

Bacheloropgave

Afdelingen for Offentlig Ret

FOLKERET OG EU-RET

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

(The development in the case law from the European Court of Justice after the ruling in Keck - with a special focus on non-discriminatory selling arrangements preventing or restricting access to the market.)

Thesis summary

The decision of the European Court of Justice in Keck heralded a turning point in case law as the Court sought to define the outer limits of Art. 34 TFEU with regard to 'certain selling arrangements'. However, the question remained whether rules prohibiting or restricting the use of products fell within the scope of the Keck-formula or if they in fact would constitute measures having equivalent effect as quantitative restrictions (MEQR) and thus be in breach of Art. 34 TFEU.

After an examination of three post-Keck cases regarding national rules regulating product use, which are the main subjects of this thesis, it can be argued that the latter seems to be the case.

In Commission v. Italy, the Court introduced a market access criterion and concluded that such national rules constituted a MEQR if they hindered access to the market of another Member State. This was subsequently reaffirmed by the Court in the following case, Mickelsson & Roos and is thus – for the time being - the position taken by the Court.

Indhold

1. Indledning.....	4
2. Afgrænsning	4
3. Det indre marked.....	5
3.1. Varernes frie bevægelighed.....	5
4. EU-retspraksis før Keck	5
4.1. Dassonville	5
4.2. Cassis de Dijon	6
5. Keck-dommen.....	7
6. I kølvandet på Keck.....	7
6.1. De Agostini.....	8
6.2. Gourmet International	9
6.3. Bemærkninger	9
7. Produkters anvendelsesvilkår.....	9
7.1. Introduktion til retspraksis vedrørende produkters anvendelsesvilkår	10
7.2. Kommissionen mod Portugal.....	10
7.3. Kommissionen mod Italien	11
7.4. Mickelsson & Roos	12
7.5. Afsluttende bemærkninger	13
8. Konklusion	15
Litteratur	16
Liste over forkortelser.....	16

1. Indledning

Keck-dommen medførte et brud med EU-Domstolens daværende praksis, der ved samme lejlighed formulerede Keck-doktrinen og derved præciserede samt indsnævrede anvendelsesområdet for reglerne omkring de ikke-afgiftsmæssige hindringer for varernes frie bevægelighed jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter »TEUF«) art. 34¹.

Der vil i denne opgave blive undersøgt om, hvorvidt og i så fald i hvilket omfang Keck-doktrinen fortsat er at betragte som gældende ret. Opgavens primære fokus vil være på regler vedrørende produkters anvendelse, og hvordan disse passer ind ift. varernes frie bevægelighed og TEUF art. 34. Spørgsmålet er herefter, om Domstolen anser disse for værende foranstaltninger med tilsvarende virkning som told og afgifter og dermed omfattet af TEUF art. 34, eller om disse i stedet skal bedømmes ud fra de kriterier knæsat i Keck-dommens præmis 16 og 17 og behandles analogt med former for salg?

Disse spørgsmål vil blive besvaret ud fra en retsdogmatisk tilgang, hvor gældende EU-ret iht. rækkevidden af art. 34 beskrives og analyseres med udgangspunkt i juridisk litteratur og udvalgte domme.

De medtagne domme er udvalgt, dels da flere af disse i høj grad har været formende for Domstolens praksis ift. fortolkning af art. 34, hvilket bl.a. gælder for Dassonville (afsnit 4.1.) og Cassis de Dijon (afsnit 4.2.)², eller der i mindre eller større grad har afvejet praksis ift. Keck, herunder De Agostini (afsnit 6.1.) og Gourmet International (afsnit 6.2.). Slutteligt er der medtaget følgende tre domme med særlig relevans for opgavens problemstilling ift. produkters anvendelsesvilkår: Kommissionen mod Portugal (afsnit 7.2.), Kommissionen mod Italien (afsnit 7.3.) og Mickelsson & Roos (afsnit 7.4).

Emnet og spørgsmålene er tillige relevante ud fra et dansk synspunkt. Danmarks medlemskab af EU forpligter landet til at overholde love vedtaget af Rådet og Europa-Parlamentet, herunder bestemmelserne omkring de frie bevægeligheder, hvorfor det er afgørende at grænserne for disse er tilstrækkeligt definerede.

2. Afgrænsning

Reglerne om de frie bevægelighedsregler findes i TEUF og omfatter varer, arbejdskraft, tjenesteydelser samt kapital, og betegnes som "*de fire grundlæggende rettigheder*".³ Det er dog alene varernes frie bevægelighed der er relevant ift. Keck-dommen⁴ og tillige for nærværende opgave, hvorfor de øvrige frie bevægeligheder ikke vil blive behandlet. Reglerne vedrørende varernes frie bevægelighed findes for told og afgifters vedkommende i TEUF art. 28, 30 og 110, og i relation til kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning primært i TEUF art. 34. Den primære fokus vil være på reglerne for produkters anvendelse, hvilket falder ind under den sidst nævnte, og det er derfor Domstolens praksis

¹ Keck & Mithouard pr. 16 (behandles nærmere i afsnit 8)

² Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU Ret*, 6. udg., Thomson Reuters, 2010, s. 342

³ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 17. juli 2008 i sag C-205/07 pkt. 45

⁴ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 18. nov. 1992 i de forenede sager C-267-268/91 pkt. 2, sidste afsnit

ift. TEUF art. 34 om foranstaltninger med tilsvarende virkning der er genstand for opgavens videre behandling.

Ved Domstolen vurdering af om, hvorvidt en national bestemmelse er uforenelig med EU-retten, foretager den først en vurdering af om de nationale bestemmelser udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning, dernæst om de kan begrundes med TEUF art. 36 hensyn eller med tvingende almene hensyn som fastslået i retspraksis, og sluttelig om foranstaltningen er proportionel, hvorved menes om den er egnet og nødvendig for at varetage det pågældende hensyn. Dette er karakteriserende for Domstolens domme, og ligeledes for de domme der er medtaget i opgaven. Det er dog under rammerne for denne besvarelse muligt indgående at behandle disse hensyn eller proportionalitetsprincippet.

3. Det indre marked

Det fremgår af TEU art. 3, stk. 3, at oprettelsen af et indre marked er et af Unionens mål, og som ifølge Kommissionen, *"kan hjælpe Europa med at imødegå det 21. århundredets udfordringer"*⁵ ved bl.a. at øge væksten og skabe arbejdspladser, og er derfor måske særlig væsentlig i disse tider med mangel på samme. En af forudsætningerne for et velfungerende indre marked er fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital jf. TEUF art. 26, stk. 2.

3.1. Varernes frie bevægelighed

Det fremgår af TEUF art. 34 at *"kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne"*.

Medens det er tydeligt at *"kvantitative indførselsrestriktioner"* forbyder mængdemæssig begrænsning af import, er formuleringen *"alle foranstaltninger med tilsvarende virkning"* derimod mindre præcis, hvorfor fastlæggelsen af begrebets rækkevidde i praksis har givet anledning vanskeligheder. Domstolen har i en række domme søgt at definere grænserne for begrebet og dermed for art. 34.⁶ Det er disse domme, der gennemgås i de følgende afsnit.

4. EU-retspraksis før Keck

Inden en belysning af Keck-dommens betydning og Domstolens praksis i kølvandet på denne dom, vil der kort, og ud fra udvalgte domme, redegøres for Domstolens praksis frem til Keck og for begrebet *"foranstaltninger med tilsvarende virkning"* (herefter benævnt som »FTV«).

4.1. Dassonville

I dommen af d. 11. juli 1974, i sag C-8/74, Dassonville, foretog Domstolen for første gang en egentlig definition af begrebet *"foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner"*.⁷

⁵ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale udvalg og Regionsudvalget. Et indre marked for Europa i det 21. århundrede. KOM(2007) 724 s. 15.

⁶ Daniel m.fl.: *Grundlæggende EU-Ret*, 2. udg., DJØF Forlag, 2011, s. 490-491

⁷ Craig, Paul & de Búrca, Gráinne: *EU law: Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, 2008, s. 668

Sagen omhandlede et belgisk forbud mod import og salg af whisky med betegnelsen »Scotch whisky«, hvis whiskyen ikke samtidig var ledsaget af et ægthedscertifikat.

Der var rejst en straffesag mod Gustave og Benoît Dassonville for i strid med denne lov at have importeret Skotsk whisky til Belgien, og i denne forbindelse blev Domstolen forelagt et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt det belgiske forbud var at betragte som en kvantitativ restriktion eller som en foranstaltning med tilsvarende virkning.⁸

Domstolens anså forbuddet for værende en FTV, og i præmis 5 definerede en FTV som enhver foranstaltning som ”*enten direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt*” kan hindre samhandlen i EU og følgelig i strid med art. 34.

Denne vidtrækkende fortolkning af begrebet er sidenhen blevet anvendt i et stort antal domme ved vurdering af, hvad og hvornår noget kan betragtes som en FTV⁹, og omtales derfor som Dassonville-doktrinen. Doktrinen havde samtidig den konsekvens at en faktisk grænsepassage ikke længere var nødvendigt, men tilstrækkeligt at denne blot var potentiel førend at EU-retten fandt anvendelse.

4.2. Cassis de Dijon

Dassonville var en af de skelsættende domme i Domstolens praksis, men fik dog ikke besvaret spørgsmålet om, hvorvidt ikke-diskriminerende nationale bestemmelser ligeledes kunne være i strid med art. 34¹⁰.

I sag C-120/78, Cassis de Dijon, Domstolens dom af 20. feb. 1979, fik Domstolen mulighed for at besvare dette spørgsmål.

I sagen skulle Domstolen tage stilling til om de tyske regler der, uden hensyn til oprindelseslandet, forbød markedsføring af solbærlikør med en alkoholprocent på under 25, var uforenelig med art. 34.¹¹

Domstolen fandt at, de tyske regler om produktets indhold udgjorde en hindring for samhandlen i EU og derfor uforenelig art. 34.

Ved Cassis-dommen fik Domstolen knæsat tre vigtige principper; et gensidigt anerkendelsesprincip, at ikke-diskriminerende også kan være omfattet af art. 34 og at disse ikke-diskriminerende bestemmelser kan begrundes og opretholdes ud fra andre tvingende almene hensyn end de i art. 36 nævnte. Dette er siden blevet kendt som Cassis-doktrinen.

Det gensidige anerkendelsesprincip medførte, at varer der lovligt var fremstillet og markedsført i en medlemsstat, også uhindret skulle kunne markedsføres i andre medlemsstater. Særligt om betydningen af det gensidige anerkendelsesprincip er det blevet fremført, at dette er forudsætningen for et fungerende indre markeds.¹² Som følge af disse principper anses dommen som en fortsættelse og udvidelse af

⁸ C-8/74, pr. 2

⁹ Neergaard, 6. udg., s. 342

¹⁰ Daniel m.fl., 2. udg., s. 492

¹¹ C-120/78, pr. 1-3

¹² Generaladvokatens forslag til afgørelse af 24. nov. 1994 i Sag C-412/93, pkt. 25

Dassonville-doktrinen, og dommen fastslog samtidig at diskrimination ikke længere var en betingelse for anvendelsen af art. 34.¹³

5. Keck-dommen

I perioden efter Dassonville og frem til Keck fortsatte Domstolens udvidelse af anvendelsesområdet for art. 34, hvilket gav anledning til en del kritik.¹⁴ Af denne grund var en mere tilbageholdende praksis var efterspurgt - i hvert fald hvor nationale bestemmelser ikke havde restriktiv virkning på samhandlen i EU.¹⁵ Denne kritik forsøgte Domstolen at imødegå i Keck-dommen.

I de forenede sager, C-267-268/91, af 24. nov. 1993, Keck & Mithouard, populært omtalt som Keck-dommen eller blot Keck, skulle Domstolen tage stilling til om, hvorvidt en fransk lov der forbød videresalg af varer til under indkøbspris var forenelig med Fællesskabsretten.

Generaladvokat Van Gerven besvarer i sit forslag til afgørelse af 18. nov. 1992 dette benægtende, idet han anfører, i fuld overensstemmelse med den hidtidige praksis og Dassonville-doktrinen jf. ovenfor, at sådanne regler "*direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt*" kan hindre samhandlen i EU.¹⁶

Dette forslag fulgte Domstolen dog ikke, men valgte i stedet at ændre sin hidtidige praksis i præmis 16. Domstolen fremførte i afgørelsens præmis 15, at nationale regler om mærkning, form og indhold, i overensstemmelse med Cassis de Dijon-praksis, var at betragte som FTV'er og følgelig i strid med art. 34. I modsætning hertil antages det dog ikke, at regler vedrørende salgsformer "*direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt*" hindrer samhandlen i EU forudsat at;

" ... sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde".¹⁷

Domstolen fastholdte således i Keck-dommen, Cassis- såvel som Dassonville-doktrinen. Men ved samtidig at indføre den såkaldte Keck-doktrin foretog Domstolen en afgørende sondring mellem produktkrav og øvrige krav, herunder salgsvilkår, hvorefter handelshindringer der opfylder betingelserne i præmis 16, falder udenfor art. 34's rækkevidde. Som det vil blive vist senere i opgaven, er denne sondring et af de mest interessante og omdiskuterede aspekter af dommen – ikke mindst i relation til nærværende opgave og nationale regler vedrørende produkters anvendelse.

Spørgsmålet forblev, om sådanne anvendelsesvilkår ligeledes tilhørte kategorien af salgsformer og derfor faldt uden for anvendelsesområdet for art. 34, forudsat at de opfyldte betingelserne i Keck-doktrinen. Dette vendes der tilbage til i afsnit 7.2 og frem.

6. I kølvandet på Keck

Keck-dommen er siden afsigelsen blevet en af de skelsættende domme ift. en indskrænkelse af art. 34, der, efter Domstolens eget udsagn i samme doms præmis 14, i stigende grad blev påberåbt af de erhvervsdrivende ifm. regler, der end ikke var "*møntet på varer fra andre medlemsstater*".

¹³ Craig & De Búrca, 4th ed., s. 679

¹⁴ Brobjerg, Morten: *Free movement in the European Union*, 3rd ed., DJØF Publishing, 2011, s. 156

¹⁵ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 23. nov. 1989 i sag C-145/88, Torfaen.

¹⁶ Generaladvokatens forslag til afgørelse af d. 18. nov. 1992 i de forenede sager C-267-268/91 pkt. 5, sidste afsnit

¹⁷ C-267-268/91 pr. 16

Hvor Domstolens praksis frem til Keck var blevet mødt af kritik for at udvide handelshindringsbegrebet, blev den nu kritiseret for at begrænse anvendelsen af art. 34. Dommen blev ligeledes kritiseret for, at være for upræcis, idet den rejste flere spørgsmål om, bl.a. hvorvidt Keck-doktrinen skulle anvendes i situationer, hvor nationale regler hindrede eller begrænsede en aktivitet eller brugen af en vare, og i situationer hvor ikke-diskriminerende regler hindrede eller begrænsede markedsadgangen. I relation til ikke-diskriminerende regler der hindrer markedsadgangen, fremfører Barnard påstanden om, at disse efter Keck-doktrinen ikke vil være i strid med art. 34.¹⁸ Det må imidlertid stå for Barnards egen regning, eftersom at det af Keck-dommens præmis 16 og 17 fremgår, at der blot tale om en formodning for, at sådanne salgsvilkår ikke hindrer markedsadgangen. Herudfra må det modsætningsvis udledes, at en påvisning af en hindret markedsadgang vil bevirke, at disse salgsvilkår *ikke* falder uden for art. 34.¹⁹

I sit forslag til afgørelse i sag C-412/93, kritiserer generaladvokat Jacobs endvidere Keck-dommen for at foretage en uhensigtsmæssig sondring mellem produktkrav og salgsformer, der efter omstændighederne vil kunne føre til Domstolens anvendelse af forskellige regelsæt og således stride imod ønsket om en ensartet anvendelse af EU-retten.²⁰ En lignende opfattelse udtrykkes af generaladvokat Bot, der ved samme lejlighed forslø indførsel af et nyt markedsadgangskriterium til anvendelse frem for Keck-doktrinen. Dette vendes der tilbage til i afsnit 7.5.

Som de to følgende domme vil vise, er Domstolen, efter Keck-doktrinens konsekvente anvendelse i afgørelser vedrørende salgsregler, nu øjensynligt blevet mere tilbageholdende med at anvende doktrinen. Dette kan ses som udtryk for Domstolens erkendelse af, at en ren formalistisk anvendelse af doktrinen ville underminere EU-rettens formål med skabelsen af et indre marked, hvilket flere kritiske røster i den juridiske litteratur såvel som retslitteraturen allerede havde tilkendegivet en bekymring for, jf. foroven.

6.1. De Agostini

Domstolens dom af 9. juli 1997, i de forenede sager C-34-35/95, De Agostini, omhandlede inter alia et svensk forbud mod fjernsynsreklamer, der henvendte sig til børn under 12 år. Forbuddet var af de svenske myndigheder begrundet med et ønske om at beskytte mindreårige. De Agostini havde gjort gældende, at forbuddet var i strid med EU-retten, hvorfor *Marknadsdomstolen* forelagde Domstolen spørgsmålet om, hvorledes EU-retten og art. 34 skulle fortolkes.

Domstolen nåede det resultat, at et sådant forbud ikke var i strid med art. 34, forudsat at forbuddet, retligt såvel som faktisk, påvirkede nationale varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde, og i øvrigt var egnet til og nødvendigt for, at varetage art. 36-hensyn eller tvingende almene hensyn.²¹

Det er ikke umiddelbart svært at genkende Keck-doktrinen i ovenstående. Domstolen foretager ligeledes i præmis 40 en direkte henvisning til Keck, idet den anfører at Keck-doktrinens første led klart er opfyldt, men at dette ikke nødvendigvis er gældende hvad det andet led angår.

¹⁸ Barnard, Catherine: *The Substantive Law of The EU*, 3rd ed., s. 130-132 og s. 141

¹⁹ Broberg, 3rd ed., s. 156

²⁰ Generaladvokatens forslag til afgørelse af 24. nov. 1994 i Sag C-412/93, pkt. 38-40

²¹ C-34-35/95, konklusion, 2. pkt.

Dommen er medtaget i opgaven, idet Domstolen her, for første gang siden Keck-dommen, afveg sin praksis med konsekvent at afgøre alle sager vedrørende regulering af salg og markedsføring med en henvisning til Keck-doktrinen.²²

6.2. Gourmet International

Domstolen havde i De Agostinis-dommen ikke direkte taget stilling til påstanden i præmis 43 om, at forbuddet reelt hindrede markedsadgangen for visse varer fra andre medlemsstater, og det forblev derfor uklart, hvorvidt nationale salgsregler skulle bedømmes ud fra en markedsadgangsbetragtning eller Keck-doktrinen.

Dette blev imidlertid præciseret af Domstolen i den efterfølgende dom af 8. marts 2001, C-405/98, Gourmet International. Sagens faktiske omstændigheder havde visse ligheder med De Agostini. Her var spørgsmålet dog blot, om de svenske regler, der af hensyn til folkesundheden forbød reklamering for alkoholholdige drikkevarer i stort set alle medier var, at betragte som FTV'er.

Dette svarede Domstolen bekræftende på, og lagde i afgørelsens præmis 21 særligt vægt på, at virkningen af et annonceringsforbud ville være større for indførte varer, idet kendskabet til og markedsadgangen for disse ville blive vanskeliggjort. En national bestemmelse der begrænsede eller forbød former for salg, og fandt anvendelse på alle erhvervsdrivende i landet, kunne således alligevel falde ind under anvendelsesområdet for art. 34.

6.3. Bemærkninger

Gourmet-dommen kunne imidlertid ikke ses som et udtryk for, at Keck-doktrinen ikke længere fandt anvendelse. I dommens præmis 18 nævner Domstolen, at betingelsen for anvendelse af Keck-doktrinen er, at de nationale salgsregler ikke, hverken retligt eller faktisk, må hindre eller have en større ulempe for indførte varers adgang til markedet. Denne betingelse kunne ikke anses som værende opfyldt i sagen. Derimod må afgørelsens præmis 21 ses som afvigelse fra Domstolens praksis, fsva. den konsekvente anvendelse af Keck-doktrinen på alle nationale salgsregler, til fordel for en EU-retlig vurdering af sagens faktiske omstændigheder.

Som Steinicke anfører²³, giver dette ræsonnement, Domstolen en mulighed for at anskue nationale salgsregler, ikke alene ud fra Keck, men tillige ud fra en markedsadgangsbetragtning. Hvor Keck havde brudt med den daværende retspraksis, varslede Gourmet nu et brud med Keck-praksissen.

Introducering af markedsadgangsbegrebet er endnu et vigtigt aspekt af dommen, og som det vil fremgå af det følgende afsnit og frem, et aspekt med afgørende betydning for fortolkning af regler vedrørende produkters anvendelse.

7. Produkters anvendelsesvilkår

Den hidtidige retspraksis gennemgået foroven, har ift. anvendelsen og fortolkningen af TEUF art. 34 været formet af enkelte, men dog væsentlige domme:

²² Daniel m.fl., 2. udg., s. 499

²³ Daniel m.fl., 2. udg., s. 499

Efter Dassonville-doktrinen var enhver foranstaltning der hindrede samhandlen i strid med art. 34, uanset om foranstaltningen var aktuel, direkte, indirekte eller endog potentiel. Det "potentielle" bevirkede i modsætning til tidligere retspraksis, at et aktuelt grænseoverskridende element ikke længere var en nødvendig betingelse for EU-rettens anvendelse ift. varernes frie bevægelighed.²⁴

I Cassis de Dijon foretog Domstolen en udvidelse handelshindringsbegrebet og indførte bl.a. det gensidige anerkendelsesprincip. Med Cassis de Dijon-doktrinen åbnede Domstolen, fsva. ikke-diskriminerende regler, endvidere op for at andre hensyn, end de i art. 36 nævnte, kunne begrunde en afvigelse af art. 34.

Med Keck ændredes Domstolens daværende praksis, hvorefter at nationale bestemmelser der forbød eller begrænsede former for salg ikke ville være omfattet af art. 34, forudsat at disse regler fandt anvendelse på alle erhvervsdrivende samt havde samme retlige og faktiske virkning på indenlandske som på indførte varer.

I Gourmet International-dommen fraveg Domstolen sin Keck-praksis, og introducerede samtidig markedsadgangsbetragtningen.

Trods en omfattende retspraksis og flere skelsættende domme, hvoraf enkelte er gennemgået foroven, havde Domstolen dog endnu ikke direkte taget stilling til, hvorledes regler vedrørende produkters anvendelse skulle vurderes EU-retligt - eftersom at disse hverken kunne kategoriseres som produktkrav eller salgsvilkår. Spørgsmålet forblev derfor om sådanne regler skulle vurderes i iht. de klassiske Dassonville- og Cassis-doktrinener, om de faldt under Keck-doktrinen eller om de skulle vurderes ud fra en markedsadgangsbetragtning, og som det fremgår af de følgende afsnit, har der i litteraturen været forskellige svar herpå. Ud fra nedenstående gennemgang af domme må spørgsmålet nu anses for værende besvaret af Domstolen.

7.1. Introduktion til retspraksis vedrørende produkters anvendelsesvilkår

De følgende tre domme, der vedrører begrænsninger af eller forbud mod anvendelse af produkter, er alle anlagt i perioden februar 2005 – juli 2006, og således i nær tidsmæssig sammenhæng med hinanden. I disse sager skulle Domstolen tage stilling til om, hvorvidt nationale anvendelseskrav var at betragte som FTV'er. Den lange behandlingstid, på omtrent 4,5 år i det ene tilfælde, afspejler sagernes komplicerede og principielle karakterer.²⁵ Dommene gennemgås kronologisk ud fra tidspunktet for afgørelserne, eftersom den sidste dom, Mickelsson og Roos, i høj grad læner sig op af dommen, der forinden var afsagt i Kommissionen mod Italien.

7.2. Kommissionen mod Portugal

Den første af de tre sager der afgjort, var Domstolens dom af 10. april 2008, i sag C-265/06, Kommissionen mod Portugal.

²⁴ Daniel m.fl., 2. udg., s. 490

²⁵ Horsley, Thomas: *Anyone for Keck?*, Common Market Review 2009, s. 2004

I sagen havde Kommissionen anlagt et traktatbrudssøgsmål mod Portugal for, ved lovdekret, at have forbudt fastsættelse af enhver form for farvet film på motorkøretøjers ruder, hvilket ifølge Kommissionen opfattelse var en handelshindring efter TEUF art. 34 og 36.

De portugisiske myndigheder havde begrundet forbuddet med hensynet til den offentlige sikkerhed og færdselssikkerhedsmæssige hensyn, idet den farvede film ville begrænse mulighederne for udefra at identificere eventuelle eftersøgte i bilerne og observere om de påbudte sikkerhedsseler blev anvendt i trafikken.²⁶

Forbuddet omfattede hverken de motorkøretøjer udstyret med farvet film fra begyndelsen eller indførelse, markedsføring og salg af farvet film, men alene vilkårene under hvilket de kunne anvendes.

Generaladvokat Trstenjak fremførte, at forbuddet ikke blot hindrede anvendelsen af farvede film men tillige afsætningen af disse, og måtte dermed ligestilles med en FTV i overensstemmelse med definitionen i Dassonville-doktrinen.²⁷ Som det fremgår af dommens præmis 31-36, vælger Domstolen sig i sit ræsonnement at følge generaladvokatens forslag.

De hensyn de portugisiske myndigheder havde begrundet forbuddet med, fandt Domstolen at kunne varetages med mindre indgribende midler, hvorfor forbuddet ikke var proportionelt og som følge heraf i strid med art. 34.

7.3. Kommissionen mod Italien

I denne sag, C-110/05, hvori der blev afsagt dom d. 14. juni 2009, var Domstolen forelagt en lignende problemstilling som i Kommissionen mod Portugal. Sagen er dog atypisk i den henseende at der her var behov for to generaladvokaters forslag til sagens afgørelse, hvilket også er med til at vise sagens principielle betydning.

Anledningen til søgsmålet var her et forbud i Italien mod, at italiensk indregistrerede motorcykler og lignende kørte med påhængsvogne. Forbuddet var af den italienske stat begrundet med trafikikkerhedshensyn. Dette mente Kommissionen imidlertid at kvalificerede en FTV efter art. 34.

I det første forslag til afgørelse, henviste generaladvokat Léger til det gensidige anerkendelsesprincip knæsat i Cassis de Dijon og til Dassonville-doktrinen, og konkluderede derefter at forbuddet kunne ligestilles med en FTV og derfor i strid med art. 34.²⁸ Den eneste henvisning til Keck i forslaget, er alene en henvisning til Domstolens citering af Dassonville-doktrinen i Keck-dommen, hvorfor det fortsat var uklart, men dog formentlig tvivlsomt, om Keck-doktrinen kunne anvendes i relation til produkters anvendelsesvilkår.

Dette forsøgte generaladvokat Bot at afklare i dennes omfattende forslag til afgørelse af 8. juli 2008 i samme sag.

²⁶ C-265/06, pr. 22-23

²⁷ Forslag til afgørelse af 10. juli 2007 i sag C-265/06, pkt. 37, 38 og 40.

²⁸ Forslag til afgørelse af 5. okt. 2006 i sag C-110/05, pkt. 22, 32 og 37.

I lighed med *Trstenjak* og *Léger* henviste *Bot* indledningsvis til tidligere retspraksis med *Dassonville*-doktrinen ift. definitionen af en FTV og til det gensidige anerkendelsesprincip.²⁹ *Bot* fortsatte imidlertid herfra og argumenterede for hvorfor *Keck* ikke burde finde anvendelse ifm. produkters anvendelsesvilkår, hvorfor forslaget og argumenterne heri er af særlig betydning ift. nærværende opgaves problemstilling.

Det fremgår af *Bots* forslag, at den sondring som *Domstolen* havde foretaget mellem produktkrav og salgsformer i *Keck*-dommen ikke var uproblematisk. I lighed med generaladvokat *Jacobs* i C-412/93 jf. ovenfor i afsnit 6, mente *Bot*, at det kunne være vanskeligt at kategorisere nationale regler som enten produktkrav eller salgsformer, hvorefter at konsekvensen ville være en uensartet fortolkning af de forskellige frie bevægeligheder. Der var derfor hverken nødvendigt eller muligt at udvide *Keck*-doktrinens anvendelsesområde til også at omfatte produkters anvendelsesvilkår.³⁰

I sin afgørelse lagde *Domstolen* sig nært op ad *Bots* forslag og fremførte dernæst i præmis 37, at enhver foranstaltning der hindrede adgangen til markedet var at betragte som en FTV. Imidlertid valgte *Domstolen*, i modsætning til *Kommissionen mod Portugal*, at anse det italienske forbud for værende proportionelt, hvorefter at den italienske stat frifandtes. Dette begrundede *Domstolen* med, at reglen var let at forstå og at håndhæve, hvilket var en lempelse ift. tidligere bedømmelser af proportionalitet.³¹

Som det vil fremgå af nedenstående, valgte *Domstolen* efterfølgende i *Mickelsson & Roos* at lægge samme ræsonnement til grund for sin afgørelse.

7.4. Mickelsson & Roos

Den sidste af de tre sager blev afgjort ved *Domstolens* dom af 4. juni 2009, i sag C-142/05, *Mickelsson & Roos*. Omkring 4,5 år efter at sagen var blevet anlagt.

I sagen blev *Domstolen* forelagt et præjudicielt spørgsmål ifm. en straffesag anlagt mod *Mickelsson* og *Roos*, der var anklaget for, i strid med et svensk forbud, at have anvendt vandscootere på ikke-tilladte vandområder.

Det svenske forbud, der inter alia var begrundet med miljømæssige hensyn, begrænsede anvendelsen af vandscootere til nærmere anviste offentlige vandveje, og var dermed ikke absolut som i *Kommissionen mod Italien*, men medførte dog at fritidsfartøjer ikke frit kunne benyttes alle steder. *Mickelsson* og *Roos* havde påstået dette forbud i strid med bl.a. art. 34, og den nationale domstol havde anmodet om EU-*Domstolens* stillingtagen til spørgsmålet.

Generaladvokat *Kokott* fremfører i sit forslag til afgørelse, at anvendelsesvilkårene skulle ligestilles med salgsvilkår, hvorfor de som udgangspunkt ikke udgjorde en FTV, og følgelig kunne undtages fra rækkevidden af art. 34.³² Denne opfattelse deles bl.a. af *Engsig Sørensen*, der ud fra en tilsvarende klassisk *Keck*-tilgang mener, at anvendelsesvilkår bør behandles analogt med salgsvilkår, og kun skal "... [udgøre]

²⁹ *Bot*, C-110/05, pkt. 53-55

³⁰ *Bot*, C-110/05, pkt. 82-103

³¹ *Horsley*, 2009, s. 2012, note 65

³² Forslag til afgørelse af 14. dec. 2006 i sag C-142/05, *Mickelsson & Roos*, pkt. 47 og 66 og *Horsley* s. 2010

handelshindringer, hvis de stiller indførte varer dårligere".³³ Dette står i skærende kontrast med generaladvokaterne i de to domme ovenfor.

Kokotts argumenter for denne løsning ved at fremhæve lighederne mellem salgsvilkår og anvendelsesvilkår, herunder at ingen af disse har til formål at hindre samhandlen i EU, og at såvel salgsvilkår som anvendelsesvilkår som udgangspunkt først finder anvendelse *efter* at en vare er indført i landet. Disse ligheder mellem de to kategorier af regler og vurderingen heraf bakkes op i juridisk litteratur af Horsley.³⁴

Disse modstridende opfattelser i retslitteraturen såvel som den juridiske litteratur er med til at vise, hvor kompliceret en problemstilling det er at begrænse rækkevidden af art. 34 hhv. undtagelserne hertil. Det er uenigheder til trods, dog alene retspraksis der udgør en egentlig retskilde.³⁵

I Mickelsson & Roos valgte Domstolen således i præmis 24, at lægge sig nært op af Domstolens præmis 37 i Kommissionen mod Italien ved, at definere en FTV ift. markedsadgangen, som "*.. enhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i andre medlemsstater adgang til markedet i en medlemsstat*". Domstolen mente dog, at de hensyn fremlagt af de svenske myndigheder kunne begrunde en foranstaltning der hindrede samhandlen, forudsat at de kompetente myndigheder forpligtede sig, til inden for rimelig tid, at anvise vandområder til benyttelse af vandscootere.³⁶

Afgørelsen i Mickelsson & Roos havde mange ligheder med afgørelsen i Kommissionen mod Italien, som der ligeledes henvises til flere gange. En lighed mellem disse domme i præmis 36 hhv. præmis 67 er især værd at notere sig. Domstolen anlægger i disse præmisser et lempeligere proportionalitetskrav, hvorefter at en uforholdsmæssig foranstaltning kunne accepteres, hvor en sådan foranstaltning var let at forstå og håndhæve. Betydning heraf uddybes under konklusionen i afsnit 8.

7.5. Afsluttende bemærkninger

I den første af de sager der blev afgjort, Kommissionen mod Portugal, foretog Domstolen i sit ræsonnement hverken direkte eller indirekte henvisning til Keck, men alene til Dassonville-doktrinen i præmis 31 og til Cassis' gensidige anerkendelsesprincip i præmis 35.

Udfaldet af dommen blev, at regler der begrænsede eller forbød brugen af en vare, ikke var omfattet af kategorien salgformer, hvorfor Keck-doktrinen ikke fandt anvendelse. Herudfra kunne det ikke udledes, at Keck ikke længere havde noget EU-retlig relevans, men nærmere at Domstolen i dommen ikke havde fundet det nødvendigt at udvide Keck-doktrinen anvendelsesområde til at omfatte regler, der ikke var direkte regulering af salgformer.

Denne snævre fortolkning af Keck har dog været omdiskuteret i litteraturen. Der kan lidt forenklet siges at være to modstridende udgangspunkter. Det ene argumenterer bl.a. Horsley for, hvorefter at nationale anvendelsesvilkår for produkter, der ikke har til formål at hindre varenes frie bevægeligheder, som ikke er

³³ Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Paul: *EU-retten*, 5. udg., DJØF Forlag, 2010, s. 372

³⁴ Kokott, C-142/05, pkt. 53-55

³⁵ Neergaard, 6. udg., s. 101-103

³⁶ C-142/05, pr. 39

produktkrav og ikke diskriminerer, må betragtes som salgsvilkår i overensstemmelse med Keck-doktrinen³⁷. Konsekvensen af dette er en udvidelse af områder der falder uden for art. 34, der alt andet lige medfører, at de enkelte medlemsstater får større spillerum ift. national lovgivning. Dette øger imidlertid risikoen for at en medlemsstat på kreativ vis eller som følge af afgrænsningsproblemet kan stille indførte varer dårligere end indenlandske, og derved bevidst eller ubevidst modarbejde EU's formål med skabelsen af et indre marked.

Det andet udgangspunkt indebærer, at regler der ikke direkte vedrører salgsformer, ikke bør vurderes iht. til Keck, og er derfor uforenelig med art. 34. Det er dette udgangspunkt der synes, at være lagt til grund af Domstolen i de to efterfølgende domme, Kommissionen mod Italien og Mickelsson og Roos.³⁸

I lighed hermed argumenterer Bot, i Kommissionen mod Italien, imod en udvidelse af Keck-doktrinen ved at henvise til de generelle vanskeligheder forbundet ved Keck-doktrinen og ved sondringen mellem forskellige kategorier af regler.³⁹ Dette argument bør formentlig ikke adopteres ukritisk, idet at det allerede i forslaget pkt. 10 fremføres, at sagen giver mulighed for at afgrænse Keck-doktrинens rækkevidde, hvilket måske vidner om generaladvokatens udgangspunkt i sagen. I kontrast til Bot, fremfører Horsley, at Keck-doktrinen tværtimod er et "*fleksibelt værktøj*" ved vurdering af en given national bestemmelses forenelighed med art. 34. Det lader imidlertid til, at det netop er denne fleksibilitet, der har givet anledning til vanskeligheder ved anvendelsen og afgrænsningen af Keck-doktrinen.

Et af forslaget punkter der i særdeleshed er værd at notere sig, er Bots forslag om indførsel af et nyt markedsadgangskriterium, ud fra hvilket alle de frie bevægeligheder skal vurderes.⁴⁰ Dette kriterium som Domstolen for første gang valgte at lægge til grund for en afgørelse,⁴¹ gør dommen i denne henseende skelsættende - i lighed med Dassonville, Cassis de Dijon og Keck - og antyder herved den retning hvori Domstolens fremtidige praksis vil udvikle sig. Dommen i Mickelsson og Roos, der i det væsentlige fulgte ræsonnementet i Kommissionen mod Italien, synes at bekræfte dette.

Problemet med anvendelsen af et sådant markedsadgangskriterium, er imidlertid at begrebet ikke er tilstrækkeligt defineret og forbliver dermed flydende⁴², og det er derfor uvist om det med tiden - i lighed med Dassonville-doktrinen - vil omfatte enhver national bestemmelse der kan hindre adgangen til markedet, eller om det - som Keck-doktrinen - alene får et snævert anvendelsesområde. Opfyldelse af et sådant kriterium vil dog formentlig kræve, at hindringen ikke er ubetydelig, hvilket modsætningsvis kan udledes af præmis 26 i Mickelsson og Roos.

Afgørelserne i disse tre domme udtrykker en klar tilbagevenden til den retspraksis, der eksisterede inden Keck, og som ifølge Horsley er et skridt i den forkerte retning - på bekostning af medlemsstaternes suverænitæt. At Domstolen ved samme lejlighed, i Mickelsson & Roos, udvider anvendelsesområdet for art. 34 til også at omfatte den personlige frihed⁴³, udtrykker samtidig Domstolens, måske til tider meget,

³⁷ Horsley, 2009, s. 2010

³⁸ Barnard, 3rd ed., s. 140

³⁹ Bot, C-110/05, pkt. 81

⁴⁰ Bot, C-110/05, pkt. 106-107

⁴¹ Broberg, 3rd ed., s. 220

⁴² Horsley, 2009, s. 2014

⁴³ Horsley, 2009, s. 2008-2012

dynamiske fortolkning af traktaten. Denne udvidelse havde Kokott endvidere også allerede udtrykt sin bekymring forinden afgørelsen i Mickelsson og Roos.⁴⁴

8. Konklusion

Domstolens lempelse og kompromis-lignende anvendelse af proportionalitetsprincippet i Kommissionen mod Italien samt i Mickelsson & Roos, afspejler den balance hvorpå Domstolen må basere sine afgørelser, medens den til dels skal tage hensyn til de enkelte medlemsstaters suverænitet og samtidig dømme i overensstemmelse med Den Europæiske Unions formål og interesser.

En lignende balancegang gør sig gældende i Domstolens ræsonnement. Dette skyldes, at de generelle præmisser der kan have betydning for andre sagers afgørelser, kritiseres for at være for uklare og upræcise, som tilfældet var med begreberne "former for salg" og "markedsadgang", medens de mere konkrete præmisser kun vil få en begrænset rækkevidde. Ovenstående gennemgang og analyse af domme illustrerer, hvordan Domstolen synes at have valgt den førstnævnte fremgangsmåde.

Ses der på den udvikling der har fundet sted efter Gourmet, navnlig i dommene vedrørende produkters anvendelsesvilkår, er det ikke svært at drage den konklusion, at Domstolens i sin praksis ikke har ønsket at udvide kategorien af regler, der falder uden for art. 34 og derved begrænse egen kompetenceområde.

Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at Keck ikke helt har mistet sin EU-retlige relevans, og som det eksempelvis fremgår den sidste sag, Mickelsson og Roos, henvises der fortsat til Keck-doktrinen. Det må dog samtidig erkendes, at den dog ikke har samme betydning som i årene umiddelbart efter afsigelsen. Med introduktionen af det nye markedsadgangskriterium, må det formodes - i al fald på nuværende tidspunkt - at dens anvendelsesområde er blevet yderligere begrænset.

Dette fravalg af Keck-doktrinen, til fordel for markedsadgangskriteriet, har den yderligere konsekvens, at ved formodning for nationale bestemmelser uforenelighed med art. 34, er det medlemsstaten der skal løfte bevisbyrden for, at dette ikke er tilfældet eller at det kan begrundes med art. 36- eller Cassis-hensyn.

⁴⁴ Kokott, C-142/05, pkt. 48

Litteratur

Barnard, Catherine: *The Substantive Law of the EU – The four Freedoms*, 3rd ed., Oxford University Press, 2010, s. 130-148

Brobjerg, Morten: *Free movement in the European Union*, 3rd ed., DJØF Publishing, 2010

Bugge Thorbjørn Daniel, Elholm Thomas, Starup Peter og Steinicke Michael: *Grundlæggende EU-ret*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag (Narayana Press, Gylling), 2011.

Craig, Paul & de Búrca, Gráinne: *EU law: Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, 2008

Engsig Sørensen, Karsten og Runge Nielsen, Paul: *EU-retten*, 5. udg., DJØF Forlag, 2010, s. 372-373

Horsley, Thomas: 'Anyone for Keck?', *Common Market Law Review* 2009, s. 2001-2019.

Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: *EU ret*, 6. udg., Thomson Reuters, 2010.

Liste over forkortelser

Barnard, 3 rd ed.	Barnard, Catherine: <i>The Substantive Law of the EU – The four Freedoms</i> , 3 rd ed., Oxford University Press, 2010
Broberg, 3 rd ed.	Brobjerg, Morten: <i>Free movement in the European Union</i> , 3 rd ed., DJØF Publishing, 2010
Bot, C-110/05	Generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 8. juli 2008 i sag C-110/05
Craig & De Búrca, 4 th ed	Craig, Paul and de Búrca, Gráinne: <i>EU law: Text, Cases, and Materials</i> , 4 th ed., Oxford University Press, 2008
Daniel m.fl., 2. udg.	Daniel m.fl.: <i>Grundlæggende EU-Ret</i> , 2. udg., DJØF Forlag, 2011, s. 490-491
FTV	Foranstaltning med tilsvarende virkning
Horsley, 2009	Horsley, Thomas: 'Anyone for Keck?', <i>Common Market Law Review</i> 2009
Keck	Domstolens dom af 24. nov. 1993, i sagerne C-267-268/91, Keck & Mithouard
Kokott, C-142/05	Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 14. dec. 2006 i sag C-142/05, Mickelsson & Roos
Neergaard, 6. udg	Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth: <i>EU Ret</i> , 6. udg., Thomson Reuters, 2010
TEU	Traktaten om den Europæiske Union
TEUF	Traktaten om en Europæiske Unions Funktionsmåde

TFEU

Treaty on the Functioning of the European Union