FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 16. juni 1994 *

Indhold

A — Indledning ..... I - 4798

B — Stillingtagen ..... I - 4800

Indledende bemærkning ..... I - 4800

I — Første spørgsmål ..... I - 4801

Foreligger der tjenesteydelser i fællesskabsretlig forstand ..... I - 4801

Betydningen af Domstolens »omgåelsesretspraksis« for, om der foreligger en tjenesteydelse ..... I - 4803

II — Andet spørgsmål ..... I - 4807

Forbuddet mod restriktioner forstået som indholdet af retten til fri udveksling af tjenesteydelser ..... I - 4807

Domstolens anvendelse af kriterierne på den nederlandske medielov ..... I - 4809

Domstolens »omgåelsespraksis« ..... I - 4811

Konsekvenserne for det foreliggende tilfælde ..... I - 4812

Artikel 10 og 14 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (menneskerettighedskonventionen) ..... I - 4816

C — Forslag til afgørelse ..... I - 4822

* Originalsprog: tysk.

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. I den foreliggende præjudicielle sag har Nederlandenes Raad van State stillet spørgsmål vedrørende anvendelsen af bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser på bestemte former for virksomhed, der udøves af en fjernsynsinstitution.

2. Parterne i sagen for den forelæggende ret er en radio- og fjernsynsinstitution ved navn TV10 (herefter benævnt »sagsøgeren«) — som er et luxembourgsk aktieselskab — og det nederlandske Commissariaat voor de Media (herefter benævnt »sagsøgte«). Baggrunden for sagen er, at sagsøgte har afslået at give adgang til, at TV10's programmer fordeles gennem nederlandske kabelanlæg. I afgørelsen herom fastslog sagsøgte, at TV10 ikke kunne betragtes som en udenlandsk radio- eller fjernsynsinstitution som omhandlet i Mediawet's artikel 66, stk. 1, da sagsøgeren havde etableret sig i Luxembourg i den åbenbare hensigt at unddrage sig de nederlandske bestemmelser om indenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner.

3. På det relevante tidspunkt havde denne lovbestemmelse følgende ordlyd:

»1. Den, der forestår driften af et kabelanlæg, kan:

a) fordele programmer, som udsendes af en udenlandsk radio- eller fjernsynsinstitution ved hjælp af en radio- eller fjernsynssender, og som det meste af tiden kan modtages direkte i en rimelig kvalitet på det sted, hvor kabelanlægget befinder sig, ved hjælp af en på dette sted almindelig individuel antenne

b) fordele andre end de i litra a) nævnte programmer, som udsendes som radio- eller fjernsynsprogrammer af en udenlandsk radio- eller fjernsynsinstitution eller en sammenslutning af sådanne institutioner i overensstemmelse med den dér gældende lovgivning ...«

4. Denne afgørelse indbragte TV10 for Raad van State, Afdeling Rechtspraak. Sagsøgeren, der af flere grunde anså afgørelsen for at være urigtig, gjorde gældende, at den retlige bedømmelse af de konstaterede faktiske for-

hold var fejlagtig, og at der desuden var sket en tilsidesættelse af lighedsprincippet samt af menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 og af EØF-traktatens [1] artikel 7, 52 ff. og 59 ff.

5. Den forelæggende ret har fundet, at sagsøgeren *ikke* er en radio- eller fjernsynsinstitution som omhandlet i Mediawet's artikel 14-30. Retten har anset det for godtgjort, at sagsøgeren etablerede sig i udlandet i den åbenbare hensigt at unddrage sig de bestemmelser, der gælder i Nederlandene for indenlandsk radio- og fjernsynsspredning. Ikke desto mindre har Raad van State anset sagsøgerens anbringende om, at Commissariaat voor de Media's afgørelse strider mod fællesskabsretten, for at være af betydning for sagens udfald.

6. I denne sammenhæng har Raad van State — under henvisning til dommen i Debauve-sagen [2] — anført, at EØF-traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser ikke finder anvendelse på »aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat«. Under henvisning til dommen i Van Binsbergen-sagen [3] har retten endvidere anført, at en medlemsstat ikke kan frakendes retten til at træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at den i artikel 59 sikrede frihed udnyttes af en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvis rettet mod denne stats territorium, med sigte pa at unddrage sig de erhvervsfaglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var etableret pa statens område. Efter rettens opfattelse kan det tænkes, at det i et sådant tilfælde ikke er traktatens kapitel om tjenesteydelser, der finder anvendelse, men derimod kapitlet om etableringsretten. Under hensyn til dommen i Segers-sagen [4] rejser retten det spørgsmål, hvorledes det skal »bedømmes, at en radio- og fjernsynsinstitution, som er oprettet efter en anden medlemsstats lovgivning, og som formelt er etableret i denne anden medlemsstat, udøver virksomhed fra den anden medlemsstat«.

7. På denne baggrund har Raad van State forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er der tale om tjenesteydelser af en grænseoverskridende karakter, der er fællesskabsretlig relevant, såfremt en radio- eller fjernsynsinstitution, som ikke kan få adgang til fordeling af udsendelser gennem kabelanlæg i medlemsstat A, udsender programmer fra medlemsstat B i den åbenbare hensigt — hvilket fremgår af objektive forhold —

1 — Fra den 1.11.1993 EF-traktaten, jf. traktaten af 7.2.1992 om Den Europæiske Union (EFT C 224 af 31.8.1992, s. 1).

2 — Dom af 18.3.1980, sag 52/79, Debauve, Sml. s. 833.

3 — Dom af 3.12.1974, sag 33/74, Van Binsbergen, Sml. s. 1299.

4 — Dom af 10.7.1986, sag 79/85, Segers, Sml. s. 2375.

derved at unddrage sig gældende lovgivning i den medlemsstat, som udsendelserne primært, men ikke udelukkende, er rettet til?

2) Er det tilladt i henhold til fællesskabsretten — også under hensyn til artikel 10, jf. artikel 14, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder — at den medlemsstat, hvori programmerne modtages, opstiller begrænsninger for udførelsen af de i spørgsmål 1) omtalte tjenesteydelser, når begrænsningerne består i, at radio- og fjernsynsinstitutionen, selv om den har valgt et etableringssted i en anden medlemsstat, betragtes som en ikke-udenlandsk institution og af den grund ikke får adgang til fordeling af sine programmer gennem kabelanlæg i medlemsstaten, så længe den ikke opfylder de betingelser herfor, som gælder for indenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner, hvilket sker under henvisning til, at institutionen ved at etablere sig i en anden medlemsstat søger at unddrage sig bestemmelser, som gælder i den medlemsstat, hvor programmerne modtages, og som har til formål at sikre, at der i medlemsstaten opretholdes et alsidigt og ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer?«

8. I retsforhandlingerne for Domstolen har deltaget sagsøgeren, sagsøgte, den nederlandske regering, den tyske regering, den franske regering og Kommissionen. Sagsøgte har i det hele tilsluttet sig den nederlandske regerings indlæg. Jeg skal i forbindelse med min stillingtagen til sagens retlige aspekter nærmere omtale de faktiske forhold og parternes argumenter.

B — Stillingtagen

Indledende bemærkning

9. Forud for min stillingtagen til sagens retlige aspekter skal jeg fremsætte en indledende bemærkning. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for denne sag, udspillede sig på et tidspunkt, hvor direktiv 89/552/EØF [5] endnu ikke skulle være gennemført i national ret, og hvor den nederlandske medielovgivning endnu ikke gav adgang til kommerciel radio og fjernsyn. De retlige kriterier, som sagens afgørelse beror på, ville principielt have haft et andet indhold, hvis de faktiske omstændigheder havde foreligget på et senere tidspunkt. Den retlige bedømmelse af denne sag vil derfor kun have begrænset betydning for senere tilfælde.

10. Desuden ønsker jeg indledningsvis at gøre opmærksom på endnu et aspekt, nemlig at den forelæggende ret ikke har stillet spørgsmål om, hvorvidt fællesskabsrettens forbud mod forskelsbehandling finder anvendelse i det foreliggende tilfælde. Dette kunne der ellers efter omstændighederne have været anledning til, når det tages i

5 — 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).

betragtning, at der er givet tilladelse til, at RTL 4's udsendelser fordeles gennem kabelanlæg i Nederlandene, men den forelæggende ret synes selv at have besvaret spørgsmålene herom. Domstolen skal således kun tage stilling til forbuddet mod forskelsbehandling i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt menneskerettighedskonventionens artikel 14 skal anvendes. For så vidt er der sat snævrere grænser for Domstolens kompetence end i forbindelse med efterprøvelsen af forbuddet mod forskelsbehandling efter fællesskabsretten.

I — *Første spørgsmål*

Foreligger der tjenesteydelser i fællesskabsretlig forstand

11. Det første præjudicielle spørgsmål går ud på, om en rent faktisk grænseoverskridende udsendelsesvirksomhed kan betragtes som en tjenesteydelse i fællesskabsretlig forstand, også selv om radio- eller fjernsynsinstitutionen har etableret sig i udlandet for at omgå de bestemmelser, som i den stat, hvor programmerne modtages, er fastsat for indenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner.

12. Såvel den nederlandske som den tyske regering har gjort gældende, at der efter Domstolens »omgåelsesretspraksis« [6] ikke kan antages at foreligge en fællesskabsretlig relevant tjenesteydelse, og at det i konsekvens heraf kun er »modtagerstatens« lovgivning om rent interne retsforhold, der skal finde anvendelse.

13. Heroverfor har sagsøgeren anført, at der uden tvivl er tale om en fællesskabsretlig relevant tjenesteydelse, eftersom institutionen rent faktisk er etableret i Luxembourg og har påbegyndt sin virksomhed i overensstemmelse med den luxembourgske lovgivning. Den har da også af vedkommende luxembourgske myndigheder fået tilladelse til at udsende sine programmer over Astra-satellitten. Den foreliggende problematik er udelukkende, hvorledes man skal fastlægge grænserne for den frie adgang til udveksling af tjenesteydelser. Dette må i øvrigt kun ske efter objektive kriterier.

14. Såvel den franske regering som Kommissionen har gjort sig til talsmand for, at der foreligger en tjenesteydelse i fællesskabsretlig forstand. De har anført, at det derimod er et andet spørgsmål, hvilke foranstaltninger en medlemsstat har ret til at træffe for at forhindre, at den, der udfører en tjenesteydelse, omgår statens egne bestemmelser.

6 — Jf. de afgørelser, der er omtalt i det følgende i punkt 51 og 52.

15. Tjenesteydelser i fællesskabsretlig forstand defineres i traktatens artikel 60 som »ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«. Den frie udveksling af tjenesteydelser gælder for tjenesteydelser »inden for Fællesskabet« [7], dvs. at der skal være tale om grænseoverskridende ydelser. De personer, friheden gælder for, er »statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse« [8]. Ved statsborgere i medlemsstaterne skal forstås såvel fysiske som juridiske personer, idet bestemmelsen i artikel 58 om, at juridiske personer ligestilles med fysiske personer, også gælder i denne sammenhæng som følge af henvisningen i artikel 66. Denne ligestilling gælder »selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet«.

16. Efter Domstolens praksis har selskabets hjemsted i den anførte betydning til formål at fastslå selskabets tilhørsforhold til en bestemt medlemsstats retsorden [9].

17. For at kunne påberåbe sig fællesskabsrettens regler om fri udveksling af tjenesteydelser skal sagsøgeren herefter først og fremmest opfylde de betingelser, der er opstillet for kredsen af de berettigede til at benytte friheden. Sagsøgeren er et aktieselskab, som er stiftet efter luxembourgsk ret den 27. juli 1989 under navnet FICORT SA. Selskabets navn blev den 1. september 1989 ændret til TV10 SA. Selskabets formål beskrives bl.a. som »specielt udsendelse af fjernsynsprogrammer«. Desuden kan selskabet ifølge angivelsen af selskabsformålet producere radio- og fjernsynsprogrammer samt udøve servicevirksomhed i denne forbindelse. Sagsøgeren blev anerkendt som en radio- og fjernsynsinstitution af de luxembourgske myndigheder. Dette indbefattede en tilladelse til at udsende gennem det luxembourgske kabelnet. Desuden fik »Société Européenne des Satellites« [10], som havde indgået en transmissionsaftale med sagsøgeren, de luxembourgske myndigheders tilladelse til at udsende sagsøgerens programmer over Astra-satellitten. Regi og teknik samt den indholdsmæssige gennemførelse og udformning af udsendelsesvirksomheden skulle finde sted i Luxembourg.

18. Herefter står det fast, at det sagsøgende selskab er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og har sit hjemsted inden for Fællesskabet, nemlig i Luxembourg. Det er ikke nødvendigt at tage stilling

7 — Jf. artikel 59, stk. 2.

8 — Jf. artikel 59, stk. 1. Se om mulige undtagelser fra denne regel Domstolens 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, samt dom af 22.3.1994, sag C-375/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 923. Jf. også mit forslag til afgørelse af 19.5.1994 i sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, 3456, punkt 74-77.

9 — Jf. dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 18, af 10.7.1986, sag 79/85, jf. ovenfor, præmis 13, og af 13.7.1993, sag C-330/91, Commerzbank, Sml. I, s. 4017, præmis 13.

10 — Som benævnt i sagsøgerens indlæg.

til, om selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed i Luxembourg, da disse kriterier er alternative, og det er tilstrækkeligt, at ét af dem er opfyldt. Efter alt at dømme er de alle opfyldt i dette tilfælde.

19. En tjenesteyder i fællesskabsrettens forstand vil normalt [11] være etableret i en anden medlemsstat end modtageren af tjenesteydelsen. Begrebet etableret indebærer imidlertid en faktisk og varig tilknytning til erhvervslivet i en medlemsstat. Efter min opfattelse kan der her antages at foreligge en etablering som følge af de holdepunkter herfor, som udgøres af de beskrevne faktiske forhold, nemlig stiftelsen og oprettelsen af selskabet, indhentelsen af de nødvendige tilladelser til udsendelsesvirksomheden og iværksættelsen af selve erhvervsvirksomheden.

20. En udsendelsesvirksomhed, som udstrækker sig til Nederlandene eller er rettet til Nederlandene, opfylder også betingelsen om, at ydelsen skal være af grænseoverskridende karakter. I Domstolens faste praksis betragtes fjernsynsudsendelser som tjenesteydelser [12] uafhængigt af, hvorledes udsendelsen sker [13]. Selv udsendelser i reklameøjemed er omfattet heraf [14], og i denne forbindelse kan reklameudsendelsen også udgøre en tjenesteydelse, som udføres for reklamebureauerne [15].

Betydningen af Domstolens »omgåelsesretspraksis« for, om der foreligger en tjenesteydelse

21. Den nederlandske og den tyske regering har — som allerede nævnt — gjort gældende, at sagsøgerens udsendelsesvirksomhed ikke kan betragtes som en tjenesteydelse i fællesskabsretlig forstand, da det er hævet over enhver tvivl, at sagsøgeren har haft til hensigt at omgå den nederlandske medielovgivning. De har anført, at der af Domstolens praksis om de grundlæggende friheder kan udledes et princip om, at en person ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten anerkendte friheder for at unddrage sig de gældende retsforskrifter.

22. Den forelæggende ret har utvivlsomt med bindende virkning for Domstolen fastslået, at der foreligger en omgåelse. Det tilkommer alene den nationale retsinstans at

11 — Med hensyn til mulige undtagelser fra denne regel henvises til de i fodnote 8 nævnte domme.

12 — Udtrykkeligt i dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 6, og forudsætningsvis i dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 19 f., af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, af 25.7.1991, sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 4069, og af 3.2.1993, sag C-148/91, Veronica Omroep Organisatie, Sml. I, s. 487.

13 — Dom af 18.3.1980 i sag 52/79, a.st., præmis 8.

14 — Sag 52/79, a.st.

15 — Dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders m.fl., Sml. s. 2085, præmis 14.

foretage konstateringer af faktiske omstændigheder. Et andet spørgsmål er, på grundlag af hvilke omstændigheder en sådan konstatering kan foretages, dvs. om det udelukkende skal ske ud fra objektive kriterier, eller om subjektive forhold som vedkommendes hensigt og formål kan inddrages i bedømmelsen. Det sidstnævnte er specielt problematisk, når der er tale om at bedømme handlinger, der foretages af en juridisk person. Dette problemkompleks vil jeg vende tilbage til i det følgende.

23. Udgangspunktet for den videre bedømmelse af, om der foreligger en tjenesteydelse i fællesskabsretlig forstand, må herefter være, at den forelæggende ret har konstateret, at der foreligger en omgåelse af lovgivningen.

24. I Van Binsbergen-dommen [16] udtales det:

»Man kan heller ikke nægte en medlemsstat ret til at træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at den i artikel 59 garanterede frihed udnyttes af en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvist rettet mod denne stats territorium med sigte på at unddrage sig de faglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium, idet en sådan situation ville kunne afgøres i henhold til kapitlet om etableringsretten og ikke kapitlet om fri udveksling af tjenesteydelser.« [17]

25. Særlig det sidste sætningsled giver anledning til tvivl om, hvilke retlige konsekvenser der skal knyttes til et tilfælde, hvor en tjenesteyder omgår de relevante erhvervsfaglige regler. Spørgsmålet er, om formuleringen betyder, enten at tjenesteyderen i givet fald falder uden for anvendelsesområdet for reglerne om den frie udveksling af tjenesteydelser og ind under reglerne om etableringsfriheden, som om han havde etableret sig i det land, hvor ydelsen modtages, eller om formuleringen betyder, at tjenesteyderen principielt fortsat er omfattet af tjenesteydelseskapitlet, således at de grundlæggende betingelser i denne sammenhæng skal være opfyldt — f.eks. at tjenesteyderen er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor modtageren af ydelserne har bopæl, eller at tjenesteydelsen skal være af grænseoverskridende karakter — og tjenesteyderen desuden bliver underkastet de erhvervsregulerende regler i den stat, hvor tjenesteydelsen skal modtages.

26. Såvel det standpunkt, den nederlandske og den tyske regering har indtaget, som de udtalelser, der er fremsat af de andre parter, kan for så vidt bringes i overensstemmelse med ordlyden af den pågældende præmis i Van Binsbergen-dommen.

16 — Jf. tilsvarende i de derefter afsagte domme, f.eks. af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, af 16.12.1992, sag C-211/92, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 6757, præmis 12, og af 3.2.1993, sag C-148/91 (a.st., præmis 12).

17 — Sag 33/74 (a.st., præmis 13), min fremhævelse.

27. Kommissionen har i øvrigt erkendt problematikken, og den har i sit indlæg fremført overbevisende argumenter [18]. Efter Kommissionens opfattelse kan Van Binsbergen-dommen ses under to synsvinkler. Man kan på den ene side opfatte den som et kriterium for, om traktatens artikel 52 eller artikel 59 finder anvendelse. For denne fortolkning taler det sidste sætningsled i Van Binsbergen-dommens præmis 13 [19] og dommens virkninger. På den anden side kan man opfatte afgørelsen *som en undtagelse fra traktatens artikel 59* i den forstand, at det principielle udgangspunkt er, at der præsteres en tjenesteydelse som omhandlet i artikel 59.

28. Sondringen har for så vidt betydning, som udgangspunkt for den første fortolkning er, at det *kun* er lovgivningen i den stat, hvor tjenesteydelsen præsteres, der finder anvendelse, hvorimod tjenesteyderen efter den anden fortolkning i hvert fald er underkastet lovgivningen i den stat, hvor han (officielt) er etableret og *desuden* kan undergives lovgivningen i den stat, hvor tjenesteydelsen præsteres. Den anden af de to fortolkninger fører altså til en samtidig anvendelse af to — muligvis indbyrdes uforenelige — lovkomplekser, hvilket er en ikke uvæsentlig hindring. Alligevel hælder Kommissionen til at antage den sidstnævnte fortolkning, fordi det kunne blive en tungtvejende årsag til retsusikkerhed blot at opfatte Van Binsbergen-dommen som et kriterium for sondringen mellem etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

29. Til støtte herfor har Kommissionen fremført følgende argumentation. Den medlemsstat, i hvilken tjenesteydelsen præsteres, er *ikke forpligtet* til at anvende sin egen erhvervsregulering, idet Van Binsbergen-dommen giver den ret til »at forsvare sig«. Medlemsstaten kan — hvis alle betingelser er opfyldt — kræve, at samtlige erhvervsregulerende regler overholdes eller, hvis den ønsker det, kun nogle af reglerne. Men denne *mulighed for at skride ind* giver ingen holdepunkter for så vidt angår situationen i den officielle etableringsstat. Spørgsmålet er her, om den sidstnævnte medlemsstat ikke har ret til at anvende de på dens område gældende bestemmelser (da virksomheden efter den første fortolkning anses for at være »etableret« i den medlemsstat, hvor tjenesteydelserne præsteres), eller om den kun har ret hertil i det omfang, den anden medlemsstat ikke skrider ind.

30. I øvrigt vedrører Van Binsbergen-dommen, stadig ifølge Kommissionens argumentation, kun de erhvervsregulerende regler, og på dette punkt er det Kommissionens opfattelse — i betragtning af, at Van Binsbergen-dommen (uanset hvilken af de to fortolkninger der anlægges) indgår i en sammenhæng med traktatbestemmelserne om ophævelse af begrænsninger for udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i Fællesskabet

18 — Jf. Kommissionens indlæg, s. 10 f., punkt 12 og 13.
19 — Jf. citatet ovenfor i punkt 24.

— at disse regler udgøres af de nationale bestemmelser, som regulerer adgangen til at optage og udøve de former for virksomhed, som er omhandlet i traktatens artikel 57. Andre lovbestemmelser, f.eks. på skatteområdet eller med hensyn til social sikring eller fysisk planlægning, berøres ikke, da den medlemsstat, hvor virksomheden officielt er etableret, da ville blive stillet i en situation, der vanskeligt kunne overskues.

31. Til denne argumentation, som Kommissionen fremfører med rette, skal jeg tilføje følgende. Den af de to fortolkninger af Van Binsbergen-afgørelsen, der går ud på, at dommen skal opfattes som et kriterium for afgrænsningen af anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser i forhold til bestemmelserne om etableringsfriheden, finder jeg ikke overbevisende, idet man efter denne opfattelse i hvert fald delvis ser bort fra tjenesteyderens faktiske etablering og tager udgangspunkt i en fiktion om en etablering i det land, hvor tjenesteydelsen modtages. Helt bortset fra misbrugs- eller omgåelsestilfælde er det nemlig det erklærede formål med bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser at give adgang til at udføre tjenesteydelser uden begrænsninger og uden, at der stilles krav om et driftssted i den medlemsstat, i hvilken modtageren af tjenesteydelsen befinder sig. I dommen i Van Binsbergen-sagen og i de efterfølgende domme [20] har man utvivlsomt ikke villet regulere etableringen, men villet underkaste en bestemt form for grænseoverskridende virksomhed de relevante erhvervsregulerende regler.

20 — Dom af 26.11.1975, sag 39/75, Coenen, Sml. s. 1547, af 7.2.1979, sag 115/78, Knoors, Sml. s. 399, af 4.12.1986, sag 205/84 (jf. ovenfor), og af 27.9.1989, sag 130/88, Van de Bijl, Sml. s. 3039, samt dommen i sag C-148/91, Veronica Omroer Organisatie (a.st.).

32. I den foreliggende sag kan der ikke under en fællesskabsretlig synsvinkel rejses tvivl om sagsøgerens etablering i Luxembourg. Spørgsmålet kan i det hele taget kun være, om bestemmelserne i det land, hvor ydelsen modtages, kan bringes i anvendelse, og i givet fald, hvilke af disse bestemmelser.

33. Jeg vil derfor mene, at det på baggrund af Van Binsbergen-dommen og de efterfølgende domme i første række kun er bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser, der finder anvendelse. Først inden for rammerne af den frie udveksling af tjenesteydelser kan man som afgrænsning eller som en undtagelse fra friheden under bestemte omstændigheder [21] anvende lovgivningen i det land, hvor tjenesteydelsen modtages, som om tjenesteyderen var etableret dér.

34. Imod det standpunkt, jeg her har indtaget, taler ganske vist, at man efter omstændighederne vil skulle anvende flere lovgivninger, hvilket står i modsætning til, hvad der er formålet med den frie udveksling af tjenesteydelser. Dette argument kan dog ikke være afgørende, da denne undtagelsesregel — som alle undtagelser — skal fortolkes snævert. Det må herved nøje iagttages, at der

21 — Efter Van Binsbergen-dommen kommer en anvendelse af de erhvervsregulerende regler objektivt set kun i betragtning på betingelse af, for det første, at tjenesteyderens virksomhed »er helt eller fortrinsvis rettet mod denne stats territorium« og, for det andet, at tjenesteyderen udnytter den frie udveksling af tjenesteydelser »med sigte på at unddrage sig de faglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat på nævnte stats territorium« (jf. dommens præmis 13).

kun er tale om at anvende de erhvervsregulerende regler, som tjenesteyderen søger at omgå.

35. Det forhold, at man i misbrugstilfælde eller i tilfælde af omgåelse af regler, der gælder i en medlemsstat, eventuelt også vil skulle anvende de erhvervsregulerende regler, der gælder i den stat, hvor ydelserne modtages, medfører således ikke, at det pågældende sagsforhold principielt holdes ude fra anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser. Den grænseoverskridende udsendelsesvirksomhed, som hovedsagen drejer sig om, må herefter — som den objektivt fremtræder — betragtes som en tjenesteydelse i fællesskabsretlig forstand.

II — *Andet spørgsmål*

36. Den forelæggende rets andet spørgsmål går ud på, om den medlemsstat, hvori programmerne modtages, under de omstændigheder, der foreligger i sagen, har ret til at underkaste tjenesteydelsen begrænsninger, som består i, at man undlader at betragte sagsøgeren som en udenlandsk radio- og fjernsynsinstitution, således som dette begreb er fastlagt i den nationale lovgivning — hvorefter udenlandske institutioner stilles bedre end indenlandske med hensyn til adgangen til markedet — men derimod behandler sagsøgeren som en indenlandsk institution.

37. Det tilkommer alene den forelæggende ret at bringe national ret i anvendelse, og kvalifikationen af en radio- eller fjernsynsinstitution som en udenlandsk eller indenlandsk institution i den nederlandske medielovs forstand er i sidste instans en anvendelse af national ret. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt den lovfortolkning, den ønsker at anlægge, er forenelig med fællesskabsretten. Den anser derfor de præjudicielle spørgsmål for at være af betydning for afgørelsen og den præjudicielle forelæggelse for at være nødvendig. Efter Domstolens faste praksis kan denne forsyne de nationale retsinstanser med de fællesskabsretlige fortolkningselementer, der er nødvendige for, at disse retsinstanser kan træffe afgørelse i sager, der indbringes for dem [22].

Forbuddet mod restriktioner forstået som indholdet af retten til fri udveksling af tjenesteydelser

38. Hovedindholdet af retten til fri udveksling af tjenesteydelser er, at restriktioner for udvekslingen af tjenesteydelser skal afskaffes, jf. artikel 59. Restriktioner kan tænkes at forekomme i forskellig form og på forskellig måde. Først og fremmest tænkes der efter Domstolens tidligste praksis på alle krav, der »pålægges tjenesteyderen, navnlig på grund af hans nationalitet eller den omstændighed, at han ikke har fast opholdssted i den stat, hvor ydelsen præsteres, og som ikke anven-

22 — Dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 29 ff.

des på personer, der er bosat på det nationale territorium, eller som vil kunne forhindre eller i øvrigt genere hans virksomhed« [23].

39. Forstået på denne måde fremstår forbuddet mod restriktioner [24] — som efter overgangsperiodens udløb har været umiddelbart anvendeligt — i første række som et diskrimineringsforbud [25]. Det, der er forbudt, er ikke kun åbenbar forskelsbehandling, men også skjulte former for diskriminering, som ganske vist tilsyneladende beror på neutrale kriterier, men dog rent faktisk fører til samme resultat [26]. Nationale bestemmelser, hvorefter tjenesteydelser ikke behandles ens, uanset deres oprindelse, er kun forenelige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse som EØF-traktatens artikel 56 [27].

40. Restriktioner kan imidlertid også opstå i form af ensartet gældende, nationale retsforskrifter. Sådanne retsforskrifter, der er vanskelige at overholde for en tjenesteyder fra en anden medlemsstat, opfattes som »andre restriktioner« og falder også ind under det umiddelbart gældende forbud mod restriktioner. Afgrænsningen mellem skjulte former for diskriminering og andre restriktioner er ikke altid klar [28]. I hvert fald kan det udledes af Domstolens praksis [29], at enhver bestemmelse, som faktisk eller retligt hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, *kan* være i strid med EØF-traktatens artikel 59, og at det i hvert enkelt tilfælde skal efterprøves, om restriktionen er forenelig med artikel 59 [30].

41. I betragtning af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i forbindelse med adskillige former for tjenesteydelser, kan bestemte særlige krav, som stilles til tjenesteyderen, anses for at være forenelige med traktaten, når kravene følger af en regulering, der er foretaget af den pågældende form for virksomhed. Den frie udveksling af tjenesteydelser må dog kun underkastes restriktioner som følge af ensartet gældende bestemmelser, som er begrundet i almene hensyn, og kun i det omfang det almene hensyn ikke allerede tilgodeses ved retsregler, som tjenesteyderen er underkastet i den stat, hvor han er hjemmehørende [31].

42. Det forhold, at der lægges vægt på, at bestemte almene hensyn er tilgodeset som

23 — Dommen i Van Binsbergen-sagen, jf. ovenfor, præmis 10. Se i samme retning den i note 20 nævnte dom i Coenen-sagen, præmis 6.

24 — Van Binsbergen-dommen, jf. ovenfor, præmis 23.

25 — Dom af 25.7.1991 i sag C-288/89, a.st., præmis 10.

26 — Jf. mit forslag til afgørelse af 5.12.1990 i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i note 8, punkt 27).

27 — Jf. sag C-288/89, a.st., præmis 11.

28 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 21.2.1991 i sag C-76/90 (dom af 25.7.1991, Säger, Sml. I, s. 4221, på s. 4229, punkt 20, 21 og 22).

29 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305, præmis 6, jf. også den allerede citerede sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland.

30 — Jf. mit forslag til afgørelse i sag C-154/89, a.st., punkt 9.

31 — Jf. sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, a.st., præmis 7, og sag 279/80, Webb, a.st., præmis 7.

følge af, at de retlige krav, der gælder i tjenesteyderens etableringsstat, er opfyldt, er overalt blevet opfattet således, at man i retspraksis på tjenesteydelsesområdet har antaget princippet om oprindelseslandet — svarende til hvad der følger af Cassis de Dijon-dommen [32] med hensyn til frie varebevægelser. Til de tvingende almene hensyn, Domstolen allerede har anerkendt, hører f.eks. en erhvervsregulering, der skal tjene til beskyttelse af modtageren af tjenesteydelsen, samt forbrugerbeskyttelse [33].

43. Endelig skal kravene materielt være nødvendige for at sikre, at de erhvervsregulerende bestemmelser overholdes, og for, at de berørte interesser beskyttes [34]. Men hensyn til de sidstnævnte kriterier mener jeg — som generaladvokat Jacobs også har fremført i sit forslag til afgørelse i Säger-sagen [35] — at der ikke dermed opstilles en yderligere betingelse for, hvilke restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser der er tilladte. Efter min opfattelse er der tale om led i en proportionalitetsprøvelse [36], som skal foretages i forbindelse med efterprøvelsen af restriktioner, der eventuelt er tilladte.

Domstolens anvendelse af kriterierne på den nederlandske medielov

44. Allerede i dommene i sagerne C-288/89 [37], C-353/89 [38] og C-148/91 [39] har Domstolen bragt de abstrakte kriterier i anvendelse på dele af den nederlandske medielov. I disse domme har Domstolen fastslået, at Mediawet tager sigte på at opretholde et alsidigt og ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsprogrammer og dermed indgår som led i en kulturpolitik, der skal sikre ytringsfriheden for forskellige samfundsmæssige grupperinger i Nederlandene, således som denne skal kunne give sig udtryk i pressen og gennem radio og fjernsyn [40]. Sådanne kulturpolitiske målsætninger er almene hensyn, som en medlemsstat med rette kan tilgodese, f.eks. ved på passende måde at fastlægge, hvilken struktur statens egne radio- og fjernsynsinstitutioner skal have [41].

45. En medlemsstats beslutning om at ville opretholde et ikke-kommercielt udbud af radio- og fjernsynsudsendelser kan således ikke i sig selv kritiseres. En senere lovændring kan ikke have betydning for lovligheden af en tidligere truffet beslutning. Ifølge de skriftlige indlæg i sagen — som bekræftet i indlæggene under den mundtlige forhandling — var det netop denne beslutning fra

32 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe, Sml. s. 649.

33 — Jf. sag C-288/89, a.st., præmis 4, med en opregning af yderligere tilfældegrupper og med de relevante henvisninger til praksis.

34 — Forenede sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael, a.st., præmis 30, og sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, a.st., præmis 27.

35 — Forslag til afgørelse i sag C-76/90, a.st., punkt 29.

36 — F.eks. sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, a.st., præmis 41 ff., og sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, a.st., præmis 15.

37 — Dom af 25.7.1991, sag C-288/89, a.st.

38 — Dom af 25.7.1991, sag C-353/89, a.st.

39 — Dom af 3.2.1993, sag C-148/91, a.st.

40 — Sag 148/91, a.st., præmis 9, med henvisning til sag C-353/89, a.st., præmis 3, 29 og 30, og sag C-288/89, a.st., præmis 22 og 23.

41 — Sag 148/91, a.st., præmis 10, med henvisning til sag C-353/89, a.st., præmis 41 og 42, og sag C-288/89, a.st., præmis 23 og 24.

lovgivningsmyndighedens side, som stod i vejen for at oprette en kommerciel radio- og fjernsynsinstitution i Nederlandene, og som førte til stiftelsen af det selskab, der er sagsøger i denne sag.

46. Af de allerede citerede domme følger det endvidere, at retsforskrifter om en radio- eller fjernsynsinstitutions struktur — også selv om de anvendes ensartet på indenlandske og udenlandske institutioner — i forhold til udenlandske institutioner kan udgøre en forbudt restriktion, som hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, jf. EØF-traktatens artikel 59 [42]. Set under en nederlandsk synsvinkel har udenlandske institutioner derfor større frihed med hensyn til deres organisation og opbygning, også selv om de udsender programmer, der er bestemt til modtagelse i Nederlandene. Denne frihed er ganske vist kun relativ, fordi udenlandske radio- eller fjernsynsinstitutioner skal opfylde de retlige krav, der stilles i den stat, hvor de er etableret. Disse krav kan ganske vist efter omstændighederne være lempeligere.

47. Mediawet's artikel 66 — i den affattelse, der skal lægges til grund i denne sag — danner i overensstemmelse med fællesskabsretten et selvstændigt retsgrundlag for adgangen til fordeling af udenlandske radio- og fjernsynsinstitutioners programmer gennem kabelanlæg i Nederlandene. Bestemmelsen kan i den fællesskabsretlige systematik henføres under princippet om oprindelseslandet. En tilsvarende fremgangsmåde i forbindelse med adgangen til fordeling af programmer fra udenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner foreskrives i øvrigt i direktiv 89/552/EØF [43] i den bindende bestemmelse i artikel 2 [44], som dog ikke fandt anvendelse i det tidsrum, der er relevant i denne sag [45].

48. Stifterne af det sagsøgende selskab har helt åbenbart gjort brug af mulighederne efter den luxembourgske medielovgivning og har oprettet selskabet, sandsynligvis i håb om at kunne benytte den større frihed for udenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner i forhold til de bestemmelser, der gælder for tilsvarende nederlandske institutioner. Ud fra den fællesskabsretlige målsætning om frit valg af etableringssted kan der ikke rejses kritik af sagsøgerens etablering.

49. Med henblik på den yderligere efterprøvelse må udgangspunktet være, at den ensartede anvendelse af de nederlandske lovbestemmelser, som skal forhindre kom

42 — Sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene, a.st., præmis 40 ff.

43 — A.st. (jf. fodnote 5).

44 — Jf. også tolvte, fjortende og femtende betragtning til direktivet, hvori det hedder:
»... det er derfor nødvendigt, men samtidig også tilstrækkeligt, at alle udsendelser er i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvorfra de bringes.
...
Det er i Fællesskabet nødvendigt, at alle udsendelser fra Fællesskabet bestemt til modtagelse i Fællesskabet, især sådanne, der er bestemt til modtagelse i en anden medlemsstat, er i overensstemmelse dels med lovgivningen, der gælder i den medlemsstat, hvorfra de bringes, og som finder anvendelse på udsendelser, der er bestemt til modtagelse af publikum i denne medlemsstat, dels med bestemmelserne i nærværende direktiv.
Forpligtelsen til at føre kontrol med overholdelse af den ved dette direktiv samordnede nationale lovgivning i den medlemsstat, hvorfra udsendelserne bringes, er efter fællesskabsretten tilstrækkelig til at sikre fri udveksling af udsendelser uden fornyet kontrol på det samme grundlag i de enkelte modtagermedlemsstater; en modtagermedlemsstat kan dog undtagelsesvist og på særlige betingelser midlertidigt indstille retransmission af fjernsynsudsendelser.«

45 — Artikel 25 i direktiv 89/552.

merciel radio- og fjernsynsvirksomhed, ganske vist ikke kan kritiseres for så vidt angår indenlandske institutioner [46], men dog har sådanne virkninger i forhold til den virksomhed, der udøves af udenlandske institutioner, at de må betragtes som en forbudt restriktion efter EØF-traktatens artikel 59. Spørgsmalet kan altså kun være, om medlemsstaten undtagelsesvis har ret til — på grund af konkrete, særlige omstændigheder — at gøre de bestemmelser, der gælder for indenlandske institutioner, gældende med hensyn til sagsøgerens udsendelsesvirksomhed for at forhindre, at sagsøgerens programmer fordeles gennem det nederlandske kabelnet.

Domstolens »omgåelsespraksis«

50. Som allerede antydet i det foregående, kan der med hensyn til de grundlæggende friheder udledes en praksis fra Domstolens side, som kan karakteriseres ved, at man i forbindelse med omgåelse af nationale bestemmelser eller misbrug af friheder efter fællesskabsretten ikke giver den pågældende adgang til at påberåbe sig de grundlæggende friheder.

51. Inden for området for de frie varebevægelser har Domstolen med hensyn til ensartet gældende bestemmelser om faste priser på bøger fastslået, at der i sig selv var tale om en forbudt foranstaltning med samme virkning som en kvantitativ importbegrænsning. Dette gælder dog ikke, såfremt det af objektive omstændigheder fremgår, »at de pågældende bøger alene er blevet udført med henblik på genindførsel for at omgå sådanne retsforskrifter« [47]. Inden for området for arbejdskraftens frie bevægelighed har Domstolen i en dom om studiestøtte udtalt, at misbrug, som kan påvises ud fra objektive kriterier, i form af, at en arbejdstager tager til en medlemsstat for dér at stille krav om modtagelse af studiestøtte efter en meget kortvarig beskæftigelsesperiode, ikke kan være omfattet af de relevante fællesskabsretlige bestemmelser [48]. Også inden for etablerings- og tjenesteydelsesområdet har Domstolen fremsat tilsvarende udtalelser. F.eks. hedder det i dommen i Knoors-sagen [49]:

»Imidlertid må det ikke underkendes, at en medlemsstat kan have en legitim interesse i at hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede

46 — Medlemsstaterne har også efter ikrafttrædelsen af direktiv 89/552 bevaret deres mulighed for at fastsætte strengere bestemmelser for fjernsynsinstitutioner, der er undergivet deres egen jurisdiktion, jf. direktivets artikel 3, stk. 1, og trettende betragtning: »Dette direktiv fastsætter de nødvendige mindsteregler for fri udveksling af udsendelser; det berører derfor ikke medlemsstaternes og disses myndigheders beføjelser vedrørende organisation — herunder koncessionsordninger, administrative tilladelser og beskatning — samt finansiering af udsendelserne og programindhold; en selvstændig kulturel udvikling i medlemsstaterne og bevarelsen af den kulturelle mangfoldighed i Fællesskabet vil derfor blive opretholdt.«

47 — Dom af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc mod Au blé vert, Sml. s. 1, præmis 27, og domskonklusionen, jf. i samme retning også dom af 11.7.1985, sag 299/83, Leclerc mod Syndicat de libraries de Loire-Océan, Sml. s. 2515, og af 10.7.1986, sag 95/84, Boriello mod Darras og Tostain, Sml. s. 2253.

48 — Dom af 21.6.1986, sag 39/86, Lair, Sml. s. 3161, præmis 43.

49 — Dom af 7.2.1979 i Knoors-sagen, nævnt i note 20, præmis 25.

muligheder forsøger at unddrage sig betingelserne i deres egen nationale lovgivning om faglig uddannelse.«

52. I samme retning går dommen i Van Binsbergen-sagen — inden for rammerne af bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser — og de domme, der er afsagt i forlængelse heraf. I den udtalelse [50], der er relevant for den foreliggende problematik, har Domstolen fastslået, at en medlemsstat ikke kan nægtes ret til at udstede bestemmelser, der skal forhindre, at en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvis rettet mod medlemsstatens territorium, udnytter den i artikel 59 garanterede frihed for at unddrage sig de erhvervsregulerende bestemmelser, som ville gælde for ham, hvis han var hjemmehørende på medlemsstatens territorium [51].

I dommen i sag 130/88 [52] har Domstolen indholdsmæssigt fremsat samme udtalelser, men har dog fraveget sin terminologi, idet den i stedet for at tale om udstedelse af bestemmelser taler om at træffe foranstaltninger. I den dom, der både tids- og indholdsmæssigt er mest aktuel for den foreliggende sag, nemlig dommen i sag C-148/91 [53] — hvori Domstolen har anvendt principperne på et tilfælde inden for radio- og fjernsynsområdet — er der i indholdsmæssigt tilsvarende udtalelser tale om »at træffe foranstaltninger«. I stedet for erhvervsregulering (o.a.: »faglige regler« eller »erhvervsfaglige regler«) benyttes det mere generelle udtryk »bestemmelser« [54].

53. Sammenfattende kan det antages, at en medlemsstat har ret til at træffe *foranstaltninger* for at forhindre, at en tjenesteyder, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvis rettet mod medlemsstaten, påberåber sig retten til fri udveksling af tjenesteydelser for at unddrage sig bestemmelser om regulering af erhvervsmæssig virksomhed [55].

Konsekvenserne for det foreliggende tilfælde

54. De bestemmelser, der i dette tilfælde er tale om omgåelse af, er bestemmelser, der regulerer udsendelse af fjernsynsprogrammer. Det drejer sig her uden tvivl om udøvelse af en erhvervsmæssig virksomhed, således at bestemmelserne må henføres under »erhvervsregulerende« regler i vid forstand.

50 — Jf. det ordrette citat ovenfor i punkt 24 (o.a.: her gengivet i en let ændret terminologi af hensyn til sammenhængen i det følgende).

51 — Jf. dommens præmis 13, a.st. Domstolen har benyttet samme formulering i sag 39/75, a.st., præmis 8-11, og i dom af 4.12.1986, sag 205/84, a.st., præmis 22.

52 — Dom af 27.9.1989, sag 130/88, a.st., præmis 26.

53 — Dom af 3.2.1993, sag C-148/91, a.st., præmis 12.

54 — I forbindelse med afsigelsen af dommen af 16.12.1992 i sag C-211/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 6757, jf. præmis 12, overvejede Domstolen at anvende omgåelsesprincipper, men forkastede dog denne løsning.

55 — Det er i denne sammenhæng værd at lægge mærke til Kommissionens svar på skriftlig forespørgsel nr. 1101/89. Kommissionen anførte heri, at den under drøftelserne i Rådet forud for vedtagelsen af direktiv 89/552 erklærede, at den som led i den rolle, den har fået tillagt, vil sikre, at EF-Domstolens retspraksis med hensyn til omgåelse af nationale regler overholdes. I denne forbindelse henviste Kommissionen til dommen i Van Binsbergen-sagen (EFT 1990 C 125, s. 34).

55. Spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens virksomhed helt eller fortrinsvis er rettet mod nederlandsk territorium, må besvares ud fra objektive kriterier. Programindholdet, sproget og reklameindslag er indicier for, hvilket territorium der tages sigte på. Som et yderligere kriterium kommer det i betragtning, at sagsøgeren fuldstændig indstillede sin udsendelsesvirksomhed, da der ikke blev givet tilladelse til fordeling af programmerne gennem det nederlandske kabelnet.

56. Det er en betingelse for, at en medlemsstat er berettiget til at træffe foranstaltninger, at det konstateres, at tjenesteyderen påberåber sig fællesskabsrettens regler om fri udveksling af tjenesteydelser i den hensigt at unddrage sig de gældende bestemmelser i modtagerlandet.

57. I sit skriftlige indlæg i sagen har Kommissionen betegnet dette som et subjektivt kriterium, men har dog frafaldet denne kvalifikation under den mundtlige forhandling. I denne sammenhæng rejser der sig det spørgsmål, hvilken karakter denne »unddragelse« skal have, og på grundlag af hvilke omstændigheder den kan konstateres. Det er således væsentligt, om der er tale om subjektive kriterier — som næppe kan efterprøves specielt for juridiske personers vedkommende — eller om unddragelsen skal kunne konstateres på grundlag af objektive omstændigheder.

58. Såvel i de skriftlige indlæg som under den mundtlige forhandling er der flere gange blevet henvist til, at den forelæggende ret allerede med bindende virkning har fastslået, at der foreligger en omgåelse af de nederlandske retsforskrifter, idet der her er tale om en konstatering af faktiske forhold. Sagsøgerens repræsentant har dog efter min opfattelse med rette fremført, at den forelæggende ret ganske vist foretager konstateringer vedrørende faktiske forhold, men at det dog er Domstolens opgave at foretage den fællesskabsretlige bedømmelse af forholdene. En konstatering af, at der foreligger en omgåelse af lovbestemmelser eller en »unddragelse«, er en retlig bedømmelse af faktiske omstændigheder, som ikke fuldt ud kan holdes uden for Domstolens bedømmelse. I hvert fald falder spørgsmålet om grænserne for denne retlige bedømmelse inden for Domstolens judicielle kontrol [56].

59. Allerførst må det drøftes, på grundlag af hvilke omstændigheder der kan konstateres en omgåelse. En omgåelse af en lov eller et misbrug af en ret vil normalt være udtryk for en hensigt hertil, og dette udgør uden tvivl et subjektivt element. Den fortolkning af Van Binsbergen-dommen, som Kommissionen er gået ind for i sit skriftlige indlæg — nemlig at der foreligger et objektivt og et subjektivt kriterium — er derfor nærliggende. I dommene i sagerne Van Binsbergen, Coenen, Knoors og Van de Bijl var der da også tale om at bedømme fysiske personers adfærd, således at det også var muligt at inddrage hensigten og motiverne i bedømmelsen.

56 — Dette synes også at have været udgangspunktet for den forelæggende rets bedømmelse, idet den har forelagt sin konstatering af de faktiske omstændigheder for Domstolen i form af en præjudiciel forelæggelse.

60. Når en juridisk person, der handler gennem sine organer, optræder på en retligt relevant måde, er der principielt tale om en anden situation med hensyn til realiseringen af subjektive forhold. Den juridiske person er som sådan ikke i stand til subjektivt at indtage en holdning. Kun fysiske personer handler etisk ansvarligt, hvilket f.eks. er af grundlæggende betydning for, om en person kan pålægges strafferetlige sanktioner. Inden for rammerne af den retsorden, som giver mulighed for, at den juridiske person retligt set består, og som tillægger den retsevne, vil der normalt gælde tilregnelsesbestemmelser, hvorefter organernes handlinger — som udført af fysiske personer — betragtes som den juridiske persons handlinger. Tilregnelsen kan føre så vidt som til en anerkendelse af, at den juridiske person har deliktsevne. Med hensyn til den konkrete udformning af tilregnelsesbestemmelserne er der betydelige forskelle i de enkelte medlemsstaters retsordener.

61. Efter min opfattelse kan det kun inden for rammerne af en retssammenlignende undersøgelse fastslås, om der inden for fællesskabsretten findes en for alle medlemsstaterne gældende fælles tilregnelse af fysiske personers handlinger under en juridisk persons ansvarsområde. Uden at det på forhånd er fastslået, at der gælder et sådant retsgrundlag på fællesskabsniveau, vil jeg anse det for problematisk at inddrage subjektive kriterier ved bedømmelsen af en juridisk persons retligt relevante handlinger. Man bør derfor efter min opfattelse kunne fastslå en juridisk persons omgåelse af retsforskrifter ud fra objektive kriterier.

62. Selv hvis man går ud fra, at kun objektive kriterier bør inddrages i bedømmelsen, må det afklares, i hvilket omfang der er opstillet fællesskabsretlige grænser for adgangen til at tage objektive forhold i betragtning. I den sag, vi her skal tage stilling til, har den forelæggende ret helt åbenbart lagt vægt på, i hvilket land stifterne af det sagsøgende selskab og tillige selskabets direktør og dets ansatte er statsborgere.

63. Efter den legislative afgørelse, medlemsstaterne har truffet i EØF-traktatens artikel 58, kan der i hvert fald ikke lægges vægt på, i hvilket land ejerne af et selskabs kapital eller direktørerne er statsborgere med henblik på fastlæggelsen af selskabets hjemsted og dermed et selskabs tilhørsforhold til en medlemsstats retsorden [57]. I dommen i Factortame-sagen [58] har Domstolen fundet det i strid med fællesskabsretten — som en forbudt forskelsbehandling på grundlag af statsborgerskab — at lægge vægt på selskabsdeltagernes og selskabsledelsens statsborgerskab [59]. Det må således antages at være udelukket under en fællesskabsretlig synsvinkel — i hvert fald for statsborgere i Fællesskabets medlemsstater — at lægge vægt på det statsborgerskab, der indehaves af fysiske personer, der står bag et selskab.

64. På den anden side kan man — i et tilfælde, hvor der kan foreligge en omgåelse

57 — Dom af 28.1.1986, sag 270/83, a.st., præmis 18, og af 10.7.1986, sag 79/85, a.st., præmis 13.

58 — Dom af 25.7.1991, sag C-221/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 3905, præmis 33.

59 — Sag C-221/89, a.st., præmis 32.

— ikke se bort fra, at allerede selve oprettelsen af en juridisk person kan være et led i omgåelseshandlingen. Jeg mener dog, at man bør undgå at lægge vægt på fysiske personers statsborgerskab på grund af den fare, dette medfører for at udsætte EF-statsborgere for forskelsbehandling på grund af nationalitet, idet forbuddet mod en sådan forskelsbehandling har status som en grundlæggende rettighed i fællesskabsretten.

65. Omgåelsen af de nationale bestemmelser bør kunne konstateres på grundlag af andre objektive kriterier, f.eks. det tidspunkt, hvor selskabet optager sin virksomhed, samt virksomhedens indhold og det publikum, den er rettet til. Ved bedømmelsen kan indbyrdes forbindelser mellem virksomheder også spille en rolle. Domstolen har i sag 250/85 [60] anlagt en helhedsvurdering af den virksomhed, der udøves af en koncern, med henblik på den fællesskabsretlige bedømmelse af en juridisk persons adfærd. I sagen fandt Domstolen, at bestemte former for adfærd måtte lades ude af betragtning, og herved så den bort fra, at forskellige opgaver inden for koncernen formelt var opdelt på selvstændige selskaber.

66. Resultatet må herefter være, at man med henblik på en konstatering af, at nationale erhvervsregulerende bestemmelser omgås, bør lægge objektive omstændigheder til grund, som ikke støttes på, hvilket statsborgerskab — i Fællesskabets medlemsstater — der indehaves af de fysiske personer, som står bag selskabet og handler gennem dette.

67. Domstolen er afskåret fra at foretage en endelig vurdering af de forhold, der har ført til denne sag, da dette hører under den forelæggende rets kompetence. Jeg mener dog, at der allerede ud fra de faktiske omstændigheder, der er forelagt Domstolen, kan findes holdepunkter, der taler for en omgåelse, f.eks. at det objektivt var umuligt at drive udsendelsesvirksomhed i den af sagsøgeren valgte form på nederlandsk område, den måde, programmerne skulle udformes på, det publikum, programmerne skulle rettes til, og det forhold, at virksomheden helt blev indstillet efter forbuddet mod at lade programmerne fordele gennem det nederlandske kabelnet. Det kan også tages med i bedømmelsen, at selve programproduktionen skulle ske i Nederlandene hos et selskab, som der i givet fald bestod særlige forbindelser til.

68. Når det på grundlag af objektive omstændigheder står fast, at de nationale erhvervsregulerende bestemmelser omgås, kan det forhold, at en juridisk person hører under en anden medlemsstats retsorden — hvilket selskabets hjemsted er afgørende for — ikke være til hinder for foranstaltninger, som medlemsstaten træffer for at forhindre omgåelsen. Disse foranstaltninger skal ikke nødvendigvis bestå i, at der udstedes bestemmelser, men kan meget vel udgøres af, at nationale bestemmelser anvendes ensartet uanset nationalitet. Det er i sidste instans medlemsstatens egen afgørelse, om dette retsteknisk gennemføres således, at en juridisk person, der hører under retsordenen i en anden medlemsstat, behandles som en indenlandsk juridisk person, dvs. således at den ikke anerkendes som en udenlandsk radio-

60 — Dom af 5.10.1988, sag 250/85, Brother mod Rådet, Sml. s. 5683, præmis 16.

eller fjernsynsinstitution. I hvert fald har medlemsstaten ret til at afværge et forsøg fra en virksomheds side på at unddrage sig statens jurisdiktion ved for så vidt at behandle den, som om den var omfattet deraf.

Artikel 10 og 14 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (menneskerettighedskonventionen)

69. Herefter står det tilbage at undersøge, om dette foreløbige resultat kan opretholdes på baggrund af menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14. Som et led i det andet præjudicielle spørgsmål ønskes det udtrykkeligt oplyst, hvilke virkninger menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 har for den fællesskabsretlige bedømmelse af det foreliggende retlige problem.

70. Under den mundtlige forhandling undlod man i vidt omfang at behandle denne problematik. Under den skriftlige procedure har parterne i det væsentlige fremsat følgende synspunkter.

71. *Sagsøgeren* har gjort gældende, at den fællesskabsretlige argumentation, sagsøgeren har fremført, støttes af, at ytringsfriheden, som beskyttet i menneskerettighedskonventionens artikel 10, står på spil. Hvis man kunne kræve, at sagsøgeren opfyldte samtlige etableringsbetingelser — som på det relevante tidspunkt udelukkende var betingelser, der var gældende for en offentlig ordning, som TV10 netop ikke ønskede at tilslutte sig — ville det resultere i et faktisk og absolut forbud mod enhver erhvervsmæssig virksomhed. Da den beskyttede frihed er udtryk for en grundlæggende ret, bør man ikke opfatte fællesskabsretlige bestemmelser således, at de bevirker, at retten til fri udveksling af tjenesteydelser mister sit indhold.

72. Dette gælder efter sagsøgerens opfattelse så meget desto mere, som de nederlandske myndigheder på det relevante tidspunkt havde givet tilladelse til en anden luxembourgsk radio- og fjernsynsinstitutions programmer. Selv hvis de nederlandske myndigheders formål var at få TV10 til at etablere sig i Nederlandene, skulle de efter menneskerettighedskonventionens artikel 10, jf. artikel 14, ved fastsættelsen af etableringsbetingelserne have taget i betragtning, at de herved ikke måtte gøre sig skyldige i forskelsbehandling for så vidt angår sagsøgerens retlige status.

73. For fuldstændighedens skyld har det sagsøgende selskab gjort opmærksom på, at det, efter at den forelæggende ret har truffet sin afgørelse — og for så vidt som der herved er truffet en endelig afgørelse — har indklaget Kongeriget Nederlandene for Den Europæiske Menneskerettighedskommission i Strasbourg.

74. *Den nederlandske regering* har i første række givet udtryk for tvivl om, hvorvidt Domstolen har kompetence til at udtale sig om den forelæggende rets henvisning til menneskerettighedskonventionen, mens den i anden række har henholdt sig til afgørelsen i ERT-sagen [61]. For det tilfælde, at Domstolen anser sig for at være kompetent til at behandle den forelæggende rets henvisning til menneskerettighedskonventionen, har den nederlandske regering med hensyn til konventionens artikel 10 gjort gældende, at de restriktioner for sagsøgerens tjenesteydelser, som er en følge af anvendelsen af Mediawet, er begrundede efter konventionens artikel 10, stk. 2, i hensynet til opretholdelsen af den offentlige orden og til tredjemands rettigheder. Dette resultat er allerede den forelæggende ret nået frem til. Med hensyn til ligestillingsprincippet må det efter regeringens opfattelse fastslås, at sagsøgeren som en ikke-udenlandsk institution er underlagt de samme bestemmelser som nederlandske radio- og fjernsynsinstitutioner. TV10 udsættes derfor ikke for forskelsbehandling i forhold til tilsvarende nederlandske institutioner i menneskerettighedskonventionens artikel 14's forstand. Også dette resultat er den forelæggende ret allerede nået frem til.

75. *Forbundsrepublikken Tysklands regering* har indledningsvis anført, at formålet med menneskerettighedskonventionens artikel 10 er, »at medlemsstaternes borgere frit kan skaffe sig informationer gennem radio- og fjernsynsprogrammer, ikke alene fra den pågældende medlemsstat, men også fra andre medlemsstater, og — i det omfang, det er teknisk muligt — frit kan modtage sådanne programmer«. I tilslutning hertil har regeringen anført følgende:

»I de supranationale retsforskrifter tages det herved i betragtning, at det enkelte program udsendes i overensstemmelse med den for programmet gældende retsorden, dvs. den pågældende nationale ordning for radio og fjernsyn. Dette gælder for programmer, der rettes til den enkelte medlemsstat, men derimod — under hensyn til formålet med menneskerettighedskonventionens artikel 10 — ikke for programmer, som udsendes i den hensigt at unddrage sig de nationale bestemmelser om radio- og fjernsynsvirksomhed gennem valget af etableringssted [62].«

76. Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere gjort gældende, at menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 ikke kan have indvirkning på det af regeringen forsvarede standpunkt om, at en radio- eller fjernsynsinstitution ikke kan påberåbe sig EØF-traktatens artikel 59, såfremt den dermed søger at omgå de indenlandske bestemmelser på området. Rent principielt kan man ganske vist gå ud fra, at den frie informationsudveksling (»the free flow of information«) hæmmes, når programmer, der sendes fra en anden medlemsstat, underkastes begrænsninger i den stat, hvor program-

61 — ERT-dommen, jf. ovenfor i note 12, præmis 42, 43 og 44.

62 — Jf. den tyske regerings indlæg, s. 11.

merne modtages, men dette kan ikke gælde, når omgåelsesaspektet tages i betragtning. I så fald må der gælde de samme betragtninger som i forbindelse med omgåelse af EØF-traktatens bestemmelser. Formålet med menneskerettighedskonventionens artikel 10 er ikke at gøre det muligt for en radio- eller fjernsynsinstitution at omgå retmæssigt fastsatte nationale lovbestemmelser. Denne bedømmelse svarer også til den, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har anlagt, idet domstolen har anset det for tilladeligt, at myndighederne i en kontraherende stat betragter en station, der er beliggende i udlandet, som en indenlandsk station, når stationen drives fra udlandet for at omgå de indenlandske lovbestemmelser [63].

77. Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der eventuelt sker en tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling efter menneskerettighedskonventionens artikel 14, har forbundsregeringen gjort gældende, at forhold, som i henhold til konventionens artikel 10, stk. 2, er tilladte til forhindring af omgåelse, er sagligt begrundede og dermed ikke vilkårlige. Hvad angår en eventuel diskrimination i forhold til udenlandske institutioner som følge af, at sagsøgeren behandles som en indenlandsk institution, har regeringen anført, at omgåelsen i sig selv udelukker, at forbuddet mod forskelsbehandling kan påberåbes.

78. *Kommissionen* har anført, at menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 i det foreliggende tilfælde ikke har betydning for de spørgsmål, der skal besvares. I konventionens artikel 10 fastlægges retten til ytringsfrihed, og i artiklens stk. 2 bestemmes det, at udøvelsen af rettigheden kan underkastes formelle bestemmelser, betingelser og restriktioner, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund. Konventionens artikel 14 forbyder forskelsbehandling med hensyn til de af konventionen beskyttede rettigheder og friheder. Det er ikke blevet gjort gældende, at de i Nederlandene gældende erhvervsregulerende bestemmelser, der finder anvendelse på radio- og fjernsynsinstitutioner med hjemsted i Nederlandene, skulle være uforenelige med konventionens artikel 10. Kommissionen ser heller ikke, hvorledes den omstændighed, at disse bestemmelser gøres gældende over for en virksomhed med hjemsted i udlandet, skulle kunne være i strid med menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 i en konkret situation som den, der er beskrevet i Van Binsbergen-dommen, i tilfælde, hvor en virksomhed bevidst unddrager sig bestemmelser som i sig selv er forenelige med konventionen.

79. Domstolen er allerede flere gange blevet anmodet om at anvende og fortolke menneskerettighedskonventionens bestemmelser. Med hensyn til sin kompetence til at efterprøve lovgivningsforanstaltninger ud fra de i konventionen opstillede kriterier har den udtalt:

»Det tilkommer ganske vist Domstolen at sikre, at de grundlæggende rettigheder

63 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 28.3.1990, nr. 14/1988/158/214, Groppera Radio AG m.fl. mod Schweiz, *Publications of the ECHR*, Series A, bind 173, præmis 72.

beskyttes i fællesskabsretlig sammenhæng, men Domstolen har ikke af den grund adgang til at afgøre, om en national lov — der ... omfatter et område, på hvilket den nationale lovgiver er kompetent — er i overensstemmelse med den europæiske [menneskerettigheds]konvention [64].«

80. De grundlæggende rettigheder, som konventionen beskytter, herunder artikel 10 om ret til ytringsfrihed, hører imidlertid til de grundrettigheder, som fællesskabsretsordenen skal beskytte [65]. I dommen i sag C-260/89, ERT, benyttede Domstolen lejligheden til — i forbindelse med et præjudicielt spørgsmål om menneskerettighedskonventionens artikel 10 — at udtale sig på det principielle plan om forholdet mellem fællesskabsretten og den europæiske menneskerettighedskonvention. Under henvisning til dommene i sagerne Nold [66], Johnston [67] og Wachauf [68] bemærkede den indledningsvis, at grundrettighederne ifølge fast praksis hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte. I den forbindelse lægger Domstolen de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne til grund samt de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt. Den europæiske menneskerettighedskonvention er herved af særlig betydning. Det følger heraf, at foranstaltninger, som er uforenelige med overholdelsen af de ved konventionen anerkendte og sikrede menneskerettigheder, ikke er tilladte i Fællesskabet [69].

81. Under henvisning til dommene i sagerne Cinéthèque [70] og Demirel [71] udtalte Domstolen endvidere, at den ganske vist ikke har kompetence til at afgøre, om nationale retsforskrifter, som ikke omfattes af fællesskabsretten, er forenelige med den europæiske menneskerettighedskonvention. »Når sådanne retsforskrifter derimod falder inden for anvendelsesområdet for fællesskabsretten, skal Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om disse retsforskrifter er i overensstemmelse med de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte, således som de navnlig fremgår af den europæiske menneskerettighedskonvention [72].«

82. For så vidt som anvendelsen af Domstolens »omgåelsesretspraksis« kan opfattes som en undtagelse fra den frie udveksling af tjenesteydelser, har Domstolens videre udtalel-

64 — Dom af 11.7.1985, forenede sager 60/84 og 61/84, Cinéthèque Sml. s. 2605, præmis 26.

65 — Jf. dom af 25.7.1991, sag C-353/89, a.st., Sml. I, s. 4069, præmis 30, og henvisningen til sag 4/73 (dom af 14.5.1974, Nold, Sml. s. 491, præmis 13).

66 — Sag 4/73, a.st., præmis 13.

67 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Sml. s. 1651, præmis 18.

68 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Sml. s. 2609, præmis 19.

69 — Sag C-260/89, a.st., præmis 41.

70 — Forenede sager 60/84 og 61/84, a.st., præmis 26.

71 — Dom af 30.9.1987, sag 12/86, Sml. s. 3719, præmis 28.

72 — Dommen i sag C-260/89, a.st., præmis 42.

ser i ERT-dommen særlig betydning for det foreliggende tilfælde. Det hedder i dommen:

»Særligt bemærkes, at når en medlemsstat påberåber sig artikel 56 og 66 for at begrunde retsforskrifter, som kan begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser, skal denne begrundelse, som er hjemlet i fællesskabsretten, fortolkes i lyset af de almindelige retsgrundsætninger, herunder grundrettighederne. De omhandlede nationale retsforskrifter kan derfor kun omfattes af undtagelserne i artikel 56 og 66, såfremt de er i overensstemmelse med de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte [73].«

83. Disse betragtninger kan efter deres struktur ligeledes bringes i anvendelse på den foreliggende sag. I dommen i ERT-sagen nåede Domstolen frem til følgende resultat på grundlag af de citerede betragtninger:

»Det følger heraf, at i et sådant tilfælde skal den nationale ret, og i givet fald Domstolen, vurdere anvendelsen af disse bestemmelser i forhold til samtlige fællesskabsretlige regler, herunder ytringsfriheden i henhold til artikel 10 i den europæiske menneskerettighedskonvention, der er en almindelig retsgrundsætning, som Domstolen skal beskytte [74].«

84. Med hensyn til den konkrete anvendelse af de almindelige retsgrundsætninger, der således er defineret i den europæiske menneskerettighedskonvention, har Domstolen i alle tilfælde været tilbageholdende. I de forenede sager 46/87 og 227/88 [75], hvori det blev gjort gældende, at der var sket en tilsidesættelse af menneskerettighedskonventionens artikel 8, fastslog Domstolen i én enkelt sætning, at denne bestemmelse ikke fandt anvendelse på det konkrete sagsforhold, hvorefter den udtalte:

»I øvrigt må det fastslås, at der ikke på dette punkt foreligger nogen praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol [76].«

85. Med hensyn til anvendelsen af menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 på forhold svarende til dem, den foreliggende sag drejer sig om, foreligger der imidlertid allerede en afgørelse fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. I sagen Groppera Radio AG m.fl. mod Schweiz [77] udtalte Menneskerettighedsdomstolen følgende i forbindelse med en efterprøvelse af begrundelsen for restriktioner med hensyn til fordeling af radioudsendelser gennem kabelanlæg:

»Endelig må det specielt bemærkes, at den valgte fremgangsmåde absolut kunne fore-

73 — Sag C-260/89, a.st., præmis 43.

74 — Sag C-260/89, a.st., præmis 44.

75 — Dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859.

76 — Forenede sager 46/87 og 227/88, a.st., præmis 18.

77 — Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.3.1990 i sag 14/1988/158/214, a.st., jf. ovenfor i note 63.

komme at være nødvendig for at forhindre en omgåelse af loven; der var ikke tale om en form for censur, som blev rettet mod programmernes indhold eller tendens, men om en foranstaltning, der blev truffet over for en station, som den pågældende stats myndigheder af gode grunde kunne betragte som en schweizisk station, der blev drevet fra den anden side af grænsen med det formål at omgå den i Schweiz gældende telekommunikationslovgivning.

De statslige myndigheder har derfor i det foreliggende tilfælde ikke overskredet grænserne for det skøn, der er indrømmet dem ved konventionen [78].«

86. Flertallet af Menneskerettighedsdomstolens dommere lagde til grund, at sagsøgerens programvirksomhed måtte antages at være retsstridig efter udsendelsesstatens lovgivning, og på dette punkt er situationen for så vidt en anden i den sag, Domstolen her skal tage stilling til. Det fremgår dog af dissensen — som blev afgivet af dommerne Petitti, Bernhard og De Meyer — at det på ingen måde var godtgjort, at virksomheden var ulovlig.

87. I en afgørelse fra Den Europæiske Menneskerettighedskommission [79] udtales det i forbindelse med konventionens artikel 10, stk. 2:

»The Commission notes that the recent changes in the Media Act have not affected the position of broadcasting institutions established abroad with the evident intention of evading the Dutch statutory regulations for national broadcasting institutions. They are not regarded as foreign broadcasting institutions, but as national broadcasting institutions subject to the rules on broadcasting applicable to such institutions.

The Commission notes that, while the applicant company is incorporated under British law and has its seat in the United Kingdom, the programme at issue is specifically intended for the Dutch public. In these circumstances and having regard to the fact that both the company and the Cable One programme have other strong links with the Netherlands, the Dutch authorities could reasonably consider that these broadcasts should be subject to those rules which normally apply to Dutch broadcasting institutions. There is no indication that these rules, insofar as they are relevant to the present case, involve restrictions which would be in violation of Article 10 of the Convention.«

78 — Jf. dommens præmis 73, o.a.: EF-Domstolens oversættelse.
79 — Sag 1803/91, Cable Music Europe Ltd mod Nederlandene.

88. I samme afgørelse udtalte Menneskerettighedskommissionen i forbindelse med efterprøvelsen i henhold til artikel 14:

»The Commission recalls that Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. It refers in this connection to the caselaw of the Court concerning the criteria for assessing a difference in treatment: There must be established an objective and reasonable justification for the measure in question, as well as a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized ...«

89. Den fortolkning af menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14, som i den gengivne udformning er anlagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Den Europæiske Menneskerettighedskommission, giver ingen holdepunkter for at rejse tvivl om den foreslåede løsning af denne sag under en fællesskabsretlig synsvinkel. Efter min vurdering ligger den på linje med de resultater, der er opnået gennem Domstolens »omgåelsesretspraksis«. Menneskerettighedskonventionens artikel 10 og 14 er dermed ikke til hinder for at følge Domstolens »omgåelsesretspraksis«.

C — Forslag til afgørelse

90. Som resultat af min stillingtagen i det foregående vil jeg foreslå, at de præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

»1) Såfremt en radio- eller fjernsynsinstitution udsender fjernsynsprogrammer fra en medlemsstat X til en anden medlemsstat Y, som udsendelserne fortrinsvis, men ikke udelukkende er rettet til, er der tale om tjenesteydelser af en grænseoverskridende karakter, der er fællesskabsretlig relevant, også selv om institutionen ikke får adgang til fordeling gennem kabelanlæg i medlemsstat Y, og den foretager udsendelserne fra medlemsstat X i den åbenbare hensigt — hvilket kan udledes af objektive forhold — derved at unddrage sig den gældende lovgivning i medlemsstat Y.

2) Modtagermedlemsstaten Y kan for at forhindre omgåelse af sin lovgivning træffe foranstaltninger, hvorefter tjenesteydelsen undtagelsesvis underkastes restriktioner i form af, at institutionen ikke anerkendes som en udenlandsk

radio- eller fjernsynsinstitution som omhandlet i medlemsstatens lovgivning, og den derved underkastes de bestemmelser, der gælder for indenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner. Det er i denne forbindelse tilladt at anvende ensartet gældende bestemmelser for indenlandske radio- og fjernsynsinstitutioner på betingelse af, at

1) virksomheden i det hele eller fortrinsvis er rettet til medlemsstatens område

2) tjenesteyderen gør brug af den ved EF-traktatens artikel 59 sikrede frihed i den hensigt at unddrage sig de bestemmelser, der ville finde anvendelse på ham, hvis han var hjemmehørende på denne stats område.

Begge betingelser skal være opfyldt på grundlag af objektive kriterier, som ikke støttes på, hvilket statsborgerskab der indehaves af kapitalejerne, ledelsen eller de ansatte i det selskab, der udfører tjenesteydelsen.«

Den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 10 og 14 er ikke til hinder for denne fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten.