

**Udviklingen i EU-Domstolens praksis efter afsigelse af Keck-dommen –
med speciel fokus på regler om produkters anvendelse.**

af Rikke Holmgaard

English summary

With special focus on non-discriminatory selling arrangements preventing or restricting access to the market, this project describes the development in the case law from the European Court of Justice after the ruling in *Keck*. This project outlines whether national measures regulating the use of a product is in breach of TFEU art. 34 and explains how the European Court of Justice's procedure is on this area. To find out if the national measure concerning the use of a product is contrary to TFEU art. 34 the European Court of Justice needs to determine whether national measures regulating the use of a product is "measures having equivalent effect" as a quantitative restriction under TFEU art. 34.

Based on the three cases *Commission v. Portugal*, *Commission v. Italy* and *Mickelsson and Roos* it seems that the European Court of Justice, have chosen the procedure of focusing on the product's access to the market instead of extending the procedure from the ruling in *Keck*. The European court of Justice have now ruled that national measures concerning the use of a product is a "measure having equivalent effect" under art. 34 if the national measure hinders or restricts the product's access to the market.

Indholdsfortegnelse

Forside	side 1
Engelsk resumé	side 2
Indholdsfortegnelse	side 3
Indledning	side 4
C-265/06, Kommissionen mod Portugal	side 5
C-110/05, Kommissionen mod Italien	side 7
C-142/05, Mickelsson og Roos	side 11
'Keck-sondringen' som fremgangsmåde	side 13
'Markeds adgangen' som fremgangsmåde	side 15
Retstilstanden i dag	side 18
Konklusion	side 19
Litteraturliste	side 20

Indledning

Ifølge TEUF art. 34 gælder der et forbud mod, at medlemsstater indfører kvantitative indførselsrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning. Hvad der skal forstås ved "foranstaltninger med tilsvarende virkning", er blevet fortolket af EU-domstolen gennem tiden. Ved afsigelse af Dassonville¹ og Cassis de Dijon² havde EU-domstolen foretaget en udvidende fortolkning, således at der var tale om et særdeles bredt anvendelsesområdet for TEUF art. 34. Ved EU-domstolens afsigelse af Keck³, skete der en væsentlig ændring af domstolens hidtidige praksis. EU-domstolen sondrede i Keck mellem nationale bestemmelser der omhandlede produktkrav og nationale bestemmelser der omhandlede salgsformer. Herpå foretog EU-domstolen en indskrænkende fortolkning i forhold til tidligere, således at nationale bestemmelser om former for salg, nu faldt uden for anvendelsesområdet for TEUF art. 34, såfremt de opfyldte det såkaldte Keck-doktrin.

Spørgsmålet er herefter, om EU-domstolen fortsat vil anvende sondringen fra Keck, når de står over for nye retlige problemstillinger i forhold til anvendelsesområdet for art. 34. Med særligt fokus på nationale regler om produkters anvendelse vil det i denne opgave blive undersøgt, om EU-domstolen vælger at videreføre sondringen fra Keck, eller om EU-domstolen vælger en helt anden fremgangsmåde. Denne undersøgelse vil tage udgangspunkt i en analyse af dommene *Kommissionen mod Portugal*⁴, *Kommissionen mod Italien*⁵ og *Mickelsson og Roos*⁶. Med afsæt i disse domme foretages en behandling af de to fremgangsmåder, henholdsvis "Keck sondringen" og "markeds adgangen", hvor der påpeges hvilke fordele og ulemper samt konsekvenser der er ved anvendelsen af de to fremgangsmåder.

Afslutningsvis fastslås der hvilken fremgangsmåde EU-domstolen gør brug af ved anvendelsesforskrifter, og hvorledes retstilstanden er i dag på dette område.

¹ Domstolens dom af 11/07 1974 i sag 8/74, Dassonville

² Domstolens dom af 20/02 1979 i sag 120/78, Cassis de Dijon

³ Domstolens dom af 24/ 11 1993 i de forende sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard

⁴ Domstolens dom af 10/04 2008 i sag C-265/06, Kommissionen mod Portugal (Komm. mod Portugal)

⁵ Domstolens dom af 10/02 2009 i sag C-110/05, Kommissionen mod Italien (Komm. mod Italien)

⁶ Domstolens dom af 04/06 2009 i sag C-142/05, Mickelsson og Roos (Roos)

C-265/06, Kommissionen mod Portugal

Kommissionen mod Portugal var en af de første sager, hvori EU-domstolen⁷ fik mulighed for at tage stilling til, hvorvidt nationale regler om produkters anvendelse faldt inden for anvendelsesområdet i TEUF art. 34. Sagen var anlagt som et traktatbrudssøgsmål og baggrunden for søgsmålet var, at Portugal havde indført en national regel, der forbød fastsættelse af farvet film på motorkøretøjers ruder. Portugal havde altså ikke kun begrænset anvendelsen af farvet film på bilruder, men tillige forbudt det.

Kommissionen påstod, at den portugisiske bestemmelse var i strid med TEUF art. 34 og art. 36, og at Portugal dermed havde tilsidesat sine forpligtigelser i henhold til unionen⁸. Portugal indrømmede, at forbuddet udgjorde en hindring mod varenes frie bevægelighed, men gjorde gældende, at restriktionen var begrundet i færdselssikkerhedsmæssige hensyn og hensynet til den offentlige sikkerhed⁹.

For at finde frem til om den portugisiske bestemmelse var i strid med TEUF art. 34, var spørgsmålet hvorvidt bestemmelsen var en foranstaltning med tilsvarende virkning i art. 34's forstand. Til svar på dette spørgsmål fremhævede generaladvokat V. Trstenjak domstolens definition på foranstaltninger med tilsvarende virkning fra Dassonville. Eftersom den portugisiske bestemmelse næsten umuliggjorde handlen af farvet film i Portugal, anså Trstenjak bestemmelsen for værende en foranstaltning med tilsvarende virkning¹⁰. For at bestemmelsen herefter kan opretholdes, skal den være objektivt begrundet. Portugal havde, som nævnt, gjort gældende, at deres forbud var begrundet i hensynet til den indre sikkerhed og færdselssikkerheden. Trstenjak anså dog kun hensynet til færdselssikkerhed som berettiget¹¹.

Trstenjak når dog til den konklusion, at den portugisiske bestemmelse ikke kan anses som værende nødvendig eller egnet til opretholdelse af færdselssikkerheden¹², og var dermed ikke proportional. Derfor bør sagen, ifølge Trstenjak, afgøres således, at Portugal har tilsidesat sine

⁷ Herefter domstolen

⁸ Komm. mod Portugal. Præmis 1

⁹ Ibid. Præmis 22

¹⁰ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 13/12 2007 i sag C-265/06. Punkt 38

¹¹ Ibid. Punkt 52-53

¹² Ibid. Punkt 59,61 & 63

forpligtigelser i henhold til art. 34 og 36 ved at forbyde fastsættelse af farvet film på motorkøretøjers ruder, da dette forbud hindrer markedsføringen i Portugal af farvet film, der er fremstillet og markedsført i en anden medlemsstat¹³

Domstolen følger langt hen ad vejen Trstenjaks forslag til afgørelse i sagen. Domstolen fastslår ligeledes den portugisiske bestemmelse som værende en foranstaltning med tilsvarende virkning efter definitionen fra Dassonville¹⁴. Domstolen anerkender hensynet til offentlig orden og færdselssikkerhed som værende hensyn, der kan tillade en national regel, som hindrer varernes frie bevægelighed¹⁵. Med samme begrundelse som Trstenjak finder domstolen ligeledes forbuddet for værende for vidtgående, og derfor ikke proportionalt i forhold til det tilstræbte mål. Dermed bliver dommen, at Portugal har tilsidesat sine forpligtigelser i henhold til TEUF art. 34 og 36, ved at fastsætte og opretholde forbuddet der forbyder anvendelse af farvet film på motorkøretøjers ruder¹⁶.

I denne sag er både generaladvokaten og domstolen enige om fremgangsmåden og resultatet. Både generaladvokaten og domstolen starter med at fastslå, at der er tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning, ved at anvende definitionen kendt fra Dassonville. Hverken Trstenjak eller domstolen inddrager altså sondringen mellem produktkrav og salgsformer fra Keck. I stedet går de tilbage til tiden før Keck, hvor man anvendte definitionen fra Dassonville. Med denne dom er domstolen altså faldet tilbage på det brede anvendelsesområdet for art. 34, således at når blot nationale anvendelsesforskrifter potentielt eller indirekte påvirker samhandlen falder de ind under art. 34.

Ud fra denne dom alene tyder det altså på, at domstolen vil anvende fremgangsmåden kendt fra Dassonville, når det skal afgøres, hvorvidt nationale regler om produkters anvendelse er omfattet af art. 34. Anvendes denne fremgangsmåde kan det, set ud fra dommen, tyde på, at i hvert fald nationale regler der forbyder anvendelse af et produkt er omfattet af art. 34.

¹³ Ibid. Punkt. 66

¹⁴ Komm. mod Portugal. Præmis 31 & 35-36

¹⁵ Ibid. Præmis 38,44 & 46

¹⁶ Ibid. Præmis 47-48

C-110/05, Kommissionen mod Italien

I den efterfølgende sag om nationale regler, der begrænser anvendelsen af et produkt, var der ligeledes tale om et traktatbrudssøgsmaal. I dette tilfælde var det Kommissionen mod Italien på baggrund af, at Italien havde vedtaget en national lov, der forbød blandt andet knallerter og motorcykler at trække en påhængsvogn i Italien. I dette tilfælde forbød Italien altså ikke anvendelsen af påhængsvogn fuldstændigt, men indskrænker dog anvendelsesområdet så det reelt blev illusorisk.

Kommissionen påstod, at Italien havde tilsidesat deres forpligtigelser i henhold til TEUF art. 34, ved at lave den nationale regel, der forbød knallerter at trække en påhængsvogn i Italien¹⁷. Heroverfor havde Italien påstået, at forbuddet ikke var en hindring for varernes frie bevægelighed, og at den italienske bestemmelse derudover var begrundet med hensynet til trafiksikkerhed¹⁸.

For at finde frem til, om den italienske bestemmelse var i strid med art. 34, var spørgsmålet, hvorvidt bestemmelsen var en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34. For at svare på dette spørgsmål henviste generaladvokat Philippe Léger til definitionen anvendt i Dassonville¹⁹. Dernæst henviste Léger til Cassis de Dijon, idet han påpegede, at foranstaltninger, der anvendes uden forskel på indenlandske produkter og produkter, som indføres fra andre medlemsstater, kan hindre en vares frie bevægelighed²⁰. Med henvisninger til disse to tidligere afsagte domme nåede Léger frem til, at den italienske bestemmelse udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning efter art. 34²¹.

Over for dette havde Portugal, som nævnt, påberåbt sig hensynet til trafiksikkerhed som begrundelse for hindringen. Léger anså dette hensyn som et lovlig hensyn, der kunne begrunde en hindring i samhandlen²². Léger anså dog ikke bestemmelsen som værende

¹⁷ Komm. mod Italien. Præmis 1

¹⁸ Ibid. Præmis 45

¹⁹ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 05/10 2006 i sag C-110/05. Punkt 32

²⁰ Ibid. Punkt 33

²¹ Ibid. Punkt 37

²² Ibid. Punkt 44

proportional,²³ og mente altså, at Italien havde tilsidesat sine forpligtigelser i henhold til art. 34 med deres forbud mod, at knallerter og motorcykler kunne trække en påhængsvogn i Italien.

Da denne sag gav anledning til en række spørgsmål vedrørende anvendelsesområdet for TEUF art. 34, blev den mundtlige forhandling genåbnet. I den forbindelse blev der endnu engang afgivet et forslag til afgørelse i sagen, denne gang af generaladvokat Y. Bot. I sit forslag til afgørelse af sagen foretog Bot en gennemgang af retspraksis omkring art. 34. Bot så først mere overordnet på, om nationale regler om produkters anvendelse, skulle falde ind under art. 34 anvendelsesområde. I den forbindelse henviste Bot ligeledes til definitionerne anvendt i Dassonville og Cassis de Dijon. Bot inddrog dog også Keck-dommen, og bragte sondringen mellem produktkrav og salgsformer på banen. Bot mente dog ikke, at der skulle ske en udvidelse af forståelsen af "salgsformer", således at regler om produkters anvendelse faldt ind under "salgsformer", og dermed også kunne undtages fra anvendelsesområdet i art. 34²⁴, såfremt de opfyldte Keck doktrinen. Bot mente derimod, at domstolenes hidtidige analyseskema var fuldt ud tilstrækkeligt²⁵, og at udelukkelse af såvel regler om salgsformer som regler om produkters anvendelse var i strid med traktatens formål om et integreret marked²⁶. Derimod mente Bot, at man skulle se på kriteriet om adgangen til markedet. Bot henviste til formålet med art. 34 og de andre frie bevægeligheder, og påpegede derfor, at adgangen til markedet burde være det centrale ved afgørelsen af, om nationale bestemmelser om produkters anvendelse skulle anses som værende en foranstaltning med tilsvarende virkning efter art. 34²⁷.

I gennemgangen af selve sagen henviste Bot til definitionen i Dassonville, hvorefter en national bestemmelse er en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34, hvis bestemmelsen hindrer et indført produkts adgang til markedet²⁸. Eftersom den italienske bestemmelse i praksis gjorde det umuligt at trænge ind på det italienske marked, anså Bot

²³ Ibid. Punkt 61-62

²⁴ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 08/07 2008 i sag C-110/05. Punkt. 86 & 103.(Bot)

²⁵ Ibid. Punkt 87 & 92-94

²⁶ Ibid. Punkt 91

²⁷ Ibid. Punkt 106-107

²⁸ Ibid. Punkt. 151

den italienske bestemmelse for værende en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34²⁹. Herefter konstaterede Bot, at den italienske bestemmelse var objektivt begrundet i hensynet til trafiksikkerhed, men Bot mente, ligesom Léger, ikke at bestemmelsen var proportional³⁰. Bot mente altså ligeledes, at Italien havde tilsidesat sine forpligtigelser i henhold til TEUF art. 34 ved at vedtage bestemmelsen, der forbød knallerter og motorcykler at køre med påhængsvogne³¹.

Domstolen startede, som både Léger og Bot, med at henvise til både Dassonville og Cassis de Dijon. Ligesom Bot inddrog domstolen ligeledes Keck-dommen. Domstolen fastslog dog også, at enhver foranstaltning, der hindrer en vares adgang til markedet, må være omfattet af begrebet foranstaltning med tilsvarende virkning i art. 34³². Domstolen påpegede herefter, at den italienske bestemmelse havde betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd og dermed påvirkede varens adgang til markedet i Italien³³, hvilket bevirkede, at den italienske bestemmelse var en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion i henhold til TEUF art. 34³⁴.

Domstolen nåede, som de to generaladvokater, ligeledes til det resultat, at hensynet til trafiksikkerheden kunne opretholde en hindring for varernes frie bevægelighed³⁵. Men modsat både genereladvokat Léger og Bot, nåede domstolen til den konklusion, at forbuddet kunne opretholdes, idet de fandt bestemmelsen for proportional med det tilsigtede formål. Domstolen nåede altså til det resultat, at Italien ikke skulle dømmes for traktatbrud, eftersom deres hindring var objektivt begrundet og proportional.

Denne sag er lidt anderledes end den forrige sag, idet der er to genereladvokat udtalelser. Genereladvokat Léger følger den retningslinje der er lagt ved Kommissionen mod Portugal, idet han anvender definitionen fra Dassonville til at fastlægge, hvorvidt den italienske bestemmelse er en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34. Léger

²⁹ Ibid. Punkt. 157 & 159

³⁰ Ibid. Punkt 167

³¹ Ibid. Punkt 172 & 179

³² Komm. mod Italien. Præmis 37

³³ Ibid. Præmis 56

³⁴ Ibid. Præmis 58

³⁵ Ibid. Præmis 64

supplerer dog også Dassonville med Cassis de Dijon i begrundelsen for, hvorfor han mener, at bestemmelsen er en foranstaltning med tilsvarende virkning. Ud over dette afviger Léger ellers ikke fra dommen Kommissionen mod Portugal, idet Léger heller ikke anvender Keck sondringen i sit forslag til afgørelse.

Genereladvokat Bot derimod fraviger i betydeligt omfang fremgangsmåden anvendt i dommen Kommissionen mod Portugal. Selvom Bot dog også henviser til Dassonville, er Bots fokus rettet mod Keck sondringen og mod adgangen til markedet. I forhold til Keck er Bot dog skeptisk omkring anvendelsen af sondringen mellem produktansvar og salgsformer. Bot mener ikke, at man burde foretage denne sondring, og slet ikke, at man kan strække forståelsen af "salgsformer" til også at omfatte regler om produkters anvendelse. Bot er altså modstander af overhovedet at anvende Keck sondringen og dermed også modstander af at udvide anvendelsesområdet for Keck. Derimod er Bot tilhænger af at anvende adgangen til markedet som kriterium. Bot ønsker således, at man i tråd med de øvrige friheder har fokus på et produkts adgang til markedet, således at hvis en national bestemmelse hindrer et produkts adgang til markedet, må der være tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34. Bot og Leger er altså uenige omkring hvilken fremgangsmåde, der skal anvendes, men er dog enige i, hvad sagens udfald bør være.

Domstolen når til et andet resultat end de to genereladvokater, men følger forholdsvis Bots fremgangsmåde. Domstolen anvender således både Dassonville, Cassis de Dijon og Keck, men henviser også til markedets adgang ligesom Bot. Domstolen anvender kriteriet markedets adgang som et supplerende redskab til at finde frem til, hvorvidt en national bestemmelse er i strid med art. 34, hvorimod Bot foreslår, at kriteriet skal være det afgørende element. Da domstolen anser den italienske bestemmelse som værende en hindring for produktets adgang til markedet, statuerer domstolen, at bestemmelsen er en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til TEUF art. 34. Domstolen når dog til den konklusion, at den italienske bestemmelse kan opretholdes.

Ser man på denne dom sammenholdt med den forrige dom, Kommissionen mod Portugal, er fremgangsmåden en anden i denne sag. Her fokuserer domstolen mere på markedets adgang, hvor der i sagen mod Portugal udelukkende blev anvendt definitionen fra Dassonville i

fastlæggelsen af, hvorvidt nationale anvendelsesforskrifter er omfattet af art. 34. På baggrund af denne dom tyder det på, at domstolen har valgt at fokusere mere på kriteriet adgangen til markedet, således at hvis en national regel om produkters anvendelse hindrer eller begrænser et produkts adgang til markedet, så er bestemmelsen omfattet af anvendelsesområdet i TEUF art. 34. Domstolen har med denne dom således bevæget sig væk fra sondringen i Keck og i stedet bevæget sig hen imod en markeds adgangs test.

C-142/05, Mickelsson og Roos

I den senest sag omhandlende nationale regler om produkters anvendelse var der, modsat de to foregående sager, tale om en præjudiciel afgørelse. Afgørelsen skulle fastslå, hvorvidt TEUF art. 34 var til hinder for, at en medlemsstat kunne begrænse anvendelsen af et produkt, i dette tilfælde anvendelsen af vandscootere.

I generaladvokat Juliane Kokotts forslag til afgørelse i sagen kommer Kokott med sit forslag til, hvorledes TEUF art. 34 skal fortolkes. Først tog Kokott udgangspunkt i Dassonville og påpegede, at med udgangspunkt i denne definition, så var den svenske bestemmelse en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til TEUF art. 34³⁶. Eftersom Kokott dog anså definitionen fra Dassonville for særdeles bred, foreslog Kokott i stedet at fritage anvendelsesforskrifter fra anvendelsesområdet for art. 34, ligesom salgsformer er fritaget,³⁷ hvis de opfylder Keck doktrinen. Kokott ønskede altså at sidestille regler om produkters anvendelse med regler om salgsformer, idet intensiteten af deres indvirkning på varehandlen var sammenlignelige³⁸. Ud fra Keck udledte Kokott, at en national bestemmelse dog ikke falder uden for art. 34 anvendelsesområde, såfremt bestemmelsen hindrer produktets adgang til markedet³⁹. Kokott mente altså, at nationale regler om produkters anvendelse trods sidestillingen med salgsformer alligevel kunne være omfattet af art. 34's anvendelsesområde, såfremt de hindrede produktets adgang til markedet. Eftersom den svenske bestemmelse hindrede vandscooterens adgang til markedet betydeligt, anså Kokott bestemmelsen som

³⁶ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 14/12 2006 i sag C-142/05. Punkt 40-41.(Kokott)

³⁷ Ibid. Punkt 47

³⁸ Ibid. Punkt 52-55

³⁹ Ibid. Punkt 65-66

værende en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34. Herefter fastslog Kokott dog, at den svenske bestemmelse kunne anses for objektivt begrundet i miljøhensyn⁴⁰. Afslutningsvis påpegede Kokott, at den svenske bestemmelse ikke kunne opretholdes, hvis der ikke var en tidsfrist for det vidtgående forbud mod anvendelse af vandscootere, da det ikke var proportionalt⁴¹. Dette var dog op til den nationale domstol at afgøre.

Domstolen henviste kort til Cassis de Dijon, men bevægede sig hurtigt over i at se på markedets adgangen. Domstolen fastslog, at den svenske bestemmelse påvirkede vandscooterens adgang til det svenske marked på baggrund af den begrænsede anvendelsesmulighed, og var således en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34⁴². Domstolen opstillede herefter tre betingelser, der skulle være opfyldt, før den svenske bestemmelse kunne anses som værende objektivt begrundet i miljøhensyn og proportional⁴³. Om disse tre betingelser var opfyldt var op til den nationale domstol.

I denne dom følger domstolen fremgangsmåden anvendt i Kommissionen mod Italien. Generaladvokat Kokott har dog en lidt anden tilgang end Bot, idet Kokott er tilhænger af en udvidelse af Keck sondringen, mens Bot slet ikke vil anvende Keck sondringen. Selvom Kokott ønsker at udvide begrebet salgsformer til også at omfatte regler om produkters anvendelse, anvender Kokott stadig adgangen til markedet som kriterium. Kokott påpeger, at selvom regler om produkters anvendelse bør fritages fra anvendelsesområdet for art. 34, bør de dog underlægges en undersøgelse af, om reglerne hindrer et produkts adgang til markedet. Er dette tilfældet, mener Kokott således, at de nationale bestemmelser om produkters anvendelse alligevel er omfattet af art. 34. Kokott anvender altså både "Keck sondringen" som fremgangsmåde og "markedets adgang" som fremgangsmåde, således at de supplerer hinanden.

Domstolen kommenterer slet ikke på Keck sondringen, men fokuserer i stedet på markedetsadgangen, og lader dette være det afgørende for, hvorvidt art. 34 skal anvendes på

⁴⁰ Ibid. Punkt 73

⁴¹ Ibid. Punkt 85

⁴² Roos. Præmis 26 & 28

⁴³ Ibid. Præmis 39 & 45

nationale bestemmelser om produkters anvendelse. Selvom domstolen udelukkende anvender "markeds adgangen" som fremgangsmåde, når både domstolen og genereladvokat Kokott til det samme resultat, idet de anser den svenske bestemmelse som værende en foranstaltning med tilsvarende virkning i henhold til art. 34. De er dog enige om, at miljøhensyn kan begrunde en opretholdelse af bestemmelsen, såfremt en række betingelser er opfyldt.

På baggrund af denne dom ser det ud til, at også begrænset anvendelse af et produkt kan være omfattet af anvendelsesområdet for art. 34, såfremt det hindrer eller begrænser produktets adgang til markedet. Det er således ikke kun direkte forbud mod anvendelse af et produkt eller reel marginal anvendelse af et produkt, der er omfattet af art. 34. Så længe en national bestemmelse om et produkts anvendelse kan hindre eller begrænse produktets adgang til markedet, kan bestemmelsen altså falde ind under art. 34.

På baggrund af dommene Kommissionen mod Italien og Mickelsson og Roos, kan det ses, at domstolen har bevæget sig væk fra sondringen i Keck og hen imod anvendelsen "markeds adgangen" som fremgangsmåde, når de skal fastlægge, hvorvidt en national anvendelsesforskrift er i strid med TEUF art. 34. Det er dog ikke alle, der er tilhængere af domstolens udvikling i denne retning. Flere påpeger således fordele ved fortsat at anvende "Keck sondringen" som fremgangsmåde. Dette behandles nedenfor.

"Keck-sondringen" som fremgangsmåde

Domstolen har med Keck foretaget en sontring mellem forskellige typer af nationale regler, og det ville derfor være oplagt fortsat at anvende denne sontring. Problemet er dog, at regler om produkters anvendelse ikke umiddelbart falder ind under hverken salgsformer eller produktkrav. Derfor har spørgsmålet været, hvorvidt man skulle udvide sondringen fra Keck, således at regler om produkters anvendelse, faldt ind under former for salg, eller om man skulle anvende en anden fremgangsmåde til at finde ud af, om regler om anvendelsesforskrifter falder ind under anvendelsesområdet for art. 34.

Fortaler for at udvide Keck afgørelsen er genereladvokat Kokott, idet han, som nævnt, fremhæver, at regler om salgsformer og regler om produkters anvendelse har en del fællestræk, såsom at intensiteten af deres indvirkning på varehandlen er sammenlignelige⁴⁴. Dette synspunkt er Thomas Horsley enig i. Horsley mener, at det er oplagt, at regler om produkters anvendelse skal ind under kategorien salgsformer fra Keck sondringen, idet regler om produkters anvendelse er meget lig andre typer af regler, der ligeledes er faldet ind under salgsformer⁴⁵. Man kunne altså med fordel fortsætte med at anvende sondringen fra Keck, og lade anvendelsesforskrifter falde ind under kategorien salgsformer, således at Keck forsat ville have stor betydning. Dette ville medføre større forudsigelighed for medlemslandene, da de ved udstedelse af nationale love nemmere ville kunne forudsige, hvilke nationale bestemmelser der ville falde ind under art. 34's anvendelsesområde. Dette kunne forhåbentligt reducere traktatbrudssager inden for området, idet det for medlemslandene ville stå klart, hvad domstolen fortolkede som værende foranstaltninger med tilsvarende virkning i henhold til art. 34.

Derudover påpeger Horsley, at det ikke nødvendigvis er en dårlig ting, at de nationale regler kan undslippe art. 34, idet han stiller spørgsmålet om, hvor ensartet det fælles indre marked egentlig behøver at være⁴⁶. Der skal stadig være plads til, at de enkelte medlemslande kan opstille individuelle regler ud fra netop deres behov. Det er altså ifølge Horsley ikke nødvendigt med et fuldstændig ensartet marked, da der fortsat bør være overladt medlemsstaterne noget handlefrihed. Modsat dette synspunkt er generaladvokat Bot, der ikke mener, der behøves flere undtagelser til art. 34, idet han påpeger, at der allerede er nok undtagelser i de hensyn, der er opregnet i TEUF art. 36, samt de domstols skabte via retspraksis, blandt andet fra Cassis de Dijon⁴⁷. Bot lægger altså vægt på et meget ensartet fælles marked, modsat Horsley.

Bot fremhæver yderligere, at han ikke finder sondringen i Keck særlig hensigtsmæssig, idet han påpeger, at det også er vigtigt at kigge på andre faktorer. De andre faktorer som Bot

⁴⁴ Kokott. Punkt 52-55.

⁴⁵ Horsley: "Anyone for Keck?", *Common Market Law Review* 2009. S. 2010, linje 1-7 & 13-15.(Horsley)

⁴⁶ Horsley s. 2019, sidste 3 linjer

⁴⁷ Bot. Punkt 96-97

ønsker fokus på, er hvorledes de nationale bestemmelser egentlig skal anvendes, og hvordan bestemmelseernes konkrete virkning er på samhandlen. Det nytter således ikke noget at have denne sondring mellem forskellige typer af regler, da det, ifølge Bot, er mere afgørende hvorledes den nationale regel virker, og ikke i hvilken kategori den passer.

Derudover påpeger Bot, at sondring fra Keck er anderledes i forhold til de kriterier, der anvendes ved de andre former for frie bevægeligheder. Dermed opstår der en uhensigtsmæssig differentiering i den måde, hvorpå hindringer for frie bevægeligheder fortolkes⁴⁸. Bot ønsker derfor, at samme kriterium anvendes ved samtlige frie bevægeligheder. Dette kriterium skal være "adgangen til markedet". Det er også denne retning, som domstolen har bevæget sig i, da domstolen i forhold til regler om produkters anvendelse, har bevæget sig væk fra "Keck sondringen" som fremgangsmåde og hen mod "markeds adgangen" som fremgangsmåde.

"Markeds adgangen" som fremgangsmåde

En stærk fortaler for "markeds adgangen" som fremgangsmåde er generaladvokat F.G. Jacobs⁴⁹ i forslaget til afgørelse i sagen Leclerc-Siplec. Her foreslog Jacobs, at man tog udgangspunkt i et kriterium ud fra formålet med art.34, nemlig adgangen til markedet⁵⁰. Som begrundelse herfor påpegede Jacobs, at det var nærliggende at se på, hvordan en national bestemmelse hindrede samhandlen, når formålet med art. 34 netop var at opnå et fælles marked. Han påpegede tillige, at mange domme, såsom Dassonville, Cassis de Dijon og Keck alle havde fået et resultat i overensstemmelse med princippet om uhindret adgang til markedet til trods for, at domstolen havde anvendt andre fremgangsmåder i disse sager⁵¹. Dette princip om uhindret adgang til markedet vinder nu indpas i forhold til anvendelsesforskrifter, idet domstolen har anvendt dette kriterium som det afgørende for, hvorvidt en national bestemmelse kan anses som værende en foranstaltning med tilsvarende virkning i art. 34's forstand.

⁴⁸ Ibid. Punkt 82-86

⁴⁹ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 24/11 1994 i sag C-412/93

⁵⁰ Ibid. Punkt. 38 & 41-42

⁵¹ Ibid. Punkt. 41-42

Det er imidlertid ikke alle der er tilhængere af dette princip, og det er således blevet kritiseret af blandt andet Thomas Horsley⁵², der påpeger, at det er uklart, hvad begrebet "markeds adgang" egentlig betyder. Horsley henviser til, at begrebet både kan betyde, at det skal sikre et produkts indgang til markedet, eller at det skal sikre, at der ikke sker forskelsbehandling på importerede produkter og indenlandske produkter, når først produktet er kommet ind på markedet⁵³. Dette kritikpunkt er Catherine Barnard ligeledes inde på⁵⁴. Både Horsley og Barnard mener altså, at det er vigtigt at kunne afgrænse begrebet "markeds adgang" for at kunne anvende det som kriterium. Det er dermed ikke hensigtsmæssigt, at begrebet kan forstås på flere forskellige måder, idet det kan bevirke, at der ikke sker en ensartet anvendelse af begrebet. Bliver begrebet "adgangen til markedet" ikke anvendt konsekvent og ensartet, kan det føre til usikkerhed omkring anvendelsesområdet for art. 34

Et andet problem men hensyn til "markeds adgang" som fremgangsmåde er ifølge Barnard, at næsten alle nationale foranstaltninger kan anses som havende en indflydelse på et produkts adgang til markedet⁵⁵. Denne problemstilling er Horsley ligeledes inde på, idet han påpeger, at det er et problem, at nationale foranstaltninger, der kun påvirker adgangen til markedet indirekte eller potentielt, også falder ind under anvendelsesområdet i art. 34⁵⁶. Ved kun at anvende "markeds adgangen" som fremgangsmåde vil næsten alle regler være i strid med art. 34. Dermed kan anvendelsen af "markeds adgangen" som fremgangsmåde sammenlignes med tiden før Keck afgørelsen, hvor næsten alle nationale regler ligeledes faldt ind under anvendelsesområdet for art. 34. Horsley mener, at anvendelsesområdet for art. 34 er blevet udvidet for meget, når man anvender "markeds adgangen" som fremgangsmåde. Dette understreges især med afgørelsen i Kommissionen mod Italien⁵⁷. Der er altså brug for en form for afgrænsning af kriteriet "adgangen til markedet", således at det ikke er alle nationale regler der bliver omfattet af art. 34. Et alternativ kunne være, at der skulle anvendes et eller flere supplerende kriterier til "adgangen til markedet", når domstolen skal bestemme,

⁵² Horsley s. 2001-2019

⁵³ Ibid. s. 2014, 1. afsnit

⁵⁴ Catherine Barnard: "The Substantive Law of the EU – The four Freedoms", s. 144 linje 8-15.(Barnard)

⁵⁵ Ibid. s. 148, linje 20-22

⁵⁶ Horsley. Side 2016 linje 7-11

⁵⁷ Ibid. s. 2014, 2. afsnit, nederst

hvorvidt nationale bestemmelser er omfattet af art. 34. Også på denne måde vil man kunne undgå, at alle nationale bestemmelser bliver omfattet af art. 34's anvendelsesområde.

Der er dog også fordele ved anvendelse af "markeds adgangen" som fremgangsmåde. Således påpeger genereladvokat Bot, som tidligere nævnt, at anvendelsen af "markeds adgangen" som fremgangsmåde er i overensstemmelse med traktatens formål, og medfører dermed også en ensartet fremgangsmåde for alle de frie bevægeligheder inden for unionen⁵⁸.

Fremgangsmåden er altså velkendt inden for de frie bevægeligheder og er derfor ikke nyt inden for EU-rettens frie bevægeligheder.

På baggrund af de tre domme mener Horsley, at man nu står overfor en delt vurdering, når man skal fastlægge, om regler, der ikke omhandler krav til produktet, skal være omfattet af art. 34. Han påpeger, at man fortsat skal anvende Keck på de nationale regler, der naturligt falder ind under kategorien salgsformer, mens man nu på baggrund af de tre domme skal anvende en markeds adgangs test på de nationale regler, som falder uden for salgsformer, og som heller ikke er produkt relateret⁵⁹. I tråd med dette mener Barnard, at anvendelse af "markeds adgangen" som fremgangsmåde ikke udsletter anvendelsen af "Keck-sondringen" som fremgangsmåde. Barnard påpeger således, at afgørelserne Kommissionen mod Italien og Mickelsson og Roos blot fastslår en snæver anvendelse af Keck-sondringen, således at Keck blot undtager regler om former for salg, men ikke udvides til andre typer af regler. De andre type af regler skal derimod undersøges på baggrund af markeds adgangen⁶⁰.

Som konsekvens af domstolens nylige fremgangsmåde mener Horsley, at selvom en national regel ikke er til for at beskytte det nationale marked, så bliver medlemsstaterne nødt til alligevel at kunne retfærdiggøre deres bestemmelse med en undtagelse til art.34, ved enten at anvende hensynene i art. 36 eller dem, der er udviklet gennem retspraksis⁶¹.

Domstolens praksis inden for dette område har altså indskrænket anvendelsen af Keck særdeles. Ved nu at have fokus på et produkts adgang til markedet, er domstolen faldet

⁵⁸ Bot, punkt. 91 & 106-107

⁵⁹ Horsley, s. 2015 linje 22-88 og side 2016 linje 1-2

⁶⁰ Barnard, s. 140 linje10-15

⁶¹ Horsley, s. 2011 linje11-13

tilbage på et bredt anvendelsesområdet for art. 34 ligesom i tiden før Keck. Grunden til dette er, som Barnard og Horsley påpeger, at stort set alle nationale bestemmelser vil påvirke et produkts adgang til markedet, omend potentielt og indirekte. Dermed bliver det vanskeligt for medlemsstaterne at kunne fremstille nye regler, der vil falde uden for art. 34 anvendelsesområde. For at medlemsstaterne kan være sikre på at overholde deres forpligtigelser i henhold til EU, bliver de dermed nødt til hver eneste gang de udsteder nye love at kunne begrunde dem i et objektivi hensyn og kunne påvise, at reglerne er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dermed har domstolens nylige praksis indskrænket medlemslandenes handlefrihed i forhold til udstedelse af nye love.

Retstilstanden i dag

På baggrund af de tre domme, ser domstolen ud til at have valgt fremgangsmåden med fokus på markedets adgang, når det skal besluttes, hvorvidt en national anvendelsesforskrift er i overensstemmelse med TEUF art. 34. Dermed har domstolen bevæget sig væk fra sondringen i Keck, og har således ikke valgt at videreføre sondringen til dette område. Derimod har domstolen anvendt en ny fremgangsmåde, nemlig markedets adgang. Dette kommer til udtryk i Kommissionen mod Italien, og igen i Mickelsson og Roos, hvor domstolen lægger vægt på, at de nationale bestemmelser påvirker forbrugernes vilje til at købe produkterne og dermed påvirker produkternes adgang til markedet.

Med udgangspunkt i især Kommissionen mod Italien og Mickelsson og Roos, kan det fastslås at domstolen for nu anser nationale bestemmelser om produkters anvendelse som værende i strid med art. 34, såfremt bestemmelserne hindrer produktets adgang til markedet. De nationale bestemmelser behøver således ikke forskelsbehandle importerede varer, men falder altså ind under art. 34, så snart bestemmelserne hindrer eller begrænser adgangen til markedet.

Ud fra Kommissionen mod Portugal og Kommissionen mod Italien kan det ses, at nationale regler, der forbyder eller efterlader en reel marginal anvendelse af et produkt, er i strid med art. 34. Ud fra Mickelsson og Roos kunne det tyde på, at nationale regler, der blot begrænser et produkts anvendelse, ligeledes kan være omfattet af art. 34.

Konklusion

Ved de tre gennemgåede domme vedrørende regler om produkters anvendelse, er der blevet anvendt flere forskellige fremgangsmåder for at finde frem til en afgørelse af, hvorvidt bestemmelserne var i strid med TEUF art. 34. Først og fremmest er definitionen af en 'foranstaltning med tilsvarende virkning' fra Dassonville blevet anvendt af generaladvokaterne Léger og Trstenjak, samt af domstolen i sagen Kommissionen mod Portugal. En anden fremgangsmåde er en udvidelse af sondringen fra Keck, således at regler om salgsformer udvides til også at omfatte regler om produkters anvendelse. Denne fremgangsmåde er anvendt af generaladvokat Kokott, men er kritiseret af generaladvokat Bot. Den sidste fremgangsmåde, der har været anvendt, er adgangen til markedet. Denne fremgangsmåde blev anvendt af generaladvokat Bot og domstolen i sagen Kommissionen mod Italien og i den præjudicielle afgørelse Mickelsson og Roos.

Udviklingen i domstolens praksis efter Keck i henhold til nationale bestemmelser vedrørende produkters anvendelse tog således udgangspunkt i Dassonville, men bevægede sig med Kommissionen mod Italien og Mickelsson og Roos i retning af en markeds adgangs test. De to domme, Kommissionen mod Italien og Mickelsson og Roos medførte, at generaladvokaterne fik vurderet anvendelsen af "sondringen fra Keck" kontra anvendelsen af "markeds adgangen" som fremgangsmåde. Domstolen endte med at vælge fremgangsmåden med adgangen til markedet, og det kan således siges at være fremgangsmåden for domstolen, når de i fremtiden skal tage stilling til, hvorvidt andre nationale bestemmelser om produkters anvendelse er i strid med art. 34 eller ej.

Retstilstanden i dag er således den, at hvis en bestemmelse om produkters anvendelse hindrer produktets adgang til markedet, så er bestemmelsen omfattet af art. 34's anvendelsesområde. Dette bevirker, at medlemsstaterne hver gang de ønsker at lave en lov, der begrænser anvendelsen af et produkt, bliver nødt til at overveje hvilke objektive hensyn der kan begrunde en bestemmelse. Derudover skal en medlemsstat ligeledes overveje, hvorvidt bestemmelsen kan anses for proportional med det objektive hensyn.

Medlemsstaterne er på denne måde frataget handlekraft i forhold til nye lovbestemmelser om produkters anvendelse, idet staterne kan blive nødt til at opgive en regel for at opfylde deres forpligtigelser i henhold til EU.

Litteraturliste

Domme:

- Domstolens dom af 10/04 2008 i sag C-265/06, Kommissionen mod Portugal.
(Komm. mod Portugal)
- Domstolens dom af 10/02 2009 i sag C-110/05, Kommissionen mod Italien.
(Komm. mod Italien)
- Domstolens dom af 04/06 2009 i sag C-142/05, Mickelsson og Roos.
(Roos)
- Domstolens dom af 24/ 11 1993 i de forende sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard.
- Domstolens dom af 11/07 1974 i sag 8/74, Dassonville.
- Domstolens dom af 20/02 1979 i sag 120/78, Cassis de Dijon.

Forslag til afgørelser:

- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 13/12 2007 i sag C-265/06.
- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 05/10 2006 i sag C-110/05.
- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 08/07 2008 i sag C-110/05.
(Bot)
- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 14/12 2006 i sag C-142/05.
(Kokott)
- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 24/11 1994 i sag C-412/93.

Bøger og artikler:

- Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielse: EU-retten, 5. udgave, s. 372-373.
- Catherine Barnard: The Substantive Law of the EU – The four Freedoms, 3. udgave, s. 130-148. (Barnard)
- Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.: Grundlæggende EU-ret, 2. udgave, s. 490-508 og s. 508-511.
- Thomas Horsley: 'Anyone for Keck?', Common Market Law Review 2009, s. 2001-2019. (Horsley)