

**Bachelorprojekt 2011**

## **Afdeling for Offentlig Ret**

### **Projekt nr. 3, Folkeret og EU-ret**

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

# **ET ALTERNATIV TIL KECK?**

## **Abstract**

This study investigates the development in the case law from the European Court of Justice after the ruling in *Keck* - with a special focus on non-discriminatory national measures regulating the “use” of products, preventing or restricting access to the market. The study is based on an analysis of the most seminal jurisprudence. After the ruling in *Keck* the Court introduced a category of non-discriminatory “selling arrangements”. These are national measures not prescribing the characteristics of products are lawful, if they apply to all traders on the national territory and effect, in the same manner in law and fact of domestic and imported products. For those that fit naturally within the existing “selling arrangement” concept, the Court may continue to exclude them from the scope of Article 34 in the absence of evidence of any discriminatory effect. By contrast, other non-product measures, as measures regulating the “use” of products, appear now to be subject to a broad “market access” test combined with consumer behavior, independent of any discrimination. By choosing not to equate the two categories, the Court has brought within the scope of Article 34 a category of non-product rules that applies to both domestic and imported products without the need to demonstrate any discriminatory effect. The problem with a market access test is therefore that almost any national measure restricting the “use” of products can have some effect on market access, albeit indirect and potential, leading to a finding of a breach of Article 34, as a MEQR unless justified. The Court therefore may consider whether Article 34 is created as a tool to maximize commercial freedom or as a tool to prevent national measures discriminating in favor of domestic products.

## **Indholdsfortegnelse**

<u>Indledning</u>	S. 1-2
- Overordnet problemformulering	S. 1
- Problemstilling.	S. 1
- Afgrænsning af emnet	S. 1
- Det indre marked – og varenes fire bevægelighed	S. 2
<u>Udviklingen frem til Keck</u>	S. 3-4
- Dassonville	S. 3
- Cassis De Dijon	S. 3
<u>KECK-Dommen</u>	S. 4-6
- Reel adgang til markedet (De Agostini og Gourmet International)	S. 5
<u>Foranstaltninger udenfor Keck – Anvendelsesrestriktioner</u>	S. 7-10
- Kommissionen v. Portugal	S. 7
- Kommissionen v. Italien	S. 8
- Mickelsson og Roos	S. 9
<u>Et alternativ til Keck?</u>	S. 10-13
- Konsekvens af market access testen	S. 11
<u>Konklusion</u>	S. 14
<u>Litteraturliste</u>	S. 15

## **Indledning**

### **Overordnede problemformulering**

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

### **Problemstilling**

EU-Domstolens anvendelse af TEUF artikel 34, har siden dens vedtagelse gennemgået en omfattende udvikling. På grundlag af den mest skelsættende domspraksis sammenholdt med teori, vil denne opgave nærmere redegøre for denne udvikling og efterfølgende analysere og diskutere hvordan EU-domstolen håndterer aktuelle problemstillinger i relation til art. 34, med specielt fokus på regler vedrørende produkters anvendelse.

### **Afgrænsning af emnet**

Vi befinder os under emnet ”Varernes frie bevægelighed”, hvilket er et omfattende område indenfor EU-retten. Derfor er det nødvendigt, at foretage en afgrænsning af emnet for kvalificeret at kunne behandle overstående problemstilling.

Reglerne, der har til formål at sikre varernes frie bevægelighed, kan overordnet opdeles i to kategorier, henholdsvis afgiftsmæssige hindringer og ikke-afgiftsmæssige hindringer. De ikke-afgiftsmæssige hindringer, som denne opgave vil behandle, kan igen opdeles i import og eksportrestriktioner. Eksportrestriktioner forekommer sjældent i praksis, hvilket formentligt skyldes, at medlemsstaterne ikke har interesse i, at begrænse deres eksport. Denne opgave vil derfor tage afsæt i importrestriktioner, nærmere bestemt art. 34.

*Art 34 har følgende ordlyd: ”Kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne”.<sup>1</sup>*

Begrebet kvantitativ restriktion handler om nationale bestemmelser, der antalsmæssigt begrænser indførsel af varer fra andre medlemslande, men det er andet led af bestemmelsen, ”foranstaltninger

---

<sup>1</sup> Lissabontraktaten, Traktat om den europæiske funktionsmåde, tredje del, s. 70, art. 34.

*med tilsvarende virkning*” denne opgave er koncentreret omkring, da det er her art. 34 i praksis har givet anledning til størst diskussion. Dette skyldes formentligt, at kvantitative indførselsrestriktioner mere tydeligt er i strid med art. 34, hvorimod anvendelsesområdet vedrørende foranstaltninger med tilsvarende virkning i praksis har vist sig, at være vanskeligere at afgrænse. Opgaven vil i forlængelse heraf fokusere på medlemsstaternes regler vedrørende produkters anvendelse, da disse i nyere retspraksis har givet anledning til diskussion vedrørende fortolkning og anvendelse af art. 34. Der findes desuden i form af TEUF art. 36 undtagelser, der kan retfærdiggøre, at medlemsstaterne laver national lovgivning, der strider imod art. 34, hvilket opgaven også vil belyse.

### **Det indre marked – og varenes fire bevægelighed**

EU er oprindeligt et økonomisk samarbejde mellem medlemsstaterne, og en afgørende forudsætning for et effektivt økonomisk samarbejde er, at medlemsstaterne frit kan handle med hinanden. Til opnåelse af dette, har medlemsstaterne via traktater vedtaget et omfattende regelsæt, som beskytter markedet indenfor EU (Det indre marked). Det indre marked er særdeles attraktivt at få adgang til, da lande her, modsat lande udenfor, opnår en række fordele i forbindelse med afsætning af deres varer. TEUF art. 34 beskytter mod ikke-afgiftsmæssige hindringer hvilket vil sige andre former for tekniske handelshindringer, der ikke direkte er forbundet med en økonomisk byrde. Art. 34 beskytter typisk virksomheder mod nationale regler, der hindrer samhandel indenfor fællesskabet. Som ved de øvrige fire bevægeligheder, er det en betingelse for anvendelse af art. 34, at der foreligger et grænseoverskridende element.<sup>2</sup>

Da bestemmelsen er kortfattet, har det været overladt til EU-domstolen at foretage en nærmere fortolkning af bestemmelsen, samt en afgrænsning af hvilke nationale regler der udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Daniel m.fl.: Grundlæggende EU-ret, 2. udg. S. 490.

<sup>3</sup> Daniel m.fl.: Grundlæggende EU-ret, 2. udg. S. 491.

## Udviklingen frem til Keck

I 1974 blev den første sag, der har medvirket til afgrænsninger af art. 34 afsagt. Sagen hedder Dassonville og handler kort sagt om import af skotsk whisky. Belgien havde vedtaget en regel, der betød, at importører af skotsk whisky skulle anskaffe et certifikat, som dokumentation for at whiskyen oprindeligt var fra Skotland, for at denne kunne indføres under betegnelsen ”Scotch whisky”. Spørgsmålet var, om der var tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning? I dommens præmis 4 konstaterer domstolen, at det belgiske krav om oprindescertifikat medfører alvorlige vanskeligheder for de erhvervsdrivende, der ønsker at importere skotsk whisky fra Frankrig, i forhold til de erhvervsdrivende der importerer whiskyen direkte fra den producerende stat til Belgien.<sup>4</sup> I forlængelse heraf formulerede domstolen i præmis 5, at *”Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt, kan hindre samhandelen i fællesskabet, må betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion.”*<sup>5</sup> Hermed gik domstolen ind og foretog en fortolkning af art. 34, men afgrænsede kun i et begrænset omfang begrebet foranstaltning med tilsvarende virkning, og der var derfor fortsat tvivl om omfanget af bestemmelsen, fx om også ikke-diskriminerende foranstaltninger var omfattet.<sup>6</sup> Betingelsen om et grænseoverskridende element i forbindelse med påberåbelse af art. 34 var til gengæld opfyldt, blot der potentielt var tale om en grænseoverskridelse.

I 1978 kom endnu en dom, som skulle bidrage til afgrænsningen af art. 34. Sagen hedder Cassis de Dijon og handler om tyske regler, der bestemte, at solbærlikør for at kunne markedsføres i Tyskland skulle indeholde en minimum alkoholprocent. Baggrunden for reglen var bl.a. forbrugerbeskyttelseshensyn, idet man fra tysk side hævdede, at en mindre alkoholprocent ville resultere i afhængighed pga. gradvis optrapning.<sup>7</sup> Domstolen afviste det tyske argument, men fastslog dog samtidigt, at forskelle i nationale lovgivninger må kunne accepteres, i det omfang disse bestemmelser er nødvendige af hensyn til en effektiv skattekontrol, beskyttelse af den offentlige sundhed, god handelsskik og forbrugerbeskyttelse. Der er altså tale om en ’domstolsskabt’ undtagelse til art. 34, som gælder ved ikke-diskriminerende foranstaltninger som supplement til art.

---

<sup>4</sup> Domstolens dom af 11. januar 1974, sag 8/74, Dassonville præmis nr. 4.

<sup>5</sup> Domstolens dom af 11. januar 1974, sag 8/74, Dassonville præmis nr. 5.

<sup>6</sup> Daniel m.fl.: Grundlæggende EU-ret, 2. udg. S. 492.

<sup>7</sup> Domstolens dom af 28. april 1978, sag 120/78, Cassis de Dijon, præmis nr. 10.

36.<sup>8</sup> Endvidere fastslår dommen et nyt princip og gensidig anerkendelse af produkter, der lovligt er produceret og bragt i omsætning i en anden medlemsstat. Den tyske regel om minimum alkoholprocent var omfattet af bestemmelsen i art. 34 og dermed en foranstaltning med tilsvarende virkning.<sup>9</sup> Da den tyske regel ikke var diskriminerende, fastslår dommen også, at ikke-diskriminerende foranstaltninger kan være omfattet af art. 34.

På trods af Dasonville og Cassis de Dijon var anvendelsesområdet for art. 34 forsat meget bredt og nationale foranstaltninger var nærmest automatisk omfattede af art. 34. Reelt bestod prøvelsen kun i at vurdere, hvorvidt der fra medlemsstaternes side blev varetaget legale hensyn, og om proportionalitetsprincippet blev overholdt. Retstilstanden blev efterfølgende kritiseret fra flere fronter bl.a. fra generaladvokat Van Gerven, der i sagen Torfan forsøgte at komme igennem med en indskrænkning af art. 34.<sup>10</sup> Først i 1991 kom sagen hvor EU-domstolen tog omfanget af art. 34 op til fornyet overvejelse. Sagen hedder Keck og vil blive behandlet nedenfor.

## **KECK-Dommen**

Sagen Keck og Mithouard handler om hvorvidt franske regler, der forbød videresalg af varer i uændret stand til en lavere pris end den franske indkøbspris, var i strid med art. 34. Som forventet henviste domstolen til Dasonville-doktriens afgrænsning af art. 34, men i præmis 14-17 valgte domstolen at udstede nye retningslinjer, som ikke var set tidligere. Efter den tidligere praksis ville de franske regler udgøre en overtrædelse af art. 34 jf. Dasonville. Domstolen foretog imidlertid en kategorisering af medlemsstaternes regler i henholdsvis ”former for salg” og ”krav til produkt”. Vedrørende produktkrav skal Dasonville og Cassis de Dijon fortsat følges jf. præmis 15, hvilket som oftest vil føre til en overtrædelse af art. 34.<sup>11</sup> Fysiske krav til produkter er mere byrdefulde for virksomhederne, og det er formentligt grunden til, at domstolen i sådanne situationer fortsat henviser til Dasonville. Vedrørende salgsformer, hvilket typisk vil være regler om markedsføring og lignende, opstillede domstolen to betingelser, og såfremt disse to betingelser er opfyldt, kan reglen ikke anses for værende i strid med art. 34. Betingelserne er formuleret således, at såfremt den nationale bestemmelse finder anvendelse på alle erhvervsdrivende i landet, og såfremt bestemmelsen såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og

---

<sup>8</sup> Domstolens dom af 28. april 1978, sag 120/78, Cassis de Dijon, præmis nr. 8 og 11.

<sup>9</sup> Domstolens dom af 28. april 1978, sag 120/78, Cassis de Dijon, præmis nr. 15.

<sup>10</sup> Daniel m.fl.: Grundlæggende EU-ret, 2. udg. S. 493-494.

<sup>11</sup> Domstolens dom af 27. juni 1991, sag C-267/91 og C-268/91, Keck & Mithouard, præmis nr. 15.

varer fra andre medlemsstater på samme måde, da kan den ikke antages at hindre samhandlen.<sup>12</sup> Efterfølgende er Keck-doktrinen konsekvent blevet anvendt i sager vedrørende salg – og markedsføringsregler.

### **Reel adgang til markedet**

Ifølge Kecks præmis nr. 17 antages det, at en national foranstaltning såfremt de to betingelser i præmis 16 er opfyldt, ikke forhindrer eller vanskeliggør, at virksomheder kan få adgang til andre medlemsstaters markeder.<sup>13</sup> I teorien er der diskussion om, hvorvidt opfyldelse af betingelserne i Keck reelt er ensbetydende med, at virksomhederne har adgang til markedet. Spørgsmålet er i denne sammenhæng, om domstolen vil følge Keck-doktrinen, eller om den vil fokusere på, hvorvidt der er reel adgang til markedet. Dette spørgsmål er domstolen blevet stillet i sagerne De Agostini og Gourmet International, hvor der var tale om nationale regler, der nærmest udgjorde et forbud mod markedsføring. Resultaterne vil derfor nødvendigvis ikke blive det samme i tilfælde af mindre indgribende foranstaltninger.<sup>14</sup> De Agostini handlede om svenske regler, der forbød, at virksomheder viste reklamer i TV rettet mod børn under 12 år. Et italiensk legetøjsfirma mente, at de reelt ikke havde adgang til det svenske marked, fordi markedsføring i TV var den eneste måde, de som udenlandsk producent kunne nå børn under 12 år. I denne sag henviste domstolen i præmis nr. 42 til Kecks to betingelser, hvorefter domstolen ikke afviste, at et reklameforbud som dette, på trods af at der ikke var tale om forskelsbehandling, kunne medføre større ulempe for udenlandske producenter end indenlandske, idet forbuddet faktisk havde en større effekt på udenlandske producenter.<sup>15</sup> Herefter skulle medlemsstaten efterprøve om foranstaltningen kunne retfærdiggøres med henvisning til art. 36 eller andre tvingende almene hensyn jf. Cassis De Dijon, samt hvorvidt foranstaltningen var proportionel.

Gourmet International handlede om svenske regler, der forbød eller i hvert fald stærkt begrænsede mulighederne for reklamering for alkoholiske drikkevarer. Baggrunden for reglerne var den sundhedsfare, der var forbundet med indtagelse af alkohol. Reelt var den eneste mulighed for markedsføring brancheblade, hvilket loven ikke forbød. Gourmet International mente, at de svenske regler var i strid med art. 34, idet nationale producenter ved at være etableret på markedet ikke blev

---

<sup>12</sup> Domstolens dom af 27. juni 1991, sag C-267/91 og C-268/91, Keck & Mithouard, præmis nr. 16.

<sup>13</sup> Domstolens dom af 27. juni 1991, sag C-267/91 og C-268/91, Keck & Mithouard, præmis nr. 17.

<sup>14</sup> Catherine Barnard: The substantive Law of the EU – The four freedoms, 3<sup>rd</sup> s. 138-139.

<sup>15</sup> Catherine Barnard: The substantive Law of the EU – The four freedoms, 3<sup>rd</sup> s. 132-133.



ramt af forbuddet i samme omfang, som tilfældet var for udenlandske producenter.<sup>16</sup> I præmis nr. 18 henviser domstolen til Kecks præmis 17 og konstaterer, at foranstaltningen falder udenfor art. 34, såfremt den ikke forhindrer udenlandske varer adgang til markedet eller medfører større ulempe i denne henseende. Domstolen konstaterede efterfølgende, at grundet forbrugernes vaner, vil de produkter som de i forvejen kender til være foretrukne, idet udenlandske producenter ikke kunne markedsføre deres produkter som ønsket. Domstolen mente dermed, at der var tale om negativ påvirkning på udenlandske produkter, idet den faktiske effekt hæmmede adgangen til markedet.<sup>17</sup>  
<sup>18</sup> Det var herefter op til den nationale domstol at undersøge om foranstaltningen kunne retfærdiggøres ud fra art. 36, og om foranstaltningen var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

De to sager viser, at domstolen tillægger det betydelig vægt, om effekten påvirker indenlandske og udenlandske produkter forskelligt. Det kan efterfølgende diskuteres i relation til det traditionelle diskriminationsbegreb, om dette er udtryk for en fravigelse af Keck eller nærmere en præcisering af Keck, idet der direkte i Kecks præmis nr. 16 står, at opfyldelse af andet led er betinget af, at bestemmelsen retligt og faktisk påvirker afsætningen af indenlandske og udenlandske varer ens. I Gourmet International og De Agostini er der ikke tale om diskrimination i den traditionelle EU-retlige forstand, hvor to lige forhold behandles forskelligt eller to ulige forhold behandles ens, men der kan argumenteres for, at Kecks præmis 16 – faktiske påvirkning ikke skal fortolkes som det traditionelle diskriminationsbegreb, idet faktisk påvirkning ikke nødvendigvis er betinget af diskrimination.<sup>19</sup> Dermed kan der argumenteres for, at dommene ikke er en fravigelse af Keck, men nærmere en præcisering.

---

<sup>16</sup> Domstolens dom af 18. september 1998, sag C-405/98, Gourmet International Products AB, præmis nr. 16 og 21.

<sup>17</sup> Catherine Barnard: The substantive Law of the EU – The four freedoms, 3<sup>rd</sup> s. 137.

<sup>18</sup> Domstolens dom af 18. september 1998, sag C-405/98, Gourmet International Products AB, præmis nr. 21.

<sup>19</sup> Adjunkt Michael Steinicke, nye retningslinjer for nationale reklameregler, s. 4-5.

## Foranstaltninger udenfor Keck – Anvendelsesrestriktioner

Kategorierne i Keck, henholdsvis produktkrav og salgsformer, dækker de fleste, men ikke alle typer af nationale foranstaltninger. En type af nationale foranstaltninger der ikke umiddelbart passer ind i Keck-doktrinen, er regler vedrørende produkters anvendelse, hvilket indenfor de seneste år har givet anledning til problemer. Domstolen har derfor skullet afgøre, i hvilket omfang Keck-doktrinen skal anvendes, eller om der er et alternativ? Til belysning af dette vil tre centrale domme blive analyseret og diskuteret.

Hvis de tre centrale domme behandles i den rækkefølge, hvori der er faldet dom i sagerne, er Kommissionen v. Portugal den første sag vedrørende produkters anvendelse. Der var tale om et traktatbrudssøgsmaal, hvilket drejede sig om en national bestemmelse (artikel 2, stk. 1, i lovdekret nr. 40/2003), der forbød fastsættelse af farvede film på bilers ruder. Kommissionen var af den opfattelse, at den nationale bestemmelse udgjorde et brud på art. 34. Generaladvokat Trstenjak foreslog, at domstolen behandlede sagen efter Dasonville og nåede dermed frem til, at der var tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning, idet forbuddet hindrede handel med Portugal.<sup>20</sup> Kommissionen argumenterede for, at potentielt interesserede forhandlere eller private ikke ville købe sådan film, når anvendelse var forbudt.<sup>21</sup> Portugal begrundede forbuddet i trafikmæssige hensyn og den offentlige sikkerhed, herunder at politiet skulle kunne se igennem ruderne, for dermed hurtigt at kunne konstatere, om bilisterne anvendte sikkerhedsselen, og om eventuelle lovovertrædere var til stede. Ifølge Portugal kunne dette ikke sikres med mindre restriktive midler.<sup>22</sup> På trods af at kommissionen havde anført, at det var overladt medlemsstaterne at vedtage foranstaltninger med henblik på at sikre færdselssikkerheden, var det imidlertid ikke kommissionens opfattelse, at Portugal havde godtgjort, hvorfor enhver form for farvet film skulle forbydes. Domstolen fulgte generaladvokatens opfordring og nåede med henvisning til Dasonville frem til, at forbuddet i praksis hindrede handel i Portugal med farvet film, der lovligt var fremstillet og markedsført i anden medlemsstat. Derfor udgjorde reglen en foranstaltning med tilsvarende virkning.<sup>23</sup> Det skulle herefter afgøres om foranstaltningen kunne retfærdiggøres med henvisning til art. 36 eller Cassis de Dijon hensynene, og her påhviler det medlemsstaterne at godtgøre, at deres foranstaltninger er egnede til virkeliggørelse af deres mål, samt at de er proportionelle.

---

<sup>20</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 13. december 2007, sag C-265/06, pkt. nr. 37-38.

<sup>21</sup> Domstolens dom af 10. april 2008, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal, præmis nr. 14-15.

<sup>22</sup> Domstolens dom af 10. april 2008, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal, præmis nr. 22-24.

<sup>23</sup> Domstolens dom af 10. april 2008, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal, præmis nr. 31-36.

Domstolen fandt at Portugal ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at foranstaltningen var nødvendig, da Portugal ikke havde godtgjort, hvorfor alle former for film var omfattet af forbuddet, og fordi Portugal på retsmødes indrømmede, at de tillod film på ruderne, såfremt bilerne fra producenten var fremstillet med film i ruderne.<sup>24</sup> Domstolen konkluderede derfor, at forbuddet måtte anses for værende for vidtgående, og Portugal havde dermed tilsidesat sine forpligtelser i henhold til art. 34.<sup>25</sup>

I anden sag Kommissionen v. Italien, var der igen tale om et traktatbrudssøgsmål, hvilket handlede om den italienske færdselslov, der forbød motorcykler at trække en påhængsvogn, hvilket kommissionen anså for værende et brud på art. 34. Denne dom adskiller sig processuelt fra de øvrige på den måde, at sagen, efter at generaladvokat Leger havde fremlagt forslag til afgørelse, blev genoptaget til mundtlig forhandling, hvorefter generaladvokat Bot fremlagde nyt forslag til afgørelse. Dette kan ses som en reaktion på, at domstolen anerkendte sagens vigtighed, og da generaladvokat Bot udtaler sig med erfaring fra den tidligere sag Kommissionen v. Portugal samt tidligere udtalelser fra generaladvokaterne, må Bots udtalelse anses for værende af stor præjudikatsværdi. Selve dommen har tilsvarende stor præjudikatsværdi i forhold til de øvrige sager, da denne sag blev afgjort ved den store afdeling hos domstolen, hvilket bl.a. betyder, at flere dommere har medvirket ved bedømmelsen.

Generaladvokat Leger opfordrede i denne sag, som Trstenjak havde gjort det tidligere i kommissionen v. Portugal domstolen, til at behandle sagen efter Dassonville.<sup>26</sup> Efterfølgende var det generaladvokat Bots opfattelse, at sagen ikke skulle behandles efter Dassonville, og ikke skulle udvide anvendelsen af Keck til også at omfatte foranstaltninger vedrørende produkters anvendelse. Derimod opfordrede han domstolen til at anvende en såkaldt ”marked acces” test, hvormed nationale foranstaltninger der enten forhindrer eller besværliggør udenlandske produkters adgang til markedet vil være i strid med art. 34.<sup>27</sup> De to generaladvokater kom altså frem til samme resultat, men med to forskellige måder at gribe sagen an på. Domstolen påpegede, at kommissionen ikke havde gjort det klart om forbuddet alene gjaldt påhængsvogne, der var specielt fremstillet til motorcykler, eller om alle påhængsvogne var omfattet af forbuddet. Domstolen konstaterede derefter, at hvad påhængsvogne der kunne anvendes til andet end motorcykler angik, da havde

---

<sup>24</sup> Domstolens dom af 10. april 2008, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal, præmis nr. 39-46.

<sup>25</sup> Domstolens dom af 10. april 2008, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal, præmis nr. 47-48.

<sup>26</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 5. oktober 2006, sag C-110/05, pkt. 32.

<sup>27</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 8. juli 2008, sag C-110/05, pkt. 87-106.

kommissionen ikke godtgjort, at den italienske færdselslov artikel 56 hindrede adgangen til markedet. Derimod konstaterede domstolen, med henvisning til den tidligere afsagte dom *Kommissionen v. Portugal*, at vedrørende påhængsvogne, der særligt var fremstillet til motorcykler, ville forbuddet påvirke forbrugernes adfærd, og skabe så ringe interesse i produktet, at adgangen til det italienske marked reelt blev hindret.<sup>28,29</sup> Selvom domstolen konstaterede, at der var tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning, kunne den imidlertid retfærdiggøres under henvisning til art. 36 og under iagttagelse af proportionalitetsprincippet. Dermed var foranstaltningen berettiget grundet beskyttelse af trafiksikkerheden.<sup>30</sup>

I sidste sag *Mickelsson og Roos* var der tale om et præjudicielt søgsmål anlagt af den nationale domstol i Sverige. Sagen drejede sig om en svensk bestemmelse, der stærkt begrænsede anvendelse af vandscootere i svensk farevand, idet brugen af vandscootere alene var tilladt på såkaldte vandveje, hvilke blev brugt til tung transportsejlad. Generaladvokat Kokott opfordrede domstolen til at anvende *Keck*, og henføre anvendelsesrestriktioner under kategorien salgsformer, hvorefter han opfordrede domstolen til at konkludere, at den svenske bestemmelse ikke var i strid med art. 34, medmindre forsvareren for *Mickelsson og Roos* kunne bevise, at bestemmelsen diskriminerede til fordel for nationale produkter. Dog nævnte Kokott samtidig nødvendigheden af at se på, om bestemmelsen havde effekt på markedsadgangen.<sup>31</sup>

Domstolen valgte at følge resultatet fra sagen *Kommissionen v. Italien*, præmis 56 og 57 og konstaterede, at ikke kun totale forbud, men også en restriktion som den svenske var omfattet af art. 34, idet domstolen påpegede, at afhængigt af omfanget, ville en sådan foranstaltning kunne påvirke forbrugernes adfærd negativt, og dermed påvirke producenternes adgang til markedet.<sup>32</sup> Herefter konkluderede domstolen, at den svenske bestemmelse, med forbehold for art. 36, udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning, og var dermed i uoverensstemmelse med art. 34.<sup>33</sup> Spørgsmålet var efterfølgende, om den svenske regel kunne retfærdiggøres med henvisning til art. 36 og om proportionalitetsprincippet var overholdt. Den svenske regering begrundede restriktionen ud fra miljøbeskyttelseshensyn, idet sejlad med vandscooter tættere ved kysterne ville skade miljøet. Domstolen konstaterede, at et generelt forbud mod at anvende vandscootere udenfor de

---

<sup>28</sup> Horsley: *Anyone for Keck?*, *Common Market Law Review* 2009, s. 2006.

<sup>29</sup> Domstolens dom af 10. februar 2009, sag C-110/05, *Kommissionen v. Italien*, præmis nr. 56-58.

<sup>30</sup> Domstolens dom af 10. februar 2009, sag C-110/05, *Kommissionen v. Italien*, præmis nr. 69.

<sup>31</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse af 14. december 2006, sag C-142/05, pkt. 57-63.

<sup>32</sup> Horsley: *Anyone for Keck?*, *Common Market Law Review* 2009, s. 2007.

<sup>33</sup> Domstolens dom af 4. juni 2009, sag C-142/05, *Mickelsson og Roos*, præmis nr. 28.

offentlige vandveje var en foranstaltning, der gik videre, end hvad der var nødvendigt. Dog var der i den svenske bestemmelse § 3 mulighed for, at myndighederne kunne udpege andre områder, hvor brugen af vandscootere var tilladt.<sup>34</sup> Domstolen udtalte derfor, at såfremt de kompetente myndigheder er forpligtede til at udpege sådanne områder, og dernæst at disse myndigheder faktisk udøver den kompetence som er tildelt dem, og dette sker indenfor rimelig tid, hvilket det påhviler den nationale domstol at vurdere, da vil foranstaltningen ikke være i strid med art. 34.<sup>35</sup>

## **Et alternativ til Keck?**

De tre domme viser med sikkerhed, at anvendelsesforskrifter kan være handelshindringer, selvom de ikke forskelsbehandler indenlandske og importerede varer. Dette gælder dog kun med sikkerhed for mere omfattende begrænsninger i anvendelsesmulighederne, altså begrænsninger der kan sammenlignes med et forbud.<sup>36</sup> Det skal dog i denne sammenhæng bemærkes, at nationale restriktioner der kun i mindre grad påvirker markedsadgangen, nødvendigvis ikke vil være i strid med art. 34.

Efter afsigelsen af Keck-dommen vil det mest oplagte være, at henføre regler vedrørende produkters anvendelse under kategorien salgsformer, hvormed foranstaltningerne alene vil være i strid med art. 34 såfremt de ikke opfylder betingelserne i Keck præmis 16. De tre domme ovenfor viser imidlertid, at domstolen har valgt en anden tilgang til problemet. I tilfælde af mere omfattende restriktioner som i *Kommissionen v. Portugal* valgte domstolen, at sidestille anvendelsesrestriktionen med Keck's kategori om produktkrav, og herefter henvise til *Dassonville*, hvormed forskelsbehandling ikke er en betingelse for, at foranstaltningen kan være i uoverensstemmelse med art. 34.<sup>37</sup> I sagen *Kommissionen v. Italien* valgte domstolen på opfordring af general advokat Bot, at håndtere sagen efter en market access test, hvilket minder om domstolens håndtering af de tidligere omtalte sager *De Agostini* og *Gourmet International*, hvor domstolen lagde afgørende vægt på forbrugernes adfærd og dermed indflydelse på producentens adgang til markedet. I sagen *Mickelsson og Roos* opfordrede general advokat Kokott domstolen til at anvende Keck, men domstolen fulgte i højere grad afgørelsen fra sagen *Kommissionen v. Italien*, og lod dermed market acces testen være afgørende.

---

<sup>34</sup> Domstolens dom af 4. juni 2009, sag C-142/05, *Mickelsson og Roos*, præmis nr. 12.

<sup>35</sup> Domstolens dom af 4. juni 2009, sag C-142/05, *Mickelsson og Roos*, præmis nr. 38-40.

<sup>36</sup> Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-retten, 5 udg. S. 373.

<sup>37</sup> Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-retten, 5 udg. S. 372.

På baggrund af overstående, har domstolen haft følgende muligheder vedrørende anvendelsesrestriktioner, henholdsvis Keck eller en market access test. Domstolen har umiddelbart valgt, at tillægge market acces testen afgørende betydning, og spørgsmålet er, om dette skal ses som et udtryk for en præcisering/udvidelse af Keck eller en fravigelse af Keck. Sagt på en anden måde, er market acces testen en del af Keck prøvelsen? I Keck præmis nr. 16 står der ordret: *"såvel retlig som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde"*.<sup>38</sup> Hermed har domstolen lagt op til en form for market acces test, som allerede blev introduceret i forbindelse med sagerne De Agostini og Gourmet International. Dog er der forskel på disse sager og sagerne vedrørende anvendelsesrestriktioner, hvilket behandles senere i opgaven.

### **Konsekvens af market acces testen i forhold til anvendelsesrestriktioner**

Ved at domstolen i den nyeste sag Mickelsson og Roos ikke valgte at følge general advokat Kokott og sidestille anvendelsesrestriktioner med salgsformer, kan der argumenteres for, at domstolen har skabt en retstilstand svarende til før Keck. Domstolen har reelt skabt en kategori af foranstaltninger, der ikke handler om produktkrav, og som gælder uafhængigt af, om der tale om diskrimination. Konsekvensen kan derfor blive, hvilket var tilfældet i sagen Kommissionen v. Portugal, at medlemsstaterne i fremtiden i højere grad skal forsvare og retfærdiggøre deres restriktioner, selvom restriktionerne ikke har til hensigt, at beskytte indenlandske producenter, men derimod beskyttelse af almene og legale hensyn. Domstolen konkluderede i sagen Kommissionen v. Portugal, at trafiksikkerhedshensyn kunne retfærdiggøre foranstaltningen, men domstolen mente til gengæld ikke, at Portugal i tilfredsstillende omfang kunne redegøre for dens nødvendighed, og den var dermed uproportional.<sup>39</sup> Medlemsstaterne har dermed begrænsede muligheder for at foretage national regulering, som ikke har til formål at beskytte indenlandsk produktion uden at komme i konflikt med market access testen og dermed art. 34.

Den såkaldte market acces test er tidligere i litteraturen blevet efterspurgt, navnlig i forbindelse med kritikken af Keck, men eftersom domstolen har valgt at kombinere market acces begrebet med forbrugeradfærd, opstår der uklarheder i forbindelse med anvendelsen af art. 34.<sup>40</sup> Da domstolen introducerede market acces begrebet i sagerne De Agostini og Gourmet International, var

---

<sup>38</sup> Domstolens dom af 27. juni 1991, sag C-267/91 og C-268/91, Keck & Mithouard, præmis nr. 16.

<sup>39</sup> Horsley: Anyone for Keck?, Common Market Law Review 2009, s. 2012.

<sup>40</sup> Horsley: Anyone for Keck?, Common Market Law Review 2009, s. 2012-2015.

situationen, at nationale foranstaltninger ikke måtte beskytte indenlandske produkter. Både vedrørende De Agostini og Gourmet International var der tale om nationale regler, der tydeligt havde en langt større negativ påvirkning på importerede varer frem for indenlandske varer. I den nyeste af sagerne Gourmet International argumenterede Sverige for, at restriktionen kunne retfærdiggøres med henvisning til folkesundhed, men da Sverige selv producerede alkohol var dette argument tvivlsomt, og dermed fremstod restriktionen som en beskyttelse af indenlandske producenter. Domstolens anvendelse af market acces testen i denne sag skal derfor ses i lyset af denne tilstand, hvormed det var hensigtsmæssigt at tillægge markedsadgangen afgørende betydning, så den nationale regel ikke undslap art. 34. Fordi Kecks præmis 16, 2. led netop stiller det krav, at restriktionen ikke faktisk må påvirke importerede varer anderledes end indenlandske, kan der argumenteres for, at dommen er udtryk for en præcisering af Keck og ikke en fravigelse.

Resultatet i Kommissionen v. Italien peger i retning af, at domstolen har udvidet anvendelsesområdet for market acces testen til at omfatte nationale foranstaltninger, der tydeligvis ikke har til formål at påvirke udenlandske produkter negativt. Dermed vil art. 34 i praksis kunne anvendes som et redskab for virksomheder til at fremme kommerciel frihed. De foranstaltninger, der naturligt kan kategoriseres som salgsformer, vil formentligt fortsat undslippe art. 34, såfremt de opfylder betingelserne i Keck. Men andre ikke-diskriminerende foranstaltninger som fx anvendelsesrestriktioner vil derimod blive omfattet af art. 34 via market access testen.<sup>41</sup> Dermed vil medlemsstaternes muligheder for at varetage legale hensyn såsom trafikikkerhed og miljø være meget begrænset. Det vil med andre ord sige, at domstolen vedrørende anvendelsesrestriktioner i et vist omfang har genoplivet problemet fra før Keck, hvor nærmest enhver national foranstaltning var stridende mod art. 34.

Såfremt domstolen i sagerne Kommissionen v. Portugal, Kommissionen v. Italien og Mickelsson og Roos havde anvendt Keck og kategoriserede dem som salgsformer, da ville alle foranstaltningerne være undsluppet art. 34, medmindre det kunne bevises, at de påvirkede forskelligt.<sup>42</sup> Derimod nåede domstolen i alle tre sager frem til, at der var tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning, dog med forbehold for art. 36. Dette resultat nåede domstolen frem til, ved at anvende market access testen. Domstolens anvendelse af market acces testen kan i disse sager ses som en fravigelse af Keck, idet situationen her var, at de nationale anvendelsesrestriktioner hverken havde til formål at

---

<sup>41</sup> Horsley: Anyone for Keck?, Common Market Law Review 2009, s. 2014-17.

<sup>42</sup> Horsley: Anyone for Keck?, Common Market Law Review 2009, s. 2019.

beskytte indenlandsk produktion eller faktisk påvirkede indenlandske og udenlandske producenter forskelligt, modsat sagerne *Gourmet International* og *De Agostini*. Der er altså forskel på om market access testen anvendes på regler, der faktisk påvirker forskelligt som i *Gourmet International*, og regler der ikke påvirker forskelligt, som tilfældet var i sagerne vedrørende anvendelsesrestriktioner. Ifølge generaladvokat Bot skal market access testen anvendes, uanset hvad den nationale foranstaltningens formål er. På trods af at dette i høj grad udvider anvendelsesområdet for art. 34, lader det til, at denne tilgang indtil videre har slået igennem hos domstolen.<sup>43</sup>

Det er vanskeligt ensidigt at konkludere, om domstolens håndtering af sagerne vedrørende anvendelsesrestriktioner er den mest hensigtsmæssige. Det er i denne forbindelse værd at overveje, hvad formålet med art. 34 er? Det er klart, at en vis grad af ensartethed i medlemsstaternes lovgivning er en nødvendighed, hvis det indre marked skal fungere efter hensigten, men dette er ikke ensbetydende med, at total harmonisering er en betingelse. Det kan efter domstolens håndtering af sagerne vedrørende anvendelsesrestriktioner diskuteres, om art. 34 har til formål, at forhindre diskrimination og anden forskelsbehandling mellem medlemsstaterne, eller om art. 34 har til formål at maksimere kommerciel frihed for industrien. I dommene vedrørende anvendelsesrestriktioner har det vist sig, at dette har betydning for medlemsstaternes muligheder for at lave national lovgivning. Såfremt EU-domstolen mener, at art. 34 skal anvendes som et middel til sikring af samhandel indenfor fællesskabet med plads til nationale forskelligheder, da er domstolen muligvis gået for vidt. Market access testen forhindrer ubetinget national forskelsbehandling, men samtidig overlader den meget begrænset frihed til medlemsstaternes egen lovgivning med forbehold for art. 36. Er domstolen derimod af den overbevisning, at art. 34 skal anvendes som et middel til at maksimere kommerciel frihed, da er anvendelsen af market access testen på anvendelsesforanstaltninger, der hverken har til formål at forskelsbehandle eller gør det i praksis, særdeles effektiv.

---

<sup>43</sup> Catherine Barnard: *The substantive Law of the EU – The four freedoms*, 3<sup>rd</sup> s. 139.



## Konklusion

Vedrørende anvendelsesrestriktioner kan nationale foranstaltninger godt opfylde betingelserne i Keck og samtidig hindre reel adgang til markedet, hvormed domstolen har introduceret market access testen. Anvendelsesrestriktioner passer ikke oplagt til Kecks to kategorier, henholdsvis produktkrav og slagsformer. Spørgsmålet er derfor, om domstolen skal anvende Keck, ved at ligestille regler vedrørende produkters anvendelse med salgformer, eller market access testen. Domstolen har valgt, at lade markedsadgangen være afgørende, og derigennem tillagt forbrugeradfærd afgørende betydning, jf. Kommissionen v. Portugal, Kommissionen v. Italien og Mickelsson og Roos.

Der er dog forskel på, hvordan market access testen er blevet anvendt. I forbindelse med Gourmet International og De Agostini blev begrebet anvendt i forbindelse med nationale foranstaltninger, der forholdsvist tydeligt påvirkede importerede varer negativt i forhold til indlandske varer. Dette kan ses som en præcisering af Kecks præmis 16, 2. led, som netop ligger op til en market access test, i form af faktisk påvirkning. Domstolen har i stedet for at anvende Keck udvidet market access testen til også at omfatte anvendelsesrestriktioner, der hverken har til formål eller i praksis påvirker importerede varer mere negativt end indlandske varer, og dette kan ses som en fravigelse fra Keck, da disse nationale foranstaltninger opfyldte Keck betingelserne i præmis 16.

Dermed er anvendelsesområdet for art. 34 igen blevet meget bredt, og formodningen taler for, at nationale foranstaltninger er i strid med art. 34, hvilket overlader medlemsstaterne lovgivningsmæssigt begrænset handlefrihed med forbehold for art. 36.

Det kan i den forbindelse overvejes hvad formålet med art. 34 er. Såfremt domstolen ønsker at art. 34 alene skal hindre national forskelsbehandling og dermed øge samhandelen, da kan der argumenteres for, at domstolen er gået for vidt på bekostning af medlemsstaternes forskelligheder i forbindelse med lovgivningsmæssig varetagelse af legale beskyttelseshensyn. Ønsker domstolen omvendt at bruge art. 34 som et middel til at fremme kommerciel frihed til fordel for industrien, da er market access testen, som den blev anvendt på anvendelsesrestriktioner, særdeles effektiv.

## **Litteraturliste**

### **Litteratur:**

- Daniel m.fl.: Grundlæggende EU-ret, 2. udgave 2011, jurist og økonomforbundets forlag.
- Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-retten, 5. udgave, jurist og økonomforbundets forlag.
- ”Nye retningslinjer for nationale reklameregler - en kommentar til sag C-405/98, Gourmet International”, af adjunkt Michael Steinicke
- Horsley: ”Anyone for Keck?”, Common Market Law Review 2009.
- Catherine Barnard: The Substantive Law of the EU – The four freedoms, 3<sup>rd</sup> ed.

### **Forslag til afgørelse:**

- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 13. december 2007, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal.
- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 5. oktober 2006, sag C-110/05, Kommissionen v. Italien.
- Generaladvokatens forslag til afgørelse af 14. december 2006, sag C-142/05, Mickelsson og Roos.

### **Domme:**

- Domstolens dom af 10. april 2008, sag C-265/06, Kommissionen v. Portugal.
- Domstolens dom af 10. februar 2009, sag C-110/05, Kommissionen v. Italien.
- Domstolens dom af 4. juni 2009, sag C-142/05, Mickelsson og Roos.

### **Andet:**

- ”Lissabontraktaten”, 2. oplag, 2011, Folketingets EU-Oplysning.