

Fria varurörelser och söndagsöppet — rättsläget inom EU efter Keck

Bakgrund

Regeln om fria varurörelser i Romtraktatens artikel 30 är en av de fyra¹ grundläggande friheter kring vilka EU är uppbyggd. Artikel 30 förbjuder kvantitativa restriktioner av handeln mellan medlemsländerna såväl som åtgärder med motsvarande verkan. I artikel 36 uppräknas grunder på vilka en nationell reglering kan tillåtas trots att den innebär handelshinder. I linje med övriga artiklar i traktaten vilka medger undantag från de grundläggande friheterna tolkas artikel 36 undantagslöst restriktivt av EU-domstolen.

Medan definitionen av kvantitativa restriktioner i artikel 30 är relativt okomplicerad har innebörden av "åtgärder med motsvarande verkan" vållat EUs myndigheter åtskilligt huvudbry. Grunden för definitionen av begreppet lades i *Dassonville*.² Här fastslog domstolen att till denna kategori räknas "alla handelshinder vilka, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan hindra handeln mellan medlemsstaterna". Med en så vid tolkning av begreppet riskerar i princip varje tänkbar åtgärd av en medlemsstat att falla under artikel 30. Såvida åtgärden inte kan rättfärdigas under artikel 36 får den inte vidare tillämpas.³ I *Köp irländskt-fallet*⁴ fälldes till exempel en kampanj avsedd att stimulera irländskt näringsliv och uppmuntra irländarna att välja irländska varor. Kampanjen bedrevs av ett oberoende företag, men då den till stora delar finansierades av irländska regeringen ansågs den trots detta utgöra "åtgärd av medlemsstat". Ett annat exempel på åtgärd med motsvarande verkan återfinns i *Kommissionen mot Italien*.⁵ Italienska regeringen krävde att, för att vara berättigade till statligt bidrag vid inköp av motorfordon, italienska myndigheter valde italiensk-tillverkade fordon. Detta var naturligtvis till nackdel för importerade motorfordon vilka hamnade i en avsevärt sämre konkurrenssituation. Även det sätt på vilket en lag eller förordning tillämpas kan fällas. I *Kommissionen mot Frankrike*⁶ försökte en engelsk tillverkare, Pitney Bowes, utan framgång få tillstånd att sälja franke-ringsmaskiner i Frankrike. Efter intervention från kommissionen 1984 hade lagtexten i fråga arbetats om och var enligt ordalydelsen avsedd att tillämpas lika på importerade såväl som inhemskt tillverkade franke-ringsmaskiner. Det faktum att Pitney Bowes gång efter annan, utan synbarliga grunder andra än en favorisering av inhemskt tillverkade franke-ringsmaskiner, förvägrades tillstånd att sälja sina maskiner ansågs utgöra diskriminering.

I samtliga hittills diskuterade fall har domstolen tagit ställning till åtgärder som enbart riktar sig mot importerade varor. Emellertid har det sedan *Dassonville* varit klart att det är *effekten* av en åtgärd som avgör huruvida artikel 30 är tillämplig eller inte. Följaktligen kan också

¹ De övriga tre friheterna är tjänster, kapital och personer.

² 8/74 (1974) ECR 837. Där annat ej anges har översättningar till svenska gjorts av artikelförfattaren.

³ Med undantag för *Cassis de Dijon*-principen, även benämnd "the rule of reason", vilken behandlas nedan.

⁴ 249/81 (1982) ECR 4005.

⁵ C-263/85 domslut av 16 maj 1991.

⁶ 221/84, (1985) ECR 1356.

åtgärder vilka inte riktar sig direkt mot importerade varor, men där effekten likafullt blir en diskriminering mot sådana, träffas av artikeln. I *Drei Glocken*⁷ behandlades en italiensk lag enligt vilken enbart pasta tillverkad av durumvete fick benämnas pasta. Regeln riktade sig mot all pasta, oavsett ursprungsland. Pasta tillverkad utanför Italien innehåller ofta lite, om alls något, durumvete. Att inte få marknadsföra sådan under namnet pasta innebär konkurrensmässig nackdel för tillverkaren och en negativ inverkan på handeln mellan Italien och andra medlemsstater i denna vara. Följaktligen fann domstolen att kravet bröt mot artikel 30.

Domstolens domslut i *Cassis de Dijon*⁸ innebar en milstolpe i fråga om sådana åtgärder. Cassis de Dijon tillverkades och såldes i Italien under benämningen likör, innehållande 15–20 procent alkohol. Vid försäljning i Tyskland måste en alkoholhaltig dryck, för att få betecknas som likör, innehålla minst 32 procent. Lagrummet riktade sig mot tyska såväl som mot importerade drycker, men effekten av dess tillämpning var diskriminering av importerade drycker. Tyska myndigheter anförde, förgäves, till sitt försvar en av grunderna i artikel 36, nämligen skydd av folkhälsan. Man menade att med större tillgång av drycker med lägre alkoholinnehåll riskerade konsumenter att frestas av dessa och lockas in i ett missbruk av alkohol. Domstolen förhöll sig kallsinnig till detta argument. Däremot fastlade man en princip vilken utgör ett viktigt steg i tillämpningen av artikel 30. Inledningsvis konstaterades att ”i avsaknad av harmonisering avgör varje medlemsstat självständigt vilka regleringar som riktas mot produktion och försäljning av alkohol”. Detta befanns dock vara avhängigt av EG-rättsliga krav: ”Hinder mot fria varurörelser inom Gemenskapen vilka uppstår ur olikheter mellan nationella regleringar av försäljning av varorna i fråga måste anses nödvändiga om de tillfredsställer vissa tvingande behov såsom fiskal kontroll, skydd av folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd.” Med detta avgörande öppnades en möjlighet för medlemsstaterna att, helt fristående från artikel 36, rättfärdiga åtgärder. Cassis de Dijon-principen kan ses som en sorts ”rule of reason”; kan ”tvingande behov” påvisas faller den nationella åtgärden helt utanför artikel 30:s tillämpningsområde. Detta innebär en avsevärd fördel för medlemsstaten såtillvida att domstolens tillämpning av principen varit generösare än tillämpningen av artikel 36. ”Tvingande behov” såsom de definierats i Cassis de Dijon är, till skillnad från artikel 36, inte någon sluten kategori. Även andra grunder har ansetts kunna rättfärdiga nationell lagstiftning innebärande handelshinder. Dock måste, här som vid annan tillämpning av EG-rättsliga regler, proportionalitetsprincipen respekteras, vilket domstolen särskilt påpekade. Den nationella åtgärden måste stå i proportion till det ”tvingande behov” som säkerställs. Domstolens beredvillighet att finna att en nationell åtgärd strider mot artikel 30 är stor och möjligheten för en medlemsstat att rättfärdiga åtgärden,

⁷ 407/85 *Drei Glocken GmbH & Kritzingen v. USL Centro-Sud*, (1988) ECR 4233.

⁸ 120/78 *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979) ECR 649. För ytterligare analys av Cassis de Dijon-målet se t. ex. ”EG-medlemskap och strängare nationella miljöåtgärder” av docent Said Mahmoudi, SvJT 1993 s. 419 och ”Marknadsföringslagens tillämplighet i EES-rättslig belysning” av professor Michael Bogdan, SvJT 1994 s. 277.

enligt artikel 36 eller enligt Cassis de Dijon-principen är förhållandevis liten. Domstolens möjlighet att tillgodose nationella behov får oftast ge vika för den allt överskuggande principen om marknadsintegration och fria varurörelser.

Söndagsöppet

Mot denna bakgrund kom inte avgörandena i *Söndagsöppet*-fallen⁹ som någon större överraskning. Talan väcktes i engelsk domstol mot affärskedjan B & Q av Torfaen Borough Council.¹⁰ Grunden för talan var att B & Q brutit mot den engelska lagstiftning som förbjuder handel i vissa varor på söndagar. I lagrummet i fråga uppräknas varor för vilka undantag från förbudet mot söndagsöppet kan medges, en till synes inkonsekvent lista. Till exempel får pornografiska tidningar säljas men inte biblar, torrmjök men inte mjök på flaska osv. Till sitt försvar hävdade B & Q att artikel 30 har direkt effekt¹¹ och att nationell domstol inte får tillämpa nationell lagstiftning vilken strider mot sådan EU-rätt. Den engelska lagen var, enligt B & Q, att anse som "åtgärd med motsvarande verkan" och ett handelshinder vilket "direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan hindra handeln mellan medlemsstater". Eftersom ett förbud inverkar menligt på försäljningsvolymen och en del av B & Qs varor importerades från andra medlemsstater skulle också handeln med dessa påverkas negativt. B & Q hävdade vidare att varken undantagen i artikel 36 eller "the rule of reason" var tillämplig.

Den nationella domstolen, Cwmbran Magistrates Court, fann sig i behov av vägledning och hänsköt, enligt Romfördragets artikel 177, tre frågor till EU-domstolen. Den huvudsakliga innebörden av dessa var huruvida ett förbud mot söndagsöppet som det ifrågavarande anses som en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 30.

I ett ovanligt kort avgörande började EU-domstolen med att konstatera att åtgärden riktade sig mot produkter med engelskt ursprung såväl som mot importerade produkter. Med en hänvisning till *Cinéthèque*¹² påpekades vidare att sådana åtgärder är förenliga med artikel 30 endast om de hinder mot handeln mellan medlemsländer som uppstår inte överskrider vad som är att anse som nödvändigt med avseende på vad man önskar uppnå. Det var nödvändigt att undersöka om lagstiftning rörande söndagsöppet fullföljer ett syfte vilket kan rättfärdigas enligt EG-rätten. Domstolen har tidigare¹³ konstaterat att regler avseende arbetstider, leveranser och försäljning inom bageribranschen utgör en del av nationell socialpolitik. Man hänvisade nu till detta domslut och ansåg att samma resonemang var tillämpligt i förevarande fall. Vidare påpekades att sådana förbud inte är ägnade att styra handeln mellan medlemsländer. Det konstaterades att ett sådant nationellt förbud inte är förenligt med artikel 30 om effekten härav överskrider vad som kan anses nöd-

⁹ 145/88 *Torfaen BC v. B&Q* (1989) ECR 765.

¹⁰ Borough Council kan ungefär översättas med kommunstyrelse.

¹¹ För en definition av begreppet direkt effekt se något av standardverken, t. ex. *Hartley* "The Law of European Institutions".

¹² 61/84 *Cinéthèque SA and others v. Fédération Nationale des Cinemas Français* (1985) ECR 2605.

¹³ 155/80 *Oebel* (1981) ECR 1993.

vändigt med avseende på syftet. Tillämpningen av proportionalitetsprincipen lämnade EU-domstolen åt den nationella domstolen.

Vid tidpunkten för beslutet pågick ett flertal liknande rättegångar i andra engelska domstolar. Domarna i dessa domstolar stod nu inför den prekära uppgiften att avgöra huruvida förbud mot söndagsöppet stred mot proportionalitetsprincipen. Den mindre önskvärda situationen uppstod att ett antal motstridande domslut avgavs av engelska domstolar. Till exempel ansåg Northcote J. i *B & Q mot Shrewsbury and Atcham BC*¹⁴ att syftet med det engelska lagrummet var att "skydda de anställda som inte önskar arbeta om söndagar" och inte att "bevara söndagens traditionella karaktär som en dag för vila och bön". Syftet kunde ha uppnåtts med andra åtgärder medförande mindre påverkan på handeln mellan medlemsstater. Följaktligen stred paragrafen mot proportionalitetsprincipen. I *Torfaen-fallet*, å andra sidan, fann den engelska domstolen att avsikten med lagrummet var att "bevara den särskilda traditionella karaktären av söndagen som en handelsfri dag, en dag för vila, avkoppling, umgänge och bön". Förbudet mot söndagsöppet ansågs vara proportionellt och nödvändigt för att uppnå detta syfte.

Frågan måste då bli "Hur kan EU-domstolen döma för att undvika situationer som denna?" Problemet har varit föremål för livlig debatt allt sedan EU-domstolen avgav beslutet i *Torfaen-fallet*. Gormley¹⁵ anser att med en tillämpning av *Dassonville*-principen, slutledningen oundvikligen måste bli att ett förbud mot söndagsöppet förhindrar handeln mellan medlemsstater och att den enda relevanta frågan är huruvida "the rule of reason" eller artikel 36 är tillämplig. Han påpekar att domstolen i tidigare domslut lämnat klar vägledning även i fråga om proportionalitet¹⁶ och att man kunde ha gjort så även här utan risk för att "trampa den nationella domstolen på tårna". Han rekommenderar en "mekanisk" tillämpning av *Dassonville*-principen och "the rule of reason". Faran att EU-domstolen översvämmas av frågor från nationella domstolar bemöts med påpekandet att parter i nationella mål inte bör se artikel 30 som universalmedel mot varje liten nationell reglering. Emellertid, tillfogar han, är problemet mera djupgående än så. Avsikten med artikel 36 och "the rule of reason" är inte att uppnå kompetensfördelning mellan den enskilda staten å ena sidan och Gemenskapen å andra, utan snarare att upprätthålla rimliga nationella politiska beslut inom de områden där gemenskapen ännu inte handlat. För närvarande råder stor frihet för medlemsstaterna, och domstolen bör inte avstå från att övervaka denna frihet.

Steiner¹⁷ förespråkar en mera flexibel tillämpning av *Dassonville*-principen. Bestämmande för huruvida en åtgärd faller inom artikel 30:s tillämpningsområde bör vara om den innebär *hinder* mot handeln mellan medlemsstater, inte huruvida handeln mellan medlemsstater *påverkas*. En åtgärd medförande minimal påverkan på handelsvolymen bör

¹⁴ (1990) 3 CMLR 535. Se även Steiner: "Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC" (1992) CMLRev s. 749.

¹⁵ Commentary on *Torfaen BC v. B & Q* (1990) CMLRev s. 141.

¹⁶ Se t. ex. *Cassis de Dijon*.

¹⁷ Ibid not 14.

sålunda inte träffas av artikel 30-förbudet även om handeln i det enskilda fallet sjunkit märkbart. Även detta resonemang finner stöd i ett antal domstolsavgöranden.¹⁸

Sammanfattningsvis är opinionen splittrad och behovet av vägledning stort och vilja att välkomna avgörandet i Keck-fallet¹⁹ som lösning på en del av problemet saknades inte. Åtal väcktes i fransk domstol mot Bernard Keck och Daniel Mithouard för brott mot den lagstiftning som förbjuder återförsäljning av vissa varor till förlustpriser. Som en del av sitt försvar åberopade de tilltalade att fransk lag stred mot artikel 30, och frågan hänsköts till EU-domstolen. I ett likaledes kort avgörande ansåg domstolen att det var növäändigt att på nytt undersöka och klargöra effekten av tidigare prejudikat i frågan. *I motsats till vad som tidigare beslutats*, uttalade domstolen, utgör tillämpningen av vissa nationella försäljningsrestriktioner²⁰ på produkter från andra medlemsstater *inte* direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt handelshinder”.

Vid första anblicken av domslutet kan det synas som ytterligare en milstolpe. Tillämpbarheten begränsas dock avsevärt av det faktum att domstolen enbart diskuterar ”vissa försäljningsrestriktioner”. Dessutom har domstolen, i ett klargörande av Keck-domslutet²¹ återigen framhållit att nationella reglering av varuförsäljning är tillåten endast då den fullföljer ett syfte vilket har företräde framför principen om fria varurörelser.

Sammanfattning

Ovan diskuterade problemställning utgörs i själva verket av två närbesläktade delfrågor. Den första är på vilket sätt artikel 30 kan tillämpas och huruvida Dassonville-principen bör tillämpas mekaniskt eller mera flexibelt. Följdfrågan blir i vilken utsträckning medlemsstater kan åberopa Cassis de Dijon-principen eller artikel 36 för att rättfärdiga nationella åtgärder vilka påverkar handeln mellan medlemsländer.²² På denna punkt får rättsläget ännu sägas vara något oklart. Avgörandet i Keck var klart avgränsat till ”vissa försäljningsregleringar” och erbjuder liten vägledning inom andra områden.

Betydligt mera djupgående är emellertid frågeställning nummer två, nämligen vilken kompetens EU-domstolen bör ha att lämna avgöranden i frågor rörande nationella åtgärder vidtagna inom de områden där EU ännu inte handlat, och hur denna kompetens bör utövas. Lösningen på frågan inbegriper med nödvändighet rättsliga såväl som politiska ställningstaganden. Vikten av dessa framstår som än större i ljuset av begrepp som harmonisering och subsidiaritet. Den närmaste tidens utveckling inväntas med spänning.

Anna Mörner

¹⁸ Se t. ex. C-23/89 *Quiettlynn Ltd v. Southend-on -Sea BC*, (1990) 3 CMLR 55, där EU-domstolen påpekade att handeln mellan medlemsländer i den aktuella varan var möjlig inom gemenskapen vid varje tidpunkt.

¹⁹ C-267-268 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, domslut av 24 november 1993.

²⁰ ”national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements”.

²¹ C-315/92 *Verband Sozialer Wettbeverb v. Estée Lauder Cosmetics GmbH*, domslut av 2 februari 1994, se *Financial Times* 8 februari 1994.

²² För svenskt vidkommande, se ”Marknadsföringslagens tillämplighet i EES-rättslig belysning” av professor Michael Bogdan, SvJT 1994 s. 277.