

# Artikel 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” Keck-doktrinen eller markedsadgangs-testen?

## *Article 34 TFEU and “measures having equivalent effect” The Keck doctrine or the marked access doctrine?*

af LAURA FERSLEV TOPSØE-JENSEN

*Art. 34 TEUF er gennem tiden blevet vurderet af Domstolen i udtallige domme. Særligt har forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” være omdrejningspunkt i en lang række domme herunder særligt **Dassonville**, **Keck** og **Trailers**. Efter **Dassonville** skulle begrebet forstås bredt, og den ydre grænse for art. 34 TEUF var ikke klar. Spørgsmålet blev til sidst om der overhovedet var en ydre grænse for art. 34 TEUF. Resultatet blev, at Domstolen indirekte blev tvunget til at revurdere deres definition af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Dette skete i **Keck**, hvor Domstolen introducerede Keck-doktrinen, og senere i **Trailers**, hvor markedsadgangs-testen blev introduceret.*

*Formålet med nærværende afhandling er, at undersøge hvorvidt Domstolen trods **Keck** og **Trailers** har bevæget sig tilbage den brede definition af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. I denne forbindelse er det i afhandlingen vurderet hvorvidt der foreligger et behov for endnu en test i forbindelse med art. 34 TEUF.*

*I Keck opstillede Domstolen en tydelig ydre grænse for art. 34 TEUF. Hvis den nationale foranstaltning omhandlede reguleringen af en salgsform, samt opfyldte Keck-doktrinens to led ville den ikke være omfattet af art. 34 TEUF. Trods en klar ydre grænse forelå der i perioden efter **Keck** meget kritik af dommen og specielt generaladvokat Jacobs fremsatte kritik af dommen. Resultatet blev **Trailers** og markedsadgangs-testen, hvorefter alle nationale foranstaltninger som hindrer markedsadgangen skal anses som ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.*

*Gennem analyse og diskussion af markedsadgangs-testen fastlægger afhandlingen at Domstolen har bevæget sig tilbage til en bred forståelse af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Alle nationale foranstaltninger er derfor omfattet af art. 34 TEUF da alle nationale foranstaltninger direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt hindrer markedsadgangen. Spørgsmål bliver derfor igen: er der en ydre grænse for art. 34 TEUF?*

*Afhandlingen konkluderer at løsningen på problemstillingen ikke nødvendigvis er endnu en test i forbindelse med art. 34 TEUF. I stedet bør fokus flyttes fra omfanget af art. 34 TEUF til hvorvidt foranstaltninger forfølger et af de beskyttelsesværdige hensyn i art. 36 TEUF eller et af de beskyttelsesværdige hensyn fastlagt gennem Domstolens retspraksis efter **Cassis de Dijon**.*

# Indholdsfortegnelse

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Abstract</b> .....  | <b>3</b>  |
| <b>1. Indledning</b> .....   | <b>4</b>  |
| 1.1. Problemformulering.....   | 6         |
| 1.2. Metode og retskilder.....   | 6         |
| 1.3. Afgrænsning.....  | 7         |
| <b>2. Keck-doktrinen</b> .....   | <b>8</b>  |
| 2.1 Keck – et vendepunkt i retspraksis.....  | 8         |
| 2.1.1 Keck-doktrinenes to led.....   | 9         |
| 2.2 Kecks betydning for art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”..... | 10        |
| 2.3 Problemer opstået i lyset af Keck.....   | 12        |
| <b>3. Markedsadgangs-testen</b> .....  | <b>15</b> |
| 3.1 Generaladvokaternes forslag.....   | 15        |
| 3.2 Domstolens konklusion i Trailers.....  | 18        |
| 3.3 Domstolens konklusion i Mickelsson.....  | 19        |
| 3.4 Betydningen af markedsadgangs-testen.....  | 19        |
| <b>4. Problemer opstået ved introduktionen af markedsadgangs-testen</b> .....            | <b>21</b> |
| 4.1 Hvornår er markedsadgangen hindret?.....   | 21        |
| 4.2 Ændring eller reformulering af praksis.....  | 23        |
| 4.3 Hvornår skal markedsadgangen prøves?.....  | 25        |
| <b>5. Dassonville, Keck og Trailers</b> .....  | <b>29</b> |
| <b>6. Konklusion</b> .....   | <b>33</b> |
| <b>7. Bibliografi</b> .....  | <b>34</b> |
| 7.1 Litteratur.....  | 34        |
| 7.2 Artikler.....  | 35        |
| 7.3 Domme fra Domstolen.....   | 36        |
| 7.4 Generaladvokat forslag til afgørelse.....  | 36        |
| 7.5 Traktater.....   | 36        |

## Abstract

Free movement of the internal market is one of the main purposes of the European Union. This thesis focuses on the free movement of goods, which is regulated in Articles 34, 35 and 36 TFEU. In particular, Article 34 TFEU has been a prominent feature of the case law at the Court of Justice in regard to what exactly a “measure having equivalent effect” is.

After *Dassonville*, the definition of “measure having equivalent effect” was understood to be very broad, and the limits of Article 34 TFEU were not clear. This resulted in a tendency from traders to invoke Article 34 TFEU against national measures they found that hindered their trading activities. Therefore, the Court first introduced the certain selling arrangements doctrine in *Keck*, and later the market access doctrine in *Trailers*. The purpose of this thesis is to determine if the Court has moved back to a broader definition of “measures having equivalent effect”, as expansively as it did in *Dassonville*, by introducing both the certain selling arrangements doctrine and the market access doctrine. In light of these two doctrines that are applicable in Article 34 TFEU situations, the possible need for a new consolidated doctrine, in connection to Article 34 TFEU, is analysed.

In *Keck*, the Court removed restrictions concerning certain selling agreements from the scope of Article 34 TFEU, if they satisfied the two limbs test. *Keck* sent out a clear message that there were outer limits to the scope of Article 34 TFEU. However, for some, the doctrine, was not entirely satisfactory, and became subject to criticism in literature, and especially from Advocate General Jacobs in his subsequent Opinions. The criticism resulted, arguably, in *Trailers* in 2009. Here, the Court introduced the market access doctrine, resulting in the identification of all measures that hinders market access being classified as “measures having equivalent effect”.

Through analysis and discussion of the market access doctrine, this thesis determines that the Court has returned to a broad definition of “measures having equivalent effect”. Therefore, all national measures are within the scope of Article 34 TFEU, as they directly or indirectly, actually or potentially, will hinder market access, as the Court perhaps initially envisaged in *Dassonville*. Therefore, the question remains: are there any limits to art. 34 TFEU?

This thesis concludes that the answer to the puzzle of Article 34 TFEU is not necessarily a new test for determining or re-determining Article 34 TFEU. Instead, the focus should be moved from the scope of Article 34 TFEU, to the written justification grounds found in Article 36 TFEU, or the unwritten justification grounds from the *Cassis de Dijon* line of case law concerning mandatory requirements.

# 1. Indledning

Varenes frie bevægelighed er en af frihederne som danner grundlag for det indre marked i den Europæiske Union<sup>1</sup>. Rettigheden er statueret i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde<sup>2</sup> art. 34, 35 og 36. Art. 34 TEUF fastlægger et forbud mod restriktioner på import, art. 35 TEUF fastlægger et forbud mod restriktioner på eksport, og art. 36 TEUF opstiller undtagelser til henholdsvis art. 34 og 35 TEUF.

Særligt art. 34 TEUF har været genstand for omfattende retspraksis, og omfanget af artiklens anvendelsesområde er gennem tiden blevet vurderet og fortolket af EU-Domstolen<sup>3</sup>.

Art. 34 TEUF har følgende ordlyd: ”Kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne.”<sup>4</sup>

Art. 34 TEUF skal sikre, at medlemsstaterne ikke opstiller nationale foranstaltninger, som medfører hindringer for samhandlen. Art. 34 omfatter både handelshindringer i form af kvantitative indførselsrestriktioner samt handelshindringer i form af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Art. 34 TEUF anvender alene udtrykkene ”restriktioner” og ”foranstaltninger”, hvorimod udtrykket ”diskrimination” helt er undladt fra art. 34 TEUF.<sup>5</sup>

Art. 34 TEUF og fastlæggelsen af handelshindringsbegrebet har været omdrejningspunkt i flere sager ved Domstolen gennem tiden. Særligt har forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” været i fokus. Begrebet er ikke nærmere defineret i traktaten, og forståelsen af begrebet må foretages udelukkende med udgangspunkt i retspraksis omkring art. 34 TEUF.

Domstolen har gennem tiden afsagt en række domme, som har haft, og stadig har, stor betydning for art. 34 TEUF og omfanget af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Særligt fire afgørelser er i dag kendt som værende af væsentlig betydning for, hvornår en national foranstaltning kan anses for værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. De fire afgørelser er *Dassonville*<sup>6</sup> fra 1974, *Cassis de Dijon*<sup>7</sup> fra 1979, *Keck*<sup>8</sup> fra 1993 samt *Trailers*<sup>9</sup> fra 2009.<sup>10</sup>

Domstolen har gennem de fire domme opstillet forskellige tests og doktriner, som anvendes i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en foranstaltning, opstillet af en medlemsstat, kan anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

---

<sup>1</sup> Herefter omtalt ”EU”.

<sup>2</sup> Herefter omtalt ”TEUF”.

<sup>3</sup> Herefter omtalt ”Domstolen”.

<sup>4</sup> Artikel 34 TEUF.

<sup>5</sup> Barnard og Peers, *European Union law*, s. 373.

<sup>6</sup> Sag C-8/74 (*Dassonville*).

<sup>7</sup> Sag C-120/78 (*Cassis de Dijon*).

<sup>8</sup> De forenede sager C-267/91 og C-268/91 (*Keck*).

<sup>9</sup> Sag C-110/05 (*Trailers*).

<sup>10</sup> Barnard og Peers, *European Union law*, s. 373.

Begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” blev første gang fastlagt i *Dassonville*. Domstolen fastlagde her, at alle nationale foranstaltninger, som direkte og indirekte, aktuelt<sup>11</sup> og potentielt hindrer samhandlen mellem medlemsstaterne, skal anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Formuleringen er i dag kendt som Dassonville-doktrinen.<sup>12</sup>

Dassonville-doktrinen er den dag i dag den doktrin, som Domstolen henviser til i forbindelse med art. 34 TEUF. I dag ses Dassonville-doktrinen som den overordnede doktrin, og efterfølgende retspraksis fastlægger herefter, hvornår en foranstaltning kan anses direkte og indirekte, aktuelt og potentielt at hindre samhandlen mellem medlemsstaterne. Når Dassonville-doktrinen er opfyldt foreligger der en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

Ved udelukkende anvendelse af Dassonville-doktrinen vil alle nationale foranstaltninger, som har en påvirkning på erhvervsudøvelsen, reelt skulle anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Selv den mindste potentielle påvirkning på samhandlen ville medføre, at en national foranstaltning skulle anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

Gennem Dassonville-doktrinen fik Domstolen indirekte fastlagt, at alle foranstaltninger potentielt kunne være omfattet af art. 34 TEUF. Herved var det uden betydning, at foranstaltningerne var ikke-diskriminerende og ikke var skabt med henblik på at begrænse samhandlen.<sup>13</sup> Der er fortalere for, at Dassonville-doktrinen reelt bygger på den forståelse, at adgangen til markedet i medlemsstaterne er den afgørende faktor. Dette skyldes, at doktrinen netop omfatter både diskriminerende og ikke-diskriminerende foranstaltninger.<sup>14</sup>

Grundet Dassonville-doktrinens brede formulering skabte Domstolen et område, hvor retspraksis blev det afgørende. Art. 34 TEUF fik, med udgangspunkt i Dassonville-doktrinen, et meget bredt anvendelsesområde. Spørgsmålet blev til sidst, hvorvidt der kunne opstilles foranstaltninger, som ikke kunne anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>15</sup>

Spørgsmålet omkring omfanget af art. 34 TEUF viste sig for alvor i forbindelse med søndagslukkelovssagerne<sup>16</sup>. Hvorvidt spørgsmålet opstod grundet selve Dassonville-doktrinen eller som et resultat af Domstolens anvendelse af doktrinen kan diskuteres.<sup>17</sup> Resultatet blev, at Domstolen indirekte blev tvunget til at revurdere deres definition af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, grundet flere og flere erhvervsdrivende påberåbte sig art. 34 TEUF.<sup>18</sup>

Den brede forståelse af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” resulterede i afgørelsen *Keck* og senere *Trailers*. I begge domme har Domstolen på forskellige måder prøvet at definere, hvornår nationale foranstaltninger kan anses direkte og indirekte, aktuelt og potentielt at hindre samhandlen mellem medlemsstaterne og herved skal anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

---

<sup>11</sup> I *Dassonville* anvendes begrebet ”øjeblikkeligt” i stedet for ”aktuelt”. Nye retspraksis anvender primært begrebet ”aktuelt”.

<sup>12</sup> C-8/74 (*Dassonville*), præmis 5.

<sup>13</sup> White, ”In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”.

<sup>14</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 71-72.

<sup>15</sup> White, ”In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”, s. 235-236.

<sup>16</sup> På engelsk kendt som ”The Sunday trading cases”.

<sup>17</sup> Spaventa, ”Drinking Away Our Sorrows?”, s. 189.

<sup>18</sup> Edward, ”What Was *Keck* Really About?”.

## 1.1. Problemformulering

Nærværende afhandling ønsker at besvare problemstillingen, hvorvidt Domstolen efter introduktionen af Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen har bevæget sig tilbage til udgangspunktet, som forelå i forbindelse med *Dassonville*. Særligt om der foreligger et behov for endnu en test, eller om Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen danner tilstrækkeligt grundlag til at fastlægge, hvornår en foranstaltning direkte og indirekte, aktuelt og potentielt hindrer samhandlen mellem medlemsstaterne og derfor er en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

Først vil afhandlingen foretage en redegørelse af dommen *Keck*. Herefter vil der blive foretaget en analyse af *Keck* og særligt dommens betydning i forhold til art. 34 TEUF og begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Analysen danner grundlag for en diskussion og vurdering af, hvilke problemstillinger som *Keck* løste, samt hvilke problemstillinger der opstod i lyset af *Keck*.

Herefter vil der i afhandlingen blive foretaget en analyse af dommen *Trailers* og introduktionen af markedsadgangs-testen. Analysen vil danne grundlag for en diskussion og vurdering af, hvilke problemstillinger Domstolen gennem *Trailers* og markedsadgangs-testen løste, samt hvilke problemstillinger som er opstået i lyset af *Trailers* og markedsadgangs-testen.

Til sidst i afhandlingen vil der blive foretaget en vurdering af, hvorvidt Domstolen har bevæget sig tilbage til en bred forståelse af art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Herunder med fokus på Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen indbyrdes påvirkning af vurderingen.

Afhandlingen afsluttes med en konklusion, hvori der foretages en perspektivering af, hvorvidt der, trods Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen, er behov for endnu en test for at skabe klarhed over, hvornår der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

## 1.2. Metode og retskilder

Til at besvare afhandlingens problemstilling tages der udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. Denne metode har til formål at beskrive, fortolke og systematisere gældende ret (de lege lata) på baggrund af de relevante retskilder.<sup>19</sup>

Gennem afhandlingen anvendes primært EU-retlige retskilder, herunder såvel nyere og ældre juridisk faglitteratur, domsafgørelser fra Domstolen samt generaladvokat forslag til visse domme. Alle retskilder, der henvises til, er blevet vurderet ud fra en kildekritisk tilgang og fundet relevante for besvarelsen af afhandlingens problemstilling.

Afhandlingen tager udgangspunkt i art. 34 TEUF og forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. I EU-retten er forarbejder ikke en kilde, der tillægges samme værdi som eksempelvis i dansk ret. Forarbejderne til traktaten er derfor ikke en kilde, som anvendes særskilt i EU-retten. Afhandlingen inddrager derfor ikke forarbejderne til traktaten.<sup>20</sup>

Afhandlingen henviser til juridisk litteratur. Den juridisk litteratur, som er anvendt gennem afhandlingen, er primært engelsk. Juridisk litteratur inddrages i den juridiske argumentation, da den

---

<sup>19</sup> Evald, *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 15-16; Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 31-32.

<sup>20</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 117.

er baseret på domspraksis fra Domstolen og vurderet relevant for besvarelsen af afhandlingens problemstilling.<sup>21</sup>

Særligt vil afhandlingen anvende afgørelser fra Domstolen. Domstolens afgørelser har stor betydning ved fortolkning og forståelsen af art. 34 TEUF. Domstolen er ikke bundet af præcedens, men retspraksis viser, at Domstolen henviser til egne afgørelser og sjældent ændrer retspraksis. Domstolens afgørelser tildeles derfor en betydelig præjudikatsværdi.<sup>22</sup>

Afhandlingen inddrager enkelte forslag til afgørelser fra generaladvokaterne. Generaladvokaternes forslag har ikke bindende virkning, og Domstolen skal ikke inddrage de enkelte forslag i dommen. Generaladvokaternes forslag anvendes på samme måde som juridisk litteratur og belyser de specifikke situationer, som ses i de enkelte domme.<sup>23</sup>

### 1.3. Afgrænsning

I dette afsnit redegøres for de til- og fravalg, der er foretaget i forbindelse med afgrænsningen af afhandlingen.

EU-rettens frie bevægelighed indeholder beskyttelse af varer, personer, arbejdskraft, tjenesteydelser, selskaber og kapital. Reglerne om den frie bevægelighed har på en række områder ligheder, men der foreligger en selvstændig vurdering i forbindelse alle frihederne. Trods ligheder vil afhandlingen kun behandle varernes frie bevægelighed, og vil ikke vurdere varernes frie bevægelighed i forhold til de andre friheder.

Hensigten med afhandlingen er ikke at fremkomme med en tilbundsående analyse af alt retspraksis i forbindelse med varernes frie bevægelighed. Afhandlingen fokuser på art. 34 TEUF og alene vurderingen, af hvorvidt der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Afhandlingen vil derfor ikke behandle art. 35 og 36 TEUF. Art. 35 TEUF behandles ikke, grundet artiklen ikke har samme brede anvendelsesområde som art. 34 TEUF, da art. 35 TEUF kun omhandler forbud mod diskriminerende restriktioner. Afhandlingen henviser til art. 36 TEUF, hvor dette findes relevant og nødvendigt, dog uden selvstændig undersøgelse eller vurdering af, hvad der er omfattet af art. 36 TEUF.

Afhandlingen behandler ikke Domstolens afgørelse i *Cassis de Dijon* og vurderingen af, hvornår der foreligger foranstaltninger, som omhandler produktkrav. Afhandlingen henviser derimod til kategorien produktkrav, hvor dette findes relevant og nødvendigt.

Afhandlingen har primært fokus på afgørelserne, afsagt i henholdsvis *Keck* og *Trailers*, og deres betydning for art. 34 TEUF og begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

I forbindelse med inddragelse af Domstolens domme samt forslag fra generaladvokaterne vil kun den del af dommen og forslaget, som findes relevant for afhandlingen, blive behandlet. Afhandlingen undlader derfor at vurdere prøvelse af, hvorvidt foranstaltningerne trods brud på art. 34 TEUF kan anses som lovlige, grundet de forfølger et af de beskyttelsesværdige hensyn i art. 36 TEUF eller et af de beskyttelsesværdige hensyn fastlagt gennem Domstolens retspraksis efter *Cassis de Dijon*.

---

<sup>21</sup> Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 31-32.

<sup>22</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 115-116.

<sup>23</sup> *Ibid.*, s. 94.

## 2. Keck-doktrinen

Domstolen har gennem sin retspraksis og introduktionen af Dassonville-doktrinen fastslået en meget bred forståelse af begrebet ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Handelshindringsbegrebet fik et sådant omfang, at det kunne diskuteres, om der overhovedet var nationale foranstaltninger, som ikke kunne anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. De erhvervsdrivende påberåbte sig i stigende grad art. 34 TEUF grundet opfattelsen, at enhver national foranstaltning var en begrænsning i deres frie erhvervsudøvelse. Det var derfor nødvendigt for Domstolen at tage fornyet stilling til forståelsen af begrebet ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Dette skete i *Keck*.<sup>24</sup>

I det følgende vil der blive foretaget en redegørelse af *Keck*, samt en analyse af *Kecks* betydning for art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

### 2.1 Keck – et vendepunkt i retspraksis

I *Keck* gjorde Domstolen op med sin tidligere forståelse af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Dommen omhandlede en fransk lov, som forbød videresalg af varer i uændret tilstand billigere end indkøbsprisen. Med andre ord et forbud mod videresalg med tab. Grundet en overtrædelse af den nationale foranstaltning var der anlagt straffesag i Frankrig. I forbindelse med sagen stillede den franske domstol Domstolen et præjudicielt spørgsmål i forhold til overensstemmelse mellem den nationale foranstaltning og art. 34 TEUF.

Som anført ovenfor forelå der fast retspraksis i forbindelse med art. 34 TEUF og artiklens anvendelsesområde, Dassonville-doktrinen. Herefter skulle alle foranstaltninger, som direkte og indirekte, aktuelt og potentielt hindrede samhandlen, anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” og derfor i strid med art. 34 TEUF. Med udgangspunkt i Dassonville-doktrinen var det generaladvokat Van Gervens vurdering, at den nationale foranstaltning var i strid med art. 34 TEUF.<sup>25</sup>

*Keck*, som startede ved en af Domstolens afdelinger på tre dommere, blev efterfølgende henvist til behandling ved plenum.<sup>26</sup>

Domstolen konkluderede, at retspraksis på området havde medført, at flere erhvervsdrivende påberåbte sig art. 34 TEUF i situationer hvor de nationale foranstaltninger som udgangspunkt ikke var rettet mod varer fra andre medlemsstater. Med denne begrundelse fandt Domstolen det nødvendigt at tage sin egen retspraksis op til fornyet overvejelse. Domstolen fastlagde, at der var behov for nærmere præcisering af, hvornår en foranstaltning var en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>27</sup>

Domstolen fastslog først, at retspraksis fastlagt med udgangspunkt i *Cassis de Dijon* stadig var gældende, og foranstaltninger omhandlende produktkrav altid skal anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Herefter opstillede Domstolen en anden og ny kategori.

---

<sup>24</sup> Edward, “What Was *Keck* Really About?”, s. 164-169.

<sup>25</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Walter Van Gerven – forenede sager C-267/91 og C-268/91.

<sup>26</sup> Edward, “What Was *Keck* Really About?”, s. 169-170.

<sup>27</sup> C-267-268/91 (*Keck*), præmis 14.



Denne kategori omfattede ”*nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg...*”<sup>28</sup>. Kategorien fastlagde et område, hvor det ikke kunne antages, at foranstaltningen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt hindrede samhandlen mellem medlemsstaterne, hvis foranstaltningen opfyldte to krav.<sup>29</sup> Disse to krav er i dag kendt som Keck-doktrinen.

*Keck* medførte ikke en reformulering af Dassonville-doktrinen. Dassonville-doktrinen forblev udgangspunktet. Derimod skulle Keck-doktrinen ses i sammenhæng med Dassonville-doktrinen. Opfyldte foranstaltningen Keck-doktrinen, ville dette medføre, at Dassonville-doktrinen ikke kunne anses som opfyldt, og foranstaltningen derfor ikke kunne anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. På samme måde var *Keck* ikke en reformulering af *Cassis de Dijon*. Derimod præciserede *Keck* forståelsen af, hvornår en foranstaltning kan anses at omhandle et produktkrav.<sup>30</sup> Foranstaltninger omhandlede herefter produktkrav, hvis de vedrørte benævnelse, form, dimension osv.<sup>31</sup>

I det følgende vil der kort blive redegjort for selve Keck-doktrinen og dens to led, inden der vil blive foretaget en analyse af *Kecks* betydning for forståelsen af art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

### 2.1.1 Keck-doktrinen to led

Keck-doktrinen blev fastlagt i dommens præmis 16 og kan formuleres som følgende 2 krav: 1) foranstaltningen skal finde anvendelse på alle berørte erhvervsdrivende, og 2) foranstaltningen skal finde anvendelse, såvel retligt som faktisk, uden forskelsbehandling på henholdsvis importerede og indenlandske produkter. Når betingelserne er opfyldt, kan foranstaltningen ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandlen mellem medlemsstaterne. Foranstaltningen vil derfor ikke opfylde betingelserne i Dassonville-doktrinen. Foranstaltningen vil herefter ikke være i strid med art. 34 TEUF, da den ikke kan anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>32</sup>

Domstolens formulering af Keck-doktrinen kan ses som en diskriminationstest i to led. Dette er trods Domstolen ikke anvender begreberne direkte- og indirekte diskrimination.

Det første led var i perioden efter *Keck* ofte anset som værende opfyldt. Det var særligt andet led af Keck-doktrinen, som i praksis har været afgørende. Gennem andet led prøves, om foranstaltningen retligt og faktisk er diskriminerende. Retspraksis fra perioden kort efter *Keck* har fastlagt, at konceptet retlig diskrimination ikke har givet anledning til større fortolkningsproblemer. I modsætning ses konceptet faktisk diskrimination. Faktisk diskrimination foreligger, når foranstaltningen er udformet på en sådan måde, at den i teorien påvirker udenlandske og indenlandske varer ens, men i praksis påvirkes udenlandske varer hårdere end indenlandske varer. Med andre ord, skjult diskrimination.<sup>33</sup>

Domstolen har i forbindelse med faktisk diskrimination fastlagt at det ikke er nok at konstatere, at foranstaltningen påvirker udenlandske varer i højere grad. Det afgørende er hvilken årsag der er til

---

<sup>28</sup> Ibid., præmis 16 - denne type foranstaltninger omtales herefter som foranstaltninger omhandlende ”salgsformer”.

<sup>29</sup> Ibid., præmis 15-16.

<sup>30</sup> Gormley, *EU law of free movement of goods and customs union*, s. 407-409.

<sup>31</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 346.

<sup>32</sup> C-267-268/91 (*Keck*), præmis 16-17.

<sup>33</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 348-349.

den anderledes påvirkning. Eksempelvis hvis årsagen er den omstændighed at der ikke findes indenlandsk produktion af varerne, vil der ikke foreligge faktisk diskrimination. Keck-doktrinen vil derfor være opfyldt.<sup>34</sup>

Keck-doktrinen blev resultatet af Dassonville-doktrinen's brede formulering, hvorefter anvendelsesområdet for art. 34 TEUF var for bredt. Domstolen valgte i *Keck* at fjerne ikke-diskriminerende foranstaltninger omhandlende salgsformer fra art. 34 TEUF's anvendelsesområde. Herved blev der opstillet en klar og tydelig grænse for art. 34 TEUF.

Domstolen er ikke bundet af sin egen praksis, dog følger Domstolen ofte sin praksis, og en ændring i retspraksis er sjælden.<sup>35</sup> I *Keck* giver Domstolen en tydelig tilkendegivelse af, at Domstolens egen retspraksis tages op til fornyet overvejelse. Dette ses sjældent, og blot denne del af *Keck* har givet dommen en væsentlig betydning i retspraksis.

I det følgende vil betydningen af *Keck* i forhold til forståelsen af art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” blive analyseret. Analysen vil danne grundlag for en vurdering af, hvilke problemstillinger Domstolen løste gennem *Keck*.

## **2.2 Kecks betydning for art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”**

*Keck* har haft og har stadig store betydning for forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” og herved art. 34 TEUF's anvendelsesområde.

*Keck* tydeliggør, at Domstolen ønskede at ændre den praksis, som blev fastsat i perioden efter *Dassonville*. Dette ønske ses både i dommens præmisser samt det forhold, at dommen blev henvist til behandling ved plenum efter oprindeligt at være sendt til behandling ved en af Domstolens afdelinger på tre dommere. Henvisningen til plenum viser, hvordan Domstolen vurderer sagen som værende af særlig vigtighed på området.<sup>36</sup>

I litteraturen er meningen med *Keck* generelt fortolket på to forskellige måder. På den ene side kan det antages at *Keck* var en politisk afgørelse. På den anden side kan dommen blot have været et forsøg fra Domstolens side på at berigtige den brede fortolkning af art. 34 TEUF, som var kommet til udtryk gennem retspraksis i perioden efter *Dassonville*.<sup>37</sup>

I perioden kort efter *Keck* forelå en nærmest mekanisk anvendelse af Keck-doktrinen, dette samt Domstolens egen begrundelse i dommens præmis 14 taler for, at dommen er en politisk afgørelse. Med dette skal forstås, at Domstolen gennem *Keck* afviser muligheden for erhvervsdrivende til at anvende art. 34 TEUF i alle tilfælde, hvor de ønsker at undgå nationale foranstaltninger.<sup>38</sup> Senere retspraksis viser modsætningsvis, at *Keck* også kan antages at være en berigtigelse af den retspraksis, som var kommet til udtryk i perioden efter *Dassonville*.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 118-121.

<sup>35</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 115-116.

<sup>36</sup> Edward, “What Was *Keck* Really About?”, s. 165 samt 169-170.

<sup>37</sup> Spaventa, “Significance of *Keck*, Remoteness and *Deliège*”.

<sup>38</sup> Gormley, “Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard*?”.

<sup>39</sup> Spaventa, “Significance of *Keck*, Remoteness and *Deliège*”.

David Edward, som var dommer i *Keck*, har argumenteret for at *Keck* i større træk omhandler nærhedsprincippet. Domstolen har, efter Edwards synspunkt, gennem *Keck* vurderet nærhedsprincippets omfang. Dette bygger på Edwards udsagns om, at Domstolen i sagen fastlægger et område, hvorpå EU-retlig regulering ikke er nødvendig. Ved at opstille *Keck*-doktrinen har Domstolen fastlagt, at det ikke er nødvendigt med EU-retlig regulering i forhold til foranstaltninger omhandlende salgsformer, hvis foranstaltningerne opfylder *Keck*-doktrinen. Dette område må anses forsvarligt at henføre til de nationale myndigheder at regulere.<sup>40</sup>

At Edward ser et sådan formål med *Keck*, skyldes formodentlig, at han var dommer i sagen. Som dommer foreligger der ofte et ønske om, at dommen har en større betydning end hvad realiteten i virkeligheden er. En fortolkning af *Keck*, hvorefter dommen skal have omhandlet nærhedsprincippets omfang, må antages at trække dommens betydning for langt. Samtidig findes der ikke stor opbakning i anden EU-retlig litteratur for en sådan forståelse af *Keck*.

At der ikke er opbakning til Edwards opfattelse i den EU-retlige litteratur skyldes derimod ikke, at der foreligger enighed i litteraturen om *Kecks* betydning. I litteraturen findes der både fortalere for, at *Keck* er en politisk afgørelse, samt fortalere for, at dommen er en berigtigelse af Domstolens egen fejl i forbindelse med anvendelsen af *Dassonville*-doktrinen.

Derimod er det klart, at *Keck* fastlægger, at art. 34 TEUF omhandler markedsadgangen, og hvorvidt de nationale foranstaltninger hindrer markedsadgangen til medlemsstaterne. Allerede i *Dassonville* henviste Domstolen til markedsadgangen og dens betydning i forbindelse med fortolkning af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Dette blev bekræftet i *Keck*. På samme måde som i *Dassonville* opstiller *Keck* ikke markedsadgangen som et kriterie i sig selv. Derimod skal en eventuel hindring af markedsadgangen nærmere ses som en konsekvens af, hvorvidt *Keck*-doktrinen er opfyldt. Er doktrinen opfyldt, hindres markedsadgangen ikke.<sup>41</sup> David Edward har efter dommens afsigelse anført, at art. 34 TEUF ikke omhandler, om der foreligger fri handel, men om der foreligger fair handel. Hvis alle har lige og fri adgang til markedet, vil art. 34 TEUF ikke finde anvendelse.<sup>42</sup>

Uanset hvordan *Keck* forstås, eller hvilken begrundelse der oprindeligt lå bag *Keck*, har dommen haft stor betydning for art. 34 TEUF og omfanget af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Med *Keck* bekræftede Domstolen, at der på daværende tidspunkt forelå en ydre grænse for art. 34 TEUF. Ved introduktionen af en diskriminationstest fastlagde Domstolen, at ikke alle nationale foranstaltninger kunne antages direkte og indirekte, aktuelt og potentielt at hindre samhandlen. Art. 34 TEUF’s anvendelsesområde omfattede derfor ikke alle nationale foranstaltninger.<sup>43</sup>

*Keck* var på tiden for dommens afsigelse en væsentlig afgørelse. Dommen var et vendepunkt i retspraksis. Som Eric White har påpeget, var det nødvendigt for Domstolen at revurdere sin praksis.<sup>44</sup> Domstolens udtalelse: ”På denne baggrund finder Domstolen det nødvendigt at tage sin praksis på dette område op til fornyet overvejelse...”<sup>45</sup> er sjælden. Det viser, at Domstolen indså, der var et problem, og at løsningen herpå skulle findes i *Keck*.

---

<sup>40</sup> Edward, “What Was *Keck* Really About?”, s. 172-175.

<sup>41</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 119.

<sup>42</sup> Edward, “What Was *Keck* Really About?”, s. 172-175.

<sup>43</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 119-120.

<sup>44</sup> White, “In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”, s. 235-239.

<sup>45</sup> C-267-268/91 (*Keck*), præmis 14.

*Keck* blev løsningen på nogle af problemstillingerne, som var opstået i takt med den meget brede forståelse af art. 34 TEUF's anvendelsesområde. Inden *Keck* havde art. 34 TEUF et meget bredt anvendelsesområde og i sidste ende var spørgsmålet, om der overhovedet kunne opstilles foranstaltninger som ikke kunne anses som handelshindringer. *Keck* medførte, at medlemsstaterne opnåede større frihed i forbindelse med regulering af, hvordan, hvornår og af hvem varer kunne sælges. Med *Keck* indførte Domstolen en ydre grænse i forhold til art. 34 TEUF. En grænse som havde været efterspurgt i den EU-retlige litteratur, og af nogle forfattere reelt anset som nødvendig.<sup>46</sup>

Opsummerende kan det udledes at *Keck* blev og er en betydningsfuld afgørelse i forbindelse med forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Dommen var afgørende, da Domstolen i *Keck* for første gang efter *Dassonville* og *Cassis de Dijon* tog begrebets omfang op til fornyet vurdering.

Trods *Keck* var et vendepunkt i retspraksis, kan det diskuteres, hvorvidt Domstolen gennem *Keck* har bragt klarhed over begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. På samme måde som *Keck* løste problemstillinger, har dommen også medført nye.

I det følgende vil der blive foretaget en diskussion og vurdering af de problemstillinger, som er opstået i lyset *Keck*.

### **2.3 Problemer opstået i lyset af *Keck***

*Keck* har, som anført, fastlagt en klarere forståelse af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Dommen har været vigtig i forbindelse med forståelsen af begrebet og løste på daværende tidspunkt en række problemstillinger, som var opstået grundet art. 34 TEUF's brede anvendelsesområder. Trods *Keck* har givet en klarere forståelse af begrebet, kan det ikke antages, at dommen har givet klarhed over begrebet.

Formuleringen i selve *Keck* er ikke kendt som præcis, men derimod det modsatte. Den vage formulering har medført, at ligeså mange problemstillinger, som blev løste, ligeså mange nye problemstillinger er blevet skabt. Hvilken tidligere retspraksis bliver taget op til fornyet overvejelse? Hvad omfatter den nye kategori salgsformer? Hvor går grænsen mellem produktkrav og salgsformer? Kan ikke-diskriminerende foranstaltninger omhandlende salgsformer aldrig anses at hindre markedsadgangen? Hvad sker der, når en national foranstaltning hverken kan anses at omhandle et produktkrav eller en salgsform?<sup>47</sup> Dette er bare nogle af de problemstillinger, som blev rejst i lyset af *Keck*.

*Kecks* vage formulering resulterede i, at dommen i tiden efter afsigelsen modtog en del kritik. Særligt ses generaladvokat Jacobs, som i tiden efter *Keck* forsøgte at fortolke og vurdere meningen og argumentationen i *Keck*, da dommen efter Jacobs mening, trods et rigtigt resultat, ikke havde en tilfredsstillende argumentation. Mest kendt er Jacobs udtale i hans forslag til afgørelsen *Leclerc-Siplec*<sup>48, 49</sup>.

---

<sup>46</sup> White, “In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”, s. 235-239.

<sup>47</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 121.

<sup>48</sup> Sag C-412/93 (*Leclerc-Siplec*).

<sup>49</sup> Weatherill, “After *Keck*: Some thoughts on how to clarify the clarification”, s. 889.

*Leclerc-Siplec* omhandlede et fransk forbud mod at benytte tv-reklame for en række produkter. Jacobs fastslår først, at der forelå en foranstaltning, som omhandlede en salgsform. Hvis Keck-doktrinen fandt anvendelse, ville forbuddet ikke skulle anses som omfattet af art. 34 TEUF, da Keck-doktrinen ville være opfyldt.<sup>50</sup>

Herefter anførte Jacobs, at han ville foretrække en anden test end Keck-doktrinen. Jacobs angav to afgørende grunde til denne holdning. For det første mente Jacobs ikke, at der kunne opstilles en skarp sondring mellem henholdsvis kategorien produktkrav og salgsformer. For det andet var det indførte diskrimineringskriterium i Keck-doktrinen ikke hensigtsmæssigt. I denne forbindelse udtalte Jacobs, at ”hvis der består en hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne, kan den ikke ophøre med at bestå, blot fordi der findes en tilsvarende hindring for den indenlandske handel.”<sup>51</sup>

Jacobs argumenterede for, at en diskriminationstest stod i misforhold til formålet med art. 34 TEUF. Jacobs mente, at Domstolen burde fokusere på hvorvidt markedsadgangen blev begrænset af den nationale foranstaltning. Hvorvidt markedsadgangen blev begrænset skulle vurderes ud fra et væsentlighedskriterie. Herefter skulle ikke-diskriminerende foranstaltninger anses at begrænse markedsadgangen, hvis hindringen kunne antages at være væsentlig. Blev markedsadgangen begrænset, ville foranstaltningen være en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>52</sup> Hvad Jacobs mente med ’væsentlig hindring’ blev ikke nærmere forklaret i forslaget.

Trods Jacobs forslag til afgørelsen anvendte Domstolen i *Leclerc-Siplec* Keck-doktrinen. Foranstaltningen kunne herefter ikke anses som værende i strid med art. 34 TEUF.<sup>53</sup>

At Domstolen anvender Keck-doktrinen og ikke følger Jacobs alternative test kan begrundes i, at Jacobs test, på samme måde som *Keck*, efterlod problemstillinger som efterfølgende retspraksis ville skulle besvare. Samtidig må det tages i betragtning, at *Keck* blev afsagt i november 1993 og *Leclerc-Siplec* allerede i februar 1995. Set fra Domstolen synspunkt er det ikke problemfrit at ændre retspraksis så radikalt, som Jacobs forslø, så kort tid efter *Keck* blev afsagt. *Keck* var i sig selv en stor ændring i retspraksis. En ny ændring så kort efter vil kunne resultere i, at Domstolen ikke fremstod konsekvente i sine afgørelser. Domstolen har et ønske om at fremstå konsekvent overfor medlemsstaterne. Herefter vil medlemsstaterne kunne indrette sig efter den praksis, som foreligger på området. Dette betyder derimod ikke, at retspraksis aldrig kan ændres. Det skete i *Keck*, men ændringer sker med tiden som en konsekvens af et opstået behov og den udvikling, som findes i samfundet. Trods Domstolen ikke er bundet af sine egne afgørelser, er der behov for nogenlunde konsekvente afgørelser, ellers vil medlemsstaterne ikke have mulighed for at indrette sig efter den EU-retlige praksis.<sup>54</sup>

Efterfølgende retspraksis har gennem anvendelse af Keck-doktrinen besvaret nogle af problemstillingerne, som opstod i lyset af *Keck*. Særligt har grænsen mellem henholdsvis produktkrav og salgsformer været omdrejningspunkt i senere praksis. Sondringen er afgørende, da nationale foranstaltninger, som omhandler et produktkrav, uden videre undersøgelse kan antages direkte og

---

<sup>50</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs – sag C-412/93.

<sup>51</sup> Ibid., præmis 39.

<sup>52</sup> Ibid., præmis 39-49.

<sup>53</sup> C-412/93 (*Leclerc-Siplec*), præmis 21-24.

<sup>54</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 175.

indirekte, aktuelt og potentielt at hindre samhandlen mellem medlemsstaterne og herved være ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>55</sup>

Domstolen valgte i *Keck* at beskrive kategorien salgsformer som foranstaltninger omhandlende regulering af ”bestemte former for salg”<sup>56</sup>, og ikke blot regulering af ”former for salg”. Dette kunne antyde, at Domstolen oprindeligt ønskede at opdele salgsformerne i to forskellige grupper, hvorefter kun den ene gruppe kunne underlægges Keck-doktrinen. Denne tankegang er der, hverken i litteraturen eller praksis, støtte for. Domstolens anvendelse af formuleringen ”bestemte former for salg”<sup>57</sup> skal derfor ikke tillægges nogen større betydning i forbindelse med forståelsen af kategoriens omfang.<sup>58</sup>

I *Keck* fastslår Domstolen ikke nærmere, hvad der er omfattet af kategorien, udover at den kan omfatte nationale foranstaltninger, der regulerer en vares salgspris. Efterfølgende har retspraksis sammenfattende vist, at kategorien omfatter nationale foranstaltninger, som regulerer, hvornår en vare kan sælges, hvordan varen må sælges, og af hvem varen må sælges.<sup>59</sup>

Trods de to kategorier produktkrav og salgsformer på nogle områder kan opfattes som sammenfaldende, har Domstolens fastlagt, at de to kategorier er gensidigt udtømmende. En foranstaltning kan ikke både omhandle et produktkrav og en salgsform. Sondringen er som nævnt ovenfor afgørende, da foranstaltninger, som omhandler salgsformer, hvis de opfylder Keck-doktrinen, ikke vil være omfattet af art. 34 TEUF. At Keck-doktrinen vil resultere i, at visse foranstaltninger ikke er omfattet af art. 34 kan antages at være en af grundene til Domstolens tendens, hvorefter en foranstaltning i tvivlstilfælde anses at omhandle et produktkrav. Kan Domstolen ikke klart fastlægge, at der foreligger en foranstaltning, som omhandler en salgsform, bliver resultatet ofte, at foranstaltningen omhandler et produktkrav og derfor uden yderligere vurdering kan antages direkte og indirekte, aktuelt og potentielt at hindre samhandlen.<sup>60</sup>

Trods der foreligger mange ubesvarede spørgsmål efter *Keck*, er det vigtig at påpege, at det er selve *Keck*, som ikke er klar og præcis. Keck-doktrinen er derimod baseret på to betingelser, som er klare og præcise. Hvorvidt Keck-doktrinen er opfyldt afgøres med udgangspunkt i de to betingelser, som begge skal være opfyldt, før foranstaltningen opfylder Keck-doktrinen. Dette faktum bliver ofte overset, da fokus primært har været på *Kecks* fejl og mangler og ikke det positive som *Keck* har bidraget med.<sup>61</sup>

Gennem retspraksis har Domstolen i tiden efter *Keck* forsøgt at klarlægge forståelsen af dommen. Trods dette ses stadig, at visse af problemstillinger er uafklaret. Hvad sker der, når en national foranstaltning hverken kan anses at omhandle et produktkrav eller en salgsform? Eller, hvordan skal foranstaltninger, som opfylder Keck-doktrinen, men stadig hindrer markedsadgangen behandles? Vil

---

<sup>55</sup> Schütze, *European Union law*, s. 524-527.

<sup>56</sup> C-267-268/91 (*Keck*), præmis 16.

<sup>57</sup> *Ibid.*, præmis 16.

<sup>58</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 116.

<sup>59</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 346-347.

<sup>60</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 117; Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 121-124.

<sup>61</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 132.

sådanne foranstaltninger falde uden for art. 34 TEUF's anvendelsesområde, eller vil de blive anset som værende "foranstaltninger med tilsvarende virkning" på andet grundlag?

Trods uklarhed og kritik af *Keck* var Domstolen vedholdende i forhold til anvendelsen af Keck-doktrinen.<sup>62</sup> Problemstillingerne forblev derfor ubesvaret. Først i 2009 ved Domstolens afgørelse i *Trailers* blev en ny test i forbindelse med art. 34 TEUF og "foranstaltninger med tilsvarende virkning" introduceret. Denne er i dag kendt som markedsadgangs-testen.

### 3. Markedsadgangs-testen

Markedsadgangs-testen blev officielt introduceret af Domstolen i forbindelse med dommen *Trailers*. *Trailers* forelå for Domstolen i samme periode som sagen *Mickelsson*<sup>63</sup>. Begge domme omhandlede et forbud mod brugen af visse produkter i en medlemsstat. Hvor *Trailers* omhandlede en national foranstaltning om et totalt forbud, omhandlede *Mickelsson* en national foranstaltning, som begrænsede anvendelsen af et produkt. Sagerne har en nær sammenhæng, da de omhandler samme juridiske problemstilling og forelå for Domstolen samtidigt. På baggrund af denne sammenhæng vil begge domme i det følgende blive anvendt til fastlæggelse af markedsadgangs-testens påvirkning på art. 34 TEUF og forståelsen af "foranstaltninger med tilsvarende virkning".

Både *Trailers* og *Mickelsson* var først henvist til behandling i hver deres afdeling bestående af fem dommere. At sagerne var henvist til en afdeling på fem dommere indikerer, at sagerne ikke blev anset som værende af væsentlig karakter. Sagerne kunne afgøres med udgangspunkt i Domstolens allerede fastlagte retspraksis på området. Dette ændrede sig efter henholdsvis generaladvokat Juliane Kokotts forslag til *Mickelsson* og generaladvokat Philippe Légers forslag til *Trailers*.<sup>64</sup>

Trods de to sager begge omhandlede samme juridiske problemstilling og derfor i det væsentlige mindende om hinanden, havde forslagene fra henholdsvis Kokott og Léger to radikalt forskellige fremgangsmåder. Proceduren i begge sager blev derfor udsat. *Trailers* blev henvist til behandling ved Den Store Afdeling som, i modsætning til en afdeling på fem dommere, kan foretage ændringer i allerede fastlagt retspraksis. Først efter der var afsagt dom i *Trailers*, blev *Mickelsson* genoptaget til behandling ved afdelingen bestående af fem dommere.<sup>65</sup>

I det følgende vil først generaladvokaternes forslag til begge domme blevet analyseret. Herefter vil Domstolens resultat blive vurderet og diskuteret, herunder med fokus på markedsadgangs-testens betydning for art. 34 TEUF.

#### 3.1 Generaladvokaternes forslag

I forbindelse med de to sager *Mickelsson* og *Trailers* er der afgivet forslag fra i alt tre forskellige generaladvokater. Alle tre forslag angiver forskellige løsningsmetoder på problemstillingen. Generaladvokat Léger afgav som den første forslag til sagen *Trailers*, herefter afgav generaladvokat Kokott forslag til sagen *Mickelsson*, og til sidst, efter *Trailers* var blevet henvist til behandling ved Den Store Afdeling, afgav generaladvokat Y. Bot forslag i forbindelse med sagen. Bot afgav forslag

---

<sup>62</sup> Ibid., s. 115.

<sup>63</sup> Sag C-142/05 (*Mickelsson*).

<sup>64</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 125-128.

<sup>65</sup> Ibid.

i *Trailers* da Léger ikke længere var generaladvokat på tidspunktet, hvor sagen blev genoptaget ved Den Store Afdeling.

Generaladvokat Kokotts forslag til sagen *Mickelsson* fik stor betydning, trods Domstolen i sidste ende ikke anvendte fremgangsmåden anført af Kokott. Forslaget antages at have medvirket til at *Trailers* blev henvist til behandling ved Den Store Afdeling. Kokotts forslag fremlægger en alternativ måde at forstå omfanget af ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Kokott argumenterer i sit forslag for en udvidet fortolkning af Keck-doktrinen. Herefter vil Keck-doktrinen yderligere kunne finde anvendelse i forbindelse med foranstaltninger, som den set i *Mickelsson*. Kokott argumenterer derfor ikke for en ny test, men en nyfortolkning af den allerede fastlagte Keck-doktrin.<sup>66</sup>

Kokott definerer foranstaltninger, som regulerer brugen af et produkt, som anvendelsesvilkår. Kokott fastlægger først, at Dassonville-doktrinen har et sådant omfang, at enhver foranstaltning, omhandlende anvendelsesvilkår ville skulle anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Kokott fremhæver herunder, at Domstolen i visse tilfælde har forsøgt at begrænse art. 34 TEUF’s anvendelsesområde yderligere end i situationer, hvor Keck-doktrinen er opfyldt. Nationale foranstaltninger, som har en for uvis og for indirekte indvirkning på samhandelen, kan efter retspraksis ikke opfylde Dassonville-doktrinen. Trods Kokott anerkender muligheden for at foranstaltninger ikke opfylder Dassonville-doktrinen, anser Kokott Domstolens vurderingsparametre uhensigtsmæssige, da begreberne ”for uvis” og ”for indirekte” er uklare. Grundet denne uklarhed mindskes retssikkerhed, da det ikke er sikkert, hvornår en foranstaltnings indvirkning på samhandlen er for uvis og for indirekte.<sup>67</sup>

I stedet argumenterer Kokott for, at Domstolen skal håndtere foranstaltninger, som omhandler anvendelsesvilkår, på samme måde som Domstolen håndtere foranstaltninger, som omhandler salgsformer, ved anvendelse af Keck-doktrinen. Herefter skal anvendelsesvilkår ikke anses som værende omfattet af art. 34 TEUF, når de opfylder Keck-doktrinen.<sup>68</sup>

Kokott er særligt fortaler for en udvidelse af Keck-doktrinen, grundet kategorierne salgsformer og anvendelsesvilkår efter deres karakteristiske træk er sammenlignelige. Derfor vil det være uhensigtsmæssigt at undtage den ene kategori fra art. 34 TEUF uden at undtage den anden.<sup>69</sup>

Kokott vurderer også i sit forslag aspektet omkring markedsadgang. I *Keck* konkluderede Domstolen, at hvis Keck-doktrinen var opfyldt, betød dette, at den nationale foranstaltning ikke hindrede markedsadgangen. Kokott konkluderede derfor, med grundlag i en modsætningslutning af *Keck*, at en national foranstaltning, som hindrer markedsadgangen, altid skal anses som omfattet af art. 34 TEUF.<sup>70</sup>

Det væsentligste aspekt af Kokotts forslag er i denne forbindelse vurderingen af, hvordan Keck-doktrinen burde fortolkes udvidende. Ved at udvide Keck-doktrinen, hvorefter doktrinen skal finde anvendelse ved foranstaltninger omhandlende anvendelsesvilkår, formindskes art. 34 TEUF’s anvendelsesområde.

---

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott – sag C-142/05, præmis 42-46.

<sup>68</sup> Ibid., præmis 47-56.

<sup>69</sup> Ibid., præmis 52-55.

<sup>70</sup> Ibid., præmis 65-66.



I modsætning til Kokotts forslag findes de to forslag fra henholdsvis generaladvokat Léger og Bot i forbindelse med *Trailers*. Léger vurderede i sit forslag foranstaltningen i *Trailers* udelukkende med udgangspunkt i Dassonville-doktrinen, hvorimod Bot tog udgangspunkt i en snæver fortolkning af *Keck* og behovet for en ny test.<sup>71</sup>

I *Trailers* skulle det vurderes, om et italiensk anvendelsesvilkår kunne anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Léger besvarer dette spørgsmål med udgangspunkt i Dassonville-doktrinen. Léger konkluderer, at den italienske regel udgjorde en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, da den direkte og indirekte, aktuelt og potentielt hindrede samhandlen. Foranstaltningen var derfor i strid med art. 34 TEUF.<sup>72</sup>

Efter *Trailers* blev henvist til behandling ved Den Store Afdeling, afgav generaladvokat Bot sit forslag til afgørelsen. Bot valgte, i modsætning til Kokott i *Mickelsson*, at argumentere for en snævrere fortolkning af *Keck*.<sup>73</sup>

Bot startede sit forslag ved at fastlægge den praksis, som på daværende tidpunkt forelå i forhold til art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. I denne forbindelse fremhævede Bots sine kritikpunkter af Domstolens afgørelse i *Keck*. Bot fremhævede, hvordan en sondring mellem forskellige kategorier af nationale foranstaltninger ikke kunne antages at være hensigtsmæssig. Trods Bot fremhæver, hvordan den tidligere retspraksis kan anses som problematisk, gør han det tydeligt at han ikke finder det hensigtsmæssigt at ændre denne retspraksis.<sup>74</sup>

Bot fastlægger derimod, at han ikke kan argumentere for en udvidende fortolkning af *Keck*-doktrinen, netop grundet de kritikpunkter som foreligger omkring selve *Keck*. I stedet foreslår Bot, at Domstolen ved vurderingen af, om foranstaltningen kan anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, skal fokusere på kriteriet markedsadgang. Kriteriet vil kunne anvendes på alle typer nationale foranstaltninger, uanset om de omhandler et produktkrav, en salgsform eller et anvendelsesvilkår. Bot fastlægger, at med udgangspunkt i en markedsadgangs-test vil nationale foranstaltninger, uanset deres formål, kunne anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, hvis de ”hindrer, medfører ulemper for eller vanskeliggør adgangen til markedet for varer med oprindelse i andre medlemsstater.”<sup>75</sup> Med udgangspunkt i markedsadgangs-testen konkluderer Bot, at den italienske foranstaltning skulle anses som værende i strid med art. 34 TEUF.<sup>76</sup>

Trods både Léger og Bot kommer frem til samme resultat, er deres fremgangsmåder forskellige.

Som det vil blive fastlagt i det følgende, fulgte Domstolen primært generaladvokat Bots fremgangsmåde og introducerede en ny test, baseret på kriteriet markedsadgang.

---

<sup>71</sup> Spaventa, “Leaving Keck Behind?”, s. 915-917.

<sup>72</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Philippe Léger – sag C-110/05, præmis 32-41.

<sup>73</sup> Barnard, “Trailing a New Approach to Free Movement of Goods”.

<sup>74</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot – sag C-110/05, præmis 70-85.

<sup>75</sup> Ibid., præmis 111.

<sup>76</sup> Ibid., præmis 111 og 159.

### 3.2 Domstolens konklusion i Trailers

*Trailers* omhandlede en italiensk regel, som opstillede et forbud, hvorefter motorcykler ikke måtte trække trailers. Reglen var derfor en foranstaltning, som begrænsede anvendelsen af en vare i medlemsstaten.

Domstolen skulle i sagen tage stilling til, hvorvidt Keck-doktrinen skulle finde analog anvendelse, som Kokott argumenterede for i sit forslag til *Mickelsson*. En sådan løsning ville eventuelt have medført at foranstaltningen ville være undtaget art. 34 TEUF grundet en antagelse om legalitet, hvis Keck-doktrinen er opfyldt. Denne løsning valgte Domstolen ikke. Derimod valgte Domstolen det modsatte, at Keck-doktrinen anvendelsesområde ikke kunne udvides. I stedet introducerede Domstolen en ny test baseret på kriteriet markedsadgang.<sup>77</sup>

Først opsummerede Domstolen den retspraksis, som var blevet fastlagt i henholdsvis *Dassonville*, *Cassis de Dijon* og *Keck*. Herefter følger dommens præmis 37, som fastlægger tre kategorier, hvorefter en national foranstaltning skal anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Første kategori er ”foranstaltninger, der tilsigter eller bevirker, at varer fra en anden medlemsstat behandles mindre gunstigt”.<sup>78</sup> Med andre ord, diskriminerende foranstaltninger er ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Den anden kategori svarer til produktkrav som fastsat i *Cassis de Dijon*. Til sidst i præmissen fastlægger Domstolen en ny kategori. Kategorien omfatter enhver anden foranstaltning, som hindrer markedsadgangen i en medlemsstat.<sup>79</sup> Denne sidste og nye kategori er i dag kendt som markedsadgangs-testen.

I dommen anvender Domstolen markedsadgangs-testen til at fastlægge, at den nationale foranstaltning var en ”foranstaltning med tilsvarende virkning” og derfor i strid med art. 34 TEUF.<sup>80</sup>

Domstolen konkluderer først, at kommissionen ikke har taget stilling til, hvorvidt sagen omhandlede trailers som var specielt designet til at blive trukket af motorcykler, eller om sagen omhandlede alle trailers. Domstolen fastlægger, i forhold trailers som ikke var specielt fremstillet til motorcykler, at der ikke forelå en hindring af markedsadgangen. Bestemmelsen kunne i denne situation ikke anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>81</sup>

Herefter vurderer Domstolen påvirkningen af markedsadgangen i forhold til forbuddet mod anvendelse af trailers, som er specielt designet til at blive trukket af motorcykler. Domstolen udtaler, at en sådan foranstaltning vil have betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd. Grundet den betydelige indflydelse på forbrugernes adfærd ville den italienske foranstaltning hindre markedsadgangen. Domstolen konkluderer derfor, at foranstaltningen var en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>82</sup>

Definitionen af ”foranstaltning med tilsvarende virkning” kan efter *Trailers* opsummeres til følgende tre kategorier: 1) Foranstaltninger som medfører direkte eller indirekte diskrimination, 2)

---

<sup>77</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 100-101.

<sup>78</sup> *C-110/05 (Trailers)*, præmis 37.

<sup>79</sup> *Ibid.*, præmis 33-37.

<sup>80</sup> *Ibid.*, præmis 58.

<sup>81</sup> *Ibid.*, præmis 51-53.

<sup>82</sup> *Ibid.*, præmis 56-58.

foranstaltninger omhandlende produktkrav, og 3) ikke diskriminerende foranstaltninger som hindrer adgangen til markedet.<sup>83</sup>

### 3.3 Domstolens konklusion i Mickelsson

Efter Domstolen havde afsagt dom i *Trailers*, blev behandlingen af *Mickelsson* genoptaget. *Mickelsson* omhandlede på samme måde som *Trailers* et forbud mod brugen af et produkt. I modsætning til *Trailers* var der i *Mickelsson* kun tale om en begrænsning af anvendelsen og ikke et totalt forbud. Der var tale om en præjudiciel afgørelse, hvor Domstolen skulle tage stilling til, hvorvidt en national foranstaltning, der forbød brugen af vandscootere på visse vandveje, kunne anses som værende i overensstemmelse med art. 34 TEUF.

Domstolen henviste til de tre kategorier fastlagt i præmis 37 i *Trailers*.<sup>84</sup> Herefter fastslog Domstolen, at den nationale foranstaltning, som medførte en begrænsning i anvendelsen af vandscootere, havde betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd. Forbrugernes adfærd ville blive påvirket på en sådan måde, at forbrugerne ville have mindre interesse i at købe vandscootere, hvilket ville medføre, at markedsadgangen blev hindret eller i hvert fald begrænset. Domstolen konkluderede, med udgangspunkt i markedsadgangs-testen, at den nationale bestemmelse skulle anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>85</sup>

Domstolen følger herved ikke Kokotts forslag om anvendelsen af Keck-doktrinen. I stedet anvender Domstolen udelukkende markedsadgangs-testen som fastlagt i *Trailers*. Med dommen fastlægges, at det ikke kun er foranstaltninger omhandlende anvendelsesvilkår, som medfører fuldstændigt forbud mod anvendelsen af et produkt, der vil kunne anses som en hindring af markedsadgangen. Foranstaltninger omhandlende anvendelsesvilkår, som blot begrænser anvendelsen, vil på samme måde kunne anses at hindre markedsadgangen og vil derfor være ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>86</sup>

Det afgørende ved anvendelsen af markedsadgangs-testen er, hvorvidt markedsadgangen for produkter med oprindelse i en anden medlemsstat kan anses som hindret grundet den nationale foranstaltning. *Mickelsson* fastlægger, at en begrænsning i anvendelsesmulighederne for produktet er nok til, at der vil foreligge en hindring af markedsadgangen. Er markedsadgangen hindret, foreligger der en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

### 3.4 Betydningen af markedsadgangs-testen

*Trailers* og *Mickelsson* var og er betydningsfulde afgørelser i forhold til art. 34 TEUF og ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. De to afgørelser fastlagde en ny test i forbindelse med vurderingen af hvorvidt der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Herved gik hindringen af markedsadgangen fra at være en konsekvens af, hvorvidt andre kriterier var opfyldt, til at være en vurderingsfaktor i sig selv.

At *Trailers* ville få en sådan betydning kunne ses allerede i forbindelse med behandlingen af sagen. Sagens henvisning til Den Store Afdeling, samt det faktum at der gik fire år fra henvisningen, til der forelå dom, viser størrelsen og betydningen af den juridiske problemstilling, som Domstolen skulle

---

<sup>83</sup> Ibid., præmis 37.

<sup>84</sup> *C-142/05 (Mickelsson)*, præmis 24.

<sup>85</sup> Ibid., præmis 26-28.

<sup>86</sup> Ibid., præmis 26-28.

vurdere.<sup>87</sup> *Trailers* skulle løse de problemstillinger, som stadig var uklare efter *Keck*. Det er derfor svært ikke at anerkende den væsentlige betydning *Trailers*, men også *Mickelsson* har haft i forbindelse med forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>88</sup>

*Trailers* fjerner fokus fra et kriterie, baseret på diskrimination, til et kriterie, hvis eneste fokus er, hvorvidt den nationale foranstaltning hindrer markedsadgangen. Herved bevæger Domstolen sig i retning af sin oprindelige forståelse af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” fastlagt i *Dassonville*, hvor diskrimination ikke kunne anses som det afgørende kriterie.<sup>89</sup>

Domstolen konkluderede i *Trailers*, at en foranstaltning, som medfører et totalt forbud mod anvendelsen af et produkt, skal anses som værende en ”foranstaltning af tilsvarende virkning” omfattet af art. 34 TEUF. Efterfølgende i *Mickelsson* blev det fastlagt, at en foranstaltning, som medførte en begrænset anvendelse af produkter, på samme måde skal anses som omfattet af art. 34 TEUF. Begge domme gør det klart, at *Keck*-doktrinen ikke kan fortolkes udvidende. De to domme sætter et endeligt punktum for problemstillingen om, hvorvidt *Keck*-doktrinen kunne omfatte flere foranstaltninger end dem omhandlende salgsformer.<sup>90</sup> Alene det faktum, at dommene konkluderer, at *Keck*-doktrinen ikke kan fortolkes udvidende, har medført, at dommene kan anses som værende af væsentlig betydning for omfanget af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

Det er derimod ikke klart, om det reelt var nødvendigt at introducere markedsadgangs-testen, eller *Trailers* og *Mickelsson* kunne have haft samme udfald med udgangspunkt i allerede eksisterende retspraksis, herunder ved udelukkende anvendelse af *Dassonville*-doktrinen.<sup>91</sup>

Generaladvokat Léger konkluderer i forbindelse med sit forslag til *Trailers*, at den italienske regel var en ”foranstaltning med tilsvarende virkning” uden brugen af markedsadgangs-test. Léger anvender udelukkende *Dassonville*-doktrinen og den retspraksis, som allerede forelå. Léger opnår herved samme konklusion, som Bot gjorde, gennem introduktionen af markedsadgangs-testen.<sup>92</sup> Samtidig kan det diskuteres, hvorvidt de domme, som er afsagt efter *Trailers*, og med udgangspunkt i markedsadgangs-testen, ikke ville have opnået samme resultat med begrundelse i retspraksis fra før *Trailers*.<sup>93</sup>

Markedsadgangs-testen blev løsningen i sagerne *Trailers* og *Mickelsson*, hvorved foranstaltninger omhandlende anvendelsesvilkår skulle anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Dette antyder, at Domstolen selv mente, at tidligere retspraksis ikke var af en sådan klarhed, at det kunne danne tilstrækkeligt grundlag for afgørelserne. Ved indførelsen af markedsadgangs-testen valgte Domstolen, at endnu en kategori, på samme måde som produktkrav, altid vil være omfattet af art. 34 TEUF uden krav om diskrimination. Domstolen bevægede sig herved tilbage mod udgangspunktet fra før *Keck* og en bred forståelse af art. 34 TEUF.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> Horsley, “Anyone for Keck?”, s. 2003-2004.

<sup>88</sup> Ibid., s. 2008.

<sup>89</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 77.

<sup>90</sup> Ibid., s. 131-134.

<sup>91</sup> Spaventa, “Leaving Keck Behind?”, s. 920-921.

<sup>92</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Philippe Léger – sag C-110/05, præmis 32-41.

<sup>93</sup> Barnard og Peers, *European Union law*, s. 378-379.

<sup>94</sup> Horsley, “Anyone for Keck?”, s.2010-2012.

Opsummerende må det udledes at *Trailers* og *Mickelsson* var og er to betydningsfulde domme. Begge domme har stor betydning i forbindelse med forståelsen og fortolkning af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Særligt betydningsfuld er *Trailers* og dommens præmis 37. Præmis 37 opstiller tre kategorier, hvorefter foranstaltninger skal anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, hvis de er omfattet af blot en af kategorierne.

Trods *Trailers* og *Mickelsson* og introduktionen af markedsadgangs-testen har haft og stadig har en væsentlig betydning i forbindelse med art. 34 TEUF, har introduktionen af markedsadgangs-testen ikke været problemfri. At markedsadgangs-testen kan fortolkes på en måde, hvorved Domstolen bevæger sig tilbage til en bred forståelse af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, kan i sig selv resultere i fortolkningsvanskeligheder. Samtidig har Domstolen igen, på samme måde som i forbindelse med *Keck*, formuleret *Trailers* på en sådan måde, at nye problemstillinger er opstået.

I det følgende vil de væsentligste af problemstillingerne blive analyseret og diskuteret.

#### **4. Problemer opstået ved introduktionen af markedsadgangs-testen**

Som tidligere nævnt forelå der en del kritik af *Keck* i perioden efter dommens afsigelse grundet dommens vage formulering og argumentation. Samme problem opstod i perioden efter *Trailers*. Domstolens formulering af præmis 37 åbnede for spørgsmål, som Domstolen hverken besvarende i *Trailers* eller *Mickelsson*. Særligt var det den brede formulering af markedsadgangs-testen, som resulterede i visse problemstillinger.<sup>95</sup> Herunder spørgsmål som: Hvornår foreligger der en hindring af markedsadgangen? Ændrer eller sammenfatter *Trailers* retspraksis? Hvornår skal foranstaltningernes eventuelle påvirkning af markedsadgang efterprøves?

I det følgende vil de væsentligste af problemstillingerne blive analyseret og diskuteret. Herunder vil der blive foretaget en vurdering af, hvorvidt efterfølgende retspraksis har løst disse problemstillinger.

##### **4.1 Hvornår er markedsadgangen hindret?**

Det afgørende kriterie ved anvendelsen af markedsadgangs-testen er prøvelsen af hvorvidt foranstaltningen medfører, at adgangen til markedet i medlemsstaten er hindret. I *Trailers* præmis 37 fastsætter Domstolen, at ”*enhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i en anden medlemsstat adgang til markedet i en medlemsstat*”<sup>96</sup>, er en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Spørgsmålet er herefter: Hvornår foreligger en sådan hindring af markedsadgangen?

I litteraturen ses Spaventa som har fremsat tre muligheder for, hvornår markedsadgangen kan anses som hindret. Første mulighed er den smalleste og vil derfor medføre at relativt få foranstaltninger vil medføre en hindring af markedsadgangen. Markedsadgangen vil kun blive hindret, hvis der foreligger en foranstaltning, som direkte pålægger erhvervsdrivende, som endnu ikke er på markedet, men ønsker dette, ekstraomkostninger. Den anden mulighed er langt bredere og vil omfatte langt flere foranstaltninger. Efter denne mulighed vil alle foranstaltninger kun anses som en potentiel hindring af markedet, da alle foranstaltninger indirekte vil medføre ekstraomkostninger for de erhvervsdrivende. Den sidste mulighed er, i modsætning til de to første, holdningsbaseret.

---

<sup>95</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 130.

<sup>96</sup> *C-110/05 (Trailers)*, præmis 37.

Markedsadgangen vil her blive hindret af alle foranstaltninger, som Domstolen mener vil kunne påvirke samhandlen.<sup>97</sup>

Domstolen definerer hverken i *Trailers* eller *Mickelsson*, hvad der menes med begrebet ”hindring af markedsadgangen”. Derimod kan det antages, at Domstolen i dommene giver en indikation af, hvordan begrebet skal forstås, da begge domme konkluderer, at der foreligger en hindring af markedsadgangen.<sup>98</sup> Domstolen fastlægger i *Trailers*, at når en foranstaltning har en ”betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd”<sup>99</sup>, vil der foreligge en hindring af markedsadgangen. I *Mickelsson* fastlægger Domstolen igen, at når der er en betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd, vil adgangen til markedet være hindret. Samtidig viser *Mickelsson*, at der er uden betydning, at der ikke foreligger et totalt forbud mod brugen af et produkt. En begrænsning af brugen kan stadig medføre en hindring af markedsadgangen.<sup>100</sup>

Det afgørende bliver efter *Trailers* eller *Mickelsson* ikke, hvorvidt varen rent fysisk kan komme ind på markedet. I stedet er fokus, hvorvidt foranstaltningen vil påvirke forbrugernes adfærd. Påvirkes forbrugernes adfærd på en sådan måde, at forbrugernes vilje til at købe produkterne mindskes grundet foranstaltningen, vil producenterne blive mødt af besværligheder. Herved vil markedsadgangen blive hindret eller i det mindste begrænset. Foranstaltningen skal herefter anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>101</sup>

Efterfølgende retspraksis har yderligere vist, at nationale foranstaltninger, der pålægger producenterne ekstraomkostninger, udgør en hindring af markedsadgangen i samme omfang som konkluderet af Spaventa. I denne forbindelse skal der sondres mellem forskellige ekstraomkostninger. Ikke alle ekstraomkostninger kan medføre, at markedsadgangen hindres. Ekstraomkostninger kan kun anses som en hindring af markedsadgangen, hvis de opstår, grundet der i den nationale foranstaltning ikke tages højde for de særlige forhold, som kan være gældende for indførte varer. Er dette ikke tilfældet, vil ekstraomkostninger ikke kunne medføre, at der foreligger en hindring eller begrænsning af markedsadgangen.<sup>102</sup>

Retspraksis har angivet flere eksempler på, hvornår der foreligger en hindring af markedsadgangen. Spørgsmålet er nu: Er der overhovedet foranstaltninger, som ikke kan anses for at hindre markedsadgangen? Der kan argumenteres for, at markedsadgangen altid, om ikke indirekte, kan anses som begrænset eller hindret. Hvis alle foranstaltninger kan hindre markedsadgangen, kan der så overhovedet opstilles nationale foranstaltninger, som ikke vil være omfattet af art. 34 TEUF? Præcis dette spørgsmål resulterede i sin tid i *Keck*. Hvis markedsadganges-testen fanger samtlige nationale foranstaltninger, vil problemstillingerne fra før *Keck* herved genopstå.

Netop denne problemstilling blev påpeget af generaladvokat Jacobs tilbage i hans forslag til *Lecerc-Siplec*. Jacobs forslø, som tidligere nævnt, at anvende en ren markedsadgangs-test. Trods Domstolen i *Trailers* ikke indførte en ren markedsadgangs-test, da markedsadgangs-testen blot er en af tre muligheder i præmis 37, kan der argumenteres for, at konsekvenserne af markedsadgangs-testen som

---

<sup>97</sup> Barnard, “Restricting Restrictions”, s. 593-594.

<sup>98</sup> Snell, “The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?”, s. 457-458.

<sup>99</sup> C-110/05 (*Trailers*), præmis 56.

<sup>100</sup> C-142/05 (*Mickelsson*), præmis 26-28.

<sup>101</sup> Spaventa, “Leaving Keck Behind?”, s. 924.

<sup>102</sup> Barnard, “Trailing a New Approach to Free Movement of Goods”.

fastlagt i *Trailers* vil være de samme som ved en ren markedsadgangs-test. Jacobs tydeliggør i sit forslag, at en vurdering baseret på kriteriet markedsadgang vil medføre, at næsten alle nationale foranstaltninger vil blive anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Løsningen på dette var, ifølge Jacobs, indførelsen af et minimumskrav<sup>103</sup>. Dette minimumskriterie skulle være baseret på en væsentlighedsvurdering. Herefter vil kun foranstaltninger, som væsentligt hindrer markedsadgangen, være ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Derimod vil foranstaltninger, som kun hindrer markedsadgangen i en ubetydelig grad, ikke blive fanget af markedsadgangs-testen og derfor ikke være ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>104</sup>

Domstolen anvender i *Trailers* og *Mickelsson* formuleringen ”betydelig indflydelse” på forbrugernes adfærd. Det kan diskuteres, om Domstolen herigennem har ønsket at indfortolke et minimumskrav baseret på et væsentligheds-kriterie. Tidligere retspraksis er fuldstændig klar i forbindelse med art. 34 TEUF og et eventuelt minimumskrav. Der findes ikke noget minimumskrav ved anvendelsen art. 34 TEUF. Som det vil blive diskuteret nedenfor, ændrede *Trailers* ikke tidligere retspraksis. Et minimumskrav kan derfor ikke indfortolkes i forbindelse med de første to led af præmis 37 i *Trailers*. Et eventuelt minimumskrav, grundet Domstolen ordvalg ”betydelige indflydelse”, kan kun være i forbindelse med anvendelsen af markedsadganges-testen.<sup>105</sup>

På den anden side er der ikke yderligere indikation fra Domstolen af, at et sådant minimumskrav skulle finde anvendelse i forbindelse med markedsadgangs-testen. Efterfølgende retspraksis har vist, at selv den mindste hindring eller begrænsning af markedsadgangen vil medføre, at foranstaltningen skal anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>106</sup> Begrundelsen vurderes at findes i den uvished, et eventuelt minimumskrav vil medføre. Fortolkningen af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” er ikke lige til, og der foreligger stadig spørgsmål, som Domstolen ikke har besvaret. Opstilles et minimumskrav baseret på en væsentlighedsvurdering, vil der igen opstå et område, som uden Domstolens nærmere uddybning, vil være præget af uvished og uklarhed.<sup>107</sup>

Opsummerende må det udledes, at Domstolen ikke tydeligt har klarlagt, hvad kriteriet markedsadgang indeholder. Der kan argumenteres for, at alle foranstaltninger, enten direkte eller indirekte, begrænser eller hindrer markedsadgangen på en sådan måde som fastlagt i præmis 37 i *Trailers*. Herefter vil alle foranstaltninger være i strid med art. 34 TEUF. Spørgsmålet bliver derfor: Hvor går grænsen for art. 34 TEUF?

#### 4.2 Ændring eller reformulering af praksis

Generaladvokat Kokott og Bot diskuterede i deres forslag til henholdsvis *Mickelsson* og *Trailers* muligheden for anvendelse og eventuel udvidelse af Keck-doktrinen. Sådanne refleksioner over eventuel anvendelse af Keck-doktrinen foretager Domstolen ikke.

I *Trailers* nævner Domstolen *Keck* i forbindelse med en generel gennemgang af den retspraksis, som forelå omkring art. 34 TEUF. Herefter, i præmis 37, fastlægges de tre kategorier, hvorefter foranstaltninger kan anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. I denne

---

<sup>103</sup> På engelsk kendt som ”a de minimis rule”.

<sup>104</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs – sag C-412/93, præmis 44-45.

<sup>105</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 102-104.

<sup>106</sup> Snell, ”The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?”, s. 458.

<sup>107</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 91-93.

forbindelse er der ingen henvisning til *Keck* eller Keck-doktrinen.<sup>108</sup> I *Mickelsson* derimod underlader Domstolen helt at nævne *Keck* og Keck-doktrinen.<sup>109</sup>

At Domstolen ikke foretager samme refleksioner som generaladvokat Kokott og Bot medfører en uvished om, hvad Domstolen har villet opnå gennem præmis 37 i *Trailers*. I *Keck* udtalte Domstolen tydeligt, at tidligere retspraksis blev ændret. I *Trailers* valgte Domstolen at lade dette stå hen i det uvisse. Domstolen gør det ikke klart, hvilken betydning præmis 37 skal have. Herved skabes der igen, på samme måde som efter *Keck*, en vis uvished om, hvordan dommen skal forstås.

Domstolen følger ofte sin egen retspraksis og henviser ofte til ældre retspraksis. Samtidig reformulerer Domstolen sin egen retspraksis. Derimod ses det sjældent, at Domstolen reelt tager sin egen retspraksis op til fornyet overvejelse. Det skete i *Keck*, og Domstolen udtalte udtrykkeligt, at retspraksis på området skulle tages op til fornyet overvejelse, dog uden henvisning til præcis hvilken retspraksis.<sup>110</sup> At fortolke *Trailers* på en sådan måde, hvorved tidligere retspraksis ønskes ændret, uden Domstolen udtrykkeligt har givet udtryk herfor, ville være uhensigtsmæssigt.

En mulighed kan være at indfortolke *Keck* i første led af præmis 37 i *Trailers*. Domstolens formulering af første kategori er ”foranstaltninger, der tilsigter eller beviser, at varer fra en anden medlemsstat behandles mindre gunstigt”<sup>111</sup>. Herefter skal første led ses som en kategori, der både omfatter diskriminerende foranstaltninger omhandlende produktkrav a la *Cassis de Dijon*, diskriminerende foranstaltninger omhandlende salgsformer a la *Keck* samt andre foranstaltninger, som medfører direkte eller indirekte diskrimination af varer med oprindelse i en anden medlemsstat.

Efterfølgende retspraksis har skabt en vis klarhed. Domstolen anvender fortsat Keck-doktrinen. Dette taler for, at præmis 37 i *Trailers* skal forstås som en reformulering af den tidligere praksis og ikke en ændring. At Domstolen ikke tydeligt nævner Keck-doktrinen i præmis 37 har derfor ikke medført at Keck-doktrinen ikke længere er gældende retspraksis.<sup>112</sup>

At *Trailers* er en reformulering af tidligere retspraksis og ikke en ændring, anses af visse forfattere som et problem. Ses på foranstaltninger omhandlende anvendelsesvilkår, som i *Trailers* og *Mickelsson*, og på den anden side foranstaltninger omhandlende salgsformer, foreligger der et vist overlap mellem de to typer af foranstaltninger. Dette skyldes, at foranstaltningerne har karakteristiske træk, som er sammenlignelige. Dette gør det svært at sondre mellem, hvorvidt en foranstaltning omhandler en salgsform eller et anvendelsesvilkår. Et eksempel er en foranstaltning, som regulerer salg af alkohol på baggrund af aldre. Foranstaltningen kan anses at omhandle et anvendelsesvilkår, da den indirekte fastlægger, hvem der lovligt kan anvende produktet. På den anden side kan foranstaltningen anses at omhandle en salgsform, da den fastlægger, hvem produktet kan sælges til.<sup>113</sup> Det kan derfor være problematisk, at foranstaltninger omhandlende salgsformer kan undtages fra art. 34 TEUF, når det samme ikke er tilfældet ved foranstaltninger omhandlende anvendelsesvilkår. Generaladvokat Kokott påpegede allerede problemet i sit forslag til *Mickelsson*.<sup>114</sup>

---

<sup>108</sup> C-110/05 (*Trailers*), præmis 34-36.

<sup>109</sup> C-142/05 (*Mickelsson*).

<sup>110</sup> Engsig Sørensen og Hartig Danielsen, *EU-Retten*, s. 115-116; C-267-268/91 (*Keck*), præmis 14.

<sup>111</sup> C-110/05 (*Trailers*), præmis 37.

<sup>112</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 130.

<sup>113</sup> Spaventa, “Leaving Keck Behind?”, s. 922-923.

<sup>114</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott – sag C-142/05, præmis 47-56.



Trods det kan virke problematisk, lever Keck-doktrinen stadig. Domstolen anvender stadig Keck-doktrinen, når der foreligger nationale foranstaltninger, som omhandler salgsformer. Det skal påpeges, at trods der forelå meget kritik af *Keck*, løste *Keck* en række problemer. At ændre retspraksis på en måde, hvorefter *Keck* ville blive tilsidesat, kunne frygtes at have genoplivet problemerne fra før *Keck*. På den anden side, som diskuteret ovenfor, opnår Domstolen måske samme problem, da markedsadgangs-testen tilføjer en kategori, som reelt kan resultere i, at alle nationale foranstaltninger kan anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>115</sup>

### 4.3 Hvornår skal markedsadgangen prøves?

Endnu en problemstilling, som opstod i lyset af *Trailers*, er, hvornår foranstaltningers eventuelle påvirkning på markedsadgangen skal efterprøves. Skal markedsadgangs-testen anses som en kategori, der fanger alle de resterende foranstaltninger, som ikke fanges af de to tidligere kategorier, eller skal markedsadgangs-testen anses som den dominerende kategori, hvorefter de tidligere opstillede kategorier blot er eksempler på foranstaltninger, som hindrer markedsadgangen.<sup>116</sup> Problemstillingen kan bedst besvares ved at vurdere sammenspillet, eller mangel af samme, mellem de tre kategorier.

I sit forslag til *Trailers* henviser generaladvokat Bot til, at markedsadgangs-testen skal være det afgørende element ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>117</sup> Herefter skal diskriminerende foranstaltninger og foranstaltninger omhandlende produktkrav ses som eksempler på, hvornår markedsadgangen er hindret. Den vage formulering i dommens præmis 37 giver derimod ikke en klar tilkendegivelse af, hvordan markedsadgangs-testen skal forstås i forhold til de to andre kategorier.

Forholdet mellem de forskellige kategorier kan efter litteraturen opfattes på to måder.

Den traditionelle opfattelse er en ”kategoritilgang”<sup>118</sup>. Herefter vil hver kategori omfatte forskellige typer af foranstaltninger, og en foranstaltning kan ikke være omfattet af flere kategorier. Efter denne opfattelse vil markedsadgangs-testen kun finde anvendelse i forbindelse med foranstaltninger, som omhandler anvendelsesvilkår. Dette vil medføre, at ikke-diskriminerende foranstaltninger, omhandlende salgsformer, som hindrer markedsadgangen, vil falde uden for art. 34 TEUF.<sup>119</sup> Den traditionelle kategoritilgang forelå før *Trailers*. Retspraksis fastlagde på daværende tidspunkt, at de to kategorier salgsformer og produktkrav var gensidig udtømmende, og en foranstaltning ikke både kunne omhandle et produktkrav og en salgsform.<sup>120</sup>

En nyere opfattelse er en ”enhedstilgang”<sup>121</sup>. Herefter skal en foranstaltning underlægges alle tre led af præmis 37 fra *Trailers*. Markedsadgangs-testen skal her anses som værende en udfyldende ”altomfattende”<sup>122</sup> kategori. Hvis foranstaltningen ikke bliver omfattet af art. 34 TEUF gennem en af

---

<sup>115</sup> Horsley, “Anyone for Keck?”, s. 2009-2012.

<sup>116</sup> Craig og de Búrca, *EU law*, s. 724.

<sup>117</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot – sag C-110/05, præmis 109-110.

<sup>118</sup> På engelsk kendt som “a category approach”.

<sup>119</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 171.

<sup>120</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 116-117.

<sup>121</sup> På engelsk kendt som “a unitary approach”.

<sup>122</sup> På engelsk kendt som “a residual catch-all category”.

de første to kategorier, vil foranstaltningens eventuelle påvirkning af markedsadgangen skulle efterprøves. Bliver foranstaltningerne omfattet grundet en af de første to kategorier, er det derimod ikke nødvendigt at vurdere foranstaltningen i forhold til markedsadgangs-testen. Dette skyldes, at en foranstaltning, som er diskriminerende eller omhandler et produktkrav, altid direkte og indirekte, aktuelt og potentielt vil hindre samhandlen og herved hindre markedsadgangen. Anvendelsen af en sådan tilgang ville medføre, at ikke-diskriminerende foranstaltninger, omhandlende salgsformer, som hindrer markedsadgangen, vil blive omfattet af art. 34 TEUF grundet markedsadgangs-testen, uanset om de opfylder Keck-doktrinen.<sup>123</sup>

Domstolen har ikke været konsekvent i forhold til, hvornår markedsadgangen skal efterprøves. Derfor findes retspraksis, som taler for både en ”kategoritilgang” og for en ”enhedstilgang”.

Dommen *ANETT*<sup>124</sup> omhandlede lovligheden af en spansk foranstaltning, som forbød tobaksforhandlere at importere tobaksvarer fra andre medlemsstater. Domstolen gengav først præmis 37 fra *Trailers*.<sup>125</sup> Herefter fastlagde Domstolen, at den nationale foranstaltning var ikke-diskriminerende, og dernæst, at den ikke omhandlede et produktkrav. Efter Domstolen havde fastlagt, at foranstaltningen hverken var omfattet af første eller anden kategori fra præmis 37, efterprøvede Domstolen foranstaltningen med udgangspunkt i markedsadgangs-testen. Domstolen konkluderede, at foranstaltningen kunne anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, da den hindrede markedsadgangen for varer med oprindelse i en anden medlemsstat.<sup>126</sup>

Dommen *ANETT* hentyder, at markedsadgangs-testen skal anses som en udfyldende ”altomfattende” kategori. Herefter skal markedsadgangen kun efterprøves, når det er fastlagt, at foranstaltningerne hverken er diskriminerende eller omhandler produktkrav. Herved bevæger Domstolen sig fra den traditionelle ”kategoritilgang” til en mere enhedspræget tilgang.<sup>127</sup>

Af dommen kan det modsætningsvis sluttes, at markedsadgangen ikke kan anses som det afgørende kriterie. Dette er i modsætning til, hvad generaladvokat Bot forslår i forbindelse med sit forlag til *Trailers*. Markedsadgangs-testen bliver kun en udfyldende ”altomfattende” kategori. Denne opfattelse af markedsadgangs-testen har samtidig vundet opbakning i litteraturen.<sup>128</sup>

Opbakningen til en enhedspræget opfattelse kan begrundes i flere aspekter. Særligt ses det forhold, at foranstaltninger, som omhandler produktkrav eller er diskriminerende, samtidig må antages at hindre markedsadgangen. Herved er der et overlap mellem netop markedsadgangs-testen og de to resterende kategorier fastlagt i præmis 37 i *Trailers*. Overlappet skyldes den brede formulering af markedsadgangs-testen. Grundet overlappet vil det være mest hensigtsmæssigt at se markedsadgangs-testen som udfyldende ”altomfattende” kategori. Samtidig vil en enhedspræget opfattelse resultere i, at foranstaltninger omhandlende salgsformer vil blive underlagt markedsadgangs-testen, trods de opfylder Keck-doktrinen. Herved vil problemstillingen, opstillet af Jacobs i forbindelse med hans forslag i *Lecerc-Siplec*, blive løst.<sup>129</sup>

---

<sup>123</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 171.

<sup>124</sup> Sag C-456/10 (*ANETT*).

<sup>125</sup> C-456/10 (*ANETT*), præmis 34-35.

<sup>126</sup> *Ibid.*, præmis 37-44.

<sup>127</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 174-175.

<sup>128</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 102.

<sup>129</sup> Barnard, “Trailing a New Approach to Free Movement of Goods”.

Trods opbakning både i litteraturen og i retspraksis foreligger der ikke enighed blandt Domstolens forskellige afdelinger. Derfor findes samtidigt retspraksis, hvor markedsadgangs-testen ikke anses som en udfyldende ”altomfattende” kategori.<sup>130</sup>

Eksempelvis ses dommen *Visnapuu*<sup>131</sup>. I dommen fastlægger Domstolen først, hvornår der, efter gældende retspraksis, kan anses at foreligge en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. I denne forbindelse henviser Domstolen kun til *Dassonville* og *Keck*, i modsætningen til *ANETT*, hvor Domstolen fremhævede præmis 37 fra *Trailers*.<sup>132</sup>

*Visnapuu* omhandlede lovligheden af et krav, hvorefter en sælger etableret i en anden medlemsstat skulle have en finsk detailhandelstilladelse for at kunne sælge alkoholiske drikke i Finland. En sådan foranstaltning må antages at omhandle en salgsform, som hindrer markedsadgangen eller i hvert fald besværliggør adgangen til det finske marked. Domstolen tager kun stilling til, hvorvidt reglen omhandler en salgsform og i den forbindelse *Keck*-doktrinen. Derimod nævnes markedsadgangs-testen og *Trailers* ikke i dommen.<sup>133</sup>

Domstolen anfører først, at det er fast retspraksis, at alle foranstaltninger ”som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen mellem medlemsstaterne”<sup>134</sup> må anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Herefter fastslår Domstolen, at når *Keck*-doktrinen er opfyldt, kan der ikke anses at foreligge en sådan hindring af samhandelen. Domstolen vurderer, at den finske foranstaltning ikke opfyldte *Keck*-doktrinens første betingelse, grundet den ikke påvirkede alle erhvervsdrivende i landet. Domstolen konkluderer, at når første betingelse ikke er opfyldt, er det ikke nødvendigt at vurdere, om foranstaltningen opfylder *Keck*-doktrinens anden betingelse. Foranstaltningen var derfor en ”foranstaltning med tilsvarende virkning” og i strid med art. 34 TEUF.<sup>135</sup>

Samme fremgangsmåde kan ses i forbindelse med generaladvokat G. Hogans forslag til *Kommissionen mod Ungarn*<sup>136</sup>. Hogan fastlægger først, at det afgørende i forbindelse med vurderingen af art. 34 TEUF og ”foranstaltninger af tilsvarende virkning” er, hvorvidt der foreligger en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel hindring af samhandlen. Herved gør Hogan det tydeligt, at det afgørende er hvorvidt, *Dassonville*-doktrinen er opfyldt. Hogan anfører, at den i sagen omhandlede foranstaltning omhandler en salgsform. Hogan fremhæver, at Domstolen gentagne gange har fastslået, at foranstaltninger, som omhandler salgsformer, skal underlægges *Keck*-doktrinen. Opfylder foranstaltningen *Keck*-doktrinens to betingelser, vil den ikke kunne antages at udgøre en hindring af samhandlen og *Dassonville*-doktrinen vil derfor ikke være opfyldt. Hogan konkluderer, at *Keck*-doktrinen ikke er opfyldt, og foranstaltningen må derfor anses som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>137</sup>

---

<sup>130</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 175-176.

<sup>131</sup> Sag C-198/14 (*Visnapuu*).

<sup>132</sup> C-198/14 (*Visnapuu*), præmis 98 og 103.

<sup>133</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 178-179.

<sup>134</sup> C-198/14 (*Visnapuu*), præmis 98.

<sup>135</sup> *Ibid.*, præmis 98-108.

<sup>136</sup> Sag C-400/19 (*Kommissionen mod Ungarn*).

<sup>137</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Hogan – sag C-400/19, præmis 94-107.

Trods Hogan konkluderer, at der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, er det væsentlige i forslaget det faktum, at Hogan hverken henviser til eller nævner *Trailers* og markedsadgangs-testen. Hogan tager udelukkende udgangspunkt i Dassonville-doktrinen og Keck-doktrinen.

I selve dommen går Domstolen ikke ind i art. 34 TEUF. Domstolen konkluderer, at foranstaltningen er en tilsidesættelse af en anden EU-retlig forpligtelse. En vurdering af foranstaltningen i forhold til art. 34 TEUF var derfor unødvendig.<sup>138</sup>

*Visnapuu* og Hogans forslag til *Kommissionen mod Ungarn* undlader at inddrage *Trailers* og markedsadgangs-testen. Dette kan tale for en ”kategoritilgang”, men også blot være et resultat af, at foranstaltningerne ikke opfyldte Keck-doktrinen. Foranstaltningerne var derfor allerede på det grundlag ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. En prøvelse af markedsadgangen ville have været unødvendig. På den anden side nævner Domstolen i ANETT markedsadgangs-testen, inden der bliver taget stilling til hvorvidt foranstaltningen er omfattet af art. 34 TEUF som diskriminerende, omhandlende et produktkrav eller grundet den hindre markedsadgangen. En sådan fremgangsmåde foreligger hverken i *Visnapuu* eller i Hogans forslag i *Kommissionen mod Ungarn*.

At Domstolen ved gennemgang af allerede fastlagt retspraksis ikke henviser til det samme grundlag skaber uvished om Domstolens fremgangsmåde i forbindelse med art. 34 TEUF og vurderingen af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

Domstolen har ikke klart og præcist fastlagt, hvornår markedsadgangs-testen skal finde anvendelse. Problemstillingen er afgørende, da der foreligger uvished om, hvordan foranstaltninger omhandlede salgsformer, som opfylder Keck-doktrinen, men hindrer markedsadgangen, skal behandles. Jacobs påpegede problemet allerede i sit forslag til *Lecerc-Siplec*.<sup>139</sup> Problemet er tydeligt rent teoretisk. På den anden side kan der argumenteres for, at problemstillingen ikke på samme måde foreligger i praksis.

Der foreligger ikke i nyere tid mange domme, hvor Domstolen reelt undtager foranstaltningerne fra art. 34 TEUF med begrundelse i Keck-doktrinen. Enten fastlægger Domstolen, at der foreligger diskrimination, gennem en til tider bred fortolkning, ellers konkluderer Domstolen, at foranstaltningen ikke kan anses at omhandle en salgsform. Trods Keck-doktrinen stadig er gældende, grundet intet andet er fastlagt gennem retspraksis, medfører Keck-doktrinen sjældent, at foranstaltninger, som hindrer markedsadgangen, ikke omfattes af art. 34 TEUF.<sup>140</sup> Medlemsstaterne kan derimod stadig påberåbe sig Keck-doktrinen, og anvende denne som begrundelse for hvorfor foranstaltninger ikke er i strid med art. 34 TEUF.<sup>141</sup>

Spørgsmålet om, hvornår en foranstaltning skal underlægges markedsadgangs-testen, forbliver uklart. Skal alle foranstaltninger underlægges markedsadgangs-testen, vil Domstolen have bevæget sig tilbage til en bred forståelse af art. 34 TEUF, grundet en antagelse, om at alle foranstaltninger enten direkte eller indirekte vil påvirke markedsadgangen.

---

<sup>138</sup> C-400/19 (*Kommissionen mod Ungarn*), præmis 54.

<sup>139</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs – sag C-412/93, præmis 39-49.

<sup>140</sup> Spaventa, “Leaving Keck Behind?”, s. 922.

<sup>141</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 137.

Introduktionen af markedsadgangs-testen medførte nye problemstillinger, og efterfølgende retspraksis har ikke formået at løse alle problemstillingerne. Hvor Keck-doktrinen opsatte en begrænsning for art. 34 TEUF's anvendelsesområde, har markedsadgangs-testen givet Domstolen muligheden for at anse flere foranstaltninger som værende "foranstaltninger med tilsvarende virkning". I det følgende vil det blive vurderet, hvorvidt Domstolen gennem introduktionen af markedsadgangs-testen har bevæget sig tilbage til en bred forståelse af art. 34 TEUF.

## 5. Dassonville, Keck og Trailers

Domstolen har gennem utallige domme og særligt *Keck* og *Trailers* forsøgt at eliminere de uvisheder og uklarheder, som opstod i lyset af *Dassonville* og efterfølgende retspraksis. Trods dette findes der stadig problemstillinger, som står hen i det uvisse. Begrebet "foranstaltninger med tilsvarende virkning" skulle efter Dassonville-doktrinen forstås bredt. *Dassonville* byggede reelt på en vurdering af, hvorvidt markedsadgangen var hindret. *Keck* identificerede et område, hvor medlemsstaterne frit kunne opstille foranstaltninger og herved mindskede *Keck* art. 34 TEUF's anvendelsesområde. *Trailers* åbnede igen for en bred forståelse af "foranstaltninger med tilsvarende virkning".<sup>142</sup> Spørgsmålet er nu: Er vi tilbage til, hvor vi startede?

I det følgende vil der blive foretaget en vurdering af, hvorvidt Domstolen har bevæget sig tilbage til en bred forståelse af art. 34 TEUF. Herunder med særligt fokus på Keck-doktrinen og markedsadgangs-testens indbyrdes påvirkning af vurderingen af, hvornår der foreligger en "foranstaltning med tilsvarende virkning".

Domstolen har gennem retspraksis og særligt *Keck* og *Trailers* formået at fjerne mange uvisheder. På samme måde er nye problemstillinger opstået. Er forståelsen af "foranstaltninger med tilsvarende virkning" så bred, at alle foranstaltninger vil blive omfattet? Dette vil medføre, at medlemsstaterne i stedet for at fokusere på art. 34 TEUF i dag skal flytte fokus til at bevise, at foranstaltningerne forfølger et af de beskyttelsesværdige hensyn i art. 36 TEUF eller et af de beskyttelsesværdige hensyn fastlagt gennem Domstolens retspraksis efter *Cassis de Dijon*. Samtidig, hvad der sker med ikke-diskriminerende foranstaltninger, som omhandler salgsformer, men samtidig hindrer markedsadgangen?

De to problemstillinger har en nær sammenhæng og omhandler, hvilket sammenspil der kan antages at foreligge mellem de tre kategorier: diskriminerende foranstaltninger, foranstaltninger omhandlende produktkrav og foranstaltninger, som hindrer markedsadgangen. Reelt er problemstillingen hvor går grænsen for art. 34 TEUF. Dette var spørgsmålet efter *Dassonville*, og i dag efter utallige domme på området kan spørgsmålet stadig stilles.

I perioden før *Keck* var der ikke fokus på, hvorvidt foranstaltningen var diskriminerende eller ikke-diskriminerende. Dassonville-doktrinen fangede alle foranstaltninger, og netop denne ekstremt brede forståelse af "foranstaltninger med tilsvarende virkning" åbnede op for et område, hvor retspraksis blev afgørende. Domstolen var tvunget til at vurdere alle nationale foranstaltninger. Dette ændrede *Keck*.

*Keck* opstillede en test, som var simpel, klar og præcis. Testen er baseret på en to-leddet diskriminationstest. Kan foranstaltningen, som skal omhandle en salgsform, opfylde de to krav, vil foranstaltningen ikke blive anset som værende en "foranstaltning med tilsvarende virkning". Testens

---

<sup>142</sup> Barnard, "Trailing a New Approach to Free Movement of Goods".

klare og præcise ordlyd er gennem tiden blevet overset af mange. I stedet er der i litteraturen, blevet set kritisk på *Keck* og dommens på områder vage formulering. Trods dette kan det antages, at netop den faktor, at *Keck*-doktrinen er klar og præcis, er en af grundene til, at *Keck*-doktrinen stadig finder anvendelse i dag.<sup>143</sup> En sådan klar og præcis regel, som findes i *Keck*-doktrinen, er ikke blevet opstillet siden.

At *Keck*-doktrinen er klar og præcis, er ikke ensbetydende med, at grænsen for ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” skal afgøres af, hvorvidt foranstaltningen er diskriminerende eller ikke-diskriminerende. Et kriterie baseret på et krav om diskrimination er klart og præcist, og det vil skabe en klar grænse for, hvornår en foranstaltning er omfattet af art. 34 TEUF. På den anden side vil et sådant kriterie ikke medføre, at alle hindringer på samhandlen ville blive fjernet. En foranstaltning kan være en hindring på samhandlen, trods foranstaltningen er ikke-diskriminerende.<sup>144</sup>

Et kriterie om diskrimination er derimod en indikator for, hvornår en foranstaltning hindrer samhandlen. Er en foranstaltning diskriminerende, vil der altid foreligge en hindring af samhandlen. Dette er tydeligt fastlagt i retspraksis, og Domstolen gør det tydeligt i *Trailers*, at alle diskriminerende foranstaltninger skal anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>145</sup>

Markedsadgangs-testen er, i modsætning til *Keck*-doktrinen, ikke klar og præcis. Gormley har argumenteret for, at testen ikke tilføjer mere til forståelsen af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” end den traditionelle opfattelse i *Dassonville* og *Dassonville*-doktrinen. Det er uklart, hvornår markedsadgangen er hindret eller begrænset.<sup>146</sup> Er det kun foranstaltninger, som direkte medfører ekstraomkostninger for erhvervsdrivende i forbindelse med indtræden på markedet, eller omfattes alle foranstaltninger, som medfører ekstraomkostninger, uanset om dette er direkte eller indirekte.

Samtidig foreligger problemstillingen, hvordan markedsadgangs-testen skal vurderes i forhold til *Keck*-doktrinen. Problemet er, som diskuteret tidligere, særligt i forhold til ikke-diskriminerende foranstaltninger omhandlende salgsformer, som, trods de er ikke-diskriminerende, hindrer markedsadgangen. Udgangspunktet før *Trailers* var, at foranstaltningerne ville være undtaget fra art. 34 TEUF grundet *Keck*-doktrinen, da sådanne foranstaltninger, når *Keck*-doktrinen er opfyldt, ikke kan antages at hindre markedsadgangen.<sup>147</sup> Domstolen har ikke taget endeligt stilling til, hvordan markedsadgangs-testen skal vurderes i forhold til *Keck*-doktrinen eller de to første led af præmis 37 i *Trailers*.

Som udgangspunkt kan problemstillingen løses på to måder. Herefter vil foranstaltningerne, trods de er ikke-diskriminerende, blive omfattet af art. 34 TEUF. Enten skal markedsadgangs-testen anses som den dominerende test, og alle foranstaltninger vil derfor skulle underlægges markedsadgangs-testen. Den anden mulighed er at se markedsadgangs-testen som sin egen test, men samtidigt som en modifikation til *Keck*-doktrinen. Herefter skal den første betingelse af *Keck*-doktrinen fortolkes på

---

<sup>143</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 132-133.

<sup>144</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs – sag C-412/93, præmis 39.

<sup>145</sup> Prete, “Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck*”, s. 145.

<sup>146</sup> Barnard og Peers, *European Union law*, s. 378.

<sup>147</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 134-135.

en sådan måde, at den indebærer en efterprøvelse af markedsadgangen og ikke kun, hvorvidt foranstaltningen er diskriminerende.<sup>148</sup>

Det kan antages, at markedsadgangs-testen vil resultere i, at Domstolen vurderer alle nationale foranstaltninger som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Herved vil der ikke foreligge balance mellem Domstolens vurdering og medlemsstaternes mulighed for at opstille nationale foranstaltninger. Der skal foreligge balance mellem Domstolens vurdering og medlemsstaternes mulighed for at opstille foranstaltninger. Schütze har argumenteret for to løsninger, som kan sikre denne balance. Første løsning er gennem fastlæggelsen af et minimumskrav baseret på, hvorvidt påvirkningen af markedsadgangen er for uvis eller for indirekte. Den anden løsning er ved at flytte fokus fra art. 34 TEUF og i stedet fokusere på at bevise, at foranstaltningerne forfølger et af de beskyttelsesværdige hensyn i art. 36 TEUF eller et af de beskyttelsesværdige hensyn, fastlagt gennem Domstolens retspraksis efter *Cassis de Dijon*. Alle foranstaltninger vil blive fanget af art. 34 TEUF, og problemstillingen bliver i stedet, hvorvidt medlemsstaterne kan bevise, at foranstaltningerne forfølger et beskyttelsesværdigt hensyn. Schütze gør det samtidig klart, at Domstolens vurdering af art. 34 TEUF aldrig må foretages med et udelukkende eller dominerende økonomisk perspektiv.<sup>149</sup>

Et kriterie med udgangspunkt i markedsadgang opstiller, som det på nuværende tidspunkt er defineret, ikke en tydelig grænse for art. 34 TEUF. Fortolkes markedsadgangs-testen på en sådan måde, som Schütze argumenterer for, hvorefter den opstiller en klar ydre grænse for art. 34 TEUF, vil dette gå direkte imod nuværende eksisterende retspraksis, hvorefter et minimumskrav ikke anvendes i forbindelse med art. 34 TEUF.<sup>150</sup>

Hverken Keck-doktrinen eller markedsadgangs-testen har alene kunne besvare de spørgsmål, som opstod i lyset af *Dassonville*. På den ene side er Keck-doktrinen en klar og præcis regel. Udelukkende anvendelse af Keck-doktrinen vil medføre, at foranstaltninger, som reelt hindrer samhandlen, vil falde uden for art. 34 TEUF. På den anden side er markedsadgangs-testen en test som ikke kan anses som klar og præcis. Markedsadgangs-testen har den modsatte effekt af Keck-doktrinen og medfører, at foranstaltninger, som blot har en ubetydelig påvirkning på samhandlen, vil blive anset som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

Uden *Keck* ville Domstolen ikke have løst den stigende påberåbelse af art. 34 TEUF fra erhvervsdrivende, som forelå efter *Dassonville*. Selv de mindste og ubetydelige foranstaltninger blev påberåbt, trods foranstaltningerne ikke var rettet imod varer fra andre medlemsstater. *Keck* var begrundet i en nødvendighed for at stoppe dette, og problemstillingen blev løst gennem *Keck*.<sup>151</sup>

Uden *Trailers* ville Keck-doktrinen eventuelt have fået et større anvendelsesområde, og langt flere foranstaltninger ville ikke blive opfattet som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Markedsadgangs-testen er et sikkerhedsnet som sikrer, at reelt alle foranstaltninger, som hindrer samhandlen, vil blive omfattet af art. 34 TEUF.

---

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 181-183.

<sup>150</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 136-137.

<sup>151</sup> C-267-268/91 (*Keck*), præmis 14.

Både Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen er af væsentlig betydning i forbindelse med vurderingen af, hvornår der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Begge tests er nødvendige i forbindelse med vurderingen. Denne antagelse understøttes af det faktum, at Domstolen i dag anvender både Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen. Keck-doktrinen er en mulighed for medlemsstaterne til at opstille foranstaltninger, som ikke behøver forfølge et beskyttelsesværdigt hensyn. På den anden side er markedsadgangs-testen en mulighed for modparten til at argumenterer for, at der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. De to tests sikrer tilsammen begge sider af sagen og sikrer herved en vurdering, hvor alle forhold bliver belyst. Vurderingen i art. 34 TEUF skal derfor tage udgangspunkt i både Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen.

I perioden mellem *Dassonville* og *Keck* var problemstillingen, om der overhovedet kunne opstilles foranstaltninger, som ikke kunne anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.<sup>152</sup> For at klarlægge, at ikke alle foranstaltninger skulle anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, introducerede Domstolen Keck-doktrinen. Nu, efter *Trailers* og markedsadgangs-testen opstår spørgsmålet på ny. Hvor går grænsen for art. 34 TEUF – er der overhovedet nogle foranstaltninger, som ikke kan anses at hindre eller begrænse markedsadgangen?

Problemet er ikke, hvornår der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Domstolen har klart og tydeligt fastlagt dette gennem retspraksis. Det opsummeres i *Trailers* til tre situationer, hvorefter en foranstaltning vil være omfattet af art. 34 TEUF. En foranstaltning skal anses for værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, hvis den er: diskriminerende, omhandler et produktkrav eller hindrer markedsadgangen.<sup>153</sup> Efterfølgende retspraksis har vist, at Keck-doktrinen stadig prøves trods dens undladelse i selve præmis 37 i *Trailer*. At Keck-doktrinen stadig finder anvendelse resulterer dog ikke i, at der foreligger en klar grænse for art. 34 TEUF. Den retspraksis, som foreligger i dag, viser, at Domstolen enten finder, at Keck-doktrinen ikke er opfyldt, eller at der ikke foreligger en foranstaltning omhandlende en salgsform, hvorefter Keck-doktrinen ikke finder anvendelse. Som tidligere anført medfører Keck-doktrinen derfor ikke i dag, at foranstaltninger falder uden for art. 34 TEUF.<sup>154</sup>

Problemet er derimod, at der i dag foreligger en så bred forståelse af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, at der ikke kan tænkes at foreligge foranstaltninger, som ikke vil blive fanget af art. 34 TEUF.

White har udtalt sig om samme problem i perioden efter *Dassonville*. Når spørgsmålet er hvorvidt der overhovedet kan opstilles foranstaltninger, som ikke kan anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, bliver Domstolen på et tidspunkt tvunget til at tage stilling til problemet.<sup>155</sup>

Først kom *Dassonville* og *Dassonville*-doktrinen hvor definition af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” reelt var baseret på en vurdering af, hvorvidt markedsadgang var hindret. Herefter kom *Keck* og Keck-doktrinen, hvorefter fokus blev flyttet til et krav om diskrimination. Nu gennem *Trailers* og markedsadgangs-testen er fokus igen flyttet til en vurdering af, hvorvidt markedsadgangen er hindret. Alle domme har været og er nødvendige for at fastlægge hvornår der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Samtidigt har Keck-doktrinen tilsammen

---

<sup>152</sup> White, “In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”, s. 235-238.

<sup>153</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 132-133.

<sup>154</sup> Spaventa, “Leaving Keck Behind?”, s. 922.

<sup>155</sup> White, “In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”, s. 235-238.



med markedsadgangs-testen medført at definitionen af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” er så bred, at den reelt omfatter alle foranstaltninger. Domstolen har herved bevæget sig tilbage i en tilsvarende situation som efter *Dassonville*.<sup>156</sup> Herved er samme problemstilling opstået: Hvor går grænsen for art. 34 TEUF?

## 6. Konklusion

Gennem *Dassonville*, *Keck* og *Trailers* har Domstolen forsøgt at definere, hvornår der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.

Gennem *Dassonville* og *Dassonville*-doktrinen fastlagde Domstolen, at en foranstaltning var en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, når den direkte og indirekte, aktuelt og potentielt hindrer samhandlen mellem medlemsstaterne. Det kan argumenteres, at *Dassonville*-doktrinen reelt byggede på, hvorvidt adgangen til markedet blev påvirket af de nationale foranstaltninger.

Med udelukkende udgangspunkt i *Dassonville*-doktrinen ville det være svært at forestille sig foranstaltninger, som ikke ville være ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Domstolen revurderede derfor sin egen retspraksis i *Keck*. *Keck* og *Keck*-doktrinen resulterede i, at foranstaltninger som omhandler salgsformer, ikke skal anses som værende ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”, hvis de opfylder den to-leddet diskriminationstest.

*Keck* gav en klar og præcis grænse for, hvornår en foranstaltning kunne anses som værende omfattet af art. 34 TEUF. Trods dette forelå der kritik af *Keck* og dommens på områder vage formulering. Særligt har generaladvokat Jacobs haft en kritisk opfattelse af *Keck* og har fra begyndelsen været fortaler for en test baseret alene på kriteriet markedsadgang.

I 2009 tog Domstolen kritikken til følge og fremsatte gennem *Trailers* tre kategorier, hvorefter foranstaltninger ville være ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Herefter er alle foranstaltninger, som er diskriminerende, omhandler produktkrav eller hindrer markedsadgangen ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Det er svært at forstille sig foranstaltninger, som ikke direkte eller indirekte vil begrænse eller hindre markedsadgangen. Gennem den brede formulering af markedsadgangs-testen har Domstolen bevæget sig tilbage til udgangspunktet og igen opstillet en bred definition af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

Det må konkluderes at trods Domstolen gennem tiden har opstillet forskellige tests og doktriner er der stadig usikkerhed i forbindelse med vurderingen af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Ikke i forhold til, hvornår en foranstaltning er en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, men i forhold til, hvornår en foranstaltning ikke er en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”.<sup>157</sup> Domstolen er herved tilbage til udgangspunktet og en bred definition af ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”.

Det kan være svært at forestille sig en test, som både er klar og præcis, opstiller en ydre grænse for hvornår en foranstaltning er en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”, samt tager højde for foranstaltninger, som grundet deres ubetydelige påvirkning på samhandlen burde falde udenfor art. 34 TEUF.

---

<sup>156</sup> Barnard, *The substantive law of the EU*, s. 77.

<sup>157</sup> Oliver m.fl., *Oliver on free movement of goods in the European Union*, s. 132-133.

På den anden side er det ikke sikkert, en ny test er nødvendig. En løsning kan findes i en reformulering af henholdsvis Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen. Det er nødvendigt at fastlægge, hvordan Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen skal vurderes overfor hinanden. En løsning kan findes ved anvendelsen af en enhedstilgang. Først skal det vurderes, om foranstaltningen er diskriminerende. Kan dette besvares bekræftende vil foranstaltningen allerede heraf blive anset som værende en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. Er foranstaltningen derimod ikke-diskriminerende, vurderes det, om foranstaltningen omhandler et produktkrav. Er foranstaltningen hverken diskriminerende, eller omhandler et produktkrav, skal foranstaltningens eventuelle påvirkning af markedsadgangen prøves.<sup>158</sup> Samtidig skal der opstilles en tydeligere grænse for, hvornår påvirkningen af markedsadgangen er så ubetydelig, at den ikke er en hindring eller begrænsning for samhandlen.

Der kan argumenteres for og imod en ny test i forbindelse med art. 34 TEUF, men trods Domstolen siden *Dassonville* har opstillet nye tests, er Domstolen igen tilbage ved udgangspunktet. Løsningen findes derfor formentligt ikke i endnu en test. At opstille en ny test vil eventuelt begrænse omfanget af art. 34 TEUF, men det kan ikke antages at løse problemerne.

Det kan konkluderes, at fokus i dag ikke udelukkende skal være i forhold til vurderingen af art. 34 TEUF. Fokus bliver i stedet vurderingen af, hvorvidt foranstaltningen forfølger et af de beskyttelsesværdige hensyn i art. 36 TEUF eller et af de beskyttelsesværdige hensyn fastlagt gennem Domstolens retspraksis efter *Cassis de Dijon*.

Konkluderende kan det udledes, at art. 34 TEUF i dag kan antages at omfatte næsten alle foranstaltninger grundet *Dassonville*-doktrinen, Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen. Alle tests og doktriner er nødvendige i forbindelse med vurderingen af art. 34 TEUF. *Dassonville*-doktrinen er den overordnede definition og tilsammen med Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen giver de en fuld forståelse af begrebet ”foranstaltninger med tilsvarende virkning”. Keck-doktrinen er medlemsstaternes mulighed for at opstille foranstaltninger, som ikke skal forfølge et beskyttelsesværdig formål. Markedsadgangs-testen er et sikkerhedsnet, som sikrer, at alle foranstaltninger der hindrer markedsadgangen vil blive omfattet af art. 34 TEUF. Art. 34 TEUF er udgangspunktet i alle domme. Alle dommene begynder med en vurdering i forhold til art. 34 TEUF og særlig hvorvidt der foreligger en ”foranstaltning med tilsvarende virkning”. *Dassonville*-doktrinen, Keck-doktrinen og markedsadgangs-testen er alle afgørende. Alle skal inddrages før det kan konkluderes, hvorvidt foranstaltningen er en ”foranstaltning med tilsvarende virkning” og omfattet af art. 34 TEUF.

## 7. Bibliografi

### 7.1 Litteratur

Barnard, Catherine: *The substantive law of the EU: the four freedoms*. 6. udg. Oxford University Press, 2019.

Barnard, Catherine, og Steve Peers, red.: *European Union law*. 3. udg. Oxford University Press, 2020.

---

<sup>158</sup> Schütze, *From international to federal market*, s. 181-183.

Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020.

Craig, Paul, og Gráinne de Búrca: *EU law: text, cases, and materials*. 7. udg. Oxford University Press, 2020.

Edward, David: "What Was *Keck* Really About?" I *The Internal Market and the Future of European Integration*, redigeret af Fabian Amtenbrink, Gareth Davies, Dimitry Kochenov, og Justin Lindeboom, 1. udg., Cambridge University Press, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108565417.012>.

Engsig Sørensen, Karsten, og Jens Hartig Danielsen: *EU-Retten*. 7. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019.

Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*. 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019.

Gormley, Laurence W.: *EU law of free movement of goods and customs union*. Oxford University Press, 2009.

Oliver, Peter J, Stefan Enchelmaier, Jarvis Malcolm, Angus Johnston, Sven Norberg, Christopher Stothers, og Stephen Weatherill: *Oliver on free movement of goods in the European Union*. 5. udg. Hart Publishing, 2010.

Schütze, Robert: *European Union law*. 2. udg. Cambridge University Press, 2018.

Schütze, Robert: *From international to federal market: the changing structure of European law*. 1. udg. Oxford University Press, 2017.

Spaventa, Eleanor: "Drinking Away Our Sorrows?: Regulatory Conundrums after Scotch Whisky". I *The Internal Market and the Future of European Integration*, redigeret af Fabian Amtenbrink, Gareth Davies, Dimitry Kochenov, og Justin Lindeboom, 1. udg., Cambridge University Press, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108565417.014>.

Spaventa, Eleanor: "The Outer Limit of the Treaty Free Movement Provisions: Some Reflections on the Significance of *Keck*, Remoteness and *Deliége*". I *The outer limits of European Union law*, redigeret af Catherine Barnard og Okeoghene Odudu, Hart Publishing, 2009.

## 7.2 Artikler

Barnard, Catherine: "Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?". *The Cambridge Law Journal* 68, nr. 3, 2009, s. 575–606. <https://doi.org/10.1017/S0008197309990158>.

Barnard, Catherine: "Trailing a New Approach to Free Movement of Goods". *The Cambridge Law Journal* 68, nr. 2, 2009, s. 288–90. <https://doi.org/10.1017/S000819730900066X>.

Gormley, Laurence: "Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in *Keck & Mithouard*". *European business law review* 5, nr. 3, 1994, s. 63–67.

Horsley, Thomas: “Case C-110/05, Commission v. Italy, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009; Case C-142/05, Åklagaren v. Percy Mickelsson and Joakim Roos: “Anyone for Keck?”. *Common Market Law Review* 46, 2009, s. 2001–19.

Prete, Luca: “Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over Keck”. *Legal Issues of Economic Integration* 35, nr. 2, 2008, s. 133–55.

Snell, Jukka: “The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?”. *Common Market Law Review* 47, 2010, s. 437–72.

Spaventa, Eleanor: “Leaving Keck behind? The Free Movement of Goods after the Rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos”. *European Law Review* 35, nr. 6, 2009, s. 914–32.

Weatherill, Stephen: “After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification”. *Common Market Law Review* 33, 1996, s. 887–908.

White, Eric L: “In Search Of The Limits To Article 30 Of The EEC Treaty”. *Common market law review* 26, 1989, s. 235–80.

### **7.3 Domme fra Domstolen**

Sag C-8/74, Dassonville [1974].

Sag C-120/78, Cassis de Dijon [1979].

De forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck [1993].

Sag C-412/93, Leclerc-Siplec [1995].

Sag C-110/05, Kommissionen mod Italien (Trailers) [2009].

Sag C-142/05, Mickelsson [2009].

Sag C-456/10, ANETT [2012].

Sag C-198/14, Visnapuu [2015].

Sag C-400/19, Kommissionen mod Ungarn [2021].

### **7.4 Generaladvokat forslag til afgørelse**

Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. G. Jacobs – sag C-412/93.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Hogan – sag C-400/19.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott – sag C-142/05.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Philippe Léger – sag C-110/05.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Walter Van Gerven – forenede sager C-267/91 og C-268/91.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot – sag C-110/05.

### **7.5 Traktater**

TEUF – Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.