FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

fremsat den 14. december 2006 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse rejser spørgsmålet om, hvorvidt artikel 28 EF og 30 EF eller Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/25/EF af 16. juni 1994 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fritidsfartøjer [2] (herefter »fritidsfartøjsdirektivet«) er til hinder for en svensk regulering af anvendelsen af vandscootere. Det giver dermed anledning til at diskutere, i hvilket omfang medlemsstatslige forskrifter, som begrænser produkters anvendelse, skal vurderes på grundlag af artikel 28 EF.

2. Hovedsagen handler om muligheden for at straffe to personer, som er blevet tiltalt for at have overtrådt den svenske vandscooterbekendtgørelse [3] (herefter »den svenske bekendtgørelse«). I henhold til denne bekendtgørelse er brugen af vandscootere uden for de offentlige vandveje og vandområder, hvor länsstyrelsen har tilladt brug af vandscootere, forbudt og bødebelagt.

3. Derudover giver anmodningen om præjudiciel afgørelse grund til at fortolke Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter [4] (herefter »informationsdirektivet«).

II — Retsforskrifter

— *Fællesskabsret*

4. Anvendelsesområdet for fritidsfartøjsdirektivet omfattede til at begynde med kun

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 164, s. 15, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/44/EØF af 16.6.2003 om ændring af direktiv 94/25/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fritidsfartøjer (EFT L 214, s. 18).

3 — Bekendtgørelse 1993: 1053, trådt i kraft den 15.7.2004.

4 — EFT L 204, s. 37, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20.7.1998 (EFT L 217, s. 18).

fritidsfartøjer. Med direktiv 2003/44/EF blev anvendelsesområdet for direktivet udvidet til også at omfatte vandscootere.

5. Artikel 2, stk. 2, i fritidsfartøjsdirektivet fastlægger følgende regel:

»Bestemmelserne i dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne under iagttagelse af traktaten kan vedtage bestemmelser om sejlads i bestemte farvande for at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur og for at sikre vandvejenes sikkerhed, forudsat at dette ikke kræver nogen ændring af fartøjer, der er i overensstemmelse med dette direktiv.«

6. Artikel 4, stk.1, i fritidsfartøjsdirektivet lyder som følger:

»Medlemsstaterne kan ikke forbyde, begrænse eller hindre markedsføring i Fællesskabet og/eller ibrugtagning på deres område af de i artikel 1, stk. 1, omhandlede produkter, som er forsynet med den i bilag IV nævnte CE-mærkning, der angiver, at de opfylder alle bestemmelserne i dette direktiv, herunder overensstemmelsesprocedurerne i kapitel II.«

7. Artikel 1 i informationsdirektivet fastslår følgende:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

4. »andet krav«: et krav, der ikke er en teknisk specifikation, og som pålægges et produkt af bl.a. forbruger- eller miljøbeskyttelseshensyn, og som vedrører produktets livscyklus efter markedsføring, såsom betingelser for anvendelse, genanvendelse, genbrug eller bortskaffelse, når disse betingelser kan influere betydeligt på sammensætningen af produktet, dets natur eller afsætningen af det.

[…]

11. »teknisk forskrift«: en teknisk specifikation eller et andet krav eller en forskrift vedrørende tjenester, herunder de administrative bestemmelser, der gælder

herfor, som retligt eller faktisk skal overholdes ved markedsføring, levering eller anvendelse af en tjeneste, eller etablering af en operatør af tjenester i en medlemsstat eller i en væsentlig del af denne stat, samt medlemsstaternes love og administrative bestemmelser vedrørende forbud mod fremstilling, import, markedsføring eller anvendelse af et produkt eller forbud mod levering eller anvendelse af en tjeneste eller mod, at en tjenesteyder etablerer sig, jf. dog artikel 10.

[…]«

8. Artikel 8, stk. 1, første afsnit, i informationsdirektivet bestemmer, at, medlemsstaterne med forbehold af artikel 10 straks sender Kommissionen ethvert udkast til teknisk forskrift.

9. I henhold til artikel 8, stk. 1, tredje afsnit, i informationsdirektivet fremsender medlemsstaterne en ny meddelelse efter ovennævnte regler, hvis de i udkastet til en teknisk forskrift foretager væsentlige ændringer, der fører til en ændring af anvendelsesområdet, en afkortning af den oprindeligt fastsatte anvendelsesfrist, en tilføjelse af specifikationer eller krav eller en stramning af disse.

10. I henhold til artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, aflægger den pågældende medlemsstat rapport til Kommissionen om, hvordan den agter at reagere på den pågældende udførlige udtalelse. Kommissionen fremsætter bemærkninger til denne reaktion.

11. Artikel 10, stk. 1, fastlægger forskellige situationer, hvor anmeldelsespligten falder bort.

— *National ret*

12. Den svenske bekendtgørelse om vandscootere (1993:1053) trådte i den udgave, der ligger til grund for nærværende sag, i kraft den 15. juli 2004.

13. Ifølge den svenske bekendtgørelse er vandscootere fartøjer med en længde på under fire meter, som har indbygget

forbrændingsmotor med vandstrålepumpe som hovedfremdrivningsmiddel, og som er beregnet til at skulle betjenes af en eller flere personer, som sidder, står eller knæler på — snarere end i — skroget.

14. I henhold til bekendtgørelsens § 2 må vandscootere kun benyttes på offentlige vandveje eller på de i § 3, stk. 1, anførte vandområder.

15. Bekendtgørelsens § 3 fastlægger følgende regel:

»Länsstyrelsen kan udstede forskrifter om, i hvilke vandområder i länet, ud over de offentlige vandveje, det er lovligt at anvende vandscootere. Länsstyrelsen skal imidlertid altid udstede sådanne forskrifter for:

1. vandområder, der er så stærkt påvirket af menneskebetingede aktiviteter, at de i forbindelse hermed forekommende støjemissioner og andre forstyrrelser i forbindelse med anvendelsen af vandscootere ikke kan anses for at medføre væsentlige ulemper for mennesker eller miljøet

2. vandområder, der ikke ligger i nærheden af beboelsesområder eller fritidshusområder, og som har ringe natur- og kulturmiljømæssig værdi, den biologiske mangfoldighed, friluftslivet, fritidsfiskeriet, erhvervsfiskeriet og

3. andre vandområder, hvor anvendelsen af vandscootere ikke medfører ulemper for offentligheden i form af støjemissioner eller andre forstyrrelser, og som heller ikke medfører risiko for skade eller forstyrrelser af betydning for dyre- og plantelivet, eller spredning af smitsomme sygdomme.

Länsstyrelsen kan desuden udstede forskrifter om begrænsning af vandscooteranvendelse på offentlige vandveje, såfremt dette er nødvendigt for at undgå, at sådanne ulemper eller risici for skader, som omhandlet i § 3, stk. 1, forekommer, samt om kørsel til og fra offentlige vandruter.«

16. Bekendtgørelsens § 5 bestemmer, at den, der fører en vandscooter i strid med § 2 eller § 3 eller forskrifter, der er udstedt i henhold til § 3, straffes med bøde.

17. I henhold til den forelæggende rets oplysninger fastlægger Sjöfartsverket, hvad der skal forstås ved offentlige vandveje, og bekendtgør dette i sin officielle tidende. De offentlige vandveje er afmærket på søkortene. En offentlig vandvej må indrettes, når vandvejen er af væsentlig betydning for den offentlige trafik, og når den er af væsentlig betydning for fiskerierhvervet, eller når den er af væsentlig betydning for trafik med fritidsfartøjer, og dette er påkrævet af hensyn til sikkerheden på vandvejene.

III — De faktiske omstændigheder og hovedsagen

18. Den svenske anklagemyndighed har rejst tiltale imod Percy Mickelsson og Joakim Roos (herefter »de tiltalte i hovedsagen«) ved Luleå Tingsrätt [5]. De anklages for den 8. august 2004 at have ført vandscootere på vandområder, hvor brugen af vandscootere ifølge den svenske bekendtgørelse ikke var tilladt. Med hensyn til de pågældende vandområder drejer det sig ubestridt hverken om offentlige vandveje i henhold til den svenske bekendtgørelse, på hvilke det er tilladt at færdes med vandscootere, eller om, at den kompetente länsstyrelse for så vidt angår de pågældende vandområder havde tilladt brugen af vandscootere i medfør af § 3 i den svenske bekendtgørelse.

19. De tiltalte i hovedsagen forsvarer sig i det væsentlige med, at den svenske bekendtgørelse er i strid med fællesskabsretten, fordi den er uforenelig med artikel 28 EF og 30 EF, fritidsfartøjsdirektivet og informationsdirektivet.

IV — Det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

20. Ved kendelse af 21. marts 2005 har Luleå Tingsrätt udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

1. a) Er artikel 28 EF — 30 EF til hinder for nationale bestemmelser, som indeholder forbud mod anvendelse af vandscootere andetsteds end på offentlige vandveje eller vandområder, med hensyn til hvilke de lokale myndigheder har meddelt tilladelse til anvendelse af vandscootere i henhold til den svenske bekendtgørelse om vandscootere?

5 — Herefter også »den forelæggende ret«.

1. b) I modsat fald, er artikel 28 EF — 30 EF til hinder for, at en medlemsstat anvender sådanne bestemmelser på en sådan måde, at anvendelse af vandscootere forbydes selv i vandområder, som endnu ikke har været genstand for de lokale myndigheders undersøgelse med henblik på at fastslå, hvorvidt der kan meddeles tilladelse til sejlads med vandscootere i området eller ej?

2) Er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/44/EF om ændring af direktiv 94/25/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fritidsfartøjer til hinder for sådanne nationale bestemmelser om forbud mod anvendelse af vandscootere, som er nævnt ovenfor?

21. I sagen for Domstolen har de tiltalte i hovedsagen, Sveriges, Norges og Østrigs regeringer samt Kommissionen afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. Den tyske regering har afgivet et skriftligt indlæg.

V — Stillingtagen

22. Den forelæggende rets spørgsmål skal vurderes i omvendt rækkefølge; først kommer diskussionen om indholdet af reguleringen vedrørende fritidsfartøjer. Skulle det nemlig vise sig, at direktivet indeholder en udtømmende regulering af brugen af vandscootere, ville ensidige, medlemsstatslige foranstaltninger i henhold til artikel 30 EF ikke kunne berettiges inden for direktivets anvendelsesområde i forbindelse med en prøvelse af artikel 28 EF [6].

— *Fortolkning af fritidsfartøjsdirektivet*

1. Den tidsmæssige anvendelighed af fritidsfartøjsdirektivet

23. De tiltalte i hovedsagen udleder af direktivet en ubegrænset ret til brug af vandscootere og anser derfor den modstridende svenske regulering for uanvendelig. Det skal dog undersøges, om direktivet overhovedet er anvendeligt i tidsmæssig henseende.

6 — Jf. bl.a. dom af 23.5.1996, sag C-5/94, Hedley Lomas, Sml. I, s. 2553, præmis 19, af 13.12.2001, sag C-324/99, DaimlerChrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32, og af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 64.

24. Fritidsfartøjsdirektivet gælder nemlig først efter dets ændring ved direktiv 2003/44 også for vandscootere. I henhold til dets artikel 3, stk. 3, skulle direktivet gennemføres senest den 30. juni 2004, men gennemførelsesforskrifterne skulle først anvendes af medlemsstaterne fra den 1. januar 2005 (herefter »anvendelsesfristen«). De handlinger, der ligger til grund for hovedsagen, fandt sted den 8. august 2004, altså ganske vist efter udløbet af gennemførelsesfristen, men før udløbet af anvendelsesfristen. Skulle den nationale ret, hvilket må antages, lægge tidspunktet for handlingen til grund for bedømmelsen af strafbarheden, rejser der sig derved det problem, at direktivets anvendelsesfrist endnu ikke var udløbet på det pågældende tidspunkt. Det skal derfor diskuteres, om dette er til hinder for, at de tiltalte i hovedsagen kan påberåbe sig direktivet.

25. Et direktiv er ikke umiddelbart anvendeligt før udløbet af gennemførelsesfristen [7]. Det samme må gælde med hensyn til forløbet af anvendelsesfristen. De tiltalte i hovedsagen påberåber sig med hensyn til begrundelsen vedrørende den tidsmæssige anvendelighed af direktivet Domstolens praksis, hvorefter medlemsstaterne, mens fristen for gennemførelsen af et direktiv løber, skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare [8]. Men heller ikke dette kan føre til nogen umiddelbar anvendelighed af direktivet [9].

26. Det følger imidlertid af den i fællesskabsretten anerkendte grundsætning om, at lempelser af strafbestemmelser skal anvendes med tilbagevirkende kraft [10], at en tiltalt så også kan påberåbe sig den straffrihed eller mindre straf med hensyn til vedkommendes adfærd, der følger af et direktiv, når direktivets gennemførelses- eller anvendelsesfrist først var udløbet på tidspunktet for domfældelsen, men endnu ikke på gerningstidspunktet. Bag grundsætningen om den tilbagevirkende kraft af den mildere straffelovgivning ligger den betragtning, at en tiltalt ikke skal kunne dømmes på grund af et forhold, der på tidspunktet for domfældelsen efter lovgiverens ændrede holdning ikke længere er strafværdigt [11]. Når en bestemmelse i et direktiv derfor på tidspunktet for domfældelsen er til hinder for strafbarhed, må den tiltalte kunne påberåbe sig de pågældende holdninger hos fællesskabslovgiver, der anser den pågældende adfærd for at være straffri, selv om direktivets anvendelses- og gennemførelsesfrist endnu ikke var udløbet på gerningstidspunktet. Dette udgør heller ikke nogen fravigelse af den grundsætning, at en direktivbestemmelse ikke kan være umiddelbart anvendelig inden for gennemførelses- eller anvendelsesfristen. Direktivets gunstigere bedøm-

7 — Jf. dom af 3.3.1994, sag C-316/93, Vaneetveld, Sml. I, s. 763, præmis 16, og af 14.9.2000, sag C-348/98, Mendes Ferreira, Sml. I, s. 6711, præmis 33. Noget andet synes efter dommen af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 78, at gælde i det tilfælde, hvor der bag en direktivbestemmelse ligger et almindeligt fællesskabsretligt princip. Se med henblik på direktivkonform fortolkning dom af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler, Sml. I, s. 6057, præmis 12 f.

8 — Jf. dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 45, af 8.5.2003, sag C-14/02, ATRAL, Sml. I, s. 4431, præmis 58, og af 14.9.2006, sag C-138/05, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, Sml. I, s. 8339, præmis 42.

9 — Dom af 5.2.2004, sag C-157/02, Rieser Internationale Transporte, Sml. I, s. 1477, præmis 69.

10 — Jf. med hensyn til dette fællesskabsretlige princip dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 69.

11 — Jf. hertil mit forslag til afgørelse af 10.6.2004 i sag C-457/02, Niselli, Sml. I, s. 10853, punkt 69 ff., og af 14.10.2004 i de forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, punkt 155 ff.

melse kommer nemlig kun den tiltalte til gode med tilbagevirkende kraft på tidspunktet for domfældelsen.

27. På denne baggrund skal det altså i det følgende efterprøves, om direktiv 94/25 er til hinder for en national lovgivning, som af miljøbeskyttelseshensyn grundlæggende forbyder anvendelse af vandscootere uden for offentlige vandveje og derudover kun tillader den på vandområder, som länsstyrelsen har anvist med henblik på anvendelse af vandscootere.

2. Fritidsfartøjsdirektivets indhold

28. Ifølge de i sagen intervenerede regeringer regulerer fritidsfartøjsdirektivet kun de tekniske krav til vandscootere og ikke anvendelsen af dem. Der kan således heller ikke udledes noget forbud imod medlemsstatslige anvendelsesbegrænsninger for vandscootere. De tiltalte i hovedsagen forstår derimod fritidsfartøjsdirektivet på den måde, at det er til hinder for enhver form for anvendelsesbegrænsning for vandscootere, for så vidt disse lever op til de tekniske krav i fritidsfartøjsdirektivet. De støtter deres argumentation på direktivets artikel 4, stk. 1. I henhold til denne bestemmelse må medlemsstaterne ikke forbyde, begrænse eller hindre markedsføring og/eller ibrugtagning af vandscootere, som lever op til de i direktivet opstillede krav. Der rejser sig derfor det spørgsmål, om en medlemsstatslig bestemmelse, der begrænser anvendelsesmulighederne for vandscootere, udgør en ulovlig begrænsning af ibrugtagning som omhandlet i artikel 4, stk. 1.

29. Ifølge Domstolens faste praksis skal man ved fortolkning af fællesskabsretten tage hensyn til såvel en bestemmelses ordlyd som til dens kontekst og målsætninger [12].

30. Den naturlige betydning af begrebet »ibrugtagning« taler for så vidt imod at lade det omfatte enhver form for brugsmæssig adfærd. De omfattende udnyttelsesmuligheder for et apparat ligger i tidsmæssig henseende efter den blotte ibrugtagning og må adskilles fra den. Især må man efter almindelig sprogbrug hvad angår foranstaltninger vedrørende ibrugtagning forstå sådanne, som opstiller krav til det apparat, der skal tages i brug, og som således beskæftiger sig med dets egenskaber, mens anvendelsesreguleringer er sådanne, som handler om brug af et allerede ibrugtaget apparat, dvs. den art og måde, hvorpå det anvendes. Ibrugtagnings- og anvendelsesforskrifter regulerer således klart forskellige områder. I det omfang fællesskabslovgiver i direktivets artikel 4, stk. 1, kun anvender det specielle begreb ibrugtagning, er det til hinder for en forståelse af forskriften, der vil anse

12 — Jf. blot fra den seneste tid domme af 8.12.2005, sag C-280/04, Jyske Finans, Sml. I, s. 10683, præmis 34, og af 9.3.2006, sag C-323/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2161, præmis 32.

forbuddet for også at omfatte medlemsstatslige anvendelsesbegrænsninger.

31. Dette resultat bekræftes af artikel 2, stk. 2, i fritidsfartøjsdirektivet, som også de intervenerede regeringer med rette henviser til. Artikel 2, stk. 2, gør det nemlig klart, at direktivet ikke berører medlemsstaternes ret til »under iagttagelse af traktaten [at] vedtage bestemmelser om sejlads i bestemte farvande for at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur og for at sikre vandvejenes sikkerhed, forudsat at dette ikke kræver nogen ændring af fartøjer, der er i overensstemmelse med dette direktiv«.

32. Under »bestemmelser for sejlads« skal derved utvivlsomt foruden blotte trafikregler også forstås anvendelsesbegrænsninger, idet forskellige former for begrænsninger helt op til udelukkelse af visse trafikmidler inden for sejlads — som også i vejtrafikken — udgør klassiske styringsinstrumenter. Derunder falder altså såvel reguleringer af, hvorledes et fartøj anvendes, som reguleringer vedrørende anvendelsesstedet. Når artikel 2, stk. 2, for så vidt også kun taler om bestemmelser for sejlads i »bestemte« farvande, gør bestemmelsen det i alt fald klart, at anvendelsesforskrifter ikke harmoniseres ved hjælp af direktivet.

33. Den teleologiske fortolkning understreger tillige, at kun de tekniske krav og ikke anvendelsen er genstand for regulering i fritidsfartøjsdirektivet.

34. Således fastslår direktivets 12. betragtning udtrykkeligt, at dette direktiv ikke indeholder nogen bestemmelser om begrænsning af anvendelsen af fritidsfartøjer, efter at de er taget i brug. Det følger af andre betragtninger, at direktivet kun har til formål ved hjælp af harmonisering af de tekniske krav til fritidsfartøjer og vandscootere at eliminere de specifikke handelshindringer, der er en følge af forskellige tekniske krav [13].

35. Også forarbejderne bekræfter, at fritidsfartøjsdirektivet ikke har regulering af anvendelsen af vandscootere som genstand, men kun en harmonisering af de tekniske krav til vandscootere [14]. I Rådets fælles holdning til ændring af direktiv 94/25 hedder det, at man også efter ændringen af direktivet bibeholder medlemsstaternes mulighed for at anvende strengere bestemmelser med hensyn til anvendelsen af bestemte bådtyper [15]. Særlige

13 — Jf. anden, tredje og femte betragtning til fritidsfartøjsdirektivet.

14 — Jf. dom af 21.1.1993, sag C-310/90, Egle, Sml. I, s. 177, præmis 12, om inddragelse af forarbejderne som bekræftelse af et ved hjælp af de andre fortolkningsmetoder opnået fortolkningsresultat.

15 — Fælles holdning (EF) nr. 40/2002 af 22.4.2002 fastlagt af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 94/25/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fritidsfartøjer, EFT C 170 E, s. 1 (16).

begrænsninger for deres anvendelse skal i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet fastlægges på medlemsstatsniveau [16].

36. Den omfattende fortolkning af fritidsfartøjsdirektivet viser altså, at dette kun har villet regulere de tekniske krav, men ikke anvendelsen af fritidsfartøjer og vandscootere [17].

3. Delresultat

37. Sammenfattende kan således fastslås:

Fritidsfartøjsdirektivet er ikke til hinder for nationale retsforskrifter, som af miljøbeskyttelsesgrunde forbyder anvendelse af vandscootere, så længe disse ikke er i strid med bestemmelser i traktaten, navnlig artikel 28 EF. I det følgende skal det derfor undersøges, om artikel 28 EF og artikel 30 EF er til hinder for en national regulering som den svenske.

16 — Fælles holdning, nævnt ovenfor i fodnote 15.

17 — Jf. således også dom af 13.7.2006, sag C-83/05, Voigt, Sml. I, s. 6799, præmis 17 ff.

— *Fortolkning af artikel 28 EF og artikel 30 EF*

1. Artikel 28 EF — foranstaltning med tilsvarende virkning

38. Artikel 28 EF forbyder kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlemsstaterne.

39. Efter Kommissionens opfattelse er der i forbindelse med anvendelsesbegrænsninger som dem, der findes i den svenske bekendtgørelse, tale om foranstaltninger med tilsvarende virkning.

a) Dassonville-formlen

40. Efter den af Domstolen i Dassonvillesagen udviklede definition udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion enhver foranstaltning, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet [18].

18 — Jf. bl.a. dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5, af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097, præmis 11, og af 14.9. 2006, forenede sager C-158/04 og C-159/04, Alfa Vita Vassipoulos, Sml. I, s. 8135, præmis 15.

41. Ifølge de tiltaltes indlæg — ganske vist bestridt af den svenske regering — førte den ved den svenske bekendtgørelse indførte begrænsning af anvendelsen af vandscootere til en tilbagegang i salgstallene for vandscootere på over 90%. Den svenske bekendtgørelse skulle således hindre samhandelen mellem medlemsstater indirekte og aktuelt. Under alle omstændigheder ville ifølge Dassonville-formlen også en potentiel hindring være tilstrækkelig til at kvalificere en foranstaltning som en foranstaltning med tilsvarende virkning. Det ligger i hvert fald ikke fjernt at antage, at en medlemsstatslig regulering, hvorved antallet af vandområder, hvor anvendelse af vandscootere er tilladt, har indflydelse på købernes interesse for det pågældende produkt og derfor medfører en tilbagegang i salgstallene og dermed en tilbagegang i afsætningen af produkter fra andre medlemsstater. En sådan medlemsstatslig regulering er derfor i det mindste potentielt egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne. Følgelig ville den svenske bekendtgørelse udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning.

b) Overførelse af Keck-kriterierne på anvendelsesvilkår

42. Dassonville-formlens rækkevidde har ganske vist til følge, at enhver medlemsstatslig regulering, hvorved anvendelsen af et produkt bliver begrænset, i sidste instans må kvalificeres som en foranstaltning med tilsvarende virkning og skal begrundes.

43. Der rejser sig derfor det spørgsmål, som Domstolen — om end i en anden sammenhæng — også stillede i sin dom i Keck-sagen, nemlig om enhver foranstaltning, som potentielt også kunne påvirke omfanget af omsætningen af varer fra andre medlemsstater, må betegnes som en foranstaltning med tilsvarende virkning [19].

44. At dette spørgsmål især trænger sig på med hensyn til anvendelsesvilkårene, dvs. med hensyn til medlemsstatslige reguleringer, der fastsætter karakteren af og stedet for anvendelsen af produkter, bliver tydeligt ved at se på nogle eksempler.

45. Således ville f.eks. også et forbud mod at anvende terrængående biler uden for veje i skovområder eller hastighedsbegrænsninger på motorveje udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning. Også i relation til sådanne anvendelsesbegrænsninger kan der nemlig argumenteres for, at de muligvis afholder personer fra at købe en terrængående bil eller en særligt hurtig bil, fordi de ikke må benytte dem, som de ønsker, og at anvendelsesbegrænsningen derfor udgør en potentiel hindring for samhandelen inden for Fællesskabet.

19 — Jf. Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 13.

46. Til afgrænsning af det brede anvendelsesområde for artikel 28 EF i forbindelse med anvendelsen af Dassonville-formlen har Domstolen nogle gange forsøgt at fjerne den type af medlemsstatslige foranstaltninger fra anvendelsesområdet for artikel 28 EF, hvis indvirkningen på samhandelen er for uvis og for indirekte [20]. Imod disse kriterier taler ganske vist, at de er svære at konkretisere og derved ikke bidrager til retssikkerheden.

47. Jeg foreslår derimod, at anvendelsesvilkårene i tilfælde, hvor der foreligger den af Domstolen i sagen Keck og Mithouard opstillede forudsætning, i lighed med salgsvilkår, principielt undtages fra anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

48. I Keck og Mithouard-dommen konstaterede Domstolen, at de erhvervsdrivende i stadigt stigende omfang påberåber sig artikel 28 EF med henblik at anfægte de mest forskelligartede bestemmelser, som de anser for en begrænsning af deres *frie erhvervsudøvelse*, selv om bestemmelserne ikke er møntet på varer fra andre medlemsstater [21]. Inden for rammerne af anvendelsesvilkår kan det nu sågar forekomme, at enkelte påberåber sig artikel 28 EF for i grunden at anfægte medlemsstatslige reguleringer, som alene påvirker dem i form af en begrænsning af deres *almindelige handlefrihed*.

49. Med hensyn til salgsvilkår har Domstolen i Keck og Mithouard-dommen fastslået, at anvendelsen af tilsvarende nationale bestemmelser på varer fra andre medlemsstater ikke i Dassonville-dommens forstand er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstater, forudsat at sådanne bestemmelser gælder for alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver deres virksomhed i indlandet, og forudsat at de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemslande på samme måde [22]. De såkaldte produktrelaterede reguleringer, der vedrører produkternes egenskaber, falder ikke ind under »Keck-undtagelsen« [23]. Til grund for Keck og Mithouard-dommen lå forbuddet imod at sælge varer under indkøbsprisen. I tilslutning til denne dom har Domstolen f.eks. indordnet forbud mod salg om søndagen og forbuddet mod, at andre end særligt autoriserede detailhandlere sælger tobak, under bestemmelser vedrørende salgsvilkår [24].

50. Følgen af denne retspraksis er, at en medlemsstatslig regulering, der opfylder kriteriet salgsvilkår, ikke falder ind under anvendelsesområdet for artikel 28 EF, med

20 — Jf dom af 13.10.1993, sag C-93/92, CMC Motorradcenter, Sml. I, s. 5009, præmis 12, af 3.12.1998, sag C-67/97, Ditlev Bluhme, Sml. I, s. 8033, præmis 22, og af 26.5.2005, sag C-20/03, Burmanjer m.fl., Sml. I, s. 4133, præmis 31, hvori kriteriet »for ubetydelig og tilfældig« bliver anvendt. Vedrørende tjenesteydelsesfrihed, se dommen af 17.2.2005, sag C-134/03, Viacom Outdoor, Sml. I, s. 1167, præmis 38.

21 — Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 14.

22 — Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 16.

23 — Jf. bl.a. dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Mars, Sml. I, s. 1923, præmis 13, og af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 11. Vedrørende forslag til en ændring af Keck-kriterierne, især med henblik på at undgå afgrænsningsvanskeligheder mellem produktrelaterede og salgsrelaterede reguleringer, se generaladvokat Maduros forslag til afgørelse af 30.3.2006 i de forenede sager C-158/04 og C-159/04, Alfa Vita Vassipoulos, præmis 42 ff.

24 — Jf. dom af 2.6.1994, forenede sager C-69/93 og C-258/93, Punto Casa og PPV, Sml. I, s. 2355, og af 14.12.1995, sag C-387/93, Banchero, Sml. I, s. 4663.

det resultat til følge, at den er tilladt i henhold til fællesskabsretten, uden at medlemsstaten behøver at begrunde den.

51. På denne baggrund giver den foreliggende sag anledning til at spørge om, hvorvidt anvendelsesvilkår i overensstemmelse med Domstolens Keck-praksis skal undtages fra anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

52. Hvis man nemlig holder sig de karakteristiske træk ved anvendelsesvilkår og salgsvilkår for øje, bliver det tydeligt, at de med hensyn til karakteren og intensiteten af deres indvirkning på varehandelen er sammenlignelige.

53. Salgsvilkår har i princippet først indvirkning efter indførslen af et produkt. Desuden har de via forbrugeren indirekte indflydelse på afsætningen af et produkt f.eks. derved, at forbrugeren ikke kan købe produktet på bestemte ugedage, eller at annoncering for produktet er omfattet af begrænsninger. Også anvendelsesvilkår har via deres indvirkning på forbrugerens måde at forholde sig på indirekte indflydelse på afsætningen af et produkt.

54. Nationale forskrifter, der fastlægger salgsvilkårene, tilsigter normalt ikke en regulering af varehandelen mellem medlemsstaterne [25]. Heller ikke anvendelsesvilkår tilsigter almindeligvis en regulering af samhandelen mellem medlemsstaterne.

55. På denne baggrund synes det derfor konsekvent at lade Domstolens Keck-retspraksis udvide til at omfatte anvendelsesvilkår, og at disse dermed undtages for anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

56. En national bestemmelse, der begrænser eller forbyder visse anvendelsesvilkår, falder følgelig ikke ind under forbuddet i artikel 28 EF, forudsat at den ikke er produktrelateret, forudsat at den gælder for alle berørte erhvervsdrivende, der udøver deres virksomhed i indlandet, og forudsat at den, såvel retligt som faktisk, berører afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.

25 — Således Domstolen f.eks. i Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 12, med hensyn til det medlemsstatslige forbud imod at sælge under indkøbsprisen. Det skal herved fastslås, at et hensigtskriterium ikke i sig selv kan udgøre et anvendeligt afgrænsningskriterium.

c) Anvendelse af Keck-kriterierne på nærværende sag

57. Den svenske bekendtgørelse er ikke produktrelateret, da den især ikke gør anvendelsen afhængig af, om en vandscooter overholder andre end de i fritidsfartøjsdirektivet harmoniserede tekniske krav. Anvendelsesbegrænsningen kræver således ikke selv nogen ændringer af vandscooterne.

58. Den svenske bekendtgørelse gælder også for alle berørte erhvervsdrivende, der udøver deres virksomhed i indlandet, idet den ikke sondrer mellem de berørte varers oprindelse.

59. Problemet består i, om den svenske bekendtgørelse såvel retligt som faktisk berører afsætningen af de indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemslande på samme måde. Ved første øjekast ser denne forudsætning ud til at være opfyldt. En anvendelsesbegrænsning kan gøre en vare mindre attraktiv for forbrugeren og således medføre en hindring for afsætningen af varen. Denne påvirkning berører dog normalt indenlandske produkter og udenlandske på samme måde.

60. Den mundtlige forhandling har imidlertid vist, at Sverige ikke har nogen indenlandsk produktion af vandscootere. Det skal derfor drøftes, om det forhold, at der ikke findes nogen indenlandsk produktion, kan påvirke efterprøvelsen på grundlag af Keck-kriteriet, hvorefter varer fra andre medlemsstater og indenlandsk fremstillede varer skal være berørt på samme måde af den medlemsstatslige regulering.

61. I relation til et salgsvilkår har Domstolen afgjort, at eksistensen af en national produktion ikke kan være afgørende [26]. Som begrundelse anfører Domstolen, at denne faktiske omstændighed kan være rent tilfældig og desuden kunne ændre sig i tidens løb; skulle det bero på det, ville man nå til det selvmodsigende resultat, at en regulering, der har identiske virkninger, i visse stater ville falde ind under artikel 28 EF, mens den ikke ville gøre det i andre medlemsstater. Resultatet ville alene blive et andet, såfremt den omtvistede medlemsstatslige regulering ville beskytte en national produktion, som fremstiller lignende varer som dem, der er omfattet af den omtvistede regulering, eller varer, der var i konkurrence med disse [27].

62. Dette princip skal på tilsvarende måde overføres på anvendelsesvilkår. Det skal altså efterprøves, om den medlemsstatslige foranstaltning beskytter en national produktion, som fremstiller konkurrerende varer, på en måde, der berører varer fra andre medlemsstater i højere grad end de indenlandsk

26 — Dom af 29.6.1995, sag C-391/92, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1621, præmis 17.

27 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 18.

fremstillede varer, der er i konkurrence med dem.

63. Som produkter, der kan tages i betragtning som konkurrenter til vandscootere, kan man i hvert fald betragte motorbåde. Efterprøvelsen af, hvorvidt disse befinder sig i konkurrence med vandscootere, og om de sidstnævnte bliver hårdere ramt af den svenske regulering end de indenlandske produkter, de kan sammenlignes med, kan i mangel af tilstrækkelige, faktiske oplysninger ikke bedømmes her og må overlades til den nationale ret. Skulle den forelæggende ret besvare disse spørgsmål benægtende, ville reguleringen således ikke falde ind under anvendelsesområdet for artikel 28 EF. Skal spørgsmålene til gengæld besvares bekræftende, skal den forelæggende ret endvidere efterprøve, om den ulige behandling kan begrundes ud fra miljøbeskyttelseshensyn [28]. En berettigelse i medfør af artikel 30, stk. 2, EF ville ganske vist være udelukket, hvis den svenske regulering skulle vise sig at udgøre en protektionistisk foranstaltning eller vilkårlig diskrimination [29].

64. For en bedømmelse af den foreliggende sag er det muligvis slet ikke nødvendigt at efterprøve, om der findes indenlandske produkter, der er i konkurrence med vandscootere, og om disse sammenlignelige produkter bliver mindre ramt af den svenske regulering.

65. I Keck-dommen slår Domstolen nemlig fast, at medlemsstatslige salgsvilkår, som opfylder Keck-kriterierne, ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet, eller at medføre større ulemper end for indenlandsk fremstillede varer, og derfor falder de uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF [30].

66. På baggrund af denne konstatering kan man udlede den modsætningsslutning, at en medlemsstatslig foranstaltning, der begrænser eller forbyder et anvendelsesvilkår, ikke falder uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF, hvis den hindrer det pågældende produkt i at få adgang til markedet [31].

67. Det er for så vidt ikke kun en regulering, der faktisk medfører en fuldstændig udelukkelse, måske i form af et generelt anvendelsesforbud for et bestemt produkt, der skal anses for at forhindre adgang til markedet.

28 — Jf. til legitimering af forskelsbehandling, f.eks. Deutscher Apothekerverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 75 ff.

29 — Jf. dom af 14.12.1979, sag 34/79, Henn og Darby, Sml. s. 3795, præmis 21.

30 — Keck-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 17.

31 — Hindring af adgang til markedet eller væsentlig besværliggørelse af adgang til markedet bliver også ofte anset for det afgørende kriterium til fastlæggelse af anvendelseskriteriet for artikel 28 EF, jf. f.eks. forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs af 24.11.1994 i sag C-412/93, Leclerc-Siplec, Sml. I, s. 179, præmis 38 ff., og fra generaladvokat Stix-Hackl af 11.3.2003 i sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 78.

Allerede når der på basis af en særligt restriktiv anvendelsesregulering for et produkt kun forbliver en marginal anvendelsesmulighed, må dette anses for at forhindre adgangen til markedet.

68. Det påhviler den nationale ret at fastlægge, om en national regulering hindrer markedsadgangen. I den foreliggende sag taler noget for, at den svenske regulering hindrer markedsadgangen for vandscootere. De svenske bestemmelser fastlægger nemlig — i hvert fald i det tidsrum, hvor länsstyrelserne ikke har anvist yderligere vandområder til brug for vandscootere — et forbud mod brug af vandscootere med anvendelse af offentlige vandveje som den eneste undtagelse.

69. For spørgsmålet om, hvorvidt den svenske regulering i overgangsperioden indtil länsstyrelsernes udvidelse af vandområderne skal ligestilles med et generelt anvendelsesforbud, er det afgørende, om tilladelsen til at bruge vandscootere på de offentlige vandveje kan tillægges mere end en marginal betydning, som ikke ændrer ved den svenske bekendtgørelses karakter af generelt anvendelsesforbud.

70. Den svenske regering har ganske vist fremført, at der findes ca. 300 sådanne offentlige vandveje, idet den dog ikke kunne oplyse, hvor stort et område de offentlige vandveje omfatter. De tiltaltes udtalelser under den mundtlige forhandling har derimod givet det indtryk, at de offentlige vandveje trods deres antal kun giver en marginal udnyttelsesmulighed for vandscootere. Sådanne vandveje findes slet ikke i store dele af landet, og de er heller ikke forbundet med hinanden og svære at nå frem til og egner sig desuden af sikkerhedsgrunde ofte heller ikke til brug for vandscootere, da de f.eks. besejles af store tankskibe eller ligger langt fra kysten. Også Kommissionen går ud fra, at reguleringen kan ligestilles med et generelt anvendelsesforbud. Undtagelsen af offentlige vandveje fra forbuddet mod at anvende vandscootere synes således ikke at ændre noget ved den svenske bekendtgørelses karakter af et principielt forbud mod anvendelse i overgangsperioden indtil länsstyrelsernes anvisning af yderligere vandområder. Det er uden betydning, at hindringen af markedsadgang kun ville være forbigående, da adgangen ville være afskåret for et ikke kun ubetydelig kort tidsrum.

71. Med henblik på efterprøvelsen lægges det derfor i det følgende til grund, at den svenske regulering udgør en hindring af markedsadgang, og at den derfor ikke kan undtages fra anvendelsesområdet for artikel 28 EF. Dens forenelighed med fællesskabsretten forudsætter derfor, at den er berettiget i medfør af artikel 30 EF eller af tvingende almene hensyn.

72. Skulle den forelæggende ret komme til det resultat, at den svenske bekendtgørelse ikke kan kvalificeres som en hindring af markedsadgang, skal den foretage den ovenfor anviste, men udsatte prøvelse, dvs. undersøge, hvorvidt der findes nationale produkter, der er i konkurrence med vandscootere, som retligt eller faktisk påvirkes i mindre omfang [32].

2. Berettigelse

73. Efter Cassis-de-Dijon-retspraksis kan medlemsstatslige foranstaltninger med tilsvarende virkning, der gælder uden forskel, være berettigede, hvis de er nødvendige for at leve op til tvingende almene hensyn [33]. Da den svenske regulering ikke sondrer mellem produkternes oprindelse, finder den uden forskel anvendelse på indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater [34]. Den svenske regering påberåber sig miljøbeskyttelse med henblik på at berettige sin bekendtgørelse om anvendelse af vandscootere. Dette er i retspraksis anerkendt som tvingende almene hensyn [35]. Domstolen har også gentagne gange understreget, at miljøbeskyttelse udgør et af Fællesskabets væsentlige mål [36].

74. Den medlemsstatslige regulering skal desuden overholde proportionalitetsprincippet, dvs. være egnet, nødvendig og forholdsmæssig med henblik på at opnå det tilstræbte mål [37]. Det betyder især, at en medlemsstat blandt lige egnede foranstaltninger skal vælge den, der er mindst restriktivt for den frie varehandel [38].

75. Vandscootere kan på grund af deres udstødning og støjemissioner og den kendsgerning, at der kan køres med dem i områder med ruge- og ynglepladser, fremkalde miljøskader. På baggrund af vandscooteres mangfoldige negative indvirkninger på miljøet, som alle de intervenerede regeringer har henvist til, er en national regulering, der begrænser anvendelsen af vandscootere, uden tvivl egnet til at beskytte miljøet.

32 — Se punkt 63 i dette forslag til afgørelse.

33 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe (»Cassis de Dijon«), Sml. s. 649, præmis 8, og af 17.6.1981, sag 113/80, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 1625, præmis 10 f.

34 — Det får derved stå hen, om kravet om, at anvendelsen finder sted uden forskel, især for så vidt angår tvingende miljøbeskyttelseshensyn er opgivet i Domstolens praksis; jf. i denne retning Domstolens dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 75.

35 — Jf. f.eks. blot dom af 20.9.1988, sag C-302/86, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 4607, præmis 8, og af 9.7.1992, sag C-2/90, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4431, præmis 22.

36 — Jf. dom af 2.4.1998, sag C-213/96, Outokumpu, Sml. I, s. 1777, præmis 32, og af 15.11.2005, sag C-320/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9871, præmis 72.

37 — Jf. bl.a. domme af 14.12.2004, sag C-463/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11705, præmis 78, og sag C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft og S. Spitz, Sml. I, s. 11763, præmis 79.

38 — Jf. f.eks. dom af 10.11.1982, sag 261/81, Rau, Sml. s. 3961, præmis 12, og af 5.2.2004, sag C-270/02, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1559, præmis 25.

76. Det må imidlertid drøftes, om en medlemsstatslig regulering som den svenske er *nødvendig*, dvs. om der ikke findes nogen ligeså egnet, mindre restriktiv foranstaltning til beskyttelse af miljøet.

77. Med hensyn til nødvendigheden rejser der sig herefter spørgsmålet, om en regulering, som sondrer mellem måderne, hvorpå de forskellige vandscootere anvendes, ville udgøre en mindre indgribende, men samtidig lige så egnet foranstaltning. De tiltalte i hovedsagen har forklaret, at vandscootere alt efter måden, de benyttes på, påvirker miljøet forskelligt. Således er kun brug af vandscootere som sportskøretøj eller som legetøj med den karakteristiske kørsel i rundkreds og hurtige accelerationer negativ for miljøet, hvorimod brugen af vandscootere som transportmiddel med hensyn til støjemissioner og udstødning ikke har større, ja på grund af deres ringere brændstofforbrug sågar mindre indvirkninger på miljøet end små motorbåde.

78. Selv om denne udtalelse er rigtigt [39], kunne man dog ikke betegne den svenske regulering som uforholdsmæssig. Overholdelsen af en regulering, der sondrer mellem køremåderne, ville, som den svenske regering med rette har påpeget, nemlig være sværere at kontrollere og at gennemføre end en regulering, der principielt forbyder anvendelsen i visse vandområder, og ville derfor ikke være lige så egnet.

79. Proportionalitetsprincippet kunne dog muligvis kræve, at en national regulering om anvendelse af vandscootere sondrer mellem forskellige typer af vandscootere. De tiltalte i hovedsagen har fremført, at der må sondres mellem forskellige typer af vandscootere. Kun »jetski« bliver anvendt som legetøj og sportsredskab og adskiller sig ved miljøskadelig kørestil. »Personal Water Crafts« bliver derimod udelukkende anvendt som transportmiddel og er for så vidt mindre skadelige for miljøet end de motorbåde, der ellers kommer i betragtning. Domstolen råder ikke over alle oplysninger om egenskaber og påvirkninger fra forskellige slags vandscootere til at kunne besvare spørgsmålet om forholdsmæssigheden endeligt i denne henseende. En sådan differentiering med hensyn til påvirkningen af miljøet kunne heller ikke udledes af udtalelser fra de andre deltagere i sagen ved Domstolen, som snarere gik ud fra, at alle vandscooterne havde samme karakteristika. Skulle den forelæggende ret alligevel finde det godtgjort, at forskellige slags vandscootere også har forskellige, intensive indvirkninger på miljøet, skal det ved en undersøgelse af forholdsmæssigheden tages i betragtning, hvorvidt en forholdsmæssig foranstaltning vedrørende anvendelse af vandscootere af miljøbeskyttelseshensyn kan foretage en tilsvarende differentiering.

39 — Det tilkommer i givet fald den forelæggende ret at bedømme disse faktiske spørgsmål.

80. Proportionalitetsprincippet er heller ikke til hinder for, at overtrædelsen af et forbud i en situation som den foreliggende pålægges straf, hvilket kan være nødvendigt for at understrege forbuddets betydning, især da straffen alene består i en bøde.

81. I den svenske bekendtgørelse har man, med undtagelse af de offentlige vandveje, valgt formen med et principielt forbud med forbehold for tilladelse og ikke den mindre indgribende form med en tilladelse med forbehold for forbud. En generel tilladelse med forbudsforbehold udgør ganske vist normalt den mindre indgribende foranstaltning. Alligevel kræver proportionalitetsprincippet ikke uden videre denne fremgangsmåde. En tilladelse med forbudsforbehold må være ligeså egnet til at beskytte miljøet. Ved bedømmelsen af dette spørgsmål skal der navnlig også tages hensyn til de regionale forhold i den pågældende medlemsstat. I den henseende har den svenske regering forklaret, at Sverige er karakteriseret ved at have et meget stort antal søer og en lang kyst med en følsom og beskyttelsesværdig flora og fauna. På denne baggrund er Sveriges argument overbevisende. I lyset af de særlige, geografiske forhold er fremgangsmåden med en tilladelse med forbehold for forbud ikke brugbar og således ikke lige så egnet som den modsatte model med et forbud med forbehold for tilladelse.

82. Forholdsmæssigheden af en bestemmelse som den svenske er imidlertid problematisk i betragtning af, at anvendelse af vandscootere uden for de offentlige vandveje generelt er forbudt, indtil länsstyrelserne har truffet en afgørelse.

83. Virkningen af dette bliver således, at det, indtil länsstyrelserne træffer en afgørelse, også er forbudt at køre på vandscootere i sådanne vandområder, hvor beskyttelsen af miljøet slet ikke kræver det. Den svenske regering går jo selv ud fra, at der ud over de offentlige vandveje findes vandområder, hvor miljøbeskyttelsen ville tillade, at man benytter vandscootere.

84. Forlanges det imidlertid, at kørsel med vandscootere skal være tilladt, indtil länsstyrelserne har anvist yderligere vandområder, kunne det føre til, at flora og fauna inden for mange vandområder, der er følsomme over for påvirkning fra vandscootere, ville blive uigenkaldeligt ødelagt. En sådan regulering ville altså ikke være lige så egnet til miljøbeskyttelsen som den valgte fremgangsmåde.

85. For at leve op til proportionalitetsprincippet må en regulering som den omtvistede — hvilket Kommissionen med rette har henvist til — dog indeholde en tidsfrist, inden for hvilken länsstyrelserne skal opfylde deres pligt til at anvise yderligere vandom-

råder. Fristens længde må ganske vist — som Norge med rette har fremhævet — tage hensyn til, at länsstyrelserne har brug for en vis tid til at skaffe sig de oplysninger, som de behøver for at afgøre, på hvilke vandområder anvendelsen af vandscootere er uskadelig. På den anden side kræver retssikkerheden for de erhvervsdrivende, som f.eks. importører af vandscootere, at det står fast, hvornår länsstyrelserne senest skal have truffet deres afgørelser, således at de bl.a. kan planlægge deres forretningsvirksomhed. Som den svenske regering har indrømmet under den mundtlige forhandling, var der på tidspunktet for den mundtlige forhandling kun 15 af 21 länsstyrelser, der havde udstedt de pågældende bestemmelser. En national regulering, der ikke bestemmer, hvor længe det meget vidtgående forbud mod vandscootere er gældende, strider derfor imod proportionalitetsprincippet.

86. Selv om anvendelsen af en bestemt gruppe af vandscootere burde være tilladt uden større begrænsninger før udstedelsen af den svenske bekendtgørelse — dette synes ifølge de tiltaltes indlæg at være tilfældet med hensyn til »Personal Water Crafts« — kunne proportionalitetsprincippet desuden kræve, at der skulle have været indført en overgangfrist for dem [40].

40 — Jf. dom af 15.11.2005, sag C-320/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9871, præmis 90, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 79 og 80, såvel som dommen i sagen Radlberger Getränkegesellschaft og S. Spitz, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 80 og 81.

3. Foreløbigt resultat

87. Sammenfattende gælder derfor:

Nationale retsforskrifter, som fastlægger anvendelsesvilkår for varer, udgør ikke foranstaltninger med tilsvarende virkning som omhandlet i artikel 28 EF, forudsat at de gælder for alle berørte erhvervsdrivende, der udøver deres virksomhed i indlandet, og forudsat at de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde og ikke er produktrelaterede. Anvendelsesforbud eller nationale retsforskrifter, der blot tillader en marginal anvendelse af en vare, forudsat at de (næsten) hindrer produktet i at få adgang til markedet, udgør dog foranstaltninger med tilsvarende virkning, som er forbudt i henhold til artikel 28 EF, såfremt de ikke er berettiget i medfør af artikel 30 EF eller af et tvingende alment hensyn.

En medlemsstatslig regulering, der også fastlægger et anvendelsesforbud for sådanne vandområder, for hvilke länsstyrelserne endnu ikke har truffet nogen afgørelse om, hvorvidt miljøbeskyttelsen dér kræver et anvendelsesforbud, er uforholdsmæssig og derfor ikke berettiget, såfremt den ikke indeholder en passende frist, inden for hvilken länsstyrelserne skal have truffet de pågældende afgørelser.

C *Fortolkning af informationsdirektivet*

88. Afslutningsvis skal det herefter drøftes, hvilke krav der følger af informationsdirektivet med hensyn til udstedelsen af den svenske bekendtgørelse.

89. Den forelæggende ret har ganske vist ikke udtrykkeligt anmodet Domstolen om en fortolkning af informationsdirektivet, men det synes alligevel især på grund af parternes indlæg hensigtsmæssigt at give den forelæggende ret de oplysninger, som er nødvendige for at prøve, om der foreligger en overtrædelse af anmeldelsespligten i henhold til informationsdirektivet.

90. For så vidt angår genstanden for anmodninger om præjudiciel afgørelse har Domstolen ganske vist fastslået, at kun de nationale retsinstanser kan bestemme, hvilke spørgsmål der skal forelægges Domstolen, og at parterne ikke kan ændre deres indhold [41]. På den anden side har Domstolen i sin faste retspraksis også fremhævet, at det som led i den samarbejdsprocedure mellem de nationale retter og Domstolen, der er indført ved artikel 234 EF, tilkommer Domstolen at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter denne i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den [42].

91. Et hensigtsmæssigt svar forudsætter også inden for rammerne af nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse en drøftelse af informationsdirektivets følger for den svenske bekendtgørelse. Ifølge Domstolens praksis fører en overtrædelse af den i informationsdirektivet fastsatte anmeldelsespligt nemlig til, at den ikke anmeldte retsforskrift er uanvendelig med den følge, at den ikke kan gøres gældende over for enkeltpersoner [43].

92. Såfremt der ved udstedelsen af den svenske bekendtgørelse er sket en overtrædelse af den i informationsdirektivet foreskrevne anmeldelsespligt, burde den forelæggende ret ikke støtte sig på den svenske bekendtgørelse som begrundelse for strafbarheden. Et hensigtsmæssigt svar til den forelæggende ret må derfor også behandle dette aspekt af den svenske bekendtgørelses forenelighed med fællesskabsretten.

93. Derudover har heller ikke kun parterne bragt forholdet til informationsdirektivet op, men den forelæggende ret har tilmed selv gjort det til et tema i sin anmodning om præjudiciel afgørelse. Den har nemlig deri anført, at de tiltalte havde påtalt, at den svenske regering ikke på korrekt vis havde givet Kommissionen meddelelse om den svenske bekendtgørelse, hvorfor den var ugyldig og ikke kunne finde anvendelse.

41 — Jf. dom af 6.7.2000, sag C-402/98, ATB, Sml. I, s. 5501, præmis 29, og af 17.9.1998, sag C-412/96, Kainuun, Sml. I, s. 5141, præmis 23.

42 — Jf. dom af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 32, af 28.11.2000, sag C-88/99, Roquette Fréres, Sml. I, s. 10465, præmis 18, og af 17.7.1997, sag C-334/95, Krüger, Sml. I, s. 4517, præmis 22.

43 — Jf. dom af 8.9.2005, sag C-303/04, Lidl Italia, Sml. I, s. 7865, præmis 23, og af 30.4.1996, sag C-194/94, CIA Security International, Sml. I, s. 2201, præmis 54, vedrørende det tidligere direktiv 83/189/EØF.

94. I henhold til artikel 8, stk. 1, i informationsdirektivet tilsender medlemsstaterne straks Kommissionen ethvert udkast til en teknisk forskrift. Ved en »teknisk forskrift« i informationsdirektivets forstand forstås i henhold til artikel 1 bl.a. en »teknisk specifikation«, et »andet krav« eller love og administrative bestemmelser, hvorved bl.a. anvendelsen af et produkt forbydes.

95. En regulering som den svenske falder ikke ind under den første af de ovenfor anførte kategorier af »tekniske specifikationer«. For at gøre dette skulle den nemlig i medfør af artikel 1, nr. 3, i informationsdirektivet fastlægge egenskaber ved produktet [44]. Den svenske bekendtgørelse foreskriver imidlertid ingen egenskaber for vandscootere.

96. Den svenske bekendtgørelse kan dog enten udgøre et »andet krav« eller en »teknisk forskrift« i informationsdirektivets forstand.

97. Den kan på den ene side udgøre et »andet krav« som anført i artikel 1, nr. 4, i informationsdirektivet, for dér bliver et »andet krav« defineret som en forskrift for et produkt, som især udstedes til beskyttelse af miljøet og vedrører produktets livscyklus efter markedsføring, såsom betingelser for anvendelse, når disse betingelser kan influere betydeligt på sammensætningen af produktet, dets natur eller afsætningen af det.

98. Forbuddet i den svenske bekendtgørelse med hensyn til anvendelsen af vandscootere kommer også i betragtning som en »teknisk forskrift« som omhandlet i artikel 1, nr. 11, i informationsdirektivet. Ifølge den er »tekniske forskrifter« nemlig bl.a. medlemsstaternes forskrifter, hvorved anvendelsen af et produkt forbydes.

99. For så vidt angår spørgsmålet om at henføre en national foranstaltning til en af de to kategorier har Domstolen anført, at dette afhænger af rækkevidden af det anvendelsesforbud, som bliver tilkendegivet i den pågældende foranstaltning [45]. For så vidt angår anvendelsesforbuddet i artikel 1, nr. 11, skal der være tale om en foranstaltning, hvis rækkevidde klart går videre end en begrænsning af visse, mulige anvendelser af produktet og derved ikke blot begrænser sig til en simpel restriktion med hensyn til dets anvendelse. Derved omfattes altså specielt sådanne nationale foranstaltninger, som ikke giver plads til andet end en rent marginal anvendelse i forhold til det, som man med rimelighed kunne forvente hvad angår det pågældende produkt [46].

44 — Jf. vedrørende de i det væsentlige enslydende bestemmelser i det tidligere direktiv 83/189/EØF Domstolens dom af 21.4.2005, sag C-267/03, Lindberg, Sml. I, s. 3247, præmis 57, og af 6.6.2002, sag C-159/00, Sapod Audic, Sml. I, s. 5031, præmis 30.

45 — Jf. Lindberg-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 74.

46 — Jf. Lindberg-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 75 f.

100. Skulle den svenske bekendtgørelse, i det mindste i den periode, hvor länsstyrelserne ikke har anvist nogen yderligere vandområder, hvor vandscootere må anvendes, de facto være at sidestille med et generelt forbud imod at anvende vandscootere og alene give mulighed for en rent marginal anvendelse af vandscootere, ville den svenske bekendtgørelse falde ind under artikel 1, nr. 11, i informationsdirektivet. Hvorvidt den svenske bekendtgørelse udgør et anvendelsesforbud i denne forstand, må den forelæggende ret tage endelig stilling til [47].

101. Skulle efterprøvelsen ved den forelæggende ret vise, at en national anvendelsesbegrænsning ikke udgør et anvendelsesforbud som omhandlet i artikel 1, nr. 11, må man overveje, om den svenske bekendtgørelse skal anses for et krav som det, der er anført i artikel 1, nr. 4. I så fald skulle anvendelsesbegrænsningen desuden i væsentlig grad kunne påvirke sammensætningen af produktet, dets natur eller afsætningen af det. Den omtvistede bekendtgørelse øver ganske vist hverken indflydelse på produktets sammensætning eller natur. Det er imidlertid sandsynligt, at den pågældende nationale anvendelsesbegrænsning øver væsentlig indflydelse på afsætningen af vandscootere. Også dette må den forelæggende ret endeligt afgøre.

102. Nationale bestemmelser, som falder ind under informationsdirektivets saglige anvendelsesområde, skal i henhold til artikel 8, stk. 1, meddeles Kommissionen. I artikel 10, stk. 1, i informationsdirektivet er dog fastsat undtagelser fra denne principielle anmeldelsespligt.

103. Anmeldelsespligten bortfalder ifølge artikel 10, stk. 1, første led, i informationsdirektivet, når medlemsstaterne udsteder retsforskrifter, hvormed de opfylder bindende fællesskabsretsakter, der tager sigte på vedtagelse af tekniske specifikationer. Domstolen har allerede afgjort, at artikel 2, stk. 2, i fritidsfartøjsdirektivet, hvorefter medlemsstaterne er beføjet til at udstede bestemmelser for sejlads, ikke udgør en bindende fællesskabsretsakt i den forstand [48].

104. Ifølge artikel 10, stk. 1, tredje led, i informationsdirektivet bortfalder anmeldelsespligten, når medlemsstaterne udsteder retsforskrifter, hvormed de anvender beskyttelsesklausuler, der er fastsat i bindende retsakter. Artikel 7 i fritidsfartøjsdirektivet indeholder en udtrykkelig bestemmelse under overskriften beskyttelsesklausul. I henhold til denne bestemmelse kan medlemsstaterne i tilfælde af akut fare, f.eks. for mennesker eller for miljøet, træffe visse foreløbige foranstaltninger. Bestemmelserne i den svenske bekendtgørelse udgør imidlertid ikke foreløbige foranstaltninger, hvorfor det for deres

47 — Jf. Lindberg-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 77.

48 — Dom af 8.9.2005, sag C-500/03, Kommissionen mod Portugal, kan findes påwww.curia.euopa.eu, præmis 34.

vedkommende allerede derfor ikke drejer sig om en anvendelse af artikel 7 i fritidsfartøjsdirektivet, således at anmeldelsespligt altså heller ikke kan bortfalde af den grund [49].

105. Ifølge artikel 10, stk. 1, sjette led, i informationsdirektivet bortfalder anmeldelsespligten også, når en medlemsstat blot ændrer en teknisk forskrift på anmodning af Kommissionen med henblik på at fjerne en samhandelshindring. Denne undtagelse er imidlertid kun relevant, når der foreligger et konkret ændringsforslag fra Kommissionens side, og dette nøje bliver gennemført af medlemsstaten. Kun i det tilfælde bortfalder nemlig det med anmeldelsespligten tilstræbte formål med Kommissionens forhåndskontrol, eftersom Kommissionen allerede ved, hvilken forskrift medlemsstaten vil udstede, og derfor ikke længere behøver at kontrollere denne. Under forhandlingen ved Domstolen er der imidlertid ikke fremkommet noget, der tyder på, at der forelå en sådan situation.

106. Den svenske bekendtgørelse skulle altså i medfør af artikel 8, stk. 1, i informationsdirektivet have været anmeldt til Kommissionen.

49 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, nævnt ovenfor i fodnote 48, præmis 37.

107. Som Kommissionen har fremført under den mundtlige forhandling, blev et første udkast til den svenske bekendtgørelse tilstillet Kommissionen den 1. april 2003 [50]. Derpå sendte Kommissionen den 27. juni 2003 en udførlig udtalelse som omhandlet i artikel 9, stk. 2, første afsnit, i informationsdirektivet til den svenske regering. Modtagelsen af en sådan udførlig udtalelse udløser i medfør af artikel 9, stk. 1, en stand still-forpligtelse på tre måneder, dvs. at medlemsstaten skal vente med at udstede en planlagt og anmeldt forskrift i tre måneder. Den svenske regering har også overholdt denne stand still-forpligtelse, idet den ifølge Kommissionens udtalelse under den mundtlige forhandling først har vedtaget den endegyldige tekst til den svenske bekendtgørelse den 10. juni 2004 [51]. Ved første øjekast synes den svenske regering altså at have opfyldt anmeldelsespligten og stand still-forpligtelsen i artikel 8 og 9.

108. Ifølge de tiltaltes oplysninger afviger den endegyldigt vedtagne tekst til bekendtgørelsen dog fra det udkast, der blev anmeldt til Kommissionen. Den endegyldigt vedtagne tekst blev i hvert fald, som det fremgår af Kommissionens udtalelser under den mundtlige forhandling, ikke anmeldt på ny før dens udstedelse. Det rejser i denne sammenhæng det spørgsmål, om det følger af informationsdirektivet, at teksten til den udstedte bekendtgørelse atter skulle have været meddelt Kommissionen før dens udstedelse.

50 — Således også i Kommissionens databank TRIS (jf. http://ec.europa.eu/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYear=2003&inum=119&-lang=EN&sNLang=EN).

51 — Vandscooterbekendtgørelsen trådte derefter i kraft den 15.7.2004.

109. En pligt til fornyet anmeldelse af det ændrede udkast kunne opstå ud fra to betragtninger.

110. For det første er en medlemsstat i medfør af artikel 8, stk.1, tredje afsnit, forpligtet til at fremsende en ny meddelelse, hvis den i udkastet til en teknisk forskrift foretager væsentlige ændringer, der fører til en ændring af anvendelsesområdet, en afkortning af den oprindeligt fastsatte anvendelsesfrist, en tilføjelse af specifikationer eller krav eller en stramning af disse. En overtrædelse af denne fornyede anmeldelsespligt må ligesom overtrædelse af den oprindelige anmeldelsespligt resultere i den ikke anmeldte forskrifts uanvendelighed. Det er informationsdirektivets formål at beskytte de frie varebevægelser ved hjælp af en forebyggende kontrol med medlemsstatslige foranstaltninger [52]. Denne kontrol kan kun gennemføres effektivt af Kommissionen, hvis den også bliver underrettet om væsentlige ændringer i det anmeldte udkast.

111. Ifølge de for Domstolen foreliggende oplysninger er der ganske vist grund til at antage, at den udstedte bekendtgørelse ikke indeholder nogen væsentlige ændringer i forhold til det anmeldte udkast. Indholdet af det oprindeligt anmeldte udkast synes at have været et principielt forbud mod anvendelse af vandscootere uden for de offentlige vandveje. Det ser ud, som om det kun er ved den sidst vedtagne ændring, at der i bekendtgørelsen er blevet indført en pligt for länsstyrelserne til at anvise yderligere vandområder til anvendelse for vandscootere. Denne ændring ville ikke udgøre nogen »væsentlig ændring« i informationsdirektivets forstand. Med den pågældende ændring ville forskriften nemlig ikke blive skærpet, men derimod lempet, også med henblik på en mulig begrænsning af varernes frie bevægelighed, som informationsdirektivet skal beskytte med forebyggende kontrol. Om der i det foreliggende tilfælde blev foretaget væsentlige ændringer af udkastet til den anmeldte bekendtgørelse, og disse ikke på ny blev anmeldt, skal dog endeligt afgøres af den forelæggende ret, som er kompetent med hensyn til fortolkning af national ret og kan indhente oplysninger om de tidspunkter og indholdet af de pågældende meddelelser, som er nødvendige for bedømmelsen.

112. Det andet synspunkt, der må drøftes, opstår som følge af artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, i informationsdirektivet. I medfør deraf skal en medlemsstat aflægge rapport til Kommissionen om, hvorledes den agter at reagere på den pågældende udførlige udtalelse, hvorefter Kommissionen fremsætter bemærkninger til denne reaktion. I den foreliggende sag har den svenske regering imidlertid ifølge Kommissionens udtalelser under den mundtlige forhandling først reageret på den udførlige udtalelse efter udstedelsen af den omtvistede nationale bekendtgørelse. Kommissionen har imidlertid under den mundtlige forhandling med rette henvist til, at dette ikke har nogen retlige følger. Et fravær af den i artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, fastsatte dialog mellem Kommissionen

52 — Jf. Lidl Italia-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 22, CIA Security International-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 40, og dom af 16.6.1998, sag C-226/97, Lemmens, Sml. I, s. 3711, præmis 32.

og medlemsstaten kan ikke medføre, at den medlemsstatslige forskrift bliver uanvendelig. Informationsdirektivet tillader nemlig i princippet en medlemsstat at vedtage en national foranstaltning, selv om Kommissionen har udtalt sig imod den, såfremt den er blevet anmeldt, og stand still-perioden er udløbet. Desuden er medlemsstaten også forpligtet til at anmelde en væsentlig ændring af et udkast på ny. Disse handlepligter for medlemsstaternes vedkommende er tilstrækkelige til en effektiv, forebyggende kontrol fra Kommissionens side, sådan som informationsdirektivet tilsigter det. Det er heller ikke nødvendigt, at en medlemsstats overtrædelse af pligten til at reagere på Kommissionens udførlige udtalelse sanktioneres med den nationale foranstaltnings uanvendelighed, for at Kommissionen kan foretage en effektiv kontrol.

113. Sammenfattende gælder følgelig:

En medlemsstat er ifølge informationsdirektivet kun under de i artikel 8, stk. 1, tredje afsnit, nævnte forudsætninger forpligtet til at anmelde en allerede anmeldt forskrift på ny.

VI — Forslag til afgørelse

114. På grundlag af de forannævnte overvejelser foreslår jeg Domstolen at besvare den forelæggende rets spørgsmål således:

»1) Direktiv 94/25/EF, som ændret ved direktiv 2003/44/EF, er ikke til hinder for nationale forskrifter, som af miljøbeskyttelsesgrunde forbyder anvendelsen af vandscootere, så længe disse ikke er i strid med bestemmelser i traktaten, navnlig artikel 28 EF.

2) Nationale retsforskrifter, der fastlægger anvendelsesvilkår for varer, udgør ikke en foranstaltning med tilsvarende virkning som omhandlet i artikel 28 EF, forudsat at de gælder for alle berørte erhvervsdrivende, der udøver deres virksomhed i indlandet, og forudsat at de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde og ikke er produktrelaterede. Anvendelsesforbud eller nationale retsforskrifter, der blot tillader en marginal anvendelse af en vare, forudsat at de (næsten) hindrer produktet i at få adgang til markedet, udgør dog foranstaltninger med tilsvarende virkning, som er forbudt i medfør af artikel 28 EF, forudsat at de ikke er berettigede i medfør af artikel 30 EF eller af et tvingende alment hensyn.

3) En medlemsstatslig regulering, der også pålægger anvendelsesforbud for vandscootere i vandområder, for hvilke länsstyrelserne endnu ikke har truffet nogen afgørelse om, hvorvidt miljøbeskyttelsen dér kræver et anvendelsesforbud, er uforholdsmæssig og derfor ikke berettiget, såfremt den ikke indeholder en passende frist, inden for hvilken länsstyrelserne skal have truffet de pågældende afgørelser.

4) En medlemsstat er ifølge informationsdirektivet kun under de i artikel 8, stk. 1, tredje afsnit, nævnte forudsætninger forpligtet til på ny at anmelde en allerede anmeldt forskrift.«