna mellan lagarna i medlemsstaterna utgör hinder för genomförandet av annonskampanjer utanför ett lands gränser och påverkar därmed den fria rörligheten för varor och det fria tillhandahållandet av tjänster.[40] Av bland annat detta skäl eftersträvas genom direktivet en tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam. Det skulle vara bakvänt om ett direktiv genom vilket man uttryckligen eftersträvar att främja fri rörlighet för varor och tjänster, genom att underlätta gränsöverskridande reklam, skulle kunna användas i motsatt syfte.

79. Konsumentombudsmannen, den svenska regeringen och kommissionen hävdar slutligen att vilseledande reklam inte omfattas av de områden som har samordnats genom TV-direktivet på det sätt som avses i artikel 2.2, varför medlemsstater får begränsa återutsändning av reklamsändningar från andra medlemsstater på den grunden att reklamen strider mot den mottagande statens lagstiftning om vilseledande reklam. Detta argument påminner till viss del tydligt om det förra argumentet. Kommissionen har emellertid särskilt påpekat att eftersom det inte finns någon särskild bestämmelse i TV-direktivet som reglerar vilseledande reklam omfattas inte den av de samordnade områdena.

80. Detta påstående är enligt min mening en sammanblandning av två olika frågor, nämligen frågan om vilka områden som samordnas genom direktivet och frågan om vilka

40 — Fjärde övervägandet.

särskilda spörsmål som regleras av detta. Det är den första frågan som är avgörande för bedömningen av huruvida artikel 2.2 är tillämplig.

81. De områden som samordnas av direktivet omfattar främjandet av distribution och produktion av TV-program (kapitel 3), TV-reklam och sponsring (kapitel 4), skydd av minderåriga (kapitel 5) och rätt till genmäle (kapitel 6). Denna tolkning framgår enligt min mening klart av direktivets systematik och mål. Att detta är den riktiga tolkningen framgår också av förarbeten (travaux préparatoires), i vilka det anges att direktivet är avsett att samordna de ovan nämnda områdena (som ursprungligen också omfattade copyright), genom att bland annat samordna nationell lagstiftning som skulle kunna åberopas för att hindra mottagande av gränsöverskridande sändningar. [41] En restriktiv tolkning av begreppet "områden som samordnas" genom direktivet är följaktligen inte lämplig.

82. Denna åsikt finner dessutom stöd i generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i målet kommissionen mot Belgien, [42] i samband med argumentet att eftersom begreppen allmän ordning, moral och säkerhet inte uttryckligen, eller i varje fall inte utförligt, nämns i direktivet, ingår de inte bland de områden som samordnas av direktivet på det sätt som avses i artikel 2.2, och medlemsstaterna får därför begränsa återutsändning på grund av skäl som sammanhänger med dessa begrepp. Generaladvokaten Lenz avvisade detta argument av det skälet att en sådan tolkning i stor utsträckning skulle omintetgöra den liberalisering som eftersträvas genom direktivet och som bygger på den grundläggande principen om medlemsstaters ömsesidiga förtroende. Förbudet mot en andra "kontroll" av sändningar av den mottagande staten är ett uttryck för denna princip. [43] Domstolen godtog generaladvokatens resonemang. [44]

83. Visserligen verkar det som om generaladvokaten Lenz tidigare i sitt förslag [45] har antytt att innebörden av sjuttonde övervägandet i ingressen är att de områden som nämns där inte ingår bland de områden som samordnas med avseende på artikel 2.2. Detta förslag framfördes emellertid i samband med ett antal argument som var dömda att misslyckas och som rörde områden som helt klart inte omfattas av de samordnade områdena, nämligen

i) en bestämmelse i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, i vilken det fastslås att det inte strider mot yttrandefriheten att en stat kräver tillstånd för bland annat televisionsföretag,

ii) copyright (som ursprungligen uppenbarligen var avsett att vara ett samordnat område och som fanns i kapitel 5 i kommissionens förslag, [46] men som togs

41 — Se särskilt punkterna 1—3 och 24—30 i den förklarande promemorian till kommissionens förslag (ovan fotnot 37).

42 — Se ovan fotnot 21.

43 — Se punkt 99—101 i förslaget till avgörande.

44 — Se punkterna 88 och 92 i domen.

45 — Se punkt 53.

46 — Se ovan fotnot 35.

bort från direktivets tillämpningsområde under lagstiftningsarbetet),

iii) artikel 128.4 i fördraget, i vilken det föreskrivs att gemenskapen skall beakta de kulturella aspekterna då den handlar enligt fördraget, och

iv) subsidiaritetsprincipen.

Generaladvokatens kommentar i förbigående angående innebörden av sjuttonde övervägandet i ingressen skall kanske därför inte ges en alltför vittgående tolkning.

84. Det kan slutligen anmärkas att uppfattningen att nationella lagar om vilseledande reklam kan åberopas för att förhindra återutsändningar av sändningar från en annan medlemsstat inte bara allvarligt skulle undergräva sändarstatsprincipen utan också ge upphov till betydande praktiska problem. [47] I de föreliggande målen är visserligen annonsörerna i fråga svenska, varför påföljder för vilseledande reklam enligt svensk lag skulle kunna påföras dessa utan några principiella svårigheter. Det kan emellertid tänkas att den ifrågavarande annonsören i en liknande situation ofta är etablerad i en annan medlemsstat. Under sådana omständigheter är de praktiska svårigheterna att påföljder ådöms enligt den mottagande statens nationella lag uppenbara.

85. I de ovannämnda norska målen [48] uttryckte EFTA-domstolen visserligen åsikten att TV-direktivet inte var avsett att hindra en medlemsstat från att vidta åtgärder enligt direktivet om vilseledande reklam i anledning av reklam som måste anses vara vilseledande enligt det sistnämnda direktivet. [49] Denna kommentar fälldes emellertid i förbigående och det framgår av domens ordalydelse och förhandlingsrapporten i dessa mål att EFTA-domstolen inte hade fått höra några argument angående denna fråga från någon av parterna. Inom ett område där harmonisering av lagar redan har skett, är det svårt att se någon logisk grund för åsikten att dessa lagar kan åberopas gentemot sändningar i förhållande till vilka TV-direktivet garanterar att de fritt kan mottas och återutsändas. Följden av en sådan åsikt skulle dessutom vara både otillfredsställande och onaturlig — vilket dessa mål verkligen visar — eftersom det skulle krävas att enskilda sändningar innehållsmässigt spjälkades upp för att kunna avgöra vilka fragment som omfattas av direktivet och vilka som inte gör det.

86. Enligt min mening utgör därför artikel 2.2 i TV-direktivet hinder för att en

47 — Generaladvokaten Lenz nämner också denna omständighet, om än flyktigt, i sitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Belgien, ovan fotnot 21, se punkt 103 i förslaget.

48 — Se ovan fotnot 6.

49 — Se punkterna 54—56 och 58 i domen.

medlemsstat begränsar återutsändningar inom sitt territorium av TV-sändningar från en annan medlemsstat på den grunden att sändningen strider mot dess nationella lagstiftning om vilseledande reklam.

87. Jag drar följaktligen slutsatsen att TV-direktivet utgör hinder för att en medlemsstat vidtar åtgärder mot TV-reklam som sänds från en annan medlemsstat och som riktar sig till barn eller som påstås vara vilseledande på det sätt som avses i direktivet om vilseledande reklam.

88. Denna slutsats skulle vara densamma även om det — vilket har påstått i målet De Agostini [50] — hade varit så att Förenade kungariket, trots att det uppenbarligen föreskriver strängare regler än vad som är erforderligt enligt direktivet vad gäller reklam som riktas till barn, [51] faktiskt inte övervakar att dessa kontroller fullgörs i fråga om sändningar som sänds till utlandet, och därigenom åsidosätter artiklarna 2.1 och 21 i direktivet. Det lämpliga tillvägagångssättet under dessa omständigheter skulle vara för den missnöjda mottagarstaten att väcka talan mot sändarstaten enligt artikel 170 i fördraget eller att göra kommissionen uppmärksam på problemet för att få till stånd ett förfarande enligt artikel 169. [52]

89. Detta tillvägagångssätt skulle också vara det lämpliga om mottagarstaten anser att sändarstaten inte säkerställer, såsom krävs enligt artikel 2.1 i TV-direktivet, att sändningar av programföretag inom dess egen jurisdiktion står i överensstämmelse med dess egen lagstiftning som är tillämplig på sändningar avsedda för allmänheten i den staten, vilket i fråga om reklam i den mycket vida betydelsen i direktivet om vilseledande reklam skulle innefatta dess lagar om vilseledande reklam.

90. Det kan påpekas att kommissionen nyligen väckte talan mot Förenade kungariket enligt artikel 169 med yrkande om fastställelse av att Förenade kungariket har underlåtit att införliva TV-direktivet på ett riktigt sätt. [53] En av kommissionens huvudsakliga anmärkningar rörde det faktum att det i Förenade kungariket finns två skilda system, ett för inhemska och ett för icke inhemska satellittjänster. De regler som är tillämpliga på den senare kategorin är mindre stränga än de som tillämpas på den förra (och dessutom framgår det av en brevväxling med United Kingdom Independent Television Commission, som finns som bilaga till TV-Shops yttrande, att iakttagandet av dessa regler inte alls övervakas i Förenade kungariket när sändningarna inte är på engelska). Kommissionen hävdade att denna åtskillnad utgjorde ett åsidosättande av artikel 2.1 och artikel 3.2 i direktivet.

50 — Se punkt 90 i detta förslag till avgörande.

51 — Se punkt 40 i EFTA-domstolens dom i de norska målen, ovan fotnot 6.

52 — Se målet kommissionen mot Belgien, ovan fotnot 21, punkt 34— 37 i domen och punkterna 50 och 51 i generaladvokaten Lenz förslag till avgörande. Se också domstolens dom av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd, särskilt punkterna 19 och 20.

53 — Se ovan fotnot 15.

91. Domstolen meddelade dom i målet kommissionen mot Förenade kungariket den 10 september 1996, varvid den fastslog att kommissionens anmärkning var välgrundad. [54]

92. I anslutning till målet De Agostini kan jag slutligen översiktligt behandla den nationella domstolens andra fråga som sammanhänger med TV-direktivets verkan, nämligen om direktivet utgör hinder för att en nationell lagstiftning, enligt vilken reklam som riktar sig till barn är förbjuden, tillämpas i förhållande till den inhemska kanalen TV4. Enligt min mening är det helt klart att det inte utgör hinder för begränsningar med avseende på den reklam som sänds där, eftersom medlemsstater enligt artikel 3.1 har frihet att föreskriva striktare regler med avseende på programföretag inom deras jurisdiktion. Frågan om detta förbud strider mot artikel 30 i fördraget berörs nedan.

Fördragsbestämmelser

93. Den nationella domstolen frågar dessutom för det första om artikel 30 eller artikel 59 i fördraget, i förhållande till alla de tre ifrågavarande målen, utgör hinder för att en medlemsstat vidtar åtgärder mot TV-reklam som en annonsör låter sända från en annan medlemsstat, och för det andra om någon av dessa artiklar, i förhållande till endast det första målet, utgör hinder för att tillämpa en nationell lagstiftning enligt vilken reklam som riktar sig till barn är förbjuden.

94. Den första av dessa frågor är inte längre relevant med tanke på min åsikt att reklamen i fråga omfattas av TV-direktivet och att artikel 2.2 i det utgör hinder för att en medlemsstat vidtar sådana åtgärder. Jag kommer följaktligen att övergå till den andra frågan, vilken — som sagts ovan [55] — enligt begäran om förhandsavgörande verkar hänföra sig särskilt till den reklam som har sänts i den inhemska kanalen TV4. Det skall erinras om att enligt den nationella lagen är all reklam som riktar sig till barn förbjuden, att tidningen i fråga i målet De Agostini trycktes i Italien och att TV4 är en svensk kanal som sänder till allmänheten i Sverige och som erbjuder tjänster (nämligen sändningstid för reklam) till svenska företag.

Artikel 30

95. De Agostini har i huvudsak gjort gällande att de nationella begränsningarna av

54 — Se punkt 70— 75 i domen. Se också punkterna 84 och 85 i generaladvokaten Lenz förslag till avgörande.

55 — Punkt 30.

reklam som Konsumentombudsmannen har försökt åberopa gentemot detta företag strider mot artikel 30, enligt vilken kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan är förbjudna.

96. Domstolen har i målet Keck och Mithouard [56] fastslagit att nationella bestämmelser genom vilka vissa former av försäljning begränsas eller förbjuds inte omfattas av artikel 30, under förutsättning att de tillämpas på alla relevanta aktörer som är verksamma inom det nationella territoriet och så länge de både rättsligt och faktiskt påverkar saluföringen av inhemska produkter och produkter från andra medlemsstater på samma sätt. [57] Huruvida bestämmelserna i fråga strider mot artikel 30 beror därför på, såsom lagstiftningen ser ut i dag, om de uppfyller dessa krav.

97. Med hänsyn till den första frågan, nämligen huruvida bestämmelserna innebär att former av försäljning begränsas eller förbjuds, fastslog domstolen i målet Leclerc-Siplec mot TF1 Publicité och M6 Publicité, [58] att ett förbud mot TV-reklam inom en viss sektor (distribution) rörde former av försäljning, eftersom det innebar förbud mot ett visst sätt att marknadsföra (TV-reklam) en viss metod att saluföra produkter (distribution). [59] En bestämmelse i vilken det marknadsföringssättet förbjuds med avseende på en särskild grupp av potentiella konsumenter, eller en viss grupp av varor, måste på denna grund anses handla om en form av försäljning, under förutsättning att det finns andra tillgängliga och verkningsfulla marknadsföringssätt med avseende på den berörda gruppen. Frågan om det är så är en sakfråga som den nationella domstolen har att utreda. Det kan noteras att detta energiskt bestrids av De Agostini.

98. För att kunna omfattas av den grupp av bestämmelser som på grundval av målet Keck skall anses falla utanför tillämpningsområdet för artikel 30 måste bestämmelsen i fråga dessutom vara tillämplig på alla berörda aktörer som är verksamma inom det nationella territoriet och både rättsligt och faktiskt påverka saluföringen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt.

99. Det första villkoret är klart uppfyllt i alla tre målen. Enligt min mening är detta inte så tydligt med avseende på det andra villkoret. Jag delar kommissionens oro över att inverkan av förbudet mot all TV-reklam som riktar sig till barn kan vara större på produkter från andra medlemsstater. Som jag hävdade i mitt förslag till avgörande i målet Leclerc, skulle det vara oförenligt med fördragets mål att tolka domen i målet Keck på ett sådant sätt att ett totalförbud mot reklam för en produkt som lagligen kan säljas i den medlemsstaten där förbudet tillämpas och i andra medlemsstater undantas från tillämpningsområdet för artikel 30. Verkan av ett

56 — Förenade målen C-267/91 och C-268/91, Rec. 1993, s. I-6097.

57 — Punkt 16 i domen.

58 — Mål C-412/93, REG 1995, s. I-179.

59 — Punkt 22 i domen.

sådant förbud skulle vara att tillverkare i andra medlemsstater skulle finna det praktiskt taget omöjligt att ta sig in på den marknad som förbudet gällde, vilket skulle betyda att bestämmelsen innebar detsamma som en kvantitativ restriktion i handeln mellan medlemsstater. [60] Oavsett hur diskrimineringstestet som fastställdes i målet Keck tolkas, är det svårt att låta bli att dra slutsatsen att det i praktiken är nästan säkert att ett sådant förbud har en märkbar inverkan på importen.

100. I än högre grad föreligger samma oro med avseende på ett totalförbud mot TV-reklam för en produkt riktad till en särskild grupp av konsumenter. Följaktligen anser jag att ett totalförbud mot reklam som riktar sig till barn i princip strider mot artikel 30.

101. En bestämmelse som tillämpas utan åtskillnad och som begränsar den fria rörligheten för varor kan emellertid vara förenlig med fördraget om den är nödvändig för att uppfylla tvingande krav hänförliga till allmänintresset och om den står i proportion till sitt syfte. [61]

102. Enligt fast rättspraxis ingår lojala affärstransaktioner och konsumentskydd i allmänhet bland de mål som kan berättiga restriktioner i den fria rörligheten för varor. [62] Skyddet av en viss så sårbar grupp av konsumenter som till exempel barn måste i än högre grad utgöra en grund av ett allt överskuggande allmänintresse som skulle kunna motivera sådana restriktioner.

103. Det måste dessutom visas att begränsningen inte går utöver vad som är nödvändigt för att nå det eftersträvade målet. I detta mål har kommissionen uttryckt tvivel (i motsvarande sammanhang med avseende på artikel 59) om huruvida det totalförbud mot reklam som riktar sig till barn verkligen kan anses stå i proportion till det eftersträvade målet och hävdat att detta mål skulle kunna uppnås genom mindre drakoniska åtgärder än ett totalförbud, till exempel genom bestämmelser angående innehåll och kvalitet eller en skyldighet att ange priset i fråga om dyra saker. En annan möjlighet skulle kanske vara att undanta utbildningsmateriel från totalförbudet.

104. Det är emellertid inte självklart enligt min mening att en mildring av förbudet på ett sådant sätt skulle vara ett lika effektivt sätt att tillfredsställa den svenska regeringens önskan att de yngsta barnen, eftersom de inte kan skilja mellan dokumentärinslag och reklam, inte skall utsättas för reklam. Jag är följaktligen inte övertygad om att förbudet

60 — Se punkt 50 i mitt förslag till avgörande.

61 — Mål 120/78, Rewe mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon"), Rec. 1979, s. 649.

62 — Ibidem, punkt 8 i domen.

med nödvändighet är oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade målet. Det kan påpekas att domstolen har godtagit — inom det jämförbara området avseende motivering av åtgärder som faller under artikel 59 — att vissa typer av förbud mot reklam, till exempel ett förbud mot att göra reklam för vissa produkter, eller mot reklam under vissa dagar, eller begränsningar av reklam för att göra det möjligt för tittare att skilja mellan reklam och andra delar av programmet, kan vara tillåtna (se målet Collectieve Antennevoorziening Gouda, [63] även om domstolen i detta mål fastslog att begränsningarna inte var berättigade, eftersom deras syfte och verkan var att skydda intäkterna för den inhemska TV-reklamstiftelsen).

105. Följaktligen drar jag slutsatsen att artikel 30 i fördraget inte utgör hinder för att tillämpa en nationell lag om förbud mot reklam som riktar sig till barn under 12 år.

Artikel 59

106. Det framgår av tidigare avgöranden från domstolen att TV-sändningar i allmänhet och sändningar av TV-reklam i synnerhet omfattas av fördragets bestämmelser om tjänster, se särskilt det tidiga målet Sacchi. [64] Även om det målet endast rörde jordbundna sändningar (eller sändningar "over the air") och sändningar via kabel-TV, är den princip som fastställdes i det målet också tillämplig på den form av sändning som är i fråga i dessa mål, nämligen sändningar via satellit. [65]

107. Domstolen har vid flera tillfällen bedömt frågan huruvida begränsning av TV-reklam är förenligt med artikel 59. [66] I målet Bond van Adverteerders [67] analyserade domstolen resultatet av ett förbud mot reklam och drog slutsatsen att ett sådant förbud innebär en dubbel begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. För det första hindrar det kabelnätföretag som är etablerade i en medlemsstat från att återutsända TV-program som programföretag som är etablerade i andra medlemsstater erbjuder (i det fallet, via satellit). För det andra hindrar det dessa programföretag från att för annonsörer som är etablerade i just den medlemsstaten där programmen mottas planera in reklam som är avsedd för allmänheten i den staten. [68]

63 — Mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rec. 1991, s. I-4007, punkt 27 i domen.

64 — Mål 155/73, Rec. 1974, s. 409, punkt 6 i domen. Se också sjätte övervägandet i ingressen till TV-direktivet.

65 — Se i allmänhet de påpekanden som generaladvokaten Mancini gjorde i mål 352/85, Bond van Adverteerders mot Nederländska staten, Rec. 1988, s. 2085, angående den fortsatta relevansen av de principer som fastställdes i målet Sacchi, trots den senare tekniska utvecklingen av sändningsmetoder.

66 — Se målet Sacchi (ovan fotnot 64), mål 52/79, Procureur du Roi mot Debauve, Rec. 1980, s. 833, målet Bond van Adverteerders (ovan fotnot 65), och målet Collectieve Antennevoorziening Gouda (ovan fotnot 63).

67 — Se ovan fotnot 65.

68 — Punkt 22 i domen.

108. Bestämmelserna i fördraget om frihet att tillhandahålla tjänster är emellertid inte tillämpliga på verksamhet som i huvudsak utförs i en enda medlemsstat. Huruvida så är fallet beror på den utredning av fakta som det ankommer på den nationella domstolen att göra. [69]

109. I fråga om den reklam som sändes i TV4 verkar artikel 59 av denna anledning inte vara tillämplig under omständigheterna i detta mål. TV4 är en svensk kanal som sänder till den svenska allmänheten och som erbjuder tjänster till ett svenskt företag, även om den hör till en internationell företagsgrupp etablerad i Italien. Det är uppenbart att den artikeln emellertid skulle vara tillämplig på den nationella lagstiftningen i fråga under andra omständigheter som inte är svåra att föreställa sig, till exempel om annonsören eller tittarna inte var uteslutande inhemska.

110. Jag drar följaktligen slutsatsen att under omständigheterna i målet De Agostini utgör artikel 59 i fördraget inte hinder för att tillämpa en nationell lag om förbud mot reklam som riktar sig till barn.

111. Följaktligen föreslår jag att Marknadsdomstolens frågor skall besvaras enligt följande:

1) Artikel 2.2 i rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television utgör hinder för att en medlemsstat vidtar åtgärder mot TV-reklam som sänds från en annan medlemsstat.

69 — Se till exempel målet Debauve (ovan fotnot 66), punkt 9 i domen, och målet TV10 (ovan fotnot 18), punkt 14 i domen.

2) Varken det direktivet, artikel 30 i fördraget eller artikel 59 i fördraget utgör hinder för att en medlemsstat tillämpar en nationell lag om förbud mot reklam som riktar sig till barn under 12 år när både annonsören och programföretaget är etablerade i den medlemsstaten och reklamen sänds i en inhemsk TV-kanal som uteslutande mottas av tittare i den staten.