FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 29. juni 1989 *

Høje Domstol.

1. I nærværende præjudicielle sag skal Domstolen på ny tage stilling til rækkevidden af EØF-Traktatens artikel 30. Domstolen skal afgøre, om forbuddet i nævnte artikel mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner også finder anvendelse på en national forskrift, hvorefter det principielt er forbudt at sælge varer om søndagen.

Sagens baggrund

2. Hovedsagen er en straffesag, som en britisk kommune, Torfaen Borough Council (herefter benævnt »kommunalbestyrelsen«) har rejst mod en stor virksomhed, der driver gør-det-selv-forretninger, B & Q PLC (herefter benævnt »B & Q«).

B & Q er tiltalt for overtrædelse af Section 47 og Section 59 i *United Kingdom Shops Act 1950* (herefter benævnt »Shops Act«), idet virksomheden har holdt sin forretning i Cwmbran åben for kunder om søndagen.

Med hensyn til ordlyden af de relevante bestemmelser i Shops Act henviser jeg til retsmøderapportens afsnit I, punkt 2. Som anført i retsmøderapporten findes der en række undtagelser fra det omhandlede forbud; det bestrides i øvrigt ikke, at loven i vidt omfang ikke overholdes, og at den mange steder kun anvendes sporadisk. Det skal endvidere bemærkes, at loven ikke gælder i Skotland.

3. Det er mellem parterne i hovedsagen uomtvistet, at B & Q har overtrådt de omtalte bestemmelser i Shops Act, og at den eneste omstændighed, der kan gøre B & Q's forhold straffrit, muligvis findes i EØF-Traktatens artikel 30. Der er heller ingen uenighed mellem parterne vedrørende de oplysninger, som B & Q har fremlagt til støtte for sine anbringender om virkningerne af forbuddet mod søndagshandel for indførslerne fra andre medlemsstater. Hovedindholdet af disse oplysninger, som den forelæggende ret har lagt til grund som en del af sagens faktum [1], er følgende:

1) ... (uden betydning).

2) ... (uden betydning).

3) I 1987-1988 købte B & Q varer fra andre medlemsstater til en værdi af over 40 000 000 UKL. Dette svarer til ca. 10% af B & Q's samlede totale indkøb i nævnte periode.

4) Som følge af håndhævelsen af forbuddet mod søndagshandel har der været en betydelig og vedvarende nedgang i salget i

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Se forelæggelseskendelsens punkt 7.

en række af B & Q's forretninger (herunder forretninger i Cwmbran). Det fremgår af det foreliggende materiale, at dette omsætningstab ikke er blevet rettet op med tiden, men har varet ved. Det gennemsnitlige omsætningstab for de pågældende forretninger i 1986-1987 og 1987-1988 er næsten 23%.

5) Salgsnedgangen er generel i den forstand, at hele B & Q's varesortiment har været berørt i større eller mindre grad.

6) Nedgangen er blevet bekræftet i forbindelse med en kontrol af, hvor mange ordrer B & Q har afgivet til nogle af virksomhedens EØF-leverandører i tiden efter, at et antal forretninger havde holdt søndagslukket. Der konstateredes en væsentlig nedgang i antallet af sådanne ordrer.

7) ... (uden betydning).

8) Det fremgår af det anførte, at håndhævelsen af forbuddet mod søndagshandel indirekte fører til en reel nedgang i indførslerne til Det Forenede Kongerige fra andre medlemsstater af en række varer, som sælges i B & Q's forretninger.

4. Den forelæggende ret har på denne baggrund besluttet at forelægge Domstolen tre spørgsmål vedrørende Shops Act 1950's forenelighed med EØF-Traktatens artikler 30 og 36. Spørgsmålene lyder som følger:

»1) Såfremt der i en medlemsstat gælder et forbud mod, at detailforretninger holdes åbne om søndagen med henblik på salg af varer til kunder — dog at visse, nærmere angivne artikler lovligt kan sælges — og forbuddet bevirker en reel nedgang i vareomsætningen i de nævnte forretninger, herunder af varer fremstillet i andre medlemsstater, samt en tilsvarende nedgang i vareindførslerne fra andre medlemsstater, er et sådant forbud da en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion som omhandlet i Traktatens artikel 30?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, er en sådan foranstaltning da omfattet af nogen af undtagelserne i artikel 36 fra bestemmelsen i artikel 30 eller af nogen anden undtagelse med hjemmel i fællesskabsretten?

3) Foreligger der — af betydning for svaret på spørgsmål 1 eller spørgsmål 2 — noget forhold, som bevirker, at den omhandlede foranstaltning må betragtes som et middel til vilkårlig forskelsbehandling, som en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne eller som en uforholdsmæssig eller af anden grund uretmæssig foranstaltning?«

I — *Første spørgsmål*

5. Domstolen må ved det første spørgsmål lægge til grund, at forbuddet mod søndagshandel »bevirker en... nedgang i vareomsætningen... af varer fremstillet i andre medlemsstater, samt en tilsvarende nedgang i vareindførslerne fra andre medlemsstater«.

Der sigtes med denne del af spørgsmålet til en omstændighed, der er lagt til grund som faktum i forelæggelseskendelsen [jfr. ovenfor i afsnit 3, pkt. 6) og 8)], nemlig at håndhævelsen af forbuddet mod søndagshandel indirekte fører til en reel nedgang i indførslerne til Det Forenede Kongerige fra andre medlemsstater af en række varer, som sælges i B & Q's forretninger.

Forelæggelseskendelsen fra Cwmbran Magistrates' Court er en såkaldt »consent order«, dvs. at parterne er enedes om kendelsens indhold, herunder formuleringen af de præjudicielle spørgsmål. Det fremgår imidlertid af de skriftlige indlæg fra kommunalbestyrelsen og den britiske regering såvel som af proceduren under den mundtlige forhandling, at det i en række henseender stadig er omtvistet, hvorledes Domstolen skal forstå det første præjudicielle spørgsmål.

Bør forelæggelseskendelsen »omformuleres«?

6. *For det første* har Det Forenede Kongeriges regering anført, at det ikke er bevist, at B & Q den pågældende søndag solgte varer, der var fremstillet i andre medlemsstater. Det Forenede Kongerige har i øvrigt anført, at eftersom Shops Act ikke kriminaliserer handel, men derimod selve det at holde en forretning åben, har B & Q under alle omstændigheder overtrådt loven, og de præjudicielle spørgsmål er ikke nødvendige, for at hovedsagen kan afgøres. Det Forenede Kongerige anmoder under alle omstændigheder Domstolen om at fastslå, at der kun kan opstå spørgsmål om traktatstridighed i forbindelse med de omhandlede bestemmelser i Shops Act 1950 i det omfang, hvori disse bestemmelser finder anvendelse på indførte produkter.

For det andet har Det Forenede Kongeriges regering og kommunalbestyrelsen anført, at det ikke er bevist, at de omtvistede Shops Act-bestemmelser faktisk begrænser de samlede indførsler til Det Forenede Kongerige (jfr. retsmøderapporten, afsnit II, pkt. 1 og 3).

For det tredje har Det Forenede Kongeriges regering og kommunalbestyrelsen i retsmødet anført et yderligere argument til støtte for, at Domstolen efter disse parters opfattelse ikke bør lægge nogen vægt på den forelæggende rets antagelse om, at Shops Act påvirker indførslerne til Det Forenede Kongerige. Den virkning, der nævnes i forelæggelseskendelsen, er efter deres opfattelse irrelevant, da den kun gør sig gældende i forhold til én erhvervsdrivende, og der intet foreligger om, at den berører et bestemt produkt.

7. Jeg finder ikke nogen af disse tre argumenter overbevisende. Med hensyn til relevansen eller nødvendigheden af dette præjudicielle spørgsmål kan jeg fatte mig i korthed. Som Det Forenede Kongerige selv har anført, tilkommer det alene den forelæggende ret at tage stilling til, om et præjudicielt spørgsmål er nødvendigt eller relevant [2].

Anbringendet om, at en national foranstaltning kun kan anses for at stride mod artikel 30, for så vidt som den finder anvendelse på indførte produkter, er korrekt i den forstand, at artikel 30 (eller enhver anden bestemmelse i fællesskabsretten) ikke finder anvendelse på »rent interne« retsforhold [3].

2 — Dette princip blev allerede fastslået i Domstolens tidligste praksis og er aldrig blevet anfægtet. Jfr. f. eks. dom af 19. december 1968 (sag 13/68, Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553, jfr. navnlig s. 555), og dom af 30. april 1986 (de forenede sager 209-213/84, Asjes, Sml. 1986, s. 1457, jfr. præmis 10). Domstolen har kun fraveget dette princip i ganske særlige tilfælde. Jfr. Foglia I-dommen af 11. marts 1980 (sag 104/79, Sml. 1980, s. 745), navnlig præmisserne 6-11, og Foglia II-dommen af 16. december 1981 (sag 244/80, Sml. 1981, s. 3045).

3 — Jfr. f. eks. dom af 8. december 1987 i sag 20/87 (Gauchard, Sml. s. 4879), navnlig præmisserne 10-12.

Dette er ikke forholdet i nærværende sag: Det fremgår klart af ordlyden af det første spørgsmål og af de faktiske omstændigheder, at der foreligger et »grænseoverskridende aspekt«.

Det andet anbringende forekommer mig at være endnu mindre foreneligt med Domstolens praksis. Domstolen har i Dassonville-dommen klart udtalt — og siden stedse fastholdt — at der ved foranstaltning med tilsvarende virkning skal forstås »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller *potentielt kan* hindre samhandelen i Fællesskabet« [4]. I overensstemmelse hermed har Domstolen i praksis statueret, at en erhvervsdrivende, der anfægter en national foranstaltning med den begrundelse, at den udgør en ulovlig foranstaltning med tilsvarende virkning, ikke behøver at bevise, at foranstaltningen *faktisk og generelt* hindrer samhandelen inden for Fællesskabet. Domstolen har forkastet en argumentation, hvorved man på grundlag af statistiske oplysninger søgte at bevise, at indførslen af det pågældende produkt var forøget, og den har heller ikke tillagt det nogen betydning, at den omhandlede hindring muligvis opvejes af andre faktorer [5]. Dette er også logisk: Uden den restriktive foranstaltning kunne indførslerne måske forøges *endnu mere*.

De eneste tilfælde, hvor Domstolen har tiltrådt, at en foranstaltning kunne antages at falde uden for artikel 30's anvendelsesområde på grund af foranstaltningens faktiske virkninger, udgøres af de sager, hvori Domstolen har statueret, at de omhandlede bestemmelser ikke *kunne* begrænse importen eller eksporten mellem medlemsstater [6], eller hvori den omhandlede foranstaltning »i realiteten ingen forbindelse [har] med indførslen af varerne« [7]. De faktiske omstændigheder i de nævnte domme var meget specielle: der var i alle sager tale om foranstaltninger, hvorom Domstolen på grundlag af en empirisk bedømmelse fastslog, at de ikke påvirkede eller ikke kunne påvirke samhandelen inden for Fællesskabet. Den britiske regering og kommunalbestyrelsen har givet udtryk for, at Domstolen i nærværende sag har at gøre med et lignende forhold, og at de nævnte domme derfor er afgørende for besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål. Det mener jeg ikke er rigtigt: Den forelæggende ret har således fastslået, at der er sket en vis nedgang i indførslerne til Det Forenede Kongerige som følge af forbuddet mod søndagshandel. Det vil følgelig af Domstolen være at lægge til grund, at der er årsagsforbindelse mellem de omtvistede bestemmelser og nedgangen i indførslerne; en sådan forbindelse forelå ikke i sagerne Oebel, Blesgen og Forest.

8. Jeg er heller ikke enig i det tredje anbringende vedrørende »relevansen« af de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har lagt til grund. Det fremgår af Domstolens praksis, at selv om en handelshindring kun foreligger i forhold til en enkelt erhvervsdrivende, kan de forskrifter, der bevirker hindringen, være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 30 [8]. Efter min mening er dette velbegrundet. Den fortolkning af fællesskabsretten, der gives i en præjudiciel dom, står vel ved magt »erga omnes«, men dommen afsiges med henblik på anven-

4 — Dom af 11. juli 1974, sag 8/74, Sml. 1974, s. 837, jfr. præmis 5 (mine fremhævelser).

5 — Jfr. dom af 24. november 1982 i sag 249/81 (Kommissionen/Irland, Sml. 1982, s. 4005), jfr. præmisserne 22-27.

6 — Dom af 14. juli 1981, sag 155/80 (Oebel, Sml. 1981, s. 1993), jfr. præmis 20.

7 — Dom af 31. marts 1982, sag 75/81 (Blesgen, Sml. 1982, s. 1211), jfr. præmis 9; jfr. endvidere dom af 25. november 1986, sag 148/85 (Forest, Sml. 1986, s. 3449), i hvis præmis 19 Domstolen fastslog: »følgelig er en sådan... ordning... i virkeligheden klart uden betydning for importen..., og den kan derfor ikke begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne«.

8 — Det nyeste eksempel er dom af 16. maj 1989 i sag 382/87 (Buet, Sml. s. 1235), jfr. navnlig dommens præmis 7.

delsen af en national forskrift på et klart afgrænset faktisk sagsforhold, som foreligger i hovedsagen. Det er givetvis ikke altid muligt (og heller ikke ønskeligt), at Domstolen i en præjudiciel dom tager stilling til sagsforhold, der ikke omfattes af sagsforholdet i hovedsagen, og hvor de præcise faktiske omstændigheder ikke er oplyst eller ikke tilstrækkeligt oplyst.

Jeg må endelig også tage afstand fra anbringendet om, at der i nærværende sag som følge af Shops Act-bestemmelsernes generelle indhold ikke kan antages at foreligge en restriktion vedrørende et bestemt produkt. Det i nærværende sag rejste spørgsmål er, om de omtvistede bestemmelser medfører en handelshindring i betydningen i artikel 30 *i forhold til de varer, der sælges af B & Q*. Den forelæggende ret har her udtrykkeligt lagt til grund, at dette er tilfældet[9].

Indeholder Shops Act »bestemmelser for handelen«?

9. På grundlag af det ovenfor anførte finder jeg ikke, at der foreligger tilstrækkeligt grundlag for at forkaste den forelæggende rets antagelser vedrørende faktum som irrelevante og omformulere det første spørgsmål.

Det omtvistede spørgsmål er herefter, om nationale bestemmelser — og i bekræftende fald hvilke bestemmelser — som er påvist at have en vis importbegrænsende virkning, alligevel kan falde uden for anvendelsesområdet for EØF-Traktatens artikel 30. Ifølge B & Q kan dette ikke forekomme: de omtvistede bestemmelser i Shops Act 1950 må i det hele vurderes i lyset af det princip, der er fastslået i Dassonville-dommen, og rammes derfor umiddelbart af forbuddet i artikel 30. Både kommunalbestyrelsen, den britiske regering og Kommissionen har imidlertid hævdet, at det nævnte princip *enten* ikke finder anvendelse i nærværende sag, *eller* at det ikke følger af princippet, at de omtvistede bestemmelser er omfattet af artikel 30's anvendelsesområde.

10. *Kommunalbestyrelsen* har anført, at de omtvistede forskrifter ikke er »bestemmelser for handelen« i betydningen i Dassonville-dommen, men henhører under de »offentligretlige ordensforskrifter«, hvor medlemsstaternes kompetence står ved magt i henhold til artikel 30. I kommunalbestyrelsens indlæg defineres begrebet »offentligretlige ordensforskrifter« eller »offentlig reguleringslovgivning« først og fremmest på grundlag af de virkninger, som en forskrift af denne art kan have. Disse bestemmelser har kun fjern forbindelse med samhandelen inden for Fællesskabet, og deres restriktive virkninger er den uundgåelige følge af den almindelige regulering af samfunds- og erhvervslivet. Kommunen har anført, at sådanne bestemmelser ikke rammes af forbuddet i artikel 30, såfremt de anvendes uden forskel (dette er ifølge kommunen bekræftet ved de tidligere nævnte domme i Oebel- og Blesgen-sagerne).

11. *Det Forenede Kongeriges regering* — som ikke argumenterer ud fra begrebet »offentlig reguleringsforskrift« — har gjort gældende, at Domstolen i sin praksis vedrørende EØF-Traktatens artikel 30 sondrer mellem forskrifter, der gælder for et bestemt produkt, og bestemmelser af generelt indhold. For så vidt angår de førstnævnte bestemmelser, fører en forskel mellem de gældende nationale forskrifter næsten uundgåeligt til en hin-

9 — Jfr. ovenfor pkt. 3, 8. Den forelæggende ret har, for så vidt angår denne del af faktum, bl. a. henholdt sig til en erklæring fra en nederlandsk B & Q-leverandør (jfr. bilag 4 til forelæggelseskendelsen), ifølge hvilken B & Q's bestillinger hos leverandøren var faldet med 31,5% i den periode, hvorunder forbuddet mod søndagshandel blev håndhævet.

dring for samhandelen over grænserne. Ved bestemmelser af generelt indhold fremgår det derimod af Domstolens praksis, at de ikke er omfattet af anvendelsesområdet for EØF-Traktatens artikel 30, medmindre de er diskriminerende eller faktisk stiller indførte produkter ringere end indenlandske produkter. Bestemmelserne om arbejds- eller åbningstid eller forskrifter om, hvilke produkter der må sælges via bestemte afsætningskanaler, henhører under den almindelige samfunds- og erhvervsregulering. Selv om bestemmelserne måtte have en vis restriktiv virkning, forhindrer de ikke indførsel eller salg af importerede produkter; deres virkning (hvis de overhovedet har nogen) kan ikke påvises præcist.

12. Efter min mening kan der indvendes adskilligt mod kommunalbestyrelsens og Det Forenede Kongeriges regerings opfattelse. Det er på ingen måde let at anvende det sondringskriterium, som de foreslår. Hvad er en »fjern forbindelse med samhandelen inden for Fællesskabet«, »almindelig regulering« eller »forskrifter af generelt indhold«? Hvor mange produkter eller brancher skal en bestemmelse vedrøre, for at den kan betragtes som og behandles som en bestemmelse af generelt indhold?

Et mere væsentligt spørgsmål er imidlertid, om den førnævnte opfattelse er forenelig med Domstolens praksis. Domstolens praksis giver ingen støtte for at anerkende en ny gruppe (offentligretlige) foranstaltninger, der på den ene side regulerer fremstilling og salg af varer, men på den anden side ikke er bestemmelser for handelen. Dette er for nylig principielt fastslået i Domstolens dom af 18. maj 1989 i Pharmaceutical Society-sagen [10], hvori Domstolen fastslog, at en bestemmelse, hvorefter en apoteker kun må udlevere et lægemiddel af det navn, som er angivet i recepten, kunne udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning. Der var imidlertid tale om en »neutral« fagetisk bestemmelse, som ikke havde nogen påviselig forbindelse med indførslen af varer. Domstolen, der herved henholdt sig til det faktum, at indførslen af udenlandske lægemidler praktisk talt var ophørt, efter at bestemmelsen havde været i kraft en kort tid, fastslog imidlertid, at det ikke kunne udelukkes, at bestemmelsen kunne hindre samhandelen inden for Fællesskabet; Domstolen tog ikke stilling til, hvorledes bestemmelsen skulle karakteriseres (om der var tale om en bestemmelse for handelen) [11]. Et andet eksempel foreligger i dommen i Buet-sagen [12], hvori Domstolen statuerede, at en fransk bestemmelse om forbud mod dørsalg af »pædagogisk materiale« måtte anses for en hindring for indførsel af undervisningsmateriale til indlæring af et fremmed sprog (jfr. dommens præmisser 7-9).

De nævnte domme indeholder en nyttig understregning af, at bedømmelsen af nationale forskrifter i forhold til EØF-Traktatens artikel 30 principielt skal tage hensyn til disse forskrifters (handelsbegrænsende) *virkninger* og ikke deres indhold (generelt eller vedrørende et bestemt produkt). Selv om det er lettere at bevise, at der foreligger en hindring i forbindelse med en bestemmelse for et bestemt produkt end ved en ge-

10 — Dom i de forenede sager 266 og 267/87 (Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, Sml. s 1295).

11 — Se derimod generaladvokat Darmons (afvigende) forslag til afgørelse af 10. marts 1989, navnlig punkt 19-28.

12 — Dom af 16. maj 1989, nævnt ovenfor i note 8.

nerel bestemmelse, kan jeg imidlertid ikke indse, hvorfor en bestemmelse af generel karakter ikke skulle kunne skabe en hindring for samhandelen lige så vel som en bestemmelse vedrørende et bestemt produkt.

De forskellige grupper »bestemmelser, der anvendes uden forskel«

13. Som indledning til dette afsnit skal jeg i korthed omtale Kommissionens indlæg. Kommissionen tager udgangspunkt i den almindeligt accepterede sondring mellem »diskriminerende bestemmelser« og »bestemmelser, der finder anvendelse uden forskel«. Inden for denne anden gruppe sondrer Kommissionen mellem tre forskellige grupper på grundlag af de omhandlede bestemmelsers indhold. Den *første gruppe* omfatter forskrifter, der regulerer de krav (art eller sammensætning, størrelse, udformning, emballage, etikettering og benævnelse), som produkter skal opfylde for at kunne bringes på markedet. En forskel mellem de forskellige nationale forskrifter fører i denne gruppe uundgåeligt til samhandelshindringer, fordi varer, der er forskriftsmæssigt fremstillet eller markedsført i eksportmedlemsstaten, på grund af forskellen må tilpasses for at kunne sælges i importmedlemsstaten. Den *anden gruppe* omfatter bestemmelser, der forbyder indførsel og fremstilling (eller simpelthen salg) af visse produkter. Sådanne bestemmelser indebærer et ubetinget forbud mod at indføre de omhandlede produkter og kan derfor snarere betragtes som kvantitative restriktioner end som foranstaltninger med tilsvarende virkning. Den *tredje gruppe* vedrører de omstændigheder (sted, tid, måde, af hvem), hvorunder produkterne må sælges eller anvendes. Begrænsninger i forretningers åbningstider hører klart til sidstnævnte gruppe.

Kommissionen har anført, at foranstaltningerne inden for den tredje gruppe har en fjernere forbindelse med indførslen af varer. Disse foranstaltninger hindrer ikke indførslen, men de kan bevirke en nedgang heri som følge af de begrænsninger, som de fastsætter vedrører afsætnings- og anvendelsesmulighederne (og dermed for efterspørgslen) for de produkter, som de omfatter. Sådanne begrænsninger er imidlertid af en ganske anden art end begrænsningerne ved de to første grupper: mens begrænsningerne ved de to første grupper skyldes forskellene mellem de forskellige nationale forskrifter, skyldes begrænsningerne ved gruppe tre selve det forhold, at bestemmelserne findes; en eventuel forskel er i så henseende uden betydning. Kommissionen har i Domstolens praksis fundet tre sager, hvori den mener, at Domstolen har taget stilling til bestemmelser, der hører til den tredje gruppe, nemlig Oebel-[13], Blesgen-[14] og Forest-[15]dommene. Efter Kommissionens opfattelse er disse domme også afgørende for nærværende sag.

14. Før jeg anfører min egen opfattelse, finder jeg det relevant at gøre opmærksom på, at man kan se en klar udvikling i Domstolens praksis vedrørende nationale foranstaltninger, der omfattes af EØF-Traktatens artikel 30. Det har fra første færd stået fast, at en national foranstaltning, der medfører *forskelsbehandling* (efter bestemmelserne selv eller, som det hurtigt blev fastslået, via disses virkninger) af importerede produkter, dermed rammes af forbuddet i artikel 30. I denne situation — som ikke foreligger i nærværende sag — har Domstolen indtaget det standpunkt, at en sådan foranstaltning kun kan begrundes under henvisning til en

13 — Dom af 14. juli 1981, nævnt ovenfor i note 6.

14 — Dom af 31. marts 1982, nævnt ovenfor i note 7.

15 — Dom af 25. november 1986, nævnt ovenfor i note 7.

af de legitimerende omstændigheder i artikel 36.

15. Domstolen har dernæst også anset forbuddet efter artikel 30 for anvendeligt på foranstaltninger, der anvendes uden forskel på indenlandske og importerede varer. Der er her tale om foranstaltninger, der med sikkerhed ikke har noget diskriminerende mål eller sigte, men som *faktisk virker mere byrdefulde* for importerede produkter end for indenlandske produkter; foranstaltningerne stiller med andre ord importerede produkter ringere end indenlandske produkter. I den berømte »Cassis de Dijon«-dom fastslog Domstolen, at sådanne foranstaltninger principielt også er omfattet af forbuddet i artikel 30:

»Hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger vedrørende afsætningen af de pågældende produkter, må accepteres i det omfang, disse bestemmelser er... nødvendige af [tvingende] hensyn...« [16]

Denne afgørelse hviler på den grundlæggende betragtning, at sådanne forskelle i de nationale lovgivninger kan føre til alvorlige hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, idet de kan gøre det nødvendigt at afholde udgifter eller træffe ekstra foranstaltninger for at sikre, at produktet fremstilles eller afsættes i overensstemmelse med hver enkelt medlemsstats særlige forskrifter. De her omhandlede bestemmelser regulerer enten produkternes sammensætning, størrelse, udformning, vægt, fremtræden, etikettering, betegnelse og emballage [17] eller de tilladte salgsmetoder [18]. Som med rette anført af Kommissionen foreligger der i denne gruppe en årsagsforbindelse mellem forskellene og handelshindringen. Af denne grund er sådanne foranstaltninger ulovlige efter artikel 30, medmindre de er nødvendige af »tvingende hensyn« eller kan anses for begrundet i de legitimerende omstændigheder, som nævnes i artikel 36. Det omhandlede forbud finder naturligvis kun anvendelse, for så vidt som der ikke findes fællesskabsbestemmelser, og indtil der er vedtaget et harmoniseringsdirektiv i medfør af EØF-Traktatens artikler 100 ff.

16. Det ligger i nærværende sag fast, at de omtvistede britiske bestemmelser ikke rammer importerede produkter anderledes end indenlandske produkter. Den forelæggende ret har således lagt til grund, at salgsnedgangen som følge af håndhævelsen af forbuddet mod søndagshandel er generel (»across the board«), idet den har ramt *alle* de varer, der sælges af B & Q. I øvrigt har B & Q ikke hævdet, at virksomheden som følge af forskellen mellem de nationale lovgivninger vedrørende lukkedage har været nødt til at ændre salgsmetode. Der er følgeligt intet bevis for, at det er vanskeligere at fremstille eller afsætte de importerede varer, som B & Q sælger, end at fremstille eller sælge indenlandske produkter.

Er der under disse omstændigheder alligevel risiko for, at målet med artikel 30, nemlig at integrere de nationale markeder, ikke nås? Generaladvokat Sir Gordon Slynn besvarede

16 — Dom af 20. februar 1979, sag 120/78 (Rewe, Sml. 1979, s. 649), jfr. præmis 8.

17 — Et velkendt eksempel er dom af 10. november 1982, sag 261/81 (Rau, Sml. 1982, s. 3961), navnlig præmis 13, der vedrørte belgiske bestemmelser, hvorefter margarine kun måtte sælges eller indføres i terningformede emballager.

18 — Jfr. f. eks. dom af 15. december 1982 (Oosthoek, Sml. 1982, s. 4575), navnlig præmis 15, vedrørende et forbud mod at anvende visse former for reklame og visse salgsfremmende metoder.

i sit forslag til afgørelse i Cinéthèque-sagen [19] dette spørgsmål benægtende:

»Er der... tale om en national foranstaltning, der ikke specielt tager sigte på import og ikke er udtryk for en forskelsbehandling af import, som endvidere ikke gør det vanskeligere for en importør end for en indenlandsk producent at sælge vedkommende vare, og som ikke yder indenlandske producenter nogen beskyttelse, så er denne foranstaltning efter min mening ikke prima facie omfattet af artikel 30, selv om den faktisk giver anledning til en hindring eller mindskelse af importen« [20].

Med hensyn til den franske lovgivning, der omhandledes i Cinéthèque-sagen, kunne det ikke påvises, at importen blev gjort »vanskeligere«, hvilket heller ikke er påviseligt i nærværende sag. Generaladvokaten udtrykte det således:

»Importøren kan faktisk importere. Gør han det, er han stillet på nøjagtig samme måde som den indenlandske erhvervsdrivende. Denne opnår ingen særlig fordel frem for importøren, der på sin side ikke særligt forfordeles i forhold til den franske erhvervsdrivende som følge af forbuddet mod udnyttelse af indspilninger på videokassetter. En erhvervsdrivende vil undlade at købe hos en fransk videoforhandler (der er ude af stand til at sælge eller udleje) og hos en forhandler i en anden medlemsstat af én og samme grund. Såvel den franske som den udenlandske forhandler er i så henseende undergivet de samme markedsforhold. De optræder faktisk på det samme marked. For det har naturligvis ikke været hensigten med artikel 30 i en sådan situation at give forhandleren fra en anden medlemsstat en bedre stilling end den indenlandske forhandler. Såfremt det ville have været åbenbart urimeligt at stille importen på samme måde som den indenlandske produktion, kunne foranstaltningen eventuelt have været uretmæssig af denne grund. Det er imildertid slet ikke den situation, der er tale om i det foreliggende tilfælde, og den franske lovgivning er efter min mening ikke omfattet af artikel 30« [21].

Domstolen fulgte ikke denne opfattelse. Det tiltrædes dog i dommen, at en sådan ordning

»ikke... har til formål at dirigere handelsstrømmene; den fører ikke til en favorisering af den indenlandske produktion på bekostning af produktionen i de øvrige medlemsstater, men rummer en tilskyndelse til filmproduktion« (præmis 21).

Alligevel fandt Domstolen, at forbuddet i artikel 30 principielt kunne anvendes:

»Anvendelsen af en sådan ordning kan imidlertid medføre hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet med videokassetter, idet de forskellige medlemsstaters ordninger og vilkårene for filmværkers første udbredelse i biografer kan være meget uensartede. Et af en sådan ordning omfattet forbud er derfor kun i overensstemmelse med Traktatens grundsætning om frie varebevægelser, såfremt de af forbuddet flydende hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet ikke er mere vidtgående end nødvendigt af hensyn til gennemførelsen af det tilsigtede mål, der må være begrundet i

19 — Denne sag (dom af 11. juli 1985, de forenede sager 60 og 61/84, Sml. 1985, s. 2605) vedrørte spørgsmålet, om en fransk lov, hvorefter der gjaldt et principielt (tidsbegrænset) forbud mod salg eller udlejning af videokassetter med indspilning af en film, der fremvises i biografer, var foreneligt med EØF-Traktatens artikel 30.

20 — Sml. 1985, s. 2611.

21 — Sml. 1985, s. 2611-2612.

henhold til fællesskabsretten« (dommens præmis 22).

17. Ved det anførte har Domstolen klart fastslået, at forbuddet i artikel 30 også kan finde anvendelse på bestemmelser, der ikke diskriminerer importerede varer og heller ikke gør fremstilling eller salg af indførte varer vanskeligere end fremstilling og salg af indenlandske produkter. Dette er efter min mening tilfældet ved bestemmelser, der enten i sig selv eller som led i hele den retlige og økonomiske sammenhæng kan bevirke, at et nationalt marked afskærmes, eller at adgangen til dette *marked* i urimeligt omfang vanskeliggøres, gøres mindre lønsom eller mindre interessant for de erhvervsdrivende fra andre medlemsstater.

Dette var netop den situation, der forelå i Cinéthèque-sagen: det forelå således oplyst for Domstolen, at forbuddet mod salg mv. i henhold til de franske bestemmelser generelt gjaldt længere end i andre medlemsstater[22]. Dette forbud mod salg mv. bevirkede, at virksomheder fra andre medlemsstater, der drev virksomhed med videokassetter og ikke var omfattet af lige så restriktive bestemmelser i eksportlandet, midlertidigt ikke havde adgang til det franske marked. Den heraf følgende hindring for samhandelen inden for Fællesskabet skyldtes herved ikke (så meget) forskellen mellem lovgivningerne (som også forelå på dette område), men selve bestemmelsernes *eksistens*. Disse omstændigheder indebar en reel risiko for markedsintegrationen og begrundede fuldt ud anvendelsen af artikel 30.

18. Cinéthèque-dommen er faktisk udtryk for en videre anvendelse af Dassonville-princippet, idet det anvendes på nationale bestemmelser, der ganske vist ikke stiller importerede produkter ringere end indenlandske produkter, men gør det umuligt eller væsentligt vanskeligere (forbundet med højere omkostninger) eller langt mindre interessant (urentabelt) for virksomheder fra andre medlemsstater at skaffe sig adgang til nye markeder eller trænge ind på disse. I denne situation skal man ikke sammenligne importerede og indenlandsk fremstillede *produkter*, men derimod de indenlandske *markeder*. Forbuddet mod kvantitative restriktioner i artikel 30, som er en af grundpillerne for det fælles markeds enhed, indebærer nemlig, at alle de nationale markeder inden for Fællesskabet skal forblive tilstrækkeligt tilgængelige for virksomheder fra andre medlemsstater. Inden jeg belyser dette nærmere, skal jeg først gennemgå Domstolens praksis vedrørende denne »nye« tilstand.

En ny udvikling i Domstolens praksis

Det fremgår af en række nyere domme, at Cinéthèque-dommen ikke var en enkeltstående afgørelse, men at den tværtimod tilføjede en ny dimension ved anvendelsen af artikel 30. Jeg tænker herved navnlig på sagen vedrørende mælkepulvererstatning og kondensmælkerstatning[23], samt Warner Brothers-[24], Buet-[25] og Pharmaceutical Society-[26]sagerne.

22 — Jfr. dommens præmis 19.

23 — Dom af 23. februar 1988, sag 216/84 (Kommissionen/Frankrig, Sml. 1988, s. 793). Denne afgørelse er ydermere for nylig blevet fastholdt ved Domstolens dom af 11. maj 1989, sag 76/86 (Kommissionen/Tyskland, »Mælkeerstatningsprodukter«, Sml. s. 1021). Jeg beskæftiger mig i det følgende kun med den førstnævnte dom.

24 — Dom af 17. maj 1988, sag 158/87, Sml. s. 2605.

25 — Nævnt ovenfor i note 8.

26 — Dom af 18. maj 1989, nævnt ovenfor i note 10. I sagerne Oebel, Blesgen og Forest (nævnt ovenfor i note 6 og note 7) kunne Domstolen have truffet en tilsvarende afgørelse, såfremt den havde fundet, at der forelå en handelshindring.

19. I sagen vedrørende mælkepulvererstatning og kondensmælkerstatning anfægtede Kommissionen en fransk bestemmelse, der indeholdt et ubetinget forbud mod at sælge og indføre ethvert erstatningsprodukt for skummetmælk eller kondensmælk. Selv om den omhandlede bestemmelse ikke indebar nogen beskyttelse af den indenlandske produktion og ikke medførte nogen forskelsbehandling i forhold til indførte produkter, bevirkede den en hermetisk tillukning af det franske marked for de af bestemmelsen omfattede produkter. Endvidere var forbuddet ikke tidsbegrænset, og det havde derfor endnu mere indgribende virkninger end det forbud, som Cinéthèque-sagen drejede sig om. Domstolen fastslog da også allerede på dette grundlag, at anvendelsen af bestemmelserne på indførte produkter kun var forenelig med fællesskabsretten i det omfang, hvori bestemmelserne kunne begrundes på grundlag af artikel 36 eller ud fra tvingende hensyn [27].

20. Warner Brothers-sagen angik danske lovbestemmelser, hvorefter ophavsmanden til et musik- eller filmværk i en vis periode kunne modsætte sig udlejning af videogrammer med værket. Domstolen bemærkede, at den kommercielle udnyttelse af videokassetter (i hvert fald når der er tale om kassetter med indspilninger og ikke blanke kassetter) mere og mere sker ved udlejning af sådanne kassetter. Under disse omstændigheder fandt Domstolen, at det i Danmark gældende forbud mod udlejning kunne hindre [28] samhandelen inden for Fællesskabet med videokassetter, der var bragt i fri omsætning i en anden medlemsstat, hvor de ikke er omfattet af samme forbud mod udlejning [29]. Opfattelsen er således den samme som i Cinéthèque-sagen: bestemmelserne kan efter omstændighederne bevirke, at det gøres umuligt eller i det mindste væsentligt vanskeligere at trænge ind på det danske marked for virksomheder, der udlejer videokassetter i en medlemsstat, der ikke pålægger udlejning af videokassetter nogen begrænsninger (eller pålægger mere lempelige begrænsninger).

Buet-sagen vedrørte nogle franske lovbestemmelser, der forbød dørsalg af pædagogisk materiale. Selv om det ikke var oplyst (som i Oosthoek-sagen [30]), at de forskellige nationale lovgivninger var forskellige, og at der som følge heraf skulle være faktiske vanskeligheder for fremstilling eller forhandling af indførte produkter, kunne lovgivningen føre til en lukning af det franske marked for en sælger af undervisningsmateriale til indlæring af et fremmedsprog; dette gjaldt så meget mere, som de pågældende bestemmelser berøvede vedkommende erhvervsdrivende muligheden for at anvende en salgsmetode, hvorved han gennemførte næsten hele sit salg [31].

I Pharmaceutical Society-sagen konstaterede Domstolen, at udenlandske lægemidler næsten var helt forsvundet på det britiske marked [32] kort efter, at den omtvistede fagetiske regel var blevet indført (eller genindført). Dette kunne betragtes som et tilstrækkeligt bevis for, at den omtvistede regel faktisk havde bevirket, at det var blevet vanske-

27 — Jfr. præmis 7. Den franske regering havde ikke bestridt, at forbuddet i artikel 30 fandt anvendelse, jfr. præmis 4. I øvrigt var det allerede blevet fastslået, at artikel 30 finder anvendelse på tidsubegrænsede forbud mod forhandling. Jfr. f. eks. dom af 17. december 1981, sag 272/80, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten (Sml. 1981, s. 3277).

28 — Som lagt til grund i Cinéthèque-sagen må det formodes, at interessen for en film på videokassette vil være faldet ved udløbet af den længerevarende forbudsperiode.

29 — Jfr. præmis 19.

30 — Nævnt ovenfor i note 18.

31 — Jfr. præmisserne 7 og 8.

32 — Jfr. præmis 18.

ligere at forhandle udenlandske lægemidler end indenlandsk fremstillede produkter. En anden — og efter min mening rigtigere — fortolkning af dommen er, at den omstændighed, at de udenlandske lægemidler var forsvundet fra markedet, viser, at den omtvistede regel i praksis havde bevirket en afskærmning af det britiske marked.

Fastlæggelse af begrebet markedsopdeling

21. Som det er fremgået, har hovedsynspunktet for Domstolens bedømmelse i den nævnte række nyere domme ikke været, om importerede produkter var stillet ringere, men derimod om det fælles marked var blevet opdelt i særskilte nationale markeder. Det er her relevant at sammenligne med Domstolens praksis vedrørende forbuddet i artikel 85 mod konkurrencebegrænsende aftaler. På dette område er afskærmning eller opdeling af markederne velkendte begreber. Hertil kommer, at Domstolen i Dassonville-dommen næsten ord til andet har anvendt den formulering, som den allerede tidligere havde brugt til at definere begrebet »påvirke samhandelen mellem medlemsstater« i artikel 85. I STM-dommen af 30. juni 1966 [33] fastslog Domstolen nærmere, at en aftale kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, hvis der er anledning til frygt for, at aftalen

»direkte eller indirekte, faktisk eller muligvis vil kunne øve indflydelse på varehandelen mellem medlemsstater på en måde, der er egnet til at hindre oprettelsen af et enhedsmarked mellem disse stater« (jfr. domskonklusionen, s. 218).

33 — Jfr. dom af 30. juni 1966, sag 56/65 (STM/MBU, Sml. 1965-1968, s. 211).

I Dassonville-dommen [34] fastslog Domstolen:

»enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, må betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner« (præmis 5).

I øvrigt har Domstolen på begge områder forkastet teorien om den økonomiske afvejning af virkningerne af den konkurrencebegrænsende aftale eller af bestemmelserne for handelen [35] [36].

22. Jeg skal ikke her yderligere forfølge spørgsmålet om sammenligningen mellem artikel 30 og artikel 85, for så vidt angår de hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, der omtales i disse to artikler. De to artikler er forskelligt formuleret, ikke mindst fordi de retter sig til forskellige adressater (henholdvis medlemsstaterne og virksomhederne) og følgelig vedrører forskellige former for hindringer (henholdvis nationale retsforskrifter og konkurrencebegrænsende aftaler). Kravet i artikel 85 om, at samhandelen inden for Fællesskabet skal være påvirket, virker i øvrigt (bl.a. eller efter visse forfatteres opfattelse udelukkende) som en kollisionsnorm, der afgrænser fæl-

34 — Allerede nævnt ovenfor i note 4.

35 — Jfr. vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler dom af 13. juli 1966 (Consten-Grundig, de forenede sager 56 og 58/64, Sml. 1965-1968, s. 245, jfr. s. 260 og s. 261); jfr. vedrørende bestemmelser for handelen dom af 24. november 1982, sag 249/81, allerede nævnt ovenfor i note 5.

36 — Der er også forskelle i anvendelsen. F. eks. vil »de minimis«-princippet således ikke kunne anvendes i forbindelse med artikel 30 (jfr. dom af 5. april 1984, Van de Haar en Kaveka de Meern, præmis 13, de forenede sager 177 og 178/82, Sml. 1984, s. 1797). Nævnte princip finder imidlertid anvendelse i forbindelse med artikel 85, nemlig ved kravet om, at samhandelen mellem medlemsstaterne skal være påvirket mærkbart (jfr. dom af 9. juli 1969, Völk-Vervaecke, sag 5/69, Sml. 1969, s. 69).

lesskabsrettens anvendelsesområde i forhold til national ret.

Uanset disse forskelle står det imidlertid fast, at begge de nævnte artikler (såvel som andre artikler) forfølger det samme grundlæggende mål, som udtrykkes i EØF-Traktatens artikler 2 og 3, nemlig oprettelsen af et fælles marked (og tilnærmelse af medlemsstaternes økonomiske politik). I dette øjemed forbyder de (bl.a.) nationale bestemmelser, henholdvis aftaler mellem virksomheder, som i handelen mellem medlemsstaterne fører til en opdeling af det fælles marked i særskilte nationale markeder.

Henset til Traktatens generelle struktur samt under hensyn til den tidligere nævnte overensstemmelse i den terminologi, som Domstolen anvender ved definitionen af hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet i henhold til artiklerne 30 og 85, er det klart, at man til belysning af begrebet »opdeling« (eller »afskærmning«) af markedet må inddrage Domstolens omfattende praksis vedrørende artikel 85.

23. Der ses i Domstolens praksis vedrørende begrebet »påvirke handelen mellem medlemsstater« i artikel 85 en sondring mellem to typer markedsopdeling: den ene, hvor en horisontal eller vertikal aftale — som normalt, men ikke nødvendigvis, er indgået mellem virksomheder i forskellige lande — i sig selv afskærmer et nationalt marked, f. eks. ved en regulær opdeling af enhedsmarkedet (»chacun chez soi«) eller ved at hindre parallelimport fra andre medlemsstater; den anden, hvor en aftale, f.eks. en prisaftale, selv om den er indgået mellem virksomheder, der ligger i en og samme medlemsstat, vanskeliggør adgangen til et nationalt marked, når henses til hele den retlige og økonomiske sammenhæng. I den første situation finder forbuddet i artikel 85, stk. 1, næsten automatisk anvendelse [37], hvilket skyldes den absolutte territoriale beskyttelse, som de involverede virksomheder opnår ved den hermetiske lukning af et nationalt marked. I det andet tilfælde finder forbuddet i artikel 85, stk. 1, kun anvendelse [38], såfremt det på grundlag af »hele den retlige og økonomiske sammenhæng« kan påvises, at aftalen — som herved antages at omfatte »en medlemsstats hele område« — ifølge selve sin natur

»bevirker... en styrkelse af opdelingen i nationale markeder [39], ... [hvorved det gøres] vanskeligere for de andre medlemsstaters producenter eller sælgere at virke eller trænge ind på [vedkommende nationale] marked« [40].

Efter min mening skal en lignende sondring mellem afskærmning af de nationale markeder og vanskeliggørelse af adgangen til de nationale markeder benyttes ved anvendelsen af artikel 30 på det her omtvistede til-

37 — Forudsat, naturligvis, at »de minimis«-betingelsen er opfyldt og med forbehold for en eventuel anvendelse af artikel 85, stk. 3, hvilket dog kun vil være muligt rent undtagelsesvist.

38 — Igen med forbehold for »de minimis«-princippet og artikel 85, stk. 3.

39 — Den nederlandske version, der er den autentiske, anvendte udtrykket »versterking van de nationale drempelvorming«. I nærværende forslag til afgørelse er ordet »drempelvorming« af hensyn til den sproglige klarhed varierende oversat som »styrkelse af opdelingen i nationale markeder« eller »vanskeliggøre adgangen til markedet«.

40 — Dom af 17. oktober 1972 (Cementhandelaren mod Kommissionen, præmisserne 29 og 30, sag 8/72, Sml. 1972, s. 251). Denne sag vedrørte en horisontal producentaftale. Domstolen havde allerede tidligere fastslået, at også en vertikal aftale af begrænset rækkevidde, nemlig en bryggerikontrakt mellem et lokalt bryggeri og en lokal kunde, kan være i strid med forbudet i artikel 85, stk. 1, når henses til hele den retlige og økonomiske sammenhæng. Jfr. dom af 12. december 1967 (Haecht mod Wilkin, sag 23/67, Sml. 1965-1968, s. 421).

fælde, der drejer sig om en national bestemmelse, der faktisk ikke er diskriminerende og ikke virker til skade for indførte produkter, men som i sig selv kan hæmme integrationen af medlemsstaternes markeder (jfr. punkt 17 og 18 ovenfor).

Såfremt de omtvistede nationale bestemmelser allerede i sig selv *lukker* et nationalt marked, finder artikel 30 automatisk anvendelse [41]. Således ved nationale forskrifter, der (som i Cinéthèque-sagen eller i sagen vedrørende mælkepulver- og kondensmælkerstatning) indeholder et absolut (eventuelt tidsbegrænset) salgsforbud (hvilket ifølge Kommissionen [42] må sammenlignes med en kvantitativ restriktion).

Såfremt de omtvistede nationale bestemmelser blot *gør det vanskeligere at trænge ind på* det nationale marked, finder forbuddet i artikel 30 alene anvendelse [43], dersom det fremgår af hele den retlige og økonomiske sammenhæng, at bestemmelserne modvirker den økonomiske integration af de nationale markeder, der tilstræbes i Traktaten. I denne situation skal det — på grundlag af en række kvantitative omstændigheder, der viser, at anvendelsen af bestemmelserne bevirker en sådan »styrkelse af opdelingen« — i tilstrækkelig grad være sandsynliggjort, at der foreligger en opdeling af markedet, at adgangen til markedet er blevet så vanskelig (bekostelig, urentabel), at der er risiko for, at de fleste af de importerede produkter vil forsvinde fra markedet. Dette var f.eks. forholdet i Warner Brothers- og Buet-sagerne og i Pharmaceutical Society-sagen. I Warner Brothers- og Buet-sagerne forelå der en uacceptabel styrkelse af opdelingen derved, at det var forbudt at anvende en salgsmetode, der havde afgørende betydning for de respektive produkter. I Pharmaceutical Society-sagen fremgik det, at markedsandelen for importerede produkter faktisk var blevet reduceret til 0 [44], kort efter at den omtvistede fagetiske regel var blevet offentliggjort.

24. Endnu tre bemærkninger til det netop anførte. For det første: i det førnævnte tilfælde, hvor nationale bestemmelser »styrker opdelingen«, er der klart intet spørgsmål om at anvende et »de minimis«-princip, eftersom muligheden for at anvende forbuddet i artikel 30 i denne situation allerede forudsætter, at der foreligger en alvorlig, dvs. ikke blot en mærkbar, hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne. For det andet: Det tilkommer i denne situation de nationale domstole at bedømme hele den retlige og økonomiske sammenhæng og på dette grundlag efter omstændighederne fastslå, at der foreligger en styrkelse af markedsopdelingen, som er traktatrelevant og følgelig en ulovlig hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne. Denne bedømmelse er ikke let, men den er ikke forskellig fra den bedømmelse, som allerede er henlagt til de nationale domstole i forbindelse med artikel 85, stk. 1, som jeg har nævnt i det foregående. For det tredje: det fremgår af Domstolens praksis, at i de to ovennævnte tilfælde af markedsopdeling — dvs. hvor det nationale marked lukkes af, og hvor adgangen til markedet vanskeliggøres — er de pågældende bestemmelser muligvis lovlige som begrundet i et af de forhold, der anføres i artikel 36, *og* på grundlag af »tvingende hensyn«.

41 — Herved forudsættes det naturligvis, at artikel 36 ikke finder anvendelse og at der ikke foreligger »tvingende hensyn«, jfr. Cinéthèque-dommen og endnu nyere praksis.

42 — Jfr. punkt 13 ovenfor.

43 — Igen under forbehold af artikel 36 eller »tvingende hensyn«.

44 — Jfr. præmisserne 4 og 18.

Ingen markedsopdeling i nærværende sag

25. Når det anførte anvendes på nærværende sag, ses det, at de i hovedsagen omhandlede bestemmelser ikke, for så vidt angår de af B & Q solgte produkter, fører til en lukning af det nationale marked eller gør adgangen hertil vanskeligere. Sådanne bestemmelser indeholder klart intet forbud mod salg, der kan sidestilles med en kvantitativ restriktion, hvis virkning er at lukke det nationale marked; bestemmelserne gør heller ikke adgangen til dette marked så meget vanskeligere, at den økonomiske integration af de nationale markeder bremses.

Det er ganske vist lagt til grund, at anvendelsen af forbuddet mod søndagshandel bevirker en *nedgang i omsætningen*; forbuddet reducerer salget af B & Q's varer med ca. 23%. Intet beviser imidlertid, at sådanne bestemmelser resulterer i nogen *opdeling* af det fælles marked overhovedet. Forbuddet gør ikke adgangen til det nationale marked (eller aktiviteterne på dette marked) væsentligt vanskeligere for virksomheder fra de andre medlemsstater (hvilket f.eks. kunne manifestere sig ved, jfr. Pharmaceutical Society-sagen, at markedsandelen for de relevante indenlandsk fremstillede produkter vokser stærkt på bekostning af importerede produkter). Man kan heller ikke hævde (som i Warner Brothers- eller Buet-sagerne), at sådanne bestemmelser forbyder en salgsmetode, der er en afgørende forudsætning for at komme ind på eller drive virksomhed på det nationale marked. Selv om det er en effektiv metode til at sælge gør-det-selv- og havebrugsartikler, at en forretning holdes åben om søndagen, ses det ikke, at et forbud herimod kan styrke opdelingen af markedet i en sådan grad, at adgangen til det nationale marked bliver væsentligt vanskeligere (mere bekostelig) eller langt mindre interessant (urentabel) for producenter eller forhandlere af produkter fra andre medlemsstater.

Jeg finder herefter i det hele, at anvendelsen af bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede ikke kan begrænse samhandelen inden for Fællesskabet således, at det begrunder anvendelse af Traktatens artikel 30, selv om bestemmelserne har en vis mærkbar (skadelig) virkning på indførslen af de omhandlede produkter.

II — *Subsidiært: Det andet og det tredje spørgsmål*

26. Inden jeg tager stilling til det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål vedrørende de legitimerende omstændigheder (i henhold til artiklerne 30 og 36), har jeg endnu en bemærkning. Alternativet til opfattelsen i det foregående — som markerer en vis begrænsning af Dassonville-princippets rækkevidde — indebærer efter min mening en »mekanisk« anvendelse af dette princip: Enhver national bestemmelse, hvis ophævelse måske (direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt) kan føre til en forøgelse af indførslerne, er dermed i strid med fællesskabsretten, medmindre den er begrundet i »tvingende hensyn« eller i henhold til artikel 36. Efter denne opfattelse er det således kun de »rimelige« hindringer, der stadig er lovlige efter Traktaten. »Rimelig« betyder herved (i henhold til Domstolens praksis) nødvendig, forholdsmæssig og så lidt restriktiv som muligt.

Denne alternative opfattelse er behæftet med den alvorlige mangel (således som det

også vil fremgå af gennemgangen i det følgende af de legitimerende omstændigheder), at Domstolen uundgåeligt i stadigt videre omfang må bedømme rimeligheden af medlemsstaternes politiske beslutninger på en lang række områder, hvor der ikke er noget spørgsmål om forskelsbehandling eller direkte eller indirekte, faktisk eller retlig forskelsbehandling af importerede produkter [45]. Det er et spørgsmål, om man i så fald ikke pålægger EF-Domstolen en urimelig opgave, idet den vil blive stillet over for utallige nye »tvingende hensyn« og legitimerende omstændigheder. Domstolen vil i artikel 30-sager igen og igen få forelagt foranstaltninger, der er udtryk for nationale politiske afvejninger, og Domstolen vil blive anmodet om at forlænge listen over de tvingende hensyn med yderligere eksempler. Der er risiko for, at denne liste bliver længere og længere og til sidst vil få karakter af en art restkompetence for medlemsstaterne [46]. Som anført i det foregående anser jeg det for en bedre løsning på forhånd at fastlægge rækkevidden og grænserne for artikel 30 på grundlag af bestemmelsens — og Traktatens — almindelige mål.

27. For det tilfælde at Domstolen alligevel finder, at et forbud mod søndagshandel må betragtes som en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet i betydningen i EØF-Traktatens artikel 30, skal jeg her subsidiært tage stilling til, om en sådan restriktion er nødvendig af tvingende hensyn eller på grund af et eller flere af de samfundsmæssige hensyn, der nævnes i Traktatens artikel 36.

Kommunalbestyrelsen har anført, at forbuddet er begrundet i en række forhold. Ifølge kommunalbestyrelsen er beskyttelsen af arbejdsmiljøet og af arbejdstagernes sundhed og velfærd (eller vel*være*) i nærværende sag tvingende hensyn, som nødvendiggør de omtvistede bestemmelser. Med hensyn til artikel 36 har kommunalbestyrelsen anført, at bestemmelserne er begrundet i hensynet til beskyttelse af menneskers liv og sundhed, af den offentlige orden og den offentlige sædelighed.

Det Forenede Kongeriges regering har en enklere opfattelse: Ifølge regeringen hviler Shops Act på det afgørende hensyn til, at søndagen bevares som handelsfri dag; subsidiært hævdes bestemmelserne at være begrundet i artikel 36, nemlig hensynet til beskyttelse af den offentlige orden. På grundlag af Cinéthèque-dommen mener Det Forenede Kongeriges regering og kommunalbestyrelsen, at det kan lægges til grund, at når en foranstaltning kan anses for lovlig som begrundet i »tvingende hensyn«, kræves det ikke, at der er fuldstændig overensstemmelse mellem de tvingende hensyn og den omtvistede foranstaltning.

28. Uanset hvilke tvingende hensyn eller hvilke begrundelser man vil anerkende i nærværende sag, må der først tages stilling til et andet spørgsmål: Kan bestemmelser, som en medlemsstat kun håndhæver sporadisk [47], af samme medlemsstat hævdes at

45 — Ud over en begrænsning af søndagshandelen kan her også nævnes begrænsninger i etableringsretten som led i den fysiske planlægningslovgivning (jfr. Gauchard-dommen, nævnt ovenfor i note 3), bestemmelser om udpantning ved afgiftsrestance (jfr. sag 69/88, dom af 7. marts 1990, endnu ikke trykt i Domssamlingen), pålæggelse af hastighedsbegrænsninger osv.

46 — Efter Domstolens faste praksis har EØF-Traktatens artikel 36 ikke til formål at forbeholde en enekompetence for medlemsstaterne på visse områder. Jfr. dom af 10. juli 1984 (Campus Oil Limited, præmis 32, sag 72/83, Sml. 1984, s. 2727), og dom af 12. juli 1979 (Kommissionen/Tyskland, præmis 5, sag 153/78, Sml. 1979, s. 2555), og de der nævnte tidligere afgørelser. Dette princip gælder efter min opfattelse også for de tvingende hensyn.

47 — I *Home Office Report* (»The Shops Act — Late night and Sunday opening: Report of the Committee of inquiry into proposals to amend the Shops Act«, der blev afgivet til Det Forenede Kongeriges parlament i november 1984 og forefindes som bilag 2 til B & Q's indlæg) anføres, at administrationen af Shops Act siden 1974 har været et kommunalt anliggende. Nogle kommuner har imidlertid fulgt den politik ikke at håndhæve loven overhovedet; talrige andre kommuner griber kun ind, når der klages (*Report*, punkt 25). Det anføres også, at kun ganske få kommuner følger den generelle politik at retsforfølge alle, der holder en butik åben uden for den lovlige åbningstid (a. st.)

være nødvendige af tvingende hensyn? Spørgsmålet er vanskeligt. Et benægtende svar kunne støttes på en slags »estoppel«-princip som kriterium for, om et tvingende hensyn kan accepteres: Efter dette princip kan en medlemsstat ikke som begrundelse for at sætte sig ud over fællesskabsretten henvise til »tvingende hensyn«, som ikke håndhæves i praksis [48]. Jeg ville være tilbøjelig til at afvise, at et tvingende hensyn kan anføres som begrundelse, når det er oplyst, at en medlemsstat *ganske undlader* at håndhæve dette hensyn. Således forholder det sig imidlertid ikke i forbindelse med de britiske bestemmelser, der omhandles i nærværende sag. Selv om det synes at fremgå, at Shops Act kun håndhæves sporadisk eller usystematisk (jfr. herom punkt 32 nedenfor), er den imidlertid ikke bortfaldet på grund af manglende anvendelse (hvilket bl.a. bevises af, at det britiske parlament i 1985 nedstemte et lovforslag om ophævelse af Shops Act).

29. Jeg skal først undersøge, om der er hold i de begrundelser, som man har anført i henhold til artikel 36. For så vidt angår beskyttelsen af den offentlige sædelighed, har kommunalbestyrelsen i sit indlæg herved nævnt hensynet til at beskytte dem, der tager anstød af, at forretninger holder åbent om søndagen. Efter min mening er dette hensyn ikke omfattet af begrebet den »offentlige sædelighed«. Domstolen har ganske vist i dommen i Henn og Darby-sagen [49] fastslået, at det principielt tilkommer hver medlemsstat at fastlægge kravene til den offentlige sædelighed inden for sit område i overensstemmelse med sine egne værdinormer og i den af staten valgte form; princippet om, at artikel 36 ikke har til formål at forbeholde en enekompetence for medlemsstaterne på visse områder [50], indebærer imidlertid, at Domstolen skal udøve en vis kontrol med, hvad en medlemsstat anser for omfattet af begrebet offentlig sædelighed. Jeg mener ikke, at ønsket om ikke at krænke religiøse opfattelser er omfattet heraf.

Jeg mener heller ikke, at hensynet til beskyttelse af den offentlige orden er relevant her. For at dette hensyn — hvis rækkevidde skal fortolkes snævert [51] — kan påberåbes, kræves, at der

»foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn« [52].

Det ses uden videre, at der i nærværende sag ikke kan være noget spørgsmål herom.

30. Jeg skal herefter undersøge, om de påberåbte tvingende hensyn kan accepteres som sådan. Ingen vil bestride, at kategorien »tvingende hensyn« ikke er udtømmende (modsat opregningen i EØF-Traktatens artikel 36). Beskyttelsen af arbejdsmiljøet (der nævnes udtrykkeligt i EØF-Traktatens artikel 100A) og af arbejdstageres og selvstændiges sundhed og velfærd (en underkategori under »menneskers sundhed«, der omhandles i artikel 36) kan uden tvivl betragtes som et tvingende hensyn. Jeg er mere i tvivl med hensyn til »værn om søndagen som handels-

48 — »Estoppel«-princippet nævnes i dom af 10. februar 1983 (Luxembourg/Parlamentet, præmisserne 22-26, sag 230/81, Sml. 1983, s. 255). Jfr. også forslaget til afgørelse fra generaladvokat Mancini, s. 293, jfr. s. 295.

49 — Dom af 14. december 1979, sag 34/79, Sml. 1979, s. 3795. Jfr. også dom af 11. marts 1986 (Conegate, navnlig præmisserne 14 og 15, sag 121/85, Sml. 1986, s. 1007).

50 — Jfr. de ovenfor i note 46 nævnte afgørelser.

51 — Dom af 27. oktober 1977 (Bouchereau, præmis 33, sag 30/77, Sml. 1977, s. 1999), (med henvisning til dom af 4. december 1974, Van Duyn, sag 41/74, Sml. 1974, jfr. s. 1337, 1350).

52 — Bouchereau-dommen, nævnt ovenfor i note 51, præmis 35. Se tillige forslaget til afgørelse fra generaladvokat Warner, s. 2016, jfr. s. 2024-2026.

fri dag«. Såfremt dette er en samlebetegnelse, der omfatter de førnævnte tvingende hensyn, kræves der ingen særskilt bedømmelse — blot vil det i så fald være vanskeligt at påvise, at foranstaltningen er forholdsmæssig (jfr. punkt 31 nedenfor). Er der imidlertid her tale om et tvingende hensyn med selvstændigt indhold, og skal det f.eks. forstås som hensynet til, at borgerne kan benytte en og samme dag til alle former for (ikke-erhvervsmæssige, f.eks. religiøse) aktiviteter og socialt samvær, kan jeg acceptere det, omend med megen tøven: Det viser nemlig, hvor let det er at føre nye tvingende hensyn i marken, som umiddelbart forekommer legitime, samt hvor vanskeligt det er for Domstolen at bedømme dem objektivt.

31. Selv om man anser de ovennævnte tvingende hensyn for legitime, må det yderligere efterprøves, om de omtvistede bestemmelser i deres gældende udformning er et *nødvendigt* og *forholdsmæssigt* middel til at gennemføre det påberåbte tvingende hensyn.

For det første nævnes hensynet til at værne om søndagen som hviledag for at beskytte lønmodtageres og selvstændige erhvervsdrivendes sundhed og velfærd. Kommissionen har her anført, at dette mål kan nås ved en mindre indgribende foranstaltning, nemlig ved at begrænse arbejdstiden (for lønmodtagerne) eller ved at tillade (eller pålægge) de selvstændige at vælge en lukkedag — lige meget hvilken — i stedet for at foreskrive lukning om søndagen. Denne betragtning må uddybes. Ingen vil bestride, at det gør et større indgreb i den personlige frihed at vælge én bestemt dag. Det er imidlertid et spørgsmål, om samhandelen inden for Fællesskabet hermed begrænses i videre omfang end nødvendigt. Såfremt søndagen anses for en bedre salgsdag for de i sagen omhandlede produkter end de andre ugedage [53], vil en ordning, hvorefter en hvilken som helst dag kan vælges, faktisk være et mindre restriktivt alternativ, for så vidt angår samhandelen inden for Fællesskabet.

Bedømmelsen bliver en anden, såfremt det accepteres (som jeg, omend med megen betænkelighed, har gjort ovenfor i punkt 30), at forbuddet mod søndagshandel tilgodeser ønsket om på én og samme dag at fremme alle slags (ikke-erhvervsmæssige) aktiviteter og socialt samvær. I så fald er en ordning med generel påbudt lukning eller handelsfri på en dag, som en stor del af befolkningen allerede traditionelt anvender til sådanne aktiviteter og samvær, nødvendig for at nå det tilstræbte mål og rimelig i forhold hertil.

32. Jeg har i min gennemgang indtil nu ikke lagt megen vægt på et forhold, som B & Q har kritiseret indgående, nemlig at den under hovedsagen omhandlede lovgivning er indviklet og ulogisk (såvel med hensyn til den omfattede persongruppe som med hensyn til det geografiske anvendelsesområde), eller på den sporadiske måde, hvorpå denne lovgivning håndhæves. Selv om jeg er enig i den opfattelse, som er B & Q's udgangspunkt, nemlig at bestemmelsers lovlighed skal bedømmes på grundlag af bestemmelsernes faktiske indhold, procederer B & Q dog i første række på spørgsmålet om bestemmelsernes effektivitet og konsekvente indhold. Kravene i henhold til fællesskabsretten er af anden art: Den hindring, som bestemmelserne konkret medfører, skal være rimelig i forhold til det forfulgte mål, dvs. at den ikke må begrænse samhandelen inden for Fællesskabet i videre omfang end nød-

53 — Dette er lagt til grund af den forelæggende ret. Jfr. ovenfor afsnit 3, punkt 4.

vendigt for at nå det tilstræbte mål; det er herved irrelevant, hvorvidt bestemmelserne *når* deres angivne mål[54]. Spørgsmålet om en foranstaltning er »rimelig«, får efter fællesskabsretten først betydning, såfremt foranstaltningen hverken er et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning — i den foreliggende sag således spørgsmålet om en vilkårlig forskelsbehandling af produkter fra andre medlemsstater eller en skjult beskyttelse af hjemmemarkedet. Den omstændighed, at bestemmelsen ikke gælder eller ikke anvendes eller håndhæves ensartet *internt i en medlemsstat*, kan muligvis begrunde et søgsmål i henhold til national ret, men ikke i henhold til fællesskabsretten.

Til støtte for det anførte henviser jeg til Henn og Darby-dommen[55], der vedrørte anvendelsen af et forbud mod indførsel af »usømmelige eller utugtige artikler« til Det Forenede Kongerige. Der var også under denne sag spørgsmål om lovligheden af en bestemmelse i britisk ret, der ikke blev anvendt ensartet inden for hele Det Forenede Kongeriges område; endvidere var det fremgået (modsat forholdet i nærværende sag), at reglerne i praksis var strengere for importerede produkter. Også i denne sag fik Domstolen forelagt spørgsmålet, om det pågældende forbud udgjorde en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen. Domstolen udtalte herom følgende:

»... Uanset forskellene i de herom gældende regler i de forskellige områder inden for Det Forenede Kongerige og uanset visse begrænsede undtagelser fra reglerne, så har de, set under ét, til formål at forhindre, eller i det mindste at begrænse, fremstillingen og handelen med skrifter eller genstande af usømmelig eller utugtig art« (præmis 21).

Herefter fandt Domstolen, at selv om reglerne var strengere for importerede produkter, kunne den omhandlede lovgivning

»... hverken betragtes som en foranstaltning, der tilsigter en indirekte beskyttelse af visse nationale produkter, eller som en vilkårlig forskelsbehandling af disse særegne varer, alt efter om de er produceret indenlandsk eller i en anden medlemsstat« (a. st.).

33. Som afslutning på foranstående gennemgang af mulige legitimerende omstændigheder skal jeg endnu en gang understrege følgende forhold: Det fremgår efter min mening klart af gennemgangen, at en foranstaltning, som en medlemsstat betegner som nødvendig, ofte kun vil kunne bedømmes, såfremt Domstolen er villig til at beskæftige sig med politisk prægede valg, der er truffet på områder, hvor der i fællesskabsretten enten savnes eller kun findes få vurderingskriterier. Dette er baggrunden for mit forslag om, at Domstolen med støtte i en traktatmæssig fortolkning af artikel 30 i videst muligt omfang afstår fra denne vanskelige bedømmelse af nationale foranstaltninger som de her omhandlede.

54 — Der knytter sig megen uklarhed til dette punkt: det er ved alle de påberåbte legitimerende omstændigheder lagt til grund, at forretninger holder lukket om søndagen; men Shops Act tillader faktisk forretninger at holde åbent om søndagen, i det mindste når de kun sælger »fritagne produkter«. I praksis udnyttes dette smuthul fuldt ud. Jfr. punkt 22 i *Home Office Report*, nævnt ovenfor i note 47.

55 — Nævnt ovenfor i note 49.

Forslag til besvarelse af de præjudicielle spørgsmål

34. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer Cwmbran Magistrates' Court's præjudicielle spørgsmål som følger:

»Nationale bestemmelser, som forbyder, at detailforretninger holdes åbne om søndagen med henblik på salg af varer til kunder — bortset fra salg af visse, nærmere angivne artikler — omfattes ikke af forbuddet i artikel 30, såfremt bestemmelserne hverken medfører en forskelsbehandling af eller en i praksis ringere stilling for indførte varer sammenlignet med indenlandske varer og heller ikke bevirker, at adgangen til markedet i vedkommende medlemsstat forhindres, bliver væsentligt vanskeligere eller mindre interessant for importerede produkter, der omfattes af bestemmelserne.«

Såfremt Domstolen imidlertid måtte finde, at en sådan bestemmelse principielt er en foranstaltning, der omfattes af artikel 30, foreslår jeg subsidiært, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål som følger:

»EØF-Traktatens artikler 30 og 36 er ikke til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter detailforretninger ikke må holdes åbne om søndagen med henblik på salg af varer til kunder — bortset fra salg af visse, nærmere angivne artikler — såfremt bestemmelserne ikke medfører en forskelsbehandling af eller en i praksis ringere stilling for indførte varer i forhold til indenlandske varer, og de begrænsninger for samhandelen inden for Fællesskabet, som håndhævelsen af forbuddet måtte medføre, ikke går videre end nødvendigt af hensyn til at fremme ikke-erhvervsmæssige aktiviteter og socialt samvær på en bestemt ugedag, som en stor del af befolkningen allerede anvender til sådanne formål.«