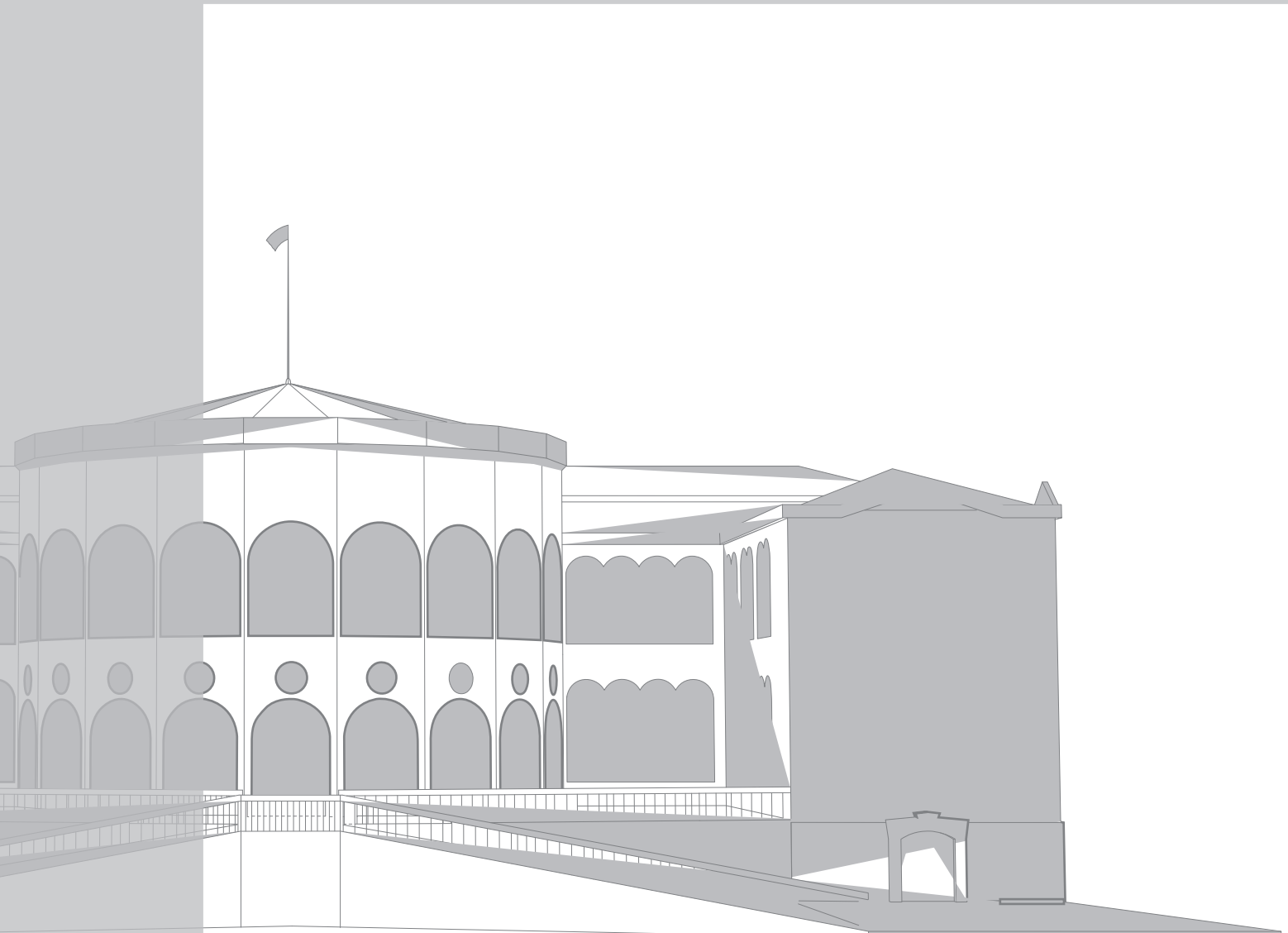


Perspektiv 01/10

Norske bruksreguleringer og EØS-retten
Hindrer EØS-avtalen det norske forbudet mot bruk av vannscooter?

Av Camilla Varhaug Søberg



Stortingets utredningsseksjon yter faglig bistand til representanter, partigrupper og komiteer i Stortinget basert på spørsmål fra den enkelte oppdragsgiver.

Seksjonen publiserer også egeninitierte notater som gjøres allment tilgjengelig. Enkelte av notatene er utarbeidet av eksterne fagpersoner og forskningsmiljøer på oppdrag fra Stortingets utredningsseksjon.

Tidligere utgitt:

- 01/05 Ny britisk lov skal beskytte barn mot overgripere de møter på Internett*
- 01/06 De nordiske medlemslandenes parlamenter og EU – om innvirkning på sine regjeringers EU-politikk*
- 02/06 En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området*
- 03/06 Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester*
- 01/07 Pasientmobilitet i EØS*
- 02/07 Hva er Prüm-samarbeidet – og hvordan skiller det seg fra dagens operative politisamarbeid i Europa?*
- 03/07 Flat skatt - Estland*
- 04/07 Delelinjen i Barentshavet – Planlagt samarbeid versus uforutsett konflikt?*
- 01/08 Forbud mot kjøp av sex – Erfaringer fra Sverige og Finland*
- 02/08 Barnevern og EØS*
- 03/08 Energipolitikk og klima – plukke vinnere eller sette avgifter?*
- 04/08 Om lobbying*
- 05/08 Svalbard-traktaten – ulike oppfatninger om traktatens anvendelsesområde*
- 06/08 Nasjonale parlamentskontroll med europapolitikken*
- 07/08 Golden shares-dommene og deres innvirkning på Norge gjennom EØS-avtalen*
- 01/09 Høyesterett, internasjonale domstoler og Maktutredningen*
- 02/09 Eurojust – EUs påtalesamarbeid og norsk deltakelse*

<http://www.stortinget.no/Stortingets-utredningsseksjon/Perspektiv>

Perspektivet er basert på studentavhandlingen ” Bruksreguleringer som importrestriksjon: En studie av EU-domstolens avgjørelser i sak C-110/05 Mopedssaken og sak C-142/05 Vannscotersaken.” Avhandlingen ble levert som masteroppgave ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo i januar 2010. Faglig sett har jeg vært tilknyttet Senter for europarett.

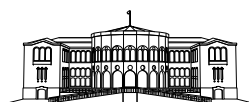
Problemstillingen i notatet er om nasjonale bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon etter EØS-avtalen. Spørsmålet kom på spissen i to avgjørelser i EU-domstolen i 2009, sak C-110/05 Mopedssaken og sak C-142/05 Vannscotersaken (også omtalt som Mickelsson & Roos). Det er disse avgjørelsene og debatten i forkant som er utgangspunktet for notatet. Temaet er også aktuelt i norsk sammenheng. Spørsmålet om de norske vannscooterreguleringene utgjør en importrestriksjon, har vært reist for norske domstoler. ESA har også innledet sak mot Norge når det gjelder disse reguleringene.

Notatet vil gjøre rede for forbudet mot importrestriksjoner i EØS-avtalen, og hvordan EU-domstolen behandlet spørsmålet om bruksreguleringer i de nevnte sakene. Som notatet vil vise, er det ulike syn på hvordan avgjørelsene er å forstå. Det vil igjen ha betydning for om nasjonale bruksreguleringer er å anse som en importrestriksjon, som myndighetene må begrunne for at reguleringen skal kunne opprettholdes.

Oppgaven er skrevet mens jeg var ansatt som studentstipendiat ved Stortingets utredningsseksjon. Jeg ønsker å takke for et fantastisk år i seksjonen. Året var faglig lærerikt – sosialt minnerikt!

Oslo, mai 2010

Camilla Varhaug Sjøberg



Sammendrag

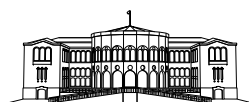
Gjennom EØS-avtalen er Norge tilknyttet det indre markedet i EU. Det innebærer bl.a. at norske myndigheter er bundet av reglene om fri flyt av varer i EØS-avtalen artikkel 11. EØS-avtalen artikkel 11 forbyr kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning. Det innebærer at norske myndigheter ikke kan vedta reguleringer eller andre tiltak som har tilsvarende virkninger som en kvantitativ importrestriksjon, med mindre disse kan begrunnes i et legitimt hensyn og er proporsjonale. I 2009 tok EU-domstolen stilling til i hvilken grad reguleringer av bruken av et produkt utgjør en importrestriksjon, dvs. reguleringer av hvor, hvordan, når og av hvem et produkt kan brukes.

I *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* uttalte EU-domstolen at ikke-diskriminerende bruksreguleringer er importrestriksjoner i den grad de hindrer produktets markedsadgang. Hva som ligger i begrepet "hindrer markedsadgang", er uklart. EU-domstolen ga i *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* ikke klart uttrykk for hva de legger i begrepet. Begrepet kan forstås snevert, slik at kun restriktive bruksreguleringer utgjør importrestriksjoner, eller begrepet kan forstås videre, slik at et større antall bruksreguleringer må begrunnes for å kunne opprettholdes. Det er derfor ikke gitt at det blir enkelt å anvende vurderingstemaet i praksis. Etter mitt syn er det på nåværende tidspunkt mest naturlig å forstå begrepet "hindring av markedsadgangen" som tiltak som formelt eller reelt utelukker import av produkter fra andre medlemsland, slik at bruksforbud og bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud, utgjør importrestriksjoner.

Vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon, beror på om reguleringen er et bruksforbud eller et tilnærmet bruksforbud av produktet. Er det ikke reelle muligheter for å bruke produktet, vil det ikke være noen etterspørsel, som igjen vil utelukke import av produktet fra andre medlemsland. Avgjørende er hvilken reell bruk av produktet reguleringen medfører, ikke den formelle. Bruksreguleringens betydning for import fra andre medlemsland er utgangspunktet for vurderingen. Det er derfor ikke avgjørende hvilke ulemper bruksreguleringen medfører for brukeren av produktet.

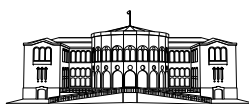
Den geografiske konteksten for vurderingen er også av betydning for i hvilken grad bruksreguleringer vil utgjøre importrestriksjoner. Konteksten for vurderingen av bruksreguleringer kan ikke være nasjonal. Det ville innebære at bruksforbud i større områder ikke nødvendigvis utgjorde en importrestriksjon. Konteksten må heller ikke være for liten, slik at det ikke er noe rom for nasjonale myndigheters reguleringskompetanse. Den geografiske konteksten for vurderingen må nærmere fastsettes ut fra hensynene til markedsaktørene og nasjonale myndigheters reguleringskompetanse.

Etter min mening må *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* forstås slik at bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner. Slike reguleringer må derfor være begrunnet i et legitimt hensyn og være proporsjonale for å kunne opprettholdes. Utover slike restriktive bruksreguleringer kan norske myndigheter regulere bruken av produkter fra medlemsstatene i EØS-avtalen, uten å måtte ta hensyn til EØS-forpliktelsene.



INNHold

1.	INNLEDNING	4
2.	FORBUDET MOT IMPORTRESTRIKSJONER OG UNNTAKSADGANGEN	5
2.1	Innledning	5
2.2	Etablering av et indre marked	5
2.3	Reglens anvendelsesområde	5
2.4	Hvem er forpliktet etter reglene, og for hvilke handlinger?	6
2.5	Forbudet mot importrestriksjoner	6
2.6	Unntaksadgangen	8
3.	BRUKSREGULERINGER – TYPE NASJONAL REGULERING	10
4.	AVGJØRELSENE OM BRUKSREGULERINGER	11
4.1	C-110/ 05 Moped-saken	11
4.2	C-142/05 Vannscotersaken	13
5.	BRUKSFORBUD – ALLTID IMPORTRESTRIKSJON	14
5.1	Innledning	14
5.2	Bruksforbud	14
6.	NÅR ER EN BRUKSBEGRENSNING EN IMPORTRESTRIKSJON?	16
6.1	Innledning	16
6.2	Tolkningsalternativ 1: Kun tilnærmede bruksforbud hindrer produktets markedsadgang	17
6.3	Tolkningsalternativ 2: Bruksreguleringer som medfører en betydelig ulempe for import av utenlandske produkter	20
6.4	Vurdering og konklusjon	22
7.	VURDERING AV OM BRUKSREGULERINGER UTGJØR EN IMPORTRESTRIKSJON	23
7.1	Tilnærmet bruksforbud – hva da?	23
7.1.1	Markedsaktørens synsvinkel	24
7.1.2	Tilnærmet bruksforbud	24
7.2	Geografisk kontekst	26
7.3	Lokale bruksforbud	27
8.	AVGJØRELSENE BETYDNING FOR GJELDENDE RETT VEDRØRENDE ARTIKKEL 11 I EØS-AVTALEN	28
	KILDER	30



1. INNLEDNING

Temaet for notatet er EØS-avtalens forbud mot importrestriksjoner, og spesielt hvorvidt bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11.¹ Med bruksreguleringer forstås reguleringer som *forbyr* bruken av et produkt, eller som nærmere *begrenser* hvor, hvordan, når eller av hvem et produkt kan brukes. Artikkel 11 forbyr kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning.² Kvantitative importrestriksjoner vil si importkvoter eller importforbud.³ Problemstillingen er dermed om bruksreguleringer utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. I to saker avgjort av EU-domstolen i 2009, *Mopedssaken* og *Vannscootersaken*, kom spørsmålet på spissen.⁴ Disse avgjørelsene, og debatten i forkant, utgjør utgangspunktet for dette notatet.

Reglene om fri bevegelse av varer er en av hjørnesteinene i etableringen av det indre markedet i EU og EØS. Etableringen av et slikt marked forutsetter at hindringer for fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital fjernes. Kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning er derfor forbudt.⁵ Det er ”tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon” som i dag er utfordringen for samhandelen. Hva som nærmere ligger i begrepet, har vært atskillig diskutert. Debatten er om begrepet kun gir uttrykk for en diskrimineringstest, eller om det er et restriksjonsbegrep uavhengig av diskriminering, dvs. at ikke-diskriminerende nasjonale tiltak kan utgjøre en importrestriksjon, eksempelvis et forbud mot bruk av raketter. Diskusjonen gjelder også hvor vidt et slikt restriksjonsbegrep eventuelt skal være.

Rekkevidden av artikkel 11 ble igjen et tema da EU-domstolen ble forelagt spørsmålet om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon i *Mopedssaken* og *Vannscootersaken*.⁶ Spørsmålet ble ansett å ha prinsipiell betydning, og *Mopedssaken* ble besluttet avgjort av EU-domstolen i storkammer. Domstolen brukte fire år på behandlingen av disse avgjørelsene. Tidsbruken gjør det nærliggende å anta at spørsmålet om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon, herunder rekkevidden av artikkel 11, har vært gjenstand for atskillig diskusjon.

I *Mopedavgjørelsen* og *Vannscooteravgjørelsen* uttalte EU-domstolen at importrestriksjoner er tiltak som behandler varer fra andre medlemsstater mindre fordelaktig, produktkrav og alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen til produkter fra andre medlemsstater. Ikke-diskriminerende bruksreguleringer er dermed importrestriksjoner i den utstrekning de hindrer

¹ EØS-avtalen er tilsvarende tidligere EF-traktat artikkel 28 og gjeldende artikkel 34 i Traktaten om funksjonen av Den europeiske union (TFEU). Bruksreguleringer skal altså behandles likt i EU og EØS. Ved fastleggingen av innholdet i artikkel 11 skal praksis fra EU-domstolen tas i betraktning, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3. TFEU artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11 har imidlertid ikke fullstendig sammenfallende anvendelsesområde. Det er nærmere redegjort for denne forskjellen i kapittel 2.3.

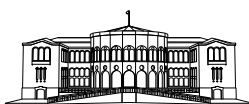
² For enkelthets skyld vil jeg benytte begrepet ”importrestriksjon”.

³ Sak 2/73 *Geddo* premiss 7.

⁴ Sak C-110/05 og sak C-142/05, heretter benevnt henholdsvis *Mopedssaken* og *Vannscootersaken*. *Mopedssaken* og *Vannscootersaken* gjaldt TFEU artikkel 34. I dette notatet vil jeg imidlertid vise til EØS-avtalen artikkel 11.

⁵ TFEU artikkel 34 og 35.

⁶ Spørsmålet om begrensninger for bruk av vannscooter har også vært oppe for norske domstoler, se kapittel 2.3. Allerede i januar 2003 rettet ESA forespørsel til Norge om de norske vannscooterreglene. Etter avgjørelsen i *Vannscootersaken* har også ESA sendt Norge et supplerende åpningsbrev, mottatt av Miljøverndepartementet 15. juli 2009. ESA hevder her at de norske vannscooterreglene er i strid med EØS-avtalen artikkel 11. Miljøverndepartementet tilbakeviser denne påstanden i sitt brev til ESA av 15. oktober 2009.



produktets markedsadgang. Hva begrepet ”hindring av markedsadgangen” innebærer, er usikkert. Som jeg vil vise, er det mest naturlig å forstå begrepet slik at bruksreguleringer som enten er bruksforbud eller bruksbegrensninger, som i praksis er tilnærmet et bruksforbud, er å anse som en importrestriksjon. En slik forståelse vil gi restriksjonsbegrepet i *Mopedssaken og Vannscootersaken* klarere grenser og opprettholde en rimelig balanse mellom EU og nasjonale myndigheter. Jeg vil i tillegg knytte noen bemerkninger til selve vurderingen av om en bruksregulering utgjør en importrestriksjon.

Forståelsen av begrepet ”hindring av markedsadgangen” vil også være av betydning for om *Mopedssaken og Vannscootersaken* endrer gjeldende rett. Jeg vil avslutningsvis kort behandle denne problemstillingen.

2. FORBUDET MOT IMPORTRESTRIKSJONER OG UNNTAKSADGANGEN

2.1 Innledning

EØS-avtalens regler om importrestriksjoner er todelt. Først er spørsmålet om det nasjonale tiltaket utgjør en importrestriksjon. Hvis det nasjonale tiltaket er en importrestriksjon, er neste spørsmål om tiltaket er legitimt begrunnet og proporsjonalt. I det følgende vil det bli redegjort for disse to delene av reglene om importrestriksjoner. Først vil jeg kort gjøre rede for formålet med etableringen av et indre marked, forskjellen i anvendelsesområdet mellom TFEU artikkel 34 (tidligere EF-traktat artikkel 28) og EØS-avtalen artikkel 11 og hvem som er forpliktet etter forbudet mot importrestriksjoner.

2.2 Etablering av et indre marked

Formålet med EØS-avtalen er å opprette et ”ensartet Europeisk Samarbeidsområde.”⁷ Tankegangen er at et enhetlig marked skaper effektiv ressursbruk, som igjen resulterer i økt økonomisk velstand.⁸ For å skape et indre marked må hindringer statene imellom fjernes. Det kan for det første skje gjennom positiv integrasjon, dvs. harmonisering av medlemslandenes lovgivning. For det andre kan det oppnås gjennom negativ integrasjon, som innebærer forbud mot regler som hindrer økonomisk integrasjon. Artikkel 11, som forbyr kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, er et eksempel på negativ integrasjon.⁹

2.3 Reglens anvendelsesområde

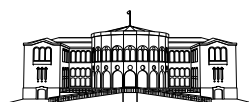
Det er en viss forskjell på anvendelsesområdet til TFEU og EØS-avtalen.¹⁰ EU er en tollunion. Det innebærer at EU har felles tollsatser for varer som importeres fra land utenfor EU, og felles handelspolitikk overfor disse landene. EØS-samarbeidet utgjør ikke en slik tollunion, men regulerer kun handelen mellom medlemsstatene. Det har betydning bl.a. for i hvilken situasjon reglene om fritt varebytte skal gjelde – og dermed i hvilken utstrekning norsk lovgivning må forholde seg til EØS-retten.

⁷ EØS-avtalen artikkel 1.

⁸ *Sejersted i EØS-rett (2004)* side 58.

⁹ Reglene om det frie varebytte får ikke bare anvendelse for nasjonale tiltak, men også for tiltak som EU iverksetter, jf. de forente sakene C-427/93, C-429/93 og 436/93 *Bristol-Myers* premiss 36.

¹⁰ Uforedlede fiskeri- og landbruksprodukter faller utenfor de alminnelige regler om fri bevegelse, jf. EØS-avtalen 8 nr. 3.



Det følger av TFEU artikkel 28 at reglene for det frie varebytte ikke bare gjelder for varer fra medlemslandene, men også for varer fra tredjeland som er satt i fri sirkulasjon i medlemslandene. En tredjelandsvare er satt i fri omsetning i et medlemsland når produktet er formelt importert til og tollklarert i et medlemsland.¹¹

EØS-avtalens regler om fritt varebytte har et snevrere anvendelsesområde. Utgangspunktet er at hovedprinsippene i EØS-avtalen artikkel 10-15 bare får anvendelse for varer med opprinnelse i et EØS-land.¹² Hvorvidt en vare har ”opprinnelse” i et EØS-land, er regulert i EØS-avtalen protokoll 4. Det faller utenfor denne fremstillingen å omtale de omfattende og komplekse opprinnelsesreglene. Her er det tilstrekkelig å konstatere at dersom en vare ikke har opprinnelse i et EØS-land, kan bruksreguleringer av produktet ikke angripes på bakgrunn av reglene om fritt varebytte.

Opprinnelsesreglene var avgjørende i Rt. 2004 side 834, hvor to menn var tiltalt for overtredelse av småbåtloven. Saken for Høyesterett gjaldt forholdet mellom forbudet mot bruk av vannscooter i småbåtloven og EØS-avtalen artikkel 11. Høyesterett kom til at artikkel 11 ikke kom til anvendelse, siden vannscooterne de tiltalte hadde benyttet, var produsert utenfor EØS-området.

2.4 Hvem er forpliktet etter reglene, og for hvilke handlinger?

Medlemsstatene er pliktsubjekter etter EØS-avtalen artikkel 11. Lokale og regionale offentlige myndigheter, som kommune og fylkeskommune, utgjør også pliktsubjekter. Hvilket myndighetsnivå som har utferdiget bruksreguleringen, er uten betydning for spørsmålet om tiltaket utgjør en importrestriksjon. I tillegg til lovgivende og utøvende myndigheter er også domstoler og domstolslignende forvaltningsorganer pliktsubjekter etter EØS-avtalen artikkel 11.¹³

”Tiltak” etter EØS-avtalen artikkel 11 omfatter ikke bare lovgivning, vedtak og andre bindende beslutninger. Også mer uforpliktende handlinger som kan ha betydning for den frie bevegelsen av varer mellom medlemsstatene, utgjør ”tiltak” etter bestemmelsen.¹⁴ I tillegg kan unnlatelse av å gripe inn mot private handlinger som rammer import av varer, omfattes av forbudet. Det vil for eksempel gjelde inngripen mot demonstrasjoner og aksjoner.

2.5 Forbudet mot importrestriksjoner

EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

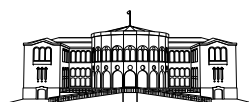
Kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning er forbudt.

¹¹ TFEU artikkel 28.

¹² EØS-avtalen artikkel 8 nr. 2. Denne hovedregelen gjelder med mindre annet er særskilt angitt. EØS-avtalen er likevel ikke uten betydning for handelen med tredjeland. Det er i hovedsak reglene om fri bevegelse for varer som gjør unntak for tredjelandsvarer. For eksempel gjelder konkurransereglene uavhengig av varens opprinnelse, jf. Rognstad i *EØS-rett (2004)* side 254 og 284.

¹³ Sak C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa* premiss 8 og Rognstad i *EØS-rett (2004)* side 297.

¹⁴ Rognstad i *EØS-rett (2004)* side 297.



Kvantitative importrestriksjoner vil si importkvoter eller importforbud.¹⁵ Spørsmålet om hva som utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, er imidlertid omdiskutert. Vurderingstemaene for artikkel 11 har variert over tid. Å gi en samlet fremstilling av utviklingen vil sprengje rammene for dette notatet.

Den grunnleggende avgjørelsen på området for fri flyt av varer er *Dassonville* fra 1974. Den såkalte *Dassonville*-formelen forbyr tiltak¹⁶ som ”direkte eller indirekte, potensielt eller aktuelt” hindrer samhandelen i fellesskapet.¹⁷ *Dassonville*-formelen ble tradisjonelt forstått slik at den kan omfatte nesten enhver nasjonal regulering.¹⁸ Formelen skapte dermed et spenningsforhold mellom EUs indre marked og nasjonale myndigheters reguleringskompetanse. Dette kom særlig på spissen etter at EU-domstolen anså søndagsstengte butikker som en importrestriksjon.¹⁹ *Dassonville*-formelen er EU-domstolens utgangspunkt ved vurderinger av om et tiltak utgjør en importrestriksjon. *Dassonville* gjenspeiler imidlertid ikke det materielle innholdet av EØS-avtalen artikkel 11. EU-domstolen har presisert *Dassonville*-formelen og innholdet i EØS-avtalen i to retninger.²⁰

For det første har domstolen funnet at tiltak som har en ”for usikker og indirekte” virkning på samhandelen, ikke er å anse som en importrestriksjon (adekvansprinsippet). Adekvansprinsippet er for det første anvendt i tilfeller hvor det ikke er årsakssammenheng mellom regelen og den påståtte hindringen. Det var tilfellet i *Motorradcenter*, som gjaldt selgers opplysningsplikt i kontraktsforhold, nærmere bestemt opplysninger om at autoriserte verksteder mest sannsynlig ville nekte å foreta reparasjon på parallellimporterte motorsykler. EU-domstolen påpekte at det ikke var opplysningsplikten i seg selv som ville føre til handelshindringen, men det faktum at autoriserte verksteder ville nekte å foreta service på motorsyklene. Det var ingen årsakssammenheng mellom opplysningsplikten og den påståtte handelshindringen.²¹ Adekvansprinsippet er for det andre anvendt i tilfeller hvor det er årsakssammenheng mellom regelen og den påståtte hindringen, men hvor den restriktive virkningen reguleringen har på samhandelen, er for usikker og indirekte til at regelen utgjør en importrestriksjon.²²

For det andre presiserte EU-domstolen anvendelsesområdet for artikkel 11 gjennom *Keck*.²³ Bakgrunnen for avgjørelsen var dels en økende tendens til at artikkel 11 ble anført for EU-

¹⁵ Ifølge EU-domstolen er kvantitative importrestriksjoner tiltak som totalt eller delvis begrenser importen, jf. *Geddo* premiss 7. EU-domstolen har forstått varebegrepet vidt. Objekter som transporteres over en grense som del av en kommersiell transaksjon, er omfattet av varereglene, uavhengig av transaksjonens art, jf. sak 2/90 *Walloon Waste* premiss 26.

¹⁶ *Dassonville* benyttet EU-domstolen begrepet ”handelsregler” og ikke ”tiltak”. Det har ikke vært noen konsekvent bruk av begrepet ”handelsregler” ved henvisning til avgjørelsen. *Dassonville*-formelen begrenser seg derfor ikke til ”handelsregler”.

¹⁷ *Dassonville* premiss 5. Sak 120/78 *Cassis de Dijon* bekreftet at artikkel 11 får anvendelse på ikke-diskriminerende reguleringer.

¹⁸ *Barnard* (2007) side 92, *Oliver* (2003) side 102 og *Prete* (2008) side 143.

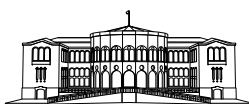
¹⁹ Sak C-169/91 *Stoke-on-Trent*.

²⁰ Det har også vært enkelte andre tilfeller hvor EU-domstolen har forsøkt å begrense rekkevidden av *Dassonville*-formelen, se f.eks. sak 155/80 *Oebel* og sak 75/81 *Blesgen*.

²¹ Sak C-93/92 *Motorradcenter* premiss 11 og 12. Se også C-69/88 *Krantz* og C-412/97 *ED*.

²² Det gjaldt reglene i C-379/92 *Peralta*, C-96/94 *Centro Servizi*, C-134/94 *Esso*, C-140-141-142/94 *DIP*, C-266/96 *Corsica Ferries* og sak C-44/98 *BASF*.

²³ Sak C-267- og 268/91.



domstolen i saker om nasjonale salgsreguleringer, dels kritikken mot domstolens resultat i sakene vedrørende søndagsstengte butikker. I *Keck* fremholdt EU-domstolen at nasjonale reguleringer som begrenser eller forbyr visse former for salg, ikke er å anse som en importrestriksjon etter *Dassonville*-formelen dersom reguleringen får anvendelse for alle ervervsdrivende og reguleringen virker likt, rettslig og faktisk, på omsetningen av utenlandske og innenlandske varer.²⁴ Salgsreguleringer som tilfredsstiller disse vilkårene, utgjør ikke importrestriksjoner selv om de potensielt kan medføre salgsreduksjon.²⁵ *Keck*-doktrinen har vært gjenstand for stor debatt blant juridiske forfattere.²⁶ Også EU-domstolens generaladvokater har kommet med kritikk av *Keck* og etterfølgende praksis.²⁷

Det kan legges til at nasjonale produktkrav – dvs. krav til innholdet, utformingen mv. av et produkt – er å anse som importrestriksjon.²⁸ Det vil eksempelvis si at et norsk krav om at melk må selges på kartonger og ikke på flasker, utgjør et produktkrav som må begrunnes for å kunne opprettholdes.

Den store debatten om artikkel 11 dreier seg om hvilke tiltak som utgjør en importrestriksjon utover diskrimineringstilfellene.²⁹ Direkte og indirekte diskriminerende tiltak utgjør alltid en importrestriksjon.³⁰ Direkte diskriminerende tiltak vil si tiltak som retter seg direkte mot varer fra andre medlemsland. Indirekte diskriminerende tiltak vil si tiltak som rettslig sett får lik anvendelse for utenlandske og innenlandske varer, men som faktisk får andre konsekvenser for utenlandske enn for innenlandske varer. Ikke-diskriminerende tiltak er tiltak som virker likt på innenlandske og utenlandske varer. Spørsmålet er i hvilke tilfeller sistnevnte tiltak utgjør en importrestriksjon.

Spørsmålet om restriksjonsbegrepets rekkevidde kom igjen på spissen i *Mopedsaken og Vannscootersaken*.

2.6 Unntaksadgangen

Når et tiltak utgjør en importrestriksjon etter artikkel 11, kan tiltaket opprettholdes hvis det er begrunnet i et legitimt hensyn og er proporsjonalt.

²⁴ *Keck* premiss 16.

²⁵ C-441/04 *A-punkt* premiss 21 med videre henvisninger. *Gormley* (2008)b side 197.

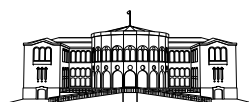
²⁶ En oversikt over artikler om *Keck* finnes på EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=197884:cs&lang=en&list=197884:cs,190296:cs,190295:cs,&pos=1&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=Keck~&checktexte=checkbox&visu=#texte>. I tillegg er *Keck* omtalt i enhver fremstilling om artikkel 11.

²⁷ Generaladvokat *Jacobs* i forslag til avgjørelse i sak C-412/93 *Leclerc-Siplec*.

²⁸ *Cassis de Dijon*.

²⁹ Diskrimineringsbegrepet har også vært omfattende diskutert. Se f.eks. *Bekkedal* (2007) side 132 flg. om terminologibruk. I dette notatet vil begrepet diskriminering for enkelhets skyld bli brukt om både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Siktes det til den ene eller annen form for forskjellsbehandling, vil det bli presisert. Begrepets nærmere innhold og avgrensning forfølges ikke her.

³⁰ Det kan reises spørsmål ved om sak C-20/03 *Burmanjer* etablerer et unntak fra denne regelen, slik at ubetydelig indirekte diskriminering ikke utgjør en importrestriksjon.



Når det gjelder hvilke hensyn som kan begrunne en importrestriksjon, skilles det mellom de lovbestemte hensynene i artikkel 13 og den domstolskapede læren om allmenne hensyn.³¹

De traktatfestede hensynene er hensynene til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller det industrielle eller kommersielle rettsvern.

Læren om allmenne hensyn kom som en følge av at artikkel 11 gikk fra å være et diskrimineringsforbud til å bli et restriksjonsforbud. Etersom ikke-diskriminerende nasjonale reguleringer kunne utgjøre en importrestriksjon etter *Dassonville*-formelen og *Cassis de Dijon*, ble det også behov for at slike reguleringer kunne opprettholdes i andre og flere hensyn enn i dem som fremgår av artikkel 13. Gruppen av allmenne hensyn er avgrenset negativt, slik at de omfatter alle hensyn av ikke-økonomisk art.³² Miljø- og forbrukerhensyn har bl.a. vært av særlig betydning, siden disse ikke er omfattet av de traktatfestede hensynene.

Skillet mellom hensynene oppregnet i artikkel 13 og de allmenne hensynene har betydning dersom den nasjonale reguleringen er direkte diskriminerende. Direkte diskriminerende tiltak på grunnlag av nasjonalitet kan kun begrunnes i hensynene som fremgår av artikkel 13.³³ Indirekte diskriminerende tiltak på grunnlag av nasjonalitet og ikke-diskriminerende restriksjoner kan derimot begrunnes både i hensynene i artikkel 13 og i de allmenne hensynene. Domstolen synes imidlertid ikke alltid å være like konsekvent i anvendelsen av dette skillet. Det ser i alle fall ut til å gjelde et unntak for direkte diskriminerende tiltak hvor slike er begrunnet i miljøhensyn.³⁴

Videre må reguleringen være proporsjonal. Det er ulike måter å formulere proporsjonalitetskravet på. Én tilnæringsmåte er å spalte det opp i tre underkrav: egnethet, nødvendighet og forholdmessighet i snever forstand.³⁵ Kravene er kumulative – alle må være oppfylt for at reguleringen skal kunne opprettholdes.

Tiltakets egnethet er et spørsmål om den nasjonale reguleringen er tjenlig som middel til å oppnå det påberopte hensynet.³⁶ Reguleringen trenger ikke være den best egnede. Det stilles følgelig ikke strenge krav på dette punktet.³⁷

³¹ Læren har sitt utspring i *Cassis de Dijon* fra 1979.

³² Det synes i dag å være større aksept for hensynet til effektiv forvaltning og lignende hensyn. Det ser man bl.a. i *Mopedstaken og Vannscotersaken*, hvor EU-domstolen fremhevet at medlemslandene måtte kunne lage bruksreguleringer som var lette å håndheve, jf. *Mopedstaken* premiss 67 og *Vannscotersaken* premiss 36.

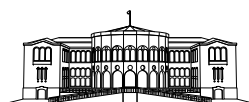
³³ Sak C-388/01 premiss 19. Saken gjaldt retten til tjenesteyting over landegrensene. Uavhengig av den utviklingen som har funnet sted, er det et spørsmål om ikke tiden har løpt fra oppregningen i artikkel 30 og skillet mellom direkte og indirekte diskriminerende tiltak. Listen over hensyn ble laget ved vedtakelsen av traktaten i 1957 og gjenspeiler ikke nødvendigvis dagens politiske utfordringer. Eksempelvis er ikke miljø- og forbrukervernhensyn blant de oppregnede hensynene. Hvis man ønsker en strengere vurdering av direkte diskriminerende tiltak, er proporsjonalitetsvurderingen bedre egnet enn listen over hensyn slike tiltak kan begrunnes i.

³⁴ *Walloon Waste* premiss 33 og 34.

³⁵ Slik *Mathisen* (2007) side 82. En annen systematisk tilnærming hos *Rognstad* i *EØS-rett* (2004) side 319 flg.

³⁶ Sak E-4/04 *Pedical* premiss 56.

³⁷ *Mathisen* (2007) side 83.



Antakelig er den viktigste og vanskeligste vurderingen om tiltaket er nødvendig. Spørsmålet er om det finnes et alternativt tiltak som er mindre inngripende, men som samtidig ivaretar det påståtte hensynet på en like effektiv og god måte.³⁸ Eksempelvis ville et krav fra nasjonale myndigheter om at sterkøl og svakøl (4,5 pst.) skulle selges på henholdsvis bokser og flasker av hensynet til folkehelsen, ikke være et nødvendig tiltak. Hensynet til folkehelsen kunne ivaretas like effektivt ved å sette krav til merking av produktet og til merking av butikkhyllene.³⁹

Når det gjelder kravet om forholdsmessighet i snever forstand, er dette en interesseavveining av hensynet til den frie bevegelighet på den ene siden og den nasjonale målsettingen med reguleringen på den andre siden.⁴⁰ Spørsmålet er om inngrepet i den frie varebevegeligheten er så stort at det står i et urimelig forhold til betydningen av det hensynet tiltaket søker å ivareta. Fellesskapsinteressene skal dermed veies mot de nasjonale interessene.⁴¹ Vurderingen gjøres sjelden i praksis. Den kan lett bli politisk preget, og slike avveininger hører først og fremst hjemme hos de nasjonale myndighetene.⁴² Sagt på en annen måte bestemmer i utgangspunktet medlemslandene selv hvilket beskyttelsesnivå de vil sikre gjennom et gitt hensyn.⁴³ På denne måten begrenses også vurderingen av tiltakets forholdsmessighet i snever forstand.

Det er trolig det mest praktiske at bruksreguleringer er ikke-diskriminerende. Det innebærer at bruksbegrensninger og bruksforbud vil kunne begrunnes både i hensynene opplistet i artikkel 13 og i allmenne ikke-økonomiske hensyn.⁴⁴ Det spesielle med *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* når det gjelder begrunnelsen, er at EU-domstolen i stor grad synes å godta hensynet til effektiv forvaltning som legitimt.

3. BRUKSREGULERINGER – TYPE NASJONAL REGULERING

Bruksreguleringer er reguleringer av *hvor, hvordan, når* og av *hvem* et produkt kan benyttes.⁴⁵

Bruksreguleringer kan vise seg i to former: bruksforbud og bruksbegrensninger. *Bruksforbud* forbyr helt eller delvis bruken av et produkt innenfor et medlemslands grenser. Forbudet i *Mopedsaken* mot bruk av tilhenger tilknyttet moped utgjorde et bruksforbud. Bruksforbud trenger ikke nødvendigvis reguleres som bruksforbud. Eksempelvis vil det være et bruksforbud hvor det ikke er lov å erverve, eie eller inneha en gjenstand.⁴⁶ Det er da naturligvis heller ikke lov å bruke gjenstanden.

³⁸ *Pedicel* premiss 56.

³⁹ Lignende tilfelle i Sak 261/81 *Rau*.

⁴⁰ *Stoke-on-Trent* premiss 15.

⁴¹ *Mathisen* (2007) side 87.

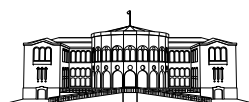
⁴² *Mathisen* (2007) side 88.

⁴³ Sak C-36/02 *Omega* premiss 37.

⁴⁴ *Mopedsaken* premiss 59.

⁴⁵ Generaladvokat *Kokott* mener tilsynelatende at bruksreguleringer er regler som regulerer *hvor* og *hvordan* produkter kan brukes, jf. hennes uttalelse i *Vannscootersaken* premiss 44. Bruksreguleringer omfatter imidlertid også regulering av *når* et produkt kan brukes, og av *hvem* produktet kan brukes. I så måte utgjør f.eks. de norske flaggreglene en bruksbegrensning, jf. forskrift om bruk av stats- og handelsflagg § 6.

⁴⁶ Våpenforskriften § 9.



Bruksbegrensninger begrenser bruken av et produkt med hensyn til *hvor, hvordan, når* og *av hvem* et produkt kan benyttes.⁴⁷ Bruksbegrensninger kan være så mangt, fra begrensninger i bruk av snøscooter og vannscooter til regler om fartsgrenser, konsumpsjon av alkohol på offentlig sted og flaggregler. Til sammen omfatter dermed bruksforbud og bruksbegrensninger et stort antall nasjonale regler.

4. AVGJØRELSENE OM BRUKSREGULERINGER

4.1 C-110/ 05 Mopedssaken

Traktatbruddsspørsmålet i *Mopedssaken* gjaldt et italiensk forbud mot bruk av tilhengere til motorsykler og mopeder.⁴⁸ Forbudet var landsdekkende.

I en egen del av avgjørelsen redegjør domstolen generelt for rettsstilstanden vedrørende EØS-avtalen artikkel 11. Her redegjorde EU-domstolen for tidligere praksis – *Dassonville*, *Cassis de Dijon* og *Keck* – for til slutt å konkludere med hvilke tilfeller som utgjør importrestriksjoner etter artikkel 11.⁴⁹ For det første er det reguleringer hvor formålet eller effekten er å behandle utenlandske produkter mindre fordelaktig ("less favourably"). Det må forstås som diskriminering, til ugunst for utenlandske produkter, både direkte (formålet) og indirekte (effekten). Etter ordlyden omfattes også tiltak som hindrer markedsadgangen i større grad for utenlandske varer enn for innenlandske varer.⁵⁰ Det er en form for forskjellsbehandling.

For det andre fremholdt EU-domstolen at reguleringer som redegjort for i dommens premiss 35 utgjør importrestriksjoner. Denne premissen omhandler *Cassis de Dijon*. Domstolen sikter altså til regler om produktkrav. Dersom slike regler faller utenfor artikkel 11, innebærer det at utenlandske varer må være i samsvar med både egne nasjonale krav og importmarkedets produktkrav. Uten å gå inn på hvorvidt slike tiltak er diskriminerende, fant EU-domstolen i *Cassis de Dijon* at produktkrav utgjør en importhindring. Avgjørelsen er en indikasjon på at selv ikke-diskriminerende tiltak kan utgjøre importrestriksjoner. *Cassis de Dijon* anlegger dermed et prinsipp om såkalt "mutual recognition", som innebærer at utenlandske varer kun trenger å oppfylle produktkrav i egen nasjonal lovgivning.⁵¹

For det tredje og siste konkluderte EU-domstolen med at også alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen, skal anses som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner:

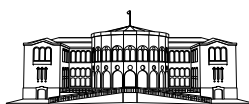
⁴⁷ Distinksjonen mellom hvor, hvordan, når og av hvem et produkt kan brukes, har først og fremst pedagogisk betydning. Den kan være til hjelp ved vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon. Om et bruksforbud er nasjonalt, regionalt eller lokalt er imidlertid av rettslig betydning.

⁴⁸ Det er forskjell på EU-domstolens kompetanse i traktatbruddssaker og forhåndsuttalelser/tolkningsuttalelser etter forespørsel fra nasjonale domstoler. I sistnevnte typer saker uttaler EU-domstolen seg generelt om hvordan EU-retten er å forstå. Det er imidlertid den nasjonale domstolen som avgjør den konkrete saken. I traktatbruddssaker avgjør derimot EU-domstolen spørsmålet om det foreligger en importrestriksjon. Hvis så er tilfellet, tar domstolen stilling til om restriksjonen er legitimt begrunnet og proporsjonal.

⁴⁹ Premiss 37.

⁵⁰ Som i sak C-34,35- og 36/95 *De Agostini* og sak C-405/98 *Gourmet*.

⁵¹ Dette gjelder likevel ikke dersom importstatens produktkrav kan begrunnes i hensynene i artikkel 13 eller i allmenne hensyn.



"Any other measure which hinders access of products originating in other Member States to the market of a Member State is also covered by that concept."⁵²

Det er nærliggende å tolke domstolen slik at den opererer med tre kategorier: (1) tiltak som direkte eller indirekte diskriminerer utenlandske varer, (2) nasjonale tiltak som utgjør produktkrav, og (3) alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen til produktet.⁵³

Uttalelsen endrer tilsynelatende på tidligere sondringer, hvor distinksjonen mellom produktkrav og salgsformer har vært særlig sentral.⁵⁴ Generaladvokat *Kokott* argumenterte i sitt forslag til avgjørelse i *Vannscootersaken* for at bruksreguleringer måtte behandles som egen regelkategori, på samme måte som salgsreguleringer behandles i *Keck*. EU-domstolen valgte imidlertid ikke denne løsningen. På bakgrunn av at det kan være vanskelig å trekke grensene for hva som faller innenfor og utenfor en slik kategori, var det klart en fordel at EU-domstolen ikke valgte å følge *Kokotts* forslag på dette punktet.

Det materielle innholdet av begrepet "hindring av markedsadgangen" må fastsettes i lys av EU-domstolens uttalelser om og vurderinger av saksforholdene i *Mopedssaken* og *Vannscootersaken*. Fastleggelse av begrepets innhold er gjort i sin helhet i kapittel 6.

For de italienske reglene som forbød bruk av tilhenger i tilknytning til moped, var det avgjørende om denne reguleringen hindret produktets markedsadgang. EU-domstolen gjorde først et skille mellom tilhengere som bare kunne benyttes av motorsykler, og tilhengere som også kunne benyttes av andre kjøretøyer. For sistnevnte gruppe tilhengere fant domstolen at kommisjonen ikke hadde bevist at de italienske reglene hindret markedsadgangen. Det fremgår av avgjørelsen at kommisjonen ikke hadde spesifisert om søksmålet gjaldt tilhengere som bare kunne brukes av mopeder, eller om søksmålet gjaldt både tilhengere som bare kunne brukes av mopeder, og dem som også kunne brukes av andre kjøretøy.⁵⁵ Kommisjonen hadde ikke gjort noen distinksjon mellom de ulike produktene, og dermed heller ikke ført særskilt bevis for tilhengere som også kunne brukes av andre kjøretøy. På denne bakgrunn hadde domstolen ikke tilstrekkelig faktisk grunnlag for å fastslå at reguleringen for disse tilhengerne utgjorde en importrestriksjon.

Når det gjaldt tilhengere med flere bruksområder, utgjorde de italienske reglene en bruksbegrensning. Det følger dermed av EU-domstolens uttalelse at markedsadgangen er vurderingstema også for bruksbegrensninger. På dette punktet kan avgjørelsen ses i sammenheng med EU-domstolens uttalelse i *Vannscootersaken*, at bruksforbud og vesentlige bruksbegrensninger hindrer varens markedsadgang, som jeg kommer nærmere tilbake til nedenfor.⁵⁶ Domstolens uttalelser om produkter med flere bruksområder har betydning for hvordan markedsadgangen som vurderingstema skal forstås.

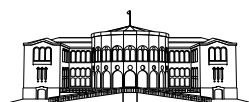
⁵² *Mopedssaken* premiss 37.

⁵³ Det kan stilles spørsmål ved behandlingen av produktkrav som en egen importrestriksjon i premiss 37. Produktkrav vil, avhengig av hvordan man vurderer dem, falle inn under en av de to andre kategoriene i premissen. Jeg vil tro EU-domstolen ønsket å presisere at rettspraksisen for produktkrav står fast, til tross for de generelle uttalelsene i *Mopedssaken*.

⁵⁴ Se *Keck* premiss 16 og 17.

⁵⁵ Premiss 51-52.

⁵⁶ Se kapittel 6.



EU-domstolen gikk så over til å vurdere om forbud mot bruk av tilhengere spesielt designet for motorsykler var i samsvar med fellesskapsretten. Partene var enige om at tilhengernes eneste praktiske bruksområde var sammen med motorsykel/moped.

Bruksforbudet hadde ifølge EU-domstolen en betydelig innvirkning på forbrukeratferden, som igjen påvirket produktets adgang til markedet. På grunn av bruksforbudet ville ikke forbrukeren ha noen interesse av produktet, med den følge at bruksforbudet hindret at det oppsto etterspørsel i markedet. Domstolen konkluderte med at bruksforbudet hindret tilhengernes adgang til det italienske markedet, og var et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.⁵⁷

EU-domstolen kom til at det italienske tilhengerforbudet hindret markedsadgangen for tilhengere som bare kunne benyttes til mopeder, men ikke for tilhengere som også kunne benyttes til andre kjøretøyer. Tiltaket var derfor å anse som en importrestriksjon etter artikkel 11. Tiltaket kunne imidlertid opprettholdes ut fra hensynet til trafikksikkerhet. EU-domstolens behandling av begrunnelsen for importrestriksjonen vil ikke bli behandlet her.

4.2 C-142/05 Vannscootersaken

Problemstillingen domstolen skulle ta stilling til i *Vannscootersaken*, var om den svenske reguleringen av vannscooterbruk var i tråd med EØS-retten. Det forelå dermed en regulering av hvor produktet kunne brukes. Svensk lovverk tillot bruk av vannscooter i offentlige skipsleder. Andre steder måtte myndighetene åpne for bruk. På det tidspunktet da saken ble sendt til EU-domstolen, var det kun åpnet for bruk i offentlige skipsleder.

I vurderingen av om de svenske reglene hindret vannscooterens markedsadgang, ga EU-domstolen samme begrunnelse som i *Mopedssaken*.⁵⁸ Avhengig av bruksreguleringens rekkevidde⁵⁹ kan den ha en betydelig påvirkning på etterspørselen av produktet, som igjen påvirker produktets markedsadgang. Forbrukere vil kun ha en begrenset interesse av produktet dersom de vet at bruksmulighetene er svært begrenset. EU-domstolen konkluderte deretter at hvor bruk er forbudt eller vesentlig begrenset, vil bruksreguleringen hindre produktets markedsadgang og dermed utgjøre en importrestriksjon.⁶⁰ Det var opp til den nasjonale domstolen å avgjøre om de svenske vannscooterreglene utgjorde en importrestriksjon.

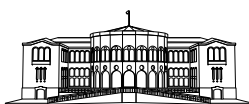
EU-domstolen ga tilsynelatende også anvisning for hvordan vurderingen av bruksreguleringer skal skje. Avgjørende for vurderingen må være det reelle bruksområdet, ikke det formelle. Det fremgår av premiss 25. Domstolen fremhevet her at på søksmålstidspunktet var kun offentlige skipleder åpne for vannscooterbruk. Det formelle bruksområdet – under unntaksvurderingen

⁵⁷ Premiss 56-58.

⁵⁸ EU-domstolen vurderte først om direktiv 94/25/EF (fritidsbåt-direktivet) – som regulerer de tekniske spesifikasjonene til vannscootere – skal tolkes slik at det forhindrer nasjonale regler som regulerer bruk av vannscootere. EU-domstolen kom til at bruksreguleringer i medhold av direktivet må være i tråd med TFEUs øvrige bestemmelser, og vurderte de svenske reglene etter artikkel 11.

⁵⁹ At bruksreguleringens rekkevidde er av betydning, fremkommer ikke i den danske versjonen av uttalelsen, derimot i den engelske, den franske og den svenske.

⁶⁰ Premiss 26-28.



opplyst å være 300 offentlige skipsleder⁶¹ – ble ikke nærmere kommentert. Derimot refererte domstolen partenes og kommisjonens innsigelser om at vannscooterbruk i de offentlige skipsleder var risikofylt, og at størstedelen av de seilbare områdene i Sverige ikke var offentlige skipsleder. EU-domstolen uttalte deretter: ”The actual possibilities for the use of personal watercraft in Sweden are, therefore, merely marginal.” Det er usikkert om EU-domstolen her fortsatt refererte partenes og kommisjonens syn, eller om dette var domstolens syn på de aktuelle reglene. Uansett kan det være grunn til å forstå domstolen slik at hvor det reelle bruksområdet for produktet er ”merely marginal”, foreligger det en ”vesentlig bruksbegrensning”, som igjen hindrer produktets markedsadgang.

EU-domstolen presiserte hvordan begrepet ”hindring av markedsadgang” er å forstå for vurderingen av bruksreguleringer, gjennom uttalelsene om vesentlige bruksbegrensninger. Det er nærliggende å anta at uttalelsene er ment å markere en grense mellom bruksreguleringer som utgjør og bruksreguleringer som ikke utgjør en importrestriksjon. Dersom dette ikke var domstolens ønske, ville uttalelsene vært unødvendige. I så fall kunne rett og slett *Dassonville*-formelen blitt videreført for bruksreguleringer. Se nærmere om dette nedenfor, i kapittel 6.

I sin uttalelse kom EU-domstolen til at de svenske vannscooterreglene ville utgjøre en importrestriksjon dersom reglene førte til en vesentlig bruksbegrensning av vannscootere i Sverige, slik at markedsadgangen til produktet ble hindret. På spørsmålet om importrestriksjonen kunne begrunnes i og opprettholdes av miljøhensyn og hensynet til menneskers og dyrs helse, kom EU-domstolen til at det forelå en legitim begrunnelse dersom de lokale myndighetenes plikt til å åpne for bruk etter loven faktisk ble praktisert, og at denne kompetansen ble benyttet innen rimelig tid.

5. BRUKSFORBUD – ALLTID IMPORTRESTRIKSJON

5.1 Innledning

I dette kapitlet skal det redegjøres for hvordan EU-domstolen har behandlet nasjonale reguleringer som utelukker et produkt fra markedet, og hvorfor slike reguleringer må utgjøre en importrestriksjon. Vurderingen og resultatet i *Mopedssaken* går inn i en rekke av konsistent praksis. I neste kapittel vil spørsmålet om når en bruksbegrensning utgjør en importrestriksjon, bli vurdert.

5.2 Bruksforbud

Etableringen av et indre marked innebærer at en økonomisk aktør skal kunne utvide sin virksomhet fra ett marked i fellesskapet til et annet. Det skal derfor være fri adgang mellom de nasjonale markedene i fellesskapet.⁶² Bruksforbud innebærer at et produktmarked nektes

⁶¹ Premiss 35.

⁶² *Mopedssaken* premiss 34, hvor EU-domstolen fremhevet prinsippet om fri adgang for fellesskapsvarer til det nasjonale markedet. *Enchelmaier (2003)* side 294-295.



opprettet i en medlemsstat. Det vil ikke være noe marked å utvide sin virksomhet til. Bruksforbud hindrer dermed etableringen av et indre marked.⁶³

For å sikre etableringen av et indre marked har EU-domstolen for det første fremholdt at et definitivt forbud utgjør en importrestriksjon. I *Henn & Darby* fant EU-domstolen det klart at artikkel 11 rammer importforbud, siden dette er den mest ekstreme formen for restriksjon et medlemsland kan ha.⁶⁴ Saken gjaldt et britisk importforbud mot pornografisk materiale. Importforbud utgjør ifølge EU-domstolen en kvantitativ importrestriksjon.

Salgsforbud og bruksforbud har samme virkning som et importforbud⁶⁵: Det etableres ikke noe marked for varen i det aktuelle medlemslandet. Slike reguleringer må utgjøre en importrestriksjon etter artikkel 11, selv om reguleringene er ikke-diskriminerende.⁶⁶ *Toolex*, *Vindusfilm* og *Mopedssaken* bekrefter at bruksforbud skal behandles på samme måte som et importforbud.

For det andre har EU-domstolen funnet at midlertidige salgsforbud utgjør en importrestriksjon. Slik regulering utelukker i et begrenset tidsrom en vare fra markedet fordi den midlertidig forbyr salg. Dette var tilfelle i *Cinéthèque*, som gjaldt fransk lovgivning, og som for en viss periode forbød salg eller utleie av materiale vist på kino.⁶⁷ EU-domstolen fant at et slikt forbud skapte hindringer for samhandelen, og derfor ikke var i samsvar med reglene om importrestriksjoner.⁶⁸ Midlertidige bruksforbud må behandles på samme måte.⁶⁹

For det tredje og siste utgjør også betingede forbud en importrestriksjon. Det er ordninger som hviler på et forbud, men hvor det er adgang til å gjøre unntak fra forbudet under visse forutsetninger, for eksempel gjennom registrering eller lisensiering. I *Toolex* fant EU-domstolen at forbudet mot industriell bruk av produkter som helt eller delvis inneholdt trikloretylen, utgjorde en importrestriksjon. Det samme gjaldt unntaksordningen som fulgte av den svenske reguleringen. Byrden det innebar å søke om unntak og dispensasjon fra et generelt bruksforbud, utgjorde også en importrestriksjon.⁷⁰ Mulighetene for å gjøre individuelle unntak

⁶³ Motsatt *Horsley* (2009) side 2014, som mener at opprettelsen av et produktmarked ikke er i kjernen av hva TFEU artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11 omfatter.

⁶⁴ Sak 34/79 premiss 12 og 13.

⁶⁵ Hva gjelder importforbud, kan man ha et innenlandsk marked fordi det finnes innenlandsk produksjon, men det er uten betydning i denne sammenhengen. Forskjellen ville hatt betydning dersom artikkel 11 kun var et diskrimineringsforbud. Et importforbud ville fortsatt utgjort en importrestriksjon. Bruksforbud og salgsforbud ville derimot vært ikke-diskriminerende og ville falt utenfor artikkel 11.

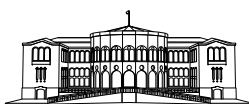
⁶⁶ Det er hevdet at dersom salgsforbud skal behandles som i *Henn & Darby*, vil salgsforbud bare kunne opprettholdes av hensynene opplistet i artikkel 30, jf. *Barnard* (2007) side 160. Det samme argumentet vil formodentlig også gjelde bruksforbud. Etter min mening er standpunktet ikke nødvendigvis riktig. Importforbud er i prinsippet opprinnelsesbasert regulering. Det kan foreligge et importforbud mot en vare, mens salg av tilsvarende innenlandsk produsert vare fortsatt er lovlig. Derimot vil bruksforbud og salgsforbud i utgangspunktet være opprinnelsesnøytrale. På denne bakgrunn må bruks- og salgsforbud kunne begrunnes i medhold av læren om allmenne hensyn. *Mopedssaken* premiss 59 bekrefter at bruksforbud kan begrunnes i læren om allmenne hensyn.

⁶⁷ Sakene 60 og 61/84.

⁶⁸ Premiss 22.

⁶⁹ Slik også *Kokott* i hennes forslag til avgjørelse i *Vannscotersaken* premiss 70.

⁷⁰ *Toolex* premiss 37.



fra bruksforbudet medfører ikke at reguleringen faller utenfor artikkel 11. Omfanget av dispensasjonsmulighetene synes ikke å være av betydning.⁷¹

Bruksforbud er altså etter EU-domstolens praksis en importrestriksjon, siden reguleringen hindrer at det oppstår et produktmarked i en medlemsstat. Det samme gjelder hvor forbudet kun er midlertidig eller betinget. Det gjelder selv om reguleringen er ikke-diskriminerende.⁷² *Mopedsaken* er dermed i tråd med denne praksisen. Praksisen er også i tråd med formålet i EØS-retten, at produkter fritt skal kunne krysse grensene til et annet medlemslands marked. Totalforbud medfører at det ikke oppstår noe produktmarked i reguleringsstaten, og det er derfor ikke noe marked å komme inne på. Man er da i kjernen av hva som utgjør en importrestriksjon. Lokale bruksforbud er imidlertid ikke uten videre en importrestriksjon, se nærmere om lokale bruksforbud i kapittel 7.3.

Den rettslige vurderingen av bruksforbudet i *Mopedsaken* klargjør imidlertid ikke grensene for begrepet ”hindring av markedsadgangen” som vurderingstema for bruksbegrensninger. Nedenfor vil jeg foreta en nærmere tolkning av begrepet og hvordan det får anvendelse for bruksbegrensninger.

6. NÅR ER EN BRUKSBEGRENSNING EN IMPORTRESTRIKSJON?

6.1 Innledning

I *Mopedsaken* premiss 37 fremholdt EU-domstolen at diskriminerende tiltak, produktkrav og alle andre tiltak som hindrer⁷³ produktets markedsadgang, utgjør importrestriksjoner. Ikke-diskriminerende bruksbegrensninger må vurderes etter hvorvidt de hindrer produktets markedsadgang.

Hvordan ”hindring av markedsadgangen” skal forstås, er altså avgjørende for rekkevidden av artikkel 11 og for når en bruksregulering utgjør en importrestriksjon som myndighetene må begrunne for å kunne opprettholde. Begrepet ”hindring av markedsadgangen” er et uklart begrep, som er brukt på ulike måter både av EU-domstolen selv, av domstolens generaladvokater og i juridisk teori. I sine uttalelser i *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* brukte henholdsvis generaladvokat *Bot* og generaladvokat *Kokott* begrepet ”markedsadgang” på to vidt forskjellige måter, som løsning på den samme problemstillingen. Det er derfor uheldig at EU-domstolen velger å bruke begrepet ”markedsadgang” i *Mopedsaken* og *Vannscootersaken*, uten at domstolen samtidig gir klart uttrykk for hva som ligger i begrepet.

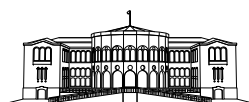
Begrepet ”hindring av markedsadgangen” må forstås i lys av EU-domstolens øvrige uttalelser i *Mopedsaken* og *Vannscootersaken*.⁷⁴ EU-domstolen presiserte innholdet i begrepet ved å

⁷¹ Slik *Bekkedal* (2007) side 123.

⁷² Slik også *Dashwood* (2002) side 38 og *Enchelmaier* (2003) side 299.

⁷³ Engelsk ”hinders”, svensk ”hindrar”, fransk ”entrave” og dansk ”hindrer”.

⁷⁴ *Spaventa* (2009) side 924 ser ingen presisering av markedsadgangsbegrepet i *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* og legger derfor til grunn at ”hindring av markedsadgangen” er et bredt konsept. I samme retning *Pecho* (2009) side 264. *Pecho* er juridisk utreder i kabinettet til dommer Klučka, som var dommer i *Vannscootersaken*. Motsatt *Horsley* (2009) side 2015 og *Snell* (upublisert). Se også kommentarer hos *Barnard* (2009) og *Shuibhne* (2009).



påpeke at det rammer reguleringer som forbyr, eller vesentlig begrenser, bruken av et produkt. Dette forklares med at bruksreguleringer, avhengig av deres rekkevidde, har en betydelig påvirkning på forbrukeratferden.⁷⁵ EU-domstolens begrepsbruk i *Mopedsaken og Vannscootersaken* gir klare holdepunkter for at det skal trekkes en grense mellom bruksreguleringer som utgjør en importrestriksjon, og dem som ikke gjør det.

I dette kapitlet vil jeg vurdere hvordan ”hindring av markedsadgangen” nærmere skal forstås for bruksbegrensninger.⁷⁶ Enkelt forklart er spørsmålet om begrepet innebærer at kun svært restriktive bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon, eller om også mindre restriktive bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon. Tolkningen har således betydning for lovgivers handlingsrom ved regulering av bruk av ulike produkter. Det foreligger to tolkningsalternativer. Det første tolkningsalternativet er at artikkel 11 rammer ikke-diskriminerende bruksreguleringer som formelt eller reelt utelukker import av et produkt, slik at kun bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner. Det andre tolkningsalternativet er at ikke-diskriminerende bruksreguleringer som medfører en betydelig ulempe for import og salg av utenlandske produkter, utgjør importrestriksjoner. Legges det siste tolkningsalternativet til grunn, vil det kunne ramme et større antall bruksreguleringer.⁷⁷

6.2 Tolkningsalternativ 1: Kun tilnærmede bruksforbud hindrer produktets markedsadgang

En mulig tolkning av ”hindring av markedsadgangen” er at kun svært restriktive bruksbegrensninger utgjør en importrestriksjon. Det vil innebære at det kun er bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud som faller innenfor EØS-avtalen artikkel 11. Øvrige bruksbegrensninger utgjør importrestriksjoner bare hvis de direkte eller indirekte forskjellsbehandler utenlandske produkter.

Det kan hevdes at ordlyden i selve vurderingstemaet – hinders market access – tilsier en bredere vurdering enn at kun bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner.⁷⁸ ”Hinders market access” omfatter ikke nødvendigvis bare bruksforbud og bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud. Det ville vært mer naturlig å benytte seg av uttrykket ”hinder completely or almost completely access to the market”⁷⁹ eller ”prevent access to the market”⁸⁰ som generelt vurderingstema, dersom det kun er slike bruksreguleringer som skal omfattes. En innvending er at EU-domstolens språkbruk ikke nødvendigvis skal fintolkes.⁸¹ For det første kan EU-domstolen variere språkbruken sin, slik at avgjørende vekt ikke kan legges på om det ene eller det andre begrepet er benyttet. For det andre må det ikke undervurderes at EU-domstolens avgjørelser kommer på 23 språk, slik at man ikke kan legge avgjørende vekt på språklige detaljer. For det tredje må man også være åpen for at ordlyden kan være et kompromiss mellom dommerne i saken for å enes om en

⁷⁵ *Vannscootersaken* premiss 26-28, engelsk ”greatly”, svensk ”kraftig”, fransk ”fortement”, dansk ”væsentligt”.

⁷⁶ *Vannscootersaken* premiss 26 og 28.

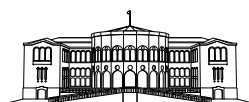
⁷⁷ Disse vil måtte begrunnes for å kunne opprettholdes.

⁷⁸ *Spaventa* (2009) side 924 legger til grunn at ”hindring av markedsadgangen” er et bredt konsept. I samme retning *Pecho* (2009) side 264.

⁷⁹ Anført som vurderingstema av Tyskland i *Mopedsaken*.

⁸⁰ Generaladvokat *Kokott* i *Vannscootersaken* premiss 66 og *Keck*-avgjørelsen premiss 17.

⁸¹ Slik også *Sejersted* i *EØS-rett* (2004) side 43.



avgjørelse.⁸² Det kan også argumenteres for at ”hinders” ikke er et vidt begrep, men tvert imot gir uttrykk for at kun restriktive bruksbegrensninger utgjør en importrestriksjon.

Av de samme grunner som er nevnt ovenfor, tror jeg heller ikke man skal fintolke begrepet ”vesentlig bruksbegrensning”. Begrepet innebærer naturligvis at ikke alle bruksreguleringer hindrer produktets markedsadgang. Språklig sett kan også ”vesentlig bruksbegrensning” forstås som mer enn bare bruksbegrensninger som reelt sett er bruksforbud.

Etter min mening er det sterke grunner for å forstå begrepene ”hindring av markedsadgangen” og ”vesentlig bruksbegrensning” som bruksforbud og bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud.

Tolkningsalternativet er i tråd med prinsippet om å sikre varer fra andre medlemsland fri adgang til markedet i de ulike medlemslandene. Varer som er lovlig produsert og i omsetning i en medlemsstat, skal fritt kunne selges i andre medlemsstater. EU-domstolen viste til dette prinsippet i *Mopedssaken* premiss 34. Domshenvisningene i den sammenheng taler for at prinsippet skal forstås som tiltak som utelukker import av utenlandske produkter. Henvisning var gjort til saker hvor tiltak utelukket slik import.⁸³ Tolkningsalternativet er dermed i tråd med hensynene bak det indre markedet.

Tolkningsalternativet støttes videre av saksforholdet EU-domstolen uttalte seg om i *Vannscotersaken*. De svenske reglene tillot formelt sett en nokså utstrakt bruk av vannscooter. EU-domstolen ga klare indikasjoner på at det er det reelle bruksområdet som skal vurderes. Det uttales at de svenske reglene kun medførte marginal bruk av produktet.⁸⁴ Begrepet ”marginal use”, som domstolen bruker her, tilsvarer generaladvokat *Kokotts* begrepsbruk i samme sak. Hun mente bruksforbud og bruksbegrensninger som medfører marginal bruk, utelukker import (”prevent market access”). *Kokott* mente det var sterke grunner for å si at de svenske reglene medførte marginale bruksmuligheter.

Denne forståelsen av ”hindring av markedsadgangen” er også i tråd med forståelsen av markedsadgangsbegrepet i *Keck*-doktrinen, jf. ”prevent market access”. Vurderingen av om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon, kan ikke være videre enn vurderingen av om salgsreguleringer utgjør en importrestriksjon. Salgsreguleringer er i større grad knyttet til samhandelen i fellesskapet enn det bruksreguleringer er.

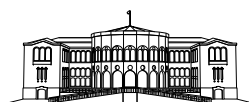
”Hindring av markedsadgangen” forstått som bruksforbud og bruksbegrensninger som er tilnærmet et bruksforbud, leder også til en enkel, praktiserbar regel. Vurderingen baseres på selve regelen og dens anvendelse. Dette er i samsvar med EU-domstolens uttalelser vedrørende den svenske lovgivningen i *Vannscotersaken*.⁸⁵ Tolkningsalternativet unngår en kvantitativ

⁸² Se motsatt *Pecho* (2009) side 263, som mener ”hinders market access” innebærer en utvidelse av anvendelsesområdet for artikkel 11, og at dette var et veloverveid valg fra domstolens side. Valget av begreper kan nok like gjerne være et kompromiss for å komme til enighet.

⁸³ Sak 174/82 (*Sandoz*) premiss 26, *Cassis de Dijon* premiss 6, 14 og 15 og *Keck* premiss 16 og 17.

⁸⁴ Som nevnt er uttalelsen enten en referanse til hva partene mente, eller domstolens eget syn på de svenske reglene.

⁸⁵ Premiss 28.



vurdering av hvor stor etterspørselssvikt bruksreguleringen medfører.⁸⁶ ”Hindring av markedsadgangen” basert på hvor stor etterspørselssvikt som utgjør en importrestriksjon, fordrer en annen og mer komplisert vurdering enn om vurderingen er hvorvidt reguleringen er tilnærmet et bruksforbud. I den forbindelse bemerkes at det i *Vannscootersaken* ble hevdet at det forelå en salgssvikt på 90 pst.⁸⁷ Tallet ble imidlertid bestridt av de svenske myndighetene. EU-domstolen gikk ikke nærmere inn på dette. Etter mitt syn indikerer det at ”hindring av markedsadgangen” og ”vesentlig bruksbegrensning” ikke legger opp til en kvantitativ vurdering av hvor stor etterspørselssvikt bruksreguleringen medfører. Det er ikke gitt at verken EU-domstolen eller nasjonale domstoler er egnet til å foreta en slik vurdering. Hensynet til prosesskostnader taler for tolkningsalternativet om bruksreguleringen er tilnærmet et bruksforbud.

Hensynet til en ensartet praksis innenfor EU støtter altså tolkningsalternativet. Dersom vurderingen er om en bruksbegrensning er tilnærmet et bruksforbud, er risikoen for avvikende praksis mindre enn hvis det er en bredere skjønnsmessig vurdering, hvor etterspørselssvikten blir avgjørende. En vurdering basert på etterspørselssvikt vil også medføre betydelige prosesskostnader for partene.

Det er også et argument at tolkningsalternativet på en god måte ivaretar forholdet mellom EU og nasjonale myndigheter. Når varen har fått adgang til markedet, må det være opp til nasjonale myndigheter å regulere bruken av den.⁸⁸ Det er ikke slik at reglene om fri varebevegelse skal beskytte den alminnelige handlefriheten til EU-borgerne.⁸⁹

Det kan likevel innvendes at en vurdering av om en bruksbegrensning er tilnærmet et bruksforbud, blir komplisert. Det må nødvendigvis etableres en grense mellom bruksbegrensninger som utgjør en importrestriksjon, og dem som ikke gjør det. Vurderingen vil være skjønnsmessig, og det er uheldig, av hensynet til ensartet praksis i fellesskapet. Alternativet vil være at kun bruksforbud utgjør en importrestriksjon.⁹⁰ Der det er åpnet for selv den minste bruk, foreligger det ikke en importrestriksjon. Alternativet vil medføre en klar regel. Innvendingen er at den ikke tar i betraktning realitetene. Det kan formelt være vide bruksmuligheter, men mulighetene er uten særlig realitet. Bruksmulighetene kan også være så små at de ikke kan sies å gi reelle bruksmuligheter ut fra antallet brukere. Disse forholdene må tas i betraktning. Etter mitt syn må man ha en realistisk og ikke formalistisk tilnærming til bruksreguleringer.⁹¹ Da er en vurdering av om importen reelt eller formelt er utelukket, et godt alternativ, slik at bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner.

⁸⁶ Se nærmere om dette nedenfor.

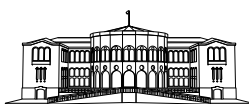
⁸⁷ Generaladvokat *Kokott* i *Vannscooter* premiss 41.

⁸⁸ Dette er den samme begrunnelsen som ligger bak behandlingen av salgsreguleringer under *Keck*-doktrinen.

⁸⁹ Det er således ikke den enkelte bruker som beskyttes, men de næringsdrivende. Se kapittel 7.1.1.

⁹⁰ Slik *Enchelmaier* (2007) side 132.

⁹¹ *Maduro* (2002) side 64 som kritiserer *Weilers* begrep ”bar to market access”. *Maduro* mener begrepet ikke tar i betraktning de økonomiske realitetene. Hvis man for et slikt begrep skulle ta i betraktning tiltak som økonomisk sett ”bar access to market”, mister man, ifølge ham, den forutsigbarheten som begrepet var ment å skape.



6.3 Tolkingsalternativ 2: Bruksreguleringer som medfører en betydelig ulempe for import av utenlandske produkter

Den andre mulige forståelsen av begrepet ”hindring av markedsadgangen” er at det skal foretas en bredere vurdering av om bruksreguleringen medfører en ulempe for importør og selger av produktet. Det vil innebære at selv mindre restriktive bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon.⁹²

Begrepet ”vesentlig bruksbegrensning” må dermed forstås slik at det må foreligge en *betydelig* eller *vesentlig* ulempe for at bruksreguleringer skal utgjøre en importrestriksjon.⁹³ Begrepet ”vesentlig bruksbegrensning” kan tale for en videre vurdering av hvilke ulemper bruksreguleringene medfører for selger/importør. Det kan sies å ha støtte i EU-domstolens uttalelser om at bruksreguleringer kan ha en betydelig påvirkning på forbrukeratferden, avhengig av reguleringens rekkevidde.⁹⁴

EU-domstolens generelle uttalelse om ”hinders market access” i *Mopedsaken* premiss 37 taler for tolkningsalternativet. Det er en naturlig forståelse av begrepet, når det sammenlignes med begrepsbruken i *Keck*. Som nevnt under tolkningsalternativ 1 ville ”prevent market access” vært en mer naturlig ordlyd dersom det kun var snakk om bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud. Som nevnt ovenfor er det imidlertid flere momenter som taler mot å tillegge ordlyden for stor vekt.

EU-domstolens forhåndsuttalelse i *Burmanjer* er også i favør av tolkningsalternativet. Saken gjaldt spørsmålet om krav til forhåndsgodkjenning for å selge tidskrift på gaten utgjorde en importrestriksjon. EU-domstolen fremholdt at dersom regelen medførte diskriminering, måtte denne anses å være for indirekte og ubetydelig.⁹⁵ Avgjørelsen trekker i retning av at domstolen åpner for å se bort fra bagatellmessige importrestriksjoner. *Burmanjer* er i tråd med et vurderingstema hvor kun betydelige ulemper utgjør en importrestriksjon.⁹⁶

Praksis fra de andre frihetene kan trekke i retning av denne forståelsen av ”hindring av markedsadgangen”. I nyere avgjørelser har ikke-diskriminerende ulemper vært tilstrekkelig for at det foreligger en importrestriksjon.⁹⁷

Det må avgjøres hva som er gjenstand for vurdering i det skisserte tolkningsalternativet, hva som må utgjøre en betydelig ulempe: Skal det være en vurdering av om bruksreguleringen medfører betydelige ulemper for brukeren, kvantitativ vurdering av de formelle bruksmulighetene (hvor store områder som er åpnet for bruk) eller kvantitativ vurdering av

⁹² Slik *Pecho* (2009), *Spaventa* (2009), *Horsley* (2009) og *Snell* (upublisert).

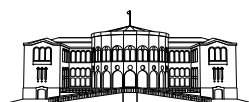
⁹³ En slik tolkning vil ha paralleller til generaladvokat *Jacobs* uttalelse i *Leclerc-Siplec*.

⁹⁴ Det bør bemerkes at begrepet ”considerable influence” i *Mopedsaken* refererte seg til en tilstand uten etterspørsel, jf. *Mopedsaken* premiss 56-57. Det kan bety at det samme begrepet i *Vannscotersaken* må forstås snevert.

⁹⁵ *Burmanjer* er imidlertid unntaket fra en fast praksis, at effekten en importrestriksjon har, ikke er avgjørende.

⁹⁶ Slik også *Barnard* (2007) side 157.

⁹⁷ I nyere saker innenfor de andre frihetene, sak C-518/06 *Kontraeringspliktsaken* og sak C-35/08 *Grundstücksgemeinschaft*, ble et videre restriksjonsbegrep lagt til grunn. Det er interessant at EU-domstolen i disse sakene viser til *Mopedsaken* i begrunnelsesadgangen, men ikke under redegjørelsen for restriksjonsbegrepet. Det taler mot at *Mopedsaken* og *Vannscotersaken* legger et vidt restriksjonsbegrep til grunn i disse sakene.



salgssvikten bruksreguleringen medfører? Alle alternativene er mulige. Alle alternativene forutsetter en skjønsmessig grense for hva som er betydelig, en grense som vil være vanskelig å fastsette og praktisere.

Ordlyden i *Vannscotersaken* premiss 28 – "[...] effect of preventing users of personal watercraft from using them for the specific and inherent purposes for which they were intended or of greatly restricting their use[...]" – taler for en vurdering av om bruksreguleringen medfører betydelige ulemper for brukeren, eller en kvantitativ vurdering av de formelle bruksområdene. Sistnevnte alternativ vil ikke være hensiktsmessig. En kvantitativ vurdering av de formelle bruksområdene vil ikke nødvendigvis gjenspeile ulempen reguleringen har for den frie varebevegelsen.

Det er tenkelig med en vurdering av de betydelige ulempene bruksreguleringen medfører for brukeren. Det kan innvendes at en importrestriksjonsvurdering ikke kan ses ut fra brukerens ståsted. EØS-avtalen skal beskytte den frie varebevegelsen og importen av produkter fra andre medlemsland. Vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon, må derfor ses ut fra importørens synsvinkel. Vurdering av brukerens ulemper vil også reise praktiske problemer. Skal ulempene vurderes ut fra den enkelte brukers ståsted, eller skal det foretas en generell vurdering?⁹⁸ Dernest må grensen for "betydelig" fastsettes på en slik måte at den ivaretar hensynet til forutsigbarhet og ensartet praksis.

Formålet med EØS-avtalen tilsier dermed en kvantitativ vurdering av salgssvikten bruksreguleringen innebærer. Hvorvidt en bruksregulering medfører betydelige ulemper for selger/importør av en vare, må derfor vurderes ut fra de ulempene disse aktørene påføres.⁹⁹

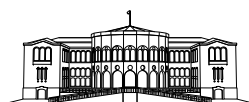
Bruksreguleringer har normalt bare som konsekvens at produktet blir mindre attraktivt for forbrukeren. For selger/importør resulterer dette i en salgssvikt. Vurdering av ulempene bruksreguleringen medfører, vil på denne bakgrunnen måtte innebære en kvantitativ vurdering av hvor stor salgssvikt reguleringen medfører. Eksempelvis kan man tenke seg at en omsetningsreduksjon på 60 pst. innebærer en importrestriksjon, mens en omsetningsreduksjon på mindre enn 60 pst. ikke innebærer en importrestriksjon.

Det er imidlertid mange argumenter som taler mot en slik tolkning av *Mopedssaken* og *Vannscotersaken*. For det første er det ikke noe grunnlag for å trekke en grense basert på salgsreduksjon. Det finnes ikke en juridisk begrunnelse for at f.eks. 50 pst. omsetningsreduksjon ikke utgjør en importreduksjon, men at 60 pst. gjør det. En slik grense vil være vilkårlig og mangle begrunnelse i hensynene bak den frie bevegelsen av varer. For det andre er det vanskelig å fastsette hvor grensen eventuelt skal gå – hva er det rimelig at selger/importør skal tåle av omsetningsreduksjon? Videre vil det, for det tredje, være spørsmål om salgsreduksjonen må ramme markedet sett under ett, eller om salgsreduksjonen må ramme den enkelte selger/importør.¹⁰⁰ Dette tolkningsalternativet fremmer altså ikke forutsigbarhet og

⁹⁸ *Davies (2003)* side 101-102.

⁹⁹ Tilnærmingen i tolkningsalternativ 1 vurderer også reguleringen fra importørs/selgers ståsted. Ved et bruksforbud eller en bruksbegrensning som er tilnærmet et bruksforbud, har de ikke mulighet til å importere og opprette et produktmarked i en annen medlemsstat.

¹⁰⁰ *Davies (2003)* side 101-102.



ensartet praksis. For det fjerde er det ikke gitt at bruksreguleringen er årsaken til all omsetningssvikt. Forbruksmønstre kan påvirkes av mer enn bruksreguleringene. Det vil komplisere vurderingstemaet ytterligere. For det femte vil en terskel som det skisserte, medføre betydelige prosesskostnader for den parten som skal bevise at det foreligger en importrestriksjon. For det sjette må det fastsettes i detalj hvordan en slik vurdering skal foretas, for å sikre enhetlig praksis innenfor fellesskapet. Det er ikke gitt at verken EU-domstolen eller de nasjonale domstoler er egnet for en slik vurdering. For det syvende, og siste, vil effekten på samhandelen stå sentralt i vurderingen av om bruksreguleringen utgjør en importrestriksjon. En slik vurdering har EU-domstolen gjentatte ganger avslått for artikkel 11.¹⁰¹

Dersom økonomiske data ikke skal være avgjørende ved en slik vurdering, må bruksmulighetene regelen gir, være gjenstand for vurdering. Vurderingen av bruksmulighetene vil innebære et lettere bevistema for parten enn om økonomiske data skal være avgjørende. Hva som utgjør en betydelig ulempe, må da fastsettes skjønnsmessig, etter en vurdering av bruksreguleringen og bruksmulighetene. Mange av de samme innvendingene som mot alternativet basert på etterspørselssvikt gjør seg gjeldende.

Etter mitt syn er det vanskelig å se noen god begrunnelse for dette tolkningsalternativet.

6.4 Vurdering og konklusjon

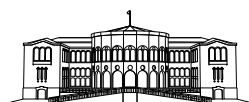
Begrepet markedsadgang har i seg selv ikke noe klart innhold i relasjon til de fire frihetene. Når det gjelder forståelsen av markedsadgangsbegrepet i *Mopedsaken* premiss 37, må det også tas i betraktning at EU-domstolen har tatt ut både forskjellsbehandling og produktkrav fra begrepet. Spørsmålet er dermed hva som er igjen av markedsadgangsbegrepet utover disse tilfellene.

Det er usikkert hva EU-domstolen legger i ”hindring av markedsadgangen”. Sterke grunner taler for at begrepet må forstås som de bruksreguleringer som utelukker, formelt eller reelt, import av produktet, slik at kun bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner. Noen begrunnelse for en videre regel er vanskeligere å se. Det presiseres imidlertid at resultatet av de ulike tolkningsalternativene kan falle ut på det samme. Avhengig av hva som ligger i at bruksreguleringer medfører en ”betydelig ulempe”, vil denne og et tilnærmet bruksforbud referere seg til samme faktiske tilstand.¹⁰² Etter mitt syn er derimot vurderingen av om import av produkter fra andre medlemsland formelt eller reelt er utelukket, en mer praktiserbar regel. Den levner ingen tvil om hva som er vurderingen. Grensen den trekker mellom bruksreguleringer som utgjør en importrestriksjon, og dem som ikke gjør det, er også klarere begrunnet.¹⁰³

¹⁰¹ Se bl.a. sak C-463/01 *Resirkulering I* og sak C-309/02 *Resirkulering II*, som bygger på sak 177 og 178/82 *Van de Haar*.

¹⁰² Det samme vil gjelde for generaladvokat *Jacobs* forslag til vurderingsnorm i *Leclerc-Siplec*. ”A substantial restriction” kan i realiteten være det samme som at reguleringen formelt eller reelt utelukker import av produktet. Det avhenger imidlertid av hvordan man anvender ”a substantial restriction”. I mange tilfeller synes jeg ikke vurderingen ser ut til å være noe annet enn om import formelt eller reelt er utelukket. Se eksempelvis *Peršin* (2008) side 40. ”Substantial restriction on market access” fikk ikke anvendelse for andre reguleringer enn dem som formelt eller reelt utelukket import av produkter fra andre medlemsland. Vurderingstema basert på utelukkelse av import vil da etter min oppfatning være et langt klarere vurderingstema.

¹⁰³ Se note 90 og 91 for *Enchelmaier* og *Maduros* synspunkter.



Sakene hvor EU-domstolen til nå har benyttet begrepet, gir ingen grunn til å forstå begrepet videre enn dette. *Mopedssaken* gjaldt et bruksforbud. I *Vannscotersaken* er det mye som tyder på at de svenske reglene i realiteten medførte et tilnærmet bruksforbud.

EØS-avtalen artikkel 11 skal sikre at varer som lovlig kan omsettes i et medlemsland, har fri adgang til markedene i andre medlemsland. EØS-avtalen sikrer derimot ikke fri næringsutøvelse, maksimal profitt for selger/importør eller uhindret handlefrihet for den enkelte borger. Det er i tråd med hensynene bak det indre markedet at medlemslandene kan regulere bruk når reguleringen ikke medfører at import av produkter fra andre medlemsland formelt eller reelt er hindret. Hindring av markedsadgangen forstått som at import av produktet er utelukket, gir således en hensiktsmessig kompetansedeling mellom EU og de nasjonale myndighetene. Det alternative tolkningsalternativet – en bredere vurdering av ulempene reguleringene medfører for selger/importør – er for det første vanskelig å begrunne og etablerer, for det andre, et vurderingstema som er vanskelig å praktisere. EU-domstolen har tidligere avslått det som et egnet vurderingstema på vareområdet.

Mopedssaken og Vannscotersaken må på denne bakgrunn forstås slik at bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner. Etter slik å ha kartlagt hvordan vurderingstemaet skal forstås, blir den videre problemstillingen hvordan man skal anvende vurderingstemaet på bruksbegrensninger.¹⁰⁴

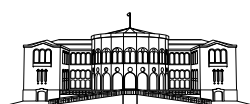
Det presiseres at ”hindring av markedsadgangen” rommer et element av dynamikk, som gir EU-domstolen handlingsrom. Domstolen kan utvide kretsen av bruksreguleringer som utgjør importrestriksjoner, hvis dette synes hensiktsmessig, uten å måtte endre ordlyden i vurderingstemaet.

7. VURDERING AV OM BRUKSREGULERINGER UTGJØR EN IMPORTRESTRIKSJON

7.1 Tilnærmet bruksforbud – hva da?

Hvordan man vurderer en bruksregulering, er avhengig av hvilket ståsted man ser reguleringen ut fra. Før jeg behandler hva som nærmere ligger i at en bruksbegrensning er et tilnærmet bruksforbud, er det nødvendig å fastsette ut fra hvilken synsvinkel man skal vurdere bruksreguleringer: ut fra *brukerens synsvinkel* eller ut fra *markedsaktørens synsvinkel* – importør og selger av produktet.

¹⁰⁴ Bruksforbud er allerede behandlet i kapittel 5.



7.1.1 Markedsaktørens synsvinkel

Vurderingen av om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon, må ses ut fra *markedsaktørens synsvinkel*. Vurderingen er om import av produktet formelt eller reelt er utelukket.¹⁰⁵ Det betyr at hvordan bruksreguleringen rammer den enkelte bruker, ikke er relevant.¹⁰⁶

Ordlyden i *Vannscotersaken* kan imidlertid tilsi at vurderingen skal skje ut fra brukernes synsvinkel:

“[...] preventing **users** of personal watercraft from using them for the specific and inherent purposes for which they were intended or of greatly restricting their use [...]”¹⁰⁷ (min utheving)

Uttalelsen kan forstås slik at vurderingen er avhengig av om den enkelte vannscooterbruker er forhindret fra bruk eller vesentlig begrenset i å bruke produktet. Forståelsen har derimot ikke holdepunkter i det overordnede vurderingstemaet i *Mopedstaken og Vannscotersaken* – hinders market access – og i formålet med EØS-avtalen. ”Hinders market access” taler for at vurderingen må skje ut fra markedsaktørens synsvinkel. Den refererte premissen må derfor ses som en fastleggelse av innholdet i begrepet ”hindres market access”. Standpunktet støttes av formålet bak det indre markedet og hvem EØS-avtalen er ment å beskytte. EØS-avtalen skal sikre at en markedsaktør kan utvide sin virksomhet fra én medlemsstat i fellesskapet til en annen medlemsstat, uten hindringer. EØS-avtalen er ikke ment å beskytte handlefriheten til den enkelte borger. Det avgjørende er om import av produkter fra andre medlemsland er tilnærmet utelukket som følge av reguleringen.

7.1.2 Tilnærmet bruksforbud

Det er vanskelig å si noe eksakt om hva som nærmere ligger i at en bruksbegrensning i realiteten utgjør et bruksforbud, og at import av produkter fra andre medlemsland derfor reelt er utelukket.¹⁰⁸

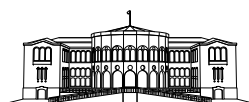
Begrunnelsen for hvorfor bruksforbud utgjør en importrestriksjon, kan kaste lys over hvordan vurderingstemaet skal forstås. Det er klart at et bruksforbud innebærer at det ikke etableres noe

¹⁰⁵ Etter domstolens formuleringer om varens markedsadgang er hindret.

¹⁰⁶ Det forklarer også hvorfor man kan kalle reguleringer av hvor et produkt kan brukes, og av hvem produktet kan brukes, en bruksbegrensning. Fra brukernes synsvinkel vil dette kunne utgjøre et bruksforbud. Eksempelvis er bilbruk forbudt for en 16-åring. Fra markedsaktørens (og myndighetenes) side er bilbruk begrenset til dem over 18 år.

¹⁰⁷ *Vannscotersaken* premiss 28.

¹⁰⁸ Slik også *White (1989)* side 259. Generaladvokat *Kokott* benyttet begrepet ”marginal bruk” for å definere hvilke bruksreguleringer som utgjør en importrestriksjon i tillegg til bruksforbud, jf. *Kokott* i *Vannscotersaken* premiss 67. Begrepet er kritisert for i teorien å være innholdsløst, jf. *Oliver/Enchelmaier (2007)* side 678 og *Gormley (2008)a* side 1667. Kritikken kan likevel være farget av forståelsen av anvendelsesområdet til artikkel 11, om restriksjonsbegrepet skal være vidt eller tilskåret. Videre må kritikken ses i lys av at *Enchelmaier* mener at kun totalforbud og diskriminerende reguleringer utgjør importrestriksjoner, jf. *Enchelmaier (2007)* side 132. Denne tilnæringsmåten blir etter min mening for formalistisk. Se note 91. Se også sak C-265/06 *Vindusfilm*, som også i realiteten gjaldt et bruksforbud. Bruk av film på vinduer i kjøretøy var forbudt, med unntak av godsdelen i godskjøretøy. EU-domstolen fant at det forelå en importrestriksjon.



produktmarked for den aktuelle varen.¹⁰⁹ Det samme må gjelde reguleringer som formelt sett ikke er bruksforbud, men en bruksbegrensning av en slik art at den er tilnærmet et bruksforbud. Heller ikke da vil det etableres noe reelt produktmarked for varer fra andre medlemsstater. Det må utgjøre en importrestriksjon. Vurderingen av om en bruksbegrensning utgjør en importrestriksjon, er således en slags *omgåelsesnorm*. Det er ikke tilstrekkelig at en medlemsstat formelt sett åpner for bruk av et produkt, bruksreguleringen må reelt medføre bruksmuligheter.¹¹⁰

Hvorvidt en bruksbegrensning i praksis utgjør et bruksforbud, må vurderes i den enkelte sak. Utgangspunktet må være i hvilken grad bruksreguleringen medfører reell mulighet for å bruke produktet. Hvis det er reell mulighet for å bruke produktet, vil heller ikke bruksreguleringen medføre at import av produktet er utelukket. Det kan være nyttig å foreta vurderingen av bruksmulighetene i to trinn: 1) Hvilke bruksområder/brukergruppe har produktet?¹¹¹ 2) I hvilken grad medfører bruksbegrensningen at det er et reelt bruksområde for produktet, slik at import av produkter fra andre medlemsland ikke formelt eller reelt er utelukket? Momenter i vurderingen er avhengig av hva slags type bruksbegrensning saken gjelder.

Nasjonale bruksmønstre vil kunne ha betydning ved vurderingen. I de tilfeller hvor et produkt kan brukes på ulike måter, kan det i stat A være bruksområde 1 som er hovedbruksområdet, mens bruksområde 2 er det viktigste i stat B. Et slikt bruksmønster medfører at samme bruksbegrensning ikke vil virke likt i stat A og stat B. Forbud mot bruksmåte 1 i stat A utgjør muligens det samme som et bruksforbud, mens reguleringen ikke har betydning for produktets markedsadgang i stat B. Det nasjonale bruksmønsteret må altså tas i betraktning ved vurderingen av bruksreguleringens betydning.

Økonomiske analyser og statistikk er ikke avgjørende i vurderingen av om en bruksregulering utgjør en importrestriksjon.¹¹² Vurderingen knytter seg til bruksmulighetene reguleringen medfører. Bakgrunnen for dette er den kjensgjerningen at bruksforbud hindrer at et produktmarked opprettes. En regulering som praktisk talt er likt et bruksforbud, leder til samme resultat. Det er ikke nødvendig med økonomiske data for å fastslå en slik sammenheng. Det er også i tråd med hvordan EU-domstolen behandlet de fremlagte økonomiske dataene i *Vannscootersaken*; de ble ikke nærmere kommentert. Vurderingen av hvorvidt noe utgjør en importrestriksjon, kan således ikke være basert på hvor mange prosent av et totalt bruksområde som er forbudt, eller på produktets salgsvolum. Disse kriteriene legger opp til komplekse vurderinger. Når det er sagt: Bevis for nullomsetning i markedet vil selvsagt være gode bevis for hvilken reell bruk reguleringen gir.

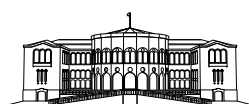
Det kan være omsetning av produktet, selv hvor reguleringen er så streng at den karakteriseres som et bruksforbud. Det henger sammen med at det vil være konsumenter som etterspør produktet også hvor det generelt kun er marginale bruksmuligheter. Ved reelle bruksmuligheter

¹⁰⁹ Se nærmere i kapittel 5.

¹¹⁰ At det reelle bruksområdet for produktet er avgjørende, følger av *Vannscootersaken* premiss 28.

¹¹¹ *Vannscootersaken* premiss 28, "[...] the effect of preventing users of personal watercraft from using them for the **specific and inherent purposes** for which they were intended [...]" (min utheving)

¹¹² Det er viktig av hensynene til prosessøkonomi og ønsket om ensartet praksis. En vurdering basert på økonomiske data og statistikk medfører betydelige prosesskostnader. Vurderingen kan i tillegg bli svært kompleks av slike komponenter.



ville imidlertid markedet vært et annet. Det kan i den sammenheng trekkes en parallell til salgsreguleringer. Svært strenge salgsreguleringer vil utgjøre en importrestriksjon, uavhengig av om de er ikke-diskriminerende.¹¹³ Trolig skal det mer til før en salgsregulering er så streng at den i realiteten er et salgsforbud, enn ved samme vurdering for en bruksregulering. Eksempelvis ville en regulering som medførte et bilfritt Norge fem dager i uken, lettere utgjøre et reelt bruksforbud enn et salgsforbud mot en vare fem dager i uken.

7.2 Geografisk kontekst

Det følger av *Vannscootersaken* at bruksforbud og vesentlige bruksbegrensninger medfører at produktets markedsadgang er hindret. Sett i et nasjonalt perspektiv kunne man tenke seg at et bruksforbud mot vannscooter på Sørlandet og Østlandet ikke utgjorde en importrestriksjon dersom bruk var tillatt i resten av landet. I et nasjonalt perspektiv er ikke import av produktet utelukket. Spørsmålet er om et slikt perspektiv er i tråd med EØS-retten.

EU-domstolen berørte ikke problemstillingen i *Vannscootersaken*. Saken gjaldt en landsdekkende regulering. Domstolen vurderte derfor reguleringene ut fra en nasjonal kontekst. Som eksempelet ovenfor viser, vil en slik ramme for vurderingen fort bli for vid hvor bruk er forbudt i større områder.

Som nevnt ovenfor kan ordlyden i *Vannscootersaken* tilsi at vurderingen må skje ut fra brukerens ståsted, og at dette legger føringer for det geografiske området for vurderingen. Det ville i så fall tilsi en snever kontekst for vurderingen, slik at enhver bruker har bruksmuligheter.

Formålet med EØS-avtalen og etableringen av det indre markedet tilsier at den geografiske konteksten må fastsettes ut fra markedsaktørenes interesser. Bruksforbud vil hindre vareutvekslingen i fellesskapet.¹¹⁴ Det vil også være tilfellet dersom det i store geografiske deler av et medlemsland var adgang til å forby bruk av et produkt, uten at dette utgjorde en importrestriksjon.

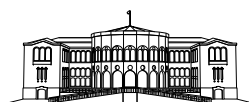
Rettspraksis tilsier også en snever geografisk kontekst for vurderingen. Det følger av praksis at selv om et tiltak som utgjør en importrestriksjon, bare får anvendelse innenfor deler av et medlemsland, utgjør den like fullt en importrestriksjon.¹¹⁵ *Bluhme* er særlig illustrerende for poenget. Saken gjaldt et dansk forbud mot å holde andre biearter enn en spesiell bie på øya Læsø og tilliggende småøyer. Dette ble av EU-domstolen vurdert som et importforbud som utgjorde en importrestriksjon, uavhengig av at tiltaket kun fikk anvendelse i en liten del av medlemsstaten.¹¹⁶ Overført til bruksreguleringer, kan ikke store områder med bruksforbud uten videre falle utenfor artikkel 11. Det må være et moment av geografisk kontekst i vurderingen, slik at man sørger for at produktet har markedsadgang til hele det (potensielle) nasjonale markedet.

¹¹³ *Arnesen* (1999) side 359.

¹¹⁴ Dette er et grunnleggende prinsipp, jf. *Mopedsaken* premiss 34. Se også kapittel 5.

¹¹⁵ Bl.a. sakene *Aragonesa*, sak C-67/97 *Bluhme* og de forente sakene C-277/91, C-318/91 og C-319/91 *Ligur Carni*.

¹¹⁶ *Bluhme* premiss 20.



EU-domstolens uttalelser i *Vannscootersaken* må imidlertid forstås slik at den geografiske konteksten ikke kan være for liten. Ordlyden i *Vannscootersaken* kunne forstås slik at ethvert lokalt bruksforbud utgjør en importrestriksjon. Ordlyden i premiss 28 er knyttet til om *brukeren* er forhindret fra å nyttiggjøre seg av produktet. En slik forståelse vil derimot ignorere de grensene EU-domstolen åpenbart trekker i avgjørelsen. Begrepet ”vesentlig bruksbegrensning” i premiss 28 blir meningsløst dersom ethvert bruksforbud, lite som stort, utgjør en importrestriksjon. Begrepsbruken og avgrensningen i *Vannscootersaken* må også ses i lys av hensynet til nasjonale myndigheters reguleringskompetanse. Hvis den geografiske konteksten for vurderingen blir for snever, vil i realiteten enhver regulering utgjøre en importrestriksjon. En vurdering på kommunalt nivå i Norge vil eksempelvis fort gjøre premissene i *Vannscootersaken* illusoriske.

Å fastsette den nærmere geografiske konteksten er problematisk. Fastsettelsen må skje under hensynene til markedsaktørene – det skal være et nasjonalt marked for produktet – og til nasjonale myndigheter: Ethvert lokalt forbud kan ikke utgjøre en importrestriksjon. Det må foretas en rimelig balansering av disse hensynene. Det kan tenkes at en form for regionalinndeling best ivaretar disse hensynene.¹¹⁷

7.3 Lokale bruksforbud

Problemstillingen i dette kapittelet er hvordan man vurderer lokale bruksforbud. Det kan f.eks. være et kommunalt forbud, eller at man har tillatt bruk av produktet, men forbudt bruk i spesielle områder.¹¹⁸

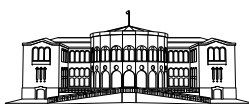
I dette spørsmålet er det etter mitt syn hensiktsmessig å skille mellom ikke-stedbundne og stedbundne varer. Ikke-stedbundne varer vil forbrukeren ha interesse av å bruke, selv om det er et lokalt forbud. Vannscooter er et eksempel på en ikke-stedbunden vare. Stedbundne varer vil forbrukeren ikke ha interesse av å bruke, hvis det er et lokalt forbud. En gressklipper kan tjene som eksempel på en slik vare. En forbruker vil ikke ha noen interesse av å eie en gressklipper hvis den ikke kan benyttes i egen hage. Distinksjonen har betydning for vurderingen av om produktets markedsadgang er hindret. Eksempelvis er det forskjell mellom på den ene siden å forby bruk av gressklipper i Bærum og på den andre siden å forby bruk av skateboard der.¹¹⁹

For ikke-stedbundne varer vil ikke nødvendigvis et lokalt forbud ha betydning for vurderingen av om produktets markedsadgang er hindret. Dersom det innenfor et avgrenset geografisk

¹¹⁷ Det presiseres at dersom det er legitimt begrunnet og proporsjonalt ikke å åpne et område for bruk, vil det ikke opprettes et produktmarked i dette området.

¹¹⁸ Regulering av hvor et produkt kan brukes, må innebære tillatelse noen steder og forbud andre steder.

¹¹⁹ Grensegangen mellom ikke-stedbundne og stedbundne varer kan være vanskelig å trekke, og derfor kan distinksjonen være lite hensiktsmessig. En bil er et eksempel på en vare som er vanskelig å klassifisere. Distinksjonen er imidlertid nyttig for å vise ulikheter i vurderingen av om markedsadgangen for produkter fra andre medlemsstater er hindret.



område er reelle bruksmuligheter, vil det lokale forbudet ikke ha betydning. For brukeren vil det muligens oppleves som et bruksforbud, men ikke for importør/selger av produktet.¹²⁰

For stedbundne varer blir det annerledes. Et lokalt forbud mot bruk av slike vil medføre at forbrukeren ikke har noen interesse av produktet, som igjen vil utelukke import av produktet.¹²¹ Eksempelvis vil det ikke være noe marked for gressklippere i Bærum hvis bruk av disse produktene er forbudt. For disse varene må et lokalt bruksforbud utgjøre en importrestriksjon. Det følger, for det første, av *Mopedsaken og Vannscootersaken* at hvis reguleringen ”hindres market access”, foreligger det en importrestriksjon. Dernest følger det av praksis fra EU-domstolen at lokale importrestriksjoner utgjør importrestriksjoner, selv om de kun får anvendelse innenfor en avgrenset del av medlemsstaten.¹²² Hvor det lokalt er et bruksforbud eller et tilnærmet bruksforbud for en stedbunden vare, vil dette måtte karakteriseres som en importrestriksjon.

8. AVGJØRELSENE BETYDNING FOR GJELDENE RETT VEDRØRENDE ARTIKKEL 11 I EØS-AVTALEN

I dette kapitlet vil jeg kort kommentere om *Mopedsaken og Vannscootersaken* innebærer endring av gjeldende rett vedrørende EØS-avtalen artikkel 11. Etter EU-domstolens avgjørelser i *Mopedsaken og Vannscootersaken*, er det hevdet i juridisk teori at domstolens begrep ”hindres market access” innebærer en endring av gjeldende rett. Nærmere bestemt er det hevdet at avgjørelsene i *Mopedsaken og Vannscootersaken* innebærer at vurderingen av salgsreguleringer for fremtiden vil bli en annen.¹²³ Dette på bakgrunn av at EU-domstolens uttalelser i *Mopedsaken og Vannscootersaken* tolkes annerledes enn hva som er lagt til grunn i dette notatet. Ut fra denne synsvinkelen legges det opp til en bredere vurdering av om produktets markedsinntreden er vanskeliggjort, ikke bare en vurdering av om produktet formelt eller reelt er utelukket fra markedet.

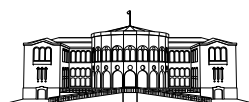
Som nevnt innebar *Keck* at nasjonal regulering av hvor, når, hvordan og av hvem en vare kan selges, ikke utgjør en importrestriksjon, med mindre reguleringen medfører at omsetningen av innenlandske og utenlandske varer påvirkes forskjellig, rettslig eller faktisk. Uavhengig av om reguleringen rettslig eller faktisk påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske varer forskjellig, vil reguleringen utgjøre en importrestriksjon dersom salgsreguleringen i praksis innebærer at det ikke er mulig å selge varen. Dersom *Mopedsaken og Vannscootersaken* innebærer en endring av *Keck*-doktrinen, medfører det at salgsreguleringer som etter *Keck*-doktrinen ikke utgjorde en importrestriksjon, igjen kan falle innenfor forbudet i EØS-avtalen artikkel 11. Særlig vil dette gjelde for nasjonale reklamereguleringer som etter *Keck* ikke har utgjort en importrestriksjon.

¹²⁰ Det kan trekkes en parallell til salgsreguleringer. I sak C-391/92 *Morsmelkerstatning* fant EU-domstolen at krav om at morsmelkerstatning bare kunne selges på apotek, ikke utgjorde en importrestriksjon. Det kan presiseres at for områder hvor det ikke fantes apotek, kunne vanlige butikker få salgstillatelse. At ikke enhver butikk kunne selge morsmelkerstatning, utelukket ikke import av varen, tilsvarende vurderingen av lokale bruksforbud.

¹²¹ *Mopedsaken* premiss 56-57.

¹²² *Bluhme* premiss 20.

¹²³ Spaventa (2009) og Pecho (2009).



EU-domstolens uttalelse i *Mopedsaken* premiss 37 om ”any other measure” som hindrer produktets markedsadgang, kan naturlig leses slik at man ikke trenger å ta stilling til hvilken regelkategori et tiltak tilhører, når man vurderer om tiltaket utgjør en importrestriksjon. Formelt sett kan det derfor synes som om EU-domstolen forlater Keck-doktrinen og dennes særskilte vurdering av salgsreguleringer. Etter min mening innebærer ikke dette en utvidelse av når salgsreguleringer utgjør en importrestriksjon. *Mopedsaken*, *Vannscootersaken* og *Keck-doktrinen* gir derimot anvisning for samme vurdering. For å rammes av artikkel 11 må reguleringen enten formelt eller reelt utelukke import fra andre medlemsland eller direkte eller indirekte forskjellsbehandle utenlandske produkter.¹²⁴

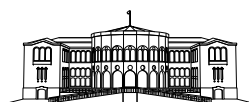
Konsekvensene av de generelle uttalelsene i *Mopedsaken* premiss 37 er avhengig av hvordan man tolker *Mopedsaken* og *Vannscootersaken*.¹²⁵ Den underliggende begrunnelsen for hvordan bruksreguleringer skal vurderes, må være den samme som for vurderingen av øvrige tiltak og reguleringer. Det vil si at dersom ”hindring av markedsadgangen” i *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* skal forstås som tiltak som formelt eller reelt utelukker import av utenlandske varer, må denne forståelsen av artikkel 11 gjelde, uavhengig av hva slags kategori av ikke-diskriminerende regler saken gjelder. Det er ingen grunn til at den underliggende begrunnelsen skal være ulik, avhengig av hva slags tiltak saken gjelder.¹²⁶ Det innebærer også at dersom ”hinders market access” skal forstås videre enn hva jeg har lagt til grunn i dette notatet, innebærer dette også at samme vide vurderingstema må legges til grunn for andre ikke-diskriminerende tiltak. Det vil da innebære en endring av Keck-doktrinen og hvilke salgsreguleringer som utgjør importrestriksjoner. En slik videre tolkning av begrepet ”hinders market access” vil dermed ha betydning for lovgivers handlerom hva gjelder salgsreguleringer, og for når slike reguleringer må begrunnes for å opprettholdes.

Etter min mening er det ikke grunnlag for å hevde at *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* tilsidesetter Keck-doktrinen. Det er en for vid tolkning av avgjørelsene. Uten klarere holdepunkter i dommene eller i etterfølgende praksis er det i det minste for tidlig å legge til grunn en slik tolkning.

¹²⁴ Produktkrav vil falle inn under en av kategoriene, avhengig av hvordan man vurderer slike.

¹²⁵ Se note 123, hvor det er henvist til avvikende syn på følgene av *Mopedsaken* og *Vannscootersaken*.

¹²⁶ Tilsvarende *Weiler (2000)* side 228 om begrensningen av Keck-doktrinen til salgsreguleringer. Ulik begrunnelse for ulike tiltak ville innebære uheldig regelkategorisering innenfor artikkel 11. Den konkrete vurderingen kan imidlertid bli ulik, avhengig av hva slags regulering saken gjelder.



KILDER

Avgjørelse fra EFTA-domstolen:

E-4/04, *Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet*. REC 2005 s. 1

Avgjørelser fra EU-domstolen:

Sak 2/73 *Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi*, Sml. 1973 s. 865

Sak 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, Sml. 1974 s. 837

Sak 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*,

Sml. 1979 s. 649

Sak 34/79 *Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby*,

Sml. 1979 s. 3795

Sak 155/80 *Bøtesak mot Sergius Oebel*, Sml. 1981 s. 1993

Sak 75/81 *Joseph Henri Thomas Blesgen*, Sml. 1982 s. 1211

Sak 261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA*, Sml. 1982 s. 3961.

Sakene 177 og 178/82 *Criminal proceedings against Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV*, Sml. 1984 s. 1979.

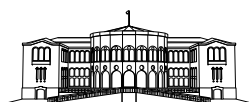
Sak 174/82 *Straffesak mot Sandoz BV*, Sml. 1983 s. I-2445

Sakene 60 og 61/84 *Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français*,

Sml. 1985 s. 2605

C-69/88 *H. Krantz GmbH & Co. v Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands State*,

Sml. 1990 s. I-583



C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivía SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña,*

Sml. 1991 s. I-4151

C-2/90 *Kommisjonen mot Belgia,* Sml. 1992 s. I-4431

C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc,* Sml. 1992 s. I-6635

C-267- og 268/91 *Straffesak mot Bernard Keck and Daniel Mithouard (Keck),*

Sml. 1993 s. I-6097

C-277/91, C-318/91 og C-319/91 *Ligur Carni Srl and Genova Carni Srl v Unità Sanitaria Locale n. XV di Genova and Ponente SpA v Unità Sanitaria Locale n. XIX di La Spezia and CO.GE.SE.MA Coop a r l,* Sml. 1993 s.I-6621

C-93/92 *CMC Motorradcenter GmbH v Pelin Baskiciogullari,* Sml. 1993 s. I-5009

C-379/92 *Straffesak mot Matteo Peralta,* Sml. 1994 s. I-3453

C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas (Morsmelkerstatning),* Sml. 1995 s. I-1621

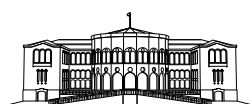
C-427/93, C-429/93 og 436/93 *Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S (C-427/93) and C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S (C-429/93) and Bayer Aktiengesellschaft and Bayer Danmark A/S v Paranova A/S (C-436/93),*
Sml. 1996 s. I-3457

C-96/94 *Centro Servizi Spediporto Srl v Spedizioni Marittima del Golfo Srl,*

Sml. 1995 s. I-2883

C-134/94 *Esso Española SA v Comunidad Autónoma de Canarias,* Sml. 1995 s. I-4223

De forente sakene C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP SpA v Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl v Comune di Chioggia and Lingral Srl v Comune di Chioggia,*



Sml. 1995 s. I-3257

C-34, 35- og 36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) and TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)*, Sml. 1997 s. I-3843

C-266/96 *Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Sml. 1998 s. I-3949

C-67/97 *Straffesak mot Ditlev Bluhme*, Sml. 1998 s. I-8033

C-412/97 *ED Srl v Italo Fenocchio*, Sml. 1999 s. I-3845

C-44/98 *BASF AG v Präsident des Deutschen Patentamts*, Sml. 1999 s. I-6269

C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)*, Sml. 2001 s. I-1795

C-473/98 *Kemikalieinspektionen v Toolex Alpha AB*, Sml. 2000 s. I-5681

C-388/01 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2003 s. I-721

C-463/01 *Kommisjonen mot Tyskland (Resirkulering I)*, Sml. 2004 s.11705

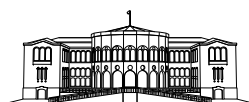
C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Sml. 2004 s. I-9609

C-309/02 *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. and S. Spitz KG v Land Baden-Württemberg (Resirkulering II)*, Sml. 2004 s. I-11763

C-20/03 *Straffesak mot Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden,Anthony De Jong*, Sml. 2005 s. I-4133

C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels GmbH v Claudia Schmidt*, Sml. 2006 s. I-2093

C-110/05 *Kommisjonen mot Italia (Mopedsaken)*. Avgjørelse avsagt 10. februar 2009, ennå ikke publisert.



C-142/05 *Åklagaren mot Percy Mickelsson & Joakim Roos (Vannscotersaken)*. Avgjørelse avsagt 4. juni 2009, ennå ikke publisert.

C-265/06 *Kommisjonen mot Portugal (Vindusfilm)*, Sml. 2008 s. I-2245

C-518/06 *Kommisjonen mot Italia (Kontraheringsplikt)*. Avgjørelse avsagt 28. april 2009, ennå ikke publisert.

C-35/08 *Grundstücksgemeinschaft Busley and Cibrian Fernandez v Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*. Avgjørelse avsagt 15. oktober 2009, ennå ikke publisert.

Generaladvokatuttalelser:

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i C-412/93 *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA*, Sml. 1995 s. I-179

Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i C-110/05 *Kommisjonen mot Italia (Mopedssaken)*, ennå ikke publisert.

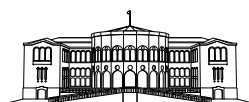
Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i C-110/05 *Kommisjonen mot Italia (Mopedssaken)*, ennå ikke publisert.

Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-142/05 *Åklagaren mot Percy Mickelsson & Joakim Roos (Vannscotersaken)*, ennå ikke publisert.

Bøker:

Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*. 2. utgave, Oxford University Press, 2007.

Bekkedal, Tarjei. *Maktfordeling under en europeisk økonomisk konstitusjon*. Oslo, 2007.



Davies, Gareth. Nationality Discrimination in the European Internal Market. Kluwer Law International, 2003.

Lenaerts, Koen og Piet Van Nuffel. Robert Bray (ed.) Constitutional Law of the European Union. 2. utgave. Thomson, 2005.

Lenaerts, Koen, Dirk Arts og Ignace Maselis. Robert Bray (ed.) Procedural Law of the European Union. 2. utgave. Thomson, 2006.

Oliver, Peter og Malcolm Jarvis. Free movement of goods in the European Community. 4. utgave. Sweet and Maxwell, London, 2003.

Peršin, Tamara. Free Movement of Goods and Limits of Regulatory Autonomy in the EU and WTO. TMC Asser Press, 2008.

Sejersted m.fl. EØS-rett. 2. utgave. Universitetsforlaget, 2004.

Snell, Jukka. Goods and Services in EC law. A study of the Relationship Between the Freedoms. Oxford University Press, 2002.

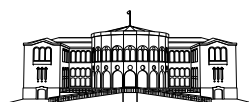
Snell, Jukka og Wulf- Henning Roth (ed.). Services and Free Movement in EU Law. Oxford University Press, 2002.

Weiler, Joseph Halevi Horowitz (ed.). The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade? Oxford University Press, 2000.

Artikler:

Arnesen, Finn. EØS-avtalen og norsk alkoholpolitikk. I: Lov og rett. Nummer 6 (1999), side 357-363.

Barnard, Catherine. Trailing a new approach to free movement of goods? I: The Cambridge Law Journal. Volume 68 (2009), side 288-290.



Dashwood, Alan. Non-discriminatory trade restrictions after *Keck*. I: The Cambridge Law Journal. Volume 61 (2002), side 35-38.

Enchelmaier, Stefan. The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of *Keck*. I: Yearbook of European Law. Volume 22 (2003), side 249-323.

Enchelmaier, Stefan. Four Freedoms, How Many Principles? I: Oxford Journal of Legal Studies. Volume 24 number 1 (2004), side 155-172.

Enchelmaier, Stefan. The ECJ's Case Law on the Free Movement of Goods: Movement in All Sorts of Directions. I: Yearbook of European Law. Volume 26 (2007), side 115-156.

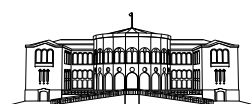
Gormley, Laurence.[a] Silver Threads among the Gold...50 Years of the Free Movement of Goods. I: Fordham International Law Journal. 2007-2008, side 1637-1691.

Gormley, Laurence.[b] The Definition of Measures Having Equivalent Effect. I: Continuity and Change in EU Law. Oxford 2008. (Festschrift til Sir Francis Jacobs, ed. Arnall, Anthony, Eeckhout, Piet, Tridimas, Takis og Bingham, Tom.), side 189-204.

Horsley, Thomas. Case C-110/05, Commission c. Italy, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009, not yet reported; Case C-142/05, Åklageren v. Percy Mickelsson and Joakim Roos, Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 June 2009, not yet reported; Case C-265/06, Commission v. Portugal, Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 April 2008, [2008 ECR I-2245. Anyone for *Keck*? I: Common Market Law Review. Volume 46 (2009), side 2001-2019.

Maduro, Miguel Poiares. Harmony and Dissonance in Free Movement. I: Andenæs og Roth(ed), Services and Free Movement in EU law, Oxford 2002, side 41-68.

Mathisen, Gjermund. Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter. I: Jussens Venner. Årgang 42 (2007), side 80-92.



Oliver, Peter og Stefan Enchelmaier. Free movement of goods: recent developments in the case law. I: Common Market Law Review. Volume 44 (2007), side 649-704.

Pecho, Peter. Good- Bye *Keck*?: A Comment on the Remarkable Judgment in Commission v. Italy, C-110/05. I: Legal Issues of Economic Integration. Volume 36 (3) (2009), side 257-273.

Prete, Luca. “Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck*.” I: Legal Issues of Economic Integration. Volume 35(2) (2008), side 133-155.

Shuibhne, Niamh Nic. “A court within a court: is it time to rebuild the Court of Justice? I: European Law Review. Volume 34(2) (2009), side 173-174.

Snell, Jukka. The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan? Upublisert. Artikkelen vil bli publisert i Common Market Law Review i 2010.

Spaventa, Eleanor. Leaving *Keck* Behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos. I: European Law Review. Volume 34 (6) (2009), 914-932.

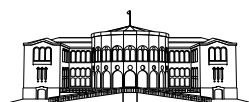
Tryfonidou, Alina. Was *Keck* a Half-baked Solution After All? I: Legal Issues of Economic Intergration. Volume 34 (2) (2007) side 167-182.

Weiler, J.H.H. Epilogue: Towards a Common Law of International Trade. I: Weiler (ed), The EU, the WTO and the NAFTA (./-) Towards a Common Law of International Trade?, Oxford, 2000, side 201-229.

White, Eric. In search of the limits to article 30 of the EEC treaty. I: Common Market Law Review. Volume 26 (1989), side 235-280.

Høyesterettsavgjørelse:

Rt. 2004 side 834



Øvrige kilder:

Brev:

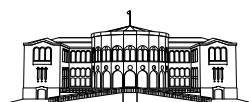
Brev fra ESA til Miljøverndepartementet 15. juli 2009.

Brev fra Miljøverndepartementet til ESA 15. oktober 2009.

Innlegg i EU-domstolen:

Skriftlig innlegg fra Regjeringsadvokaten til EU-domstolen i sak C-433/04 Åklagaren mot Lars Sandström.

Muntlig innlegg fra Regjeringsadvokaten i høringen i sak C-142/05 Åklagaren mot Percy Mickelsson & Joakim Roos (Vannscotersaken).



ISBN 978-82-8196-042-8

ISSN 1890-2537