



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 28. januar 2016¹

Sag C-613/14

**James Elliott Construction Limited
mod
Irish Asphalt Limited**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supreme Court (øverste domstol, Irland))

»Artikel 267 TEUF — Domstolens kompetence — definition af en retsakt udstedt af Unionens institutioner — europæisk standard EN 13242:2002 udstedt af Den Europæiske Standardiseringsorganisation (CEN) efter et mandat fra Kommissionen — direktiv 89/106/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om byggevarer — indarbejdelsen af europæisk standard EN 13242:2002 i national ret — tilslag, der anvendes i byggeriet — metode og tidspunkt for kontrol af en vares overensstemmelse med den pågældende standard — »CE-mærkning« — direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter — anvendelsesområde — påberåbelse af en europæisk standard i en strid mellem private«

¹ — Processprog: spansk.

Indhold

I – Retsforskrifter	3
A – EU-retten	3
1. Direktiv 89/106	4
2. Standard EN 13242:2002	5
3. Direktiv 98/34	7
B – Irsk ret	8
II – Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved den nationale domstol	9
III – Behandling af de præjudicielle spørgsmål	11
A – Det første præjudicielle spørgsmål, litra a): Domstolens kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om de harmoniserede tekniske standarder	11
1. Anvendelsen af direktiver efter den nye metode må ikke ske på bekostning af Domstolens præjudicielle kompetence	12
2. Kommissionen udøver en betydelig kontrol med proceduren vedrørende CEN's udarbejdelse af harmoniserede tekniske standarder	13
3. CEN's virke som standardiseringsorgan er afhængigt af Den Europæiske Union	16
B – Det første præjudicielle spørgsmål, litra b): dokumentation for overholdelse af harmoniseret standard EN 13242:2002	18
C – Det tredje præjudicielle spørgsmål: formodningen om, at varer, der er i overensstemmelse med direktiv 89/106, er egnede til deres formål	19
D – Det fjerde præjudicielle spørgsmål: maksimalt svovlindhold i henhold til harmoniseret standard EN 13242:2002	19
E – Det femte præjudicielle spørgsmål: anvendelse af »CE-mærkningen«	20
F – Det andet præjudicielle spørgsmål: anvendelsen af direktiv 98/34 og dommene i sagerne CIA Security International og Unilever	21
IV – Forslag til afgørelse	23

1. I overensstemmelse med artikel 267 TEUF har Supreme Court (øverste domstol) i Irland forelagt et præjudicielt spørgsmål, hvormed den anmoder Domstolen om at fortolke: a) bestemte artikler i Rådets direktiv 89/106/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om byggevarer², b) den harmoniserede europæiske standard EN 13242:2002 (herefter »standard EN 13242:2002«), vedtaget af Den Europæiske Standardiseringsorganisation (herefter »CEN«), og c) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter³.

2. Den præjudicielle forelæggelse vedrører en tvist om manglende opfyldelse af en aftale mellem byggefirmaet James Elliott Construction Limited (herefter »James Elliott«) og virksomheden Irish Asphalt Limited (herefter »Irish Asphalt«). Sidstnævnte leverede til førstnævnte tilslag af typen Clause 804, som angiveligt ikke levede op til kvalitetskravene i henhold til standard EN 13242:2002, som i Irland er blevet gennemført af National Standards Authority of Ireland (herefter »NSAI«) i standard I.S. EN 13242:2002.

3. Denne sag giver for første gang Domstolen lejlighed til direkte at afgøre, hvorvidt den har kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af en harmoniseret teknisk standard, som er vedtaget af CEN, og derefter omdannet til en national teknisk standard, samt om flere spørgsmål vedrørende fortolkningen af indholdet af den harmoniserede standard og påberåbelsen heraf i tvister mellem privatpersoner.

I – Retsforskrifter

A – EU-retten

4. De tekniske hindringer, som stod i vejen for den fri bevægelighed for byggevarer i det indre marked, blev fjernet med vedtagelsen af et af de direktiver, som anvendte den »nye metode« for harmonisering, nemlig direktiv 89/106, der fastlægger de grundlæggende kriterier for disse produkter. Kommissionen gav CEN, et europæisk standardiseringsorgan, mandat til at udarbejde de tekniske specifikationer for de enkelte varer. For så vidt angår tilslagene gav Kommissionen CEN mandat M/125, i henhold til hvilket CEN vedtog standard EN 13242:2002 om »Tilslag til ubundne og hydraulisk bundne materialer til vejbygning og andre anlægsarbejder«⁴.

5. Direktiv 89/106 er senere blevet ophævet og erstattet af forordning (EU) nr. 305/2011⁵. Standard EN 13242:2002 er ligeledes blevet ændret efterfølgende, i 2007⁶, men disse ændringer er imidlertid ikke relevante for nærværende sag.

6. Med henblik på at give Kommissionen mulighed for at identificere de fremtidige tekniske hindringer fastlagde Rådets direktiv 83/189/EØF af 28. marts 1983 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter⁷ en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter, der gør det muligt at identificere de områder, hvor der er behov for harmonisering ved hjælp af direktiver,

2 — EFT L 40, s. 12.

3 — EFT L 204, s. 37.

4 — Titlen på den spanske udgave af EN 13242:2002, som er offentliggjort af Asociación Española de Normalización, er »áridos para capas granulares y capas tratadas con conglomerados hidráulicos para uso en capas estructurales de firmes«. Det bør bemærkes, at der er væsentlige forskelle mellem den spanske oversættelse og den engelske tekst, som lyder »Aggregates for unbound and hydraulically bound materials for use in civil engineering work and road construction«.

5 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 9.3.2011 om fastlæggelse af harmoniserede betingelser for markedsføring af byggevarer og om ophævelse af Rådets direktiv 89/106/EØF (EUT L 88, s. 5).

6 — EN 13242:2002 + A1:2007.

7 — EFT L 109, s. 8.

der anvender den såkaldte »nye metode«. Efter flere ændringer blev direktiv 83/139 erstattet af direktiv 98/34, som finder anvendelse på den foreliggende sag i den ved direktiv 98/48/EF ændrede affattelse⁸. For nylig er proceduren for fjernelse af de tekniske hindringer blevet ændret og kodificeret ved direktiv (EU) 2015/1535⁹.

1. Direktiv 89/106

7. Med henblik på at fjerne de tekniske hindringer med hensyn til byggevarer og fremme disse varers fri bevægelighed i det indre marked gennemførte direktiv 89/106 en ikke-udtømmende harmonisering, som anvendte den nye metode, som er fastlagt i Rådets resolution af 7. maj 1985¹⁰. I overensstemmelse med den nye metode henviser direktivets artikel 3 til de væsentlige krav til bygværker, som kan have indflydelse på en vares tekniske egenskaber, som fremgår af direktivets bilag I (mekanisk modstandsdygtighed og stabilitet, brandsikring, hygiejne, sundhed og miljø, sikkerhed ved anvendelsen, beskyttelse mod støjgener samt energibesparelser og varmeisolering).

8. Direktivets artikel 4, stk. 2, litra a), fastlægger, at byggevarers overholdelse af sikkerhedskravene som hovedregel dokumenteres ved at bevise, at de er i overensstemmelse »med de relevante nationale standarder, hvortil de harmoniserede standarder er blevet omsat, og hvorom der er offentliggjort meddelelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Medlemsstaterne offentliggør referencerne for disse nationale standarder«. »CE-mærkningen« er beviset for denne overensstemmelse.

9. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 89/106 bestemmer:

»[...]

I dette direktiv er harmoniserede standarder de tekniske specifikationer, der er vedtaget af CEN eller CENELEC eller af begge efter mandat fra Kommissionen i henhold til direktiv 83/189/EØF, på grundlag af en udtalelse fra det udvalg, der er omhandlet i artikel 19, og i overensstemmelse med de generelle bestemmelser for samarbejdet mellem Kommissionen og disse to organer, der blev undertegnet den 13. november 1984.«

10. Som det fremgår, gennemfører direktiv 89/106 en minimumsharmonisering af de væsentlige krav til byggevarer, og for så vidt angår de tekniske specifikationer henvises der til de nyeste standarder fra de europæiske standardiseringsorganer. For at sikre kvaliteten af de harmoniserede tekniske standarder fastlægger direktivets artikel 7, at disse organer skal udarbejde standarderne på grundlag af mandater, som Kommissionen udsteder i overensstemmelse med direktiv 83/189. Kommissionen offentliggør de harmoniserede tekniske standarder i C-udgaven af EU-Tidende¹¹.

8 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 20.7.1998 om ændring af direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT L 217, s. 18).

9 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 9.9.2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (EUT L 241, s. 1).

10 — EFT C 136, s. 1.

11 — Artikel 7 i direktiv 89/106 har følgende ordlyd:

»1. For at sikre kvaliteten af de harmoniserede standarder for varer skal de europæiske standardiseringsorganer udarbejde standarderne på grundlag af mandater, som Kommissionen efter fremgangsmåden i direktiv 83/189/EØF udsteder til dem efter høring af det udvalg, der er omhandlet i artikel 19, i overensstemmelse med de generelle bestemmelser for samarbejdet mellem Kommissionen og disse organer, der blev undertegnet den 13. november 1984.

2. De på denne måde udarbejdede standarder skal så vidt muligt affattes som ydeevnekrav til varerne under hensyn til basisdokumenterne.

3. Når de europæiske standardiseringsorganer har udstedt standarderne, offentliggør Kommissionen disse standarder i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, C-udgaven, med angivelse af referencerne.«

Byggevarer, der lever op til de harmoniserede tekniske standarder, støtter sig på en formodning om overensstemmelse med direktiv 89/106, hvis artikel 6, stk. 1, sikrer deres fri bevægelighed i alle medlemsstater, medmindre beskyttelsesklausulen i artikel 21 finder anvendelse¹².

2. Standard EN 13242:2002

11. I overensstemmelse med artikel 7 i direktiv 89/106 udstedte Kommissionen den 6. juli 1998 mandat M/125 til CEN med henblik på udarbejdelsen af en teknisk standard for en type byggemateriale, nemlig tilslag. Med dette mandat vedtog CEN standard EN 13242:2002.

12. Mandat M/125¹³ indeholder et krav om, at CEN vedtager tekniske standarder for tilslag, der anvendes i byggeriet, således at disse varer er egnede til deres formål som defineret i direktiv 89/106¹⁴.

13. Mandatets kapitel II, ottende og niende bestemmelse¹⁵, og kapitel III, anden bestemmelse¹⁶, indeholder retningslinjer for prøvningsmetoder med henblik på kontrol af overholdelsen af den harmoniserede standards tekniske specifikationer. Kapitel III, første bestemmelse, fastlægger, at »(h)armonised standards shall be prepared to allow those products listed in Annexes 1 and 2 to be able to demonstrate the satisfaction of the essential requirements. One of the purposes of the Directive being to remove barriers to trade, the standards deriving from it will therefore be expressed, as far as practicable in product performance terms (art. 7.2 of the Directive), having regard to the Interpretative Documents«.

12 — Beskyttelsesklausulen i artikel 21, stk. 1, i direktiv 89/106 fastlægger udtrykkeligt, at såfremt »[...] en medlemsstat [konstaterer], at en vare, der er erklæret i overensstemmelse med dette direktiv, ikke opfylder artikel 2 og 3, træffer den alle fornødne foranstaltninger til at trække varerne tilbage fra markedet, forbyde deres markedsføring eller begrænse den fri omsætning heraf.«

13 — M/125: Mandate to CEN/CENELEC concerning the execution of standardisation work for harmonized standards on aggregates. Mandatets fulde tekst foreligger ikke på dansk, og der findes kun en engelsk, en fransk og en tysk udgave af mandatet på Kommissionens websted for standardiseringsmandater (som kan tilgås via: <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/mandates/index.cfm?fuseaction=search.detail&id=249> Mandat M/125 blev revideret den 29.6.2010, M/125 rev.1 EN.

14 — Forordet til mandat M125 har følgende ordlyd: »This mandate is intended to lay down provisions for the development and the quality of harmonized European standards in order, on the one hand, to make "approximation" of national laws, regulations and administrative provisions (hereafter referred to as "regulations") possible and, on the other hand, to allow products conforming to them to be presumed to be fit for their intended use, as defined in the Directive.«

15 — Mandatets kapitel II, ottende og niende bestemmelse, bestemmer:
 »8. CEN/TCs must give a technical answer for the determination of the characteristics of the mandate taking into account the conditions stated below; test methods suggested must be directly related to the relevant required characteristic and must not make reference to determination methods for characteristics not required by the mandate. Durability requirements should be dealt with in the framework provided by the state of the art at present
 9. Reference to test/calculation methods must be in accordance with the harmonisation aimed at. In general, only one method should be referred to for the determination of each characteristic, for a given product or family of products.
 If, however, for a product or family of products because of justifiable reasons, more than one method is to be referred to for the determination of the same characteristic, the situation must be justified. In this case all referenced methods should be linked by the conjunction "or" and an indication of application should be given.
 In any other case, two or more test/calculation methods for the determination of one characteristic can be accepted only if a correlation between them exists or can be developed. The relevant harmonised product standard must then select one of them as the method of reference.
 Testing and/or calculation methods shall have, whenever possible, a horizontal character covering the widest possible range of products.«

16 — Kapitel III, anden bestemmelse, bestemmer bl.a., at:
 »The harmonised standard will contain:
 [...] The methods (calculation, test methods or others) or a reference to a standard containing the methods for the determination of such characteristics.«

14. Til gennemførelse af mandatet vedtog CEN standard EN 13242:2002, hvis anden bestemmelse vedrørende »Normative references« omhandler henvisninger til andre af CEN's tekniske standarder¹⁷, og som i sjette bestemmelse under overskriften »Chemical requirements« bestemmer følgende:

»6.1 General

The necessity for testing and declaring all properties in this clause shall be limited according to the particular application or end use or origin of the aggregate. When required, the tests specified in clause 6 shall be carried out to determine appropriate chemical properties.

[...]

NOTE 2 – When a property is not required, a “No requirement” category can be used.

NOTE 3 – Guidance on selection of appropriate categories for specific applications can be found in national provisions in the place of use of the aggregate.

[...]

6.3 Total sulfur

When required, the total sulfur content of the aggregate, determined in accordance with EN 1744-1:1998, clause 11, shall be declared in accordance with the relevant category specified in Table 13. Table 13 Categories for maximum values of total sulfur content

Aggregate	Total sulfur content %	Category <i>S</i>
Aggregates other than air-cooled blastfurnace slag	≤ 1	S_1
	> 1	S_{Declared}
	No requirement	S_{NR}
Air-cooled blastfurnace slag	≤ 2	S_2
	> 2	S_{Declared}
	No requirement	S_{NR}

[...]«

17 — Helt konkret: »This European Standard incorporates by dated or undated reference, provisions from other publications. These normative references are cited at the appropriate places in the text and the publications are listed hereafter.« Der er navnlig tale om standard EN 1097-2:1998 – Prøvning af mekaniske og fysiske egenskaber ved tilslag. Del 2: Metoder til bestemmelse af modstandsevne mod knusning, EN 1367-2 – Prøvningsmetoder for tilslags egenskaber over for temperatur- og vejrpåvirkninger. Del 2: Magnesiumsulfatprøvning og EN 1744-1:1998 – Prøvningsmetoder for kemiske egenskaber ved tilslag. Del 1: Kemisk analyse.

15. Bestemmelse ZA.1 i bilag ZA til standarden forsikrer om, at den er blevet udarbejdet i henhold til et mandat fra Kommissionen udstedt til CEN i overensstemmelse med direktiv 89/106, samt at tilslag, der er i overensstemmelse med standarden, støtter sig på en formodning om, at de er egnede til deres formål¹⁸.

16. Referencerne for CEN's standard blev offentliggjort den 27. marts 2003 i C-udgaven af EU-Tidende¹⁹.

3. Direktiv 98/34

17. Direktiv 98/34 kodificerede og erstattede direktiv 83/189 med ændringer. Kort sagt etablerer direktiv 98/34 en procedure, der forebygger fremkomsten af tekniske hindringer i det indre marked, og som supplerer harmoniseringen af lovgivning. Der etableres et informationssystem for de tekniske standarder, som udarbejdes af de nationale standardiseringsorganer, og et informationssystem for de tekniske forskrifter, som vedtages af medlemsstaternes nationale myndigheder.

18. Med en noget uklar sprogbrug skelner artikel 1 i direktiv 98/34 mellem »standard« og »teknisk forskrift«²⁰ på grundlag af, at tekniske standarder er af frivillig karakter, mens tekniske forskrifter er ufravigelige. Forskelligartetheden udspringer af, at tekniske standarder vedtages af private organer, dvs. de nationale og europæiske standardiseringsorganer, hvorimod tekniske forskrifter er retsforskrifter fra de nationale offentlige myndigheder. Ikke desto mindre er der et meget tæt samspil mellem de tekniske forskrifter og de tekniske standarder inden for EU-retten, navnlig siden 1985, hvor den nye metode for harmonisering af lovgivning for at fremme virkeliggørelsen af det indre marked blev indført.

18 — Bestemmelse ZA.1 i bilag ZA til standard EN 13242:2002 har følgende ordlyd:

»This European Standard and this annex have been prepared under a mandate[...] given to CEN by the European Commission and the European Free Trade Association.

The clauses of this European Standard shown in this annex meet the requirements of the Mandate given under the 'EU Construction Products Directive (89/106/EEC).

Compliance with these clauses confers a presumption of fitness of the aggregates covered by this European Standard for their intended uses indicated herein; reference shall be made to the information accompanying the CE-marking.«

19 — EUT C 75, s. 8.

20 — Direktiv 98/34, som ændret ved direktiv 94/48, fastlægger følgende definitioner i artikel 1:

»[...]«

3) »teknisk specifikation«: en specifikation, der indeholdes i et dokument, som fastlægger karakteristika for et produkt, som f.eks. kvalitet, brugsegenskaber, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter for varen vedrørende handelsmæssig betegnelse, terminologi, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning eller etikettering samt procedurer for overensstemmelsesvurdering.

[...]

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

[...]

6) »standard«: en teknisk specifikation, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, men hvis overholdelse ikke er obligatorisk, og som er en af følgende typer standarder:

»international standard«: en standard, der er vedtaget af en international standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig

»europæiske standard«: en standard, der er vedtaget af et europæisk standardiseringsorgan, og som er offentligt tilgængelig

»national standard«: en standard, der er vedtaget af et nationalt standardiseringsorgan, og som er offentligt tilgængelig

[...]

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.

[...]

19. Der er sket en vis afklaring, idet lovgivningen om informationsprocedurerne med hensyn til tekniske standarder og tekniske forskrifter er blevet adskilt. Forordning (EU) nr. 1025/2012²¹ indeholder nu reglerne for europæisk standardisering, og direktiv 2015/1535 regulerer informationsproceduren med hensyn til tekniske forskrifter.

20. Informationsproceduren med hensyn til tekniske forskrifter er grundlæggende underlagt artikel 8 og 9 i direktiv 98/34. I henhold til artikel 8 skal medlemsstaterne sende Kommissionen deres udkast til teknisk forskrift²². Artikel 9 fastlægger et tidsrum på tre måneder, hvor den medlemsstat, der har fremsendt sit udkast, ikke endeligt kan vedtage det. Denne frist forlænges, hvis en eller flere medlemsstater afgiver en udførlig udtalelse om, at udkastet til den tekniske forskrift eventuelt kan skabe hindringer for varernes frie bevægelighed, samt hvis Kommissionen beslutter sig for at påbegynde udarbejdelsen af en harmoniseret standard.

B – Irsk ret

21. Som medlem af CEN gennemførte NSAI EN 13242:2002 ordret i den irske tekniske standard I.S. EN 13242:2002.

22. Section 10 i loven om varesalg og tjenesteydelser af 1980 (Sale of Goods and Supply of Services Act 1980, herefter »loven af 1980«) ændrede section 14 i loven om varesalg af 1893 (Sale of Goods Act 1893) til nedenstående affattelse:

»1. Med forbehold af bestemmelserne i denne lov og enhver anden retsforskrift eller administrativ bestemmelse i denne henseende er der ikke nogen implicit betingelse om eller garanti med hensyn til kvaliteten af eller egnetheden til et særligt formål for varer, der leveres i henhold til en købsaftale.

2. Sælger en sælger varer som led i sin forretning, er det en implicit betingelse, at de varer, der leveres i henhold til aftalen, er af sædvanlig handelsmæssig kvalitet, undtagen:

- a) for så vidt angår mangler som køber er gjort opmærksom på forud for aftalens indgåelse, eller
- b) hvis køberen undersøger goderne før aftalens indgåelse, for så vidt angår mangler denne undersøgelse burde have afdækket.

21 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 25.10.2012 om europæisk standardisering, om ændring af Rådets direktiv 89/686/EØF og 93/15/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/9/EF, 94/25/EF, 95/16/EF, 97/23/EF, 98/34/EF, 2004/22/EF, 2007/23/EF, 2009/23/EF og 2009/105/EF og om ophævelse af Rådets beslutning 87/95/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1673/2006/EF (EUT L 316, s. 12).

22 — Artikel 8 i direktiv 98/34 har følgende ordlyd:

»1. Med forbehold af artikel 10 sender medlemsstaterne straks Kommissionen ethvert udkast til teknisk forskrift, medmindre der er tale om en almindelig gengivelse af en international eller europæisk standard, i hvilket tilfælde det vil være tilstrækkeligt at oplyse herom. De meddeler ligeledes Kommissionen grundene til, at det er nødvendigt at indføre en sådan teknisk forskrift, medmindre disse grunde allerede fremgår af udkastet.

[...]

Kommissionen gør straks de andre medlemsstater bekendt med udkastet til teknisk forskrift og alle de dokumenter, den har fået tilsendt. Den kan også forelægge udkastet for det i artikel 5 omhandlede udvalg til udtalelse og eventuelt for det udvalg, der er kompetent på området.

[...]

- 2. Kommissionen og medlemsstaterne kan indgive bemærkninger til den medlemsstat, der har givet meddelelse om et udkast til teknisk forskrift, og vedkommende medlemsstat skal ved den videre udformning af den tekniske forskrift tage videst muligt hensyn dertil.
- 3. Medlemsstaterne sender straks Kommissionen den endelige tekst til en teknisk forskrift.

[...]«

3. Varerne er af sædvanlig handelsmæssig kvalitet, såfremt de er egnede til det eller de formål, som varer af samme type sædvanligvis anskaffes til, og har en holdbarhed, som med rimelighed kan forventes, henset til varernes beskrivelse, prisen (hvis relevant) og alle andre relevante omstændigheder, og enhver henvisning i denne lov til varer, der ikke er af sædvanlig handelsmæssig kvalitet, skal fortolkes således.

4. Sælger en sælgervarer som led i sin forretning, og gør køberen udtrykkeligt eller stiltiende sælgeren opmærksom på et særligt formål, som varerne anskaffes til, er det en implicit betingelse, at de varer, der leveres i henhold til aftalen, er rimeligt egnede til dette formål, uanset om det er et formål, som sådanne varer sædvanligvis anskaffes til, undtagen i tilfælde hvor omstændighederne viser, at køberen ikke forlod sig på, eller at han ikke med rimelighed kunne forlade sig på sælgerens kunnen eller vurdering.«

23. I henhold til section 55 i loven af 1980 kan de i section 14 fastlagte implicitte vilkår ikke fraviges, hvis køberen handler som forbruger. Når køberen imidlertid som i dette tilfælde ikke er en forbruger, kan bestemmelserne i section 14 ændres, modificeres eller fraviges helt efter aftale mellem parterne.

24. Aftalens parter hverken ændrede, modificerede eller fraveg de implicitte vilkår, der er fastlagt i section 14, stk. 2 og 4, i loven af 1980 i den foreliggende sag, og dermed konstaterede High Court (ret i første instans), at de var en del af aftalen.

II – Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved den nationale domstol

25. James Elliott lagde sag an mod Irish Asphalt på grund af manglende opfyldelse af en aftale om levering af et stentilslagsprodukt, som i Irland er kendt som Clause 804, der er et produkt, der oprindeligt blev anvendt til vejbygning, men også som opfyldning af høj kvalitet til byggerier. James Elliott havde anvendt tilslaget til opførelsen af Youth Facility i Ballymun i Dublin. Irish Asphalt leverede tilslaget til James Elliott i perioden fra den 27. august 2004 til den 17. december 2004 til en samlet pris på 25 000 EUR plus moms.

26. Efter færdiggørelsen af byggeriet opstod der revner i gulvene og væggene i et sådant omfang, at bygningen ikke kunne anvendes. James Elliott påtog sig ansvaret herfor og foretog udbedringsarbejde for mindst 1 550 000 EUR. Idet James Elliott var af den opfattelse, at skaden var forårsaget af et fænomen benævnt »pyrite heave« (hævning af pyrit) angiveligt som følge af tilstedeværelsen af pyrit i Clause 804-tilslaget, der var blevet leveret til denne virksomhed af Irish Asphalt, krævede James Elliott erstatning fra denne virksomhed på grund af manglende opfyldelse af deres aftale, hvilket dog blev afvist.

27. Den 13. juni 2008 indgav James Elliott et erstatningssøgsmål mod Irish Asphalt. I sin dom af 25. maj 2011 vurderede High Court (ret i første instans), at skaden skyldtes »pyrite heave« på grund af tilstedeværelsen af »framboidal pyrit« i tilslaget, der var blevet leveret af Irish Asphalt.

28. High Court (ret i første instans) fastslog, at der i henhold til aftalen mellem de to virksomheder skulle leveres Clause 804-tilslag i overensstemmelse med den irske standard for tilslag (I.S. EN 13242:2002), der gennemførte standard EN 13242:2002. Efter at have gennemgået dokumentationen i forhold til et antal prøvninger udført på tilslaget, der blev udtaget fra byggeriet i 2009, fem år efter at det var blevet leveret og anvendt i opførelsen af byggeriet, konstaterede High Court (ret i første instans), at materialet på flere måder ikke opfyldte standarden, navnlig hvad angår svovlindholdet. Irish Asphalt havde ifølge High Court (ret i første instans) misligholdt sin aftale med James Elliott, som i henhold til section 14, stk. 2, i loven af 1980 forpligtede den til at levere tilslag af sædvanlig handelsmæssig kvalitet og egnet til det formål, som leverandøren var blevet gjort bekendt med.

29. Irish Asphalt iværksatte appel af High Courts (ret i første instans) afgørelse ved Supreme Court (øverste domstol), men medgav under appelsagen, at skaden på bygningen var forårsaget af »pyrite heave«. Den 2. december 2014 afsagde Supreme Court (øverste domstol) dom om spørgsmålene vedrørende national ret, hvori den forkastede appellen og fastslog, at High Courts (ret i første instans) konklusion vedrørende materialets indhold af svovl blev understøttet af beviser, og at High Courts (ret i første instans) fastlæggelse af de faktiske omstændigheder var korrekt og derfor ikke skulle underkendes.

30. Supreme Court (øverste domstol) besvarede imidlertid ikke spørgsmålene vedrørende anvendelsen af EU-retten, idet den var i tvivl om den retlige karakter af de europæiske tekniske standarder samt deres anvendelse på et kontraktforhold mellem private aktører, om fortolkningen af standard EN 13242:2002 og om forpligtelsen til forudgående meddelelse i den irske lovgivning om varesalg. Derfor besluttede retten at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) a) Såfremt vilkårene i en privatretlig aftale forpligter en part til at levere et produkt, der er fremstillet i overensstemmelse med en national standard, der er udstedt til gennemførelse af en europæisk standard, som er vedtaget efter et mandat fra Europa-Kommissionen i henhold til bestemmelserne i Rådets direktiv 89/106/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om byggevarer, er fortolkningen af denne standard da et forhold, som Domstolen kan anmodes om at afgøre ved præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF?
- b) Er det i bekræftende fald et krav efter EN 13242:2002, at overholdelse eller tilsidesættelse af denne standard kun kan fastslås ved dokumentation i form af prøvninger i overensstemmelse med standarder (uden mandat) udstedt af CEN, som EN 13242:2002 henviser til, og som foretages på tidspunktet for produktionen og/eller tidspunktet for leveringen, eller kan tilsidesættelse af en standard (og følgelig manglende opfyldelse af aftalen) fastslås ved dokumentation i form af prøvninger udført senere, såfremt udfaldet af sådanne prøvninger logisk set kan anses som bevis for, at standarden er blevet tilsidesat?
- 2) Er en national domstol ved behandlingen af et privatretligt krav om manglende opfyldelse af en aftale om et produkt, der er fremstillet i overensstemmelse med en europæisk standard udstedt efter et mandat fra Europa-Kommissionen i henhold til byggevaredirektivet, forpligtet til at afstå fra at anvende nationale bestemmelser, der indebærer krav til handelsmæssig kvalitet og egnethed til formålet, med den begrundelse, at enten de lovbestemte vilkår eller deres anvendelse skaber standarder eller pålægger tekniske specifikationer eller krav, der ikke er foretaget underretning om i henhold til bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter?
- 3) Er en national ret, der behandler en sag om manglende opfyldelse af en privatretlig aftale, der udspringer af manglende opfyldelse af et vilkår om handelsmæssig kvalitet eller egnethed til et formål (der i henhold til loven implicit følger af en aftale mellem parterne og ikke er ændret eller fraveget af dem) for et produkt, der er fremstillet i overensstemmelse med EN13242:2002, forpligtet til at antage, at produktet er af sædvanlig handelsmæssig kvalitet og egnet til sit formål, og i så fald kan en sådan formodning da kun afvises ved dokumentation for manglende overholdelse af EN13242:2002 ved prøvninger udført i overensstemmelse med de prøvninger og protokoller, der henvises til i EN13242:2002, og som er udført på tidspunktet for leveringen af produktet?
- 4) Såfremt spørgsmål 1, litra a), og spørgsmål 3 besvares bekræftende, er en grænse for det samlede svovlindhold i tilslag da foreskrevet ved eller i henhold til EN13242:2002, således at overholdelse af en sådan grænse var et krav for bl.a. at skabe en formodning om sædvanlig handelsmæssig kvalitet eller egnethed til formålet?

5) Såfremt både [spørgsmål] 1, litra a), og spørgsmål 3 besvares bekræftende, er dokumentation for, at produktet var forsynet med »CE-mærkning«, da nødvendig for at kunne støtte sig på formodningen skabt ved bilag ZA til EN13242:2002 og/eller byggevaredirektivets artikel 4?»

31. Den præjudicielle forelæggelse indgik til Domstolen den 30. december 2014, og James Elliott, Irish Asphalt, Kommissionen og Irland har indleveret skriftlige indlæg i sagen.

32. Repræsentanter for James Elliott, Irish Asphalt, Kommissionen og Irland gav fremmøde og fremsatte mundtlige bemærkninger på retsmødet den 19. november 2015.

III – Behandling af de præjudicielle spørgsmål

33. Det forekommer mig klart, at de af Supreme Court (øverste domstol) forelagte præjudicielle spørgsmål i denne sag kan antages til realitetsbehandling. Kun Irland har gjort gældende, at striden mellem James Elliott og Irish Asphalt vedrører en situation eller et handelsmæssigt forhold af udelukkende national karakter (manglende opfyldelse af en aftale mellem to irske virksomheder), som er begrænset til Irland, og hvis konsekvenser afgøres i henhold til irsk ret, hvormed ingen EU-retlige bestemmelser, hvis gyldighed eller fortolkning kan være årsag til tvivl, finder anvendelse.

34. Den irske regerings argument kan ikke godtages, idet jeg, ligesom Supreme Court (øverste domstol), mener, at fortolkningen af standard EN 13242:2002, som er vedtaget i overensstemmelse med direktiv 89/106 og 98/34 og gennemført i den irske tekniske standard I.S. EN 13242:2002, er nødvendig for at afgøre sagen. Sagen om den angiveligt manglende opfyldelse verserer ved Supreme Court (øverste domstol), men vurderingen heraf kan afhænge af fortolkningen af EU-retten. På grund af denne omstændighed anser Domstolen sig for at være kompetent til at afgøre præjudicielle spørgsmål indgivet af nationale domstole²³.

A – Det første præjudicielle spørgsmål, litra a): Domstolens kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om de harmoniserede tekniske standarder

35. Supreme Court (øverste domstol) spørger, om Domstolen i overensstemmelse med artikel 267 TEUF har kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om en harmoniseret teknisk standard. Der er hverken tvivl om, at dette præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, eller at det er relevant eller af interesse, ikke mindst fordi Domstolen indtil nu ikke har haft mulighed for direkte at tage stilling til dette spørgsmål.

36. Svaret kræver en undersøgelse af, hvorvidt CEN's harmoniserede tekniske standarder, som er vedtaget på grundlag af mandat fra Kommissionen og offentliggjort i C-udgaven af EU-Tidende, kan betragtes som »retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer« med henblik på forelæggelse af præjudicielle spørgsmål vedrørende gyldighed og fortolkning.

37. I sine anbringender har både Kommissionen og Irish Asphalt gjort gældende, at dette spørgsmål allerede blev besvaret af Domstolen i dommen i sagen Latchways og Eurosafe Solutions. Jeg er derimod af den opfattelse, at Domstolen i denne dom blot konstaterede, at bestemmelserne i EN 795 vedrørende forankringsanordninger i klasse A1 ikke var omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 89/686, idet de ikke var harmoniserede tekniske specifikationer, fordi de ikke blev accepteret af Kommissionen og udtrykkeligt blev udeladt i offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*. På baggrund heraf udledte Domstolen, at de ikke var omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, og at den dermed ikke var kompetent til at foretage fortolkning heraf²⁴.

23 — Jf. f.eks. dom Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 27).

24 — Sag C-185/08, EU:C:2010:619, præmis 36.

38. Efter min opfattelse kan det ikke udledes af dommen i sagen Latchways og Eurosafe Solutions a sensu contrario, at Domstolen ville have konstateret, at den var kompetent, hvis standard EN 795 var en harmoniseret teknisk standard i overensstemmelse med direktiv 89/686²⁵. Desuden undlod Domstolen ved denne lejlighed at udtale sig om de harmoniserede bestemmelsers retlige karakter²⁶, og jeg mener, at en sådan undersøgelse er nødvendig for at vurdere muligheden for, at de kan være genstand for præjudicielle spørgsmål.

39. Ifølge Supreme Court (øverste domstol) bør det første spørgsmål besvares benægtende, idet den nationale standard, der gennemfører en europæisk standard, der er udarbejdet af CEN efter et mandat, der er udstedt af Kommissionen i henhold til direktiv 89/106, ikke udgør en retsakt udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer. James Elliott og Irland er af samme opfattelse og fremsætter i store træk følgende to begrundelser: dels CEN's private karakter, dels den ikke-bindende karakter af de harmoniserede tekniske standarder. CEN er en privat nonprofit organisation, som er underlagt belgisk ret og består af standardiseringsorganerne i 33 europæiske lande, som ligeledes er private organer, således at der ikke kan være tale om en af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer²⁷. CEN's uafhængighed berøres efter Irlands opfattelse ikke af den omstændighed, at CEN udarbejder tekniske standarder efter mandat fra Kommissionen, idet den frit kan acceptere eller afvise mandatet²⁸. Desuden er det altid frivilligt at overholde CEN's harmoniserede tekniske standarder, og ifølge James Elliott ville den grundtanke, der ligger bag harmoniseringen af lovgivning ved hjælp af direktiver efter den nye metode, blive undermineret, såfremt anvendelsen af standarderne blev gjort til genstand for en retssag.

40. Disse argumenter er ikke overbevisende. Jeg gør allerede nu opmærksom på, at mit svar på det første spørgsmål er bekræftende, og at Domstolen bør fastslå, at den er kompetent til at besvare præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af harmoniserede tekniske standarder som de i nærværende sag omhandlede. Disse standarder bør betragtes som »retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer« med henblik på artikel 267 TEUF.

41. Min holdning baserer sig på tre argumenter, som jeg gør rede for i det følgende: a) anvendelsen af direktiver efter den nye metode må ikke ske på bekostning af Domstolens præjudicielle kompetence, b) Kommissionen udøver en betydelig kontrol med proceduren vedrørende CEN's udarbejdelse af harmoniserede tekniske standarder, og c) CEN's virke som standardiseringsorgan for Den Europæiske Union er underlagt sidstnævntes handlen.

1. Anvendelsen af direktiver efter den nye metode må ikke ske på bekostning af Domstolens præjudicielle kompetence

42. Direktiv 89/106, som ikke gennemfører en udtømmende eller detaljeret harmonisering af de tekniske specifikationer for byggevarer, heriblandt tilslag, har en direkte forbindelse til standard EN 13242:2002. Direktivet fastlægger mindstekravene for byggematerialer, således at bygværker er sikre, og henviser den senere opgave vedrørende fastsættelse af standarder, som omfatter de nærmere tekniske specifikationer, der har til formål at sikre, at materialerne er i overensstemmelse med

25 — Rådets direktiv 89/686/EØF af 21.12.1989 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om personlige værnemidler (EFT L 399, s. 18).

26 — Sag C-185/08, EU:C:2010:619, præmis 35.

27 — Statuttens artikel 1 bestemmer: »Il est constitué une association internationale sans but lucratif (AISBL), avec le numéro d'entreprise 0415 455 651, régie par les lois coordonnées relatives aux associations sans but lucratif, aux associations internationales sans but lucratif et aux fondations.« Statutten for CEN, som blev vedtaget af den ekstraordinære generalforsamling den 22.7.2013, foreligger på fransk, engelsk og tysk. (Den franske udgave kan tilgås via: ftp://ftp.cencenelec.eu/CEN/AboutUs/Statutes/Statuts_CEN_FR_20140213.pdf).

28 — I overensstemmelse med artikel 10, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1025/2012 af 25.10.2012 om europæisk standardisering, om ændring af Rådets direktiv 89/686/EØF og 93/15/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/9/EF, 94/25/EF, 95/16/EF, 97/23/EF, 98/34/EF, 2004/22/EF, 2007/23/EF, 2009/23/EF og 2009/105/EF og om ophævelse af Rådets beslutning 87/95/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1673/2006/EF (EUT L 316, s.1).

direktivets mindstekrav, til de europæiske standardiseringsorganer. Det er frivilligt at anvende de harmoniserede standarder, og producenten kan altid vælge at anvende andre tekniske specifikationer for at leve op til kravene. Varer, der er fremstillet i overensstemmelse med de harmoniserede standarder, drager imidlertid fordel af en formodning om overensstemmelse med de væsentlige krav i direktiv 89/106²⁹.

43. EU-lovgiver anvender en metode, hvor der refereres til det tekniske standardiseringsinstrument, hvilket er en almindelig metode i national og international ret, som Unionen siden 1985 har anvendt for at fremme gennemførelsen af det indre marked³⁰. I overensstemmelse med denne metode indeholder direktiv 89/106 kun de væsentligste elementer af den harmoniserede standard, der finder anvendelse på byggevarer, og CEN's standarder er et supplement, der er nødvendigt for, at varerne frit kan bevæge sig i det indre marked.

44. Hvis Domstolen har kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om direktiv 89/106³¹, hvilket er åbenlyst, bør den ligeledes have mulighed for at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende de harmoniserede tekniske standarder, der supplerer dette direktiv. I modsat fald ville harmoniseringen af byggevarer miste sin virkning, idet der kunne anlægges forskellige fortolkninger af de harmoniserede tekniske standarder (standard EN 13242:2002 i dette tilfælde) i de enkelte medlemsstater.

45. Anvendelsen af den »nye metode« i harmoniseringsdirektiverne kan ikke medføre en begrænsning af Domstolens kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om al harmoniseret lovgivning (dvs. direktivet og de harmoniserede tekniske standarder, som supplerer det), der finder anvendelse på fremstillingen og markedsføringen af en bestemt vare. Hvis den præjudicielle kompetence for så vidt angår et direktiv til fuldstændig harmonisering gør sig gældende for alle de harmoniserede standarder for den pågældende vare, bør dette ligeledes gøre sig gældende for direktiver efter den nye metode, hvis anvendelse ikke kan ske på bekostning af Domstolens kompetence.

2. Kommissionen udøver en betydelig kontrol med proceduren vedrørende CEN's udarbejdelse af harmoniserede tekniske standarder

46. Den lovgivningsmæssige teknik, hvor der henvises til europæisk standardisering, reguleres af EU-lovgiver, både overordnet set og særskilt for de enkelte direktiver, der anvender teknikken. Den generelle lovgivning var oprindeligt omfattet af direktiv 83/189 og senere i direktiv 98/34, som for nylig blev erstattet af direktiv 2015/1535. For så vidt angår byggevarer fremgik den specifikke lovgivning af direktiv 89/106, som senere blev erstattet af forordning nr. 305/2011. Dermed er der ikke tale om en teknisk standardisering af udelukkende privat karakter, som er gennemført på CEN's initiativ uden tilknytning til EU-retten. Derimod kan Kommissionen kontrollere proceduren vedrørende CEN's udarbejdelse af de harmoniserede tekniske standarder på flere områder, som jeg gør rede for i det følgende.

47. For det første udarbejdes en harmoniseret teknisk standard altid på grundlag af et mandat, som Kommissionen udsteder til CEN. Grundlaget for standard EN 13242:2002 er mandat M/125.

29 — Jf. Kommissionens »Vejledning i anvendelsen af de direktiver, der er udarbejdet på grundlag af den nye metode og den globale metode« (2000) for flere oplysninger.

30 — Jf. i denne forbindelse V. Álvarez García, *Industria*, Iustel, Madrid, 2010, H. Aubry, A. Brunet og F. Peraldi Leneuf, *La normalisation en France et dans l'Union européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012; H. Scheppel, *The Constitution of Private Governance: Products Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

31 — Jf. bl.a. domme Kommissionen mod Portugal (C-432/03, EU:C:2005:669), Kommissionen mod Belgien (C-227/06, EU:C:2008:160), Ascafor og Asidac (C-484/10, EU:C:2012:113) og Elenca (C-385/10, EU:C:2012:634).

48. Direktiv 89/106 bestemmer i artikel 4, stk. 2, og artikel 7, stk. 1, at harmoniserede standarder er de tekniske specifikationer, der er vedtaget af CEN eller Den Europæiske Komité for Elektroteknisk Standardisering (herefter »CENELEC«) eller af begge »efter mandat fra Kommissionen i henhold til direktiv 83/189/EØF, på grundlag af en udtalelse fra det udvalg, der er omhandlet i artikel 19, og i overensstemmelse med de generelle bestemmelser for samarbejdet mellem Kommissionen og disse to organer, der blev undertegnet den 13. november 1984«. Dermed kan CEN ikke udarbejde en harmoniseret standard uden et mandat, som indeholder de hovedelementer, der skal ligge til grund for CEN's udarbejdelse af den harmoniserede tekniske standard.

49. Uden mandat M/125 havde CEN ikke vedtaget standard EN 13242:2002. Selv om CEN også udarbejder europæiske tekniske standarder på eget initiativ, bliver disse ikke til harmoniserede standarder med tilknytning til et direktiv, og de varer, som overholder de pågældende standarder, støtter sig ikke på formodningen om overensstemmelse med direktivet eller drager fordel af fri bevægelighed³². Dette var eksempelvis tilfældet med standard EN 795, som var genstand for sag Latchways og Eurosafe Solutions³³, hvis manglende tilknytning til EU-retten fik Domstolen til at erklære, at den ikke var kompetent til at træffe præjudiciel afgørelse herom.

50. For det andet er det et krav, at referencen til de harmoniserede tekniske standarder offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*. Dette er fastlagt i artikel 7, stk. 3, i direktiv 89/106 som et krav for, at standarderne kan få den primære virkning, som direktivet tillægger dem, dvs. formodningen om, at overholdelse af standarderne medfører overensstemmelse med direktivet og garanterer, at varen frit kan bevæge sig rundt i Unionen.

51. I *Den Europæiske Unions Tidende* optræder blot referencen til den harmoniserede standard – ikke dens fulde indhold. CEN's harmoniserede tekniske standarder udarbejdes på engelsk, fransk og tysk, og det er de nationale standardiseringsorganer i CEN, der udarbejder de nationale udgaver, som sælges til interesserede parter. Disse nationale organer er indehavere af de intellektuelle ejendomsrettigheder over de respektive nationale udgaver af den harmoniserede tekniske standard og tjener penge på deres udbredelse, hvilket har ført til en forskelligartet retspraksis i visse medlemsstater for så vidt angår behovet for at offentliggøre de nationale tekniske standarder officielt, når lovgiverne refererer hertil³⁴. Med henblik på denne præjudicielle forelæggelse finder jeg det ikke nødvendigt at gå i dybden med det vigtige spørgsmål om, hvorvidt der bør ske fuldstændig officiel offentliggørelse af de harmoniserede tekniske standarder, for at de kan skabe retsvirkninger³⁵, og for at overholde princippet om, at lovgivning skal offentliggøres. Dette krav ville have en betydelig indvirkning på det europæiske standardiseringssystem, navnlig på de nationale standardiseringsorganers salg af harmoniserede tekniske standarder.

52. Forpligtelsen til at offentliggøre referencen til den harmoniserede standard i EU-Tidende indebærer, at Kommissionen skal kontrollere standardens indhold for at bekræfte, at det er i overensstemmelse med det mandat, der er blevet udstedt til CEN, og med direktivet. Artikel 5 i direktiv 89/106 fastsatte denne forpligtelse på en noget forvirrende måde, men artikel 10, stk. 6, i

32 — Ifølge Kommissionens oplysninger er der sket en stigning i de harmoniserede standarders andel af de europæiske tekniske standarder, som CEN, CENELEC og European Telecommunications Standards Institute (herefter »ETSI«) har vedtaget, fra 3,55% i 1989 til 20% i 2009 (SEC(2011) 671 endelig, s. 6).

33 — Sag C-185/08, EU:C:2010:619.

34 — Bundesgerichtshof (BGH, 30.6.1983, GRUG 1984, s. 117-119) og Bundesverfassungsgericht (BVerfGE, 29.7.1998, ZUM 1998, s. 926) var af den opfattelse, at tekniske standarder fra Deutsches Institut für Normung ikke var omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, og at de skulle offentliggøres. Hoge Raad (Hoge Raad, 22.6.2012, LNJ:BW0393) konstaterede i Knooble-dommen, at tekniske standarder fra Nederlands Normalisatie Instituut var omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, og at det ikke var obligatorisk at offentliggøre dem officielt. Jf. analysen fra R. Van Gestel og H.-W. Micklitz, »European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies«, *Common Market Law Review*, 2013, nr. 1, s. 145-182.

35 — I dom Balázs (C-251/14, EU:C:2015:687, præmis 54) har Domstolen for nylig fortolket artikel 1, nr. 6), i direktiv 98/34 således, at den ikke stiller krav om, at en standard som omhandlet i den nævnte bestemmelse skal gøres tilgængelig på den berørte medlemsstats officielle sprog. I denne sag var det den ungarske standard MSZ EN 590:2009 om specifikationen for dieselolies flammepunkt, som havde til formål at gennemføre den europæiske standard EN 590:2009, og som havde bindende virkning efter ungarsk ret i henhold til § 110, stk. 13, i lov om punktafgifter. Den nationale standard MSZ EN 590:2009 var ikke tilgængelig på ungarsk, men kun på engelsk.

forordning nr. 1025/2012 og artikel 17, stk. 5, i forordning nr. 305/2011, som på nuværende tidspunkt finder anvendelse på byggevarer, efterlader ingen tvivl. Kommissionens afgørelse om at offentliggøre en standard har retsvirkning og er dermed en retsakt, der kan gøres til genstand for annullationssøgsmål³⁶.

53. For det tredje har Kommissionen og medlemsstaterne i henhold til artikel 5 i direktiv 89/106 mulighed for at gøre indsigelse mod den standard, som CEN har udarbejdet, hvis de mener, at den ikke er i overensstemmelse med kravene i direktivet eller Kommissionens mandat. Indsigelsen kan forhindre, at den harmoniserede standard offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*, eller at den pågældende udgave af EU-Tidende trækkes tilbage, hvis der gøres indsigelse efter offentliggørelsen. I disse tilfælde giver CEN's tekniske standard ikke en formodning om, at en vare er i overensstemmelse med direktivet.

54. På grund af forskellene i direktiverne efter den nye metode for så vidt angår indsigelser mod harmoniserede tekniske standarder er dette punkt blevet ensrettet i artikel 11 i forordning nr. 1025/2012³⁷. Nu foretager Kommissionen en forudgående kontrol inden offentliggørelsen af standarden. Medlemsstaterne og Europa-Parlamentet kan gøre formelle indsigelser, men ikke Kommissionen, som kontrollerer den harmoniserede tekniske standard, hvilket er en betingelse for, at referencen til standarden kan offentliggøres. Ligesom afgørelserne om offentliggørelse af de harmoniserede tekniske standarder er Kommissionens afgørelser vedrørende medlemsstaternes eller Europa-Parlamentets formelle indsigelser mod disse standarder retsakter, som kan gøres til genstand for annullationssøgsmål³⁸.

55. Såvel medlemsstaternes og Europa-Parlamentets mulighed for at gøre formel indsigelse som Kommissionens handlinger forud for offentliggørelsen af de harmoniserede tekniske standarder understreger, at der er tale om en »kontrolleret« lovgivningsmæssig uddelegering til et privat standardiseringsorgan³⁹.

36 — Artikel 10, stk. 6, i forordning nr. 1025/2012 fastlægger, at »[n]år en harmoniseret standard opfylder de krav, som den havde til hensigt at dække, og som fremgår af den tilsvarende EU-harmoniseringslovgivning, offentliggør Kommissionen straks en henvisning til den pågældende standard i *Den Europæiske Unions Tidende* eller ved andre midler i overensstemmelse med de vilkår, der er fastsat i den tilsvarende retsakt i henhold til Unionens harmoniseringslovgivning«. Ligeledes bestemmer artikel 17, stk. 5, i forordning nr. 305/2011 med al tydelighed, at »Kommissionen vurderer, om de harmoniserede standarder udarbejdet af de europæiske standardiseringsorganer er i overensstemmelse med de relevante mandater. Kommissionen offentliggør i *Den Europæiske Unions Tidende* en liste over referencer for harmoniserede standarder, der er i overensstemmelse med de relevante mandater.« Jf. H. Schepel, »The new approach to the New Approach: The juridification of harmonized standards in EU law«, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, nr. 4, s. 531.

37 — Vedrørende formelle indsigelser mod harmoniserede standarder fastlægger artikel 11 i forordning nr. 1025/2012 følgende:

»1.

Finder en medlemsstat eller Europa-Parlamentet, at en harmoniseret standard ikke fuldt ud opfylder de krav, som det er hensigten, at den skal dække, og som er fastsat i den relevante EU-lovgivning om harmonisering, underretter den eller det Kommissionen herom med en detaljeret redegørelse, og Kommissionen træffer efter høring af det udvalg, der er oprettet ved den tilsvarende EU-harmoniseringslovgivning, såfremt et sådant udvalg er oprettet, og ellers efter anden form for høring af sektoreksperter, afgørelse om:

a) at offentliggøre eller ikke at offentliggøre referencerne for den pågældende standard i *Den Europæiske Unions Tidende* eller at offentliggøre referencerne med begrænsninger

b) at opretholde, opretholde med begrænsninger eller at tilbagetrække referencerne til den pågældende standard i *Den Europæiske Unions Tidende*.

2. Kommissionen offentliggør på sit websted en liste over de harmoniserede standarder, som har været genstand for en afgørelse som omhandlet i stk. 1.

3. Kommissionen underretter den berørte europæiske standardiseringsorganisation om sin afgørelse som omhandlet i stk. 1 og anmoder om nødvendigt om ændring af de pågældende harmoniserede standarder.

[...]«

38 — Jf. sag Schmoldt m.fl. mod Kommissionen (C-342/04 P, EU:C:2005:562), hvori Domstolen konstaterede, at sagsøgerne i den pågældende sag ikke havde søgsmålskompetence til at nedlægge påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2003/312/EF af 9.4.2003 om offentliggørelsen af referencer på standarder vedrørende isolationsmaterialer, geotextiler, stationære brandbekæmpelsessystemer og gipsblokke i henhold til Rådets direktiv 89/106/EF (EUT L 114, s. 50), hvormed Forbundsrepublikken Tysklands indsigelse i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 89/106 mod CEN's ti standarder vedrørende isolationsmaterialer med numrene EN 13162:2001-EN 13171:2001 ikke blev taget til følge.

39 — Her bemærker jeg blot visse forfatteres tvivl om, hvorvidt EU-lovgivers anvendelse af de metoder, hvor der refereres til harmoniserede tekniske standarder, i direktiverne efter den nye metode er forenelig med retspraksis fra Meroni-sagen. Jf. H. Hofmann, G. Rowe og A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011, s. 598-600.

3. CEN's virke som standardiseringsorgan er afhængigt af Den Europæiske Union

56. Som tidligere nævnt er CEN et privat standardiseringsorgan, som er underlagt belgisk ret og består af nationale organer fra EU's og EFTA's medlemsstater. CEN's opbygning og virke ligner de fleste andre standardiseringsorganer, bortset fra den tværnationale dimension⁴⁰. Den private karakter kommer fuldt ud til syne, når CEN udarbejder ikke-harmoniserede europæiske standarder, men CEN anvender en anden praksis, når dets arbejde vedrører gennemførelsen af de mandater, som Kommissionen giver organet til at udarbejde harmoniserede standarder.

57. CEN's arbejde i forbindelse med harmoniserede tekniske standarder tager udgangspunkt i samarbejdet med Kommissionen, som er underlagt en aftale i form af generelle retningslinjer, der fornyes med jævne mellemrum⁴¹. I retningslinjerne understreges standardiseringens store betydning for den europæiske politik, for den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser samt for en forbedret konkurrenceevne for europæiske producenter⁴². Med henblik på disse formål er der fastlagt fælles principper, der gælder for forholdet og samarbejdet, i henhold til hvilke standardiseringsorganerne forpligter sig til at udarbejde standarderne på den mest hensigtsmæssige måde for Unionens interesser. Kommissionen forpligter sig til gengæld til at bakke op om og medvirke i disse organers arbejde.

58. Desuden yder Kommissionen økonomisk støtte til CEN for udarbejdelsen af de harmoniserede tekniske standarder. Afgørelse nr. 1673/2006/EF⁴³ fastlægger bestemmelser vedrørende Unionens finansiering af europæisk standardisering for at sikre, at europæiske standarder og andre europæiske standardiseringsprodukter udvikles og revideres til støtte for EU's mål, lovgivning og politikker. Det antal harmoniserede standarder, som Kommissionen anmoder CEN og andre organer om at udarbejde, er begrænset og udgør en lille andel af det samlede antal udarbejdede standarder. Det er industrien, der bærer de fleste omkostninger ved standardiseringen, således at Unionens anvendelse af CEN er en »økonomisk rentabel« løsning, idet ideen om at etablere et forvaltningsorgan med henblik på vedtagelsen af de tekniske standarder, der kræves i henhold til direktiverne efter den nye metode, er blevet kasseret⁴⁴.

40 — De fleste standardiseringsorganer overholder de principper for standardisering, der er fastlagt i bilag 3 til WTO's aftale om tekniske handelshindringer (herefter »TBT-aftalen«), som indeholder adfærdskodeksen for udarbejdelse, vedtagelse og anvendelse af standarder. (Aftalens bilag 3 (foreligger ikke på dansk) kan tilgås via: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm#annexIII). Artikel 2 og 5 i TBT-aftalen samt aftalens bilag 3 er blevet udviklet ved hjælp af TBT-komitéens afgørelse om principperne for udarbejdelse af internationale standarder, vejledninger og anbefalinger med tilknytning til aftalens artikel 2 og 5 og bilag 3, G/TBT/9, 13.11.2000. Disse grundlæggende principper er: gennemsigtighed, åbenhed, upartiskhed, konsensus, effektivitet, relevans og sammenhæng.

41 — Generelle retningslinjer for samarbejdet mellem CEN, Cenelec og ETSI og Europa-Kommissionen samt Den Europæiske Frihandelssammenslutning – 28.3.2003 (EUT C 91, s. 7). De første retningslinjer blev vedtaget den 13.11.1985.

42 — Jf. KOM(2011) 311 endelig, som indeholder meddelelsen fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg med titlen »En strategisk vision for europæiske standarder: En indsats for at forbedre og fremskynde bæredygtig vækst i den europæiske økonomi inden 2020.«

43 — Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1673/2006/EF af 24.10.2006 om finansiering af europæisk standardisering (EUT L 315, s. 9). Denne afgørelse er blevet ophævet, og bestemmelserne heri er blevet indarbejdet i artikel 15-19 i forordning nr. 1025/2012.

44 — Denne mulighed blev udtrykkeligt forkastet i løbet af det forberedende arbejde til forordning nr. 1025/2012. Jf. dokument SEC(2011) 671 endelig, s. 24.

59. Den private karakter af standardiseringsorganerne (CEN i dette tilfælde) bevirker ikke, at deres arbejde ikke henhører under EU-retten. I *Fra.bo-dommen*⁴⁵ konstaterede Domstolen, at artikel 34 TEUF finder anvendelse på et privat organs virksomhed på området for udarbejdelse af standarder og certificering, når den nationale lovgivning anser produkter, der er certificeret af dette organ, for forenelige med national ret, og dette kan hindre markedsføringen af produkter, der ikke er certificeret af det nævnte organ.

60. Hvis Domstolen ikke tøvede med at undersøge, hvorvidt et nationalt standardiseringsorgans aktiviteter med tilknytning til national lovgivning (nærmere bestemt forbuddet mod foranstaltninger, der har en virkning, der svarer til virkningen af kvantitative restriktioner) var foreneligt med EU-retten, må den så meget desto mere have kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om, hvorvidt CEN's harmoniserede tekniske standarder er forenelige med dette forbud, og fortolke disse standarder samt det direktiv, der refererer til dem.

61. Som et sidste argument må Domstolen efter min opfattelse have kompetence til at fortolke denne form for teknisk standard set i lyset af den fleksibilitet, som den har udvist i besvarelsen af præjudicielle spørgsmål om forskelle retsakter, der har retsvirkninger, og som ikke er forordninger, direktiver og afgørelser. I *Grimaldi-dommen*⁴⁶ i forbindelse med en henstilling i henhold til EØF-traktaten konstaterede Domstolen, at »artikel 177 [tillægger] Domstolen en kompetence til uden undtagelse at afgøre præjudicielle spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af retsakter fra Fællesskabets institutioner«⁴⁷. Domstolen har indtaget samme fleksible holdning for nylig i sagen *Gauweiler m.fl.*, hvor den afgjorde præjudicielle spørgsmål fra Bundesverfassungsgericht vedrørende OMT-programmet (»Outright Monetary Transactions«, direkte monetære transaktioner), som var en retsakt af atypisk karakter⁴⁸.

62. Jeg er endelig af den opfattelse, at standard EN 13242:2002, som er udarbejdet på grundlag af Kommissionens mandat M/125 i overensstemmelse med direktiv 89/106 og direktiv 98/34, skaber retsvirkninger på det indre marked, og at det tilkommer Domstolen at fortolke den. Navnlig giver den omstændighed, at en vare (tilslag til byggeri) overholder den harmoniserede standard, en formodning om, at den overholder kravene i henhold til direktiv 89/106, hvilket gør det muligt at markedsføre den uden hindringer i det indre marked.

63. På grundlag af disse argumenter foreslår jeg, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål, litra a), således: Når vilkårene i en privatretlig aftale forpligter en part til at levere et produkt, der er fremstillet i overensstemmelse med en national teknisk standard, der er udstedt til gennemførelse af en harmoniseret teknisk standard, der er vedtaget af CEN efter et mandat fra Kommissionen, har Domstolen kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen om den pågældende harmoniserede tekniske standard.

45 — Sag C-171/11, EU:C:2012:453, præmis 32. Dette tilfælde omhandlede et privat tysk standardiseringsorgan, som udarbejdede tekniske standarder til gas- og vandindustrien i henhold til en ordning lig den, som direktiverne efter den nye ordning følger. Det tyske organ havde udarbejdet teknisk standard W534, og den tyske lovgivning bestemte, at det for så vidt angår produkter til etablering, udvidelse, ændring og vedligehold af kundanlæg, der tilsluttes den offentlige vandforsyning, lægges til grund, at de er i overensstemmelse med god teknisk praksis, såfremt de overholder den pågældende tekniske standard W534. Ifølge den forelæggende rets fremstilling indebærer formodningsreglen i AVBWasserV's § 12, stk. 4, at en markedsføring af rør og tilbehør til drikkevandsforsyningen i Tyskland næppe er mulig uden en DVGW-certificering, der beviser, at produkterne er i overensstemmelse med den tekniske standard.

46 — Sag C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 8. Jf. i denne forbindelse ligeledes dom *Deutsche Shell* (C-188/91, EU:C:1993:24, præmis 18).

47 — I denne sag bekræftede Domstolen ifølge generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer sin kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om soft law-akter vedtaget i henhold til traktaten, idet den anførte, at sådanne akter ikke er uden retsvirkninger, hvorfor de nationale retter ved afgørelsen af tvister, der indbringes for dem, skal »tage hensyn til dem«, navnlig når de kan bidrage til fortolkningen af nationale bestemmelser udstedt til gennemførelse heraf, eller de har til formål at udfylde bindende fællesskabsretlige bestemmelser. Jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i sagen *Lodato & C.* (C-415/07, EU:C:2008:658, punkt 34).

48 — Sag C-62/14, EU:C:2015:400, samt generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i denne sag (C-62/14, EU:C:2015:7, punkt 73-80).

B – Det første præjudicielle spørgsmål, litra b): dokumentation for overholdelse af harmoniseret standard EN 13242:2002

64. Supreme Court (øverste domstol) spørger, om det er et krav efter EN 13242:2002, at overholdelse kan fastslås: a) udelukkende ved dokumentation i form af de overensstemmelsesprøvninger, som standarden henviser til, og som udføres på tidspunktet for produktionen og/eller tidspunktet for leveringen, eller b) ved anden dokumentation i form af prøvninger udført senere, såfremt udfaldet af disse prøvninger logisk set kan fastslå, at standarden er blevet tilsidesat.

65. Supreme Court (øverste domstol) er af den opfattelse, at overholdelse af standarden EN 13242:2002 eller manglende opfyldelse heraf både kan fastslås på tidspunktet for produktionen eller leveringen af produktet, men også gennem produktets rimelige levetid, og at sådan overholdelse eller manglende opfyldelse kan godtgøres ved ethvert logisk bevis. James Elliott, Irland og Kommissionen er af samme opfattelse, hvorimod Irish Asphalt mener, at standard EN 13242:2002 kun giver mulighed for at anvende den dokumentation, som den refererer til, og udelukkende på tidspunktet for produktionen og/eller tidspunktet for leveringen.

66. Mandat M/125 (kapitel II, niende bestemmelse) forpligtede CEN til i den harmoniserede standard at angive prøvningsmetoden eller -metoderne til fastsættelse af et produkts egenskaber og dets overensstemmelse med standardens tekniske specifikationer. I samme henseende bestemte kapitel III, anden bestemmelse, at »[t]he harmonised standard will contain: [...] The methods (calculation, test methods or others) or a reference to a standard containing the methods for the determination of such characteristics«.

67. Standard EN 13242:2002 angav i sjette bestemmelse de prøvningsmetoder, der er nødvendige for dens anvendelse, med henvisning til de metoder, der er fastlagt i forskellige ikke-harmoniserede europæiske standarder udarbejdet af CEN (navnlig standard EN 1097-2:1998, EN 1367-2 og EN 1744-1:1998)⁴⁹. Der er dermed tale om en indarbejdning ved hjælp af en reference i en harmoniseret teknisk standard til indholdet af ikke-harmoniserede europæiske tekniske standarder. Dette er normal praksis i forbindelse med teknisk standardisering inden for bygge- og anlægssektoren, fordi det afgørende i den sektor, frem for et materiales egentlige egenskaber, er fastsættelsen af metoder til analyse af dets ydeevne med henblik på at sikre sikkerheden af byggerier⁵⁰.

68. Uden at der er behov for en mere detaljeret analyse af denne form for referencer, forekommer det mig klart, at brugen af prøvningsmetoder, som er frivillig, giver mulighed for at efterprøve overholdelsen af den harmoniserede standards tekniske specifikationer på tidspunktet for markedsføringen eller for leveringen af en vare, hvilket gør det muligt for varen at støtte sig på formodningen om overensstemmelse med direktiv 89/106 og drage fordel af fri bevægelighed. Denne dokumentation kan ske ved hjælp af andre former for teknisk gyldig prøvning, hvilket ikke begrænses af standard EN 13242:2002.

69. Desuden er jeg af den opfattelse, at en byggevare (i dette tilfælde tilslag) kan underkastes prøvninger, der beviser, at den overholder de tekniske specifikationer i standard EN 13242:2002, ikke blot på det tidspunkt, hvor producenten lancerer den, men også i løbet af varens økonomiske levetid. Dette fremgår af artikel 3, stk. 1, i direktiv 89/106, som fastlægger, at de væsentlige krav til bygværker, som direktivet fastlægger, har en indflydelse på varerne og skal opfyldes »i løbet af en økonomisk rimelig levetid«.

49 — Standard EN 1097-2:1998 – Prøvning af mekaniske og fysiske egenskaber ved tilslag. Del 2: Metoder til bestemmelse af modstandsevne mod knusning, EN 1367-2 Prøvningsmetoder for tilsags egenskaber over for temperatur- og vejrpåvirkninger. Del 2: Magnesiumsulfatprøvning og EN 1744-1:1998 Prøvningsmetoder for kemiske egenskaber ved tilslag. Del 1: Kemisk analyse.

50 — Artikel 17, stk. 3, i forordning nr. 305/2011.

70. Beskyttelsesklausulen i artikel 21, stk. 1, i direktiv 89/106 fører til det samme resultat, idet en medlemsstat kun kan trække en vare, der tidligere er erklæret i overensstemmelse med dette direktiv, tilbage fra markedet, hvis den foretager efterfølgende prøvninger og konstaterer, at varen reelt set ikke opfylder direktivets væsentlige krav for så vidt angår sikkerhed. Hvis overensstemmelsesprøvnninger kun kan foretages på det tidspunkt, hvor produktet blev lanceret, vil producenten nærmest have fuld kontrol i betragtning af den økonomiske byrde, som køberen ville blive pålagt i forbindelse med prøvningen af de købte varer. Formodningen om overensstemmelse med direktiv 89/106 ville dermed gå fra at være afkræftelig til at være nærmest uafkræftelig, som James Elliott har gjort gældende i sine anbringender.

71. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål, litra b), besvares således: Harmoniseret standard EN 13242:2002 skal fortolkes således, at den giver mulighed for at fastslå en tilsidesættelse af standardens tekniske specifikationer ved hjælp af andre prøvningsmetoder end dem, der udtrykkeligt er fastlagt heri, og at disse prøvningsmetoder kan anvendes på et hvilket som helst tidspunkt i løbet af varens økonomiske levetid.

C – Det tredje præjudicielle spørgsmål: formodningen om, at varer, der er i overensstemmelse med direktiv 89/106, er egnede til deres formål

72. Med sit tredje spørgsmål anmoder Supreme Court (øverste domstol) om at få afklaret, hvorvidt formodningen om, at et byggemateriale er egnet til sit formål, hvilket følger af artikel 4, stk. 2, i direktiv 89/106, ligeledes gør sig gældende i forbindelse med fastsættelsen af den pågældende vares handelsmæssige kvalitet, når denne kvalitet kræves i henhold til almindelige nationale bestemmelser, der gælder for salg af varer.

73. Alle intervenienterne i sagen, med undtagelse af Irish Asphalt, har gjort gældende, at dette spørgsmål bør bevares benægtende, hvilken opfattelse jeg deler. Formodningen om, at en vare er egnet til sit formål, som er fastlagt i artikel 4, stk. 2, i direktiv 89/106, gælder inden for rammerne af denne EU-standard samt for markedsføringen af varen i det indre marked uden tekniske hindringer. Domstolen har naturligvis kompetence til at fortolke formodningen og alle bestemmelser i direktiv 89/106 desangående. Formodningen kan imidlertid hverken overføres eller anvendes til at fastsætte en byggevares handelsmæssige kvalitet, når det drejer sig om at anvende national lovgivning, som f.eks. lovgivningen vedrørende salg af varer i Irland, på private handelsmæssige forhold.

74. Det tilkommer hverken Domstolen at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af national lovgivning eller om de forhold, der skal tages hensyn til ved vurderingen af en vares handelsmæssige kvalitet i henhold til national lovgivning, som ligger til grund for domstolens afgørelser om manglende opfyldelse af privatretlige aftaler.

75. Derfor foreslår jeg, at Domstolen besvarer det tredje præjudicielle spørgsmål således: Formodningen om, at et byggemateriale er egnet til sit formål, hvilket følger af direktiv 89/106, med henblik på dets fri bevægelighed i det indre marked, kan ikke anvendes til at vurdere materialets handelsmæssige kvalitet i forbindelse med anvendelsen af en national lovgivning vedrørende salg af varer.

D – Det fjerde præjudicielle spørgsmål: maksimalt svovlindhold i henhold til harmoniseret standard EN 13242:2002

76. Supreme Court (øverste domstol) ønsker med sit fjerde spørgsmål at få afklaret, hvorvidt standard EN 13242:2002 fastlægger (eller hvorvidt der i henhold til standarden kan fastlægges) en grænse for det samlede svovlindhold i tilslag, som skal overholdes som betingelse for at kunne støtte sig på formodningen om, at de er egnede til deres formål.

77. Dette spørgsmål skal i princippet besvares benægtende. I henhold til bestemmelse 6.3 i standard EN 13242:2002 skal det samlede svovlindhold i tilslag angives, men bestemmelsen fastsætter ikke en øvre grænse på 1% for indholdet af dette stof. Tabel 13, som der henvises til i bestemmelse 6.3, vedrører »Aggregates other than air-cooled blastfurnace slag« (det i denne sag omhandlede tilslag) og indeholder muligheden for, at de indeholder enten mindre end 1% svovl eller mere end 1% svovl. Efter min opfattelse efterlader denne bestemmelse ingen tvivl.

78. I 2004 offentliggjorde NSAI en vejledning om anvendelsen af I.S. EN 13242:2002 på grundlag af den tredje note til bestemmelse 6.1 i standard EN 13242:2002, som henviser til de nationale bestemmelser på det sted, hvor tilslagene skal anvendes, for så vidt angår specifikke anvendelsesformål for tilslagene. Vejledningen fastsætter en grænse for det samlede svovlindhold i de omhandlede tilslag på 1%. Jeg mener imidlertid, at den tredje note ikke tillader, at der fastsættes en sådan absolut grænse.

79. Efter min opfattelse kan en national teknisk standard, der gennemfører en harmoniseret teknisk standard fra CEN, ikke have et indhold, der er i strid med denne standard. Hvis standard EN 13242:2002 ikke fastsætter et maksimalt svovlindhold for tilslag, kan en medlemsstats standardiseringsorgan ikke fastsætte en absolut grænse på 1%. Denne fastsættelse ville være i strid med den effektive virkning af den harmoniserede standard, som ville kunne anvendes forskelligt i de enkelte medlemsstater til skade for formålet med direktiv 89/106, som er at fremme den fri bevægelighed for byggevarer i det indre marked. Ordlyden af artikel 17, stk. 5, i forordning nr. 305/2011 er utvetydig: »modstridende nationale standarder [bortfalder], og medlemsstaterne ophæver gyldigheden af alle modstridende nationale bestemmelser«.

80. Derfor foreslår jeg, at det fjerde spørgsmål besvares således: Harmoniseret standard EN13242:2002 fastsætter ikke en grænse på 1% for det samlede svovlindhold i tilslag, og enhver national teknisk standard, der er i strid hermed, kan ikke finde anvendelse.

E – Det femte præjudicielle spørgsmål: anvendelse af »CE-mærkningen«

81. Supreme Court (øverste domstol) spørger ligeledes, om det er nødvendigt at dokumentere, at produktet er forsynet med »CE-mærkningen« for at kunne støtte sig på formodningen skabt ved bilag ZA til EN13242:2002 eller ved artikel 4 i direktiv 89/106. Det drejer sig derfor om at opklare, om »CE-mærkningen« er en betingelse for at anvende formodningen om overensstemmelse med direktiv 89/106 på tilslag, eller om denne mærkning kun er et bevis for, at direktivets krav er blevet overholdt.

82. I modsætning til, hvad Irland og James Elliott har gjort gældende, mener jeg, at »CE-mærkningen« blot er et bevis for, at de væsentlige krav i direktiv 89/106 er overholdt, og ikke en forudsætning for at fastslå, at de er overholdt. I henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 89/106 viser »CE-mærkningen«, at en vare er i overensstemmelse med de nationale standarder, hvortil de harmoniserede standarder er blevet omsat, samt at de er egnede til deres formål⁵¹. Ifølge samme artikels stk. 6 betyder »CE-mærkningen«, at en vare opfylder kravene i artiklens stk. 2 og 4. Fabrikanten eller dennes befuldmægtigede har ansvaret for anbringelsen af mærket, mens artikel 15 bestemmer, at medlemsstaterne sørger for, at »CE-mærkningen« anvendes korrekt, og giver dem tilladelse til at forbyde anvendelsen af mærkningen, hvis det konstateres, at den er blevet anbragt på en vare, som ikke eller ikke længere opfylder bestemmelserne i direktiv 89/106. Endelig har Domstolen konstateret, at en medlemsstat ikke kan kræve, at en byggevare, der korrekt anvender og er forsynet med »CE-mærkningen«, ligeledes skal være forsynet med et nationalt mærke, under påskud af, at de harmoniserede standarder er ufuldstændige⁵².

51 — I henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 89/106 viser »CE-mærkningen« desuden, at en vare er i overensstemmelse med en europæisk teknisk godkendelse, som er udstedt efter fremgangsmåden i kapitel III i direktiv 89/106, eller at den er i overensstemmelse med nationale tekniske specifikationer, som forinden er meddelt Kommissionen, hvis der ikke findes harmoniserede standarder.

52 — Dom Kommissionen mod Tyskland (C-100/13, EU:C:2014:2293, præmis 63).

83. »CE-mærkningen« udgør dermed en erklæring fra den fysiske eller juridiske person, der har ansvaret for dens anbringelse, om at varen er i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i direktiv 89/106 og standard EN 13242:2002, og at den har været genstand for de relevante evalueringsprocedurer. Fabrikanten har det endelige ansvar for, at varen er i overensstemmelse med direktivet, og for anbringelsen af »CE-mærkningen«, når proceduren med hensyn til evalueringen af varens overensstemmelse er afsluttet. »CE-mærkningen« er dermed blot et middel til at oplyse, at tilslagene opfylder kravene i direktiv 89/106 og standard EN 13242:2002 med henblik på at kunne markedsføre dem⁵³.

84. I den senere generelle lovgivning (som ikke finder anvendelse på hovedsagen) er »CE-mærkningen« blevet styrket og er nu den eneste mærkning, der attesterer en vares overensstemmelse med de gældende krav i EU's harmoniseringslovgivning. Dette bestemmes i artikel 30, stk. 4, i forordning (EF) nr. 765/2008, som omfatter definitionen af samt formatet og de generelle principper for »CE-mærkningen«, og i afgørelse nr. 768/2008 om overensstemmelsesvurderingsprocedurer vedrørende anbringelsen af mærkningen⁵⁴. Den omstændighed, at »CE-mærkningen« er den eneste mærkning, der kan anvendes for så vidt angår byggevarer, er desuden fastlagt i artikel 8, stk. 3 i forordning nr. 305/2011.

85. Domstolens praksis vedrørende direktiv 89/106 peger indtil videre mod denne fortolkning, idet den i Elenca-dommen⁵⁵ konstaterede, at en national lovgivning, som automatisk og absolut forbyder markedsføring på det nationale område af varer, som lovligt markedsføres i andre medlemsstater, med den begrundelse, at nævnte varer ikke er forsynet med CE-mærkning, ikke er forenelig med det krav om proportionalitet, som følger af EU-retten. Denne dom afviser dermed, at »CE-mærkningen« er af materiel karakter, og giver den bevisværdi.

86. Derfor foreslår jeg, at den forelæggende rets femte spørgsmål besvares således: »CE-mærkningen« er ikke en betingelse, men derimod udelukkende et bevis for, at et tilslag overholder kravene i direktiv 89/106 og i harmoniseret standard EN 13242:2002.

F – Det andet præjudicielle spørgsmål: anvendelsen af direktiv 98/34 og dommene i sagerne CIA Security International og Unilever

87. Supreme Court (øverste domstol) spørger, om den skal afstå fra at anvende nationale bestemmelser, der indebærer krav til handelsmæssig kvalitet og egnethed til formålet, idet der er tale om tekniske forskrifter, der ikke er foretaget underretning om i henhold til direktiv 98/34.

88. Ligesom alle de parter, der har fremsat anbringender, med undtagelse af Irish Asphalt, mener jeg, at det er åbenlyst, hvordan dette spørgsmål skal besvares. En national lovgivning, som f.eks. section 14, stk. 2, i loven af 1893, som ændret ved loven af 1980, i henhold til hvilken aftaler er underlagt et indirekte krav vedrørende varens handelsmæssige kvalitet – som kan fraviges efter aftale mellem parterne – er ikke omfattet af definitionen af en teknisk forskrift i direktiv 98/34. Dermed finder dommene i sagerne CIA Security International og Unilever⁵⁶ ikke anvendelse, og af samme årsag skal udkastet til en sådan lovgivning heller ikke fremsendes til Kommissionen.

53 — Jf. Kommissionens »Den blå vejledning om gennemførelsen af EU's produktregler« af 17.7.2015, s. 55 ff.

54 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 9.7.2008 om kravene til akkreditering og markedsovervågning i forbindelse med markedsføring af produkter og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 339/93 (EUT L 218, s. 30) og Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 768/2008/EF af 9.7.2008 om fælles rammer for markedsføring af produkter og om ophævelse af Rådets afgørelse 93/465/EØF (EUT L 218, s. 82).

55 — Dom C-385/10, EU:C:2012:634, præmis 28 og 29.

56 — Domme CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172) og Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496).

89. Irish Asphalts argument om, at afgørelsen fra High Court (ret i første instans) burde være blevet meddelt Kommissionen, med den begrundelse, at den i praksis er en teknisk forskrift, er ikke velbegrundet. Dommen anvender blot den irske lovgivning på en konkret sag udelukkende med henblik på at afgøre en strid mellem virksomheder på baggrund af den aftale, de har indgået, herunder de indirekte bestemmelser heri.

90. I henhold til Domstolens veletablerede praksis følger det af artikel 1, nr. 11), i direktiv 98/34, at begrebet »teknisk forskrift« opdeles i tre kategorier, nemlig for det første »teknisk specifikation« som omhandlet i direktivets artikel 1, nr. 3), for det andet »andet krav« som defineret i artikel 1, nr. 4), og for det tredje forbud mod fremstilling, import, markedsføring eller anvendelse af et produkt, hvilket forbud er omfattet af samme direktivs artikel 1, nr. 11)⁵⁷. Den irske lovgivning – og så meget desto mere High Courts (ret i første instans) dom – er ikke en lovgivningsforanstaltning, der forbyder fremstilling, import, markedsføring eller anvendelse af et produkt.

91. Section 14, stk. 2, i loven af 1893 (eller, som nævnt, den dom, der anvender den på en enkelt aftale) er heller ikke omfattet af begrebet »teknisk specifikation« som omhandlet i artikel 1, nr. 3), i direktiv 98/34. Dette udtryk skal forstås som »et dokument, som fastlægger karakteristika for et produkt, som f.eks. kvalitet, brugsegenskaber, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter for varen vedrørende handelsmæssig betegnelse, terminologi, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning eller etikettering samt procedurer for overensstemmelsesvurdering«.

92. Domstolen har bemærket, at begrebet »teknisk specifikation« forudsætter, at den nationale foranstaltning nødvendigvis vedrører produktet eller dets emballering som sådan og således fastsætter de karakteristika, der kræves af et produkt⁵⁸. Den irske lovgivning, der er genstand for undersøgelsen, vedrører hverken et produkt eller har indvirkning på dets emballering eller præsentation, idet den blot på abstrakt vis angiver, at det i kontraktforhold formodes, at det solgte produkt er af handelsmæssig kvalitet. Den vedrører dermed ikke et bestemt produkt og er en lovgivning, der anvendes generelt på salget af alle produkter, og derfor er det ikke omfattet af begrebet »teknisk specifikation« som omhandlet i direktiv 98/34.

93. Af lignende årsager kan section 14, stk. 2, i loven af 1893 ikke være omfattet af de »andre krav« som defineret i direktiv 98/34, idet der ikke er tale om »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«.

94. Dermed foreslår jeg, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares således: En national bestemmelse, som f.eks. section 14, stk. 2, i den irske lov om varesalg af 1893, som ændret ved loven af 1980, kan ikke betragtes som en »teknisk forskrift« som omhandlet i direktiv 98/34, og dommene i sagerne CIA Security International og Unilever finder ikke anvendelse.

57 — Jf. især domme Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, præmis 54) og Schwibbert (C-20/05 EU:C:2007:652, præmis 34).

58 — Jf. i denne retning domme Sapod Audic (C-159/00, EU:C:2002:343, præmis 30), Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, præmis 57) og Schwibbert (C-20/05 EU:C:2007:652, præmis 35).

IV – Forslag til afgørelse

95. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de fem præjudicielle spørgsmål fra Supreme Court (øverste domstol) således:

- »1) Når vilkårene i en privatretlig aftale forpligter en part til at levere et produkt, der er fremstillet i overensstemmelse med en national teknisk standard, der er udstedt til gennemførelse af en harmoniseret teknisk standard, der er vedtaget af CEN efter et mandat fra Kommissionen, har Domstolen kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af den pågældende harmoniserede tekniske standard.
- 2) Harmoniseret standard EN 13242:2002 skal fortolkes således, at den giver mulighed for at fastslå en tilsidesættelse af standardens tekniske specifikationer ved hjælp af andre prøvningsmetoder end dem, der udtrykkeligt er fastlagt heri, og at disse prøvningsmetoder kan anvendes på et hvilket som helst tidspunkt i løbet af varens økonomiske levetid.
- 3) Formodningen om, at et byggemateriale er egnet til sit formål, hvilket følger af direktiv 89/106, med henblik på dets frie bevægelighed i det indre marked, kan ikke anvendes til at vurdere materialets handelsmæssige kvalitet i forbindelse med anvendelsen af en national lovgivning vedrørende salg af varer.
- 4) Harmoniseret standard EN13242:2002 fastsætter ikke en grænse på 1% for det samlede svovlindhold i tilslag, og enhver national teknisk standard, der er i strid hermed, kan ikke finde anvendelse.
- 5) »CE-mærkningen« er ikke en betingelse, men derimod udelukkende et bevis for, at et tilslag overholder kravene i direktiv 89/106 og i harmoniseret standard EN 13242:2002.
- 6) En national bestemmelse, som f.eks. section 14, stk. 2, i den irske lov om varesalg af 1893, som ændret ved loven af 1980, kan ikke betragtes som en »teknisk forskrift« som omhandlet i direktiv 98/34, og dommene i sagerne CIA Security International og Unilever finder ikke anvendelse.«