FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 27. oktober 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Er EØF-traktatens artikel 30 en forskrift, der tager sigte på en liberalisering af handelen inden for Fællesskabet, eller skal den generelt fremme den frie udøvelse af handelsvirksomhed i de enkelte medlemsstater?

Denne sag giver anledning til at foretage en klar, principiel fastlæggelse af en af EØF-traktatens grundlæggende bestemmelser. Sagen drejer sig især om, hvorvidt en bestemmelse i en Berufsordnung (fagetiske regler), der forbyder apotekere at reklamere uden for apoteket for sådanne andre varer end lægemidler, der (også eller udelukkende) sælges på apoteket, er forenelig med EØF-traktatens artikel 30 og 36.

2. I § 10, nr. 15, i den Berufsordnung [1], som Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (erhvervskammeret for alle apotekere i delstaten Baden-Württemberg) har udstedt i henhold til Kammergesetz (lov om erhvervskamre), er der opstillet et forbud mod »overdreven reklame« for alle de andre varer end lægemidler, der i henhold til § 25 i Apothekenbetriebsordnung (herefter benævnt »apoteksloven«) af 9. februar 1987 [2] også må sælges på et apotek [3], såfremt dette ikke påvirker den behørige drift af apoteket (§ 2, stk. 4, i apoteksloven). Den pågældende bestemmelse medfører i det væsentlige et forbud mod enhver form for reklame uden for apoteket.

Det skal herefter pointeres, at Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, der især har til opgave at kontrollere, at kammermedlemmerne opfylder deres erhvervsmæssige forpligtelser, er et offentligretligt organ med status som juridisk person, der er undergivet offentligt tilsyn. Endelig skal det tilføjes, at alle apotekere, som udøver deres erhverv i Baden-Württemberg, er lovpligtige medlemmer af Landesapothekerkammer Baden-Württemberg og følgelig er underlagt det pågældende forbud.

3. De faktiske omstændigheder, der har ført til den foreliggende sag, kan beskrives i få sætninger. Ruth Hünermund og de øvrige tolv sagsøgere i hovedsagen — som alle er indehavere af apoteker i Baden-Württemberg, i hvilke der udbydes marginalvarer til salg — har reklameret for de pågældende varer og agter at fortsætte hermed. For Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg har de derfor begæret § 10, nr. 15, i den pågældende Berufsordnung kendt ugyldig på

* Originalsprog: italiensk.

1 — Berufsordnung af 22.11.1995 som affattet 9.4.1986.

2 — Bundesgesetzblatt I, s. 547.

3 — Der er bl. a. tale om midler og genstande til pleje af syge og spædbørn, diætlevnedsmidler, midler til hygiejne og kropspleje, midler til skadedyrsbekæmpelse og planteværn samt midler til dyreopdræt.

grund af uforenelighed med fællesskabsretten, især set i forhold til EØF-traktatens artikel 30 og 36.

Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, har den nationale ret på grundlag af den relevante fællesskabsretlige retspraksis anført, at den omstridte bestemmelse principielt skal anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning, der er forbudt i henhold til artikel 30. Den forelæggende ret har dog fundet det rettest at anmode om en præjudiciel afgørelse for at få afgjort, om denne foranstaltning er begrundet ifølge EØF-traktatens artikel 36, sammenholdt med artikel 30.

4. Før selve spørgsmålet behandles, er det nødvendigt kort at komme ind på en række forudgående punkter, som Landesapothekerkammer har bragt på bane.

Landesapothekerkammer gør nemlig gældende, at det præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til påkendelse, da Domstolen ikke har kompetence til at afgøre, om en national retsregel er gyldig set i forhold til fællesskabsretten. Under alle omstændigheder finder sagsøgte desuden, at et sådant spørgsmål vedrører et hypotetisk problem og derfor ene og alene tager sigte på at opnå rådgivning: For den nationale ret har langt fra godtgjort, at det er nødvendigt at forelægge det præjudicielle spørgsmål, men har nøjedes med at henvise til, at det ikke er udelukket, at Domstolen ud fra princippet om de frie varebevægelser måtte anse reklamerestriktionerne for at være ubegrundede.

Hvad angår det første punkt er det tilstrækkeligt at henvise til, at selv om Domstolen ifølge fast praksis ved søgsmål i henhold til artikel 177 ikke kan tage stilling til, om nationale retsregler er i overensstemmelse med de fællesskabsretlige bestemmelser, kan den dog »forsyne den nationale ret med fortolkningsbidrag fra fællesskabsretten, som kan sætte den i stand til at løse det retlige problem, som er forelagt den« [4]. Med hensyn til det andet punkt vil jeg indskrænke mig til at fastslå, at det med tilstrækkelig klarhed fremgår af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret har brug for fortolkningen af artikel 30 og 36 for at kunne dømme i den verserende sag og dermed tage stilling til, om apotekerne fortsat har ret til at reklamere for de pågældende varer.

5. Sagsøgte i hovedsagen har desuden gjort gældende, at forudsætningerne for at anvende artikel 30 heller ikke er opfyldt i sagen, da den pågældende fagetiske regel ikke kan defineres som en statslig foranstaltning i artikel 30's forstand. Denne konklusion afkræftes ifølge sagsøgte ikke af den omstændighed, at Domstolen i dommen i sagen Royal Pharmaceutical Society of Great Britain [5] anså en bestemmelse, der var blevet udstedt af en erhvervsorganisation, for at være en statslig foranstaltning, eftersom Royal Pharmaceutical havde kompetence til at iværksætte disciplinære tiltag, herunder en slettelse i erhvervsregistret, hvorimod denne sanktion i henhold til den tyske regulering kun må dekreteres af delstatens kompetente myndigheder.

Hvad dette angår vil jeg først og fremmest henvise til, at der i det foreliggende tilfælde ikke er nogen væsentlig forskel fra ovenfor nævnte sag, da kammermedlemmernes overtrædelse af bestemmelserne i Berufsordnung påtales af disciplinærnævn, der hører til dette

4 — Jf. f. eks. dom af 18.5.1977, sag 111/76, Van den Hazel, Sml. s. 901, præmis 4.

5 — Dom af 18.5.1989, forenede sager 266/87 og 267/87, Sml. s. 1295, præmis 14.

kammer, og som netop har beføjelse til at iværksætte disciplinære foranstaltninger. I den foreliggende sag er det i hvert fald afgørende, at den omstridte foranstaltning hører under fagetiske regler, der ganske vist udstedes af en erhvervsorganisation, men hvor udstedelsen sker på grundlag af en statslig delegation og under offentligt tilsyn. Man kan derfor ikke benægte, at denne bestemmelse har karakter af at være en statslig foranstaltning, især ikke når man tager hensyn til, at Landesapothekerkammer i modsætning til Royal Pharmaceutical Society er et offentligretligt organ.

6. Jeg kommer nu til indholdet af det præjudicielle spørgsmål, Domstolen har fået forelagt. Spørgsmålet retter sig, således som det er affattet, alene mod at få oplyst, om den omstridte foranstaltning er begrundet i artikel 36 eller i bydende hensyn: Den nationale domstol er nemlig ikke i tvivl om, at der er tale om en foranstaltning, som principielt er uforenelig med artikel 30 [6]. Der er derimod ikke tvivl om, at det indledningsvis i hvert fald skal undersøges, om den pågældende bestemmelse opfylder forudsætningerne for at være en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner, idet den ifølge den velkendte formulering i dommen i Dassonville-sagen »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet« [7].

7. I den omstridte foranstaltning, der anvendes uden forskel og fuldstændig neutralt med hensyn til indenlandske og indførte varer, forbydes det en bestemt kategori erhvervsdrivende — apotekerne — at reklamere for en bestemt kategori varer — andre produkter end lægemidler — som også kan sælges på et apotek. Det tillades derimod andre erhvervsdrivende, producenter, importører og detailhandlere, der ikke er apotekere, at reklamere fuldstændig frit for disse varer.

Under de omstændigheder kunne det med god grund antages, at en afskaffelse af den omstridte foranstaltning (eventuelt og udelukkende) vil medføre en ændring af forholdet mellem apotekernes omsætning (på den ene side) og salget på de andre salgssteder (på den anden side) — dvs. en anden fordeling af omsætningen på de forskellige salgsformer [8]. Det kan dog ikke på forhånd udelukkes, at forbuddet for apotekere mod at iværksætte bestemte former for reklame medfører forringet mulighed for at omsætte de pågældende varer og dermed også — dog kun hvad denne salgsform angår — de indførte varer.

En sådan foranstaltning kan med andre ord meget vel have en vis indflydelse på indførslen, men kun fordi den, som følge af de reklamerestriktioner, den indeholder, har en negativ påvirkning på efterspørgslen efter de varer, der hører under foranstaltningens anvendelsesområde, og foranstaltningen der-

6 — Jf. s. 14 i forelæggelseskendelsen (s. 6 i den danske oversættelse).

7 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5.

8 — I denne forbindelse er den nationale rets udredninger interessante, hvorefter »det er uden betydning, om den anfægtede bestemmelse bevirker en importnedgang for de pågældende varer eller kun medfører en omsætningsforskydning mellem apotekere på den ene side og andre forretninger på den anden side«, da »der er tale om at forhindre ikke blot en negativ indflydelse på importen i form af en samlet nedgang i indførslen af bestemte varer, men også, at der sker ændringer af handelsstrømmene eller en kanalisering af importen på grund af begrænsningerne for visse markedsdeltageres handlefrihed« (s. 15 i forelæggelseskendelsen; s. 7 i den danske oversættelse).

med (eventuelt) bevirker en nedgang i omsætningen og i sidste ende også i indførslen [9].

8. Er denne — fjerne, indirekte og eventuelle, endog blot formodede — forringelse af handelen nok til, at foranstaltningen omfattes af artikel 30?

Spørgsmålet er, som man kan se, ikke nyt; det har især i de seneste år været genstand for en åben og meget livlig diskussion [10]. Vi står nemlig over for det ofte forekommende tilfælde af en potentiel nedgang i indførslen, der hverken beror på en forskelsbehandling af indenlandske og indførte varer eller på en eventuel forskel mellem retsreglerne om kravene til sammensætning og præsentation af en vare (det var omstændighederne i sagen »Cassis de Dijon«). I den konkrete sag følger de eventuelle begrænsninger i indførslen alene af den pågældende regels eksistens, hvorimod en eventuel forskel fra retsreglerne i varens oprindelsesland i hvert fald princi-

pielt er uden betydning: Nedgangen i salget ville — såfremt den overhovedet sådan sker — også indtræde, hvis de pågældende retsregler var nøjagtig ens.

9. I sidste ende er spørgsmålet, om foranstaltninger, hvorved man regulerer omstændighederne omkring markedsføring (hvem, hvor, hvornår og hvordan [11]), og som, alene som følge af, at de påvirker udbuddet af de pågældende varer, herunder de indførte varer, eller (igennem reklamerestriktioner) har en indflydelse på efterspørgslen efter produkterne, kan bevirke en nedgang i salget, under alle omstændigheder hører under artikel 30's anvendelsesområde. Og dette uafhængigt af, om der rent faktisk er indtrådt en nedgang i indførslen, eller om, og i givet fald i hvilken udstrækning en ophævelse af den påtalte foranstaltning omvendt kan have en positiv virkning på salget og dermed på indførslen.

For at give den nationale ret et svar, må man derfor først overveje, om begrebet »en foranstaltning med tilsvarende virkning« i princippet er opfyldt, allerede hvis det ikke helt kan udelukkes, at foranstaltningerne medfører en eller anden påvirkning af indførslen, måtte denne være nok så ringe og indirekte, eller om det derimod kræves, at årsagssammenhængen mellem foranstaltningerne og indførslen er af en sådan karakter, at de eventuelle handelshindringer kan konstateres med tilstrækkelig sandsynlighed og nøjagtighed, dvs. at de pågældende foranstaltninger —

9 — Det samme gælder i realiteten vedrørende alle de reklamerestriktioner for bestemte varer, der skal anvendes uden forskel. Indskrænkninger af denne art har nemlig — såfremt de ikke er til skade for de indførte varer og derfor bevirker en faktisk diskrimination, jf. dom af 10.7.1980, sag 152/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2299 — nøjagtig den samme indflydelse på muligheden for at omsætte de berørte varer, uafhængigt af, om der er tale om indenlandske eller indførte varer.

10 — Jf. ud over Marenco, Pour une interprétation traditionelle de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative, *CDE*, 1984, s. 291 ff., og White, In search for limits to article 30 of the EEC treaty, *CMLRev*, 1989, s. 234 ff.; jf. med hensyn til nyere og vigtige bidrag vedrørende dette spørgsmål Gormely, *CMLRev*, 1990, s. 141 ff., Mortelmans, Article 30 of the EEC treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?, *CMLRev*, 1991, s. 115 ff.; Steiner, Drawing the line: Uses and abuses of article 30 EEC, *CMLRev*, 1992, s. 749 ff.; Chalmers, Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to scotch whisky, *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, s. 269 ff.

11 — En foranstaltning, der vedrører reklame for varerne, kan rent faktisk med rette henregnes til de foranstaltninger, der vedrører »hvordan« markedsføringen sker. Det er nemlig klart, at reklamen som en ansporing til forbrug er den mest effektive metode til salgsfremme og netop derfor kan påvirke efterspørgslen og dermed salget mærkbart.

også selv om det kun måtte ske potentielt — »hindrer« samhandelen i Fællesskabet.

— der skal anvendes uden forskel

10. Når spørgsmålet formuleres på denne måde, er det klart, at det må anses for udelukket, at den foranstaltning, den foreliggende sag drejer sig om, kan udgøre *en hindring for handelen mellem medlemsstaterne*, når man ved en hindring skal forstå *en vanskeliggørelse af adgangen til markedet, der især påvirker indførslen*; dvs. når der er tale om en foranstaltning, der på en eller anden vis — i hvert fald som følge af dens afskrækkende virkning — udgør en »barriere« for de frie varebevægelser.

— der ikke vedrører *varer* (sammensætning, etikettering, form, emballage, betegnelse osv.), men derimod *handel* (hvem må sælge varerne hvordan, hvor og hvornår?)

— der højst kan medføre en formodet og eventuel nedgang i indførslen, og dette *ene og alene som følge af et ligeledes eventuelt fald i salget*

Hvis Dassonville-kriteriet derimod fortolkes således, at enhver national foranstaltning, hvis ophævelse ville kunne medføre stigende salg og alene som følge heraf kan bevirke en forøgelse af indførslen, strider mod fællesskabsretten, såfremt den ikke er begrundet i tvingende hensyn eller i artikel 36, så er det indlysende, at den foranstaltning, den konkrete sag drejer sig om, hører under artikel 30's anvendelsesområde.

— ved hvilke den påståede nedgang ved en nærmere betragtning *ikke beror på en forskel mellem de nationale retsregler*, men kun skyldes det forhold, at de nationale myndigheder (i et, flere eller alle EØF-lande) har udstedt handelsregler, der er mindre *liberale* end de berørte erhvervsdrivende kunne ønske sig.

11. For at kunne svare på dette spørgsmål kræves det helt klart, at man tænker mere generelt over afgrænsningen af artikel 30's anvendelsesområde med hensyn til bestemmelser som den, der her er tale om, især hvad angår de kriterier, i henhold til hvilke en bestemt national regel kan defineres som en foranstaltning med tilsvarende virkning. Med andre ord — og også med fare for endnu en gang at komme ind på holdninger, der allerede er blevet fremsat vedrørende dette emne — er det efter min mening nødvendigt at overveje, om artikel 30 og dermed Dassonville-kriteriet kan forstås således, at begrebet »en foranstaltning med tilsvarende virkning« også omfatter foranstaltninger,

En sådan vurdering kan kun ske på baggrund af et overblik over den relevante retspraksis, der givetvis — hvorfor fortie det? — systematisk set ikke er let at forstå. Som jeg allerede henviste til i mit forslag til afgørelse i sagen Société Laboratoire de Prothèses Oculaires [12] — hvor jeg dog ikke kunne skjule et vist ubehag mod en mekanisk anvendelse af Dassonville-formlen på retsregler af den type, vi her har med at gøre — kan retspraksis reduceres til tre løsningsmodeller. Dette er dog forbundet med visse vanskeligheder,

12 — Dom af 25.5.1993, sag C-271/92, Sml. I, s. 2899.

der beror på den fragmentariske karakter, retspraksis — som nævnt ovenfor — har.

Overblik over retspraksis

12. Til første gruppe hører de afgørelser, hvor Domstolen har haft den opfattelse, at de pågældende regler ikke havde nogen form for sammenhæng med indførslen og derfor ikke kunne hindre handelen mellem medlemsstaterne [13]. Domstolen er nået til dette resultat ved at betone, at de pågældende foranstaltninger ikke sigtede på at regulere handelen og ikke berørte andre former for forhandling af varen eller i hvert fald lod muligheden for salg ad andre veje stå åben.

For eksempel fastslog Domstolen i Oebel-dommen, der drejede sig om en regel, hvorefter fremstilling og salg af brød var forbudt på visse tidspunkter, at der var tale om en regel, der ikke stod i sammenhæng med indførslen, da »samhandelen inden for Fællesskabet nemlig til enhver tid [er] mulig, blot med det forbehold, at levering til forbrugere og detailhandelen skal være belagt med samme begrænsninger, uanset producentens hjemsted« [14]. Herefter fastslog Domstolen i Blesgen-dommen, at et forbud mod salg af forskellige alkoholholdige drikke til nydelse på stedet i visse forretninger ikke hører under artikel 30's anvendelsesområde, da den ikke vedrører »andre former for salg« [15] af disse varer.

Begrundelsen i de domme, hvor Domstolen har udtalt sig om de bestemmelser, hvorefter det var forbudt at sælge pornografiske artikler fra uautoriserede forretninger, lyder mere eller mindre på samme måde. Domstolen har nemlig lagt vægt på, at disse bestemmelser »i realiteten ingen forbindelse har med vareudvekslingen inden for Fællesskabet, da de varer, der er omfattet af loven, kan sælges fra autoriserede pornoforretninger samt ad anden vej« og »derfor ikke [er] af en karakter, der kan hindre samhandelen mellem medlemsstaterne« [16].

13. I de netop nævnte sager anså Domstolen en eventuel nedgang i indførslen, der beror på en forringelse af salgskanalerne, og som rammer både indenlandske og indførte varer, for at være uden betydning for spørgsmålet, om artikel 30 kan anvendes. Det er nemlig indlysende, at forbuddet mod at indtage drikkevarer med en stor alkoholstyrke på stedet (Blesgen) eller mod at sælge pornografiske artikler i uautoriserede forretninger (Quietlynn) er af en sådan karakter, at det kan have en negativ påvirkning på efterspørgslen og dermed på omfanget af indførslen, og det er (ud fra denne synsvinkel) uden nogen form for betydning, at det pågældende forbud ikke omfatter andre former for salg af denne vare, eller at salg kan foregå i autoriserede forretninger.

13 — Jf. dom af 14.7.1981, sag 155/80, Oebel, Sml. s. 1993, af 31.3.1982, sag 75/81, Blesgen, Sml. s. 1211, af 11.7.1990, sag C-23/89, Quietlynn, Sml. I, s. 3059, og af 7.5.1991, sag C-350/89, Sheptonhurst, Sml. I, s. 2387.

14 — Dom af 14.7.1981, a.st., præmis 20.

15 — Dom af 31.3.1982, a.st., præmis 9.

16 — Dommen i Quietlynn-sagen af 11.7.1990, a.st., præmis 11. Jf. i samme retning dommen Sheptonhurst-sagen af 7.5.1991, a.st.

Denne opfattelse er imidlertid ikke begrænset til at angå bestemmelser vedrørende varernes salgsformer. Ved nærmere betragtning ses det nemlig, at Domstolen i mange andre tilfælde ikke anvendt Dassonville-formlen mekanisk; dette gælder både priskontrolordningerne [17] og forskelligartede forskrifter, der alle har det til fælles, at de højst har en indirekte og svag sammenhæng med indførslen og påvirker indenlandske og indførte varer på samme måde [18].

14. En anden gruppe udgøres af de domme, hvor Domstolen principielt har anerkendt, at forbuddet i artikel 30 også skal anvendes på foranstaltninger af en sådan art, der her er tale om. I disse tilfælde har Domstolen dog begrænset sig til at foretage en ret »atypisk« undersøgelse af disse foranstaltningers proportionalitet.

Jeg henholder mig herved især til dommene om detailforretningers åbning om søndagen [19], hvor Domstolen har bekræftet, at regler, hvori det forbydes at beskæftige arbejdstagere (eller lade dem sælge varer) om søndagen, ikke har til formål at regulere samhandelen; men selv om det »er lidet sandsynligt, at lukning af visse kategorier af forretninger om søndagen foranlediger forbrugerne til definitivt at opgive at købe varer, som kan fås de andre dage i ugen«, kan forbuddet dog »have negative følger for afsætningens omfang og følgelig for indførslerne« [20].

Disse indskrænkende virkninger anses derfor, også hvis de kun eventuelt indtræder og ikke er bevist, for at være nok til, at de pågældende foranstaltninger henhører under artikel 30's anvendelsesområde [21], Domstolen lader således til at have anerkendt, at princippet i Dassonville-dommen (automatisk) skal anvendes på nationale bestemmelser af den pågældende type, hvilket medfø-

17 — Med hensyn hertil har Domstolen nemlig indskrænket sig til at kontrollere, at de fastsatte priser ikke er af en sådan beskaffenhed, at de gør det svært eller umuligt at sælge de indførte varer, dvs. at priserne ikke er af en sådan art, at de er til ugunst for importen, jf. bl. a. dom af 12.7.1987, sag 188/86, Lefèvre, Sml. s. 2963, af 13.12.1990, sag C-347/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4747, om maksimalprisordninger, af 13.11.1986, forenede sager 80/85 og 159/85, Edah BV, Sml. s. 3359, og af 7.5.1991, sag C-287/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2233, om mindsteprisordninger. Det er derimod klart, at en mekanisk anvendelse af Dassonville-formlen ikke ville udelukke, at en priskontrolordning, der har indflydelse på udbud og efterspørgsel, er af en sådan beskaffenhed, at den kan føre til en nedgang i salget og dermed (også) til et fald i indførslen.

18 — Typisk er i denne forbindelse Forest-sagen, der drejede sig om en kvotaordning for melproduktion. Domstolen fastslog, at en sådan ordning »i virkeligheden klart [er] uden betydning for importen af hvede, og den kan derfor ikke begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne«. Selv om begrænsningen af de mængder hvede, som kan formales, kan forhindre møllerierne i at købe hvede, kan ethvert mølleri nemlig frit helt eller delvis dække sig ind med importeret hvede, jf. dom af 25.11.1986, sag 148/85, Direction générale des impôts mod Forest, Sml. s. 3449, præmis 19. Jf. endvidere dom af 7.3.1990, sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 11, og af 13.10.1993, sag C-93/92, CMC Motorradcenter, Sml. I, s. 5009, præmis 12, hvor Domstolen fastslog, at den eventuelle begrænsning af importen, der forårsages af de pågældende nationale foranstaltninger — i de konkrete tilfælde skattemyndighedernes adgang til at gøre udlæg i genstande, der er solgt med ejendomsforbehold, og forpligtelsen til forud for kontraktindgåelse at informere dem, der køber motorcykler, om forskellige garantipunkter — er alt for usikker og indirekte til at kunne betragtes som egnet til at hindre handelen mellem medlemsstaterne.

19 — Dom af 23.11.1989, sag C-145/88, Torfaen, Sml. I, s. 3851, domme af 28.2.1991, sag C-312/89, Conforama, Sml. I, s. 997, og sag C-332/89 Marchandise, Sml. I, s. 1027, og dom af 16.12.1992, sag C-169/91, City of Stoke-on-Trent, Sml. I, s. 6635.

20 — Conforama-dommen, a.st., præmis 8.

21 — Jeg vil i denne forbindelse dog ikke undlade at gøre opmærksom på, at den opfattelse, der refereres til under punkt 12 f. (foranstaltninger, der per se ikke henhører under artikel 30), ikke kan anses for at være forældet som følge af denne udvikling. Quietlynn-dommen blev nemlig afsagt efter den første dom vedrørende forretningers åbning om søndagen, og Sheptonhurst-dommen er nyere end dommene i Conforama- og Marchandise-sagerne. Begge opfattelser krydser altså hinanden i tidsmæssig henseende, hvilket medvirker til at øge forvirringen.

rer, at de nationale forskrifter skal opfylde en dobbelt forudsætning for at være forenelige med artikel 30: A) De pågældende bestemmelser skal forfølge et mål, der er begrundet i henhold til fællesskabsretten, og B) de må ikke være mere vidtgående end nødvendigt for at opnå det tilsigtede mål; denne betingelse er opfyldt, hvis de påvirkninger af samhandelen, der følger af bestemmelserne, ikke »går ud over hvad der er karakteristisk for bestemmelser vedrørende handel«.

15. Efter at have fastslået, at bestemmelserne — set ud fra fællesskabsretten — forfulgte et anerkendt mål, når de tilsigtede at sikre, at arbejds- og hviletiden blev tilpasset de særlige sociokulturelle forhold på nationalt eller regionalt plan, indskrænkede Domstolen sig i disse domme til at konstatere, »at de restriktive virkninger på samhandelen, som sådanne bestemmelser måtte have, ikke fremstår som uforholdsmæssige i forhold til det forfulgte mål« [22]. I den nyeste dom på området har Domstolen desuden præciseret, at det ved efterprøvelsen af, at de pågældende bestemmelsers (eventuelle) restriktive virkninger ikke er mere vidtgående end nødvendigt for at nå det tilsigtede mål, skal undersøges, om disse virkninger »er direkte, indirekte eller blot hypotetiske, og om virkningerne ikke vanskeliggør afsætningen af indførte produkter i højere grad end afsætningen af indenlandske produkter« [23].

Ifølge denne opfattelse skal de pågældende bestemmelser således åbenbart *kun* underkastes *en marginal kontrol*, der skal vise, om de relevante regler er *fornuftige*, og, mere nøjagtigt, om de står i et rimeligt forhold til de (eventuelle) indskrænkende virkninger. Med andre ord lader det til, at Domstolen, i stedet for på »klassisk« vis at undersøge, om de pågældende bestemmelser opfylder tvingende hensyn, og om de valgte foranstaltninger står i det rette forhold til det forfulgte mål, leder efter en rimelig begrundelse for de *påvirkninger* af samhandelen inden for Fællesskabet, der eventuelt kan følge af disse bestemmelser. Det kan herefter givetvis ikke skjules, at denne opfattelse, også selv om den er kendetegnet ved en bedømmelse, der er meget mere nedstemt eller i hvert fald mindre intensiv end den vurdering, der normalt foretages i henhold til artikel 30 til 36, er i modstrid med den holdning, som blev udviklet i Oebel-dommen.

16. En tredje gruppe udgøres endelig af de afgørelser, hvor Domstolen først har gjort rede for, at reglerne vedrørende salg kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet, selv om de ikke direkte regulerer indførslen, da de begrænser mulighederne for at afsætte (også) de indførte varer og på denne vis kan medføre en nedgang i indførslen. Domstolen har herefter foretaget den klassiske efterprøvelse af, om de pågældende foranstaltninger for det første forfølger et mål, som er i almenhedens interesse og anerkendes i fællesskabsretten (afhængigt af den konkrete sag kan der her være tale om forbrugerbeskyttelse, beskyttelse af sundheden osv.), og for

22 — Dommene i Conforama- og Marchandise-sagerne, a.st., hhv. præmis 12 og 13.

23 — Dommen i Council of the City of Stoke-on-Trent-sagen, a.st., præmis 15.

det andet står i rette forhold til det forfulgte (retmæssige) mål [24].

Som vi skal se, er det ikke noget tilfælde, at de fleste af de foranstaltninger, der er blevet behandlet ud fra denne synsvinkel, var *metoder til salg eller salgsfremme.* Med hensyn til denne foranstaltningskategori har Domstolen nemlig anført, at »den omstændighed, at den pågældende erhvervsdrivende er tvunget til enten at anvende forskellige reklamesystemer eller salgsfremmende metoder, alt efter hvilken medlemsstat det drejer sig om, eller opgive et system, som han anser for særligt effektivt, kan udgøre en hindring for indførslen, selv om en sådan lovgivning gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer« [25].

Sagt på en anden måde kan nationale bestemmelser, selv om de ikke er umiddelbart og specielt til skade for de indførte varer, udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning, hvis reglerne, i og med at de forbyder en bestemt salgsmetode, der retmæssigt benyttes i oprindelseslandet, bevirker, at de erhvervsdrivendes adgang til markedet *vanskeliggøres og/eller bliver mindre rentabel.* Dette gælder, således som Domstolen har betonet, i særlig grad, når den berørte erhvervsdrivende opnår næsten hele sin omsætning gennem den pågældende salgsmetode [26]. Den mulige nedgang i indførslen hænger således i tilfælde som i sagerne Oosthoeck (salg ved hjælp af tilgift), Buet (dørsalg), Delattre (postordresalg) og Boscher (salg ved auktion) nøje sammen med de hindringer, der følger af de pågældende regler for en (enkelt) erhvervsdrivende i denne sektor [27].

17. På samme måde er visse bestemmelser, der indskrænkede *reklamering for bestemte varer*, blevet anset for at henhøre under artikel 30's anvendelsesområde, fordi det, således som Domstolen har understreget, ikke kunne udelukkes, at ændringen af en reklamekampagnes form eller indhold for de enkelte medlemsstater, hvor der reklameres, kan udgøre en hindring, selv om de pågældende bestemmelser gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer [28].

24 — Jf. dom af 15.12.1982, sag 286/81, Oosthoeck, Sml. s. 4575, hvor den pågældende opfattelse for første gang blev fremført med hensyn til bestemmelser af den art, vi her beskæftiger os med. Jf. desuden dom af 16.5.1989, sag 382/87, Buet, Sml. s. 1235, domme af 21.3.1991, sag C-369/88, Delattre, Sml. I, s. 1487, og sag C-60/89, Monteil og Samanni, Sml. I, s. 1547, dom af 30.4.1991, sag C-239/90, Boscher, Sml. I, s. 2023, og ovennævnte dom af 25.5.1993, Société Laboratoire de Prothèses Oculaires, a.st. På grundlag af de samme overvejelser har Domstolen fastslået, at nationale bestemmelser, der forbyder eller indskrænker bestemte former for reklame, kan begrænse indførslen. Jf. herom ovennævnte dom af 15.12.1982, sag C-286/81, Oosthoeck, a.st., af 7.3.1990, sag 362/88, GB-Inno, Sml. I, s. 667, af 12.12.1990, sag C-241/89, SARPP, Sml. I, s. 4695, af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonesa de Publicidad, Sml. I, s. 4151, og af 18.5.1993, sag C-126/91, Yves Rocher, Sml. I, s. 2361.

25 — Oosthoeck-dommen, a.st., præmis 15.

26 — Jf. dommene i sagerne Buet, Delattre og Boscher, a.st., hhv. præmis 8, 50 og 14.

27 — Det er her passende at præcisere, at salgsmetoderne i sagerne Delattre og Boscher i modsætning til, hvad der gjaldt i sagerne Oosthoeck og Buet, var lovlige i enhver henseende. Reglerne bevirkede dog alligevel en hindring af samhandelen, i det ene tilfælde, fordi de krævede, at sælger inden salget var optaget i handelsregistret på det sted, hvor auktionen blev foretaget (Boscher), og i den anden sag fordi den type varer, der i én medlemsstat retmæssigt blev forhandlet som levnedsmidler eller kosmetika, blev defineret som lægemidler i indførselsmedlemsstaten, hvilket bevirkede, at apotekerne havde monopol på distributionen, og der derfor ikke kunne foretages salg pr. postordre (Delattre). I sidstnævnte sag forelå der, nøjagtigt set, snarere sådanne faktiske omstændigheder som i »Cassis-de-Dijon«-sagen, da der var tale om en forskel mellem retsreglerne, som i sidste ende påvirkede præsentationen af varen.

28 — Jf. præmis 15 i Oosthoeck-dommen; præmis 29 i SARPP-dommen; præmis 10 i Yves Rocher-dommen.

Med den samme begrundelse er følgende forbud blevet erklæret for uforenelige med artikel 30: et forbud mod en bestemt form for reklame i det omfang, dette forbud (også) omfattede en supermarkedskæde, der var etableret i et andet (nabo)land, hvor den pågældende form for reklame var lovlig i enhver henseende [29]; et forbud mod enhver anvendelse af ordet sukker i forbindelse med reklamering for et bestemt produkt, hvorefter den berørte erhvervsdrivende som følge af forskellene i de relevante regler var forpligtet til at ændre indholdet af reklamerne, alt efter hvilken medlemsstat det pågældende produkt blev markedsført i (SARPP-dommen); og endelig et forbud mod en reklame, hvori den gamle pris på en vare var streget over og angivet ved siden af den nye pris, der var trykt med rødt, når der var tale om en reklameform, der var fuldt ud lovlig i oprindelseslandet (Yves Rocher-dommen).

18. Om en foranstaltning er forenelig med artikel 30 og 36, har Domstolen således i det væsentlige undersøgt ud fra de markedsføringsforanstaltninger, der, netop fordi de forbyder anvendelsen af en bestemt form for reklame eller salg, er (eller kan være) egnet til at *vanskeliggøre adgangen til markedet* for de berørte erhvervsdrivende, der er tvunget til at *give afkald på en metode, de retmæssigt benytter i oprindelsesmedlemsstaten.*

Domstolen har i disse tilfælde altså altid lagt vægt på *forskellene i de nationale retsregler* i det omfang, disse forskelle udgør en »hindring« for den berørte erhvervsdrivende og dermed i sidste ende for den vare, han sælger. Den omstændighed, at disse regler behandles anderledes end de under punkt 12-15 nævnte foranstaltninger kunne i situationer af denne art således skyldes den rolle, som forskellene i de nationale retsregler spiller — således forstået som det kommer til udtryk i »Cassis-de-Dijon«-dommen.

19. Domstolen er dog kommet til samme resultat (principiel uforenelighed, medmindre foranstaltningen er begrundet i artikel 36 eller tvingende hensyn) med hensyn til regler, hvor en eventuel forskel i retsreglerne ikke har nogen betydning hverken for produktet som sådan eller for den erhvervsdrivende, der markedsfører det.

Dette er især tilfældet ved regler, der forbeholder én eneste kategori erhvervsdrivende (apotekere, optikere) ret til at sælge bestemte slags varer (lægemidler, kontaktlinser), hvorved det gøres umuligt at sælge disse varer ad andre veje end dem, der er fastsat i loven, og salget derfor drejes i en bestemt retning [30]. Dette er ligeledes tilfældet ved et forbud mod reklame, som gælder i en region inden for en medlemsstats område og i bestemte tilfælde finder anvendelse på alkoholholdige drikkevarer med et alkoholindhold på 23% vol. og derover [31]: Den eneste begrænsning af indførslen ville nemlig kunne indtræde som følge af en generel nedgang i salget, der på sin side beror på det pågældende forbuds påvirkning af efterspørgslen efter de berørte produkter.

29 — GB-INNO-dommen, a.st. I denne dom henviste Domstolen især til, at forbrugernes frihed bringes i fare, når de nægtes adgang til reklamen i købslandet.

30 — Jf. ovennævnte dom af 21.3.1991, sag C-60/89, Monteil og Samanni, og ovennævnte dom i sagen Delattre (begge angående apotekernes monopol) samt den nyeste dom af 25.5.1993, Société Laboratoire de Prothèses Oculaires, a.st., om optikernes monopol.

31 — Aragonesa-dommen af 25.7.1991, a.st.

Samlet billede af retspraksis

20. Dette er altså den ramme, der er afstukket i retspraksis. Man kan konkludere, at Domstolen i det væsentlige har givet tre svar på spørgsmålet, om almindelige foranstaltninger, der regulerer *omstændighederne for udøvelse af handelen* (hvem sælger hvad, samt hvornår, hvor og hvordan må der sælges?) og dermed kun hænger indirekte sammen med indførslerne, alligevel er foranstaltninger med tilsvarende virkning som indførselsrestriktioner og hører under artikel 30's anvendelsesområde:

a) Der er ikke tale om foranstaltninger med tilsvarende virkning, da de ikke kan påvirke samhandelen inden for Fællesskabet.

b) Der er ikke tale om foranstaltninger med tilsvarende virkning, såfremt de påvirkninger af handelen, der følger af dem, ikke overskrider rammerne for de virkninger, som er karakteristiske ved sådanne handelsbestemmelser.

c) Der er tale om foranstaltninger med tilsvarende virkning, såfremt de ikke er begrundet i tvingende hensyn eller i artikel 36.

Kan forskellene mellem disse løsninger have deres forklaring i de forskellige virkninger, de pågældende foranstaltninger har på indførslen? På mig virker det, som om det er de samme kvalificeringskriterier, der går igen i alle de nævnte tilfælde: De virkninger, der begrænser indførslen, indtræder kun eventuelt og er i alle tilfælde af en sådan beskaffenhed, at de rammer de indenlandske og de indførte varer på nøjagtig samme måde; påvirkningen sker (hvis den overhovedet opstår) kun som følge af, at der indtræder en nedgang i salget og ikke på grund af en forskel mellem retsreglerne.

21. Man kunne naturligvis antage, at de forskellige svar retter sig efter den styrke, de (eventuelle) virkninger har, på samme måde som hvis der blev anvendt et *minimums*kriterium; dette afvises dog i Domstolens retspraksis, hvorefter »en national foranstaltning [når den] kan hindre indførslerne, skal ... anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, selv hvis hindringen er ringe og der er andre muligheder for afsætning af de indførte varer« [32]. Det er dog ikke længe siden, at Domstolen atter bekræftede, at EØF-traktatens artikel 30, bortset fra bestemmelser, som kun hypotetisk påvirker handelen i Fællesskabet, ikke sondrer mellem foranstaltninger, der må betragtes som foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, efter hvor meget de påvirker handelen i Fællesskabet [33].

Efter Domstolens opfattelse skulle altså kun de foranstaltninger, der medfører en rent hypotetisk påvirkning af indførslen, ikke høre under artikel 30's anvendelsesområde; det er dog ikke klart, om disse hypotetiske påvirkninger allerede ved en første undersøgelse skal fremtræde som ubetydelige (hvis de indtræder). Det må i denne forbindelse i hvert fald være tilstrækkeligt at henvise til, at det, sådan som jeg ser det, er meget svært, eller endog umuligt, at anvende en *minimums*regel på varehandelens område, også

32 — Jf. dom af 5.4.1984, forenede sager 177/82 og 178/82, Van de Haar, Sml. s. 1797, præmis 13, og af 5.6.1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, præmis 18.

33 — Yves Rocher-dommen af 18.5.1993, a.st., præmis 21.

selv om anvendelsen kun sker inden for visse grænser; for slet ikke at tale om, at det er umuligt at føre bevis for hypotetiske påvirkningers beskaffenhed.

22. Jeg tror i hvert fald ikke, at det foreliggende problem kan behandles og løses alene ud fra synspunktet om påvirkningens beskaffenhed og/eller hypotetiske karakter. Man må snarere tage hensyn til virkningernes særpræg, der, når man betragter spørgsmålet nærmere, kun kan konstateres, hvis der er en forskel mellem retsreglerne.

Ud fra denne synsvinkel er jeg af den opfattelse, at det blandt de omhandlede regler kun er de foranstaltninger, der vedrører salgsmåder eller salgsfremme, som *under visse forudsætninger* fortjener at blive behandlet på en særlig måde, da de rent faktisk kan være af en sådan beskaffenhed, at de på mere karakteristisk og speciel vis er i stand til at påvirke indførslen. Også selv om forbuddet mod en bestemt salgsmetode, som f.eks. dørsalg, ikke er til skade for de indførte varer og ikke vanskeliggør adgangen til markedet for disse [34], kan et sådant forbud nemlig forpligte den berørte erhvervsdrivende til at *ændre en salgsstrategi, han retmæssigt benytter i oprindelsesmedlemsstaten* [35], således at *adgangen til markedet* i den stat, hvor forbuddet gælder, bliver *mindre attraktiv* for den erhvervsdrivende, hvorfor forbuddet set ud fra denne synsvinkel udgør en *»hindring« for varebevægelserne inden for Fællesskabet.*

Med andre ord kan regler af omtalte art, selv om de vedrører varer uafhængigt af deres oprindelse, hindre handelen, fordi de tvinger de erhvervsdrivende til at ændre »la veste commerciale« (marketing) vedrørende de indførte produkter for at opnå, at markedsføringen opfylder bestemmelseslandets forskrifter. I dette tilfælde er *forskellen mellem de nationale retsregler* derfor afgørende, hvis forskellen har en negativ påvirkning for den eller de berørte erhvervsdrivende; hvis dette er tilfældet, vender man igen i det væsentlige tilbage til den logiske og juridiske model for princippet om gensidig anerkendelse (dommen i »Cassis-de-Dijon«-sagen). Og Domstolens praksis om salgsmetoder og salgsfremme kan forstås på netop denne måde [36].

23. Ud over en sådan antagelse, hvis rigtighed under alle omstændigheder ville skulle bevises fra sag til sag, må jeg indrømme, at jeg ikke kan få øje på nogen omstændigheder, der kan forklare den vekslende holdning, Domstolen har udtrykt i de først omhandlede retssager. Jeg må nemlig konstatere, at såvel forbuddet mod salg af pornografiske artikler i uautoriserede forretninger som forbuddet mod salg af lægemidler uden for apoteket medfører, at salget styres i en bestemt retning. Og såvel den foranstaltning, Oebelsagen angik, som de foranstaltninger, der blev påtalt i retssagerne vedrørende forretningers åbning om søndagen, bevirker, at der ikke må ske salg på bestemte tidspunkter (eller bestemte dage).

34 — Set herudfra er det klart, at regler af denne art højst bevirker, at salget drejes i en bestemt retning, for så vidt som en bestemt vare kun kan sælges i forretninger og ikke ad andre veje.

35 — Domstolens praksis klarlægger rent faktisk ikke udtrykkeligt, om der er tale om en vares oprindelsesmedlemsstat eller om den medlemsstat, den erhvervsdrivende kommer fra. Det er klart, at problemstillingen former sig forskelligt i de to tilfælde.

36 — Jf. punkt 16, 17 og 18.

Det er utvivlsomt rigtigt, at den retning, der fører fra Oebel-dommen til Sheptonhurst-dommen, og den retning, der vedrører salg om søndagen, slet ikke er så langt fra hinanden; og dette gælder ikke kun med hensyn til det resultat, man når frem til. I begge tilfælde omfatter Domstolens svar nemlig kun en marginal kontrol — en første undersøgelse, der koncentreres om det fornuftige i den pågældende foranstaltning, idet der især tages hensyn til den karakter (udelukkende indirekte og vage) af sammenhængen med indførslen og til de eventuelle hindringer for indførslerne. Når der ses bort fra de anvendte reglers forskellighed og det resultat, man er nået frem til, bliver der det tilbage, at man i én sag har fastslået, at de pågældende foranstaltninger per se ikke udgør foranstaltninger med tilsvarende virkning, mens man i en anden sag har afgjort, at foranstaltningerne principielt henhører under artikel 30.

24. Det er endnu sværere at forstå den forskellige opfattelse i sager som på den ene side dem vedrørende forretningers åbning om søndagen og på den anden side dem angående apotekeres og optikeres monopol samt vedrørende reklameforbuddet i Aragonesa-dommen. Selv om Domstolen nemlig er gået ud fra nøjagtigt det samme præmis (foranstaltninger, der kan medføre en nedgang i salget og dermed i indførslen, i tilfælde, hvor en eventuel forskel mellem retsreglerne ikke spiller nogen rolle), er den nået frem til resultater, der er grundlæggende forskellige: I det første tilfælde var efterprøvelsen, som vi har set det, centreret om det fornuftige i den pågældende foranstaltning, og der blev i denne forbindelse taget hensyn til de mulige konsekvenser for indførslen; i det andet tilfælde blev der foretaget en »klassisk« undersøgelse i henhold til artikel 36.

Men så kan man lige så godt undlade enhver form for dialektiske øvelser og fjerne de nationale regler, der ikke har med handelen at gøre, og i særdeleshed dem, der ikke vedrører harmonisering af markederne, fra artikel 30's anvendelsesområde.

Vedrørende grænserne for begrebet »foranstaltninger med tilsvarende virkning«

25. Den manglende sammenhæng og den påviste modstrid forstærker behovet for klarhed gennem angivelse af kriterier, der er så nøjagtige og entydige som muligt, og frem for alt for en bevidst og udtrykkelig, grundlæggende beslutning om, hvorvidt det er nødvendigt (og formålstjenligt?) at undersøge de konkrete foranstaltningers karakter i forhold til artikel 30. Herved skal det forhindres, at der opstår forvirring hos de berørte erhvervsdrivende, der i den nuværende situation opmuntres til at anfægte de mest forskelligartede foranstaltninger (som, vel at mærke, indskrænker deres handelsfrihed), ene og alene fordi det ikke på forhånd kan udelukkes, at foranstaltningerne på en eller anden måde påvirker indførslen.

Efter min mening kan det kriterium, der nævnes i Dassonville-dommen, ikke fortolkes således, at en potentiel nedgang i indførslerne, som ene og alene beror på en generel (eventuel) nedgang i salget, kan udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion.

Jeg tror nemlig, at foranstaltninger, der vedrører betingelserne for at udøve handelsvirksomhed, principielt skal anses for ikke at henhøre under artikel 30's anvendelsesområde, såfremt de ikke tilsigter at regulere handelen og er uden sammenhæng med, om de nationale regler er forskellige eller ens, og såfremt de ikke er af en sådan art, at de gør

de berørte erhvervsdrivendes adgang til markedet mindre rentabel og dermed indirekte vanskeliggør adgangen til markedet for de pågældende varer. Denne løsning, der bygger på princippet om gensidig anerkendelse, genspejler således den tankegang, der ligger til grund for holdningen i »Cassis de Dijon«-dommen, og sætter på ingen måde på ny spørgsmålstegn ved selve tanken om samordning.

26. Det er klart, at denne opfattelse i hvert fald delvist er udtryk for en holdningsændring i forhold til de standpunkter, jeg allerede har fremsat vedrørende dette emne (forslag til afgørelse i sagerne Buet, Delattre, Moteil og Samanni, SARPP, Boscher samt Société Laboratoire de Prothèses Oculaires).

Jeg opfordrer i dag Domstolen til at foretage den samme kursændring, og gøre det på en klar og udtrykkelig vis, der er formålstjenlig.

Og jeg vil ikke lægge skjul på, at den fortolkning, jeg nu foreslår, medfører, at visse domme, der ikke hører til de mest ubetydelige, bliver »overruled« [37]; set i forhold til den fornuftige udvikling i tilslutning til »Cassis de Dijon«-dommen ville en sådan kursændring dog langt fra udgøre et skridt tilbage, men derimod føre artikel 30, således som bestemmelsen blev fortolket i dommen Dassonville, tilbage til sin naturlige funktion og undgå, at artiklen anvendes på en, efter min mening, fuldstændig forkert måde.

27. Ellers ville artikel 30 nemlig ikke blive påberåbt og brugt til bestemmelsens egentlige formål, men blive benyttet til at gøre det muligt for visse erhvervsdrivende at frigøre sig fra anvendelsen af *nationale normer*, der, idet de regulerer en bestemt aktivitet, *indskrænker disse erhvervsdrivendes handelsfrihed*, dette være sig gennem fastsættelse af forretningernes åbningstid, gennem kravet om en forudgående godkendelse af udøvelsen af en bestemt aktivitet (eller endog et næringsbrev), eller gennem erhvervsmæssige (eventuelt også tekniske) vilkår for den person, der vil sælge en bestemt type varer.

Ud fra denne synsvinkel kan jeg heller ikke afholde mig fra at henvise til, at en sådan anvendelse af artikel 30 ville medføre, at bestemmelserne i EØF-traktaten om tjenesteydelser og om etableringsfriheden mistede deres indhold eller i hvert fik forringet deres værdi. Lad mig forklare dette: Den handlende, som også vil sælge varer om søndagen, eller den apoteker, der vil reklamere for artikler, som sædvanligvis forhandles på et apotek, påberåber sig hverken mere eller mindre retten til *frit at udøve sit handelsvirke*. Det er således kun for at frigøre sig fra visse fastsatte krav, at den handlende påberåber sig bestemte forskrifters uforenelighed med bestemmelserne om varebevægelserne. Ved en nærmere betragtning er der dog tale om begrænsninger, der snarere angår tjenesteydelser og etablering, dvs. om bestemmelser, den handlende ikke kan påberåbe sig af den enkle grund, at de befinder sig i rent nationalt regi.

Relevant er i denne henseende dommen i Gauchard-sagen [38], der drejede sig om en bestemmelse, i henhold til hvilken en åbning eller udvidelse af salgsarealer over en vis størrelse kun kunne ske efter en forudgående

37 — Ud over til dommene vedrørende forretningers åbning om søndagen refererer jeg her til dommene i sagerne Delattre samt Monteil og Samanni angående monopolet på salg af lægemidler, til dommen i sagen LPO vedrørende optikernes monopol, samt til Aragonesa-dommen. Hvad angår den gruppe af domme, der vedrører metoderne til salgsfremme, henviser jeg derimod til mine angivelser i fodnote 35.

38 — Dom af 8.12.1987, sag 20/87, Sml. s. 4879. Jf. også dom af 20.4.1988, sag 204/87, Bekaert, Sml. s. 2029.

tilladelse. Domstolen kom med rette slet ikke ind på, om denne bestemmelse eventuelt var uforenelig med artikel 30 (på trods af, at dette aspekt blev omtalt udførligt i generaladvokatens forslag til afgørelse), men anførte, at den pågældende bestemmelse skulle undersøges set i relation til bestemmelserne om etablering, og kom til det resultat, at disse bestemmelser ikke kunne anvendes, da der var tale om et rent nationalt sagsforhold.

28. Alt i alt er jeg overbevist om, at Dassonville-kriteriet ikke kan og skal forstås således, at begrebet »foranstaltninger med tilsvarende virkning« også omfatter de nationale regler, der, fordi de har indflydelse på udbuddet og/eller efterspørgslen og dermed — men kun af denne grund — påvirker omfanget af salget, kan medføre en nedgang i indførslen, dvs. uden at der foreligger en eller anden hindring for varebevægelserne inden for Fællesskabet, og uden at der er nogen form for sammenhæng med forskellene mellem retsreglerne.

Jeg mener nemlig, at formålet med artikel 30 er at sikre de frie varebevægelser med henblik på at skabe et samordnet indre marked, idet man fjerner de nationale foranstaltninger, der på en eller anden måde hindrer eller blot vanskeliggør varebevægelserne. Formålet med artikel 30 er derimod ikke at forbyde de mest forskelligartede foranstaltninger for i sidste ende at sikre den størst mulige udvidelse af handelen. Det er for så vidt også betegnende, at apotekerne i den foreliggende sag, når de påberåber sig deres ret til at reklamere for de omhandlede varer, ikke gør gældende, at der foreligger en indførselshindring som følge af den påtalte foranstaltning, men derimod fremfører, at de tilføjes skade i forhold til *andre salgssteder*, der forhandler de samme varer.

29. Med hensyn til den foranstaltning, der påtales i den konkrete sag, må det, set i lyset af de foregående bemærkninger, konstateres, at foranstaltningen

a) vedrører reklame, som en bestemt kategori af forretninger foretager for bestemte varer

b) anvendes uden forskel

c) ikke gør adgangen til markedet eller markedsføringen af indførte varer mere bekostelig eller vanskelig end for indenlandske varers vedkommende

d) kun eventuelt begrænser indførslen, fordi den også eventuelt begrænser salget, og

e) tillige også ville have denne virkning, såfremt en tilsvarende foranstaltning gjaldt i den pågældende vares oprindelsesland.

Henset til disse omstændigheder skal den foreliggende foranstaltning anses for ikke at henhøre under artikel 30's anvendelsesområde, da den ikke udgør en handelshindring i denne bestemmelses forstand.

30. Hvis Domstolen derimod skulle være af den opfattelse, at den foranstaltning, der her er tale om, er egnet til at hindre handelen i artikel 30's forstand, kan den hverken begrundes med tvingende hensyn eller med en af undtagelserne i artikel 36. Det virker

rent faktisk fuldstændig ubegrundet at påberåbe sig kravet om beskyttelse af menneskers sundhed, sådan som det et sket her, for at retfærdiggøre foranstaltningen.

Efter min mening kan man ikke være enig i den opfattelse, Landesapothekerkammer har fremført, hvorefter det konkrete reklameforbud er nødvendigt for at sikre den retmæssige forsyning med lægemidler og for at forhindre, at billedet af en apoteker ikke længere modsvarer dennes traditionelle opgaver.

31. Det er derimod klart, at et sådant forbud i det mindste er uforholdsmæssigt set i forhold til det mål, der forfølges, da det — således som det fremgår af den foreliggende sags akter — kun er tilladt at sælge de pågældende varer i det omfang, salget ikke påvirker den retmæssige drift af apoteket. Det tilsigtede mål kan dog opnås for eksempel ved at fastlægge en maksimumsgrænse for salg af andre varer end lægemidler eller ved at iværksætte disciplinære foranstaltninger over for de apotekere, der koncentrerer deres virke om salg af disse varer.

Ud fra denne synsvinkel kan resultatet kun blive, at foranstaltningen er uforenelig med fællesskabsretten.

En sidste mulighed ville være at begrunde den omhandlede foranstaltning ud fra apodiktiske formler, der også findes i visse af de ovenfor nævnte domme. I det konkrete tilfælde kan jeg dog, som det fremgår af de foregående overvejelser, heller ikke tilslutte mig denne opfattelse.

32. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare spørgsmålet fra Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg som følger:

»EØF-traktatens artikel 30 skal fortolkes således, at en national regel, hvorefter det forbydes apotekere at reklamere uden for apoteket for varer, der sædvanligvis forhandles på et apotek, ikke udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion.«