



Jacek Szajnar

Co nam zostało z *Keck i Mithouard*?

– analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości inspirowanego wyrokiem z 24.11.1993 r.

w sprawach połączonych: C-267/91 i C-268/91

Postępowanie karne przeciwko Bernardowi Keck i Danielowi Mithouard

Wolny przepływ towarów byłby w wielu przypadkach iluzoryczny, gdyby obok zakazu ceł i ograniczeń ilościowych nie istniał także zakaz środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi. Wyrokiem, który wprowadził wielkie zmiany w orzecznictwie odnoszącym się do tych środków był wyrok Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako TS) w sprawie *Keck i Mithouard*¹. Wprowadził on rozróżnienie na regulacje dotyczące produktu i sposobów sprzedaży. Wyraźnym jego mankamentem było niedocenienie roli reklamy, uległo to jednak zmianie w późniejszym orzecznictwie, które położyło nacisk na kryterium dostępu, przez co zakwestionowane zostało orzecznictwo *Keck i Mithouard*. Przedmiotem niniejszego artykułu jest również kontrowersyjna propozycja rzecznik generalnej J. Kokott wyłączenia sposobów użytkowania z zakresu art. 28 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską² (obecnie art. 34 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³) analogicznie do sposobów sprzedaży.

1. Wprowadzenie

Prawdopodobnie największym osiągnięciem gospodarczym Unii Europejskiej jest ustanowienie unii celnej; zniesienie ceł, jak wykazały wcześniejsze doświadczenia Niemieckiego Związku Celnego (*Deutscher Zollverein*)⁴, przyczynia się do rozwoju gospodarczego. Oprócz orzecznictwa dotyczącego opodatkowania towarów, ceł, opłat o skutku podobnym do ceł i ograniczeń ilościowych bardzo ważne dla urzeczywistnienia całkowicie wolnego przepływu towarów jest orzecznictwo dotyczące środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi. Warto tu zwrócić uwagę, że TS w sprawie *Keck*

i *Mithouard*⁵ zauważył, iż „Biorąc pod uwagę nasilającą się tendencję do powoływania się przez podmioty gospodarcze na art. 30 (Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą dalej jako TEWG⁶, obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.) w celu zakwestionowania wszelkiego rodzaju uregulowań, których skutkiem jest ograniczenie ich swobody handlowej, nawet jeżeli nie dotyczą one produktów pochodzących z innych państw członkowskich UE, TS uznaje za niezbędne poddanie ponownej analizie i wyjaśnienie orzecznictwa w tej dziedzinie”. Orzeczenie to zostało określone (wraz z innymi wyrokami z listopada 1993 r.) mianem „rewolucji listopadowej”⁷ i zapoczątkowało bardzo obszerną linię orzecznictwa.

2. Przepisy TFUE i kluczowe orzecznictwo dotyczące wolnego przepływu towarów

Artykuł 30 TFUE stanowi, że: „Cła przywózowe i wywózowe lub opłaty o skutku równoważnym są zakazane między

1 Wyrok TS z 24.11.1993 r. w sprawach połączonych: C-267/91 i 268/91, *Postępowanie karne przeciwko Bernardowi Keck i Danielowi Mithouard*, EU:C:1993:905, ECR 1993, s. I-6097, dalej jako sprawa *Keck i Mithouard*.

2 Dz. Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37, dalej jako TWE.

3 Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 47, dalej jako TFUE.

4 W. Keller i C.H. Shiue zwracają uwagę na opinię nauki (W.O. Henderson, *The Zollverein*, Cambridge 1959; P. Bairoch, *European Trade Policy 1815–1914*, w: *The Cambridge Economic History of Europe*, vol. 8, P. Mathias i S. Pollard (red.), Cambridge 1989, s. 1–160), że z upływem czasu redukcja barier w handlu miała wpływ na wzrost i rozwój w regionie – zob. W. Keller, C.H. Shiue, *The Trade Impact of the Zollverein*, por. <http://spot.colorado.edu/~shiue/Zoll.pdf>.

5 Pkt 14 wyroku TS w sprawie *Keck i Mithouard*.

6 Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25.03.1957 r., niepubl., por. http://polskawue.gov.pl/files/polska_w_ue/prawo/traktaty/Traktaty_rzymskie.pdf.

7 N. Reich, *The „November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, „Common Market Law Review” 1994/3, s. 459–462.

państwami członkowskimi. Zakaz ten stosuje się również do cel o charakterze fiskalnym”. Zgodnie z art. 34 TFUE: „Ograniczenia ilościowe w przywozie oraz wszelkie środki o skutku równoważnym są zakazane między państwami członkowskimi”. Artykuł 35 TFUE przewiduje, że: „Ograniczenia ilościowe w wywozie oraz wszelkie środki o skutku równoważnym są zakazane między państwami członkowskimi”. Artykuł 36 TFUE stanowi, że: „Postanowienia artykułów 34 i 35 nie stanowią przeszkody w stosowaniu zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, uzasadnionych względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. Zakazy te i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi”.

W sprawie *Geddo*⁸ TS orzekł, że „Zakaz ograniczeń o skutku równoważnym obejmuje środki, które są równoznaczne z całkowitym lub częściowym zaleźnie od okoliczności ograniczeniem importu, eksportu lub tranzytu towarów”.

W wyroku w sprawie *Dassonville*⁹ TS orzekł, że „wszelkie przepisy państw członkowskich dotyczące obrotu handlowego mogące bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudnić wewnątrzspółnotową wymianę handlową uznać należy za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych”.

W sprawie *Cassis de Dijon*¹⁰ TS uznał, że „wobec braku wspólnych uregulowań produkcji i wprowadzania do obrotu alkoholu (...) przeszkody w wewnątrzspółnotowym obrocie handlowym będące wynikiem rozbieżności w krajowych przepisach regulujących wprowadzanie do obrotu (...) produktów muszą zostać zaakceptowane pod warunkiem, że przepisy te mogą zostać uznane za niezbędne w celu zadośćuczynienia nadrzędnym wymogom dotyczącym w szczególności skuteczności kontroli podatkowej, ochrony zdrowia publicznego, rzetelności transakcji handlowych i ochrony konsumentów¹¹”. Nauka zauważa, że państwa członkowskie mogą powoływać się na art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE – przyp. J.Sz.) albo na ochronę innych interesów uznanych przez prawo wspólnotowe (tzw. wymogów koniecznych¹² = wymogów imperatywnych = wymogów nadrzędnych¹³). Trybunał Sprawiedliwości orzekł też w tej sprawie, że „nie istnieje żaden uzasadniony powód, dla którego napoje alkoholowe nie mogą być wprowadzane do obrotu w każdym z innych państw członkowskich pod warunkiem że są one

legalnie produkowane i wprowadzane do obrotu w jednym z państw członkowskich”¹⁴.

3. Cel art. 30 TEWG (obecnie art. 34 TFUE)

Rzecznik generalny M.P. Maduro¹⁵ zauważa zasadniczy konflikt pomiędzy liberalizmem ekonomicznym a antyprotekcjonizmem. Zwraca on¹⁶ również uwagę na pytanie podniesione przez rzecznika generalnego G. Tesauro w sprawie *Hünernmund*¹⁷: „Czy artykuł 30 Traktatu (TEWG, obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.) jest postanowieniem przeznaczonym do liberalizacji handlu wewnątrzspółnotowego, czy ma na celu bardziej ogólnie zachęcać do nienapotykanego przeszkód handlu w poszczególnych państwach członkowskich?”. Podobne stanowisko zajmuje J. Snell¹⁸.

4. Stanowisko TS w sprawie *Keck i Mithouard*

W sprawie *Keck i Mithouard*¹⁹ zapytanie wstępne zostało skierowane w postępowaniach przeciwko panom B. Keckowi i D. Mithouardowi, spowodowanych sprzedawaniem przez nich towarów w niezmienionym stanie ze stratą, co było zabronione przez prawo francuskie. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że: „Należy natomiast stwierdzić, że w przeciwieństwie do dotychczasowego orzecznictwa, zastosowanie do produktów pochodzących z innych państw członkowskich krajowych przepisów, które ograniczają niektóre sposoby sprzedaży bądź ich zakazują, o ile tylko obowiązują one wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze prowadzące działalność na terytorium krajowym i dotyczą w ten sam sposób, z prawnego i faktycznego punktu widzenia, obrotu produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich, nie utrudnia, bezpośrednio ani pośrednio, rzeczywiście ani potencjalnie wymiany handlowej między państwami członkowskimi w rozumieniu wyroku z dnia 11.07.1974 r. w sprawie 8/74 *Dassonville* Rec. s. 837. Jeżeli bowiem powyższe warunki są spełnione, zastosowanie uregulowań tego typu do sprzedaży produktów pochodzących z innego państwa członkowskiego, zgodnych z przepisami tego państwa, nie może uniemożliwić ich dostępu do rynku lub ograniczyć tego dostępu w stopniu większym niż ma to miejsce w odniesieniu do produktów krajowych. Omawiane uregulowania nie mieszczą się zatem w zakresie stosowania art. 30 traktatu” (TEWG, obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.).

M. Szpunar zwraca uwagę na dwa rodzaje regulacji krajowych wprowadzonych przez *Keck i Mithouard*: „W rozstrzygnięciu

8 Wyrok TS z 12.07.1973 r. w sprawie C-2/73, *Riseria Luigi Geddo przeciwko Ente Nazionale Risi*, EU:C:1973:89, ECR 1973, s. 865, pkt 7.

9 Wyrok TS z 11.07.1974 r. w sprawie C-8/74, *Prokurator królewski przeciwko Benoit i Gustave Dassonville*, EU:C:1974:82, ECR 1974, s. 837, pkt 5, dalej jako sprawa *Dassonville*.

10 Wyrok TS z 20.02.1978 r. w sprawie C-120/78, *Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42, ECR 1979, s. 649, znanej jako *Cassis de Dijon*, dalej jako sprawa *Cassis de Dijon*.

11 Pkt 8 wyroku TS w sprawie *Cassis de Dijon*.

12 M. Szpunar, *Krajowe regulacje działalności rynkowej a swobodny przepływ towarów (w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości)* w: S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2000, s. 254.

13 P. Dąbrowska, E. Gromnicka, *Swobodny przepływ towarów*, w: J. Barcz (red.), *System prawa Unii Europejskiej. Podręcznik*, t. 14: *Prawo rynku wewnętrznego i polityki Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 61.

14 Pkt 14 wyroku TS w sprawie *Cassis de Dijon*: zob. P. Dąbrowska, E. Gromnicka, *Swobodny przepływ towarów...*, s. 63.

15 M.P. Maduro, *We the Court: The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford–Portland 2002, s. 58–60.

16 M.P. Maduro, *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, „European Law Journal” 1997/1, s. 61.

17 Opinia rzecznika generalnego G. Tesauro przedstawiona 27.10.1993 r. w sprawie C-292/92, *Ruth Hünernmund i inni przeciwko Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, EU:C:1993:863.

18 Uważa on, że można widzieć normy wolnego przepływu jako przeznaczone do walki z krajowym protekcjonizmem albo, iż: „Idea rynku wewnętrznego jest oparta na niemającym przeszkód handlu, powiązana z gospodarczym liberalizmem i dająca nieodłączną wartość wolnemu handlowi” – J. Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Nowy Jork 2002, s. 2.

19 Pkt 16 i pkt 17 wyroku TS w sprawie *Keck i Mithouard*.

swoim Trybunał wyodrębnił dwie kategorie regulacji krajowych: regulacje dotyczące samego towaru (np. jego kształtu, opakowania, zawartości) oraz regulacje dotyczące okoliczności, w jakich towary mogą być wprowadzane na rynek (w jakim miejscu i czasie, przez kogo, przy wykorzystaniu jakich technik marketingowych) tzw. *selling arrangements*²⁰.

5. Wyroki, w których zacierają się ostrość rozróżnienia na wymogi dotyczące towaru i sposoby sprzedaży, inne podstawy krytyki *Keck i Mithouard*

Trudności²¹ powodowała kwalifikacja przepisów krajowych do jednej z dwóch kategorii wprowadzonych przez *Keck i Mithouard* w orzeczeniach TS w sprawach: *Mars*²², *Familiapress*²³, *Komisja przeciwko Hiszpanii, Komisja przeciwko Włochom* (wyroby czekoladowe)²⁴, *Morellato (2), Alfa Vita*²⁵, *Komisja przeciwko Grecji*²⁶, *Schwarz*²⁷ i *Dynamic Medien*.

W sprawie *Mars* postępowanie wszczęło stowarzyszenie, którego celem było zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Powód utrzymywał m.in., że oznaczenie +10% na opakowaniu batonów lodowych, które zajmowało więcej niż 10%, dawało konsumentowi wrażenie, że produkt był zwiększony więcej niż o 10%. Prawo niemieckie zabraniało rozpowszechniania informacji wprowadzających w błąd, przy czym kampania reklamowa obejmowała całą Europę. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że art. 30 TWE²⁸ (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.)

należy interpretować tak, iż sprzeciwia się takiemu środkowi krajowemu²⁹. Zauważa się, że gdyby firma Mars ograniczyła się w swojej kampanii do billboardów lub spotów telewizyjnych czy radiowych, TS zastosowałaby regulę *Keck i Mithouard*³⁰.

Sprawa *Familiapress* dotyczyła niemieckiego wydawnictwa, które sprzedawało w Austrii czasopismo kobiece „Laura”, w którym w jednym z wydań znajdowały się krzyżówka i dwie łamigłówki, za których rozwiązanie wydawnictwo oferowało możliwość wylosowania nagród; w następnych wydaniach również posługiwano się taką metodą promocji sprzedaży. Podczas, kiedy prawo austriackie ograniczało taką metodę promocji, prawo niemieckie pozwalało na nią. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że chociaż krajowe ustawodawstwo jest skierowane przeciwko metodzie promocji sprzedaży, w tej sprawie odnosi się do rzeczywistej zawartości produktu³¹. Trybunał Sprawiedliwości orzekł też, że utrzymanie różnorodności prasy może stanowić wymóg nadrzędny uzasadniający ograniczenie wolnego przepływu towarów³².

Sprawa *Komisja przeciwko Hiszpanii* dotyczyła interpretacji dekretu królewskiego dokonanej przez władze hiszpańskie, zgodnie z którą produkty czekoladowe zawierające tłuszcz inny niż masło kakaowe, które były sprzedawane legalnie w innych państwach członkowskich UE, mogły być sprzedawane w Hiszpanii jedynie jako „*sucedáneo de chocolate*” (w tłumaczeniu angielskim „*chocolate substitute*”, w niemieckim „*Schokoladeersatz*”, D.E. Kiedrowska³³ tłumaczy je jako „wyrób czekoladopodobny”), a nie jako czekolada. Trybunał Sprawiedliwości nie podzielił poglądu rządu hiszpańskiego, że regulacja ta stanowi sposób sprzedaży³⁴.

Także w sprawie C-14/00, *Komisja przeciwko Włochom* również dotyczącej nakazu używania nazwy, w tłumaczeniu angielskim „*chocolate substitute*”, w niemieckim „*Schokoladeersatz*”, po włosku „*surrogato di cioccolato*”, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że Włochy uchybiły swoim zobowiązaniom wynikającym z prawa UE.

W sprawie *Morellato 2* włoska regulacja stanowiła, że chlebem może być określany produkt otrzymany z częściowego lub całkowitego wypieku ciasta właściwie wyrośniętego i przygotowanego z mąki pszennej, wody i drożdży, z dodatkiem soli kuchennej lub bez niej, oraz, że chleb otrzymywany z dokończenia wypieku częściowo wypiekanego chleba ma być dystribuowany i wprowadzany do sprzedaży po opakowaniu i etykietowaniu, opakowany powinien być osobno od świeżego chleba, etykieta miała zawierać informację o naturze produktu. Jak zauważa rzecznik generalny M.P. Maduro w swojej opinii w sprawie *Alfa Vita*³⁵, unormowania dotyczące opakowania produktów, które przynależą *a priori* do kategorii przepisów dotyczących produktów (zgodnie z wyrokiem *Keck*

20 M. Szpunar, *Krajowe regulacje działalności rynkowej...*, s. 255; podobnie D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006/3, s. 38.

21 D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 39–41 również jako D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011, s. 105 i 109, odnosi to do wyroków TS: z 6.07.1995 r. w sprawie C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. przeciwko Mars GmbH*, EU:C:1995:224, ECR 1995, s. I-1923, dalej jako sprawa *Mars*; z 26.06.1997 r. w sprawie C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH przeciwko Heinrich Bauer Verlag*, EU:C:1997:325, ECR 1997, s. I-3689, dalej jako sprawa *Familiapress*; z 16.01.2003 r. w sprawie C-12/00, *Komisja przeciwko Hiszpanii*, EU:C:2003:21, ECR 2003, s. I-459, dalej jako sprawa *Komisja przeciwko Hiszpanii*; z 18.09.2003 r. w sprawie C-416/00, *Morellato przeciwko Commune di Padova (2)*, EU:C:2003:475, ECR 2003, s. I-9343, dalej jako sprawa *Morellato 2* (zob. D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 104–108); oprócz powyższych spraw dodaje jeszcze wyrok TS z 14.02.2008 r. w sprawie C-244/06, *Dynamic Medien przeciwko Avides Media AG*, EU:C:2008:85, Zb. Orz. 2008, s. I-505, dalej jako sprawa *Dynamic Medien*.

22 Zob. M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym. Studium artykułu 28 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, Kraków 2002, s. 136.

23 Zob. C. Mik, *Prasa jako towar*, „Rzeczpospolita” z 3.02.1999 r., <http://archiwum.rp.pl/artukul/212279-Prasa-jako-towar.html>; M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym...*, s. 170–171.

24 Wyrok TS z 16.01.2003 r. w sprawie C-14/00, *Komisja przeciwko Włochom*, EU:C:2003:22, dalej jako sprawa C-14/00, *Komisja przeciwko Włochom*.

25 Wyrok TS z 14.09.2006 r. w sprawach połączonych: C-158/04 i C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos AE i Carrefour Marinopoulos przeciwko Elliniko Dimosio i Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, EU:C:2006:562, Zb. Orz. 2006, s. I-8135, dalej jako sprawa *Alfa Vita*.

26 Wyrok TS z 14.09.2006 r. w sprawie C-82/05, *Komisja przeciwko Grecji*, EU:C:2006:574, Zb. Orz. 2006, s. I-93 – publikacja streszczenia, dalej jako sprawa *Komisja przeciwko Grecji*.

27 Wyrok TS z 24.11.2005 r. w sprawie C-366/04, *Georg Schwarz przeciwko Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, EU:C:2005:719, Zb. Orz. 2005, s. I-10139, dalej jako sprawa *Schwarz*.

28 Dz. Urz. WE C 191 z 1992 r., s. 1, po uwzględnieniu zmiany numeracji wynikającej z traktatu amsterdamskiego (Dz. Urz. WE C 340 z 1997 r., s. 173) był to art. 28.

29 Pkt 25 wyroku TS w sprawie *Mars*.

30 R. Skubisz w: *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, R. Skubisz (red.), E. Skrzydło-Tefelska (red.), Lublin 2003, s. 233; podobnie P. Dąbrowska, E. Gromnicka, *Swobodny przepływ towarów...*, s. 77.

31 Pkt 11 wyroku TS w sprawie *Familiapress*.

32 Pkt 18 wyroku TS w sprawie *Familiapress*.

33 D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 40.

34 Pkt 74 wyroku TS w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii*.

35 Pkt 28 opinii rzecznika generalnego M.P. Maduro przedstawionej 30.03.2006 r. w sprawach połączonych: C-158/04 i C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos AE i Carrefour Marinopoulos przeciwko Elliniko Dimosio i Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, EU:C:2006:212, dalej jako opinia w sprawie *Alfa Vita*.

i *Mithouard*), zostały zaliczone do sposobów sprzedaży. Jako przykład wskazuje on sprawę *Morellato*, w której TS orzekł, że „w tych okolicznościach ustanowiony wymóg uprzedniego opakowania, skoro dotyczy jedynie wprowadzania do obrotu chleba powstałego w wyniku końcowego wypieku chleba, który był poddany wstępnemu wypiekowi, co do zasady pozostaje poza zakresem art. 30 Traktatu (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.), pod warunkiem że nie stanowi, w rzeczywistości, dyskryminacji przywożonych produktów”.

W sprawie *Alfa Vita* chodziło o ten sam co w poprzedniej sprawie proces produkcji dopiekanego chleba. Pozwane władze krajowe oraz rząd grecki podnosiły, że regulacja, zgodnie z którą sprzedaż chleba i produktów piekarskich wymagała zezwolenia, stanowi sposób sprzedaży³⁶. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że interpretacji art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.) trzeba tak dokonywać, aby wykluczała uregulowania krajowe, które nakładają na sprzedaż produktów „*bake-off*” takie same wymogi jak w przypadku produkcji i wprowadzania do obrotu tradycyjnego chleba i tradycyjnych produktów piekarskich³⁷.

W sprawie *Komisja przeciwko Grecji*, dotyczącej nałożenia na producentów dopiekanego chleba wymogów związanych z pełnym procesem produkcji chleba, TS uznał, że Grecja uchyliła swoim zobowiązaniom.

Sprawa *Schwarz* dotyczyła złamania przez sprzedawcę nieopakowanych gum do żucia austriackiego wymogu, aby słodczyce sprzedawane z automatów ulicznych były opakowane. Przedmiotowe gumy do żucia pochodziły z Kanady, a były sprowadzane do Austrii przez Niemcy³⁸. W swojej opinii rzecznik generalny L.A. Geelhoed³⁹ uznał, że austriacki obowiązek nie stanowi sposobu sprzedaży, ponieważ słodczyce dystrybuowane z automatów ulicznych muszą być opakowane, a zgodnie z ustalonym orzecznictwem obowiązek zmiany opakowań lub etykiet towarów wyklucza możliwość, aby przepisy te dotyczyły sposobów sprzedaży. Rzecznik generalny zwrócił uwagę, że w Niemczech gumy te nie wymagają opakowania; obowiązek ich opakowania sprawia, iż towar jest droższy oraz że wobec tego krajowy wymóg stanowi – co do zasady – środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi⁴⁰. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że środek krajowy jest środkiem o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi, uznał jednak, że austriacki zakaz jest odpowiedni i proporcjonalny (z powodu ochrony zdrowia publicznego)⁴¹.

Sprawa *Dynamic Medien* dotyczyła sprzedaży wysyłkowej filmów „anime”, które nie zostały skontrolowane i sklasyfikowane oraz nie zawierały wskazania wieku, od którego są dozwolone. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że regulacja ta nie stanowi sposobu sprzedaży⁴². Zauważył też, że kwestionowany zakaz stanowi środek mogący służyć ochronie dzieci⁴³. Stwierdził także, że art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.) nie wyklucza krajowego środka, pod warunkiem iż procedura kontroli, klasyfikacji i oznaczania nośników obrazu

ustanowiona przez tę regulację nie jest łatwo dostępna, nie może być zakończona w rozsądnym terminie lub brak jest możliwości zaskarżenia decyzji odmownej na drodze sądowej⁴⁴.

C. Barnard⁴⁵ zwraca uwagę na wyrok w sprawie *R (on the application of the Countryside Alliance) przeciwko Her Majesty's Attorney General*. Brytyjska Izba Lordów rozważała w nim, czy zakaz polowań z psami na dzikie ssaki narusza art. 34 TFUE, ponieważ ogranicza handel psami i końmi z Irlandii. Lord Bingham uznał, że zakaz ten nie może być scharakteryzowany jako sposób sprzedaży, lecz stwierdził, iż ciężko mu uznać go zarówno za regulację dotyczącą handlu, jak i normę dotyczącą towaru⁴⁶.

Zwraca się uwagę, że: „Problematiczne jest często przy uwzględnieniu nowoczesnych strategii marketingowych (tzw. „marketingu mix”) rozróżnienie pomiędzy regulacją dotyczącą produktu i zbytu”⁴⁷. Podnosi się, że reguła ta prowadzi do wprowadzenia ścisłego rozróżnienia pomiędzy różnymi kategoriami środków, zależących od tego, czy odnoszą się do towarów, czy dotyczą sposobów sprzedaży⁴⁸. **Należy podzielić te zarzuty, w sensie ekonomicznym na produkt składa się także „otoczka luksusu”, którą tworzy reklama czy też sklep przy prestiżowej ulicy.** Rzecznik generalny Y. Bot w sprawie *Komisja przeciwko Włochom*⁴⁹ wyraził opinię, że wprowadzone przez TS w *Keck i Mithouard* rozróżnienie może być sztuczne, a linia oddzielająca kategorie środków odnoszących się do przepisów dotyczących produktu i sposobów sprzedaży w niektórych przypadkach może być niewyraźna. **Wyrażany jest pogląd, że kiedy istnieje jakaś wątpliwość, czy środek odnosi się do produktu, czy dotyczy sposobu sprzedaży, to TS skłania się do stwierdzenia, że dotyczy to produktu**⁵⁰. Trzeba jednak pamiętać o wspomnianym poglądzie M.P. Maduro przedstawionym w opinii w sprawie *Alfa Vita*.

6. Problematyka reklamy

Orzeczenie w sprawie *Hünernmund*⁵¹ było pierwszym, w którym TS stanął na stanowisku, że reklama jest jedną z czynności

36 Pkt 14 opinii w sprawie *Alfa Vita*.

37 Pkt 28 wyroku TS w sprawie *Alfa Vita*.

38 Pkt 16 opinii rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda przedstawionej 28.06.2005 r. w sprawie C-366/04, *Schwarz*, EU:C:2005:411.

39 Pkt 28 opinii rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda w sprawie *Schwarz*.

40 Pkt 29 wyroku TS w sprawie *Schwarz*.

41 Pkt 36 wyroku TS w sprawie *Schwarz*.

42 Pkt 32 wyroku TS w sprawie *Dynamic Medien*.

43 Pkt 47 wyroku TS w sprawie *Dynamic Medien*.

44 Pkt 52 wyroku TS w sprawie *Dynamic Medien*.

45 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The four Freedoms. Third edition*, Oksford 2010, s. 140.

46 UKHL (Izba Lordów Zjednoczonego Królestwa) 52 (2007), por. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071128/countr-1.htm>.

47 K. Steinke, *Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit*, Frankfurt nad Menem 2009, s. 65; podobnie na ten temat D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 105.

48 L. Idot, *Case Société d'Importation Édouard Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA Judgment of 8 February 1995 (1995) ECR 179*, „Common Market Law Review” 1996/1, s. 119.

49 Pkt 81 opinii rzecznika generalnego Y. Bota przedstawionej 8.07.2008 r. w sprawie C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom*, EU:C:2006:646, dalej jako opinia w sprawie *Komisja przeciwko Włochom*; Y. Bot podnosi, że on i rzecznik generalny M.P. Maduro uważają, iż nie należy odchodzić od tego orzecznictwa, por. pkt 85 powyższej opinii.

50 P. Oliver w: *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, P. Oliver (red.), Oksford-Portland 2010, s. 117.

51 Wyrok TS z 15.12.1993 r. w sprawie C-292/92, *Ruth Hünernmund i inni przeciwko Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, EU:C:1993:932, ECR 1993, s. I-6787, dalej jako sprawa *Hünernmund*; zob. C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard i jej znaczenie dla rozwoju europejskiego prawa wspólnotowego* w: M. Bączek (red.), *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 99–100; D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 43; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 113; D.E. Kiedrowska (D.E. Harasimiuk) zalicza tam sprawę *Hünernmund do ograniczeń reklamy*. D.E. Kiedrowska zauważa, że w sprawie

dotyczących sprzedaży⁵². Sprawa ta dotyczyła zakazu reklamowania środków parafarmaceutycznych poza aptekami, wprowadzonego przez izbę farmaceutyczną landu Badenia-Wirtembergia. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że regulacja krajowa mieści się w formule *Keck i Mithouard*⁵³. W nauce niemieckiej pojawia się opinia, że wraz z wyrokiem w tej sprawie TS potwierdził ustalenia *Keck i Mithouard*⁵⁴.

W orzeczeniu *De Agostini*⁵⁵ (dotyczącym reklamy w magazynie dla dzieci środka do ochrony skóry i detergentu) TS zauważył, że nie można wykluczyć, iż absolutny zakaz, w stosunku do metody promocji produktu, który istnieje w jednym państwie członkowskim UE, może mieć większy wpływ na towary z innych państw członkowskich⁵⁶. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że środek krajowy nie jest objęty art. 30 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.), chyba że zostanie wykazane, iż zakaz ten nie wpływa w taki sam sposób po względem faktycznym i prawnym na handel produktami krajowymi i importowanymi z innych państw członkowskich⁵⁷, lecz pozostawił rozstrzygnięcie sądowi szwedzkiemu⁵⁸.

Sprawa *Gourmet*⁵⁹ dotyczyła ustawodawstwa szwedzkiego, które zabraniało reklamy mocnych alkoholi, m.in. w czasopiśmie; zakaz ten nie miał natomiast zastosowania do prasy specjalistycznej skierowanej do producentów i restauratorów. W magazynie „Gourmet International Products”, którego w 90% subskrybentami były podmioty zawodowo związane z rynkiem alkoholi, a w 10% osoby prywatne, ukazały się reklamy wina i whisky (nie było ich w magazynie sprzedawanym w sklepach). Trybunał Sprawiedliwości zauważył, że całkowity zakaz reklamy może stanowić przeszkodę w dostępie w większym stopniu dla towarów importowanych niż towarów krajowych. Orzekł też, że art. 30 i art. 36 TWE (obecnie art. 34 i art. 36 TFUE – przyp. J.Sz.) oraz art. 56 i art. 59 TWE (obecnie art. 52 i art. 56 TFUE – przyp. J.Sz.) nie wykluczają krajowego

zakazu reklamy⁶⁰, pod warunkiem iż ochrona przed skutkami spożycia alkoholu może być osiągnięta przez środki, które mają mniejszy wpływ na handel, pozostawił jednak rozstrzygnięcie sądowi krajowemu.

Sprawa *Deutscher Apothekerverband*⁶¹ dotyczyła zarówno niemieckiego zakazu sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych, których sprzedaż była zastrzeżona dla farmaceutów, jak i reklamy, której celem była sprzedaż wysyłkowa produktów leczniczych. Powodem było stowarzyszenie, którego celem była ochrona społecznych i gospodarczych interesów farmaceutów; pierwszym pozwanym była holenderska spółka prowadząca aptekę internetową i tradycyjną, a drugim pozwanym był jej dyrektor. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że niemiecki zakaz sprzedaży wysyłkowej leków, które mogą być sprzedawane tylko w aptekach, ma zastosowanie do wszystkich podmiotów – zarówno krajowych, jak i obcych⁶². Zakaz ten jednak w większym stopniu stanowi przeszkodę dla aptek spoza Niemiec, dla których Internet jest ważniejszym środkiem do uzyskania bezpośredniego dostępu do rynku tego kraju; zabronienie sprzedaży wysyłkowej środków leczniczych ma większy wpływ na apteki spoza Niemiec, co może utrudniać dostęp do rynku dla produktów z innych państw członkowskich. Zakaz ten nie dotyczy w tym samym stopniu towarów krajowych i towarów importowanych z innych państw członkowskich⁶³. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE) uzasadnia krajowy zakaz sprzedaży przez Internet leków na receptę oraz że w stosunku do leków, które nie są sprzedawane na receptę, nie jest uzasadniony całkowity zakaz sprzedaży przez Internet⁶⁴.

Sprawa *Karner*⁶⁵ dotyczyła sporu o reklamę ruchomości, które określano jako pochodzące z masy upadłościowej, w sytuacji gdy nie należały już do niej, czego zakazywała austriacka ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że regulacja ta nie ustanawia całkowitego zakazu reklamy towarów (w przeciwieństwie do przepisów krajowych, które dały początek wyrokom TS w sprawach *De Agostini* oraz *Gourmet*) i nie dotyka w większym stopniu towarów pochodzących z innych państw członkowskich⁶⁶.

W sprawie *Douwe Egberts*⁶⁷ dotyczącej używania nazw handlowych kawy i zakazu odniesień do „odchudzania” oraz

Hünermund TS zastosował formułę *Keck i Mithouard*, w sprawie *Leclerc Siplec* (wyrok TS z 9.02.1995 r. w sprawie C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec przeciwko TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA*, EU:C:1995:26, ECR 1995, s. I-179, dalej jako sprawa *Leclerc-Siplec*) zastosował mechanicznie formułę *Keck i Mithouard*, zaś po raz pierwszy wyraźnie odszedł od czysto mechanicznego zastosowania tej formuły w orzeczeniu *De Agostini i TV Shop Sverige* (wyrok TS z 9.07.1997 r. w sprawach połączonych: C-34/95, C-35/95 oraz C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) przeciwko De Agostini (Svenska) Förlag AB i TV-Shop i Sverige AB*, EU:C:1997:344, ECR 1997, s. I-3843, dalej jako sprawa *De Agostini*) – D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 44–45.

52 D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 43.

53 Pkt 21–22 wyroku TS w sprawie *Hünermund*.

54 A. Dubach, *Freier Warenverkehr in der EU: Der Gerichtshof auf neuen Pfaden*, „Deutsche Verwaltungsblatt” 15.06.1995 r., s. 600.

55 Zob. D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 44; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 116–117; D.E. Kiedrowska (D.E. Harasimiuk) zalicza tam sprawę *De Agostini* do ograniczeń reklamy; polskie tłumaczenie wyroku w sprawie *De Agostini* – por. <http://www.orzeczenia.polskawue.gov.pl>.

56 Pkt 42 wyroku TS w sprawie *De Agostini*.

57 Pkt 44 wyroku TS w sprawie *De Agostini*.

58 Pkt 45 wyroku TS w sprawie *De Agostini*.

59 Wyrok TS z 8.03.2001 r. w sprawie C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) przeciwko Gourmet International Products AB (GIP)*, EU:C:2001:135, ECR 2001, s. I-1795, dalej jako sprawa *Gourmet*, zob. A. Biondi, *Advertising Alcohol and the Free Movement Principle: The Gourmet Decision*, „European Law Review” 2001/6, s. 616–622; D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 44–45; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 117–121, 240–243; D.E. Kiedrowska (D.E. Harasimiuk) zalicza tam sprawę *Gourmet* do ograniczeń reklamy.

60 Pkt 53 wyroku TS w sprawie *Gourmet*.

61 Wyrok TS z 11.12.2003 r. w sprawie C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV przeciwko 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, EU:C:2003:66, ECR 2003, s. I-14887, dalej jako sprawa *Deutscher Apothekerverband*; zob. D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 45, D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 311–313; D.E. Kiedrowska zalicza tam sprawę *Deutscher Apothekerverband* do ograniczeń reklamy.

62 Pkt 69 wyroku TS w sprawie *Deutscher Apothekerverband*.

63 Pkt 74 i pkt 75 wyroku TS w sprawie *Deutscher Apothekerverband*.

64 Pkt 124 wyroku TS w sprawie *Deutscher Apothekerverband*.

65 Wyrok TS z 25.03.2004 r. w sprawie C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH przeciwko Troostwijk GmbH*, EU:C:2004:181, ECR 2004, s. I-3025, zob. D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 45–46; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 112–123; D.E. Kiedrowska (również jako D.E. Harasimiuk) zalicza tam sprawę *Karner* do ograniczeń reklamy.

66 Pkt 42 wyroku w sprawie *Karner*.

67 Wyrok TS z 15.07.2004 r. w sprawie C-239/02, *Douwe Egberts NV przeciwko Westrom Pharma NV i Christophe Souranis, veikiantis įmonės Établissements FICS vardu, ir Douwe Egberts NV przeciwko FICS-World BVBA*, EU:C:2004:445, Zb. Orz. 2004, s. I-7007; zob. D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 123–125 – D.E. Harasimiuk zalicza tam sprawę *Douwe Egberts* do ograniczeń reklamy.

do „zaleceń, zaświadczeń, oświadczeń lub opinii lekarskich bądź atestów”, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził m.in., że całkowity zakaz reklamy, który obejmuje cechy produktu, potencjalnie bardziej utrudnia dostęp do rynku⁶⁸ oraz że art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.) i art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE – przyp. J.Sz.) trzeba interpretować w taki sposób, że sprzeciwiają się one takim przepisom krajowym⁶⁹.

Sprawa *Corporación Dermoestética S.A.*⁷⁰ dotyczy wolnego przepływu usług, ale warto o niej wspomnieć ze względu na ogólny charakter rozważań rzecznika generalnego Y. Bota, które można odnieść też do przepływu towarów. Sprawa ta dotyczyła włoskiego zakazu reklamowania za pośrednictwem ogólnokrajowych stacji telewizyjnych zabiegów leczniczych i chirurgicznych wykonywanych w prywatnych placówkach medycznych, podczas gdy była ona dopuszczona w lokalnych stacjach telewizyjnych, wymagała ona zgody władz administracyjnych, a wydatki na tę reklamę nie mogły przekroczyć 5% dochodu zadeklarowanego w roku poprzednim. W swojej opinii rzecznik generalny Y. Bot⁷¹ zwrócił uwagę na rolę reklamy, która pozwala przedsiębiorcom na poinformowanie o swojej działalności i odgrywa zasadniczą rolę przy jej rozpoczynaniu. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że art. 43 TWE (obecnie art. 49 TFUE – przyp. J.Sz.) i art. 49 TWE (obecnie art. 56 TFUE – przyp. J.Sz.) w zw. z art. 48 TWE (obecnie art. 54 TFUE – przyp. J.Sz.) i art. 55 TWE (obecnie art. 62 TFUE – przyp. J.Sz.) powinno się tak interpretować, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniom takim jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym⁷².

7. Sprawa *Leclerc-Siplec* – opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa

Do problematyki reklamy zalicza się też sprawa *Leclerc-Siplec*⁷³, ale zasługuje ona na odrębne potraktowanie. Zapytanie prejudycjalne w sprawie dotyczyło odmowy nadawania reklamy paliwa sprzedawanego w supermarketach „Leclerc”, spowodowanej francuskim zakazem reklamy telewizyjnej dla sektora dystrybucji. Rzecznik generalny F.G. Jacobs w swojej opinii⁷⁴ uznał, że w rozwiniętej gospodarce rynkowej opartej na wolnej konkurencji rola reklamy jest zasadnicza⁷⁵. Zdaniem F.G. Jacobsa, reklama odgrywa szczególnie istotną rolę przy wprowadzaniu nowego towaru na rynek. Dzięki reklamie

konsumenti mogą być nakłonieni do zrezygnowania z wierności jednej marce. Zdaniem rzecznika generalnego, jeżeli nie istniałaby reklama, to podmiot wcześniej działający na danym rynku mógłby łatwiej zachować w nim swój udział⁷⁶. Bez reklamy byłoby bardzo trudno producentowi, który ma swoją siedzibę w jednym państwie członkowskim, zdobyć rynek w innym państwie członkowskim, gdzie jego towar nie był dotychczas sprzedawany, a więc nie cieszy się renomą. Zakazy czy znaczne ograniczenia reklamy, zdaniem F.G. Jacobsa, prowadzą nieuchronnie do ochrony krajowych producentów⁷⁷. Podniósł on również, że jeżeli państwo członkowskie nakłada znaczne ograniczenie w dostępie do rynku dla pewnych towarów (np. mogą być one sprzedawane w bardzo ograniczonej liczbie sklepów) i producent tych towarów w innym kraju ponosi straty, to nie może się pocieszać tym, że podobną stratę ponoszą konkurenci w państwie członkowskim, które nakłada ograniczenie⁷⁸. Zdaniem rzecznika generalnego, przyjęcie testu istotnego ograniczenia skutkowało by wprowadzeniem testu *de minimis* do art. 30 TEWG (obecnie art. 34 TFUE)⁷⁹. F.G. Jacobs uznał, że francuski zakaz reklamy telewizyjnej sektora dystrybucji nie stanowi istotnego ograniczenia dostępu⁸⁰.

Trybunał Sprawiedliwości od wydania wyroku w sprawie *Van der Haar*⁸¹ odmawia zastosowania⁸² do ograniczeń wolnego przepływu towarów reguły *de minimis*, znanej z prawa konkurencji (zob. sprawa *Bluhme*⁸³). Zdaniem autora opracowania, **należy się opowiedzieć za zastosowaniem reguły *de minimis*, a trwałość orzecznictwa jest pewną wartością, ale jak wykazano m.in. w wyroku TS w sprawie *Keck i Mithouard*, nie jest to jednak wartość bezwzględna.**

8. Problematyka sposobów użytkowania

Rzecznik generalna J. Kokott w opinii w sprawie *Mickelsson i Roos*⁸⁴ dotyczącej zakazu użytkowania skuterów wodnych poza przeznaczonymi dla nich trasami zauważyła, że obszerny zakres doktryny *Dassonville* ma ten skutek, iż każde uregulowanie krajowe ograniczające użytkowanie danego produktu można zakwalifikować jako środek o skutku równoważnym⁸⁵, i zakaz wjeżdżania do lasu lub ograniczenie prędkości

68 Pkt 53 wyroku w sprawie *Douwe Egberts*.

69 Pkt 59 wyroku TS w sprawie *Douwe Egberts*.

70 Wyrok TS z 17.07.2008 r. w sprawie C-500/06, *Corporación Dermoestética S.A. przeciwko TO ME Group Advertising Media*, EU:C:2008:421, Zb. Orz. 2008, s. I-5785, dalej jako sprawa *Corporación Dermoestética S.A.*

71 Pkt 82 opinii rzecznika generalnego Y. Bota przedstawionej 31.01.2008 r. w sprawie C-500/06, *Corporación Dermoestética S.A. przeciwko TO ME Group Advertising*, EU:C:2008:62.

72 Pkt 41 wyroku TS w sprawie *Corporación Dermoestética S.A.*

73 Zob. F. Wooldridge, *Article 30 and TV Advertising; the ECJ Judgment in Leclerc-Siplec*, „European Business Law Review” 1996/1, s. 3; C. Mik, *Formula Keck-Mithouard...*, s. 101 i 102; D.E. Kiedrowska, *Formula Keck w orzecznictwie...*, s. 43–44 i D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 114–115. D.E. Kiedrowska (również jako D.E. Harasimiuk) zalicza tam sprawę *Leclerc Siplec* do ograniczeń reklamy.

74 Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z 24.11.1994 r. w sprawie C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec przeciwko TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA*, EU:C:1994:393, na tę opinię zwraca uwagę D.E. Kiedrowska, *Formula Keck w orzecznictwie...*, s. 43–44; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 114–115.

75 Pkt 19 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie *Leclerc-Siplec*.

76 Pkt 20 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie *Leclerc-Siplec*.

77 Pkt 21 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie *Leclerc-Siplec*.

78 Pkt 39 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie *Leclerc-Siplec*.

79 Pkt 42 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie *Leclerc-Siplec*.

80 Pkt 55 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie *Leclerc-Siplec*.

81 Wyrok TS z 5.04.1984 w sprawie C-177/82, *Postępowania karne przeciwko Jan van de Haar i Kaveka de Meern BV*, EU:C:1984:144, ECR 1984, s. 1797.

82 P. Oliver w: *Oliver on Free Movement...*, s. 91.

83 Wyrok TS z 3.12.1998 r. w sprawie C-67/97, *Postępowanie karne przeciwko Ditlev Bluhme*, EU:C:1998:584, ECR 1998, s. I-8033. Pytanie prejudycjalne w tej sprawie zostało skierowane w trakcie postępowania karnego przeciwko D. Bluhme, który złamał zakaz hodowli na wyspie Læsø i sąsiadujących wyspach innych pszczoł niż podgatunki brązowej pszczoły Læsø (*Apis mellifera mellifera*), na obronę D. Bluhme podnoszono, że zakaz ten narusza art. 30 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.). TS uznał środek krajowy za środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi (pkt 23 wyroku). TS uznał, że środek krajowy musi być traktowany za uzasadniony na mocy art. 36 TFUE na podstawie ochrony zdrowia i życia zwierząt (pkt 38). D.E. Harasimiuk, zwracając uwagę na sprawę *Bluhme*, podnosi, że bez znaczenia jest zakres terytorialny środka (D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 82).

84 Opinia rzecznika generalnej J. Kokott przedstawiona 14.12.2006 r. w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*, EU:C:2009:782.

85 Pkt 42 opinii rzecznika generalnej J. Kokott w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*.

na autostradach stanowiłyby środek o skutku równoważnym⁸⁶. J. Kokott podniosła, że w przypadku dokonania porównania cech sposobów sprzedaży z cechami użytkowania można zauważyć, iż co do sposobu i stopnia oddziaływania na handel są one porównywalne⁸⁷ i należy rozciągnąć⁸⁸ orzecznictwo *Keck i Mithouard* na sposoby użytkowania. Rzecznik generalna wyraziła pogląd, że: „Przepisy krajowe określające sposoby użytkowania produktów nie stanowią środków o skutku równoważnym w rozumieniu art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.), o ile obowiązują wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze prowadzące działalność na terytorium krajowym, wpływają w ten sam sposób, z prawnego i faktycznego punktu widzenia, na handel produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich oraz nie dotyczą produktów. Jednakże zakazy użytkowania lub krajowe przepisy zezwalające jedynie na marginalne używanie danego produktu, w przypadku gdy uniemożliwiają lub prawie uniemożliwiają dostęp tego produktu do rynku, stanowią środki o skutku równoważnym, zakazane przez art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.) o ile nie są one uzasadnione na mocy art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE – przyp. J.Sz.) lub jednego z wymogów nadrzędnych”⁸⁹.

Trybunał Sprawiedliwości stwierdził w sprawie C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom*, dotyczącej zakazu ciągnięcia przyczep przez motorowery, motocykle, motocykle trzykołowe i pojazdy czterokołowe, że za środki o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w przywozie trzeba uznać takie, które mają na celu mniej korzystne traktowanie towarów importowanych, a także środki z pkt 35 tego wyroku⁹⁰. Zdaniem TS, za środki równoważne należy uznać również każdy inny środek stanowiący przeszkodę w dostępie do rynku państwa członkowskiego towarów importowanych z innego państwa członkowskiego⁹¹.

Zauważa się, że trzecia część typologii przedstawionej przez TS nachodzi na pierwszą i drugą⁹², a także, że pierwsza i druga nachodzą na siebie⁹³.

Trybunał Sprawiedliwości uznał, że środek o skutku równoważnym w przywozie stanowi zakaz ciągnięcia przyczep, które są specjalnie skonstruowane dla motocykli w zakresie, w jakim uniemożliwiają dostęp do rynku, ale powinien być uznany za uzasadniony względami dotyczącymi bezpieczeństwa ruchu drogowego⁹⁴.

W sprawie *Mickelsson i Roos*⁹⁵ Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że jeżeli przepisy krajowe wyznaczające akweny i drogi żeglowne byłyby przeszkodą dla użytkowników skuterów wodnych w czynieniu z nich prawidłowego użytku lub silnym ograniczeniem ich użytkowania (co podlega weryfikacji przez sąd krajowy), przepisy takie miałyby za skutek utrudnienie dostępu tych towarów do danego rynku krajowego i stanowiłyby środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w przywozie zakazany przez art. 28 TWE (obecnie art. 34 TFUE – przyp. J.Sz.), mógłby on jednak być usprawiedliwiony przez art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE – przyp. J.Sz.) lub nadrzędne względy interesu ogólnego.

W doktrynie pojawiają się głosy, że wyroki w sprawach C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom* oraz *Mickelsson i Roos* zmieniły interpretację⁹⁶ art. 34 TFUE, bronione jest także stanowisko przeciwne⁹⁷. Pojawiła się opinia⁹⁸, że wyroki te nie unieważniły formuły *Keck i Mithouard*, ponieważ po ich wydaniu pojawiło się rozstrzygnięcie w sprawie *LIBRO*⁹⁹, w którym TS posłużył się kategorią sposobu użycia. Autor niniejszego artykułu krytycznie ocenia te rozstrzygnięcia TS, jego zdaniem należy się opowiedzieć za kryterium dostępu.

9. Nowsze wyroki dotyczące sposobów sprzedaży

Z powodu ograniczonych ram artykułu nie zamieściłem części starszych wyroków omówionych przez polską naukę¹⁰⁰,

86 Pkt 45 opinii rzecznik generalnej J. Kokot w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*.

87 Pkt 52 opinii rzecznik generalnej J. Kokot w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*.

88 Pkt 55 opinii rzecznik generalnej J. Kokot w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*.

89 Pkt 87 opinii rzecznik generalnej J. Kokot w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*.

90 Pkt 35 wyroku w sprawie C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom*, EU:C:2006:66, Zb. Orz. 2009, s. I-519, dalej jako sprawa C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom*, stanowi, że „środkami o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi są przeszkody w swobodnym przepływie towarów, wynikające, w braku harmonizacji ustawodawstw, z zastosowania do towarów pochodzących z innych państw członkowskich, w których są zgodne z prawem produkowane i wprowadzane do obrotu, przepisów określających wymogi, które towary te muszą spełniać, nawet jeśli uregulowania te są stosowane bez rozróżnienia do wszystkich towarów”.

91 Pkt 37 wyroku TS w sprawie C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom*.

92 C. Barnard, *The Substantive Law of the ...*, s. 107.

93 P. Oliver w: *Oliver on Free Movement...*, s. 129.

94 Pkt 58 i pkt 69 wyroku w sprawie C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom*.

95 Pkt 28 wyroku TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-142/05, *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*, EU:C:2009:336, Zb. Orz. 2009, s. I-4273, dalej jako sprawa *Åklagaren przeciwko Mickelsson i Roos*, na te wnioski sformułowane przez TS zwraca uwagę P. Oliver w: *Oliver on Free Movement...*, s. 131; oprócz powyższych wyroków sposobów użytkowania dotyczą wyroki TS: z 11.07.2000 r. w sprawie C-473/98, *Kemikalieinspektionen przeciwko Toolex Alpha*, EU:C:2000:379, ECR 2000, s. I-5681; z 26.10.2006 r. w sprawie C-65/05, *Komisja przeciwko Grecji*, EU:C:2006:673, Zb. Orz. 2006, s. I-10341; z 10.04.2008 r. w sprawie C-265/06, *Komisja przeciwko Portugalii*, EU:C:2008:210, Zb. Orz. 2008, s. I-2245; z 15.04.2010 r. w sprawie C-433/05, *Postępowanie karne przeciwko Lars Sandström*, EU:C:2010:184, Zb. Orz. 2010, s. I-2885.

96 Większość komentatorów wydaje się koncentrować na drugiej części, którą widzą jako odejście od ortodoksyjnej praktyki sądowej i początek ery uniwersalnego i rygorystycznego dostępu do rynku – zob. P. Wenneras, K.B. Moen, *Selling arrangements. Keeping Keck*, „European Law Review” 2010/3, s. 387; zwracają oni uwagę na opinie: E. Spaventa, *Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v. Italy and Mickelsson and Roos*, „European Law Review” 2009/34, s. 914; P. Pecho, *Good-Bye Keck? A Comment on the Remarkable Judgment in Commission v. Italy C-110/05*, „Legal Issues of Economic Integration” 2009/3, s. 257; T. Horsley, *Anyone for Keck?*, „Common Market Law Review” 2009/4, s. 2001; C. Barnard, *Trailing a new approach to free movement of goods*, „Cambridge Law Journal” 2009/2, s. 288; J. Snell, *The notion of market access. A concept or a slogan*, „Common Market Law Review” 2010/2, s. 455–460, i co do bardziej ostrożnej interpretacji S. Weatherill, *Current Developments*, „International Comparative Law Quarterly” 2009/4.

97 P. Wenneras, K.B. Moen, *Selling arrangements...*, s. 387.

98 C. Barnard, *The substantive law of the ...*, s. 140.

99 Wyrok TS z 30.04.2009 r. w sprawie C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft przeciwko LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, EU:C:2009:276, Zb. Orz. 2009, s. I-3717, dalej jako sprawa *LIBRO*.

100 Wyrokami, które nie zostały omówione w tym artykule, a miały jakiś związek ze sprawą *Keck i Mithouard* i zostały omówione przez polską naukę oraz dotyczą wolnego przepływu towarów, są wyroki TS: z 2.06.1994 r. w sprawach połączonych: C-69/93 i 258/93, *Punto Casa SpA przeciwko Sindaco del Comune di Capene i Comune di Capena i Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) przeciwko Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo*

jak i nowego orzecznictwa, w którym TS nie zalicza środka krajowego do sposobów sprzedaży (warto jednak zwrócić uwagę, że w wielu innych sprawach strony, Komisja, pełnomocnicy państw członkowskich oraz rzecznicy generalni proponują zastosowanie formuły *Keck i Mithouard*, czy też odnoszą się do jej zastosowania)¹⁰¹.

Sprawę *LIBRO* wszczęło stowarzyszenie branżowe izby gospodarczej dla działalności księgarskiej i związanej z mediami, które wystąpiło o nakazanie powstrzymania się od reklamy sprzedaży książek po cenie niższej niż cena ustalona na podstawie ustawy dotyczącej regulowanych cen książek, która stanowiła, że importerowi niemieckojęzycznych książek i muzykaliów (z tym że ustawa ta nie dotyczyła transgranicznego handlu elektronicznego) nie wolno ustalać ceny niższej od ceny detalicznej ustalonej lub zalecanej przez wydawcę w kraju wydania. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że uregulowanie krajowe należy uznać za dotyczące sposobów sprzedaży¹⁰², lecz uznał, iż traktuje ono w sposób mniej korzystny wwożone książki¹⁰³ i stanowi środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w przywozie¹⁰⁴. Uznał również, że nie może być ono uzasadnione zarówno na podstawie art. 30 TWE (obecnie art. 36 TFUE – przyp. J.Sz.) i art. 151 TWE (obecnie

art. 167 TFUE – przyp. J.Sz.), jak i na podstawie nadrzędnych względów interesu ogólnego¹⁰⁵.

W sprawie *Komisja przeciwko Niemcom*¹⁰⁶, która dotyczyła zaopatrzenia szpitala w produkty lecznicze przez aptekę, Komisja Europejska podnosiła, że umowa na dostawę produktów leczniczych musi spełniać wymogi, które uniemożliwiają aptekom usytuowanym w innych państwach członkowskich zapewnienie regularnych dostaw do szpitali. Trybunał Sprawiedliwości uznał niemiecką regulację za środek o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w przywozie¹⁰⁷, stwierdził jednak, że jest ona uzasadniona z powodów związanych z ochroną zdrowia publicznego¹⁰⁸.

Sprawa *Ker Optika*¹⁰⁹ dotyczyła zakazu sprzedaży soczewek kontaktowych za pośrednictwem strony internetowej. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 34 i art. 36 TFUE oraz dyrektywę 2000/31/WE¹¹⁰ należy tak interpretować, iż sprzeciwiają się one takiemu uregulowaniu krajowemu¹¹¹.

10. Wnioski

Odnosząc się do środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi, należy zauważyć, że np. trudno pozytywnie oceniać regulację zakazującą sprzedaży chleba poniżej ceny minimalnej¹¹², czy unormowanie, zgodnie z którym trumny mogli sprzedawać jedynie przedsiębiorcy pogrzebowi¹¹³, ale **trudno jest stwierdzić, czy regulacje wprowadzające ograniczenia marketingu są bogactwem Wspólnoty) zgodnie z jej dewizą „zjednoczona w różnorodności”¹¹⁴, czy też w każdym przypadku są nieuzasadnionymi przeszkodami w handlu.** Mała liczba sporów prawnych, których przedmiotem jest ograniczenie marketingu pochodzącego z krajów przyjętych do Unii Europejskiej w latach: 2004 (rozważania te nie dotyczą Malty i Cypru), 2007 i 2013, wynika z tego, iż brak w tych krajach

i Comune di Torri di Quartesolo, EU:C:1994:226, ECR 1994, s. I-2355; z 2.06.1994 r. w sprawie C-401/92, *Postępowania karne przeciwko Tankstation 't Heuvske vof i J.B.E. Boermans*, EU:C:1994:220, ECR 1994, s. I-2199; z 20.06.1996 r. w sprawach połączonych: C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 oraz C-332/94, *Semeraro Casa Uno Srl i inni przeciwko Sindaco del Comune di Erbusco i inni*, EU:C:1996:242, ECR 1996, s. I-2975 (zob. C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard...*, s. 100, 102, 103; D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 41–42; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 125–126); wyrok TS z 13.01.2001 r. w sprawie C-254/98, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb przeciwko TK-Heimdienst Sass GmbH*, EU:C:2000:12, ECR 2000, s. I-151 (zob. M. Szpunar, *Krajowe regulacje...*, s. 257–261; D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 41–42; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 127–129); wyrok TS z 11.08.1995 w sprawie C-63/94, *BELGAPOM przeciwko ITM Belgium SA i Vocarex SA*, EU:C:1995:270, ECR 1995, s. I-2467; z 14.12.1995 r. w sprawie C-387/93, *Postępowanie karne przeciwko Giorgio Domingo Banchero*, EU:C:1995:439, ECR 1995, s. I-4663; z 29.06.1995 r. w sprawie C-391/92, *Komisja przeciwko Grecji*, EU:C:1995:199, ECR 1995, s. I-1621.

101 Zob. wyroki TS z 14.12.2004 r. w sprawie C-463/01, *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, EU:C:2004:797, Zb. Orz. 2004, s. I-11705; z 14.12.2004 r. w sprawie C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. i S. Spitz KG przeciwko Land Baden-Württemberg*, EU:C:2004:799, Zb. Orz. 2004, s. I-11763; z 26.05.2005 r. w sprawie C-20/03, *Postępowanie karne przeciwko Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden i Anthony De Jong*, EU:C:2005:307, Zb. Orz. 2005, s. I-4133, dalej jako sprawa *Burmanjer* (zob. D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 42–43; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 131–132); z 23.02.2006 r. w sprawie C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH przeciwko Claudii Schmidt*, EU:C:2006:141, Zb. Orz. 2006, s. I-2093, dalej jako sprawa *A-Punkt* (zob. D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 131–132); z 28.09.2006 r. w sprawie C-434/04, *Postępowanie karne przeciwko Erik Anders Ahokainen i Mati Leppik*, EU:C:2006:609, Zb. Orz. 2006, s. I-9171, dalej jako sprawa *Ahokainen i Leppik*; z 15.03.2007 r. w sprawie C-54/05, *Komisja przeciwko Finlandii*, EU:C:2007:168, Zb. Orz. 2007, s. I-2473; z 7.06.2007 r. w sprawie C-254/05, *Komisja przeciwko Belgii*, EU:C:2007:319, Zb. Orz. 2007, s. I-4269; z 16.12.2008 r. w sprawie C-205/07, *Postępowanie karne przeciwko Lodewijk Gysbrechts i Santurel Inter BVBA*, EU:C:2008:730, Zb. Orz. 2008, s. I-9947, dalej jako sprawa *Gysbrechts*.

102 Pkt 20 wyroku TS w sprawie *LIBRO*.

103 Pkt 21 wyroku TS w sprawie *LIBRO*.

104 Pkt 29 wyroku TS w sprawie *LIBRO*.

105 Pkt 36 wyroku TS w sprawie *LIBRO*.

106 Wyrok TS z 11.09.2008 r. w sprawie C-141/07, *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, EU:C:2008:492, Zb. Orz. 2008, s. I-6935, dalej jako sprawa *Komisja przeciwko Niemcom*; zob. D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 134.

107 Pkt 44 wyroku TS w sprawie *Komisja przeciwko Niemcom*.

108 Pkt 63 wyroku TS w sprawie *Komisja przeciwko Niemcom*.

109 Wyrok TS z 2.12.2010 r. w sprawie C-108/09, *Ker-Optika Bt przeciwko ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, EU:C:2010:725, Zb. Orz. 2010, s. I-12213, dalej jako sprawa *Ker Optika*.

110 Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz. Urz. WE L 178 z 2000 r., s. 1).

111 Pkt 78 wyroku TS w sprawie *Ker Optika*.

112 Wyrok TS z 13.11.1986 r. w sprawach połączonych: C-80/85 i C-159/85, *Nederlandse Bakkerij Stichting i inni przeciwko Edah BV*, EU:C:1986:426, ECR 1986, s. 3359, dalej jako sprawa *Edah*.

113 Wyrok TS z 4.05.1988 r. w sprawie C-30/87, *Corinne Bodson przeciwko SA Pompes funèbres des régions libérées*, EU:C:1988:225, ECR 1988, s. 2479; wskazuje na niego E. White, *In Search of the Limits of Article 30 of the EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1989/2, s. 248.

114 16 państw przyjęło deklarację nr 52 do Traktatu z Lizbony, w której oświadczyły, że: „Flaga przedstawiająca krąg dwunastu złotych gwiazd na niebieskim tle, hymn pochodzący z «Ody do Radości» z IX Symfonii Ludwiga van Beethovena, dewiza «Zjednoczona w różnorodności», euro będące walutą Unii Europejskiej oraz Dzień Europy obchodzony 9 maja pozostają dla nich symbolami wyrażającymi poczucie wspólnoty obywateli Unii Europejskiej oraz ich związek z nią” – deklaracja została dołączona do Aktu końcowego konferencji międzyrządowej, która przyjęła Traktat z Lizbony (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).

ciągłości historycznej; po upadku „realnego socjalizmu” wprowadzono rozwiązania liberalne (podczas gdy np. w Niemczech do niedawna była szczegółowo regulowana nawet dopuszczalność wyprzedaży¹¹⁵, a w Austrii na ogłoszenie zapowiedzi wyprzedaży musiał wydać zgodę organ administracji¹¹⁶, przy czym autor niniejszego opracowania nie wartościuje tych rozwiązań). Może to też wynikać z braku znajomości prawa unijnego. Nieproporcjonalnie wiele spraw dotyczy problemów prawnych, które zaistniały w krajach przyjętych do Unii w 1995 r. Część spraw pochodzących z Finlandii i Szwecji można wytłumaczyć północnoeuropejską specyfiką rynku alkoholu¹¹⁷, nadreprezentacja spraw dotyczących Austrii¹¹⁸ wynika częściowo z łączenia się rynków niemieckiego z austriackim (świadczą to być może nie najlepiej o integracji europejskiej, że mamy ją daleko posuniętą jedynie w krajach, w których ludność posługuje się tym samym językiem), może to być też skutkiem tego, że firmy działające jednocześnie na tych obu rynkach zatrudniały niemieckich prawników, dla których prawo wspólnotowe już od wielu lat nie było obce (należy jednak zwrócić uwagę na to, iż M. Szpunar zauważa: „Patrząc na doświadczenia takich państw członkowskich jak Austria czy Szwecja, można powiedzieć, że kwestie dostosowania ustawodawstwa wewnętrznego do unijnego ujawniają się częściej, a liczba postępowań wzrasta po pięciu latach od przystąpienia do Wspólnoty”)¹¹⁹. Dużo spraw dotyczy produktów spożywczych (w szczególności chleba)¹²⁰, co jest związane z długą tradycją ich wytwarzania. Regulacje ograniczające handel dotyczą wrażliwych społecznie dziedzin ze względu na metody sprzedaży (sprzedaż bezpośrednia¹²¹, sprzedaż przez Internet¹²²), czy też rodzaj towaru (produkty medyczne¹²³,

alkohol¹²⁴, artykuły erotyczne¹²⁵). Prezentowany jest pogląd, że państwa członkowskie UE stosują triki¹²⁶. Nie wszystkie ograniczenia handlu jednak można uznać za triki, np. grecka regulacja dotycząca zakładania i prowadzenia piekarni pochodzi z 1934 r.¹²⁷, kiedy integracja europejska była domeną garstki intelektualistów, a rozwiązania przyjęte w Traktatach rzymskich (Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą oraz Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Energii Atomowej¹²⁸) były bardzo odległe. **Należy zadać pytanie, czy interpretowanie art. 34 TFUE jako mającego za zadanie zachęcać do nienapotykanego przeszkód handlu w państwach członkowskich, a nie liberalizacji handlu wewnątrz-wspólnotowego nie jest za daleko idącą interpretacją prawa? Można to odnieść również do zastosowania formuły *Keck i Mithouard* do sposobów użytkowania.** Zauważa się samoograniczenie TS w sprawie *Keck i Mithouard*¹²⁹, co jest szczególnie istotne wobec głosów o zbyt dużym znaczeniu władzy sądowniczej, które pojawiają się zwłaszcza w USA (pojęcie „aktywizm sędziowski” ma amerykańskie korzenie)¹³⁰. Szczególnie mocna jest pozycja TS, bowiem, aby zmienić Traktaty (TUE i TFUE), trzeba na to zgody wszystkich państw członkowskich, co może wydawać się trudniejsze niż zmiana konstytucji czy zwykłej ustawy. Odnosząc się jednak do Stanów Zjednoczonych Ameryki, trzeba stwierdzić, że w praktyce trudniejsza jest zmiana Konstytucji USA¹³¹ aniżeli Traktatów (TUE i TFUE), Zdaniem autora tego artykułu, należy podzielić stanowiska C. Mika¹³², M. Szpunara¹³³, D.E. Kiedrowskiej¹³⁴, M. Derléna

- 115 Zniosła ją dopiero ustawa: Gesetz zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BGBl. I Nr 37 z 2001 r., s. 1663), por. szerzej na ten temat R. Sack, *Zur Vereinbarkeit des RabattG mit Art. 30 EG-Vertrag*, „Europäische Wirtschafts und Steuerrecht” 1994/6, s. 181–185.
- 116 Było to przedmiotem wyroku TS z 17.01.2013 r. w sprawie C-206/11, *Georg Köck przeciwko Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, EU:C:2013:14.
- 117 Zob. wyroki TS: w sprawie *Gourmet*; w sprawie *Ahokainen i Leppik*; z 5.06.2007 r. w sprawie C-170/04, *Klas Rosengren i inni przeciwko Riksdagsklagaren*, EU:C:2007:313, Zb. Orz. 2007, s. I-4071, dalej jako sprawa *Rosengren*.
- 118 Zob. wyroki TS: z 11.05.1999 r. w sprawie C-255/97, *Pfeiffer Großhandel GmbH przeciwko Löwa Warenhandel GmbH*, EU:C:1999:240, ECR 1999, s. I-2835; w sprawie *Familiapress*; w sprawie *Schwarz* oraz w sprawie *A Punkt*.
- 119 Wypowiedź M. Szpunara w wywiadzie G.J. Leśniak, *Nie ma bata na opieszale ministerstwa*, „Rzeczpospolita” z 20.04.2009 r., por. <http://www.rp.pl/artukul/293465.html>.
- 120 Wyroki TS: z 19.02.1981 r. w sprawie C-130/80, *Postępowanie karne przeciwko Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV*, EU:C:1981:49, ECR 1981, s. 527; w sprawie *Edah*; z 14.07.1994 r. w sprawie C-17/93, *Postępowanie karne przeciwko J.J.J. Van der Veldt*, EU:C:1994:299, ECR 1994, s. I-3537; z 13.03.1997 r. w sprawie C-358/95, *Morellato przeciwko Unità sanitaria locale (USL) n. 11 di Pordenone*, EU:C:1997:149, ECR 1997, s. I-1431; w sprawie *Morellato 2*; w sprawie *Alfa Vita*; w sprawie *Komisja przeciwko Grecji*.
- 121 Wyroki TS: z 16.05.1989 r. w sprawie C-382/87, *Buet i inni przeciwko Ministère public*, EU:C:1989:198, ECR 1989, s. 1235; w sprawie *Burmanjer*; w sprawie *A-Punkt*.
- 122 Wyroki TS: w sprawie TS *Deutscher Apothekerverband*; w sprawie *Dynamic Medien*; w sprawie *Ker-Optika*; w sprawie *Gysbrechts*.
- 123 Wyroki TS: z 21.03.1989 r. w sprawie C-369/88, *Postępowanie karne przeciwko Jean-Marie Delattre*, EU:C:1991:137, ECR 1991, s. I-1487; z 21.03.1991 r. w sprawie C-60/89, *Postępowanie karne przeciwko Jean Monteili i Daniel Samanni*, EU:C:1991:138, ECR 1991, s. I-1547; z 25.05.1993 r. w sprawie C-271/92, *Laboratoire de Prothèses Oculaires przeciwko Union Nationale des Syndicats d’Opticiens de France*

- i inni*, EU:C:1993:214, ECR 1993, s. I-2899; w sprawie *Hünernmund*; z 10.11.1994 r. w sprawie C-320/93, *Ortscheit przeciwko Eurim-Pharm Arzneimittel*, EU:C:1994:379, ECR 1994, s. I-5243; w sprawie *Deutscher Apothekerverband*.
- 124 Wyroki TS: w sprawie *Cassis de Dijon*; z 10.07.1980 r. w sprawie C-152/78, *Komisja przeciwko Francji*, EU:C:1980:187, ECR 1980, s. 2299; z 31.03.1982 r. w sprawie C-75/81, *Blesgen przeciwko państwu belgijskiemu*, EU:C:1982:117, ECR 1982, s. 1211; z 25.07.1990 r. w sprawach połączonych: C-1/90 i C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA i Publivia SAE przeciwko Departamento de Sanidad y Seguridad de la Generalitat de Cataluña*, EU:C:1991:327, ECR 1991, s. I-4151; w sprawie *Gourmet*; w sprawie *Ahokainen i Leppik*; w sprawie *Rosengren*.
- 125 Wyroki TS: z 14.12.1979 r. w sprawie C-34/79, *Regina przeciwko Maurice Donald Henn i John Frederick Ernest Darby*, EU:C:1979:295, ECR 1979, s. 3795; z 11.03.1986 r. w sprawie C-121/85, *Conegate Limited przeciwko HM Customs & Excise*, EU:C:1986:114, ECR 1986, s. 1007; z 11.07.1990 r. w sprawie C-23/89, *Quiethlynn Ltd i Richards przeciwko Southend Borough Council*, EU:C:1990:300, ECR 1990, s. I-3059; z 7.05.1991 r. w sprawie C-350/89, *Sheptonhurst przeciwko Newham Borough Council*, EU:C:1991:151, ECR 1991, s. I-2387.
- 126 Na triki stosowane przez państwa członkowskie zwraca uwagę F.C. Mayer, *Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht: eine Rekonstruktion*, „Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht / WHI – Paper” 2004/1, s. 795, por. <http://www.whi-berlin.eu/documents/warenverkehr.pdf>.
- 127 Pkt 3 opinii w sprawie *Alfa Vita*.
- 128 Dz. Urz. UE C 327 z 2012 r., s. 1.
- 129 J. Keßler, *Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht. Zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalitäten*, Berlin 1997, s. 341; M. Szpunar, *Krajowe regulacje działalności rynkowej...*, s. 262; podobnie C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard...*, s. 98–108.
- 130 B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, s. 47.
- 131 Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki z 1787 r. z poprawkami, por. <http://constitutionus.com>.
- 132 C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard...*, s. 91; C. Mik, *Rozróżnienie środków krajowych: odnoszące się do towaru oraz dotyczące sposobów jego zbytu*, „Rzeczpospolita” z 16.01.1998 r., por. <http://archiwum.rp.pl/artukul/154505-Rozrozniecie-srodkow-krajowych-odnoszace-sie-do-towaru-oraz-dotyczace-sposobow-jego-zbytu.html>.
- 133 M. Szpunar, *Krajowe regulacje działalności rynkowej...*, s. 254.
- 134 D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 37; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 80.

i J. Lindholma¹³⁵, że TS szeroko lub bardzo szeroko zdefiniował środki o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w sprawie *Dassonville* (wyrażany jest pogląd, że formuła *Keck i Mithouard* jest przejawem dążenia do ograniczenia formuły *Dassonville*)¹³⁶, lecz według autora niniejszego artykułu formuła *Keck i Mithouard* nie jest dobrym rozwiązaniem. **Należy podzielić pogląd D.E. Kiedrowskiej¹³⁷ co do problemu zakwalifikowania środka krajowego do jednej z dwóch kategorii *Keck i Mithouard*; należy to odnieść także do spraw: *Komisja przeciwko Włochom*, *Alfa Vita*, *Komisja przeciwko Grecji*, *Schwarz*. Życie jest bogatsze niż powzięte z góry teoretyczne modele myślowe i to co wydawało się proste w sprawie *Keck i Mithouard*, w powyższych sprawach takie już nie jest. Jeżeli nawet przyjmujemy za P. Oliverem¹³⁸, że TS w razie wątpliwości skłania się do stwierdzenia, iż krajowa regulacja dotyczy produktu, a nie sposobu sprzedaży, to łagodzi to nieco formułę *Keck i Mithouard*, lecz nie można przez to stwierdzić, że jest to dobry wyrok.** Należy podzielić pogląd M. Szpunara, że stanowią on „oczywistą modyfikację dotychczasowej judykatury”¹³⁹, ale wymagał interpretacji. Ulegała ona w ciągu ponad 20 lat ewolucji; szczególnie, jeżeli chodzi o problematykę reklamy, rozróżnienie *Keck i Mithouard* straciło tu na prostocie, zmiany w tym orzecznictwie dokonały też wyroki w sprawach C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom* i *Mickelsson i Roos*. D.E. Kiedrowska zauważa, że TS wprost nie odchodzi od formuły *Keck i Mithouard*, lecz faktycznie zaczął realizować postulaty rzeczników generalnych: F.G. Jacobsa (w sprawie

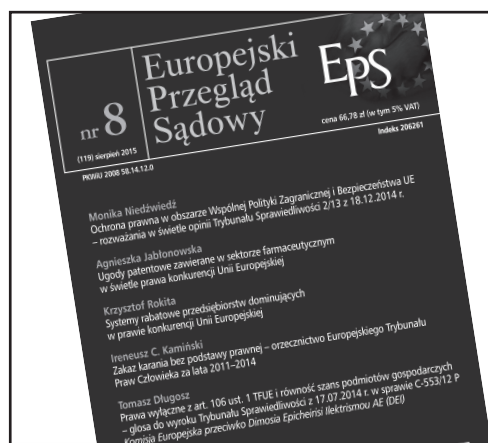
*Leclerc-Siplec*¹⁴⁰ – przyp. J.Sz.) i Ch. Stix-Hackl (w sprawie *Deutscher Apothekerverband*¹⁴¹ – przyp. J. Sz.), żeby decydująca była ocena dostępu do rynku¹⁴². Zdaniem autora tego opracowania, zaliczenie środka do jednej z dwóch kategorii *Keck i Mithouard* przypomina „dzielenie włosa na czworo”, więc oceniając, czy mamy do czynienia ze środkiem o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi, powinniśmy się kierować jedynie kryterium dostępu. Gdyby jednak TS nie odrzucił formuły *Keck i Mithouard*, czyniąc bezprzedmiotowe rozważania odnośnie do podziału na wymogi dotyczące towaru i sposoby sprzedaży, to jako sensowniejsze należy określić traktowanie zakazu reklamy jako dotyczącego w większym stopniu towarów importowanych. Wyroki TS w sprawach C-110/05, *Komisja przeciwko Włochom* oraz *Mickelsson i Roos* należy uznać za krok w dobrym kierunku, ale za mało radykalny, trudno jednak stwierdzić, czy i kiedy TS całkowicie odejdzie od formuły *Keck i Mithouard*.

Jacek Szajnar

Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

- 135 M. Derlén, J. Lindholm, *Article 28 E.C. and rules on use: A step towards a workable doctrine on measures having equivalent effect to quantitative restrictions*, „Columbia Journal of European Law” 2010/2, s. 196.
 136 K. Heinemann, *Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis sowie Werbeverbot für Apotheker-kein Verstoß gegen Art. 30 EG-Urteile „Keck” und „Hünernmund”*, „Wirtschaftsrechtliche Beratung” 1994, s. 202–203 za K. Hammer, *Handbuch zum freien Warenverkehr, eine Analyse der Rechtsprechung zu Art 30 EGV vor und nach dem Urteil „Keck und Mithouard”*, Wiedeń 1998, s. 152.
 137 Zob. D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 39–41; D.E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów...*, s. 104–109.
 138 P. Oliver w: *Oliver on Free Movement...*, s. 117.
 139 M. Szpunar, *Krajowe regulacje działalności rynkowej...*, s. 255.

- 140 Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z 24.11.1995 r. w sprawie C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec przeciwko TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA*.
 141 Opinia rzecznik generalnej Ch. Stix-Hackl z 11.03.2003 r. w sprawie C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV przeciwko 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, EU:C:2003:14, ECR 2003, s. I-14887. Rzecznik generalna zauważa, że sprawa ta wskazuje na to, iż wąsko interpretowane dwa wymogi formuły *Keck i Mithouard* – w szczególności kryterium dotykania w ten sam sposób towarów krajowych i zagranicznych nie są skuteczne w przypadku bardzo restrykcyjnych środków krajowych, nawet jeżeli te ograniczenia są sposobami sprzedaży. Wskazuje, że przepisy dotyczące kanałów dystrybucji mogą ograniczać dostęp do rynku w ten sam sposób jak wymogi dotyczące towaru (pkt 76 opinii). Rzecznik generalna proponuje, aby decydującym czynnikiem był dostęp do rynku (pkt 78 opinii).
 142 D.E. Kiedrowska, *Formuła Keck w orzecznictwie...*, s. 46; podobnie uznały P. Dąbrowska, E. Gromnicka, *Swobodny przepływ towarów...*, s. 81, które uważają, że „najważniejszą kwestią, która decyduje o uznaniu zgodności prawa krajowego z art. 34 TFUE jest brak utrudnienia dostępu do rynku w danym państwie”.



eps@wolterskluwer.pl
 Prosty kontakt z redakcją EPS. Zapraszamy!