

CLAUS GULMANN

HANDELSHINDRINGER I EF-RETTE

En undersøgelse af det
særlige handelshindringsforbud
i EØF-traktatens art. 30 og 34



JURISTFORBUNDETS FORLAG

1980

HANDELSHINDRINGER I EF-RETEN

er sat med Times og trykt hos
Winds Bogtrykkeri A/S, Haderslev.
Bogbinderiarbejdet er udført af
J. P. Møllers Bogbinderi, Haderslev.
Omslaget er tilrettelagt af
Rita Heisselberg.

ISBN 87-574-3270-8

Denne afhandling er af det juridiske fagråd ved Københavns universitet
antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.

København, den 17. juni 1980

Hans Gammeltoft-Hansen
dekan

Forsvaret finder sted tirsdag den 18. november 1980 kl. 14.00 præcis
i Anneksauditorium A, Studiestræde 6, o.g.

HANDELSHINDRINGER I EF-RETEN

En undersøgelse af det særlige handels-
hindringsforbud i EØF-traktatens art.

30 og 34

SKRIFTER FRA
DET RETSVIDENSKABELIGE INSTITUT
VED KØBENHAVNS UNIVERSITET

39

HANDELSHINDRINGER I EF-RETTE

En undersøgelse af det særlige handels-
hindringsforbud i EØF-traktatens art.

30 og 34



JURISTFORBUNDETS FORLAG

1980

Forord

Min interesse for de retlige problemer, kompetencefordelingen mellem forbundsmyndigheder og delstatsmyndigheder giver, blev vakt under studier i USA. Interessen blev bestyrket ved studier i Paris af de tilsvarende EF-retlige problemer, der er udgangspunktet for og kernen i afhandlingen. Men afhandlingen var ikke blevet skrevet uden det kendskab til de praktiske løsninger af disse problemer, som arbejde i justitsministeriet og ved EF-Domstolen har givet mig. Det var mit held i årene omkring den danske tilslutning til EF i justitsministeriet at bistå den nuværende danske dommer ved EF-Domstolen, Ole Due, i arbejdet med at tilpasse det danske retssystem til EF-rettens krav. Det var mit privilegium i tre år at være juridisk medarbejder hos den daværende danske dommer ved EF-Domstolen, professor, dr. jur. Max Sørensen. Den mulighed, Max Sørensen gav mig for at følge den vanskelige beslutningsproces, der foregår hos den enkelte dommer og i dommerkollegiet, er jeg ham taknemmelig for. Det, han lærte mig om juraens muligheder og ikke mindst juraens grænser, kan jeg ikke takke ham nok for.

Afhandlingen var ikke blevet færdigskrevet uden de mange råd, jeg har fået af professor, dr. jur. Isi Foighel, og uden den opmuntring, han altid vidste at give mig, når der var behov herfor. Jeg er ham meget taknemmelig for den hjælp, han har givet mig.

Konsulent Christen Boye Jacobsen, industriministeriet, og fuldmægtig Lennart Lyng Andersen, justitsministeriet, har brugt megen tid på mit manuskript og har på vigtige punkter foreslået forbedringer.

Stud. jur. Niels Balslev har foretaget væsentlige dele af citatkontrollen.

Jeg vil herved takke dem alle hjerteligt.

Støtte til færdiggørelse og offentliggørelse af afhandlingen er blevet ydet af statens samfundsvidenskabelige forskningsråd. Også for denne støtte takker jeg.

København, den 21. juni 1980

Claus Gulmann

INDHOLDSFORTEGNELSE

Indledning

Kap. 1 Afhandlingens genstand og interesse	23
Kap. 2 Handelshindringsbegrebet	31

Første del – GATT's og den amerikanske forfatnings regler af betydning for forståelsen af forbudet mod FtV

Kap. 3 Undersøgelsernes baggrund og interesse	39
Kap. 4 GATT	43
Kap. 5 De frie varebevægelser i USA	59

Anden del – Den politiske og økonomiske betydning af de frie varebevægelser

Kap. 6 Undersøgelsernes baggrund og problemer	81
Kap. 7 De frie varebevægelser som middel i den politiske integrationsproces	85
Kap. 8 Den økonomiske betydning af de frie varebevægelser i EF	102

Tredje del – Frie varebevægelser i EF. Den traktatmæssige baggrund for forbudet mod FtV

Kap. 9 Formål med og fremgangsmåde ved undersøgelsen af den traktatmæssige baggrund	121
Kap. 10 Diskriminationsbegrebet	133
Kap. 11 Traktatens forarbejder og formålsbestemmelser	145
Kap. 12 Traktatens bestemmelser om oprettelse af fællesmarkedet	152
Kap. 13 EF-Domstolens fortolkningsmetoder og dens opfattelse af de frie varebevægelser betydning i traktatens system	194

Fjerde del – Forbudet mod FtV

Afsnit I

Kap. 14 Gennemgang af de af forbudet mod FtV rejste spørgsmål	209

Afsnit II

De berettigede og forpligtede efter forbudet mod FtV

Kap. 15 Den særlige EF-retlige problemstilling	231
Kap. 16 Omfanget af privates påtaleret	237
Kap. 17 De forpligtede efter forbudet mod FtV	246

Afsnit III

Handelshindringsbegrebet efter art. 30 og art. 34 –

Fastlæggelse efter teori og praksis

Kap. 18 Opgaven afgrænses og systematikken fastlægges	267
Kap. 19 Teoriens afgrænsningsforsøg inden 1974	271
Kap. 20 Kommissionens teori og praksis	278
Kap. 21 Nationale domstoles og myndigheders praksis	289
Kap. 22 EF-Domstolens praksis – gennemgang af de enkelte domme	293
Kap. 23 Teoriens udlægning af Domstolens praksis	345
Kap. 24 Forsøg på systematisering og sammenfatning af EF-Domstolens praksis	349

Afsnit IV

Stillingtagen til afgrænsningsproblemerne

Kap. 25 Et nyt udgangspunkt for afgrænsningen af begrebet FtV ...	380
Kap. 26 Retningslinjer for afgrænsningen af forbudet mod FtV	395
Kap. 27 Nogle afsluttende bemærkninger	436

Ekskurs om retsvirkningerne af forbud mod FtV

i EF's aftaler med tredjelande

Kap. 28 Forholdet mellem folkeretlige aftaler og intern ret	447
Kap. 29 Traktaters stilling og retsvirkninger i EF's retssystem	457
Kap. 30 Om Lomé-aftalens og rest-EFTA-aftalernes direkte anvendelighed	481

INDHOLDSFORTEGNELSE

<i>Forord</i>	5
Indledning	
<i>Kap. 1 Afhandlingens genstand og interesse</i>	23
1.1. Formålet med regler om frie varebevægelser	23
1.2. Afhandlingens genstand	24
1.3. Afhandlingens interesse	27
1.4. Afhandlingens systematik	30
1.5. Afhandlingens forudsætninger og tilrette- læggelse	30
<i>Kap. 2 Handelshindringsbegrebet</i>	31
2.1. Hvad kan hindre eller påvirke samhandelen?	31
2.2. Sondringer af betydning for handels- hindringsbegrebet	32
2.2.1. Handelshindrings oprindelse	32
2.2.2. Handelshindrings afskaffelse	33
2.2.3. Andre sondringer	34
Første del – GATT's og den amerikanske forfatnings regler af betydning for forståelsen af forbudet mod FtV	
<i>Kap. 3 Undersøgelsernes baggrund og interesse</i>	39
<i>Kap. 4 GATT</i>	43
4.1. GATT's formål og baggrund	43
4.2. GATT's materielle regler og deres håndhævelse	44
4.2.1. Almindelige bemærkninger	44
4.2.2. GATT-forpligtelserne	44
4.2.3. De generelle undtagelser	49
4.2.4. Forpligtelsernes håndhævelse	51
4.3. GATT's ændrede betydning og reformbestræbelser.....	53
4.4. Afsluttende bemærkninger	56

Kap. 5	<i>De frie varebevægelser i USA</i>	59
5.1.	De undersøgte problemer	59
5.2.	Den amerikanske forfatningsretlige baggrund	60
5.3.	Forbundsforfatningens regler	62
5.4.	Omfanget af Kongressens beføjelse til at regulere den mellemstatslige handel	63
5.5.	Kongreslovgivning som skranke for delstaternes muligheder for at gennemføre handelshindringer	67
5.6.	Forbundsforfatningen som skranke for delstatsregler med handelshindrende virkninger	69
5.7.	Om domstolenes egnethed til at løse problemerne	75
5.8.	Handelshindringernes praktiske betydning i USA	76
5.9.	Sammenfatning	78

Anden del – Den politiske og økonomiske betydning af de frie varebevægelser

Kap. 6	<i>Undersøgelseernes baggrund og problemer</i>	81
Kap. 7	<i>De frie varebevægelser som middel i den politiske integrationsproces</i>	85
7.1.	Almindelige bemærkninger om integrationsteoriene	85
7.2.	Integrationsbegrebet	86
7.3.	Integrationsteoriene	88
7.4.	De frie varebevægelseres betydning som integrationsfaktor	92
7.5.	Afsluttende bemærkninger	97
Kap. 8	<i>Den økonomiske betydning af de frie varebevægelser i EF</i>	102
8.1.	Formål med og afgrænsning af de behandlede spørgsmål	102
8.2.	Den almindelige teori om frihandel	102
8.3.	Handelshindringer	105
8.3.1.	De undersøgte handelshindringer	106
8.3.2.	Handelshindringers økonomiske virkninger	107
8.3.3.	Handelshindringers begrundelser	108
8.4.	Regional økonomisk integration. Integrationens økonomiske virkninger	109

8.5. Fællesmarkedets selvforstærkende virkning	115
8.6. Sammenfatning.....	116

Tredje del – Frie varebevægelser i EF. Den traktatmæssige baggrund for forbudet mod FtV.

<i>Kap. 9 Formål med og fremgangsmåde ved undersøgelsen af den traktatmæssige baggrund</i>	<i>121</i>
9.1. Indledende bemærkninger	121
9.2. »Grundlæggende principper og begreber i traktaten«	121
9.2.1. Grundlæggende principper i traktaten	122
9.2.2. EF's »økonomiske forfatning«	123
9.2.3. Fællesmarkedsbegrebet	126
9.3. Baggrund for og formål med den her valgte fremgangsmåde	128
9.4. Undersøgelsernes systematik	132
 <i>Kap. 10 Diskriminationsbegrebet</i>	 <i>133</i>
10.1. Diskriminationsbegrebets relativitet	133
10.2. Generelle diskriminationsforbud.....	134
10.3. Specielle diskriminationsforbud	136
10.4. Skjult diskrimination.....	137
10.5. Ens behandling af forskellige situationer	139
10.6. Positiv særbehandling	142
10.7. Sammenfatning.....	143
 <i>Kap. 11 Traktatens forarbejder og formålsbestemmelser</i>	 <i>145</i>
11.1. Forarbejder	145
11.1.1. Om Domstolens afvisning af brug af forarbejder	145
11.1.2. »Spaak-rapporten«	147
11.2. EØF-traktatens præambel og formålsbestemmelser	149
 <i>Kap. 12 Traktatens bestemmelser om oprettelse af fællesmarkedet ...</i>	 <i>152</i>
12.1. Afgrænsning og systematik	152
12.2. Forbudet mod nationalitetsdiskrimination i traktatens art. 7	153
12.3. Traktatens art. 9 ff., art. 30 ff. og art. 95 ff.	155
12.3.1. Traktatens regler om told og toldlignende afgifter	155
12.3.2. Traktatens regler om diskriminerende afgifter ...	156

12.3.3. Traktatens regler om kvantitative restriktioner og statslige handelsmonopoler	160
12.3.3.1. Begrebet »kvantitative restriktioner« ..	161
12.3.3.2. Bestemmelsen i art. 37 om statslige handelsmonopoler	163
12.3.3.3. Traktatens art. 36	166
12.3.4. Sammenfatning	166
12.4. Konkurrencereglerne, herunder reglerne om statsstøtte	166
12.4.1. Traktatens art. 85 og 86	167
12.4.2. Traktatens art. 92 ff	170
12.4.3. Traktatens art. 90	173
12.4.4. Sammenfatning	174
12.5. Landbrug og transport	175
12.6. Personers og tjenesteydelsers frie bevægelighed	177
12.7. De løbende betalinger og de frie kapitalbevægelser	180
12.8. Fjernelse af handelshindringer gennem harmonisering af nationale regler eller fastsættelse af fælles EF-regler ...	183
12.9. Sikkerhedsklausuler	188
12.10. Traktatens regler på områder, hvor medlemsstaterne principielt har bevaret deres kompetence	190
12.11. Sammenfatning	191
 <i>Kap. 13 EF-Domstolens fortolkningsmetoder og dens opfattelse af de frie varebevægelers betydning i traktatens system.....</i>	 194
13.1. Domstolens fortolkningsmetoder og deres betydning	194
13.2. Fortolkningsmetoderne og reglerne om de frie varebevægelser	203
 Fjerde del – Forbudet mod FtV	
Afsnit I	
 <i>Kap. 14 Gennemgang af de af forbudet mod FtV rejste spørgsmål</i>	 209
14.1. Oversigt over reglerne, herunder de i overgangsperioden gældende	209
14.2. Reglernes geografiske anvendelsesområde. Samhandelen mellem medlemsstaterne	210
14.3. Varebegrebet	214

14.4. De forbudte foranstaltninger	216
14.5. De påtaleberettigede eller reglernes umiddelbare anvendelighed	218
14.6. De forpligtede efter art. 30 og art. 34	219
14.7. De forbudte foranstaltningers form	219
14.8. Sondringen »generelle/konkrete foranstaltninger«	220
14.9. Undladelser som FtV	222
14.10. Kommissionens direktiver om afskaffelse af FtV	223
14.11. De i art. 36 forudsatte undtagelser fra forbudet mod FtV	226
14.12. Øvrige undtagelser fra forbudet mod FtV	230

Afsnit II

De berettigede og forpligtede efter forbudet mod FtV

<i>Kap. 15 Den særlige EF-retlige problemstilling</i>	231
<i>Kap. 16 Omfanget af privates påtaleret</i>	237
16.1. Problemets forudsætninger	237
16.2. Fordele og ulemper ved en eventuel begrænsning af privates påtaleret	238
16.3. Mulighed for opspaltning af en regels retsvirkninger i en umiddelbart anvendelig og i en ikke-umiddelbart anvendelig del	242
16.4. Afsluttende bemærkninger	244
<i>Kap. 17 De forpligtede efter forbudet mod FtV</i>	246
17.1. Problemerne afgrænses og systematikken fastlægges	246
17.2. Medlemsstaterne og deres organer	248
17.2.1. Organer med funktioner af offentligretlig karakter	248
17.2.2. Offentlige myndigheders handlinger af privatretlig karakter	249
17.2.3. Virksomheder, der kontrolleres af offentlige myndigheder	250
17.2.4. Betydningen for anvendelsen af forbudet mod FtV af nationale domstoles medvirken til gennemførelse af privatretlige krav	252
17.3. EF-institutionerne som forpligtede	255

17.4. Om private er forpligtet efter forbudet mod FtV	258
17.4.1. Foreløbig argumentation	258
17.4.2. Domstolens praksis	259
17.4.2.1. Domstolens praksis vedrørende enerettigheder	259
17.4.2.2. Argumenter byggende på modsætnings-slutninger fra art. 85	259
17.4.2.3. Domstolens praksis vedrørende private som pligtsubjekter efter traktatens andre bestemmelser	260
17.4.3. Retstekniske og andre grunde til at indskrænke for-budene til kun at gælde visse private handlinger ..	262
17.4.4. Stillingtagen	264

Afsnit III

Handelshindringsbegrebet efter art. 30 og art. 34 – Fastlæggelse efter teori og praksis

<i>Kap. 18 Opgaven afgrænses og systematikken fastlægges</i>	267
18.1. Indledende bemærkninger	267
18.2. Opgaven afgrænses	267
18.3. Systematikken og det foreliggende materiales behandling	268
<i>Kap. 19 Teoriens afgrænsningsforsøg inden 1974</i>	271
19.1. Indledende bemærkninger	271
19.2. De første traktatkommentarer	271
19.3. De restriktive fortolkninger	272
19.4. De udvidende fortolkninger	274
19.5. De formidlende teorier	276
<i>Kap. 20 Kommissionens teori og praksis</i>	278
20.1. Kommissionens første standpunkttagen	278
20.2. Direktiv 70/50 af 22.12.1969	278
20.2.1. Direktivets struktur	279
20.2.2. Den handelshindrende virkning	279
20.2.3. Direktivets diskriminationsbegreb	280
20.2.4. De ikke-diskriminerende foranstaltninger	282

20.3. Udvikling i Kommissionens opfattelse?	282
20.3.1. Kommissionens årlige »Almindelige Beretninger om De europæiske Fællesskabers virksomhed« ..	283
20.3.2. Kommissionens svar på Parlamentsspørgsmål ...	283
20.3.3. Kommissionens indlæg i sager for EF-Domstolen	285
20.3.4. S. Zieglers oplysninger	286
20.4. Eksempler fra Kommissionens praksis	287
<i>Kap. 21 Nationale domstoles og myndigheders praksis</i>	289
21.1. National domstolspraksis	289
21.2. Nationale myndigheders praksis	291
<i>Kap. 22 EF-Domstolens praksis – gennemgang af de enkelte domme</i>	293
22.1. Om baggrunden for den valgte fremgangsmåde ved gennemgangen	293
22.2. Kronologisk gennemgang af Domstolens praksis	295
22.2.1. Sag 7/61 Kommissionen mod Italien	295
22.2.2. Sag 78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mod Metro-SB-Grossmärkte	295
22.2.3. Sag 51-54/71 International Fruit Company mod Produktschap voor Groenten en Fruit	296
22.2.4. Sag 2/73 Geddo	297
22.2.5. Sag 155/73 Italien mod Sacchi (»Italiensk fjernsynsmonopol«)	297
22.2.6. Sag 192/73 Van Zuylen Frères mod Hag A.G.	299
22.2.7. Sag 8/74 Anklagemyndigheden mod Benoit og Gustave Dassonville	300
22.2.8. Sag 190/73 Anklagemyndigheden mod van Haaster (Hyacintløgsagen)	304
22.2.9. Sag 15 og 16/74 Centrafarm mod Sterling Drug og Winthrop	306
22.2.10. Sag 31/74 Galli	307
22.2.11. Sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland	307
22.2.12. Sag 63/74 Cadsky	308
22.2.13. Sag 4/75 Rewe Zentralfinanz mod Landwirtschaftskammer	308

22.2.14.	Sager 10-14/75 Anklagemyndigheden mod Lahaille m.fl.	310
22.2.15.	Sag 65/75 Anklagemyndigheden mod Tasca og sager 88-90/75 SADAM mod Det interministerielle Prisudvalg	311
22.2.16.	Sag 104/75 Anklagemyndigheden mod de Peijper	315
22.2.17.	Sag 119/75 Terrapin mod Terranova	316
22.2.18.	Sager 3, 4 og 6/76 Anklagemyndigheden mod Kramer m.fl.	317
22.2.19.	Sag 35/76 Simmenthal mod det italienske finansministerium	319
22.2.20.	Sag 41/76 Donckerwolcke mod anklagemyndigheden	320
22.2.21.	Sag 46/76 Bauhuis (»Hollandsk sundhedskontrol«)	322
22.2.22.	Sag 53/76 Anklagemyndigheden mod Bouhelier	322
22.2.23.	Sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig	323
22.2.24.	Sag 74/76 Iannelli og Volpi mod Meroni	324
22.2.25.	Sag 111/76 Anklagemyndigheden mod van den Hazel	325
22.2.26.	Sag 5/77 Tedeschi mod Denkavit	326
22.2.27.	Sag 13/77 GB-Inno	327
22.2.28.	Sag 52/77 Cayrol	330
22.2.29.	Sag 82/77 Van Tiggele	330
22.2.30.	Sag 102/77 Hoffmann-La Roche mod Centrafarm	332
22.2.31.	Sag 3/78 Centrafarm mod American Home Products	333
22.2.32.	Sag 13/78 Eggers Sohn & Co. mod Bremen	335
22.2.33.	Sag 7/78 Anklagemyndigheden mod Thompson m.fl.	336
22.2.34.	Sag 83/78 Marketing Board mod Raymond Redmond	337
22.2.35.	Sag 120/78 Rewe mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein	339

22.2.36. Sag 119/78 Distilleries Peureux mod de franske afgiftsmyndigheder	341
22.2.37. Sag 2/78 Kommissionen mod Belgien	341
22.2.38. Sag 153/78 Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland	343
22.2.39. Sag 244/78 Union Latière Normande	343
<i>Kap. 23 Teoriens udlægning af Domstolens praksis</i>	<i>345</i>
<i>Kap. 24 Forsøg på systematisering og sammenfatning af EF-Domstolens praksis</i>	<i>349</i>
24.1. Opgavens problemer	349
24.2. Foranstaltningernes karakter	352
24.2.1. Baggrunden for undersøgelsen	352
24.2.2. Foranstaltningernes genstand eller ydre fremtrædelsesform	352
24.2.3. Foranstaltninger, der direkte vedrører varer, og foranstaltninger, der ikke direkte vedrører varer	355
24.2.4. Foranstaltninger, hvis handelshindrende virkninger kan fjernes gennem harmonisering af medlemsstaternes lovgivninger, og foranstaltninger, hvis handelshindrende virkninger ikke kan fjernes på denne måde	356
24.2.5. Traktatstridige/ikke-traktatstridige foranstaltninger	357
24.3. De handelshindrende virkninger	358
24.3.1. Samhandelsbegrænsende virkninger	358
24.3.2. Indirekte og potentielle handelshindrende virkninger	359
24.3.3. Handelshindringens mærkbarhed	360
24.4. Diskriminationens betydning	361
24.4.1. Almindelige bemærkninger om Domstolens praksis	361
24.4.2. Er diskriminationskravet eneafgørende i Domstolens praksis?	361
24.4.3. Diskriminationskriterier efter Domstolens praksis	364

24.4.4. Diskrimination og den handelshindrende foranstaltnings formål	366
24.4.5. Tilladte »diskriminationer«	367
24.4.6. Omvendt diskrimination	367
24.5. Betydningen og kvalificeringen af foranstaltningernes formål.....	368
24.6. Foranstaltningens egnethed til at realisere det beskyttelsesværdige formål og begrænsning af de handelshindrende virkninger	372
24.7. Omfatter forbudet mod FtV alene handelsreguleringer?	374
24.8. Import-/eksportregulering	375
24.9. Betydningen af eksistensen af fællesskabskompetence og -regulering på foranstaltningens område, navnlig betydningen af landbrugsmarkedsordninger	376
24.10. Betydningen af Kommissionens direktiv 70/50	377
24.11. Udviklingstendenser i Domstolens praksis.....	377
24.12. Sammenfatning	379

Afsnit IV

Stillingtagen til afgrænsningsproblemerne

<i>Kap. 25 Et nyt udgangspunkt for afgrænsningen af begrebet FtV</i>	380
25.1. Opgaven og dens problemer	380
25.2. Forbudsbestemmelsernes ubestemthed	381
25.3. Traktatens system som udgangspunkt for fortolkningen	383
25.4. Interesseafvejning som udgangspunkt for fortolkningen	385
25.5. Begrebsmæssige problemer med baggrund i art. 36	389
25.6. De processuelle rammer for forbudets anvendelse	391
25.6.1. Betydningen af den nationale dommer som håndhæver af forbudet	391
25.6.2. Bevisproblemer	393
<i>Kap. 26 Retningslinier for afgrænsningen af forbudet mod FtV.....</i>	395
26.1. De forskellige relevante faktorer.....	395
26.2. Den omtvistede foranstaltnings formål	395
26.3. Handelshindringens mærkbarhed og aktualitet	397

26.4.	Diskrimination og forskellige virkninger for den mellemstatslige samhandel og den interne handel.....	398
26.5.	Misbrugsbetragtninger	403
26.6.	Ikke handelsregulerende foranstaltninger inden for områder forbeholdt medlemsstaterne, foranstaltninger med indirekte virkninger for samhandelen	405
26.7.	Foranstaltninger inden for fællesskabsregulerede områder.....	407
26.8.	Foranstaltninger i forbindelse med varers grænsepassage	408
26.9.	Krav af betydning for eksport	409
26.10.	Om krav til den nationale vareproduktion kan udstrækkes til at gælde udenlandske varer?	412
26.11.	Handelshindringer som følge af forskelle i nationale lovgivninger	414
26.12.	Foranstaltningens karakter af lovbunden/skønsmæssig og af generel/konkret. Kontrol- og godkendelsesordninger	416
26.13.	Størst mulig begrænsning af de handelshindrende virkninger	419
26.14.	EF-institutionernes og privates foranstaltninger	422
26.15.	Betydningen af nationale domstoles kompetence ved anvendelsen af forbudet mod FtV	423
26.16.	Vægtningen af de modstridende hensyn	425
26.17.	Sammenfatning	431
26.18.	Konfrontation med Domstolens praksis og med Kommissionens opfattelse som gengivet af Sven Ziegler	433
Kap. 27	<i>Nogle afsluttende bemærkninger</i>	436
27.1.	Om afgrænsningens perspektiver	436
27.2.	Om Domstolens fremtidige praksis	441

Ekskurs

Om retsvirkningerne af forbud mod FtV i EF's aftaler med tredjelande

<i>Kap. 28 Forholdet mellem folkeretlige aftaler og intern ret</i>	447
28.1. Undersøgelsernes baggrund	447
28.2. Undersøgelsernes begrænsninger og systematik	447
28.3. Forholdet mellem traktater og intern ret. (Traktater som bestanddel af intern ret)	448
28.4. Traktatbestemmelsernes interne retsvirkninger og deres plads i det interne regelhierarki	452
28.5. Terminologi	455
 <i>Kap. 29 Traktaters stilling og retsvirkninger i EF's retssystem</i>	457
29.1. Spørgsmålets særlige karakter i EF-retten og frem- stillingens systematik	457
29.2. Traktater som bestanddele af EF-retten	459
29.2.1. EØF-traktatens bestemmelser af betydning for spørgsmålet	459
29.2.2. Rådets praksis. Spørgsmålet om ratifikations- formens betydning	460
29.2.3. Domstolens praksis	461
29.3. Tredielandsaftalers direkte anvendelighed i intern ret ...	463
29.3.1. Ratifikationsaktens betydning for tredie- landsaftalens direkte anvendelighed	464
29.3.2. EF-Domstolens praksis	465
29.3.3. Gensidighedsproblemet	472
29.4. Fortolkning af bestemmelser i tredielandsaftaler, der svarer til bestemmelser i intern EF-ret	476
29.5. Tredjelandsaftalers rang i EF-regelhierarkiet	478
 <i>Kap. 30 Om Lomé-aftalens og rest-EFTA-aftalernes direkte anvendelighed</i>	481
30.1. Indledende bemærkninger	481
30.2. Lomé-konventionen	482
30.2.1. Lomé-konventionens bestemmelser	482
30.2.2. Forbudets direkte anvendelighed	483
30.2.3. Forbudets fortolkning	484

30.3. Rest-EFTA-aftalerne	485
30.3.1. Bestemmelserne i overenskomsten mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og kongeriget Sverige	485
30.3.2. Art. 13's direkte anvendelighed.....	488
30.3.3. Fortolkningen af forbudet mod FtV i aftalens art. 13	492
30.4. Afsluttende bemærkninger	494
Summary in English	495
Domsliste	521
Litteraturliste	531
Forkortelser.....	540
Bilag (direktiv 70/50)	543

.

INDLEDNING

KAPITEL 1 – AFHANDLINGENS GENSTAND OG INTERESSE

»Ja, Toldforeningen – fortsatte han –
vil samle de splittede Dele,
grunde et folkeligt Fællesskab,
svejse vort Land til et Hele«.¹

1.1 – Formålet med regler om frie varebevægelser

Denne afhandlings emne er to af EØF-traktatens regler om fjernelse af hindringer for de frie varebevægelser mellem EF's medlemsstater.

Reglerne om de frie varebevægelser kan bedst forstås, når de ses på baggrund af traktatens videregående formål. De er *midler* til at opnå *formål af økonomisk og politisk karakter*.

Traktaten går ud fra, at fjernelse af handelshindringer fører til sociale og økonomiske fremskridt og er medvirkende til at skabe den samhørighed mellem de europæiske folk, der vil danne grundlaget for en stadig snævrere sammenslutning mellem disse.²

Dette fremgår klart af traktatens præambel og er utvivlsomt en afgørende forudsætning for EF-Domstolens praksis.

Man kan måske være uenig i traktatens målsætning. Man kan måske kritisere, at traktatens generelle formålsangivelser tillægges stor betydning. Man kan måske gøre gældende, at visioner hermed gøres til retskilde i EF-retten.³ Men man må ikke undervurdere deres betydning. Denne vil atter og atter, direkte og indirekte, fremgå af denne afhand-

1. Fra Heine *Deutschland, Ein Wintermärchen* 1844, gendigtning af Hans Hartvig Seedorf, København 1945. Verset er fra »Kaput II«.

2. Traktatens formål behandles i kap. 11.2.

3. Se en drøftelse heraf i forbindelse med Hjalte Rasmussens bog om EF-Domstolen, Espersen i *Jur* 1976 s. 158ff.

ling. Man kan ikke forstå fællesskabsretten uden forståelse for den vægt, traktatens formål har for EF-Domstolens afgørelser.⁴

Gennemførelse af frie varebevægelser mellem stater har tidligere haft videregående politiske mål. De ord, som Heine i det gengivne vers lægger i munden på en 1800-tals tysk »integrationist«, er et minde om de tyske staters unionsbestræbelser i sidste århundrede. Et af de ukrigeriske midler var »toldforeningen«. Der er ingen, der vil hævde, at toldunionen var den vigtigste årsag til de vellykkede bestræbelser, men der er heller ingen, der vil frakende de frie varebevægelser en del af æren.⁵

Erfaringerne fra USA kan også bruges af dem, der ønsker bekræftelse af den økonomiske og politiske betydning af frie varebevægelser. Den første amerikanske forfatning efter løsrivelsen fra England gav ikke konføderationsmyndighederne beføjelser til at regulere varebevægelserne mellem delstaterne. De frie varebevægelser var ikke beskyttede, og dette blev af mange betragtet som konføderationens store svaghed. De amerikanske integrationister, føderalisterne, gjorde gældende, at nationens problemer ville blive løst »gennem oprettelsen af en stærk, national regering, der frit kunne regulere den mellemstatslige handel«, bl.a. »fordi den derved kunne styrke nationen gennem sikring af økonomisk stabilitet« og »gennem ophør af handelskrige mellem staterne«.⁶ Disse synspunkter blev fulgt ved vedtagelsen i 1786 af den nugældende amerikanske forfatning. Dens regler til sikring af de frie varebevægelser vil blive undersøgt i kap. 5.

Historien viser dog også, at man kan spænde forventningerne til de frie varebevægelser for højt. Adam Smiths og Bentham's overbevisning om frihandel som den sikreste vej til fred i verden har ikke vist sig velbegrundet.⁷

1.2. – Afhandlingens genstand

Afhandlingens genstand er EØF-traktatens *forbud mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner mellem medlemsstaterne*. Forbudet mod disse foranstaltninger, der herefter vil blive forkortet FtV, findes i traktatens art. 30 og art. 34, jfr. art. 36.

Afhandlingen er begrænset til disse bestemmelser, ikke alene fordi en udtømmende behandling af samtlige traktatens regler om fjernelse af

4. Disse synspunkter uddybes i kap. 13 om Domstolens fortolkningsmetoder.

5. Se kort herom Ulrich Meyer-Cording, *Festgabe für Müller-Armack*, Berlin, 1961, s. 310.

6. Se Richard Heffner, *A documentary history of the United States*, New York, 1968, s. 22.

7. Se Erik Lund, Mogens Pihl og Johannes Sløk, *De europæiske ideers historie*, København, 1962, s. 268.

handelshindringer vil blive for omfattende, men også fordi bestemmelserne i sig selv er praktisk vigtige og giver særegne fortolkningsproblemer. Det er bestemmelser, hvis anvendelsesområde er defineret gennem de omhandlede foranstaltningers *virksomheder*, og ikke deres *art*. De er i praksis anvendt eller søgt anvendt på de mest forskelligartede nationale regler. Her kan nævnes regler om

- automatisk udstedte im- og eksportbevillinger⁸
- pligt for eksportører til at være repræsenteret i importlandet⁹
- importforbud støttet på patent- eller varemærkerettigheder¹⁰
- oprindelsesbetegnelser¹¹
- plantesundhedskontrol¹²
- maksimal- og minimalpriser¹³
- blyindholdet i benzin¹⁴
- godkendelse af medicinalvarer¹⁵
- produktionsbegrænsninger¹⁶ og
- fangstbegrænsninger¹⁷

Et typisk eksempel på en anvendelse af forbudet mod FtV findes i en hollandsk dom fra 1977. Dommen frifandt en importør, der var tiltalt for at have indført en fransk ost, der i strid med en hollandsk sundhedsregel indeholdt et nærmere bestemt tilsætningsstof. Der blev lagt vægt på, at reglen fortrinsvis ramte franske og italienske oste, og at tilsætningsstoffet ikke betød nogen sundhedsfare. Reglens anvendelse betød derfor, fastslog den hollandske dommer, en skjult begrænsning af de frie varebevæ-

8. Se f.eks. kap. 22.2.3.

9. Se kap. 20.2.3.

10. Se f.eks. kap. 22.2.9.

11. Se f.eks. kap. 22.2.11.

12. Se f.eks. kap. 22.2.13.

13. Se f.eks. kap. 22.2.15 og 22.2.29.

14. Se kap. 20.4.

15. Se kap. 22.2.16.

16. Se f.eks. kap. 22.2.8.

17. Se kap. 22.2.18.

gelser mellem medlemsstaterne. Reglen var i strid med forbudet mod FtV og kunne ikke anvendes.¹⁸

Den hollandske dommer, der ikke fandt det nødvendigt at forelægge EF-Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af art. 30, undlod at tage hensyn til, at den hollandske regel efter sit indhold gjaldt ensartet for inden- og udenlandske varer. Afgørende for ham var, at *virkningerne* af reglen rent faktisk ikke var ensartede, og at reglens *formål* ikke kunne begrunde dens eksistens.

EF-Domstolen har i de senere år, både i sager anlagt af Kommissionen mod medlemsstaterne og i præjudicielle sager, forelagt af nationale domstole, i stadig stigende omfang måttet tage stilling til spørgsmålet om fortolkningen af traktatens regler om FtV. Den har i en række sager¹⁹ udtalt, at man som FtV må betragte »enhver handelsregulering i medlemsstaterne, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre handelen mellem medlemsstaterne«.

Det er tvivlsomt, om Domstolen herved har villet give en egentlig definition af begrebet FtV. Men det er ikke tvivlsomt, at Domstolen har ønsket at udtrykke sin vilje til at bruge forbudet mod FtV til at sikre en effektiv beskyttelse af samhandelen mellem medlemsstaterne. Og det er heller ikke tvivlsomt, at forbudet af Domstolen kan benyttes til sikring af en effektiv beskyttelse. Allerede hidtidig praksis har vist dette, og synspunktet bestyrkes af de vidtgående anskuelser om forbudets anvendelsesområde, der er fremsat i teorien.

Det er normalt ikke vanskeligt at opstille en rimelig argumentation for, at en national regel hindrer samhandelen mellem staterne. En ikke uvæsentlig del af alle nationale regler er netop fastsat for at begrænse den frie erhvervsudøvelse og er i hvert fald set fra de erhvervsdrivendes synspunkt egnede til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, at hindre eller besværliggøre deres muligheder for at importere eller eksportere.

Men en effektiv beskyttelse af de frie varebevægelser kan også forhindre realiseringen af vigtige interesser, som medlemsstaterne må tilgodese. En vidtstrakt anvendelse af forbudet kan begrænse medlemsstaternes muligheder for regelfastsættelse på områder, der nødvendigvis må reguleres. Medlemsstaterne må have muligheder for at beskytte mil-

18. Gengivet i *C.M.L.Rep.* (1978) s. 336, Gerdabel Nederland BV.

19. Første gang i 1974 i sag 8/74, Dassonville, omtalt i kap. 22.2.7.

jøet, arbejderne, forbrugerne, ressourcerne osv., også selv om denne beskyttelse måtte føre til hindringer af samhandelen. Man må ved afgrænsningen af forbudets anvendelsesområde løse denne konflikt mellem modstridende hensyn.

Støtte til løsningen af afgrænsningsproblemerne kan findes i EØF-traktaten, navnlig i art. 36's udtrykkelige undtagelser fra forbudet mod FtV, men de vigtigste problemer *må løses af EF-Domstolen ud fra friere overvejelser*. Afhandlingens tyngdepunkt vil derfor være *en analyse af EF-Domstolens praksis*.

Analysen viser imidlertid, at EF-Domstolen endnu ikke har taget sikker stilling til alle afgrænsningsproblemerne. Det vil derfor være nødvendigt at medinddrage *Kommissionens praksis* i undersøgelserne.²⁰ Kommissionen vedtog i december 1969 et direktiv, hvis indhold giver retningslinier for løsningen af konkrete spørgsmål vedrørende anvendelsen af forbudet. Domstolen er imidlertid ikke bundet af direktivet. Dette er også angrebet i teorien. Nogle forfattere hævder, at det er for vidtgående, medens andre hævder, at det ikke er vidtgående nok.

Teoriens synspunkter må derfor også medinddrages. Problemerne omkring forbudets fortolkning har været blandt de oftest behandlede EF-retlige problemer i de senere år.²¹ Teorien har navnlig drøftet, om forbudet alene omfatter nationale foranstaltninger, der diskriminerer over for udenlandske varer, eller om det også omfatter regler, der gælder ensartet for inden- og udenlandske varer.

1.3. – Afhandlingens interesse

Betydningen af en undersøgelse af EF-rettens forbud mod FtV er klar, allerede på grundlag af hvad der i dag med sikkerhed kan udledes af Domstolens praksis. Forbudet fører til reelle begrænsninger i medlemsstaternes kompetence. Den praktiske betydning understreges af en skrivelse fra november 1978 fra Kommissionen til medlemsstaterne, hvori det oplyses, at Kommissionen behandler mere end 400 sager om hindringer af de frie varebevægelser, navnlig på grundlag af traktatens art. 30–36, og at »dette tal, som er blevet mere end 4-doblet på 4–5 år, kun udgør en beskeden prøve på de faktiske forhold«.²²

20. Se kap. 20.

21. Se kap. 19 og 23.

22. Skrivelsen er nærmere omtalt i kap. 27.

Men den virkelige praktiske og teoretiske interesse ligger i forsøget på at løse de spørgsmål, der i dag ikke med sikkerhed kan besvares på grundlag af Domstolens praksis. Domstolen har utvivlsomt med forsæt ladet mulighed for en videre anvendelse af forbudet stå åben, og der vil set fra en integrationsvenlig Kommissions og Domstols side være en tilskyndelse til videre anvendelse af forbudet. De to EF-institutioner vil nemlig herved indirekte kunne tvinge medlemsstaterne til i højere grad gennem EF-retsakter at harmonisere nationale regler. Det vil ikke være vanskeligt at fastslå, at netop forskellene mellem nationale regler fører til handelshindringer i strid med forbudet.

Hertil kommer, at undersøgelser af forbudet mod FtV giver gode muligheder for at illustrere en række spørgsmål, der er vigtige for en mere almindelig forståelse for EF-rettens særlige problemer og for løsningen af andre EF-retlige fortolkningsproblemer.

Afhandlingen vil give baggrund for at forstå de vanskeligheder, skabelsen af et fælles marked giver. Den indeholder en gennemgang af samtlige traktatens regler af betydning for dette spørgsmål med henblik på at finde frem til eventuelle principper, der måtte ligge til grund for løsningen af denne opgave.²³ Den nødvendiggør stillingtagen til afgrænsning af de foranstaltninger, der kan og skal fjernes gennem domstolshåndhævet anvendelse af traktatens forbudsregler, og de foranstaltninger, hvis skadelige virkninger forudsættes fjernet gennem positiv retsfastsættelse fra de politisk ansvarlige EF-institutioners side med hjemmel i traktatens kompetencebestemmelser. Og behandlingen af forbudet mod FtV nødvendiggør også undersøgelser af domstoles muligheder for at løse konflikter mellem vigtige overnationale interesser og vigtige nationale interesser.

Samtidig anskueliggøres EF-Domstolens rolle i integrationsprocessen. Det er ubestridt, at Domstolen har benyttet sine beføjelser til at fremme integrationen, og at den i alt væsentligt har haft held med sine bestræbelser. Der er hos Domstolen, Kommissionen og den altovervejende del af teorien utvivlsomt en overbevisning om, at det er i fuld overensstemmelse med traktatens intentioner, at juraen bliver brugt som integrationsredskab. Man må dog kunne spørge, om der ikke vil komme et tidspunkt, hvor spændingen mellem den juridiske og den politiske virkelighed i Europa bliver så stor, at juraen må begynde at tage et videre-

23. Se navnlig kap. 12.

gående hensyn til de politiske realiteter. Det kan hævdes, at medens EF-Domstolen og Kommissionen, støttet af teorien, ufortrødent har fortsat deres integrationsvirksomhed, er den politiske vilje til, og dermed de politiske muligheder for, at fremme integrationen blevet svækket. Denne problemstilling er ikke mindst af betydning i de tilfælde, hvor EF-Domstolen gennem sine fortolkninger af EF-retten fratager medlemsstaterne deres kompetence til nationalt at regulere anliggender, uden at der er nogen sikkerhed for, at medlemsstaterne kan blive enige om tilsvarende regler på fællesskabsplan.

Det har tillige været en fordel ved det valgte emne, at det giver anledning til en række *komparative* og *tværfaglige* undersøgelser. Erfaringerne fra anvendelsen af tilsvarende regler i international eller forbundsstatssammenhæng er af umiddelbar interesse for en belysning af de EF-retlige problemer. Derfor indeholder afhandlingen korte undersøgelser af GATT's regler om nedbrydningen af handelshindringer mellem stater og af den amerikanske forbundsforfatnings regler om den mellemstatslige handel, således som den er fortolket af den amerikanske Forbundshøjesteret.²⁴ Det er også skønnet af betydning for fortolkningen af forbudet mod FtV at undersøge, om den økonomiske videnskab og samfundsvidenskaben kan fremvise resultater til klargøring af de økonomiske og politiske virkninger af fjernelse af handelshindringer.²⁵

Endelig har det almindelig interesse at foretage en tilbundsående undersøgelse af en af traktatens vigtige materielle bestemmelser. Bidrag til bestemmelsens fortolkning hentes fra alle de steder, hvor EF-Domstolen kan tænkes at hente fortolkningsbidrag. Det er mit håb herved at give hjælp til en forståelse af den juridiske metode i EF-retten. Med henblik herpå indeholder afhandlingen en række praktiske oplysninger, der også skulle kunne hjælpe ved løsningen af andre EF-retlige problemer.

Den brede behandling af emnet skyldes ønsket om at behandle de afgørende fortolkningsspørgsmål ud fra så mange synsvinkler som muligt. Dette er ikke alene nødvendigt på grund af de fortolkede bestemmelsers meget ubestemte karakter, men også under hensyn til de behandlede spørgsmåls nyhed og betydning.

24. Se kap. 3–5.

25. Se kap. 6–8.

1.4 – Afhandlingens systematik

Efter i *et indledende kapitel* kort at have undersøgt handelshindringsbegrebet indeholder afhandlingens *første del* en undersøgelse af GATT's regler af interesse for EF-problemstillingen og af de erfaringer, den amerikanske højesterets snart 200-årige praksis har givet vedrørende domstoles muligheder for at skabe frie varebevægelser.

Anden del undersøger den viden, politologer og økonomer har vedrørende den politiske og økonomiske betydning af frie varebevægelser.

Tredje del sætter forbudet mod FtV ind i dets traktatmæssige sammenhæng og forsøger at hente fortolkningsbidrag fra EØF-traktatens øvrige regler.

Fjerde del beskæftiger sig direkte med fortolkningen af forbudet mod FtV. *Afsnit 1* indeholder en gennemgang af en række spørgsmål, hvorom der i det væsentlige er enighed i teori og praksis. *Afsnit 2* behandler forskellige problemer i forbindelse med forbudets rettigheds- og pligtsubjekter. *Afsnit 3* koncentrerer sig på grundlag af en gennemgang af teori og praksis om at finde kriterier for afgrænsningen af forbudets saglige anvendelsesområde. *Afsnit 4* indeholder en selvstændig stillingtagen til afgrænsningsproblemerne.

Afhandlingen *afsluttes* med en undersøgelse af retsvirkningerne af bestemmelser i EF's aftaler med tredjelande, der indeholder forbud mod FtV.

1.5 – Afhandlingens forudsætninger og tilrettelæggelse

Afhandlingen forudsætter et almindeligt elementært kendskab til EF-retssystemet, dets institutioner og retsakter.

Afhandlingen gør, som naturligt er inden for et EF-retligt emne, udstrakt brug af fremmedsprogede kilder. Disse er imidlertid i alle tilfælde oversat til dansk. Oversættelsen er foretaget af mig, med mindre andet er angivet.²⁶

Materialeindsamling m.v. er afsluttet den 1.10.1979. Der er således med enkelte undtagelser ikke taget hensyn til domme og litteratur efter denne dato.

26. Det er med en vis tvivl, at jeg har besluttet mig for at oversætte de udenlandske kilder. Hovedparten af læserne vil utvivlsomt foretrække at læse originalteksten frem for en oversættelse, der i hvert fald inden for det juridiske område og navnlig ved franske tekster hyppigt er mindre letlæselig. Jeg har imidlertid fundet, at hensynet til de læsere, der ikke gennem deres arbejde har haft en naturlig tilskyndelse til at læse fransk, tysk og engelsk, måtte veje tungere. Hertil kommer et mere ideelt ønske om at sikre princippet om en dansksproget EF-retlig litteratur.

KAP. 2 – HANDELSHINDRINGSBEGREBET

EF-Domstolen tager som nævnt ved afgrænsningen af forbudet mod FtV sit udgangspunkt i et handelshindringsbegreb. Forbudet omfatter enhver national foranstaltning, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne. Det anvendte begreb omfatter ikke alene egentlige hindringer, men også andre påvirkninger af samhandelen.¹

Det er på denne baggrund naturligt at indlede afhandlingen med nogle almindelige bemærkninger om de forhold, der i videste forstand kan hævdes at hindre eller påvirke samhandelen mellem landene (afsnit 2.1), og om de sondringer, der kan være af betydning for afgrænsningen af begrebet (2.2).

Formålet er at vise, hvor mange og forskelligartede forhold der kan hindre og påvirke samhandelen, og dermed at give en forståelse for de vanskeligheder, afgrænsningen af forbudet mod FtV skaber.

2.1 – Hvad kan hindre eller påvirke samhandelen?

Det er naturligt at tage udgangspunkt i købers situation. Ethvert forhold, der påvirker hans valg ved indkøb af varer, kan være af betydning for samhandelen. Det gælder ikke blot egentlige begrænsninger i vareudbudet, f.eks. gennem forbud mod import af udenlandske varer, men også ethvert forhold, der har betydning for varens pris og egenskaber/kvalitet. Købers valg af varer afhænger af overvejelser vedrørende disse forhold, set i forhold til hans økonomiske formåen og hans behov.

Handelshindringsbegrebet kan ikke begrænses til forhold, der har *særlig* betydning for den *internationale samhandel*. Samhandelen skal være påvirket, d.v.s. at forhold, der *alene* har betydning for den *interne handel*, ikke er omfattet. Men også forhold, der *påvirker den internationale samhandel og den interne omsætning ensartet*, kan være omfattet.

1. Se herom især kap. 24.3.

En positiv opregning af handelshindrende forhold kan aldrig blive udtømmende. Til illustration af de mange forskellige forhold, der kan være handelshindrende, kan nævnes:

- klimatiske forhold, der kan have betydning for både varens pris og kvalitet
- afstandsforhold (transportomkostninger indvirker ikke alene på varens pris, men kan også ved letfordærlige varer indvirke på kvaliteten)
- sproglige og kulturelle forhold i videste forstand, herunder landenes retssystemer (en køber vil alt andet lige købe varer hos en sælger, hvis sprog, kulturelle baggrund, retssystem m.v. han kender til)
- forhold af betydning for vareproducentens produktivitet, der har indflydelse på varens pris og måske også på dens kvalitet. Der kan nævnes det generelle uddannelsesniveau i landet, som kan have indflydelse på arbejdsstyrkens effektivitet, landets teknologiske niveau og mere generelt dets infrastruktur (effektiv administration, transportsystem m.v.)
- lønniveauer, social politik, kreditpolitik, skattepolitik, valutapolitik, der har indflydelse på varens pris
- told, der påvirker importerede eller eksporterede varers pris
- kvantitative restriktioner, der begrænser de importerede eller eksporterede varers mængde
- statsstøtte, der kan påvirke varens pris.

2.2 – Sondringer af betydning for handelshindringsbegrebet

En fordel ved det her anvendte vide handelshindringsbegreb er, at det bliver muligt at fremhæve en række sondringer, der er af betydning for forståelsen af den retlige regulering af den internationale samhandel.

2.2.1 – Handelshindrings oprindelse. Handelshindringer kan være *naturgivne* eller *menneskeskabte* (kunstige).

Der kan inden for *menneskeskabte* handelshindringer sondres mellem dem, der har deres oprindelse i *offentlige myndigheders handlinger*, og dem, der har deres oprindelse i *privates handlinger*. De sidstnævnte kan have deres baggrund i *producent/sælgerforhold* (konkurrencebegrænsende aftaler m.v.) og i *køberforhold* (udelukkende køb af indenlandske varer).

2.2.2 – Handelshindrings afskaffelse. Der kan sondres mellem handels-hindringer, der ikke kan fjernes ved hjælp af offentlig regelfastsættelse, og handelshindringer, der kan fjernes på denne måde.

For så vidt angår *handelshindringer, der kan fjernes gennem offentlig regelfastsættelse*, bliver det første spørgsmål, om den pågældende *handelspåvirkning skal forsøges fjernet, eller om den skal få lov til at bestå*. Valget mellem disse muligheder forudsætter en politisk beslutning. Afgørelsen vil afhænge af en afvejning af de fordele for den frie samhandel, en fjernelse vil indebære, og de omkostninger, fjernelsen vil medføre. Under omkostningerne må ikke blot de økonomiske medregnes. Der må også tages andre hensyn med i overvejelserne, f.eks. bevarelsen af landenes særpræg, muligheden for sociale eksperimenter og lign.

Fordele og ulemper må afvejes i hvert enkelt tilfælde og kan give anledning til betydelige meningsforskelle. Dette vil blive uddybet i kap. 8 om den økonomiske videnskabs drøftelser af ulemper og fordele ved handelshindringer. Der kan være ydertilfælde, hvor beslutningen ikke vil være vanskelig. En harmonisering af *undervisningssystemerne* alene med henblik på at skabe større lighed i konkurrencevilkårene og dermed fremme de frie varebevægelser vil næppe nogen mene indebærer sådanne fordele, at de opvejer harmoniseringens ulemper. Det samme kan *måske* siges om en harmonisering af de *sociale systemer* alene med henblik på at fjerne konkurrenceuligheder og dermed fordrejninger og hindringer af de frie varebevægelser. Enighed om nødvendigheden eller ønskeligheden af fjernelse af de såkaldte *tekniske handelshindringer* gennem harmonisering kan derimod hyppigt opnås. Forskelle i nationale regler om varers indretning og udstyr, f.eks. om bilers sikkerhedsudstyr, har stor betydning som handelshindring, og harmoniseringens uheldige virkninger er ofte begrænsede eller ikke-eksisterende.²

-
2. Der foregår inden for EF en konstant drøftelse af, hvilke handelshindringer der bør fjernes. Handelshindringsaspektet er af betydning i alle drøftelser om nødvendigheden af at harmonisere landenes økonomiske politik, skattepolitik, socialpolitik, lønpolitik, finans- og kreditpolitik m.m. Og handelshindringsaspektet er hyppigt afgørende, når det drøftes, om man bør harmonisere f.eks. landenes obligationsretlige regler (»produktansvarsregler«), international-privatretlige regler, forbrugerbeskyttelsesregler, miljøregler i videste forstand og regler om varers indretning og udstyr.

Der skal ikke her gås nærmere ind på dette spørgsmål, som i sig selv giver stof til omfattende økonomiske og juridiske afhandlinger. Spørgsmålet er først og fremmest *politisk/økonomisk*. Det giver anledning til betydelig uenighed.

Spørgsmålet har inden for EF også et vigtigt *juridisk* aspekt. Dette skyldes, at EF-institutionerne kun kan handle, når der er hjemmel i traktaterne, og at det for hjem-

Når en handelshindring *kan* fjernes, og man har besluttet, at den *skal* fjernes, står valget af det *retlige middel til dens afskaffelse* tilbage. Man kan vælge direkte at *forbyde* den handelshindrende foranstaltning og overlade håndhævelsen af forbudet til domstolenes endelige afgørelse, og man kan vælge at fjerne den gennem *harmonisering* af de handelshindrende foranstaltninger. I første tilfælde fjernes den ulovlige handelshindring fuldstændigt, hvad enten den kun har eksisteret i ét land eller i flere lande. I andet tilfælde eksisterer foranstaltningen stadig. Det er kun de nationale forskelle, der fjernes.

2.2.3. – Andre sondringer af betydning for handelshindringsbegrebet. Vigtige sondringer for denne afhandlings formål er, om den handelshindrende foranstaltning

- er, eller ikke er, diskriminerende
- har, eller ikke har, protektionistisk formål.

Diskriminationsbegrebet er et kernebegreb i afhandlingen og vil blive behandlet nærmere i kap. 10. Det er et vanskeligt anvendeligt begreb og tiltrænger klargøring på vigtige punkter. Dette gælder navnlig spørgsmålene om, *hvorvidt* en regel, der efter sit indhold gælder forskelligt for inden- og udenlandske varer, kan anses for *retfærdiggjort af saglige grunde*, og *hvorvidt* en regel, der efter sit indhold gælder ensartet for inden- og udenlandske varer, kan anses for diskriminerende, fordi den har *forskellige virkninger* for de to grupper varer.

Også sondringen *protektionistiske/ikke protektionistiske* regler skaber vanskeligheder. Dette skyldes ikke begrebsmæssige problemer. De protektionistiske foranstaltninger defineres gennem deres *formål*, nemlig at beskytte indenlandsk produktion mod konkurrence fra udenlandsk.³ Vanskelighederne skyldes derimod problemerne ved at finde frem til foranstaltningens formål. Staterne har ikke for vane åbent at erkende, at en foranstaltnings formål er protektionistisk. Vanskelighederne gøres

melsspørgsmålet kan være afgørende, om de forhold, man ønsker at regulere, tilstrækkeligt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, (se herom bl.a. Gulmann, »Nogle bemærkninger om hjemmelsproblemer i EF,« *Jur* 1979 s. 277 og nedenfor i kap. 12.8.)

3. Protektionistiske foranstaltninger defineres i økonomisk teori som foranstaltninger, der beskytter en industri mod udenlandsk konkurrence og derved sætter den i stand til at tjene mere end den ellers kunne, se rubrikken »International Trade« i *International Encyclopedia of the Social Sciences*.

ikke mindre af det forhold, at en og samme foranstaltning kan forfølge flere forskellige og måske endog indbyrdes uforenelige, formål.

En række yderligere sondringer vil blive omtalt i den senere fremstilling. Det gælder bl.a. sondringen mellem foranstaltninger, der alene rammer varer, fordi de passerer en grænse, og foranstaltninger, der ikke har forbindelse med grænsepassagen. Det gælder sondringen mellem de foranstaltninger, der rammer importen, og dem, der rammer eksporten, og sondringen mellem foranstaltninger, der fremmer samhandelen, og dem, der hæmmer den. Sondringernes værdi afhænger af, om de kan bruges til at afgrænse det område, der er omfattet af forbudet mod FtV. Om dette er tilfældet, vil vise sig gennem afhandlingens afgrænsningsforsøg. På dette sted skal alene fastslås, at forbudet omfatter en række menneskeskabte foranstaltninger, som er ønsket afskaffet gennem domstolshåndhævede forbud og ikke gennem politisk vedtagne harmoniseringer, og som ikke er omfattet af EØF-traktatens øvrige forbud mod handelshindringer.

Første del

GATT'S OG DEN AMERIKANSKE FORFATNINGS REGLER AF BETYDNING FOR FORSTÅElsen AF FORBUDET MOD FtV

KAP. 3 – UNDERSØGELSERNES BAGGRUND OG INTERESSE

Beskyttelse af frie varebevægelser mellem stater er formålet med GATT's regler. Det er ligeledes formålet med den såkaldte »mellemstatslige handelsklausul« i den amerikanske forbundsforfatning, ligesom det er formålet med EØF-traktatens regler om de frie varebevægelser.

De tre sæt regler hviler på to præmisser. For det første, frie varebevægelser er til gensidig fordel for staterne; for det andet, det er nødvendigt at beskytte varebevægelserne mod statsindgreb. Staternes gensidige fordel er ikke stærk nok til at sikre de frie varebevægelser, eller måske rettere: de hensyn, der på statsligt plan gøres gældende for at begrænse varebevægelserne og beskytte den hjemlige produktion, er så mangede, at en udefra påbudt disciplin er nødvendig.

Internationale og overstatslige bindinger kan hjælpe staterne til at modstå pres fra nationale interesser om at indføre handelsbegrænsninger. Dette gælder navnlig i økonomisk vanskelige tider, hvor ønsket om at beskytte national produktion og dermed beskæftigelsen er stærk. Man må undgå, at enkelte stater begynder at indføre beskyttende forholdsregler, som gør det nødvendigt for de andre at svare igen med lignende forholdsregler. De økonomiske vanskeligheder, der startede i begyndelsen af 70'erne, har da også fået interessen for den internationale beskyttelse af de frie varebevægelser til at øges. Et eksempel på staternes ønsker om at undgå handelsbegrænsninger er det såkaldte »handelsløfte« (trade pledge), som OECD's medlemsstater i 1975 underskrev og senere har bekræftet, og hvori de forpligter sig til at undgå at indføre protektionistiske forholdsregler.

Disse officielle ønsker og de påtagne forpligtelser kan dog ikke skjule eller forhindre, at alle stater i dag i større eller mindre udstrækning beskytter den hjemlige produktion. Dette sker ved hjælp af både lovlige og ulovlige midler, og de ulovlige midler tages i brug både åbenlyst og skjult.¹

1. Se herom John H. Jackson, »The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System«, *JWTL* 1978 s. 93ff, navnlig s. 98.

Staternes valgmuligheder er mangfoldige. Staternes internationale forpligtelser har dog naturligt ført til, at staterne i stadig videre omfang har interesseret sig for de skjulte handelsbegrænsninger.

Der kan inden for dette område konstateres en ganske stor modstrid mellem teori og praksis. Dette kan ikke undre. Grundene til protektion kan også sagligt være stærke.² Det er et område, hvor selv fagøkonomerne kan være i tvivl om konkrete anførte grunde til protektion vejer tungere end de mere abstrakte fordele ved frihandel. Der gælder talrige og ofte modstridende hensyn.

GATT's regler er et godt eksempel på de mange hensyn, der må tages ved en international regulering af varebevægelserne. Det har ikke været muligt for staterne at påtage sig vidtrækkende forpligtelser vedrørende de frie varebevægelser, uden at der samtidig blev anerkendt vidtrækkende undtagelser. Det er blevet sagt, at GATT kun har kunnet overleve på grund af dens undtagelsesbestemmelers mængde og smidighed.³ Fuldt så vigtigt til forståelse af GATT's regulering af de frie varebevægelser er dog dets sanktionssystem eller måske snarere mangel på samme. Egentlige sanktioner er ikke forudsat, og de anvendte fremgangsmåder ved afgørelse af tvister staterne imellem er overordentlig fleksible. Der tages vidtgående hensyn til økonomiske realiteter, og mere strikte juridiske fortolkninger spiller kun en begrænset rolle. Hertil kommer, at staterne i de senere år i modsætning til tidligere i vidt omfang har nægtet at acceptere henvisninger til GATT's retlige forpligtelser som en berettiget form for pression.⁴

En omtale af GATT's regler er derfor først og fremmest medtaget her for at vise vanskelighederne ved regulering af varebevægelserne på internationalt plan – vanskeligheder, der viser sig ikke alene i forbindelse med selve udformningen af reglerne, men også i forbindelse med håndhævelsen af disse. Herved stilles bestræbelserne inden for EF i relief. Staterne har påtaget sig forpligtelser, der går meget langt i forhold til, hvad der hidtil har været kendt i det internationale samarbejde, og de har accepteret uafhængige organer, Kommissionen, EF-Domstolen og

2. Se nærmere herom kap. 8.3.

3. Se Flory m.fl. *Le Droit International Economique* s. 118.

4. Se Hudec, *The GATT legal system* s. 229.

nationale domstole, der har til opgave at sikre, at forpligtelserne overholdes. Få områder kan måske bedre illustrere forskellen mellem EF-integrationen og det almindelige internationale samarbejde end det her behandlede.

En gennemgang af de amerikanske erfaringer inden for dette område har en mere direkte interesse ved fortolkningen af EØF-traktatens forbud mod FtV. Problemstillingen er i USA i det væsentligste den samme som i EF. Man har et system, hvor vigtige beføjelser er bevaret hos delstaterne, der dog ikke må benytte disse i strid med reglerne i forfatningen. Forfatningen indeholder et generelt stiltiende forbud mod handelshindringer. Og ansvaret for afgrænsningen af dette forbud er overladt domstolene. De løsninger, de amerikanske domstole har fundet, og de vanskeligheder, de har mødt, må kunne danne baggrund for forståelsen af problemerne i forbindelse med afgrænsningen af forbudet mod FtV.

Undersøgelserne begrænser sig til GATT og den amerikanske forfatning. Dette skyldes, at disse undersøgelser skønnes bedst egnede til at illustrere dels vanskelighederne ved international regulering af varebevægelserne og dels problemernes løsning i en forbundsstat. Begrænsningen er derimod ikke udtryk for, at undersøgelser af reglerne i andre internationale organisationer eller forbundsstater ville være interesseløse.

En undersøgelse af *EFTA-erfaringer* kunne have været overvejet. EFTA-aftalen er den eneste anden internationale aftale, der indeholder et til forbudet mod FtV svarende forbud.⁵ Hertil kommer, at EFTA hævdes at have været betydelig heldigere med at afskaffe de ikke toldmæssige handelshindringer end GATT på trods af, at de grundlæggende forpligtelser svarer til hinanden.⁶ Også undersøgelser af reglerne i andre regionale samarbejdsorganisationer kunne have været overvejet. Dette gælder f.eks. reglerne i de *syd- og mellemamerikanske »fællesmarkeder«* og måske navnlig i *BENELUX-samarbejdet*. Det sidste ikke mindst, fordi erfaringerne fra dette samarbejde er velkendte for i hvert fald 3 af EF-Domstolens medlemmer. Benelux-unions-traktaten fra 1958 fastslår i art. 3 og 6, i modsætning til EØF-traktaten, et generelt princip om »fri be-

5. Se R. C. Béraud, »Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants«, *RTDE* 1968 s. 267.

6. Se G. og V. Curzon, *Hidden Barriers to International Trade* s. 8f og s. 55ff vedrørende overenskomstens art. 10–12, jfr. også Curzons afsnit i (H. Corbet og D. Robertson red.) *Europe's Free Trade Area Experiment*, London, 1970, s. 129 ff. Se tillige P. Slot, *Technical and Administrative Obstacles to Trade* s. 43f.

vægelighed«. ⁷ Også fra erfaringerne i *andre forbundsstater end USA* kunne der være hentet inspiration. Dommer ved EF-Domstolen, Lord Mackenzie Stuart, har således i EF-sammenhæng henvist til en række afgørelser vedrørende fjernelsen af handelshindringer i Canada. ⁸

7. Pescatore »Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation«, *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, bind II, s. 339. Se om de økonomiske erfaringer fra Benelux-samarbejdet, Schneider m.fl. i Scaperlanda, *Prospects of Eliminating Non-Tariff Distortions* s. 73, s. 107 og s. 163.

8. *European Communities and the Rule of Law* s. 55f.

KAP. 4 – GATT

4.1. – GATT's formål og baggrund

Den almindelige overenskomst om told og udenrigshandel, GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), har været i kraft siden 1948 og omfatter i dag over 80 stater, der dækker mere end 4/5 af den internationale samhandel.¹ Overenskomsten bygger som nævnt på den *præmis, at fri handel mellem stater er ønskelig*, fordi den er medvirkende til at opnå en række økonomiske fordele for de berørte stater, (jfr. GATT's præambel).

GATT må ses på baggrund af erfaringerne fra 1930'erne. Depressionen førte til, at mange lande indførte meget alvorligt handelshindrende foranstaltninger, både højere toldafgifter, og navnlig kvantitative importrestriktioner og valutarestriktioner. Det blev efterhånden klart, at disse foranstaltninger, langt fra effektivt at beskytte mod virkningerne af den internationale depression, tværtimod var med til at forstærke dens virkninger.

Der blev derfor allerede under 2. verdenskrig påbegyndt forhandlinger om oprettelse af internationale organisationer både på det monetære og på det handelspolitiske område, hvis opgaver skulle være at søge at løse problemerne i forbindelse med nationale begrænsninger af den internationale samhandel. Man gik straks efter krigen i gang med at udarbejde en konvention om oprettelse af en International Handels Organisation (International Trade Organization (ITO)). Sideløbende med disse forhandlinger, som så ud til at blive langvarige, indledtes forhandlinger om øjeblikkelige toldnedsættelser og øjeblikkelig regulering af andre handelshindringer. Resultatet blev reglerne i GATT. De var kun tænkt som midlertidige. De skulle erstattes af videregående regler i ITO-konventionen, der også skulle behandle en række yderligere økonomiske spørgsmål af betydning for staternes handelsrelationer, og som indeholdt nogle mere præcise regler vedrørende afgørelser af tvister mellem staterne, herunder mulighed for at forelægge retlige tvister for Den internationale Domstol i Haag. De videregående regler er imidlertid aldrig blevet til noget, og de midlertidige GATT-regler er derfor fortsat de vigtigste internationale regler til regulering af den internationale handel.

1. GATT er ratificeret af Danmark den 28. april 1950, se *Lovtidende* C 1950 s. 433.

4.2 – GATT's materielle regler og deres håndhævelse

4.2.1 – Almindelige bemærkninger. GATT's organisatoriske opbygning vil ikke blive omtalt.² De vanskelige problemer, der opstår i forbindelse med anvendelsen af GATT's regler på udviklingslandene, vil heller ikke nærmere blive berørt. De har ikke relevans i forbindelse med en undersøgelse af samhandelsproblemer mellem EF's medlemsstater.

Der skal alene foretages en gennemgang af de oprindelige og stadig i hvert fald formelt gældende regler vedrørende den materielle regulering af samhandelen mellem stater, der er i stand til at påtage sig gensidigt bebyrdende forpligtelser. Det var disse regler, der var kendt af forfatterne af EØF-traktaten.

Reglerne, der er komplicerede, er ikke i sig selv udtryk for nyskabelser. De bygger på de erfaringer, de kontraherende stater havde fra tidligere indgåede handelsaftaler. De er udtryk for et kompromis mellem ønsket om at fremme frihandelen mellem de kontraherende stater og disses frygt for at binde sig for stærkt, således at de ikke ved hjælp af nationale handelsreguleringer kan løse særlige nationale problemer.

4.2.2 – GATT-forpligtelserne. De positive GATT-forpligtelser kan opdeles i tre grupper. Den første omfatter forpligtelser i forbindelse med fastsættelse af told, den anden den generelle forpligtelse til at give samtlige kontraherende stater »mest-begunstigelses-behandling« og den tredje en række forpligtelser i forbindelse med ikke-toldmæssige handelshindringer.

GATT's grundlag er de told»indrømmelser«, medlemmerne bilateralt eller multilateralt giver hinanden. En kontraherende stat, der i forbindelse med toldforhandlinger inden for GATT accepterer at give en sådan indrømmelse, forpligter sig til ikke at opkræve mere i told end den told, der er fastsat i toldindrømmelsen. *Indrømmelserne skal i henhold til GATT's artikel II gælde i forhold til alle GATT's kontraherende parter.*

GATT's artikel I indeholder *en almindelig forpligtelse* for de kontraherende stater til at respektere princippet om »mest-begunstigelses-behandling«. Forpligtelsen går ud på, at enhver fordel, der er ydet af en kontraherende stat for så vidt angår en vare fra et andet land, skal tilstås tilsvarende varer fra alle andre

2. Jackson fremhæver i »The Crumbling Institutions ...«, *anf.st.* s. 96, at man ikke i forbindelse med GATT-samarbejdet har udviklet et sekretariat, der er tilstrækkeligt stort og stærkt til at klare verdenshandelens usædvanligt komplekse problemer.

kontraherende staters territorier. Det er forskelsbehandling, der forbydes, men vel at bemærke kun forskelsbehandling mellem varer fra tredjelande. Forskelsbehandling mellem indenlandske og udenlandske varer er ikke berørt.³ Forpligtelsens anvendelsesområde er bredt. Det omfatter told og tilsvarende afgifter, opkrævnings- og andre formaliteter i forbindelse med ind- og udførsel og nationale beskatninger og andre nationale regler, som vedrører varers salg, transport, anvendelse m.v.

Den tredje gruppe af GATT-forpligtelser er udtryk for det *princip, at beskyttelse af indenlandsk produktion udelukkende bør ske gennem told og ikke gennem andre foranstaltninger*. Baggrunden for dette princip har været den principielle opfattelse, at told er et »hæderligt« handelspolitisk middel. Eksportørerne ved, hvad de har at rette sig efter, når toldniveauet er stabilt. Andre former for handelsrestriktioner, navnlig import- og valutareguleringer, er langt vanskeligere at håndtere, og deres virkninger er sværere at vurdere.⁴

Reglerne, der tilsigter at realisere dette princip, findes i GATT's anden del, artikel III ff. De vedrører f.eks. »national behandling ved indenlandsk beskatning og regulering« (artikel III), »antidumping- og udligningstold« (artikel VI), »ophævelse af kvantitative restriktioner« (artikel XI), »subsidier« (artikel XVI) og »ikke diskriminerende behandling fra statsforetagenders side« (artikel XVII).

Reglerne, som alle i en eller anden form genfindes i EØF-traktaten, er, selv bortset fra deres manglende effektive håndhævelse, utilstrækkelige til at realisere princippet om udelukkende beskyttelse af national produktion gennem told. Der er for det første en række ikke-toldmæssige handelshindringer, der ikke er medtaget.⁵ De eksisterende regler

3. Södersten, *Internationell Ekonomi* s. 384, bemærker til mestbegunstigelsesklausulen, at principper, der kan synes enkle og retfærdige fra et moralsk og juridisk synspunkt, ofte ikke giver samme indtryk, når de betragtes fra et økonomisk. Han giver en række eksempler, der viser, at mestbegunstigelsesklausulen kan føre til mindre rimelige resultater i praksis. Han nævner, at USA kan have en speciel toldstruktur, som anvendes i princippet ensartet på alle lande, hvorfor den opfylder mestbegunstigelsesprincippet. Dette udelukker dog ikke, at USA reelt kan diskriminere mellem stater. Det kan nemlig være således, at der gælder en høj told på kakao og en lav på skotske trøjer, hvilket reelt betyder, at Storbritannien får en bedre behandling end Ghana. Og Södersten konkluderer, at juristens forsvar for lige behandling kan vise sig at være noget helt andet, når det studeres ud fra en økonomisk synsvinkel.

4. Södersten, *anf.st.* s. 385.

5. Det er tilstrækkeligt her at nævne alle de hindringer, der følger af forskelle i landenes lovgivninger, og som kun kan fjernes gennem harmonisering.

er for det andet ikke alle effektive. Nogle af dem er alene mestbegunstigelsesklausuler, og bestemmelsen om statsstøtte pålægger blot de kontraherende stater en underretningspligt.⁶ For det tredje gælder der for alle forpligtelserne vidtrækkende undtagelser, og for det fjerde blev forpligtelserne principielt begrænset til fremtidige handelshindringer. »Bestående lovgivning« blev efter den såkaldte Annecy-protokol ikke berørt.

Omtalen af disse regler indskrænkes til *artikel XI om ophævelse af kvantitative restriktioner og artikel III om »national behandling ved indenlandsk beskatning og regulering«*.

Artikel XI bestemmer i stk. 1: »Forbud eller restriktioner over for indførslen af en vare ... eller over for udførslen' ... bortset fra told, skatter eller andre afgifter, må ikke indføres eller opretholdes af nogen kontraherende part, hvad enten sådanne forbud eller restriktioner gennemføres ved hjælp af kvotaordninger, indførsels- eller udførselsbevillinger eller andre forholdsregler«.⁷

Forbudet mod kvantitative restriktioner må forstås vidt. Det går klart videre end alene at påbyde en »mest-begunstigelses-behandling«. Det indeholder et forbud mod alle foranstaltninger, der traditionelt betegnes som kvantitative restriktioner, d.v.s. alle foranstaltninger, der begrænser ind- og udførsel efter varemængden eller værdien, eller som i øvrigt forbyder ind- og udførsler, jfr. nærmere nedenfor i kap. 12.3.3. Sådanne mængdemæssige begrænsninger er forbudte, uanset med hvilke midler staterne søger dem opnået, jfr. de fremhævede ord. Det må derfor være klart, at denne bestemmelse i hvert fald dækker en del af det område, der i EØF-traktaten er omfattet af forbudet mod FtV. Til gengæld er det også sikkert, at forbudet kun rammer foranstaltninger, der specielt er rettet mod indførsler og udførsler.⁸

6. Underretningen kan føre til, at den pågældende stat, hvis det fastslås, at en statsstøtteordning alvorligt truer med at skade en anden kontraherende stats interesser, skal drøfte muligheden for at begrænse støtten.

7. Fremhævet her.

8. Forbudet mod kvantitative restriktioner blev betragtet som en af de vigtigste bestemmelser i GATT. V. A. Seyid Muhamed, *The Legal framework of world trade*, London, 1958, s. 193, fremhæver, at kvantitative restriktioner gennem selve deres natur er i strid med GATT's grundlæggende principper: ikke-diskrimination, flersidethed og udvidelse af handelssamkvemet.

Der gælder ud over de nedenfor omtalte generelle undtagelser en række specielle undtagelser fra forbudet mod kvantitative restriktioner. Det omfatter f.eks. ikke udførselsforbud, der »midlertidigt pålægges til forebyggelse eller afhjælpning af en kritisk knaphed på fødevarer eller andre varer af væsentlig betydning« (artikel XI, stk. 2, litra a) eller »indførsels- og udførselsforbud eller -restriktioner, som er nødvendige for tillem্পning af normer eller forskrifter om klassificering, kvalitetsbestemmelse eller afsætning af varer i den internationale handel« (artikel XI, stk. 2, litra b). Artikel XII åbner mulighed for undtagelser med henblik på at beskytte en kontraherende stats »finansielle stilling og betalingsbalance«. Sådanne skal efter artikel XIII administreres ikke-diskriminerende over for varer fra samtlige kontraherende stater, dog således at artikel XIV igen åbner visse muligheder for at gøre undtagelser selv for denne pligt.

Artikel III dækker en anden vigtig del af det område, der efter EF-Domstolens praksis berøres af forbudet mod FtV. Bestemmelsen forbyder diskrimination mellem indenlandske og udenlandske varer, når de udenlandske varer først er kommet ind i importlandet. Importerede varer »skal gives en behandling, som ikke er mindre gunstig end den, der gives tilsvarende varer af indenlandsk oprindelse under hensyn til alle love, reguleringer og forskrifter, som berører deres indenlandske salg, udbud til salg, køb, transport, fordeling eller anvendelse«. ⁹ Bestemmelsen omfatter også indenlandske skatter og afgifter.

Forskellen mellem art. XI og art. III er navnlig den, at art. XI forbyder handelsrestriktioner i forbindelse med udenlandske varers grænsepassage, medens art. III vedrører de udenlandske varers retlige behandling i forbindelse med den indenlandske omsætning.

Artikel III indeholder et meget vidtrækkende forbud mod diskrimination af udenlandske varer ved hjælp af offentligretlige regler. Jackson karakteriserer bestemmelsen som den af GATT-forpligtelserne, »som mest direkte gør indgreb i medlemsstaternes interne politiske beslutninger«. ¹⁰

Det er ikke klart, om bestemmelsen alene omfatter regler, der efter selve deres indhold behandler inden- og udenlandske varer forskelligt, altså regler, der direkte fastsætter en forskellig behandling for de to grupper varer, eller om den også omfatter regler, der formelt ikke er forskelsbehandlende, men som reelt stiller udenlandske varer dårligere,

9. Fremhævet her. Citatet stammer fra bestemmelsens stk. 4.

10. *World Trade and the Law of GATT* s. 273.

fordi der ikke tages tilstrækkeligt hensyn til de for disse varer særligt gældende forhold. Selve bestemmelsens ordlyd synes at indicere, at dens diskriminationsbegreb er vidt. Den interne regulering må ikke efter stk. 1 være således, at der »ydes beskyttelse til den indenlandske produktion«. En GATT-rapport har udtalt, at bestemmelsen omfatter »enhver lov eller forskrift, som på ugunstig måde ændrer konkurrencebetingelserne mellem inden- og udenlandske varer på det interne marked«. ¹¹ Rækkevidden af bestemmelsen bliver dog tvivlsom på grund af bestemmelsen i stk. 9, der vedrører maksimalprisforanstaltninger. Denne bestemmelse pålægger de kontraherende stater en forpligtelse, der går videre end det forbud mod diskrimination, der følger af artiklens øvrige bestemmelser. Den forpligter nemlig staterne til ved fastsættelse af maksimalpriser at »tage eksporterende kontraherende parters interesser i betragtning for i den videst mulige udstrækning at undgå ... skadelige følger«. Dette gælder også, selv om maksimalprisforanstaltningerne »er i overensstemmelse med de øvrige bestemmelser i denne artikel«. Hvis der havde ligget et vidtrækkende diskriminationsbegreb til grund for artiklens øvrige bestemmelser, ville bestemmelsen i stk. 9 formentlig ikke have været nødvendig.

Forpligtelsens omfang er således usikkert. Dette skyldes også, at bestemmelsen sjældent har været anvendt. Uden for området »interne skatter og afgifter« har bestemmelsen efter de foreliggende oplysninger kun været påberåbt som grundlag for en enkelt klage i GATT. Denne vedrørte en regel på Hawaii, der påbød, at sælgere af importerede æg gennem skiltning skulle gøre kunderne opmærksomme på, at de solgte udenlandske æg. Sagen kom endda aldrig til afgørelse i GATT, da den blev løst gennem de nationale domstole. ¹²

De manglende klager inden for det område, der interesserer EØF-traktatens art. 30, kan ikke tages som udtryk for, at staterne overholder art. III. ¹³ Det må snarere opfattes som udtryk for, at staterne af politi-

11. Jackson, *anf.st.* s. 288. Det er således antaget, at et nationalt, formelt ikke-diskriminerende, krav om iblanding af f.eks. 20 % smør i margarine kan være i strid med bestemmelsen, nemlig når nationalt smør har en klar konkurrencemæssig fordel frem for udenlandsk.

12. Disse anvendte GATT's art. III til at annullere den nationale regel, se Jackson, *anf.st.* s. 287. Dommen er gengivet i Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations* s. 589.

13. Jackson, *anf.st.* s. 288.

ske grunde føler det uhensigtsmæssigt at gøre sådanne overtrædelser gældende, så længe der findes så mange mere direkte samhandelsbegrænsende forholdsregler.

Det kan give anledning til undren, at der ikke i EØF-traktaten findes en bestemmelse, der svarer til art. III. Der findes ikke i EØF-traktaten nogen *generel pligt til national behandling af udenlandske varer*.¹⁴ Art. 30 og art. 34 synes i hvert fald for en mere umiddelbar betragtning kun at dække det samme område som GATT-aftalens art. XI om kvantitative restriktioner af enhver art. Der findes mig bekendt ingen forklaring på dette forhold. Det har som allerede nævnt ikke voldt EF-Domstolen problemer. Den har uden nærmere drøftelse fortolket forbudet mod FtV således, at dette sammen med bestemmelsen i art. 95 om interne afgifter i *hvert fald* indeholder en generel forpligtelse til ikke at diskriminere mod udenlandske varer.

4.2.3 – De generelle undtagelser. De generelle undtagelser fra GATT-forpligtelserne er mange og omfattende, selv når der bortses fra de særlige undtagelser, der gælder af hensyn til udviklingslandene og for landbrugsvarer.

Der er for det første dem, hvor *undtagelsen skal bevilges* af de kontraherende parter. Dette gælder generalklausulen i artikel XXV, stk. 5a, hvorefter de kontraherende parter med kvalificeret majoritet »under ganske særlige omstændigheder« kan fritage for overenskomstens forpligtelser. Og det gælder den i praksis vigtige bestemmelse i artikel XIX, der gør det muligt for de kontraherende parter at træffe »nødforanstaltninger over for indførslen af enkelte varer«, såfremt GATT-forpligtelserne fører til import i sådanne mængder, at der opstår fare for alvorlig skade af den indenlandske produktion.

En anden gruppe undtagelser kræver alene, at *GATT notificeres*, når den kontraherende stat har benyttet sig af undtagelsen. Dette gælder f.eks. artikel XXIV, hvorefter det er muligt at gøre undtagelser under visse betingelser i forbindelse med oprettelsen af *toldunioner og frihandelsområder*.

Den tredje gruppe undtagelser forudsætter *ingen notifikation* af GATT. Den omfatter navnlig bestemmelserne i artiklerne XX og XXI. Den sidstnævnte artikel vedrører undtagelserne i forbindelse med vareta-

14. EØF-traktatens art. 7 forbyder *efter sin ordlyd* kun forskelsbehandling af personer på grund af deres nationalitet, se nærmere herom kap. 12.2.

gelse af »sikkerhedsinteresser«. Den førstnævnte artikel har større betydning både i praksis og i den her foreliggende sammenhæng. Art. XX tillader restriktioner, der er nødvendige til beskyttelse af den offentlige moral, menneskers, dyrs og planters liv eller sundhed o.s.v. Den har utvivlsomt været forbillede for undtagelsesbestemmelsen i EØF-traktatens art. 36. Art. XX's indledning svarer til art. 36, 2. pkt.¹⁵, og de enkelte undtagelser i *litra a*, *b*, *f* og *litra d*'s omtale af patenter m.v. genfindes med mindre sproglige variationer i art. 36.

Det kunne gøres gældende, at der må være overensstemmelse mellem de grundlæggende forpligtelser efter GATT og efter EØF-traktaten, når EØF-traktatens forfattere har valgt at udforme undtagelsesbestemmelsen i princippet på samme måde som undtagelsesbestemmelsen i GATT. Dette synspunkt kunne anføres til støtte for en fortolkning af EØF-traktatens forbud mod FtV, hvorefter forbudet alene omfatter diskriminerende foranstaltninger. Rent bortset fra det tvivlsomme i at forsøge slutninger fra udformningen af undtagelser til indholdet af de til grund liggende forpligtelser, kan det som anført i afsnit 4.3. anses for givet, at EF-Domstolen ikke vil føle sig bundet af analogislutninger fra GATT-overenskomsten, hvorfor denne tankegang ikke skal forfølges.

Der kunne være mere styrke i argumenter byggede på EØF-traktatens forfatteres undladelse af at medtage alle art. XX's undtagelsestilfælde. Art. 36 nævner ikke foranstaltninger, der vedrører ind- og udførsel af guld og sølv (*litra c*) eller varer, der er fremstillet ved fængselsarbejde (*litra e*). Det samme gælder de i *litra g* nævnte eksportrestriktioner i forbindelse med produktionsbegrænsninger af udtømmelige naturforekomster og de i *litra i* nævnte eksportrestriktioner til sikring af et lavt internt prisniveau og de i *litra d* nævnte foranstaltninger, der »er nødvendige for at sikre overholdelse af love og anordninger, som ikke er i modstrid med denne overenskomsts bestemmelser, heri indbefattet sådanne som vedrører håndhævelse af toldforanstaltninger ...«. Det kunne hævdes, at undladelser af at medtage disse tilfælde i art. 36 betyder, at der aldrig efter EØF-traktaten kan gøres undtagelse i disse situationer. Dette er en nærliggende slutning og formentlig også rigtig for så vidt angår de i *litra c*, *e*, *g* og *i* nævnte tilfælde, men slutningen er givet ikke rigtig for så vidt angår det i *litra d* nævnte tilfælde. Toldforanstaltninger kan også efter EØF-traktaten lovligt fastsættes, selv om de fører til handelshindringer, hvad toldforanstaltninger efter sagens natur gør. Værdien af disse slutninger begrænses dog, når henses til, at art. 36 i modsætning til art. XX medtager undtagelser begrundet i offentlig orden og sikkerhed. En

15. De danske versioner af de to bestemmelser afviger ganske vist betragteligt. Dette skyldes dog kun forskellige oversættelser af de identiske franske og engelske tekster.

videre drøftelse af mulige slutninger fra denne bestemmelse skal ikke forsøges. Den har i hvert fald intet formål, før man ved, om de til grund liggende forpligtelser efter de to regelsæt er overensstemmende.

Artikel XX indeholder som EØF-traktatens art. 36 de vigtige forbehold om, at undtagelserne ikke må bruges til *vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning af samhandelen*. Jackson nævner, at reglen blev foreslået af Storbritannien i et forsøg på at undgå misbrug af de generelle undtagelser.¹⁶ Reglen volder ham problemer. Hans tankegang er den, at de vigtigste GATT-forpligtelser forbyder diskriminerende foranstaltninger, og at undtagelserne efter art. XX derfor lovliggør diskriminationer, men at forbeholdet, eller om man vil, undtagelsen fra undtagelserne igen synes at forbyde diskriminationer. Han spørger sig derfor, om der bliver noget tilbage af anvendelsesområdet for undtagelserne, hvis de ikke må bruges til at beskytte den hjemlige produktion. Problemerne har tilsyneladende ikke været aktuelle i praksis inden for GATT. Jackson forsøger derfor ikke at løse dem. Han nævner dog, at der ikke er megen hjælp at hente i forarbejderne. Problemet er naturligvis først og fremmest et problem om fortolkningen af forbeholdet. Jacksons problemer kan løses ved, i overensstemmelse med det om baggrunden for medtagelsen oplyste, at begrænse forbeholdet til at være et omgåelsesforbehold. Undtagelserne er kun lovlige, når det formål, der ligger til grund for dem, også reelt er det formål, staten forfølger gennem de pågældende reguleringer. Problemet er nævnt her, fordi tilsvarende problemer opstår i forbindelse med fortolkningen af EØF-traktatens art. 36.

4.2.4 – Forpligtelsernes håndhævelse. Der blev ikke i GATT forudset et judicielt tvistbilæggesystem.¹⁷ Man valgte et smidigt system, hvor forskellige former for konsultationsforpligtelser er det vigtigste aspekt. Modstanden mod judiciel bilæggelse, en modstand, der generelt kendetegner traditionelt, internationalt økonomisk samarbejde¹⁸, var udtalt hos en række stater, ikke mindst Storbritannien. Det blev fremhævet, at advokater og dommere »ganske simpelt ikke er i stand til at håndtere den internationale handels realiteter«.¹⁹ Der henvistes til en rapport fra Folkeforbundet, hvor en ekspertkomité vedrørende afgørelsen af økonomi-

16. *Anf.st.* s. 743f.

17. Den grundigste behandling af dette spørgsmål findes i Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*. Jackson behandler spørgsmålet kortfattet i *Legal Problems of International Economic Relations* s. 422ff og i »The Crumbling Institutions ...«, *anf.st.* s. 96ff og s. 103f.

18. Se Flory m.fl., *anf.st.* s. 20ff.

19. Se Hudec, *anf.st.* s. 21f.

ske tvister havde fastslået, at »dommere, som ikke fuldt ud kan være bekendt med alle det økonomiske livs detaljer, og som er tilbøjelig til at støtte sig på rene retlige kriterier, når de afgør sager, hvor faktiske forhold og tekniske betragtninger er af betydning, ikke altid fungerer til parternes tilfredshed«. Storbritannien henviste også til, at reglerne skulle være dynamiske og derfor åbne for ændringer i lyset af erfaringerne fra dette nye område, en tilpasningsopgave, jurister ikke var egnede til at løse.

De franske forfattere Flory, Carreau og Juillard er i *Droit International Economique* s. 20f enige i disse synspunkter. De taler om »dommerallergi« inden for området og henviser til den amerikanske dommer Hudson, der i *International Tribunals Past and Future* s. 213 har udtalt, at »der er en udbredt overbevisning om, at judiciel afgørelse ikke er den bedste vej til at klare økonomiske tvister«. Og de fremhæver følgende grunde: ønsket om at undgå lange og formelle procedurer, om at nå tilfredsstillende kompromisser, om at undgå en fastlåsning af retten, der kan blokere for fremtidig udvikling, mistillid til internationale dommere på grund af deres ringe kompetence i økonomiske anliggender, en mistillid, der er bestyrket af Haager-domstolens lidet tilfredsstillende afgørelser inden for det økonomiske område.

Hudec²⁰ gør dog gældende, at en rimeligt effektiv afgørelsesform i praksis blev udviklet i GATT's første år. Dette skete uden særligt grundlag i traktaten gennem oprettelsen af »paneler« af nationale eksperter, der tog stilling til rejste klager. Brugen af sådanne paneler, der selvsagt ikke havde »dømmende« myndighed, er ophørt i takt med »opløsningstendenserne« i GATT,²¹ dog således at USA uden større held har forsøgt at vende tilbage til »retlig« afgørelse af tvisterne i 70'erne. Hudec understreger, at man aldrig reelt har kunnet sammenligne GATT's tvistafgørelsesprocedure med en retlig procedure. Han kalder den en enestående blanding af retlige og diplomatiske strategier.²²

Manglerne, eller om man vil smidigheden, i GATT's tvistbilæggesystem understreges af, at GATT ikke forudser effektive økonomiske sanktioner, men i stedet sætter sin lid til »organiseret normativ pres-

20. *Anf.st.*, navnlig kap. 7–10.

21. Se afsnit 4.3.

22. *Anf.st.* s. VI.

sion«. ²³ Den vigtigste »sanktion«, der er forudset i GATT, findes i art. XXIII. Denne gør det muligt for en stat at trække »en begunstigelse« tilbage fra en anden, når det af GATT er accepteret, at den sidstnævnte stat ved sine handlinger har ophævet eller skadet værdien af en begunstigelse, indrømmet den førstnævnte stat. Denne mulighed er kun sjældent benyttet og kritiseres bl.a. for at være ugunstig for mindre stater i tvister med store og for at være »selv-ødelæggende«, idet den blot øger handelshindringerne. ²⁴

4.3 – GATT's ændrede betydning og reformbestræbelser

GATT's betydning og funktion er ændret meget siden slutningen af 50'erne. Den relative enighed, de oprindelige kontraherende parter kunne nå de første år, er blevet mindre. Dette skyldes bl.a. udvidelsen af GATT's medlemskreds, ikke mindst med en række udviklingslande. Men også oprettelsen af Det europæiske økonomiske Fællesskab var en væsentlig faktor i GATT's omformningsproces. EF-landene udgør i fællesskab en magtfuld blok i GATT med mål, som ikke var forudset i GATT-aftalen. Samtidig var EØF det første, men ikke det sidste vigtige eksempel på oprettelsen af toldunioner og frihandelsområder, der reelt betyder brud på mestbegunstigelsesklausulen. Uomtvistet er, at GATT i dag står over for meget alvorlige problemer, og at der kan være alvorlig tvivl om dens evne til at løse verdenshandelens problemer. ²⁵

GATT koncentrerer sig i dag om »pragmatiske« forsøg på en forbedring af handelspolitiske fremgangsmåder med de mest hensigtsmæssige politiske og diplomatiske midler. Hudec gør gældende, at GATT efterhånden har fundet »praktiske« løsninger på nogle af de ny problemer, men at disse løsninger i mangel af en egentlig retlig reform i højere og højere grad vil blive afhængige af ad hoc diplomati. ²⁶

Det er navnlig på 4 områder, de oprindelige GATT-regler direkte eller indirekte har måttet tilpasses. Det drejer sig om den internationale samhandel med landbrugsvarer, de ikke-toldmæssige handelshindrin-

23. Se Hudec, *anf.st.* s. 185, der fremhæver, at selv denne pression blev modificeret gennem en understregning af nødvendigheden af en fleksibel anvendelse, der ville gøre det muligt at bruge juraen som et diplomatisk redskab.

24. Se Jackson, *Legal problems* ... s. 429.

25. Se navnlig Jackson i »The Crumbling Institutions ...« og Curzons i Anthony Scaperlanda, *Prospects for eliminating Non-Tariffs Distortions*, Leyden, 1973.

26. *Anf.st.* s. 196ff.

ger, de regionale integrationer, d.v.s. oprettelsen af toldunioner m.v., og de sektorafgrænsede reguleringer for bestemte varegrupper.²⁷

Ikke mindst GATT's regler vedrørende afskaffelsen af de ikke-toldmæssige handelshindringer har vist sig ufuldkomne og vanskeligt anvendelige i praksis. Dette er blevet stadig mere mærkbart, efterhånden som det under de store »GATT-runder« – f.eks. Kennedy-runden – er lykkedes at nedsætte toldbeskyttelsesniveauet væsentligt. Forsøgene på under de tidligere GATT-runder at løse problemerne i forbindelse med disse handelshindringer var i alt væsentligt mislykkede. Og GATT besluttede derfor at forsøge sig med andre midler. Man igangsatte undersøgelser af og forsøg på katalogisering af alle eksisterende ikke-toldmæssige handelshindringer. Man håbede herved at kunne identificere en eller flere fremgangsmåder, som kunne fremme deres fjernelse. Valget af denne fremgangsmåde betød også en stiltiende accept af, at staterne på dette område ønskede »juridisk gensidighed«, og at det derfor var urealistisk at vente fremskridt på grundlag af gennemtvungelse af de eksisterende forbud ved traditionel afgørelse af klagesager.²⁸

Man har ment gennem dette arbejde at kunne fremdrage forskellige karakteristiske kendetegn for de ikke-toldmæssige handelshindringer. Vigtigst er, at de ligesom told giver den indenlandske producent et videre »prisforhøjelsesspillerum« over for hans udenlandske konkurrenter. Handelshindringer formindsker nemlig udbudet af udenlandske varer og giver dermed mulighed for højere indenlandske priser. Man lægger således ved afgrænsningen af de ikke-toldmæssige handelshindringer vægt på den faktiske eller potentielle økonomiske virkning af foranstaltningen.²⁹

Kataloget over de ikke-toldmæssige handelshindringer, der navnlig er fremkommet gennem oplysninger fra »forurettede« stater, omfatter i dag mere end 900 eksempler. Disse er inddelt i 5 hovedgrupper, der vedrører hindringer som følge af

- statslige handlinger af betydning for handelen, som f.eks. statsstøtte, regeringsindkøb og direkte statshandel
- toldmæssige og administrative formaliteter i forbindelse med importen
- tekniske og andre former for normer, som f.eks. sikkerheds- og sundhedsnormer samt mærkningsbestemmelser

27. Se om disse 4 problemområder, Flory m.fl., *anf.st.* s. 120ff.

28. Se Hudec, *anf.st.* s. 226.

29. Se Wellinghausen, kommentar til sag 8/74, Dassonville, i *EuR* 1975 s. 322.

- særlige begrænsninger, herunder alle mulige former for kvantitative restriktioner og
- importafgifter af enhver art.

Arbejdet med kataloget har været grundlag for de forhandlinger vedrørende afskaffelse af ikke-toldmæssige handelshindringer, der har været en af den seneste GATT-rundes – den såkaldte Tokyo-rundes – vigtigste opgaver.

Forhandlingerne, der blev indledt i 1973, har fundet en foreløbig afslutning i foråret 1979 gennem industrilandenenes forhandleres parafering af en række aftaler. Disse vedrører bl.a. toldnedsættelser, forskellige ændringer i den hidtidige retlige regulering af den internationale handel, dækkende spørgsmål om anvendelse af GATT-aftalens sikkerhedsklausuler og dens konsultations- og bilægelsesprocedurer³⁰, samt navnlig en række aftaler om de ikke-toldmæssige handelshindringer.³¹

De nye regler om de ikke-toldmæssige handelshindringer er Tokyo-rundens vigtigste resultater. De vedrører følgende spørgsmål: rege- ringsindkøb, tekniske handelshindringer, statsstøtte og udligningsordninger, indførselslicensordninger og toldværdispørsmål.

Reglerne, der er fastsat i form af »koder« eller aftaler, er til en vis grad blot udtryk for en tydeliggørelse og uddybning af de hidtil gældende forpligtelser, men indeholder dog også en række nye vigtige forpligtelser for de kontraherende stater, ikke mindst i forbindelse med regeringsindkøb.

Der kan i denne afhandling navnlig være grund til at nævne koden om de tekniske handelshindringer. Dens formål er at sikre, at *tekniske regler og standarder*, herunder emballerings- og mærkningsbestemmelser, og *godkendelsesmetoder* i forbindelse hermed ikke skaber unødvendige handelshindringer, idet den dog samtidig »anerkender, at intet land skal hindres i at træffe foranstaltninger for at

30. De nye regler om notifikation, konsultation og tvistbilæggelse er indeholdt i en såkaldt »forståelse«, der dog næppe vil føre til en grundlæggende ændring af det gældende system, selv om dens vigtigste formål formentlig er at nå tilbage til de tidligere års videre brug af afgørelser ved hjælp af »paneler« af nationale eksperter.

31. En kortfattet oversigt over Tokyo-rundens resultater er givet i *JWTL* 1979 s. 436ff, »GATT: A legal Guide to the Tokyo Round«. De nye aftaler tager på en række punkter særligt hensyn til udviklingslandene, men en række af de af udviklingslandene rejste problemer er endnu uløste, eller løsningerne tager ikke efter udviklingslandenes opfattelse tilstrækkeligt hensyn til deres særlige situation.

sikre kvaliteten af dets eksport, eller vedrørende beskyttelsen af menneskers, dyrs eller planters liv eller sundhed, samt af miljøet, eller vedrørende forebyggelsen af bedragerier (»deceptive practices«) under forudsætning af, at de ikke udgør middel til vilkårlig eller uberettiget diskrimination mellem lande, hvor de samme betingelser er til stede, eller en skjult begrænsning af international handel«.

Koden forbyder, at regler og standarder udformes eller anvendes »for at skabe handelshindringer« eller på diskriminerende måde. Den går herved ud fra, at handelshindringer kan være forbudte, også selv om de ikke er diskriminerende. Den indeholder endvidere påbud om notifikation og drøftelse af nye regler og standarder. Vigtigt er også et påbud om, at staterne i videst muligt omfang benytter eksisterende og medvirker til udarbejdelsen af nye *internationale* standarder.

Koden indeholder også regler om, at importerede varer i forbindelse med godkendelser skal have national behandling, og at staterne i videst muligt omfang skal godkende andre landes godkendelser.

Koden viser, hvor vanskeligt et område der søges reguleret, og det er et åbent spørgsmål, om de forudsete forligs- og tvistbilægelsesprocedurer vil vise sig effektive nok.

4.4 – Afsluttende bemærkninger

En nærmere omtale af forpligtelserne efter GATT og navnlig af de netop afsluttede forhandlinger om afskaffelse af de ikke-toldmæssige handelshindringer har ikke tilstrækkelig interesse for den her foretagne undersøgelse.

Det er for det første givet, at forpligtelserne efter EØF-traktaten går væsentligt videre end GATT-forpligtelserne, både fordi anvendelsesområdet for EF-forbudene er videre end GATT's forpligtelser, og fordi EF's undtagelser for forpligtelserne er snævrere end GATT's undtagelser.

Det fremgår for det andet af EF-Domstolens praksis, at den ikke vil tillægge argumenter byggende på analogi- eller modsætningsslutninger fra GATT nogen særlig vægt.

EF-Domstolens generelt afvisende holdning over for slutninger fra »andre retsakter« finder klart udtryk i dens afgørelse i sag 6/72 Continental Can, (modsatningsslutning fra EKSF-traktatens konkurrenceregler til EØF-traktatens afvist). En afvisning af slutninger fra GATT's regler vil finde støtte i EF-Domstolens analyse af GATT-overenskomstens opbygning i sag 21-24/72 International Fruit Company, se kap. 29.2. Afvisningen vil i øvrigt også være i overensstem-

melse med Domstolens almindelige tilbageholdenhed med at bruge løsninger hentet fra international ret. Baggrunden for denne holdning, der er udtryk for EF-rettens autonomi over for både folkeret og national ret, er, som professor Pescatore udtrykker det, at EF-retten er »integrationsret« og international ret er »samarbejdsret«.³²

EF-Domstolen vil heller ikke acceptere argumenter vedrørende fortolkningen af EF-forpligtelserne byggende på GATT som »historisk« forbillede for EF's regler om de frie varebevægelser.

Domstolen holder sig strengt til en fortolkningsmetode, der bygger på EØF-traktatens bestemmelsers egen ordlyd, traktatens systematik og dens formål.³³

Gennemgangen af GATT's regler har imidlertid bekræftet de overordentlige vanskeligheder, enhver form for regulering af internationale varebevægelser møder. Såvel udformningen af GATT's positive regler om afskaffelse af de ikke-toldmæssige handelshindringer som GATT's talrige undtagelser viser, at der er tale om problemer, der er meget vanskelige at løse, og at de berører nogle meget ømtålelige spørgsmål og involverer en lang række vanskeligt afvejelige hensyn.

En fuldstændig fjernelse af handelshindringer er ikke anset for mulig eller ønskelig. Der er en række nationale hensyn af betydelig vægt, der fører til undtagelser fra princippet om frihandel. Både regelfastsætteren og regelanvenderen står over for vanskelige problemer ved afvejningen af de økonomiske fordele ved fri handel over for de økonomiske, sociale og andre hensyn, staterne ønsker at varetage.

Afvejningen af disse modstridende hensyn vanskeliggøres af den reelle fare, der altid er for, at de nationale hensyn bliver påberåbt som dække for skjulte og uberettigede handelshindringer. Man må på én gang sikre, at de berettigede nationale hensyn tilgodeses, samtidig med at man må vogte sig for herved at acceptere misbrug af disse hensyn. Dette sidste er navnlig regelanvenderens problem.

Regelfastsætterens problem er formuleret således af Jackson: »Et af de mest fundamentale problemer, GATT og den internationale handel står over for, er, om der er eller ikke er en ønskelig grænse for »frihan-

32. Se i det hele de af Pescatore i litteraturlisten nævnte værker og navnlig *Law of Integration* og *L'ordre juridique des C. E.*

33. Se kap. 13.

del«, ud over hvilke frihandelen ville påtvinge for megen ensartethed over for de forskellige nationale, sociale og politiske systemer og i for høj grad begrænse den individuelle frihed for de forskellige nationer til at forfølge deres egne samfunds mål. Dette problem svarer til »føderalismens« problem: d.v.s. det rejser spørgsmålet om den hensigtsmæssige fordeling af beføjelser mellem lokale, nationale og internationale myndigheder«. ³⁴

34. *Anf.st.* s. 28.

KAP. 5 – DE FRIE VAREBEVÆGELSER I USA

5.1 – De undersøgte problemer

En af de vigtigste grunde til at erstatte konføderationsartiklerne med den nuværende amerikanske forbundsforfatning var som nævnt i kap. 1 vanskelighederne med at sikre de frie varebevægelser. Man så ulemperne ved de af delstaterne indførte handelshindringer og ønskede at sikre de frie varebevægelser.

Dette var ikke nogen let opgave. For man ønskede samtidig at opretholde forbundsstatssystemet. Delstaterne skulle stadig have den retsfastsættende kompetence på alle de områder, hvor forbundsmyndighederne ikke i den nye forfatning fik tillagt kompetence. Spørgsmålet var, hvordan delstaterne kunne hindres i at udøve deres beføjelser til indirekte at indføre handelshindringer til beskyttelse af den lokale befolkning.

Hvilke regler indeholdt forfatningen herom, og hvordan er de blevet fortolket og anvendt i de snart to hundrede år, de har eksisteret? Det er dette kapitels formål kort at besvare disse spørgsmål.

De problemer, man har stået over for, og til dels stadig står over for, i USA, er grundlæggende de samme, EF står over for – nemlig problemer i forbindelse med skabelsen af et enhedsmarked mellem »stater«, der i et vist omfang har bevaret deres selvstyre. De amerikanske erfaringer må kunne danne baggrund for forståelsen af de europæiske problemer og kunne virke inspirerende i forbindelse med løsningerne.

Men videre betydning bør de amerikanske erfaringer heller ikke tillægges. Dertil er forskellene mellem USA og EF for store. Dette gælder ikke alene de retlige forskelle, men også forskellene i den historiske og geografiske baggrund.

Nytten af de amerikanske erfaringer for løsningen af EF-problemerne har været nævnt af adskillige forfattere.¹ Dette gælder bl.a. Béraud, der som den

1. Se Roth, *Freier Warenverkehr* s. 2, note 8 og 9. Monnet, af mange betegnet som EF's intellektuelle ophavsmand, bekræfter indirekte i sine *Mémoires* s. 444, at interesse for amerikanske erfaringer kan være på sin plads. I forbindelse med en anekdote om den

første af Kommissionens embedsmænd mere udførligt i en artikel i *Revue Trimestrielle de Droit Européen* fra 1968 behandlede forbudet mod FtV.² Han nævner en af den amerikanske forbundshøjesterets domme om prisreguleringens handelshindrende virkninger og gør gældende, at dommen indeholder en nyttig lære for løsningen af de europæiske problemer.³ Men det er først Slot i *Technical and Administrative Obstacles to Trade* fra 1975 og Roth i *Freier Warenverkehr und Staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt* fra 1977, der har foretaget grundigere undersøgelser af USA-erfaringerne med henblik på europæiske problemer. Den førstnævnte har gjort det i et bredt perspektiv, idet han har undersøgt alle de midler, herunder lovharmonisering, hvormed man forsøger at fjerne tekniske og administrative handelshindringer, medens den sidstnævnte har koncentreret sig om erfaringerne fra den amerikanske Forbundshøjesterets praksis vedrørende fjernelse af handelshindringer. Den indeholder nyttige og detaljerede anvisninger støttet på de amerikanske erfaringer, som man efter forfatterens opfattelse bør kunne anvende i EF-sammenhæng.

5.2 – Den amerikanske forfatningsretlige baggrund

Den amerikanske forbundsforfatnings udgangspunkt er, at *forbundsmyndighederne alene har kompetence, når en sådan kan udledes af forfatningen*.⁴ Princippet er understreget i forfatningens 10. amendment, hvorefter »beføjelser, der ikke er overladt til De forenede Stater ved forfatningen eller af denne forbudt for Staterne, forbeholdes de enkelte stater eller folket«. EF-traktaternes regler om kompetencefordelingen mellem EF-institutionerne og medlemsstaterne er principielt tilsvarende.⁵ Denne kompetencefordeling med *speciel* kompetence til forbundsorganerne/EF-institutionerne og *almindelig* kompetence til delstaterne/medlemsstaterne har dog hverken ført den amerikanske Forbundshøjesteret eller EF-Domstolen til at fortolke de specielle kompe-

amerikanske udenrigsminister Dulles udtrykker han, at »traditionen fra ophavsmændene til den amerikanske forfatning« kan genfindes i EF-traktaterne.

2. »Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome« s. 265ff. Artiklen er omtalt i kap. 19.
3. Se s. 270. Den amerikanske dom, han henviser til, er den i afsnit 5.6 omtalte dom om New Yorks mælkeprisregulering.
4. Princippet om »enumerated powers« svarende i den franske EF-terminologi til princippet om »pouvoirs d'attribution«.
5. Se herom bl.a. Gulmann, »Hjemmelsproblemer i EF«, *Jur* 1979 s. 277, der også går ind på de terminologiske problemer.

tencer indskrænkende. Tværtimod. Både i USA og i EF bliver de specielle kompetencebestemmelser fortolket udvidende.⁶

Der er betydelige forskelle mellem *de beføjelser, der er tillagt forbundsmyndighederne* i USA, og de beføjelser, der er tillagt EF-institutionerne. Disse forskelle har dog ikke større betydning for denne afhandlings formål. Der kan snarere være grund til at fremhæve *forskellene i de respektive myndigheders organisation og funktion*, og navnlig forskellene mellem de lovgivende myndigheder. Den amerikanske Kongres, d.v.s. Repræsentanternes Hus og Senatet, er reelt valgt direkte af befolkningerne i delstaterne, medens den lovgivende myndighed i EF, d.v.s. Rådet, er sammensat af ministre fra medlemsstaterne. Vigtigt er, at lovgivningsorganet i USA normalt er i stand til at fastsætte regler til løsning af »nationale« problemer, medens dette langt fra altid er tilfældet med EF's lovgiver. Den forskel, der faktisk kan konstateres mellem effektiviteten af de lovgivende organers arbejde, skyldes både »ideologiske« forskelle og forskelle i afstemningsregler. Selv om det måske er en urimelig generalisering, kan det hævdes, at det enkelte medlem af den amerikanske Kongres fuldt så meget føler sig som repræsentant for helheden, for De forenede Stater, som for sin egen hjemstat. Når han er stillet over for et vanskeligt »nationalt« problem, vil han være villig til at løse det ud fra nationale hensyn, medens der næppe er nogen, der i dag vil gøre gældende, at fællesskabslovgiveren er besjælet af en tilsvarende vilje til at løse fællesskabsproblemer ud fra fællesskabshensyn. Hertil kommer, at en lovgiver, der som den amerikanske Kongres træffer beslutninger med almindeligt stemmeflertal, vil være væsentligt mere effektiv end en lovgiver, der som EF-Rådet rent faktisk i alle væsentlige spørgsmål kun træffer beslutninger med enstemmighed.

En anden forskel er, at *den endelige afgørelse af delstaternes loves overensstemmelse med forbundsforfatningen i USA ligger hos forbundsdomstolene*, medens den endelige afgørelse af medlemsstaternes loves overensstemmelse med EF-retten stadig ligger hos de nationale domstole. Forbundsdomstolene har i USA større beføjelser over for delstaterne, end den dømmende myndighed i EF, EF-Domstolen, har i forhold til EF-medlemsstaterne. Enhver sag, også sager anlagt af private mod delstaternes myndigheder, kan nå til Forbundshøjesteretten, hvis

6. Se nedenfor 5.4 om fortolkningen af den amerikanske forfatnings bestemmelse om den mellemstatslige handel og om EF-kompetencereglerne den i note 5 nævnte artikel.

det er gjort gældende, at en lov eller anden foranstaltning fra en delstats side er i strid med forbundsforfatningen, og denne kan da erklære den pågældende retsakt for ugyldig. EF-traktaterne giver derimod ikke private mulighed for direkte over for EF-Domstolen at gøre gældende, at medlemsstaternes love eller andre foranstaltninger er ugyldige.⁷

Den betydning, man i USA tillægger forbundsdomstolenes mulighed for at efterprøve lovligheden af delstaternes lovgivning på grundlag af forbundsforfatningen (judicial review), understreges ofte. Kendt er højesteretsdommer Holmes' opfattelse, hvorefter »De forenede Stater ikke ville ophøre med at eksistere«, hvis højesteret mistede beføjelsen til at erklære en Kongresakt ugyldig, men »at Unionen ville blive bragt i fare, hvis den ikke kunne gøre dette over for de enkelte staters love«.⁸

Der er til gengæld ingen forskel mellem den amerikanske Forbundshøjesterets og EF-Domstolens løsning af *konflikten mellem forbundsregler/fællesskabsregler på den ene side og delstatsregler/medlemsstatsregler på den anden side*. Forbundsrettens forrang frem for delstaternes regler er som EF-rettens i forhold til medlemsstaternes regler fuldstændig og ubetinget.⁹

5.3 – Forbundsforfatningens regler

De amerikanske bestræbelser på at skabe et effektivt fungerende fællesmarked, et enhedsmarked, har deres grundlag i den såkaldte »mellemstatslige handelsbestemmelse« (interstate commerce clause). Bestemmelsen, der står i forbundsforfatningens artikel I, § 8, stk. 3, har følgende indhold: »Kongressen skal have beføjelse ... til at regulere handel mellem de enkelte stater« (to regulate Commerce ... among the several States). Bestemmelsen hører således til blandt de bestemmelser, der positivt opregner Kongressens beføjelser. Den indeholder derimod ikke et udtrykkeligt forbud mod, at delstaterne begrænser den mellemstatslige handel. Den kan sammenlignes med EØF-traktatens artikel 100, hvorefter Rådet kan udstede direktiver om indbyrdes tilnærmelse af nationale »bestemmelser, der direkte indvirker på fællesmarkedets oprettelse eller

7. De særlige EF-retlige processuelle regler gennemgås i kap. 15 og kap. 16.

8. *Collected Legal Papers* s. 295.

9. Dette blev af Forbundshøjesteretten allerede fastslået i 1819 i sagen *McCulloch v. Maryland* (4 Wheat 316). Dommen minder i sin argumentation på forbavsende måde om EF-Domstolens afgørelse i sag 6/64 *Costa-Enel*, og mødte som denne kritik og modstand, selv om den til forskel fra EF-Domstolens afgørelse kunne støttes på forbundsforfatningens bestemmelse om forbundsreglernes forrang.

funktion«. Bestemmelser svarende til EØF-traktatens art. 30 og art. 34 findes ikke i den amerikanske forfatning.¹⁰

Det blev dog allerede tidligt fastslået, at der i kompetencebestemmelsen kunne indfortolkes begrænsninger i delstaternes beføjelser svarende til EØF-traktatens forbud mod FtV.

Det er på denne baggrund naturligt først at undersøge omfanget af Kongressens positive beføjelse til at regulere den mellemstatslige handel (afsnit 5.4) og dernæst at se på betydningen for delstaternes kompetence af, at Kongressen har reguleret et bestemt område (afsnit 5.5). Først herefter vil det vigtigste spørgsmål blive undersøgt, nemlig omfanget af de skranker for delstaternes kompetence, der kan indfortolkes i forbundsforfatningen (afsnit 5.6).

5.4 – Omfanget af Kongressens beføjelse til at regulere den mellemstatslige handel

Forbundshøjesteret tog første gang stilling til fortolkningen af den mellemstatslige handelsbestemmelse i en sag fra 1824, *Gibbon v. Ogden*.¹¹ Gibbon havde af forbundsmyndighederne fået bevilling til at besejle Hudson-floden mellem New Jersey og New York. Ogden havde imidlertid tidligere fået enebevilling fra staten New York til besejling af farvandene i denne stat. Ogden anlagde sag ved New Yorks domstole mod Gibbon med påstand om, at denne ved sejladsen i New Yorks farvande krænkede hans eneret. Domstolene i New York gav Ogden medhold. Gibbon appellerede til Forbundshøjesteretten. Denne måtte først tage stilling til, om forbundsmyndighederne overhovedet havde hjemmel i den mellemstatslige handelsbestemmelse til at give Gibbon besejlingsbevilling. Dette var efter højesterets mening utvivlsomt. Den nægtede at fortolke forfatningen restriktivt. Den udtalte bl.a., at bestemmelsen ikke blot omfatter »handel« (commerce) i snæver forstand, men enhver form for forbindelse (intercourse) mellem staterne, og at Kongressens beføjelser ikke stopper ved staternes grænser. »Denne beføjelse er som alle Kongressens andre fuldstændig i sig selv, kan udøves i sit fulde omfang, og anerkender ingen begrænsninger ud over dem, som fremgår af forfatningen«.

Afgørelsen er af betydning, fordi den lagde grunden for en udvidende fortolkning af bestemmelsen. Den kunne bruges, da højesteret i slutnin-

10. Forfatningen indeholder et enkelt udtrykkeligt forbud mod handelshindringer, nemlig art. I, § 10, hvorefter »ingen stat uden Kongressens samtykke må opkræve skatter og afgifter på import og eksport, uden hvor det er absolut nødvendigt af hensyn til deres kontrollove«.

11. 9 Wheat 1.

gen af 1930'rne, efter i en lang periode at have fortolket bestemmelsen mere restriktivt, begyndte at give den den meget vide fortolkning, den har i dag.

Det har i dag formodningen imod sig, at en forbundslovgivning med hjemmel i denne forfatningsbestemmelse skulle blive underkendt af domstolene. Der er ikke områder, hvor det er principielt udelukket, at bestemmelsen kan finde anvendelse. Den kan bruges lige fra generel regulering af det økonomiske liv til beskyttelse af borgerrettigheder. Den giver således indirekte Kongressen, hvad amerikanerne kalder »police power«, d.v.s. den almindelige beføjelse til at lovgive med henblik på beskyttelse af sundhed, moral, sikkerhed, offentlig orden og samfundets generelle velfærd.¹²

Eksempler på, hvor langt højesteret er rede til at gå, findes i to sager, hvor den tog stilling til forfatningsmæssigheden af den af Kongressen i 1964 vedtagne »Borgerrettighedslov«. Denne lov forbød diskrimination på grund af race m.v. på ethvert offentligt sted, som nærmere defineret i bestemmelsen. Kongressen hentedes sin hjemmel i forfatningens art. I, § 8, stk. 3, og diskriminationsforbudet kunne derfor principielt kun gælde for virksomheder i det omfang deres »drift påvirker handelen (commerce)«. Det var imidlertid i loven bestemt, at enhver virksomhed, som består i at betjene »gennemrejsende« gæster *per se* påvirker handelen. Diskriminationsforbudet gjaldt altså for al hotel- og bevaertervirksomhed, blot det kunne konstateres, at den også betjente gæster, der rejste mellem delstaterne. Denne lovgivning opretholdt Forbundshøjesteretten.¹³ Den accepterede, at Kongressen kunne regulere tilsyneladende lokale aktiviteter, når den blot har et rationelt grundlag for at finde, at en given regel er nødvendig for at beskytte handelen. Nægtelse af at betjene negre i hoteller m.v. kunne altid siges at påvirke den mellemstatslige handel.

Højesteret har ikke altid accepteret en så vid fortolkning. Ganske vist har den altid anerkendt, at Kongressen kunne bruge sin beføjelse til at regulere den mellemstatslige handel til at forbyde handel og forsendelse mellem staterne af varer, der er farlige eller på anden måde skadelige, som f.eks. sundhedsfarlige madvarer, narkotika, pornografi, lotterisedler. Men højesteret har tidligere nægtet

12. Se Eric Stein m.fl., *European Community Law and Institutions in Perspective* s. 426 og Cushman, *Leading Constitutional Decisions*, New York, 1976, s. 119.

13. Domme fra 1964 i sagerne *Heart of Atlanta Motel v. United States* (379 U. S. 241) og *Katzenbach v. McClung* (379 U. S. 294). Bortset fra de allerældste højesteretsafgørelser findes dommene offentliggjort i højesterets officielle samling »United States Reports«. Tallet foran »U. S.« henviser til det pågældende binds nummer, og tallet efter »U. S.« henviser til side.

at give sin accept, da Kongressen forsøgte at bruge bestemmelsen til at bekæmpe anvendelse af børn som arbejdskraft.¹⁴ En række af delstaterne var begyndt at udstede love, der forbød at benytte børn som arbejdskraft. Disse love stillede imidlertid virksomhederne i disse stater i en uheldig konkurrencesituation i forhold til virksomhederne i de stater, der ikke havde vedtaget sådanne love. Det var nemlig efter højesterets praksis forbudt delstaterne at forbyde import af varer fra andre delstater, fordi varerne var produceret af børn. Kongressen ønskede at støtte bestræbelserne i delstaterne for at beskytte mod misbrug af børnearbejdskraften og vedtog derfor en lov, der forbød forsendelse mellem staterne af varer produceret af børn. Forfatningsmæssigheden af denne lov kom til afgørelse for Forbundshøjesteret i 1918 i sagen *Hammer v. Dagenhart* (247 U.S. 251). Højesteret erklærede med 5 stemmer mod 4, at loven ikke havde hjemmel i forfatningen. Loven indeholdt ikke en regulering af handelen. Der var tale om en uhjemlet regulering af produktion. Det var ikke lovligt, at loven søgte at beskytte virksomheder i stater med love, der forbød børnearbejde, mod unfair konkurrence fra virksomheder i stater uden sådanne love. »Der kan være mange årsager til, at en stat på grund af lokale regler eller betingelser har en økonomisk fordel i forhold til andre stater. Forfatningens handelsbestemmelse har ikke til formål at give Kongressen en almindelig beføjelse til at gøre sådanne betingelser lige«.

Denne afgørelse er udtryk for den holdning, der indtil slutningen af 1930'erne var dominerende i højesteret, og som er blevet kaldt *teorien om »dual federalism«*. *De beføjelser, der er tildelt Kongressen, var begrænset af de rettigheder, der var forbeholdt enkeltstaterne*, og Kongressen kunne derfor ikke anvende sine beføjelser med henblik på at realisere sådanne formål, som det efter forfatningen er enkeltstaternes opgave at realisere.

En af de sidste sager, hvor Forbundshøjesteretten viste udstrakt respekt for enkeltstaternes »forbeholdte rettigheder«, blev afgjort i 1935 (*Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495). Med hjemmel i en Kongreslov var det blevet forbudt at sælge »sundhedsfarlige kyllinger«. Brødrene Schechter, der var blevet dømt for overtrædelse af denne regel, angreb hjemmelslovens gyldighed. Højesteret erklærede loven ugyldig, bl.a. fordi den ikke havde tilstrækkelig hjemmel i bestemmelsen om den mellemstatslige handel. De pågældende overtrædelser var ikke begået »i« mellemstatslig handel. Kyllingerne var ganske vist købt i andre stater, men var slagtet med henblik på lokalt salg. Man måtte efter højesterets opfattelse sondre *mellem direkte og indirekte virkninger på den mellemstatslige handel*. »Hvis ikke ... ville der rent faktisk ikke være nogen grænser for forbundsbeføjelserne, og vi ville praktisk talt have et fuldstændigt centraliseret styre«.

14. Se Corwin, *The Constitution and what it means today* s. 51ff.

Den stærke udvikling af samhandelen mellem delstaterne og den økonomiske situation i 1930'rne, der bl.a. havde medført et betydeligt antal protektionistiske forholdsregler fra delstaternes side, gjorde forbundsløsninger af de nu nationale problemer nødvendige. Hertil kom, at Forbundshøjesterettens anvendelse navnlig af de krav af materiel karakter til forbundslovgivning, som den indfortolkede i andre af forfatningens regler, havde bragt den ud af trit med de økonomiske realiteter i USA. En radikal ændring af dens praksis var nødvendig og var formentlig kommet selv uden præsident Roosevelts trusler om at udvide antallet af medlemmer af Forbundshøjesteretten.

Omsvinget i højesterets praksis viste sig allerede i slutningen af 1930'rne. Og i en dom fra 1941 (*United States v. Darby Lumber Company*, 312 U.S. 100) tog højesteret det afgørende skridt. Den opgav klart teorien om »dual federalism«. Den anerkendte lovligheden af en forbundslov, der forbød produktion af varer bestemt til mellemstatslig handel, når varerne var fremstillet i strid med forskrifter om minimumsløn og maksimalarbejdstider. En enig højesteret udtalte: »Begrundelsen for, og formålet med, en regulering af den mellemstatslige handel er spørgsmål overladt lovgivers skøn, som forfatningen ikke sætter grænser for, og som domstolene ikke har beføjelse til at kontrollere«.

Kongressen har, som naturligt er, først og fremmest benyttet sin vide reguleringskompetence til at gennemføre regler med henblik på positiv fjernelse af handelshindringer. Man kan nævne forbundslovgivningen til regulering af konkurrenceforholdene for virksomhederne (*Anti-Trust lovgivningen*), the *Interstate Commerce Act* fra 1887, der regulerer den mellemstatslige varetransport, og den forbundslovgivning, der fastsætter ensartede krav for varers sundhed og sikkerhed, f.eks. the »*Food, Drug and Cosmetic Act*«, der bemyndiger forbundsmyndighederne til at fastsætte fælles standarder for mad-, medicinal- og kosmetikvarer.

Men af større interesse for denne afhandling er formentlig, at Kongressen tillige, som vist ved de ovenfor nævnte eksempler om regulering af børns arbejde, kan udstede love, *hvis formål er at tillade delstatslovgivning, som ellers ville være i strid med det i forbundsforfatningen indfortolkede forbud mod handelshindringer.*

Der er rejst indvendinge mod denne form for lovgivning. Det er gjort gældende, at Kongressen ikke til delstaterne kan »delegere« sin kompetence til at regulere den mellemstatslige handel, og at Kongressen ikke kan regulere på en »uensartet« måde. Disse og andre indvendinger er ikke blevet anerkendt af Forbundshøjesteretten. Paul A. Freund fremhæver, at resultatet af denne særlige beføjelse for Kongressen har været

»et enormt smidigt og praktisk anvendeligt forbundssystem«. ¹⁵ En blandt flere fordele har været, at beføjelsen gør det muligt for Kongressen at »korrigere« højesterets afgørelser. Har højesteret fundet en delstats regler stridende mod forfatningens forbud mod handelshindringer, og er Kongressen uenig i denne afgørelse, kan den udstede en lov, der til-lader de pågældende delstatsregler.

Denne beføjelse for Kongressen er særligt bemærkelsesværdig, fordi en tilsvarende beføjelse måske ikke er tillagt EF-lovgiveren. Det følger formentlig af EF-Domstolens nugældende praksis, at en national foran-staltning, der strider mod EØF-traktatens forbud mod FtV, ikke kan blive gjort lovlig gennem Rådsvedtagelser med hjemmel i traktatens art. 100 eller tilsvarende bestemmelser. Dette vigtige spørgsmål vil blive un-dersøgt i kap. 12.8.

Der er utvivlsomt grund til at fremhæve fordelene ved det amerikanske system. Regulering af de problemer, der opstår for den mellemstats-lige handel gennem staternes handlinger, løses bedre gennem en effektivt virkende lovgivers foranstaltninger end gennem ubetingede og indispen-sable forbud, der skal håndhæves af domstole.

5.5 – Kongreslovgivning som skranke for delstaternes muligheder for at gennemføre handelshindringer

Når Kongressen har udnyttet sin lovgivningskompetence, må delstaterne ikke fastsætte regler eller i øvrigt handle på en måde, der strider mod forbundslovgivningen. Der opstår *spørgsmål om foreneligheden af delstatsforanstaltninger med forbundslovgivning* på samme måde, som der inden for EF opstår spørgsmål om nationale foranstaltningers forenelig-hed med Råds- og Kommissionsforordninger m.v. Spørgsmålene må in-den for begge systemer afgøres på grundlag af en fastlæggelse af anven-delsesområdet af den pågældende forbundslov/EF-regulering, navnlig under hensyn til dens formål. Modstriden mellem de to sæt regler kan skyldes, *enten at* delstats/EF-medlemsstatsloven vedrører et område, som forbundsloven/EF-reguleringen har haft til formål *udtømmende at regulere*¹⁶, *eller at* der konstateres en konkret modstrid mellem de to retsakter.

15. Se *The Supreme Court of the United States* s. 22. I samme retning se Roth, *anf.st.* s. 322ff med yderligere henvisninger til andre forfattere med samme opfattelse.

16. »The act of Congress occupies the field« eller »preempts the field«.

Forbundshøjesteret har opstillet følgende retningslinier for løsningen af konflikter mellem forbundsstatslovgivning og delstatslovgivning: Det undersøges først, om formålet (the scheme) med den forbundsstatlige regulering er så altomfattende (pervasive), at man med rimelighed kan antage, at Kongressen ikke har ladet kompetence tilbage til delstaterne. Det undersøges dernæst, om forbundsreglerne vedrører et område, hvor den nationale regerings interesse er så dominerende, at det må antages, at det udelukker delstatsregulering af samme emne. Det undersøges endelig, om håndhævelsen af delstatsreguleringen vil medføre alvorlig fare for konflikt med de føderale reglers administration.¹⁷ Højesteret synes i øvrigt kun at ville underkende delstatsregler som stridende mod forbundslovgivning, når det klart har været forbundslovgivningens hensigt at forbyde de pågældende delstatsregler, eller modstriden på anden måde er klar.

I sagen *Kelly v. Washington* (302 U. S. 1) fra 1937 fastslog højesteret, at »det princip er klart fastslået, at en stats udøvelse af dens »police power«, som vil være lovlig, hvis ikke fortrængt af en forbundsretsakt, kun fortrænges, hvor uoverensstemmelsen eller konflikten er så »direkte og positiv«, at de to akter ikke kan »forliges eller logisk stå sammen«.

En anden sag fra 1963, *Florida Avocado Growers v. Paul* (373 U. S. 132), vedrørte gyldigheden af en californisk lov, der fastsatte minimumskrav til olieindholdet af avocado-frugten. Formålet var angiveligt at forhindre salget af umodne frugter. En følge af loven var dog også, at avocado'er produceret i Florida ikke kunne sælges, selv om de til forskel fra de californiske avocado'er kan være modne uden at have det fastsatte minimumsolieindhold. Florida avocado'ers modenhed bedømtes i overensstemmelse med regler fastsat i en Kongreslov. Det blev gjort gældende, at forbundsloven havde fastsat ensartede regler gældende for alle delstaterne, og at den dermed havde gjort de californiske myndigheder inkompetente til at fastsætte tilsvarende regler. Forbundshøjesteret fandt ikke, at dette var tilfældet. Forbundsreglerne var kun minimumsregler. De to sæt regler kunne eksistere side om side.

Forbundshøjesterets holdning må karakteriseres som mere velvillig over for delstatsregler end den holdning, EF-Domstolen har over for medlemsstatsregler i tilsvarende situationer.¹⁸

17. *Pennsylvania v. Nelson* (1956), 350 U. S. 497.

18. EF-Domstolen har afsagt et betydeligt antal domme, der tager stilling til spørgsmålet om nationale reglers modstrid med forordninger. Domstolen har f.eks. i sag 51/74, van der Hulst, fastslået, at medlemsstaterne er forpligtede til at undlade enhver foranstaltning, som kan ændre forordningen eller ændre dens rækkevidde, og at det derfor er nødvendigt at undersøge, om de nationale regler er forenelige med forordningen under hensyn ikke blot til forordningens udtrykkelige bestemmelse, men også til dens genstand og formål. Det har hyppigt i disse sager været nødvendigt for Domstolen at

Dette har formentlig flere årsager. Højesterets holdning er utvivlsomt udtryk for et »modent« og rimeligt effektivt virkende forbundsstatssystem. Der er ikke i USA grund til at nære frygt for, at »centrifugale kræfter« hidrørende fra delstaterne skal bringe forbundet i fare.¹⁹ Forbundet har tilstrækkelig magt til at bekæmpe alle sådanne tendenser. Tværtimod kan der næres frygt for en overdreven og uhensigtsmæssig uniformering af nationen gennem forbundslovgivning. Delstaterne kan tage hensyn til lokale forhold, der måske tilsiger særlige løsninger, og det har en selvstændig betydning, at de enkelte stater kan eksperimentere med løsninger på nye og/eller lokale problemer. Vigtigt er det også, at domstolene ved, at det altid er i forbundslovgiverens magt gennem ny lovgivning at ændre den af domstolene fastsatte praksis, hvis de skulle have taget fejl af lovgivers hensigt.

5.6 – Forbundsforfatningen som skranke for delstatsregler med handelshindrende virkninger

Forbundsforfatningen indeholder som nævnt intet udtrykkeligt forbud mod handelshindringer svarende til EØF-traktatens forbud mod FtV. Man må derfor først spørge sig om det teoretiske grundlag for at indfortolke et sådant forbud i forfatningen, førend omfanget af dette forbud undersøges.

De skranker, der efter forfatningen gælder i delstaternes kompetence, indfortolkes i en positiv kompetence for Kongressen. Rent logisk må begrænsningerne derfor forklares på den måde, at Kongressens kompetence er eksklusiv, at Kongressens positive kompetence betyder en tilsvarende kompetencebegrænsning for delstaterne. Oprindeligt be-

tagt stilling til, om en forordning måtte antages udtømmende at regulere det pågældende område, således at nationale regler inden for området i givet fald var i strid med fællesskabsreglerne, selv om der ikke kunne påvises nogen konkret modstrid mellem de nationale regler og forordningsreglerne. En gennemgang af Domstolens praksis vedrørende dette punkt inden for landbrugsområdet findes i generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse i sag 50/76, Amsterdam Bulb. Spørgsmålet er også berørt i kap. 22.2.8. og 22.2.34.

19. Smh. her følgende udtalelse fra den tidligere franske præsident for EF-Domstolen, R. Lecourt, i hans bog, *L'Europe des Juges* s. 236: »Det univers, hvori dommeren befinder sig, er efter selve sin natur et univers under fortsat skabelse. Det er skueplads på et stedse omtvistet område for hyppige sammenstød mellem traktaternes impulser og de stadigt levende centrifugale kræfter i medlemsstaterne«, og s. 240: »Dommeren må bekæmpe de centrifugale kræfter«.

tød kompetencebegrænsningssynspunktet også noget i højesterets praksis. Dette gælder dog ikke mere. I dag, hvor princippet om forfatningen som direkte skranke for delstatsregler med handelshindrende virkninger har været kendt og accepteret i mere end 150 år, har det logiske grundlag for disse begrænsninger mistet interesse. Det er formentlig tilstrækkeligt i dag at forklare begrænsningerne, således som Cox gør det, med en henvisning til »common sense og nødvendigheden af national enhed«. ²⁰

Vigtigt er det at fastslå, at begrænsningerne i delstaternes kompetence er *dommerskabte begrænsninger*. Det blev tidligt i USA's historie fastslået, at domstolene kunne fortolke og anvende forfatningen med bindende virkning også for de politisk ansvarlige forbunds- og delstatsmyndigheder. Højesteret fastslog, at der kunne indfortolkes skranker i delstaternes kompetence i forfatningen af hensyn til de frie varebevægelser mellem staterne. En væsentlig del af højesterets praksis har siden da beskæftiget sig med at fastlægge omfanget af disse skranker. Dette har den måttet gøre uden reel hjælp i skrevne retskilder. Disse vigtige spørgsmål er i USA som i EF overladt til afgørelser gennem den judicielle beslutningsprocedure med dens indbyggede begrænsninger. ²¹ Det betyder også, at domstolene ud fra principielt det samme forfatningsmæssige grundlag i mere end 150 år har måttet løse problemer, der har ændret sig væsentligt i takt med den økonomiske, sociale og tekniske udvikling. Den amerikanske højesteret har dog aldrig følt sig så stærkt bundet af tidligere afgørelser, at den herved er blevet hindret i at foretage nødvendig tilpasning af sin praksis til skiftende omstændigheder. ²²

De begrænsninger i delstaternes kompetence, som højesteret har indfortolket i den mellemstatslige handelsbestemmelse, dækker et videre materielt område end det, der er dækket af EØF-traktatens forbud mod FtV. Begrænsningerne omfatter f.eks. også handelshindringer som følge af afgifter og skatter og statsskabte monopoler, der i EØF-traktaten er

20. Se *The Role of the Supreme Court in American Government* s. 20f.

21. Man må dog huske på, at Kongressen har mulighed for at korrigere højesterets afgørelser.

22. Højesteret har behandlet fortolkningsproblemerne ud fra en forståelse af, at det, som højesteretspræsident Marshall udtalte allerede i 1819, drejer sig om fortolkning af »en forfatning, der er bestemt til at gælde i kommende tider (to endure for ages to come), og som følgelig må kunne tilpasses de forskellige kriser i menneskelige anliggender« (McCulloch v. Maryland, 4 Wheat 316).

reguleret i art. 9 ff, art. 95 og art. 37. Til gengæld er det sikkert, at begrænsningerne ikke gøres gældende over for *privates handlinger*²³. Disse kan kun begrænses gennem enten forbunds- eller delstatslovgivning.²⁴

Forbundshøjesterets forsøg på at fastlægge omfanget af skrankerne for delstaternes kompetence er vanskeligt at sammenfatte. Cox betegner højesterets praksis på dette område som omfattende og meget kompliceret. Den har undergået en betydelig udvikling og kan ikke siges på endelig og klar måde at have løst problemerne.²⁵ Farnsworth er enig i, at ingen nøjagtig grænse kan drages mellem lovlig og ulovlig delstatslovgivning med virkninger for den mellemstatslige handel.²⁶

Højesteret har tidligere forsøgt at løse afgrænsningsproblemerne gennem opstillingen af mere eller mindre præcise kriterier. Kriterierne har skiftet fra periode til periode. Der er i dag enighed om, at alle disse forsøg er slået fejl.²⁷ Freund gør gældende, at højesteret »på dette område har haft større held med de enkelte praktiske afgørelser end med udformningen af retningsgivende standarder. Retten har arbejdet med standarder, der for ofte var mekaniske og formalistiske«.²⁸

Der skal ikke her forsøges en udtømmende gennemgang af højesterets forsøg på at fastlægge kriterier²⁹. Det kan konstateres, at man genfinder de vigtigste af de kriterier, der er blevet foreslået anvendt ved afgrænsningen af EØF-traktatens forbud mod FtV og flere til.

Det første forsøg på at finde et kriterium, der kunne bruges som grundlag for en sontring mellem tilladelige og utilladelige delstatsreguleringer, blev gjort i en sag fra 1827 (*Brown v. Maryland*, 12 *Wheat* 419). Højesteret fandt, at en Maryland-

23. Spørgsmålet, om forbudet mod FtV omfatter *privates handlinger*, undersøges i kap. 17.

24. Se Freund, *anf.st.* s. 95.

25. *Anf.st.* s. 21.

26. E. Allan Farnsworth, *An introduction to the legal system of the U. S.*, New York, 1963, s. 147.

27. Roth karakteriserer højesterets forsøg som havende ritualkarakter og mindre erkendelsesværdi end på noget som helst andet område inden for amerikansk forfatningsret, *anf.st.* s. 125.

28. *Anf.st.* s. 99.

29. Udmærkede redegørelser herfor findes hos Roth, *anf.st.* s. 124ff, og Sholley, »The negative implications of the Commerce Clause«, *Un. of Chicago Law Review* 1936, bind 3, s. 556.

lov, der stillede særlige krav ved import af fremmede varer, var forfatningsstridig. Groft sagt fastslog højesteret her, at delstaterne ikke kunne lovgive for importerede varer, der endnu befandt sig i deres originale pakning eller ikke var blevet videresolgt lokalt (»the original package formula«). Senere sager viste, at dette kriterium førte til resultater, der i visse situationer begrænsede delstaternes kompetence for meget og i andre situationer ikke tilstrækkeligt.

Et vigtigt kriterium har været, om delstatsreglen betød en »direkte byrde« for den mellemstatslige handel til forskel fra en kun indirekte byrde. En vis periode var dette kriterium endog eneafgørende.³⁰ Højesteret måtte dog forholdsvis hurtigt opgive denne praksis. Dette skyldtes allerede vanskelighederne ved at bestemme, hvilke hindringer der direkte påvirkede samhandelen, og hvilke der kun gjorde det indirekte.

Højesteret har også i enkelte sager lagt udelukkende vægt på, om delstatsforanstaltningen var *formelt diskriminerende* eller ej. Men det blev hurtigt klart, som Freund udtrykker det, at »... diskrimination meget let kan skjule sit sande ansigt, og at visse lovgivninger alt afhængigt af ens udgangspunkt kan anses for diskriminerende eller blot som udlignende forskelle (equalization)«.³¹

Det var dog for et mindretal på tre af højesterets medlemmer tilstrækkeligt til at acceptere lovligheden af en bekendtgørelse udstedt af byen Madison i Wisconsin, at den formelt ikke diskriminerede (Dean Milk Co. v. City of Madison, 1951, 340 U. S. 349). Bekendtgørelsen forbød salg af mælk, med mindre den var fremstillet og pasteuriseret på et godkendt mejeri inden for 5 miles fra byens centrum. Højesterets flertal fandt derimod, at bekendtgørelsen var forfatningsstridig. Byen kunne opretholde den sundhedsmæssige standard for mælk ved at forbyde mælk, der ikke var pasteuriseret i overensstemmelse med byens regler, uden at det var nødvendigt, at pasteuriseringen skulle foregå på et lokalt mejeri. Der forelå indirekte eller skjult diskrimination.

Højesteret har i dag accepteret, at den ikke kan løse problemerne ved hjælp af enkle formler. Den udtrykker sig således i en af sine seneste afgørelser: »Hvor loven regulerer ligeligt til opfyldelse af en legitim lokal offent-

30. Højesteret udtalte således i en sag fra 1924, Shafer v. Farmer's Grain Co. (268 U. S. 189): »En delstatslov som ved dens anvendelse nødvendigvis direkte hæmmer eller bebyrder sådan handel er forbudt og ugyldig, uden hensyn til dens formål«.

31. *Anf.st.* s. 100.

lig interesse, og dens virkninger på den mellemstatslige handel kun er tilfældige, vil den blive opretholdt, med mindre byrden for den mellemstatslige handel klart er urimelig i forhold til den forventede lokale fordel ... Hvis et legitimt lokalt formål findes, så bliver spørgsmålet et spørgsmål om grader. Og omfanget af den byrde, der kan tolereres, vil naturligvis afhænge af arten af den pågældende lokale interesse og af, om den kan fremmes lige så godt med mindre virkning for de mellemstatslige aktiviteter«. ³²

Freund mener, at højesterets nuværende praksis er udtryk for, at »retten ... har søgt ... at afveje den lokale fordel og det lokale behov over for byrden på den mellemstatslige handel«. ³³ Corwin hævder også, at de forskellige kriterier, højesteret til forskellige tider har udtænkt, alene kan ses som udtryk for dens bestræbelser for »at nå til« en praktisk tilpasning »mellem to betydningsfulde hensyn, bevarelsen af den frie handel og bevarelsen af effektivt lokalt styre i delstaterne«. Hans konklusion er, at rettens virkelige opgave på dette område svarer til et voldgifts- eller quasi-lovgivningsorgans. ³⁴

Konklusionen er således, at den amerikanske højesteret ikke har været i stand itl at finde faste og letanvendelige afgrænsningskriterier, og at den har måttet *løse problemerne på grundlag af en afvejning af modstridende nationale og delstatshensyn*.

Det er vanskeligere at udtale sig om den vægt, højesteret tillægger hvert af de modstridende hensyn. Tendensen synes dog ligesom tendensen i forbindelse med afgørelser af konflikter mellem forbundslovgivning/delstatslovgivning og formentlig ud fra samme grunde at være, at *der lægges betydelig vægt på de lokale hensyn, der ligger til grund for delstatsreglerne*.

32. Pike v. Bruce Church, 1970, 397 U. S. 137.

33. *Anf.st.* s. 21.

34. *Anf.st.* s. 57f. Han henviser til støtte herfor til højesterets dom i U. S. v. South-Eastern Underwriters Assoc. (322 U. S. 533), hvor retten udtalte: »Når retten fastlægger området for (sådanne lovlige) aktiviteter, er dens primære prøve ikke mekanisk, men snarere, om de konkurrerende krav, der udgår fra de pågældende nationale og delstatsinteresser, kan forliges og tilpasses hinanden«. Roth giver i sit ovennævnte værk (se navnlig s. 326ff) en mere nuanceret sammenfatning af højesterets praksis – navnlig mener han at kunne konstatere visse forskelle i højesterets behandling af problemer i forbindelse med import-, eksport- og transitregler – men vil formentlig ikke erklære sig principielt uenig med de netop nævnte synspunkter (se navnlig s. 310).

Stein m.fl. mener at kunne konstatere, at højesteret »i de senere år har været tilbageholdende med at erklære delstatslove ugyldige som stridende mod forfatningsbestemmelsen, med mindre loven diskriminerer over for andre stater eller væsentligt hæmmer den mellemstatslige handel«. ³⁵ Tilsvarende udtaler Corwin, at retten i de senere år har været mere villig end tidligere til at acceptere delstaternes lovgivning. ³⁶ Roth mener også at kunne konstatere en ringe interesse hos højesteret for ad judiciel vej at løse de problemer, som de tekniske handelshindringer giver, d.v.s. de hindringer, der opstår som følge af forskellene i delstaternes krav til varers kvalitet m.v. ³⁷

Her skal kun omtales nogle få sager fra højesterets praksis. De første sager ligner måske ikke direkte inden for det område, der dækkes af EØF-traktatens art. 30, men problemstillingen er tilsvarende, og afgørelserne er karakteristiske.

Højesteret tog i sagen *Southern Pacific Co. v. Arizona* (325 U.S. 761), der er fra 1945, stilling til en Arizonalov, der forbød tog på mere end 14 passagervogne eller mere end 70 godsvogne inden for statens område. Højesteret fandt, at loven stred mod forfatningen. Den fastslog, at loven, hvis formål angiveligt var at fremme trafiksikkerheden, kun medførte en ringe og i øvrigt tvivlsom fordel, fordi den førte til stigning i udgifterne og i antallet af tog og en deraf følgende stigning i toguheld med konsekvenser, der sædvanligvis var værre end konsekvenserne af de uheld, der forårsagedes af forbudte »langsomme« tog. Hertil kom, at loven førte til, at den mellemstatslige samhandel blev undergivet forskellige vilkår, og derfor forhindrede de frie varebevægelser ved at forsinke dem og ved at øge samhandelsomkostningerne.

I sagen *South Carolina State Highway Department v. Barnwell Bros. Inc.* (303 U. S. 177), der er fra 1938, tog højesteret stilling til en South Carolina-lov, der forbød, at lastbiler på mere end 20.000 pounds og med en bredde på over 90 inches anvendte statens veje. De fleste lastbiler i mellemstatslig handel opfyldte ikke disse betingelser. Højesteret opretholdt alligevel loven. Den gik i denne sag utvivlsomt længere i accepten af enkeltstatslovgivning end i *Arizona*-sagen. Den henviste til, at Kongressen kunne have reguleret dette område, og at domstolene, når dette ikke var sket, alene skulle tage stilling til, om den pågældende lovgivning var rimeligt egnet til at opnå det tilsigtede mål. Dette var tilfældet med *South Carolina*-loven. *South Carolina* havde fastsat de nævnte grænser under hensyn til vejenes dårlige tilstand. Selv om reglerne førte til »en byrde for den mellemstatslige handel«, var de nødvendige for at bevare vejene og opretholde en rimelig færdselssikkerhed.

35. *Anf.st.* s. 427

36. *Anf.st.* s. 62

37. *Anf.st.* s. 307.

Begge sager viser den afvejning, højesteret foretager af hensynet til de frie varebevægelser og det formål, den pågældende delstatsforanstaltning har. Accepterer højesteret foranstaltningens formål som beskyttelsesværdigt og finder den, at de valgte midler er egnede til at opnå formålet, er den villig til at acceptere endda forholdsvis betydelige begrænsninger i de frie varebevægelser.

I en sag fra 1935, *Baldwin v. G. A. F. Seelig Inc.* (249 U. S. 511), tog højesteret stilling til en New York lov, der fastsatte mindstepriser ved forhandleres køb af mælk hos producenterne. Loven havde angiveligt til formål at beskytte New Yorks mælkeproducenters levestandard. Loven gjaldt også, og måtte efter sagens natur også gælde, ved forhandlernes køb af mælk hos producenter uden for staten New York. Højesteret fandt, at loven førte til »en urimelig påvirkning af den mellemstatslige handel«, og at den derfor var forfatningsstridig. Højesteret udtalte bl.a.: »Hvis New York, for at fremme den økonomiske velfærd for sine landmænd, kunne beskytte dem mod konkurrence fra Vermonts billigere priser, så ville døren have været åbnet for sådan rivalisering og repressalier, som man netop ville undgå ved at give nationen kompetence til at regulere den mellemstatslige handel. Det vigtigste er princippet om, at en stat ikke i forhold til andre må bringe sig i en stilling af økonomisk isolation«.

For at vise, at det ikke alene er forbundsdomstole, der tager stilling til handelshindringsspørgsmålet, og som eksempel på, at det i dag ikke mindst er miljølovgivningen, der giver problemer, skal nævnes en dom fra 1975 afsagt af New Jerseys højesteret (*Hackensack Mead. Dev. Com'n. v. Municipal San. L. A.*, 348 A 2d 505). Den opretholdt en New Jersey-lov, der havde til formål at hindre, at affald fra andre stater blev ført ind i New Jersey. Den udtalte: »Vi mener selvsagt ikke, at enhver påberåbelse af staternes quasi-suveræne ret til at beskytte deres miljø, økologiske værdier og naturlige og menneskelige ressourcer vil blive accepteret uden hensyn til virkningen på den mellemstatslige handel. Sådan er det selvfølgelig ikke. Men hvor virkningen er forholdsvis ringe, som i det foreliggende tilfælde, og hvor samtidig de værdier, der søges beskyttet, er så afgørende for borgernes velfærd, som det her er tilfældet, så har vi ingen betænkeligheder ved at acceptere statens handlemåde«.

5.7 – Om domstolens egnethed til at løse problemerne

Der har været udtrykt tvivl om domstolenes egnethed til at løse de problemer, delstaternes udnyttelse af deres lovgivningskompetence kan rejse for de frie varebevægelser. Denne tvivl er ikke alene udtrykt i teorien, men også af dommere i Forbundshøjesteret.

Corwin³⁸ understreger, at en gennemgang af retspraksis viser, at den

38. *Anf.st.* s. 64.

»voldgiftsopgave«, højesteret har påtaget sig på dette område, er en vanskelig opgave at løse tilfredsstillende. Han citerer som rigtig tre dissenterende højesteretsdommeres udtalelse om, at den judicielle kontrol til forskel fra legislativ regulering på grund af den judicielle proces iboende begrænsninger må benytte sig af »lykke og fromme metoder« ved at afgøre enkelte lokale tvister ud fra beviser og oplysninger begrænset af snævre procesregler, og at »tilfældige og usammenhængende retstvister ikke giver et rimeligt grundlag for udformningen af sammenhængende nationale regler, der alene kan give den mellemstatslige handel den fulde beskyttelse, forfatningen mente, at den skulle have«. ³⁹ Navnlig dommer Black, der på en række andre områder ellers var judiciel aktivist, har været skeptisk over for domstolenes muligheder inden for dette område. Han har i flere afgørelser, bl.a. i dissens i den forannævnte sag *Southern Pacific Co. v. Arizona*, givet udtryk for, at alene Kongressen, »der ikke er undergivet den judicielle proces' snævre grænser«, kan løse disse problemer ved at bedømme, hvad der er i den nationale økonomis bedste interesse. Alene Kongressen kan på grundlag af en fuldstændig undersøgelse af de mange aspekter af de komplicerede problemer vedtage den nationale politik, der tager hensyn både til delstaternes og forbundets interesser. ⁴⁰

5.8 – Handelshindringernes praktiske betydning i USA

Det er betegnende, at spørgsmålet om de frie varebevægelser i USA navnlig har haft stor praktisk betydning under depressionen i 30'erne, hvor delstaterne forsøgte at støtte den lokale produktion gennem handelshindringer. Det er da også fra denne periode, at de fleste domme og de fleste teoretiske behandlinger af spørgsmålet stammer. Slot nævner, at man under en optælling i 30'erne nåede frem til, at der i alt fandtes 1498 delstatslige handelshindringer, og at der ikke findes tilsvarende oplysninger fra senere år. ⁴¹ Slot og Roth ⁴² er enige om, at spørgsmålets praktiske betydning er mindre i dag end i 30'erne.

39. Dommerne var Black, Frankfurter og Douglas – ikke de tre mindst fremtrædende af højesterets medlemmer – og sagen var *McCarroll v. Dixie Lines*, 309 U. S. 176.

40. Slot har, *anf.st.* s. 140, udtrykt skepsis over for domstolenes muligheder for at løse problemerne. Også Roth drøfter dette spørgsmål, *anf.st.* s. 318ff.

41. *Anf.st.* s. 145. Det oplyses ikke, hvordan man kom frem til det imponerende præcise resultat.

42. *Anf.st.* s. 131ff og *anf.st.* s. 60ff.

Roth mener, at de praktiske problemer er mindre i USA end i Europa. Dette gælder ikke mindst, fordi der i USA findes mindre delstatsregulering af industriprodukters kvalitet m.v., og fordi delstaterne gennem praktisk samarbejde søger at undgå, at der opstår tekniske handelshindringer, når de fastsætter sådanne regler.

Dette betyder imidlertid ikke, at handelshindringer er så godt som afskaffet i USA. Oplysninger, givet af Massel, viser, at der fortsat eksisterer et betydeligt antal.⁴³ Han nævner bl.a.:

- et større antal love, der begrænser konkurrence på priser og dermed vanskeliggør salg af varer fra andre stater,
- love, der forbyder salg af mælk produceret i ikke inspicerede mejerier, samtidig med at inspektionsmuligheden er begrænset til snævert afgrænsede lokale områder,
- særlige prislove for spiritus,
- produktionsbegrænsninger, ikke mindst for olie,
- forbrugerbeskyttende regler, f.eks. forbud mod dørsalg, der reelt hindrer udefra kommende salg,
- et utal af mærkningsbestemmelser, der vanskeliggør salg af visse produkter, ikke mindst medicinalvarer,
- bestemmelser vedrørende bilers vægt og bredde, der vanskeliggør mellemstatslig transport.

Man kan spørge om grunden til, at sådanne hindringer stadig får lov til at eksistere i et sådant omfang i det amerikanske samfund, der for en mere overfladisk betragtning på de fleste områder forekommer at være så stærkt integreret. Svarene må nødvendigvis være usikre. Men det forekommer ikke urimeligt at tage den fortsatte eksistens af handelshindringerne som udtryk for,

- at deres reelle betydning som hindringer for etablering af et enhedsmarked ikke er så stor,
- at virksomhedernes evne til at leve med mere eller mindre begrænsende statsreguleringer er betydelig, og
- at domstolene vurderer delstaternes interesse i selv at regulere lokale anliggender relativt højt i forhold til hensynet til de frie varebevægelser.

43 *Competition and Monopoly* s. 65ff.

5.9 – Sammenfatning

Der kan være grund til ved de senere undersøgelser af EØF-traktatens forbud mod FtV at lægge vægt på følgende amerikanske erfaringer: Vanskelighederne ved at løse handelshindringsproblemerne ved forbudsbestemmelser håndhævede af domstole bør utvivlsomt mærkes. Også Kongressens mulighed for at tillade handelshindringer er vigtig, fordi den viser, at handelshindringer ikke nødvendigvis er af det onde, men tværtimod kan tjene beskyttelsesværdige formål.

Den fortsatte eksistens af handelshindringer i USA har også betydning fordi den viser den vægt, der lægges på respekten for delstaternes rolle og betydning i unionen.

Måske kan accept af visse handelshindringer, accept af »en smule uklarhed og uorden i udkanterne, en smule plads til at manøvrere inden for rammerne af forbundssystemet, være en nødvendig pris for loyalitet mod systemet«⁴⁴.

Men vigtigst for de videre undersøgelser i denne afhandling er påvisningen af Forbundshøjesterets vanskeligheder ved at finde kriterier for afgrænsningen af tilladelige og utilladelige delstatsforanstaltninger og påvisningen af, at højesteret har ment, at det i hvert enkelt tilfælde er nødvendigt at afveje de lokale interesser og de nationale interesser.

44. Freund, *anf.st.* s. 106. Freund, *anf.st.* s. 176, fremhæver, at højesteret er tilbageholdende med at gribe ind over for staternes almindelige reguleringer, staternes skattebeføjelser og deres politiske selvbestemmelsesret. »Den største forskel mellem den moderne ret og dens umiddelbare forgængere er faktisk den respekt, der nu vises de af delstaterne vedtagne sociale og økonomiske foranstaltninger«.

Anden del

DEN POLITISKE OG ØKONOMISKE BETYDNING AF DE FRIE VAREBEVÆGELSER

KAP. 6 – UNDERSØGELSERNES BAGGRUND OG PROBLEMER

To spørgsmål må søges besvaret, førend man i en juridisk afhandling begiver sig ud i undersøgelser af frie varebevægelser politiske og økonomiske betydning.

Det første er, om undersøgelser af disse spørgsmål overhovedet har nogen praktisk eller teoretisk betydning i en i hvert fald som udgangspunkt retsdogmatisk afhandling om afgrænsningen af et forbud mod FtV og i bekræftende fald hvilken. Det andet spørgsmål er, om en jurist bør behandle disse spørgsmål.

Det første spørgsmål har allerede være berørt i kap. 1, hvor det blev fremhævet, at Domstolen lægger betydelig vægt på traktatens formål af politisk og økonomisk karakter, hvorfor det må være af interesse at undersøge, om politologer og økonomer kan fremvise resultater vedrørende de frie varebevægelser betydning for integrationsprocessen.

Klare positive svar på varebevægelsernes gunstige virkninger vil kunne bruges som argument for en vid fortolkning af forbudene mod handelshindringer.

Det har næppe nogensinde for alvor været bestridt, at dommere kan lægge vægt på økonomiske og politiske forhold, der er af betydning for forståelsen af den fortolkede bestemmelses formål. Der er også i dag kun få, der vil bestride, at kendskab til de økonomiske og politiske konsekvenser af en bestemt fortolkning af en retsregel kan være af betydning for fortolkningsresultatet. Uenigheden vil opstå om vægten af den betydning, dette kendskab skal tillægges i forhold til andre faktorer af betydning for fortolkningen.

Det er sandsynligt, at denne betydning vil være stor ved fortolkningen af EØF-traktatens forbud mod FtV. Dette skyldes to forhold. For det første, EF-Domstolens meget udprægede brug af formålsbestemte fortolkninger.¹ Kendskab til de formål, traktatens ophavsmænd har tillagt reglerne om de frie varebevægelser i integrationsprocessen, er af afgø-

1. Se kap. 13.1.

rende betydning for forståelse af Domstolens praksis. Det samme gælder kendskab til de konsekvenser af økonomisk og politisk karakter, som en bestemt fortolkning vil have. For det andet, kendskab til sådanne ikke i snæver forstand juridiske fortolkningsbidrag er af særlig betydning ved fortolkning af regler, hvis anvendelsesområde er afgrænset gennem de forbudte foranstaltningers *virksomheder* og ikke gennem deres art.

Hertil kommer, at bestemmelser i EØF-traktaten har et vigtigt træk til fælles med nationale grundlovsbestemmelser. De er vanskelige at ændre. Dette gælder ikke blot de egentlige institutionelle bestemmelser, men også de materielle forbuds- og påbudsregler. De kan kun ændres i overensstemmelse med den i art. 236 fastsatte traktatændringsprocedure, og det betyder, at der ikke er store chancer for, at de vil blive ændrede. Der er ikke i dag praktisk mulighed for, at der mellem medlemsstaterne vil kunne opnås enighed om ændring af disse grundlæggende bestemmelser om de frie varebevægelser. Ansvar for at få bestemmelserne til at fungere i overensstemmelse med enhver tids politiske, økonomiske og sociale virkelighed er overladt til en domstol, der er sammensat af jurister, og som fungerer inden for den traditionelle juridiske beslutningsprocedures rammer.

Det skal ikke her drøftes, om ansvaret er lagt det rigtige sted. Det skal blot fastslås, at ansvaret rent faktisk ligger hos EF-Domstolen – og hos de parter og andre, der har mulighed for at påvirke Domstolens afgørelser. Ansvar er stort, men kan ikke afvises. Det kan ikke opfyldes uden en realistisk erkendelse af, at der i dette tilfælde inden for den juridiske beslutningsproces' rammer skal løses vigtige »politiske« spørgsmål, og at denne opgave ikke kan løses uden et forsøg på forståelse for den politiske og økonomiske baggrund for reglerne og de politiske og økonomiske følger, fortolkningsresultaterne vil have.

Domstolen har fået en opgave, hvis løsning involverer »politiske« beslutninger, og den har ikke fået sikker hjælp til løsning af denne opgave. Dette må ikke forstås således, at denne opgave skulle adskille sig i sit væsen fra anden dømmende virksomhed. Den adskiller sig kun i grader; den har paralleller andre steder, hvor domstolene skal fastlægge indholdet af ubestemte retsregler, der kan have betydelige »politiske« konsekvenser. Dette gælder ikke mindst den amerikanske Forbundshøjesterets opgaver i forbindelse med fastlæggelsen af indholdet af forfatningens regler om »ligebehandling« og »due process of law«. Det har da også været karakteristisk, at den amerikanske højesteret fra dette århundredes

begyndelse har taget vidtgående hensyn til politologisk, økonomisk og socialpsykologisk viden, herunder ikke mindst statistisk viden.²

På denne baggrund er undersøgelser af den politiske økonomiske viden ikke alene hensigtsmæssige. Undersøgelserne forekommer nødvendige.

Noget andet er, om EF-Domstolen vil acceptere, at undersøgelsesresultater bruges i den argumentation, den vil lægge vægt på, og som den vil bruge i sine præmisser. Dette er ikke sket hidtil. Dette kan blot skyldes, at der ikke i indlæggene for Domstolen findes tilstrækkeligt grundlag for sådan argumentation. Men det kan også skyldes, at den viden, der foreligger, måske slet ikke er af en sådan karakter, at den kan indgå i Domstolens overvejelser. Dette spørgsmål vil først undersøgelserne i de følgende kapitler give svar på.

Spørgsmålet hænger i øvrigt sammen med det andet spørgsmål, som blev stillet i indledningen til dette kapitel, nemlig om jurister bør foretage sådanne undersøgelser. Den åbenbare fare for »dilettanteri«, som Ross³ nævner i forbindelse med juristers brug af viden om økonomiske og andre ikke-retssociologiske sammenhænge, er et reelt problem. Ross har dog accepteret sådan strandhugst i andre fags viden, når det blot sker »med skønsomhed og takt«. Jeg har i det følgende bestræbt mig på at holde mig Ross' råd for øje. Jeg har alene gengivet den viden, jeg har fundet hos forfattere inden for disse områder. Jeg gør langtfra krav på at have behandlet problemerne udtømmende.

Der kan være grund til at kommentere den mange gange brugte sondring mellem politik og økonomi. Det er en sondring, der er af stor betydning i EF-sammenhæng. Det understreges, at dette samarbejde alene er økonomisk, og ikke politisk. Brugt sådan er sondringen misvisende. De fleste »politiske« problemer er jo først og fremmest »økonomiske«. Sondringens formål er selvsagt heller ikke at fremhæve en forskel mellem visse problemer, der er rent »politiske«, og andre, der er rent »økonomiske«. Sondringen bruges i EF-sammenhæng for at fremhæve, at samarbejdet omfatter politiske problemer af økonomisk karakter i modsætning til politiske problemer af anden karakter og navnlig sikkerheds- og udenrigspolitiske problemer. Noget andet er, at sondringen, selv forstået på denne måde, giver overordentlige vanskeligheder, både af konkret juridisk ka-

2. Se herom Alpheus Mason, *The Supreme Court from Taft to Warren*, U.S.A., 1958, s. 29 ff om den senere højesteretsdommer Brandeis' revolutionerende brug af sådan viden i sager for højesteret. Se også Carsten Smith, »Rett og Økonomi, Noen spredte randmerkninger«, *Jussens venner* 1979 s. 169.

3. *Om Ret og Retfærdighed* s. 420.

rakter og af generel politisk karakter. Sondringen mellem »økonomiske« forholdsregler, der falder inden for traktatens anvendelsesområde, og andre foranstaltninger, der falder uden for traktaten, er et vigtigt problem i forbindelse med fortolkningen af traktatens hjemmelsbestemmelser.⁴ Det er vanskeligt at løse, allerede fordi afgrænsningen af begrebet »økonomiske« foranstaltninger giver vanskeligheder. Der er ikke mange, om nogen foranstaltninger, som i dag ikke har økonomiske aspekter eller konsekvenser. Der er få områder af samfundslivet, der i dag kan reguleres, uden at det har betydning for samtlige de forskellige »kategorier«, hvori vi af administrative og andre grunde har opdelt samfundslivet. Problemernes mange aspekter kan ikke i praksis ses løst fra hinanden. Også EF-traktaterne opererer med den fiktion, at samfundslivets områder faktisk kan opdeles i »kategorier«. Anvendelsen af sådanne fiktioner er nødvendig, når man opretter organer med begrænset kompetence. Denne kompetence må afgrænses ved hjælp af mere eller mindre faste kriterier. Disse begrænsninger vil altid give problemer, ikke alene fordi de i sig selv normalt vil anvende ubestemte kriterier, der giver anledning til fortolkningstvivl, men fuldt så meget fordi de kan forhindre, at problemerne bliver reguleret i sammenhæng. Det er ikke mindst dette sidste problem, der i dag har vist sig at være et af EF's virkelige juridisk/politiske problemer. Det var af politiske grunde nødvendigt, at der i traktaterne sattes reelle grænser for EF's kompetence, men udviklingen har vist, at disse grænser ikke altid er hensigtsmæssige, og disse problemer har institutionerne ikke kunnet løse gennem udvidende og dynamiske fortolkninger af traktatens hjemmelsbestemmelser.

Disse bemærkninger om ulemperne ved en udstykning af problemerne i deres forskellige aspekter, men også om nødvendigheden heraf af praktiske grunde, er af betydning som indledning til de to næste kapitler, hvor de frie varebevægelser ses ud fra politologiske og økonomiske synspunkter. Denne opdeling er nødvendig, fordi kapitel 7 beskæftiger sig med den viden, den politologiske videnskab har vedrørende integrationspolitiske foranstaltninger, mens kapitel 8 beskæftiger sig med den økonomiske viden inden for dette område. Opdelingen med de nødvendige begrænsninger for en virkelig forståelse af det totale virkelighedsbillede er derimod ikke udtryk for, at der er en let konstaterbar eller logisk grænse mellem de »politiske« og »økonomiske« aspekter af de frie varebevægelser.

4. Se herom Gulmann, »Hjemmelsproblemer i EF«, *Jur* 1979 s. 282 ff.

KAP. 7 – DE FRIE VAREBEVÆGELSER SOM MIDDEL I DEN POLITISKE INTEGRATIONSPROCES

7.1 – Almindelige bemærkninger om integrationsteorierne

En ikke uvæsentlig del af de beslutningstagere, der var medvirkende ved udarbejdelsen og vedtagelsen af fællesskabstraktaterne, havde videregående politiske mål med traktaterne. Walter Hallstein har skrevet, at »forbundsstaten er det erklærede mål for de europæiske foreningsbestræbelser. Indtil nu ikke i retlig forstand; endnu skaber ingen traktat en bindende forpligtelse. Men i politisk forstand som begrundelse og som endemål for alle handlinger, som tjener enheden. Det er betydningen af første afsnit af Romtraktaternes præambler, hvorefter traktaterne indgås, fordi de kontraherende parter er 'besluttet på at skabe grundlag for en stadig snævrere sammenslutning mellem de europæiske folk.'«¹

Det fremgår også af præamblerne, at beslutningstagerne mente, at de frie varebevægelser var et af de midler, hvormed de videregående politiske mål kunne fremmes.

Og det vil af kap. 13 fremgå, at EF-Domstolen i sine fortolkninger af traktaternes konkrete regler til gennemførelse af de frie varebevægelser lægger vægt på de antagelser, der har fundet udtryk i præamblerne. Domstolen tager med dommer Donners ord traktaternes formål »alvorligt«.²

Det er på denne baggrund, betydningen af en undersøgelse af den politologiske videnskabs resultater skal ses. Det er af interesse at undersøge, om præamblernes antagelser vedrørende de frie varebevægelsers integrationsfremmende virkninger har støtte i de eksisterende integrations-teorier og i eventuelle empiriske studier og i givet fald, hvordan disse virkninger begrundes, og hvor vigtige de er.

En sådan undersøgelse er vanskelig. Litteraturen er omfattende, og der findes betydelige uoverensstemmelser blandt teoretikerne. Det er-

1. *Die europäische Gemeinschaft* s. 364.

2. Se i *The Exeter Lecture in European Community Law* 1977, »The Court of Justice as a Constitutional Court of the Communities«.

kendes almindeligvis, at integrationsteoretikerne kun har nået få konkrete resultater. Arbejderne foregår mest på det generelle plan, og der foreligger kun få empiriske undersøgelser.³ De bedste af integrations-teoretikernes bidrag har dog kastet nyt lys over de faktorer, der kan være fremmende og hæmmende for integration. Der er tale om imponerende forsøg på at forklare uhyre komplicerede sammenhænge. Det er ganske vist forsøg, der nødvendigvis må mislykkes, hvis de prætenderer at give *fuldstændige og dækkende beskrivelser* af årsagssammenhænge i en integrationsproces. Dette gælder så meget desto mere, hvis de tillige prætenderer, at deres resultater kan bruges til at give *sikre forudsigelser* om en given integrationsproces' forløb eller at give *videnskabeligt underbyggende anvisninger* på, hvordan et givet integrationsmål skal nås. Men denne mangel på sikre resultater udelukker ikke, at de foretagne undersøgelser og teoretiske overvejelser kan have haft, og stadig har, betydning for de politiske beslutningstagere på overnationalt og nationalt niveau. Den udelukker heller ikke, at de resultater, der er nået, kan have en så overbevisende kraft, at de med rimelighed kan bruges i retlig sammenhæng.

De følgende afsnit vil først kort undersøge integrationsbegrebet og de vigtigste integrationsteorier med henblik på at give den nødvendige baggrund for at forstå teoretikernes opfattelse af betydningen af de frie varebevægelser.

7.2 – Integrationsbegrebet

Integrationsbegrebet er vigtigt både i den politiske EF-debat og i politologiske, økonomiske og juridiske behandlinger af EF-problemer.

Selve ordet integration betyder efter fremmedordbøgerne en »sammensmeltning«, »sammenslutning af flere dele«, »forbindelse af en mangfoldighed til en helhed«, »inddragelse i en større helhed«.⁴

Det er almindeligt i den politiske EF-debat at bruge integrationsbegrebet i denne forholdsvis løse forstand, d.v.s. som samlebetegnelse for de bestræbelser, der på baggrund af EF-traktaterne foregår for at styrke forbindelserne mellem de til

3. Den uindviiede læser lades ikke sjældent stum over for de uhyre intellektuelle anstrengelser og det omfattende og tunge begrebsapparat, der har været brugt til at forklare tilsyneladende selvålgeligheder.

4. Se *Gyldendals ordbog*, 5. udgave.

enhver tid værende EF-medlemsstater. Integrationsbegrebet dækker formentlig på udmærket vis den »stadig snævrere sammenslutning mellem de europæiske folk«, som de kontraherende stater gennem EØF-traktaten var besluttet på at skabe grundlag for. Begrebets ubestemthed kan ikke blot betragtes som en mangel, når det benyttes i den politiske debat. Det fremhæver formentlig på hensigtsmæssig måde, at der er tale om en tilsigtet fremadskridende proces, hvis mål bliver nået, efterhånden som udviklingen skrider frem, men hvis endemål hverken er defineret eller kan defineres på en måde, hvorom der blot kan skabes nogenlunde enighed. Der er nogle, der ser integrationens endemål som dannelsen af en forbundsstat i lighed med USA, men der er andre, og de er utvivlsomt i dag i overtal, der mener, at integrationens endemål er langt løsere forbindelser mellem de deltagende stater.

Integrationsbegrebet benyttes også i ikke helt ringe omfang i juridiske fremstillinger. På samme måde som i den politiske debat har begrebet normalt i den juridiske litteratur et højst ubestemt indhold. Det benyttes også dér normalt som en samlebetegnelse for de processer, der er sat i gang for at skabe stadig snævrere forbindelser mellem medlemsstaterne.⁵

Anderledes forholder det sig i den politologiske integrationsteori. Målet er netop beskrivelse, forklaring og forudsigelse af integrationsprocesser og -tilstande, og integrationsbegrebet må derfor nøje fastlægges. Dette sker da også hos de enkelte forfattere, uden at det dog er lykkedes at opnå enighed om begrebsfastlæggelsen. Dette kan ikke undre, når man ser, at forfatterne benytter begrebet i vidt forskellige sammenhænge. Der er nogle, der udelukkende benytter begrebet som betegnelse for en tilstand⁶, og der er andre, der benytter begrebet som betegnelse for en proces.⁷ Integrationsbegrebet benyttes også i forbindelse med beskrivelser af forskellige *mål*. En indflydelsesrig teori mener således, at integration er opnået, når der mellem to eller flere stater er opstået et sådant fællesskab, at konflikter altid kan løses ad fredelig vej, medens andre synes at gå ud fra, at endemålet for integration må være en forbundsstatslignende statsdannelse.⁸

Pentland har i en oversigt over de herskende teorier ment at kunne anvende følgende definition som udtryk for den mindste fællesnævner: »Politisk integration er en proces, hvorved en gruppe af folk, oprindeligt organiseret i to eller flere stater, skaber et politisk hele, som i en vis forstand kan beskrives som et fæl-

5. Se Pescatore, *Law of Integration* s. 7 ff. Se også Hans Stenberg, *Studier i EG-rätt*, Nyköping, 1974, s. 23 f, og den der nævnte litteratur og Zacharias Sundström, »Integrationsrättsteori«, *Festskrift till Ivar Agge*, Stockholm, 1970, s. 337ff, der forsøger at skitsere en integrationsretlig metodik- og begrebslære.

6. Se den i afsnit 7.3. omtalte transaktionsteori.

7. Se den i afsnit 7.3. nævnte neofunktionalistiske teori.

8. Se de i note 6 og 7 nævnte teorier.

lesskab«. ⁹ Definitionens værdi er efter hans opfattelse, at den identificerer de to afgørende spørgsmål i relation til integrationsteoriene. Det første er, hvilken slags »politisk hele« eller fællesskab der søges nået gennem processen, og det andet vedrører de væsentligste betingelser, der må være til stede for at starte processen. ¹⁰

Der er ikke i denne afhandling grund til at forsøge en nærmere fastlæggelse af integrationsbegrebet. ¹¹ Det benyttes senere i afhandlingen, men da i den ovennævnte mere ubestemte betydning, nemlig som betegnelse for en proces, der skaber snævrere forbindelser mellem medlemsstaternes befolkninger. Det afgørende vil i denne sammenhæng være, om en given foranstaltning eller afgørelse, konkret vurderet, er egnet til at skabe snævrere forbindelser.

7.3 – Integrationsteoriene

Teoriene opdeles normalt i 4 hovedgrupper: den funktionalistiske, den føderalistiske, den neofunktionalistiske og den transaktionalistiske (*sic!*) ¹² Teoriernes indhold skal kun skitseres i grove træk. Beskrivelsens begrænsede formål retfærdiggør dette, men fører til gengæld til, at teoriene kan forekomme mere virkelighedsfjerne, end de reelt er. ¹³

Funktionalisternes mål er at skabe samarbejde mellem stater med hen-

9. *International Theory and European Integration* s. 21.

10. Som eksempler på de enkelte teoretikers definition skal her nævnes de definitioner, der anvendes af to af de kendteste integrationsteoretikere, amerikanerne Haas og Deutsch. Haas definerer integration som en proces, »hvorved politiske aktører inden for flere adskilte nationale områder overbevises om at vende deres loyalitet, forventninger og politiske aktiviteter mod et nyt center, hvis institutioner har eller kræver jurisdiktion over de tidligere eksisterende nationale stater. Enderesultatet af en politisk integrationsproces er et nyt politisk fællesskab, der erstatter de tidligere eksisterende«. (*The Uniting of Europe* s. 16). Deutsch finder, at der foreligger politisk integration som en tilstand, hvor en gruppe »inden for et territorium har nået en fornemmelse af fællesskab og af institutioner og fremgangsmåder, der er stærk og omfattende nok til for lang tid at sikre holdbare forventninger om fredelige forandringer«. (*Political Community and the North Atlantic Area*, New Jersey, 1957, s. 5).

11. Der kan herom henvises til Martin Sæter, *Det politiske Europa*, kap. 1, og mere i almindelighed til Lehmann Sørensen (red.), *Politisk integrationsteori*, og Pentland, *International Theory and European Integration*.

12. Se bl.a. de i note 11 nævnte værker af Pentland og Lehmann Sørensen m.fl. Jeg har her opgivet at oversætte til dansk. Det er naturligvis vanskeligt at indplacere samtlige integrationsteoretikere i disse skoler, og der er i alle, navnlig den neofunktionalistiske, foregået forskellige ændringer i årenes løb.

13. Den begrænsede behandling kan måske begrundes med den manglende tro på teorierne, man i de senere år fra politologernes side har givet udtryk for. Lehmann Sørensen hævder f.eks., at »afskedstalen« for den politiske integrationsteori allerede er holdt, *anf.st.* s. 194.

blik på bevaring af freden og bedre tilfredsstillelse af menneskets behov.¹⁴ Midlet er, at staterne overlader løsningen af visse opgaver, fortrinsvis af teknisk karakter, til internationale organer. Disse, hvis nærmere strukturer må afhænge af opgavernes art, men som dog bør ledes af upolitiske eksperter, vil være i stand til – bedre end nationalstaterne – at løse de overdragne opgaver, og de effektive løsninger af opgaverne vil tilsige, at yderligere opgaver overdrages til internationale organer. Det centrale i denne teori er, at de gode resultater af de internationale organisationers arbejde vil føre til overførsel af loyalitet fra nationale centre til overnationale centre.

Føderalisterne, som kan finde talsmænd langt tilbage i historien, men som ikke har nogen høj stjerne hos de moderne integrationsteoretikere, mener, at den rette integrationsmodel for Europa er den forbundsstatslige model.¹⁵ Denne gør det muligt at skabe den nødvendige enhed mellem forskellige befolkninger og områder, samtidig med at den gør det muligt at bevare disses særpræg. Forbundsstaten kan og skal indføres gennem politiske beslutninger, der udmøntes i forfatningslignende dokumenter. Der lægges vægt på oprettelsen af nye fælles institutioner, og det er almindeligt, at det amerikanske forfatningssystem tages som udgangspunkt.

Neofunktionalisterne bygger videre på de funktionalistiske teorier, idet de dog indarbejder visse føderalistiske træk i deres teori.¹⁶ De neofunktionalistiske forfattere fastlægger normalt ikke nøje integrationens endemål, men deres grundlæggende antagelse synes dog at pege mod en forbundsstatslignende statsdannelse. De bygger i høj grad på erfaringerne fra det tidlige EF-samarbejde og kan formentlig i et vist omfang siges at give udtryk for en almindelig opfattelse blandt en stor del af politikere og embedsmænd, der beskæftiger sig med den europæiske integration.

14. Hovedteoretikeren er englænderen David Mitrany, hvis bog *A working Peace System* udkom i (Chicago) 1943. Om funktionalismen se i øvrigt Pentland, *anf.st.* s. 64ff, og Lehmann Sørensen m.fl., *anf.st.* s. 14ff, samt Sæter, *anf.st.* s. 10ff.

15. Se bl.a. Pentland, *anf.st.* s. 147ff, Lehmann Sørensen, *anf.st.* s. 45ff og Sæter, *anf.st.* s. 39 ff.

16. Det første vigtige værk er af Haas, *The Uniting of Europe*, 1958, men også amerikanerne Lindbergs og Scheingolds *Europe's Would-Be Polity* fra 1970 er vigtig. Se i øvrigt Pentland, *anf.st.* s. 100ff, Lehmann Sørensen m.fl., *anf.st.* s. 72ff, og Sæter, *anf.st.* s. 8ff.

De fremhæver som det afgørende i integrationsprocessen, at overnationale organer får overladt en eller flere opgaver. Den effektive løsning af disse opgaver vil tilsige, at de får overladt flere opgaver. En sådan yderligere overladelse nødvendiggøres i øvrigt af, at de enkelte tekniske og økonomiske områder ikke kan reguleres uafhængigt af hinanden, men at de altid har nøje sammenhæng med andre områder, hvorfor overnational regulering af ét område tenderer mod at føre til overnational regulering af andre områder. Den overnationale regulering betyder også overførsel af loyalitet fra det nationale plan til det overnationale, og den skaber en samhørighedsfølelse over de tidligere grænser. Disse virkninger kaldes »spill-over-effekten« – integrationens selvforstærkende virkning.¹⁷ Der er to aspekter i denne tankegang, dels et psykologisk og dels et økonomisk/politisk.

Haas gør således gældende, at »integrative lektioner lært i én funktionel sammenhæng vil blive anvendt i andre og på denne måde til sin tid afløse traditionel international politik«.¹⁸ Og han fremhæver også, at »det er utænkeligt, at liberaliseringen ikke alene af handelen, men også af betingelserne for handelen kan fortsætte længe uden harmonisering af den generelle økonomiske politik ...« Samtidig understreger han, at »tidligere beslutninger breder sig ud i ny funktionelle sammenhænge, berører flere og flere mennesker, nødvendiggør mere og mere interbureaukratisk kontakt og konsultationer vedrørende de nye problemer, som er en følge af tidligere kompromiser«.¹⁹

Neofunktionalisterne synes oprindeligt at være gået ud fra, at den selvforstærkende virkning i integrationsprocessen var på det nærmeste uundgåelig. Senere har disse teoretikere dog, dels i forbindelse med en nuancering af teorien og dels under hensyn til den faktiske udvikling, »generelt opgivet troen på denne proces som universel og deterministisk, og koncentrerer sig om at finde frem til en identificering af de sociale,

17. Dette begreb har mange navne. Det almindelige på engelsk er »spill-over«, på fransk »engrenage« og på tysk »Kettenreaktion«. Sundstrøm, *anf.st.* s. 347, kalder det integrationseffekten, men mener, at dette begreb er forskelligt fra spill-over begrebet. Det er rigtigt, at forskellige forfattere giver disse begreber lidt forskelligt indhold, alt efter om de lægger vægt på rent økonomisk/politiske faktorer eller på mere psykologiske faktorer. Fælles er dog, at man mener at kunne konstatere en selvforstærkende virkning i integrationsprocessen.

18. *Beyond the Nation State*, 1964, s. 48.

19. *Uniting of Europe* s. 311f.

økonomiske og politiske betingelser, der gør spill-over virkningen mere eller mindre sandsynlig«. ²⁰

Transaktionslisterne undersøger navnlig de faktorer, der må antages at skabe et sådant fællesskab mellem stater, at fredelig bilæggelse af tvister sikres. ²¹ De mener, at afgørende er skabelsen af en samhørighedsfølelse mellem de pågældende stater og deres befolkninger. Deutsch gør gældende, at en politisk integrationsproces ikke kan forekomme, førend en social assimilationsproces har dannet en »homogen transnational befolkning«. ²² Denne samhørighedsfølelse skabes og kan måles ved et højt »transaktionsniveau« mellem staterne, det vil sige vidtgående samkvem mellem staterne, herunder navnlig gennem handel, men også gennem postforbindelser, rejser, udveksling af studenter m.m.

Deutsch anbefaler som et af de midler, der kan skabe integration, en forøgelse af området for gensidige transaktioner. Området for transaktioner eller antallet af transaktioner kan næppe være for stort. Et højt transaktionsniveau er ikke blot udtryk for et fællesskab mellem stater, men forstærker det også.

Transaktionslisterne synes at gå ud fra, at et almindeligt internationalt samarbejde mellem stater er tilstrækkeligt til at skabe den for opnåelse af integration nødvendige samhørighedsfølelse. De udelukker ikke institutionaliseret samarbejde, men finder det ikke særligt ønskeligt.

Forskellene mellem teorierne bør næppe overdrives. Den vigtigste er formentlig, om teorierne lægger størst vægt på institutionelle skridt (juridisk/politiske beslutninger), således som neofunktionalisterne og føderalisterne gør det, eller om de lægger størst vægt på skabelsen af et »socialpsykologisk« fællesskab, således som funktionalisterne og transaktionslisterne gør det.

Disse forskelle er ikke absolutte, og de to udgangspunkter bør ikke opfattes som indbyrdes uforenelige. Det forekommer vanskeligt at afvise, at både institutionelle/politiske beslutninger og de socialpsykologiske betingelser kan have betydning for integrationsprocessen. Naturligvis har Ross godt grundlag for sit angreb på, hvad han kalder »legalisterne«, d.v.s. dem, der tror vilkårligt at

20. Se Pentland, *anf.st.* s. 119, og Roger Hansen i Hodges (red.), *European Integration* s. 194.

21. Hovedværket inden for denne retning er amerikaneren K. Deutsch m.fl.'s *Political Community and the North Atlantic Area* fra 1957. Se også Pentland, *anf.st.* s. 29, Lehmann Sørensen m.fl., *anf.st.* s. 159.

22. Se Lehmann Sørensen, *anf.st.* s. 159ff.

kunne ændre den bestående retstilstand.²³ En stærk tro på rettens mulighed for at ændre den økonomiske og sociale virkelighed er utvivlsomt forfejlet. Men lige så virkelighedsfjernt synes det at være at ville benægte, at institutionelle/politiske beslutninger, der udmøntes i retsregler, kan være medvirkende til at modificere eksisterende og endda under gunstige omstændigheder skabe nye socialpsykologiske betingelser. Der er trods alt nogen sandhed i Hallsteins udtalelse om, at »politik er ikke en naturproces, men en viljesag«.²⁴ Udviklingen består i en stadig gensidig vekselvirkning mellem disse to sæt faktorer. Forskellene mellem de forskellige teorier er kun forskelle i udgangspunkt og relativ vægtning.

7.4 – De frie varebevægelseres betydning som integrationsfaktor

Af de fire teorier er det den neofunktionalistiske og den transaktionslignende, der har beskæftiget sig mest med handelssamkvemets betydning som integrationsfaktor.²⁵

Dette er ikke overraskende, for det er samtidig de mest udbyggede teorier. Det er inden for disse teories og navnlig den førstnævntes rammer, at man på mere videnskabelig basis har forsøgt at opstille fuldstændige integrationsmodeller, der ikke alene skal beskrive og forklare integrationsprocessen, men også forudsige dens videre forløb og anviser de rette midler til at nå de ønskede mål.

Man har forsøgt at identificere en række faktorer (variabler) af betydning for integrationsprocessen. Disse findes på forskellige niveauer. Der opereres med systemniveauet (det overnationale niveau), statsniveauet og individniveauet. Faktorerne kan opfattes som baggrundsfaktorer, d.v.s. de for igangsætningen af integrationsprocessen fremmende eller hæmmende faktorer, og de kan opfattes som hæmmende eller fremmende faktorer i selve processen.

Teoretikernes opgave har været at analysere disse faktorer og at tildele dem

23. »Disse folk gør sig skyldige i en »vildfarelse«, for »ret skabes ikke vilkårligt, men vokser ud af et sæt sociale og socialpsykologiske betingelser. At kræve en radikal ændring af retstilstanden uden først at ændre disse betingelser er i lige så høj grad voluntaristisk magi som den primitive medicinmands besværgelser«, *De forenede Nationer* s. 223.

24. *Festgabe für Müller-Armack* s. 278.

25. Dette betyder ikke, at funktionalister og føderalister afviser at tillægge handelssamkvem betydning. Neofunktionalisterne har trods alt deres tankemæssige grundlag i den funktionalistiske skole, og føderalisterne tillægger ganske vist politiske beslutninger større relativ betydning end de andre teorier, men udelukker derfor ikke, at skabelsen af samhørighed gennem handelssamkvem kan have stor betydning. Det er i øvrigt typisk, at det for det praktiske livs mænd formentlig vil være uklart, om de er »føderalister« eller »neofunktionalister«. Der er således ikke så helt få, der vil betegne sig som føderalister, men som reelt mener, at de midler, der skal bruges til at nå målet, er de neofunktionalistiske.

relativ vægt som elementer i integrationsprocessen. Et naturligt led i dette arbejde må være at søge teorierne sandsynliggjort eller endog verificeret gennem empiriske undersøgelser. Dette er dog kun sket i ringe omfang.

Dette er ikke overraskende. Samfundsvidenskabernes problem – og dette gælder ikke mindst den internationale politik – er vanskeligheder ved at få verificeret de opstillede teorier gennem empiriske undersøgelser. Blegvad²⁶ har fremhævet, at man på den ene side har talrige undersøgelser af begrænsede emner uden sikre konklusioner og på den anden side en række postulater, der ikke er baseret på undersøgelser. Resultaterne er for ofte tautologiske, og de er ikke tilstrækkeligt objektive og præcise. Kendetegnende er i øvrigt en udbredt uenighed blandt videnskabsmændene.

Blegvad fremhæver som grunde for denne tilstand de undersøgte problemers uhyre kompleksitet og de store vanskeligheder ved som grundlag for undersøgelserne at bruge eksperimentet. Det er sjældent muligt at udskille en enkelt faktor til undersøgelse, samtidig med at de andre faktorer holdes konstante.

Det er derfor i samfundsvidenskaberne hyppigt nødvendigt at acceptere den vellykkede forudsigelse som kriterium for, at man har opnået holdbar viden.

Det er forståeligt, at de faktorer, som integrationsteoriene har opstillet som betydningsfulde for integrationen, i det væsentlige har et spekulativt grundlag eller måske snarere hviler på commonsense betragtninger. Man mener på grundlag af den sunde fornuft og med støtte i mere eller mindre velunderbyggede opfattelser vedrørende sammenhængen på andre, men sammenlignelige områder at kunne gå ud fra, at en nærmere bestemt faktor må have betydning for integrationen.

Det er ud fra sådanne betragtninger, at de fleste integrationsteoretikere har gjort gældende, at *»transaktioner«, herunder først og fremmest varebevægelser, mellem de berørte stater er af betydning for integrationen.* Dette gælder naturligvis først og fremmest transaktionsskolens teoretikere. Et stort handelssamkvem er for dem udtryk for høj grad af strukturel integration²⁷ og må derfor tillægges overordentlig betydning. Men også neofunktionalisterne har lagt vægt på handelssamkvemmet som integrationsfremmende. Haas har i en afhandling, udarbejdet i samarbejde med Schmitter, fremhævet tre grupper faktorer (variabler), »som mere eller mindre konstant synes at forekomme mellem oprettelsen af en økonomisk union og det produkt, vi kalder politisk union«. ²⁸ Den første

26. *Om samfundsvidenskab* s. 13ff.

27. *Deutsch m.fl., France, Germany and the Western Alliance* s. 235.

28. »Economics and Differential Patterns of Political Integration: Projections about Unity in Latin America«, *International Organization*, vol. XVIII s. 266ff.

gruppe, »baggrundsvariablerne« omfatter bl.a. »transaktionshyppigheden mellem enhederne«, og den tredje gruppe, som kaldes »procesvariable«, omfatter også »transaktioner efter integration«. Forfatterne mener, at jo større transaktionsniveauet er, jo større chance er der for, at den økonomiske union vil »spill-over i politisk integration«.

Der er altså enighed om samhandelens betydning for integrationen, selv om der nok er en vis usikkerhed med hensyn til dens relative vægt. Der hersker tillige en vis usikkerhed, om samhandel er en forudsætning for eller årsag til integration. Ifølge Haas »forbliver det et spørgsmål, om en forøgelse af transaktioner går forud for, forstærker, følger af eller er årsag til integration«.²⁹

Det er vanskeligere at sammenfatte de forklaringer, de forskellige teoretikere giver for, *hvorfor samhandelen er eller kan være integrationsfremmende*.

Der synes at være tre hovedgrupper af grunde, der delvis overlapper hinanden. Samhandelen betyder for det første kommunikation over grænserne og skaber derved det nødvendige grundlag for en *samhørighedsfølelse* mellem de berørte landes »eliter og befolkninger«.³⁰ Samhandelen har for det andet vigtige *økonomiske konsekvenser* med integrationsfremmende virkninger. Den indicerer, at der er sket en arbejdsdeling over grænserne, og at de forskellige lande har brug for hinandens produkter. Den er udtryk for landenes *grundlæggende gensidige afhængighed* (interdependens), og en effektiv samhandel er igen med til at skabe øget gensidig afhængighed. En én gang realiseret arbejdsdeling over landegrænserne kan være vanskelig at ophæve. Landene må nødvendigvis fortsætte samhandelen. Samhandel gør for det tredje *en overnational regulering* nødvendig. Samhandelen har vist sig økonomisk øn-

29. Som citeret i James E. Dougherty og Robert L. Pfaltzgraff, *Contending Theories of International Relations*, Philadelphia, 1971, s. 305. Sæter, *anf.st.* s. 45, mener dog i forbindelse med en drøftelse af Deutsch's teori om strukturel integration at kunne fastslå, at strukturel integration både kan være en forudsætning for og en følge af politisk integration, »Mangel på strukturell integrasjon kan bidra til å sinke den politiske integrasjonen, høj strukturell integrasjon kan påskynde den«.

30. Denne betydning af samhandelen er utvivlsomt den vigtigste for Deutsch, som i *Political Community and the North Atlantic Area* s. 168, understreger, at man ikke må overvurdere den økonomiske betydning af handelssamkvemet. Erfaringerne skulle have lært os, at samhørighedsfølelsen ikke nødvendigvis i det væsentligste er af økonomisk karakter. Han mener, at »nyttens af økonomiske bånd i det væsentlige beror på det omfang, de fungerer som en form for kommunikation og som et synligt tegn på belønning«.

skelig og må derfor beskyttes. Dette forudsætter politisk vedtaget regulering. Handelshindringer skal fjernes. Men fjernelse af handelshindringer kan ikke ske uden vigtige konsekvenser for andre dele af staternes økonomiske politik. Fjernelse af handelshindringer må nødvendigvis føre til yderligere økonomiske reguleringer på det internationale plan, og succesrige overnationalt reguleringer vil betyde loyalitetsoverføringer fra nationalt til overnationalt plan. Dette er som nævnt spill-over teoriens kerne.³¹

Disse begrundelser for samhandelens integrationsfremmende virkninger er dog ikke ubestridte. Der er som allerede nævnt sat store spørgsmålstegn ved »spill-over« virkningen. Sæter mener, at udviklingen har vist teoriens begrænsede anvendelighed. Forestillingen om, at de enkelte regeringer vil opgive vitale nationale interesser til fordel for en fælles langsigtet målsætning, er urealistisk.³² Dahrendorf betegner teorien som forvrøvlet (nonsensical).³³ »Der er ingen lovmæssig nødvendighed (Sachgesetzlichkeit), som kan tvinge Europas stater til at redde en problematisk landbrugspolitik gennem oprettelsen af en valutaunion eller en problematisk økonomisk union gennem en omfattende samlet og fælles optræden«. På samme måde har Roger Hansen gjort gældende, at man meget vel kan have et fælles marked, uden at staterne behøver at overlade kontrol over deres vitale interesser til en stadig mere magtfuld supranational institution.³⁴ Selv spill-over teoriens ophavsmænd har måttet erkende, at de ikke ved hjælp af denne teori på holdbar måde har kunnet forudsige udviklingen i EF. Haas har således skrevet: »De teorier, som vi har udviklet med henblik på at beskrive, forklare og forudsige dette fænomen, har imidlertid udvist en tendens til enten ikke at for-

31. Hallstein gengiver i *Die europäische Gemeinschaft* s. 20, en skildring af denne sammenhæng, som han hævder aldrig senere er blevet gengivet med så klassisk enkelhed. Den gives i den sidste Folkeforbundsbrochure (om »Toldunionen«, ny udgave af FN i 1947), hvori det hedder: »For at oprette en toldunion må man tillade frie varebevægelser i unionen. For at gøre unionen til virkelighed må man tillade frie personbevægelser. For at bevare en toldunion må man opretholde frie valutavekslinger og faste kurser i unionen. Det betinger bl.a. frie kapitalbevægelser i unionen. Men hvor der i et område findes frie bevægelser af varer, personer og kapital, dér kan ikke føres forskellig økonomisk politik«.

32. Se *anf.st.* s. 41.

33. »A New Goal for Europe«, i Hodges *European Integration* s. 74.

34. *Anf.st.* s. 89 og s. 189ff.

udsige begivenheder særlig akkurat eller ikke at forklare særligt overbevisende, hvorfor begivenheder, som blev forudsagt, rent faktisk ikke fandt sted«. ³⁵ Konklusionen må være, at udviklingen ikke har sandsynliggjort og endnu mindre verificeret teorien.

Det er også af andre påpeget, at handelssamkvemmets *samhørigheds-skabende virkning* er tvivlsom, og at den i hvert fald ikke hviler på reelt erfaringsgrundlag. Peter Hansen stiller sig således meget tvivlende over for teoriens holdbarhed, navnlig holdbarheden af »dens implicite antagelse af en kausalrelation mellem transaktionsintensitet og fællesskab i identifikationssæt«. ³⁶ Værdien af disse teorier stilles formentlig også i relief gennem den italienske politiker og kommissionsmedlem Spinellis opfattelse, hvorefter handel følger politik og ikke omvendt, og hvorefter »hele den europæiske økonomiske integration kan ødelægges på samme måde, den blev skabt«. ³⁷

De få forsøg på *empiriske undersøgelser* i forbindelse med integrationsteoriene har især vedrørt transaktionsintensitetens betydning.

Her skal nævnes to forsøg. Det første er foretaget af Deutsch i midten af 60'erne. Hans hensigt var ved hjælp af statistik, navnlig over handelssamkvemmet, at undersøge, om integrationen i EF var gået frem eller tilbage. Dette skete ved at sammenholde det konstaterede handelssamkvem med det hypotetiske handelssamkvem, som han efter nærmere beregninger mente ville have eksisteret uden den europæiske integration. ³⁸ En

35. Som citeret i Lehmann Sørensen m.fl., *anf.st.* s. 194. Se også Roger Hansen, *anf.st.* s. 192f, og Lehmann Sørensen m.fl., *anf.st.* s. 137.

36. Peter Hansen fortsætter:

»De kategorier, der her er tale om, tilfredsstillende ikke endog meget liberale krav om isomorfi og kan næppe heller siges at udgøre et af psykologien tilstrækkeligt piloteret fundament til at bære den integrationsteoretiske struktur, der er bygget op om deres hypotetiske sammenhæng«, *Forskning i Danmark af europæisk integration*, København, 1974, s. 19. Sammesteds nævner han som eksempel på transaktionsanalysens ringe forudsigelseskraft perioden i begyndelsen af dette århundrede. »Det forhold, at Ruslands vigtigste handelspartner i 1913 var Tyskland; at Tysklands vigtigste handelspartnere var Storbritannien og USA, og at Storbritanniens næststørste afsætningsmarked var Tyskland, ville næppe have fået transaktionsanalytiske integrationsforskere til at forudsige udbruddet af den første verdenskrig«. Han nævner også nogle empiriske undersøgelser, der skal vise, at efterkrigstidens forøgede transaktionsintensitet mellem Tyskland og Frankrig ikke modsvares af en tilsvarende forøgelse af den gensidige tillid.

37. Citeret fra Pentland, *anf.st.* s. 166.

38. Se *France, Germany and the Western Alliance* s. 220ff.

positiv forskel mellem tallene ville være tegn på integration og en negativ forskel tegn på det modsatte. Det er klart, at selve fastsættelsen af hypotetiske handelssamkvem måtte bero på et vanskeligt skøn. Når hertil kom, at Deutsch lagde til grund, at der var en række faktorer udover integrationsfaktoren, der kunne forklare positive forskelle i de to tal, er det ikke overraskende, at Deutsch' undersøgelser er mødt med megen skepsis.³⁹ Dette skyldes måske også, at Deutsch's undersøgelser førte til den konklusion, at der ikke havde fundet strukturel integration sted i EF.⁴⁰ Deutsch forklarede den faktisk konstaterede meget betydelige forøgelse af handelssamkvemet mellem EF-landene med den forøgede levestandard i disse lande.

Den anden empiriske undersøgelse, der blev foretaget på grundlag af tilsvarende statistisk materiale, nåede da også til et modsat resultat. Russett, der også i midten af 60'erne undersøgte handelen mellem Frankrig og Forbundsrepublikken, fandt, at handelen både »hvad angår det nuværende omfang, og hvad angår stigningstakten«, kunne anses som en bekræftelse af »en Paris-Bonn akse, som spiller en stadig større rolle i verden«.⁴¹

7.5 – Afsluttende bemærkninger

Man kan på dette grundlag, så ufuldstændigt det end måtte være, uden vanskelighed være enig med Sæter, når han udtaler, at det er »begrænset hva teorien kan hjælpe oss til å oppklare når det gjelder europæisk integrasjon«.⁴² Dette gælder ikke mindst spørgsmålet om de frie varebevægelers betydning.

Man kan i det højeste fastslå, at en række videnskabsmænd, der har beskæftiget sig med politiske integrationsproblemer, ud fra commonsense betragtninger har ment, at den internationale samhandel kan have betydning i integrationsprocessen, fordi den kan både styrke samhørigheden mellem de berørte og være medvirkende til en stadig udvidelse af området for overnational regulering. Men samtidig må det konstateres, at disse antagelser ikke er verificeret gennem empiriske undersøgelser, og

39. Se en meget kritisk behandling af Deutsch' metode, Sæter, *anf.st.* s. 33f.

40. *Anf.st.* s. 219.

41. Bruce M. Russett, *Trends in World Politics*, New York, 1965 s. 33.

42. *Anf.st.* s. 3.

at udviklingen ikke kan siges at have underbygget dem på overbevisende måde.

De meget usikre resultater, som de foregående undersøgelser har ført til for så vidt angår en underbygning af de frie varebevægelser betydning for integration, er imidlertid ikke nødvendigvis af større betydning. I hvert fald ikke med henblik på en undersøgelse af den betydning, som EF-Domstolen og andre beslutningstagere i EF finder det rigtigt at tillægge en beskyttelse af de frie varebevægelser.

Politiske beslutninger hviler selvsagt ikke altid på præmisser af videnskabelig holdbarhed. De er udtryk for valg på grundlag af mere eller mindre sikre præmisser. Det samme gælder til en vis grad den judicielle beslutning, som ikke sjældent også er udtryk for et valg inden for de mere eller mindre sikre rammer, de almindeligt anerkendte retskilder i overensstemmelse med almindeligt accepteret juridisk metode afstikker. Det vil være vanskeligt alvorligt at kritisere, at det dømmende organ vælger at lægge vægt på de antagelser, som traktaternes ophavsmænd måtte have haft vedrørende samhandelens betydning for integrationen, også selv om disse senere skulle blive afsvækket. På den anden side vil det være virkelighedsfjernt at benægte, at organet ved anvendelse af dynamiske fortolkningsmetoder kan undlade at lægge de oprindelige antagelser til grund, hvis udviklingen måtte have vist deres manglende holdbarhed. Det må erkendes, at det dømmende organ står meget frit, og at de enkelte medlemmers opfattelse af samhandelens betydning for integrationen i sidste instans bliver afgørende.

Støtte for deres opfattelser kan de enkelte medlemmer hente fra forskellige kilder. Vigtige vil altid være antagelserne hos ophavsmændene til den tekst, der skal fortolkes, men støtte kan også hentes fra litteraturen, hvor dommeren kan finde antagelser udtrykt, som han finder overbevisende. Og den dommer, der ønsker det, kan finde støtte for at tillægge varebevægelserne stor betydning hos repræsentanter for begge grupper. Dette er ikke overraskende. Der kan konstateres en vekselvirkning mellem opfattelserne hos de politisk ansvarlige og teoretikerne. Vigtigt er i denne forbindelse, at flere af integrationsteoretikernes værker, navnlig Haas' og Lindbergs, er tilblevet på grundlag af interviews med og personligt kendskab til praktikerne i Fællesskaberne. Værkerne »absorberer derved uundgåeligt disse organisationers etos og opfattelser og bliver på en måde deres akademiske udtryk«. Det er nok mere tvivlsomt, om teoretikerne har haft tilsvarende indflydelse på praktikerne, »men

det kan i det mindste formodes, at den omfattende teoretiseringen omkring Fællesskabernes funktion har tjent til at bestyrke, hvad der hurtigt blev Bryssels 'konventionelle visdom'.⁴³

Eksistensen af en sådan »konventionel visdom« også vedrørende varebevægelsernes betydning for den politiske integration bør ikke under vurderes, heller ikke i en juridisk afhandling. Den har været en betydningsfuld realitet og betyder utvivlsomt stadig en del. Dette gælder formentlig også hos i hvert fald nogle af Domstolens medlemmer. Professor Pescatore, der også er medlem af EF-Domstolen, har således i indledningen til sit for forståelsen af EF-retten helt afgørende værk, *The Law of Integration*, nævnt Haas', Lindbergs og Scheingolds værker som væsentlige for forståelsen af integrationsprocessen.^{43a}

Betydningen af en sådan »konventionel visdom« vedrørende integrationsprocessens forløb bliver for så vidt ikke mindre, fordi det kan konstateres, at traktaternes ophavsmænd langt fra havde en sikker og enig opfattelse af dette spørgsmål, og at traktaterne er udtryk for en lang række politiske kompromisser.⁴⁴

Det må nemlig samtidig konstateres, at talsmændene for et forbundsstatslignende samfund som integrationens endemål med et stadigt fremadskridende funktionelt samarbejde som middel havde stor indflydelse på traktaternes udformning, og at de fik lov til at præge navnlig præamblernes udformning.⁴⁵

Skeptikerne over for en for vidtrækkende europæisk integration kunne ganske vist henvise til, at der i traktaterne kun var fastsat relativt begrænsede aktuelle juridiske pligter for staterne, og at videregående betydningsfuld integration forudsatte politiske beslutninger, men tilhængerne af en europæisk forbundsstat mente, at der gennem traktaterne var sat en proces i gang, der gradvis måtte føre nærmere og nærmere

43. Pentland, *anf.st.* s. 132.

43a. Se forordet.

44. Det er givet rigtigt, når Lindberg og Scheingold i *Europe's Would-Be Polity* s. 3 fastslår, at EF er et politisk kompromis mellem forskellige opfattelser vedrørende den form, den europæiske ide skulle have, og specielt vedrørende de enkelte staters plads i et integreret Europa.

45. Sammenhold citatet af Hallstein i afsnit 7.1. Lipsey har endog udtalt, at der kun er lidt tvivl om, at oprettelsen af EF i hovedsagen skyldtes personer, hvis mål var en europæisk politisk union, og som alene så den økonomiske union som et middel til at nå dette politiske mål snarere end som et middel til at nå mere specielle mål (afsnittet om international integration i *International Encyclopedia of the Social Sciences*).

mod målet. De havde fået angivet målet for bestræbelserne i præamblerne, omend på ganske ubestemt måde, og den proces, de havde sat i gang, ville føre til målet.

Det er ikke vanskeligt at påvise, at en række af ophavsmændene til traktaterne i vidt omfang byggede på en sådan opfattelse af integrationsprocessen. Der er efter min opfattelse også tilstrækkeligt grundlag for at påstå, at hovedparten af de teoretikere, der arbejder med EF-retten, accepterer denne opfattelse.

Her skal jeg begrænse mig til ganske enkelte citater.

Lindberg og Scheingold har efter min opfattelse med rette gjort gældende, at Jean Monnets integrationsfilosofi er baseret på det udgangspunkt, »at der er en sådan kumulativ logik i økonomisk integration, at jo længere regeringerne kommer ind i den, jo længere er det sandsynligt, at de må gå, om de vil det eller ej«. ⁴⁶

Hallstein, tysk deltager i traktatforhandlingerne og tidligere præsident for Kommissionen, har hævdet, at »integrationen af de dele af staternes politik, der vedrører de økonomiske og sociale forhold, af Romtraktaten er fastsat som middel til opnåelsen af Europas enhed«. Han nævner den af traktaten ønskede »Kettenreaktion« ved hjælp af »et af de centrale elementer i fællesskabskonstruktionen, de frie varebevægelser«, og anskueliggør herved, »hvordan den uløselige indre sammenhæng mellem alle den økonomiske politiks enkelte foranstaltninger har betydning for integrationen som dynamisk faktor«.

Hallstein fremhæver tillige handelshindringernes skadelige virkninger, ikke blot fordi de fordyrer den internationale handel, men også på grund af deres psykologiske skadelige virkninger: »sie entfremden«. ⁴⁷

Også den franske juridiske professor og tidligere indflydelsesrige politiker Pierre Henri Teitgens opfattelse er karakteristisk. Han gør gældende, at traktaternes ophavsmænd har accepteret og villet, at Europas enhed skulle opnås gennem en fremadskridende integration, og at traktaterne må fortolkes og anvendes i overensstemmelse hermed: »... toldunionen indebærer i en uafvendelig kædereaktion (engrenage) den »økonomiske« union, som så igen gennem kædereaktionen indebærer den »politiske« union«. ⁴⁸

Ved siden af den her skildrede »konventionelle visdom«, eller måske som et led i den, må en anden almindelig opfattelse hos de oprindelige og overbeviste integrationister nævnes. Flere af disse har personligt mærket følgerne af den nationalisme, der førte til dette århundredes to verdens-

46. *Anf.st.* s. 118.

47. *Anf.st.* s. 22ff og s. 28ff.

48. *Cours de Droit Institutionel Communautaire*, Paris, 1972/73 s. 92.

krige, og der mærkes måske derfor en mistillid til staternes hensigter og deres integrationsvilje. De fremhæver ikke alene nødvendigheden af den fremadskridende integration, men understreger samtidig, at denne forudsætter en bekæmpelse af »de centrifugale reaktioner fra staterne«.⁴⁹

I de senere år har et særligt aspekt af integrationsprocessen påkaldt sig en del opmærksomhed. Man synes at lægge vægt på, at ethvert konkret skridt på fællesskabsplan, hvad enten det betyder en yderligere begrænsning af medlemsstaternes kompetence eller vedtagelse af fælles regler, er et skridt på den rigtige vej mod integrationen, fordi det bekæmper de centrifugale kræfter, der udgår fra medlemsstaterne, og fordi det fjerner fremmedgørelsen mellem staternes befolkninger og fremmer solidaritetsfølelsen. Domstolens tidligere præsident R. Lecourt har således i en afhandling, hvor han drøfter midlerne til at fremme integrationen, nævnt nødvendigheden af at »være opmærksom på betydningen af mangfoldige små fremskridt vedrørende beskeden, ja endog helt dagligdags, problemer. Virkeliggørelsen af et program med konkrete foranstaltninger, selv af begrænset rækkevidde, omfattende talrige af dagligdagens områder, vil kunne gengive de europæiske bestræbelser styrke«.⁵⁰ Eller som fremhævet af det tidligere kommissionsmedlem von der Groeben: »De mange små skridt kan en dag skabe forudsætningerne for det store spring, for en føderal løsning«.⁵¹

49. Baron Snoy et d'Oppuer i hans bidrag til *Festschrift til Ophüls*, Karlsruhe, 1965, s. 195, jfr. også de i kap. 5.5 (note 19) citerede udtalelser af EF-Domstolens tidligere præsident Lecourt.

50. *Les problèmes institutionnels de la Communauté* s. 15.

51. *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 46.

KAP. 8 – DEN ØKONOMISKE BETYDNING AF DE FRIE VAREBEVÆGELSER I EF

8.1 – Formål med og afgrænsning af de behandlede spørgsmål

Formålet med dette kapitel er kort at undersøge, hvad den økonomiske teori ved om årsagerne til, begrundelserne for og virkningerne af handelshindringer. Dette skulle give baggrund for at vurdere den præmis, EØF-traktaten bygger på, nemlig at »fjernelse af de skranker, der deler Europa, (vil) sikre økonomiske fremskridt«. Spørgsmålene vil først blive undersøgt i relation til frie varebevægelser generelt set, d.v.s. på globalt plan (afsnit 8.2.), og derefter uddybet i forbindelse med skabelsen af regionalt afgrænsede, økonomisk integrerede områder (afsnit 8.3.).

Det drejer sig om spørgsmål, der bliver behandlet i den del af den økonomiske videnskab, der kaldes international økonomi eller udenrigsøkonomi, herunder teorien om økonomisk integration. Det drejer sig om spørgsmål, der i virkeligheden ikke bør behandles adskilt fra de øvrige spørgsmål, der behandles i udenrigsøkonomien. De kan kun virkeligt forstås, når de undersøges i sammenhæng med de *valutariske problemer*. Det begrænsede formål, den her foretagne undersøgelse har, gør det dog forsvarligt at undlade en behandling af valutaproblemerne.

8.2 – Den almindelige teori om frihandel

Udgangspunktet for den økonomiske teori er, at frihandel mellem verdens lande generelt set er økonomisk gavnlig.¹ Den fører til den fra et økonomisk synspunkt bedst mulige udnyttelse af produktionsmidlerne og derved til den størst mulige generelle velfærdsforøgelse.

Rent bortset fra, at handel for en række varers vedkommende er nødvendig, fordi varerne kun findes i visse lande og skal bruges i andre,

1. Det har ikke her noget formål at gå ind på de modifikationer, udviklingslandenes særlige problemer og de socialistiske landes statsdirigerende økonomier nødvendigvis må medføre i den almindelige teori om frihandel. Afhandlingens primære formål er at undersøge handelshindringsproblemer mellem industrilande med endnu i det væsentlige markedsdirigerede økonomier.

fremhæves som mere almindelig begrundelse fordelene ved den internationale arbejdsdeling eller specialisering. Frie varebevægelser vil som udgangspunkt have til følge at overføre produktionsmidlerne fra en mindre til en mere rationel anvendelse og at forøge forbrugernes valgfrihed med hensyn til varer.² Dette udgangspunkt betyder imidlertid ikke, at der er enighed om omfanget af de gavnlige virkninger og om begrundelserne for disse.

Økonomerne drøfter i forbindelse med spørgsmålet om den internationale samhandel to overlappende spørgsmål, nemlig: Hvorfor er der samhandel mellem stater, og hvad bestemmer samhandelens fordeling og sammensætning?³

Udgangspunktet er Adam Smiths påvisning af fordelene ved specialisering eller arbejdsdeling, herunder den internationale specialisering og arbejdsdeling. Hvert land skal specialisere sig i produktion af de varer, som det er bedst egnet til at producere.

Den første egentlige teori til forklaring af international samhandel er Ricardos teori fra 1817 om den relative eller komparative fordel. Samhandel mellem to lande er til gensidig fordel, hvis det ene land bruger 2 produktionsfaktorer til at fremstille vare A og 4 produktionsfaktorer til at fremstille vare B, medens det andet land bruger 4 produktionsfaktorer til at fremstille vare A og 2 til at fremstille vare B. Ricardo viste imidlertid, at samhandel også er til gensidig fordel, selv om det ene land bruger færre produktionsfaktorer til at fremstille begge varer. Land A bruger f.eks. 1 og 2 produktionsfaktorer til at fremstille vare A og vare B, medens land B bruger 2 og 6 produktionsfaktorer til at fremstille de tilsvarende varer. Land A har *absolut* fordel ved produktionen af begge varer, men det er *relativt* bedst til at producere vare B. Der bruges kun 2 produktionsfaktorer til at fremstille varen, medens land B bruger 6. Dette betyder, at det kan betale sig for land A at benytte sine produktionsfaktorer til fremstilling af vare B, medens land B står sig bedst ved at fremstille vare A. Velfærden i land A vil fortsat være større end i land B, men velfærden vil som følge af samhandelen blive større i begge. Den fortsatte relative forskel vil give sig udslag i forskelle i betalingen i de enkelte lande af produktionsfaktorerne og disse forskelle igen i forskellige valutakurser.

2. Se Ellsworth og Leith, *The International Economy* s. 228ff og s. 516ff.

3. Den økonomiske teori om dette spørgsmål er omfattende, og den følgende skildring af de herskende teorier er nødvendigvis unuanceret. Den bygger hovedsagelig på følgende værker: Ellsworth og Leith, *anf.st.* s. 62ff, Ohlin, *Utrikeshandel och handelspolitik* s. 9ff, van Meerhaeghe, *International Economic Institutions* s. 3ff, Erling Olsen, *International Trade Theory and Regional Income Differences* s. 3ff, Södersten, *Internationell ekonomi*, og Bodil Nyboe Andersen, *Udenrigsøkonomi* s. 3ff.

Dette resultat accepteres fortsat som udtryk for en grundlæggende rigtig forståelse af årsagerne til den internationale samhandel.

Det er imidlertid ikke en fuldstændig teori, og den hviler på nogle forudsætninger, der fjerner den fra virkeligheden, herunder *at* der i de to lande er fuld beskæftigelse, *at* de eksisterende produktionsfaktorer uden videre kan skiftes fra et formål til et andet, og *at* der konstant er de samme ressourcer og samme teknologi. Dette betyder bl.a., at den ikke tager hensyn til de grunde, der kan anføres som begrundelse for handelshindringer.

Teorien er søgt uddybet og nuanceret. Man har medinddraget en række andre forklaringsfaktorer og tilnærmet den til det virkelige liv.

Svenskerne Hecksher og Ohlin har som afgørende for samhandelen fremhævet forskellene mellem landenes udrustning i produktionsfaktorer, råstoffer, kapital og arbejdskraft. Lande, der er særligt veludstyret med arbejdskraft, vil eksportere varer, som kræver stor indsats af arbejdskraft, medens lande, der har megen kapital, men lidt arbejdskraft, vil eksportere kapitalkrævende varer. Ohlin har sammenfattet de to hovedårsager til samhandel således: For det første den ulighed, der trods arbejdskraftens og kapitalens bevægelighed består landene imellem f.s.v. angår udrustning med produktionsfaktorer inklusive de på naturforholdene beroende transportforudsætninger, og for det andet specialiserings- og stordriftens fordele.⁴

Andre tror mindre på forskelle i produktionsfaktorudrustningen som primær årsag til international samhandel. De fremhæver, at de relative fordele landene imellem navnlig skyldes forskelle i produktivitet som følge af forskelle i produktionsapparatets organisation og størrelse og forskelle i anvendt teknologi. Hol-lænderen Linnemann fremhæver, at »komparative fordele i det væsentlige er menneskeskabte, og deres eksistens fuldt så meget er en følge af, som årsag til, international handel«.⁵ Den internationale samhandel styrkes, hvis der gives stordriftsfordele i økonomien. Aftager omkostningerne pr. enhed ved øget produktion, vil det i særlig grad kunne betale sig at forsøge at øge omsætningen, eventuelt gennem eksport. En særlig avanceret teknologi i et land, eventuelt beskyttet gennem patenter eller andre enerettigheder, kan også være en vigtig forklaring på international samhandel.

Linnemann og andre nævner tillige en række andre faktorer, herunder betydningen af landenes størrelse. Store lande med store befolkninger har mindre relativ samhandel med andre lande end mindre lande. Det store land vil have bedre mulighed for at etablere effektiv national produktion på mange områder end det

4. *Utrikeshandel och handelspolitik* s. 5. Denne teori, der i højere grad end den netop nævnte prætenderer at kunne forklare de aktuelle varestrome mellem landene, har ikke i alle tilfælde kunnet stå for empiriske undersøgelser.

5. *An econometric study of international trade flows* s. 22.

lille. Vigtig er understregningen af betydningen af *afstandsfaktoren* som en væsentlig forklaring på international samhandel. Transportomkostningernes størrelse er altid en vigtig del af forklaringen på det mulige omfang af samhandel. Jo større de er, jo større vanskeligheder for samhandelen, og jo større afstand mellem samhandelspartnerne, jo større omkostninger. Afstandsfaktoren har også en anden mindre »økonomisk«, men derfor alligevel væsentlig betydning. Man har ved hjælp af statistisk materiale kunne påvise, at der er forbindelse mellem samhandel og fælles »kulturel« baggrund. Linnemann taler om »økonomisk horisont« og »psykologisk afstand«. Kendskab til en samhandelspartners sprog, hans land, institutioner, retssystemer, vaner m.v. har reel betydning.⁶ Producenterne vil naturligt koncentrere deres salgsindsats i lande, som de kender, og importørerne vil på grund af ligheder i forbrugernes behov og smag købe i de lande, der ligner deres eget land.⁷ De erhvervsdrivende ønsker at undgå risici, og disse bliver mindre, jo bedre samhandelspartnerne kender hinanden og deres respektive landes retssystem m.v. Afstandsfaktoren, både den rent fysiske og den psykologiske, er imidlertid ligeså meget en forklaring på, hvorfor der ikke handles mellem visse lande, som på at der handles mellem andre. Afstandsfaktoren kan også behandles som en handelshindring.⁸ Psykologiske faktorerers betydning er vigtig for denne afhandlings formål. Som fremhævet i afsnit 8.4 vil en effektiv og sikker fjernelse af de traditionelle offentligt fastsatte handelshindringer fjerne en del af den usikkerhed, der psykologisk hindrer de erhvervsdrivende i at gå ind i international handel.

8.3 – Handelshindringer

Hvis det er rigtigt, at fuldstændig frihandel betyder den størst mulige totale produktion som følge af den verdensomfattende arbejdsdeling, må indgreb i den fri handel som udgangspunkt mødes med skepsis. Ellsworth og Leith hævder, at der aldrig er udtænkt intellektuelt acceptable argumenter for *længerevarende* beskyttelse, baseret på *økonomiske* overvejelser.⁹ Ohlin er enig i, at handelshindringer fremmer den mindre effektive udnyttelse af landenes ressourcer og produktionskræfter, men

6. Sådanne forhold medinddrages navnlig i de såkaldte gravitationsmodeller, hvor man mindre ser på egentlige årsagsforhold, men mere koncentrerer sig om statistisk konstaterbare samvariationer mellem samhandel og nærmere bestemte forhold. Se navnlig Linnemanns nævnte værk. Kjeldsen-Kragh påpeger i *Forskning i Danmark af Europæisk Integration* s. 31 sammenhængen mellem denne tankegang og den af politologerne fremhævede transaktionsteori.

7. Se Bodil Nyboe Andersen, *anf.st.* s. 10.

8. Se herom kap. 2.

9. Se note 2 med henvisninger.

nævner dog også, at handelshindringer kan være begrundede, fordi de bruges til at kompensere for sociale forvridninger, og fordi de kan benyttes til at fremme uudnyttede ressourcer.¹⁰

8.3.1 – De undersøgte handelshindringer¹¹. Selv om der er forfattere, der har beskæftiget sig med betydningen af de »naturlige« handelshindringer,¹² er hovedinteressen vendt mod de »kunstige«, d.v.s. navnlig de af offentlige myndigheder skabte.

Økonomerne har kun gjort lidt ud af den indbyrdes afgrænsning af de forskellige typer handelshindringer. Deres opgave har været at undersøge handelshindringernes begrundelser og deres virkninger og eventuelt at vurdere, om de er økonomisk forsvarlige eller ej. Deres interesse har været en analyse af det typiske for hver af de forekommende handelshindringer. Analyse af afgrænsningsproblemerne er ikke deres opgave. Den overlades til dem, der i givet fald skal fastsætte regler for handelshindringernes regulering eller afskaffelse.

Økonomerne har koncentreret sig om de traditionelle handelshindringer, told, kvantitative restriktioner, diskriminerende interne skatter, statsstøtte og dumping, det vil sige de foranstaltninger, hvis *formål* er at have indflydelse på den frie samhandel. Dette er naturligt, fordi det er disse foranstaltninger, der sammen med valutaindgreb i første række bruges af staterne til at regulere (eller begrænse) samhandelen. Økonomerne medtager normalt også en omtale af de tekniske og administrative handelshindringer, d.v.s. de handelshindringer, der opstår som følge af forskelle mellem landenes tekniske og administrative krav til de producerede varer. Men disse kravs store forskellighed hvad angår både virkning og begrundelse har gjort mere almindelige undersøgelser uhyre vanskelige.

10. *Anf.st.* s. 351 ff. Mauers og van de Gevels konklusion er i Scaperlanda 2. kap., at ikke-toldmæssige handelshindringer skal betragtes som socialt uønskelige, indtil grundig analyse, analytisk underbygget, har bevist andet.

11. Der findes en betydelig litteratur om handelshindringers økonomiske betydning. Udover de allerede nævnte værker skal her nævnes en række værker, der specielt behandler disse problemer: Baldwin, *Nontariff Distortions of International Trade* (1971), Palassa m.fl., *Studies in Trade Liberalization* (1967), G. og V. Curzon, *Hidden Barriers to International Trade* (1970), Anders Mattson, *Effects of trade barriers on the export firm*, Uppsala, (1972), og Scaperlanda (red.): *Prospects for eliminating Non-Tariff Distortions* (1973). Se også Kjeldsen-Kragh i *EF-Karnov* s. 75ff.

12. Se afsnit 8.2 om f.eks. afstandens betydning.

Det er almindeligt, at forfatterne opstiller en definition af handelshindringsbegrebet for derefter at gå over til en specialgennemgang af de enkelte, traditionelle og typiske handelshindringer. Der opstilles herudover sommetider et ikke-udtømmende katalog over handelshindringer.¹³ Der sondres normalt mellem toldindgreb og »non-tariff distortions«, der traditionelt herhjemme oversættes som »ikke-toldmæssige restriktioner«, men som Skytte Christoffersen¹⁴ foreslår oversat til »ikke-toldmæssige handelsforstyrrende indgreb« under henvisning til, at ikke alle indgreb *begrænser verdenshandelen*.

De ikke-toldmæssige indgreb er af Baldwin defineret som »alle offentlige og private indgreb (bortset fra told), der bevirker, at varer eller tjenesteydelser, som handles internationalt, eller produktionsfaktorer, som benyttes ved fremstilling af disse, allokeres på en måde, der formindsker den potentielle indkomst i verden«.¹⁵ Denne definition viser, at økonomerne, som naturligt er, vurderer foranstaltningerne ud fra deres gavnlige eller skadelige økonomiske virkninger. Der er en række indgreb, der nok *påvirker* den internationale handel, men som alligevel ikke kan klassificeres som handelsforstyrrende indgreb. Dette gælder f.eks. generelt virkende finans- og pengepolitik og en række selektive foranstaltninger, der har til formål at rette op på en bagved liggende »forstyrrelse«.¹⁶ Det fremhæves også, at de ikke-toldmæssige indgreb, både de, som virker handelsforstyrrende, og de, som ikke virker handelsforstyrrende, kan stimulere handelen eller mindske den.

8.3.2 – Handelshindringernes økonomiske virkninger. Økonomerne sammenligner virkningerne af de forskellige undersøgte handelshindringer. Man ser fremhævet, at virkningerne af told og kvantitative restriktioner i form af kvoter til dels er de samme.¹⁷ De betyder begge under visse forudsætninger et velfærdstab på såvel producent- som forbrugersiden. Til gengæld kan de to indgreb virke forskelligt i andre henseender. En kvoteordning, der fordeler importtilladelser på grundlag af historiske importtal, kan på længere sigt betyde konkurrencefor-

13. Se f.eks. Baldwin, *anf.st.* s. 11, Scaperlanda, *anf.st.* s. 19, og Kelly i Balassa m.fl., *anf.st.* s. 267.

14. *Introduktion til den økonomiske integrationsteori* s. 42.

15. *Nontariff Distortions of International Trade* s. 2 og s. 5. Se andre definitioner Kelly i Balassa m.fl., *anf.st.* s. 266 (der fremhæver protektionshensigten) og Slot, *anf.st.* s. 4 og s. 10.

16. Se Skytte Christoffersen, *anf.st.* s. 42.

vidninger på det interne marked. Fordeles kvoter mellem importørerne uden, at disse skal betale noget for de tildelte kvoter, vil de, da kvoter typisk muliggør en prisstigning, få tildelt en indkomstforøgelse, som ved told tilkommer staten. Kvoter kan have en række andre uheldige virkninger, monopoldannelse, korruption m.v., men har i forhold til told den fordel, at deres virkninger er lettere at vurdere. På samme måde er virkningerne af statsstøtte undersøgt og sammenlignet med andre former for handelsforstyrrende foranstaltninger.¹⁸ Statsstøtte foretrakkes normalt frem for told og kvantitative restriktioner. Støtte virker kun ind på produktionsmønstret og principielt ikke på forbrugsmønstret. Samtidig er støttens omkostninger overskuelige.

En *kvantificering af virkningerne* har været forsøgt i forbindelse med told. Det er navnlig sket i forbindelse med spørgsmålet om de økonomiske virkninger af oprettelsen af toldunioner og behandles derfor i afsnit 8.4. En kvantificering af virkninger af *andre handelshindringer* er overordentlig vanskelig. Dette gælder naturligvis ikke mindst alle de tekniske og administrative krav og foranstaltninger, der er EØF-traktatens art. 30's typiske område. Her er alle, der har undersøgt sådanne handels-hindringer, enige om de *praktisk taget uovervindelige vanskeligheder*, sådanne undersøgelser ville møde.¹⁹

8.3.3 – Handelshindringer begrundelser. Den mest almindelige begrundelse for handelsbegrænsninger er formentlig i dag, hvor toldens provenuskabende virkning har mistet sin historiske berettigelse, hensynet til landenes *betalingsbalance*. Efter herskende økonomisk opfattelse kan dette hensyn ikke, eller i hvert fald ikke i det lange løb, opveje de ulemper, handelshindringerne fører med sig. Andre vigtige grunde kan være statens ønske om sikring af selvforsyning af hensyn til det nationale forsvar eller af andre *rent politiske hensyn*. Disse grunde kan vanskeligt vurderes af den økonomiske videnskab. De har i dag mindre betydning end tidligere.

De grunde, som økonomer i dag finder har mest vægt, er ønsket om at beskytte den nationale produktion enten af hensyn til *beskæftigelsen* og/eller for at begunstige *oprettelsen af ny industri* (infant industries).

17. Se Ohlin, *anf.st.* s. 348.

18. Se f.eks. Skytte Christoffersen, *anf.st.* s. 50.

19. Se Linnemann, *anf.st.* s. 30, Slot, *anf.st.* s. 46 og s. 61 («samling af data støder på næsten uovervindelige vanskeligheder»), Baldwin, *anf.st.* s. 133, Kelly i Balassa, *anf.st.* s. 267, Mauer og van de Gevel i kap. 2 i Scaperlanda, *anf.st.*

Begrænsning af importen stimulerer beskæftigelsen i de virksomheder, der producerer varer inden for de områder, hvor importen nu formindskes. Den beskæftigelsesskabende virkning spredes til andre industrier, bl.a. derved at der måske skal investeres i ny virksomhed til erstatning af de importerede varer. Ulempen er, at det land, der begrænser sin import på denne måde, eksporterer sit beskæftigelsesproblem til eksportlandene, og at disse lande derfor kan blive nødt til selv at begrænse deres import. Man anbefaler derfor normalt, at landene forsøger at løse deres beskæftigelsesproblemer på anden måde, f.eks. gennem deres finans- eller valutapolitik.

Beskyttelse af nye eller »infant« industrier har hyppigt vægt som begrundelse for protektionistiske foranstaltninger, navnlig i forhold til de lande, der er begyndt på en industrialiseringsproces. Argumentet bliver formuleret således, at der er brug for midlertidig beskyttelse for at fremme den latente komparative fordel, som man mener er til stede, men som uden beskyttelse over for udenlandsk konkurrence ikke ville have mulighed for at blive realiseret. Man vil, normalt ved hjælp af en såkaldt »opdragelsestold«, sikre, at de nye industrier kan nå at vokse sig konkurrencedygtige. Tankegangen accepteres til en vis grad, men det påpeges også, at de vanskeligheder, nye industrier møder, f.eks. vanskeligheder med at skaffe risikovillig kapital og at optræne en effektiv arbejdsstyrke med kendskab til ny teknik, er vanskeligheder, der kan overvindes på anden måde end ved opdragelsestold eller lignende protektionistiske foranstaltninger.

8.4 – Regional økonomisk integration. Integrationens økonomiske virkninger

Det er almindeligt i den økonomiske teori at operere med en række hovedtyper af økonomisk integration: *Frihandelsområdet*, hvor told- og andre handelsrestriktioner fjernes mellem de deltagende stater, men hvor staterne bevarer deres kompetence på det handelspolitiske område over for tredjelande, herunder en selvstændig kompetence til at fastsætte told. *Toldunionen*, hvor de deltagende stater ikke alene fjerner handelsrestriktioner indbyrdes, men også indfører fælles told- og handelspolitik over for tredjelande. *Fællesmarkedet*, hvor man udbygger toldunionen med gennemførelse af fri bevægelighed af produktionsfaktorerne. Og endelig *den økonomiske union*, der er den mest ubestemte, men også videstgående type af økonomisk integration. Man begrænser sig ikke i den økonomiske union som ved de tre andre former til at fjerne diskrimination, den såkaldte negative integration, men gennemfører også positiv integration, d.v.s. vedtager forskellige former for fælles eller koordinerende regler vedrørende mere eller mindre afgrænsede økonomiske problemer.²⁰

20. Se Skytte Christoffersen, *arif.st.* s. 3ff. Se også mere juridisk betonet forsøg på at typologisere de eksisterende integrationsformer, Sundström, »Integrationsteori« s. 337 i *Festskrift till Ivar Agge*.

Det har været *virkningerne af oprettelsen af toldunioner og fællesmarkeder*, der har beskæftiget økonomer mest. Det bedste og politisk vigtigste eksempel har i praksis været Det europæiske økonomiske Fællesskab, også kaldet Fællesmarkedet. Økonomernes vurderinger af virkningerne af oprettelsen og udvidelsen af EØF er indgået som væsentlige, og visse steder afgørende, faktorer i beslutningsprocessen i forbindelse med de deltagende landes tilslutning. Debatten mellem økonomerne bærer da også i en vist omfang præg af de politisk vigtige konsekvenser af de økonomiske vurderinger. Der er og har været en vis uenighed.²¹

Der er enighed om at sondre mellem *de statiske og de dynamiske virkninger* af dannelsen af en toldunion eller et fælles marked.²² De statiske virkninger er de virkninger, der opstår direkte som følge af selve oprettelsen af toldunionen eller det fælles marked. Der tages ikke hensyn til, at produktionsprocessen og virksomhedernes størrelse m.v. kan undergå ændringer. Det drejer sig principielt om virkninger én gang for alle. De dynamiske virkninger er de virkninger, der på længere sigt er en følge af de ændrede økonomiske vilkår, virksomhederne skal arbejde under efter oprettelsen af toldunionen eller det fælles marked.

Det har i forbindelse med de statiske virkninger særligt været drøftet og undersøgt, hvilke økonomiske følger afskaffelse af indbyrdes told og indførsel af fælles tredjelandstold vil have.

Det kan ikke generelt siges, om oprettelsen af toldunioner er velfærdsforøgende eller velfærdsforringende. Man må i hvert enkelt tilfælde undersøge de konkrete forhold, der fandtes før oprettelsen af toldunionen, og dem, der indføres gennem toldunionens oprettelse. En toldunion kan have både *handelsskabende og handelsforvridende virkninger*. Der skabes handel, hvis fjernelsen af den indbyrdes told betyder, at dyr indenlandsk produktion nu kan erstattes af billigere udenlandsk. Handelen forvrides, hvis billigere tredjelandproduktion på grund af

21. Af de anvendte kilder skal særligt nævnes: Balassa, *The Theory of Economic Integration* (1962), samme, *European Economic Integration* (1975), Ohlin, *Interregional and International Trade* (1967), Skytte Christoffersen, *Introduktion til den økonomiske integrationsteori* (1977), Hodges (ed.), *European Integration* (1973), navnlig Roger Hansens og Pinders bidrag samt John Lipseys analyse af de økonomiske velfærdsvirkninger af »økonomisk integration« i *International Encyclopedia of the Social Sciences*.

22. Der er også enighed om, at det er en vanskelig sontring at bruge i praksis. Der synes at være uoverensstemmelser mellem de forskellige begrebsfastlæggelser, se Kjeldsen-Kragh, *anf.st.* s. 68. Den her fastlagte sontring svarer ikke ganske til Kjeldsen-Kraghs.

indførelsen af fælles tredjelandstold erstattes af dyrere produktion fra et andet land i toldunionen. De positive virkninger af en toldunion viser sig gennem en forøgelse af den interne handel mellem de deltagende stater, medens de negative virkninger viser sig ved en begrænsning af handelen med tredjelande.²³

Det giver vanskeligheder empirisk at tage stilling til virkningerne af oprettelsen af en toldunion. Man må først konstatere ændringerne i handelsstrømmene og derefter på den ene side adskille de ændringer, der skyldes toldunionen, fra de ændringer, der kan tilskrives andre faktorer, og på den anden side adskille ændringer, der er handelsskabende, fra de ændringer, der er handelsforvridende.

De undersøgelser, der har været foretaget af virkningerne af gennemførelsen inden for EØF af toldunionen, giver delvis modstridende resultater. Det overvejende indtryk er dog, at oprettelsen har betydet en stigning i samhandelen, og at de samhandelsskabende virkninger har oversteget de handelsforvridende virkninger. Man mener dog også, at de samlede virkninger af handelsændringerne målt i forhold til bruttonationalproduktet har været mindre end en stigning af bruttonationalproduktet på 1 %, og at denne ændring er en gevinst én gang for alle.²⁴

Der synes da også blandt økonomerne, der har beskæftiget sig med disse problemer, at være enighed om, at det ikke så meget er selve afskaffelsen af told m.v., der har betydning, som det store markedets betydning for virksomhedsstrukturerne og konkurrencen.

Man fremhæver, at en toldunion skaber et større marked for virksomhedernes varer. Det store marked gør det muligt for virksomhederne at få de salgsmuligheder, der er den afgørende forudsætning for at udvide produktionsapparatet og dermed skabe grundlaget for udnyttelsen af *stordriftens fordele*. Store virksomheder er *inden for visse grænser* mindre virksomheder overlegne. Deres fordele er af både teknisk

23. Der er søgt opstillet en række kriterier for, hvornår de positive virkninger af en toldunion må forventes at være større end de negative. Det fremhæves f.eks., at en toldunion kan forventes at få positive virkninger, hvis den betyder fjernelse af høje toldskranker mellem deltagerlandene og kun fører til indførelsen af lave fælles todsatser. Se endvidere Kjeldsen-Kragh, *anf.st.* s. 70.

24. Se Skytte Christoffersen, *anf.st.* s. 25ff. Lundgreen har i *Economic Integration in Europe* foretaget en sammenligning af en række af disse empiriske undersøgelser og konkluderer om virkningerne: De er så små, at de ikke ville være målelige i de nærværende statsregnskaber, og så små, at det næppe synes umagen værd, at økonomer ... og politikere ... bruger så megen tid på problemerne med at fjerne told mellem de industrialiserede lande.

og merkantil karakter. Man ser dog også velbegrundede advarsler mod at overdrive disse fordele.

En fuldt så vigtig konsekvens af det store marked er virksomhedernes større *muligheder for specialisering*.

Der henvises også til, at det store marked vil forøge *konkurrencen* på markedet med de deraf følgende fordele for forbrugerne i forbindelse med faldende priser og større vareudbud.

Det fremhæves tillige, at oprettelsen af toldunionen med den deraf følgende endelige og effektive afskaffelse af handelshindringer betyder en *fjernelse af den usikkerhed*, som skader samhandelen mellem stater. Denne usikkerhed hidrører dels fra utilstrækkeligt kendskab til eksisterende handelshindringer, dels fra frygt for ændringer i de eksisterende regler for samhandelen. *Dette forhold er vigtigt som argument for en håndfast og konsekvent gennemførelse af handelshindringsforbud.*

Tumlrir har stærkt fremhævet dette mere psykologiske moment som en af de væsentligste årsager til, hvad han betegner som EØF's uomtvistelige økonomiske succes og navnlig den stærkt stigende samhandel.²⁵ Han er klar over, at det er en vanskeligt beviselig hypotese, at det er af stor betydning for virksomhederne, at de kan handle med »mindre usikkerhed« i et fællesmarked, men hypotesen passer med mange andre observationer, man kan gøre for så vidt angår den høje grad af følsomhed over for usikkerhed, som konkurrencemarkedet viser. Han understreger derfor også den store betydning af eksistensen af EF-Domstolen som den autoritative fortolker af traktatens regler. Denne giver sikkerhed. Andre internationale regler kan efter hans opfattelse sammenlignes med regler, i hvilke tyven og hans offer har lige meget at sige vedrørende tyveribestemmelsernes fortolkning. C. J. Oort, fhv. direktør for det hollandske finansministerium, har understreget nødvendigheden af en effektiv gennemførelse af de frie vare-, person- og kapitalbevægelser. »Det er min faste overbevisning baseret på egne observationer såvel som på meninger hos dem, der træffer forretningsbeslutninger, at intet er så ødelæggende for økonomiske mellemværender, at intet er så hæmmende for integrationsprocessen, som indførelsen af direkte restriktioner, ligegyldigt hvor tidsbegrænsede. Det samme gælder endog for så vidt angår trusler om, at sådanne restriktioner kan blive indført. Ingen virksomhed har råd til

25. Upubliceret foredrag vedrørende »Foreign Economic Policy of the Federal Republic of Germany« ved en konference om »The Economic and Political Role of the Federal Republic of Germany and the EC«, John Hopkins University, Bologna Center, October 1978. Tumlrir er cheføkonom i GATT.

at blive for afhængig af et udenlandsk marked, hvis de kan blive afskåret fra dette gennem administrative handlinger«. ²⁶

Gennemgangen af disse følger af den regionale integration, der normalt betragtes som fordele, er ikke alene forenklet og unuanceret. Den er også ufuldstændig. Andre følger kunne nævnes, f.eks. den spredning af viden blandt de producerende virksomheder, som integrationen fører med sig. ²⁷ De her nævnte er dog de vigtigste til forståelse af betydningen af afskaffelsen af handelshindringer.

De uheldige økonomiske følger af den regionale integration er der nok fra økonomernes side gjort noget mindre ved. De vigtigste er de vanskeligheder i forbindelse med den økonomiske styring i de enkelte lande, som integrationen, der fjerner eller begrænser effektiviteten af en række af de normale styringsmidler, navnlig til sikring af betalingsbalancen, medfører. Disse vanskeligheder rejser spørgsmål om overdragelse af visse styringsbeføjelser til overnationale organer eller om tilnærmelse af de deltagende landes almindelige økonomiske politik og har derfor nær tilknytning til spørgsmålet om en eventuel selvforstærkende virkning af integrationen.

Af interesse for forståelsen af regional integrations konsekvenser er også Myrdals og Perroux's teori om, at fri udveksling af varer og andre produktionsfaktorer mellem stater vil tendere mod at gøre de rige stater rigere og at gøre de fattige fattigere. ²⁸

Teorien kan illustreres med følgende eksempel. ²⁹ Handelsskrankerne er fjernet mellem et rigt og et fattigt land. Det rige har et stort kapitalapparat og en stor investeringsrate. Arbejdstagerindkomsterne er store. Dets arbejdsstyrke er veluddannet og dets teknologiske udvikling fremskreden. En stor del af dets ar-

26. Indlæg vedrørende den økonomiske og monetære union gengivet i *Common Market Law Review* 1976 s. 184. Tilsvarende synspunkter er gjort gældende af Slot, *anf.st.* s. 62, Mattson, *anf.st.* s. 17, og Kelly i Balassa, *anf.st.* s. 268.

27. Ohlin har ifølge Balassa, *anf.st.* s. 160, ment, at netop dette ville være en af de vigtigste kilder til gevinst. Se i øvrigt Kjeldsen-Kragh, *anf.st.* s. 68ff, der giver en mere udtømmende og dog kortfattet redegørelse for følgerne.

28. François Perroux, se »Note sur la notion du pôle de croissance«, *Economie appliquée* 8, s. 307 ff, og Gunnar Myrdal, *Economic Theory and Underdeveloped Regions*, Stockholm, 1969. Teorien er især udviklet for samhandel mellem industrilande og udviklingslande og må derfor tages med visse forbehold, når den anvendes på samhandel i EF.

29. Taget fra Erling Olsen, *anf.st.* s. 71ff.

bejdsstyrke er beskæftiget i tertiære og sekundære industrier og en lille del i landbrug og anden primær produktion. Det fattige er relativt dårligere stillet på alle disse punkter. Det rige lands relative fordele ligger i kapital- og forsknings-intensive produktioner i de tertiære og sekundære industrier, medens det fattige lands relative fordel ligger i arbejds- og landintensiv produktion i de primære industrier. Fjernelsen af handelshindringerne vil derfor betyde eksport fra det rige land til det fattige af avancerede industrielle produkter, medens det fattige eksporterer traditionelle primærprodukter til det rige. Det kan på dette grundlag påvises, at liberaliseringen gør det rige land rigere. Liberaliseringens virkninger for det fattige er vanskeligere at fastslå. Der vil være gunstige virkninger, som Myrdal kalder »spredningsvirkninger« (»spread effects«), men der vil især være ugunstige virkninger, de såkaldte »tilbageslagsvirkninger« (»backwash effects«). Spredningsvirkninger følger af de bedre afsætningsmuligheder for primærprodukterne, en mulig forbedring af bytteforholdene og en mulig hurtigere udbredelse af nyskabelser som følge af den større samhandel med det avancerede land. Tilbageslagsvirkninger manifesterer sig navnlig ved at skabe vanskeligheder for en økonomisk udvikling af det fattige lands sekundære og tertiære industrier, dels fordi det fattige lands ressourcer i højere grad vil blive brugt på den primære produktion, dels fordi »the infant« tertiære og sekundære industrier bliver udsat for en måske ødelæggende konkurrence fra det rige lands industrier. Jo større forskel, der er mellem det rige og det fattige lands økonomiske udvikling, jo større fare er der for, at de ugunstige virkninger vil være større end de gunstige. Er der betydelig forskel, kan resultatet for det fattige land endda være at standse det fattige lands udvikling. Erling Olsen gør gældende, at der ikke findes nogen empirisk støtte for denne teori, og at der til gengæld findes forskellige empiriske studier vedrørende regionale indkomstforskelle i USA, som ikke støtter den.³⁰

Vanskelighederne ved at *kvantificere virkningerne* af regional økonomisk integration er almindeligt anerkendt.³¹ De empiriske undersøgelser karakteriseres som ufuldstændige og noget tilfældige.³² Lipsey finder, at der kan fremføres gode argumenter for, at forøgelse af markedsstørrelser kan føre til reduktion i produktionsomkostninger, men kon-

30. *Anf.st.* s. 71.

31. Se Lipsey, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, afsnittet om »Regional Integration«, Kjeldsen-Kragh, *anf.st.* s. 75, Skytte Christoffersen, *anf.st.* s. 69. En typisk udtalelse findes hos Ellsworth og Leith, *anf.st.* s. 547f. »Dynamiske virkninger ... er næsten umulige at skelne fra virkningerne af normal vækst. Sandsynligvis var de ... positive«. Se også Balassa, *European Economic Integration* s. 105 og s. 116.

32. Lipsey *anf.st.*

kluderer, at »vi har praktisk talt ingen viden .. om, hvor betydningsfuld denne vil være kvantitativt set ... Til trods for megen drøftelse og argumentation vedrørende kvalitative spørgsmål, er vi fortsat dybt uvidende om de fleste af de spørgsmål, som kan kvantificeres«. ³²

Det er efter mit skøn ikke desto mindre opfattelsen hos hovedparten af de økonomer, der har beskæftiget sig med disse spørgsmål, at *fjernelsen af handelsskrankerne* mellem EF-landene kunne forventes at have gunstige økonomiske følger og rent faktisk også har haft det, i hvert fald for fællesmarkedet som helhed. ³³ Man nævner under alle mulige forbehold som støtte for denne opfattelse den rent faktisk konstaterede store stigning i bruttonationalprodukterne i medlemsstaterne og den ligeledes rent faktisk konstaterbare store stigning i samhandelen mellem medlemsstaterne.

8.5 – Fællesmarkedets selvforstærkende virkning

Økonomerne har også beskæftiget sig med virkningerne for den videregående integrationsproces af etableringen af toldunionen og den frie bevægelighed af produktionsfaktorerne. ³⁴

Teoretisk arbejdende økonomer er dog tilbageholdende med at udtale sig for sikkert og generelt om dette spørgsmål, som almindeligvis accepteres at indebære vurderinger af politisk karakter i snævrere forstand, og som under alle omstændigheder ikke kan ses løsrevet fra dets betydelige politiske følgevirkninger. Økonomerne er på det tekniske plan naturligvis i stand til med ret stor sikkerhed at udtale sig om de økonomiske sammenhænge. Men vanskelighederne opstår, når graden af indbyrdes afhængighed og vurderinger af fordele og ulemper ved igangsættelsen af et bestemt økonomisk skridt og dets følgevirkninger skal fastlægges. ³⁵

33. Som en af undtagelserne kan nævnes Jørgen Petersen, der s. 181 i *Romtraktaten, dens bestemmelser, tilblivelse og konsekvenser* fastslår, at der ikke er noget erfaringsmæssigt holdepunkt for teorien om den økonomiske fordel ved den store statslige enhed, der skabes ved oprettelsen af en toldunion.

34. Dette spørgsmål har nær forbindelse med drøftelsen af »spill-over«-virkningen i kap. 7.

35. Som eksempel på den viden, økonomerne har om processen i forbindelse med fjernelse af handelshindringer, kan nævnes betydningen for de direkte investeringer over landegrænser. Nedbrydning af handelsskrankerne fører typisk først de små og middelstore virksomheder til at forøge deres eksport. Når den forøgede eksport har nået en vis størrelse, vil virksomhederne typisk finde det formålstjenligt at lægge en vis del af produktionen på de tidligere eksportmarkeder gennem direkte investeringer på disse markeder. (Se Kjeldsen-Kragh, *Forskning i Danmark af Europæisk Integration* s. 31.) Fjernelsen af handelshindringerne fører således ikke alene til øgede direkte investeringer.

Spørgsmålet vanskeliggøres yderligere af, at landene i dag, hvad enten de er sammensluttede i en toldunion eller ej, under alle omstændigheder er langt mere afhængige af hinanden end tidligere. Det gælder navnlig afhængigheden mellem de vestlige industrilandes økonomier.³⁶ Dette skyldes ikke alene den rent faktiske forøgelse af den absolutte samhandel mellem landene, men også den tekniske udvikling m.m. Produktionsstrukturen er blevet mere ensartet som følge af hurtigere spredning af teknologi. Transportomkostningerne bliver relativt mindre, og rent psykologisk er de erhvervsdrivende blevet mere internationalt orienteret. Landene er i dag nødt til i langt højere grad at samarbejde med hinanden om de afgørende økonomiske spørgsmål.

En videre behandling af disse spørgsmål skal ikke forsøges her. Vanskelighederne ved at give en blot nogenlunde dækkende beskrivelse af den økonomiske teori står givet ikke mål med de resultater, undersøgelsen ville have af betydning for denne afhandling. Man kan på det helt generelle plan formentlig begrænse sig til følgende: Selv om der utvivlsomt eksisterer reelle økonomiske argumenter for at gå videre i retning af koordinering og harmonisering af national økonomisk politik for at bevare og uddybe de opnåede økonomiske fordele, er der betydelige uoverensstemmelser vedrørende spørgsmålet om en egentlig nødvendighed heraf og i hvert fald vedrørende spørgsmålet om, hvor langt man i givet fald må gå.

8.6 – Sammenfatning

Det vil ikke være muligt ved fortolkningen af EØF-traktatens forbud mod FtV at hente hjælp i »kontant« økonomisk viden.

Man befinder sig inden for et område af den økonomiske viden, hvor den deduktive teoridannelse er forholdsvis veludviklet, men dog fortsat er usikker, og hvor der under alle omstændigheder mangler sikre empiriske undersøgelser, hvis sådanne overhovedet er mulige.

Det vil for den juridiske fortolkning af handelsregulerende regler være af interesse, at den økonomiske videnskab generelt fremhæver de gunstige virkninger af de frie varebevægelser mellem landene, og at den som udgangspunkt betragter de økonomiske begrundelser for handels-

ger og en deraf i integrationsmæssig henseende ønskelig større afhængighed landene imellem, men i virkeligheden også på længere sigt til en vis begrænsning af den internationale varehandel.

36. Se Skytte Christoffersen, *anf.st.* s. 94.

restriktioner med skepsis. Hermed bekræftes princippet i den præmis, traktatens præambel har givet udtryk for vedrørende de gunstige virkninger af de frie varebevægelser.

Hertil kommer, at de fleste økonomer formentlig vil acceptere sandsynligheden – omend ikke nødvendigheden – af en vis selvforstærkende virkning i en økonomisk integrationsproces, der starter med fjernelsen af hindringer for de frie varebevægelser.

Når dette er sagt, må det også understreges, at økonomerne ikke ved meget om de konkrete virkninger af den frie samhandel og indgreb i denne, og at det lidt, der vides, tyder på, at virkningerne generelt set er forholdsvis begrænsede.

Tredje del

FRIE VAREBEVÆGELSER I EF DEN TRAKTATMÆSSIGE BAGGRUND FOR FORBUDET MOD Ftv

KAP. 9 – FORMÅL OG FREMGANGSMÅDE VED UNDERSØGELSEN AF DEN TRAKTATMÆSSIGE BAGGRUND

9.1 – Indledende bemærkninger

Formålet med de foregående kapitler har været at finde bidrag til forståelse af de problemer, der opstår, når handelshindringer skal fjernes, og at finde inspiration til den rette løsning af disse problemer. Formålet med undersøgelserne i de følgende kapitler er mere konkret at finde bidrag til fortolkningen af EØF-traktatens forbud mod FtV.

Formålet er at forsøge at se forbudsbestemmelserne i deres traktatmæssige sammenhæng. Blandt de vigtigste fortolkningsbidrag vil altid være de, der kan findes ud fra en bestemmelses sammenhæng med de øvrige bestemmelser i den tekst, hvori den findes.

Opgaven kan gribes an på forskellige måder. Man kan vælge at gå mere eller mindre deduktivt frem. Det ville for så vidt i EF-sammenhæng være naturligt at forsøge med en deduktiv metode. Man kunne forsøge at finde frem til de grundprincipper, EØF-traktaten bygger på, for ud fra disse at finde frem til den rette fortolkning af forbudet mod FtV.

Selv om der kan anføres gode grunde for at gøre disse forsøg, skal de dog ikke gøres her. Der vil kun i afsnit 9.2 blive gjort enkelte bemærkninger om nogle af de principper og begreber, der kunne tillægges betydning. I afsnit 9.3 vil det blive begrundet, hvorfor disse forsøg ikke gøres her, og de mere praktiske overvejelser, der ligger til grund for de følgende undersøgelser, vil kort blive nævnt.

9.2 – »Grundlæggende principper og begreber i traktaten«

Der kunne navnlig have været anledning til at undersøge, om der i traktaten kan indfortolkes en række principper, som kan siges at være styrende for fortolkningen af traktatens enkelte bestemmelser (afsnit 9.2.1), herunder om traktaten kan siges at være udtryk for et bestemt økonomisk system, en bestemt »økonomisk forfatning« (afsnit 9.2.2), og om der kan findes fortolkningsbidrag i »fællesmarkeds«-begrebet (afsnit 9.2.3).

Der findes en ikke helt ubetydelig litteratur herom, navnlig på tysk. Dens værdi ligger hovedsagelig i det overblik over og den forståelse for traktatsystemet, den giver læseren. Den er ud fra pædagogiske synspunkter nyttig. Dens normative eller dogmatiske værdi er derimod tvivlsom.

9.2.1 – Grundlæggende principper for traktaten. Forskellige forfattere har på grundlag af traktatens systematik og regler og navnlig på grundlag af Domstolens praksis ment at kunne konstatere, at traktaten bygger på og er udtryk for en række principper, som så igen er af afgørende betydning for fortolkningen af traktatens regler.¹

Et godt eksempel på denne tankegang findes i den luxembourgske professor og EF-Domstolsdommer Pierre Pescatores afhandling fra begyndelsen af 1970'erne om »det europæiske fællesskabs mål som fortolkningsprincipper i Domstolens praksis«.²

Artiklen er bemærkelsesværdig. Den er forfattet af den klareste og mest overbevisende fortaler for Domstolens nuværende praksis og er et fremragende middel for den, der ønsker at sætte sig ind i den for danske ikke umiddelbart let tilgængelige EF-retlige tænkemåde. Dens formål er at vise, hvorledes Domstolens praksis kan ses som udtryk for 4 grundlæggende principper eller »temaer«, nemlig: lighedsprincippet, frihedsprincippet, solidaritetsprincippet og enhedsprincippet.

Disse fire principper resumerer ifølge Pescatore det væsentlige i Fællesskabernes mål. De er hvert for sig udtryk for en grundlæggende tendens. Pescatore forsøger ved en gennemgang af Domstolens praksis at

1. EØF-traktatens 1. del har titlen »Principperne«. De vigtigste af de der nævnte principper er »loyalitets- eller solidaritetsprincippet« efter art. 5 og »ikke-diskriminationsprincippet« efter art. 7. Disse principper har en klar normativ betydning for fortolkningen af traktatens andre bestemmelser. Og de indgår da normalt også i forfatterens kataloger over traktatens grundlæggende principper. Det er først, når katalogerne opregner principper, der ikke har grundlag i konkrete traktatbestemmelser, at deres normative betydning bliver tvivlsom.

2. »Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice«. *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*. Tilsvarende forsøg findes i L.-J. Constantinescos artikel i *RTDE* 1977 om »La Constitution économique de la CEE«, hvor han i afsnit IV sammenfatter EF's fundamentale principper på følgende måde: legalitetsprincippet, lighedsprincippet, ikke-diskriminationsprincippet, konkurrenceprincippet, den økonomiske friheds princip, det sociale princip og solidaritetsprincippet. Ikke mindst er hans konstatering af den økonomiske frihed som princip værd at mærke.

vide, hvordan denne tager sit udgangspunkt i disse principper og samtidig forsøger at realisere dem.

Han redegør bl.a. for praksis vedrørende de frie varebevægelser og mener at kunne vise, at den går videre end til blot at forbyde diskrimination på grundlag af varernes oprindelse. Domstolens praksis viser, at ikke-diskriminationsprincippet ikke i alle tilfælde er tilstrækkeligt til at give bestemmelserne den rigtige fortolkning. Man må ved fortolkningen gribe tilbage til »frihedsprincippet«, i dette tilfælde princippet om »den frie handel«, der er »et mere generelt og fundamentalt princip« end ikke-diskriminationsprincippet. Han sammenfatter sin opfattelse på følgende måde, der unægteligt ikke skjuler Domstolens betydelige rolle: »Det er på en vis måde lykkedes for Domstolen, ved at bruge den almindelige ide om frihed, at genskabe princippet om den frie handel, som De europæiske Fællesskabers ophavsmænd, der havde fuldt op at gøre med de mangfoldige konkrete problemer i forbindelse med oprettelsen af toldunionen, havde undladt at formulere i dets generalitet«.

9.2.2 – EF's »økonomiske forfatning«. Begrebet EF's økonomiske forfatning eller »Wirtschaftsverfassung« har optaget en del forfattere. Der er dog ikke opnået større enighed om dets definition, bl.a. på grund af manglende enighed om, hvad begrebet skal bruges til.

Det bliver af nogle brugt i forbindelse med undersøgelser af, hvilket økonomisk system de eksisterende fællesskabsregler lægger rammerne om. Der spørges ikke så meget om den retlige betydning af disse rammer eller om mulighederne for inden for systemet at ændre det gældende økonomiske system. *Vægten lægges på en typologisering af EF som et økonomisk system af et bestemt materielt indhold, markedsøkonomisk, planøkonomisk eller blandet.*

Der er imidlertid andre forfattere, der i første række lægger vægt på de pågældende *reglers karakter af formelle forfatningsregler*, det vil sige regler af en højere gyldighed end almindelige lovregler og derfor bindende for lovgiver. Disse undersøger da, om der findes formelle forfatningsretlige regler af betydning for lovgivers muligheder for at regulere det økonomiske liv, og om de i givet fald kan siges at udgøre et sådant hele, at der kan tales om et nærmere defineret materielretligt økonomisk forfatningssystem.³

3. Af forfattere, der i forbindelse med EF-retten drøfter spørgsmålet på denne måde, kan nævnes Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* s. 562, og Scherer, der har gjort dette spørgsmål til hovedspørgsmålet i *Die Wirtschaftsverfassung der EWG*. Forskellen mellem disse to grupper forfattere genfindes selvagt i de forskellige forsøg på at definere begrebet »økonomisk forfatningsret«. Der er dem, der mener, at ethvert land

Begrebet økonomisk forfatningsret er ikke almindeligt brugt her i landet. Grundloven indeholder få eller ingen bestemmelser, der binder lovgiver i økonomisk henseende. Der er ingen *formel* økonomisk forfatningsret i Danmark, og danske jurister har kun i begrænset omfang beskæftiget sig med den materielle økonomiske forfatningsret, d.v.s. arbejdet med en systematisk fremstilling af de vigtigste retlige rammer for det økonomiske liv.⁴ Anderledes i andre lande, og navnlig i Forbundsrepublikken Tyskland. Allerede i mellemkrigstiden blev det drøftet, hvilken »Wirtschaftsverfassung« der gjaldt i Tyskland. Drøftelsen er fortsat efter krigen, hvor det af nogle er blevet hævdet, at der til grund for den nye forfatning lå begrebet »die soziale Marktwirtschaft«, og af andre, at grundloven indeholdt et påbud om økonomisk-politisk neutralitet.⁵ Selv om spørgsmålet i dag efter en forfatningsændring i 1967 er af mindre betydning, er det i Forbundsrepublikken klart, at fastlæggelsen af indholdet af den tyske »Wirtschaftsverfassung« har betydelig praktisk interesse, ikke mindst på grund af den tyske forbundsforfatningsdomstols reelle muligheder for og vilje til at håndhæve de af forfatningen satte grænser for lovgivers beføjelser.

Det har for tyske jurister været naturligt at stille tilsvarende spørgsmål i forbindelse med EF-retten. Da det er utvivlsomt, at EØF-traktaten binder både EF-lovgiveren og de nationale lovgivere og derfor i forhold til disse kan siges at indeholde formelle »forfatningsretlige« regler, bliver de relevante spørgsmål: Hvilke bindinger af EF-lovgivers og de nationale lovgiveres økonomiske reguleringer indeholder traktaten, og *kan den siges at hvile på en økonomisk helhedsopfattelse, hvorfra man i givet fald kan drage slutninger vedrørende uregulerende eller tvivlsomme spørgsmål?* Det første spørgsmål må besvares gennem undersøgelser af samtlige traktatens materielle regler af betydning på dette område, og

har en økonomisk forfatningsret, idet de hermed forstår de grundlæggende principper og regler, der danner rammerne for det økonomiske liv, og der er dem, der mener, at det kun har mening at tale om en økonomisk forfatningsret, når rammerne er fastlagt i formelle forfatningsregler, se herom bl.a. Constantinesco, *anf.st.* note 13, og Ipsen, *anf.st.* s. 562. De forskellige opfattelser er ikke udtryk for uenighed om retlige kendsgerninger, men alene om den mest hensigtsmæssige begrebsafgrænsning.

4. Der er næppe grund til at opretholde en sondring mellem materiel økonomisk forfatningsret og blot økonomisk ret. Sondringen ville nødvendiggøre vanskelige skøn uden reel retlig betydning.

Hanne Koktvedgaard og Ole Lando har for Kommissionen udarbejdet en »rapport om økonomisk ret i Danmark« (Serie: Konkurrence-Harmonisering af lovgivningerne – 1976 – 20). Bernhard Gomard har i *Introduktion til Obligationsretten*, København, 1979, brugt det i alt væsentligt synonyme begreb »erhvervsreguleringsret«.

5. Litteraturen herom er meget omfattende. Se bl.a. opregningen hos Constantinesco, *anf.st.* note 2. Se også afsnittet om tysk Wirtschaftsverfassung hos Ipsen, *anf.st.* s. 564, og den korte omtale i den tyske rapport om »Wirtschaftsrecht«, pkt. 21–25 i Kommissionens serie *Wettbewerb- Rechtangleichung* – 1973 – 20.

det andet må derefter bygge på resultaterne af undersøgelserne af det første spørgsmål.

Man ser forsøg på at opstille, hvad man kunne kalde en definition af eller måske snarere en afgrænsning af kernen i EF's »Wirtschaftsverfassung«.⁶

Typisk er det, at man fremhæver de væsentlige træk, der følger af traktatens formålsbestemmelser, dens udtrykkeligt fastslåede principper og de materielle regler. Det gøres også gældende, at man, når der er tvivl om fortolkningen af en traktatbestemmelse, må vælge den løsning, »der er mest i overensstemmelse med (fællesskabets) økonomiske forfatning«.⁷

Det vil imidlertid på dette grundlag ses, at den hjælp til fortolkning af forbudet mod FtV, man i givet fald kan få fra en undersøgelse af fællesskabets økonomiske forfatning, er af samme karakter som den, man måtte kunne få fra en undersøgelse af »de grundlæggende principper«, hvorpå traktaten hviler.

Tankegangen er den samme. Man skulle på grundlag af undersøgelser af traktatens formål og regler kunne udlede noget, der var andet og mere end summen af disse regler og formål, og man skulle på grundlag af disse resultater kunne få hjælp til fortolkningen af traktatens enkelte regler.

6. Eksempler er Ipsen, *anf.st.* s. 567, Scherer, *anf.st.* s. 194, og Constantinesco, *anf.st.* s. 251. Det er ikke altid klart, om de pågældende mener, at deres »definition« har selvstændig juridisk betydning, eller om den blot har et i det væsentlige pædagogisk formål.

Der synes i dag at være overvejende enighed om, at EF-traktaterne ikke er udtryk for en bestemt økonomisk grundopfattelse. EF vil, som fremhævet af Teitgen, blive det, som institutionerne ønsker, det skal være, liberalt eller planøkonomisk. Se *Cours de Droit Institutionel Communautaire 1972/73* s. 99. Se også Constantinesco, *anf.st.* s. 272ff. Dette resultat kan dog kun accepteres med et vigtigt forbehold. En række af traktatens bestemmelser, ja vel endog hele det grundsyn, traktaten efter præamblen går ud fra, hviler på troen på de gunstige virkninger af en markedsøkonomi af liberalt tilsnit. Se herom dommer ved EF-Domstolen Mertens de Wilmars »De economische opvattningen in de rechtspraak van Het Hof van Justitie«, *Melanges Ganshof van der Meersch* s. 285. Dette gælder ikke alene traktatens regler om »liberalisering« af varer, person- og kapitalbevægelser, men navnlig traktatens »konkurrenceregler«, der ikke blot for private, men også for offentlige virksomheder forbyder konkurrencebegrænsende aftaler m.v. mellem virksomhederne. Typiske er reglerne i traktatens art. 37, der udstrækker traktatens regler om de frie varebevægelser til at gælde statslige handelsmonopoler, og som af Domstolen er blevet fortolket som nødvendiggørende afskaffelse af import- og eksportmonopoler (se nedenfor kap. 12.3.3). Det er ikke vanskeligt at argumentere overbevisende på både økonomisk og juridisk grundlag for, at EF, som det eksisterer i dag, vil vanskeliggøre væsentlige ændringer i medlemsstaternes økonomiske systemer.

7. Se Constantinesco, *anf.st.* s. 272.

9.2.3 – Fællesmarkedsbegrebet. Til forskel fra de netop behandlede principper og begreber har begrebet »fællesmarkedet« en klar retlig betydning i fællesskabsretten. Det er et af de hyppigst anvendte begreber i EF-traktaterne.

Det nævnes i EØF-traktaten allerede i art. 2, hvor det fastslås, at oprettelsen af fællesmarkedet er et af midlerne til at nå de mål, medlemsstaterne har sat sig. I en række bestemmelser er begrebet brugt for at afgrænse de pågældende bestemmelsers geografiske anvendelsesområde.⁸ Andre bestemmelser bruger begrebet med henblik på en afgrænsning af Rådets materielle kompetence. Dette gælder f.eks. i de vigtige hjemmelsbestemmelser, art. 100 og art. 235, hvor der tales om »fællesmarkedets oprettelse og funktion« og »inden for fællesmarkedets rammer«.⁹

Det, der interesserer i den foreliggende sammenhæng, er ikke fortolkningen af begrebet, som det er anvendt i traktatens enkelte bestemmelser.

Det vigtige spørgsmål ville være, om man på grundlag af en bestemt opfattelse af begrebet kunne drage slutninger med henblik på fortolkningen af bestemmelser, hvor begrebet ikke forekommer. Tankegangen ville være den, at indholdet af fællesmarkedsbegrebet kunne være afgørende for fortolkningen af alle de bestemmelser, der som reglerne om de frie varebevægelser har til formål at realisere fællesmarkedet.

Der er så vidt ses ingen forfattere, der hævder, at man på grundlag af de bestemmelser i traktaten, hvor begrebet er anvendt, kan komme frem til et entydigt begreb, der kan bruges i andre sammenhænge.

Dette betyder imidlertid ikke, at forsøgene på at fastlægge begrebet fællesmarkedet opgives. Der er få lærebøger om EF-ret, der ikke indeholder »definitioner« af begrebet »fællesmarkedet«. Dette gælder, selv om det også almindeligvis accepteres, at begrebet inden EF's oprettelse langt fra havde noget fast indhold, og selv om det ses fremhævet, at begrebet har et vagt og usikkert indhold,¹⁰ og at det ikke er fikseret én gang for alle.¹¹

8. Se f.eks. art. 3f, 44, stk. 3, 85, stk. 1, 91, stk. 1, 101, 223, stk. 1 og 225.

9. Som andre tilfælde, hvor hensynet til »fællesmarkedets funktion« indgår som led i kompetencebestemmelser, se. art. 38, stk. 4, 67, stk. 1, 93, stk. 1, 224–226.

10. Se Pescatore, *anf.st.* (note 2) s. 361, og Constantinesco, *anf.st.* note 5. Se også Scherer, *anf.st.* s. 89, der taler om begrebets flertydighed.

11. Se Constantinesco, *anf.st.* s. 263.

Følgende to eksempler på »definitioner« kan nævnes: »Fællesmarkedet betyder i sin kerne: de seks medlemsstaters markeder bliver til et *enkelt* marked, svarende til et *hjemmemarked*, hvor vare- og tjenesteydelsesudvekslingen mellem økonomisk selvstændige personer i vidt omfang reguleres og styres gennem prismekanismen, fri for alle *mellemstatslige* hindringer, og under de samme *retlige* betingelser«. ¹² Og »Ved et *fællesmarked* forstår man et marked, hvor enhver inden for fællesskabet har frihed til at producere, arbejde, købe, sælge, levere eller erhverve tjenesteydelser hvor som helst inden for markedet, hvor de økonomiske vilkår er mest hensigtsmæssige, alt under lige konkurrencebetingelser«. ¹³

Disse og andre definitionsforsøg har selvsagt i juridiske lærebøger pædagogisk værdi som sammenfatning af, hvad et af de vigtigste fællesskabsbegreber går ud på. Det er vel også således, at de fleste af forfatterne ikke giver udtryk for, at deres definitioner har normativ betydning. De er ikke opstillet for at kunne bruges til at drage slutninger i forbindelse med fortolkningen af enkeltbestemmelser.

Tværtimod kan man måske i enkelte af »definitionerne« se indbygget nogle af de fortolkningsproblemer, der opstår i forbindelse med fortolkningen af traktatens enkeltbestemmelser. Dette gælder begge de to citerede definitioner. Den første fremhæver som et afgørende kriterium »frihed for alle *mellemstatslige* hindringer« uden nærmere afgrænsning. Efter den anden definition er et fællesmarked et marked, hvor enhver har »*frihed* til at producere« m.v. hvor som helst inden for markedet, hvor de økonomiske forhold tilsiger det. Forfatterne har formentlig med overlæg anvendt ordet »frihed« på grund af dets tvetydighed. Det kan forstås som frihed for enhver form for statslige indgreb, og det kan forstås som frihed for indgreb, der specielt rammer varer, produceret i et af de tidligere delmarkeder, altså frihed for diskrimination på grundlag af varens eller produktionsfaktorens oprindelse, nationalitet eller bopæl. Usikkerheden omkring dette begreb svarer nøje til det grundlæggende fortolkningsproblem for så vidt angår forbudet mod FtV, nemlig om forbudet alene omfatter diskriminerende foranstaltninger over for udenlandske varer, eller om det også omfatter ikke-diskriminerende foranstaltninger, der besværliggør samhandelen.

12. Scherer, *anf.st.* s. 90.

13. Se Foighel og Hagel-Sørensen, *EF-ret* s. 34.

Der argumenteres for begge disse resultater på grundlag af indholdet af fællesmarkedsbegrebet. Fortalerne for den førstnævnte og snævre fortolkning gør gældende, at deres resultat må følge af, at det fællesmarked, der søges skabt gennem EF's regler, kun er et marked, hvor indenlandske og udenlandske varer skal behandles ens. Tilhængerne af den anden og videre fortolkning hævder derimod, at fællesmarkedet kræver en videre nedbrydning af handelshindringerne.

Bleckmanns behandling af spørgsmålet kan måske nævnes som eksempel.¹⁴ Han refererer først Grafs opfattelse, hvorefter art. 30 alene indeholder et diskriminationsforbud, fordi traktatens andre regler om fri bevægelighed af personer og kapital alene indeholder diskriminationsforbud. Bleckmann mener imidlertid, at Graf »dermed har stillet traktatens system på hovedet«. Der er efter hans opfattelse ingen tvivl om, at fællesmarkedets grundlæggende princip ikke er diskriminationsforbudet, men »forbudet mod hindringer for de frie varebevægelser«.

Men hermed er man også nået frem til en tankegang, der svarer til tankegangene i de to foregående afsnit, nemlig at man gennem undersøgelse af et bestemt begreb skulle kunne nå frem til noget mere end det, der fremgår af summen af de resultater, undersøgelsen af traktatens enkeltregler kan give.

9.3 – Baggrunden for og formålet med den her valgte fremgangsmåde

Der er grunde til ikke på forhånd at afvise nytten af forsøg på gennem analyser af traktatens formål, regler m.v. at nå frem til principper og begreber, der kan bruges ved fortolkning af enkeltbestemmelser. Der er utvivlsomt fordele i retning af overskuelighed og forudselighed ved forsøgene på at opstille sådanne principper og begreber. Denne metode har givet i et vist omfang betydning for Domstolens praksis, ikke alene fordi hovedparten af Domstolens medlemmer kommer fra lande, hvor denne metode traditionelt har været benyttet i højere grad end her i landet, men også fordi det, som i kap. 13 nærmere omtalt, med styrke bliver gjort gældende, at EØF-traktaten i særlig grad egner sig til denne metode. Professor Pescatore fremhæver, hvorledes traktaten udgør et vel »struktureret, organiseret og afsluttet hele«.¹⁵

Der er dog en række grunde, der gør det rigtigst ikke at gøre brug af

14. *Europarecht* s. 248

15. *Law of Integration* s. 41.

de fortolkningsbidrag, en videre bearbejdning af de principper og begreber, der er nævnt i afsnit 9.2, ville give. Det er for det første tvivlsomt, om traktaten hviler på så konsekvente principper og ideer, og om dens enkelte bestemmelser er udtryk for et så systematisk velgennemtænkt hele, at det overhovedet er forsvarligt at forsøge gennem fortolkningsvirksomhed at nå frem til resultater, hvis rigtighed netop afhænger af disse forudsætningers holdbarhed. Tværtimod kan der anføres stærke grunde til at tvivle på, at de nævnte forudsætninger er holdbare. Allerede den af Pescatore i 9.2.1 citerede udtalelse om, at traktatens ophavs-mænd var så travlt optaget af løsningen af konkrete problemer, at de »glemte« at fastslå princippet om »den frie handel«, giver grundlag for tvivl.¹⁶ Tvivlen bestyrkes af det faktum, at EØF-traktaten blev udarbejdet under meget stort tidspres,¹⁷ i alt væsentligt i perioden fra juni 1955–april 1956, hvilket er et forbavsende kort tidsrum, navnlig når man tænker på, at traktaten i høj grad var udtryk for nye tankegange og dækkede et meget vidt materielt område. Hertil kommer, at det vides, at en lang række af reglerne er, og nødvendigvis måtte blive, udtryk for kompromisser mellem stærkt divergerende opfattelser. Wolf har herom skrevet: »Enhver ved, at traktaterne, for så vidt angår den juridiske logiks skarphed og den redaktionelle omhu, ikke når de nationale kodifikationers relative fuldkommenhed. Traktaterne blev udarbejdet i en relativt kort periode. Deres udarbejdelse blev til en vis grad lagt i hænderne på praktiske økonomer. Deres genstand er uden præcist forbillede. Ved en række bestemmelser trænger det indtryk sig på, at man for kompromissets skyld har opgivet formuleringens klarhed, og ikke mindst lader traktaterne erkende, at deres forfattere kommer fra forskellige retstraditioner og retsskoler«.¹⁸

Hertil kommer mere generelle ulemper ved den deduktive metode, således som den er antydnet anvendt i afsnit 9.2. Brugen af de opstillede principper kan føre til uheldig stivhed i retsanvendelsen. Principperne

16. Pescatore deltog selv i forhandlingerne.

17. Pentland, *anf.st.* s. 133, forklarer tidspresset med nødvendigheden af at færdiggøre arbejdet under hensyn til et forestående valg i Forbundsrepublikken.

18. *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshof der EG*, Kölner Schriften zum Europarecht, Köln, 1965, s. 193. Også Ophüls, der var tysk delegationsleder under traktatforhandlingerne, understreger i *Festgabe für Armack* s. 287 manglerne ved traktaten, som skyldes kort forberedelsestid, materiens vanskelighed og de mange kompromisser.

kan være opstillede uden tilstrækkeligt kendskab til de faktiske forhold, der nu skal styres gennem anvendelsen af principperne. Princippernes konfrontation med »virkeligheden« kan i sidste instans føre til, at principperne må opgives. Dette er uheldigt, fordi principperne da vil have givet en falsk følelse af retssikkerhed.

Den deduktive metode gør det muligt for dommeren at begrunde sit resultat gennem tilsyneladende enkle slutninger fra i forvejen givne principper. Disse slutninger kan, hvis de er reelle og ikke blot skjuler andre og mere praktiske hensigtsmæssighedsbetragtninger, hindre dommeren i at gå ind i ønskelige og reale overvejelser om den konkrete rigtige løsning af den enkelte sag. Metoden kan føre til en overdreven formalisme. Men samtidig er en væsentlig fare ved metoden, at den gør det muligt for dommeren at lægge sine »egne fordomme« ind i afgørelsen uden at dette på nogen måde fremgår af afgørelsen. Faren eksisterer navnlig i tilfælde som de her drøftede, hvor dommeren har en betydelig frihed til selv at fastsætte indholdet af de principper og begreber, hvorfra han slutter. Det er naturligvis klart, at han bør argumentere nøje for, hvorfor traktatens principper og begreber har det af ham angivne indhold, men realiteten synes at være, at ubegrundede påstande om eksistensen af generelle principper accepteres lettere end ubegrundede påstande om den konkrete fortolkning af en bestemt retsregel.

Endelig lider den tankegang, der ligger til grund for de i afsnit 9.2 nævnte synspunkter, af en logisk brist. De principper og indholdet af de begreber, der opereres med, må i mangel af autoritative udtalelser i forarbejder m.v. nødvendigvis bygge på traktatens system, formålsbestemmelser og materielle regler. Det helhedsbillede af traktatens regler m.v., man opnår, udmøntes i begreber og principper, men disse bruges så igen til at fortolke de selv samme regler, der har dannet udgangspunkt for skabelsen af helhedsbilledet. Herved køres der i cirkel. Man kan kun med sikkerhed danne sig et helhedsbillede af traktatens regler, hvis disse i sig selv ikke er åbne for fortolkningstvivl, men det er de jo netop. Begrebsdannelsen vil være usikker, så længe fortolkningen af de regler, der danner grundlag for fortolkningen, er usikker, og så længe begrebsdannelsen er usikker, kan begrebet ikke bruges som grundlag for fortolkningen af de pågældende regler.

Betydningen af disse argumenter mod anvendelse af den i afsnit 9.2. antydede metode må imidlertid ikke overvurderes. Det hører til enhver domstols opgaver at skabe sammenhæng, og sammenhængen kan kun ska-

bes ved gennem fortolkningerne at finde løsninger, der ikke er indbyrdes modstridende, men tværtimod er i harmoni med hinanden. Den tankegang, der ligger til grund for både fremgangsmåden i 9.2 og den af mig valgte fremgangsmåde, er udtryk for samme ønske – nemlig at skabe sammenhæng i en tekst. Man formoder, at der ikke i teksten er indbygget indbyrdes modstridende løsninger. Man formoder, at det lige skal behandles lige. Man vil skabe konsekvens både af hensyn til lighedsgrund-sætningen og for at skabe størst mulig forudselighed.

Det afvises, at det vil være rigtigt at forsøge at fortolke forbudet mod FtV på grundlag af de mulige principper, man måtte kunne udlede mere generelt på grundlag af traktatens system m.v. Men det accepteres fuldt ud, at man gennem undersøgelser af traktatens øvrige bestemmelser kan finde vigtige fortolkningsbidrag.

Det kan for det første være, at de begreber, der konkret er brugt i art. 30ff, også er brugt i andre af traktatens bestemmelser. Det vil da være naturligt, at disse begreber gives samme indhold, og det vil derfor have interesse at undersøge Domstolens praksis i denne henseende.

Af stor praktisk betydning vil det også være at undersøge, om traktatens øvrige bestemmelser vedrørende de frie varebevægelser m.v. indeholder et diskriminationsforbud, eller om de går videre i deres beskyttelse af varebevægelserne. Kunne det godtgøres, at traktatens øvrige bestemmelser alene forbyder diskrimination over for varer fra andre lande, ville det være et vigtigt argument for at fortolke forbudet mod FtV på samme måde.

Det må også undersøges, hvilken beskyttelse af varebevægelserne de enkelte bestemmelser giver. Det kan gøres gældende, at beskyttelsen ikke er bedre end det svageste led. Hvis traktaten ikke effektivt hindrede medlemsstaterne i at begrænse de frie varebevægelser f.eks. gennem skatte- og afgiftslovgivning eller gennem statsstøtte ville dette være et argument mod en udvidende fortolkning af traktatens øvrige bestemmelser om de frie varebevægelser. Det vil kun have ringe virkning strengt at gennemtvinge forbud mod visse forholdsregler, hvis formålet med disse forholdsregler kan opnås gennem andre og lovlige forholdsregler. Behovet for sammenhæng mellem traktatens regler tilsiger, at der tilstræbes nogenlunde samme beskyttelsesniveau.

Endelig er det også værd at undersøge, om man ud fra traktatens regler om Rådets kompetence til retsfastsættelse kan slutte noget med hensyn til fortolkningen af forbudet. Det er sikkert, at en række handels-

hindringer ikke skal fjernes gennem traktatens forbudsregler, men derimod gennem harmonisering af nationale regler. Det er derfor ikke udelukket, at en undersøgelse af omfanget af Rådets positive harmoniseringsbeføjelser kan give bidrag til fastlæggelsen af anvendelsesområdet for forbudet mod FtV. Rådets harmoniseringskompetence begynder, hvor forbudets anvendelsesområde hører op.

9.4 – Undersøgelsernes systematik

Undersøgelserne i de følgende kapitler vil på trods af deres forholdsvis begrænsede formål blive ret omfattende. Dette skyldes mangfoldigheden af de bestemmelser, der må undersøges.

Undersøgelserne vil i kap. 10 blive indledt med en gennemgang af diskriminationsbegrebet. Dette begreb har en central plads i litteraturens behandling af de problemer, der behandles i denne afhandling. I kap. 11 vil spørgsmålet om traktatens forarbejders betydning for fortolkningen af forbudet mod FtV blive undersøgt. Samtidig vil traktatens formålsbestemmelser og opbygning kort blive gennemgået.

Kap. 12 vil derefter indeholde en gennemgang af traktatens mange bestemmelser af betydning for oprettelsen af fællesmarkedet.

I kap. 13 undersøges de fortolkningsprincipper, EF-Domstolen anvender ved fortolkningen af traktatens regler. I forbindelse hermed redegøres der for Domstolens opfattelse af de frie varebevægelseres fundamentale betydning i EF-retssystemet.

KAP. 10 – DISKRIMINATIONSBEGREBET

10.1 – Diskriminationsbegrebets relativitet

Diskriminationsbegrebet har både i litteraturen og i domspraksis stor betydning i forbindelse med fortolkningen af forbudet mod FtV. Det er samtidig et af de vigtigste begreber i EF-retten.¹ Dette kapitels formål er ikke en gennemgang af de mange diskriminationsforbud, der findes i EØF-traktaten. Det har alene det begrænsede formål at vise, at begrebet er vanskeligt at arbejde med, både fordi det efter selve sin natur nødvendigvis overlader dommeren en vid skønsebeføjelse, og fordi afgrænsningen af dets anvendelsesområde volder problemer.

Der er ikke væsentlig uenighed om definitionen af diskriminationsbegrebet. Nogle siger, at diskrimination foreligger, *når ens eller sammenlignelige situationer behandles forskelligt*,² andre gør gældende, at diskrimination er *forskelsbehandling, der ikke er sagligt begrundet*.³

Disse definitioner er for så vidt indholdsløse. De er kun en ny måde at formulere den grundlæggende problemstilling på. Der skal foreligge forskelsbehandling. Men problemet er, hvornår en forskelsbehandling kan accepteres, og hvornår den ikke kan, d.v.s. falder ind under diskriminationsforbudet. Definitionerne fortæller os, at der skal lægges vægt på, om situationerne er *sammenlignelige*, eller om forskelsbehandlingen er *»sagligt begrundet«* eller ej. Definitionerne hjælper os ikke til at afgøre, hvilke »forskelle« i situationerne der gør, at dommeren accepterer dem som »ikke-sammenlignelige«, eller der gør, at dommeren finder, at forskelsbehandlingen er retfærdiggjort af »saglige grunde«.⁴ Og det er disse sidste spørgsmål, der er afgørende.

1. Se bl.a. Foighel og Hagel-Sørensen, *EF-ret* s. 65.

2. Se f.eks. Sundberg-Weitman, *Discrimination on Grounds of Nationality* s. 21 med den der nævnte litteratur. Hun gør med rette gældende, at dette i hvert fald tidligere var EF-Domstolens definition, jfr. nu nedenfor i afsnit 10.2. Se også Ipsen, *anf.st.* s. 590, og Scherer, *anf.st.* s. 102.

3. Se f.eks. Bleckmann, *Europarecht* s. 285. »Det lige skal behandles lige, og det ulige ulige; og to situationer er ulige, når saglige grunde taler for forskelsbehandling«.

4. Om definitionernes indholdsløshed, se Ross, *Ret og Retfærdighed* s. 352ff, og Stuer Lauridsen, *Retslære* s. 242ff.

Der er ingen reelle forskelle mellem de to definitioner. I begge tilfælde bliver problemet, *om den konstaterede forskel kan retfærdiggøres ud fra hensyn, der accepteres af domstolene som ikke stridende imod det formål, det pågældende diskriminationsforbud tilgodeser.*

I de følgende afsnit skal disse bemærkninger uddybes, samtidig med at en række sondringer fremhæves. Først omtales sondringen generelle/specielle diskriminationsforbud, herunder navnlig EF-Domstolens praksis vedrørende et generelt diskriminationsforbud (afsnit 10.2). Derefter undersøges retsvirkningerne af specielle diskriminationsforbud (afsnit 10.3), hvorefter det vigtige spørgsmål om diskriminationsforbuds anvendelse i tilfælde af »skjult diskrimination« behandles (afsnit 10.4). I afsnit 10.5 drøftes det, om diskriminationsbegrebet også bør omfatte tilfælde, hvor forskellige situationer behandles ens. Afsnit 10.6 nævner kort de særlige problemer i forbindelse med den såkaldte positive særbehandling, og afsnit 10.7 indeholder en sammenfatning.

10.2 – Generelle diskriminationsforbud

Et generelt forbud mod forskellig behandling af sammenlignelige forhold er en negativ måde at udtrykke en *almindelig lighedsgrundsætning*.

EF-Domstolen har fastslået, at der gælder en almindelig lighedsgrundsætning i EF-retten.⁵ Domstolen formulerer grundsætningen således, at *sammenlignelige situationer ikke må behandles forskelligt, med mindre der er en objektiv grund hertil*. Domstolen forener således i sin definition elementerne fra de to overfor nævnte definitioner. Man må først tage stilling til, om der foreligger en forskellig behandling af *sammenlignelige situationer*, og dernæst, hvis dette er konstateret, om der findes en *objektiv grund* for forskelsbehandlingen, som Domstolen kan acceptere. Strengt taget er denne definition ikke logisk. Hvis der findes en objektiv grund til at forskelsbehandle, er det ikke rimeligt at tale om sammenlignelige situationer. Der er dog ikke grund til at kritisere Domstolens definition. Den kan ikke misforstås og giver positivt og pædagogisk fordelagtigt udtryk for de tankeoperationer, der rent faktisk foretages af dommeren. Han foretager utvivlsomt først en sammenligning af de to situationer. Det vil i alle i praksis forekommende tilfælde vise sig, at situatio-

5. Se bl.a. dom i sagerne 124/76 og 20/77 S. A. Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson. Der henvises i dommen til, at et sådant princip, der *ikke* er fastslået i nogen bestemmelse i EØF-traktaten, måtte gælde i EF-retten, bl.a. fordi det var almindeligt gældende i medlemsstaterne!

nerne ikke er absolut identiske. Han konstaterer, hvori forskellene består, og undersøger, hvilke af disse forskelle den påståede diskriminerende handling har lagt vægt på som begrundelse for den forskellige behandling. Det er tænkeligt, at dommeren allerede efter denne sammenligning vil mene at kunne fastslå, at der ikke er tale om sammenlignelige situationer, men det er også muligt, at han mener, at han bør gå videre til at undersøge, om den eller de konstaterede forskelle objektivt kan begrunde forskelsbehandlingen. Det er principielt uden betydning for resultatet, om dommeren alene vælger at foretage en sammenligning af de to situationer, eller om han også bedømmer den objektive grund for forskelsbehandlingen. Men det kan utvivlsomt rent formuleringsmæssigt og følelsesmæssigt være af betydning, om dommeren afviser en påstand om krænkelse af lighedsgrundsætningen med den ene eller anden begrundelse.

Det vil f.eks. være mest naturligt at afvise en påstand om diskrimination i forbindelse med en forskellig afgiftsbelastning af øl og mineralvand med den begrundelse, at der i *den foreliggende sammenhæng* ikke er tale om »sammenlignelige produkter«, uagtet produkterne for så vidt er sammenlignelige som drikkevarer. Omvendt vil en påstand om, at der foreligger krænkelse af lighedsgrundsætningen ved forskellig behandling af mænd og kvinder i pensionsmæssig henseende ikke naturligt, om overhovedet, kunne afvises ved en henvisning til, at der ikke er tale om »sammenlignelige personer«. Derimod vil en afvisning muligvis kunne accepteres, hvis den begrundes med, at nærmere bestemte forskelle i mænds og kvinders situationer objektivt retfærdiggør forskelsbehandlingen.

Den generelle lighedsgrundsætning gælder både i forhold til EF-lovgiveren og i forhold til de retsanvendende myndigheder i EF, men er til gengæld principielt begrænset til at gælde for retsakter fra disse myndigheder. Den er allerede i flere tilfælde brugt over for EF-lovgiverne.⁶ EF-Domstolen er ikke vejet tilbage for at anvende grundsætningen på trods af »dens analytiske tomhed«, d.v.s. dens mangel på vejledning om, hvilke *kriterier* der kan danne grundlag for forskelsbehandling, og hvilke der ikke kan. Den har ment at kunne og burde sætte sit »skøn« over EF-lovgivers skøn. Resultatet er selvsagt ikke udtryk for en manglende forståelse for lighedsgrundsætningens »analytiske tomhed«, men må ses som udtryk for, at der i EF-retten i højere grad end her i landet er behov for domstolsskabte grænser for lovgivers kompetenceudøvelse og i hvert fald for, at EF-Domstolen i højere grad end danske domstole mener at burde udøve en censurerende virksomhed over for de politiske instanser.

6. Se f.eks. dom i sagerne 103 og 145/77 Royal Scholten Honig (isoglucosesagerne).

10.3 – Specielle diskriminationsforbud

Specielle diskriminationsforbud er regler, der forbyder, at der ved regelfastsættelse og/eller retsanvendelse tages hensyn til bestemte kriterier. De er ikke analytisk indholdsløse. Reglernes adressat får udtrykkeligt at vide, hvilke kriterier han ikke må benytte som grundlag for forskelsbehandling. De forbudte kriterier kan være race, køn, nationalitet, oprindelse, bopæl m.v. Det er i EF-retten navnlig forbudene mod diskrimination på grundlag af personers nationalitet og bopæl og varers oprindelse, der har betydning. Disse forbud gælder til forskel fra lighedsgrundsætningen også for og i medlemsstaterne. Den mest generelle bestemmelse er forbudet i art. 7 mod »forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet«. Dette forbud suppleres af en række yderligere forbud, som vil blive gennemgået i kap. 12.

Specielle diskriminationsforbud giver dommeren mindre vanskeligheder end et generelt diskriminationsforbud. Han ved, hvilke kriterier der som udgangspunkt ikke må benyttes som grundlag for forskelsbehandlingen. Men det vil være fejlagtigt herfra at slutte, at hans opgave er begrænset til at konstatere, om en forskellig behandling er begrundet med det forbudte kriterium. Han kan støde på yderligere vanskeligheder. *Disse skyldes selve diskriminationsbegrebets natur. Der foreligger ikke diskrimination, dersom saglige grunde retfærdiggør den konstaterede forskelsbehandling.* Det er ikke udelukket, at det på trods af et forbud mod nationalitetsdiskrimination kan være lovligt at forskelsbehandle på grundlag af nationalitet.⁷ Dette betyder, at dommeren også i forbindelse med specielle diskriminationsforbud kan blive nødt til at tage stilling til spørgsmålet om objektiv retfærdiggørelse af forskelsbehandlingen.

Der kan foreligge klare tilfælde, hvor et diskriminationsforbuds anvendelse ikke giver problemer. Fremgår det, at en regel fastsætter en forskellig behandling af udlændinge i forhold til indlændinge, alene fordi de er udlændinge, vil ingen være i tvivl om, at der er handlet i strid med forbudet mod nationalitetsdiskrimination. Fremgår det, at der fastsættes en højere afgift for udenlandske varer end for indenlandske varer, alene fordi der er tale om udenlandske varer, foreligger

7. Se Bleckmann, »Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du Traité CEE«, RTDE 1976 s. 469, og samme, *Europarecht* s. 285, med yderligere litteraturhenvisninger. Dette principielle udgangspunkt udelukker dog næppe, at man gennem konkret fortolkning af et diskriminationsforbud kan nå til, at formålet har været at forbyde enhver anvendelse af det forbudte kriterium.

der også et klart eksempel på ulovlig oprindelsesdiskrimination. Men der kan i praksis forekomme vanskeligere tilfælde. Det kan f.eks. gøres gældende, at oprindelseskriteriet ikke er benyttet, fordi man ønsker at forskelsbehandle de pågældende varer på grund af deres oprindelse, men alene fordi dette kriterium dækker faktiske forhold, som det er objektivt berettiget at lægge vægt på som begrundelse for en forskelsbehandling. Et forbud mod oprindelsesdiskrimination vil f.eks. ikke ubetinget være til hinder for en forskelsbehandling mellem uden- og indenlandske personer og varer, der kan retfærdiggøres ud fra ønsket om at bekæmpe en objektivt konstateret sundhedsfare. Situationen kan være den, at enhver smittefare er udryddet i det pågældende land, medens den eksisterer i alle andre berørte lande. Det kan i denne situation være lovligt alene at foreskrive sundhedskontrol for udenlandske varer. På samme måde vil selv et ubetinget forbud mod kønsdiskrimination næppe udelukke, at der af blufærdighedsgrunde sker forskelsbehandling af de to køn. Hensynet til blufærdigheden kan objektivt retfærdiggøre forskelsbehandlingen.

Det er ikke muligt at fastlægge præcise retningslinier for, hvornår dommeren er beføjet til at acceptere en anvendelse af det forbudte kriterium som retfærdiggjort ud fra saglige grunde. Formodningen er utvivlsomt imod en sådan accept. Men herudover er det vanskeligt at yde dommeren nogen hjælp ved løsningen af konkrete tvivlsspørgsmål.⁸ Dommeren står over for et problem, som må løses ud fra frie overvejelser. Hver sag må nødvendigvis løses på grundlag af dens særlige omstændigheder. Det vil navnlig sige ud fra en vurdering af den angivne retfærdiggørelse set på baggrund af formålet med det pågældende diskriminationsforbud. Dommerens stillingtagen vil derfor ikke sjældent forudsætte vanskelige fortolkninger af både diskriminationsforbudets og den omtvistede regels formål, måske i forbindelse med afgørelse af bevisspørgsmål vedrørende de faktiske forhold, der påstås at være baggrund for forskelsbehandlingen.

10.4 – Skjult diskrimination

Dommerens vanskeligheder er ikke begrænsede til afgørelse af spørgsmålet om en eventuel objektiv retfærdiggørelse af en konstateret forskelsbehandling. Der kan tillige opstå vanskelige problemer om *forbudets anvendelsesområde*. Der vil hyppigt opstå spørgsmål, om en dis-

8. Sundberg-Weitman, *anf.st.* s. 85, har fremført nogle generelle synspunkter, der skulle kunne hjælpe dommeren.

kriminationsregel alene omfatter forskelsbehandling, der består i en udtrykkelig anvendelse af det forbudte kriterium, eller om den også skal ramme forselsbehandling, der ikke skyldes anvendelse af det forbudte kriterium, men anvendelse af andre kriterier, der *imidlertid reelt fører til samme resultat, som hvis det forbudte kriterium var anvendt*. Der tales i førstnævnte tilfælde om åbenlys, direkte eller formel diskrimination og i sidstnævnte tilfælde om skjult, indirekte eller materiel diskrimination. I denne afhandling vil begreberne *åbenlys og skjult diskrimination* blive benyttet.⁹

Man kan tænke sig skjult *nationalitetsdiskrimination* i forbindelse med anvendelse af bopælskrav. Det vil f.eks. næppe være vanskeligt at vise, at krav om 5 års bopæl vil kunne have praktisk taget samme virkninger som en udtrykkelig anvendelse af et nationalitetskrav. Der kan også tænkes, at sprogkrav og eksamenskrav kan have tilsvarende virkninger. Skjult nationalitetsdiskrimination kan tillige foreligge i forbindelse med regler, der alene tillader fiskeri fra både af en vis type, når de faktiske forhold viser, at landets egne fiskefartøjer praktisk taget alle er af den pågældende type, medens fiskefartøjer fra andre lande ikke er det. Man kan tænke sig skjult *oprindelsesdiskrimination* i forbindelse med bestemte krav til varer, f.eks. i tilfælde hvor kravene af naturmæssige eller andre årsager kun kan opfyldes af indenlandske varer. Den i kap. 5.4. nævnte sag om californiske krav til modningen af avocado-frugter indeholder måske et eksempel. Et andet kunne være et krav om, at der ved fremstilling af en bestemt vare kun må bruges bestemte råstoffer, som alene produceres i det pågældende land. Et tredje eksempel kunne være fastsættelse af lave maksimalpriser for en bestemt gruppe varer, alene på grundlag af produktionsomkostningerne for indenlandske varer, selv om det kan konstateres, at udenlandske varer f.eks. på grund af højere kvalitet er dyrere at producere end indenlandske.

EF-Domstolen fortolker traktatens diskriminationsforbud således, at

9. Det forekommer mindre rimeligt at betegne diskrimination som følge af udtrykkelig anvendelse af det forbudte kriterium som »formel« diskrimination (en naturlig reaktion vil være at se dette begrebs modsætning som »reel« diskrimination). Direkte/indirekte diskrimination er måske bedst dækkende for sontringens indhold, men sontringen har den ulempe, at begreberne direkte/indirekte senere i afhandlingen vil have en vigtig funktion i forbindelse med handelshindringsbegrebet, se f.eks. kap. 24.3.2 og kap. 26.6.

de dækker skjult diskrimination. Dette følger af fast praksis på en række områder.¹⁰ Man undgår herved »omgåelse« af de udtrykkelige forbud.

Vanskelighederne ved den konkrete anvendelse af diskriminationsforbud bliver større, når det drejer sig om påståede skjulte diskriminationer. Der må nemlig i disse tilfælde også tages stilling til, om den pågældende regel reelt fører til samme resultat, som hvis det forbudte kriterium var anvendt. Hertil kommer, at der i disse tilfælde i praksis hyppigere vil være virkelige problemer ved at vurdere, om en påstået begrundelse for det anvendte kriterium er reel og i øvrigt tilstrækkeligt tungtvejende.

EF-Domstolens dom i sag 33/74 Binsbergen illustrerer på udmærket vis de problemer, fastlæggelsen af området for diskriminationsforbud kan give. Den viser, hvordan lovligheden af et bopælskrav kan afhænge af en ofte vanskelig vurdering af, om kravet er nødvendigt for at sikre håndhævelsen af eksisterende regler vedrørende udøvelsen af det pågældende hverv. Denne vurdering forudsætter en afvejning af de hensyn, der ligger til grund for diskriminationsforbudet, over for de hensyn, der ligger til grund for de nationale krav, en afvejning, der forudsætter nøje undersøgelser af de nationale regler, der er baggrund for bopælskravet.

10.5 – Ens behandling af forskellige situationer

Drøftelsen af diskriminationsbegrebet vil ikke være udtømmende, hvis den ikke medtager den form for diskrimination, der kan bestå i, *at forskellige situationer behandles ens*. Det, der rammes, er ikke retlig, men faktisk forskelsbehandling. Man vil hindre retlig ligebehandling af to situationer, der på grund af situationernes faktiske forskellighed *skal* behandles forskelligt.

En kendt sag, afgjort af Haagerfolkeretsdomstolen, illustrerer problemstillingen. Spørgsmålet var, om Albanien ved at afskaffe private skoler havde krænket folkeretlige forpligtelser til ikke at diskriminere visse mindretalsgrupper i lan-

10. Se f.eks.

- sag 152/73, Sotgiu, vedrørende arbejdskraften, hvor Domstolen udtalte: »Reglerne om ligestilling såvel i traktaten som i artikel 7 i forordning nr. 1612/68 forbyder ikke blot åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til det samme resultat«.
- sag 61/77, Kommissionen mod Irland, fiskeriområdet.
- sag 148/77, Hansen vedrørende art. 95 om afgiftsmæssig ligebehandling.

det. Afskaffelsen betød ikke retlig forskelsbehandling. Afskaffelsen gjaldt ensartet for alle, men det var i praksis mindretallene, der havde interesse i private skoler. Afskaffelsen ramte derfor rent faktisk dem. Den retlige ligebehandling betød faktisk forskelsbehandling, hvilket Haagerdomstolen fandt, var en overtrædelse af forbudet mod mindretalsdiskrimination.¹¹

EF-Domstolen har flere gange udtalte, at diskrimination ikke alene kan foreligge ved forskellig retlig behandling af sammenlignelige situationer, men også ved ensartet retlig behandling af forskellige situationer.¹² Og denne opfattelse accepteres sædvanligvis i litteraturen.¹³

Dette aspekt af diskriminationsbegrebet er vigtigt til forståelse af begrebet. Det understreger nødvendigheden af ikke blot at se på retsreglernes indhold. Man må også som tidligere nævnt se på de faktiske situationer, reglerne skal regulere.

Der er ikke alvorlige vanskeligheder ved i forbindelse med *generelle diskriminationsforbud* at acceptere en udvidelse af forbudet til at omfatte ens retlig behandling af forskellige faktiske situationer. Dette skyldes, at begge aspekter af det således definerede forbud er analytisk indholdsløse. Forbudet giver ingen hjælp til at bestemme, hvornår de konstaterede forskelle mellem to situationer er så relevante, at de også nødvendigvis må føre til en forskellig retlig behandling, lige så lidt som forbudet giver hjælp til at bestemme, hvornår forskelle er så lidt relevante, at de ikke kan bruges som grundlag for retlig forskelsbehandling. Afgørelsen må i begge tilfælde bero på dommerens skøn.

En accept af dette særlige aspekt af diskriminationsbegrebet giver imidlertid vanskeligheder i forbindelse med *specielle diskriminationsforbud*. Accepten vil indebære, at man i f.eks. et nationalitetsdiskriminationsforbud ikke alene skulle lægge, at der ikke kan forskelsbehandles på grundlag af nationalitet, men også, at man i visse situationer *positivt skulle have pligt* til forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Dette sidste skulle være tilfældet, når en manglende hensyntagen til en udlændings særlige situation i forhold til indlændinge ville føre til, at han rent faktisk blev stillet dårligere end indlændinge. Spørgsmålet er, om man i en »spe-

11. PCIJ 1934-35, ser. A/B no. 64. Sagen drøftes indgående af Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* s. 259 ff.

12. Se f.eks. sag 13/63, Italien mod Kommissionen, der drejede sig om lovligheden af Kommissionens accept af franske afgifter alene på italienske køleskabe.

13. Se herom Sundberg-Weitman, *anf.st.* s. 86ff.

ciel pligt til ligebehandling« også under visse omstændigheder kan indfortolke en »speciel pligt til forskelsbehandling«.

Dette spørgsmål er ikke mindst vigtigt i forbindelse med forbudet mod FtV. Spørgsmålet er i denne forbindelse, om der af et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af en vares oprindelse kan udledes en pligt til ved intern regelfastsættelse at tage hensyn til forskelle i de situationer, hvori uden- og indenlandske varer befinder sig.

Det er uden videre klart, at der ikke vil kunne fastslås en *generel pligt* for den nationale lovgiver til at tage hensyn til alle forskelle mellem inden- og udenlandske varers situationer. En sådan generel pligt ville gøre det nødvendigt at tage hensyn til forskelle med baggrund i økonomiske, sociale, politiske, klimatiske eller andre forhold. Men dette udelukker ikke, at der under særlige omstændigheder kan bestå *en konkret pligt* til forskelsbehandling af inden- og udenlandske varer.

Der kan imidlertid rejses spørgsmål, om en sådan pligt overhovedet bør anerkendes i andre situationer end dem, der allerede er dækket af begrebet skjult diskrimination.

Dette kan måske synes overraskende. Sondringen åbenlys/skjult diskrimination går tilsyneladende på en anden led end den her drøftede sondring mellem diskriminationer som følge af forskellig retlig behandling af sammenlignelige situationer og diskriminationer som følge af ens retlig behandling af forskellige situationer. Den sidstnævnte sondring behandles normalt også i teorien som en særlig sondring.¹⁴ Rent umiddelbart kunne det synes, som om sondringen åbenlys/skjult alene vedrører den diskrimination, der består i forskellig behandling af sammenlignelige situationer, således at den diskrimination, der består i ens behandling af forskellige situationer betyder en reel udvidelse af diskriminationsforbudets område.

Nøjere betragtet er det dog tvivlsomt, om der er en begrebsmæssigt afgørende forskel mellem dette diskriminationsbegreb og skjult diskrimination. *De i afsnit 10.4 nævnte eksempler på skjult diskrimination kan alle uden vanskelighed betragtes som eksempler på diskrimination som følge af, at forskellige situationer behandles retligt ens.* De vedrører alle personer eller varer, der befinder sig i forskellige situationer, men alligevel

14. Se således hos Sundberg-Weitman, *anf.st.*, der behandler spørgsmålet henholdsvis i kap. 6 »Identical treatment of incomparable situations« og kap. 8 »Indirect discrimination«.

behandles ens. Det tidligere omtalte krav om 5 års bopæl gælder for både ind- og udlændinge. Det er netop udtryk for en ensartet behandling af to grupper, der på grund af deres forskellige nationale tilknytningsforhold ikke bør behandles ens på den skete måde. På samme måde får de tidligere omtalte retligt ensartede krav til varers kvalitet m.v. forskellige virkninger på grund af varernes forskellige oprindelse.¹⁵

Begrebet skjult diskrimination er i sig selv så vidt, at det, i hvert fald i forbindelse med forbudet mod FtV, kan rumme alle de tilfælde, hvor det kan være rimeligt at tale om diskrimination, når forskellige situationer behandles retligt ens.

Domstolenes skønsmuligheder bliver næppe væsentligt mindre ved denne begrænsning af det anvendelige diskriminationsbegreb. De er allerede i forbindelse med skjult diskrimination meget vide. Og begrænsningen har den fordel, at den knytter forbudet nærmere til de positive og udtrykkelige diskriminationsforbud. Den fremhæver, at det afgørende er en udstrækning af forbudet for at forhindre »omgåelser«. Begrænsningen understreger, at de specielle diskriminationsforbud trods alt alene giver domstolene censurbeføjelser over for de nationale retsfastsættere og -anvendere og ikke en blankofuldmagt til at sikre en faktisk ligestilling mellem indenlandske varer og udenlandske varer.

Der er derfor ikke i denne afhandling grund til at anvende andre diskriminationsbegreber end begreberne åbenlys og skjult diskrimination, således som de er defineret i de foregående afsnit.

10.6 – Positiv særbehandling

Der tales om positiv særbehandling, når der *gøres undtagelse fra et specielt diskriminationsforbud* med den begrundelse, at undtagelsen er nødvendig for at opnå faktisk ligebehandling.

Et forbud mod racediskrimination fører til retlig lighed mellem racerne, men tidligere tiders diskrimination kan have ført til, at den ene races livsforhold er blevet således, at den ikke er i stand til at udnytte den retlige lighed. Man åbner da mulighed for at diskriminere til fordel for den tidligere diskriminerede race. Mulighed for positiv særbehandling kan være udtrykkeligt fastslået i selve diskriminationsforbudet. Dette gælder f.eks. i FN Konventionen af 21/12 1965 om race-

15. Selv i den albanske sag om afskaffelse af private skoler vil man kunne tale om skjult diskrimination. Afskaffelsen af private skoler førte til en monopolstilling for de offentlige skoler, hvis undervisningsplaner m.v. måtte formodes at blive fastsat på grundlag af flertallets ønsker og uden hensyntagen til mindretallets særlige situation.

diskrimination art. 1, stk. 4. Og de kan af domstolene indfortolkes i tilsyneladende ubetingede forbud. Dette har den amerikanske højesteret f.eks. gjort i forbindelse med den amerikanske forfatnings diskriminationsforbud.¹⁶

Disse problemer har ikke været af praktisk betydning i EF-retten og er derfor hverken blevet behandlet i domspraksis eller litteratur.¹⁷ Dette er ikke overraskende. Traktatens diskriminationsforbud gælder i princippet inden for økonomiske områder mellem 9 stater, hvis samfundsforhold i alt væsentligt er sammenlignelige.

Positiv særbehandling er da også alene nævnt her, fordi det illustrerer de vanskeligheder, diskriminationsbegrebet kan give anledning til. Det er atter en påmindelse om diskriminationsbegrebets relativitet og om nødvendigheden af at tage de faktiske forhold i betragtning.

10.7 – Sammenfatning

Det diskriminationsbegreb, der vil blive anvendt i afhandlingen, er et begreb, der dækker forskelsbehandling, som er begrundet i varers forskellige oprindelse,¹⁸ og som ikke kan retfærdiggøres af saglige grunde. Begrebet omfatter både den åbenlyse forskelsbehandling ved brug af selve oprindelsen som kriterium for forskelsbehandlingen og den skjulte, hvor anvendelsen af andre kriterier fører til samme resultat, som hvis oprindelse var brugt som kriterium.

Denne begrebsfastlæggelse har imidlertid ikke været undersøgelsens vigtigste resultat. Vigtigst har været konstateringen af begrebets relativitet. Dets kerne er ganske vist klar nok. Et forbud mod oprindelsesdiskrimination rammer de tidligere i praksis hyppigt forekommende tilfælde, hvor staterne fastsatte regler, hvis formål var at stille udenlandske varer

16. Omfanget af tilladelig positiv særbehandling er i dag et af de vanskeligste problemer, den amerikanske Forbundshøjesteret har at kæmpe med. Se herved dens dom af 28/6 1978 i »Bakke-sagen«, hvor grænserne for tilladeligheden af positive særforanstaltninger til fordel for etniske mindretalsgrupper inden for undervisningssystemet blev fastlagt i en sag anlagt af en »hvid flertalsamerikaner«, som de positive særforanstaltninger havde udelukket fra en medicinsk uddannelse.

17. I dir. nr. 76/207 om ligebehandling af mænd og kvinder i arbejdslivet (se *EF-Karnov* s. 740) forudses det dog udtrykkeligt, at direktivet ikke er til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder inden for direktivets område.

18. Der tænkes ikke her kun på selve det faktum, at en vare er produceret i udlandet, men også på andre forhold, der knytter en vare til udlandet, f.eks. blot det, at den skal passere grænsen for at komme ind i landet (reimport situation). Diskrimination kan også foreligge, når der gøres forskel på forskellige importør- eller eksportørgrupper. Diskriminationsbegrebet drøftes nærmere i kap. 24.4. og kap. 26.4.

dårligere end indenlandske med henblik på at beskytte de indenlandske varer. Men når man kommer uden for begrebets kerne – og det er nødvendigvis grænseområderne, der må være denne afhandlings hovedinteresse – opstår der vanskeligheder. Man må tage stilling til, i hvilket omfang en anvendelse af det forbudte kriterium kan anses for lovlig, fordi den er retfærdiggjort af saglige grunde, og man må tage stilling til, hvornår benyttelse af andre kriterier fører til skjult diskrimination. Ud over vage angivelser af nødvendigheden af at tage hensyn til diskriminationsforbudets formål er det ikke muligt at opstille retningslinier for afgørelsen af disse spørgsmål.

KAP. 11 – TRAKTATENS FORARBEJDER OG FORMÅLSBESTEMMELSER

11.1 – Forarbejder

11.1.1 – Om Domstolens afvisning af brug af forarbejder. Det er i dag sikkert, at Domstolen vil afvise argumenter for en bestemt fortolkning af *EF-traktaterne*, der bygger på bidrag fra forarbejderne. Det er klart udtalt af en række af Domstolens ledende medlemmer.¹ Man leder da også i de sidste år forgæves efter brug af forarbejder i dommene.²

Det har ikke altid været således. I Domstolens første år udelukkede hverken Domstolen eller generaladvokaterne muligheden.³ Det var da også i litteraturen et omdiskuteret spørgsmål. Således gik både Ophüls og Monaco ind for en bekræftende besvarelse.⁴ Pescatore har derimod altid været modstander af anvendelsen af forarbejder.⁵

Det bør for fuldstændighedens skyld nævnes, at Domstolen ikke udelukker forarbejder som fortolkningsbidrag i forbindelse med fortolkningen af de af Rådet og Kommissionen vedtagne retsakter. Dette fremgår f.eks. af dens afgørelse i sag 11/76 Holland mod Kommissionen, hvor den principielt accepterede henvisninger til den omtvistede bestemmelses historie og forarbejder, men det fremgår samtidig af dommen, at forarbejder, der stammer fra drøftelser i Rådet, er mindre egnede som fortolkningsbidrag end de forarbejder, man traditionelt bruger i Danmark.

-
1. Se Domstolens nuværende præsident H. Kutscher i rapport fra *møde mellem repræsentanter for domstole og universiteter september 1976* s. I-21, Domstolens tidligere præsident R. Lecourt i *Le Juge devant le Marché Commun (1970)* s. 64 og P. Pescatore i *Zehn Jahre Rechtsprechung* s. 201 og s. 209. Generaladvokat Mayras har i sag 2/74 Reyners, klart afvist brugen af forarbejder under henvisning til, at »Rom-traktatens signatarstater imidlertid selv har udelukket enhver anvendelse af forarbejderne ...«.
 2. *EF-Karnov* s. 864 (ved Lando og Hjalte Rasmussen).
 3. Se f.eks. generaladvokat Roemer i sag 6/54, Holland mod Den Høje Myndighed, og Domstolen i sag 6/60, Humblet.
 4. Se Ophüls i *Festgabe für Müller-Armack* s. 287 og Monaco i *Zehn Jahre Rechtsprechung* s. 201.
 5. Se *Zehn Jahre Rechtsprechung* s. 201 og s. 209.

Der kan anføres en række mere eller mindre tungtvejende grunde for ikke at anvende forarbejder i forbindelse med fortolkning af EF-traktaterne.

De væsentligste af traktaternes forarbejder er ikke offentligt tilgængelige. De kontraherende stater har besluttet ikke at offentliggøre materialet fra de egentlige traktatforhandlinger i Val Duchesse, og Domstolen finder med præsident Kutschers ord,⁶ at »dokumenter, som ikke er offentligt tilgængelige, må allerede af retsstatslige grunde lades upåagtet som fortolkningshjælp«. Pescatore har i øvrigt oplyst, at de egentlige nedskrevne »fortolkningsdeklarationer«, der rent faktisk blev udformet under forhandlingerne, kun vedrører mindre betydningsfulde og tekniske spørgsmål, og at de vigtige generelle fortolkningsspørgsmål alene blev drøftet mundtligt.⁷

Af offentliggjort materiale, der kan betragtes som forarbejder, kan der foruden den nedenfor omtalte »Spaak-rapport« nævnes det materiale, regeringerne forelagde deres parlamenter samt parlamentsforhandlingerne forud for traktatratifikationerne. Heller ikke dette materiale bruges. Rent bortset fra at de naturligvis i sig selv har mindre værdi end materialet fra selve forhandlingerne,⁸ anfører navnlig Pescatore som almindelig begrundelse for Domstolens holdning de betænkeligheder, der altid har eksisteret i forbindelse med brugen af forarbejder ved traktatfortolkning – navnlig vanskelighederne ved med rimelig sikkerhed at finde frem til parternes fælles vilje.⁹

Selv om det er rigtigt, at det er vanskeligere at bruge forarbejder fra internationale forhandlinger end nationale forarbejder, kan dette synspunkt næppe være afgørende. Wienertraktatretskonventionen accepterer brug af forarbejder som bidrag ved traktatfortolkning,¹⁰ og den internationale Domstol i Haag benytter nu i højere grad end tidligere trak-

6. Se *anf.st.* s. I-21.

7. Se *Zehn Jahre Rechtsprechung* s. 209. På s. 201 omtaler han, at de delegerede allerede under forhandlingerne var opmærksomme på problemet med den senere brug af forarbejderne. Det blev endda i et afslappet øjeblik foreslået at sætte ild på forhandlingsstedet, slottet Val Duchesse, for at fjerne alt materiale, bortset fra de færdige traktater. Lando nævner i *Jur* 1963 s. 88 også, at forhandlingerne kun i ringe omfang blev protokolleret.

8. Lando og Hjalte Rasmussen nævner i *EF-Karnov* s. 864 faren for, at materialet er farvet af den politiske situation.

9. Se *Zehn Jahre Rechtsprechung* s. 201.

10. Se Wienerkonventionen af 23/5 1969 om traktatretten art. 32.

tatforarbejder som fortolkningshjælp.¹¹ Der er derfor grund til at antage, at det væsentligste argument mod brug af forarbejder i dag er EF-traktaternes forfatningslignende karakter. De opretter en række institutioner med retsfastsættende beføjelser inden for ganske vide og vigtige områder; de skal gælde i princippet for ubestemt tid, og de kan kun ændres i overensstemmelse med en særlig i traktaterne indeholdt procedure. Der er rent faktisk ikke større chancer for, at deres materielle bestemmelser gennem traktatændringsproceduren vil blive holdt à jour med den tekniske, sociale og økonomiske udvikling. Denne opgave må Domstolen påtage sig ved hjælp af »dynamiske fortolkninger«,¹² og fortolkning på grundlag af forarbejder vil stille sig hindrende i vejen for denne fortolkningsproces.¹³

Samtidig betyder afvisningen af forarbejder, at Domstolen står friere ved løsningen af dens fortolkningsopgaver. Den er ikke bundet af den vilje, traktaternes ophavsmænd måtte have givet udtryk for i forarbejderne.¹⁴

11.1.2 – »Spaak-rapporten«. På denne baggrund vil en gennemgang af forarbejderne i det væsentlige alene have historisk interesse. En udtømmende gennemgang af de tilgængelige forarbejder er derfor ikke forsøgt.¹⁵ Alt tyder på, at der ikke ville kunne findes konkrete bidrag til fortolkningen af forbudet mod FtV i forarbejderne. Den i note 15 indeholdte samling af fortolkningsbidrag indeholder ingen. Det samme gæl-

11. Se herom navnlig Lauterpachts overbevisende kritik af Den internationale Domstols tidligere meget tilbageholdende brug, *The Development of International Law by the International Court* s. 116ff.

12. Om Domstolens dynamiske fortolkningsstil se kap. 13.

13. Præsident Kutscher har udtrykt dette synspunkt i sin rapport til det i note 1 nævnte møde således: »Fællesskaberne er indrettede på en tiltagende integration ... og på økonomiske og sociale fremskridt, altså på ændring af økonomiske og sociale forhold. Den fremtidsorienterede fællesskabsret vil ikke være tjent med en fortolkning, der altid har udgangspositionen som grundlag« s. I-21.

14. Lecourt har i *Le Juge devant le Marché Commun* s. 64 sammenfattet Domstolens holdning til forarbejder således: »I Fællesskabet er det dommeren, der er betroet beskyttelse af traktatophavsmændenes vilje ... Disse har gjort dommeren til vogter af deres fælles værk, d.v.s. af dets mål, institutioner og retssystem. De har bragt deres tillid til dommeren som bevarer af deres fælles vilje så langt, at de endog har fjernet ethvert officielt spor af traktaternes forarbejder«.

15. Jeg har dog fået tilladelse til at gennemgå en samling af fortolkningsbidrag udarbejdet på grundlag af forarbejderne af to tjenestemænd ved EF-Domstolen straks efter traktatratifikationer. Samlingen er ikke længere offentligt tilgængelig.

der den nedenfor omtalte »Spaak-rapport«, og de første større traktat-kommentarer, der udkom hurtigt efter traktatens ikrafttræden, og som i høj grad var forfattet af deltagere i forhandlingerne, viser, at forbudet næppe har påkaldt sig større opmærksomhed.

Det højeste, man gennem studiet af forarbejderne kan håbe at nå frem til, er en uddybet forståelse af forbudets almene rolle i traktatens system og af den rolle, traktatens ophavsmænd tillagde de frie varebevægelser.

Med dette begrænsede mål for øje er det tilstrækkeligt at undersøge den såkaldte »Spaak-rapport«.¹⁶ Rapporten, der er udarbejdet af en på Messinamødet i juni 1955 af regeringerne nedsat komité under ledelse af den belgiske udenrigsminister Paul-Henri Spaak, dannede grundlag for udformningen af EØF- og Euratomtraktaterne, og der er enighed om, at rapportens grundlæggende ideer genfindes i traktaterne. Den kan derfor bruges til en undersøgelse af disse ideer.

Rapporten indeholder som nævnt intet, der direkte kan være til hjælp for fortolkningen af begrebet FtV. Den gennemgår forbudet mod kvantitative restriktioner og fremhæver nødvendigheden af dette forbud, men omtaler ikke et forbud mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner. Den indeholder derimod en række mere almindelige bemærkninger af indirekte betydning for spørgsmålet.

Det fremgår af rapporten, at *de tilstræbte mål, og herunder navnlig skabelsen af det fælles marked*, skal nås dels gennem en række forbuds- eller påbudsnormer, der direkte indeholdes i traktaten, og dels gennem institutionernes senere vedtagelse af regler, der enten umiddelbart skal være fælles for staterne og deres borgere, eller som skal harmonisere eksisterende nationale regler. Hertil kommer en række forpligtelser til koordinering af nationale foranstaltninger.

Det fremgår på samme måde af rapporten, at *handelshindringer* skal fjernes dels ved hjælp af de i traktaten indeholdte forbuds- eller påbudsnormer og dels gennem senere vedtagelse af fælles eller harmoniserede regler. Der eksisterer altså efter rapporten en række *handelshindringer, der alene kan fjernes gennem senere vedtagelse af regler*. Rapporten går også ud fra, at der er en række nationale *handelshindringer, som det ikke er nødvendigt at fjerne*.

16. Rapportens officielle titel er: »Rapport des chefs de délégation aux Ministres des affaires étrangères concernant l'unification de l'Europe dans le domaine économique« (Bruxelles 1956).

Det afgørende afsnit i rapporten for den her behandlede problemstilling er afsnit II, kap. 2, der behandler »afhjælpning af forvridninger og lovharmonisering«. Dette afsnit indeholder drøftelser af omfanget af den nødvendige harmonisering af nationale regler. Det siges bl.a.: »Rent bortset fra de åbenlyse diskriminationer ... har lov- og administrative regler en sådan indflydelse på produktionsprisen, at man med største omhu må undersøge, om visse af dem i sig selv eller på grund af deres forskelle landene imellem ikke fører til forvridninger i konkurrencebetingelserne mellem de nationale økonomier i deres helhed eller for bestemte økonomiske aktiviteter.

Man må dog også *meget nøjagtigt fastlægge grænserne for, hvad der er nødvendigt, og opklare visse misforståelser. Forskellene imellem byrder*, som de forskellige økonomier er underlagt, f.eks. som følge af offentlige udgifter eller de sociale systemer, *forvrider ikke i sig selv konkurrencebetingelserne*, idet de normalt kompenseres gennem de almindelige betingelser for udvekslingen imellem landene og navnlig valutakurser ...

I øvrigt tror man for hyppigt, at en rigtig konkurrence kun kan komme i stand, når de væsentligste elementer i produktionspriserne overalt er tilnærmet. Det er tværtimod på grundlag af visse forskelle, at man kan opnå en ligevægt, og vareudveksling kan udvikle sig«. (Her fremhævet).

Konkurrencefordrejninger og derved handelshindringer kan efter rapporten forårsages af de mest forskelligartede nationale foranstaltninger. En del af disse kan uden videre accepteres fra fællesskabets side. Deres eventuelle skadelige virkninger bliver automatisk ophævet eller formindsket gennem den frie konkurrence m.v. De øvrige må fjernes gennem enten midlertidig anvendelse af sikkerhedsklausuler eller ved harmonisering af lovgivning. Tilsyneladende er det kun »de åbenlyse diskriminationer« og statsstøtte, der direkte skal angribes gennem forbudsbestemmelser i selve traktaten.

Rapporten efterlader det indtryk, at dens ophavsmand er gået ud fra, at et fællesmarked kan fungere rimeligt effektivt, uden at man behøver at stille for store krav til fjernelse af alle konkurrenceuligheder og handelshindringer. Således siges det f.eks. på s. 63 i rapporten, at Kommissionen kun kan foreslå fjernelse af sådanne konkurrencefordrejninger, der har »en virkelig og alvorlig effekt på konkurrencebetingelserne«.

11.2 – EØF-traktatens præambel og formålsbestemmelser

En særskilt undersøgelse af traktatens præambel og formålsbestemmelser er som tidligere nævnt nødvendig på grund af den betydning, EF-

Domstolen tillægger dem ved fortolkningen af traktatens øvrige bestemmelser.

Præamblen indledes med, at de kontraherende parter udtrykker deres vilje til »at skabe grundlag for en stadig snævrere sammenslutning mellem de europæiske folk«, og den fortsætter med at give udtryk for parternes forsæt til »gennem fælles handling at sikre økonomiske og sociale fremskridt for deres lande ved at fjerne de skranker, der deler Europa«. ¹⁷ Udtrykt er på kortest mulig måde den grundlæggende idé bag fællesmarkedet, nemlig at en fjernelse af »skrankerne« mellem Europas lande vil føre til økonomiske og sociale fremskridt.

Det udtales dog også senere i præamblen, at de kontraherende parter »erkender, at fjernelse af bestående hindringer kræver fælles indsats med henblik på at sikre en vedvarende ekspansion, ligevægt i samhandel og redelig konkurrence«. Hertil føjes, at de kontraherende stater »tilstræber at styrke enheden i deres økonomier og at fremme deres harmoniske udvikling ...«. Herved udtrykkes, at fjernelse af bestående hindringer ikke i sig selv er tilstrækkelig til at opnå de økonomiske og sociale fremskridt. Fjernelsen af hindringerne kan have uheldige konsekvenser, såsom uligevægt i samhandelen og uharmonisk udvikling mellem fællesskabets forskellige områder. Fjernelsen må derfor ledsages af forskellige former for fælles handling.

De forskelle, der kan konstateres mellem præamblen og formålsbestemmelsen i art. 2, har ikke betydning for denne afhandlings formål. Det er tilstrækkeligt at fastslå, at art. 2 giver udtryk for, at en række formål af social, økonomisk og politisk karakter, herunder de i forbindelse med præamblen nævnte, kan fremmes bl.a. »gennem oprettelsen af et fællesmarked« og »gennem gradvis tilnærmelse af medlemsstaternes økonomiske politik«. Denne bestemmelse giver ikke yderligere fortolkningsbidrag ud over dem, der allerede er fremhævet i forbindelse med præamblen. ¹⁸

Heller ikke bestemmelserne i art. 3 har selvstændig betydning for fortolkningen af forbudet mod FtV. Art. 3 indeholder en opregning af eller en oversigt over,

17. Denne og de følgende fremhævelser er foretaget her.

18. Men dens eksistens fjerner nødvendigheden af, i hvert fald for denne afhandlings formål, at drøfte, om Domstolen er beføjet til at lægge vægt på præambelns bestemmelser. Den vil under alle omstændigheder kunne indfortolke præambelns indhold i traktatens art. 2.

hvilke områder traktaten regulerer. Forbudet mod FtV er omfattet af bestemmelsens litra a, hvorefter Fællesskabets virke indebærer »ophævelse, medlemsstaterne imellem, af told og kvantitative restriktioner ved varers ind- og udførsel, såvel som af alle andre foranstaltninger med tilsvarende virkning«. Denne bestemmelse kan ikke benyttes som støtte for en bestemt fortolkning af forbudet mod FtV.¹⁹

19. Art. 3 kan strengt taget siges at være uden selvstændig betydning. Den giver ikke selvstændig kompetence for EF's institutioner. Dette fremgår allerede af dens indledning, hvorefter de nævnte virkemidler skal anvendes »under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne traktat«. Dette udelukker dog ikke, at Domstolen kan benytte artiklen som fortolkningsstøtte. Således er bestemmelsen i litra f blevet benyttet som støtte for udvidende fortolkninger af traktatens konkurrenceregler, jfr. f.eks. sag 6/72 Continental Can, og sag 13/77 Inno.

KAP. 12 – TRAKTATENS BESTEMMELSER OM OPRETTelsen AF FÆLLESMARKEDET

12.1 – Afgrænsning og systematik

Efter traktatens art. 2 skal EF's mål som nævnt nås »gennem oprettelsen af et fællesmarked« og »gennem tilnærmelse af medlemsstaternes økonomiske politik«. Forbudet mod FtV er et led i oprettelsen af fællesmarkedet, og undersøgelsen i dette kapitel vil derfor være koncentreret om traktatens andre regler om oprettelsen af fællesmarkedet. Men det er ikke hensigtsmæssigt konsekvent at sondre mellem disse regler og dem, der vedrører tilnærmelsen af den økonomiske politik. Et effektivt fungerende fællesmarked forudsætter en vis samordning af den økonomiske politik. Grænsen mellem de to sæt regler er heller ikke fulgt konsekvent i traktaten. De undersøgte regler er udvalgt ud fra deres relevans for fortolkningen af forbudet mod FtV. Det vil som nævnt navnlig blive søgt belyst,

- om der kan findes konkrete fortolkningsbidrag til forståelse af de i art. 30, 34 og 36 anvendte begreber,
- om traktatens andre forbudsnormer hviler på et diskriminationsprincip,
- om der kan drages slutninger fra traktatens almindelige niveau for beskyttelsen af de frie varebevægelser, og
- om der kan hentes fortolkningsbidrag fra omfanget af Rådets kompetence til at harmonisere nationale regler.

Efter en kort omtale i afsnit 12.2 af det almindelige *forbud i art. 7 mod nationalitetsdiskrimination* gennemgås i afsnit 12.3 de *grundlæggende regelsæt af betydning for nedbrydningen af skrankerne for varebevægelserne*, nemlig forbudet mod told og tilsvarende afgifter, forbudet mod kvantitative restriktioner og tilsvarende foranstaltninger og forbudet mod diskriminerende interne afgifter.

Derefter følger i afsnit 12.4 en gennemgang af de *regler, der skal sikre mod en fordrejning af konkurrencevilkårene*, d.v.s. konkurrence- og statsstøttereglerne, herunder reglerne om offentlige foretagender. Betydningen af sondringen mellem reglerne om de frie varebevægelser og reglerne om fordrejninger af konkurrencevilkårene må ikke overvurderes. Begge sæt regler har til formål at fremme varebevægelserne og at fremme ligelige konkurrencevilkår. Når told og andre direkte skranker for varebevægelserne fjernes, fremmes de lige konkurrencevilkår, og når statsstøtte og andre konkurrencefordrejninger ophæves, fremmes de frie varebevægelser.

I afsnit 12.5 behandles de regler, der gælder for *landbrug og transport*. Der-

efter følger i afsnit 12.6 og 12.7 en gennemgang af traktatens regler om den *frie bevægelighed af kapitalen og af personer*, d.v.s. reglerne om arbejdskraften og etablerings- og tjenesteydelsesreglerne. Herefter gennemgås i afsnit 12.8 traktatens regler, der gør det muligt for EF's institutioner at *harmonisere de nationale regler*, der måtte forårsage hindringer for samhandelen mellem medlemslandene. I afsnit 12.9 omtales traktatens *sikkerhedsklausuler*, d.v.s. de regler, der giver hjemmel for undtagelser fra traktatens forbuds- og påbudsbestemmelser. Endelig undersøges i afsnit 12.10 betydningen af, at en række områder udtrykkeligt eller stiltiende efter traktaten er *forbeholdt medlemsstaternes kompetence*, hvorefter resultaterne af undersøgelserne *sammenfattes* i afsnit 12.11.¹

12.2 – Forbudet mod nationalitetsdiskrimination i traktatens art. 7

Traktatens art. 7 forbyder al forskelsbehandling² på grundlag af nationalitet inden for traktatens område og med forbehold af traktatens særlige bestemmelser. Forbudet har selvstændig betydning på trods af de specielle diskriminationsforbud, traktaten indeholder inden for alle vigtige områder. Bestemmelsen bruges ikke alene i forbindelse med fortolkningen af traktatens øvrige regler, men også til at udfylde huller i det system, traktaten har indført.³

Bestemmelsen gælder forskelsbehandling på grundlag af *nationalitet*, og man kan derfor spørge, om den er begrænset til diskrimination over for personer (og selskaber). Dette gøres gældende af en del af teorien.⁴ En anden del mener, at en udvidende fortolkning er berettiget.⁵ Man

1. De regler, der i overgangsperioden har reguleret f.eks. den gradvise fjernelse af told og kvantitative restriktioner, vil ikke blive omtalt. Alene de i dag gældende regler vil blive undersøgt.
2. Det tilsvarende ord i traktatens andre sproglige versioner er »diskrimination«. Det kan ikke udelukkes, at dette sidste begreb er snævrere end begrebet forskelsbehandling, og at denne forskel kan have betydning ved drøftelsen af muligheden for at acceptere nationalitetsforskelsbehandling, når en sådan er sagligt begrundet.
3. Se f.eks. sag 155/73 Sacchi og sag 90/76 van Ameyde og se kommentaren til *EF-Karnov* art. 7 (ved Laursen).
4. Se *EF-Karnov* art. 7 (ved Laursen), Ernst Wohlfahrt, *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft, EWG-Kommentar*, Baden-Baden, 1974, art. 7, anm. 13, Graf, *Massnahmen gleicher Wirkung* s. 57.
5. Se Sundberg-Weitman, *anf.st.* s. 95, Foighel og Hagel-Sørensen, *anf.st.* s. 66 og navnlig Steindorff, *Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes*, der s. 28 ff. stærkt argumenterer for dette standpunkt, bl.a. under henvisning til GATT-aftalens art. III, der indeholder et sådant generelt forbud. I det hele anfører Steindorff, at traktaten indeholder et generelt forbud mod international diskrimination, d.v.s. et forbud mod enhver forskelsbehandling inden for traktatens område på grundlag af nationalitet og oprindelse.

gør gældende, at traktaten indeholder et generelt princip om forbud mod diskrimination på grund af varers oprindelse, som forbudene i art. 30 og art. 95 blot er konkrete anvendelser af. Den sidste fortolkning vil givet blive fulgt af Domstolen. Domstolen vil ikke fortolke bestemmelsen indskrænkende, hvis der i praksis skulle vise sig behov for en udvidende fortolkning. Art. 7 er placeret i traktatens indledende del om principperne og indeholder et noget ufuldstændigt sprogligt udtryk for traktatens grundlæggende princip, nemlig fjernelse af de skranker, der deler Europa, hvad enten disse skyldes forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i snæver forstand eller oprindelse.⁶

Domstolens fortolkning af art. 7's diskriminationsbegreb kunne være af interesse for forståelsen af det diskriminationsforbud, der i hvert fald kan indfortolkes i forbudet mod FtV. De to bestemmelser overlapper hinanden.⁷ Den foreliggende Domstolspraksis vedrørende art. 7 giver dog ikke bidrag af betydning for denne afhandlings formål.

Art. 7, stk. 2, indeholder hjemmel for Rådet til »at give forskrifter med henblik på at forbyde sådan forskelsbehandling«, d.v.s. den i stk. 1 forbudte diskrimination. Denne hjemmelsbestemmende skal ikke være udnyttet, for at forbudet i stk. 1 umiddelbart kan gøres gældende for nationale myndigheder og domstole.⁸ Man kunne derfor spørge, om hjemmelsbestemmelsen i stk. 2 er overflødig. Dette er dog ikke tilfældet. Man må opfatte forholdet således, at det diskriminationsforbud, der er omhandlet i stk. 1, d.v.s. det umiddelbart anvendelige begreb, er snævrere end stk. 2's begreb, eller måske bedre udtrykt, at der i stk. 1 findes to diskriminationsbegreber, ét der kan anvendes umiddelbart, fordi der ikke for dets anvendelse forudsættes yderligere regler, og ét der ikke er umiddelbart anvendeligt, d.v.s. ét der for sin anvendelse forudsætter yderligere regler fastsat efter stk. 2. Hjemmelen vil næppe få praktisk betydning,⁹ men viser, at traktatens forfattere har været klar over, at

6. Spørgsmålet får betydning i forbindelse med forbudet mod FtV's mulige anvendelse på private, se kap. 17.4.

7. Det fremgår af art. 7, at man i overlapningstilfældene skal benytte traktatens »specielle« diskriminationsforbud.

8. Se sag 1/78 Kenny.

9. Den har kun været benyttet to gange. Den blev citeret sammen med andre hjemmelsbestemmelser i forordning nr. 101/76 om den fælles strukturpolitik for fiskeriet (se *EF-Karnov* s. 196) og i forordning nr. 1408/71 om den sociale sikring (se *EF-Karnov* s. 223). Forordningerne kunne dog have været udstedt, selv om hjemmelen i art. 7, stk. 2, ikke havde eksisteret.

diskriminationsforbud kan være vanskeligt anvendelige i praksis, og at supplerende regler kan være nødvendige.

12.3 – Traktatens art. 9ff., art. 30 ff. og art. 95ff.

Grundlaget for toldunionen og dermed for de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne er forbudene mod told- og tilsvarende afgifter, mod kvantitative restriktioner og tilsvarende foranstaltninger og mod afgiftsdiskriminationer over for udenlandske varer. Det er i første række disse tre typer restriktioner, der i forbindelse med valutarestriktioner har været anvendt og stadig anvendes til at beskytte de nationale markeder. Told, kvantitative restriktioner og højere interne afgifter for udenlandske produkter er lette at administrere og giver en »hurtig og sikker« beskyttelse af den indenlandske produktion.

12.3.1 – Traktatens regler om told og toldlignende afgifter. Der gælder et ubetinget forbud mod told og afgifter med tilsvarende virkning i forbindelse med vareudveksling mellem medlemsstaterne. Det gælder umiddelbart med den virkning, at krænkelser kan sanktioneres gennem direkte søgsmål mod det offentlige fra privates side.

Forbudet mod afgifter med tilsvarende virkning som told omfatter efter Domstolens omfattende praksis¹⁰ enhver afgift, der opkræves i anledning af en passage af en grænse. Det gælder uanset afgiftens størrelse og uanset dens formål. Det gælder også uden hensyn til, hvem provenuet tilfalder. *Forbudet gælder derimod ikke, hvis afgiften er led i et generelt, internt afgiftssystem, som konsekvent behandler inden- og udenlandske produkter efter de samme kriterier.*¹¹ Forbudet gælder heller ikke afgifter, som udgør en modydelse for en konkret påviselig fordel, der er ydet den afgiftspligtige.¹²

10. Se f.eks. sag 35/76 Simmenthal og sag 46/76 Bauhuis.

11. Denne undtagelse modificeres, hvis det viser sig, at afgiftsprovenuet direkte bliver brugt til støtte for den pågældende indenlandske produktion, d.v.s. at støtten for den indenlandske produktion ophæver virkningerne af afgiften, se herom note 2h til art. 12 i EF-Karnov (ved Fenger m.fl.)

12. Denne undtagelse har dog aldrig fundet praktisk anvendelse. Se om en yderligere undtagelse for afgifter ved grænsekontrolundersøgelser, der er foreskrevet ensartet for alle medlemslandene ved EF-regler eller internationale regler i de frie varebevægelser interesse, sag 46/76 Bauhuis og sag 89/76 Kommissionen mod Holland. Denne undtagelse har navnlig betydning for spørgsmålet om institutionernes mulighed for at gøre undtagelser fra traktatens forbud og vil derfor blive behandlet i kap. 17.3

Domstolens praksis viser dens vilje til at forhindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne pålægges nogen som helst særlige byrder. Forbudet har ikke alene til formål at fjerne selve de pengemæssige byrder for samhandelen, men i lige så høj grad det administrative besvær, opkrævningen af selv minimale afgifter medfører.¹³

Det kan forekomme meningsløst i forbindelse med told og andre afgifter at spørge, om det, der forbydes, er diskrimination af udenlandske varer. Tolds sædvanlige formål er netop at skabe en forskelsbehandling mellem den inden- og den udenlandske produktion. Dette er imidlertid ikke afgørende. Forbudet omfatter efter Domstolens praksis også afgifter, der ikke har diskriminerende eller beskyttende virkninger.¹⁴ Forbudet omfatter nemlig også udførselstold og gælder, selv om der ikke findes nogen national produktion af den pågældende vare.

Men dette må ikke misforstås. Der kræves ganske vist ikke diskrimination på den måde, at indenlandske varer stilles bedre end udenlandske varer, men forbudet forudsætter eksistensen af en anden form for diskrimination. Det kan kun anvendes, når der foreligger *diskrimination over for samhandelen mellem medlemslandene i forhold til den interne handel i det pågældende land*.¹⁵ Hvis de pågældende afgifter indgår som et led i et internt afgiftssystem, der behandler de grænseoverskridende varer efter samme kriterier som de internt omsatte varer, er forbudet mod told og tilsvarende afgifter som nævnt uanvendeligt.

12.3.2 – Traktatens regler om diskriminerende interne afgifter. »Varer fra andre medlemsstater«¹⁶ må ikke pålægges interne afgifter, »som er

13. Se f.eks. sag 34/73 Variola.

14. Se sag 24/68 Kommissionen mod Italien og sag 2 og 3/69 Diamantarbejders. Afgørende er, at afgiften rammer varer, hvad enten de er udenlandske eller indenlandske, på grundlag af det faktum, at de passerer grænsen. Den første af disse sager vedrørte en ganske ringe såkaldt »statistikafgift«, der skulle betales ved både import og eksport. Den anden sag vedrørte en afgift på import af rå diamanter, altså på varer, der ikke befandt sig i konkurrence med belgiske varer.

15. Dette overses af Pescatore, der i den i kap. 9.2.1 nævnte artikel »Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation« efter først at have udtalt, at »told og toldlignende afgifter efter selve deres natur er diskriminerende«, afslutter sin gennemgang af Domstolens praksis med at fastslå, at denne praksis ikke er udtryk for anvendelse af diskriminationsprincippet, men af princippet om de frie varebevægelser.

16. Det er næppe ved dette ordvalg tilsigtet at udelukke tredjelandsvarer, der er i fri omsætning, jfr. dog sag 148/77 Hansen, der synes at lægge modsat opfattelse til grund. Om behandlingen af tredjelandsvarer se kap. 14.2.

højere end de afgifter, der direkte eller indirekte pålægges indenlandske varer«. Det samme gælder »interne afgifter, som indirekte vil kunne beskytte andre produkter«.

Traktatens art. 95 giver herved udenlandske varer en effektiv beskyttelse over for afgiftsmæssig diskrimination, og Domstolen er gået langt i sit krav om en både formel og reel ligestilling mellem uden- og indenlandske varer.

Ligestilling skal gælde ikke alene afgiftssatsen og afgiftsgrundlaget, men også opkrævningsmåden. Domstolen tager ikke hensyn til de administrative vanskeligheder, dens fortolkning giver de nationale afgiftsmyndigheder. Illustrerende er dommene i sag 127/75 Bobie og i sag 20/76 Schöttle und Söhne. Den førstnævnte sag vedrørte den tyske ølafgift, der var fastsat således, at afgiftsbeløbet blev nedsat for øl fra bryggerier, hvis produktion lå under et vist niveau. Der var således reelt tale om en støtte til mindre bryggerier. Domstolen forlangte, at en tilsvarende reduktion skulle ydes til øl, produceret i tilsvarende mindre udenlandske bryggerier, og dette uden hensyn til de indlysende vanskeligheder, administrationen af en sådan ordning ville give, og uden hensyn til, at der reelt var tale om en statsstøtte, som – ganske vist under forudsætning af, at den blev anerkendt af Kommissionen – kunne være givet til de mindre tyske bryggerier. Domstolens svar vil være, at et tilsvarende resultat skal og kan opnås gennem en ensartet afgift og en derfra adskilt støtteordning for de mindre bryggerier. Schöttle und Söhne-sagen vedrørte nogle indviklede regler i en tysk transportafgiftslov. Lovens princip var, at afgiften beregnedes efter længden af transporten. En tysker havde importeret fransk grus fra et bestemt sted i nærheden af den tysk/franske grænse. Han havde måttet betale den tyske transportafgift. Han kunne imidlertid påvise, at han, hvis gruset var kommet fra et i afstand tilsvarende sted i Tyskland, ikke skulle have betalt transportafgiften. Dette skyldes en udtagelse, der gjaldt for visse nærmere definerede lokale transporter. EF-Domstolen fandt det godtgjort, at den tyske ordning faktisk under særlige omstændigheder kunne føre til, at korte internationale transporter kunne blive afgiftspligtige, medens i øvrigt identiske interne transporter var afgiftsfrie. Den fastslog, at en sådan diskrimination var stridende mod art. 95. Det var uden betydning, at denne diskrimination af den internationale transport og dermed af varer i samhandelen mellem medlemslandene ikke bare gjaldt for varer importeret til Tyskland, men også for varer eksporteret fra dette land, d.v.s. at det var klart, at ordningen ikke havde til formål at beskytte den indenlandske produktion, men alene skyldtes rent administrative hensyn. Diskriminationer, selv ubetydelige, kan ikke retfærdiggøres af det faktum, at nationale myndigheder ikke kan udøve deres beføjelser på andre staters områder.

Vanskelige spørgsmål om art. 95's anvendelse opstår i de situationer, hvor udenlandske varer pålægges interne afgifter, uden at der findes lignende eller konkurrerende indenlandske varer. Domstolen har taget stilling til dette problem i sag 31/67 Stier. Art. 95 er principielt ikke til hinder for sådanne afgifter, men afgifterne må ikke være af »en sådan størrelse, at den frie varebevægelse på det fælles marked for disse varers vedkommende bringes i fare«. Dette vil efter dommen ikke være tilfældet, »når afgiftssatsen holdes inden for de almindelige rammer for det nationale afgiftssystem, som den omtvistede afgift er en bestanddel af«.

Dette bekræfter, at artiklen alene indeholder et forbud mod diskrimination på grund af oprindelse.¹⁷ Problemet med mangelen af lignende indenlandske varer løses gennem en sammenligning af den omtvistede afgift med det generelle afgiftsniveau i staten, altså fortsat på grundlag af en undersøgelse af eventuel oprindelsesdiskrimination. Bestemmelsen indeholder ikke nogen beskyttelse af de frie varebevægelser som sådanne. Den fastslår alene, at *udenlandske varer ikke må behandles dårligere end indenlandske*. Den indeholder ingen beskyttelse mod afgifter af en sådan størrelse, at omsætningen af varerne falder med den følge, at også den frie samhandel mellem medlemsstaterne påvirkes. En sådan afgift vil ikke betyde nogen særlig byrde for samhandelen mellem medlemsstaterne i forhold til den interne handel.

Traktatens art. 96 vedrører *afgiftsbehandlingen af eksporterede varer* og bestemmer, at der ikke ved udførsel af varer fra en medlemsstat til en anden kan ydes godtgørelse for interne afgifter ud over det beløb, der har været pålagt dem direkte eller indirekte. Den forbyder *skjult eksportstøtte*. Den forbyder ikke, at den frie samhandel hindres ved, at der *ikke ydes fuld afgiftsgodtgørelse ved eksport*. Og fuld afgiftsgodtgørelse er nødvendig for at sikre afgiftsmæssig neutralitet i samhandelen. De eksporterede varer kan lovligt efter art. 95 belægges med de afgifter, der i *importstaten* opkræves af indenlandske varer, og de må derfor, hvis de skal kunne konkurrere på lige fod med indenlandske varer, modtage fuldstændig refusion af erlagte afgifter i *eksportstaten*.

Problemet illustreres ved Domstolens afgørelse i sag 27/74 Demag. Sagen vedrørte en tysk »eksportafgift«, der bestod i en delvis ophævelse af

17. Pescatore opfatter i »Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation« dommen som udtryk for, at Domstolen også i forbindelse med art. 95 er gået videre end til en anvendelse af et diskriminationsforbud, og at dommen derfor er udtryk for det videre princip, nemlig princippet om de frie varebevægelser.

en omsætningsafgiftsfritagelse for eksportvarer. En tysk eksportør gjorde gældende, at der var tale om en ulovlig afgift med tilsvarende virkning som eksporttold, altså en efter EØF-traktaten art. 16 forbudt afgift. EF-Domstolen fandt imidlertid, at der var tale om en intern afgift, der måtte behandles efter traktatens regler om interne afgifter, og at hverken art. 95 eller art. 96 indeholdt forbud mod sådanne eksportafgifter. Afgørelsen var utvivlsomt konkret rimelig. Afgiftens formål var at bekæmpe det kroniske tyske betalingsbalanceoverskud. Men afgiftens betydning for de frie varebevægelser var lige så utvivlsom. Domstolen accepterede dette hul i traktatens beskyttelse af de frie varebevægelser, selv om det ikke ville have været vanskeligt for den at statuere, at afgiften var en toldlignende afgift.¹⁸

Demag-dommen er dog ikke udtryk for Domstolens endelige stillingtagen til disse problemer. Dens dom i sag 142/77, Statens kontrol med ædle metaller, viser, at de »uheldige« følger for de frie varebevægelser af traktatens regulering af afgiftsspørgsmålet i eksporttilfældene skal begrænses mest muligt. Sagen vedrørte en dansk kontrolafgift for ædle metaller, som nogle afgiftsforpligtede hævdede, i strid med art. 95, diskriminerede over for varer bestemt til eksport. Domstolen fastslog, at art. 95 også kunne bruges i denne situation. En sammenholdning af art. 95 og art. 96 viser efter Domstolens opfattelse, at traktaten tilsigter at sikre de interne afgiftssystemers neutralitet i samhandelen mellem medlemsstaterne. Det ville være i strid med »systemet« i traktatens afgiftsbestemmelser at tillade diskrimination i eksporttilfældene.¹⁹ Den fremhævede, at afgiftsdiskrimination over for eksport ikke er helt upraktisk. Ganske vist har staterne normalt ikke interesse i at hindre eksport, men en sådan interesse kan dog foreligge ved eksport af sjældne varer. Dom-

18. Tankevækkende er en sammenligning mellem Demag-sagen og den nogle dage senere afgjorte sag 190/73 van Haaster, hvori Domstolen om en hollandsk produktionsbegrænsning for hyacintløg udtalte, at produktionsbegrænsningen i hvert fald potentielt kunne influere på samhandelen mellem medlemslandene og derfor var en forbudt FtV. Det er ikke umiddelbart let at forstå, hvorfor produktionsbegrænsninger, der ikke alene har betydning for eksporten, skal behandles strengere end »eksportaftifter« som omhandlet i Demag-sagen. Van Haaster-sagen er refereret i kap. 22.2.8.

19. Det er vanskeligt at se nogen reel forskel i disse argumenter. Domstolen har søgt at styrke et »svagt« argument ved at gentage det i noget ændret formulering. Den henviser endvidere til en tidligere dom i sag 51/74 van der Hulst, hvor den havde lagt samme fortolkning til grund. Spørgsmålet synes imidlertid praktisk taget ikke at have været realitetsbehandlet i van der Hulst-sagen, så dens præcedensvirkning må have været begrænset.

stolen udstrækker således – uden at bruge ordet – ved analogi art. 95, der udtrykkeligt alene omhandler import, til også at omfatte eksport, og det på trods af at eksportsituationen er behandlet selvstændigt i den efterfølgende artikel. Som det klart siges af generaladvokat Caportorti: en sådan »analogislutning« er nødvendig for »at undgå dette alvorlige hul i ordningen vedrørende de frie varebevægelser i Fællesskabet«. Dommen er en god illustration af Domstolens vilje til at beskytte de frie varebevægelser. Dommen fører til, at eksporterede varer ikke må pålægges højere afgifter end indenlandsk omsatte varer. Den fører dog næppe til, at bestemmelserne forpligter til godtgørelse af erlagte interne afgifter. Modsætningsslutningen fra art. 96 synes her at være en uoverstigelig hindring, selv om Domstolens påstand om, at art. 95 og 96 tilsigter afgiftssystemernes »neutralitet«, logisk set skulle føre til det modsatte resultat.

Domstolen har i sag 86/78 Distilleries Peureux til gengæld begrænset art. 95's anvendelsesområde på anden led. Art. 95 beskytter ikke landets egne varer mod afgiftsmæssigt at blive stillet dårligere end importerede varer. Den forbyder ikke, hvad man normalt kalder »*omvendt diskrimination*«. Domstolen fastslår blot, at forskelle af denne art ikke vedrører art. 95's anvendelsesområde, men følger af særegenheder i de ikke harmoniserede nationale lovgivninger inden for områder, der hører under staternes kompetence. Resultatet er overraskende, fordi det normalt antages, at traktatens diskriminationsforbud også omfatter omvendt diskrimination,²⁰ og fordi man måske kunne støtte et modsat resultat på den netop omtalte sags påstand om, at traktatens regler tilsigter »afgiftsmæssig neutralitet«. Domstolens resultat er så generelt formuleret, at det næppe kan begrundes blot med den pågældende sags omstændigheder. Det må snarere ses som udtryk for, at »en omvendt diskrimination« i disse tilfælde ikke vil skade de frie varebevægelser, men tværtimod vil fremme dem.

12.3.3 – Traktatens regler om kvantitative restriktioner og statslige handelsmonopoler. Traktatens art. 30 og art. 34 forbyder kvantitative restriktioner ved import fra og eksport til andre medlemslande, og art. 37 forbyder, at der ved hjælp af statslige handelsmonopoler sker forskels-

20. Se for så vidt angår art. 7, *EF-Karnov* s. 34 (ved Laursen), Bleckmann, *Europarecht* s. 288, og Sundberg-Weitmann, *anf. st.* s. 113 ff., med yderligere litteraturhenvisninger.

behandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår.

12.3.3.1 – Begrebet »kvantitative restriktioner« giver kun få afgrænsningsmæssige vanskeligheder. Det defineres almindeligvis som *foranstaltninger, der begrænser indførsel eller udførsel efter mængde eller værdi (kontingenter), eller som fuldstændigt forbyder ind- og udførsel.*²¹

Domstolen har udtalt, at forbudet mod kvantitative restriktioner omfatter »foranstaltninger, som har karakter af et helt eller delvist forbud mod import, eksport eller transit...«²²

Kvantitative restriktioner omfatter således alene forholdsregler i forbindelse med grænsepassage og ikke forholdsregler i forbindelse med den interne afsætning. De sidste forholdsregler må i givet fald anses som omfattet af forbudet mod FtV.

Det er et spørgsmål, om et indførselsforbud, som modsvarer af et nationalt produktions- eller afsætningsforbud, skal betragtes som en kvantitativ restriktion. Den i note 21 citerede kommentar i EF-Karnov til art. 30 besvarer spørgsmålet benægtende. Det samme har efter Ehlermanns oplysninger Kommissionen og de fleste forfattere gjort.²³ Domstolen kan ikke antages i sin definition at have taget stilling til dette spørgsmål.²⁴ Et parallelt problem foreligger i forbindelse med indførselskontingenter, der modsvarer af produktions- eller afsætningsbegrænsnin-

21. I *EF-Karnov* s. 94 (1. udgave ved Boesgaard og Spöhr) defineres kvantitative restriktioner således:

»Kvantitative restriktioner omfatter ethvert statsligt forbud mod ind- eller udførsel af en vare eller ethvert statsligt påbud i form af lov, bekendtgørelse eller lign., der gør ind- eller udførslen afhængig af fremlæggelsen af en ind- eller udførselsbevilling, såfremt denne ind- eller udførselsbevilling ikke udstedes automatisk efter anmodning (fri licensudstedelse). Endvidere omfatter begrebet kontingenter, jfr. nedenfor.

Der foreligger ikke kvantitative restriktioner, når der til et forbud mod ind- og udførsel svarer et forbud mod indenlandsk salg ...

Kontingenter omfatter ethvert statsligt påbud i form af lov, bekendtgørelse eller lign., som inden for et bestemt tidsrum fastlægger mængden eller værdien af den tilladte ind- eller udførsel af én eller flere varer...

Kontingenter af ren toldmæssig karakter (toldkontingenter) betragtes ikke som kontingenter i ovennævnte betydning«. Definitionen er gentaget i 2. udgave (ved Gulmann) s. 130.

22. Se sag 2/73 Geddo. Se i samme retning sag 74/76 Ianelli.

23. Se *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 254.

24. Det modsatte antages dog af Roth, *anf.st.* s. 15, der gør gældende, at definitionen viser, at *ethvert* importforbud er en kvantitativ restriktion.

ger for indenlandske varer. Det er heller ikke i denne situation sikkert, om sådanne forholdsregler kan betragtes som kvantitative restriktioner. Graf synes at acceptere, at dette er tilfældet.²⁵ Interessen for dette spørgsmål skyldes navnlig, at det kan have betydning for problemet, om forbudet mod FtV også omfatter ikke-diskriminerende forholdsregler. Er der tale om kvantitative restriktioner ved indførselsbegrænsninger, der modsvares af interne begrænsninger, kan det bruges som argument for, at forbudet mod FtV også omfatter ikke-diskriminerende forholdsregler.

Det må henstå som usikkert, hvordan spørgsmålet skal besvares. Der synes ganske vist, i hvert fald for så vidt angår de *totale importforbud*, at være overvældende støtte for, at ikke-diskriminerende restriktioner ikke er kvantitative restriktioner. Resultatet kan siges allerede at følge af, at kvantitative restriktioner kun omfatter egentlige grænsereguleringer, og at de her omhandlede forbud vil fremtræde som rene produktions- eller afsætningsforbud med en blot refleksvirkning for importen.

De »ikke-diskriminerende kontingenteringer« er noget vanskeligere at vurdere. Man må i forbindelse med disse altid specielt tage stilling til de nationale produktions- eller afsætningsbegrænsningers betydning for importen. Der må nødvendigvis altid fastsættes særlige kvoter for tilladelig import. Men dette viser også, at situationen er upraktisk. Det er vanskeligt at tænke sig, at en »kvoteordning« af den her omhandlede type skulle kunne udformes, således at den reelt er ikke-diskriminerende.

Selve konstateringen af tvivlen om disse spørgsmåls løsning er for denne afhandlings formål vigtigere end argumentationen for en bestemt løsning. Tvivlen betyder nemlig, at Domstolen, når den skal tage stilling til spørgsmålet om anvendelsen af forbudet mod FtV, ikke kan støtte sig på argumenter, der tager deres udgangspunkt i sikre slutninger fra begrebet kvantitative restriktioner. Realiteten er, at Domstolen ved afgrænsningen af det »kendte« begreb kvantitative restriktioner og det »ukendte« begreb FtV i de her drøftede situationer står over for et i alt væsentligt identisk problem, nemlig om hensynet til de frie varebevægel-

25. *Anf.st.* s. 111. Han finder, at dette forhold kan anføres som det væsentligste argument mod hans fortolkning af forbudet mod FtV, hvorefter det kun indeholder et diskriminationsforbud. Forfatteren til den i note 21 citerede kommentar i *EF-Karnov*, ekspeditionssekretær Boesgaard, handelsministeriet, har mundtligt over for mig givet udtryk for, at der ikke i disse situationer foreligger kvantitative restriktioner.

ser tilsiger, at også ikke-diskriminerende forholdsregler er omfattet af traktatens forbud.

12.3.3.2 – Bestemmelsen i art. 37 om statslige handelsmonopoler har navnlig til formål at hindre, at forbudene i art. 30 og art. 34 omgås af statslige handelsmonopoler, der igennem deres indkøbs- og afsætningspolitik er i stand til at opretholde adskillelsen af de nationale markeder og dermed hindre den internationale samhandel på samme måde, som det ellers kun kan ske gennem kvantitative restriktioner. Bestemmelsen finder anvendelse på ethvert organ, gennem hvilket en medlemsstat »øver mærkbar indflydelse på indførsel eller udførsel mellem medlemsstaterne«. ²⁶ Et krav om mærkbar indflydelse på samhandelen genfindes inden for konkurrenceretsområdet. ²⁷ Spørgsmålet, om et tilsvarende krav gælder i forbindelse med forbudet mod FtV, drøftes i kap. 24.3 og kap. 26.3.

Bestemmelsen har i de senere år givet anledning til mange sager for EF-Domstolen. Problemerne har navnlig vedrørt omfanget af pligterne for de nationale handelsmonopoler til at omforme sig således, at de ikke strider mod fællesmarkedets krav. Domstolen er her gået vidt. ²⁸ Vigtigst er, at enhver form for eneret for monopolet til import er i strid med art. 37. Domstolen har afvist anbringender fra Kommissionen om, at statslige handelsmonopoler efter overgangsperiodens udløb alene skal bedømmes på grundlag af traktatens almindelige regler, det vil navnlig sige artiklerne 12, 30, 34 og 95, således at art. 37 skulle have mistet sin selvstændige betydning. ²⁹ Domstolen har lagt til grund, at art. 37 selvstændigt fortsat kan bruges på de af monopolets aktiviteter, der må anses for uløseligt forbundet med monopolets karakter af handelsmonopol, og at art. 37 i øvrigt supplerer og selv bliver suppleret af traktatens almindelige bestemmelser.

En enkelt af Domstolens seneste afgørelser skal omtales. ³⁰ Den illustrerer de vanskelige problemer, statslige handelsmonopoler rejser i forhold til de frie varebevægelser, og Domstolens bestræbelser på gennem frie formålsbestemte fortolkninger at løse dem. Reglerne for det tyske statslige alkoholmonopol tillod i

26. Kravet er i sag 6/64 Costa-Enel formuleret som et krav om, at handelsmonopolets virksomhed skal være af »reel betydning« for samhandelen.

27. Se afsnit 12.4.

28. Se *EF-Karnov* ad art. 37 (ved Boye Jacobsen) og F. Wooldridge, »Some Recent Decisions concerning the Ambit of Article 37 of the EEC Treaty«, *LIEI* 1979 s. 105.

29. Se sag 148/77 Hansen og 119/78 Distilleries Peureux.

30. Sag 91/78 Hansen.

princippet fri import og fri prisdannelse, men forudsatte opkøb af tysk alkohol til priser fastsat væsentligt højere end markedsprisen, således at opkøbet finansieredes gennem en høj forbrugsafgift på både importeret og tysk alkohol. En tysk importør gjorde gældende, at de tyske regler stred mod art. 37, idet han henviste til Domstolens praksis vedrørende toldlignende afgifter, hvorefter en i formen ikke-diskriminerende intern afgift kan blive anset for en forbudt toldlignende afgift, hvis den interne afgifts provenu bliver brugt til støtte af den nationale produktion.³¹ Opkøbet af tysk alkohol til højere priser end markedsprisen var en national støtte, og den blev finansieret bl.a. af afgiften på de importerede varer. Domstolen fandt ikke, at betingelserne for at anvende denne praksis var til stede.³² Den understregede til gengæld art. 37's betydning til sikring af de frie varebevægelser og af kravet om at give »lige muligheder« (égalité de chances) for importerede og indenlandske varer. Og der gaves ikke importerede varer »lige muligheder«, hvis monopolen fastsatte sine salgspriser *under* prisen for importerede varer af tilsvarende kvalitet. Statslige monopoler har efter Domstolens praksis fortsat muligheder for at føre prispolitik, der ikke udelukkende grunder sig på kommercielle hensyn, men må ikke – og dette må vel være kernen i Domstolens opfattelse – praktisere en art »dumping« på eget marked.

Der kan utvivlsomt anføres gode grunde for det praktisk rimelige i resultatet. Men Domstolen sætter de nationale retter, der nu skal til at vurdere prisniveauer for varer af »tilsvarende kvalitet«, på vanskelige opgaver, og resultatet rejser vigtige spørgsmål om rækkevidden af princippet om »lige muligheder« for importerede varer, som Domstolen uden særlig støtte i bestemmelsen og uden egentlig begrundelse mener at kunne indfortolke i art. 37.

Art. 37 har i litteraturen været påberåbt som støtte for en vidtgående fortolkning af forbudet mod FtV.³³ Efter art. 37, *stk. 1*, består pligten for handelsmonopoler i en fjernelse af »enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår«. Efter *stk. 2* skal medlemsstaterne afholde sig fra »at indføre nye foranstaltninger, som strider mod de i *stk. 1* anførte principper, eller som begrænser rækkevidden af de artikler, der angår afskaffelse af told og kvantitative restriktioner mellem medlemsstaterne«. *Stk. 1* omhandler pligterne for de handelsmonopoler, der eksisterede ved traktatens ikrafttræden, medens *stk. 2* omhandler pligterne for nye. Der henvises

31. Se afsnit 12.3.1. (note 11).

32. De er formentlig også så strenge, at de kun i undtagelsestilfælde vil have praktisk betydning.

33. Se bl.a. Waelbroeck som citeret i kap. 19.

til, at stk. 1 påbyder fjernelse af forskelsbehandling, mens stk. 2 ikke alene forbyder foranstaltninger i strid med stk. 1, d.v.s. diskrimination, men også yderligere sådanne foranstaltninger, der begrænser rækkevidden af bl.a. forbudet mod FtV. Det følger logisk heraf, hævdes det, at bestemmelsen om FtV må forbyde mere end diskrimination.

Dette argument ser besnærende ud. Det er dog tvivlsomt, om det er holdbart.

En mulig forklaring på den forskellige formulering er, at stk. 1 alene omfatter diskrimination i forsynings- og afsætningsvilkår, og stk. 2 herudover omfatter andre former for diskrimination.³⁴

Domstolen har ikke behøvet at tage stilling til problemet. Der findes i dens praksis udtalelser, der kan tages til indtægt for begge de foreslåede fortolkninger.³⁵

Der er iøvrigt grund til ikke at gøre for meget ud af de eventuelle forskelle mellem stk. 1 og stk. 2. Er der reelle forskelle, vil de betyde en forskellig behandling, også efter overgangsperiodens udløb, af de på traktatens ikrafttrædelsestidspunkt eksisterende handelsmonopoler og nye handelsmonopoler. Et sådant resultat vil næppe blive accepteret af Domstolen.

Der kan således fremføres argumenter mod det synspunkt, at art. 37 skulle vise, at forbudet mod FtV indeholder videre forpligtelser end et diskriminationsforbud. Det rigtigste vil være at undlade at benytte art.

34. Dette er Hochbaums fortolkning af stk. 2, se *Handbuch für Europäische Wirtschaft* (ad art. 37, s. 90). Hochbaum gør også, men næppe med rette, gældende, at forpligtelsen efter art. 37, stk. 1, er videre end forpligtelsen efter art. 30, fordi art. 37 forbyder enhver *mulighed* for diskrimination.

35. I sag 6/64 Costa-Enel udtalte Domstolen, at art. 37, stk. 2, må »anses for at gå ud på at forbyde enhver ny foranstaltning, som strider imod principperne i artikel 37, stk. 1, d.v.s. enhver foranstaltning, som ... har til formål eller følge at indføre en ny forskelsbehandling mellem medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår«. Til gengæld synes den i sag 91/78 Hansen, uden at det er klart hvorfor, at lægge en vis vægt på den forskellige udformning af stk. 1 og stk. 2 i art. 37. Den udtaler, at art. 37 forbliver anvendelig »i hele det omfang, hvor ... udøvelsen af et statsmonopols enerettigheder fører til en af de *diskriminationer* eller *restriktioner*, der er forbudt ved denne bestemmelse« (her fremhævet). Domstolens afgørelse i sag 59/75 Manghera kan anføres som argument mod at drage modsætningsslutninger fra art. 37, stk. 1, til art. 30. Domstolen fastslog, »at den i stk. 1 pålagte forpligtelse skal sikre overholdelsen af den grundlæggende regel om de frie varebevægelser i det samlede fællesmarked, især ved at kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende ligning i samhandelen mellem medlemsstaterne ophæves«. Domstolen synes at sætte lighedstegn mellem de to bestemmelser.

37 som argument for det ene eller det andet synspunkt. Det må nødvendigvis være art. 30 og art. 34, der er de primære. De vil være afgørende for omfanget af de forpligtelser, statslige handelsmonopoler skal respektere. Der kan sluttet fra art. 30 og art. 34 til art. 37, ikke omvendt.³⁶

12.3.3.3 – Traktatens art. 36. Bestemmelsen opregner en række hensyn, der kan retfærdiggøre forbud og restriktioner i strid med art. 30, art. 34 og art. 37. Den er blevet anført som argument af de forfattere, der mener, at forbudet mod FtV forbyder andet og mere end diskriminerende foranstaltninger. Da bestemmelsen imidlertid i praksis må anses som et integrerende led i forbudet mod FtV og i hvert fald er af afgørende betydning for dettes anvendelse, vil den først blive behandlet i kap. 14.11.

12.3.4 Sammenfattende må det om de her behandlede bestemmelser siges, at de skaber en effektiv, men ikke fuldstændig, beskyttelse af de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne. Navnlig reglerne om afgiftsgodtgørelse i forbindelse med eksport viser, at de frie varebevægelser ikke er fuldstændigt beskyttet. Domstolen forsøger dog i videst muligt omfang at lukke eventuelle huller i traktatens beskyttelse. Reglerne går i intet tilfælde med sikkerhed videre end til at beskytte samhandelen mellem medlemsstaterne mod at blive dårligere behandlet end den interne omsætning.

12.4 – Konkurrencereglerne, herunder reglerne om statsstøtte

Fællesskabets virke skal ifølge traktatens art. 3, litra f, indebære »gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrøjes«. Dette mål søges realiseret gennem de af traktatens regler, der skal hindre konkurrencefordrejninger, som følger af virksomhedernes aftaler indbyrdes og af deres misbrug af dominerende stillinger (afsnit 12.4.1), eller som følger af staternes støtte af nationale virksomheder (afsnit 12.4.2). Hertil kommer traktatens specielle regler om offentlige virksomheder, der i konkurrencemæssig henseende giver særlige problemer (afsnit 12.4.3).

36. Dette er det grundlæggende rigtige i Kommissionens ovennævnte synspunkt om, at art. 37 efter overgangsperioden har mistet sin betydning.

12.4.1 – Traktatens art. 85 og 86. Det er ikke kun de offentlige myndigheder i medlemsstaterne, der kan lægge hindringer i vejen for de frie varebevægelser. De kan også modvirkes ved virksomhedernes handlinger. Det var f.eks. ikke vanskeligt for de forholdsvis få og store sukkerproducenter i medlemsstaterne indbyrdes gennem aftaler at opretholde den opdeling af de nationale markeder, der tidligere fulgte af regler fastsat af medlemsstaternes myndigheder. De nationale regler var afskaffet ved indførelsen af den fælles EF-markedsordning for sukker, men sukkerproducenterne opnåede virkninger svarende til de tidligere nationale regler gennem indbyrdes aftaler, f.eks. om at salg fra et produktionsområde til et andet alene måtte ske fra producent til producent. Konkurrencen blev fordrejet, hvis ikke helt ophævet, med den følge, at varebevægelserne mellem medlemsstaterne blev påvirket.³⁷

Art. 85, stk. 1, forbyder derfor aftaler m.v., »der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«.

Dette umiddelbart anvendelige forbud har dog måttet modificeres gennem en mulighed efter stk. 3 for Kommissionen til at godkende konkurrencefordrejende aftaler, når en række betingelser er opfyldt. Baggrunden for stk. 3 er, at det er hensigtsmæssigt at kunne tillade visse, ikke for stærkt, konkurrenceindskrænkende aftaler, fordi de kan have positive virkninger, f.eks. at gøre virksomhederne mere produktive.³⁸ Betingelserne efter stk. 3 er forholdsvis bredt formulerede og giver Kommissionen en vis mulighed for at drive aktiv konkurrencepolitik.³⁹

Aftaler, der er omfattet af stk. 1, og som ikke er godkendt efter stk. 3, er ugyldige og kan sanktioneres gennem bøder pålagt af Kommissionen.

Art. 86 forbyder virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del deraf i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes. Misbrugene kan sanktioneres gennem bøder pålagt af Kommissionen. Det er også i forbindelse med denne bestemmelse Kommissionen, der i første række har an-

37. Denne skildring er en forgrovet gengivelse af de komplicerede sagsforhold, der var grundlag for Domstolens afgørelse i sagerne 40-48/73 m.fl. »Sukkersagerne«.

38. Se *EF-Karnov* ad art. 85 s. 480 (ved Fejøl).

39. Domstolen kan i princippet prøve lovligheden af Kommissionens beslutninger efter stk. 3, men må dog i vidt omfang acceptere, at betingelserne overlader Kommissionen et ganske vidt skøn.

svaret for dens anvendelse. En bestemmelse svarende til art. 85, stk. 3, er ikke nødvendig, da det alene er misbrug, der forbydes. Kommissionen har også visse muligheder for ved afgørelsen af, om der foreligger misbrug, at drive aktiv konkurrencepolitik.

EF-Domstolen har fortolket og anvendt disse regler ud fra den grundopfattelse, at de skal føre til en effektiv beskyttelse af en loyal konkurrence inden for fællesmarkedet.⁴⁰

Art. 85 og art. 86 er begrænsede til aftaler m.v. mellem virksomheder og til virksomheders misbrug af dominerende stilling. De kan ikke anvendes på den enkelte ikke-dominerende virksomheds handlinger til skade for de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne. Det bliver derfor et spørgsmål, om sådanne handlinger kan være i strid med andre af traktatens bestemmelser. Dette spørgsmål vil blive behandlet i kap. 17 i forbindelse med spørgsmålet, om forbudet mod FtV også indeholder forpligtelser for private.

Art. 85 og art. 86 anvendes kun, hvis aftalen eller misbruget kan *påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne*. Dette krav kunne rent umiddelbart forekomme at have stor interesse for undersøgelser af forbudet mod FtV. Et afgørende element i afgrænsningen af dette forbud er den pågældende nationale foranstaltnings virkninger for samhandelen mellem medlemsstaterne. Denne parallelitet mellem de to regelsæt er dog kun tilsyneladende. Kravene har nemlig ikke samme formål.

Kravet om påvirkning af samhandelen efter art. 85 og art. 86 er ikke, således som ved art. 30, en afgørende forudsætning for, at en vis handlemåde overhovedet er ulovlig. Kravet har alene til formål at afgrænse fællesskabsreglernes anvendelsesområde i forhold til de nationale konkurrenceregler. En konkurrencefordrejende aftale, der ikke påvirker

40. Det bedste eksempel herpå er formentlig dens afgørelse i sag 6/72 Continental Can, hvor art. 86 i strid med en naturlig læsemåde blev fundet anvendelig på sammenslutning af virksomheder, selv om selve sammenslutningen ikke var kommet i stand ved hjælp af et misbrug af en dominerende stilling. Domstolen henviste til, at både art. 85 og 86 har til formål at opretholde en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet. Art. 85 forbyder, at der mellem virksomheder træffes aftaler, som påvirker konkurrencen, uden at den helt fjernes, og traktaten kan derfor ikke med art. 86 have villet åbne mulighed for, at virksomheder gennem sammenslutninger opnår en så dominerende stilling, at enhver egentlig konkurrencemulighed udelukkes. Der kan derfor foreligge misbrug, hvis en virksomhed med dominerende stilling styrker denne så meget, at den dominans, som opnås, hindrer konkurrencen.

samhandelen, kan meget vel være i strid med nationale konkurrenceregler.⁴¹

Domstolen har selv sammenfattet sin praksis vedrørende det nærmere indhold af kravet om påvirkning af samhandelen på følgende måde⁴²: Fællesskabsretten omfatter enhver aftale m.v., som er egnet til at true de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne på en måde, der kan skade realiseringen af enhedsmarkedet mellem medlemsstaterne, særligt gennem *en opdeling af de nationale markeder* eller ved at *påvirke konkurrencestrukturen* inden for fællesmarkedet. Derimod er handlinger, hvis virkninger er begrænset til en enkelt stats territorium, omfattet af national ret.

Det er klart, at disse afgrænsningskriterier er vide og i sig selv trænger til præcisering gennem anvendelse på konkrete tilfælde.

Kravets anvendelse har voldt Domstolen vanskeligheder, som dog kun ganske kort skal omtales. Domstolen stiller ikke store krav til kravets opfyldelse.⁴³

Det fremgår således af sag 6 og 7/73 Commercial Solvents, der vedrørte et misbrug af en dominerende stilling i forbindelse med en leveringsnægtelse over for en virksomhed, hvis produktion for 90 % vedkommende gik til tredjelande, at kravet om påvirkning af samhandelen kan være opfyldt, selv om konkurrencestrukturen inden for fællesmarkedet kun er berørt i begrænset omfang. I sager, hvor den eller de pågældende virksomheders afgrænsning først og fremmest har ligget inden for fællesmarkedet, har Domstolen fastslået, at det er tilstrækkeligt, at aftalen eller misbruget »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare«, jfr. sag 56 og 58/64 Grundig. Påvirkningen af samhandelen behøver ikke at være skadelig på den måde, at samhandelen formindskes. Enhver form for indflydelse på handelen kan være omfattet. Det skal blot påvises, at handelen ville have udviklet sig under andre forudsætninger uden de pågældende konkurrencebegrænsninger. Der

41. Dette følger af en fast domstolspraksis og er blandt andet fastslået i sag 22/78 Hugin, hvori det hedder: »Fortolkningen og anvendelsen af betingelsen ... må tage sit udgangspunkt i betingelsens formål, som er inden for rammerne af konkurrenceretten at fastlægge grænserne for de områder, der henholdsvis er dækket af fællesskabsret og af medlemsstaternes ret«.

42. Se sag 22/78 Hugin.

43. Kravet er dog ikke uden indhold, hvilket sag 22/78 Hugin viser. Art. 86 kunne ikke bruges på leveringsnægtelse over for en engelsk virksomhed, der ønskede at købe reserve-dele hos et svensk selskab og dets engelske filial; leveringsnægtelsen påvirkede ikke samhandelen.

stilles ikke krav om bevis for, at samhandelen rent faktisk er påvirket. Et sådant bevis ville være for vanskeligt at føre, så Domstolen kræver blot, at de pågældende aftaler er egnede til at have denne virkning.⁴⁴

Påvirkningen af samhandelen og konkurrencefordrejningen skal være *mærkbar*. Kommissionen har ved hjælp af kvantitative kriterier søgt at definere begrebet »mærkbar« i den såkaldte bagatelmeddelelse, hvis seneste udgave er af 19.12.1977.⁴⁵

Det er et nærliggende spørgsmål, om en tilsvarende betingelse om mærkbar påvirkning af samhandelen kan stilles for så vidt angår forbudet mod FtV. Spørgsmålet vil blive drøftet i kap. 24.3 og kap. 26.3. Men også i denne forbindelse gælder det at der mellem de to situationer er den forskel, at aftaler, der ikke i art. 85's forstand mærkbart påvirker samhandelen eller fordrejer konkurrencen inden for fællesmarkedet, muligvis kan være ulovlige efter nationale konkurrenceregler.

12.4.2 – Traktatens art. 92 ff. Statsstøtte, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, er efter art. 92, stk. 1, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemslandene.

Efter stk. 2 er dog en række former for statsstøtte »forenelige med fællesmarkedet«. Det drejer sig f.eks. om støtte af social karakter til enkelte forbrugere, forudsat at den ydes uden forskelsbehandling med hensyn til varernes oprindelse. Efter stk. 3 kan Kommissionen godkende visse former for støtte. Det drejer sig bl.a. om »støtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgrene eller økonomiske regioner, når den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse ...«. Efter stk. 3, litra d, kan Rådet generelt undtage andre støtteformer. En yderligere undtagelsesmulighed er fastsat i art. 93, stk. 2, hvorefter Rådet i konkrete tilfælde efter anmodning fra en medlemsstat kan tillade en støtte, hvis ganske særlige omstændigheder berettiger en sådan beslutning. Endelig har Rådet en almindelig beføjelse efter art. 94 til at udstede forordninger med henblik på anvendelsen af art. 92 og 93. Denne er ikke blevet udnyttet.⁴⁶

Det behøver ikke nærmere godtgørelse, at statsstøtte er en af de væ-

44. Se sag 19/77 Miller mod Kommissionen.

45. EFT C 313/1977, se omtale i *EF-Karnov* s. 444 (ved Fejø).

46. Se herom C. Boye Jacobsen i *NTIR* 1973 s. 82.

sentligste årsager til konkurrencefordrejninger og dermed også til mærkbare påvirkninger af samhandelen mellem medlemsstaterne.

EF-reglerne viser imidlertid, hvor vanskeligt området er at regulere. Forbudet mod samhandelsfordrejende statsstøtte er undergivet en række undtagelser, og Kommissionen har i det hele en vidtgående skønsbeføjelse, hvortil kommer, at *Rådet har en ubegrænset hjemmel til at til-lade særlige former for statsstøtte.*

Dette er udtryk for, at statsstøtte af alle bliver accepteret som nødvendig i en lang række situationer. Begrundelserne for konkrete statsstøtteforanstaltninger er mangfoldige og er hyppigt så tungtvejende, at det er nødvendigt at acceptere dem – også selv om de pågældende foranstaltninger skulle have samhandelshindrende virkninger.

Forbudet mod statsstøtte er *ikke umiddelbart anvendeligt*. Det kan ikke påberåbes af private for nationale domstole.⁴⁷ Domstolen har som begrundelse navnlig henvist til, at der ved afgørelsen af en statsstøttes lov-lighed skal »tages hensyn til og vurderes sammensatte økonomiske om-stændigheder, som hurtigt kan ændre sig«, hvorfor »konstateringen af en støtteordnings uforenelighed med fællesmarkedet skal ske ... i henhold til en særlig procedure, hvis gennemførelse påhviler Kommissionen«.⁴⁸

Det ville ikke i dag være muligt at have et system med et umiddelbart anvendeligt forbud mod statsstøtte, der kun var begrænset af nærmere bestemte undtagelser. Domstolene ville ikke være i stand til at foretage den afvejning af modstridende interesser, som de økonomiske realiteter i dag tvinger myndighederne til at foretage.

Der kan være grund til at fremhæve dette i forbindelse med problemerne omkring fortolkningen af forbudet mod FtV. Forbudet er umid-delbart anvendeligt. Det kan håndhæves under søgsmål for nationale domstole, og Kommissionen har ikke muligheder for at gøre undtagel-ser. Hvis begrebet FtV bliver fortolket vidt, vil det komme til at omfatte en række nationale regler, hvis skadelige virkninger for fællesmarkedet normalt vil være mindre tydelige end statsstøtteforanstaltninger, og hvis begrundelser set fra et nationalt synspunkt kan være lige så tungtvejende

47. Noget andet gælder kun i forbindelse med en stats ikke-overholdelse af pligten til efter art. 93, stk. 3, at forelægge Kommissionen forslag til nye statsstøtteforanstaltninger. Umiddelbare virkninger kan ligeledes indtræde, når art. 92 er blevet »konkretiseret« gennem en Kommissionsbeslutning eller ved en Rådsforordning.

48. Se sag 78/76 Steinike.

som begrundelserne for statsstøtteforanstaltninger. Man ville altså inden for art. 30's område have et system, som var strengere end det system, man har valgt i forhold til statsstøtte, selv om statsstøtte typisk vil være mere tydeligt rettet mod, og skadelig for, de frie varebevægelser.

Statsstøttebegrebet er meget vidtgående. Det omfatter ikke alene konstante ydelser, men enhver økonomisk fordel, der stiller en eller flere virksomheder bedre end andre virksomheder i fællesskabet.⁴⁹ Art. 92 finder dog kun anvendelse på støtte, der begunstiger visse virksomheder eller visse produkter. Denne betingelse fortolkes således, at foranstaltninger, der er led i den almindelige økonomiske politik, f.eks. en generel forbedring af afskrivningssatserne eller hjælp til forbedring af infrastrukturen, ikke er omfattet af art. 92.

Praksis i forbindelse med kravet om statsstøttens påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne kunne være af interesse for fortolkningen af forbudet mod FtV. Dette krav er dog i praksis af ganske underordnet betydning i forhold til art. 92's andre betingelser, og det viser sig da også, at den begrænsede praksis vedrørende kravet ikke giver væsentlige fortolkningsbidrag.⁵⁰

Man kunne drøfte, om formålet med statsstøttereglerne er at hindre en forskelsbehandling mellem den udenlandske og den indenlandske produktion, eller om formålet er det videre at forbedre konkurrencestrukturen inden for fællesmarkedet. På den ene side er reglernes vigtigste formål at hindre fordrejning af konkurrencevilkårene derved, at virksomheder i en medlemsstat igennem statsstøtte gøres mindre afhængige af de økonomiske konkurrencemekanismer end deres konkurrenter i andre medlemsstater. Det typiske for statsstøtte og det, der gør den farlig for fællesmarkedet, er, at medlemsstaterne ønsker at forbedre deres egne virksomheders konkurrencemæssige stilling i forhold til virksomhederne i de øvrige lande med den følge, at importen falder, og eksporten stiger. Det kan måske hævdes, at statsstøtte til et lands virksomheder altid vil virke diskriminerende over for virksomheder i andre lande.⁵¹ På den anden side er der heller ingen tvivl om, at forbudet mod statsstøtte også har gavnlige virkninger derved, at det kan sikre en rationalisering af erhvervslivet inden for

49. Se herom *EF-Karnov* art. 92 (ved Boye Jacobsen). Se f.eks. sag 173/73 Italien mod Kommissionen, hvorefter nedsættelse fra 15 til 10 % af en italiensk lovpligtig ydelse, virksomhederne skulle betale til dækning af familietilskud, blev betragtet som statsstøtte i traktatens forstand.

50. Se herved *EF-Karnov*, note 6 til art. 92 (ved Boye Jacobsen).

51. Generaladvokat Capotorti har talt om, at statsstøtte ifølge sagens natur er diskriminerende. Se hans forslag til afgørelse i 91/78 Hansen.

fællesmarkedet. Kommissionen bliver i stand til at påse, at staterne ikke gennem støtte holder liv i uøkonomiske virksomheder, jfr. herved Kommissionens beslutning af 15.12.1971, *J.O. L 10/22*. Det må antages, at art. 92 kan anvendes, selv om det i et konkret tilfælde ikke skulle være muligt at påvise nogen diskrimination over for udenlandske virksomheder. Det er tilstrækkeligt, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes på samme måde som krævet i forbindelse med art. 85 og art. 86.

12.4.3 – Traktatens art. 90 har to formål. Det første og vigtigste er at fastslå, at traktatens regler, herunder navnlig art. 7 og art. 85–94, også finder anvendelse på *offentlige virksomheder og virksomheder, som staterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder*. Det var nødvendigt, bl.a. under hensyn til offentlige foretagenders store praktiske betydning i visse af medlemslandene, at understrege staternes pligt til ikke ved hjælp af statsforetagender at omgå traktatens regler til sikring af en loyal konkurrence. Man kan sige, at bestemmelsen fører til, at de offentlige myndigheder i deres forbindelser med de offentlige foretagender skal respektere de af traktatens regler, der retter sig til virksomhederne, og at de offentlige foretagender i forbindelse med deres udadvendte aktivitet skal respektere de forpligtelser, traktaten direkte pålægger staterne.⁵²

Artiklens andet formål er i visse mere specielle situationer at tillade foranstaltninger, der ellers ville stride mod traktatens bestemmelser. Undtagelsen gælder for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler. Traktatens regler gælder kun for disse virksomheder, hvis deres anvendelse ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Det er dog en udtrykkelig forudsætning, at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod fællesskabets interesse. Denne forudsætning er af betydning. Situationen er den, at *visse nationale interesser kan begrunde undtagelser fra EF's almindelige regler*, men at der er taget et særligt forbehold for udviklingen af samhandelen. Bestemmelsen er udtryk for et kompromis. Den viser, at reglerne om de frie varebevægelser er prioriteret højere end traktatens øvrige regler. På den anden

52. Det sidste aspekt understreges af Mathijsen i hans rapport til FIDE-kongressen i København 1978 vedrørende *Equal treatment of public and private enterprises* (se 11.5). Spørgsmålet har nøje sammenhæng med spørgsmålet, om forbudet mod FtV også forpligter virksomheder, og vil derfor blive drøftet i kap. 17.4.

side viser bestemmelsen, at de frie varebevægelser ikke er noget absolut begreb. Udviklingen af samhandelen *kan* påvirkes, kun ikke »i et sådant omfang, at det strider mod fællesskabets interesse«. Bestemmelsen er grundlæggende udtryk for, at også hensynet til samhandelen må afvejes over for nationale interesser.^{53, 54}

Kommissionens pligter i forbindelse med anvendelsen af art. 90 er understreget i stk. 3. Kommissionen skal påse, at bestemmelserne overholdes, og den træffer i givet fald bindende beslutninger over for medlemsstaterne.

12.4.4 – Sammenfatning. Der kan fra de her undersøgte bestemmelser kun hentes ringe konkret støtte til fortolkningen af forbudet mod FtV. Til gengæld bekræfter undersøgelsen traktatens forfatteres og Domstolens vilje til mest effektivt at beskytte en fri og loyal konkurrence og dermed de frie varebevægelser. Vigtigst er dog, at bestemmelserne viser, at det er vanskelige mål at nå. Målene kan ikke realiseres, uden at der tages hensyn til en række andre interesser, og det er Kommissionen, der har fået det væsentligste ansvar for at forlige disse modstridende interesser. Det gælder først og fremmest inden for statsstøtteområdet, men også til en vis grad i forbindelse med konkurrencereglerne og reglerne om de offentlige virksomheder.

53. Domstolen har i sag 127/73 BRT udtalt, at art. 90, stk. 2, tillader undtagelser fra traktatens regler, men samtidig fremhævet, at den må fortolkes snævert. Bestemmelsens anvendelsesområde er efter Kommissionens opfattelse tilstrækkeligt bredt til at gøre det muligt for den på konstruktiv og realistisk måde at anerkende staternes legitime interesse i at sikre den effektive virkning af de særlige opgaver, virksomhederne har fået pålagt, samtidig med at den kan opretholde fællesmarkedets rette funktion. Se den *Sjette beretning om konkurrencepolitikken 1976* pkt. 272 ff., der indeholder en redegørelse for Kommissionens opfattelse af art. 90.

54. Efter dom i sag 10/71 Müller er art. 90, stk. 2, ikke umiddelbart anvendelig. Dens anvendelse forudsætter en vurdering af den almindelige økonomiske politik, som medlemsstaterne under Kommissionens kontrol følger – en vurdering, som domstole åbenbart ikke efter EF-Domstolens opfattelse kan foretage. Dommen, der ikke med sikkerhed ville blive opretholdt i dag, er drøftet i *EF-Karnov* ad art. 90 note 10 (ved Boye Jacobsen). Til de i noten anførte synspunkter skal føjes, at det er vanskeligt at se, hvorledes en undtagelse kan nægtes umiddelbar anvendelighed, når det ligger fast, at hovedreglen, d.v.s. stk. 1 og de bestemmelser, stk. 1 henviser til, er umiddelbart anvendelige.

12.5 – Landbrug og transport

Den frie samhandel med landbrugsvarer mellem stater har altid givet særlige vanskeligheder. Det samme gælder den frie udveksling af transportydelser. Det er ikke på disse områder tilstrækkeligt blot at lade disse varer og tjenesteydelser være omfattet af de almindelige regler om nedbrydning af skrankerne for de frie bevægelser af varer og tjenesteydelser. De må undergives særlig regulering.

De særlige hensyn, der gør sig gældende på landbrugsområdet til forskel fra industriområdet, har navnlig deres baggrund i følgende forhold:

- landbrugets sociale struktur, karakteriseret ved familiebruget,
- nødvendigheden for staterne af at sikre stabile forsyninger,
- markedets manglende stabilitet, som har forbindelse med virkningerne af naturforhold og den manglende elasticitet i efterspørgslen af visse produkter,
 - de store forskelle i de enkelte brugs effektivitet, ikke alene mellem landene, men også inden for det enkelte land.

For transporterhvervet gælder, at staternes transportpolitik viser grundlæggende forskelle og samtidig på visse områder griber afgørende ind i konkurrencevilkårene. Hertil kommer, at fuldstændig fri bevægelighed for transportydelser forudsætter, at der er opnået en vis harmonisering af lønniveauer, sociale ydelser m.v. mellem landene. Dette skyldes, at transporterhvervet ikke som det fælles varemarked opretholder en geografisk adskillelse mellem markederne med muligheder for specialisering, men tværtimod fører de enkelte landes konkurrencevilkår, d.v.s. løn-, skatte-, sociale og andre vilkår ind på hinandens markeder.⁵⁵

Traktaten har valgt på de to områder at give EF-institutionerne en generel kompetence til at udstede regler med henblik på at opnå en i forhold til fællesskabsmålene tilfredsstillende regulering.

For landbruget er disse mål i vidt omfang nået gennem vedtagelse af fælles markedsordninger for de forskellige varegrupper. For transportområdet er princippet om den frie udveksling af transportydelser kun nået i begrænset omfang.

Domstolens praksis har også haft væsentlig betydning for disse områder.

Domstolen har bl.a. fastslået, at *traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser efter overgangsperiodens udløb gælder fuldt ud for landbrugsvarer.*

55. Se herom den i kap. 11.1.2 nævnte Spaak-rapport.

Dette resultat følger af Domstolens afgørelse i sag 48/74 Charmasson, en afgørelse, der var i strid med den fortolkning af landbrugsreglerne, en praktisk taget enig teori var kommet til. Spørgsmålet var, om eksistensen af *nationale* markedsordninger også efter overgangsperiodens udløb kunne begrunde undtagelser fra forbudet mod kvantitative restriktioner. Spørgsmålet var opstået i en sag om lovligheden af en fransk markedsordning for bananer, der bl.a. indeholdt en række kvantitative restriktioner. Domstolens svar byggede på en fortolkning af traktatens art. 38, stk. 2, hvorefter »bestemmelserne vedrørende fællesmarkedets oprettelse finder anvendelse på landbrugsvarer, medmindre andet er bestemt i artiklerne 39–46«. Og disse sidste bestemmelser havde efter Domstolens opfattelse kun forudsat opretholdelsen af nationale markedsordninger i overgangsperioden. I løbet af den periode burde de nationale ordninger have tilpasset sig traktatens regler mest muligt. Den omstændighed, at den fælles landbrugspolitik ikke endeligt var gennemført på alle områder ved overgangsperiodens udløb, kunne ikke føre til, at traktatens almindelige regler på dette tidspunkt ikke fuldt ud måtte finde anvendelse selv på områder dækket af nationale markedsordninger.⁵⁶

Domstolen har tilsvarende i sag 167/73 Kommissionen mod Frankrig, der vedrørte anvendelse på søtransportområdet af EF-reglerne om arbejdskraften, fastslået, at *traktatens almindelige regler finder anvendelse på transportområdet*, medmindre andet udtrykkeligt er bestemt i traktaten. De fælles regler inden for transportområdet har til formål at gennemføre og supplere traktatens grundlæggende principper og ikke at gøre undtagelse fra dem.

Traktatens kapitel om transport indeholder enkelte materielle regler, hvoraf de vigtigste bygger på et diskriminationsprincip. Dette gælder f.eks. »stand-still« bestemmelsen i art. 76, d.v.s. et generelt forbud mod nye eller skærpede diskriminerende bestemmelser over for udenlandske transportvirksomheder. Af særlig betydning i denne afhandlings sammenhæng er reglerne i art 79–81, der i første række har til formål at beskytte de frie varebevægelser mod konkurrenceforvridninger, som kan opstå på transportområdet. En effektivt fungerende samhandel forudsætter et effektivt fungerende transportsystem. De særlige fælles-

56. Domstolen har senere opretholdt denne praksis på trods af kraftig kritik, bl.a. fra generaladvokat Reischl i sag 45/75 Rewe. Domstolen har, denne gang i strid med generaladvokat Mayras' opfattelse, fastslået, at princippet i Charmasson-sagen også gælder for nationale markedsordninger i de nye medlemsstater på trods af regler i tiltrædelsestraktaten, der med styrke kunne anføres herimod, se sag 231/78 Kommissionen mod Storbritannien.

skabsregler for transportområdet må derfor sikre, at beskyttelse af indenlandske varer ikke indirekte opnås gennem reguleringer af transporterhvervet. Den vigtigste bestemmelse er art. 79. Transportvirksomhederne må ikke for samme transportforbindelse på grundlag af godsets oprindelses- eller bestemmelsesland anvende forskellige priser og transportvilkår på samme slags gods. Forbudet er suppleret med reglerne i forordning nr. 11 af 27.6. 1960 vedrørende forskelsbehandling med hensyn til transportpriser og transportvilkår.⁵⁷ Forordningen indeholder detaljerede regler om samarbejdet mellem medlemsstaternes myndigheder og Kommissionen med henblik på overholdelsen af diskriminationsforbudet. Den giver Kommissionen en række sanktionsbeføjelser i lighed med sanktionsbeføjelserne inden for konkurrenceområdet og understreger herved nødvendigheden af sådanne sanktioner, når der gælder diskriminations- og lignende forbud for virksomheder, et forhold, der også er af betydning, når forbudet mod FtV's eventuelle anvendelse på virksomheder skal drøftes i kap. 17.4.

12.6 – Personers og tjenesteydelsers frie bevægelighed

Traktatens forbudsnormer til realisering af den frie bevægelighed af personer og tjenesteydelser hviler på *princippet om ligebehandling* af ind- og udlændinge, d.v.s. på et forbud mod nationalitetsdiskrimination.

Art. 48 bestemmer, at »*arbejdskraftens frie bevægelighed*« »forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår«.⁵⁸ Forbudet er umiddelbart anvendeligt.⁵⁹

Art. 49 og 50 indeholder hjemmel for Rådet til at fastsætte forskellige supplerende regler, der er nødvendige for at ligebehandlingspåbudet kan blive effektivt i praksis.

Art. 52 gennemfører den »*fri etableringsret*«. Denne indebærer »adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed ... på de vil-

57. *EFT-spec.* 1960 s. 56 og *EF-Karnov* s. 411.

58. Begrænsningen, der ligger i ordene beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår, er blevet fjernet dels gennem Rådsretsakt og dels gennem Domstolens fortolkning. Forordning 1612/68 udvidede ligebehandlingsprincippet's anvendelsesområde, en tendens, der er styrket væsentligt i Domstolens praksis, jfr. navnlig sag 32/75 Christini.

59. Se f.eks. sag 41/74 van Duyn.

kår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere».

Art. 57 indeholder hjemmel for Rådet til at udstede supplerende regler »om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser« m.v. og om samordning af nationale bestemmelser »om adgangen til at optage og udøve erhvervsvirksomhed«, d.v.s. regler med henblik på at gøre ligebehandlingspåbudet effektivt i praksis.

Art. 59 bestemmer, at restriktioner, der hindrer *fri udveksling af tjenesteydelser* inden for fællesskabet, afskaffes over for andre medlemsstaters statsborgere, der er bosat i en anden medlemsstat end tjenesteydelsesmodtageren. Med anskaffelse af restriktioner sigtes efter art. 60, stk. 3, kun til sådanne restriktioner, der ikke gælder for egne statsborgere.

Rådets hjemmel til at supplere forbudet med yderligere regler fremgår af henvisningen i art. 66 til bl.a. bestemmelserne i art. 57.

Traktatens forfattere mente, at gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet for så vidt angår etablering og tjenesteydelser var så vanskelig, at den kun kunne ske gradvis ved vedtagelse af direktiver, der regulerede hvert erhvervsområde for sig. Bestemmelserne indeholder derfor hjemmel til at udstede sådanne direktiver.⁶⁰ Dette opfattedes almindeligvis således, at forbudsbestemmelserne ikke var umiddelbart anvendelige.

Det viste sig imidlertid, at udstedelsen af liberaliseringsdirektiver var blevet overflødig ved overgangsperiodens udløb. Domstolen fastslog i domme i sagerne 2/74 Reyners og 33/74 van Binsbergen, at diskriminationsforbudene var umiddelbart anvendeligt efter overgangsperiodens udløb. Domstolen henviste i Reyners-sagen til, at forbudet i art. 52 er egnet til at være umiddelbart anvendeligt, fordi det vedrører »alle retsregler, der faktisk anvendes af etableringslandet over for dets egne statsborgere«, hvorfor de nationale domstoles opgave blot er at sørge for, at disse regler udstrækkes til også at omfatte statsborgere fra de andre

60. Rådet vedtog allerede i december 1961 i overensstemmelse med traktatens art. 54, stk. 1, og 63, stk. 1, almindelige planer for dets fremtidige arbejde med afskaffelsen af restriktionerne. Se *EFT-spec.* IX s. 3 og *EF-Karnov* s. 300. Her findes bl.a. en ikke udtømmende opregning af de diskriminerende restriktioner, der skal ophæves gennem udstedelsen af direktiverne for de enkelte områder. Planerne præciserer, at de ikke alene gælder åbenlys nationalitetsdiskrimination, men også foranstaltninger, »som, omend de gælder uden hensyn til nationalitet, udelukkende eller hovedsagelig hindrer udlændinges adgang til eller udøvelse af sådan virksomhed«.

medlemsstater. Det var imidlertid alene for så vidt angår dette forbud, at vedtagelsen af de i traktaten forudsatte direktiver var blevet overflødig. Domstolen fremhævede udtrykkeligt, at de i art. 57 nævnte direktiver fortsat er nødvendige til fremme af den effektive udøvelse af den frie etableringsret.

Retsstillingen synes således klar. Der gælder et umiddelbart anvendeligt forbud mod nationalitetsdiskrimination direkte på grundlag af traktatens bestemmelser. Uden for dette område gælder der en pligt for Rådet til, i det omfang diskriminationsforbudet ikke er tilstrækkeligt til at nå traktatens målsætning, at vedtage harmoniseringsdirektiver.

Men denne sonderings klarhed er kun tilsyneladende. Dette skyldes, at afgrænsningen af diskriminationsforbudets anvendelsesområde giver vanskeligheder. En illustration heraf findes i Domstolens afgørelse i sag 71/76 Thieffry.

Thieffry havde belgisk juridisk embedseksamen. Han havde i nogle år arbejdet for en fransk advokat og havde ved et fransk universitet bestået en særlig »advokatprøve«. I denne forbindelse havde universitetet anerkendt hans belgiske eksamen som ligeværdig med den franske juridiske embedseksamen. Alligevel fik han afslag på sin ansøgning om beskikkelse som fransk advokat. Han havde ikke fransk embedseksamen, og der var ikke i medfør af traktatens art. 57 udstedt direktiver om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser inden for dette område.

EF-Domstolen fastslog imidlertid, at en ansøgning om etablering ikke kan afslås, blot fordi der ikke foreligger fællesskabsdirektiver om gensidig anerkendelse af eksaminer, og at de nationale myndigheder skal administrere gældende regler, således at de i videst muligt omfang tilgodeser hensynet til den frie bevægelighed for personer. Dette betyder, at de nationale myndigheder, hvis de på grundlag af gældende national ret *har mulighed* for at anerkende eksaminer fra andre lande, også *skal* foretage denne anerkendelse. Denne pligt støtter Domstolen på diskriminationsforbudet i art. 52, sammenholdt med pligten efter art. 5 for medlemsstaterne til at foretage alle de skridt, der er egnede til at sikre opfyldelsen af traktatens forpligtelser. Selv om der altså ikke efter dommen er pligt til at ændre bestående regler, lægger dommen en fortolkning af diskriminationsforbudet til grund, der er mere vidtgående end den, den tilsyneladende lagde til grund i Reyners-sagen, hvor den fremhævede de enkle opgaver, de nationale dommere ville have i forbindelse med den umiddelbare anvendelighed af diskriminationsforbudet. Der er ikke længere blot tale om en simpel ikke-anvendelse af de regler, der stiller udlændinge anderledes end indlændinge, men om positiv pligt til at sidestille udenlandske eksaminer med indenlandske på trods af den udtrykkelige traktatbestemmelse om, at sådan ligestilling skal gennemføres ved Rådsdirektiv.

Både reglerne om arbejdskraften og reglerne om etablering og tjenesteydelser indeholder visse undtagelser fra diskriminationsforbudet. Forbudet gælder f.eks. ikke for ansættelser i den offentlige administration og for udøvelse af offentlig myndighed. Undtaget er også regler, der er retfærdiggjort af hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed. Endvidere indeholder kapitlerne om etablering og tjenesteydelser mulighed for, at Rådet kan undtage visse erhverv fra liberaliseringsforpligtelserne. Domstolen har i alle sager, hvor fortolkningen af disse undtagelser har været nødvendig, givet udtryk for en restriktiv fortolkning.⁶¹

Sammenfattende må siges, at traktatens regler vedrørende personernes frie bevægelighed bygger på en sontring mellem materielle regler, der forbyder nationalitetsdiskrimination, og kompetencenormer, der skal bruges til en harmonisering af nationale regler med henblik på en forbedring af de faktiske muligheder for frit at bevæge sig mellem medlemsstaterne. De materielle regler begrænses af en række mere eller mindre ubestemte undtagelser, delvis svarende til undtagelserne fra forbudet mod FtV. Domstolens praksis viser dog også, at afgrænsningen af indholdet af de materielle regler og dermed også omfanget af kompetencenormerne ikke er så klar endda. Domstolen har også inden for dette område vist vilje til at udstrække de materielle reglers anvendelsesområde både ved at udvide dem i forhold til kompetencenormerne og ved at indskrænke undtagelsesbestemmelserne.

12.7 – De løbende betalinger og de frie kapitalbevægelser

Art. 106, jfr. art. 67, stk. 2, bestemmer, at medlemsstaterne skal tillade betalinger, som vedrører vareudveksling, tjenesteydelser og kapitel samt overførsler af kapital og lønninger i det omfang den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser, kapital og personer er gennemført. Den frie bevægelighed af varer m.v. mellem medlemsstaterne må ikke hindres ved restriktioner over for de kapitalbevægelser over grænserne, der består af betaling for varer m.v.

Andre former for kapitalbevægelser skal også i et vist omfang liberaliseres. Art. 67, stk. 1, og art. 68, stk. 2, indeholder bestemmelser herom.

Art. 67, stk. 1, bestemmer at medlemsstaterne afskaffer indbyrdes re-

61. Se f.eks. sag 2/74 Reyners vedrørende udøvelse af offentlig myndighed og sag 41/74 van Duyn vedrørende offentlig orden.

striktioner for kapitalbevægelser, såfremt kapitalen tilhører personer, der er bosat eller har hjemsted i medlemsstaterne, ligesom de ophæver enhver forskelsbehandling, der støttes på parternes nationalitet eller bopæl eller på stedet for kapitalens anbringelse. Bestemmelsen suppleres af art. 68, stk. 2, hvorefter en medlemsstat ikke må diskriminere, dersom den »anvender bestemmelser vedrørende kapitalmarkedet og långivningen på kapitalbevægelser, der er liberaliseret i overensstemmelse med dette kapitels bestemmelser«.

Forpligtelserne efter art. 67 skal efter traktaten på samme måde som etablerings- og tjenesteydelsesforpligtelserne gradvis gennemføres ved direktiver udstedt af Rådet i overgangsperioden. Rådet har udsendt to direktiver til gennemførelse af forpligtelserne efter art. 67.⁶² Disse gennemfører kun delvis de frie kapitalbevægelser. De vedrører alene de restriktioner, der *direkte retter sig mod de grænseoverskridende valutatransaktioner*. Kommissionen har fremsat forslag til et yderligere liberaliseringsdirektiv, hvis formål først og fremmest var at *fjerne interne forskrifter, der virker hæmmende for de frie kapitalbevægelser*, f.eks. diskriminerende bestemmelser for introduktion på en børs i et medlemsland af værdipapirer samt begrænsning af diskriminerende bestemmelser for pengeinstitutters adgang til at placere midler i udenlandske papirer. Dette forslag er nu bortfaldet.⁶³

EF-Domstolen har ikke haft lejlighed til at tage stilling til, om art. 67 er umiddelbart anvendelig.⁶⁴

Tilsyneladende er reglerne om kapitalbevægelser og reglerne om etablering og tjenesteydelser så parallelle, at man må forvente, at Domstolen også vil finde forbudet i art. 67 umiddelbart anvendeligt. Der er dog den vigtige forskel, at art. 67 foreskriver afskaffelse af restriktioner »i det omfang, det er nødvendigt for fæl-

62. Se *EFT-spec.* 1959–62 s. 47 og *EFT-spec.* 1963–64 s. 5 og *EF-Karnov* s. 369.

63. Se *EF-Karnov* ad art. 67, s. 367 (ved Hedeman Olsen). Der er også vedtaget et direktiv i 1972 om regulering af de internationale pengestrømme og neutralisering af deres uønskede virkninger på den interne likviditet. Direktivet begrænser reelt forpligtelserne i de to liberaliseringsdirektiver, idet det i et vist omfang tillader medlemsstaterne at bruge valutarestriktioner som middel til at regulere uønskede internationale pengestrømme.

Se i *EF-Karnov* s. 375. Se også *EFT-spec.* 1972 I, s. 285.

64. Generaladvokat Mayras synes at have besvaret dette spørgsmål bekræftende i sag 7/78 Dronningen mod Tompson, der vedrørte engelske import- og eksportrestriktioner over for guld- og sølv mønter. Domstolen tog ikke stilling til spørgsmålet.

lesmarkedets funktion«. Dette betyder i hvert fald, at kapitalen som selvstændig produktionsfaktor er undergivet en *mere begrænset liberaliseringsforpligtelse* end de øvrige produktionsfaktorer. Begrænsningen skal måske fortolkes således, at kapitalbevægelserne alene skal liberaliseres, når det er nødvendigt af hensyn til gennemførelsen af liberaliseringen af de øvrige produktionsfaktorer. Denne fortolkning er bestridt og fører i øvrigt i sig selv ikke til klare resultater. Fortolkningstvivlen viser, at liberaliseringsforpligtelsens omfang er usikkert, og at der derfor er muligt, at Domstolen vil finde, at dens nærmere fastlæggelse forudsætter politiske beslutninger. Hertil kommer, at kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne er et politisk ømtåleligt område, ikke mindst i tider med valutauro.

Art. 67 sonderer mellem afskaffelse af »*indbyrdes restriktioner* for kapitalbevægelser« og »*enhver forskelsbehandling*, der støttes på parternes nationalitet eller bopæl eller på stedet for kapitalens anbringelse«. Denne sondring kan tilsyneladende anføres som argument for, at den forudsete kapitalliberalisering går videre end til et blot forbud mod diskrimination, og dermed også som støtte for, at art. 30 og art. 34 heller ikke er begrænsede til et sådant forbud.

En sådan slutning er dog næppe holdbar. Forklaringen på sondringen er formentlig, at *de indbyrdes restriktioner*, der omtales, er sådanne, der direkte gælder for de indbyrdes kapitalbevægelser, altså dem der direkte retter sig mod kapitalen, når den skal overskride grænserne, medens *diskriminationsforbudet* retter sig mod interne foranstaltninger, der kun indirekte generer de grænseoverskridende kapitalbevægelser, jfr. for så vidt angår disse også den supplerende regel i art. 68, stk. 2.⁶⁵ Afskaffelse af de førstnævnte restriktioner går ganske vist videre end til blot at være et forbud mod forskelsbehandling mellem ind- og udlændinge eller inden- og udenlandsk kapital. Men bestemmelsen retter sig fortsat mod forskelsbehandling. Den indeholder nemlig et forbud mod at gøre forskel mellem de mellemstatslige kapitalbevægelser og de interne kapitalbevægelser. Der forlanges ikke en liberalisering af de mellemstatslige kapitalbevægelser, hvis de interne kapitalbevægelser er undergivet tilsvarende begrænsninger.

Art. 73 indeholder hjemmel for at vedtage beskyttelsesforanstaltninger, såfremt de gennemførte liberaliseringer af kapitalbevægelserne medfører forstyrrelser i en medlemsstats kapitalmarkeds funktion.

65. Jfr. f.eks. note 6 til art. 67 i *EF-Karnov* (ved Hedeman Olsen).

12.8 – Fjernelse af handelshindringer gennem harmonisering af nationale regler eller fastlæggelse af fælles EF-regler

Efter traktatens art. 3, litra h, skal fællesskabet med de i art. 2 nævnte mål for øje virke for »indbyrdes tilnærmelse af de nationale lovgivninger i det omfang, dette er nødvendigt for fællesmarkedets funktion«. Indbyrdes tilnærmelse eller *harmonisering*⁶⁶ af nationale bestemmelser er et middel til at få fællesmarkedet til at fungere og dermed at fremme de mål, fællesmarkedets eksistens forudsættes at realisere. De samme mål kan nås gennem fastsættelse af *fælles EF-regler*.

Der er allerede i dette kapitel nævnt en del af traktatens mange bestemmelser, der indeholder hjemmel til at harmonisere nationale regler.⁶⁷ Herudover kan nævnes den vigtige regel i art. 99 om harmonisering af indirekte afgifter. Forskelle i indirekte afgifter vil på grund af nødvendigheden af afgiftsrefusion ved eksport og afgiftsopkrævning ved import føre til alvorlig besværliggørelse af samhandelen. I dette afsnit vil undersøgelsen dog koncentrere sig om de to vigtigste og mest generelle hjemmelsbestemmelser.⁶⁸

Den bestemmelse, der er af størst betydning i forbindelse med forbudet mod FtV, er *art. 100*, hvorefter Rådet med enstemmighed kan udstede »direktiver om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes ved lov

66. Fastlæggelsen af harmoniseringsbegrebet har inden for EF-retten givet grundlag for megen drøftelse. Det meste af denne er uden større praktisk interesse. Kernen i begrebet er følgende: Man tilstræber gennem en overnational forpligtelse en tilnærmelse af nationale regler. Man søger at fjerne forskelle. Tilnærmelsesintensiteten kan være meget forskellig. Det er ikke udelukket, at slutresultatet kan være fuldstændig ensartede regler. Afgørende er, at reglerne efter harmoniseringen fortsat er nationale regler. Det er på dette punkt, at EF-harmonisering adskiller sig fra de af EF ved forordning fastsatte fælles regler. Disse gælder i staterne som EF-regler. Formålet med vedtagelsen af harmoniseringsregler og fælles regler er grundlæggende det samme, nemlig at opnå retsenhed mellem EF-medlemsstaterne. Når der derfor i det følgende tales om »harmonisering af nationale regler«, vil dette som udgangspunkt også omfatte vedtagelse af fælles EF-regler, idet det afgørende i forhold til denne afhandlings formål vil være fjernelsen af de nationale forskelle, der fører til handelshindringer.

67. Dette gælder ikke alene de netop nævnte inden for etablerings- og tjenesteydelsesområdet, men også de generelle hjemmelsbestemmelser inden for landbrugs- og transportområdet.

68. Der findes en omfattende litteratur om EF's harmoniseringer og deres retlige grundlag. Her skal ud over Röhling, *Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse* og EF-Karnov ad art. 100 (ved Tarp og Kjøller) med litteraturliste nævnes min egen artikel i *Jur.* 1979 s. 277, der beskæftiger sig med omfanget af Rådets kompetence efter art. 100 og art. 235.

eller administrativt fastsatte bestemmelser, der direkte indvirker på fællesmarkedets oprettelse eller funktion«. Da der ikke findes specielle harmoniseringshjemler i kapitlet om afskaffelse af kvantitative restriktioner og FtV, er det art. 100, der i praksis bliver brugt til at harmonisere nationale bestemmelser inden for dette område. Man fjerner ved hjælp af harmoniseringsdirektiver de såkaldte tekniske handelshindringer, d.v.s. de hindringer, der følger af forskelle i nationale regler vedrørende produkters indretning og udstyr.⁶⁹

Der er i teorien noget forskellige opfattelser vedrørende bestemmelsens anvendelsesområde. Man drøfter, om harmoniseringskompetencen forudsætter, at der foreligger forskelle i gældende regler mellem to eller flere medlemsstater, og man drøfter navnlig den rette fortolkning af begreberne »direkte indvirkning« og »fællesmarkedets oprettelse og funktion«. En realistisk fortolkning må gå ud fra bestemmelsens formål og acceptere, at bestemmelsen kan benyttes, i det omfang der i Rådet kan opnås enighed om, at en harmonisering vil tjene til fremme af de frie varebevægelser. Rådet vil herudover altid kunne overveje at benytte den generelle hjemmelsbestemmelse i art. 235, hvorefter Rådet kan fastsætte forskrifter, såfremt »en handling fra fællesskabets side viser sig påkrævet for at virkeliggøre et af fællesskabets mål inden for fællesmarkedets rammer«. Anvendelsen af denne bestemmelse kan måske løse fortolkningstvivl med hensyn til anvendelsen af de mere konkrete hjemmelsbestemmelser, men kan navnlig i den her foreliggende sammenhæng være af interesse, fordi den kan gøre det muligt at vedtage fælles regler i forordningsform, hvor de konkrete harmoniseringshjemler kun tillader udstedelse af direktiver.⁷⁰

Der er ikke grund til at gå nærmere ind på spørgsmålet om de *yderste grænser* for Rådets kompetence i henhold til art. 100 og art. 235. Det er tilstrækkeligt for denne afhandlings formål at konstatere, at Rådet altid vil have kompetence til at fjerne handelshindringer i de tilfælde, hvor der er tvivl om, hvorvidt handelshindringer skal fjernes gennem Rådsvedtagelse af EF-regler eller gennem anvendelse af forbudet mod FtV.

69. Harmoniseringsarbejdet har allerede haft et betydeligt omfang. Den 27.6.1978 vedtog Rådet direktiv nr. 100 inden for området fjernelse af tekniske handelshindringer, se *EF-Bull.* 6/1978 s. 7ff. Arbejdet foregår på grundlag af en almindelig plan af 28.5.1969, se *Abl.* 1969 C 76 /1. Planen, der består af flere Rådsresolutioner, er optrykt i *EF-Karnov* s. 589.

70. Se sag 8/73 Massey-Ferguson.

Af betydelig interesse er derimod spørgsmålet om, hvad man kan kalde *den »indre grænse«* for Rådets retsfastsættende kompetence. *Spørgsmålet er, om forbudet mod FtV også er bindende for Rådet.*⁷¹ Spørgsmålet har to aspekter. Dels om Rådet kan tillade medlemsstaterne at gøre undtagelser fra forbudet, altså om Rådet kan dispensere fra forbudet, og dels om Rådet selv kan vedtage fælles eller harmoniserede regler, som efter deres indhold, d.v.s. hvis de var fastsat af nationale myndigheder, ville være omfattet af forbudet mod FtV.

Spørgsmålets andet aspekt vil først blive undersøgt i kap. 17, der generelt undersøger, hvem der er pligtssubjekter efter art. 30 og art. 34. Dette aspekt giver særlige problemer.

Spørgsmålets første aspekt volder derimod ikke vanskeligheder. *Traktatens almindelige kompetenceregler giver ikke Rådet beføjelse til over for medlemsstaterne at dispensere eller i øvrigt gøre undtagelse fra traktatens forbudsregler.* Sådanne dispensationer og undtagelser kan kun vedtages i overensstemmelse med den særlige traktatændringsprocedure efter art. 236. Dette resultat følger allerede af en modsætningslutning fra de såkaldte sikkerhedsklausuler, som vil blive omtalt i afsnit 12.9, og som udtrykkeligt muliggør dispensation under visse strenge materielle og processuelle betingelser. Man kan også slutte modsætningsvis fra de enkelte tilfælde, hvor traktaten udtrykkeligt giver Rådet kompetence til at undtage visse områder fra traktatens forbud, som f.eks. art. 55, stk. 2, inden for etableringsområdet og art. 93, stk. 2, inden for statsstøtteområdet.

Resultatet er bekræftet i Domstolens praksis. Det fremgår særligt klart af dommen i sag 80 og 81/77 *Commissionaires Réunis*, hvor Domstolen fandt en bestemmelse i en forordning inden for landbrugsområdet ugyldig i det omfang, den tillod undtagelser fra forbudet mod afgifter med tilsvarende virkning som told. Den udtalte bl.a. »Selv de udstrakte beføjelser, som er tillagt fællesskabsinstitutionerne med henblik på gennemførelsen af den fælles landbrugspolitik ... skal udøves ud fra synspunktet markedets enhed og under udelukkelse af enhver foranstaltning, der modvirker ophævelsen af told og kvantitative restriktioner eller afgifter eller foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlems-

71. Det vil erindres, at handelshindringsforbudet i den amerikanske forfatning ikke er bindende for Kongressen, og at dette anses som en styrke ved det amerikanske system, se kap. 5.4.

staterne«. ⁷³ Baggrunden for Domstolens holdning er utvivlsomt dens manglende tro på medlemsstaters vilje til at handle i overensstemmelse med traktatens integrationsmål, hvad enten staterne handler i Rådet eller selvstændigt. Man kan måske finde antydning af denne indstilling i følgende præmis i sagen, hvori det udtales, at »ethvert indgreb i Fællesskabets resultater i henseende til oprettelsen af et enhedsmarked kunne ... udløse opløsningsmekanismer i strid med de i traktatens art. 2 nævnte mål ...«.

Man kunne ud fra en umiddelbar betragtning tro, at man ved en gennemgang af Rådets harmoniseringsdirektiver vedrørende tekniske handelshindringer kunne få vigtige bidrag til fortolkningen af forbudet mod FtV. Tankegangen ville være den, at *forbudets anvendelsesområde hører op, hvor harmoniseringskompetencen begynder*, og omvendt. Man skulle altså gennem en fastlæggelse af harmoniseringskompetencens »indre« grænse kunne finde frem til forbudets anvendelsesområde, og man skulle kunne finde frem til harmoniseringskompetencens indre grænse bl.a. gennem en undersøgelse af Rådets praksis. ⁷⁴ Der er dog grunde, der viser, at denne fremgangsmåde ikke er fremkommelig. Det er for det første sandsynligt, at forbudet har et videre anvendelsesområde over for medlemsstaternes ensidige foranstaltninger end over for Rådets. Det er derfor ikke muligt at slutte fra regler i et Rådsdirektiv til, at tilsvarende regler også lovligt efter art. 30 og art. 34 kan fastsættes af nationale myndigheder. For det andet er den fortolkning af forbudet mod FtV, som Rådet måtte have lagt til grund for et direktiv, ikke bindende for Domstolen. Man kunne f.eks. påberåbe sig en bestemmelse som den, der findes i art. 14 i direktiv nr. 71/307 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om betegnelser for tekstilprodukter, ⁷⁵ til støtte for

73. Noget andet er, at det måske under særlige omstændigheder ikke er udelukket at fortolke kompetencebestemmelser, således at de også betragtes som sikkerhedsklausuler. Dette gælder f.eks. den i afsnit 12.9 nævnte bestemmelse i art. 103 om konjunkturpolitikken. Og også Domstolens og Rådets praksis viser, at en meget strikt håndhævelse af princippet, d.v.s. en meget håndfast opretholdelse af traktatens forbudsregler, kan komme til at støde an mod realiseringen af andre af traktatens mål og interesser, som det praktiske liv og den samfundsmæssige udvikling gør det nødvendigt at tage hensyn til. Rigtigheden heraf støttes i høj grad af de domme, som generaladvokat Warner gennemgår i sag 80 og 81/77 *Commissionaires Réunis*, og af generaladvokat Mayras' påvisning i sag 118/78 *Meier* af en række fællesskabsretsakter, der må anses for rådsfastsatte undtagelser fra traktatens forbud. Eksemplerne har mere direkte interesse for undersøgelserne i kap. 17, men kan også bruges som støtte for de her anførte synspunkter.

74. Se herom Marx, *Funktion und Grenzen der Rechtangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*, navnlig s. 85ff.

75. *EFT-spec.* 1971 II s. 623. Art. 14 bestemmer, at direktivet ikke er til hinder for de i medlemsstaterne gældende krav om angivelse af købs- eller oprindelsessted.

lovligheden af ikke-diskriminerende oprindelsesmærkning. Men man måtte samtidig være klar over, at Domstolen, hvis den anser et sådant resultat for stridende mod forbudet mod FtV, ikke vil føle sig bundet til at følge Rådets opfattelse.⁷⁶

Der kan endelig være grund til at nævne et forhold af betydning for forståelsen af forholdet mellem forbudet mod FtV og Rådets harmoniseringskompetence efter art. 100. Det er tidligere nævnt, at en del af teorien hævder, at *enhver handelshindring er forbudt, medmindre den er retfærdiggjort af et af de i art. 36 nævnte hensyn*. Ud fra denne fortolkning skulle harmoniseringsreglerne kun have betydning i forhold til de handelshindringer, der er lovlige, fordi de er omfattede af art. 36. Alle andre handelshindringer skulle allerede være forbudt og derfor ikke omfattet af Rådets harmoniseringskompetence. Rigtigheden af denne opfattelse kan i hvert fald ikke støttes på art. 100. Der er ikke i bestemmelsens tekst holdepunkt for, at kompetencen skulle være begrænset til nationale regler, hvis formål er at tilgodese særlige hensyn, som f.eks. de i art. 36 nævnte hensyn.

Heller ikke Rådets praksis kan tages til indtægt for en sådan fortolkning. Tværtimod er de fleste af de vedtagne og foreslåede direktiver på miljø- og forbrugerbeskyttelsesområdet vedtaget eller foreslås vedtaget med hjemmel i art. 100, bl.a. under henvisning til de pågældende reglers betydning for de frie varebevægelser.⁷⁷ Og miljø- og forbrugerbeskyttelsesregler er hyppigt ikke begrundet i et af de hensyn, der er omfattet af art. 36.

Sammenfattende kan det siges, at det ud fra art. 100 og traktatens øvrige hjemmelsbestemmelser alene med sikkerhed kan sluttes, at der må være et ganske stort område, hvor hindringer for de frie bevægelser af varer mellem medlemsstaterne afskaffes, ikke ved traktatens umiddelbart anvendelige forbudsbestemmelser, men ved harmonisering af de gældende nationale bestemmelser. Der er utvivlsomt hjemmel til at harmonisere alle nationale regler, der hindrer eller besværliggør de frie varebevægelser.

EF-lovgiveren har ikke som den amerikanske kongres hjemmel til at tillade nationale regler i strid med forbudet mod FtV, således som den f.eks. har hjemmel til at tillade nationale regler i strid med etablerings- og tjenesteydelsesregler og nationale regler i strid med statsstøttere-

76. Noget andet er, at Domstolen formentlig vil tage hensyn til Rådets opfattelse. Dette aspekt vil blive uddybet i kap. 17.3.

77. Se f.eks. de to i *EF-Karnov* s. 649 gengivne direktiver, direktiv 76/464 om forurening, der er forårsaget af udledning af visse farlige stoffer i Fællesskabets vandmiljø (*EFT* L 129/23) og direktiv 78/319 om giftigt og farligt affald (*EFT* L 84/43) samt forslaget til direktiv om produktansvar (*EFT* 1976 C 249/9).

lerne. Den praktiske betydning af denne manglende kompetence for EF-lovgiveren afhænger naturligvis af omfanget af forbudet mod FtV. En vid anvendelse af forbudet vil utvivlsomt vise den manglende kompetence som et savn.

12.9 – Sikkerhedsklausuler

Traktaten indeholder en række regler, der under nærmere angivne betingelser og under iagttagelse af nærmere angivne procedurer giver mulighed for at gøre undtagelser fra medlemsstaternes forpligtelser efter traktaten. Det drejer sig om bestemmelser, der i princippet kan retfærdiggøre undtagelser fra samtlige forpligtelser efter traktaten.

Man kan ikke ud fra bestemmelserne drage slutninger med hensyn til det nærmere indhold af traktatens forbudsbestemmelser, f.eks. om de hviler på et diskriminationsprincip, eller om de går videre, men en kort omtale er nødvendig for at fuldstændiggøre det billede, gennemgangen i dette kapitel har givet af traktatens beskyttelse af de frie varebevægelser.

Den bestemmelse, der har størst betydning i denne afhandlings sammenhæng, er art. 115, hvorefter Kommissionen kan tillade »beskyttelsesforanstaltninger«, der er nødvendige for at sikre mod omgåelser af de endnu lovlige handelspolitiske foranstaltninger, f.eks. kvantitative restriktioner, som medlemsstaterne har fastsat over for tredjelandes varer. Betydningen af denne bestemmelse vil nærmere blive undersøgt i kap. 14.2.

Art. 103, der dels bestemmer, at medlemsstaterne skal betragte deres konjunkturpolitik som et spørgsmål af fælles interesse, og dels giver Rådet retsfastsættende kompetence på området, indeholder en vis, omend ubestemt hjemmel til at gøre undtagelser fra traktaten. Dette gælder, hvis undtagelserne fastsættes af *Rådet*.⁷⁸ Men da bestemmelsen ikke er formuleret som en sikkerhedsklausul, og da Domstolen ikke klart har taget stilling til lovligheden af undtagelser fra traktatens grundlæggende regler, er lovligheden af sådanne undtagelser tvivlsom. Dog må man formode, at anvendelsen af art. 103, stk. 4, vil blive anerkendt. Stk. 4 omhandler nemlig tilfælde, hvor »der opstår vanskeligheder med forsyningen af nærmere bestemte varer« – altså tilfælde, hvor de nødvendige foranstaltninger efter sagens natur må indebære handelshindrende foranstaltninger.

Art. 107–109 indeholder hjemler til i forbindelse med *valuta- og betalingsba-*

78. Rådet her i en række tilfælde brugt kompetencen på denne måde, se Ehlermann ad art. 103 i *Kommentar zum EWG-Vertrag*.

lanceproblemer at fastsætte beskyttelsesforanstaltninger. *Art. 107*, stk. 2, der aldrig har været anvendt,⁷⁹ vedrører den situation, at en medlemsstat ved en ændring af sin valutakurs handler i strid med sine EF-forpligtelser, og giver Kommissionen hjemmel til at tillade andre medlemsstater at træffe de nødvendige foranstaltninger til at afbøde virkningerne af den ulovlige valutakursændring. *Art. 108* giver under visse betingelser Kommissionen mulighed for at tillade den pågældende medlemsstat midlertidigt at træffe beskyttelsesforanstaltninger, dog med mulighed for Rådet til med kvalificeret flertal at ændre vilkårene for beskyttelsesforanstaltningerne. *Art. 109* giver den pågældende medlemsstat mulighed for i tilfælde af en pludselig krise vedrørende betalingsbalancen selv foreløbig at træffe de nødvendige beskyttelsesforanstaltninger.

Art. 223 og 224 indeholder bestemmelser, der lovliggør forholdsregler til beskyttelse af medlemsstaternes *sikkerhedsinteresser* og forholdsregler i *nødsituationer*. Efter *art. 223* er traktaten bl.a. ikke til hinder for nationale foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte staternes væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel. Det fremhæves, at foranstaltningerne ikke må forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål. *Art. 224* vedrører nødvendige foranstaltninger i tilfælde af alvorlige indre uroligheder, i tilfælde af krig eller krigstrussel eller for at opfylde forpligtelser, som staterne »har indgået med henblik på bevarelse af freden og den internationale sikkerhed«.

Hvis konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet fordrejes ved en foranstaltning efter *art. 223 og 224*, skal Kommissionen sammen med den pågældende stat efter *art. 225* undersøge mulighederne for, at foranstaltningen tilpasses traktaten.

Traktaten gav i overgangsperioden hjemmel for en række andre beskyttelsesforanstaltninger. Den vigtigste bestemmelse var *art. 226*, jfr. tiltrædelsesaktens *art. 135*, hvorefter Kommissionen kunne tillade en medlemsstat at træffe beskyttelsesforanstaltninger i tilfælde af alvorlige vanskeligheder, der vedvarende ville kunne ramme en økonomisk sektor, eller der alvorligt ville kunne forringe den økonomiske situation i en bestemt egn.

Disse sikkerhedsklausuler og navnlig de, der gælder efter overgangsperiodens udløb, er af begrænset rækkevidde, bortset fra situationer med betalingsbalancevanskeligheder. Den begrænsede rækkevidde understreges af Domstolens praksis, hvorefter sikkerhedsklausulerne skal undergives en restriktiv fortolkning. I sag 13/68 Salgoil udtalte Domstolen, at *art. 224* angår ekstraordinære tilfælde, som er klart definerede, og

79. Se om denne bestemmelse *EF-Karnov* s. 659 (ved Jens Thomsen).

at den ikke kan gøres til genstand for en udvidende fortolkning. I sag 20/75 Kaufhof udtalte Domstolen, at art. 115-undtagelserne, da de ikke alene er undtagelser fra grundlæggende fællesmarkedsbestemmelser, men også hindrer iværksættelsen af den fælles handelspolitik, skal fortolkes og anvendes restriktivt.

Det er vel tvivlsomt, hvad der kan sluttes af den begrænsede rækkevidde af sikkerhedsklausulerne. Det kan på den ene side hævdes, at dette forhold viser traktatens vilje til i videst muligt omfang at sikre de frie varebevægelser, altså som et argument for en udvidende fortolkning af traktatens bestemmelser til beskyttelse af disse bevægelser. På den anden side kan det også fortolkes som udtryk for, at de grundlæggende forpligtelser efter traktaterne ikke er så vidtgående, at der er behov for vidtgående undtagelsesmuligheder. Drøftelsen af dette spørgsmål forekommer omsonst og skal i hvert fald ikke ske her.

12.10 – Traktatens regler på områder, hvor medlemsstaterne principielt har bevaret deres kompetence

Efter art. 103 betragter medlemsstaterne deres konjunkturpolitik som et spørgsmål af fælles interesse, og efter art. 104 fører hver medlemsstat en sådan økonomisk politik, som er nødvendig for at sikre betalingsbalancen m.v. Det gøres sommetider på grundlag af disse bestemmelser gældende, at *konjunkturpolitikken* og den *økonomiske politik* »forbliver under national bestemmelsesret«. ⁸⁰ På samme måde gøres det gældende, at traktatens bestemmelser i art. 117 ff. er udtryk for, at *socialpolitikken* fortsat er undergivet national kompetence.

Disse udsagn må ikke misforstås. For det første er bestemmelseernes formål ikke at fastslå nationale kompetencer. Dette er unødvendigt, da medlemsstaterne er kompetente overalt, hvor traktaten ikke har tillagt EF-institutionerne kompetence. Bestemmelseernes virkelige formål er at give visse kompetencer til fællesskabsinstitutionerne, se f.eks. art. 103, stk. 2-4, og art. 120, og at pålægge medlemsstaterne forpligtelser f.eks. til samordning af den økonomiske politik og til gennemførelse af ligeløn mellem mænd og kvinder. For det andet må udsagnene ikke forstås således, at disse områder ikke kan reguleres ved hjælp af andre bestemmelser i traktaten. Det er f.eks. sikkert, at der kan finde harmonisering af socialpolitikken og den økonomiske politik sted med hjemmel i art. 100 eller eventuelt art. 235, hvis disse bestemmelseers betingelser i øvrigt er opfyldt. Ganske vist kan det på grundlag af disse områders særlige karakter måske i de konkrete tilfælde være vanskeligere at opfylde art. 100's og art. 235's betingelser,

80. Se f.eks. *EF-Karnov*, 1. udgave s. 500.

men en regulering kan ikke afvises, blot fordi det skulle følge af traktatens regler, at et område er »forbeholdt medlemsstaternes kompetence«.⁸¹

Ligesom der næppe er områder, hvor det på forhånd kan udelukkes, at EF kan benytte en af sine – »tværgående« – kompetencer, som f.eks. art. 100 eller art. 235, til at regulere enkeltspørgsmål, således er der næppe områder, hvor man på forhånd kan udelukke, at forbudet mod FtV kan finde anvendelse.⁸² Det kan ikke på forhånd udelukkes, at forbudet mod FtV kan finde anvendelse på nationale sociale bestemmelser, lige så lidt som det på forhånd kan udelukkes, at forbudet kan finde anvendelse på nationale regler inden for uddannelsesområdet.

12.11 – Sammenfatning

Der kan ikke ud fra de her foretagne undersøgelser af traktatens bestemmelser af direkte eller indirekte betydning for de frie varebevægelser drages sikre slutninger med henblik på den nærmere afgrænsning af anvendelsesområdet for forbudet mod FtV. Der er kun fundet få og spredte konkrete fortolkningsbidrag, som vil blive omtalt i forbindelse med gennemgangen af art. 30, art. 34 og art. 36.

Men forskellige tendenser synes dog at tegne sig. *Grundlaget for traktatens bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital synes at være et mere eller mindre klart diskriminationsforbudsprincip.* Formålet er at skabe lighed mellem de mellemstatslige varebevægelser og varebevægelserne inden for staterne, mellem indlændinge og udlændige for så vidt angår etableringsbetingelser o.s.v. Formålet med traktatens forbud er ikke at forbyde sådanne hindringer, der gælder lige fuldt for inden- og udenlandske varer og for ind- og udlændinge. Disse forudsættes fjernet gennem harmonisering

81. Der gælder ikke noget princip om »dual federalism« i EF. Se om dette begreb ovenfor kap. 5.4.

82. Se til støtte herfor Domstolens afgørelse i sag 9/74 Casagrande, der vedrørte tildeling af tysk uddannelsesstøtte til en vandreende arbejdstagers søn. Domstolen tog stilling til et anbringende, der byggede på, at uddannelsesområdet som sådant ikke hørte ind under EF's kompetence. Domstolen erkendte, at dette er rigtigt, men fastslog også, at dette faktum på ingen måde kunne begrænse de beføjelser, der er overladt EF. Dette betød, at diskriminationsforbudet i art. 48 også gjaldt inden for undervisningssektoren. I samme retning den i afsnit 12.5 nævnte dom i sag 167/73 Kommissionen mod Frankrig om anvendelsen af traktatens almindelige regler på søtransportområdet og dom i sag 6 og 11/69 Kommissionen mod Frankrig, hvor Domstolen afviste franske anbringender, hvorefter foranstaltninger på det pengepolitiske område ikke skulle kunne være i strid med reglerne om de frie varebevægelser, fordi de var undergivet eksklusiv medlemsstatskompetence.

ved hjælp af Rådsretsakter. Denne slutning styrkes særligt for så vidt angår de frie varebevægelser af bestemmelserne om afskaffelse af diskriminerende indenlandske afgifter. Der må dog advares mod at lægge for stor vægt på disse resultater. For det første er det tvivlsomt, at det overhovedet er berettiget at drage tilsvarende slutninger med henblik på fortolkningen af forbudet mod FtV, der er, hvad man kan kalde *opsamlingsbestemmelsen* for så vidt angår de ikke-told- og afgiftsmæssige handelshindringer. Det kan ikke udelukkes, at Domstolen finder, at denne bestemmelse bygger på andre og videregående principper end traktatens øvrige bestemmelser. Dette gælder ikke mindst under hensyn til, at den i denne forbindelse vigtigste bestemmelse, nemlig forbudet mod kvantitative restriktioner, ikke med sikkerhed kan siges at hvile på et diskriminationsprincip. For det andet er ikke alle de ovenfor foretagne fortolkninger af traktatens øvrige bestemmelser så sikre, at det er rimeligt at bygge vidtgående slutninger på dem. Dels bygger ikke alle fortolkningerne på klare præjudikater, dels viser erfaringen, at Domstolens praksis kan udvikles, ikke mindst i retning af en stadig udvidelse af medlemsstaternes forpligtelser.

Undersøgelserne synes endvidere at have vist, at traktatens *beskyttelse af de frie varebevægelser trods alt ikke er så vidtgående og gennemført*, som man måske skulle tro, når man ved, hvordan de frie varebevægelser, bl.a. af Domstolen, betragtes som grundlæggende i traktatens system.⁸³ Traktaten beskytter tilsyneladende ikke effektivt mod handelshindringer som følge af manglende afgiftsgodtgørelse ved eksport. Traktatens beskyttelse mod handelshindringer som følge af statsstøtte kan heller ikke kaldes god. Hertil kommer, at det store og vigtige område, hvor handelshindringernes fjernelse er overladt til Rådet, ikke mindst inden for skatte- og afgiftslovgivningen og de tekniske handelshindringer, viser, at traktatens forfattere ikke har forestillet sig en beskyttelse af de frie varebevægelser gennem udelukkende anvendelse af traktatens forbud.

Men fuldt så vigtig som konstateringen af disse forhold er påvisningen af Domstolens vilje til at fortolke enhver af traktatens bestemmelser således, at de i videst muligt omfang får tillagt de virkninger, der gør dem mest egnede til at realisere traktatens hensigter. De omtalte domme viser, hvordan Domstolen fortolker traktatens bestemmelser udvidende,

83. Se herom kap. 13.2.

bl.a. således at eventuelle »huller« i traktatens beskyttelse af de frie varebevægelser fjernes.

Endelig har undersøgelserne vist, at traktaten har lagt *administrationen af særligt vanskelige forbudsbestemmelser hos Kommissionen* med den konsekvens, at forbudets umiddelbare anvendelighed begrænses eller helt fjernes. Dette gælder f.eks. inden for konkurrenceområdet og statsstøtteområdet. Dette må ses som udtryk for, at domstole som følge af den judicielle procedures begrænsninger ikke er de bedst egnede organer til at afgøre afgrænsningsproblemer, der indebærer vurderinger og afvejninger af politisk/økonomisk karakter. Dette synspunkt kan anføres som argument mod en vid fortolkning af forbudet mod FtV.

De konstaterede tendenser kan ikke bruges som afgørende bidrag ved fortolkningen af forbudet. En selvstændig undersøgelse af problemstillingen, i princippet uafhængig af traktatens øvrige bestemmelser, er nødvendig. Men i denne undersøgelse kan der i et vist omfang hentes inspiration fra en række af de overvejelser, der har vist sig relevante i forbindelse med undersøgelserne af traktatens øvrige bestemmelser.

KAP. 13 – EF-DOMSTOLENS FORTOLKNINGSMETODER OG DENS OPFATTELSE AF DE FRIE VAREBEVÆGELSERS BETYDNING I TRAKTATENS SYSTEM

13.1 – Domstolens fortolkningsmetoder og deres betydning

Dommeren har betydelig frihed til gennem fortolkning af de skrevne retsregler at nå frem til de resultater, der er bedst stemmende med den retsopfattelse, han mener ligger til grund for retssystemet som helhed og den fortolkede retsakt i særdeleshed. Han er ganske vist bundet til at følge den i samfundet accepterede juridiske metode. Men denne lægger kun få reelle bånd på hans virksomhed. Der gælder ingen mekanisk anvendelige regler for den metode, han skal bruge. Tværtimod findes der et betydeligt antal forskellige fortolkningsprincipper og få eller ingen almindeligt accepterede og faste kriterier for, hvornår det ene eller det andet af disse skal finde anvendelse¹.

Disse bemærkninger må dog ikke misforstås. De fleste retstvisters udfald vil inden for de enkelte retssystemer være det samme, uanset hvilken dommer der afgør retstvisten. De fleste retsregler har et anvendelsesområde, hvis kerne er tilstrækkeligt klart afgrænset til at muliggøre en nogenlunde automatisk og ensartet løsning af de retlige problemer. Dommernes fælles retlige uddannelse og den hierarkiske opbygning af domstolssystemet er også faktorer til forklaring af dette faktum. Bemærkningerne er kun virkelighedsnære dér, hvor den »juridiske metode« skal stå sin prøve: i grænsetilfældene, d.v.s. i de tilfælde hvor jurister kan bruge principper hentet fra den »almindeligt accepterede juridi-

1. Se for dansk rets vedkommende Ross, *Ret og retsfærdighed* s. 128 ff. og Stuer Lauridsen, *Retslæren* s. 265 ff. For så vidt angår Den internationale Domstols virksomhed, se Max Sørensen, *Les Sources du Droit International* s. 210 ff. og Lauterpacht, *The Development of International Law* s. 43 ff. De samme synspunkter accepteres mere eller mindre klart af den overvejende del af teorien i de øvrige EF-medlemsstater, se René David, *Major Legal Systems in the World Today* s. 107 ff. og den belgiske generalprokurør F. Dumon i hans bidrag til det i note 4 nævnte møde ved EF-Domstolen mellem dommer- og universitetsrepræsentanter »Examen critique des méthodes d'interprétation« s. 79 ff.

ske metode« som grundlag for vægtig argumentation for to eller flere løsninger af tvisten. Men selv i disse tilfælde er dommerens afgørelse ikke ganske ubundet. Der vil inden for de enkelte retssystemer have udviklet sig en vis fortolkningsstil. Det kan være fastslået, f.eks. gennem den eller de øverste domstoles praksis, at visse af fortolkningsprincipperne skal have særlig vægt, f.eks. at der skal stærke grunde til at se bort fra bestemmelsens »naturlige sproglige fortolkning« set på baggrund af dens kontekst², og at visse fortolkningsprincipper ikke må bruges eller kun skal tillægges ringe betydning, f.eks. at fortolkning ikke må ske på grundlag af lovens forarbejder³.

Den fortolkningsstil, der anvendes af dommeren, afhænger også nødvendigvis af de enkelte systemers særegenheder, der igen afhænger af systemets historiske udvikling og den økonomiske, sociale og politiske virkelighed i det samfund, reglerne skal fungere i. En universel juridisk metode er en utopi. Der er forskelle i fortolkningsstilen mellem den dommer, der skal tage stilling til folkeretlige problemer, og den, der skal tage stilling til internretlige problemer, ligesom der på grund af forskelle i retskilderne er forskelle i fortolkningsprincipperne mellem det angelsaksiske retssystem og de kontinentale.

Disse ganske generelle bemærkninger har også gyldighed for EF-retten.

-
2. Der ses ikke herved bort fra den berettigede kritik af trøen på fortolkning ud fra en bestemmelses »naturlige sproglige betydning«, »the natural plain meaning of terms«, se bl.a. Ross, *anf.st.* s. 132, Stuer Lauridsen, *anf.st.* s. 277 og Lauterpacht, *anf.st.* s. 52. En ren sproglig-grammatisk fortolkning er i sig selv aldrig mulig. Men det er lige så sikkert og modsiges reelt heller ikke af nogen, heller ikke af de nævnte forfattere, at den naturlige forståelse af en lovtekst, netop når denne sættes ind i sin kontekst, er et vigtigt element i enhver fortolkning. Det ville være en urimelighed at benægte, at enhver fortolkning af en tekst tager sit udgangspunkt i tekstens ord. Det, der med rette gøres opmærksom på, er, at *ren* ordfortolkning er en meningsløshed, fordi ord sjældent er entydige og må forstås i den sammenhæng, hvori de befinder sig, og at det praktisk talt altid er muligt for dommeren ved hjælp af andre fortolkningsmetoder at komme til et andet resultat end det, en naturlig sproglig fortolkning indikerer. Det har mening at vurdere en dommers fortolkningsstil på grundlag af den »respekt«, han viser for tekstens ordlyd. Således mener Ross, *anf.st.* s. 164, at man, alt efter den grad af frihed, hvormed dommeren tillader sig at tyde, omtyde eller korrigere lovens direktiv i ly af den materielle retsbevidsthed og sociale målsætningers krav, kan sondre mellem (relativt) *fri* og (relativt) *bunden fortolkningsstil*.
 3. Se herom Lauterpacht, *anf.st.* s. 117 med undersøgelse af ikke alene Den internationale Domstols opfattelse af forarbejders betydning, men også den traditionelle negative angelsaksiske opfattelse og den traditionelle positive »kontinentale« opfattelse.

EF-Domstolen har også gennem anvendelse af en række fortolkningsprincipper og slutningsregler betydelig frihed til at nå frem til det efter dens opfattelse mest hensigtsmæssige resultat.

Men vigtigere er formentlig, at den har udviklet en fortolkningsstil, hvor den i højere grad end i de fleste andre retssystemer lægger vægt på visse fortolkningsmetoder med udelukkelse af andre. Dette gælder navnlig, når den fortolker de traktatregler, den anser for grundlæggende for det fællesskabsretlige systems funktion. Denne fortolkningsstil har den udviklet på grundlag af, ja har endog fundet nødvendiggjort af, den særlige karakter af det retssystem, der er institueret gennem de tre traktater om oprettelse af De europæiske Fællesskaber.

Det er ikke nødvendigt for denne afhandlings formål at gå dybere ind på de særegenheder, der har ført til fremkomsten af en særlig EF-retlig fortolkningsstil. Det er heller ikke nødvendigt at komme ind på detaljer i fortolkningsstilen, og det er ikke stedet at drøfte berettigelsen af de af Domstolen anvendte metoder set på baggrund af de vidtrækkende konsekvenser, de har. Disse spørgsmål er udførligt behandlet andetsteds⁴.

Kun enkelte punkter er det for denne afhandlings formål nødvendigt at fremhæve.

Man kan kun nå frem til en rimeligt sikker opfattelse af en domstols fortolkningsstil gennem en undersøgelse af dens praksis. Man må tage udgangspunktet i de udtalelser, dommene selv indeholder om de anvendte fortolkningsprincipper, men navnlig i de slutninger, man kan drage ud fra de resultater, domstolen er nået frem til. Det er imidlertid sjældent, at domme indeholder mere udførlige drøftelser af de principper, der lægges til grund, og der er formentlig hyppigt grund til at frygte, at de påberåbte principper ikke fuldt ud dækker den ræsonnerende virksomhed, der ligger til grund for resultatet⁵.

4. Dette gælder ikke mindst i Hans Kutschers og F. Dumons rapporter til *mødet ved EF-Domstolen, september 1976, mellem repræsentanter for domstole og universiteter*. En god forståelse af baggrunden for og virkningerne af Domstolens fortolkningsstil fås også gennem Lecourt, *L'Europe des Juges* og Pescatore, *The Law of Integration*. Af den betydelige litteratur om disse spørgsmål kan i øvrigt nævnes en kort, men nyttig gennemgang i Brown og Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities* og Gulmann, »Nogle bemærkninger om EF-Domstolens fortolkningsmetoder«, *UfR* 1978 s. 161 og »The methods of interpretation of the Court of Justice«, *Scandinavian Studies of Law* 1979.

5. Max Sørensen har, *anf.st.* s. 262, på grundlag af sine undersøgelser af Den internationale Domstols praksis konkluderet: »Undersøgelsen af Domstolens praksis har vist, at fortolkningen af traktater ikke er nogen logisk eller regelbunden virksomhed; når den i sin ydre form bærer præg heraf, tjener dette kun til at give det frie dommerskøn en vis nødvendig objektiv ikklædning«.

Vanskelighederne ved at finde frem til en nogenlunde dækkende sammenfatning af domstoles fortolkningsstil er mindre i EF-retten end de fleste andre steder. Dels indeholder EF-Domstolens afgørelser ikke sjældent angivelser af de anvendte fortolkningsprincipper, ganske vist kortfattede og generelle, men dog sådanne, som man med rimelighed på baggrund af sagens resultat kan anse som dækkende udtryk for de faktisk anvendte, og dels kan man inden for EF-retten som yderligere hjælpemiddel støtte sig på åbenhjertige redegørelser for de anvendte fortolkningsprincipper fra flere af de ledende Domstolsmedlemmers side⁶. Der er utvivlsomt en høj grad af overensstemmelse mellem de tanker, disse medlemmer af Domstolen giver udtryk for, og de principper, der faktisk anvendes af Domstolen.

Domstolen udtaler ikke sjældent, navnlig i de principielt vigtigste af dens domme, at den pågældende traktatbestemmelse må fortolkes ud fra dens »ånd, sammenhæng og ordlyd« (»esprit, économie et termes«). Et typisk eksempel er den af Domstolen foretagne fortolkning af traktatens art. 86 i sag 6/72 *Continental Can*, hvor den udtalte, at »for at løse dette problem må man på én gang betragte artikel 86's ånd, opbygning og ordlyd under hensyntagen til Traktatens systematik og særlige målsætning«⁷.

Dette udgangspunkt er på ingen måde overraskende. Fortolkning ud fra en bestemmelses formål, dens placering i den pågældende retsakt og sammenhæng med andre retsregler (dens kontekst i videste forstand) samt dens ordlyd hører til almindeligt anerkendte fortolkningsprincipper.

Det er først, når man ser de praktiske resultater af anvendelsen af disse, at man bliver klar over betydningen af Domstolens fortolkningsstil.

Domstolen lægger som flere gange tidligere fremhævet først og fremmest vægt på fortolkning ud fra bestemmelsens formål (teleologisk for-

6. Dette gælder f.eks. de af Pescatore og Lecourt i note 4 nævnte værker, men også og måske navnlig Kutschers redegørelse til mødet ved EF-Domstolen i september 1976, hvis formål netop var en »kritisk« drøftelse af Domstolens fortolkningsmetoder. Det må antages, at Kutschers synspunkter, der på mødet til en vis grad fremtrådte som Domstolens synspunkter, dækker i hvert fald flertallet af Domstolens medlemmers opfattelse. Der kan være grund til at nævne, at Kutscher udtrykkeligt i sin redegørelse nævnte, at hans bemærkninger i mange henseender var inspireret af de tanker, som »hans kollega« Pierre Pescatore har givet udtryk for i talrige artikler.

7. Som det vil ses, volder oversættelsen af de franske ord »esprit, économie et termes« problemer.

tolkning), navnlig set på baggrund af formålsangivelserne i traktaternes præambler og indledende bestemmelser. Kontekstfortolkning tillægges vægt som et nødvendigt supplement til formålsfortolkningen. Domstolen finder, at dette er de eneste virkeligt anvendelige fortolkningsmetoder, når henses til, at fortolkningen vedrører bestemmelser, der findes i en traktat, der klart og utvetydigt angiver sine mål, og som kun indeholder få og normalt ubestemte materielle regler, der dog hævdes indsat i en logisk og velgennemtænkt sammenhæng, således at traktaten i øvrigt overlader det til fremtidige regler at realisere målene gennem en udfyldning af traktatens rammer. Den teleologiske fortolkningsmetode er ikke blot én af flere fortolkningsmetoder; den er som følge af fællesskabsrettens særlige karakter den grundlæggende. »Formålet er ... fællesskabsrettens drivkraft«⁸.

Pescatore har sammenfattet grundtrækkene i Domstolens fortolkningsstil på følgende måde:

»Retspraksis' indflydelse på fællesskabsrettens udvikling understreges af virkningen af den afgjort konstruktive fortolkningsmetode, Domstolen har for vane at anvende: nemlig den »systematiske« og den »teleologiske« fortolkning, som i øvrigt er snævert forbundne i praksis. Den går ud på at udnytte og fremhæve både de elementer i systemet, som man finder i traktaterne, de mål, som de definerer, og de generelle regler, som er inspireret af målene. Og Paris- og Romtraktaterne frembyder i denne henseende en yderst velovervejet og sammenhængende arkitektur ...

Man ser, at der er talrige »holdepunkter«, som kan danne udgangspunkt og

8. Citat fra Lecourt, *anf.st.* s. 305. Også Pescatore fremhæver, ikke mindst i »Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation ...« med et citat fra Ihering, at »der Zweck ist Schöpfer des ganzen Recht«, *anf.st.* s. 346, og at traktaterne er »genemsyret« af teleologi, s. 327. Han erklærer sig enig med ambassadør Ophüls, den tyske forhandler af Kul- og Stålfællesskabstraktaten, der hævder, at der ikke er nogen modsætning mellem den teleologiske fortolkningsmetode og de kontraherende parters vilje. »Hvis Domstolen går frem ad denne vej, gør den intet andet end opfylde de kontraherende parters vilje, således som den har eksisteret fra begyndelsen af«.

Der er nøje sammenhæng mellem den teleologiske og den »systematiske« (kontekst) fortolkning. Traktatens system bliver nemlig kun klart, når det ses på baggrund af traktaternes målsætninger. Dette gælder ikke mindst reglerne om de frie varebevægelser. Som fremhævet af præsident Kutscher må »det system, der er så vigtigt for fortolkningen, og som er grundlaget for ordningen af enkelte områder (konkurrence, toldunion, fri vareudveksling ...), forstås inden for rammerne af de målsætninger, traktaten har sat sig for at virkeliggøre. Derfor må systematisk og teleologisk fortolkning nødvendigvis være flettet ind i hinanden«. (Se s. 40 i hans rapport til det i note 4 nævnte møde).

støtte for den juridiske konstruktions virke. Vi konstaterer da også, at disse elementer i systemet er blevet udnyttet af Domstolen med stadig større eftertryk. Den teleologiske metode, der bygger på fællesskabsmålene, har vist sig særlig udbytterig for så vidt angår fællesmarkedets grundlæggende regler: ...

Anvendelsen af disse konstruktive fortolkningsmetoder viser Domstolens vilje til fuldt at bruge (*faire jouer*) sin retlige rolle i den europæiske foreningsproces. Det er imidlertid meget mere end et simpelt spørgsmål om vilje fra Domstolens side. Anvendelsen af disse metoder er gjort nødvendig af selve logikken i fællesskabsstrukturen: et system baseret på ideen om en fremadskridende integration kræver dynamiske fortolkningsmetoder; en klart opbygget og på samme tid ufuldstændig struktur nødvendiggør en systematisk argumentation; traktatfortolkning baseret på en definition af de mål, der skal nås, må nødvendigvis være teleologisk. Det fremgår altså heraf, at den fortolkningsmetode, Domstolen har udviklet, fuldt ud er i overensstemmelse med de karaktertræk, der er betegnende for fællesskabsforetagendet, fordi den drager inspiration fra selve Paris- og Romtraktaternes dynamik.«⁹

Domstolen har gjort vidtstrakt brug af princippet om »den effektive virkning« (*l'effet utile*) af de fortolkede regler¹⁰. Dette princip har nær forbindelse med formålsbetragtninger. Princippet indhold er det enkle, at retsregler skal fortolkes på den måde, der mest effektivt medvirker til, at deres formål kan nås¹¹. Princippet fører bl.a. til, at de bestemmelser, der af Domstolen betragtes som fundamentale eller grundlæggende for fællesskabssystemet, fortolkes meget vidtgående, og at undtagelserne fra disse regler fortolkes indskrænkende. Det er da også med rette blevet hævdet, at Domstolen kan siges at gå ud fra princippet »*in dubio pro communitate*«¹². Selv om eksistensen af dette princip benægtes af præsident Kutscher¹³, er det på grundlag af Domstolens praksis ikke urime-

9. *L'ordre juridique des Communautés Européennes* s. 176.

10. »*L'effet utile*« er vanskeligt oversætteligt. Det oversættes hyppigt »nyttevirkning« eller »den nyttige virkning«. På tysk oversættes det som »Effektivitätsgrundsatz« og på engelsk enten som »rule of effectiveness« eller »useful effect«. Den bedste danske oversættelse vil nok være effektivitetsprincippet eller -grundsætningen.

11. Lecourt har udtrykt indholdet af dette princip som en *pligt* for »dommeren til at anvende og fortolke (traktaternes) bestemmelser, således at den fælles regel ... kan udfolde totaliteten af dens fællesskabskonsekvenser, både retlige og faktiske, både aktuelle og potentielle, uden at være generet af eller så meget desto mere hæmmet af nogen national hindring, der ikke er taget udtrykkeligt forbehold for«, *anf.st.* s. 240.

12. Se Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* s. 132.

13. Se s. 41 i hans rapport til det i note 4 nævnte møde.

ligt, omend lidt forgrovet, at hævde, at EF-Domstolen mellem to mulige fortolkninger vil vælge den, der er mest fællesskabs- eller integrationsvenlig, altså den, der i sidste analyse bidrager mest effektivt til snævrere forbindelser mellem medlemsstaterne. Dette betyder igen, da de fleste alvorlige tvister inden for EF-retten vedrører konflikter mellem national ret og EF-ret, at konflikterne vil blive løst til EF-rettens fordel.

Det fremhæves hyppigt, at Domstolens fortolkningsmetoder er dynamiske, uden at det normalt klart defineres, hvad der menes hermed¹⁴. Fremhævelsen af de dynamiske aspekter kan have baggrund i selve EF-rettens karakter. Traktaterne har på vigtige områder begrænset sig til at angive mål og at give institutionerne beføjelser til ved udstedelse af retsregler og på anden måde at virke for en realisering af disse mål. Traktaterne bygger på den forudsætning, at denne realisering sker som en kontinuerlig proces. Der stræbes mod »en stadig snævrere sammenlutning mellem de europæiske folk«. »Det univers, hvori dommeren befinder sig, er« – fastslår Lecourt – »efter selve sin natur et univers under fortsat skabelse ... Enhver statisk opfattelse af traktaterne ville føre til fællesskabets hensygnen og ruin«¹⁵. Domstolen må nødvendigvis efter den herskende opfattelse indrette sine fortolkningsmetoder således, at de er egnede til at støtte denne fortsatte skabelse af fællesskabet¹⁶.

Men dette indebærer også, at Domstolen vil føle sig relativt lidt bundet af den historisk udtrykte »lovgivervilje«, og at den vil føle sig relativt lidt bundet af sine egne tidligere afgørelser. Al ret må nødvendigvis tilpasses de til enhver tid gældende samfundsforhold, og det er ikke kun lovgiver, der har ansvaret for denne konstante tilpasning. Dette har ikke mindst betydning i EF-retten. Der er sket en betydelig udvikling på vigtige punkter for så vidt angår de forudsætninger, der i 1950'erne lå til grund for traktaterne, og der er sket en trods alt omfattende udfyldning af traktatens rammer gennem Råds- og Kommissionsretsakter. Denne udfyldning kan have ændret forudsætningerne for forståelsen af visse af traktaternes materielle regler. De stadig snævrere forbindelser mellem

14. Se herom Bleckmann, »Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts«, *EuR* 1979 s. 255 ff.

15. *Anf.st.* s. 236.

16. Lecourt mener endda, at det netop er for at undgå, at dommeren efterhånden får meningen med traktaterne til at »sygne hen i en stiv og formel fortolkning«, at »traktaternes forfattere har gjort sig umage med for hans øjne at udvikle de forskellige mål, som de sætter for ham, og som han skal lade sig inspirere af«, *anf.st.* s. 235.

staterne, der nås gennem udfyldningen, kan f.eks. betyde en stadig større vægt lagt på det solidaritetsprincip, der er udtrykt i traktatens art. 5, hvorefter medlemsstaterne positivt skal træffe egnede foranstaltninger til opfyldelse af deres EF-forpligtelser og negativt skal afholde sig fra foranstaltninger, der kan bringe traktatens målsætning i fare¹⁷. Hertil kommer, at EF-lovgiveren, bl.a. på grund af den i praksis accepterede vetoret, ikke altid fungerer tilstrækkeligt effektivt. Dels har den ikke på alle punkter opfyldt forpligtelserne til udfyldning af traktaterne, dels har den ikke altid været i stand til at tilpasse én gang vedtagne regler til ændrede samfundsforhold. Hertil kommer, at traktatens mange ubestemte regler i særlig grad er egnede til en dynamisk fortolkning, ja måske netop er gjort ubestemte for at muliggøre en dynamisk fortolkning¹⁸.

Domstolen har som omtalt i kap. 11 afvist fortolkning på grundlag af forarbejder, den har understreget nødvendigheden af at fortolke bestemmelseerne ud fra deres traktatmæssige sammenhæng og på baggrund af traktatens formål, og den har fremhævet betydningen af hensyntagen til fællesskabsrettens dynamiske karakter. Den har kort sagt lagt vægt på netop de fortolkningsprincipper, der gør det muligt for den at undgå en for snæver binding til traktatbestemmelsernes ordlyd. Domstolens fortolkningsstil kan i overensstemmelse med Ross' terminologi karakteriseres ikke som »relativt bunden«, men tværtimod som »relativt fri«¹⁹. Domstolen har en betydelig grad af frihed til at »tyde, omtyde eller korrigere lovens direktiv« i lyset af dens egen opfattelse af, hvad der bedst tjener »fællesskabsideen«²⁰.

Nogle enkelte supplerende bemærkninger til belysning af den betydning, fortolkningsstilen tillægges, og den baggrund, den må ses på, må gøres. Man mener, at EF-Domstolen er den af institutionerne, der bedst har løst sin opgave i overensstemmelse med traktaternes intentioner, og at man kan tilskrive fortolkningsstilen en god del af æren for denne suc-

17. Dette synspunkt blev allerede fremhævet af Pescatore i begyndelsen af 70'erne i hans artikel »Les objectifs de la Communauté ...«, *anf.st.* s. 351. Dets rigtighed er godtgjort ved den stadig mere vidtgående brug af princippet, der viser sig i Domstolens praksis i de senere år, se *EF-Karnov* ad art. 5 (ved Laursen).

18. Se for en behandling af nogle af disse spørgsmål dommer Mackenzie Stuart, *The European Communities and the Rule of Law* s. 81 ff.

19. Se note 2.

20. Jeg har andetsteds drøftet berettigelsen af denne fortolkningsstil, se de i note 4 nævnte artikler og navnlig den sidstnævnte.

ces²¹. Domstolens retspraksis er på grundlag af de anvendte fortolkningsmetoder blevet »en magtfuld faktor inden for fællesskabets rammer for udviklingen af fællesskabsretten mod de, både nærliggende og fjerne, mål i forbindelse med skabelsen af Europa«²².

Man må også nævne den mistillid, Domstolen i sin praksis møder nationale foranstaltninger med. Domstolen ser talrige eksempler på tilfælde, hvor medlemsstaterne af »nationalt-egoistiske« grunde forsøger at unddrage sig opfyldelsen af traktatens klare forpligtelser. Domstolen mener utvivlsomt at handle i overensstemmelse med traktaternes intentioner, når den forsøger at holde medlemsstaterne strikte fast på de forpligtelser, traktaterne indeholder med henblik på en realisering af traktaternes mål. Domstolen opfatter sig selv, og opfattes af en betydningsfuld del af teorien, som det eneste effektive bolværk mod de konstante opløsningskræfter, der kommer fra medlemsstaterne.

Et godt indtryk heraf fås gennem Lecourts bog, *L'Europe des Juges*, der utvivlsomt viser, hvorledes et betydende element i Domstolen ser på dens rolle i de europæiske integrationsbestræbelser. Domstolen er den uforfærdede forsvarer af de grundlæggende fællesskabsideer mod medlemsstaternes angreb. »Markedsenhedens skæbne var da, endnu en gang, mellem dommerens hænder, alt efter om han viste sig streng eller eftergivende«²³. »Man skal derfor ikke undre sig over, at dommeren bevæbner sig med effektivitetsprincippet for, med en sjældent manglende strength, at modsætte sig forsøgene på splittelse«²⁴. »Det var dog, når alt kommer til alt, af hans (dommerens) indsats, at Fællesmarkedets skæbne endeligt ahang«²⁵. Det er måske ikke meget overdrevet at tale om en »belejningsmentalitet«.

Holdningen kan være nok så forståelig. Den kan være en naturlig reaktion på medlemsstaternes manglende respekt af deres traktatretlige forpligtelser. Men den kan samtidig blive en medvirkende årsag til en begrundet mistillid til Domstolens evne til at tage rimeligt hensyn til medlemsstaternes berettigede interesser og dermed manglende evne til at

21. Se Pescatore, *Law of Integration* s. 90, Lecourt, *L'Europe des Juges* s. 307 og Kutscher, s. 46 i hans rapport til det i note 4 nævnte møde.

22. Pescatore, *anf.st.* s. 89.

23. *Anf.st.* s. 25.

24. *Anf.st.* s. 240.

25. *Anf.st.* s. 306.

løse de grundlæggende problemer, den fortsatte tilpasning af helhedens interesser og de enkelte deles interesser stiller Domstolen over for.

13.2 – Fortolkningsmetoderne og reglerne om de frie varebevægelser

EØF-traktaten tilsigter at skabe et »homogent økonomisk område«, et område frit for handelshindringer, »som direkte eller indirekte følger af national lovgivning på det skattemæssige, handelsmæssige eller tekniske område«²⁶. Det vil sige et fællesmarked eller et »enhedsmarked«, som Domstolen nu foretrækker at kalde det²⁷.

Dette marked er grundlaget for de videre integrationsbestræbelser. De vigtigste regler til realisering af enhedsmarkedet findes i anden del af EØF-traktaten, der af traktatens ophavsmænd er betegnet »Fællesskabets grundlag«.

Reglerne er, kan Domstolen således fastslå, grundlæggende for traktatmålenes realisering og må derfor fortolkes udvidende, således at de bliver egnede til effektivt at nå dette mål. Allerede gennemgangen af praksis vedrørende traktatens regler om afgifter med tilsvarende virkning som told og diskriminerende interne afgifter²⁸ viste, at Domstolen ikke kan acceptere undtagelser fra traktatens grundlæggende regler, selv om de konkret måske kan synes nok så ubetydelige, eller endog velbegrundede. Domstolens holdning på dette område er ikke fleksibel. Enhver accept af undtagelser vil kunne »udløse opløsningsmekanismer«²⁹. Skabelsen af et enhedsmarked er et overordentligt vanskeligt foretagende, ustandseligt udsat for at bryde sammen på grund af staternes angreb mod det. Staterne viser gennem »antallet og bredden af frugtesløse forsøg på at reaktivere disse grænsehindringer ... en overordentlig rig fantasi«³⁰. De farer, enhedsmarkedets effektive funktion er udsat for, gøres ikke mindre af, at håndhævelsen af fællesskabsreglerne i ikke ubetydeligt omfang er overladt nationale domstole.

26. Se afgørelse 1/78 (IAEA-aftalen).

27. I »The Consequences of the Notion of a Single market«, *ELR* 1979 s. 39, gør John Usher gældende, at de to udtryk er synonyme, og at Domstolen har valgt begrebet »enhedsmarked«, fordi »fællesmarkedet« efterhånden har fået en videre og mere ubestemt betydning.

28. Se kap. 12.3.1 og 12.3.2.

29. »des mécanismes de désintégration«, se sag 80 og 81/77 *Commissionaires Réunis*, se afsnit 12.8.

30. *Lecourt, anf.st.* s. 27.

Atter er det præsident Lecourt, der giver udtryk for de ideer, der ligger til grund for Domstolens praksis på dette område. Hans tankegang kan sammenfattes således: Domstolen har mange gange præciseret betydningen af de principper og bestemmelser, som har en grundlæggende karakter i traktatens system. Dette sker for at undgå farerne for gennem en eftergivende eller snæver fortolkning af traktatreglerne at glemme traktatens mål og derved give afkald på »at betragte fællesskabet som reglen og den nationale lov som undtagelsen«. Det er i selve begrebet »fællesmarkedet« eller »enhedsmarkedet«, Domstolen tager sit udgangspunkt. Den bekræfter, at oprettelsen af et fællesmarked er et af de grundlæggende formål, der er fastsat i art 2. Dette betyder imidlertid også, at man i traktatens forstand kan betragte som grundlæggende »ethvert princip og enhver regel, uden hvilke fællesmarkedet ville blive hæmmet i sin oprettelse, funktion og udvikling« ...«. »Ligesom for enhver anden grundlæggende regel er der intet, der kan gives rang forud for den. Den forpligter eo ipso, og enhver undtagelse må være klart fastsat og må fortolkes snævert«³¹.

Domstolen har fortolket og vil utvivlsomt fortolke forbudet mod FtV ud fra denne grundholdning. Bestemmelsen betragtes af Domstolen som en af traktatens grundlæggende bestemmelser. Den bliver fortolket under hensyn til traktatens formål.

Man vil dog også finde, at Domstolen i sine snart mange afgørelser vedrørende fortolkningen af forbudet mod FtV har været mere tilbageholdende med at henvise til traktatens formål og at sætte bestemmelsen ind i dens traktatmæssige sammenhæng, end den er i relation til de fleste andre bestemmelser.

Domstolen har i forbindelse med dette forbud vanskeligheder med ved hjælp af sine almindelige fortolkningsprincipper at finde holdepunkter for en sikker og let anvendelig afgrænsning af forbudets anvendelsesområde.

Domstolen synes at forsøge sig frem. Den ræsonnerer i højere grad end ellers fra sag til sag. Begrundelsen herfor må være den enkle, at problemerne i forbindelse med forbudet mod FtV er vanskeligere end normalt.

En rimelig forudsigelse af de kriterier, Domstolen vil lægge til grund ved fortolkningen af forbudet, må dog ikke desto mindre gå ud fra, at fortolkningens hovedmål inden for ordlydens eventuelle rammer vil være at sikre, at bestemmelsen får de retsvirkninger, der inden for trak-

31. *Anf.st.* s. 244 og s. 246.

tatens system er bedst egnede til at fremme realiseringen af enhedsmarkedet og dermed at fremme integrationen mellem Europas folk. Dette betyder, at Domstolens udgangspunkt vil være en udvidende fortolkning, først og fremmest begrænset af hensynet til at skabe en regel, der retsteknisk kan anvendes, og som ikke begrænser de politisk ansvarlige myndigheders retsfastsættende kompetence så meget, at de bliver ude af stand til at løse problemer, der nødvendigvis må løses på nationalt plan eller gennem vedtagelse af fælles eller harmoniserede EF-regler.

Fjerde del

FORBUDET MOD FtV

AFSNIT I

KAP. 14 – GENNEMGANG AF DE AF FORBUDET MOD FtV REJSTE SPØRGSMÅL

14.1. Oversigt over reglerne, herunder de i overgangsperioden gældende

Reglerne om FtV findes i *EØF-traktatens anden del*: »Fællesskabets grundlag«¹. Denne del er delt op i 4 afsnit, hvoraf det første vedrører »frie varebevægelser«². Dette afsnit er igen delt op i 2 kapitler, hvoraf kapitel 1 indeholder regler om »toldunionen« og kapitel 2 regler om »ophævelse af de kvantitative restriktioner mellem medlemsstaterne«.

Kapitel 2 omfatter traktatens art. 30-37. Artikel 37 vedrører de statslige handelsmonopoler. Bestemmelsen er omtalt i kap. 12.3.3.2. og skal ikke behandles her. Dens systematiske placering er tvivlsom. Den er ikke blot et supplement til reglerne om de kvantitative restriktioner, men også til de øvrige regler om de frie varebevægelser m.v.

Art. 30 og art. 34, stk. 1 forbyder henholdsvis kvantitative *indførsels- og udførselsrestriktioner* såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlemsstaterne. Art. 36 indeholder en række undtagelser fra disse forbud.

Art. 31, 32, 33, 34 stk. 2, og art. 35 indeholder bestemmelser, der var af betydning i *overgangsperioden*, d.v.s. indtil 1.1.1970.

Art. 31 og art. 32 indeholder forpligtelser for medlemsstaterne til ikke efter traktatens ikrafttræden at indføre nye eller skærpe bestående restriktioner (*stand-still bestemmelser*).

Art. 33 indeholder regler om tempoet for og fremgangsmåden ved *ophævelsen af eksisterende indførselsrestriktioner*. Efter stk. 7 udsteder Kommissionen di-

-
1. Den betydning, EF-Domstolen tillægger det forhold, at bestemmelserne findes i afsnittet om »fællesskabets grundlag«, er omtalt i kap. 13.2.
 2. De 3 øvrige afsnit vedrører »landbruget«, »den frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital« og »transport«.

rektiver vedrørende »afviklingen mellem medlemsstaterne af de foranstaltninger med tilsvarende virkninger som kontingenter, der består på tidspunktet for denne traktats ikrafttræden«. Med hjemmel i denne bestemmelse vedtog Kommissionen inden overgangsperiodens udløb 5 direktiver, jfr. afsnit 14.10.

Art. 34, stk. 2, bestemmer, at alle *udførselsrestriktioner* skal være ophævet senest ved udløbet af første etape.

Art. 35 åbner mulighed for en hurtigere fjernelse af de kvantitative restriktioner.

Særlige overgangsbestemmelser for de 3 nye medlemsstater var fastsat i akten til tiltrædelsestraktaten art. 42 og art. 43. Kvantitative indførsels- og udførselsrestriktioner blev afskaffet straks ved tiltrædelsen, medens FtV skulle være afskaffet senest den 1. januar 1975³.

Overgangsreglerne har ikke længere praktisk betydning og skal derfor ikke omtales nærmere. I dag er det alene art. 30, art. 34, stk. 1, og art. 36, der er anvendelige.

Spørgsmålet om foranstaltninger foretaget under overgangsperioden kan naturligvis fortsat opstå, men denne mulighed skønnes ikke at kunne begrunde en speciel behandling af overgangsreglerne, navnlig ikke under hensyn til, at overgangsperioden for Danmarks vedkommende kun var 2 år⁴.

Det er i akten, der er knyttet til traktaten om Grækenlands tiltrædelse af EF, bestemt, at FtV afskaffes ved tiltrædelsen, d.v.s. fra 1. januar 1981⁵.

14.2. Reglernes geografiske anvendelsesområde. Samhandelen mellem medlemsstaterne.

Forbudene gælder kun ind- og udførselsrestriktioner mellem medlemsstaterne. De gælder altså kun i samhandelen mellem medlemsstaterne⁶. De kan ikke bruges hverken direkte eller analogt på handel med tredjelande. Dette følger dels af bestemmelseernes ordlyd og dels af en modsætnings slutning fra traktatens udtrykkelige bestemmelser i art. 110 ff. om

3. Se nærmere om disse bestemmelser, herunder om enkelte særregler for Irland, Ehlermann i *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 277 og s. 285.

Se om fortolkningen af art. 42, stk. 2, Domstolens afgørelse i sag 15/74, Centrafarm, afsnit 14.11 (note 60).

4. Se herom kommentaren i *EF-Karnov* s. 134 samt Ehlerman, *anf.st.*

5. Der gælder en undtagelse for en græsk importdeponerings- og kontantbetalingsordning, som skal afskaffes inden for 3 år fra tiltrædelsen.

6. Det territoriale anvendelsesområde for traktaten fremgår af EØF-traktatens art. 227, som ændret gennem tiltrædelsesaktens art. 26. Reglerne gælder ikke i forhold til associerede lande. De nærmere regler for samhandelen mellem disse og EF-landene fastlægges i de enkelte associeringsoverenskomster. Disse vil blive omtalt i kap. 30.

den fælles handelspolitik over for tredjelande. Resultatet er også udtrykkeligt fastslået i Domstolens praksis⁷.

Medlemsstaternes muligheder for at fastsætte handelshindrende reguleringer for deres tredjelandsimport og -eksport er imidlertid begrænsede af andre regler. Foruden staternes almindelige internationale forpligtelser, navnlig efter GATT-aftalen, gælder der en række vigtige begrænsninger efter EF-retten. Der findes f.eks. i landbrugsmarkedsordningerne normalt regler for samhandelen med tredjelande, herunder forbud mod opkrævning af told eller afgifter med tilsvarende virkning og anvendelse af kvantitative restriktioner og FtV⁹. Hertil kommer regler vedtaget med hjemmel i traktatens bestemmelser om den fælles handelspolitik. Dette gælder både de talrige aftaler med tredjelande, EF har indgået, og de ensidige reguleringer af samhandelen, Rådet har vedtaget. Blandt de sidstnævnte kan nævnes to forordninger om fælles importordninger over for tredjelande¹⁰. Disse forordninger har betydet et vigtigt, men ikke endeligt, skridt på vejen mod en fælles administration af kvantitative restriktioner på EF-plan. Forordningerne omfatter ikke FtV.

Domstolen har understreget, at EF-regler om forbud mod indførselsbegrænsninger over for tredjelande har andet formål og andet retligt grundlag end tilsvarende forbud vedrørende samhandelen mellem med-

-
7. Der kan især henvises til sagerne 51, 86 og 96/75 EMI, hvor domstolen fastslog, at art. 30 og art. 36 ikke kunne bruges ved import fra tredjelande. De omtvistede foranstaltninger, varemærkebestemte importforbud, påvirkede ikke »de frie varebevægelser mellem medlemsstater, og omfattes herefter ikke af de i traktatens art. 30 ff. indeholdte forbud. I dette tilfælde indvirker varemærkerettighedernes udøvelse nemlig ikke på fællesmarkedets enhed, som skal sikres af art. 30 ff.«.
 8. Det samme gælder for traktatens øvrige regler om de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne, dog med en vigtig undtagelse for så vidt angår forbudet mod afgifter med tilsvarende virkning som told. Denne undtagelse blev fastslået i sagerne 37 og 38/73, Diamantarbejders, hvor Domstolen på trods af bestemmelsernes klare ordlyd fandt forbudet anvendeligt også på tredjelandsimport. Resultatet var navnlig begrundet i, at afgifter med tilsvarende virkning som told kunne bruges til at ændre det fælles toldniveau over for tredjelande, der var fastsat i den fælles toldtarif. Det er for så vidt overraskende, at en tilsvarende begrundelse ikke er anvendt i forbindelse med interne afgifter, der også kan bruges til at ændre toldtariffens fælles niveau. Dette var imidlertid ikke resultatet af Domstolens overvejelser i sag 148/77 Hansen, der fastslog, at art. 95 ikke gælder ved import fra tredjelande.
 9. Se f.eks. forordning nr. 2727/75 om den fælles markedsordning for korn, EFT 1975 L 275/1 og EF-Karnov s. 167.
 10. Se forordning 925/79 om den fælles ordning for indførsel fra statshandelslande og forordning nr. 926/79 om den fælles importordning, EFT 1979 L 131/1.

lemsstaterne. Den fremhæver navnlig, at de førstnævnte har til formål at gøre importreglerne ensartede og ikke nødvendigvis at afskaffe indførselsrestriktioner, medens det eneste formål for de sidstnævnte regler er afskaffelse af indførselsrestriktioner¹¹.

Forbudets begrænsning til kun at gælde i samhandelen mellem medlemsstaterne betyder ikke, at det alene gælder for varer produceret i EFs medlemsstater. Det omfatter også varer fra tredjelande, der i overensstemmelse med reglerne i traktatens art. 10 lovligt er indført i fællesskabsområdet (er blevet til »varer, der frit kan omsættes«)¹².

Dette er utvetydigt fastslået af Domstolen, der henviser til, at traktatens art. 9, stk. 2, bl.a. bestemmer, at traktatens regler om kvantitative restriktioner og FtV finder anvendelse på tredjelandsvarer i fri omsætning¹³.

Retsstillingen er herefter den, at medlemsstaterne i et vist omfang fortsat lovligt kan fastsætte importbegrænsninger i forbindelse med *direkte import* fra tredjelande, men at de til gengæld som følge af forbudene mod handelshindringer i samhandelen mellem medlemsstaterne ikke kan gøre sådanne importbegrænsninger gældende over for tredjelandsvarer, der lovligt er bragt i fri omsætning i en af de andre medlemsstater.

Dette indebærer, at kvantitative importrestriktioner over for varer fra tredjelande, fastsat i en medlemsstat, vil kunne omgås derved, at de pågældende tredjelandsvarer indføres og bringes i fri omsætning i en anden medlemsstat, der ikke har indført kvantitative restriktioner.

Sådanne omgæelser kan ophæve virkninger af de lovligt fastsatte kvantitative restriktioner og må derfor i givet fald undgås. Dette kan kun ske ved, at der gøres undtagelse fra statens pligter efter art. 30.

Situationen er som nævnt i kap. 12.9. forudset i traktatens art. 115, der

11. Se sag 70/77 Simmenthal.

12. Ifølge artikel 10, stk. 1 forstås »ved varer, som frit kan omsættes i en Medlemsstat, ... sådanne fra tredjeland hidrørende varer, for hvilke de af vedkommende Medlemsstat foreskrevne formaliteter i forbindelse med indførselen er blevet opfyldt, og for hvilke denne Medlemsstat har opkrævet gældende told og afgifter med tilsvarende virkning, og for hvilke disse told- og afgiftsbeløb ikke er blevet helt eller delvis godtgjort«.

13. Se sag 119/78 Distilleries Peureux. Nogle noget uheldigt formulerede præmisser i sagerne 51, 86 og 96/75 EMI, om betydningen af art. 9, stk. 2, og art. 10 kunne opfattes som udtryk for det modsatte resultat. Se herom Winkel, »Die Grundsätze des freien Warenverkehrs im Verhältnis zu Drittländern«, *NJW* 1977 s. 1993.

giver Kommissionen mulighed for at bemyndige medlemsstaterne til at træffe de nødvendige beskyttelsesforanstaltninger, »for at sikre, at gennemførelsen af de handelspolitiske foranstaltninger, som medlemsstaterne har truffet i overensstemmelse med denne traktat, ikke hindres af omlægninger i samhandelen ...«¹⁴. Undtagelser i medfør af art. 115 i forbindelse med kvantitative restriktioner er ikke sjældne.

Tilsvarende problemer kan opstå i forbindelse med FtV. En stat kan være interesseret i at fastsætte særlige mærkningsbestemmelser for importerede varer. Disse mærkningsbestemmelser, antages det af den pågældende stats myndigheder, er i strid med art. 30, men lovlige i forhold til tredjelandsvarer. Myndighederne er for så vidt også indstillet på kun at lade dem gælde i forhold til tredjelandsvarer. Problemet for dem bliver, om de skal acceptere »omgåelsesmulighederne« i forbindelse med import gennem andre medlemsstater, der ikke har indført tilsvarende bestemmelser, eller om de skal søge Kommissionen om at måtte indføre beskyttelsesforanstaltninger efter art. 115. Sådanne beskyttelsesforanstaltninger har hidtil ikke haft praktisk betydning¹⁵.

Eksemplet viser, hvorledes afgrænsningen af forbudet mod FtVs anvendelsesområde, der direkte kun har betydning for samhandelen mellem medlemsstaterne, indirekte også får betydning for medlemsstaternes mulighed for at regulere tredjelandshandelen. Jo videre forbudets anvendelsesområde er, jo mere berøres medlemsstaternes reguleringsmulighed over for tredjelandsvarer.

Til gengæld må man kunne afvise en anden konsekvens af, at tredje-

14. Se om art. 115 sag 29/75 Kaufhof. Se også Michael Lux »Ausschluss von der Gemeinschaftsbehandlung bei Umwegeinführen«, *EuR* 1979 s. 359. Den her skildrede problemstilling illustreres af de nedenfor i kap. 22.2.28 omtalte sager, sag 52/77 Cayrol og sag 179/78 Rivoira, som vedrørte et tilfælde, hvor franske kvantitative restriktioner over for spanske varer blev omgået ved import via Italien, hvor varerne blev bragt i fri omsætning. Da Frankrig ikke havde fået tilladelse efter art. 115, kunne de »spanske« varer frit importeres fra Italien.

15. Se resolution af 21.12.1976 om adgang for varer med oprindelse i tredjelande til at indgå i offentlige indkøbsaftaler i Fællesskabet, *EFT* 1977 C 11/1. Se også Kommissionens sammesteds trykte supplerende erklæring til Rådsprotokollen om anvendelsen af art. 115. Direktivet om offentlige indkøb er omtalt i afsnit 14.10. Man kunne drøfte, om art. 115 i alle tilfælde direkte kan bruges som hjemmel for beskyttelsesforanstaltninger. Bestemmelsen vedrører nemlig alene »medlemsstaternes handelspolitiske foranstaltninger«, og det kan være tvivlsomt, om de her omhandlede nationale foranstaltninger i alle tilfælde kan kvalificeres som handelspolitiske. Der er dog ikke grund til i denne forbindelse at fortolke begrebet »handelspolitiske foranstaltninger« snævert.

landsvarer er kommet i fri omsætning inden for fællesmarkedet. Skulle der efter forbudet mod FtV eksistere en pligt til ved den interne regel-fastsættelse at tage hensyn til særlige forhold gældende i den udenlandske vares oprindelsesland, så kan en sådan pligt ikke gælde for så vidt angår forhold i tredjeland, men alene for forhold i andre medlemsstater. Reglerne om tredjelandsvarer i fri omsætning er givet, ikke for at beskytte disse varer, men alene for at lette de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne. Dette resultat kan støttes på Domstolens afgørelse i sagerne 51, 86, og 96/75 EMI.

14.3. Varebegrebet.

Forbudet gælder principielt for *alle varer*, der er omfattet af traktatens art. 9, stk. 2, d.v.s. varer med oprindelse i medlemsstaterne og varer hidrørende fra tredjelande, »som frit kan omsættes i medlemsstaterne«.

Det følger dog af EØF-traktatens art. 232, at forbudet ikke gælder for varer omfattet af *Kul- og Stålfællesskabstraktaten* og *Euratom-traktaten*. De varer, der er omfattet af disse traktater, er opregnet henholdsvis i art. 81 i EKSF-traktaten og i art. 92 i Euratom-traktaten. Disse to traktater indeholder alene et forbud mod kvantitative restriktioner og nævner ikke FtV, jfr. EKSF-traktaten art. 4a og Euratom-traktaten art. 93.

De særlige regler, der efter EØF-traktatens art. 223 gælder for handel med våben, ammunition og krigsmateriel, og som er omtalt i kap. 12.9., må også nævnes i denne forbindelse.

Det var som nævnt i kap. 12.5. tidligere antaget, at *landbrugsvarer* undergivet en *national markedsordning* ikke var omfattet af forbudet. Domstolen fastslog imidlertid i sag 48/74 Charmasson og har siden fastholdt, at forbudet gjaldt for alle landbrugsvarer efter overgangsperiodens udløb. For de fleste af de landbrugsvarer, der var omfattet af de fælles landbrugsmarkedsordninger, var forbudet gennemført allerede inden overgangsperiodens udløb ved hjælp af særlige bestemmelser herom i markedsforordningerne. Disse særlige bestemmelser gentages ikke i de markedsforordninger, der vedtages efter overgangsperiodens udløb. Forbudene i art. 30 og art. 34 gælder efter denne dato også direkte for disse varer. Dette fremgår bl.a. af dom i sag 83/78 Pigs Marketing Board, navnlig præmis 54, hvorefter årsagen alene er teknisk, nemlig ønsket om at undgå overflødige gentagelser i markedsforordningerne af traktatens umiddelbart anvendelige bestemmelser.

Forbudet gælder *kun varer*.

Denne begrænsning betyder ikke, at forbudet alene vedrører foran-

staltninger, der *direkte* regulerer varebevægelser. Det omfatter også *indirekte* reguleringer af varebevægelserne¹⁶.

Domstolen har positivt defineret varer som produkter, der kan vær-
diansættes, og som i sig selv kan være genstand for kommercielle transak-
tioner¹⁷. Som varer omfattes også elektricitet, gas og vand¹⁸.

Varebegrebets afgrænsning giver normalt ingen problemer. Det er
kun i undtagelsestilfælde, at man må overveje, om en bestemt national
foranstaltning er omfattet af traktatens regler om varebevægelser eller
af reglerne om tjenesteydelser, kapital og lignende. Til gengæld kan i
disse tilfælde resultatet af overvejelserne være betydningsfuldt, fordi
traktatens regler ikke er identiske.

Afgrænsningsproblemerne har været fremme i enkelte af Domstolens sager.
Dette gælder f.eks. sag 155/73 Sacchi, der vedrørte lovligheden af det italienske
fjernsynsmonopol, se kap. 22.2.5. Vigtigt for sagens udfald var, om fjernsynsud-
sendelser kunne betragtes som varer i traktatens forstand, eller om de måtte be-
trages som tjenesteydelser. Domstolen fastslog, at en fjernsynsudsendelse efter
sin natur må betragtes som en tjenesteydelse. Den nævnte dog også, at det ikke er
udelukket, at »ydelse, der normalt udføres imod betaling, kan falde ind under
bestemmelserne om de frie varebevægelser«, men at dette, som det fremgår af
traktatens art. 60, forudsætter en udtrykkelig bestemmelse herom.

Dommen i sag 7/78 Thompson viser nogle specielle problemer vedrørende af-
grænsningen af forbudet mod FtV over for traktatens regler om kapital- og be-
talingsmiddelbevægelserne i art. 67 og art. 106. Der var rejst straffesag i England
for ulovlig import og eksport af dels sydafrikanske guldmønter, de såkaldte kru-
gerrands, der i princippet er lovligt betalingsmiddel, men som i praksis reelt kun
har interesse som investeringsobjekt, og dels engelske sølvmonter fra før 1947,
hvoraf nogle stadig anses som lovligt betalingsmiddel og andre ikke, men som i
alle tilfælde har størst interesse, fordi deres sølvværdi er væsentligt større end
deres pålydende. Vigtigt for sagens afgørelse var, om mønterne blev kvalificeret

16. Se navnlig kap. 24.2.3. og kap. 26.6. En tilsvarende problemstilling forelå i den dom i
sag 20/76 Schötlle vedrørende lovligheden af en tysk transportafgift, hvor Domstolen
fastslog, at art. 95's forbud mod diskriminerende afgifter, »der pålægges *varer* fra an-
dre medlemsstater« skal »fortolkes vidt og også kan omfatte en afgift, der som den ty-
ske direkte påhviler transportvirksomheder under hensyn til den tilbagelagte trans-
portstrækning«, d.v.s. afgifter, der påhviler *tjenesteydelser* og kun indirekte varer.

17. Se sag 7/68 Kommissionen mod Italien, der vedrørte lovligheden af en eksportafgift for
kunst- og lignende genstande.

18. Se sag 6/64 Costa-Enel, der vedrørte spørgsmålet om lovligheden bl.a. efter art. 30 af
nationalisering af den italienske elektricitetsindustri.

som varer, kapital eller betalingsmidler. Selv om det ud fra de tiltaltes anvendelse af mønterne var nærliggende at betragte de fleste af de i sagen omhandlede transaktioner som varetransaktioner, fandt Domstolen, dog under en vis tvivl, at guld- og sølvmønterne, der fortsat var lovligt betalingsmiddel, ikke var omfattet af forbudet mod FtV¹⁹.

Det almindelige program om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser, punkt III B²⁰, bestemmer, at varer, der af en tjenesteyder medbringes over grænsen som nødvendige for at udføre tjenesteydelser, skal behandles efter tjenesteydelsesreglerne. Dette kan synes en logisk ordning. Tjenesteydelser og de varer, der skal bruges i forbindelse med tjenesteydelsen, skal behandles ens. Reglen har da næppe heller givet praktiske problemer. Men skulle det vise sig, at der var behov for selvstændig brug af forbudet mod FtV i disse situationer, vil Domstolen givet ikke føle sig bundet af bestemmelsen i det almindelige program.

14.4. De forbudte foranstaltninger

Forbudet omfatter foranstaltninger, der er defineret *gennem deres til kvantitative restriktioner svarende virkninger*. De forbudte foranstaltninger er på denne måde *positivt* afgrænset over for foranstaltninger, der ikke er ulovlige efter traktaten. Det nærmere indhold af denne afgrænsning vil blive undersøgt i kap. 18-26.

Det har været antaget, at forbudet mod FtV *negativt* kan afgrænses derved, at det ikke omfatter *foranstaltninger, der er omfattet af andre af traktatens forbudsbestemmelser*. Disse betragtes som specialforbud i forhold til det almindelige eller residuelle i art. 30 og 34²¹.

Dette udgangspunkt er for så vidt bekræftet af Domstolen, vel nok klarer i sag 74/76 Ianelli, der vedrørte forholdet mellem statsstøttere reglerne og forbudet mod FtV²². Domstolen fremhævede forbudets »udstrakte an-

19. De engelske import- og eksportrestriktioner blev for så vidt angår de mønter, der ikke var lovligt betalingsmiddel, fundet retfærdiggjort efter art. 36, se afsnit 14.11. Sagen er omtalt i kap. 22.2.33. For en kritisk analyse af dommen, se Christopher Prout, *ELR* 1979 s. 187.

20. Se *EF-Karnov*, s. 302, og Boye Jacobsens kommentar hertil s. 270.

21. Se bl.a. herom Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 258. Synspunktet finder udtryk i de sidste afsnit i præamblen til det i kap. 20.2. omtalte Kommissionsdirektiv 70/50.

22. Udgangspunktet havde tidligere for så vidt angår afgrænsningen mellem art. 30 og art. 12 om told og toldlignende afgifter fundet udtryk i sag 7/68 Kommissionen mod Italien og for så vidt angår afgrænsningen mellem art. 30 og art. 95 om diskriminerende interne afgifter i sag 27/67 Fink Frucht.

vendelsesområde«, men også at det ikke omfatter hindringer, som er behandlet i andre særlige bestemmelser i traktaten. Den begrundede dette med, at de forskellige bestemmelsers anvendelsesområde må fastlægges ud fra deres »eget formål inden for traktatens samlede målsætninger«, og at deres virkninger kan være af forskellig art. Men samtidig tog Domstolen et forbehold, der gør værdien af det fastslåede udgangspunkt noget tvivlsomt. Forbeholdet vedrørte »tilfælde, som samtidig kan være omfattet af to eller flere fællesskabsretlige bestemmelser«.

Tvivlen bør dog næppe overdrives. Domstolens udgangspunkt er vigtigere end dens forbehold. Er en foranstaltning omfattet af f.eks. reglerne om afgifter med tilsvarende virkning som told eller diskriminerende interne afgifter, er den ikke omfattet af reglerne om FtV.

Domstolens forbehold har først og fremmest betydning i den situation, hvor der i »én foranstaltning« indgår flere elementer af forskellig karakter. Dette kan ikke mindst tænkes i forbindelse med statsstøtte. Afgrænsningen af statsstøttere reglerne over for forbudet mod FtV vil i praksis utvivlsomt vise sig at være det vanskeligste problem. Dette skyldes, at både statsstøttebegrebet og begrebet FtV er meget omfattende og ubestemte. Betydningen af begrænsningen understreges af, at retsvirkningerne af de to regelsæt er forskellige. Statsstøttere reglerne er ikke umiddelbart anvendelige, medens forbudet mod FtV er. Hertil kommer, at en statsstøtteforanstaltning kan være godkendt af Kommissionen udtrykkeligt eller stiltiende, medens en FtV er ulovlig, medmindre den er omfattet af art. 36 eller er blevet godkendt med hjemmel i en af sikkerhedsklausulerne.

Dette afgrænsningsproblem blev berørt i Ianellisagen. Spørgsmålet var, om statsstøttere reglerne eller reglerne om FtV eller eventuelt begge regelsæt skulle finde anvendelse på en italiensk støtteordning til papirproduktion m.v. Støtten blev finansieret gennem en afgift opkrævet hos forbrugerne af papir.

Domstolen fastslog følgende:

For det første: Det kan meget vel tænkes, at en støtteordning indeholder elementer, der er i strid med andre traktatbestemmelser end art. 92.

For det andet: Hvis et sådant element kan isoleres fra støtteordningen som sådan, d.v.s. at støtteordningen kan eksistere uden det pågældende element, så kan de interesserede virksomheder for nationale domstole gøre gældende, at dette element strider mod den pågældende bestemmelse i traktaten.

For det tredje: Ulovligheden af et sådant element kan dog aldrig betyde ugyldigheden af støtteordningen i dens helhed.

For det fjerde: Det er de nationale domstole, der må tage stilling til, om det pågældende element kan isoleres²³.

Dette resultat, der må accepteres som logisk, må navnlig ses på baggrund af den manglende umiddelbare anvendelighed af statsstøtterege-
lerne. Ulemperne heraf begrænses, når det tillades, at statsstøtteordnin-
gernes enkelte elementer opsplittes, hvis det er muligt, og i givet fald be-
dømmes på grundlag af traktatens umiddelbart anvendelige forbudsbe-
stemmelser²⁴.

14.5. De påtalebrettigede eller reglernes umiddelbare anvendelighed.

Art. 30 og art. 34, og dermed undtagelsesbestemmelsen i art. 36, er efter overgangsperiodens udløb *umiddelbart anvendelige*²⁵. Dette har været almindeligt antaget og er nu udtrykkeligt fastslået af Domstolen i sag 74/76 Ianelli, hvorefter forbudet i art. 30 »er bindende og udtrykkeligt, og dets gennemførelse kræver intet yderligere indgreb fra medlemsstaterne eller fællesskabsmyndighederne; forbudet har således direkte virkning og afføder rettigheder for de retsundergivne, som de nationale retsinstanser skal beskytte«. Den nærmere betydning heraf vil blive drøftet i kap. 15 og 16.

23. Kommissionen har i en beslutning af 2/5 1979 om lovligheden af en britisk rentetilskuds-
ordning til fordel for den britiske off-shore industri (bygning af boreplatforme m.v.)
brugt både art. 92 og art. 30 (*EFT L 127/50*). Kommissionen fandt støtteordningen i
strid med art. 92, men lagde samtidig til grund, at »den manglende støtte til kompen-
ter indført fra de øvrige medlemsstater«, var en FtV i strid med art. 30, og tilføjede:
»Denne synsvinkel er et yderligere element til støtte for den antagelse, at den i denne
beslutning omhandlede støtte ikke er forenelig med det fælles marked; det er derfor
ikke nødvendigt isoleret at gøre ansvar gældende i anledning af dette støtteelement«.
Kommissionen må være gået ud fra, at det pågældende element kunne isoleres fra støt-
teordningen som helhed, hvilket var diskutabelt ud fra de foreliggende oplysninger, og
at elementet under alle omstændigheder kunne bedømmes også efter art. 92, hvad
utvivlsomt er rigtigt, også efter Domstolens praksis.

24. Se om andre afgrænsningsproblemer, sag 148/77 Hansen, art. 92 over for art. 95, og
sag 91/78 Hansen, art. 92 over for art. 37.

25. I sag 13/68 Salgoil fandt Domstolen, at stand-still bestemmelserne var umiddelbart an-
vendelige i overgangsperioden. Forbudet mod før traktatens ikrafttræden eksiste-
rende FtV blev derimod først umiddelbart anvendeligt efter overgangsperiodens op-
hør.

14.6. De forpligtede efter art. 30 og art. 34.

Det har været og er stadig den herskende opfattelse, at forbudet mod FtV alene forpligter offentlige myndigheder. Den nærmere afgrænsning af kredsen af forpligtede, herunder om forbudet også omfatter privates handlinger, udskydes til behandling i kap. 15 og 17.

14.7. De forbudte foranstaltningers form²⁶

Traktatens bestemmelser om forbudet mod FtV indeholder intet, der udtrykkeligt kan tages til indtægt for, at alene bestemte former for offentlige myndigheders handlinger er omfattede af forbudet.

Det afgørende er, at der foreligger en »foranstaltning«, – et begreb, der i alle sproglige versioner er neutralt²⁷ – og at denne har en virkning svarende til en kvantitativ restriktion. Man ser ikke på formen, men på virkningen. Kan en offentlig foranstaltning have handelshindrende virkninger, kan den også være omfattet af forbudet. Udgangspunktet må derfor være, at såvel bindende som ikke bindende foranstaltninger og såvel handlinger som undladelser *kan* være omfattede af forbudet.

Dette er formentlig også i alt væsentligt i overensstemmelse med Kommissionens opfattelse, således som den har fundet udtryk i det i kap. 20 omtalte direktiv 70/50. Det siges i direktivets præambel, at man ved *foranstaltninger i henhold til art. 30* forstår:

1. administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, altså *generelle regler*,
2. *administrativ praksis*, og
3. enhver handling udgået fra en offentlig myndighed, herunder *tilskyndelser*.

Det tilføjes, at man ved administrativ praksis skal forstå enhver handling fra en offentlig myndighed, som efterkommes ensartet og regelmæssigt, og at man ved tilskyndelser skal forstå enhver handling udgået fra en offentlig myndighed, som uden at binde dens modtager juridisk foranlediger, at denne indtager en bestemt holdning²⁸.

26. Her drøftes alene offentlige myndigheders foranstaltninger.

27. Massnahmen, mesures, mesures, misura og maatregelen.

28. Medtagelsen af tilskyndelser, hvis begrundelse omtales af R.C. Béraud i »Les mesures d'effet équivalent«, RTDE 1968 s. 279, må ikke undervurderes, selv om også de kon-

Det er imidlertid ikke sikkert, om det også er Kommissionens opfattelse, at enkeltstående foranstaltninger er omfattet af forbudet. Dette spørgsmål vil blive undersøgt i næste afsnit.

14.8. Sondringen »generelle/konkrete foranstaltninger«.

Det har været gjort gældende, at forbudet mod FtV alene omfatter »handling eller tilskyndelser, der vedrører en flerhed af sagsforhold« og ikke enkeltstående foranstaltninger²⁹.

Denne fortolkning synes at være lagt til grund i Kommissionens direktiv 70/32, der som de øvrige Kommissionsdirektiver omtales i afsnit 14.10. Det synes af direktivet at fremgå, at alene generelle regler eller en »ensartet og regelmæssigt fulgt« forvaltningspraksis er omfattet. Det er tvivlsomt, hvilken opfattelse der er lagt til grund i direktiv 70/50. Dette omfatter som nævnt foruden generelle regler også administrativ praksis og »enhver handling udgået fra en offentlig myndighed«³⁰.

Ehlermann, den nuværende chef for Kommissionens juridiske tjeneste, fremfører som argument for denne snævre fortolkning, at art. 33, stk. 7, forudsætter en »afvikling« af de forbudte foranstaltninger, og at en »afvikling« alene kan ske for sådanne retsakter, der regulerer en flerhed af sagsforhold. Han henviser til, at afgørelser af enkelttilfælde eventuelt kan være omfattet af diskriminationsfor-

krete udslag af tilskyndelsen i form af konkrete forvaltningsakter og offentlige indkøb er omfattede af forbudet. Den bevismæssige og psykologiske betydning af, at selve opfordringen, f.eks. til kun at købe nationale varer, er forbudt, er tilstrækkelig forklaring på medtagelsen.

29. Dette gælder Ehlermann i *Kommentar zum EWG Vertrag* s. 256, og *Handbuch A43* s. 13. På linie hermed Dietrich Ehle, »Massnahmen gleicher Wirkung«, *AWD* 1967 s. 455. Modsat standpunkt indtages af Graf, *Massnahmen gleicher Wirkung* s. 137 og Martin Seidel, »Der EWG-rechtliche Begriff«, *NJW* 1967 s. 2083.

Terminologien giver vanskeligheder. Man kan ikke blot bruge sondringen »generelle forskrifter/konkrete forvaltningsakter«. Dette skyldes for det første, at offentlige myndigheders privatretlige dispositioner, i praksis navnlig offentlige indkøb, som det vil fremgå af kap. 17.1.2., er omfattet, og for det andet, at administrativ praksis, d.v.s. forvaltningens ensartede, regelmæssige handlemåde, i denne forbindelse betragtes som en handling, der vedrører en flerhed af sagsforhold.

Selv om dette afsnit i første række vedrører retsakter, finder det principielt også anvendelse på faktiske handlinger.

30. Kommissionen synes i det i kap. 20.3.2. nævnte svar vedrørende lovligheden af luxembourgske prisregler at være gået ud fra, at også enkeltstående foranstaltninger kan være omfattet af forbudet.

budet i art. 7. Dette argument er ikke overbevisende. Det er klart, at den i art. 33 forudsatte gradvise afvikling af eksisterende FtV alene kan rette sig mod generelle reguleringer. Enkeltstående FtV kan ikke afvikles. De har heller ikke afvikling behov. De vil nemlig som enkeltstående være omfattet af de direkte anvendelige stand-still-bestemmelser i art. 31 og art. 32 og dermed uden videre være forbudte.

Der kan næppe anføres holdbare argumenter for den snævre fortolkning af forbudsbestemmelserne. Som anført i afsnit 14.7. taler bestemmelsernes ordlyd snarere for den videregående fortolkning, og formålsbetragtninger gør det i hvert fald.

Domstolens afgørelse i sag 155/73 Sacchi vedrørende lovligheden af det italienske fjernsynsmonopol kan da også anføres til støtte for den udvidende fortolkning. Den accepterede nemlig uden videre, at forbudet også var anvendeligt på offentlige virksomheders indkøb, altså hvad der i denne forbindelse må betegnes som enkeltstående foranstaltninger³¹.

Noget andet er, at spørgsmålet kan forekomme at være noget upraktisk. Forvaltningsakter vil have hjemmel i generelle retsakter, og disse vil i sig selv stride mod forbudet mod FtV, hvis de giver hjemmel for forvaltningsakter, der strider mod forbudet. Det vil i alle disse praktiske tilfælde være tilstrækkeligt, at forbudet omfatter generelle retsakter, og det vil også være mest hensigtsmæssigt at koncentrere spørgsmålet om lovligheden af den generelle retsakt. Dette gælder i hvert fald, hvis den generelle retsakt ikke åbner andre muligheder for myndighederne end udstedelse af en mod forbudet stridende forvaltningsakt (altså lovbundne forvaltningsakter). Hvis den generelle retsakt giver den pågældende forvaltningsmyndighed et helt eller delvis frit skøn, er resultatet knap så klart. Det vil dog også i disse tilfælde være mest hensigtsmæssigt under en eventuel retssag at få fastslået, at den generelle retsakt er ulovlig i det omfang, den indeholder hjemmel for udstedelsen af forvaltningsakter, der strider mod art. 30. Formålet med retssagen vil være at få fastslået, at *myndighedernes frie skøn er begrænset ved eksistensen af det umiddelbart anvendelige forbud mod FtV*.

Der findes dog også tilfælde, hvor der kan være praktisk behov for ikke at udelukke enkeltstående foranstaltninger fra forbudets anvendelsesområde. Dette

31. Et tilsvarende problem blev rejst af en fransk domstol i relation til diskriminationsforbudet i art. 48. EF-domstolen besvarede i sag 36/75 Rutili spørgsmålet således: »Det er også de nationale domsmyndigheders opgave at efterprøve individuelle beslutningers overensstemmelse med de relevante fællesskabsbestemmelser i traktaten og den afledte ret, der har til formål at regulere retsstillingen for private eller at sikre disses beskyttelse«.

skyldes bl.a., at lovgivningsmagten er bundet af bestemmelsen, herunder når den gennem lovgivning regulerer enkeltstående spørgsmål³². Det ville ikke i forhold til lovgiver være naturligt at sige, at den i grundloven indeholdte lovgivningskompetence er begrænset af forbudet mod FtV, og at loven derfor allerede er ulovlig, fordi den mangler hjemmel i grundloven. På samme måde vil det være naturligt at sige, at regeringens eller den udøvende magts grundlovsumiddelbare kompetencer er begrænsede af forbudet. Også i disse tilfælde vil det være mere naturligt at bedømme den enkelte handlings lovlighed ud fra art. 30. Denne diskussion kan måske forekomme akademisk for Danmarks vedkommende. Men det må erindres, at den udøvende magts grundlovsumiddelbare kompetencer kan være mere vidtgående i andre lande. Dette gælder f.eks. i Frankrig³³.

Det her hævdede resultat udelukker selvsagt ikke, at det kan have stor praktisk betydning, navnlig i bevismæssig henseende, om forbudet anvendes over for »generelle« eller enkeltstående foranstaltninger. Det kan f.eks. være umuligt på grundlag af den enkelte forvaltningsakt at bevise diskrimination, medens bevisproblemet ikke giver eller giver mindre vanskeligheder, hvis diskriminationen fremgår af en generel retsakt eller, hvis der kan henvises til en fast praksis³⁴.

14.9. Undladelser som FtV.

Offentlige myndigheders undladelser kan være omfattet af forbudet mod FtV³⁵. Et modsat resultat kan ikke udledes af ordet »foranstaltninger«.

Man kan tænke sig, at undladelser i forbindelse med myndigheders administration af godkendelsesordninger kan være foranstaltninger i art. 30's forstand, f.eks. en undladelse af at udstede godkendelser af udenlandske varer, som udstedes for tilsvarende indenlandske varer. Myndighedernes undladelse af positivt at bidrage til en hurtig gennemførelse af toldformaliteter kan også være i strid med forbudet mod FtV. Det er ikke afgørende, om man kvalificerer foranstaltninger som positiv handling eller undladelse. Det afgørende er, om de har handelshindrende virkninger.

Det er derimod tvivlsomt, om myndighedernes manglende indgreb over for

32. Se om Folketingets kompetence til at lovgive om enkeltstående forhold, Ross, *Statsret* s. 365.

33. Se om kompetencefordelingen mellem nationalforsamlingen og den udøvende magt i Frankrig, Marcel Prélôt, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 4. udg., Dalloz, Paris 1969, bl.a. s. 775 ff.

34. Om sontringens betydning se også kap. 26.12.

35. Se A. Mattera i *RMC* 1976, s. 505, der dog blot konstaterer dette faktum uden at give eksempler. Sådanne kendes heller ikke fra Domstolens praksis.

privates handelshindrende foranstaltninger er omfattet af forbudet. En sådan fortolkning af traktaten er vanskeligt forenelig med ordlyden, selv set på baggrund af den i traktatens art. 5 forudsatte pligt for staterne til positivt at træffe foranstaltninger, der er egnede til at sikre opfyldelsen af deres traktatmæssige forpligtelser. Art. 5 kan efter sin ordlyd kun bruges til at understrege forpligtelser, for hvis eksistens der findes holdepunkt i traktatens øvrige regler eller i principper, der kan udledes af traktatens almindelige system³⁶. Pligt til at hindre privates handelshindringer kan ikke udledes af forbudsbestemmelserne, hvis disse ikke også direkte forpligter private. Resultatet bliver mere usikkert, hvis undersøgelserne i kap. 17.4. viser, at forbudet mod FtV også indeholder pligter direkte over for private. Udgangspunktet må dog også i denne situation være, at forbudet, selv sammenholdt med art. 5, ikke omfatter en pligt for myndighederne til positivt at forhindre privates traktatstridige handlinger.

14.10. Kommissionens direktiver om afskaffelse af FtV.

Kommissionen havde som nævnt i afsnit 14.1. i overgangsperioden hjemmel til at udstede direktiver vedrørende afskaffelse af eksisterende FtV. Den benyttede hjemlen til at udstede 5 direktiver.

Det første fra 1964 var rettet til Tyskland og vedrørte en særlig tysk indførselsordning for kartofler, hvorefter indførsel ikke måtte ske en del af året, og resten af året kun i begrænsede mængder³⁷. De to næste direktiver blev udstedt i november 1966. De var rettede til samtlige medlemsstater og indeholdt forbud dels mod at betinge import af samtidig eksport, køb eller lignende af indenlandske varer og dels mod foranstaltninger, der forbød anvendelsen af en udenlandsk vare, eller som gjorde andre begunstigelser end statsstøtte afhængige af anvendelsen af en indenlandsk vare³⁸.

De to sidste direktiver blev udstedt den 17.12.1969 og den 22.12.1969. Det drejer sig om direktiv 70/32 om levering af varer til staten, dens lokale organer og de øvrige offentligretlige personer³⁹ og om direktiv 70/50 om afskaffelse af foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, der ikke omfattes af andre bestemmelser truffet i medfør af EØF-traktaten⁴⁰.

36. Se sag 78/70 Deutsche Grammophon.

37. *J.O.* 1964, s. 2253.

38. *J.O.* 1966, s. 3745 og s. 3748.

39. *EFT spec.* 1970 (1) s. 10 og *EF-Karnov* s. 138.

40. *EFT spec.* 1970 (1), s. 10 og *EF-Karnov* s. 138. Direktivet er medtaget som bilag til denne afhandling.

Direktivernes retsvirkninger ophørte ved overgangsperiodens udløb⁴¹. Lovligheden af FtV må principielt efter dette tidspunkt bedømmes på grundlag af traktatens umiddelbart anvendelige bestemmelser, og Domstolen er ikke ved fortolkningen af disse bestemmelser bundet af den retsopfattelse, der er kommet til udtryk i direktiverne. Herom er der ingen tvivl⁴².

Men direktiverne har fortsat betydning på grund af de bidrag til fortolkningen af forbudet mod FtV, de indeholder. Den retsopfattelse, Kommissionen har lagt til grund i sine direktiver, bl.a. på grundlag af de praktiske erfaringer, administrationen af bestemmelserne havde givet den, må nødvendigvis tillægges vægt. Dette bestyrkes også af det forhold, at Kommissionens retsopfattelse tilsyneladende er blevet accepteret af medlemsstaterne. Direktiv 70/50 ses da også hyppigt ikke alene påberåbt over for Domstolen, men også brugt af Domstolen i dens domspræmisser⁴³.

De tre første direktiver vedrører klare tilfælde af åbenlys diskrimination over for udenlandske varer.

Direktiv 70/50 skal ikke omtales på dette sted. Kommissionen ønskede i direktivet på så udtømmende måde som muligt at give udtryk for, hvilke foranstaltninger der ville være omfattet af forbudet, når det blev umiddelbart anvendeligt den 1.1.1970. Direktivet kan og vil derfor danne grundlag for den undersøgelse af Kommissionens opfattelse af begrebet FtV, som vil blive foretaget i kap. 20.

Direktiv 70/32 om levering af varer til det offentlige vedrører et overordentlig betydningsfuldt område og samtidig et område, der er meget vanskeligt at regulere på en effektiv måde. Håndhævelsen af et princip om lige behandling af indenlandske og udenlandske varer i forbindelse med det offentlige indkøb er vanskelig, både fordi princippet vil være i

41. Der er i dag, 9 år efter ophøret af overgangsperioden for de gamle medlemsstater og 4 år efter ophøret af denne for de nye medlemsstater, ikke tilstrækkelig grund til at drøfte direktivernes retsvirkninger i overgangsperioden.

42. At direktiverne ikke indeholder en bindende fortolkning af traktatens bestemmelser, viste sig allerede i en af de første domme, hvor Domstolen tog stilling til forbudet mod FtV. Kommissionen havde i direktiv 70/50 givet udtryk for, at rene formaliteter i forbindelse med import som f.eks. indførselslicenser, der automatisk blev udstedt efter ansøgning, ikke var FtV. Se om dommen kap. 22.2.3.

43. Domstolens brug af direktiv 70/50 behandles nærmere i kap. 24.10.

strid med myndighedernes naturlige tendens til at støtte indenlandsk produktion, og fordi overtrædelser kan være umulige at bevise⁴⁴.

Direktivets indhold er ikke i sig selv af særlig betydning for denne afhandlings formål. Det er derimod af interesse, at direktivet er blevet suppleret med *Rådskonferens 77/62 af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb*⁴⁵.

Direktiv 77/62 er begrundet med en henvisning til, at forbudet i art. 30 ff mod »begrænsninger i de frie varebevægelser i forbindelse med offentlige indkøb« »bør suppleres med en samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, hvorved de gennem indførelse af lige vilkår for deltagelse i disse indkøbsaftaler i alle medlemslandene sikres en gennemskuelighed, der tillader en bedre overvågning af, at dette forbud overholdes«. Dette direktiv er således udtryk for en erkendelse af, at forbud mod FtV i forbindelse med offentlige indkøb ikke har slagkraft uden supplerende regler⁴⁶. Man har vedtaget harmoniserede procedurer, hvis iagttagelse skal hindre, at overtrædelser af traktaten sker, for begåede overtrædelser er både vanskeligt beviselige og vanskelige at sanktionere⁴⁷.

44. Det er da også betegnende, at man har ment at kunne konstatere mangel på reel opfyldelse af det nedenfor omtalte direktiv 77/62 om offentlige indkøb. De fleste regeringer har været tøvende med at opfylde det, og industrien hævdes at være indifferent, se Gillman »A tender Offer shunned«, *Vision*, Geneve No. 101/1979, s. 27.

45. *EFT L* 1977 13/1 og *EF-Karnov* s. 141.

46. En tilsvarende problemstilling findes i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter. Disse kontrakter er omfattet af traktatens regler om fri udveksling af tjenesteydelser. Traktatens regler er også for disse kontrakter suppleret med et Rådskonferens, nemlig direktiv 71/305 af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige anlægs- og byggekontrakter, *EFT spec.* 1971 (II) s. 613 og *EF-Karnov* s. 316.

47. Direktivet pålægger de ordregivende myndigheder en række pligter, navnlig vedrørende:

- de tekniske specifikationer for den pågældende kontrakt.
- offentliggørelse på fællesskabsplan, d.v.s. i De europæiske Fællesskabers Tidende, af udbudsbekendtgørelser m.v.
- iagttagelse af fælles regler om de ordregivendes efterprøvelse af de tilbudsgivendes økonomiske, finansielle og tekniske formåen.
- iagttagelse af fælles regler i forbindelse med selve tildelingen af ordrer.

14.11. De i art. 36 forudsætte undtagelser fra forbudet mod FtV.

Art. 36 undtager fra art. 30's og art. 34's anvendelsesområder *enhver handelshindring*, der er retfærdiggjort af et af de hensyn, som opregnes i bestemmelsen⁴⁸.

Art. 36 kan til gengæld efter fast Domstolspraksis⁴⁹ ikke bruges som hjemmel for undtagelser fra traktatens øvrige handelshindringsforbud⁵⁰.

Art. 36 udelukker ikke, at EF-institutionerne kan fastsætte regler inden for de af art. 36 omfattede områder. Tværtimod vedrører den største del af Rådets harmoniseringsdirektiver efter art. 100 netop disse områder. Harmoniseringsdirektivernes formål vil som oftest netop være at ophæve nødvendigheden af art. 36's anvendelse. Udstedelsen af harmoniseringsdirektiver indebærer da også, at medlemsstaterne ikke længere på det af direktivet dækkede område kan påberåbe sig art. 36. Anvendelsen er ikke længere »retfærdiggjort«; de nødvendige beskyttelsesforanstaltninger skal træffes, og den nødvendige kontrol skal foregå inden for direktivets rammer.⁵¹

Art. 36 skal fortolkes restriktivt. Dette er som nævnt i kap. 13 i overensstemmelse med Domstolens faste praksis vedrørende fortolkningen af de bestemmelser, der hjemler undtagelse fra traktatens grundlæggende regler⁵².

Tilladelige er sådanne foranstaltninger, der ellers ville falde ind under

48. Herom er der enighed, selv om det hævdes, at ordlyden af art. 36, der kun omtaler »forbud og restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit«, skulle kunne give anledning til tvivl, om undtagelserne også gælder for FtV, se herom f.eks. Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 287. Der kan vedr. art. 36 navnlig henvises til Claus-Dieter Ehlermanns behandling i »Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs«, *EuR* 1973 s. 1.

49. Se sag 7/68 Kommissionen mod Italien, og sag 29/72 Marimex.

50. Art. 36 kan dog også anvendes i forhold til art. 37's bestemmelser om statslige handelsmonopoler, i det omfang disse supplerer art. 30 og 34.

51. Se sag 35/76 Simmenthal, sag 5/77 Denkavit og sag 148/78 Ratti.

52. Domstolens første principielle afgørelse er dommen i sag 7/68 Kommissionen mod Italien. Sagen vedrørte spørgsmålet, om en italiensk afgift ved eksport af kunstgenstande stred mod forbudet i art. 16 mod eksporttold og tilsvarende afgifter. Domstolen udtalte bl.a.: »Bestemmelserne i afsnit I i traktatens anden del indfører *det fundamentale princip, at alle hindringer for de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne skal fjernes ved ophævelse dels af told og afgifter med tilsvarende virkning, dels af kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning. Undtagelser fra dette fundamentale princip skal fortolkes snævert.*« (Her fremhævet).

art. 30 og 34, når de »er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed, beskyttelse af planter, beskyttelse af nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi, eller beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret«. Der gælder imidlertid *den undtagelse fra disse undtagelser*, at de pågældende foranstaltninger »hverken må udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«.

Domstolen har for så vidt angår *anvendelsesområdet for de enkelte hensyn* fastslået, at art. 36 i modsætning til den generelle sikkerhedsklausul i art. 226 alene omfatter »forhold af ikke-økonomisk karakter«⁵³. Denne begrænsning kan naturligvis i sig selv give anledning til fortolkningsproblemer, ikke mindst i forbindelse med hensynet til »den industrielle og kommercielle ejendomsret«. Men den angiver en tendens. Medlemsstaterne skal ikke påregne nogen forståelse, såfremt de ønsker at påberåbe art. 36 som retfærdiggørelse for foranstaltninger, hvis formål i det væsentlige er af økonomisk karakter⁵⁴.

Kommissionen gjorde i sag 7/78 Thompson vedrørende de britiske mønhandelsrestriktioner gældende, at art. 36 ikke kan anvendes i tilfælde, der er omfattet af en af traktatens sikkerhedsklausuler⁵⁵. Generaladvokat Mayras accepterede dette. Der henvistes til, at disse bestemmelser forudsætter en særlig enten forudgående eller efterfølgende procedure, som medlemsstaten skal iagttage i forbindelse med iværksættelsen af foranstaltningen. Domstolen tog ikke stilling hertil.

Problemet er ikke praktisk, allerede fordi hovedparten af sikkerhedsklausulerne vedrører økonomiske hensyn. Det er i det hele vanskeligt at forestille sig situationer, hvor man med rimelighed kan begynde at overveje samtidig anvendelse af en af sikkerhedsklausulerne og art. 36. Skulle en sådan situation foreligge, er det vanskeligt forståeligt, at man mellem to undtagelsesbestemmelser

53. Se sag 7/61 Kommissionen mod Italien.

54. Den i afsnit 14.3. og kap. 22.2.33. omtalte sag 7/78 Thompson indeholder en række synspunkter om forståelsen af dette spørgsmål, både i parternes og i generaladvokatens forslag til afgørelse, men ikke i præmisserne.

Det hævdes i kap. 26.2., at det ikke kan være rigtigt generelt at afvise, at økonomiske hensyn kan retfærdiggøre handelshindrende foranstaltninger. Domstolen har formentlig også i den i teksten citerede præmis først og fremmest blot villet fastslå, at de i art. 36 nævnte hensyn rent faktisk er »ikke-økonomiske hensyn«.

55. Om disse, se kap. 12.9.

skulle vælge den snævreste. Sikkerhedsklausulerne kan ikke opfattes som *lex specialis* i forhold til art. 36.

Den endelige fastlæggelse af anvendelsesområdet for de enkelte hensyn foretages af EF-Domstolen. Denne opgave kan ikke overlades de enkelte medlemsstater. Dette udelukker dog ikke, at Domstolen kan fortolke bestemmelsen, således at der overlades medlemsstaterne et skøn inden for de af Domstolen afstukne rammer⁵⁶.

Anvendelsesområdet for de enkelte hensyn vil blive belyst ved den gennemgang af Domstolens domme vedrørende forbudet mod FtV, der foretages nedenfor i kap. 22.2. og kap. 24.5. Yderligere forsøg på mere generelt at afgrænse de af art. 36. omfattede hensyn skal ikke gøres her. Det er ikke alene en vanskelig opgave⁵⁷, men også en opgave af tvivlsom relevans. En præcis afgrænsning har næppe noget selvstændigt retligt formål. Dette skyldes to forhold. For det første, at man, som det navnlig vil blive påvist i kap. 25 og kap. 26, nødvendigvis må acceptere, at også andre hensyn end de i art. 36 nævnte kan retfærdiggøre handelshindringer, og for det andet, at det aldrig er tilstrækkeligt at påvise, at en foranstaltning er begrundet i et af de i art. 36 nævnte hensyn. Det skal også godtgøres, at hensynet »retfærdiggør« handelshindringen. Dette betyder, at Domstolen snarere vil lægge vægt på en samlet vurdering af rimeligheden i en anvendelse af art. 36 end på en præcis afgrænsning af de enkelte hensyn.

Man må på denne baggrund også anerkende, at *de krav, der stilles til den konkrete »retfærdiggørelse« af foranstaltninger*, afhænger af en helhedsvurdering af den pågældende situation. Man kan i denne forbindelse navnlig fastslå, at Domstolen vil stille store krav til retfærdiggørelsen.

Hjælp ved løsningen af konkrete problemer kan hentes i Ehlermanns analyse af de forhold, der vil være relevante for Domstolens vurdering, nemlig –

om der udgår en fare fra den pågældende vare,

56. Domstolen har i sag 41/74 van Duyn vedrørende begrebet »offentlig orden« i art. 48 om arbejdskraftens frie bevægelighed udtalt: »Det er her ikke uvæsentligt, at de særlige omstændigheder, der kan berettige anvendelsen af begrebet den offentlige orden, kan være forskellige fra land til land og fra periode til periode, og at der derfor i så henseende må indrømmes de nationale kompetente myndigheder et skøn inden for de af traktaten afstukne rammer«.

57. Se Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 290.

om foranstaltningen er egnet til at beskytte mod faren,
om foranstaltningen er det mindst indgribende middel til at opnå beskyttelsen, og
om beskyttelsesformålet kræver, at foranstaltningen alene vedrører ind- og udførte varer⁵⁸.

Art. 36, 2. pkt., hvorefter undtagelsen efter 1. pkt. ikke gælder, hvis den pågældende foranstaltning udgør et middel til *vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne*, tillægges stor vægt i Domstolens praksis, ikke mindst inden for området industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder⁵⁹.

Denne bestemmelse har strengt taget intet selvstændigt indhold. Dens formål er at præcisere indholdet af begrebet »retfærdiggjort« i 1. pkt. Domstolen ville utvivlsomt have fortolket 1. pkt. på samme måde, som den gør i dag, selv om 2. pkt. havde været udeladt. En vilkårlig forskelsbehandling mellem medlemsstaternes varer, der ikke er begrundet i objektive forskellige forhold i de pågældende lande, eller en foranstaltning, der må betragtes som en skjult samhandelsbegrænsning, d.v.s. forsøg på omgørelser af forbudet, vil aldrig kunne anses for »retfærdiggjort« i 1. pkt.s forstand⁶⁰.

58. Se den i note 48 nævnte artikel i *Europarecht*.

59. Bestemmelsen har som nævnt i kap. 4.2.3. sit forbillede i GATT-overenskomsten. I denne overenskomst hedder det dog, at foranstaltningerne ikke må føre til »vilkårlig ... forskelsbehandling mellem lande, hvor de samme forhold råder«. GATT-bestemmelsen omfatter således alene forskelsbehandling mellem varer fra tredjelande. En tilsvarende fortolkning af 2. pkt. vil være forkert. Denne bestemmelse omfatter ikke alene forskelsbehandling mellem de øvrige medlemslande, men også mellem de øvrige medlemslande og det land, der har vedtaget den pågældende foranstaltning, jfr. ordene »samhandelen mellem medlemsstaterne«.

60. Selv om 2. pkt. efter sin placering umuligt synes at kunne betragtes som andet end en »præcisering af« eller en »undtagelse fra en undtagelse«, anvender Domstolen dog sommetider denne bestemmelse på en sådan måde, at man skulle tro, at den indeholdt et selvstændigt forbud ved siden af forbudene i art. 30 og 34. Det klareste eksempel herpå findes i sag 15/74 Centrafarm. Sagen vedrørte lovligheden af hollandske importbegrænsninger, der var begrundede i hensyn til enerettigheder. Det var klart efter dommen, at disse begrænsninger stred mod art. 30 ff, i hvilken forbindelse Domstolen navnlig henviste til art. 36, 2. pkt. Der opstod imidlertid et yderligere problem, fordi sagen vedrørte indførsler fra England, og fordi indførslerne var sket i den periode, hvor FtV fortsat var lovlige efter art. 42 i tiltrædelsesakten. Domstolen udtalte blot herom: »Efter konteksten kan denne bestemmelse (art. 42 i tiltrædelsesakten) kun omhandle de FtV, som skulle ophæves mellem de oprindelige medlemsstater efter en overgangsper-

14.12. Øvrige undtagelser fra forbudet mod FtV

Udover undtagelserne nævnt i art. 36 kan der gøres undtagelser fra forbudet, når betingelserne for anvendelsen af traktatens særlige sikkerhedsklausuler er opfyldt. Disse er omtalt ovenfor i kap. 12.9., hvor det er fremhævet, at art. 115 er den i praksis vigtigste bestemmelse i forbindelse med art. 30. Da sikkerhedsklausulerne ikke er egnede til at belyse de grundlæggende problemer, der behandles i denne afhandling, er det tilstrækkeligt at henvise til den kortfattede omtale i kap. 12. Yderligere omtale af klausulerne findes i *EF-Karnov* og i speciallitteraturen, ikke mindst det oprindelige værk om sikkerhedsklausulerne, P. Gori, *Les Clauses de Sauvegarde des Traités CECA et CEE*, fra 1967 og de nyeste, M. Lejeune, *Un droit pour des temps de crise: Les clauses de Sauvegarde de la CEE* fra 1975 og Wägenbauer, Seidel, Börner, *Schutzmassnahmen im Gemeinsamen Markt* fra 1977. Det er af samme grund heller ikke nødvendigt at komme ind på det teoretisk vigtige, men hidtil ikke i praksis relevante spørgsmål, om der inden for EF-retten gælder en almindelig nødretsgrundsætning⁶¹.

riode i medfør af EØF-traktatens art. 30 og art. 31 til 35; heraf ses, at tiltrædelsesaktens art. 42 ikke har nogen virkning på de importforbud, som følger af en national lovgivning vedrørende industriel og kommerciel ejendomsret«. Denne afgørelse kan kun forstås således, at de pågældende »enerettighedsbestemte importbegrænsninger« ikke er forbudt efter art. 30, men efter art. 36, 2. pkt., altså at art. 36, 2. pkt. indeholder et selvstændigt forbud ved siden af art. 30 og art. 34. Afgørelsen er overraskende og kan alene ses som udtryk for Domstolens vilje til at fortolke traktaten frit, når den skønner det hensigtsmæssigt for fællesskabsrettens effektive anvendelse.

61. For en bekræftende besvarelse, se Bleckmann, *Europarecht* s. 399.

AFSNIT II

DE BERETTIGEDE OG FORPLIGTEDE EFTER FORBUDET MOD FtV

KAP. 15 – DEN SÆRLIGE EF-RETLIGE PROBLEMSTILLING

Der har som nævnt i kap. 14.5. og kap. 14.6. ikke i praksis været væsentlige problemer med afgrænsningen af rettighedssubjekterne og pligtsubjekterne efter art. 30 og art. 34, og der er også overvejende enighed i teorien om disse spørgsmål. Berettiget efter art. 30 og art. 34, d.v.s. berettiget til under retssager at påtale overtrædelser af forbudet mod FtV, er ikke alene Kommissionen og EF-medlemsstaterne, men også enhver privat, der kan godtgøre konkret retlig interesse. Forpligtet efter bestemmelserne er enhver offentlig myndighed i medlemsstaterne samt EF-institutionerne.

Rigtigheden af disse resultater skal drøftes i de to næste kapitler. Det skal undersøges, om det overhovedet, eller i hvert fald i så vidt omfang som sket, er korrekt at tillægge private påtaleret (kap. 16), og det skal undersøges, om også private kan være forpligtede efter bestemmelserne, hvortil kommer enkelte spørgsmål om omfanget af EF-institutionernes og de offentlige myndigheds forpligtelse (kap. 17).

Disse undersøgelsers interesse ligger ikke så meget i problemernes praktiske relevans. Det vil ses, at Domstolen næppe vil ændre omfanget af den private påtaleret, og det vil ses, at det er tvivlsomt, om private er forpligtede, og at en eventuel bekræftende besvarelse i øvrigt næppe vil have større praktisk betydning. Undersøgelserne har snarere interesse, fordi de ved gennemgang af en række generelle EF-retlige problemer er med til at belyse forhold af betydning for fastlæggelsen af det handelshindringsbegreb, der ligger til grund for forbudet mod FtV.

Problemer i forbindelse med afgrænsningen af kredsen af berettigede og forpligtede er ikke særegne for EF-retten. Der kan findes paralleller til de her skildrede problemer i alle retssystemer¹.

1. Der kendes i ethvert nationalt retssystem regler om pligter for offentlige myndigheder, hvor det kan være tvivlsomt, om påtaleretten tilkommer også private (se Poul Ander-

Der gør sig dog i EF-retten en række forhold gældende, der gør disse problemer særligt vigtige, og som har betydning for deres løsning. Der tænkes på karakteren og formen af de relevante retsakter, udformningen og indholdet af de enkelte bestemmelser og opspaltningen af domstolskompetencen mellem den overnationale EF-Domstol og de nationale retter.

Af betydning er, at de relevante regler findes i retsakter, der i hvert fald i formen fremtræder som almindelige folkeretlige regler. Dette indebærer, at en række problemer med rod i traditionelle folkeretlige spørgsmål må overvindes, førend private kan få tillagt påtåleret. Man må få accepteret, at de pågældende regler betragtes som integrerende led i det nationale retssystem, det vil sige kan gøres gældende for domstolene principielt på lige fod med nationale regler – et resultat, som folkeretten ikke kræver, og som er i strid med den forfatningsretlige løsning i en lang række stater, bl.a. Danmark². Og man må tillige få accepteret, at den pågældende internationale pligt for staten også kan gøres gældende over for staten af private – et resultat, der kan støde an mod den formodning, der efter folkeretten hævdes at gælde for, at traktatretlige regler alene pålægger staterne internationale forpligtelser, der kun kan gøres gældende af den eller de andre kontraherende stater³. Disse problemer er for længst overvundet inden for EF-retten. Principperne for forholdet mellem EF-retssystemet og de natio-

sen, *Dansk Forvaltningsret* s. 614 ff, Gomard, *Civilprocessen* København, 1977, s. 171 ff.).

Et eksempel findes i en højesteretsdom, som vedrørte en bekendtgørelse, der fastlagde retningslinier for offentlige licitationer. En privat sagsøger gjorde under en retssag mod en kommune gældende, at kommunen ikke havde fulgt retningslinierne og derved havde forvoldt ham skade. Højesteret fastslog, at bekendtgørelsen ikke var givet i privates interesse, og at private derfor ikke kunne gøre overtrædelserne gældende under retssag mod kommunen (dom af 11/2 1975, UfR 1975 s. 379). Der kan også i national ret være regler, hvor det er tvivlsomt, om de alene forpligter de offentlige myndigheder, eller om forpligtelsen også gælder private. Sådant tvivl kan ikke mindst opstå i forbindelse med grundlovsbestemmelser, der typisk har til formål at begrænse offentlige myndigheders kompetence til retlig handlen over for private, men hvor de pågældende regler efter deres indhold også kan finde anvendelse på privat handlen. Dette problem kendes ikke mindst fra tysk ret, hvor den for Forbundsrepublikken gældende forfatning indeholder mange »grundrettigheder«, hvor der opstår spørgsmål, om de i bestemmelserne indeholdte pligter for myndighederne skal udstrækkes til også at gælde private. Dette spørgsmål betegnes som et spørgsmål om den pågældende bestemmelses »Dritt-wirkung«.

2. Se nærmere herom i kap. 28.

3. Se herom Gangsted-Rasmussen *EF-rettens umiddelbare anvendelighed* s. 7 ff, og *EF-Karnov* s. 874 f (ved Gulmann).

nale retssystemer udledes af EF-retten. EØF-traktatens regler skal betragtes som integrerende dele af de nationale retssystemer, og de har i tilfælde af modstrid forrang for nationale retsregler. De skal anvendes af nationale domstole og myndigheder, i det omfang der ikke foreligger særlige grunde, der gør dem uegnede til sådan anvendelse, og reglerne kan som udgangspunkt gøres gældende af private.

EF-Domstolens praksis vedrørende den umiddelbare anvendelighed har sit udgangspunkt i en dom fra 1963 i sag 26/62 van Gend & Loos, hvor Domstolen fastslog, at traktatens forbud i art. 12 mod at ændre bestående todsatser kunne gøres gældende af private ved direkte søgsmål for nationale domstole. Den overvandt de ovenfor nævnte vanskeligheder ved at fremhæve, at EF-traktaterne ikke kan betragtes som almindelige internationale regler. Den gjorde det ved fremhævelsen af EF's særlige formål og ved at påpege, at traktaterne i højere grad end sædvanligt direkte berører borgernes interesser. Kun et enkelt punkt i domspræmisserne skal fremhæves. Det er af betydning for det problem, der skal behandles i næste kapitel.

EØF-traktatens art. 12 indeholder som art. 30 og art. 34 bestemmelser, der pålægger *staterne* klare forpligtelser. Overtrædelser kan påtales for EF-Domstolen af Kommissionen og de øvrige medlemsstater efter *traktatbrudsproceduren* i art. 169 og 170. Traktaten havde således åbnet muligheder for, at overtrædelser blev konstateret, og det blev under sagen gjort gældende, at det måtte være udelukket at gøre sådanne traktatretlige forpligtelser gældende direkte for nationale domstole, fordi det fulgte af traktatens system, at påtaleretten var tillagt Kommissionen og medlemsstaterne. Domstolen nægtede at acceptere en sådan slutning. Den henviste til, »at agtpågivenheden hos de private, som er interesseret i at beskytte deres rettigheder, medfører en effektiv kontrol, der supplerer den kontrol, som det i art. 169 og 170 overlades til Kommissionen og medlemsstaterne at drage omsorg for«. Det ligger klart til grund for denne tankegang, at den effektive virkning af traktatens forbudsbestemmelser ville formindskes, hvis private ikke kunne påberåbe sig dem for de nationale domstole⁴.

Det er ikke alle EF-regler, der er umiddelbart anvendelige. Rent

4. Et synspunkt, der udtrykkeligt er fremhævet i sag 9/70 Grad og senere sager om direktivers direkte virkninger. Se herom *EF-Karnov* s. 874 f (ved Gulmann).

bortset fra det selvfølgelige krav, at reglen skal være bindende, kræver Domstolen, at den skal være egnet til umiddelbar anvendelse. Domstolen har tidligere forsøgt at konkretisere dette krav gennem opstilling af en række betingelser, og der ses stadig reminiscenser af disse betingelser i Domstolens praksis. Oprindeligt mente man at kunne sammenfatte betingelserne således: reglen skulle være klart og præcist udformet, dens gennemførelse måtte ikke kræve yderligere foranstaltninger fra enten medlemsstaterne eller fællesskabsmyndighederne, den måtte ikke være en skøns- eller vurderingsregel, og der måtte ikke være knyttet betingelser eller forbehold til dens gennemførelse⁵.

Der har imidlertid været en udvikling i Domstolens praksis. Der er i dag en formodning for reglernes umiddelbare anvendelighed. Den gælder, med mindre der foreligger særlige grunde, der taler mod, at reglen tillægges en sådan retsvirkning. Det kan f.eks. være, at reglen skal suppleres gennem yderligere retsregler udstedt af EF-institutioner eller nationale myndigheder, eller at den i forbindelse med sin anvendelse overlader de pågældende myndigheder et for vidt skøn. Alle de omstændigheder, Domstolen tidligere opstillede som egentlige betingelser, kan have betydning ved Domstolens afgørelse, men det er f.eks. klart, at kravene til reglernes klarhed og ubetingethed er blevet væsentligt modificerede. Domstolen lægger i dag vægt på et helhedsskøn og undlader ikke sjældent at udtale sig om eksistensen af de enkelte betingelser, den tidligere har fremhævet. Det afgørende for Domstolen synes at være, om den finder, at nationale domstole er i stand til at anvende reglen i dens foreliggende form. Er de det, kan private også, den fornødne konkrete retlige interesse forudsat, gøre reglen gældende for nationale domstole.

Det er ikke kun spørgsmålet om reglernes rettighedssubjekter, der giver særlige problemer i EF-retten. Det gælder også spørgsmålet om reglernes pligtsubjekter. Der er for det første tale om overnationale regler, der pålægger *staterne* forpligtelser. Dette nødvendiggør afgrænsning af de handlinger eller undladelser, der kan henregnes til staten som ansvarssubjekt. Og der er for det andet tale om regler, som ikke altid klart angiver deres pligtsubjekter, og hvor der derfor opstår tvivl, om pligterne også gælder for private. Denne tvivl opstår navnlig i forbindelse med traktatregler, der ikke angiver, hvem der er forpligtede, som f.eks. det generelle nationalitetsdiskriminationsforbud i art. 7, men kan

5. Se *EF-Karnov*, 1. udgave, s. 1893 (ved Hjalte Rasmussen).

også opstå i forbindelse med traktatregler, der efter deres indhold alene henvender sig til staterne, som f.eks. forbudet mod lønmæssig kønsdiskrimination efter art. 119⁶.

Problemerne får en yderligere dimension, og deres løsning kompliceres som følge af de processuelle rammer, der gælder for deres behandling. For det første må der peges på vigtigheden af den kompetencefordeling, traktaten har fastlagt mellem de nationale domstole og EF-Domstolen, og for det andet må man understrege den afgørende betydning af de særlige regler, traktaten indeholder om samarbejdet mellem de nationale domstole og EF-Domstolen.

Tvister om anvendelsen af forbudet mod FtV kan navnlig komme til afgørelse i følgende tilfælde:

1. En medlemsstat/Kommissionen sagsøger en medlemsstat.
2. En privat sagsøger en offentlig myndighed.
3. En privat/en offentlig myndighed sagsøger en privat⁷.

Det første tilfælde dækker traktatbrudssøgsmålet efter art. 169 og 170. Det kan kun anlægges ved EF-Domstolen.

Det andet tilfælde dækker et søgsmål ved en national domstol fra en privats side mod domstolsstatens myndigheder. Søgsmålet forudsætter, at forbudet er umiddelbart anvendeligt.

Det tredje tilfælde dækker ligesom det andet et søgsmål ved en national domstol. Det forudsætter, at forbudet er umiddelbart anvendeligt, og at det kan fortolkes således, at det også forpligter private.

De to sidste tilfælde kan føre til forelæggelse af præjudicielle spørgsmål fra den nationale domstol for EF-Domstolen i henhold til traktatens art. 177.

Det vil i kap. 16 blive undersøgt, om der eksisterer fuldstændig parallelitet mellem omfanget af de forpligtelser, der kan gøres gældende i tilfælde 1 og i tilfælde 2. Spørgsmålet kan også udtrykkes på en anden måde, nemlig om forbudet mod FtV kan opspaltes i en umiddelbart anvendelig del og i en ikke umiddelbart anvendelig del.

Det vigtigste problem, der vil blive drøftet i kap. 17, vedrører spørgsmålet, om søgsmål som nævnt i situation 3 overhovedet er mulige.

6. Se den i kap. 17.4.2.3. nævnte dom i sag 43/75 Defrenne.

7. Denne opregning er ikke udtømmende. Forbudet mod FtV vil også kunne have betydning under annullationssøgsmål mod EF-institutionerne efter traktatens art. 173.

Den systematiske placering af de to følgende kapitler i forhold til de kapitler, der drøfter indholdet af det handelshindringsbegreb, der ligger til grund for forbudet mod FtV, giver problemer. Spørgsmålet om rettigheds/pligtssubjekt kan ikke behandles uafhængigt af spørgsmålet om forbudets materielle indhold. Det vil da også ses, at de i kap. 16 og kap. 17 behandlede problemer ikke kan besvares med tilstrækkelig sikkerhed, førend man har fastlagt forbudets materielle indhold. Når disse problemer alligevel behandles først, skyldes det som nævnt, at de problemstillinger, der her drøftes, er betydningsfulde for forståelsen af problemerne i forbindelse med fastlæggelsen af handelshindringsbegrebet, som er denne afhandlings vigtigste problemstilling.

KAP. 16 – OMFANGET AF PRIVATES PÅTALERET

16.1. Problemets forudsætninger

EØF-traktaten har delt den judicielle kompetence vedrørende EF-retlige retstvister mellem EF-Domstolen og de nationale domstole. EF-Domstolen har kompetence til at afgøre spørgsmål inden for de sagstyper, der er opregnet i traktatens art. 169-184. Dette indebærer bl.a. kompetence til efter art. 169 og 170 at afgøre sager anlagt af Kommissionen eller en af medlemsstaterne om en medlemsstats ikke-overholdelse af fællesskabsretlige forpligtelser. De nationale domstole afgør de øvrige retstvister om EF-retlige spørgsmål. Dette er hensigtsmæssigt. Hovedparten af de retstvister, der vedrører EF-retlige spørgsmål, opstår mellem de nationale myndigheder og private eller mellem private indbyrdes. Dette skyldes, at de fleste EF-regler er umiddelbart anvendelige, og at de normalt administreres af de nationale myndigheder. Sådanne tvister afgøres for sagens parter mest praktisk af de nationale domstole.

Der opstår dog herved fare for, at de fælles regler ikke anvendes ensartet i medlemsstaterne. Der er nærliggende risiko for, at domstolene i de 9 medlemsstater ikke vil fortolke reglerne på samme måde.

Denne fare søges undgået ved at give nationale domstole ret, og de domstole, hvis afgørelser ikke kan appelleres, pligt, til at forelægge EF-Domstolen spørgsmål om fortolkningen af enhver form for fællesskabsregler. Hjemlen til at forelægge sådanne præjudicielle spørgsmål findes i traktatens art. 177.

Dette betyder i forbindelse med forbudet mod FtV, at EF-Domstolen altid i sidste instans er ansvarlig for *fortolkningen* af bestemmelserne, men at *anvendelsen* af fortolkningen til afgørelse af den konkrete retstvist i visse sager, nemlig dem anlagt af Kommissionen eller medlemsstaterne efter art. 169 og 170, tilkommer EF-Domstolen, medens den i de andre sager, det vil sige dem anlagt af private, tilkommer de nationale domstole.

Spørgsmålet bliver, om denne opspaltning af kompetencen til endelig afgørelse af påståede overtrædelser af forbudet mod FtV kan have

nogen betydning for omfanget af privates påtaleret, nærmere bestemt om de nationale domstole i fuldt samme omfang som EF-Domstolen er egnede til at anvende forbudet.

16.2. Fordele og ulemper ved en eventuel begrænsning af de privates påtaleret.

Det er af afgørende betydning for fællesskabsrettens karakter af fælles ret i alle medlemsstaterne, at de nationale domstole anvender forbudet ensartet. Den ensartede retsanvendelse er hovedhjørnestenen i fællesskabsretssystemet. Det vil altid være et spørgsmål, om den fornødne ensartede anvendelse af forbudet kan sikres af de nationale domstole med den bistand, EF-Domstolen kan yde dem ved hjælp af svar på præjudicielle spørgsmål. Svaret afhænger af den kompetencefordeling, traktatens art. 177 fastlægger mellem EF-Domstolen og de nationale domstole, og af den måde, EF-Domstolen i praksis udnytter sin kompetence på. Det er vigtigt, at EF-Domstolen under præjudicielle søgsmål kun kan tage stilling til fortolkningen af fællesskabsretten. Den kan ikke fortolke national ret eller tage stilling til dennes gyldighed efter fællesskabsretten. Det er den nationale domstols opgave at tage stilling til de faktiske forhold, der skal lægges til grund for sagens afgørelse, at fortolke de relevante nationale bestemmelser og at anvende EF-Domstolens fortolkning af fællesskabsreglen på de faktiske omstændigheder og/eller i forhold til de nationale regler. Men dette må ikke forstås således, at EF-Domstolen er forpligtet til at give en abstrakt fortolkning af fællesskabsreglen. Fortolkningen kan ske og sker normalt i nøje forbindelse med de faktiske og retlige forhold, der er oplyst af den nationale domstol eller i øvrigt fremkommet under sagens behandling for EF-Domstolen. EF-Domstolen føler det som sin opgave at hjælpe den nationale ret til i videst muligt omfang at anvende fællesskabsretten korrekt¹.

Generaladvokat Mayras har i et forslag til afgørelse i sag 127/73 SABAM udtalt, at Domstolen, hvis der i en sag kan gives en rent abstrakt fortolkning og en fortolkning, der virkelig er brugbar for tvistens løsning, vil vælge den sidstnævnte. Dommer Donner har gjort gældende, at udviklingen i Domstolens praksis tyde-

1. Der henvises i øvrigt vedrørende bestemmelsens formål og funktion til Hjalte Rasmussen, *Domstolen i EF* s. 202, og *EF-Karnov* ad art. 177, s. 852 (ved Hagel Sørensen) med den der nævnte litteratur, ikke mindst Daigs kommentar i *Kommentar zum EWG Vertrag*.

ligt går i retning af en fortolkning med henblik på det konkrete tilfælde, og at Domstolen ikke er bange for, hvis spørgsmålene stilles for abstrakt, at gå ned i den forelagte sags akter med henblik på at forstå spørgsmålene på baggrund af sagens faktiske omstændigheder². Der kan da også spores en klar tendens til fra Domstolens side i mindre omfang end tidligere at lægge vægt på den i sig selv uklare grænse mellem fortolkning og retsanvendelse. Den besvarede således et spørgsmål i sag 82/77 van Tiggele med at kende for ret, at art. 30 skulle fortolkes således, at en mindstepris »under sådanne vilkår, som er omhandlet« i den i sagen omhandlede hollandske bekendtgørelse var en forbudt FtV.

Man må dog heller ikke undervurdere betydningen af grænserne for EF-Domstolens kompetence. Der findes sagstyper, hvor EF-Domstolen på grund af den relevante EF-regels karakter ikke gennem sin fortolkning er i stand til at give den nationale dommer tilstrækkelig hjælp, og hvor derfor både retsenheden og dermed retssikkerheden er i fare.

Det er i disse tilfælde, hvor man kunne gøre gældende, at EF-reglen ikke er egnet til umiddelbar anvendelse, og at dens håndhævelse må overlades til traktatbrudsproceduren efter art. 169 og art. 170.

Problemstillingen kan illustreres ved omtale af en sag inden for et område, der har nær forbindelse med forbudet mod FtV. Domstolen har i en række præjudicielle sager taget stilling til spørgsmålet om lovligheden af nationale prisreguleringer inden for områder reguleret af EF-landbrugsmarkedsordninger³. EF-Domstolens praksis går groft sagt ud på, at nationale prisreguleringer er ulovlige, hvis de bringer den relevante markedsordnings målsætning og funktion, navnlig dens prisordning, i fare. En italiensk dommer skulle afgøre et spørgsmål, om en maksimalpris i detailledet for oksekød var i strid med markedsordningen på området. Dette var gjort gældende af en person, der var tiltalt for overtrædelse af de italienske prisregler. Dommeren forelagde EF-Domstolen præjudicielle spørgsmål, men gjorde samtidig opmærksom på, at EF-Domstolen i sin hidtidige praksis på dette område havde overladt de nationale dommere at anvende kriterier, der var meget vanskeligt anvendelige, og som derfor førte til retsusikkerhed. Han ønskede en klarere

2. »Uitlegging en toepassing«, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, bind II s. 103, citeret fra Dumons bidrag til det i kap. 13 note 4 omtalte møde ved EF-Domstolen s. 26.

3. Sagerne er kort omtalt i kap. 22.2.10. og 22.2.15.

retstilstand. De gældende kriterier nødvendiggjorde en vurdering af lovligheden af prisreguleringen sag for sag, en vurdering der på grund af kriteriernes usikkerhed kunne falde forskelligt ud.

Hverken generaladvokat Capotorti eller EF-Domstolen mente, at disse synspunkter nødvendiggjorde en ændring af Domstolens praksis, og at der var grund til at tage hensyn til disse synspunkter. Nationale dommere stilles også inden for den nationale retsorden over for vanskelige afgørelser, der indebærer vurderinger af udviklede økonomiske spørgsmål, og der eksisterer inden for de nationale retsordener midler til at sikre en ensartet retsanvendelse⁴.

Generaladvokatens og Domstolens svar er formelt rigtige. Men det er dog et spørgsmål, om den italienske dommers vanskeligheder kan afvises helt så let. En henvisning til, at han kender tilsvarende problemer i national ret, er ikke nødvendigvis et godt argument for også i fællesskabsretten at acceptere sådanne problemer. Og henvisningen til, at der i det enkelte retssystem er midler til at sikre retsenheden, løser ikke problemerne med at skabe retsenhed mellem de ni lande.

EF-Domstolen burde i hvert fald overveje, om der ikke i situationer som den her skildrede er grund til at acceptere, at de nationale domstole kun skal håndhæve den »let anvendelige kerne« af fællesskabsreglerne, f.eks. et forbud mod nationalt fastsatte maksimalpriser, der ligger under de i markedsordningerne fastsatte indikativ- og/eller interventionspriser, og at håndhævelsen af de af fællesskabsreglerne følgende retsvirkninger, der ligger uden for denne kerne, alene skal ske under traktatbrudssøgsmål efter art. 169 og art. 170.

Det er efter traktatbrudsproceduren EF-Domstolen, der tager stilling til alle relevante spørgsmål, herunder fortolkning af national ret og fastlæggelse af de relevante faktiske forhold.

Det er formentlig også rigtigt at hævde, at de relevante EF-retlige spørgsmål typisk bliver bedre oplyst i et traktatbrudssøgsmål end i et præjudicielt søgsmål. De førstnævnte er kontradiktoriske. Sagens problemer bliver belyst gennem en fuldstændig skriftveksling (stævning, svarskrift, replik og duplik) samt mundtlig domsforhandling. Der er derimod ikke i præjudicielle søgsmål sikkerhed for, at den til grund liggende nationale tvist er et virkelig kontradiktorisk søgsmål – »konstruerede sager« for at få et vigtigt fællesskabsfortolkningsspørgsmål af-

4. Se dom i sag 223/78 Grosoli, omtalt i kap. 22.2.15.

gjort er ikke ukendte⁵. Det ses ikke sjældent, at sagen, når den forelægges af den nationale dommer, ikke er tilstrækkeligt oplyst, og det sker hyppigt, at de implicerede parter, herunder medlemsstaterne, ikke afgiver indlæg hverken skriftligt eller mundtligt⁶. Under alle omstændigheder består den skriftlige behandling kun af et enkelt indlæg. Domstolens beslutningsgrundlag forekommer derfor ikke helt sjældent utilstrækkeligt, og Domstolens mulighed for at stille de implicerede skriftlige spørgsmål opvejer ikke altid disse ulemper ved den præjudicielle procedure.

Ulemperne ved en begrænsning af den umiddelbare anvendelighed af forbudet er imidlertid også betydelige. Den effektive virkning af bestemmelserne vil blive mindsket, dersom de interesserede ikke kan påberåbe sig forbudet i fuldt omfang.

Det er utvivlsomt – som mange gange fremhævet af Domstolen⁷ – at der er større chance for, at en bestemmelse bliver effektivt efterlevet, når ikke alene Kommissionen og andre medlemsstater, men også de personer og virksomheder, der konkret er interesserede i dens efterlevelse, har påtaleret.

Man kan ikke heroverfor blot gøre gældende, at de pågældende kan gøre Kommissionen opmærksom på eventuel krænkelse af forbudet mod FtV. Selv om Kommissionen efter traktaten har pligt til at gribe ind over for medlemsstaternes traktatbrud og tage de første skridt over for medlemsstaterne efter art. 169, har den ikke pligt til at anlægge sag i tilfælde af traktatbrud⁸. Domstolen synes ganske vist at acceptere, at Kommissionen kan ifalde erstatningsansvar efter art. 215 over for private, hvis den har undladt at gribe effektivt ind over for traktatbrud og dermed for-

5. Som eksempel kan formentlig nævnes sag 13/76 Dona vedrørende professionel fodbold og den i kap. 22.2.39. omtalte sag 244/78 Union Laitière Normande.

6. Dette kan i hvert fald for medlemsstaternes vedkommende skyldes, at det grundlag, ud fra hvilket de skal tage stilling til nødvendigheden af at afgive indlæg, ikke altid er tilstrækkeligt. Der fremsendes fra EF-Domstolen sædvanligvis alene den nationale rets henvisningskendelse, der ikke i alle tilfælde er rimeligt grundlag for at vurdere den virkelige karakter og betydning af de stillede spørgsmål. Den engelske regering har i et memorandum, forelagt Rådet i oktober 1978, i ret skarpe vendinger kritiseret en række aspekter af den præjudicielle procedure. Et resumé er offentliggjort i *Agence Europe* fra 12/10 1978, se også *CMLR* 1979 s. 3.

7. Se kap. 15 van Gend & Loos og Grad dommene.

8. Se Audretsch, *Supervision in European Community Law* s. 30 ff, og Graf, *Massnahmen gleicher Wirkung* s. 18 med yderligere henvisninger, se også sag 7/71 Kommissionen mod Frankrig og generaladvokat Mayras i sag 14/78 Denkavit.

voldt den pågældende tab⁹. Men denne indirekte beskyttelse af de private er ikke effektiv. Det er givet, at Kommissionen må have et vidt skøn, og at den i hvert fald kan lade ganske lang tid gå, inden den anlægger sag mod medlemsstaten¹⁰. Erfaringen viser også, at der kan gå endog et betydeligt tidsrum mellem det tidspunkt, hvor Kommissionen bliver opmærksom på traktatbrudet, og sagens anlæg¹¹.

Problemstillingen kan altså sammenfattes således: Udstrækkes den umiddelbare anvendelighed af forbudet mod FtV for meget, *kan dette føre til brud på retsenheden*. Begrænses den umiddelbare virkning, vil dette føre til en begrænsning af forbudets *effektive virkning*.

16.3. Mulighed for opspaltning af en regels retsvirkninger i en umiddelbart anvendelig og i en ikke-umiddelbart anvendelig del.

Tanken om opspaltning af visse bestemmelsers retsvirkninger, således at retsvirkningerne i deres totalitet kun kan gøres gældende under en traktatbrudsprocedure, og således at private kun kan gøre visse mere begrænsede retsvirkninger direkte gældende, er ikke ukendt i Domstolens praksis.

Generaladvokat Warner har nævnt muligheden i forslag til afgørelse i sag 31/74 Galli. EF-Domstolen skulle her for første gang præjudicielt tage stilling til, om nationale prisregler stred mod EF-landbrugsmarkedetsordningen for korn. Warner fandt, at forordningen i et vist omfang var til hinder for enhver form for national prisregulering på området.

9. Se f.eks. sagerne 40/75 Bertrand og 14/78 Denkavit, hvor virksomheder krævede erstatning for Kommissionens manglende indgreb over for medlemsstatens påståede traktatbrud. Domstolen realitetsbehandlede sagerne. Kommissionen blev dog frifundet i begge sager, og generaladvokat Mayras fremførte i sidstnævnte sag stærke argumenter for, at Kommissionen ikke kunne ifalde ansvar over for private for at have undladt at anvende art. 169.

10. Se Audretsch, *anf.st.* bl.a. s. 36 ff og s. 185.

11. Audretsch, *anf.st.* s. 162 ff: gennemsnittet fra sagens indledning til sagens afgørelse var i perioden 1960–1976: 29 mdr. Der gives sommetider udtryk for, at art. 169-proceduren også begrebsmæssigt er en langsommelig procedure. Dette er ikke rigtigt. Der er intet i vejen for, at Kommissionen kun giver medlemsstaten en kort frist til at fremsætte dens bemærkninger, og at den straks efter fristens udløb anlægger sag ved Domstolen. Sagsbehandlingen ved Domstolen kan overstås på 6-8 måneder. Hertil kommer, at Kommissionen i medfør af traktatens art. 186 i forbindelse med sagsanlægget kan anmode Domstolen om at nedlægge foreløbigt forbud mod den omtvistede nationale foranstaltning, se som eksempler herpå kendelser af 22/5, 21/6 og 13/7 i sag 61/77 Kommissionen mod Irland (Saml. 1977 s. 937 og s. 1411) vedrørende diskriminerende irske fiskefredningsbestemmelser.

Men udgangspunktet måtte være, at alene Kommissionen i medfør af art. 169 var påtaleberettiget. Private skulle kun have ret til for nationale domstole at gøre indsigelse over for nationale prisregler, der var lavere end EF-interventionspriserne. Begrundelsen herfor var, at det sidstnævnte forbud var let anvendeligt, medens man, hvis man også pålagde nationale domstole at håndhæve det videregående forbud, »ville pålægge nationale domstole og især underordnede kriminalretter en umulig opgave«. Warner gjorde gældende, at der selv om en forordning efter art. 189 pr. definition er »umiddelbart gældende«, intet er til hinder for, at visse af forordningens retsvirkninger kun kan gøres gældende i en traktatbrudssag.

Også generaladvokat Mayras har flere gange været inde på muligheden af en opspaltning af EF-reglers retsvirkninger. I en sag om nationale prisreguleringer inden for landbrugsområdet, sag 154/77 Dechmann, udtalte han, at fællesskabsreglernes håndhævelse på dette område kun kan blive effektiv gennem Kommissionssøgsmål efter art. 169, for alene Kommissionen er i stand til at fremskaffe de fornødne oplysninger. I sag 16-20/79 Danis, der vedrørte samme spørgsmål, påpegede han det urimelige i at overlade nationale dommere opgaver, som de ikke har baggrund og midler for at løse, og som under alle omstændigheder vil stille dem over for meget usikre og arbejdskrævende undersøgelser. Man ville forlange af den nationale dommer, at han skulle løse »et makroøkonomisk problem, som vedrører fællesskabet i dets helhed«. I sag 13/78 Eggers, der vedrørte art. 30's anvendelse på tyske krav til produktionen af Branntwein, gjorde Mayras gældende, at den nødvendige prøvelse af, om formålet med de tyske krav kunne retfærdiggøre deres handelshindrende virkninger, kun kunne »føre til et godt resultat, hvis den foretoges upartisk og sagkyndigt af Kommissionen under Domstolens kontrol«.

Domstolen fulgte i ingen af sagerne generaladvokatens synspunkter. Den omtalte dem slet ikke. Den gik uden videre ud fra, at de nationale dommere ville være i stand til at løse problemerne i forbindelse med den konkrete anvendelse af EF-reglerne, således som den havde fortolket dem¹².

Der er imidlertid ikke grund til i disse afgørelser at se en afvisning af den principielle præmis, der ligger til grund for generaladvokaternes

12. Se også Domstolens svar i den i forrige afsnit nævnte dom i sag 223/78 Grosoli.

forslag, nemlig at en opspaltning af en fællesskabsregels retsvirkninger i en umiddelbart og i en ikke-umiddelbart anvendelig del er mulig. Domstolens afviser ikke udtrykkeligt denne mulighed, og der er gode holdpunkter i Domstolens praksis for en påstand om, at der intet begrebsmæssigt er til hinder for en sådan opspaltning.

Det er tilstrækkeligt at nævne dommen i sag 43/75 Defrenne, der fastslog, at én og samme bestemmelse – traktatens art. 119 om forbud mod kønsbestemt løndiskrimination – kan have umiddelbart anvendelige retsvirkninger, når diskriminationen er »direkte og åbenbar«, medens dette ikke er tilfældet, hvis der er tale om »indirekte og skjult« diskrimination. I sidstnævnte tilfælde forudsættes nemlig supplerende regler. Domstolen har her accepteret, at retsvirkningerne af én og samme regel kan opspaltes. Selv om den ikke-umiddelbart anvendelige del af art. 119 forudsætter positiv handling fra medlemsstaternes side, medens den eventuelt ikke-umiddelbart anvendelige del af forbudet mod FtV ville forpligte medlemsstaterne til at afstå fra visse handlinger, vil princippet være det samme i de to situationer. Visse af en bestemmelses retsvirkninger egner sig til umiddelbar anvendelse gennem de nationale retter, og visse af retsvirkningerne egner sig ikke.

Spørgsmålet om en eventuel opspaltning af forbudets retsvirkninger må derfor afgøres på grundlag af overvejelser, om der er grund til en opspaltning, fordi reglerne ikke i deres fulde omfang egner sig til umiddelbar anvendelse.

16.4. Afsluttende bemærkninger.

Således formuleret kan spørgsmålet først endeligt besvares efter, at forbudets saglige anvendelsesområde er fastlagt¹³. Men der kan dog allerede her være grund til at understrege, at der ikke i Domstolens afgørelser har været antydning af, at der skulle være anledning til at sondre mellem visse retsvirkninger af forbudet, som private skulle kunne gøre gældende direkte for de nationale domstole, og visse retsvirkninger, som kun skulle kunne gøres gældende under traktatbrudssøgsmål. Domstolen er hidtil gået ud fra, at enhver borger eller virksomhed, der kan påvise en retlig interesse i søgsmålet, kan gøre forbudet gældende i fuldstændigt samme omfang, som Kommissionen og de øvrige medlemsstater kan gøre det under en traktatbrudssag. Dette er i overensstemmelse med den i

13. Se de endelige overvejelser kap. 26.15.

kap. 13 omtalte effektivitetsgrundsætning, og det er næppe realistisk at tro, at det vil være muligt at få Domstolen til at ændre standpunkt. Dette resultat betyder dog ikke, at de her foretagne undersøgelser har været uden betydning. Hensynet til den ensartede retsanvendelse, set på baggrund af de nationale domstoles vigtige opgaver i forbindelse med håndhævelsen af forbudet, må tages i betragtning, når Domstolen gennem fortolkning af art. 30 og art. 34 fastlægger forbudets saglige anvendelsesområde. Det er vigtigt, at det bliver fastlagt på en måde, der gør det muligt for Domstolen at besvare præjudicielle spørgsmål, således at der ikke overlades de nationale domstole for vanskelige opgaver.

KAP. 17 – DE FORPLIGTEDE EFTER FORBUDET MOD FtV

17.1 – Problemerne afgrænses og systematikken fastlægges

Forbudet mod FtV i art. 30 og art. 34, stk. 1, anfører ikke udtrykkeligt, til hvem det retter sig. Det fremgår dog af de særlige bestemmelser i art. 31, 32, 33, 34, stk. 2, og 35, at forbudet i hvert fald retter sig til medlemsstaterne¹. Det er dog givet, at Domstolen ikke alene på grundlag af disse overgangsbestemmelser vil udelukke, at også EF-institutionerne og private kan være forpligtede².

Spørgsmålet om forbudets pligtsubjekter har kun været lidt berørt i Domstolens praksis og har heller ikke givet anledning til særligt dybtgående undersøgelser i teorien.

Man kan ikke blot gå ud fra, at enhver, det være sig en offentlig myndighed eller en privat, der kan forårsage handelshindringer, er omfattet af forbudet mod FtV. Man kan ikke automatisk slutte fra forbudets formål til, at enhver, der kan hindre realiseringen af formålet, er omfattet af forbudet. Det kan gennem bestemmelsernes systematiske placering eller på anden måde fremgå, at forbudet kun omfatter en enkelt eller enkelte af grupperne af mulige forpligtede, og der kan vise sig at være særlige grunde til, at forbudet ikke bør eller kan anvendes på en eller flere af de mulige grupper. Noget andet er, at forbudets formål altid vil kunne anføres med vægt i en argumentation for en vid fortolkning af kredsen af forpligtede.

Det vil først blive undersøgt, i hvilket omfang medlemsstaterne og deres organer er omfattede af forbudet (afsnit 17.2). Det vil derefter blive undersøgt, om EF-institutionerne er forpligtede (afsnit 17.3), og det vil endelig blive undersøgt, om private er forpligtede (afsnit 17.4).

Det må fastlægges, hvilke organer medlemsstaterne er ansvarlige for,

-
1. *Medlemsstaterne* forbydes at indføre nye, og skærpe bestående, FtV og forpligtes til efter nærmere regler at ophæve bestående handelshindringer.
 2. Den har afvist en sådan slutning i forbindelse med de i denne forbindelse parallelle bestemmelser i art. 59 ff. vedrørende tjenesteydelser, se den i afsnit 17.4.2.3. nævnte sag 36/74 Walrawe.

og man må afgrænse det offentlige område over for det private. Disse spørgsmål giver i ethvert retssystem problemer.

Det vil for denne afhandlings formål være hensigtsmæssigt at operere med følgende kategorier:

1. offentlig myndighed med funktioner af offentligretlig karakter,
2. offentlig myndighed, hvis handlinger er af privatretlig karakter,
3. privat med funktioner af offentligretlig karakter,
4. privat, hvis handlinger er af privatretlig karakter, men som er kontrolleret af en offentlig myndighed,
5. privat, hvis handlinger er af privatretlig karakter, og som ikke er kontrolleret af en offentlig myndighed³.

Man må, når sådanne sondringer er af betydning i EF-retten, tage stilling til, om de skal fastlægges på grundlag af EF-retlige kriterier, fastlagt af EF-Domstolen ensartet for alle medlemsstaterne, eller om de skal fastlægges på grundlag af de kriterier, der gælder i hver enkelt medlemsstat⁴. Der kan tænkes mellemløsnin-
ger, hvor Domstolen som udgangspunkt vil acceptere de nationale begrebsfast-
læggelser, men dog forbeholde sig ret til at justere dem under hensyn til de for-
mål, der ligger til grund for den relevante EF-regel. Dette vil utvivlsomt være
tilfældet i forbindelse med de her drøftede spørgsmål. Udgangspunktet må være
national ret. Det er denne, der fastlægger retsvirkningerne af de retsakter, hvis
lovlighed efter art. 30 og 34 er omtvistede. På den anden side vil ikke enhver kon-
sekvens af national ret kunne accepteres. Tænker man sig, at en offentlig myndig-
heds dispositioner af privatretlig karakter ikke er omfattet af forbudet, vil natio-
nal rets fastlæggelse af sondringen offentligretlige/privatretlige dispositioner ikke
nødvendigtvis være bestemmende. Hvis man uden videre accepterer de nationale
begrebsfastlæggelser, kunne der opstå retlige forskelle mellem medlemsstaterne
i strid med EF-rettens formål. Forbudet ville få større betydning i lande, hvor
man f.eks. betragtede enhver offentlig myndigheds dispositioner ud fra offentlig-

3. Den anvendte terminologi er valgt, fordi den fremhæver de væsentligste skelnemær-
ker. Der gøres i det følgende en række uddybende bemærkninger til forklaring af,
hvilke organer og personer og hvilke faktiske handlinger og retsakter der er omfattet
af de enkelte grupper. Men det tilstræbes ikke i denne afhandling at løse de utallige og
vanskelige detailafgrænsningsspørgsmål, som sondringerne mellem offentlige organer
og private personer og virksomheder og mellem offentligretlige funktioner og privat-
retlige handlinger giver.

4. Dette var f.eks. problemstillingen i sag 2/74 Reyners, hvor Domstolen skulle tage stil-
ling til fastlæggelsen af begrebet »offentlig myndighed«, der er afgørende for anvendel-
sen af den i traktatens art. 55 forudsatte undtagelse for liberaliseringsforpligtelsen på
etableringsområdet. Dommen afviste udelukkende at lægge vægt på nationale krite-
rier.

retlige synspunkter, end i lande, hvor en del af de offentlige myndigheders dispositioner blev betragtet som privatretlige.

17.2 – Medlemsstaterne og deres organer

17.2.1 – Organer med funktioner af offentligretlig karakter. Forbudet mod FtV gælder for *alle en medlemsstats organer*, hvad enten de er lovgivende, dømmende eller udøvende. Det retter sig til organer inden for såvel statsforvaltning som kommunalforvaltning og i forbundsstater til såvel forbunds- som delstatsorganer. Og det er uden betydning, om det pågældende organ er led i forvaltningens almindelige hierarkiske struktur eller står uden for denne⁵. Dette gælder i hvert fald i alle tilfælde, hvor organerne udøver *beføjelser af offentligretlig karakter*, det vil navnlig sige *offentlig myndighed*. Det er ikke kun i Danmark⁶, men i alle medlemsstaterne, at det giver vanskeligheder at afgrænse dette begreb⁷.

Der kan her være grund til at pege på nogle af de af Ross omtalte kendetegn for begrebet offentlig myndighed⁸, navnlig *at* offentlig myndighed efter sit indhold går ud på at »befale« over andre (er heteronom og ikke autonom), *at* den ikke tilkommer indehaveren i hans egenskab af individ, men i hans kapacitet som den øjeblikkelige indehaver af et »embede« (er kvalificeret til forskel fra den private kompetence, der tilkommer enhver), og *at* dens udøvelse skal ske til opfyldelse af fællesskabets interesser (er pligtbundet og almeninteresseret til forskel for diskretionær og egeninteresseret).

Der peges herved på forhold, der viser, at der kan være særlig anledning til at anvende forbudet mod FtV i forbindelse med udøvelse af offentlig myndighed⁹. Formålet med offentlig myndighed er typisk under

5. Se hertil Kommissionens direktiv 70/32 og direktiv 70/50.

6. Se Ross, *Dansk Statsret* s. 22 ff., og Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret* s. 2. Se også Boye Jacobsen i *FIDE, Equal treatment of public and private enterprises*, København, 1978, afsnit 3.1.

7. Se Arved Deringer i *FIDE, Equal treatment of public and private enterprises*, afsnit 1.6.

8. Se *anf.st.* s. 27 ff.

9. Faktiske handlinger foretaget af offentlige organer må som nævnt i kap. 14.7 i denne forbindelse sidestilles med udøvelse af offentlig myndighed. De har som påvist af Ross, *anf.st.* s. 29, samme karakteristika som de offentlige retshandlinger, der består i udøvelse af offentlig myndighed, bortset fra at de ikke går ud på at »befale« over andre, men at de er »udslag af en kvalificeret handlebeføjelse til udøvelse af monopoliseret vold«.

trussel om tvangsanvendelse at dirigere folks adfærd. Udøvelse af offentlig myndighed udgør derfor en særlig fare for de frie varebevægelser. Samtidig vil håndhævelsen af forbudet ikke volde særlige vanskeligheder. Den offentlige myndigheds udøvelse er pligtbundet og sker i almen interesse, og det vil derfor som udgangspunkt være tilstrækkeligt at fastslå, at der foreligger overtrædelse af forbudet, for at få overtrædelsen bragt til ophør.

Disse overvejelser fører også til at anse koncessionerede selskaber, private sammenslutninger og andre private, der måtte udøve offentlig myndighed, for omfattet af forbudet.

Det er mere tvivlsomt, om forbudet omfatter offentlige myndigheders privatretlige handlinger, d.v.s. når de handler i deres egenskab af formuesubjekter på lige fod med private (*jure gestionis*), og om det omfatter private foretagender, der ikke udøver offentlig myndighed, og som er oprettet i privatretlige former, når det offentlige direkte eller indirekte kontrollerer virksomheden. Disse spørgsmål vil blive undersøgt i afsnit 17.2.2 og 17.2.3.

17.2.2 – Offentlige myndigheders handlinger af privatretlig karakter.

Spørgsmålet har praktisk betydning, fordi offentlige myndigheder i meget vidt omfang i alle medlemsstaterne optræder som købere af varer principielt på lige fod med private¹⁰.

Der kan næppe slutes noget fra forbudets ordlyd. Ganske vist omfatter det først og fremmest kvantitative restriktioner, d.v.s. klart offentligretlige foranstaltninger. Forbudet mod FtV er imidlertid ikke et forbud mod foranstaltninger, der *svarer til* kvantitative restriktioner, men derimod et forbud mod foranstaltninger *med virkninger, der svarer til kvantitative restriktioners virkninger*.

Art. 37 om de statslige *handelsmonopoler* kan formentlig anføres til støtte for en bekræftende besvarelse af spørgsmålet. Bestemmelsen antages at være en speciel anvendelse af art. 30 og art. 34¹¹ og omfatter også monopolernes »forsyningsvilkår«. For dette resultat taler også den før-

10. Spørgsmålet ses kun lidt drøftet i litteraturen. Graf, *Massnahmen gleicher Wirkung* s. 132 ff., gør gældende, at kun foranstaltninger i »offentligretlig form« er omfattet. Han støtter det navnlig på modsætnings slutninger fra art. 90, jfr. art. 85 og 86, der udtømmende gør op med privatretlige handlingers konkurrencefordrejende virkninger. Denne argumentation vil blive taget op i afsnit 17.4 om private som pligtsubjekter.

11. Se kap. 12.3.3.

ste begrundelse i Rådsdirektiv 77/62 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, der helt generelt fastslår: »Begrænsninger i de frie varebevægelser i forbindelse med offentlige indkøb er forbudt i henhold til artikel 30 ff. i traktaten«. Også dommen i sag 155/73 Sacchi støtter resultatet. Domstolen fastslog, at det statskontrollerede fjernsynsselskab ville handle i strid med »princippet om de frie varebevægelser«, hvis det udøvede forskelsbehandling til fordel for indenlandske materialer og produkter¹².

En bekræftende besvarelse stemmer også vel med forbudets formål. Offentlige myndigheder er i stand til effektivt at hindre ikke uvæsentlige dele af de frie varebevægelser gennem deres privatretlige dispositioner. Og offentlige myndigheder er måske mindre end private virksomheder motiveret af almindelige økonomiske overvejelser i forbindelse med deres indkøbspolitik. Håndhævelsen af forbudet vil også principielt volde færre vanskeligheder over for offentlige myndigheder end over for private¹³.

17.2.3 – Virksomheder, der kontrolleres af offentlige myndigheder.

Spørgsmålet er herefter, om virksomheder, der kontrolleres af offentlige myndigheder, også er omfattet af forbudet mod FtV, selv om de er oprettet i privatretlige former, og selv om deres aktivitet er af privatretlig karakter. De i forrige afsnit anførte argumenter for en bekræftende besvarelse gælder i alt væsentligt også her.

Dommen i sag 155/73 Sacchi taler for, at sådanne virksomheder, der på grund af den offentlige indflydelse kan kaldes »offentlige virksomheder«, er omfattet af forbudet.

Også bestemmelsen i art. 37 om statslige handelsmonopoler støtter dette resultat. Den finder anvendelse på »ethvert organ, gennem hvilket en medlemsstat, de jure eller de facto, direkte eller indirekte, kontrollerer, leder eller udøver mærkbar indflydelse på indførsel og udførsel«.

Det ville også stride mod forbudets formål, hvis medlemsstaterne gennem oprettelse af virksomheder i privatretlig form kunne omgå forbudet. Sådanne overvejelser ligger til grund for traktatens art. 90. Denne

12. Dommen er omtalt i kap. 22.2.5.

13. Påstandens relativitet må understreges. Håndhævelsen volder også over for det offentlige overordentlige vanskeligheder, som det fremgår af bemærkningerne i kap. 14.10 om Rådsdirektivet om offentlige indkøb.

bestemmelse, der er omtalt i kap. 12.4.3, har bl.a. til formål at forhindre sådanne omgåelser. Formålet er at gøre medlemsstaterne medansvarlige for de i artiklen omhandlede »offentlige virksomheder«¹⁴. Dette fører ikke alene til, at medlemsstaterne bliver ansvarlige, hvis virksomhederne overtræder konkurrencereglerne i art. 85 og 86, men også til, at virksomhederne må overholde de forpligtelser, som medlemsstaterne har efter traktatens øvrige regler, herunder ikke mindst forbudet mod FtV¹⁵.

Resultatet har således et solidt grundlag både i traktatens regler og i Domstolens praksis¹⁶.

De grunde, der i afsnit 17.4 vil blive anført mod at lade private være omfattet af forbudet, gælder ikke i samme omfang for offentlige virksomheder. Der er ikke over for offentlige virksomheder samme håndhævelses- eller sanktionsproblemer som over for private. Det vil normalt over for sådanne virksomheder være tilstrækkeligt at få fastslået, at deres handlinger er retsstridige, for at få dem til at ophøre med dem. Og hensynet til aftalefriheden kan heller ikke over for offentlige virksomheder anføres på samme måde, som det kan over for private. Hertil kommer, at den fare, sådanne virksomheders handlinger betyder for de frie varebevægelser på grund af den særlige stilling, offentlige virksomheder indtager på markedet, typisk vil være større end faren fra private virksomheder.

Man kunne muligvis mod det her hævdede resultat gøre gældende, at det, hvis private virksomheder ikke er omfattet af forbudet, fører til forskelsbehandling mellem private og offentlige virksomheder. Forbudet er ikke blot anvendeligt, når de offentlige virksomheder udfører opgaver, der normalt udføres af den offentlige forvaltning, men også når de udøver virksomhed, som normalt udøves af »almindelige private« virksomheder. Dette synspunkt har ikke mindst betydning, fordi der er store forskelle mellem medlemsstaterne med hensyn til omfanget af opgaver, der er henlagt til offentlige virksomheder¹⁷. Men argumentet kan dog

14. For en vidtgående opfattelse af staternes pligter se Matthies, »Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt«, *Festschrift für H.P. Ipsen* s. 669.

15. Dette resultat er både Deringer og P. Mathijsen gået ind for i deres indlæg til FIDE mødet om *Equal treatment of public and private enterprises*, afsnit 1.19 og 11.5.

16. Offentlige myndigheders »pligt« til at bidrage til, at også private virksomheder respekterer »diskriminationsforbudet«, har fundet udtryk i art. 2, stk. 3, i Rådskonklusion 77/62 om offentlige indkøb. Det offentlige skal i de kontrakter, det indgår med virksomheder om særlig ret til at udføre offentlige tjenesteydelser, få optaget en klausul om, at den pågældende virksomhed i sin indkøbspolitik skal respektere diskriminationsforbudet. En sådan udtrykkelig bestemmelse har været nødvendig, fordi den omhandler tilfælde, hvor det offentlige ikke kontrollerer den pågældende virksomhed.

17. Sådanne offentlige virksomheder findes f.eks. i vidt omfang i Italien og Frankrig og kun i begrænset omfang i Danmark.

ikke tillægges afgørende vægt. Man kan nemlig imod det gøre gældende, at offentlige virksomheder i øvrigt både faktisk og retligt på en række områder har en privilegeret stilling i forhold til private virksomheder. Disse privilegier kan forklare de offentlige virksomheders større pligter¹⁸.

Det er et vanskeligt spørgsmål, hvornår en virksomhed direkte eller indirekte er kontrolleret af offentlige myndigheder i et sådant omfang, at det er en offentlig virksomhed i den her omhandlede betydning. Man kan gå ud fra, at der foreligger tilstrækkelig indflydelse, *når* offentlige myndigheder kontrollerer selskabskapitalen mere eller mindre fuldstændigt, *når* de gennem repræsentation i selskabsorganerne kontrollerer disse, *når* deres godkendelse af virksomhedens beslutninger kræves. Der er dog kun tale om eksempler. Spørgsmålet om graden og fremtrædelsesformerne for det offentliges indflydelse kan næppe besvares abstrakt¹⁹. Deringer har under henvisning til Mestmächer ment at måtte begrænse sig til at sige, at enhver virksomhed må betragtes som en offentlig virksomhed, når offentlige myndigheder uden at udstede love eller bekendtgørelser kan udøve afgørende indflydelse på virksomhedens markedspolitik²⁰.

17.2.4 – Betydningen for anvendelsen af forbudet mod FtV af nationale domstoles medvirken til gennemførelse af privatretlige krav. En både vigtig og omstridt del af Domstolens praksis giver særlige problemer i forbindelse med spørgsmålet om de forpligtede efter forbudet mod FtV. Det drejer sig om domme, der har begrænset de på de nationale eneretslove, navnlig patent- og varemærkelove, støttede rettigheder til at forbyde import af eneretsbeskyttede varer²¹. Domstolen har

18. Se hertil Deringer og Mathijsen, *anf.st.* afsnit 1.19 og 11.6.

19. Se *EF-Karnov* ad art. 90 s. 531 (ved Boye Jacobsen). Boye Jacobsen henviser i sit indlæg til *FIDE* mødet om *Equal treatment of public and private enterprises* afsnit 3.9 til tilsvarende problemer inden for koncernretten.

20. Deringer, *anf.st.* afsnit 1.19 og Ernst-Joachim Mestmächer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 1974 s. 650.

21. Der henvises til den nærmere omtale af disse domme i kap. 22.2. Det drejer sig om sagerne 78/70 Deutsche Grammophon, sag 192/73 Hag, sag 15/74 Centrafarm, sag 119/75 Terrapin, sag 102/77 Hoffmann-La Roche og sag 3/78 American Home Products. Navnlig afgørelsen i sag 119/75 Terrapin går meget vidt i retning af i hvert fald indirekte at pålægge »private« pligter. De nationale retter fik påbud om at påse, at den berettigede ikke udøvede sine enerettigheder som et middel til arbitrær diskrimination eller skjult

fastslået, at importforbud nedlagt af nationale domstole efter anmodning fra eneretshavere under visse betingelser må anses som stridende mod bestemmelserne om de frie varebevægelser, herunder navnlig art. 30 og art. 36, 2. pkt.²².

Disse sager adskiller sig fra de typiske sager om anvendelsen af forbudet mod FtV. Det er ikke offentlige myndigheder, der har taget initiativet til den omtvistede foranstaltning, og der er ikke tale om, at de nationale regler forbyder import eller har nødvendiggjort nedlæggelsen af sådanne forbud. De nationale regler åbner blot mulighed for importforbud, og det er på initiativ af den private, at forbudet bliver nedlagt. Til gengæld er den nationale domstols bistand nødvendig.

Det er på denne baggrund forståeligt, at denne praksis har givet vanskeligheder med hensyn til afgrænsningen af forbudets pligtsubjekter. Der er dem, der opfatter situationen således, at art. 30 i disse situationer direkte retter sig til de private, og at dommene derfor kan opfattes som udtryk for, at private også er omfattet af forbudet mod FtV²³. Den overvejende del af teorien, der fortsat mener, at forbudet ikke retter sig til private, forklarer derimod denne praksis ved en henvisning til de nationale domstoles medvirken²⁴.

Domstolen har ikke forklaret, hvad der er grundlaget for dens resultat. En endelig drøftelse af spørgsmålet hører hjemme i afsnit 17.4 om private som eventuelle pligtsubjekter. Her skal alene gøres to bemærk-

hindring af samhandelen, navnlig på den måde, at det skulle påses, at enerettighederne blev anvendt med samme strengthed uden hensyn til eneretsovertræderens nationalitet.

22. Domstolen synes i de første af de i note 21 nævnte sager omhyggeligt at støtte resultaterne på princippet om de frie varebevægelser og ikke på art. 30, måske fordi den var enig med Kommissionen i, at art. 30 ikke kunne anvendes over for privates handlinger. Da *princippet* om de frie varebevægelser, således som generaladvokat Reichl har påpeget i sag 155/73 Sacchi, ikke kan skabe rettigheder og pligter i videre omfang end dem, der kan udledes af traktatens enkelte bestemmelser, og da det i hvert fald forekommer uantageligt, at et princip skulle kunne påberåbes som grundlag for at pålægge private *pligter* i videre omfang, end det kan udledes af traktatens enkelte bestemmelser, må det antages, at Domstolens praksis reelt er støttet på art. 30, jfr. art. 36. Domstolen nævner da også i sine senere afgørelser inden for dette område art. 30 som en af de bestemmelser, der er afgørende for resultatet. Det fremgår dog også, at Domstolen i første række har bygget på en fortolkning af *undtagelsen fra undtagelsen* i art. 36, 2. pkt. Se om betydningen heraf kap. 14, note 60.
23. Se f.eks. Bleckmann, *Europarecht* s. 113, og W. van Gerven, »The recent case law of the Court of Justice concerning articles 30 and 36 of the EEC-Treaty«, *CMLR* 1977 s. 5 f.
24. Se i denne retning Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 256, der dog udtrykker nogen tvivl om den rette forståelse af Domstolens praksis.

ninger. På den ene side viser denne praksis Domstolens vilje til at anvende forbudet, når der er praktisk behov for det. På den anden side vil det ikke være vanskeligt for Domstolen at forklare anvendelsen af forbudet på disse tilfælde under henvisning til deres særlige omstændigheder, herunder de nationale domstoles medvirken, eksistensen af nationale regler, der muliggør importforbudene, og disses store praktiske betydning for de frie varebevægelser.

Der er dog grund til at være opmærksom på, at det under alle omstændigheder har vide perspektiver, hvis det afgørende for EF-Domstolen har været de nationale domstoles medvirken.

Denne påstand kan illustreres gennem en omtale af et tilsvarende problem i U.S.A. Efter forbundsforfatningens 14. amendment kan ingen *enkeltstat* nægte noget menneske ligebehandling (the equal protection of the laws). Denne bestemmelse har fået stor praktisk betydning i de senere år, bl.a. i forbindelse med Forbundshøjesterettens håndhævelse af racelighedsprincippet. Begrænsningen til statslige handlinger, »state action«, har imidlertid voldt problemer. Man har igennem årene set stadige forsøg på udvidelse af bestemmelsens område. Højesteret har f.eks. i vidt omfang accepteret, at bestemmelsen også omfatter forskellige former for private handlinger, under henvisning til den offentlige interesse, der er knyttet til dem, eksempelvis handlinger foretaget i forbindelse med hotel- og teatervirksomhed. Der er også antydninger af, at højesteret i et vist omfang vil lade statslig passivitet – altså statslige undladelser – være omfattet. Vigtigst i forbindelse med det her behandlede spørgsmål er imidlertid Forbundshøjesterettens dom i sagen *Shelley v. Kramer* (334 US 1). Det blev heri fastslået, at der foreligger *statslig handling*, hvis en domstol medvirker til *tvangshåndhævelse af en aftale mellem hvide husejere om at udelukke negre fra køb eller leje af fast ejendom*²⁵. Aftalen var for så vidt fortsat gyldig, men det var i strid med 14. amendment, hvis domstolene medvirkede til håndhævelse af aftalen. Man kan hævde, at aftalen enten må være lovlig, og at domstolene derfor er forpligtede til at håndhæve den, eller aftalen i sig selv er ulovlig, hvorfor domstolene af denne grund ikke skal anerkende den. Det er logisk mindre forståeligt, at domstolene kan nægte at håndhæve en aftale, som principielt er lovlig. Sådanne logiske betragtninger kommer imidlertid til kort også ved den amerikanske højesteret, når vigtige formålsbetragtninger taler imod at lægge vægt på dem.

25. Se herom Corwin, *The American Constitution* s. 417 og Knud Waaben, *Den amerikanske Neger og Forfatningen*, København, 1966, s. 78 ff.

17.3 – EF-institutionerne som forpligtede

Forbudet mod FtV gælder også for EF-institutionerne. Det blev i kap. 12.8 påvist, at institutionerne ikke kunne tillade medlemsstaterne at handle i strid med forbudet. Det må anses for lige så sikkert, at *institutionerne også er bundet af forbudet i forbindelse med udstedelse af fælles EF-regler*. Ganske vist er endnu ingen fælles EF-regler erklæret for ulovlige som stridende mod forbudet, men Domstolens klart udtalte standpunkt i sag 80 og 81/77 Commissionaires Réunis viser, at den ikke vil vige tilbage for et sådant resultat. »*De udstrakte beføjelser, som er tillagt fællesskabsinstitutionerne ... skal udøves ... under udelukkelse af enhver foranstaltning, der modvirker ophævelsen af ... FtV mellem medlemsstaterne*«²⁶

Generaladvokat Capotorti har også i sit forslag til afgørelse i sag 34/78 Yoshida udtalt, at forbudet mod FtV, uagtet det er rettet til medlemsstaterne, »utvivlsomt også er bindende for fællesskabsinstitutionerne ved udstedelsen af foranstaltninger, der har virkning for samhandelen«.

Resultatet finder tillige støtte i sag 104/75 de Peijper. Sagen drejede sig om lovligheden af hollandske medicinalregler. Det blev fra tre af medlemsstaterne gjort gældende, at de hollandske regler måtte være gyldige, allerede fordi de var vedtaget til opfyldelse af de fælles regler, Rådet havde udstedt til harmonisering af de nationale regler. Dette argument blev afvist både af generaladvokat Trabucchi og af Domstolen med en begrundelse, der kun kan tages som støtte for, at institutionerne ikke kan ændre anvendelsesområdet af art. 30 og art. 36, d.v.s. at de også er bundet af forbudet²⁷.

Resultatet er således sikkert i sit princip. Et andet spørgsmål er imidlertid, om forbudets praktiske konsekvenser er de samme for institutionerne som for medlemsstaterne.

Man kan i Domstolens praksis finde klare eksempler på, at spørgsmålet må besvares benægtende. Navnlig sag 46/76 Bauhuis er af betydning i denne sammenhæng²⁸. Domstolen accepterede lovligheden af en afgift for

26. Dommen er omtalt i kap. 12.8.

27. Dommen er omtalt i kap. 22.2.16.

28. John Usher, »The Consequences of the Notion of a Single Market«, LIEI 1977 s. 51, mener at kunne slutte af dommen, at »det enhedsmarked, traktaten ønsker at indføre, ikke nødvendigvis indebærer fjernelse af enhver hindring for de frie varebevægelser, men snarere fjernelsen af dem, der tjener rene nationale eller private interesser, i modsætning til fællesskabets«.

veterinærkontrol ved eksport. Den henviste til, at afgiften var fastsat til opfyldelse af et fællesskabsdirektiv. Den gjaldt derfor i alle medlemsstaterne, og dens formål og virkning var netop at fremme samhandelen mellem medlemsstaterne²⁹. Formålet med foranstaltningen var afgørende. Det ændrede karakteren af, hvad Domstolen ellers ville anse for traktatsstridige regler. Tilsvarende overvejelser ligger til grund for Domstolens afgørelser i sagerne om lovligheden af de monetære udligningsbeløb³⁰. De monetære udligningsbeløb, der virker som toldlignende byrder på samhandelen mellem medlemsstaterne, er lovlige, fordi de har til formål at sikre opretholdelsen af de normale handelsveje trods virkningerne af den indbyrdes afvigende penge- og valutapolitik.

Man kan følgelig ikke uden videre slutte, at en foranstaltning, der er forbudt for medlemsstaterne, også er det for EF-institutionerne. Dette kan ikke overraske. Man kan ikke sammenligne medlemsstaternes ensidige foranstaltninger med fælles foranstaltninger, vedtaget af EF-institutionerne. Det er således ikke udtryk for en undtagelse fra princippet om institutionernes bundethed, når det fastslås, at Domstolen i et vist omfang vil anerkende foranstaltninger som lovlige, når de er foretaget af fællesskabsinstitutionerne, selv om tilsvarende ensidige foranstaltninger fra medlemsstaternes side ville blive anset for omfattet af forbudet³¹. Disse overvejelser har ikke mindst betydning i forbindelse med de fælles regler, der bliver vedtaget i form af harmoniseringsdirektiver med hjemmel i traktatens art. 100. Udgangspunktet må være, at harmoniseringsdirektiver ikke vil være omfattet af forbudet. Deres formål er at ophæve de to vigtigste former for handelshindringer, nemlig nationalitets- og oprindelsesdiskrimination og handelshindrende forskelle i nationale krav til varers udformning, kvalitet m.m. Det kan dog ikke udelukkes, at harmoniseringsdirektiver kan indeholde regler, hvis overensstemmelse med forbudet mod FtV kan være tvivlsom. Det kan dreje sig om bestemmelser om oprindelsesmærkning eller om prisregulering³². Det er mu-

29. Domstolen udstrakte i sag 89/76 Kommissionen mod Nederlandene denne praksis til også at gælde ensartede regler med det angivne formål, når de var fastsat på grundlag af almindelige internationale regler.

30. Sag 5/73 Balkan, sag 9/73 Schlüter og sag 10/73 Rewe.

31. Se i samme retning dommer Mertens de Wilmars, *Liber Amicorum J. van Houtte* s. 697 (omtalt af van Gerven i *CLMR* 1977 s. 22).

32. Boye Jacobsen drøfter i *EF-Karnov* s. 287 tilsvarende problemer inden for etablerings- og tjenesteydelsesområdet og nævner som eksempel art. 10, stk. 1, litra d, i

ligt, at Domstolen uden Rådsdirektiv ville finde sådanne krav stridende mod forbudet. Men det er nærliggende at antage, at den vil tage hensyn til, at Rådet gennem direktivet har givet udtryk for, at kravet er i overensstemmelse med traktaten. Afgrænsningen af forbudets anvendelsesområde er så vanskelig, at Domstolen må forventes at, og i hvert fald bør, lægge vægt på Rådets fortolkning af forbudsbestemmelserne.

Man kan måske nævne dommen i sag 244/78 *Union Laitière Normande* som udtryk for Domstolens accept af den af Rådet udtrykte retsopfattelse. Sagen vedrørte nogle engelske krav til mælkekartoners indhold. Disse krav var brugt til at *forhindre import af fransk mælk*. Det blev gjort gældende, at de engelske krav var i strid med forbudet mod FtV. EF-Domstolen tog i den præjudicielle sag ikke direkte stilling hertil. Den fastslog blot, at de engelske regler ikke stred mod fællesskabsretten, allerede fordi de engelske regler indirekte var accepterede af Rådet. Dette havde nemlig givet Storbritannien udsættelse med gennemførelsen af et direktiv om harmonisering af nationale krav på dette område³³. Det kan overraske, at Domstolen ikke berørte problemet om art. 30's anvendelse. De engelske regler havde utvivlsomt handelshindrende virkninger, og deres saglige retfærdiggørelse synes ikke stærk, så der kunne fremføres gode argumenter for, at reglerne uden eksistensen af Rådsdirektivet ville være blevet anset som stridende mod forbudet mod FtV. Dette er baggrunden for den ganske vist tvivlsomme påstand om, at Domstolen i denne sag indirekte har lagt vægt på den af Rådet fremsatte retsopfattelse, nemlig at de engelske reglers handelshindrende virkninger kun kan fjernes gennem harmonisering.

Sammenfattende kan det siges, at forbudet mod FtV også gælder for EF-institutionerne, men at dets praktiske betydning er langt mindre for disse, og at dets anvendelsesområde ikke er identisk for medlemsstaterne og for institutionerne. Dette skyldes, *at* fællesskabsreglernes formål netop er at fjerne handelshindringer, *at* Domstolen vil gå ud fra, at »handelshindringer«, der måtte følge af retsakter vedtaget af institutionerne, tjener fællesskabsformål og ikke nationale formål, og *at* den vil være mere villig til at lade handelshindringer, retfærdiggjort af fællesskabsformål, passere. Hertil kommer, at Domstolen vil være mere lydhør

Rådsdirektiv 73/239, der stiller krav om bopæl for generalagenter. Et sådant krav lovlighed er tvivlsom, hvis det fastsættes ensidigt af medlemsstaterne. Dets chance for Domstolens accept er større, når det findes i et Rådsdirektiv.

33. Se direktiv nr. 75/106 af 19.12.1974 om færdigpakning af visse væsker i bestemte volumenstørrelser (EFT 1975 L 42/1). Dommen omtales også i kap. 22.2.39.

over for den opfattelse, der har givet sig udtryk i Rådets beslutninger – den repræsenterer principielt samtlige medlemsstaters fælles opfattelse – end over for den opfattelse, der ligger til grund for de enkelte medlemsstaters beslutninger.

17.4 – Om private er forpligtet efter forbudet mod FtV?

17.4.1 – Foreløbig argumentation. Efter herskende opfattelse gælder forbudet mod FtV ikke private³⁴. Argumenterne for denne opfattelse er stærke. Der er en række retstekniske grunde, der taler for denne opfattelse. Disse vil blive undersøgt i afsnit 17.4.2 og 17.4.3. Hertil kommer en række argumenter, der bygger på forbudets ordlyd, bestemmelsernes placering i traktaten og traktatens system i øvrigt. Art. 30 og art. 34 forbyder kvantitative restriktioner og FtV. Det er ubestrideligt, at kvantitative restriktioner begrebsmæssigt alene omfatter offentlige myndigheds handlinger. Det er derfor nærliggende, at også begrebet FtV må forstås på samme måde³⁵. Resultatet støttes af, at forbudet mod FtV står i en del af traktaten, der i øvrigt alene omfatter offentlige myndigheds handlinger. Og overgangsbestemmelserne i art. 31, 32, 33, 34, stk. 2 og 35 kan anføres i samme retning. Generaladvokat Capotorti har da også i sag 82/77 van Tiggele³⁶ som en af forskellene mellem art. 30 og art. 85 fremhævet deres *adressater*. Art. 30 retter sig til medlemsstaterne og art. 85 til virksomhederne³⁷.

Graf har som tidligere nævnt³⁸ gjort gældende, at en medtagelse af private handlinger under forbudet mod FtV vil skabe afgrænsningsproblemer i forhold til

34. Se Ehlermann, *Handbuch für Europäische Wirtschaft* I A 43 s. 12, Graf, *Massnahmen gleicher Wirkung* s. 125, og Röhling, *Überbetriebliche technische Normen* s. 36, med yderligere henvisninger.

35. Dette argument er dog ikke afgørende. Det må fortsat huskes, at FtV ikke er foranstaltninger svarende til kvantitative restriktioner, men derimod foranstaltninger, hvis *virksomheder* skal svare til kvantitative restriktioners virkninger.

36. Se kap. 22.2.29.

37. Man kan også tage den i afsnit 17.2.2. (note 16) nævnte bestemmelse i direktivet om offentlige indkøb til indtægt for dette resultat. Den forudsatte pligt for de offentlige myndigheder til i visse af deres aftaler med private virksomheder at få indsat en pligt for virksomheden til ikke ved sine indkøb at diskriminere. Den ville være uden indhold, hvis private generelt var omfattet af forbudet mod FtV.

38. Se afsnit 17.2.2 (note 10).

konkurrenceforbudet i art. 85. Eller sagt på en anden måde, en »udvidelse« af forbudet til at omfatte private handlinger vil i vidt omfang gøre art. 85 overflødig. Art. 85 forbyder privatretlige aftaler, der påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og fordrer konkurrencen, d.v.s. forbyder dispositioner, der, hvis forbudet mod FtV også omfatter private handlinger, typisk vil være omfattet af art. 30 og art. 34. Da art. 85 naturligvis er medtaget i traktaten, fordi traktatens forfattere mente, at den havde selvstændig betydning, er dens eksistens ifølge Graf et godt argument mod, at forbudet mod FtV omfatter private handlinger.

Der findes dog enkelte forfattere, der nævner muligheden af, at forbudet mod FtV også gælder private³⁹. De pågældende henviser navnlig til den i afsnit 17.2.4 nævnte praksis vedrørende enerettigheder og til en række domme vedrørende andre af traktatens bestemmelser, der er tilagt virkning over for private. De går dog ikke dybere ind i problemstillingen og er klare over, at en udvidelse af forbudet til at omfatte private kan give vanskeligheder. Disse må efter van Gervens mening føre til, at forbudet mod FtV i forhold til private alene skal gælde som et forbud mod åbenlys diskrimination.

17.4.2 – Domstolens praksis. Domstolen har ikke haft lejlighed til at tage klar stilling til forbudets anvendelse på private⁴⁰.

17.4.2.1 – Domstolens praksis vedrørende enerettigheder kan som nævnt i afsnit 17.2.4 påberåbes til støtte for, at private også kan være omfattet af forbudet mod FtV. Men denne praksis er næppe afgørende. Den kan også forklares under henvisning til de nationale domstoles medvirken og de øvrige i afsnit 17.2.4 nævnte grunde.

17.4.2.2 – Argumenter byggende på modsætningsslutninger fra art. 85 skal næppe efter Domstolens praksis tillægges for stor vægt. Dette synes at være en af de slutninger, man indirekte kan drage af sag 13/77 Inno, der vedrørte lovlighede-

39. Se van Gerven, *anf.st.* s. 21, og Bleckmann, *Europarecht* s. 113.

40. Man kunne måske gøre gældende, at Domstolen gennem sin »definition« af FtV har taget stilling til spørgsmålet. »Definitionen« nævner alene »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen«, se sag 8/74 Dassonville, kap. 22.2.7. Det vil dog ikke være rimeligt at opfatte definitionen som en stillingtagen til det her rejste spørgsmål. Der har i alle de sager, hvor Domstolen har brugt »definitionen«, været tale om klare tilfælde af offentlige foranstaltninger.

den af nogle specielle prisregler for belgiske tobaksvarer⁴¹. Dommen viser Domstolens uvilje mod på forhånd at udelukke anvendelsen af art. 30 på private handlinger eller art. 85 og 86 på statslige handlinger. De to sæt regler skal tværtimod i videst muligt omfang supplere hinanden til opnåelse af deres respektive formål, nemlig ophævelse af handelshindringer og gennemførelse af en loyal konkurrence inden for fællesmarkedet.

17.4.2.3 – Domstolens praksis vedrørende private som pligtsubjekter efter traktatens andre bestemmelser. Der er en tydelig tendens i Domstolens praksis til at lade traktatens forbudsbestemmelser gælde også for private.

Domstolen fastslog således i sag 36/74 Walrawe, at *diskriminationsforbudene i traktatens art. 7, 48 og 59* ikke alene »gælder for offentlige myndigheders retsakter, men tillige for andre former for regler, hvis formål er at give kollektive bestemmelser for lønarbejde og tjenesteydelser«.

Dette resultat kunne ikke overraske for så vidt angår *arbejdsforhold*. Traktatens art. 48 påbyder nemlig uden nærmere angivelse af pligtsubjekterne afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af arbejdstagerne, og art. 7 i forordning 1612/68 bestemmer udtrykkeligt, at enhver diskriminerende bestemmelse i kollektive eller individuelle overenskomster eller andre kollektive aftaler om arbejdsvilkår er retligt ugyldig.

Resultatet var for så vidt heller ikke overraskende i forbindelse med det *almindelige diskriminationsforbud i traktatens art. 7*. Heller ikke dette begrænser sig efter sin ordlyd til medlemsstaterne, og den største del af teorien var gået ind for resultatet⁴².

Resultatet er mere overraskende for så vidt angår *tjenesteydelser*. Her synes traktatens art. 60, stk. 3, art. 62 og art. 64 at vise, at diskriminationsforbudet alene gælder offentlige foranstaltninger. Domstolen begrundede imidlertid resultatet med, at traktatens *grundlæggende* mål om fri bevægelighed af tjenesteydelser ville blive bragt i fare, hvis forbudet mod statslige hindringer kunne omgås ved hjælp af hindringer bestemt af ikke-statslige foreninger eller organer. I øvrigt ville det modsatte resul-

41. Se omtalen af dommen, kap. 22.2.27.

42. Se dog herimod Fridtjof Fr. Gundersen, »Das Diskriminierungsverbot im EWG-Vertrag«, *NJW* 1975 s. 472 ff. Se også om de betænkeligheder, resultatet giver anledning til, Sundberg-Weitmann, *anf.st.* s. 32 sammenholdt med s. 69.

tat kunne skabe uligheder mellem medlemsstaterne, da det kan være tilfældigt, om et bestemt forhold er reguleret gennem offentligretlige regler eller private overenskomster⁴³. Domstolen afviste endelig modsætningsslutningerne fra art. 60, stk. 3, art. 62 og art. 64 ved at henvise til, at den grundlæggende bestemmelse i tjenesteydelseskapitlet, nemlig art. 59, er helt generel. Den sonderer ikke efter ophavsmanden til de hindringer, der skal fjernes.

Afgørende for resultatet har *formålsbetragtningerne* været. Bestemmelsernes formål er at afskaffe hindringer for de frie bevægelser over grænserne, og dette kan kun opnås effektivt, hvis også hindringer af privat oprindelse omfattes af forbudene.

Domstolens afgørelse i sag 43/75 Defrenne viser også tendensen i Domstolens praksis til at udstrække anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser til at gælde private. Art. 119 bestemmer, at »hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde«. Domstolen fastslog, at denne ligelønsregel kunne gøres gældende ved nationale domstole over for alle arbejdsgivere, *hvad enten de er private eller offentlige*. Domstolen gjorde i præmisserne mest ud af spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelsen overhovedet var egnet til umiddelbar anvendelse af de nationale retter⁴⁴. Dens begrundelse for, at bestemmelsen ikke alene forpligtede medlemsstaterne, men også private, indskrænkede sig til en henvisning til bestemmelsens bindende karakter og dens grundlæggende betydning i traktatens system⁴⁵.

Man får ved læsningen af dommen det indtryk, at der kun er et lille skridt fra konstateringen af, at ligelønsbestemmelsen er umiddelbart anvendelig over for dens direkte adressater, nemlig medlemsstaterne som arbejdsgivere, til at den også må gælde private arbejdsgivere⁴⁶. Afgø-

43. Et synspunkt, der har vægt, når man f.eks. betænker, at flere forhold inden for arbejdsmarkedsområdet er reguleret ved overenskomst i Danmark end i de andre medlemsstater.

44. Se om denne del af dommen kap. 16.3.

45. Domstolen nævnte også, at art. 119's henvisning til medlemsstaterne ikke blot er en henvisning til medlemsstaternes lovgivende organer, men også til de dømmende. Disse sidste har også en pligt til at medvirke til ligelønsprincippet gennemførelse.

46. Denne slutning har ikke forekommet de private arbejdsgivere så nærliggende. De har ud fra en naturlig forståelse af bestemmelsens ordlyd alene kunnet udlede en pligt for medlemsstaterne til med virkning for dem at gennemføre denne pligt ved nationale regler.

rende har også her været, at de effektive virkninger af bestemmelsen ville blive væsentligt formindskede, hvis den ikke blev fortolket som gældende for alle former for private arbejdsaftaler. Dens formål ville ikke blive nået, hvis dette ikke skete.

17.4.3 – Retstekniske og andre grunde til at indskrænke forbudene til kun at gælde visse private handlinger. Formåls- og effektivitetshensyn kan føre til, at traktatens forbudsbestemmelser fortolkes som pligtskabende for private. Men dette betyder ikke nødvendigvis, at alle former for private handlinger er omfattet. Forbudene skal kunne fungere, og der kan være særlige grunde til at begrænse deres anvendelse til visse typer dispositioner.

Sådanne betragtninger ligger formentlig til grund for afgørelsen i sag 36/74 Walrawe, hvorefter den private pligtsubjektivitet alene gælder *kollektive reguleringer*. Dette kunne måske forklares med sagens omstændigheder. Der var rent faktisk tale om diskriminerende bestemmelser i en verdensomspændende sportssammenslutnings vedtægter. På den anden side synes præmisserne at vise, at det er Domstolens opfattelse, at diskriminationsforbudene i forhold til private kun skal gælde for kollektive aftaler og vedtægter, d.v.s. privatretlige bestemmelser, der tilsigter at regulere en flæthed af situationer. Disse kan sidestilles med offentligretlige regler. De kan udgøre en tilsvarende fare for de frie personbevægelser som offentligretlige regler, *og det er muligt i forhold til dem at sanktionere eventuelle overtrædelser af diskriminationsforbudet*. De kan nemlig sanktioneres ved ugyldighed. En udstrækning af diskriminationsforbudet til også at gælde privates *individuelle* dispositioner vil derimod volde betydelige vanskeligheder. Hvorledes kan man bevise, at en dansk arbejdsgivers antagelse af en dansk arbejder i stedet for en tysk udgør en ulovlig diskrimination, og hvorledes kan man sanktionere en sådan overtrædelse? Ugyldighed af den foretagne disposition vil sjældent være en adækvat sanktion⁴⁷. Sanktionen må normalt være strafferetlig. Men en

47. Set i forhold til den forurettede vil den sjældent forekomme effektiv. Han vil ikke have nogen sikkerhed for, at en ny disposition bliver til fordel for ham. Og set i forhold til den, der i første omgang bliver begunstiget af dispositionen, kan det være urimeligt at fastslå dispositionens ugyldighed.

Erstatning til den forurettede vil altid være en mulighed, men sjældent en virkelig effektiv, bl.a. på grund af vanskelighederne ved at bevise tab.

sådan forudsætter særlige regler, og sådanne regler er ikke fastsat på disse områder⁴⁸. Det kan heller ikke udelukkes, at Domstolen ved denne begrænsning af forbudets anvendelsesområde har taget et vist hensyn til det almindelige princip om kontrakts- og erhvervsfrihed, som med større eller mindre vægt finder udtryk i de 9 medlemsstaters retsordener. Dette princip er selvsagt ikke i nogen af medlemsstaterne til hinder for et forbud, men kan måske føre til en indskrænkende fortolkning af diskriminationsforbud, hvis kreds af forpligtede ikke er klart afgrænset⁴⁹.

Der er således gode grunde til at gå ud fra, at *Domstolen er af den opfattelse, at traktatens diskriminationsforbud i art. 7, 48 og 59 kun gælder for private, når privates dispositioner har fundet udtryk i overenskomster, vedtægter eller lignende kollektive aftaler og reguleringer*^{50 51}.

Den nærmere afgrænsning af begrebet »kollektiv regulering« vil kunne give problemer. Man kan f.eks. spørge, om to eller flere danske advokaters »aftale« om kun at optage danske advokater som kompagnoner eller medarbejdere i deres forretning vil være i strid med art. 52 eller art. 48, og om den praksis, der af en erhvervsorganisation el.lign. er fulgt ensartet og længe, vil kunne sidestilles med en vedtægtsbestemmelse. Disse problemer vil dog næppe være vanskelige at løse. Afgrænsningen må ske ud fra de hensyn, der ligger til grund for begrænsningen. Dette vil navnlig sige foranstaltningens fare for de frie bevægelser, bevisvanske-

48. Se om de særlige sanktionsregler inden for konkurrenceretsområdet kap. 12.4 og om de særlige bødere regler i forordning nr. 11 vedrørende diskriminationsforbudet inden for transportområdet kap. 12.5.

49. Sag 4/73 Nold accepterer princippet om den frie udøvelse af handel, arbejde og andre former for erhvervsmæssig virksomhed, men fastslår også, at der kan gøres indskrænkninger i disse »rettigheder« af hensyn til offentlige interesser.

50. Forbudet mod nationalitetsdiskrimination kan udstrækkes til også at gælde privates individuelle handlinger. Dette kunne ske med hjemmel i traktatens art. 7, stk. 2, hvorefter Rådet kan udstede regler med henblik på at forbyde nationalitetsdiskrimination. Disse regler kunne da indeholde de nødvendige sanktionsregler. Se om betydningen af art. 7, stk. 2, kap. 12.2.

51. Dette resultat er ikke i modstrid med dommen i sag 43/75 Defrenne, hvorefter art. 119 også gjaldt individuelle arbejdsaftaler. Denne bestemmelse kan uden supplerende bestemmelser håndhæves ved søgsmål for nationale retter gennem domme, der bringer den lavere løn op på niveau med den højere. Formålet med bestemmelsen nødvendigvis, at den også finder anvendelse på individuelle kontrakter, og der er i art. 119 klart givet udtryk for, at ligebehandlingsprincippet er vigtigere end kontraktfrihedsprincippet. Alene bevisvanskelighederne står tilbage som et ikke-afgørende problem.

ligheder, mulighed for effektive sanktioner og hensynet til kontrakts- og erhvervsfriheden⁵².

17.4.4 – Stillingtagen. Der foreligger på den ene side en række argumenter, støttet på bestemmelsernes ordlyd, systematiske placering m.v., der støtter, at private ikke er omfattet af forbudet mod FtV. Der foreligger på den anden side domspraksis på tilsvarende områder, der viser, at formålsbetragtninger er afgørende, når spørgsmål om pligtsubjektivitet skal afgøres. Det vil være urealistisk at tro, at Domstolen vil finde de førstnævnte argumenter så stærke, at de nødvendigvis må føre til en indskrænkende fortolkning af forbudet, hvis den mener, at en udvidende fortolkning er nødvendig for at nå traktatens mål, nemlig at sikre de frie varebevægelser, og at disse mål kun kan nås gennem anvendelsen af forbudet mod FtV.

Den endelige stillingtagen til problemet nødvendiggør derfor en undersøgelse af, *om* der er private handlinger, der hindrer de frie varebevægelser, og som ikke allerede er dækket af andre af traktatens forbud, og *om* anvendelsen af forbudet mod FtV på effektiv måde kan fjerne disse hindringer.

Det er hensigtsmæssigt at besvare det sidste af de to spørgsmål først. De argumenter, der taler mod en anvendelse af forbudene i art. 7, 48 og 59 på privates individuelle dispositioner, kan også anføres i forbindelse med forbudet mod FtV. Det vil næppe være muligt uden supplerende regler at få gennemført f.eks. et forbud mod, at den enkelte private diskriminerer ved varekøb på grundlag af varers oprindelse. Håndhævelsen ville både støde på bevisvanskeligheder og give sanktionsproblemer. Det ville også være et alvorligt indgreb i aftalefriheden. Farerne for handelshindringer som følge af privates dispositioner er heller ikke stor. Den enkelte forbruger og erhvervsdrivende vil normalt foretage sine dispositioner ud fra sædvanlige økonomiske overvejelser, d.v.s. købe varer ud fra pris og kvalitet og ikke ud fra national oprindelse.

Til gengæld er det givet, at vedtægter, kollektive aftaler, overenskom-

52. Begge de rejste spørgsmål må formentlig besvares bekræftende. Dette har dog kun begrænset betydning for advokattilfældet. For nok er aftalen ugyldig, men man kan jo ikke forhindre, at advokaterne i de enkelte situationer diskriminerer på grundlag af nationalitet. Domstolen har taget stilling til det andet spørgsmål i sag 13/76 Dona. Forbudene i art. 7, art. 48 og art. 59 omfattede også *praksis* fra en sportsorganisations side.

ster mellem virksomheder eller andre generelle reguleringer, herunder fast praksis, kan føre til handelshindringer, der på den ene side ikke giver de samme bevis- og sanktionsproblemer, og som på den anden side kan udgøre reelle farer for de frie varebevægelser⁵³.

Den her hævdede begrænsning af forbudets anvendelse betyder imidlertid også, at den praktiske betydning af forbudet på dette område vil være tvivlsom.

De fleste af sådanne private »generelle handelshindringer« vil nemlig være omfattet af traktatens art. 85. Denne bestemmelses forbud mod konkurrencebegrænsninger, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, må antages at dække de praktisk vigtigste tilfælde af private handelshindringer, der er omtalt i dette kapitel. Bestemmelsen omfatter »alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenlutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis«.

Hertil kommer, at de »generelle handelshindringer«, der ikke er omfattet af art. 85 (eller art. 86's forbud mod misbrug af dominerende stilling) – man kan f.eks. nævne vedtægter for en erhvervsvirksomhed eller en forening – kan være omfattet af det generelle »nationalitetsdiskriminationsforbud« i traktatens art. 7⁵⁴.

Det restområde, der bliver tilbage som et muligt selvstændigt anvendelsesområde for forbudet mod FtV, omfatter herefter *ikke-diskriminerende* »generelle handelshindringer«, der ikke falder ind under art. 85 eller art. 86.

53. Man kan som eksempler nævne: En arbejdsgiversammenslutnings vedtagelse om, at dens medlemmer kun må købe varer i et eller flere bestemte lande. En brancheforenings vedtagelse af standarder, der på samme måde som offentligretlige regler om varers indretning og udstyr vil kunne føre til og måske endda tilsigte handelshindringer. Se om disse standarder, hvis handelshindrende virkninger dog begrænses ved, at de i et vist omfang er internationale, Röhling, *Überbetriebliche Technische Normen*, navnlig s. 37 og 55. Standarderne, der har stigende betydning, har normalt rationaliseringsformål. Deres retlige status i de enkelte stater er forskellig. I visse tilfælde tillægges der under visse betingelser standarder, vedtaget af brancheorganisationer, bindende virkning gennem vedtagelse af offentligretlige regler. I andre sker noget tilsvarende ikke som en almindelig ordning. Anvendelsen af forbudet mod FtV er utvivlsom i førstnævnte tilfælde.

54. Man må som nævnt i kap. 12.2 gå ud fra, at art. 7's forbud mod nationalitetsdiskrimination også kan bruges over for vareoprindelsesdiskrimination. Muligheden for at anvende art. 7 i forhold til privates vareindkøb og varesalg er nævnt i Wohlfart m.fl., *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag*, ad art. 7, anm. 13, og M. Hochbaum, *Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot der EGKS und EWG* Baden-Baden, 1962, s. 170.

Om forbudet kan og skal anvendes inden for dette område er mere end tvivlsomt. En forudsætning er naturligvis, at forbudet mod FtV overhovedet går videre end til at være et forbud mod diskrimination. Andre forudsætninger er, at der er praktisk behov for, og at det er retsteknisk muligt, at anvende forbudet på privates ikke-diskriminerende dispositioner. Disse spørgsmål vil blive taget op i kap. 26.14 efter undersøgelserne af forbudets saglige anvendelsesområde i forhold til offentlige myndigheder.

AFSNIT III

- HANDELSHINDRINGSBEGREBET EFTER ART. 30 OG ART. 34 - FASTLÆGGELSE EFTER TEORI OG PRAKSIS

KAP. 18 – OPGAVEN AFGRÆNSES OG SYSTEMATIKKEN FASTLÆGGES

18.1 – Indledende bemærkninger

Den nærmere afgrænsning af begrebet FtV i art. 30 og art. 34 har i de senere år beskæftiget teori og praksis meget. Det er ikke lykkedes at nå frem til klarhed om, efter hvilke kriterier de efter art. 30 og art. 34 forbudte foranstaltninger skal defineres. Der gives i teorien udtryk for de mest forskelligartede opfattelser. Kommissionen var allerede i slutningen af 1960'erne nået frem til en nogenlunde fast praksis, som den dog har måttet modificere i et vist omfang. EF-Domstolen har først i de sidste 6 år beskæftiget sig med spørgsmålet. Det er tvivlsomt, om Domstolen er nået frem til en sikker begrebsfastlæggelse. Teoriens udlægning af Domstolens praksis er da også usikker.

18.2 – Opgaven afgrænses

Udgangspunktet for alle forsøg på at fortolke begrebet FtV har været forbudsbestemmelsernes *ordlyd*, d.v.s. at det skal dreje sig om foranstaltninger med *tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner*.

Man kunne derfor rent umiddelbart være tilbøjelig til at fortolke forbudet mod FtV ud fra begrebet kvantitative import- og eksportrestriktioner. Fortolkningen måtte ske på grundlag af en analyse af begrebet kvantitative restriktioner, og dens resultat ville være, at de foranstaltninger, der efter deres typiske egenskaber svarede til kvantitative restriktioners egenskaber, var omfattet af forbudet mod FtV. Det er imidlertid i kap. 12.3.3 påvist, at sådanne forsøg er dømt til at mislykkes, allerede fordi der er tvivl om fastlæggelsen af begrebet kvantitative restriktioner, navnlig for så vidt angår behandlingen af importforbud eller begrænsninger, der modsvares af interne produktions- eller afsætningsforbud el-

ler -begrænsninger. Det er dog ikke disse vanskeligheder, der gør, at man principielt må afvise at fortolke forbudet mod FtV på grundlag af slutninger fra begrebet kvantitative restriktioner. Afvisningen skyldes, at sådanne slutninger ville bygge på en gal læsning af forbudsbestemmelserne.

Art. 30 forbyder foranstaltninger med tilsvarende *virkning* som kvantitative restriktioner og ikke foranstaltninger, der svarer til disse. Det korrekte udgangspunkt må derfor være en analyse af virkningerne af kvantitative restriktioner. Og denne fører ikke videre end til en konstatering af, at kvantitative restriktioner typisk har *samhandelshindrende* virkninger. Men dette rejser straks det yderligere spørgsmål: Omfatter begrebet FtV alle nationale foranstaltninger med sådanne virkninger og i benægtende fald, hvorledes afgrænses de lovlige handelsbegrænsende foranstaltninger fra de ulovlige?

Der er enighed om, at afgrænsningsproblemet er vanskeligt. Der er også enighed om, at udgangspunktet er, at forbudet ikke rammer alle handelshindringer. Selv de forfattere, der går længst i deres fortolkning, er klar over, at forbudets anvendelsesområde må begrænses på en eller anden måde. Det er kriterierne for denne afgrænsning, der giver anledning til vanskeligheder. Man må tage stilling til betydningen af diskrimination og handelshindringens mærkbarhed. Man må undersøge, om det kun er visse typer foranstaltninger, der er omfattet, f.eks. alene handelsregulerende, eller om der omvendt er visse typer, der er undtaget, f.eks. generelle økonomiske eller konjunkturpolitiske. Og man må overveje, om andre omstændigheder, f.eks. foranstaltningens formål, har indflydelse på fortolkningsresultatet.

18.3 – Systematikken og det foreliggende materiales behandling

Undersøgelserne vil i kap. 19-24 koncentrere sig om de fortolkningsbidrag, der kan findes i teorien og praksis. I kap. 25-26 forsøges det ved en selvstændig og samlet vurdering af det foreliggende materiale at nå frem til en afgrænsning af de forbudte FtV.

Teoriens behandling af spørgsmålet vil blive delt op i to kapitler. I kap. 19 vil de tidligere teoretiske opfattelser blive gennemgået, d.v.s. de opfattelser, der er fremsat, inden de første vigtige af Domstolens afgørelser blev afsagt i 1974. I kap. 23 vil teoriens opfattelser efter 1974 blive omtalt. Denne opdeling er naturlig. De senere teoretiske behandlinger forsøger at fortolke forbudet på grundlag af Domstolens praksis og forstås derfor

først efter gennemgangen af denne. Samtidig gør opdelingen det muligt at vise udviklingen i fortolkningsforsøgene kronologisk korrekt: nemlig først teoriens, derefter Kommissionens, derefter Domstolens og endelig atter teoriens.

Der vil blive gjort forholdsvis lidt ud af teorien. Allerede mængden af forfattere, der har beskæftiget sig med spørgsmålet, nødvendiggør en begrænsning. Men hertil kommer, at man inden for EF-retten nok må konstatere, at teoriens indflydelse er forholdsvis begrænset.

Denne påstand er ikke støttet på undersøgelser af nogen videnskabelig værdi, men er baseret på mere personlige fornemmelser, der dog kan hente en vis be- styrkelse i den relativt begrænsede anvendelse af teoriens synspunkter i proce- dureindlæggene for EF-Domstolen. EF-Domstolen synes i mere begrænset om- fang end nationale domstole at lade sig lede af teoriens synspunkter. Dette skyldes ikke mangel på kvalificerede teoretiske undersøgelser. Tværtimod. Det skyldes snarere mængden af disse. EF-retten har i alle medlemsstaterne været genstand for en meget levende teoretisk interesse. Dette har ført til en i virkeligheden uoverskuelig litteratur. Domstolen kan sjældent hente sikker vejledning om et problems løsning i en enig opfattelse i teorien. Teoriens begrænsede betydning for retsudviklingen skyldes også, at EF-retten har udviklet sig så hurtigt, som den har. EF-Domstolen har måttet tage stilling til så mange tvivlsomme spørgs- mål, der er opstået pludseligt og uventet, at teorien i ikke ringe grad har måttet koncentrere eller i hvert fald har koncentreret sig om en undersøgelse, fortolk- ning og systematisering af den foreliggende domspraksis fremfor at forsøge at påvirke denne praksis.

Hovedvægten i denne afhandling vil derfor blive lagt på en undersøgelse af Kommissionens og Domstolens praksis.

Kommissionens indflydelse på Domstolens praksis er betydelig. Både fordi det i et vist omfang er Kommissionen, der bestemmer, hvilke sager der forelægges Domstolen, nemlig ved anlæg af traktatbrudssager mod medlemsstaterne efter traktatens art. 169, og fordi Kommissionen – til forskel fra medlemsstaterne – i de præjudicielle sager efter traktatens art. 177 altid fremkommer med skriftlige og mundtlige indlæg for EF-Domstolen. Disse er grundige og velargumenterede. De bygger på et godt kendskab til de pågældende sagers faktiske forhold og til de tilgrund- liggende problemstillinger på det pågældende område. Hertil kommer, at de er udtryk for det samme grundlæggende syn på formålet med EF-

samarbejdet, som Domstolen har. Der vil derfor i kap. 20 blive gjort en del ud af Kommissionens fortolkning af forbudet mod FtV og af dens praksis på området.

EF-Domstolens praksis vil blive gennemgået i kap. 22 og kap. 24. Kap. 22 vil gennemgå dommene i den rækkefølge, i hvilken de er afsagt, og kap. 24 vil indeholde en systematisering af dommene ud fra forskellige kriterier.

I kap. 21 vil der ske en kort omtale af *nationale domstoles* praksis på området, og det vil blive drøftet, om der kan hentes fortolkningsbidrag fra disse domstoles og de *nationale forvaltningsmyndigheders* praksis.

KAP. 19 – TEORIENS AFGRÆSNSINGSFORSØG INDEN 1974

19.1 – Indledende bemærkninger

Dette kapitel indeholder et forsøg på at fremdrage hovedlinierne i teoriens tidlige forsøg på afgrænsning af det materielle indhold af forbudet mod FtV. Først vil de oprindelige – tyske – traktatkommentarers behandling af spørgsmålet blive omtalt. Derefter vil de teorier, der går ud fra en restriktiv fortolkning af begrebet, blive behandlet. Det drejer sig om teorier, hvis udgangspunkt er, at alene diskriminerende foranstaltninger er omfattet af forbudet. Herefter gennemgås de teorier, der går ud fra en udvidende fortolkning. Disse teorier mener principielt, at enhver handelshindring er omfattet af forbudet, hvad enten der er tale om en diskriminerende eller en ikke-diskriminerende foranstaltning, således at en rimelig afgrænsning må findes ud fra andre kriterier. Endelig omtales de teorier, der mener, at forbudets hovedområde er diskriminerende foranstaltninger, og at ikke-diskriminerende foranstaltninger alene er omfattet, når specielle betingelser er opfyldt.¹

19.2 – De første traktatkommentarer

Teorien beskæftigede sig i de første år efter traktatens ikrafttræden ikke specielt med det her behandlede afgrænsningsproblem. Man synes ikke at have været opmærksom på de vanskeligheder, bestemmelserne senere har vist sig at give. Dette gælder f.eks. den klassiske traktatkommentar fra 1960 af tyskerne *Wohlfarth, Everling, Glaesner og Sprung*, hvor spørgsmålet ofres mindre end en side². Forfatterne til denne kommentar tillagde tilsyneladende ikke forbudet mod FtV større praktisk betydning.

1. Denne opdeling af teorierne har jeg hentet fra Ehlermann, der har brugt den i sine mange artikler om art. 30, se senest den kortfattede, men klare gennemgang af teorierne i *Festschrift für H. P. Ipsen* s. 579.

2. *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag*, art. 30 ved Glaesner.

Endnu så sent som i 1967 hedder det blot i Groeben og Boeck, *Kommentar zum EWG-Vertrag* om FtV: »I betragtning kommer alle statslige foranstaltninger, som ganske vist formelt ikke er kvantitative restriktioner, men som dog rent faktisk har samme virkning, som f.eks. ikke-retfærdiggjorte byrder ved udstedelse af licenser eller tildeling af valuta«.

Kommentaren opregner en række eksempler på FtV, hvoraf de vigtigste er omfattet af andre traktatbestemmelser, nemlig art. 12, art. 37, art. 67 og art. 106. En del af de øvrige eksempler knytter sig nøje til administrationen af de kvantitative restriktioner, der endnu i overgangsperioden var lovlige. Resten er alle, med en mulig undtagelse, klare eksempler på diskriminerende foranstaltninger. Den mulige undtagelse er et eksempel med importpriser.

19.3 – De restriktive fortolkninger

Seidel er den første, der klart giver udtryk for, at alene diskriminerende foranstaltninger er omfattet af art. 30³.

Han begrænser diskriminationsbegrebet til alene at omfatte åbenlys diskrimination. Hans vigtigste argument er, at traktaten forudsætter, at medlemsstaterne fortsat har kompetence til at fastsætte regler for om sætningen af varer, »når reglernes begrundelse er hensynet til den offentlige sikkerhed og orden«. Sådanne nationale regler udstedes ikke »af hensyn til deres økonomiske virkninger, men for at tilgodese den offentlige interesse i at beskytte bestemte retsgoder«. Denne opfattelse bekræftes af en sammenligning med traktatens øvrige bestemmelser, navnlig etablerings- og tjenesteydelsesreglerne, der viser, at diskriminationsbegrebet er grundlaget for sondringen mellem traktatens forbud og institutionernes harmoniseringskompetence.

Graf er i sin bog *Der Begriff Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen in dem EWG Vertrag* fra 1972 efter en grundig undersøgelse kommet til det resultat, at FtV er »diskriminationer over for udenlandske varer«⁴. Det er ikke nødvendigt, at foranstaltningerne formindsker indførslerne eller er egnet hertil.

Graf går ud fra det diskriminationsbegreb, der findes i traktatens art. 48, stk. 2, og art. 52, stk. 2, og understreger, at dette begreb ikke omfatter ligebehandling af uens faktiske situationer⁵. Han når navnlig sit resultat på grundlag af en undersøgelse af traktatens 5 friheder (fri bevægelighed af varer, arbejdskraft, etablering, tjenesteydelser og kapital), der efter hans fortolkning alene hviler på et diskriminationsforbudsprincip.

3. »Der EWG-rechtliche Begriff der »Massnahme gleicher Wirkung« wie eine mengenmässige Beschränkung«, *NJW* 1967 s. 2081.

4. S. 125.

5. S. 98.

Graf lægger også vægt på, at det af ham valgte kriterium er *det eneste*, der i praksis gør det muligt at afgrænse lovlige fra ulovlige nationale foranstaltninger. Han gennemgår de andre kriterier, der er foreslået, og afviser dem alle som uanvendelige i praksis.

Marx går efter grundige undersøgelser af teorien og traktatens bestemmelser også ind for en afgrænsning af art. 30 på grundlag af diskriminationsbegrebet⁶. Han bygger sin fortolkning på det efter hans opfattelse eneste sikre fortolkningsmoment, nemlig forholdet mellem traktatens harmoniseringskompetencer og liberaliseringsforpligtelser. Han viser, hvorledes liberaliseringen vedrørende etablering, tjenesteydelser og kapital alle bygger på et diskriminationsforbud suppleret med harmoniseringskompetence, og hævder, at forholdet mellem art. 30 og art. 100 nødvendigvis også må være et forbud mod diskrimination med mulighed for at fjerne yderligere hindringer gennem harmonisering.

Meier har givet udtryk for en meget restriktiv fortolkning⁷. FtV kan der kun være tale om i forbindelse med egentlige im- og eksportforbud og -begrænsninger samt direkte (»unmittelbaren«) import- og eksporthindringer. Undtaget er således indirekte (»mittelbaren«) hindringer, d.v.s. foranstaltninger, der ikke har forbindelse med selve varens passage over grænsen, men først rammer varen, når den er kommet ind i landet. Denne restriktive fortolkning bliver dog væsentligt modificeret, da *Meier* i traktaten mener at kunne indfortolke et stiltiende »almindeligt forbud mod opretholdelse eller indførelse af hindringer i EF-vareshandelen«, der også omfatter de indirekte import- og eksporthindringer.

Steindorff kan måske også nævnes i denne gruppe⁸. Han går som de øvrige principielt ind for at begrænse forbudet mod FtV til et diskriminationsforbud, men han mener ikke, at dette kan begrænses til åbenlyse diskriminationer. Hans forståelse af diskriminationsbegrebets relativitet fø-

6. Se *Funktion und Grenzen der Rechtangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*.

7. Se Dietrich Ehle og Gerd Meier, *EWG-Warenverkehr* Rd nr 91. Köln 1971.

8. Se Ernst Steindorff, *Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht im Gemeinsamen Markt*, Berlin 1965 s. 14 ff. og en vis udvikling i hans opfattelse i M. Legrange (Red.), *Dienstleistungsfreiheit und Versicherungsrecht im Gemeinsamen Markt*, Stuttgart, 1971, s. 80 ff.

rer ham til resultater, der reelt svarer til de resultater, tilhængerne af de formidlende teorier når til.

19.4 – De udvidende fortolkninger

Verloren van Themaat, der har været medlem af Kommissionen, har som den første givet udtryk for, at alle handelshindrende nationale foranstaltninger er FtV, medmindre de specielt er omfattet af en undtagelsesbestemmelse⁹.

Han henviser til, at art. 30's ordlyd ikke giver grundlag for et krav om diskrimination. Han fremhæver, at traktaten almindeligvis tydeligt sondrer mellem »begrænsninger« og »diskriminationer«. I ét tilfælde, art. 52, er udtrykkeligt kun diskrimination forbudt. I tre andre tilfælde, art. 48, art. 59/60 og art. 67/68, omtales udtrykkeligt såvel begrænsninger for den frie bevægelighed som diskriminationer. Han mener i øvrigt ud fra en gennemgang af traktatens bestemmelser at kunne udlede, at traktatens grundprincip er de frie varebevægelser og ikke et diskriminationsforbud. En vid fortolkning er i overensstemmelse med forbudets formål, nemlig at realisere et fælles marked. Et fælles marked betyder, for så vidt angår de frie varebevægelser, at enhver skal kunne tilbyde og købe varer, hvor de økonomiske forhold er de gunstigste.

Art. 36 påberåbes til støtte for dette standpunkt. Bestemmelsen har nemlig kun ringe betydning, hvis alene diskriminerende foranstaltninger er omfattet af forbudene. Også bestemmelserne i GATT anføres til støtte for resultatet. Art. III, stk. 1, omfatter generelt alle nationale regler, der har en beskyttende virkning for den indenlandske industri, uanset om de er diskriminerende eller ej. Ganske vist er bestemmelsen i stk. 1 præciseret gennem stk. 4 og 5, således at det er klart, at det alene er forbudt at stille udenlandske varer mindre gunstigt end indenlandske, men en sådan præcisering findes netop ikke i art. 30. Hertil kommer, at art. 30 nødvendigvis også må omfatte ikke-diskriminerende handelshindrende foranstaltninger. Sådanne handelshindringer skal afskaffes. Traktaten indeholder ikke andre bestemmelser, der kan bruges, og de kan ikke harmoniseres væk. Den nødvendige accept af visse ikke-diskriminerende handelshindringer kan alene støttes på art. 36. Dette fører *van Themaat* til en noget videre fortolkning af art. 36 end sædvanligt. Dette

9. I artikler fra 1967 og senere i det hollandske tidsskrift *Sociaal-Economische Wetgeving* 1967 s. 632, 1969 s. 486 og 1970 s. 258.

gælder navnlig begrebet »den offentlige orden«, som efter hans mening kan retfærdiggøre nationale forskrifter om mål og vægt. Derimod mener han, at nationale krav om mærkning og standardisering ikke kan retfærdiggøres på denne måde. Sådanne nationale krav kan kun lovliggøres gennem en fællesskabsretsakt med hjemmel i art. 235¹⁰.

Waelbroeck har også gjort sig til talsmand for en udvidende fortolkning¹¹.

Hans vigtigste synspunkter er af ham selv sammenfattet således¹²:

- Rent sprogligt kan begrebet »FtV« også omfatte foranstaltninger, der er anvendelige uden forskel på indførte og nationale varer.

- At traktaten stiltiende skulle have forbeholdt medlemsstaterne en kompetence til at vedtage foranstaltninger, der kan have restriktive virkninger på samhandelen, er i strid med både traktatens formål og systematik og ikke mindst i strid med eksistensen af art. 36.

- Domstolens praksis viser klart den væsentlige rolle, de frie varebevægelser har i oprettelsen af Fællesskabet, hvorfor enhver foranstaltning, der besværliggør disse frie bevægelser, må betragtes som forbudt, medmindre en traktatbestemmelse udtrykkeligt hjemler den.

- Bestemmelserne om told og toldlignende afgifter, interne afgifter, konkurrencebegrænsninger i art. 85 og 86 og statshandelsmonopoler viser, at de frie varebevægelser til forskel fra de øvrige af traktatens frie bevægelser omfatter ikke blot foranstaltninger, der har protektionistisk eller diskriminatorisk karakter, men enhver foranstaltning, der kan skabe hindringer, selv rent formelle, for samhandelen.

- Risikoen for en ubegrænset udvidelse af begrebet FtV er ikke til stede.

- Traktaten giver staterne de nødvendige midler til på tilfredsstillende måde at sikre deres legitime interesser, samtidig med at man undgår, at samhandelen bliver hindret.

Det er også vigtigt for Waelbroeck, at sontringen diskriminerende/ikke-diskriminerende foranstaltninger er meget svær at anvende i praksis.

Der er særlig grund til at bemærke hans udtalelse om, at hans fortolk-

10. Denne opfattelse er Domstolen som omtalt i kap. 12.8 næppe enig i.

11. Se navnlig *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*.

12. Se s. 39.

ning ikke indebærer risiko for en ubegrænset udstrækning af begrebet FtV. Hans fortolkning af art. 30 er brugt i forbindelse med en undersøgelse af nationale prisreguleringer, og hans resultat er, at sådanne i meget vidt omfang er i strid med art. 30. Hans tese er, at prisreguleringer, der også gælder for importerede varer, vil betyde en formindskelse af importen. Eksportørerne, der har stadigt stigende omkostninger, vil forlade det marked, hvor priserne reguleres, og vende sig mod markeder, hvor priserne er frie. Waelbroeck er klar over, at man over for hans fortolkning kan indvende, at mange anti-inflatoriske foranstaltninger som deres vigtigste mål har en mindske af den økonomiske aktivitet og dermed en formindskelse af importen, hvorfor disse også kunne hævdes at være omfattet af art. 30. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Medlemsstaterne kan fortsat effektivt gribe ind i konjunkturpolitikken. Anvendelsen af art. 30 forudsætter nemlig, at der er »en direkte årsagsforbindelse« mellem den pågældende nationale foranstaltning og eksportørens beslutning om ikke at eksportere. En sådan direkte årsagsforbindelse er til stede i prisreguleringssituationer, men ikke i forbindelse med generelle økonomiske indgreb.

19.5 – De formidlende teorier

Disse går normalt ud fra Kommissionens opfattelse. Hovedparten af talsmændene har da også været tilknyttet Kommissionen. Dette gælder f.eks. Béraud, der var den første, der gav udtryk for synspunkter, der i vidt omfang svarede til dem, der blev lagt til grund i Kommissionens direktiv 70/50¹³. Forbudets hovedanvendelsesområde er de direkte diskriminerende foranstaltninger, men også foranstaltninger lige anvendelige på inden- og udenlandske varer er omfattet, når de er udtryk for »un abus de droit« – et retsmisbrug.

Andre talsmænd for denne formidlende teori er Ehlermann og Dona-Viscardini – også begge tjenestemænd ved Kommissionen¹⁴. Der kan for så vidt angår deres opfattelser i alt væsentligt henvises til omtalen

13. Se »Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome«, *RTDE* 1968 s. 265.

14. Se Ehlermann, »Die Bedeutung des Artikels 36 EWG für die Freiheit des Warenverkehrs«, *EuR* 1973 s. 1, samt hans kommentar til art. 30 ff. i *Kommentar zum EWG-Vertrag* og Wilma Dona-Viscardini, »Les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives«, *RMC* 1973 s. 224. Se om Ehlermanns kommentar til Domstolens praksis, kap. 24.

af Kommissionens fortolkning i kap. 20. Her skal alene gengives Ehlermanns sammendrag af Kommissionens grunde til at afvise både den udvidende og den restriktive fortolkning¹⁵.

Mod den restriktive fortolkning anføres navnlig, at art. 12 ff. og art. 30 ff. forbyder told og kvantitative restriktioner uden hensyn til, om de er diskriminerende eller ej. Hertil kommer, at en begrænsning til diskriminerende foranstaltninger ville åbne vide muligheder for omgåelser. Medlemsstaterne kunne blot begynde med at beskytte den nationale produktion gennem forskrifter, som formelt rammer indenlandske og udenlandske varer på samme måde, men dog faktisk udelukkende eller overvejende rammer importen.

Mod den udvidende fortolkning anføres tre grunde:

- Man kan ikke med rimelighed adskille det indførselsforbud, der modsvares af et almindeligt indenlandsk afsætningsforbud, fra det almindelige indenlandske afsætningsforbud. Indførselsforbudet er en integrerende del af det indenlandske afsætningsforbud.

- Rådets harmoniseringskompetence efter art. 100 viser, at handelshindringer som følge af ikke-diskriminerende foranstaltninger principielt må fjernes gennem harmonisering og ikke gennem anvendelse af art. 30.

- Ikke-diskriminerende foranstaltninger forfølger almindeligvis legitime formål. Kun en del af disse formål er nævnt i art. 36. Det legitime behov for at opretholde de ikke-diskriminerende foranstaltninger måtte da indebære en udvidende fortolkning af art. 36, hvilket er uantageligt.

Ulmer har givet udtryk for synspunkter, hvis praktiske resultater svarer til Kommissionens opfattelse¹⁶. Hans udgangspunkt er imidlertid, at sontringen diskriminerende/ikke-diskriminerende foranstaltninger ofte er uhåndterlig i praksis, og at den derfor bør opgives. Efter hans mening kan handelshindringer kun anses for FtV, når de er »funktionelt ækvivalente med kvantitative restriktioner«, d.v.s. når den pågældende nationale »regulering enten ikke er nødvendig til opnåelse af det som sådant legitime formål, eller når den er uforholdsmæssig i forhold til det tilstræbte mål«.

15. Se *EuR* 1973 s. 5 f.

16. »Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG-Vertrag«, *AWD BB* 1973 s. 349. Röhling giver i *Überbetriebliche technische Normen* s. 45 ff. udtryk for synspunkter i alt væsentligt sammenfaldende med Kommissionens.

KAP. 20 – KOMMISSIONENS TEORI OG PRAKSIS

20.1 – Kommissionens første standpunkttagen

Kommissionen gav første gang mere samlet udtryk for sine synspunkter vedrørende fortolkningen af forbudet mod FtV i 1967 i svar på spørgsmål stillet af medlem af Europa-parlamentet, Deringer¹.

Den fremhævede bl.a., at art. 30 og art. 34 afgrænser foranstaltningerne ikke gennem deres indhold eller art, men gennem deres virkninger. FtV er enhver offentlig regulering og praksis, som – uden at være omfattet af andre traktatbestemmelser – udgør en hindring for den import, som uden deres eksistens ville have kunnet finde sted. Dog udgør foranstaltninger, som uden forskel er anvendelige på importen og den nationale produktion, som udgangspunkt ikke FtV.

Kommissionen udelukkede ikke, at nye erfaringer kunne modificere fortolkningen, og nævnte, at den endelige fortolkning lå hos EF-Domstolen.

20.2 – Direktiv 70/50 af 22.12.1969

Kommissionens synspunkter blev præciseret og nedfældet i det i kap. 14.10 nævnte direktiv nr. 70/50 om afskaffelse af FtV, der ikke omfattes af andre bestemmelser truffet i medfør af EØF-traktaten. Formålet med direktivet, der er optaget som bilag til denne afhandling, og som er udstedt umiddelbart forud for overgangsperiodens udløb, var at give medlemsstaterne det bedst mulige grundlag for at bedømme retsvirkningerne af art. 30, når bestemmelsen blev umiddelbart anvendelig. Direktivet giver fortsat efter Ehlermanns oplysning fra maj 1977² det klareste udtryk for Kommissionens fortolkning af art. 30 (med enkelte mindre modifikationer, der er nødvendiggjort af Domstolens praksis³).

1. Se *J.O.* 1967 s. 901 og *J.O.* 1967 nr. 169/12.

2. Se hans bidrag til *Festschrift für H. P. Ipsen* s. 584.

3. Art. 30 omfatter også rene formaliteter, se note 4, og direktivets art. 3 kan sandsynligvis ikke begrænses til handelsreguleringer, se kap. 24.7 og kap. 26.6. Hertil kommer, at direktivets art. 5, litra b, vedrørende nationale markedsordninger, som er undtaget fra art. 30, er i strid med dommen i sag 48/74 Charmasson, jfr. ovenfor kap. 12.5.

20.2.1 – Direktivets struktur. Direktivet, der ikke omhandler eksport-situationerne, sonderer mellem »foranstaltninger andre end dem, der anvendes uden forskel på indenlandske varer og importerede varer« og »foranstaltninger, ... som anvendes uden forskel på indenlandske varer og importerede varer«.

De første, der er omhandlet i *art. 2*, er efter *stk. 1* FtV, når de »udgør en hindring for den import, der uden disse foranstaltninger ville have kunnet finde sted, herunder de, der gør importen mere vanskelig eller byrdefuld end afsætningen af indenlandske varer«. *Art. 2, stk. 2*, præciserer, at en sådan hindring kan opstå både, når importerede varer skal opfylde særlige betingelser i forhold til nationale, og når nationale varer bliver givet en fortrinnsstilling. *Art. 2, stk. 3*, indeholder en række eksempler på sådanne forbudte foranstaltninger. *Art. 3* fastslår ulovligheden af de handelsregulerende foranstaltninger, der anvendes uden forskel på importerede og nationale varer, når deres »restriktive virkninger på den frie omsætning af varer overskrider rammen for virkninger, der er karakteristiske for bestemmelser for handelen«.

Selv om Kommissionen med omhu har undgået begrebet diskrimination, er direktivet klart i sit princip. Efter *art. 2* er diskriminerende foranstaltninger omfattet af *art. 30*. De må antages at have handelshindrende virkninger. Ikke-diskriminerende foranstaltninger er derimod kun traktatstridige, når de særlige betingelser efter *art. 3* er opfyldt, d.v.s. at de som udgangspunkt er lovlige, selv om de er handelshindrende.

20.2.2 – Den handelshindrende virkning. Der skal efter *art. 2* være tale om foranstaltninger, der udgør en »hindring for den import, der uden disse foranstaltninger ville have kunnet finde sted, herunder de, der gør importen mere vanskelig eller byrdefuld end afsætningen af indenlandske varer«.

I *art. 3* tales der alene om »restriktive virkninger på den frie omsætning af varer«. Der er altså også her forudsat handelshindringer, men begrebet er ikke nærmere defineret. Dette er imidlertid sket i præambelen, hvor det siges, at de ikke-diskriminerende foranstaltninger dog har »restriktive virkninger, der overskrider rammen for de virkninger, som disse bestemmelser bør have. Dette er tilfældet, når indførsel enten er gjort umulig eller mere vanskelig eller byrdefuld sammenlignet med afsætningen af den indenlandske produktion ...«.

Kommissionen synes således også for disse i hvert fald formelt ikke-diskriminerende foranstaltninger at kræve, at *de skal have virkninger, der er forskellige for den internationale omsætning i forhold til den nationale omsætning*. Kommissionen synes således at lægge til grund, at der ikke kan tales om handelshindringer, medmindre der foreligger sådanne forskelle i virkninger.

Direktivet indeholder ingen præcisering af graden eller intensiteten af den hindring af handelen, den pågældende foranstaltning skal medføre.

På den ene side udelades fra direktivets anvendelsesområde »formaliteter« (se art. 2, stk. 2, sammenholdt med 3. afsnit i præamblen), selv om det er ubestrideligt, at formaliteter også kan besværliggøre handelen⁴. Det er muligt, men ikke sikkert, at der i dette forbehold skal lægges, at besværliggørelsen efter Kommissionens opfattelse ikke må være ubetydelig⁵. På den anden side er det klart, at Kommissionen i hvert fald ikke har gentaget betingelsen fra konkurrencerettens område, hvorefter konkurrencefordrøjningen skal være mærkbar.

20.2.3 – Direktivets diskriminationsbegreb er vanskeligt at fastlægge. Dette skyldes formentlig Kommissionens bevidste ønske om ikke at binde den fremtidige retsanvendelse på dette punkt. Art. 2, stk. 1, der blot taler om foranstaltninger »andre end dem, der anvendes uden forskel på indenlandske og importerede varer« (tysk: »unterschiedslos« og fransk: »indistinctement«), er neutral, d.v.s. at både åbenlyse og skjulte diskriminationer kan være omfattede.

Art. 2, stk. 2, der taler om betingelser, »som kræves alene af en importeret vare«, og om »en anden betingelse og mere vanskelig at opfylde«, omfatter derimod alene åbenlys diskrimination. Dette gælder også for hovedparten af eksemplerne i stk. 3, der alene forbyder regler, der udtrykkeligt stiller forskellige betingelser for inden- og udenlandske varer, f.eks. litra b: »fastsætter mindre fordelagtige priser for importerede varer end for indenlandske varer«. Ehlermann har da også gjort gældende, at det begreb, der bruges i direktivet, er et rent »formelt« be-

4. Domstolen har på dette punkt klart underkendt Kommissionens opfattelse. Også rene formaliteter – nemlig krav om importlicens, der automatisk udstedes efter anmodning – er omfattet af art. 30, se sag 51-54/71 International Fruit, jfr. kap. 22.2.3.

5. Se Ehlermanns oplysninger i *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 257 om baggrunden for dette forbehold.

greb⁶. Han fastslår, at »en foranstaltning bliver betegnet som »anvendt uden forskel (unterschiedslos), når den formelt behandler inden- og udenlandske varer ens«, og han må hermed henvise til bestemmelser, der efter deres indhold behandler inden- og udenlandske varer forskelligt, altså det, der i denne afhandling kaldes åbenlyse diskriminationer.

På den anden side fremgår det af stk. 2, at det kun indeholder nogle særligt klare eksempler, jfr. ordene »omfatter særlig«, og stk. 3 indeholder nogle eksempler, der måske viser, at også skjult diskrimination er omfattet. Dette gælder eksemplet i *litra e*, hvorefter art. 30 omfatter foranstaltninger, der »fastsætter varernes pris alene på grundlag af de indenlandske varers kostpris eller kvalitet på et sådant niveau, at der derved opstår en hindring for importen«. Det gælder også eksemplet i *litra g*, hvorefter art. 30 omfatter foranstaltninger, der »gør adgangen for importerede varer til det indenlandske marked betinget af at have en ansvarlig person eller repræsentant på den importerende medlemsstats område«.

Der er i disse tilfælde tale om foranstaltninger, der kan gives et sådant indhold, at indenlandske og importerede varer i hvert fald formelt behandles ens. Medtagelsen af disse eksempler synes netop begrundet i, at de nationale foranstaltninger ved ikke at tage hensyn til de forskellige betingelser, der gælder for inden- og udenlandske varer, kan have diskriminerende virkninger. Graf, der går ind for, at art. 30 alene omfatter åbenlyse diskriminationer, kritiserer da også Kommissionen for medtagelsen af disse tilfælde⁷.

Denne drøftelse viser de vanskeligheder, fastlæggelsen af diskriminationsbegrebet giver i forbindelse med art. 30. Sondringen mellem art. 2 og art. 3-tilfældene er ikke så klar, som man skulle tro. Art. 2 kan omfatte tilfælde, hvor diskriminationen består i, at foranstaltningernes virkninger er forskellige for inden- og udenlandske varer, og art. 3's handelshindringsbegreb forudsætter som nævnt, at foranstaltningen skal have virkninger, der er forskellige for den internationale og den interne handel.

6. Se *Festschrift für H.P. Ipsen* s. 582. Se samme synspunkt i *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 259, hvor han dog også udtrykkeligt nævner de nedenfor nævnte eksempler (stk. 3, *litra g* og *e*) som eksempler, der må »sidestilles« med »formel« diskrimination.

7. Se *anf.st.* s. 153 ff.

20.2.4 – De ikke-diskriminerende foranstaltninger. Afsnit 8 i præambelen forklarer, hvorfor de foranstaltninger, som anvendes uden forskel på inden- og udenlandske varer, som udgangspunkt ikke er omfattet af art. 30. Det siges, at disse foranstaltningers virkninger i princippet ikke svarer til virkningerne af kvantitative restriktioner, »da disse virkninger normalt må henføres til uligheder i de af medlemsstaterne anvendte bestemmelser«. Tankegangen må være, at traktaten forudser de handelshindrende virkninger af sådanne nationale bestemmelser fjernet gennem harmonisering. Ulovlige efter art. 30 er de kun, hvis deres »restriktive virkninger på den frie omsætning af varer overskrider rammen for virkninger, der er karakteristiske for bestemmelser for handelen«. Dette er efter direktivet navnlig tilfældet:

- »når de restriktive virkninger på den frie omsætning ikke står i forhold til det tilstræbte resultat« eller

- »når det samme mål kan nås ved et andet middel, som i mindre grad hæmmer samhandelen med udlandet«.

Kommissionen har her utvivlsomt opstillet betingelser, der må gælde for alle nationale handelshindrende foranstaltninger. Kommissionens udgangspunkt er en accept af det faktum, at nationale foranstaltninger kan have handelshindrende virkninger, og kræver alene, at de handelshindrende virkninger ikke må gå videre end nødvendigt for at opnå formålet med den nationale regulering.

Kommissionen har uden begrundelse begrænset art. 3 til alene at omfatte »foranstaltninger, som regulerer afsætningen af varer, særligt med hensyn til form, dimension, vægt, sammensætning, præsentation, identifikation og indpakning«. Denne begrænsning til »*handelsreguleringer*« skyldes formentlig, at det er forskelle i sådanne nationale regler, der i praksis betyder de vigtigste handelshindringer, og som derfor også udgør det vigtigste område for Rådets harmoniseringsdirektiver efter art. 100. Det vil i kap. 24.7 og kap. 26.6 blive drøftet, om denne begrænsning kan opretholdes.

20.3 – Udvikling i Kommissionens opfattelse?

Ehlermanns forannævnte oplysning om, at direktiv 70/50 fortsat er det tydeligste udtryk for Kommissionens fortolkning, udelukker ikke, at der på grund af de seneste års erfaringer kan være sket visse ændringer og præciseringer i Kommissionens opfattelse, som den har fundet udtryk i det ikke på alle punkter lige klare direktiv.

Kommissionen er ikke efter udstedelsen af direktivet kommet med en samlet redegørelse for sin opfattelse⁸. Man må derfor søge oplysninger om mulige ændringer og præciseringer i de mest almindelige kilder til oplysning om Kommissionens forhold, det vil i første række sige dens årlige beretninger m.v. og dens svar på spørgsmål fra Parlamentsmedlemmer.

20.3.1 – Kommissionens årlige »Almindelige Beretninger om De europæiske Fællesskabers virksomhed«. Disse årsberetninger indeholder oplysninger om Kommissionens bestræbelser på at realisere de frie varebevægelser. Oplysningerne suppleres af detailoplysningerne i de månedlige udsendte Bulletin'er og må også ses i sammenhæng med de planer, Kommissionen redegør for i sine offentliggjorte programmer for det kommende år.

Oplysningerne fra disse kilder vil blive brugt senere i afhandlingen⁹. Her skal alene nævnes nogle bemærkninger i den sjette almindelige beretning fra 1972, hvor Kommissionen gentager og uddyber de tanker, den har nedfældet i direktivets art. 3, dog således at man i hvert fald ikke udtrykkeligt medtager art. 3's begrænsning til »handelsregulerende« foranstaltninger. Det hedder i beretningens pkt. 588: »Enhver foranstaltning, der begrænser handelen på denne måde, kan dog ikke betragtes som FtV. Der er nemlig dels nogle foranstaltninger, der under alle omstændigheder specielt er reguleret i traktaten (told, afgifter, statsstøtte), mens andre *per se* er tilladt som synligt eller skjult udtryk for beføjelser, der udtrykkeligt eller stiltiende er forblevet hos medlemsstaterne«. Kommissionen prøver her, tilsyneladende på en anden måde end i direktiv 70/50, at forklare, hvorfor der er visse handelshindrende foranstaltninger, der ikke er omfattet af art. 30. Dens henvisning til »beføjelser, der ... er forblevet hos medlemsstaterne« minder på en besynderlig måde om den i kap. 5.4 omtalte, men forlængst opgivne amerikanske teori om »dual federalism«.

20.3.2 – Kommissionens svar på Parlamentsspørgsmål. Det betydelige antal sager vedrørende nationale foranstaltninger, som Kommissionen behandler på grundlag af art. 30¹⁰, og som den bliver opmærksom på

8. Kommissionen kan ikke efter overgangsperiodens udløb udstede et nyt direktiv eller ændre det gældende. Dens hjemmel til direktivudstedelse havde kun betydning i overgangsperioden. Se herom kap. 14.10.

9. Se navnlig kap. 27.1.

10. Det omtales i kap. 27, at Kommissionen i november 1978 behandlede mere end 400 sager om påståede brud på de frie varebevægelser, og at hovedparten vedrørte art. 30 og art. 34.

gennem egne undersøgelser eller gennem klager fra private, kommer kun med sikkerhed til offentlighedens kundskab, hvis de fører til traktatbrudssøgsmål ved EF-Domstolen. Omtalen af konkrete sager i de almindelige beretninger er normalt holdt i så almindelige vendinger, at værdien er begrænset. Selv om omtale somme tider kan findes i artikler i tidsskrifter¹¹, vil den bedste kilde til sådanne informationer ofte være Kommissionens svar på spørgsmål fra medlemmer af Europaparlamentet. Spørgsmål og svar bliver offentliggjort i EF-Tidende afdeling C.

Svarene kan indeholde praktiske oplysninger og retlige overvejelser til stor hjælp for forståelsen af de med anvendelsen af forbudet mod FtV forbundne problemer. De indeholder hyppigt ikke en anvendelse af den fortolkning, der er nedfældet i direktiv 70/50, på det i spørgsmålet rejste konkrete problem.

Som et typisk eksempel kan nævnes Kommissionens svar på et spørgsmål om lovligheden af *krav om udfyldelse af formularer ved import til statistiske formål*. Kommissionen udtalte, at selve kravet om statistiske oplysninger i forbindelse med import ikke er en FtV. Men fører kravet til vanskeligheder, der ikke står i rimeligt forhold til formålet, eller kan samme formål nås med mindre samhandelshindrende midler, så vil det kunne betragtes som FtV¹². Det vil her ses, at betingelserne i art. 3 i direktiv 70/50 er blevet brugt i en situation, hvor art. 3 ikke er anvendelig – nemlig i en situation, hvor kravet alene rammer importerede varer.

I et andet svar tog Kommissionen stilling til lovligheden af franske *krav om udelukkende brug af fransk i reklamer og betegnelser for udenlandske varer i Frankrig*. Dens konklusion var, at de franske regler kunne være handelshindrende, men at deres formål var forbrugerbeskyttende, hvorfor det inden for lovens forskellige anvendelsesområder måtte undersøges, om dette formål retfærdiggjorde hindringen, og at denne ikke var et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen¹³. Det vil her ses, hvorledes Kommissionen klart benytter realiteten i art. 36 i forbindelse med et formål, nemlig forbrugerbeskyttelse, der ikke er nævnt i art. 36.

Et tredje eksempel er et svar på et spørgsmål om lovligheden af nogle

11. Som eksempel kan nævnes Bérauds artikel i *RTDE* fra 1968, s. 265 f, der indeholder en række eksempler fra Kommissionens praksis.

12. *EFT* 1977 C 216/4. Spørgsmål nr. 47/77 fra H.E. Jahn.

13. *EFT* 1977 C 271/1. Spørgsmål nr. 349/76 fra Mitterdorfer.

særlige luxembourgske regler om »normalpriser for importerede mærkevarer«. Kommissionen fandt i sit svar, at disse regler lå inden for de beføjelser, medlemsstaterne har til at træffe handelsregulerende foranstaltninger. Uden at oplyse noget om tilsvarende regler for nationale varer fastslog den blot, at reglerne gav importører ret til en rimelig fortjeneste. Kommissionen tilføjede i øvrigt, at den ikke har til opgave at kontrollere den korrekte administration af nationale regler i enkelttilfælde. Denne opgave har de direkte berørte tilstrækkelige muligheder for selv at varetage – nemlig gennem national rekurs og sagsanlæg. Kommissionen vil kun gribe ind, når der foreligger oplysninger om en fast praksis i strid med art. 30¹⁴. Kommissionen synes indirekte her at acceptere, at forbudet mod FtV godt kan bruges i enkelttilfælde, jfr. om dette spørgsmål kap. 14.8. Det er blot ikke dens, men derimod nationale domstoles, opgave at gribe ind i disse tilfælde.

Endelig skal Kommissionens svar på et spørgsmål om lovligheden af *danske regler om engangsemballage* omtales. Spørgsmålet vedrørte bekendtgørelse nr. 136 af 5.4.1977 om forbud mod at bringe drikkevarer tilsat kulsyre i engangsemballage i handelen. Det blev i spørgsmålet gjort gældende, at forbudet virkede diskriminerende og hæmmende på samhandelen, »da engangsemballage er mest rationel og forbundet med færrest omkostninger, når der er tale om større afstande«. Kommissionen tog ikke endelig stilling til, om forbudet var samhandelshindrende, men udtalte, at man, hvis dette var tilfældet, måtte se, om forbudet kunne anses for berettiget ud fra miljøbeskyttelseshensyn. Den fastslog: »Det anerkendes i almindelighed, at miljøbeskyttelse kan være et formål af almen interesse, der således vejer tungere end kravet om frie varebevægelser«. Men tilføjede: »Det er imidlertid et spørgsmål, om de eventuelle restriktive virkninger af disse bestemmelser for samhandelen er urimelige i forhold til dette formål«¹⁵. Der er atter tale om accept af samhandelshindrende virkninger af en national foranstaltning, begrundet i et formål, der ikke er nævnt i art. 36.

20.3.3 – Kommissionens indlæg i sager for EF-Domstolen. Det er selvsagt disse indlæg, der er den bedste kilde til Kommissionens fortolkning af forbudet mod FtV. Dette gælder både indlæggene i traktatbrudssager i

14. EFT 1978 C 30/4. Spørgsmål nr. 191/77 fra van der Mai.

15. EFT 1978 C 214/5. Spørgsmål nr. 1285/77 fra H.E. Jahn.

henhold til art. 169 og i præjudicielle sager. I gennemgangen af Domstolens praksis vil Kommissionens synspunkter, som de somme tider stærkt forkortet fremgår af dommene og af generaladvokatens forslag til afgørelse, blive omtalt, når de har særlig interesse.

20.3.4 – S. Zieglers oplysninger. Vigtige oplysninger om Kommissionens retlige overvejelser blev givet i et foredrag, som nuværende byretsdommer Sven Ziegler holdt på Klarskovgård i maj 1976. Han var dengang ansat i Kommissionens juridiske tjeneste og redegjorde for Kommissionens praktiske arbejde med forbudet mod FtV. Han mente at kunne sammenfatte – naturligvis i stærkt forenklet form og med alle forbehold – Kommissionens arbejdshypotese på følgende måde:

»Efter nuværende praksis er, med forbehold af anvendelse af traktatens andre regler, en statslig foranstaltning, der kan hindre indførsel af varer fra andre lande, forbudt som en FtV efter art. 30, medmindre dens restriktive virkning er en strengt nødvendig følge af en af EF-retten anerkendt national kompetence, og

- den restriktive virkning ikke står i misforhold til formålet, og
- udøvelsen af den nationale kompetence ikke indebærer en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«¹⁶.

Det fremgik af foredraget, at sontringen mellem diskriminerende/ikke-diskriminerende foranstaltninger ikke blev betragtet som heldig. Den netop gengivne »arbejdshypotese« gjaldt derfor begge grupper foranstaltninger, således at diskrimination alene havde betydning som et element i vurderingen af, om foranstaltningen var nødvendig og/eller retfærdiggjort.

Denne begrebsafgrænsning betyder givet generelt en stramning af den i direktivet udtrykte opfattelse, for så vidt angår de ikke-diskriminerende forholdsregler, fordi dens udgangspunkt er enhver handelshindrings ulovlighed, og fordi den omfatter alle former for nationale regler. Til gengæld synes diskriminerende foranstaltninger at kunne være lovlige i videre omfang, end man rent umiddelbart kunne tro efter direktivets bestemmelser. Også andre end de i art. 36 nævnte grunde synes at kunne retfærdiggøre sådanne foranstaltninger. En vurdering af denne

16. Citatet hidrører fra en engelsksproget oversigt over foredraget.

afgrænsning af forbudets anvendelsesområde i forhold til den i denne afhandling foreslåede fortolkning vil blive foretaget i kap. 26.18.

20.4 – Eksempler fra Kommissionens praksis

Kommissionen har på administrativt plan haft held til at få medlemsstater til at ophæve en række nationale foranstaltninger, som efter Kommissionens opfattelse stred mod forbudet mod FtV. Der har også været tilfælde, hvor Kommissionens bestræbelser ikke har været kronet med held. Nogle af disse tilfælde er på forskellig vis kommet offentligt frem. Alene eksempler, hvor de nationale foranstaltninger var »formelt« ligeste behandlende, vil blive nævnt.

Den belgiske regering forhøjede ved bekendtgørelse i 1961 *mindsteindholdet af ammoniumnitrat i kunstgødning* fra 15,5 % til 22 %. Dette skete i forbindelse med ophævelsen af tidligere gældende kontingenter. Kunstgødning produceret i de øvrige medlemsstater havde almindeligvis et ammoniumnitratindhold på 20,5 %, og de belgiske regler betød i praksis, at de udenlandske producenter ophørte med deres eksport til Belgien. Den belgiske regering kunne ikke give nogen saglig forklaring på forhøjelsen af mindsteindholdet og ophævede da også bekendtgørelsen, da Kommissionen gjorde gældende, at reglerne stred mod forbudet mod FtV¹⁷.

En belgisk ordning gik ud på, at betalingen af en forbrugsafgift på sodavand skulle bevises ved, at *avgiftsbanderoler eller -kapsler blev påsat flaskerne*. Banderolerne kunne ikke binde på kunststofflasker, og kapslerne kunne kun sættes på flaskerne ved hjælp af særlige belgiske maskiner. Det førte til, at udenlandsk sodavand på kunststofflasker kun kunne eksporteres til Belgien, hvis de udenlandske producenter anskaffede sig belgiske kapselpåsætningsmaskiner. Kommissionens indvendinger førte til, at den belgiske regering ændrede reglerne¹⁸.

Den franske regering havde i en bekendtgørelse fra 1968 fastsat bindende *regler for uldtæppers størrelser*. Disse krav var allerede tidligere frivilligt blevet opfyldt af de franske producenter, medens de normalt ikke blev fulgt af udenlandske. Disse måtte derfor, hvis de fortsat ville eksportere til Frankrig, foretage en kostbar omstilling af deres produktion. Frankrig ophævede reglerne, efter at Kommissionen protesterede mod dem. Efter Kommissionens opfattelse

17. Se Kommissionens svar på Deringers spørgsmål nr. 118, *Abl.* 1967 s. 901, samt Graf, *anf.st.* s. 123. Graf nævner også, at en belgisk domstol ved dom fra 1966 fandt ordningen stridende mod stand-still forpligtelsen i art. 31. Se om den belgiske dom den belgiske rapport til *FIDE-mødet i Luxembourg i 1973* »Jurisprudence sur les problèmes relatifs à la création d'un ordre économique européen«.

18. Se Kommissionens svar på Deringers spørgsmål nr. 52/66, *Abl.* 1966 s. 2644, nr. 101/66, *Abl.* 1966 s. 4054, nr. 226/67, *Abl.* 1968 C 17 s. 3.

var den rationalisering af produktionen, reglerne tilsigtede, unødvendig for så vidt angik de franske producenter, der jo allerede opfyldte reglerne, og betød for udenlandske producenter en uforholdsmæssig begrænsning af deres muligheder for eksport til Frankrig¹⁹.

I to tilfælde har Kommissionen gjort indvendinger over for nationale regeringer, uden at disse har bøjet sig²⁰.

Det første vedrørte et generelt hollandsk *forbud mod salg af konserver, der indeholdt hestekød*. Begrundelsen for forbudet var, at den betydningsfulde hollandske kødkonserveeksport til Storbritannien kunne skades, hvis briterne frygtede, at den eksporterede kødkonserver kunne indeholde hestekød. Efter Kommissionens opfattelse kunne samme formål nås gennem midler, der greb mindre ind i samhandelen, f.eks. gennem pligt til forbrugeroplysning på etiketterne og forbud mod udførsel til Storbritannien af hestekødkonserver. (Det skildrede tilfælde ligger tidsmæssigt før Storbritanniens tilslutning til EF).

Det andet og i praksis det vigtigste af de nævnte tilfælde vedrørte tyske *regler om indholdet af bly i benzin*. De tyske regler, der blev vedtaget i 1971 med ikrafttræden den 1.1.1976, fastsatte det tilladelige blyindhold betydeligt lavere end i de andre EF-lande. Dette krav tvang udenlandske producenter til en meget kostelig særproduktion, hvis de ønskede at producere til det tyske marked. Kravet havde også betydning for bilproduktionen. Visse bilmotorer, der fremstillede i andre medlemslande, måtte ændres for at kunne bruge benzin med lavt blyindhold. Kommissionen mente, at de tyske regler, selv om deres formål – beskyttelse af menneskers, dyrs og planters liv og sundhed – naturligvis var legitimt, gik for vidt. Den gjorde efter Ehlermanns oplysninger gældende, at

- sundhedshensynet kunne opnås ved en mindre nedsættelse af blyindholdet,
- indskrænkningen af reglernes anvendelsesområde til at vedrøre et enkelt farligt stof var utilstrækkelig og i øvrigt konkret risikabel, fordi kravet kunne føre til iblanding af visse andre skadelige stoffer,
- og at man kunne beskytte sundheden på andre måder, nemlig gennem ændring af udstødningsrøret.

Kommissionen har ikke anlagt sag mod Tyskland. Problemet søges løst gennem harmonisering, jfr. Rådets resolution af 17.12.1973 om industripolitik (*EFT C 117/1*)²¹. Den af Kommissionen fremførte argumentation mod de tyske regler synes ikke særlig egnet som grundlag for en retlig afgørelse af spørgsmålet. Skulle en sådan blive nødvendig, viser eksemplet betydningen af, hvem der har »bevisbyrden« for handelshindrende nationale foranstaltningers lovlighed eller ulovlighed.

19. Refereret på grundlag af Ehlermanns artikel i *EuR* 1973 s. 9.

20. Begge refereret på grundlag af Ehlermanns artikel i *EuR* 1973 s. 10.

21. Foreløbigt er man kun blevet enig om et direktiv om biologisk overvågning af befolkningen med hensyn til risikoen for blyforgiftning (direktiv 77/132, *EFT* 1977 L 105/10).

KAP. 21 – NATIONALE DOMSTOLES PRAKSIS OG NATIONALE MYNDIGHEDERS PRAKSIS

21.1 – National domstolspraksis

Retstvister vedrørende EF-retlige spørgsmål skal som nævnt i kap. 15 afgøres af de nationale domstole, medmindre de foreligger til afgørelse i en af de søgsmålsformer, som efter traktaten udtrykkeligt er opregnet som hørende under EF-Domstolens kompetence. Dog gælder der for de nationale domstoles kompetence den væsentlige modifikation, at de altid har ret til og for »sidste-instans« domstolene pligt til at forelægge fortolkningsspørgsmål for EF-Domstolen i medfør af art. 177.

Hermed er det også angivet, hvorfor man ikke ved fortolkningen af forbudet mod FtV kan forbigå national domstolspraksis. Hovedparten af de sager, for hvis afgørelse forbudet er af betydning, det vil sige andre sager end traktatbrudssager efter art. 169 og art. 170, bliver afgjort af nationale domstole¹.

Men samtidig er den begrænsede betydning af denne praksis for denne afhandlings formål antydnet. Alle betydningsfulde fortolkningsspørgsmål vil i princippet have været forelagt EF-Domstolen. Afgørende er her, at EF-Domstolen i praksis har det sidste ord vedrørende fortolkningen af forbudet mod FtV².

-
1. Der ses her bort fra sager anlagt mod institutionerne efter art. 173 med påstand om annullation af EF-retsakter som stridende mod forbudet. Sådanne sager har endnu ikke foreligget i praksis.
 2. Det overses ikke, at nationale domstole kan undlade og i praksis i et vist omfang undlader at overholde forelæggelsespligten. Dette ændrer nemlig ikke det faktum, at det er EF-Domstolens fortolkning, der er bindende. Eventuelle afgørelser fra nationale domstole, der måtte stride mod EF-Domstolens fortolkninger, har ikke betydning for en korrekt fortolkning af forbudet mod FtV. Der er derfor ikke her grund til at komme ind på de teoretisk interessante problemer om omfanget af nationale domstoles pligt til at forelægge og om virkningerne af EF-Domstolens præjudicielle afgørelser. Der kan herom henvises til speciallitteraturen, se Hjalte Rasmussen, *Domstolen i EF* s. 238 ff. med yderligere henvisninger.

Nationale domstolsafgørelser kan naturligvis indeholde fortolkningsbidrag af interesse, og de kan udvide det erfaringsmateriale, der er til rådighed for forståelsen af de praktiske problemer, anvendelsen af forbudet mod FtV giver.

En anvendelse af nationale domstolsafgørelser forudsætter for at være nyttig, at der er rimelige muligheder for at få kendskab til afgørelser afsagt i alle medlemsstater. Der eksisterer ikke nogen officiel samling af sådanne afgørelser, og der er ikke regler eller lignende, der sikrer en samlet offentliggørelse af nationale afgørelser af interesse for EF-retten³. Det er således aldrig muligt med sikkerhed at udtale sig om omfanget af nationale domstoles afgørelser på fællesskabsretlige områder. Informationsmulighederne er dog trods alt ikke så dårlige igen. For det første udsender Kommissionens juridiske tjeneste med jævne mellemrum oversigter over de afgørelser, den har fået kendskab til («Nationale afgørelser vedrørende Fællesskabsretten – Ufuldstændig fortegnelse over offentliggjorte afgørelser». Nr. 22 er udsendt pr. 1.5.1979). For det andet optages nationale afgørelser i det hollandske TMC Asser instituts »Samling af nationale afgørelser med kommentarer og af kommentarer til EF-Domstolens afgørelser«. For det tredje optager *Common Market Law Reports* regelmæssigt de vigtigste af disse afgørelser, og for det fjerde omtales regelmæssigt de vigtigste nationale afgørelser i de juridiske EF-tidsskrifter. Det gælder f.eks. *Cahiers de Droit Européen* og *European Law Review*, der forsøger gennem nationale bidragydere at få så vidt muligt udtømmende oversigter.

Med de forbehold, der ligger i kildernes usikkerhed, synes det at kunne konstateres, at nationale domstoles anvendelse af forbudet mod FtV ikke har været hyppig, og at det er meget begrænset, hvilken hjælp til fortolkningen der kan hentes i disse domme. De fleste af de i kilderne omtalte nationale domme vedrørende forbudet er afgjort efter, at sagen har været forelagt for EF-Domstolen til præjudiciel afgørelse af fortolknings spørgsmål. Det begrænsede antal, der ikke har været forelagt, indeholder ikke væsentlige fortolkningsbidrag.

En systematisk omtale af nationale domme er derfor ikke nødvendig⁴.

3. Der er dog for så vidt angår konventionen af 27.9.1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager (*EF-Karnov* s. 935) ved EF-Domstolens mellemkomst indført et mere formaliseret samarbejde med henblik på en samling af og information om nationale afgørelser.

4. Waelbroeck har i »Free Movement of Goods in the EEC, Decisions of the National Courts«, *JWTL* 1968 s. 566, omtalt en række nationale afgørelser. Hans konklusion er, at sagerne viser et vist ukendskab hos de nationale dommere til de principper, der ligger til grund for toldunionen.

Enkelte af disse afgørelser har allerede været nævnt. Dette gælder den hollandske dom, der fandt visse regler om tilsætningsstoffer i ost i strid med art. 30 og art. 36⁵. Den hollandske domstol fandt som nævnt her, at reglerne var unødvendige af sundhedsgrunde, og at de udgjorde en skjult begrænsning af samhandelen. Nævnt er også den belgiske domstolsafgørelse, der fandt ændringer af kravene til sammensætningen af gødning i strid med art. 30, fordi de ikke var sagligt begrundede og betød væsentlige begrænsninger i samhandelen⁶.

En dom afsagt af det franske Conseil d'Etat⁷ viser, at nationale domstole kan tage fejl, og at man ikke altid kan regne med deres »fællesskabsloyalitet«. Sagen vedrørte franske regler fra 1962, der i forbindelse med åbningen af et lovligt kontingent krævede, at de virksomheder, der fik tilladelse til indførsel inden for kontingentet, skulle forpligte sig til at udføre et tilsvarende parti fra Frankrig. Conseil d'Etat fandt ikke kravet stridende mod fællesskabsretten. Foranstaltningen tilsigtede ikke indførselsbegrænsninger, og sådanne var heller ikke indtruffet!

Endelig kan nævnes en engelsk dom afsagt den 7.7.1978 af Court of Appeals, der fastslog lovligheden af importforbud over for pornografiske publikationer. Den fandt det utvivlsomt, at forbudet var klart retfærdiggjort af hensynet til den offentlige moral, og der var derfor ikke grund til at forelægge præjudicielle spørgsmål herom⁸.

21.2 – Nationale myndigheders praksis

Det ville være af interesse, såfremt man havde sikre oplysninger om, hvorledes medlemsstaternes regeringer og forvaltninger fortolkede og anvendte forbudet mod FtV.

Der er dog en række grunde, der på forhånd indicerer, at man kan opgive at undersøge dette spørgsmål.

Man har ikke reelt mulighed for at skaffe sig sådanne oplysninger.

5. Se kap. 1.2.

6. Se kap. 20.4 (note 17). Dommen er også omtalt i Graf, *Massnahmen gleicher Wirkung* s. 45.

7. Se om denne dom *RTDE* s. 402.

8. Dommen viser på interessant måde de vanskeligheder, der opstår, når engelske dommere ved fortolkningen af EF-retten lægger traditionelle engelske fortolkningsmetoder til grund. Således indeholder dommen udtalelser, hvoraf det fremgår, hvor vanskeligt engelske dommere har ved at acceptere, at art. 30, der forbyder *kvantitative* restriktioner, også kan anvendes på totale importforbud og ikke kun på importbegrænsninger ud fra mængdemæssige kriterier. Se en meget kritisk omtale af dommen, Gravells *ELR* 1979 s. 442.

House of Lords, til hvem dommen er anket, har ment sig forpligtet til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen.

Myndighederne har ikke for vane at offentliggøre deres opfattelser af disse spørgsmål. Der er ikke tvivl om, at man som udgangspunkt ønsker at stå så frit som muligt, således at man kan vurdere spørgsmålet om lovligheden af påtænkte foranstaltninger ud fra hvert enkelt tilfældes specielle omstændigheder. Hertil kommer, at man i de nationale forvaltninger ikke finder den samme uinteresserede respekt for fællesskabsreglerne, som man finder for nationale regler. Selv om denne påstand naturligvis ikke kan bevises, forekommer det på grundlag af de mange tilfælde af klare brud på fællesskabsretten rimeligt at hævde, at nationale regeringer og forvaltninger i et vist omfang accepterer brud på fællesskabsforpligtelserne som et nogenlunde let acceptabelt led i »deres forsvaret af nationale interesser«. Under alle omstændigheder vil nationale forvaltnings fortolkning og anvendelse af forbudet formentlig have en tendens til for ensidigt at lægge vægt på de nationale interessers betydning i forhold til betydningen af de frie varebevægelser.

Den bedste kilde til medlemsstaternes fortolkning af forbudet mod FtV er deres indlæg i sagerne for EF-Domstolen. Men også denne lider af alvorlige mangler. Medlemsstaterne kommer relativt sjældent med indlæg i andre sager end dem, der direkte vedrører en foranstaltning fra det pågældende land – og selv i disse sager ikke altid – og deres indlæg bærer normalt præg af deres specielle interesser i netop den pågældende sag.

Et eksempel herpå findes måske i det danske indlæg i en sag, der vedrørte lovligheden af et tysk forbud mod forhandling af en vis type spiritus med under en bestemt alkoholprocent. Denne sag, sag 120/78 Rewe, er en af de sager, hvor Domstolen er gået videst i sin anvendelse af art. 30^o. De tyske regler var gældende for både nationale og udenlandske varer, og der kunne fra medlemsstaternes side fremføres gode argumenter for, at man her befandt sig inden for det område, hvor handelshindringer måtte fjernes gennem harmoniseringer. Det danske indlæg gik alligevel ind for, at forbudet mod FtV kunne anvendes. Det nævnte samtidig, at de tyske regler også forhindrede import af dansk kirsebærvin.

9. Se kap. 22.2.35.

KAP. 22 – EF-DOMSTOLENS PRAKSIS – GENNEMGANG AF DE ENKELTE DOMME

22.1 – Om baggrunden for den valgte fremgangsmåde ved gennemgangen

De hidtidige undersøgelser har vist, at der er få sikre holdepunkter for en fastlæggelse af det handelshindringsbegreb, der ligger til grund for forbudet mod FtV. Fastlæggelsen må foretages af EF-Domstolen med kun lidt af den støtte, domstole normalt kan hente ved fortolkning af skrevne bestemmelser. På denne baggrund må ethvert forsøg fra teoriens side på at fortolke forbudsbestemmelserne nødvendigvis tage sit udgangspunkt i Domstolens praksis. Dette gælder i hvert fald, hvis teorien ønsker, at dens udsagn skal kunne hævdes at være udsagn om gældende ret.

De efterfølgende kapitler vil derfor indeholde en grundig gennemgang af EF-Domstolens praksis vedrørende forbudet mod FtV. Denne er i de seneste år blevet omfattende – i hvert fald når den ses i forhold til det relativt begrænsede antal domme, Domstolen totalt set har afsagt.

Af de ca. 460 domme, Domstolen i perioden 1973 til 1.8.1979 har afsagt i andre sager end EF-tjenestemandssager, har ca. 45 vedrørt spørgsmål, hvor forbudet mod FtV var af betydning. Af de pr. 1.8.1979 verserende ca. 110 sager er 12 sager, hvor forbudet er eller kan være af betydning¹.

Et vigtigt og vanskeligt spørgsmål er, hvorledes denne gennemgang skal gribes an. Den bedste løsning ville være, om de gennemgåede domme på forhånd kunne systematiseres, således at de enkelte spørgsmål af betydning for anvendelsen af forbudet blev behandlet samlet. En sådan fremgangsmåde viser sig dog at være behæftet med sådanne ulemper, at jeg, omend tøvende, har valgt at kombinere et forsøg på systematisk gennemgang med en omtale af de enkelte domme i kronologisk orden.

1. De af Domstolen kumulerede sager er her kun medregnet som én sag.

Valget skyldes en række forhold. Domstolen har ikke taget endelig og/eller klar stilling til en række af de vigtigste tvivlsspørgsmål. Forbudet giver forståeligt nok Domstolen fortolkningsvanskeligheder. Men denne manglende sikkerhed og en-tydighed i Domstolens afgørelser gør det vanskeligt at systematisere dem.

Det kan måske være vanskeligt at finde afgørelser, hvis *resultater* strider mod hinanden, men det er let at finde afgørelser, hvis *præmisser* er vanskelige at bringe i harmoni med hinanden. Dette kan ikke overraske, når man ved, hvilken rolle dommerindividualiteten spiller, og når man kan forestille sig de særlige »voteringsproblemer« i en overnational domstol og den betydningsfulde rolle, den refererende dommer, der har »ansvaret for« den enkelte sag, spiller ved afgørelsen af denne sag². Man må vogte sig for at overdrive betydningen af sådanne forskelle. Man må koncentrere sig om hovedtendenserne og hovedlinierne i Domstolens praksis. Og dette gøres bedst i en systematisk gennemgang.

Erfaringerne viser også, at en systematisk gennemgang er mest nyttig, når den ikke er belastet med en mere eller mindre udførlig omtale af de enkelte sagers faktiske omstændigheder. En systematisk gennemgang forudsætter også opsplitning af to eller flere spørgsmål, der kan være afgjort i en enkelt sag.

Men en afhandling som denne må også indeholde omtale af dommene på en sådan måde, at det er muligt at vurdere nuancerne i domspræmisserne. Den må gengive sagernes faktiske omstændigheder, netop fordi de spiller en sådan rolle for sagernes udfald, og den bør indeholde en omtale af dommene i deres helhed, således at man kan se de spørgsmål, der i den systematiske gennemgang er adskilt, i den sammenhæng, i hvilken de er afgjort. Dette kan bedst ske gennem en kronologisk omtale af dommene. Denne vil også gøre det muligt at omtale domme og enkelte specialspørgsmål, der ikke finder plads i den systematiske gennemgang, men som alligevel kan have praktisk eller teoretisk interesse under særlige omstændigheder. Hertil kommer, at en kronologisk omtale vil gøre det muligt at vurdere, om der er sket en udvikling i Domstolens praksis.

Tyngdepunktet vil være den systematiske gennemgang, som søges gjort så kort og overskuelig som muligt, men som dog også udformes således, at den skal kunne læses uden kendskab til den kronologiske omtale af dommene. En gennemlæsning af den kronologiske omtale er således ikke strengt nødvendig for forståelsen af de senere kapitler.

Den kronologiske omtale omfatter alle de domme, der kan siges at have direkte forståelsesmæssig betydning for fastlæggelsen af handelshindringsbegrebet, her-

2. Præsidenten udpeger for hver sag en af dommerne som refererende. Denne udarbejder de rapporter vedrørende sagen, procesreglementet nævner, og også normalt det første udkast til præmisser. Se herom *EF-Karnov* s. 826, note 9 (ved Michael W. Petersen).

under enkelte om kvantitative restriktioner og enkelte, hvor det er tvivlsomt, om forbudet mod FtV har været af betydning for Domstolens endelige resultat³.

22.2 – Kronologisk gennemgang af Domstolens praksis

22.2.1 – Dom af 19.12.1961 i sag 7/61 Kommissionen mod Italien. Italien blev dømt for at have overtrådt stand-still-forpligtelsen i art. 31 i forbindelse med fastsættelse af kontingenter for kødprodukter. Det blev fastslået, at den *midlertidige* karakter af foranstaltninger ikke kan gøre disse lovlige, og at art. 36 alene omfatter *ikke-økonomiske hensyn*, jfr. kap. 14.11.

22.2.2 – Dom af 8.6.1971 i præjudiciel sag 78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mod Metro-SB-Grossmärkte⁴. En grammofonpladeproducent havde for tysk domstol under påberåbelse af en tysk eneretslov^{4a} begæret nedlagt forbud mod import af grammofonplader, som producenten tidligere havde eksporteret til Frankrig, og som nu uden producentens samtykke søgtes genindført til Tyskland.

Den tyske domstols præjudicielle spørgsmål vedrørte ikke fortolkningen af traktatens regler om de frie varebevægelser. Dette afholdt dog ikke EF-Domstolen fra at undersøge, om udøvelsen af retten til at nedlægge importforbud stred mod disse regler. Den gjorde rede for reglerne og fastslog, at art. 36 nævner hensynet til industrielle og kommercielle rettigheder som retfærdiggørelse for handelsrestriktioner. Men den fortsatte med uden særlig begrundelse at opstille den for dens praksis på eneretsområdet afgørende sondring mellem rettighedernes *indhold eller eksistens* (Bestand på tysk) og *udøvelsen* af disse. Dette udtrykkes også af Domstolen således, at art. 36 kun anerkender »sådanne undtagelser fra den frie varebevægelighed, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af rettigheder, som er (den industrielle og kommercielle) ejendomsrets særlige genstand« (spezifischen Gegenstand).

Domstolen lagde til grund, at de pågældende varer var bragt i omsætning af producenten eller med hans samtykke, og at importforbudet efter tysk ret alene kunne nedlægges, fordi varerne var bragt i omsætning i ud-

3. Det drejer sig om en række sager, hvor den nationale foranstaltning har ligget inden for områder, reguleret af EF's landbrugsmarkedsordninger, se herom kap. 24.9.

4. Dommen er gennemgået i detaljer hos Blok, *Konsumtionsprincippet* s. 299 ff.

4a. »Eneret« benyttes i denne afhandling som synonym med »immaterialret«. Om terminologien inden for området, se Mogens Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner* København, 1965, s. 3 ff.

landet og ikke i Tyskland. Under disse omstændigheder var et importforbud »i strid med traktatens hovedformål, som er at sammensmelte de nationale markeder til ét fælles marked, idet et sådant forbud medvirker til at isolere de nationale markeder«. Formålet ville ikke kunne nås, »såfremt de nationale statsborgere på grundlag af de forskellige retssystemer i medlemsstaterne havde mulighed for at opdele markedet og udøve vilkårlig forskelsbehandling eller indføre skjulte begrænsninger i handelen mellem medlemsstaterne«. Dens konklusion var derfor, at et forbud under de nævnte betingelser »ville ... være i strid med reglerne om de frie varebevægelser ...«.

Det er på mange måder en bemærkelsesværdig dom. Den har betydet en økonomisk set betydningsfuld indskrænkning i rettigheder efter nationale eneretslove og samtidig en betydelig liberalisering af samhandelen. Disse konsekvenser er resultatet af en sag, hvor medlemsstaterne, Kommissionen og sagens parter ikke havde speciel anledning til i deres procedureindlæg at tage stilling til betydningen af reglerne om de frie varebevægelser, fordi der ikke var stillet spørgsmål herom.

Domstolen kom ud over vanskelighederne i forbindelse med art. 36's accept af handelsrestriktioner retfærdiggjort af hensynet til industrielle og kommercielle rettigheder gennem en påstand om, at denne bestemmelse alene omfatter rettighedens »særlige genstand«, og en derpå følgende konstatering af, at et importforbud som det omhandlede ikke var omfattet af enerettens særlige genstand. Denne konstatering er ikke begrundet gennem en drøftelse af, hvad der er enerettens særlige genstand, men gennem en fremhævelse af, at en anerkendelse af importforbudet ville føre til resultater, der var i strid med traktatens formål, nemlig at »sammensmelte nationale markeder til ét fælles marked«⁵. Dommen er et af de klareste eksempler på betydningen af traktatens formål for Domstolens fortolkninger.

22.2.3 – Dom af 15.12.1971 i de præjudicielle sager 51-54/71 International Fruit Company mod Produktschap voor Groenten en Fruit. Domstolen blev i sagerne, der blev forelagt af en hollandsk ret, anmodet om at fortolke bl.a. art. 30 og art. 34 med henblik på en bedømmelse af lovlig-

5. Domstolen drøfter i sine domme i sagerne 15 og 16/74 Centrafarm, 22.2.9, hvad der er den »særlige genstand« af patent- og varemærkerettigheder. Se også de i 22.2.30 Hoffmann-La Roche og 22.2.31 American Home Products nævnte domme.

heden af nogle *hollandske regler, der forbød import uden importtilladelse, der dog blev givet automatisk efter ansøgning.*

Domstolen udtalte først, at spørgsmålet vedrørte samhandelen både mellem medlemsstaterne og med tredielande, og at man måtte sondre mellem disse to situationer. Reglerne for tredielandshandelen var fastsat i en landbrugsmarkedsordning og er ikke af interesse i den foreliggende sammenhæng. Det fremgik imidlertid af de faktiske oplysninger, at det var det afgørende spørgsmål i de hollandske sager, som vedrørte indførsel fra tredjelande. Formentlig af denne grund begrænsede Domstolen sig i sit svar vedrørende problemet om samhandelen mellem medlemsstaterne til at citere art. 30 og art. 34 og at fastslå, at det bortset fra eventuelle udtrykkelige undtagelser »er i strid med disse traktatbestemmelser, at der i samhandelen inden for Fællesskabet anvendes nationale retsfor skrifter, som opretholder et selv formelt krav om import- eller eksportlicenser eller lignende tilladelser«. Dette betød, at de almindeligt forekommende ordninger, hvorefter de krævede importbevillinger blev givet automatisk efter anmodning (»toute licence accordée«, »fri licensudstedelse«), er i strid med art. 30 og art. 34. Svarets lakoniske karakter eller snarere dets mangel på begrundelse er overraskende, fordi Domstolens resultat var i strid med det, der er antaget i international praksis, og også med Kommissionens og generaladvokat Roemers forslag til besvarelse af spørgsmålet.

22.2.4 – Dom af 12.7.1973 i præjudiciel sag 2/73 Geddo. Under en italiensk rets-sag var der rejst spørgsmål, om en national afgift, der alene hvilede på den indenlandske risproduktion, og som ikke blev tilbagebetalt i forbindelse med eksport, var forenelig med fællesskabsretten, herunder navnlig art. 40 i traktatens landbrugsafsnit og markedsordningen for ris. Markedsordningen indeholdt en til art. 30 svarende bestemmelse, og Domstolen blev derfor også anmodet om at tage stilling til indholdet af begreberne i denne bestemmelse.

Det var klart efter domspræmisserne, at forbudet mod FtV ikke var af betydning for sagens afgørelse, så Domstolen indskrænkede sig til at fastslå, at FtV ikke alene er sådanne, der fremtræder som helt eller delvist forbud mod import, eksport eller transit, »men også andre hindringer med samme virkning, *uanset hvorledes de betegnes eller praktiseres*« (fremhævet her).

22.2.5 – Dom af 30.4.1974 i præjudiciel sag 155/73 Italien mod Sacchi (»Italiensk fjernsynsmonopol«). Domstolen skulle i denne præjudicielle sag besvare en lang række spørgsmål med henblik på afgørelsen af *det italienske fjernsynsmonopols forenelighed med fællesskabsretten.*

Domstolen udtalte af betydning for denne afhandling:

For det første, at selve tv-udsendelserne er tjenesteydelser, og at et fjernsynsmonopol derfor ikke i sig selv kan være i strid med »princippet om de frie varebevægelser«.

For det andet, at princippet om de frie varebevægelser gælder for de materialer og produkter, der anvendes »ved spredning af fjernsynsudsendelser«, og at princippet krænkes, når fjernsynsvirksomheden »udøver forskelsbehandling til fordel for indenlandske materialer og produkter«, d.v.s. at der i det almindelige princip om frie varebevægelser indfortolkes et generelt forbud mod oprindelsesdiskrimination.

For det tredje, at fjernsynsvirksomheden vil krænke princippet om de frie varebevægelser ved i forbindelse med sin eneret til fjernsynsreklamer »inden for Fællesskabet at begunstige visse omsætningskanaler eller visse forretningsdrivende i forhold til andre«. Dette forbud mod forskelsbehandling omfatter tilsyneladende ikke alene forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller oprindelse. Man må dog gå ud fra, at Domstolen i hvert fald har ment, at der skal foreligge en forskelsbehandling af den internationale omsætning i forhold til den nationale. Det er muligt, at denne begrænsning ligger i ordene: begunstige »inden for Fællesskabet«, og at den i øvrigt kan anses som underforstået i Domstolens citat af art. 3 i direktiv 70/50, hvorefter foranstaltninger, »hvis restriktive virkninger overskrider rammen for virkninger, der er karakteristiske for bestemmelser for handelen«, udgør FtV⁶. Dette må også være den naturligste forståelse, for det er vanskeligt at se, hvorledes Domstolen i reglerne om de frie varebevægelser inden for EF kan indfortolke et forbud mod, at det italienske fjernsyn forskelsbehandler mellem grupper af italienske forretningsdrivende.

Domstolen indfortolker i princippet om de frie varebevægelser et vidtgående forbud mod forskelsbehandling, og *ikke et generelt forbud mod handelshindringer*.

Ganske vist citeres art. 3 i Kommissionens direktiv 70/50, og man kunne gøre gældende, at Domstolen herved har godkendt, at art. 30 også kan anvendes på ikke-diskriminerende forholdsregler. Dette argument er dog næppe holdbart. Dom-

6. Art. 3, der vedrører de ikke-diskriminerende foranstaltninger, finder kun anvendelse, hvis samhandelen mellem medlemsstaterne besværliggøres på særlig måde i forhold til den interne handel, se kap. 20.2.2.

stolen gentager netop ikke art. 3's ord om forskelsløs anvendelse på inden- og udenlandske varer. Citatet fremtræder i sammenhængen som en præcisering af den foregående præmis, hvor det netop forudsættes, at der foreligger en forskelsbehandling.

Generaladvokat Reichl behandlede i sit forslag til afgørelse spørgsmålet som et spørgsmål, om de italienske regler var i strid med Kommissionens direktiv. Han besvarede spørgsmålet benægtende, men gjorde det ud fra sagens faktiske omstændigheder. Han accepterede tilsyneladende fuldt ud direktivet som en bindende og korrekt fortolkning af art. 30⁷.

22.2.6 – Dom af 3.7.1974 i præjudiciel sag 192/73 Van Zuylen Frères mod Hag A.G. Dette er en præjudiciel sag om de begrænsninger, som EF's regler om frie varebevægelser betyder i rettigheder efter nationale eneretslove. Sagen vedrørte *et varemærke, der oprindeligt havde tilhørt ét og samme selskab*, men som på grund af ekspropriation efter anden verdenskrig nu tilhørte 2 uafhængige selskaber, henholdsvis i Tyskland og i Benelux. Spørgsmålet var, om Benelux-selskabet lovligt kunne modsætte sig import til Luxembourg fra Tyskland af det tyske selskabs kaffearter med det pågældende varemærke – »Hag«. Nej, sagde EF-Domstolen, med en begrundelse, hvis udgangspunkt svarer til begrundelsen i sag 78/70 Deutsche Grammophon⁸, men med en tilføjelse, hvorefter man ikke kan »forbyde markedsføringen i en medlemsstat af en vare, udelukkende med den begrundelse, at der i den førstnævnte stat findes et tilsvarende varemærke med samme oprindelse«.

Den vigtigste forskel mellem de to sager var, at der i Deutsche Grammophon-sagen var tale om varer, der var bragt i omsætning af den berettigede selv eller med hans samtykke, medens dette netop ikke var tilfældet i Hag-sagen. Denne forskel var dog ifølge Domstolen uden betydning, da varemærket havde *samme oprindelse*⁹. Atter ses Domstolens

7. Se kap. 14.10, hvoraf det fremgår, at direktivet ikke er bindende for Domstolen.

8. Se 22.2.2.

9. John Usher har i »The Consequences of the Notion of a Single Market«, *ELR* 1978 s. 46, gjort gældende, at Hag-dommen er udtryk for en anvendelse af principperne i de øvrige eneretssager, forstået på den måde, at de EF-retlige begrænsninger i enerettighederne i forhold til varer, der er markedsført med eneretshaverens samtykke, også gælder for personer og virksomheder, der har *erhvervet eneretten* (»successors in title«). En eneretshaver kan ikke omgå begrænsningerne i udøvelsen af hans rettigheder ved at opsplitte eneretten og at overdrage rettighederne til forskellige erhververe i forskellige medlemslande.

vilje til at beskytte de frie varebevægelser. Beskyttelsen af forbrugerne mod vildledning som følge af samtidig anvendelse af ens varemærke på varer af forskellig oprindelse kunne – gik Domstolen ud fra – »sikres uden at begrænse de frie varebevægelser«¹⁰.

22.2.7 – Dom af 11.7.1974 i præjudiciel sag 8/74 Anklagemyndigheden mod Benoit og Gustave Dassonville. Denne sag er på mange måder afgørende for forståelsen af Domstolens behandling af afgrænsningsproblemerne. Domstolen foretog her for første gang noget, der minder om et generelt forsøg på afgrænsning af forbudet mod FtV – af nogle endog opfattet som en egentlig definition af forbudte FtV.

Sagen vedrørte en *belgisk lov fra 1927 vedrørende oprindelsesbetegnelser*. Loven forbød under strafansvar at importere og sælge spiritus, der bar en af de belgiske myndigheder anerkendt oprindelsesbetegnelse, medmindre der kunne fremvises et officielt dokument, et oprindelsescertifikat, som kunne bekræfte retten til denne betegnelse. De belgiske myndigheder anerkendte for så vidt angår oprindelsesbetegnelsen »Scotch whisky« alene som oprindelsescertifikat et dokument udstedt af det britiske toldvæsen. Dette certifikat var ikke helt let at få udstedt og særlig vanskeligt for importører, der ikke importerede direkte fra Storbritannien. Det blev konstateret, at Dassonville havde importeret »Scotch whisky« fra Frankrig til Belgien uden et gyldigt oprindelsescertifikat. Der blev rejst tiltale mod dem. Der var ikke strid om sagens faktum, men Dassonville gjorde gældende, at den belgiske lovgivning var i strid med reglerne i EØF-traktatens art. 30. Anklagemyndigheden bestred, at dette var tilfældet, og fremhævede, at reglerne, selv om de måtte være omfattet af art. 30, dog under alle omstændigheder var lovlige efter art. 36.

Domstolen besvarede den belgiske domstols præjudicielle spørgsmål med at fastslå, at et nationalt krav om oprindelsescertifikater, »der er vanskeligere at opnå for importører af et ægte produkt, som behørigt er i fri omsætning i en anden medlemsstat, end for importører, der indfører det samme produkt direkte fra oprindelseslandet«, er en traktatstridig FtV.

10. Domstolen uddyber i sag 119/75 Terrapin, 22.2.17, denne begrundelse ved at henvise til, at varemærkets garantifunktion over for forbrugerne allerede i disse tilfælde er »svækket ved selve opdelingen af den oprindelige rettighed«.

Præmisserne for dette resultat giver visse vanskeligheder. Domstolen indledte sin begrundelse med at fastslå, at »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, må betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner«¹¹.

Denne præmis er givet en form, der kan støtte den opfattelse, at den indeholder *en egentlig definition af de forbudte FtV*. Der synes at være to betingelser, der skal være opfyldt. Det skal dreje sig om en *handelsregulering*, og denne skal være egnet til at *hindre samhandelen* i Fællesskabet direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt.

Det er sikkert allerede på grund af sagens faktum, at ikke blot absolutte hindringer, men også andre former for *besværliggørelse* af samhandelen er omfattet af »definitionen«. Domstolen bruger dog et snævrere begreb, nemlig »hindring«, end det, der bruges i art. 85 og art. 86, nemlig »påvirkning«. »Definitionen« indeholder intet krav om, at den pågældende regulering skal være diskriminerende. Men den fremhæver udtrykkeligt, at det skal dreje sig om hindringer for *samhandelen i Fællesskabet*. Den kan derfor måske opfattes således, at den forudsætter, at der skal foreligge en speciel hindring af denne samhandel til forskel fra hindringer, der gælder i samme omfang for national og international om sætning¹².

»Definitionen« giver intet holdepunkt for at anse visse samhandelshindringer for lovlige under hensyn til den pågældende foranstaltnings formål. Det er dog klart, at Domstolen underforstår en begrænsning, hvorefter definitionen kun gælder, »medmindre andet følger af traktatens øvrige bestemmelser, herunder art. 36«.

Det vil senere blive drøftet, om denne præmis virkelig giver en defini-

11. »Ordet »øjeblikkeligt« er i senere domme oversat »aktuelt«. Denne sidste oversættelse vil blive brugt i denne afhandling. Den franske tekst er: »Toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire ...«. Den tyske tekst er: »Jede Handelsregelung der Mitglied-Staaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern ...«. Den engelske tekst er: »All trading rules enacted by Member States, which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade ...«.

12. Der bruges i de andre sproglige versioner af dommen begrebet »den intrakommunitære handel«.

tion af FtV. Det væsentligste i præmissen er formentlig, at Domstolen fastslår, at også indirekte og potentielle handelshindringer kan være omfattet af forbudet. Således forstået kan den blot anses som svar på den britiske regerings påstand om, at art. 30 ikke forbyder foranstaltninger, der kun potentielt har handelshindrende virkninger.

De følgende præmisser gør ikke betydningen af »definitionen« lettere forståelig. Domstolen udtaler først: »Så længe der ikke er skabt en fællesskabsordning, som garanterer forbrugerne, at et produkts oprindelsesbetegnelse er ægte, kan en medlemsstat imidlertid kun træffe foranstaltninger til hindring af illoyal praksis i denne forbindelse, såfremt sådanne foranstaltninger er rimelige, og hvis de krævede bevismidler ikke bevirker, at samhandelen mellem medlemsstaterne hæmmes, og følgelig er tilgængelige for alle deres statsborgere«¹³

Domstolen udtrykker først det indlysende, at medlemsstaternes kompetence til at regulere spørgsmålet om oprindelsesbetegnelser vil blive begrænset, når der fastsættes fællesskabsregler på området.

De følgende sætninger er ikke umiddelbart let forståelige. Der stilles to betingelser for, at nationale regler til sikring af oprindelsesbetegnelser er lovlige; for det første, at *reglerne er rimelige*, og for det andet, at *de (d.v.s. de krævede bevismidler) ikke må hindre samhandelen*. Betingelsen om rimelighed ved siden af betingelsen om ikke-hindring af samhandelen er overraskende. Nationale regler, der ikke hindrer samhandelen, kan »pr. definition« ikke være FtV. Et yderligere krav om rimelighed har næppe hjemmel nogetsteds.

Den sidste del af præmissen, hvorefter det formentlig kan sluttes, at bevismidlerne ikke hindrer samhandelen, hvis de er tilgængelige for alle importører, kan måske bruges til at kaste lys over »definitionen« af FtV i den første af de citerede præmisser. Man kan hævde, at de særlige belgiske bevismidler ved import af whisky, også selv om de er tilgængelige for alle importører, dog er egnede til i hvert fald potentielt og indirekte at besværliggøre samhandelen. Dette forekommer i hvert fald en rimelig antagelse, når man ved, at Domstolen finder, at importtilladelser, også

13. Det er ikke blot den danske version af dommen, der har fået en sprogligt uheldig udformning. Dette gælder også de andre versioner. Det hedder i den franske original: »que, tant que n'est pas institué un régime communautaire ..., si un Etat membre prend des mesures ..., c'est cependant à la condition que ces mesures ...«. Ordet »hæmmes« i næstsidste linie svarer i de andre versioner til »hindre« i »definitionen«.

de, der udstedes automatisk efter ansøgning, anses som FtV. Og alligevel synes den her citerede præmis at vise, at Domstolen ikke anser samhandelen for hindret, når bevismidlerne er tilgængelige for alle. Alleerede disse betragtninger viser, at der er anledning til at tvivle på, at den påståede »definition« indeholder Domstolens endelige svar på afgrænsningen af forbudet mod FtV.

De følgende præmisser er klare. De er knyttet nøje til den belgiske sags faktiske omstændigheder, og de indeholder den egentlige begrundelse for Domstolens endelige resultat. Domstolen fastslår, at der ikke er grund til at tage stilling til, om regler om oprindelsesbetegnelser er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i art. 36, fordi det under alle omstændigheder – d.v.s. hvad enten reglen er omfattet af art. 36 eller ej – må kræves, at der ikke foreligger vilkårlig forskelsbehandling, og det finder Domstolen, at der gør i den foreliggende situation. Denne udmærker sig netop ved, at importører af varer fra produktionslandet på grund af de krævede bevismidlers karakter stilles bedre end importører af samme varer fra de øvrige medlemslande. Dette kan Domstolen ikke acceptere.

Domstolen afgør sagen på grundlag af en »allerede fordi« slutning. De belgiske bevisregler udgør en forbudt FtV, allerede fordi de vilkårligt forskelsbehandler forskellige importørgrupper. Herved undgår den at tage stilling til, om de belgiske regler er omfattet af undtagelsesbestemelsen i art. 36¹⁴.

Domstolens resultat hviler på reglernes diskriminerende virkninger. Det er sandsynligt, at de belgiske regler var blevet anset som lovlige, hvis importørgrupperne var blevet behandlet ens. Man kan imidlertid ikke med sikkerhed se, om begrundelsen herfor havde været, at de slet ikke var omfattet af art. 30, eller at de var omfattet af art. 36¹⁵.

Domstolens afgørelse synes efter sin udformning i høj grad påvirket af generaladvokat Trabuccis forslag til afgørelse. Det er derfor af særlig interesse at mærke sig nogle af hans udtalelser. Han gengiver art. 2 og art. 3 i direktiv 70/50 og siger om art. 3, at »Kommissionen har her an-

14. Regler om oprindelsesbetegnelser anses almindeligvis for omfattede af begrebet »industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder«, se Matthies, »Herkunftsangaben und Europäisches Gemeinschaftsrecht«, *Festschrift für G. Schiedermeier* s. 398.

15. Domstolen har senere haft lejlighed til at tage stilling til de belgiske regler i let ændret form, se sag 2/78 Kommissionen mod Belgien 22.2.37.

vendt et almengyldigt kriterium, som regulerer iværksættelsen af begrænsninger, der indrømmes af hensyn til den fulde virkning af de fundamentale friheder, som ligger til grund for fællesmarkedet«. Han fastslår derefter, at en »statslig handelshindring ..., som ... *i alvorlig grad* kan hæmme samhandelen mellem medlemsstaterne med bestemte varekategorier, skal i princippet betragtes som en FtV«. Og han henviser til, at Domstolen også på dette område må følge sin praksis vedrørende toldlignende afgifter, nemlig således, at forbudet får »*automatisk virkning ved den ene omstændighed, at de pågældende foranstaltninger, selv om de ikke er af diskriminerende eller protektionistisk karakter, er en uberettiget byrde for importørerne*, hvilket gør dem egnede til at fremkalde ulovlige restriktioner af samhandelen inden for Fællesskabet ...« (fremhævet her). Hvis denne udtalelse lægges til grund ved fortolkningen af Domstolens »definition« af FtV, er der næppe tvivl om, at »definitionen« må opfattes således, at enhver handelshindring må anses som en FtV, og at foranstaltningens protektionistiske eller diskriminerende karakter principielt er uden betydning. Domstolen går endog videre end generaladvokaten. Domstolen gentager ikke forbeholdet om, at der skal være tale om »*uberettiget*« byrde for importørerne, og om, at den pågældende nationale foranstaltning skal hæmme samhandelen »*i alvorlig grad*«.

22.2.8 – Dom af 30.10.1974 i præjudiciel sag 190/73 Anklagemyndigheden mod van Haaster (Hyacintløgssagen). En producent af hyacintløg var i Holland tiltalt for at have produceret i strid med *nationale regler om produktionsbegrænsninger*. Tiltalte hævdede, at disse regler stred mod EF-landbrugsmarkedsordningen på området og nærmere bestemt *forordningens art. 10, der forbyder FtV*¹⁶. Den hollandske domstols præjudicielle spørgsmål var begrænset til de hollandske reglers forenelighed med art. 10.

Spørgsmålet voldte vanskeligheder, fordi, som det blev fremhævet af Domstolen, »den pågældende nationale ordning og den fællesskabsretlige bestemmelse, der anmodes om en fortolkning af, knytter sig til *forskellige trin af det økonomiske kredsløb, nemlig henholdsvis produktionen og afsætningen*« (fremhævet her). Men vanskelighederne kunne overvindes,

16. Den pågældende markedsordning var fra før overgangsperiodens udløb og indeholdt derfor et selvstændigt forbud mod FtV. Se herom kap. 14.3.

når man så bestemmelsen på baggrund af samtlige markedsordningens regler og dens almindelige struktur.

Efter en gennemgang af forordningens regler konkluderede Domstolen, at det af forordningens almindelige struktur fremgik, at markedsordningen var baseret på frihed for samhandelen på loyale konkurrencevilkår, ved hjælp af en forbedring af produkternes kvalitet, og at »en sådan ordning udelukker enhver national ordning, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, medfører hindringer for den interne handel i Fællesskabet«¹⁷. Domstolens konklusion var, at »en national ordning, der indebærer en kontingentering af produktionen, berører – i det mindste potentielt – den således definerede samhandel og må derfor betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner i den i forordningen anførte betydning«.

Dommen går meget vidt. Den viser tydeligt, at enhver handelshindring, selv om der ikke foreligger forskelsbehandling hverken af udenlandske produkter eller af samhandelen mellem medlemslandene i forhold til den indenlandske handel, er i strid med art. 10, når denne fortolkes »i lyset af alle de bestemmelser, der vedrører oprettelsen af den fælles markedsordning«.

Dommen er klart udtryk for, at den blotte eksistens af et forbud mod FtV ikke medfører produktionsbegrænsningers ulovlighed. Denne retsvirkning får forbudet først, når det bliver fortolket i lyset af markedsordningens andre regler. Det er derimod ikke muligt at se, om henvisningen til forordningens øvrige bestemmelser alene er anset for nødvendig for at overvinde de vanskeligheder, de nationale reglers karakter af produktionsreguleringer rejser, eller om de også har været medvirkende til den meget vide anvendelse af selve handelshindringsforbudet.

Generaladvokat Mayras var kommet til samme resultat som Domstolen. Kommissionen var derimod i sit indlæg gået ind for det modsatte resultat. Den udtalte, at art. 10's forbud ikke kunne udstrækkes til også at omfatte regulering af produktionen, *medmindre reguleringen i højere grad bremser eksporthandelen end handelen på det interne marked*. Selve eksistensen af fællesskabsregler udelukkede heller ikke nationale regler på det pågældende område, og der kunne ikke påvises en konkret

17. Den tilsyneladende forskel mellem denne præmis og den i 22.2.7 citerede »Dassonville-definition« skyldes alene forskellige danske oversættelser af i alt væsentligt identiske franske tekster.

uforenelighed mellem de nationale regler og fællesskabsreglerne i øvrigt.

Kommissionens opfattelse forekommer at være rigtig. Det er ikke rimeligt at forbyde produktionsbegrænsninger på grund af deres samhandelsbegrænsende virkninger. Man må snarere se dommen som udtryk for, at landbrugsmarkedsordningen udelukker nationale regler på området (Fællesskabsreguleringen gør nationale myndigheder inkompetente på området)¹⁸. Dette er ganske vist ikke Domstolens normale udgangspunkt. Dette er der f.eks. givet udtryk for i sag 51/74 van der Hulst, der er afsagt få måneder senere end van Haaster-sagen, og hvorefter de nationale regler kun er ulovlige, hvis der kan påvises en konkret modstrid mellem disse og fællesskabsreglerne. Men inkompetencesynspunktet er aldrig langt fra at blive dominerende. Det dukker hyppigt op i Domstolens praksis i mere eller mindre klare former. Det viser denne sag og sag 31/74 Galli, 22.2.10, samt sag 83/78 Pigs Marketing Board, 22.2.34.

22.2.9 – Domme af 31.10.1974 i de præjudicielle sager 15 og 16/74 Centrafarm mod Sterling Drug og Winthrop. Sagerne vedrørte forskellige enerettigheders forenelighed med reglerne om de frie varebevægelser. Problemerne opstod i forbindelse med patent- og varemærkebeskyttede medicinalvarers import i Holland. *Importen blev foretaget uden enerets-haverens samtykke*, hvorfor han på grundlag af hollandsk ret søgte at få nedlagt importforbud. De importerede varer var imidlertid *bragt i omsætning* i et af de andre medlemslande *med hans samtykke*. Domstolen opretholdt sin hidtidige praksis¹⁹. Et nationalt importforbud var under disse forhold i strid med EF-reglerne.

Det var gjort gældende, at Domstolens praksis ikke kunne gælde, når de meget betydelige *prisforskelle* mellem produktionslandet og importlandet skyldtes produktionslandets myndigheders indgreb, og når en beføjelse til at nedlægge importforbud var nødvendig for rettighedshaverens muligheder for at kunne kontrollere varedistributionen med henblik på at *beskytte forbrugernes sundhed*. Disse synspunkter var Domstolen ikke enig i. De konkurrencefordrejninger, prisforskellene måtte medføre, skulle fjernes gennem fællesskabshandlinger og kunne ikke begrundes importforbud på grundlag af eneretslovgivninger. Beskyttelse af

18. Se om en tilsvarende amerikansk problemstilling kap. 5.5.

19. Se sag 78/70 Deutsche Grammophon, 22.2.2.

sundheden kunne retfærdiggøre importforbud, men dette skulle ske ved hjælp af selvstændige regler til beskyttelse af sundheden og ikke ved hjælp af regler om enerettigheder.

22.2.10 – Dom af 23.1.1975 i præjudiciel sag 31/74 Galli. Sagen minder om sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, vedrørende produktionsbegrænsningen for hyacintløg. Også i Galli-sagen var der tale om, hvorvidt nationale regler, her regler om maksimalpriser, var i strid med *EF-landbrugsmarkedsordninger og bestemmelser heri om forbud mod FtV*. Også i Galli-dommen gik EF-Domstolen overordentligt vidt med hensyn til betydningen af landbrugsmarkedsordningers *eksistens*, og også i denne dom er det svært at vurdere, hvilken *selvstændig* betydning forbudet mod FtV har haft. Domstolens resultat gik meget kort gengivet ud på, at de enkelte medlemslande ikke selv kan fastsætte regler, hvis formål er at kontrollere priserne for varer, der er omfattet af en af EF's landbrugsmarkedsordninger. Sådanne regler kan og må fastsættes af EF's institutioner eller med disses samtykke. Dette gælder dog kun fuldt ud for nationale regler, der vedrører produktions- og engrosleddet. Domstolen har senere haft lejlighed til at tage stilling til tilsvarende spørgsmål. En mere udførlig drøftelse af den problemstilling, disse sager rejser, vil ske i forbindelse med sag 65/75 Tasca, 22.2.15.

22.2.11 – Dom af 20.2.1975 i sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland. Kommissionen påstod, at Tyskland ved gennemførelsen af en ny vinlovgivning havde handlet i strid med sine fællesskabsforpligtelser. Den hævdede, at Tyskland ved at indføre *en ordning, hvorefter betegnelserne »Sekt«, »Prädikatssekt« og »Weinbrand« forbeholdtes produkter fra lande, hvor tysk er officielt sprog*, havde handlet i strid med forbudet mod FtV. De tre betegnelser havde mere tiltrækningskraft for de tyske forbrugere end udtrykkene *»Qualitätsschaumwein« og »Qualitätsbranntwein aus Wein«*, der var forbeholdt produkter fra andre lande. Disse, der ikke kunne benytte de førstnævnte betegnelser, blev derfor stillet dårligere på det tyske marked. Kommissionen henviste til direktiv 70/50, hvorefter en medlemsstat handler i strid med forbudet, hvis den forbeholder visse benævnelser alene for nationale produkter, medmindre benævnelserne *»er oprindelsesbetegnelser eller angivelser af afsendeslesstedet«*. De tre tyske betegnelser var efter Kommissionens opfattelse blotte artsbetegnelser og ikke *»oprindelsesbetegnelser«*.

Domstolen, der dømte Tyskland for traktatbrud, lagde vægt på, at *»vinlovgivningen er egnet til på det tyske marked at begunstige afsætningen af indenlandsk produktion til skade for produkter fra andre medlemssta-*

ter«. Domstolen fastslog også, at »det er ikke nødvendigt at bevise, at disse foranstaltninger faktisk indskrænker indførslen af de omhandlede produkter, men blot at de kan hindre 'import, der uden disse foranstaltninger ville have kunnet finde sted'.«

Dommen er navnlig interessant, fordi parterne, generaladvokat Warner og Domstolen gik ud fra, at sagens udfald afhang af, om de faktiske sagsforhold var omfattet af art. 2 i Kommissionens direktiv 70/50, d.v.s. at Tyskland alene kunne dømmes, hvis det kunne godtgøres, at *de tyske regler diskriminerede over for udenlandske produkter*.

22.2.12 – Dom af 26.2.1975 i præjudiciel sag 63/74 Cadsky. Domstolen var alene blevet spurgt om og besvarede alene spørgsmålet, om en italiensk afgift i forbindelse med obligatorisk kvalitetskontrol ved eksport af frugt var forenelig med traktatens art. 16. Domstolen udtalte imidlertid indirekte, at den netop ikke havde taget stilling til *selve kvalitetskontrollens lovlighed*. Kommissionen havde herom i sit indlæg udtalt, at en regel, der kun kræver kvalitetskontrol ved eksport og ikke ved intern afsætning, er en hindring for eksporten og dermed en FtV. Den afgørende grund for ulovligheden af kvalitetskontrollen er således efter Kommissionens opfattelse forskelsbehandlingen mellem den nationale og den internationale samhandel, og Kommissionen synes i øvrigt at forudsætte, at en forskelsbehandling kunne have været lovlig, hvis den havde været omfattet af art. 36.

22.2.13 – Dom af 8.7.1975 i præjudiciel sag 4/75 Rewe Zentralfinanz mod Landwirtschaftskammer. Denne dom vedrørte foreneligheden med art. 30 af den *sundhedskontrol, udenlandske æbler efter tysk ret undergives, når de ved import passerer grænsen*.

Domstolen tog først stilling til den mulige brug af art. 30. Den fandt, at de tyske regler var omfattet af denne bestemmelse. Den indledte begrundelsen med at gengive en modificeret version af »Dassonville-definitionen« (modificeret derved, at det er importen og ikke samhandelen, der skal hindres, og derved, at kravet om »handels«reguleringer er udeladt). Vigtigere er imidlertid, at den herefter fortsætter med at *citere* direktiv 70/50 art. 2, stk. 2, hvorefter FtV er sådanne, der alene stiller betingelser for importerede varer eller stiller mere byrdefulde betingelser for importerede varer. Den tilføjede, at det fremgik af de stillede spørgsmål, at sundhedskontrollen alene gjaldt importerede varer, og på dette grundlag fastslog den, at betingelsen i art. 2, stk. 2, var opfyldt. Den henviste også til kontrollens forsinkende og fordyrende virkninger.

Dommen må opfattes som en accept af grundsynspunktet i art. 2 i Kommissionens direktiv, nemlig at FtV som udgangspunkt kun foreligger:

- når der er en hindring af samhandelen, og
- når denne er opstået som følge af mere byrdefuld behandling af udenlandske varer.

Domstolen fortsatte med at undersøge, om art. 36 kunne påberåbes som retfærdiggørelse for de tyske regler²⁰. Udgangspunktet var, at plantesundhedskontrol var omfattet af art. 36's undtagelser. Men Domstolen gjorde også opmærksom på, at en sundhedskontrol ved grænsen »ville kunne udgøre en vilkårlig forskelsbehandling (i 2. pkt.'s forstand), når indenlandske produkter ikke skal gennemgå en tilsvarende kontrol ved forsendelse inden for medlemsstatens grænser« (fremhævet her).

Det kan ud fra en umiddelbar betragtning forekomme, som om Domstolen benytter samme kriterium til at kvalificere de tyske regler som FtV og til at gøre undtagelsen efter art. 36 uanvendelig, nemlig at reglerne er diskriminerende, fordi der ikke findes sundhedskontrol af tyske produkter. Dette er selvsagt ikke meningen. Domstolens opfattelse har været, at art. 30 er anvendelig, så snart der ikke er fuldstændig ligebehandling af importerede og nationale varer, og at forskelsbehandling kan være retfærdiggjort efter art. 36, men kun når den er konkret begrundet. Domstolen udtaler da også, at en forskelsbehandling »ikke antages at være vilkårlig«, hvis der træffes effektive foranstaltninger mod omsætning af sygdomsangrebne nationale produkter, og hvis erfaringerne viser, at importkontrollen rent faktisk hindrer sygdomsudbredelse.

Generaladvokat Reichl drøftede et tysk anbringende om, at handelshindringen skal være »følelig«. Han udtalte, at dette begreb hører hjemme i konkurrence-retten og ikke kan finde plads i offentligretlig sammenhæng. Han henviste til Domstolens praksis vedrørende afgifter med tilsvarende virkning som told, hvoraf det fremgår, at der ikke er »plads til en så elastisk grænse« som foreslået af forbundsregeringen. Domstolen tog ikke stilling hertil. Den fremhævede som nævnt blot, at reglerne faktisk besværliggjorde importen.

20. Den tyske domstol havde særligt spurgt om betydningen for dette spørgsmål af et af Rådet i 1969 vedtaget direktiv om bekæmpelse af San José skjoldlusen. EF-Domstolen lagde til grund, at direktivets formål var at indføre minimumsforanstaltninger, fælles for alle medlemsstaterne, med henblik på en effektiv bekæmpelse af skjoldlusen. Selv om direktivet også måtte betragtes som en foranstaltning med henblik på fjernelse af handelshindringer, fremgik det dog af dets præambel, at det skulle supplere og ikke erstatte de nationale beskyttelsesforanstaltninger.

22.2.14 – Dom af 30.9.1975 i de præjudicielle sager 10-14/75 Anklage-myndigheden mod Lahaille m.fl. Det er forbudt kunstigt at forøge en vins alkoholprocent, f.eks. ved tilsætning af sukker. Men det er vanskeligt at kontrollere forbudets overholdelse. Man har dog i Frankrig ment at kunne overkomme vanskelighederne ved at fastsætte en *lovsformodning om ulovlig kunstig forøgelse af vins alkoholindhold*, når en analyse af vinen viser et særligt forhold mellem vinens »tørstof« og dens »flygtige stoffer«. Formodningen kan afkræftes under visse nærmere angivne betingelser. EF-Domstolen skulle bl.a. tage stilling til, om lovsformodningen stred mod art. 30. Reglen var brugt til at dømme importører af italiensk vin for ulovlig alkoholforøgelse²¹. Importørerne gjorde gældende, at reglen blev misbrugt til at begrænse importen af italiensk vin, som netop i den pågældende periode fandt sted i stort omfang med betydelig uro blandt franske vinbønder til følge. Domstolen fastslog, at lovsformodningen ikke var »lovlig som national kontrolforanstaltning, *dersom dens anvendelse er egnet til at stille vine fra andre medlemsstater ringere ...*« (fremhævet her)²².

Domstolen krævede:

- at muligheden for at afkræfte formodningen retligt og faktisk skulle stå åben i samme omfang og under samme betingelser for udenlandsk som for indenlandsk vin, og

- at der også skulle være mulighed for en *generel afkræftelse* af formodningen under henvisning til de klimatiske forhold i produktionsområdet, den måde vinen fremstilles på og andre mere almindelige omstændigheder, som har virkning på forholdet mellem alkohol og tørstof.

Dommen er atter et eksempel på, at det afgørende kriterium for art. 30's anvendelse er, om den pågældende regel er udformet eller anvendes diskriminerende. Domstolen undersøger ikke selvstændigt, om reglen har handelshindrende virkninger. Dette er dog ikke overraskende. Den omhandlede regel indgår som et led i kontrollen af en materiel regel, nemlig forbudet mod ulovlig forøgelse af alkoholprocenten. Den materielle regel var utvivlsomt lovlig²³, hvorfor nødvendige kontrolregler

21. Se de delvis tilsvarende sager 89/74, 18 og 19/75 Arnaud m.fl., hvor lovsformodningen var brugt til at dømme franske vinbønder.

22. Den danske oversættelse af dommen er her ændret ved tilføjelsen af ordene »er egnet til«.

23. Den var indeholdt i en fællesskabsforordning.

også må være det, selv om de eventuelt skulle have visse handelshindrende virkninger.

Dommen er vigtig, fordi Domstolen udtrykkeligt stiller krav både til selve reglens udformning og til dens anvendelse.

Formodningen skal være udformet således, at der *retligt* skal være samme afkræftelsesmulighed for udenlandsk som for indenlandsk vin. Men det understreges også, at de retlige afkræftelsesmuligheder også rent *faktisk* skal anvendes ikke-diskriminerende.

Domstolens krav om muligheden for generel afkræftelse må mærkes. Der ligger navnlig heri et krav om, at der skal tages hensyn til særlige produktionsbetingelser for udenlandske vine. Lovsformodningen skal generelt kunne afkræftes for vine produceret i bestemte områder. En regel, hvorefter afkræftelsen alene kunne ske på grundlag af hvert enkelt tilfælde konkrete omstændigheder, ville formelt ikke være diskriminerende, men det fremgik af oplysningerne i sagen, at en sådan regel rent faktisk kunne stille udenlandske vine dårligere. Den franske lovsformodning, der var fastlagt på baggrund af forsøg med franske vine, passede nemlig ikke nødvendigvis på alle udenlandske vine. Der var derfor konkret baggrund for Domstolens vidtgående krav.

22.2.15 – Domme af 26.2.1976 i præjudiciel sag 65/75 Anklagemyndigheden mod Tasca og de præjudicielle sager 88-90/75 SADAM mod Det interministerielle Prisudvalg. Sagerne vedrørte lovligheden af en italiensk *maksimalprisordning*, gældende bl.a. for sukker. Disse sager gjorde det muligt for Domstolen på ny at tage stilling til de problemer, den havde afgjort i sag 31/74 Galli, 22.2.10. Sagerne adskilte sig fra Galli-sagen derved, at de præjudicielle spørgsmål var opdelt i spørgsmål, der vedrørte betydningen af reglerne i landbrugsmarkedsordningen, og spørgsmål, der alene vedrørte fortolkningen af art. 30.

Ad spørgsmålet om betydningen af EF-landbrugsmarkedsordninger for nationale prisreguleringers lovlighed.

Der kan ved behandlingen af dette spørgsmål, der kun indirekte vedrører denne afhandlings emne, være grund til foruden dommene i sagerne Tasca og SADAM at nævne dom af 29.6.1979 i sag 154/77 Anklagemyndigheden mod Dechmann og dom af 12.7.1977 i sag 223/78 Anklagemyndigheden mod Grosoli.

Disse sager vedrører alle maksimalprisreguleringer vedrørende landbrugsvarer, der er omfattet af en landbrugsmarkedsordning²⁴.

24. I Dechmann-sagen var der tale om maksimering af den tilladte handelsmargen.

Domstolens praksis kan navnlig på grundlag af de to sidste sager, set på baggrund af Galli-dommen, sammenfattes således:

- Nationale prisreguleringer, der gælder for produktions- og engrosleddet, og som vedrører varer omfattet af en EF-markedsordning, er i strid med markedsordningen, uanset markedsordningens indhold. Baggrunden for dette resultat er, at markedsordningernes regler udtømmende regulerer prisdannelsen i disse omsætningsled.

- Prisreguleringer for »detail- og forbrugerleddet« er kun i strid med markedsordningerne, såfremt prisreguleringen bringer den pågældende markedsordnings målsætning og funktion i fare²⁵.

Domstolen understreger, at man ved vurderingen af lovligheden må se på den enkelte markedsordnings specifikke indhold. Den fremhæver her navnlig markedsordningernes prisregler, men nævner også deres regler til sikring af de frie varebevægelser. I de fleste tilfælde vil det være markedsordningens prisregler, der er vigtigst for vurderingen af de nationale foranstaltningers lovlighed, i visse tilfælde vil det være markedsordningens – udtrykkelige eller underforståede – regler om de frie varebevægelser, der er vigtigst, og i visse tilfælde vil det være en kombination af disse og eventuelt andre regler. I Dechmann-sagen var det ud fra sagens faktiske omstændigheder klart, at det var hensynet til de frie varebevægelser, der vejede tungest. Domstolen fastslog, at »handelsmargenen« skal være fastsat på et niveau, som kan sikre detailhandleren en »rimelig aflønning for hans indsats«, bl.a. fordi en manglende opfyldelse af dette krav kunne påvirke samhandelen inden for fællesskabet »via væsentligt nedsatte indførsler«.

Der kan ikke på grundlag af Domstolens behandling af disse spørgsmål findes fortolkningsbidrag af betydning for forståelsen af forbudet mod FtV. Dette skyldes navnlig, at det ikke klart fremgår af dommene, om reglerne om de frie varebevægelser fortolkes strengere inden for markedsordningernes områder, jfr. herved sag 190/73 van Haaster vedrørende produktionsbegrænsningerne for hyacintløg (22.2.8).

De kriterier, Domstolen har valgt som grundlag for at vurdere detailprisreguleringer, er vanskeligt anvendelige. Disse problemer er allerede omtalt i kap. 16. Der er ganske vist ingen tvivl om, at detailprisreguleringer kan stride mod mar-

25. Selv om Domstolen udtrykkeligt i de to sidste sager siger, at dens praksis har været konstant, er det givet, at Tasca- og SADAM-dommene ændrede Galli-dommen derved, at den for *alle omsætningsleddene* valgte den løsning, den i Galli-dommen og i Grosoli- og Dechmann-dommene har reserveret for *detailledet*. Denne forståelse af Tasca- og SADAM-dommene bestyrkes af dommene i sag 60/75 Russo og i sag 52/76 Benedetti.

kedsordningernes prisregler. Man kan blot tænke på en detailmaksimalpris, der ligger under den i markedsordningen fastsatte indikativpris, d.v.s. den pris, markedsordningens regler tilstræber at producenten skal kunne få ved salg på det frie marked. Men det er lige så sikkert, at kriterierne ikke er tilstrækkeligt klare til, at den nationale dommer kan løse de afgrænsningsproblemer, han må løse i forbindelse med de prisreguleringer, medlemsstaterne i stadigt stigende omfang benytter for alle varegrupper.

Ad spørgsmålet om fortolkningen af art. 30 i forhold til nationale prisreguleringer. Domstolen besvarede i Tasca- og SADAM-dommene²⁶ efter i alt væsentligt at have gentaget »Dassonville-definitionen« spørgsmålet således: »Selv om en maksimalpris, der gælder for både nationale og importerede varer, ikke i sig selv udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, kan den imidlertid have en sådan virkning, når den fastsættes på et sådant niveau, at afsætning af de importerede varer bliver enten umulig eller vanskeligere end afsætning af nationale varer«.

Domstolen synes for en umiddelbar betragtning at bygge på og dermed acceptere Kommissionens sontring i direktiv 70/50 mellem foranstaltninger »andre end dem, der anvendes uden forskel på indenlandske og importerede varer« (art. 2), og sådanne, »som anvendes uden forskel« (art. 3)²⁷. Den accepterer, at foranstaltninger, »som anvendes uden forskel«, som udgangspunkt er lovlige. Men samtidig fastslår den, at sådanne »ikke-diskriminerende foranstaltninger« kan udgøre FtV på grund af deres samhandelsbegrænsende virkninger. Dette sidste har fået Waelbroeck og Slot til at hævde, at dommen er en klar forkastelse af den af Kommissionen opstillede sontring²⁸.

Man bør næppe i præmissen indfortolke en stillingtagen til Kommissionens begrebsmæssige grundlag for fortolkningen af art. 30. Det er sikrere at begrænse sig til at se, hvad Domstolen har sagt. Den har formentlig valgt sin formulering for at få lejlighed til at fastslå, hvad hovedreglen er, nemlig at en maksimalpris, der anvendes uden forskel på nationale og importerede varer, ikke i sig selv udgør en FtV. Dommen må opfattes

26. Der var ikke i Dechmann- og Grosoli-sagerne stillet særskilte spørgsmål om art. 30.

27. Den danske oversættelse af dommen tager ikke hensyn til, at Domstolen i dommens franske version har valgt direktiv 70/50's ordlyd: »applicables indistinctement«.

28. Se Waelbroecks kommentar til dommen i *CLMR* 1977 s. 101 og Slots i *SEW* 1976 s. 457.

som en tilkendegivelse fra Domstolen om, at udgangspunktet for forståelsen af begrebet FtV er, at der skal foreligge en eller anden form for forskelsbehandling mellem samhandelen mellem medlemsstaterne og den interne handel. Men samtidig viser dommen også, at den ikke som Kommissionen lægger vægt på et formelt diskriminationsbegreb²⁹.

Domstolens resultat – at nationale prisregler kan være omfattet af art. 30 – kan ikke kritiseres. Nationale prisregler kan, selv om de formelt er ligebehandlende, utvivlsomt misbruges til at beskytte national produktion. En billig national produktion kan beskyttes mod dyrere – men måske bedre – udenlandsk gennem lave maksimalpriser, og omvendt kan en dyr national produktion beskyttes mod billig udenlandsk gennem høje minimalpriser.

Men Domstolens forsøg på at angive, under hvilke konkrete omstændigheder art. 30 kan finde anvendelse, er åben for kritik. Den fastslår blot: »Således er en maksimalpris, i hvert fald for så vidt den finder anvendelse på indførte varer, en FtV, navnlig når den er fastsat på et så lavt niveau, at virksomheder, der ønsker at indføre sådanne varer i den pågældende medlemsstat – på grund af de importerede varers generelle stilling i forhold til de indenlandske varers – kun kan gøre dette med tab«.

Præmissen må forstås således, at prisreguleringen ikke må kunne føre til importnedgang, fordi importen bliver tabsgivende. Dommeren skal ikke herved se på den enkelte vares individuelle situation, men på den pågældende type varers generelle stilling, hvilket må betyde, at der skal lægges gennemsnitsbetragtninger til grund. Dette stiller den nationale dommer nogle økonomisk/statistiske opgaver af en betydelig kompleksitet. Kriterierne må nødvendigvis præciseres, førend det kan forventes, at nationale dommere skal kunne anvende dem ensartet³¹. Dommen er en illustration af de problemer, der er drøftet i kap. 16.

29. Se om diskriminationsbegrebet i direktiv 70/50, kap. 20.2.3.

30. Udgået.

31. Winkel, »Die Vereinbarkeit staatlicher Preislenkungsmaßnahmen mit dem EWG-Vertrag«, *NJW* 1976 s. 2051, henviser som en mulig forklaring på kriteriernes kortfattede til, at sagen vedrørte »sukker«, et af de mest »homogene« produkter, man kan tænke sig.

22.2.16 – Dom af 20.5.1976 i præjudiciel sag 104/75 Anklagemyndigheden mod de Peijper (»Lægemidler«). Sagen vedrørte ligesom sagerne 15 og 16/74 Centrafarm, 22.2.9, parallelimport til Holland af lægemidler. Varerne var bragt på markedet af producenten i andre medlemsstater og svarede til varer, der allerede var godkendt i Holland. Parallelimporten kunne betale sig på grund af det høje hollandske prisniveau. Importen stødte i denne sag på vanskeligheder som følge af *den hollandske lægemiddellovgivning*. Som i sag 8/74 Dassonville, 22.2.7, var det let at vise, at import foretaget af importører, der ikke havde producentens samtykke, var vanskeliggjort, for ikke at sige umuliggjort af de nationale regler. Importen forudsatte myndighedernes godkendelse af det pågældende lægemiddel. Godkendelsen forudsatte fremlæggelse af en række oplysninger, og disse oplysninger kunne kun fås fra varens producent, der ikke var interesseret i parallelimport.

Domstolen fastslog da også ganske kort, at *nationale regler, der fører til en kanalisering af indførsler*, forstået på den måde, at »kun visse erhvervsdrivende kan importere, medens andre er afskåret derfra«, er omfattet af art. 30.

Domstolen fastslår utvetydigt, at art. 30 kan bruges, så snart der diskrimineres mellem forskellige grupper importører³².

Problemet var imidlertid, om de hollandske regler var *retfærdiggjort af hensynet til beskyttelse af menneskers sundhed*. De nationale sundhedsmyndigheder må sikre sig, at de parallelimporterede lægemidler også er identiske med de tidligere godkendte.

Domstolen udtalte indledningsvis, at en handelshindrende foranstaltning »kun er forenelig med traktaten, for så vidt den er *nødvendig* for en *effektiv* beskyttelse af menneskers liv og sundhed« (fremhævet her). Dette fører til, at art. 36 er uanvendelig, »når menneskers liv og sundhed kan beskyttes lige så effektivt ved *foranstaltninger, som er mindre restriktive for samhandelen* inden for Fællesskabet«, og når de handelshindrende virkninger af den i sig selv nyttige lovgivning eller praksis »*væsentligst skyldes et ønske om at begrænse den administrative byrde eller de offentlige udgifter, medmindre denne byrde eller disse udgifter uden nævnte lovgivning eller praksis klart ville overskride grænserne for, hvad der med rimelighed kan forlanges*« (fremhævet her).

32. Jfr. de »diskriminationer«, der er omtalt i sag 155/73 Sacchi 22.2.5 og sag 8/74 Dassonville 22.2.7.

Efter en gennemgang af de hollandske regler besvarede Domstolen det forelagte spørgsmål således, at en national foranstaltning, der gør det muligt for en virksomhed at forhindre parallelimport ved at nægte at udlevere oplysninger, er »mere restriktiv end nødvendigt« »medmindre det med sikkerhed bevises, at enhver anden lovgivning eller praksis klart vil ligge uden for den kreds af rimelige midler, som anvendes i normal forvaltningspraksis« (fremhævet her).

Dommen viser, hvor meget Domstolen forlanger for at anse handelshindringer retfærdiggjort af hensyn til beskyttelse af selv de i art. 36 nævnte formål. En national regulering, der har et beskyttelsesværdigt formål, men som samtidig har handelshindrende virkninger, kan kun accepteres, hvis det godtgøres – og den pågældende stat synes endda at have bevisbyrden herfor³³ – at det beskyttelsesværdige formål ikke kan nås på nogen anden rimelig måde end ved den omtvistede regulering³⁴.

22.2.17 – Dom af 22.6.1976 i præjudiciel sag 119/75 Terrapin mod Teranova. Denne dom vedrørte de begrænsninger i nationale enerettigheder, der er begrundet i hensynet til de frie varebevægelser. Domstolen fastslog, at *reglerne om de frie varebevægelser ikke er til hinder for, at en indehaver af et varemærke kan modsætte sig indførsel af varer med et forveksleligt varemærke*, når de to varemærker ikke har fælles oprindelse, og når den pågældende vare ikke er bragt i omsætning med hans samtykke. Dommen udtalte, at hensynet til de frie varebevægelser og hensynet til enerettighederne måtte »forliges således, at beskyttelse ydes den retmæssige udøvelse« af rettighederne, »mens beskyttelse må nægtes en-

33. Også Derrick Wyatt finder i en kommentar i *ELR* 1976 s. 471 dette overraskende, når det tages i betragtning, at Domstolen i dommen udtrykkeligt siger, at sundhed er det vigtigste af de hensyn, der kan retfærdiggøre handelshindringer.

34. Dommen har givet de nationale sundhedsmyndigheder betydelige problemer. Man har haft vanskeligheder ved at finde frem til en rimelig balance mellem hensynet til de frie varebevægelser og hensynet til sundheden. De danske myndigheder forlanger efter lægemiddeloven nyregistrering af ethvert lægemiddel (»specialitet«), der ved processer i forbindelse med opdeling, pakning og præsentation afviger fra et tidligere registreret. Dette krav opretholdes også efter de Peijper-dommen, men det ændres dog således, at myndighederne nu ikke vil kræve »sådanne oplysninger og dokumentation, som det er umuligt for (parallel-importøren) at tilvejebringe på grund af den oprindelige fremstillers vægring ved at stille dem til hans rådighed, og som sundhedsstyrelsen allerede måtte være i besiddelse af«, se Sundhedsstyrelsens »meddelelse af 28.1.1977 om administrationen af lægemiddelovens regler i relation til den såkaldte »parallelimport« af lægemidler«.

hver sådan *urimelig udøvelse* (exercise abusif)« (her fremhævet) af rettighederne, der kan føre til *kunstige* markedsopdelinger. Dette resultat var en logisk konsekvens af Domstolens tidligere domme.

Dommen skal dog mærkes af en anden grund. Der var rejst tvivl, om der virkelig forelå forvekslelige varemærker. Det ene varemærke var »Terranova« og blev brugt i forbindelse med facadebeklædninger og andre bygningsmaterialer. Det andet var »Terrapin«. Det blev brugt i forbindelse med præfabrikerede huse og bygningselementer til sådanne huse. Det lå fast, at de tyske domstole havde fastslået, at der var tale om forvekslelige varemærker.

Det var under sagen oplyst, at det tyske forvekslelighedsbegreb er videre end begrebet i de fleste andre lande, og det var hævdet, at en for vid anvendelse af forvekslelighedsbegrebet kunne føre til handelshindringer og dermed være i strid med art. 30. EF-Domstolen nævnte problemet, men afslog at udtale sig om det, da der ikke forelå et af den nationale ret stillet præjudicielt spørgsmål herom.

Domstolen fortsatte dog med at fremhæve et andet aspekt af de frie varebevægelser betydning for nedlæggelse af importforbud. Den gjorde opmærksom på, at indehaverens ret til at gøre varemærket gældende er begrænset af forbudet i art. 36, 2. pkt., mod vilkårlige forskelsbehandlinger og skjulte samhandelsbegrænsninger, og at det er den nationale dommers opgave at påse, at dette forbud ikke overtrædes. Det påhviler navnlig den nationale dommer »at påse, at de pågældende rettigheder af indehaveren udøves med samme strenghed, uanset den nationale oprindelse hos den, der måtte krænke hans ret«. Den berettigede efter varemærket må ikke bruge sin ret til at diskriminere efter nationalitet, f.eks. acceptere landsmænds brug af varemærket, men nægte udlændinge samme ret.

22.2.18 – Dom af 14.7.1976 i de præjudicielle sager 3, 4 og 6/76 Anklagemyndigheden mod Kramer m.fl. Dommen i sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, vedrørende produktionsbegrænsningerne for hyacintløg havde gjort indtryk i Holland. Afgørelsen blev brugt i en sag, hvor fiskere var tiltalt for overtrædelse af hollandske regler om begrænsninger i fangstmængder og -metoder, der var fastsat til opfyldelse af internationale forpligtelser. Det blev gjort gældende, at disse regler var i strid dels med EF-forordningerne inden for fiskeriområdet og dels med art. 30. EF-Domstolen fik forelagt præjudicielle spørgsmål med henblik på afgørelsen af disse anbringender.

Domstolen fandt ikke nogen modstrid mellem de hollandske regler og EF-reglerne inden for fiskeriområdet. De hollandske regler bragte ikke de fælles EF-forordningers funktion eller formål i fare.

Domstolen fandt heller ikke, at der var modstrid mellem art. 30 og »nationale foranstaltninger, der begrænser fiskeriet med henblik på en bevaring af havets ressourcer«. De to første præmisser til begrundelse af dette resultat fastslog i lighed med blomsterløgssagen, at fangstbegrænsninger og de af art. 30 omfattede foranstaltninger vedrører forskellige stadier i det økonomiske kredsløb, nemlig henholdsvis produktion og afsætning, og at svaret derfor måtte gives på grundlag af »hele systemet i den fællesskabsretlige basislovgivning for den pågældende sektor og denne lovgivnings formål«³⁵. Det er mest nærliggende at opfatte præmisserne således, at art. 30 ikke selvstændigt, d.v.s. ikke uden at ses i sammenhæng med markedsordningens regler, kan finde anvendelse på produktionsregulerende regler. Om det virkelig har været Domstolens mening, er dog tvivlsomt. Ehlermann³⁶ mener således, at dommen entydigt på trods af disse præmisser viser, at art. 30 også omfatter produktionsbegrænsninger. Domstolen tager nemlig ikke i de følgende præmisser hensyn til markedsordningens regler, men bedømmer udelukkende produktionsbegrænsningen på grundlag af hensynet til de frie varebevægelser. Domstolen må antages at have formuleret præmisserne som sket for at vise, at den principielt opretholder sin praksis fra van Haasterdommen. Domstolen går i sine præmisser ud fra, at van Haasterdommen fortsat er korrekt. Da det imidlertid er klart for enhver, at de hollandske regler i mangel af »EF-fiskefrednings-regler« ikke kan være ulovlige, måtte Domstolen påvise, hvorved de to sager adskiller sig fra hinanden. Den fandt den afgørende forskel i de to »*produktionsbegrænsningers*« *formål*. Fangstbegrænsninger skal på længere sigt sikre et konstant og størst muligt udbytte af fiskeriet.

Domstolens udgangspunkt er således, som det var i van Haaster-sagen, at en produktionsbegrænsning, selv om den er ikke-diskriminerende, kan være en FtV, hvis den fører til begrænsninger i samhandelen.

35. Art. 30-forbudet findes ikke gentaget i fiskeriforordningerne, der er vedtaget efter overgangsperiodens udløb.

36. Se *Festschrift für H. P. Ipsen* s. 586.

Samtidig fastslår Domstolen, at et *beskyttelsesværdigt formål, selv om det ikke falder ind under art. 36*, kan retfærdiggøre foranstaltningen³⁷.

Domstolens besvarelse må ses på baggrund af generaladvokatens og Kommissionens opfattelser. Generaladvokat Trabucchi overvejede først den af Domstolen senere valgte løsning – at lægge vægt på reglernes formål på langt sigt – men forstod den på trods af sympati, fordi den ville gøre begrebet FtV mere komplekst og mindre klart med fare for at reducere forbudets effektivitet. Han drøftede derefter, om reglerne kunne retfærdiggøres ud fra art. 36-hensyn, men fandt af forskellige grunde, at dette ikke var nogen heldig, omend vistnok teoretisk mulig, løsning. Han fandt derfor, at de hollandske regler principielt var omfattet af art. 30. Han mente dog, at de kunne anses for legitimerede, fordi de i lighed med tilsvarende regler i andre lande måtte betragtes som regler fastsat af de pågældende lande på fællesskabernes vegne. Han fandt støtte herfor i en Rådsforordning, der under sagens behandling for EF-Domstolen havde godkendt sådanne nationale regler³⁸.

Kommissionen var endda gået videre end generaladvokaten. Den var kommet til det overraskende resultat, at de hollandske regler – og dermed i virkeligheden alle nationale fiskefredningsbestemmelser – var fællesskabsstridige. Dens resultat byggede dog navnlig på en fortolkning af de to EF-forordninger på området. Kommissionen udtalte i denne forbindelse, at *van Haaster-dommens grundlag var, ikke forbudet mod FtV, men eksistensen af markedsordningen*, og den fortsatte med et forsøg på at godtgøre, at fællesskabsreglerne på fiskeriområdet ikke kunne fungere korrekt, når der fandtes nationale fangstbegrænsninger. Kommissionen synes at afvise, at fangstbegrænsningerne skulle stride mod art. 30.

22.2.19 – Dom af 15.12.1976 i præjudiciel sag 35/76 Simmenthal mod det italienske finansministerium. Sagen vedrørte, som sag 4/75 Rewe, 22.2.13, *obligatorisk sundhedskontrol ved grænsen*, i denne sag af dyr. Domstolen

37. Også i sag 61/77 Kommissionen mod Irland vedrørende lovligheden af nogle irske fiskefangstbegrænsninger blev art. 30 inddraget. Generaladvokat Reischl henviste blot til resultatet i Kramer-sagen, men udtalte samtidig, at det af Domstolens praksis og navnlig van Haaster-dommen klart fremgik, at FtV også omfattede produktionsbegrænsninger. Domstolen havde ikke lejlighed til at drøfte spørgsmålet, da de irske regler var ulovlige, allerede fordi de var diskriminerende.

38. Han berører ikke i denne forbindelse spørgsmålet, om EF-institutionerne er berettigede til at fastsætte regler, der, hvis de fastsættes af medlemsstaterne, ville blive betragtede som FtV. Hans løsning forudsætter, at dette er muligt, hvilket strider mod hans egne udtalelser i sag 104/75 de Peijper om fællesskabsmyndighedernes manglende mulighed for at ændre art. 30's anvendelsesområde og også mod Domstolens tilsvarende og flere gange fremsatte synspunkt, se kap. 12.8.

fastslog, at en sådan kontrol er forbudt efter art. 30 med forbehold af undtagelser efter art. 36 eller andre fællesskabsregler. Forbudet får virkning, »så snart de pågældende foranstaltninger direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan hindre medlemsstaternes indbyrdes import«. Begrundelsen svarer til begrundelsen i Rewe-sagen, med den vigtige modifikation, at enhver omtale af kravet om forskelsbehandling er udeladt.

Dette må utvivlsomt tillægges vægt, også fordi generaladvokat Reischl i sit forslag til afgørelse netop havde drøftet spørgsmålet om en tilsvarende italiensk intern sundhedskontrol og havde udtalt, at det var af betydning, om en sådan fandtes. Det synes dog på grundlag af Kommissionens oplysninger nogenlunde klart, at der ikke blev foretaget en tilsvarende kontrol af italienske slagtedyr.

Domstolen undersøgte også spørgsmålet, om sundhedskontrollen efter art. 36 var retfærdiggjort af hensynet til beskyttelse af menneskers og dyrs sundhed. Spørgsmålet kompliceredes af, at der på området var vedtaget en række harmoniseringsdirektiver med henblik på at fremme de frie varebevægelser ved en samordning af de nationale kontrolforskrifter. Efter en omhyggelig gennemgang af direktiverne kom Domstolen til det resultat, at sundhedsundersøgelser ved grænsen efter direktivernes ikrafttræden ikke er mulig som systematisk kontrol. Derimod »er stikprøvevis gennemførte veterinær- eller sundhedsundersøgelser ikke udelukket under forudsætning af, at de ikke finder sted i et sådant omfang, at de udgør en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstater«.

22.2.20 – Dom af 15.12.1976 i præjudiciel sag 41/76 Donckerwolcke mod anklagemyndigheden. Sagen vedrørte franske toldmæssige kontrolforanstaltninger, der gjaldt for tredjelandsvarer, der ikke var omfattet af EF's fælles handelspolitik, og som indebar *pligt til at angive varens oprindelsesland*. Kravet om oprindelsesangivelse skulle gøre det muligt for de franske myndigheder at vurdere, om man skulle ansøge Kommissionen om eventuel anvendelse af beskyttelsesforanstaltninger i henhold til traktatens art. 115³⁹. Belgiske eksportører var idømt strenge straffe for i forbindelse med eksport af varer fra Libanon og Syrien, der var over-

39. Art. 115 gør det, som tidligere nævnt, muligt at hindre import af tredjelandsvarer, selv om de er kommet i fri omsætning i en anden medlemsstat, se kap. 12.9 og 14.2.

gået til fri omsætning i Belgien, over for de franske myndigheder at have opgivet varerne som hidrørende fra Belgien.

EF-Domstolen besvarede præjudicielle spørgsmål om kravets lovlighed. Den gengav først »Dassonville-definitionen« og fastslog, at udgangspunktet er, at også tredjelandsvarer i fri omsætning skal behandles som EF-varer. Men dette princip kan dog ikke fuldt ud håndhæves, så længe den fælles handelspolitik ikke er gennemført. Så længe det er muligt for medlemsstaterne at opnå undtagelser i medfør af art. 115, må de også kunne kræve oprindelsesangivelser med henblik på at vurdere, om der er grund til at anmode om art. 115's anvendelse.

Dommen går ligesom i sag 51-54/71 International Fruit, 22.2.3, ud fra, at også rene toldformaliteter er omfattet af art. 30⁴⁰. Men den viser også, at *andre grunde end de i art. 36 nævnte kan retfærdiggøre foranstaltninger, der principielt som handelshindrende er omfattet af art. 30*. Accepten af kravet betyder dog ikke, at fællesskabsretten er indifferent over for den konkrete udformning af kravet. Kravet, herunder navnlig den til kravet knyttede sanktion, må ikke være uforholdsmæssigt i forhold til det tilladelige formål, og de handelshindrende virkninger skal være så begrænsede som muligt. Staterne må kun fastsætte regler, der er »*strengt nødvendige*« for at opnå formålet.

Generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse – hans første i en sag om art. 30 – er bemærkelsesværdigt. Efter en gennemgang af Domstolens praksis og direktiv 70/50 udtalte han, at en udtømmende liste over FtV er umulig under hensyn til de pågældende foranstaltningers mangfoldighed. Han pegede på betydningen af den pågældende foranstaltnings *formål*. Udgangspunktet er ganske vist, »at statslige foranstaltninger, der kan hindre eller vanskeliggøre samhandelen inden for Fællesskabet, i princippet udgør FtV«. Men en undtagelse må gælde, hvis de er gennemført af hensyn til et beskyttelsesværdigt formål, »der modsvarer medlemsstaternes fælles interesse«; foranstaltningens restriktive virkning skal dog altid stå i forhold til det legitime tilstræbte mål. Her er for første gang en klar udtalelse fra en af generaladvokaterne om, at »Dassonville-definitionen« ikke er udtømmende. Visse handelshindringer kan være lovlige på grund af det særlige formål, de pågældende regler har, og det selv om formålet ikke er dækket af art. 36.

40. Dommen vedrørte også nogle krav om importlicenser, som Domstolen fandt under alle omstændigheder var stridende mod art. 30.

22.2.21 – Dom af 25.1.1977 i præjudiciel sag 46/76 Bauhuis. («Hollandsk sundhedskontrol»). Denne dom, der er afsagt kun en måned efter den italienske sundhedskontrolsag (sag 35/76 Simmenthal, 22.2.19), vedrørte også *sundhedskontrol af dyr* denne gang i Holland og denne gang i forbindelse med *eksport*. Dommen adskiller sig på et væsentligt punkt fra dommen i den italienske sag. Det fremgår af denne dom, at der kun foreligger overtrædelser af forbudet mod FtV, når sundhedskontrol ved grænsen »ensidigt pålægges kvæg eller svin, der skal eksporteres til en anden medlemsstat«, eller »udelukkende gennemføres for dyr, der er bestemt til eksport, og adskiller sig fra den kontrol, der udføres i forbindelse med salg og transport af de samme dyr på den pågældende medlemsstats territorium«. Tydeligere kan det ikke siges, at *ikke-diskriminerende foranstaltninger falder uden for forbudet mod FtV*. Man kan ikke se, om Domstolen mener, at der er forskel på denne dom og dommen i den italienske sag, og i givet fald hvad begrundelsen er. Det er muligt, at der ingen forskel er, at altså et diskriminationskrav også er underforstået i den italienske sag, og det er muligt, at forskellen kan bero på, at der her er tale om en kontrolforanstaltning i forbindelse med *eksport*⁴¹.

Domstolen fastslog også, at foranstaltninger, der principielt er omfattet af forbudet mod FtV, alligevel er i overensstemmelse med traktaten, »såfremt de opfylder de i traktatens art. 36 foreskrevne betingelser«. Den kom ikke ind på, hvad disse betingelser ville føre til i den konkrete sag, men konstaterede til gengæld, at art. 36 også kan bruges til retfærdiggørelse af eksportlandets varetagelse af *modtagerlandets* sundhedsmæssige interesser.

22.2.22 – Dom af 3.2.1977 i præjudiciel sag 53/76 Anklagemyndigheden mod Bouhelier. Sagen vedrørte en fransk ordning om *kvalitetskontrol med ure til eksport*. Der blev ved eksport stillet krav om licens eller om en typeattest, som trådte i stedet herfor, og som kunne nægtes, hvis kvali-

41. En forklaring på Domstolens klare understregning af diskriminationskravet kan også have været, at de vigtigste spørgsmål i den her omtalte sag var lovligheden af de afgifter, der blev opkrævet i forbindelse med kontrollen, og at Domstolens praksis på afgiftsområdet klart viser nødvendigheden af at sondre mellem afgifter, der indgår som led i et generelt ikke-diskriminerende afgiftssystem, og afgifter, der gælder specielt for importerede og eksporterede varer (se kap. 12.3.1.). Det er faldet i øjnene, at en retstilstand, hvorefter kontrolforanstaltningen var ulovlig, medens afgiften i forbindelse med kontrollen ville være lovlig, ville være inkonsekvent.

tetskravene ikke var opfyldt. Ordningens forenelighed med art. 34 blev betvivlet under en straffesag mod eksportører, der havde forfalsket typeattester.

EF-Domstolen fastslog først, at kravet om eksportlicens under alle omstændigheder var i strid med art. 34. For så vidt angår kvalitetsordningen lagde den afgørende vægt på, at »den kun gælder for varer, der er bestemt for eksport, og ikke for indenlandsk solgte varer«. Der forelå således et tilfælde af »vilkårlig forskelsbehandling«. En sådan ordning er en FtV, idet den »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan (hindre) handelen inden for Fællesskabet«⁴², og »sådanne foranstaltninger er forbudte, uanset hvilken formålsbetragtning der ligger til grund for deres indførelse«.

Domstolen understregede, at kvalitetskontrol er ønskelig og tilladelig (selv om den skulle have handelshindrende virkninger), men at dens lovlighed altid må være betinget af, at den ikke indebærer forskelsbehandling mellem den indenlandske omsætning og den internationale omsætning.

Domstolens afvisning af betydningen af »formålsbetragtninger« må ses som svar på den franske regerings anbringender om, at ordningen netop tilsigtede at fremme samhandelen o.s.v. Sådanne formål kan aldrig begrunde, at der alene fastsættes krav for eksportvarer. Til gengæld synes Domstolens henvisning til, at de franske regler betød en »vilkårlig forskelsbehandling«, at åbne mulighed for forskelsbehandlinger, der er retfærdiggjort af saglige grunde.

Den franske regering havde gjort gældende, at foranstaltningen ikke kunne være i strid med art. 34, da den franske ureksport var steget betydeligt, og kvalitetskontrollen derfor måtte antages at have stimuleret eksporten. Generaladvokaten afviste udtrykkeligt og Domstolen stiltiende dette anbringende.

22.2.23 – Dom af 16.3.1977 i sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig. Frankrig havde i en periode med kartoffelmangel i Nordeuropa bestemt, at *enhver eksport af kartofler, såvel til tredjelande som til andre medlemsstater, var betinget af forevisning for toldvæsenet af en erklæring om*

42. Det er værd at bemærke, at Domstolen i denne præmis ikke ser nogen modsætning i at lade diskriminationen være afgørende for foranstaltningens kvalifikation som FtV og samtidig citere det væsentlige i indholdet af »Dassonville-definitionen«.

43. Udgået.

eksport. Erklæringen skulle have en påtegning fra en fransk myndighed. Kommissionen anlagde sag mod Frankrig for overtrædelse af art. 34. Frankrig gjorde under sagen gældende, at ordningen i forhold til de andre medlemsstater alene havde statistiske formål. Rigtigheden heraf var dog tvivlsom. Nogle cirkulærer synes at indicere, at ordningen også havde samhandelsbegrænsende formål.

Domstolen, der dømte Frankrig for overtrædelse af art. 34, gengav i præmisserne de franske forklaringer, men fastslog, at disse ikke ændrede noget med hensyn til spørgsmålet om ordningens objektive karakter. Den henviste til indholdet af cirkulærerne og nævnte de grunde, der var for at tvivle på den franske forklaring, uden egentlig at drage nogen konklusioner heraf.

Den fortsatte med at gentage præmisserne fra sag 51-54/71 *International Fruit*, 22.2.3, og fastslog, at »selv om formålet med ordningen udelukkende var at få kendskab til eksportørernes hensigter«, så måtte den anses for en FtV, da »enhver særlig formalitet i forbindelse med udførslen udgør ... en hindring for samhandelen, idet den virker forsinkende for eksportørerne og holder dem tilbage fra at indgå handler«.

Det kan ikke med sikkerhed afgøres, om ordninger, hvis eneste formål er *statistiske oplysninger*, altid må anses for stridende mod art. 30 og art. 34 (medmindre de i sag 41/76 *Donckerwolcke*, 22.2.20, nævnte særlige omstændigheder er til stede). De citerede præmisser tyder ganske vist herpå. Men hvis dette havde været tilfældet, havde Domstolen ikke behøvet at redegøre for alle de grunde, der var til at tvivle på, at dette formål var ordningens eneste. Hertil kommer – hvad ganske vist ikke er nævnt i præmisserne, men antydnet af Kommissionen – at de statistiske oplysninger kunne være opnået på en lettere måde end den, franskmændene anvendte. Og endelig viser *Donckerwolcke*-sagen, at Domstolen kan acceptere handelshindringer som følge af krav om oplysninger, når blot kravet har et acceptabelt formål. Heller ikke generaladvokat Capotorti er klar på dette punkt. Han fremhævede dog, at det var af betydning, at den franske ordning havde diskriminerende aspekter.

22.2.24 – Dom af 22.3.1977 i præjudiciel sag 74/76 *Ianelli*. Denne flere gange tidligere omtalte sag⁴⁴ vedrørte bl.a. spørgsmålet om lovligheden af en italiensk *støtteordning*. Det var gjort gældende, at støtten, der finansieredes ved en afgift op-

44. Se navnlig kap. 14.4.

krævet hos alle brugere af papir, stred mod art. 30, fordi støtten alene blev givet, hvis de pågældende virksomheder kun brugte indenlandsk produceret papir. Dommen begrænsede sig i sin omtale af forbudet mod FtV til at citere Kommissionens direktiv 70/50, art. 2, stk. 1, vedrørende diskriminerende foranstaltninger.

22.2.25 – Dom af 18.5.1977 i præjudiciel sag 111/76 Anklagemyndigheden mod van den Hazel. Sagen minder om de to tidligere omtalte »produktionsbegrænsningssager«⁴⁵ og er derfor af betydning med henblik på at bedømme disse sagers konsekvenser for fortolkningen af begrebet FtV. De to vigtige og til dels uafklarede spørgsmål efter disse sager er, *om* Domstolen mener, at art. 30 alene omfatter handelsforanstaltninger og ikke produktionsforanstaltninger, og *om* dens praksis vedrørende produktionsbegrænsninger er begrundet i de pågældende markedsordningers regler i deres helhed, eller om den kan støttes alene på forbudet mod FtV.

Den her refererede sag vedrørte spørgsmålet om lovligheden af hollandske regler, der for en bestemt periode *begrænsede produktionen eller rettere slagtingen af kyllinger*. Reglerne var begrundet i en almindelig overproduktion i hele fællesskabet, som Kommissionen med mindre held havde forsøgt at bekæmpe, bl.a. gennem opfordring til producenterne om frivillige produktionsbegrænsninger. En hollandsk domstol spurgte EF-Domstolen, om en produktionsbegrænsning på dette område stred mod markedsordningen for fjerkræ eller mod art. 30-37.

Domstolen byggede sit resultat på markedsordningens bestemmelser, som gik ud fra »princippet om fri handel på lige konkurrencevilkår«. Det var markedskræfterne, der skulle sikre den ønskede ligevægt mellem udbud og efterspørgsel. Dette fremgik af art. 13, der forbød kvantitative restriktioner og FtV, og af art. 2, der udelukkede »initiativer, der vedrører tilbagetrækning af varer fra markedet«. På dette grundlag fastslog Domstolen, at de pågældende produktionsbegrænsninger var forbudte »*både i medfør af art. 2 ..., fordi de har tilsvarende virkning som en tilbagetrækning af varer, og fordi de vedrører kvantitative restriktioner, der, i det mindste potentielt, er egnede til at påvirke samhandelen, sådan som denne er gennemført ved den efter forordning 123/67 etablerede*

45. Sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, vedrørende hyacintløg og sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18, vedrørende fiskefangst.

markedsordning«⁴⁶ (her fremhævet). Domstolen gjorde udtrykkeligt opmærksom på, at dette resultat må nås, selv under den hypotese, at de nationale begrænsninger »måtte betragtes som alene vedrørende produkternes fremstilling og ikke deres afsætning«.

Det er nærliggende at antage, at Domstolen med denne sidste bemærkning har villet vise, at den ikke som i de to tidligere produktionsbegrænsningssager har villet lægge nogen særlig vægt på foranstaltningens karakter. Dette synspunkt støttes af, at Kommissionen udtrykkeligt i sit indlæg nævnte, at forbudet mod FtV formentlig også kan finde anvendelse på produktionsbegrænsninger.

Det er vanskeligere at sige, om dommen må forstås således, at forbudet mod FtV isoleret set er tilstrækkeligt grundlag for at konstatere, at produktionsbegrænsninger er ulovlige. Selv om dommen ikke er klar, må spørgsmålet dog formentlig besvares benægtende. Domstolen synes både i den netop citerede præmis og i domskonklusionen at lægge vægt på, at forbudet eksisterer inden for et område reguleret af en fælles markedsordning⁴⁷.

Hertil kommer, at Domstolen indirekte i nogle senere præmisser synes at acceptere den teoretiske mulighed af, at sådanne produktionsbegrænsninger kunne vedtages på fællesskabsplan. Denne mulighed ville principielt ikke eksistere, hvis forbudet alene støttes på forbudet mod FtV, fordi fællesskabsinstitutionerne lige så lidt som nationale myndigheder kan vedtage handelshindrende regler, der strider mod forbudet, jfr. ovenfor kap. 12.8 og kap. 17.3. Produktionsbegrænsninger vedtaget på fællesskabsplan er som udgangspunkt ikke mindre samhandelshindrende end produktionsbegrænsninger vedtaget på nationalt plan.

Også Kommissionen og generaladvokat Mayras behandlede problemet som et problem om betydningen af markedsforordningen som helhed.

22.2.26 – Dom af 5.10.1977 i præjudiciel sag 5/77 Tedeschi mod Denkavit. Sagen vedrørte lovligheden af italienske regler, der forbød indførsel af visse foderstoffer, såfremt deres indhold af nitrater oversteg visse grænser, navnlig om reg-

46. Den officielle oversættelse af denne præmis er mindre heldig og derfor lidt ændret her, bl.a. derved, at ordet »potentiellement« er oversat potentiel, jfr. »Dassonville-definitionen«, og ikke som i den danske oversættelse »under visse betingelser«.

47. Også Wyatt mener i en kommentar til dommen i *ELR* 1977 s. 281, at den må fortolkes således, at det er markedsordningen som sådan, der er afgørende. Han lægger dog mere vægt på, at dette resultat støttes af Domstolens bemærkninger om forskellen mellem »produktionsstadiet« og »afsetningsstadiet«.

lerne ikke stred mod et EF-harmoniseringsdirektiv om uønskede stoffer i foderstoffer.

Det tvivlsomme spørgsmål var, om reglerne kunne anses som legitimerede gennem en anvendelse af direktivets art. 5, der åbner mulighed for, at medlemsstaterne som en foreløbig foranstaltning kan gøre undtagelse fra direktivet, *hvis de mener det nødvendigt for at forhindre fare for menneskers og dyrs sundhed*. De skal underrette Kommissionen og de andre medlemsstater om sådanne foranstaltninger. Disse undergives derefter en særlig fællesskabsprocedure.

Domstolen fastslog, at art. 5 godt kunne bruges som hjemmel for medlemsstaterne til at standse indførsel. Indførsel måtte betragtes som den første omsætning på det pågældende lands territorium. Det var dog en betingelse for de italienske reglers lovlighed, at inden- og udenlandske varer behandledes ens, og at forbudet alene gjaldt varer, som rent faktisk indeholder de uønskede stoffer.

EF-Domstolen skulle også tage stilling til, om art. 5 var lovlig. Det var gjort gældende, at den måtte stride mod art. 30, fordi den gjorde det muligt for medlemsstaterne at lade den foreløbige forholdsregel få ubegrænset gyldighed ved at blokere den i direktivet forudsatte fællesskabsprocedure. Domstolen fastslog, at bestemmelserne i direktivet ikke gjorde det muligt for medlemsstaterne at blokere fællesskabsproceduren, og at art. 5 derfor ikke var ugyldig. Det kan næppe heraf sluttes, at artiklen ville have været ugyldig, hvis de pågældende anbringender havde været rigtige. Domstolen har formentlig blot undladt at tage stilling til dette spørgsmål, *allerede fordi grundlaget for anbringendet var forkert*^{47a}.

22.2.27 – Dom af 16.11.1977 i præjudiciel sag 13/77 GB-Inno. Tobaksafgifterne i Belgien bliver beregnet på grundlag af detailpriserne. Afgifterne bliver betalt i forbindelse med producenters eller importørers køb af afgiftsmærker. Disse skal anbringes på cigaret pakkerne og angive detailprisen. Cigaretterne *skal* sælges til den på afgiftsmærket angivne pris. Reelt er det således producenter og importører, der bestemmer detailpriserne. Priskonkurrence mellem *detaillisterne* er umuliggjort.

47a. Forholdsregler som de italienske ville, hvis der ikke havde eksisteret et harmoniseringsdirektiv, have været retfærdiggjort af de i art. 36 nævnte hensyn. Harmoniseringsdirektivets vedtagelse betyder som udgangspunkt, at art. 36 ikke længere kan påberåbes, jfr. kap. 14.11. En sikkerhedsklausul som den i art. 5 kan anses som en modificeret art. 36 (dens betingelser af materiel og processuel karakter er strengere end art. 36's). Medlemsstaterne vil ikke sjældent inden for områder som det her omtalte forlange indsat sikkerhedsklausuler. Den fælles beslutningsprocedure ved ændringer af harmoniseringsdirektiverne virker ikke altid hurtigt nok, og nationale eksperter tør ikke give afkald på muligheden for at handle alene og dermed hurtigt på områder, hvor menneskers og dyrs sundhed står på spil.

En belgisk butikskæde, der havde solgt cigaretter til lavere priser end den på afgiftsmærket angivne, gjorde gældende, at de belgiske prisregler var i strid med fællesskabsretten, herunder art. 30.

EF-Domstolen udtalte indledningsvis som svar på en belgisk domstols spørgsmål, at hver medlemsstat efter gældende fællesskabsret selv kan vælge sine skattekontrolmetoder i forbindelse med tobaksafgifter, og at dette uundgåeligt fører til visse hindringer for samhandelen. Men Domstolen gjorde også opmærksom på, at forbudet mod at sælge til *lavere* priser end angivet på afgiftsmærket ikke nødvendigvis har en afgiftsmæssig begrundelse, men snarere må anses begrundet som en *beskyttelse af de små detailhandlere*.

Domstolen udtalte for så vidt angår de spørgsmål, der vedrørte art. 30, først, at det med henblik på art. 30-forbudet »er tilstrækkeligt, at de pågældende foranstaltninger er egnede til, direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre indførslerne mellem medlemsstaterne«, og den gengav herefter *definitionen af handelshindringer i art. 2, stk. 1, i direktiv 70/50*. Derefter fastslog den, at »de i direktivet omhandlede foranstaltninger med tilsvarende virkning som importrestriktioner omfatter dog ikke sådanne foranstaltninger, som ganske vist udgør en hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne på grund af denne virkning, men som allerede er omhandlet i traktaten under deres egen selvstændige benævnelse, og ikke mindst som fiskale bestemmelser⁴⁸, eller som i sig selv er tilladt som udtryk for eller som middel til udtryk for medlemsstaternes *residuale beføjelser*« (her fremhævet). Det fremgik af næste præmis, at handelshindringer som følge af indirekte skatter skal fjernes gennem harmonisering med hjemmel i traktatens art. 99 og art. 100.

Domstolen udtaler her for første gang, at handelshindrende foranstaltninger kan være lovlige, hvis de ligger inden for et af de områder, hvor medlemsstaterne har bevaret deres beføjelser. Udtalelsen er overraskende, også fordi den tilsyneladende ikke er nødvendig⁴⁹. Domstolen har næppe herved villet acceptere handelshindringer, som er begrundet i hensynet til de små detailhandlere, og dens accept af handelshindringer

48. Mindre ændringer i den danske oversættelse er for klarhedens skyld foretaget af mig.

49. Se om den forlængst forladte amerikanske teori om »dual federalism« kap. 5.3, som Domstolens udtalelse minder om, og se en tilsvarende udtalelse fra Kommissionen, kap. 20.3.1.

som følge af skattekontrolregler ligger allerede i henvisningen til traktatens fiskale bestemmelser.

Resten af Domstolens besvarelse af spørgsmålene om fortolkningen af art. 30 kan resumeres således⁵⁰: Nationale regler, der gældende for både nationale og indførte varer gør detailpriser fastsat af importører og producenter bindende, vil ikke være handelshindrende, fordi de normalt alene har »interne virkninger«. Det kan dog ikke udelukkes, at reglerne *kan* have virkninger på samhandelen mellem medlemsstaterne. I så fald må der sondres mellem de handelshindringer, der er et nødvendigt led i det pågældende afgiftssystem – disse kaldes af Domstolen »hindringer af afgiftsmæssig art« – og de handelshindringer, der ikke er det. De sidste vil være i strid med art. 30.

Domstolen opstiller en sondring mellem foranstaltninger, der har *udelukkende interne virkninger*, og foranstaltninger, der har *virkninger på samhandelen mellem medlemsstaterne*. De første er ikke omfattet af forbudet mod FtV, de andre kan være det. Man kunne hævde, at Domstolen herved har lagt til grund, at forbudets anvendelse ikke forudsætter, at den internationale samhandel skal være særligt berørt i forhold til den interne omsætning. Det er tilstrækkeligt, at den blot er berørt. Det er alene foranstaltninger med udelukkende interne virkninger, der aldrig kan være omfattet. Slutningen er dog ikke sikker. Domstolen afslutter sine præmisser med at fastslå som så mange gange tidligere, at den nationale dommer må undersøge, om »en sådan ordning med bindende priser i sig selv er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre indførslerne mellem medlemsstaterne«. Det er trods alt mest nærliggende i denne præmis at se et krav om en særlig virkning for indførslerne i forhold til den interne omsætning.

Domstolen overlader til den belgiske domstol afgørelsen af, om de belgiske regler virker samhandelshindrende – et spørgsmål, som alle implicerede og generaladvokaten havde drøftet meget udførligt – og om de i givet fald er nødvendige af hensyn til afgiftssystemets funktion.

Generaladvokat Reischl fastslog bl.a. i sit forslag til afgørelse: 1) at Domstolen mange gange har lagt Kommissionens direktiv 70/50 til grund, 2) at handelshin-

50. Denne del af besvarelsen indledes med en præmis, der svarer til præmissen i sag 65/75 Tasca, 22.2.15, som fastslår, at prisregler, der gælder for både nationale og importerede varer, ikke i sig selv er FtV, men at de kan blive det, hvis de vanskeliggør import mere end national omsætning.

dringer efter Domstolens praksis også godt kan hidrøre fra andet end handelsreguleringer, og 3) at »Dassonville-definitionen« er den almindelige definition af FtV, og at den er meget vid. Han mente i øvrigt ikke, at de belgiske regler stred mod art. 30. De handelshindringer, der måtte kunne konstateres, skyldtes ikke så meget de belgiske regler som andre forhold, og handelshindringerne kunne derfor ophæves gennem fjernelse af disse andre forhold, uden at det var nødvendigt at ændre de belgiske regler.

Kommissionens indlæg er meget langt og i hvert fald som gengivet i sagsfremstillingen i dommen ikke let forståeligt. Et af Kommissionens synspunkter må fremhæves. Det afgørende i forbindelse med kvalificeringen af de belgiske regler var efter Kommissionens mening, at de begrænsede konkurrencen mellem detailhandlere, og at de derfor først og fremmest måtte betragtes som konkurrenceregler. Dette betød, at de, da de berørte samhandelen mellem medlemsstaterne, henhørte under EF's kompetence, og dette betød igen, jfr. Domstolens praksis for så vidt angår landbrugsmarkedsordningerne, at medlemsstaternes kompetence var begrænset på en særlig intensiv måde. Domstolen synes ikke at have fulgt denne tankegang og har dermed formentlig afvist den.

Fra Domstolens besvarelse af en anden gruppe spørgsmål vedrørende fortolkningen af art. 3 f, art. 5 og art. 86, der er omtalt i kap. 17.2.4, skal her kun nævnes, at Domstolen uden nærmere begrundelse fastslog, at statslige foranstaltninger, der begunstiger misbrug af dominerende stilling, normalt vil være i strid med art. 30.

22.2.28 – Dom af 30.11.1977 i præjudiciel sag 52/77 Cayrol. Sagen, der vedrørte import til Frankrig fra Italien af spanske vindruer med forkert oprindelsesangivelse, er for denne afhandlings formål i alt væsentligt identisk med den belgiske oprindelsesangivelsessag, sag 41/76 Donckerwolcke 22.2.20.⁵¹ Den her refererede dom gav dog også Domstolen lejlighed til at fastslå, at *forskellige strafsanktioner* for udenlandske og indenlandske varers overtrædelse af kvalitetsnormer vil være ulovlige som stridende mod art. 30.

22.2.29 – Dom af 24.1.1978 i sag 82/77 Anklagemyndigheden mod van Tiggele. Sagen vedrørte lovligheden af *hollandske mindsteprisregler, gældende for detailsalg af visse spiritusvarer*. De pågældende varer blev først og fremmest fremstillet i Holland, hvorfor importen af dem var meget begrænset. Der gjaldt *tre forskellige former for mindstepriser*. For visse typer var mindsteprisen fastsat til en på et tidligere tidspunkt af

51. Tilsvarende afgørelse findes i dom i sag 179/78 Rivoira.

fabrikanten fastsat katalogpris, forhøjet med et vist mindre beløb. For andre blev mindsteprisen fastsat til *den effektive købspris*, d.v.s. at den blot gjaldt som et forbud mod at sælge med tab. Den tredje type mindstepris, der gjaldt for Gammel Genever, var en *egentlig mindstepris*, d.v.s. at den var fastsat til et bestemt angivet mindstebeløb.

Det fremgik af sagen, at de hollandske regler var fastsat for at *beskytte de små detailhandlere* mod en ødelæggende konkurrence, som var opstået, efter at tidligere gældende vertikale prisbindingsordninger mellem fabrikanterne var blevet erklæret ulovlige af de hollandske domstole.

Domstolen indledte besvarelsen med at fastslå, at det med henblik på forbudet i art. 30 »er tilstrækkeligt, at de pågældende foranstaltninger er egnede til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, at hindre indførsel«, og at det, »selv om nationale prisregler, der gælder uden forskel for indenlandske og indførte produkter, ikke i almindelighed har en sådan virkning«, dog i »enkelte særlige tilfælde (kan) forholde sig anderledes«⁵². Domstolen fortsatte med at fastslå, at »en hindring for indførsel vil således især kunne indtræde derved, at en national myndighed fastsætter priser eller fortjenestemargener på et sådant niveau, *at de indførte varer bliver stillet ugunstigt i forhold til tilsvarende indenlandske varer ...*«.

Disse præmisser og navnlig de af mig fremhævede ord i den sidst citerede præmis taler afgørende for, at det er Domstolens mening, at der ikke foreligger FtV, *medmindre den nationale foranstaltning har forskellige virkninger for indførte produkter og nationale produkter*.

Domstolen accepterede de to førstnævnte mindstepristyper – de begunstigede ikke indenlandske varer på udenlandske varers bekostning – medens den derimod uden forbehold fastslog, at den tredje type mindstepris »under vilkår, som er omhandlet i (den hollandske) forordning af 17.12.1973«, var i strid med art. 30. Domstolen kan således godt, når den finder det hensigtsmæssigt, knytte sin »fortolkning« af art. 30 meget nær til de faktiske omstændigheder i den pågældende sag og dermed sikre, at den nationale dommer kommer til det rigtige resultat.

Domstolens svar kan formentlig forklares med, at der i sagen forelå oplysninger, der tydede på, at de hollandske regler var egnede til at skade afsætningen af de indførte varer, fordi de forhindrede, at disses lavere kostpris kunne få betydning for forbrugerprisen.

52. Præmissen er klart inspireret af sag 65/75 Tasca, 22.2.15, men præciserer, at det vil være undtagelsen, »i enkelte særlige tilfælde«, at artikel 30 kan anvendes.

Domstolen afslog udtrykkeligt at acceptere, at de særlige problemer i forbindelse med mindstepriser og importerede varer kunne løses ved, at myndighederne dispenserede for kravet om overholdelse af mindstepriser i forhold til importerede varer, når dette var nødvendigt. Efter Domstolens opfattelse ville den ulempe, dispensationsansøgningen betød, i sig selv udgøre en FtV.

Domstolens afgørelse er ikke mindst vigtig, når den ses på baggrund af Kommissionens indlæg. Kommissionen gik nemlig ud fra, at art. 30 forbyder alle handelshindringer og ikke kun dem, der består i dårligere behandling af indførte varer i forhold til indenlandske.

22.2.30 – Dom af 23.5.1978 i præjudiciel sag 102/77 Hoffmann-La Roche mod Centrafarm. Et selskab havde i England købt en *mærkevarer* – medicinalvaren Valium-Roche – og havde i forbindelse med import til Tyskland *ompakket varen*, navnlig med henblik på en ændring af antallet af tabletter i pakningerne. *De nye pakninger forsynedes med det oprindelige varemærke*, samtidig med at det blev angivet, at varen var bragt i handelen af det pågældende selskab. Dette var sket uden varemærkeindehaverens samtykke.

Spørgsmålet for EF-Domstolen var, om det ville stride mod EF-retten, at der efter tysk ret blev nedlagt forbud mod import af de ompakke-ede varer.

Domstolen fastslog først, efter i alt væsentligt at have gentaget sin praksis fra de tidligere eneretssager⁵³, at »enerettens særlige genstand«, der principielt er uberørt af forbudet mod FtV, bl.a. er »at indestå for mærke-warens oprindelses ægthed over for ... den endelige bruger«, således at denne kan være sikker på, at en mærkevarer ikke på et tidligere omsætningstrin har været genstand for uberettigede indgreb, »hvorved varens originale tilstand er berørt«. Udgangspunktet måtte således være, at varemærkeindehaveren også efter EF-retten kan modsætte sig ompakning af varer, der på ny forsynes med det oprindelige varemærke.

Man kunne efter Domstolens hidtidige praksis tro, at sagen herefter var afgjort. Men dette var ikke tilfældet. For som allerede antydnet i sag 119/75 Terrapin, 22.2.17, kan selv principielt accepterede eneretsbeføjelser bruges til markedsopdeling og lignende fællesskabsstridige handlinger. Også beføjelser, der hører til varemærkerettens særlige genstand,

53. Se bl.a. sag 119/75 Terrapin, 22.2.17.

kan misbruges⁵⁴ til i strid med art. 36, 2. pkt., at indføre »en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«.

Og Domstolen fastslog, at den berettigedes indsigelse over for import af ompakkede mærkevarer, selv om den principielt er lovlig efter art. 36, dog udgør en skjult begrænsning af samhandelen og derfor er ulovlig efter art. 36, 2. pkt., under følgende fire betingelser:

- hvis det godtgøres, at indehaverens benyttelse af varemærket sammenholdt med hans salgssystem bidrager til en kunstig markedsopdeling,
- hvis det påvises, at ompakningen ikke kan berøre varens originale tilstand,
- hvis varemærkets indehaver forud underrettes om salget af den ompakkede vare, og
- hvis ompakkerens navn angives på den ompakkede vare.

Domstolen lagde tilsyneladende ikke vægt på varemærkeindehaverens baggrund for eller formål med at sende forskellige pakkestørrelser på markedet i forskellige stater. Det er tilsyneladende nok, at denne situation eksisterer, og at andre erhvervsdrivende finder det nødvendigt at foretage ompakning som følge heraf.

Domstolen går atter langt i retning af at beskytte de frie varebevægelser, selv om den dog lægger bevisbyrden for betingelsernes opfyldelse på ompakkeren. Den er i denne sag blevet nødt til – for at kunne løse den vanskelige afvejning af hensynet til de frie varebevægelser og hensynet til enerettighedshaverne – at gå langt i retning af at skabe detaljerede regler til regulering af ompakningssituationer.

22.2.31 – Dom af 10.10.1978 i præjudiciel sag 3/78 Centrafarm mod American Home Products. Dette er den sidste i rækken af domme vedrørende betydningen af EF-reglerne om de frie varebevægelser for enerettigheder. Atter blev en varemærkeret påberåbt som grundlag for et importforbud, her i forbindelse med import af medicinalvarer fra England til Benelux-landene. Den pågældende vare blev i England solgt un-

54. Misbrug er ikke et begreb brugt i dommen.

Dommer Donner har i et foredrag den 28.10.1977 ved Exeter University forklaret sagens problemstilling og dommens tankegang således: Industrien, der var vant til at bruge enerettighederne til at dele markederne op, gjorde gældende, at Domstolens praksis greb ind i dens velerhvervede rettigheder, hvortil svaret måtte være, at den skulle tilpasse sig til det faktum, at der nu er et enhedsmarked. Det er industrien, der har størst fordel af de frie varebevægelser. Den må acceptere det sure med det søde.

der varemærket Serenid og i Benelux under varemærket Serestra. Det engelske varemærke blev fjernet og Benelux-varemærket blev anbragt på varen *uden den berettigedes samtykke*. Dette var i strid med den i Benelux gældende lovgivning.

EF-Domstolen, der besvarede præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af art. 36, gentog de almindelige bemærkninger fra Hoffmann-La Roche-sagen og fastslog, at varemærkeindehaveren kunne modsætte sig, at tredjemænd uden tilladelse anvendte Benelux mærket. »Oprindelsesgarantien ville nemlig blive bragt i fare, såfremt tredjemænd lovligt kunne anbringe mærket på produktet, selv om det var det originale«. Men Domstolen fortsatte med at henvise til forbudet i art. 36 mod »skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«. Det kan, fastslog Domstolen, være legitimt for en fabrikant at bruge forskellige varemærker i forskellige lande for samme produkt, men det er også muligt, »at en sådan praksis følges af indehaveren af varemærkerne inden for rammerne af et salgssystem, der tilsigter en kunstig opdeling af markederne, i hvilket tilfælde denne praksis er i strid med art. 36, andet pkt.«. Domstolen overlod den nationale ret »at afgøre, om det er bevist, at den praksis, der består i anvendelsen af forskellige varemærker for samme produkt, følges af indehaveren af de pågældende varemærker *med det formål* at opdele markederne« (her fremhævet). Dommens opbygning og resultat svarer ret nøje til sag 102/77 Hoffmann-La Roche 22.2.30, også for så vidt angår bevisbyrdens placering hos importøren – en bevisbyrde, som generaladvokat Capotorti mente måtte påhvile den varemærkeindehaver, der brugte forskellige varemærker. En vigtig forskel er dog her, at Domstolen klart kræver, at der skal foreligge misbrug af varemærkeretten, d.v.s. et bevidst forsøg fra varemærkeindehaverens side på at opdele markederne⁵⁵. Domstolen forsøger ikke at opstille retningslinier for, hvornår der foreligger misbrug, og hvornår man kan anse anvendelse af flere varemærker for objektivt begrundet. Dette spørgsmål må afgøres af den nationale dommer i hver enkelt sag. Generaladvokat Capotorti karakteriserede denne opgave som meget vanskelig og forsøgte derfor at opstille visse retningslinier.

55. Martijn Van Empel mener, at dette reelt også må have været Domstolens opfattelse i Hoffmann-La Roche-sagen, se »Centrafarm revisited«, *CMLR* 1979 s. 256.

22.2.32 – Dom af 12.10.1978 i præjudiciel sag 13/78 Eggers Sohn & Co. mod Bremen. »Branntwein« må efter tysk ret kun forsynes med nogle særlige *kvalitetsbetegnelser*⁵⁶, når varen er fremstillet af vindestillater, der for 85 % af alkoholindholdets vedkommende er udvundet *ved brænding i indlandet*, og som derefter *i samme virksomhed* er modnet i mindst 6 måneder. Tilsvarende betingelser krævedes opfyldt for, at udenlandske produkter havde ret til kvalitetsbetegnelsen.

Disse betingelser tvang producenter, der ønskede at benytte kvalitetsbetegnelsen – og denne havde utvivlsomt betydning for omsætningen – til at benytte indenlandske »mellemprodukter«, nemlig vindestillat indvundet ved brænding i indlandet. Herved begrænsedes samhandelen mellem medlemsstaterne af vindestillat.

EF-Domstolen fandt, at foranstaltninger, der gør en kvalitetsbetegnelse betinget af, at en eller flere fremstillingsfaser under fremstillingen af færdigproduktet skal være sket i indlandet, er i strid med forbudet mod FtV⁵⁷.

Domstolen lagde vægt på, at en kvalitetsbetegnelse i et marked, der i videst muligt omfang skal være et enhedsmarked, kun må være betinget af varens objektive egenskaber og »ikke af en geografisk stedfæstelse af et nærmere bestemt produktionstrin«.

Den tyske regering havde gjort gældende, at kravene var nødvendiggjort af hensynet til forbrugerne og for at sikre varens kvalitet. Kvaliteten sikredes ved, at én og samme virksomhed foretog den sidste destillation og modningen. Domstolen afviste disse forsøg på retfærdiggørelse. Kvalitetshensyn kan ikke retfærdiggøre krav, der tager hensyn til produktionsprocessens geografiske beliggenhed. Domstolen henviste dog også til, at uforeneligheden med EF-retten »gælder så meget desto mere«, som den påståede kvalitetskontrol kunne gennemføres ved midler, der var mindre handelshindrende.

Det var også af den tyske regering gjort gældende, at de tyske regler ikke var diskriminerende, fordi også udenlandsk Branntwein havde ret til kvalitetsbetegnelsen⁵⁸, når den på samme måde som tysk Branntwein

56. Det drejer sig om de samme, som er omhandlet i sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.11.

57. medmindre det drejer sig om en »oprindelsesbetegnelse eller angivelse af afsendelsesstedet«, jfr. direktiv 70/50, art. 2, stk. 3, litra s.

58. Ganske vist med tilføjelse af angivelse af det land, hvorfra den kom, et krav hvis lovlighed Domstolen ikke tog stilling til.

var destilleret og modnet i det pågældende land. Domstolen udtalte udtrykkeligt, at det »i det foreliggende tilfælde er unødvendigt at afgøre, om en national foranstaltning, som uden forskel kan anvendes på indenlandske produkter og produkter fra andre medlemsstater, alligevel kan udgøre en FtV«. Det kunne nemlig fastslås, at ens behandling af de færdige produkter aldrig kan retfærdiggøre »ulige behandling af de mellemprodukter, som det færdige produkt er fremstillet af, på den måde, at producenterne i hver enkelt medlemsstat tvinges eller stærkt tilskyndes til helt eller delvis at benytte indenlandske mellemprodukter«.

Dommen giver visse vanskeligheder, som navnlig skyldes Domstolens manglende behandling af betydningen af, at de tyske regler forlanger, at destillation og modning skal ske *i én og samme virksomhed*. Der findes præmisser, hvor Domstolen synes at lægge til grund, at de tyske reglers virkelige indhold er at forbyde færdigvareproducenter, der ønskede at anvende kvalitetsbetegnelserne, at købe *udenlandske mellemprodukter, men ikke indenlandske*, jfr. f.eks. følgende: »Det følger af foranstående, at en foranstaltning ..., som forbyder kvalitetsbenævnelsen alene af den grund, at mellemproduktet er indført fra en anden medlemsstat, er en FtV«. Begrundelsen for de tyske regler var i hvert fald officielt, at man sikrede kvalitet m.v. ved at koncentrere produktionsansvaret i én og samme virksomhed. Og dette besvarede Domstolen blot med, at man ikke må betinge kvalitetbenævnelser af en »geografisk stedfæstelse« af et eller andet produktionstrin. Man kan ikke ganske udelukke, at Domstolen reelt er gået ud fra, at de tyske regler ikke skulle tages bogstaveligt, og at de alene forudsatte, at den endelige producent brugte et i hans eget land færdigbrændt vindestillat. Dette var da også, hvad den tyske sagsøger gjorde gældende, og der findes i generaladvokatens forslag til afgørelse antydninger af, at begrebet »i samme virksomhed« blev administreret meget lemfældigt. Under alle omstændigheder kan man ikke af dommen slutte, at det aldrig kan være retfærdiggjort, at fremstillingen af mellemprodukter og færdigprodukter skal ske i én og samme virksomhed.

22.2.33 – Dom af 23.11.1978 i præjudiciel sag 7/78 Anklagemyndigheden mod Thompson m.fl. Sagen har været omtalt i kap. 14.3 på grund af dens betydning for afgrænsningen af forbudets varebegreb. Visse mønter faldt uden for forbudet mod FtV's anvendelsesområde, medens andre, nemlig nogle sølvmonter, som havde været, men ikke længere var lovligt betalingsmiddel, var varer i art. 30'og

art. 34's forstand. De omtvistede engelske foranstaltninger, import- og eksportrestriktioner, var omfattet af art. 30 og art. 34, fordi de måtte betragtes som kvantitative restriktioner.

Dommen skal derfor kun omtales her, fordi Domstolen anerkendte disse restriktioner som retfærdiggjort af hensynet til den offentlige orden efter art. 36. Domstolen lagde vægt på, at det var forbudt i England at smelte og ødelægge mønter, og konkluderede, at »et forbud mod eksport af sådanne mønter, der er udstedt for at hindre, at de omsmeltes eller ødelægges i en anden medlemsstat, er begrundet i hensynet til den offentlige orden efter traktatens art. 36, fordi det vedrører beskyttelsen af retten til at slå mønt, som sædvanligvis anses som en af en stats grundlæggende interesser«. Det var under sagen gjort gældende, at eksportrestriktionerne ikke var retfærdiggjort efter art. 36, bl.a. fordi de var diskriminerende og gik videre end nødvendigt. Det generelle eksportforbud skulle ophæves, og de interne engelske forbudsregler skulle udstrækkes til også at gælde omsmeltning og ødelæggelse i udlandet. Hertil kom, og det er et vægtigere synspunkt, at eksportrestriktionerne også omfattede salg af mønterne med andre formål end omsmeltning – salg der i England var fuldt ud lovligt. Dommen viser på dette punkt vilje til på et følsomt område at tage hensyn til medlemsstaternes »grundlæggende interesser« (her måske endog økonomiske!), selv om dette måtte indebære accept af handelshindringer.

22.2.34 – Dom af 29.11.1978 i sag 83/78 Pigs Marketing Board mod Raymond Redmond. Sagen vedrørte lovligheden af en »national markedsordning for svin« i Nordirland, hvis vigtigste elementer var, at svin kun kunne afsættes, hvis producenten var registreret hos markedsorganet (Pigs Marketing Board), at svin kun kunne afsættes gennem dette organ og på dets betingelser, og at enhver transport af svin skulle være tilladt af organet. Betingelserne var strafsanktionerede.

EF-Domstolen indledte sin præjudicielle besvarelse med at forklare forholdet mellem EF-markedsordningen på området og art. 30 og 34⁵⁹. De sidstnævnte bestemmelser, der efter overgangsperiodens udløb ikke længere optages i landbrugsordningerne, må alligevel anses som »en integrerende del af markedsordningen«.

Domstolen undersøgte herefter, om den nordirske ordning gjorde »undtagelse fra« EF-markedsordningen eller »i øvrigt tilsidesatte den«. Den fastslog først, at EF-markedsordningen »hviler på princippet om et åbent marked, som enhver producent frit har adgang til, og hvis funktion

59. Se herom ovenfor i kap. 14.3.

udelukkende reguleres ved foranstaltninger i henhold til ordningen selv⁶⁰. Det fulgte heraf, at alle nationale bestemmelser, »som kan ændre import- eller eksportstrømmene eller påvirke prisdannelsen på markedet ... er ... uforenelige med denne markedsordnings principper«. Og ordningen kunne ikke retfærdiggøres gennem henvisningen til de særlige regionale problemer i Nordirland.

Det vigtigste for Domstolens argumentation var utvivlsomt, at producenterne ikke kunne sælge deres grise frit. Producenterne var bragt »i total afhængighed af det nordirske markedsorgan«. Domstolens besvarelse lød herefter, at de ovennævnte tre vigtige elementer i den nordirske ordning var uforenelige med »såvel EØF-traktatens art. 30 og 34 som Rådets forordning nr. 2759/75 om den fælles markedsordning for svinekød«.

Det er vanskeligt at vurdere betydningen af Domstolens medtagelse af art. 30 og art. 34 i domskonklusionen. Det var ganske klart, at de nordirske regler stred mod fællesskabsmarkedsordningen. Så hvorfor medtage art. 30 og art. 34, medmindre begrundelsen blot er, at Domstolen herved har villet huske læseren på, at art. 30 og 34 er integrerende dele af markedsordningen. Denne begrundelse er nærliggende, men stemmer ikke med præmis 72, hvor Domstolen udtrykkeligt fastslår, at forbudet mod transport uden tilladelse »både strider mod den frie samhandel mellem medlemsstater og mod den fælles markedsordning«. Man må formentlig acceptere konklusionen efter dens pålydende. Det vil sige, at alle tre nævnte elementer i den nationale ordning er i strid med art. 30 og art. 34. Men dette betyder ikke nødvendigvis, at art. 30 og art. 34 vil have så vidtgående virkninger uden for landbrugsordningens område. Det er sandsynligt, at deres anvendelse på krav, der i hvert fald formelt gælder lige fuldt for den interne som for den internationale omsætning, alene kan forklares, fordi området er dækket af en EF-markedsordning⁶¹.

60. Domstolen synes ved denne formulering stærkt at have nærmet sig det resultat, at enhver national regel på markedsordningens område er ulovlig, jfr. herved drøftelsen af dette spørgsmål i forbindelse med sag 190/73 van Haaster, 22.2.8.

61. Dette bestyrkes af den få måneder senere afsagte dom i sag 119/78 Peureux, 22.2.36, der udtrykkeligt fastslog, at det franske statslige spiritusmonopols krav om, at franske spiritusproducenters produktion skal leveres til monoopolet, ikke er en forbudt diskrimination eller en kvantitativ restriktion i strid med art. 37 (og dermed heller ikke med art. 30 og art. 34). Forskellen i de to sagers resultater kan alene forklares ved eksistensen af EF-markedsordningen i den nordirske sag.

Domstolen har den 26.6.1979 i sag 177/78 Pigs and Bacon Commission afsagt en dom,

Den særlige regel om tilladelse til transport af svin var forsøgt begrundet med nødvendigheden af bekæmpelse af smugleri mellem Nordirland og Irland, der på grund af de monetære udligningsbeløb var meget lønsomt. Begrundelsen blev afvist af Domstolen. De valgte midler til smugleribekæmpelse måtte ikke være i strid med reglerne om de frie varebevægelser. De skulle være i overensstemmelse med fællesmarkedets normale funktion.

22.2.35 – Dom af 20.2.1979 i præjudiciel sag 120/78 Rewe mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Tysk lovgivning stillede krav om, at visse spiritusvarer skulle have en *mindste alkoholprocent*. Herved forhindredes bl.a. import af en kendt fransk frugtlukør.

Domstolen skulle præjudicielt tage stilling til, om en regel som den tyske udgjorde en FtV. Dommen er meget vigtig, for Domstolen behandlede problemet anderledes, end den tidligere har behandlet sager om FtV.

Den indledte besvarelsen med at konstatere,

- at medlemsstaterne, da der ikke findes EF-regler herom, har kompetence til at fastsætte regler for produktion og afsætning af spiritus, og
- at de handelshindringer, der følger af forskellene i de nationale lovgivninger, må accepteres *i det omfang, deres bestemmelser anerkendes som nødvendige for at realisere bydende hensyn*, navnlig vedrørende effektiv skattekontrol, sundhedsbeskyttelse, god handelsskik og forbrugerbeskyttelse⁶².

der i mange henseender svarer til dommen i Pigs Marketing Board. Pigs and Bacon Commission-sagen vedrørte spørgsmålet om lovligheden af en irsk ordning, hvorefter der skulle betales afgifter ved slagtning af svin, og hvorefter der af afgiftsprovenuet betales støtte til de producenter, der eksporterede gennem Pigs and Bacon Commission. EF-Domstolen fastslog, at *både* støtten som sådan *og* den som følge af støtten forårsagede forskelsbehandling mellem dem, der eksporterede direkte, og dem, der eksporterede gennem Pigs and Bacon Commission, var i strid med EF-retten. Den henviste herved til markedsordningen »under hensyn til EØF-traktatens regler om de frie varebevægelser«. Her har de sidstnævnte regler fået en støttende rolle for resultatet og altså ikke som i den nordirske sag en selvstændig rolle. Det er tvivlsomt, om der heri skal ses nogen reel ændring af den tidligere dom. Det er nemlig klart, at Domstolen umuligt direkte kunne støtte forbudet mod eksportstøtten på traktatens regler om de frie varebevægelser.

62. Den danske oversættelse er mere mundret end den her valgte: »... må accepteres i det omfang, disse bestemmelser er nødvendige af hensyn til især ...«. Den franske version giver oversættelsesvanskeligheder: »dans la mesure ou ces prescriptions peuvent être

Det anerkendes her klart af Domstolen, at handelshindringer som følge af forskelle i nationale lovgivninger er lovlige, hvis de er nødvendige for at realisere *også formål, der ligger uden for art. 36*. Domstolen synes gennem sit ordvalg at ville stille ret store krav til »nødvendigheden«, men har til gengæld næppe taget stilling til bevisbyrdespørgsmålet. Domstolens opregning af de pågældende nationale formål er ikke udtømmende. Dette er allerede vist gennem ordet »navnlig«, og opregningen er alene udtryk for de hensyn, der er af betydning inden for det omtvistede område.

Domstolen gengav herefter de af den tyske regering fremførte argumenter for lovligheden. Først et argument, der henviste til reglernes sundhedsbeskyttende formål, derefter et argument, der henviste til reglernes forbrugerbeskyttende virkninger, og endelig et argument, hvorefter anvendelsen af art. 30 på det tyske krav ville betyde, at man som »fælles standard« i Europa ville indføre det i medlemsstaterne »lavest tilladte alkoholindhold« (i praksis 0, da mindstekrav er ukendte i flere af staterne). Domstolen erkendte, at fastsættelsen af grænseværdier for drikkevarers alkohol *kan* »tjene til at standardisere forhandlede produkter« med gavnlige virkninger til følge. Den synes hermed at have anerkendt standardisering som et formål, der kan retfærdiggøre handelshindringer. Den havde dog ikke vanskeligt ved at afvise som uholdbare de tyske forsøg på at begrunde det omtvistede krav, bl.a. ved at henvise til, at formålene kunne opnås ved mindre handelshindrende midler.

Herefter var Domstolens konklusion:

- at den tyske regel ikke forfulgte et mål af en sådan almen interesse, at det kunne gives forrang fremfor hensynet til de frie varebevægelser, der udgør en af Fællesskabets grundlæggende regler,
- at den praktiske virkning af kravet var at give spiritus med høj alkoholprocent en konkurrencemæssig fordel ved at fjerne andre medlemsstaters varer fra markedet og
- at dette ensidige krav derfor var en FtV.

Det har for Domstolen i denne sag været vigtigt, at den for første gang skulle fortolke forbudet mod FtV i forbindelse med et krav, der direkte vedrørte en vares egenskaber. Dette forhold kan formentlig forklare, at

reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant notamment ...». (Domstolen voterer normalt på grundlag af en fransk version af præmisserne).

Domstolen i denne sag har anvendt en ny fremgangsmåde ved afgrænsningen af begrebet FtV, *nemlig en afvejning af hensynet til de frie varebevægelser og de hensyn, der ligger bag den nationale regel.*

Domstolen synes hverken af parterne eller af generaladvokat Capotorti at være blevet inspireret til at behandle denne sag på denne måde. Generaladvokatens forslag indeholder en kritk af Kommissionsdirektiv 70/50, navnlig fordi dets udgangspunkt er, at kun diskriminerende foranstaltninger er FtV. Han kalder dette udgangspunkt for »forsigtigt« og alene forklarligt under hensyn til, at direktivet er udstedt i overgangsperioden. På den anden side synes han reelt ikke at gå meget videre, end Kommissionen gør. Han understreger, at det faktum, at et område kan harmoniseres med hjemmel i art. 100, ikke indebærer, at nationale regler på området er unddraget art. 30.

22.2.36 – Dom af 13.3.1979 i præjudiciel sag 119/78 Distilleries Peureux mod de franske afgiftsmyndigheder. Sagen vedrørte et fransk *forbud mod at destillere visse former for importerede spirituosas*. EF-Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål vedrørende art. 30 var ganske kort. Men det lykkedes den dog klart, omend indirekte, at vise urimeligheden i enhver påstand om, at den såkaldte »Dassonville-definition« skulle være ment som en egentlig definition af »begrebet FtV«. Den kombinerede en præmis, svarende til »Dassonville-definitionen« – d.v.s. forbudet mod FtV omfatter enhver foranstaltning, der ... kan hindre samhandelen i Fællesskabet – med en konstatering af, at *hindringer for samhandelen, der skyldes forskelle mellem endnu ikke harmoniserede lovgivninger, principielt ikke er FtV*. Disse sidste handelshindringer er dog kun lovlige »under den udtrykkelige forudsætning«, at de anvendes ens på udenlandske og nationale varer.

22.2.37 – Dom af 16.5.1979 i sag 2/78 Kommissionen mod Belgien. Dommen vedrørte de belgiske regler, der var baggrunden for sag 8/74 Dassonville, 22.2.7, d.v.s. de belgiske krav om særligt bevis for ægtheden af oprindelsesbetegnelsen »Scotch whisky«. Domstolen fandt i Dassonville-sagen, at bevismidler, der var vanskeligere at fremskaffe for importører af varer fra andre medlemsstater end for importører direkte fra produktionslandet, udgjorde en FtV.

De belgiske regler var blevet noget ændrede efter denne dom, men Kommissionen mente stadig, at de var i strid med art. 30, og påstod derfor for Belgien dømt for traktatbrud.

EF-Domstolen gennemgik nøje de ændringer, som var foretaget ikke alene af de belgiske, men også af de engelske myndigheder, og som utvivlsomt havde gjort det lettere end tidligere at importere varerne til Belgien via andre medlemsstater⁶³.

Den gengav domskonklusionen og en af præmisserne fra Dassonville-sagen og udtalte, at det afgørende spørgsmål i den foreliggende sag var, om de belgiske regler var »urimelige, forstået på den måde, at de er uforholdsmæssige i forhold til deres formål«, d.v.s. at sikre ægtheden af oprindelsesbetegnelsen. Den skulle ikke tage stilling til, om de belgiske myndigheder kunne have valgt andre bevismidler, men alene om de vanskeligheder, de krævede bevismidler skabte for den »indirekte importør«, var urimelige i forhold til de vanskeligheder, de skabte for den »direkte importør«. Dette var ikke godtgjort, hvorfor Domstolen frifandt Belgien.

Domstolen accepterede handelshindringer, hvis formål er at sikre oprindelsesbetegnelsers ægthed, og dette gjorde den uden at drøfte, om dette formål er omfattet af art. 36⁶⁴. Den accepterede også, at det kan være lovligt, at de handelshindrende bevismidler er vanskeligere opnåelige for »indirekte importører« end for »direkte importører«.

Hertil kom, at Domstolen udtrykkeligt afviste at betragte selve den mulighed, der eksisterede for at indføre et kontrolsystem, der var mindre byrdefuldt for importørerne, som en overtrædelse af Belgiens forpligtelser efter art. 30. Kommissionen havde påpeget, at der eksisterede et sådant mindre handelshindrende system, og generaladvokaten havde accepteret dette anbringende og lagt det til grund for sit forslag om at dømme Belgien.

Domstolen går i denne dom langt i retning af at acceptere nationale myndigheders skøn over, hvilke midler de anser for bedst egnede til at realisere de tilsigtede formål.

Domstolen mente det dog nødvendigt i den sidste præmis at præcisere medlemsstaternes pligter i den omhandlede situation. De skal sørge for, at »indirekte importører« af varer med beskyttet oprindelsesbetegnelse

63. Domstolen undlod udtrykkeligt – under henvisning til, at dette spørgsmål ikke var omfattet af Kommissionens påstand – at tage stilling til, om det forhold, at disse ændringer alene var sket gennem cirkulærer og ikke ved ændringer i selve bekendtgørelsesreglerne, i sig selv udgjorde en overtrædelse af art. 30.

64. Generaladvokat Reichl mente det nødvendigt udtrykkeligt at henføre formålet under art. 36.

er i stand til at foretage sådanne indførsler og ikke bliver stillet dårligere end direkte importører, »undtagen i det omfang dette er rimeligt og strengt nødvendigt for at sikre varens ægthed«. Domstolen har formentlig hermed villet understrege, at den faktiske forskelsbehandling skal være »strengt nødvendig« for at opnå foranstaltningens formål, og måske også angivet, at medlemsstaterne har bevisbyrden herfor.

22.2.38 – Dom af 12.7.1979 i sag 153/78 Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland. En tysk regel forbød import af forarbejdede kødvarer, når forarbejdningen var sket i et andet land end det, hvor dyret var slagtet. Kravet minder om kravet i sag 13/78 Eggers, 22.2.32, vedrørende destillation og modning af spiritus i samme virksomhed, men er dog tydeligere handelshindrende, fordi det afgørende her er kravet om slagtning og videreforarbejdning i samme land og ikke i samme virksomhed, d.v.s. at kravets eneste formål er at hindre, at kødet under produktionsprocessen passerer en grænse.

Kommissionen ønskede under en art. 169-sag fastslået, at reglen var traktatstridig. Der var enighed mellem parterne om, at reglen var en FtV, og det eneste spørgsmål var derfor, om den efter art. 36 var retfærdiggjort af hensynet til beskyttelse af sundheden.

Domstolen havde ikke vanskeligt ved at afvise de tyske forsøg på begrundelser, og den dømte Forbundsrepublikken for traktatbrud, idet den fastslog, at kravet ikke alene var en unødvendig og i hvert fald uforholdsmæssig hindring af de frie varebevægelser, men også betød en diskrimination til skade for de virksomheder, der forarbejder kød af importerede råvarer.

22.2.39 – Dom af 12.7.1979 i præjudiciel sag 244/78 Union Laitière Normande. Sagen er omtalt i kap. 17.3 i forbindelse med spørgsmålet, om EF-institutionerne er bundet af forbudet mod FtV. Sagen vedrørte nogle engelske krav til mælkeemballagers tilladelige indhold, der havde forhindret import af mælk fra Frankrig i 1 liters emballage.

Domstolen fandt, at de engelske regler ikke stred mod EF-retten, fordi Storbritannien havde fået udsættelse med gennemførelsen af det Rådsdirektiv, der harmoniserede nationale regler om mælkeemballage.

Bedømt på grundlag af Domstolens praksis, navnlig i sag 120/78 Rewe, 22.2.35, vedrørende de tyske regler om mindstealkoholindhold kunne man med rimelighed spørge, om de engelske regler ikke stred mod art. 30. De var handelshindrende, og deres reale begrundelse forekommer ikke tungtvejende i forhold til

hensynet til de frie varebevægelser. Dette var da også gjort gældende under sagen.

Der findes i præmisserne intet spor af overvejelser af dette spørgsmål.

Men man kan næppe slutte meget af denne dom.

Det kan være, at Domstolen har anset det for klart, at sådanne »mål- og vægtbestemmelser«, der i forskellige udformninger findes i alle medlemsstater, ikke er omfattet af forbudet mod FtV, og det kan være, at den har lagt vægt på eksistensen af Rådsdirektivet, der viste, dels at Rådet som udgangspunkt havde accepteret de engelske regler, og dels, at samhandelshindringen ville blive ophævet, nemlig når direktivet var blevet gennemført i alle lande. Endelig kan det være, at sagens konkrete omstændigheder havde indflydelse på Domstolens valg af løsning. Den nationale sag, der lå til grund for den præjudicielle sag, var klart »konstrueret« alene med henblik på at få forelagt præjudicielle spørgsmål (sagen var anlagt ved fransk domstol af et fransk firma mod dets engelske filial som kontraktbrudssag).

KAP. 23 – TEORIENS UDLÆGNING AF DOMSTOLENS PRAKSIS

Det kan ikke siges, at Domstolen gennem sin praksis har været i stand til at skabe større enighed i teorien om afgrænsningen af forbudet mod FtV's anvendelsesområde. Der kan stadig konstateres den samme grundlæggende uenighed mellem fortalerne for en snæver (forbudet er et diskriminationsforbud), for en vid (forbudet er et generelt handelshindringsforbud) og for en formidlende fortolkning af forbudet. Der er dog nu en tendens til at nuancere fortolkningsforslagene.¹

*Ehlermann*² er tilbøjelig til at gå ud fra, at Domstolen i sag 8/74 Dassonville, 22.2.7., har tilsluttet sig den vide fortolkning. Domstolen har i hvert fald afvist den restriktive fortolkning, men Ehlermann påpeger samtidig, at den i sagen anførte »definition« ikke tager stilling til det afgørende spørgsmål, nemlig efter hvilke kriterier lovlige handelshindringer skal adskilles fra ulovlige, og at Domstolen i øvrigt endnu ikke har haft lejlighed til at tage stilling til nationale foranstaltninger, der er virkeligt »ligebehandlende«.

Han finder i Domstolens praksis, ikke mindst i sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18, beviser på, at Domstolen vil finde nationale handelshindringer retfærdiggjort af andre end de i art. 36 nævnte grunde, men han er i tvivl, om Domstolen vil vælge at begrænse anvendelsesområdet for forbudet gennem en indskrænkende fortolkning af art. 30 (og dermed en ændring af »Dassonville-definitionen«) eller en udvidende fortolkning af art. 36. Han finder, at dette valg er af mindre betydning, efter at det gennem Domstolens praksis har vist sig, at Domstolen altid vil indgå i en nøje undersøgelse af, om anvendelsen af art. 36 i de enkelte tilfælde er retfærdiggjort. Han mener, at Domstolen, hvilken vej den end vælger, vil

1. Domstolens afgørelser førte til en livlig aktivitet i teorien i 1976 og 1977. Problemerne blev behandlet i omkring 15 større artikler m.v. Her skal ikke forsøges en udtømmende gennemgang af disse. Henvisninger til dem findes i litteraturlisten.

2. Se *Handbuch für Europäische Wirtschaft* A143 og navnlig »Das Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes« i *Festschrift für H. P. Ipsen* s. 579. Artiklen er færdiggjort i maj 1977.

komme nær de resultater, der følger af Kommissionens fortolkning af art. 30.

Slo³ har tilsluttet sig den vide fortolkning, som han finder bekræftet i Dassonville-sagen. Det relevante kriterium er, om foranstaltningen begrænser handelsmængden mellem staterne. Han drøfter nogle af forslagene til yderligere afgrænsningskriterier, men afviser dem som unødvendige. Art. 30 er sammen med art. 9 ff selve grundlaget for fællesmarkedet, hvis fremmeste mål er den fri udveksling af varer. Det grundlæggende kriterium må derfor være foranstaltningens påvirkning af samhandelen, dog således at der må kræves en vis *mindstevirkning* af den pågældende foranstaltning.

Meij og Winter⁴ har tilsluttet sig den vide fortolkning. Det er den, Domstolen efter deres opfattelse har lagt til grund, navnlig i Dassonville-sagen. De er klar over de vanskeligheder, dette resultat indebærer som følge af »den potentielle begrænsning af omfanget af medlemsstaternes forbeholdte beføjelser«. De mener imidlertid, at Domstolens praksis kan fortolkes således, at den alene vedrører *handelsregulerende* regler.

Van Gerven⁵ mener på grundlag af en undersøgelse af Domstolens praksis i alt væsentligt at kunne tilslutte sig den vide fortolkning. Han mener at kunne sammenfatte Domstolens praksis således:

- Formelt og materielt (åbenlyst og skjult) diskriminerende foranstaltninger er altid omfattet af art. 30 og aldrig af art. 36.
- Ikke-diskriminerende, men handelshindrende foranstaltninger
 - – er tilladte, hvis de er omfattet af art. 36, d.v.s. det nødvendige og eneste middel for at opnå et af de nævnte formål og
 - – er forbudte, hvis de griber ind på områder fuldt reguleret af f.eks. de fælles markedsordninger,
 - – i øvrigt er det endnu uafklaret, om de er forbudte. Dette er tro- ligt. De vil dog være lovlige, hvis de vedrører spørgsmål med en forbindelse til de hensyn, der er opregnede i art. 36, eller kan an- ses for retfærdiggjort i medfør af art. 103 eller andre bestemmel- ser, der forbeholder residuelle beføjelser for medlemsstaterne.

3. Se *Technical and administrative obstacles to trade in the EEC* fra 1975 s. 72.

4. »Measures having an effect equivalent to quantitative restrictions«, *CMLR* 1976 s. 79.

5. Se »The Recent Case Law of the Court of Justice concerning Articles 30 and 36 of the EEC-Treaty«, *CMLR* 1977 s. 5.

*Veelken*⁶ har gjort sig til talsmand for en meget nuanceret fortolkning af art. 30. Han mener ikke, at det er muligt at afgrænse anvendelsesområdet gennem et eller enkelte kriterier, men opregner en lang række forhold, der vil være af betydning for Domstolens afgørelse af de enkelte sager. Han mener på grundlag af Domstolens praksis at kunne afvise samtlige tidligere fremsatte teorier. Heller ikke Kommissionens synspunkter, som de er fremsat i direktiv 70/50, har Domstolen fulgt. Han kalder sit forslag til løsning »die offene Konzeption« og kritiserer »Das-sonville-definitionen«. Den er ikke egnet til mekanisk anvendelse, men må betragtes som et udgangspunkt, der på grund af sin bredde forhindrer, at der på forhånd skabes »friområder« for medlemsstaterne. Det er endnu ikke lykkedes Domstolen at opstille en almindelig formel for afgrænsningen.

*Koppensteiner*⁷ erklærer sig enig med Domstolen i, at ikke alene »formelle« (åbenlyse) diskriminationer er omfattet af forbudet mod FtV. Begrænsning til sådanne diskriminationer ville gøre omgåelser for lette. Han er også enig i Domstolens afvisning af at anse enhver handelshindring som omfattet af forbudet. Det modsatte resultat tager nemlig ikke tilstrækkeligt hensyn til staternes nødvendige kompetenceudøvelse på det konjunkturpolitiske, økonomiske og sociale område.

Koppensteiner fremhæver de vanskeligheder, diskriminationsbegrebet indebærer. Hans forslag er alligevel, at man skal bruge den »materielle« diskrimination som hovedkriterium. Det er så vidt, at det kan omfatte de »ikke-forskelsbehandlende foranstaltninger«, som der i praksis er behov for at forbyde efter art. 30.

*Roth*⁸ mener at kunne fastslå, at Domstolens praksis har udviklet skranker for staternes handelshindrende foranstaltninger, som ikke går ud over, »hvad der ville have været gældende ved anvendelsen af en diskriminationsstandard (forstået som faktisk forfordeling af udenlandske varer)«. Han mener også, at dette resultat er det korrekte, og lægger herved vægt på, at »diskriminationsstandarden ... respekterer den nationale lovgivers grundbeslutninger og kompromi-

6. »Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen«, *EuR* 1977 s. 311.

7. »Vertikale Preisbindung als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung«, *RIW* 1977 s. 81.

8. *Se Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt* fra 1977, navnlig s. 54 ff.

ser«. Han henviser til, at dette resultat, der accepterer indgreb, der er lige byrdefulde for inden- og udenlandske varer, er »en fair virkeliggørelse af det føderalistiske princip«.

Wyatt⁹ har sammenfattet Domstolens praksis således: FtV er alle foranstaltninger, der er egnede til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen. En sådan hindring kan følge af diskrimination mellem international handel og intern handel eller diskrimination mellem forskellige internationale handelskanaler. Diskriminationen kan enten være formel (åbenlys) eller materiel (skjult) (d.v.s. foranstaltninger, der er mere byrdefulde for international handel). Eksistensen af en landbrugsmarkedsordning betyder, at kravet om diskrimination ikke behøver at være opfyldt. Art. 36-hensyn kan retfærdiggøre FtV, såfremt foranstaltninger ikke er mere handelshindrende end strengt nødvendigt.

Der kan også her være anledning til at omtale *Baumanns* og *Ushers*¹⁰ opfattelse, der mere specielt omhandler den betydning for lovligheden af nationale foranstaltninger med mulige handelshindrende virkninger, man må tillægge eksistensen af landbrugsmarkedsordninger set i sammenhæng med forbudet mod FtV. De synes at være enige om, at de resultater, Domstolen er kommet til inden for dette område, først og fremmest har været begrundet i selve eksistensen af landbrugsmarkedsordningen.

Denne gennemgang af teoriens forsøg på en fortolkning af Domstolens praksis bekræfter, at Domstolens praksis åbner mulighed for mange udlægninger, og de store forskelle mellem, og de mange nuancer i, de fremsatte teorier giver unægteligt grundlag for mistillid til forsøg på at finde enkle løsninger på de komplicerede problemer, forbudet mod FtV rejser.

9. Se hans kommentar til sagerne 35/76 Simmenthal, 46/76 Bauhuis og 53/76 Bouhelier i *ELR* 1977 s. 224.

10. Se Peter Baumann, »Common Organizations of the Market and National Law«, *CMLR* 1977 s. 303 og John Usher, »The Effects of Common Organisations and Policies on the Powers of Member States«, *ELR* s. 428.

KAP. 24 – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING OG SAMMENFATNING AF EF-DOMSTOLENS PRAKSIS

24.1 – Opgavens problemer

Den kronologiske omtale af Domstolens praksis viser, at Domstolen ikke har lagt sig fast på en entydig og ensartet måde at behandle fortolkningen af forbudet mod FtV på. Det er overraskende, hvor forskellige præmisserne i de afsagte domme er blevet udformet. Man kunne have forventet, at Domstolen i alle sager – de vedrører trods alt alle samme traktatbestemmelser – havde lagt sig fast på et fast tankeskema, inden for hvilket man tog stilling til afgørelsen af den enkelte sags spørgsmål.

Man kunne f.eks. have forventet, at Domstolen altid først tog stilling til, *om* den pågældende nationale foranstaltning er *handelshindrende*, derefter *om* den opfylder de yderligere *positive betingelser*, der kræves, for at en foranstaltning er omfattet af forbudet, og endelig *om* der foreligger grunde, der kan *retfærdiggøre* og *lovliggøre* foranstaltningen. Det første spørgsmål ville indebære stillingtagen til, om foranstaltningen alene er handelshindrende, hvis den begrænser den internationale omsætning mere end den interne, og om der i givet fald må stilles visse krav til mærkbarheden af handelshindringen. Det andet spørgsmål ville bl.a. indebære stillingtagen til, om alene åbenlyse eller måske også skjulte diskriminerende foranstaltninger er omfattet af forbudet, og om det alene omfatter visse arter foranstaltninger, eller om visse arter foranstaltninger er udelukket fra dets anvendelsesområde. Det tredje spørgsmål ville indebære stillingtagen til, om alene de i art. 36 omfattede hensyn kan retfærdiggøre den pågældende handelshindring, eller om også andre hensyn kan påberåbes, og om der i den konkrete sag foreligger sådanne hensyn.

Den her påståede manglende faste »systematik« i dommene kan være årsag til, eller udtryk for, hvad der tilsyneladende er usikre løsninger af en række spørgsmål.

Man kan måske som udslag af den manglende »systematik« se, – at dommene kun i ca. halvdelen af tilfældene indeholder den såkaldte »Dassonville-definition«,

- at foranstaltningens diskriminerende karakter tillægges afgørende betydning i nogle sager, men ikke i andre,¹
- at foranstaltningens formål, også uden for de i art. 36 nævnte tilfælde, tillægges betydning i nogle sager, men at formålene i andre sager overhovedet ikke omtales,²
- at foranstaltningens handelsregulerende karakter har betydning i enkelte sager, men ikke i andre,³
- at Domstolen har antydnet, at medlemsstaternes »forbeholdte kompetencer« kan have betydning, uden at man af sagerne kan se i hvilket omfang,⁴ og
- at Domstolen i visse sager bruger Kommissionens direktiv 70/50 og i andre ikke.⁵

De her nævnte forhold udelukker ikke, at Domstolen reelt har en sikker og entydig begrebsmæssig opfattelse af forbudets fortolkning, og at det alene er de forskellige typer sager, der tilsiger, at man følger forskellig »systematik«. Domstolen synes da også at give udtryk for, at den har udviklet et sikkert begrebsmæssigt grundlag for fortolkningen af forbudet mod FtV. Også generaladvokaterne synes at gå ud fra, at Domstolens praksis er entydig og har været uforanderlig.

Opgaven burde derfor være at forsøge igennem de mange sager at finde frem til svar på de rejste spørgsmål. Denne opgave har mange forfattere da også, som det er fremgået af kap. 23, ment at kunne løse. Man må dog spørge, om det vil være rigtigt at gå til opgaven ud fra den forudsætning, at man nødvendigvis skal finde entydige svar i Domstolens praksis. Spørgsmålet er, om man ikke er på sikrere grund, hvis man accepterer, at der kan være modstridende tendenser, og at Domstolen i første omgang har bestræbt sig på at nå frem til konkret tilfredsstillende resultater og har undladt at udtale sig klart og bindende om de spørgsmål, der i sidste ende vil være afgørende for forbudets praktiske betydning. Det ville ikke være nogen usædvanlig reaktion i en kollegial ret, der, også under hensyn til medlemmernes forskellige nationale og professionelle baggrund, søger consensus i videst muligt omfang. Og det ville være en na-

1. Se afsnit 24.4.

2. Se afsnit 24.5

3. Se afsnit 24.7.

4. Se afsnit 24.9

5. Se afsnit 24.10.

turlig reaktion over for et forbud som forbudet mod FtV, hvis nyhed og vide materielle område gør dets praktiske konsekvenser uoverskuelige.

Dette udgangspunkt synes bekræftet af det forhold, at der er få eller ingen, der har udtrykt alvorlig utilfredshed med Domstolens konkrete resultater,⁶ og at de fleste også har udtrykt tilfredshed med dens generelle fortolkning af forbudet samtidig med, at der kan konstateres forbavsende forskelle i kommentatorernes opfattelse af, hvad der er indholdet af Domstolens generelle fortolkning.

Hovedformålet med kapitlerne 25 og 26 bliver at undersøge, om det ikke er muligt – under skyldig hensyntagen til tendenserne i Domstolens hidtidige praksis – at skabe et begrebsmæssigt grundlag for fortolkningen, der på én gang gør det lettere at behandle fortolkningsproblemerne ensartet og dermed med større sikkerhed at forudse fortolkningsresultaterne, samtidig med at Domstolen får tilstrækkelig frihed til at tage hensyn til de enkelte sagers specielle omstændigheder og gøre det muligt for den at udvikle sin praksis i nødvendigt omfang.

De følgende afsnit i dette kapitel vil indeholde en gennemgang af Domstolens praksis med henblik på at skabe overblik over og identificere de problemer, Domstolen endeligt har afgjort, og de problemer, Domstolen enten endnu ikke eller i hvert fald ikke klart har løst.

Dommene vil blive systematiseret ud fra forskellige kriterier, der kan være af betydning for den endelige løsning af fortolkningsopgaven. Gennemgangen vil vedrøre følgende spørgsmål:

- en systematisering af sagerne efter arten af de foranstaltninger, de har vedrørt (afsnit 24.2). Det vil blive undersøgt, om der er nogen generel forbindelse mellem de forskellige typer foranstaltninger og den fremgangsmåde, Domstolen følger, når den tager stilling til deres lovlighed.
- de handelshindrende virkninger (afsnit 24.3).
- diskriminationens betydning (afsnit 24.4).
- betydningen af de omtvistede foranstaltningers formål (afsnit 24.5).
- foranstaltningens egnethed til at realisere det beskyttelsesværdige formål (afsnit 24.6).
- om forbudet alene omfatter handelsregulerende foranstaltninger, og om der

6. Domstolens praksis i eneretssagerne har dog været udsat for stærk kritik. Dette gælder ikke mindst – og efter min mening med rette – afgørelsen i sag 192/73 Hag, 22.2.6. Se f.eks. K. Dyekjær-Hansen, »Fire nyere afgørelser vedrørende EF-rettens forhold til industrielle ejendomsrettigheder«, *UfR* 1975 B s. 214.

er foranstaltninger inden for visse områder, der generelt er undtaget fra forbudet (afsnit 24.7).

- betydningen af, om det drejer sig om importhindringer eller eksporthindringer (afsnit 24.8).
- betydningen af, at foranstaltningen er omfattet af en landbrugsmarkedsordning (afsnit 24.9).
- betydningen af Kommissionens direktiv 70/50 (afsnit 24.10).
- om der kan spores en udvikling i Domstolens praksis (afsnit 24.11).

24.2 – Foranstaltningernes karakter

24.2.1 – Baggrunden for undersøgelsen. Den kronologiske gennemgang af Domstolens praksis har vist, at forbudet mod FtV har betydning for en broget mangfoldighed af nationale foranstaltninger. Dommene har vedrørt prisreguleringer, krav om oprindelsesbetegnelse, oprindelsesoplysninger, kvalitetskrav, enerettigheder o.s.v. Det er muligt, at en systematisering af foranstaltningerne efter deres art vil være et første skridt på vejen til at skabe overblik over Domstolens praksis og være udgangspunkt for en forklaring på de tilsyneladende modstridende tendenser i denne praksis.

Det er dog på forhånd klart, at en sådan systematisering ikke alene vil kunne forklare de forskellige tendenser. Dette skyldes først og fremmest, at en undersøgelse af foranstaltningernes art, hvis der alene ses på deres ydre fremtrædelsesform, ikke tager hensyn til en række af de spørgsmål, der rent umiddelbart må anses for væsentlige for foranstaltningernes kvalifikation som FtV. Dette gælder navnlig spørgsmålet om foranstaltningernes handelshindrende virkninger og spørgsmålet om deres diskriminerende virkninger. Det er således klart, at to foranstaltninger, der efter deres ydre fremtrædelsesform kan karakteriseres som ensartede foranstaltninger, f.eks. krav til varers kvalitet, kan bedømmes forskelligt i forhold til forbudet mod FtV. De to foranstaltninger kan alt efter den faktiske sammenhæng, de eksisterer i, og det formål, de tilsigter at realisere, have vidt forskellige virkninger.

24.2.2 – Foranstaltningernes genstand eller ydre fremtrædelsesform. Det første forsøg på systematisering tager sit udgangspunkt i det *element* i foranstaltningen, der af Domstolen er betragtet som *årsag til handelshindringen*.

Det er på denne baggrund naturligt at starte med *import- og eksportforbud* som den mest indgribende handelshindring.⁷

De bedste eksempler på importforbudsforanstaltninger findes inden for *enerettighedsområdet*.⁸ Domstolens praksis kan på dette område groft sagt sammenfattes således, at importforbud, der er hjemlet i national ret til beskyttelse af enerettigheder, ikke er FtV. Domstolen har dog *generelt* udelukket, at forbud kan nedlægges, når den pågældende vare er bragt i omsætning inden for EF af den berettigede eller med hans samtykke, og når enerettighederne har fælles oprindelse.⁹ Domstolen har herudover fastslået, at importforbud er udelukket i *konkrete situationer*, når det kan betragtes som et »misbrug«, enten fordi det fører til en kunstig opdeling af markederne, eller fordi det er udtryk for nationalitetsdiskrimination.¹⁰

I forbindelse med import- og eksportforbud må nævnes *formaliteter ved grænsepassage*. Det drejer sig om foranstaltninger, der ikke hindrer, men besværliggør importen eller eksporten. De af Domstolen afgjorte sager¹¹ viser, at enhver form for besværliggørelse af samhandelen, der direkte og udelukkende rammer import og eksport, er FtV. Dog viser sag 41/76 Donckerwolcke om angivelse af oprindelsesland også, at formalitetens formål kan legitimere den, se herom nedenfor afsnit 24.5.

Den største gruppe af nationale foranstaltninger, der har været behandlet af Domstolen, vedrører *nationale krav til varernes kvalitet, benævnelse m.v.* og de *kontrolforanstaltninger, disse krav giver anledning til*.

7. Medtagelsen af import- og eksportforbud er strengt taget ikke logisk. De hører nemlig pr. definition ind under begrebet kvantitative restriktioner, jfr. kap. 12.3.3. Der er dog særlige grunde til at behandle de her nævnte import- og eksportforbud som FtV, fordi de ikke fremtræder som *statslige* importforbud af traditionel karakter.

8. Sag 78/70 Deutsche Grammophon, 22.2.2, sag 192/73 Hag, 22.2.6, sagerne 15 og 16/74 Centrafarm, 22.2.9, sag 119/75 Terrapin, 22.2.17, sag 102/77 Hoffmann-La Roche, 22.2.30, og sag 3/78 American Home Products, 22.2.31.

9. Se sammenfatning af Domstolens praksis for så vidt angår varemærkerettigheder, navnlig sag 119/75 Terrapin, 22.2.17.

10. Se de to sidstnævnte domme i note 8.

11. Se sag 51–54/71 International Fruit om den automatisk udstedte importtilladelse, 22.2.3, sag 41/76 Donckerwolcke om angivelse af oprindelsesland, 22.2.20, sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig om krav om myndighedspåtegning ved eksport af franske kartofler, 22.2.23. Se også sag 52/77 Cayrol, 22.2.28.

Til den første gruppe hører sager om

- *varers benævnelse* (sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland om forbeholdelse af visse navne for »tyske« spiritusprodukter, 22.2.11),
- *varers egenskaber, kvalitet og lign.* (sag 120/78 Rewe om mindstealkoholprocenten i visse spiritusvarer, 22.2.35, og sag 5/77 Denkavit om maksimumsindhold af nitrater i foderstoffer, 22.2.26) og
- *varers emballage* (sag 244/78 Union Laitière om de engelske krav til mælkeemballages indhold, 22.2.39).

Til gruppen med *kontrolregler* hører sager om

- *sundhedskontrol* (sag 4/35 Rewe om tysk kontrol af æbler, 22.2.13, sag 35/76 Simmenthal om italiensk kontrol af dyr, 22.2.19, sag 104/75 de Peijper om hollandske regler om medicinalvarer, 22.2.16, og sag 46/76 Bauhuis om hollandsk eksportkontrol af dyr, 22.2.21).
- *kvalitetskontrol* (sag 63/74 Cadsky om kontrol ved eksport af italienske grønsager, 22.2.12, og sag 53/76 Bouhelier om kontrol ved eksport af franske ure, 22.2.22),
- *kontrol af varers oprindelsesbetegnelse* (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7, og sag 2/78 Kommissionen mod Belgien om oprindelsesbetegnelsen for Scotch whisky, 22.2.37) og
- *kontrol vedrørende kunstig forøgelse af vins alkoholindhold* (sag 10–14/75 Lahaille, 22.2.14).

Det synes ikke muligt generelt at sammenfatte Domstolens praksis på disse to områder. Det bliver senere påvist, at Domstolen normalt har krævet diskrimination for at kvalificere de pågældende foranstaltninger som FtV, men det vil også senere fremgå, at reglernes formål kan have særlig betydning.¹²

To andre grupper sager vedrører *prisreguleringer* og *produktionsbegrænsninger*. Prisreguleringssagerne har vedrørt såvel *maksimalpriser* (sag 31/74 Galli, 22.2.10, og sag 65/75 Tasca, 22.2.15, samt de i forbindelse med Tasca-sagen yderligere nævnte sager, der alle har vedrørt priser for landbrugsvarer), *minimalpriser* (den hollandske spiritussag, sag 82/77 van Tiggele, 22.2.29) og en kombination af disse priser, d.v.s. *faste priser* (den belgiske tobaksprissag, sag 13/77 Inno, 22.2.27). Produktionsbegrænsningssagerne har vedrørt begrænsninger i produktionen af hyacinter (sag 190/73 van Haaster, 22.2.8), af kyllinger (sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25) og i fangsten af fisk (sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18).

12. Disse spørgsmål bliver drøftet i afsnit 24.4 og 24.5.

Domstolen går i *prissagerne* som almindelig regel ud fra, at prisreguleringerne ikke må hindre importen, d.v.s. de må ikke ramme importerede varer hårdere end indenlandske. *Produktionsbegrænsningssagerne*, der dog, fordi de alle ligger inden for landbrugsmarkedsordningen, rejser særlige problemer,¹³ går ud fra, at handelshindringen som sådan er tilstrækkelig for at kvalificere foranstaltninger som FtV, dog således at begrænsningens formål kan føre til et andet resultat.

Denne gennemgang har dækket hovedparten af alle de afsagte domme. Af de domme, der ikke kan indpasses i de nævnte grupper, skal her omtales sagen om det italienske fjernsynsmonopol (sag 155/73 Sacchi, 22.2.5), sagen om den nordirske markedsordning for svin (sag 83/78 Pigs Marketing Board, 22.2.34) og sagen om det franske forbud mod at destillere visse importerede spiritusvarer (sag 119/78 Peureux, 22.2.36).

Det er ikke på grundlag af denne gennemgang muligt at uddrage almindelige slutninger vedrørende Domstolens praksis. Navnlig synes der ikke for en umiddelbar betragtning at være nogen sammenhæng mellem den »strengthed«, Domstolen behandler foranstaltningerne med, og de pågældende foranstaltningers mere eller mindre direkte indvirkning på samhandelen. Som udgangspunkt synes f.eks. pris- og produktionsreguleringer at have relativt ringe indflydelse på samhandelen, og dog synes Domstolens praksis på disse områder at være særlig streng.

24.2.3 – Foranstaltninger, der direkte vedrører varer, og foranstaltninger, der ikke direkte vedrører varer. Da forbudet mod FtV skal beskytte de frie varebevægelser, må de berørte foranstaltninger nødvendigvis vedrøre handelen med varer.¹⁴ Men foranstaltningens betydning for selve den omsatte vare kan være mere eller mindre direkte.

De af Domstolen afsagte domme viser, at sagerne dels har vedrørt en række foranstaltninger, der som baggrund har haft krav til varernes – »indre« *egenskaber, sammensætning eller kvalitet i videste forstand.* Som eksempler kan nævnes de tyske krav til minimumalkoholprocenten i visse spiritusvarer (sag 120/78 Rewe, 22.2.35), det franske forbud mod kunstig forøgelse af vins alkoholprocent (sag 10–14/75 Lahaille, 22.2.14), de forskellige mere almindelige kvalitetskrav (sag 63/74 Cadsky, 22.2.12, og sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22) samt de mange krav til varernes »sundhed« *(f.eks. sag 4/75 Rewe, 22.2.13, og sag 104/75 de Peijper, 22.2.16).*

13. Se afsnit 24.9.

14. Se også hertil kap. 14.3.

– *benævnelse, oprindelse, identifikation*. Som eksempler kan nævnes sagen om de tyske krav til Branntweins benævnelse (sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.11) og sagerne om de belgiske krav til whiskys oprindelsesbetegnelse (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7, og sag 2/78 Kommissionen mod Belgien, 22.2.37).

– *emballage*. Der kan henvises til de engelske krav til mælkeemballage (sag 224/78 Union Laitière, 22.2.39).

Det er sådanne krav, der er omfattet af art. 3 i Kommissionens direktiv 70/50, d.v.s. det er sådanne, der efter Kommissionens opfattelse kan være i strid med art. 30, selv om de er ikke-diskriminerende. De vedrører direkte den enkelte vare, og deres opfyldelse, der kan kontrolleres ved en undersøgelse af selve varen eller dens emballage, er normalt en betingelse for dens omsætning.

Andre sager har vedrørt, ikke krav til selve varens indre eller ydre egenskaber, men krav til *det sted, hvor varen skal produceres* (sag 13/78 Eggers om tyske krav til visse brændevinstypers produktionssted, 22.2.32, og sag 153/78 Kommissionen mod Tyskland om slagtning og forarbejdning af kødvarer i ét og samme land, 22.2.38), til *den mængde, der kan produceres* (se f.eks. de hollandske produktionsbegrænsninger for hyacintløg og kyllinger, sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, og sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25), til *den pris, varen må sælges til* (se f.eks. sag 65/75 Tasca, 22.2.15, og sag 82/77 van Tiggele, 22.2.29) eller til *den kanal, gennem hvilken varen sælges* (se sag 83/78 Pigs Marketing Board om de nordirske regler om salg gennem særligt markedsorgan, 22.2.34).

Andre sager vedrører hverken krav til varen, dens produktionssted eller -mængde eller dens salgspris, men derimod *krav, der kræves opfyldt, når varen skal passere grænserne* – altså krav, der besværliggør en i øvrigt lovlig omsætning. Dette gælder f.eks. import- og eksportformaliteterne som omhandlet i sag 51–54/71 International Fruit, 22.2.3, og sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20.

Denne gennemgang kan næppe hjælpe til en forståelse af de forskellige tendenser i Domstolens praksis. Der synes f.eks. ikke i Domstolens praksis at være nogen støtte for den i Kommissionens direktiv 70/50 foretagne begrænsning vedrørende »de ikke-forskelsbehandlede foranstaltninger« til den første gruppe.

24.2.4 – Foranstaltninger, hvis handelshindrende virkninger kan fjernes gennem harmonisering af medlemsstaternes lovgivninger, og foranstaltninger, hvis handelshindrende virkninger ikke kan fjernes på denne måde. Traktatens system viser som nævnt,¹⁵ at der er visse handelshindringer, der skal fjernes gennem harmonisering, først og fremmest ved udstedelse af direktiver med hjemmel i art. 100, og visse, der fjernes gennem anvendelse af forbudet mod FtV. Navnlig dommen i sag 120/78 Rewe,

15. Se kap. 12.8.

22.2.35, om de tyske krav til minimumsalkoholprocent i visse spiritusvarer illustrerer sondringens betydning og vanskeligheder. Domstolen fastslog, at handelshindringen skyldtes »forskelle i de nationale regler«, og at de derfor måtte accepteres i det omfang, de kunne anerkendes som nødvendige for at realisere de bagvedliggende mål.¹⁶

Domstolens praksis giver imidlertid ikke hjælp til afgørelsen af det i denne forbindelse afgørende spørgsmål, nemlig hvornår en handelshindring alene skyldes forskelle mellem nationale regler, og hvornår den skyldes andre forhold.

Dette vanskelige spørgsmål, bag hvilket der måske blot skjuler sig en anden formulering af afhandlingens grundlæggende problem, d.v.s. den reelle sondring mellem lovlige og ulovlige handelshindringer, vil blive undersøgt i kap. 26.11.

24.2.5 – Traktatstridige/ikke-traktatstridige foranstaltninger. Enkelte af de omtvistede foranstaltninger er fundet *traktatmedholdige*, allerede fordi de *ikke er omfattet af art. 30*. Dette gælder f.eks. de hollandske fiskefangstbegrænsninger (sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18). Lovligheden beroede på de pågældende foranstaltningers beskyttelsesværdige formål.

Andre foranstaltninger er blevet *godkendt*, fordi de var *retfærdiggjort af et af de hensyn, der er omtalt i art. 36*. Dette gælder f.eks. importforbudet i den tyske varemærkesag (sag 119/75 Terrapin, 22.2.17).

En række foranstaltninger kan med sikkerhed kvalificeres som stridende mod art. 30. Dette gælder naturligvis først og fremmest de foranstaltninger, der har været taget stilling til i direkte søgsmål mellem Kommissionen og Tyskland og Kommissionen og Frankrig.¹⁷

Men foranstaltningernes ulovlighed fremgår også klart af de præjudicielle sager om importforbud i eneretssagerne (sag 78/70 Deutsche Grammophon, 22.2.2, sag 192/73 Hag, 22.2.6, og sag 15 og 16/76 Centrafarm, 22.2.9). Det samme kan siges om importformaliteterne i sag 51–54/71 International Fruit, 22.2.3, og om de hollandske medicinalgodkendelsesregler (sag 104/75 de Peijper, 22.2.16).

I andre sager opstiller Domstolen mere eller mindre *klare alternativer*. Den fastslår f.eks., at diskriminerende foranstaltninger er ulovlige, ikke-diskriminerende er lovlige. Dette gælder f.eks. den franske urkvalitetskontrol (sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22).

16. Se også sag 119/78 Distilleries Peureux, 22.2.36, hvorefter hindringer for samhandelen, der skyldes forskelle mellem endnu ikke harmoniserede lovgivninger, principielt ikke er FtV. I samme retning kan sag 244/78 Union Laitière, 22.2.39, måske anføres.

17. Se 22.2.11, 22.2.23 og 22.2.38.

I atter andre er dommen formuleret således, at foranstaltningen er lovlig, *hvis en nærmere bestemt betingelse er opfyldt eller ikke opfyldt*. Sagens endelige udfald afhænger således af den nationale domstols konstatering af visse faktiske forholds eksistens eller ikke-eksistens. Dette gælder f.eks. i sagen om de italienske maksimalpriser (sag 65/75 Tasca, 22.2.15), hvor det afgørende er, om prisreglerne stiller importører dårligere end indenlandske producenter.

I nogle af *art. 36-sagerne* opstiller Domstolen betingelser for, at en national foranstaltning kan anses for lovlig. Om disse betingelser er opfyldt, overlades til den nationale domstols afgørelse. Et eksempel er den hollandske medicinalvaresag (sag 104/75 De Peijper, 22.2.16). Domstolen stiller somme tider i forbindelse med foranstaltninger, der *principielt ikke er omfattet af forbudet mod FtV*, de samme betingelser, som stilles i relation til foranstaltninger, der er lovlige efter art. 36. Dette gælder f.eks. i sagen om de franske krav til oprindelsesangivelse (sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20).

24.3 – De handelshindrende virkninger

Forbudet mod FtV omfatter kun foranstaltninger, der lægger hindringer i vejen for samhandelen mellem medlemsstaterne. Dette fremgår modsætningsvis af »Dassonville-definitionen« (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7) og direkte af den belgiske sag om tobakspriser (sag 13/77 Inno, 22.2.27), hvorefter foranstaltninger med udelukkende interne virkninger ikke er omfattet. Dette udgangspunkt trænger dog til klargørelse.

24.3.1 – Samhandelsbegrænsende virkninger. Der findes ikke i Domstolens praksis nogen klar stillingtagen til, om der alene kan tales om handelshindringer i forbudets forstand, når den internationale samhandel berøres på særlig måde i forhold til den interne handel.

Det er muligt, at Domstolen har ønsket at vente med at besvare spørgsmålet, indtil den i en sag klart bliver tvunget til at gøre det. Men det er også muligt, at den allerede har taget stilling til det, i hvert fald indirekte. Det er nemlig muligt, at domstolen i »Dassonville-definitionen«, hvor den taler om »bestemmelser for handelen, som ... kan hindre *samhandelen i Fællesskabet*«,¹⁸ og i denne definitions forskellige varianter, hvor det i de senere sager normalt hedder, at forbudet kan anvendes på foranstaltninger, der kan »*hindre indførsel fra en medlemsstat til en anden*«,¹⁹ har villet udtrykke, at forbudet alene omfatter særlige hindringer for den mellemstatslige samhandel i forhold til den interne handel.

18. Se sag 8/74 Dassonville, 22.2.7, her fremhævet.

19. Se f.eks. sag 82/77 van Tiggele, 22.2.29, her fremhævet.

Støtte for denne forståelse kan navnlig findes i sagen om de hollandske mindstepriser for spiritus (sag 82/77 van Tiggele, 22.2.29), hvor både Domstolen og generaladvokat Capotorti synes at gå ud fra, at der i »definitionen« ligger en forudsætning om, at den indenlandske handel skal være begunstiget i forhold til den mellemstatslige handel. Dette var så meget desto mere bemærkelsesværdigt, som Kommissionen i sagen klart havde givet udtryk for det modsatte standpunkt.

På den anden side er det ikke udelukket, at dommen i den belgiske sag om tobakspriserne (sag 13/77 Inno, 22.2.27) kan anføres til støtte for det modsatte resultat. Domstolen udelukkede i denne sag fra forbudets område »foranstaltninger med udelukkende interne virkninger«. Modsætningsvis kan måske slutes, at foranstaltninger med både interne og internationale virkninger er omfattede, selv om virkningerne er ensartede.

Vigtigt for spørgsmålets besvarelse er, om resultaterne i »produktionsbegrænsningssagerne«²⁰ kan begrundes alene med en anvendelse af forbudet, eller om eksistensen af landbrugsmarkedsordningerne er af afgørende betydning. Dette spørgsmål drøftes i afsnit 24.9. Hvis den første af mulighederne lægges til grund, omfatter forbudet mod FtV også foranstaltninger, der har ensartede virkninger for den interne og den internationale handel. Der er nemlig i disse sager ikke antydning af, at foranstaltningen skal have en særlig virkning for den internationale handel.

Konklusionen må være, at spørgsmålet ikke endeligt er løst i Domstolens praksis, selv om det dog er rimeligst at gå ud fra, at også Domstolen forudsætter, at der skal være en speciel virkning for den internationale samhandel. Problemet må i øvrigt ses i sammenhæng med den betydning, Domstolen tillægger diskrimination i forbindelse med afgrænsningen af forbudet. I det omfang, der stilles krav om diskrimination, får det her drøftede spørgsmål ingen selvstændig betydning. Der vil blive taget endelig stilling til det i kap. 26.4, hvor spørgsmålet om diskrimination og forskellige virkninger for den mellemstatslige samhandel og den interne handel drøftes samlet.

24.3.2 – Indirekte og potentielle handelshindrende virkninger. En sikker slutning, man kan drage af »Dassonville-definitionen«, og måske den eneste, er, at det er tilstrækkeligt, at de pågældende foranstalt-

20. Sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18, og sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25.

ninger er egnede til *potentielt* og *indirekte* at påvirke samhandelen. Domstolen har hermed villet udtrykke, at det ikke er nødvendigt, at samhandelen *aktuelt* påvirkes. Selve muligheden af en påvirkning er tilstrækkelig. En *direkte* årsagsforbindelse mellem foranstaltningen og handelshindringen er heller ikke nødvendig. Også foranstaltninger, der kun på indirekte måde påvirker samhandelen, er omfattet. (Disse spørgsmål drøftes nærmere i kap. 26.3).

24.3.3 – Handelshindringens mærkbarhed. Hindringen af samhandelen behøver ikke at bestå i en umuliggørelse af denne; en *besværliggørelse* er nok. Selv meget små virkninger vil i givet fald være tilstrækkelige for, at en foranstaltning kan være omfattet af forbudet. Dette fremgår klart af dommen i sag 51–54/71 International Fruit, 22.2.3, hvorefter kravet om importlicens var stridende mod art. 30, selv om licensen blev udstedt automatisk efter anmodning. Domstolen har også i en række sager afvist, at virkningen skal være »mærkbar« eller »følelig«. Dette fremgår af den belgiske whisky-oprindelsesbetegnelse (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7) og af sagen mellem Kommissionen og Frankrig om kravet om påtegning på importlicenser (sag 68/76, 22.2.23).

Resultatet svarer til Domstolens praksis i forbindelse med forbudet mod afgifter med tilsvarende virkning som told og forbudet mod diskriminerende interne afgifter.²¹

Det er ikke nødvendigt at påvise, at handelen bliver *skadet*. Det er som udgangspunkt tilstrækkeligt, at handelen, hvis den pågældende foranstaltning ikke fandtes, ville forløbe på en anden måde. Dette fremgår af den tyske sag om kvalitetsbetegnelse for Branntwein (sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.11) og af sagen om den franske urkvalitetskontrol (sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22). I den første af sagerne gjorde den tyske regering gældende, at samhandelen ikke var blevet skadet, og i den anden af sagerne kunne den franske regering endog påvise, at samhandelen, d.v.s. eksporten af franske ure, var steget. Domstolens praksis på dette punkt svarer til dens praksis inden for konkurrenceretsområdet.²²

Disse domme kan dog næppe udelukke, at handelshindringens mærkbarhed og skadelige virkning indgår som et positivt led i Domstolens afgørelse. Dette kan

21. Se herom kap. 12.3.1. Betingelsen gælder derimod på konkurrencerettens område, se kap. 12.4.1, og fremgår af traktatens art. 37 om handelsmonopoler, se kap. 12.3.3.

22. Se kap. 12.4.1.

f.eks. tænkes, når forbudet skal anvendes på ikke-diskriminerende foranstaltninger. Spørgsmålet drøftes i kap. 26.3.

24.4 – Diskriminations betydning

24.4.1 – Almindelige bemærkninger om Domstolens praksis. Domstolen udtalte i sagen om de tyske krav om Branntweins destillation og modning i samme virksomhed (sag 13/78 Eggers, 22.2.32), at der ikke var grund til »i den foreliggende sag at afgøre spørgsmålet, om foranstaltninger, der er anvendelige uden forskel på nationale varer og varer fra andre medlemsstater, udgør en FtV«. Man kunne forstå denne udtalelse således, at Domstolen heller ikke mener at have taget stilling til spørgsmålet i tidligere sager, og at følgelig alle de foranstaltninger, som Domstolen i de omtalte domme har fundet traktatstridige, har været diskriminerende under en eller anden form, eller at deres traktatstridighed kan forklares ikke gennem art. 30 eller art. 34, men gennem eksistensen af landbrugs-markedsordninger. Man skal dog næppe lægge for meget i denne udtalelse. Ganske vist har hovedparten af de forbudte foranstaltninger været udtryk for en eller anden form for diskrimination. Men der er dog også en række domme, der gør det mere end tvivlsomt, om et generelt krav om diskrimination kan opretholdes, og under alle omstændigheder er det tvivlsomt, om det i alle tilfælde er hensigtsmæssigt at kvalificere som diskriminerende enhver foranstaltning, hvis virkninger er forskellige for inden- og udenlandske varer. Hertil kommer naturligvis, at den netop citerede udtalelse klart holder spørgsmålet åbent. Det vil sige, at de mange domme, der lægger vægt på diskrimination som afgørende kriterium, ikke kan tages som udtryk for, at dette kriterium i alle tilfælde er afgørende.

24.4.2 – Er diskriminationskravet eneafgørende i Domstolens praksis? Domstolen har som nævnt i hovedparten af sagerne lagt vægt på foranstaltningernes diskriminerende indhold eller virkninger med henblik på deres kvalifikation som FtV. Dommene er somme tider formuleret således, at det klart fremgår, at ikke-diskriminerende foranstaltninger er lovlige, men det er også sket, at formuleringen ikke muliggør en sådan modsætningsslutning.

De domme, der bruger diskrimination som afgørelseskriterium, vil blive gennemgået i afsnit 24.4.3 og afsnit 24.4.4. Her vil det blive under-

søgt, om der er sager, som kan tages til indtægt for, at også ikke-diskriminerende foranstaltninger kan være omfattet af forbudet.

Domstolen går i den italienske sag om sundhedskontrol af kød (sag 35/76 Simmenthal, 22.2.19) ud fra, at selve handelshindringen er tilstrækkelig til at gøre den pågældende foranstaltning til en FtV. Det er dog et spørgsmål, hvor megen vægt der skal lægges på denne sag, fordi det af dens oplysninger synes at fremgå, at der var tale om diskrimination, idet der ikke foregik tilsvarende kontrol med indenlandske varer. Hertil kommer, at Domstolen i de øvrige sundhedskontrolsager som vist i afsnit 24.4.3 går ud fra, at der skal foreligge diskrimination.

Også den belgiske sag om tobaksmindstepriser (sag 13/77 Inno, 22.2.27) må nævnes i denne sammenhæng. Domstolen synes her at gå ud fra, at det er foranstaltningens handelshindrende virkninger, der er afgørende for, at den er omfattet af forbudet. Domstolens præmisser er dog på dette punkt så kortfattede, at det er svært at slutte noget afgørende fra dem.²³

Det er derimod klart, at de tre produktionsbegrænsningsdomme²⁴ og de to sager om nationale »svinemarkedsordninger«²⁵ støtter, at sondringen diskriminerende/ikke-diskriminerende ikke er afgørende for afgrænsningen af forbudets anvendelsesområde. Der forelå intet i disse sager om, at den internationale omsætning skulle være hårdere ramt end den interne. Det er imidlertid som tidligere nævnt et spørgsmål, om disse sager er afgjort udelukkende på grundlag af forbudet mod FtV, se afsnit 24.9.

Vigtigst i denne forbindelse er dog sagen om det tyske krav om mindstealkoholprocent i visse spiritusvarer (sag 120/78 Rewe, 22.2.35). Domstolen stod her klart over for en formelt ikke-diskriminerende regel, hvilket den indirekte fremhævede ved at udtale, at dens handelshindrende virkninger skyldtes forskelle i medlemsstaternes lovgivninger. Og alligevel fandtes reglen i strid med art. 30. Domstolen fremhævede

23. Sagen om det italienske fjernsynsmonopol kunne måske også nævnes her. Den henviser udtrykkeligt til direktiv 70/50, art. 3, og kunne derfor tages til indtægt for, at også ikke-diskriminerende foranstaltninger kan være FtV. På den anden side er de øvrige præmisser i sagen ret klart udtryk for, at det er diskriminerende foranstaltninger, der er omfattet af art. 30. (Sag 155/73 Sacchi, 22.2.5).

24. Sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18 og sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25.

25. Sag 83/75 Pigs Marketing Board, 22.2.34, og sag 177/78 Pigs and Bacon Commission, 22.2.34.

reglens manglende reale begrundelse. Men den fremhævede også, at reglens praktiske konsekvens var at fjerne andre medlemsstaters varer fra markedet. Dommen kan derfor måske alligevel siges at være udtryk for, at der dog forelå skjult diskrimination.

Dette viser, at sagen måske kan sammenlignes med prisregulerings-sagerne og navnlig den italienske maksimalprissag (sag 65/75 *Tasca*, 22.2.15) og den hollandske minimalprissag (sag 82/77 *van Tiggele*, 22.2.29). Domstolen fastslog i disse sager, at FtV også foreligger, når prisreguleringer, der formelt er ligebehandlende, har *virksomheder, der stiller importerede varer dårligere end nationale*.²⁶

Det er dog et spørgsmål, om det er rimeligt at tale om »skjult diskrimination« i de tilfælde, der foreligger i den tyske sag om mindstealkoholprocent og i prisregulerings-sagerne. Der er ikke begrebsmæssigt noget i vejen for det. Men man synes herved at udstrække begrebet så vidt, at det bliver meningsløst at bruge ved siden af det almindelige krav om handelshindring. Det er da også værd at mærke, at *Domstolen ikke i disse tilfælde bruger begrebet »skjult diskrimination«*.

Det vil være mest hensigtsmæssigt at betragte de her nævnte domme som udtryk for, at nationale foranstaltninger, der ikke kan betragtes som hverken åbenlyst eller skjult diskriminerende, dog *kan* være FtV, nemlig når de har handelshindrende virkninger i den ovenfor nævnte betydning, d.v.s. forskellige virkninger for international og national handel.

Dette resultat fører ikke til at frakende diskrimination betydning. Det betyder derimod, at diskriminationen ikke er eneafgørende. Diskriminationens betydning kommer til at afhænge af andre faktorer i sagerne, ikke mindst vurderingen af den pågældende foranstaltnings formål. Dette fremgår tydeligst af den tyske sag om mindstealkoholprocent i visse vine.

Resultatet fører heller ikke til, at man bør opgive at bruge begrebet »skjult diskrimination« i forbindelse med forbudet mod FtV. Det betyder blot, at det skal bruges i den mere snævre betydning, som Domstolen bruger det i på andre områder, d.v.s. at diskriminationen også skal omfatte sådanne forskelsbehandlinger, der ikke skyldes en udtrykkelig an-

26. Det er muligt, at Domstolen ved brugen af ordene »bliver stillet ugunstigt« i den hollandske sag har skærpet kravet fra den italienske, hvor der blot tales om »vanskeligere afsætning«.

vendelse af det forbudte kriterium, f.eks. varernes oprindelse, men skyldes anvendelse af kriterier, der reelt fører til samme resultat, som hvis det forbudte kriterium var anvendt.²⁷ Et eksempel fra Domstolens praksis på noget, der med rette kan anses for skjult diskrimination, findes i sagen om den franske lovsformodning om kunstig forøgelse af alkoholindhold i vin (sag 10–14/74 Lahaille, 22.2.14).

24.4.3 – Diskriminationskriterier efter Domstolens praksis. Ikke overraskende har en del af de af Domstolen afgjorte sager vedrørt tilfælde af diskrimination, hvor det afgørende kriterium var *varernes oprindelse*, d.v.s. om de var indenlandske eller udenlandske. Dette gælder f.eks. sagen om de tyske kvalitetsbetegnelser for Brantwein (sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.11) og sagen om den tyske sundhedskontrol af æbler ved import (sag 4/75 Rewe, 22.2.13).²⁸

Varernes oprindelse har selvsagt ikke været det afgørende kriterium i sagerne om eksportforanstaltninger, f.eks. sagen om de franske kvalitetsregler for eksporterede ure (sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22). Her er det afgørende kriterium diskriminationen over for den *internationale handel i forhold til den interne handel*.²⁹ Diskrimination over for den internationale samhandel er også afgørende i sagerne om import- og eksportformaliteter (se f.eks. sag 51–54/71 International Fruit, 22.2.3, sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20, og sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig, 22.2.23). Her finder reglerne efter deres indhold alene anvendelse på den internationale handel.

Det diskriminationsbegreb, der må antages at ligge til grund i *eneretssagerne*, er vanskeligere at fastlægge. Udgangspunktet må dog også her være en diskrimination af den internationale handel. Der er i de fleste af sagerne tale om importforbud, der ikke modsvares af tilsvarende mulighed for at forbyde indenlandsk afsætning. Dette gælder importforbudene i sag 78/70 Deutsche Grammophon, 22.2.2., sag 192/73 Hag, 22.2.6, og i sag 15 og 16/74 Centrafarm, 22.2.9. Men der foreligger også i disse sager en anden form for diskrimination, nemlig den nedenfor omtalte, hvor det afgørende er diskrimination mellem forskellige grupper

27. Se herom kap. 10.4.

28. I denne forbindelse kan også nævnes nationalitetsdiskriminationsforbudet i den tyske varemærkesag (sag 119/75 Terrapin, 22.2.17).

29. Det kan også udtrykkes som diskrimination mellem eksporterede varer og ikke-eksporterede varer.

importører. De nationale regler stiller til skade for enhedsmarkedet de importører, der direkte handler med eneretshaveren eller med hans samtykke, gunstigere end dem, der ikke gør det. Tilsvarende betragtninger kan forklare de to varemærkesager vedrørende ompakning af mærkevarene og ombytning af det i eksportlandet gældende varemærke til det i importlandet gældende (sag 102/77 Hoffmann-La Roche, 22.2.30, og sag 3/78 American Home Products, 22.2.31). Men det er dog muligt, at mere subjektive misbrugssynspunkter er afgørende i disse sager.

Den sidste, men ikke nødvendigvis mindst vigtige af de tilfældegrupper, som kan kvalificeres som diskrimination, er *diskrimination af visse importørgrupper til fordel for andre*. Ud over de netop nævnte eneretssager hører til denne gruppe sagen om de belgiske krav til beviset for Scotch whiskys oprindelsesbetegnelse (sag 8/74 Dassonville 22.2.7) og sagen om de hollandske medicinalregler (sag 104/75 de Peijper 22.2.16). Der er ikke i disse tilfælde samme grund til at frygte protektionistiske formål bag de nationale regler. Der foreligger principielt hverken åbenlys eller skjult forskelsbehandling mellem indenlandske og udenlandske varer. Der er principielt heller ikke fare for, at samhandelen mellem medlemsstaterne bliver standset. Der er en importkanal, der er åben, og som der ikke lægges hindringer i vejen for. Det, der forhindres eller besværliggøres, er parallelimporten, og det er dette forhold, der forklarer Domstolens betydelige strenghed over for disse diskriminationer. Domstolen har i disse sager været inspireret af sin strenge praksis efter EØF-traktatens art. 85 vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler, der forhindrer »parallelimport«. ³⁰ Muligheden for parallelimport er en garanti for effektiv konkurrence og dermed også for, at forbrugerne kan købe udenlandske varer til priser, der ikke er for forskellige fra medlemsstat til medlemsstat.

Et særligt vidt diskriminationsbegreb blev *måske* anvendt i sagen om det italienske fjernsynsmonopol (sag 155/73 Sacchi, 22.2.5). Domstolen udvidede måske det almindelige forbud mod oprindelsesdiskrimination til generelt at omfatte »begunstigelse af visse omsætningskanaler og visse forretningsdrivende i forhold til andre«.

30. Se *EF-Karnov* s. 461 (ved Fejø).

24.4.4 – Diskrimination og den handelshindrende foranstaltnings formål.

Det fremgår af de foregående afsnit, at der er en række foranstaltninger, der kan være i strid med forbudet mod FtV, selv om de ikke er diskriminerende, og at der er en række foranstaltninger, som strider mod forbudet, fordi de er diskriminerende.

Dommene indeholder ikke klare begrundelser for, hvorfor man i nogle tilfælde kræver diskrimination for at anvende forbudet og i andre ikke. Man må derfor forsøge at finde frem til de karakteristiske forskelle mellem disse to grupper sager. Man kan lægge til grund, at Domstolens udgangspunkt er, at alene diskriminerende foranstaltninger er omfattede af forbudet, og derfor koncentrere sig om at finde de særlige omstændigheder, der begrundet, at kravet ikke har betydning i visse sager. Og man kan lægge til grund, at Domstolens udgangspunkt er, at alle handelshindrende foranstaltninger er omfattede af forbudet, og derfor koncentrere sig om at finde frem til de særlige omstændigheder, der kan begrunde, at diskriminationskravet har betydning i visse sager.

Det er formentlig mest hensigtsmæssigt at lægge det andet af disse udgangspunkter til grund. Det er mest nærliggende under hensyn til »Dassonville-definitionen« at gå ud fra, at alle handelshindringer er omfattede af forbudet, medmindre der foreligger omstændigheder, der tilsiger et andet resultat. Analysen må derfor koncentrere sig om at finde forklaringer på, hvorfor Domstolen i nogle sager har lagt vægt på foranstaltningens diskriminerende karakter på en sådan måde, at en *modsætnings slutning fører til, at ikke-diskriminerende foranstaltninger er lovlige*.

Der er en gruppe sager, hvor en modsætnings slutning er meningsløs. Det drejer sig om de sager, hvor diskriminationen er et nødvendigt led i foranstaltningens indhold, altså i tilfælde, hvor reglen efter sagens natur er diskriminerende. Det har kun mening at slutte modsætningsvis, hvis reglen også kan tænkes som ikke-diskriminerende med reel opretholdelse af sit formål. De bedste eksempler er sagerne om import- og eksportformaliteter,³¹ men nævnes kan også den tyske regel om slagtning og forarbejdning af kød i samme land, (sag 153/78 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.38).

Der kan i de fleste af Domstolens »diskriminationsafgørelser« slutes modsætningsvis. De tilsvarende ikke-diskriminerende foranstaltninger er lovlige.

31. Se f.eks. sag 51-54/74 International Fruit, 22.2.3.

Forklaringen herpå er i hovedparten af sagerne den enkle, at *disse foranstaltninger er omfattet af art. 36*. Dette gælder de to største grupper af de gennemgåede sager, nemlig eneretssagerne³² og sundhedskontrolsagerne.³³

I de øvrige sager beror lovligheden af de pågældende ikke-diskriminerende handelshindrende foranstaltninger mere eller mindre tydeligt på *foranstaltningens formål*. Dette gælder således sagen om de belgiske bevisregler vedrørende oprindelsesbetegnelsen af Scotch whisky (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7), (hvor Domstolen dog ikke udelukkede, at formålet kunne være omfattet af art. 36), og det gælder sagerne om de franske kvalitetskrav ved ureksport (sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22) og om den franske lovsformodning om kunstig alkoholforøgelse af vins alkoholprocent (sag 10-14/75 Lahaille, 22.2.14).

Der vil i afsnit 24.5 blive gået nærmere ind på formålets betydning og arten af de anerkendte og ikke-ankendte formål.

24.4.5 – Tilladte »diskriminationer«. Domstolen har i enkelte sager accepteret nationale foranstaltninger, selv om de var forskelsbehandlende. Dette gælder det engelske forbud mod mønteksport (sag 7/78 Thompson, 22.2.33); det gælder de tyske sundhedskontrolregler for æbler (sag 4/75 Rewe, 22.2.13), de hollandske sundhedskontrolregler ved eksport af kvæg (sag 46/76 Bauhuis, 22.2.21) og de hollandske medicinalregler (sag 104/75 de Peijper, 22.2.16). Og det gælder endelig de ændrede belgiske regler om whiskyoprindelsesbetegnelsens ægthed (sag 153/78 Kommissionen mod Belgien, 22.2.37). Det var klart i de første sager, at foranstaltningernes formål faldt ind under art. 36, og i den sidste udelukkede Domstolen ikke, at dette var tilfældet.

24.4.6 – Omvendt diskrimination. Domstolen har ikke taget klar stilling til, om art. 30 og art. 34 forbyder omvendt diskrimination, d.v.s. at den interne omsætning bliver stillet dårligere end den internationale, f.eks. på den måde, at der bliver stillet særlige krav til nationale varer, krav som ikke bliver stillet til importerede varer.³⁵ Man kan dog måske se en indirekte stillingtagen i den italienske

32. Se f.eks. sag 119/75 Terrapin, 22.2.17.

33. Se f.eks. sag 104/75 de Peijper, 22.2.16, og sag 4/75 Rewe, 22.2.13.

34. Udgået.

35. Spørgsmålet om muligheden for at stille krav til eksporterede varer, selv om sådanne krav ikke kræves opfyldt i importlandet, drøftes i kap. 26.9.

maksimalprissag (sag 65/75 Tasca, 22.2.15), hvor den accepterede, at maksimalprisregulering alene kan gælde for nationale varer. Resultatet kan måske begrundes med, at samhandelen ikke herved begrænses, og resultatet stemmer overens med den klare afgørelse i forbindelse med art. 95s diskriminationsforbud i sag 86/78 Distilleries Peureux.³⁶ På den anden side er det muligt, at Domstolen som ovenfor i 24.3.4 nævnt vil lægge vægt på, at samhandelen bliver påvirket derved, at den foregår på en anden måde, end hvis foranstaltningen ikke havde været vedtaget.³⁷

24.5 – Betydningen og kvalificeringen af foranstaltningernes formål

Gennemgangen har vist, at den nationale foranstaltnings formål kan være af afgørende betydning for anvendelsen af forbudet mod FtV. Dette gælder ikke alene sådanne foranstaltninger, hvis formål allerede efter art. 36 er tillagt relevans, men også en række andre formål.

Det vil i dette afsnit blive undersøgt, hvilke formål der har været tale om, og det vil blive drøftet, om der er visse formål, Domstolen tillægger særlig vægt.

Kvalificeringen af en foranstaltnings formål kan give problemer. En og samme foranstaltning kan bruges til at *realisere flere formål*. I sagen om de belgiske tobakspriser (sag 13/77 Inno, 22.2.27) var formålet med priskfikseringen både at få tobaksafgiftssystemet til at fungere og at beskytte de små detailhandlere. I sagen om de tyske regler om mindstealkoholindhold i visse spiritusvarer (sag 120/78 Rewe, 22.2.35) blev det gjort gældende, at reglen havde til formål at beskytte både folkesundheden og forbrugerne mod illoyal konkurrence. *Den samme foranstaltning* kan i forskellige sammenhænge benyttes til at *realisere forskellige formål*. I både den hollandske hyacintløgssag (sag 190/73 van Haaster, 22.2.8) og i fiskefangstsagen (sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18) var der tale om produktionsbegrænsninger. I den første af sagerne var produktionsbegrænsningens formål at beskytte prisniveauet for hyacintløg og dermed producenternes indtjeningssevne og mere generelt at sikre befolkningens forsyninger af fisk. Fiskefangstsagen viser også, hvordan formålene kan indgå i *en kæde af nærmere og fjernere formål*. Realiseringen af et formål kan igen være middel til realisering af et andet o.s.v. Dette illustre-

36. Se kap. 12.3.2.

37. Den overvejende tendens i teorien har været at anse traktatens diskriminationsforbud som også omfattende omvendt diskrimination. Se herom Bleckmann, *Europarecht* s. 288 og Sundberg-Weitman, *Discrimination on Grounds of Nationality* s. 113 ff.

res også af sagen om den franske lovsformodning (sag 10-14/75 Lahaille, 22.2.14). Lovsformodningen var et middel til at realisere det formål, at vins alkoholprocent ikke kunstigt måtte forøges. Men forbudet mod denne kunstige forøgelse må igen ses som et middel til at realisere andre mål, forbrugerbeskyttelse og beskyttelse mod illoyal konkurrence.

Der kan opstå problemer med på rette måde at kvalificere en foranstaltnings formål. Hertil kommer, at der af indlysende grunde vil være en reel fare for, at de af regeringerne angivne formål ikke behøver at stemme overens med foranstaltningens virkelige formål. Den franske regering hævdede i sagen om eksportformaliteterne i forbindelse med kartoffeleksport (sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig, 22.2.23), at formålet med kravet om eksportanmeldelse var rent statistisk, nødvendiggjort af hensyn til den effektive funktion af den franske handelspolitik, medens der var gode holdepunkter for at antage, at kravet også i virkeligheden havde handelsforstyrrende formål.

Ingen af de omtalte domme indeholder mere generelle overvejelser vedrørende den betydning, den handelshindrende foranstaltnings formål skal tillægges.

Det nærmeste, Domstolen er kommet til en mere almindelig anerkendelse af formålets betydning uden for art. 36-tilfældene, er præmissen i sagen om den tyske mindstealkoholprocent (sag 120/78 Rewe, 22.2.35), hvorefter handelshindringer, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger, må accepteres, når de er nødvendige for at realisere bydende nationale formål, navnlig hensynet til en effektiv skattekontrol, beskyttelse af den offentlige sundhed, god handelsskik og forbrugerbeskyttelse.

Af generaladvokaterne er det især generaladvokat Capotorti, der har udtalt sig om, og tilsyneladende anerkendt, formålets betydning. Især hans forslag i sagen om de franske krav om oprindelsesangivelse ved import (sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20) er vigtig, fordi han der anerkender, at »beskyttelsesværdige formål, der modsvarer medlemsstaternes fælles interesse,« kan legitimere handelshindringer. Det er ikke uddybet, hvad der ligger i ordene »medlemsstaternes fælles interesse«. Det kan næppe antages at være andet end et mere ubestemt forbehold vendt mod nationale formål, der er i strid med selve fællesskabstanken.

De hyppigst omhandlede formål i sagerne er efter sagens natur de formål eller hensyn, der er nævnt i art. 36.

Dette gælder navnlig hensynet til menneskers og dyrs liv og *sundhed*.

Menneskers liv og sundhed er endog af Domstolen i den hollandske medicinallovgivningssag (sag 104/75 de Peijper, 22.2.16) blevet tildelt »førstepladsen« blandt de beskyttede goder og interesser.³⁸ Dette må dog ikke opfattes således, at Domstolen også uden videre anerkender foranstaltninger, der angiveligt er begrundet i dette hensyn. Sagen om de tyske krav om slagtning og bearbejdning af kød i samme land (sag 153/78 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.38) viser, at Domstolen går ind i en realitetsprøvelse af, om dette hensyn virkelig kan antages at ligge til grund for foranstaltningen.³⁹ Også beskyttelsen af den *industrielle og kommercielle ejendomsret* er af betydning i Domstolens praksis.⁴⁰ Domstolen udtaler sig ikke om vægten af dette formål. Dens fremgangsmåde er at afgrænse »enerettighedernes særlige genstand« og tager herved indirekte stilling til det vanskelige og omstridte spørgsmål, hvad der er enerettighedernes væsentligste formål.⁴¹

I den engelske møntsag (sag 7/78 Thompson, 22.2.33) anerkendte Domstolen beskyttelsen af medlemsstaternes *ret til at slå mønt* som et hensyn, der var omfattet af begrebet »offentlig orden« i art. 36.

Domstolen har ikke taget klar stilling til, om *beskyttelse af oprindelsesbetegnelser* falder ind under hensynet til industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder. Den lader spørgsmålet stå åbent i sag 8/74 Dassonville, 22.2.7, sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.11, og sag 2/78 Kommissionen mod Belgien, 22.2.37. Det rette svar er imidlertid ikke afgørende. Det fremgår nemlig klart af sagerne, at Domstolen anerkender formålet som beskyttelsesværdigt. Det vil kunne retfærdiggøre i hvert fald visse handelshindringer.

38. De øvrige domme er nævnt i afsnit 24.2.2.

39. Der er dog glidende overgange mellem en prøvelse af, om formålet virkelig ligger til grund for foranstaltningen, og om det kan retfærdiggøre den pågældende foranstaltning, se afsnit 24.6.

40. Dommene er nævnt ovenfor i afsnit 24.2.2.

41. Det gælder ikke mindst i forbindelse med dens forsøg på at »definere« *varemærkerettens* særlige genstand, se de ikke helt overensstemmende »definitioner« i sag 16/74 Centrafarm, 22.2.9, sag 102/77 Hoffmann-La Roche, 22.2.30, og sag 3/78 American Home Products, 22.2.31.

Der gås ikke i denne afhandling ind på disse definitionsforsøg. Disse spørgsmål er ikke afgørende for denne afhandlings formål og må derfor overlades til den i øvrigt meget omfattende speciallitteratur. Se blandt de nyere artikler, i hvilke der findes yderligere litteraturhenvisninger: W. Alexander, »Marques et Droit Communautaire«, *CDE* 1976 s. 431, B. Harris, »The Application of Article 36 to Intellectual Property«, *ELR* 1976 s. 515, M. van Empel, »Centrafarm Revisited«, *CMLR* 1979 s. 251.

En stor og broget gruppe af formål, der har været af betydning i sagerne, kan henføres under det generelle formål *forbrugerbeskyttelse*. Disse formål er ligesom de nedenfor nævnte som udgangspunkt ikke omfattet af nogen af de formål, der er opregnet i art. 36.

Helt generelt er forbrugerbeskyttelsen nævnt som beskyttelsesværdig i den tyske mindstealkoholprocentsag (sag 120/78 Rewe, 22.2.35). Og forbrugerbeskyttelseshensynet er utvivlsomt også dominerende i *varekvalitetssagerne*, se navnlig den franske ureksportsag⁴² (sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22), men også i den tyske sag om slagtning og forarbejdning af kød (sag 153/78 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.38) og i sagen om modning og destillation af vin i samme virksomhed (sag 13/78 Eggers, 22.2.32) blev kvalitetshensynet gjort gældende. Domstolen fremhævede i den førstnævnte af sagerne hensynet som beskyttelsesværdigt.

Forbrugernes interesser i en *loyal konkurrence* og i *korrekt forbrugeroplysning* tillægges betydning i de netop nævnte varemærkesager og oprindelsesbetegnelse-sager. Blandede forbruger- og producentbeskyttelseshensyn må også, som ovenfor nævnt, ses som begrundelse for den franske lovsformodning i forbindelse med forbudet mod kunstig alkoholforøgelse (sag 10-14/75 Lahaille, 22.2.14).⁴³

Producentbeskyttelseshensyn har ligget til grund for nogle af de omtvistede foranstaltninger. Dette gælder producenternes interesse i et rimeligt prisniveau, der søges beskyttet gennem produktionsbegrænsningerne i sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, og sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25. Disse formål har Domstolen ikke lagt vægt på. De kan derfor hævdes at være afvist som beskyttelsesværdige. Det samme gælder tilsyneladende *beskyttelsen af detailhandlerne*, der var en del af begrundelsen for de belgiske tobaksprisregler i sag 13/77 Inno, 22.2.27, og de hollandske spiritusmindsteprisregler i sag 82/77 van Tiggele, 22.2.29.

Derimod er *beskyttelsen af fiskeressourcerne* klart blevet tillagt betydning som legitimation for sådanne handelshindringer, der i de to netop

42. I den konkrete sag var handelspolitiske hensyn fuldt så vigtige, jfr. at ordningen alene gjaldt for eksporterede varer.

43. En særlig form for forbrugerbeskyttelse ligger til grund for de italienske maksimalpriser (sag 65/75 Tasca, 22.2.15), nemlig forbrugernes interesse i et rimeligt prisniveau. I nogle af de i kap. 22.2.15 nævnte prisreguleringssager er der omstændigheder, der viser, at prisreguleringen har mere snævre sociale formål, nemlig at støtte økonomisk svage forbrugergrupper.

omtalte produktionsbegrænsninger blev fundet fællesskabsstridige (se sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18).

Samme tydelige anerkendelse af formålets betydning gives i sagen om de franske krav om angivelse af importerede varers oprindelse i sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20, hvor Domstolen anerkender kravet, når det er nødvendigt for at opretholde lovlige *handelspolitiske forholdsregler*, medens tilsvarende krav er stridende mod art. 30, når dette hensyn ikke foreligger. Dette hensyn kan i øvrigt sammenholdes med *hensynet til en effektiv skatte- og afgiftskontrol*, omhandlet og anerkendt i den belgiske tobaksprissag (sag 13/77 Inno, 22.2.27) og den tyske mindstealkoholprocentsag (sag 120/78 Rewe, 22.2.35). Det er måske vigtigt, at Domstolen i disse sager synes at have lagt vægt på, at disse hensyn ligger inden for områder, der var omhandlet i andre kapitler i traktaten. Endelig accepterede Domstolen i princippet i den tyske mindstealkoholprocentsag *standardiseringsformål* som beskyttelsesværdige.

Det er bemærkelsesværdigt, at sagerne ikke har vedrørt de i disse år stadig vigtigere og mere indgribende reguleringer, hvis baggrund er *miljø- og arbejderbeskyttelse*. De kan utvivlsomt være handelshindrende. Dette er da også en del af forklaringen på EFs harmoniseringer på disse områder. Der er heller ingen tvivl om, at Domstolen må og vil anerkende disse formål som beskyttelsesværdige. De indgår nemlig som led i den beskyttelse af *livskvaliteten*, som regeringscheferne i 1973 fastslog for fremtiden skulle være en vigtig del af EFs generelle formål.⁴⁴

Betydningen af de omtvistede foranstaltningers formål vil blive uddybet i kap. 26.2.

24.6 – Foranstaltningens egnethed til at realisere det beskyttelsesværdige formål og begrænsning af foranstaltningens handelshindrende virkninger

Domstolen anerkender som nævnt ikke uden videre det eller de af medlemsstaterne angivne formål som også reelt liggende til grund for foranstaltningen. Praktisk vigtigere er det, at Domstolen altid vil kræve, at en handelshindrende foranstaltning ikke i sine handelshindrende virkninger går videre end nødvendigt for at realisere sit beskyttelsesværdige formål, og at den i øvrigt er et egnet middel til at realisere dette formål. Den synes at have stillet disse krav i alle de sager, hvor der har været konkret anledning dertil.

44. Se herom bl.a. Gulmann, »Hjemmelsspørgsmål i EF«, *Jur* 1979 s. 277.

Kravene, der allerede findes udtrykt i art. 3 i Kommissionens direktiv 70/50, kan navnlig udledes af dommene i den hollandske medicinallovgivningssag (sag 104/75 de Peijper, 22.2.16) og den franske sag om angivelse af varers oprindelse (sag 41/76 Donckerwolcke 22.2.20).⁴⁵

EF-Domstolen stillede navnlig i medicinallovgivningssagen store krav til de nationale regelfastsættere med henblik på udformning af regler, der har mindst mulige handelshindrende virkninger. Den synes at ville pålægge de nationale regelfastsættere bevisbyrden for, at de hensyn, der ligger til grund for nationale handelshindrende regler, ikke kan opnås på anden måde, og den synes ikke villig til at anerkende økonomiske og administrative betragtninger som lovlig begrundelse for at vælge mere handelshindrende regler fremfor mindre handelshindrende. Dette resultat kan for så vidt ikke undre, når henses til formålet med forbudet mod FtV og Domstolens utvivlsomme ønske om i videst muligt omfang at tilgodese dette formål. På den anden side må sagens faktiske omstændigheder også tages i betragtning. Der var tale om en meget alvorlig handelshindring, nemlig om en reel hindring af parallelimport, og der synes at have foreligget oplysninger for Domstolen, der viste, at det var muligt at udforme de nationale regler, således at parallelimport var mulig, uden at reglerens beskyttelse af menneskers liv og sundhed blev forringet.

Ønsket om at begrænse de handelshindrende virkninger ligger også bag Domstolens meget detaljerede betingelser for lovligheden af det varemærkebegrundede importforbud i den tyske sag om ompakningen af de engelske medicinalvarer (sag 102/77 Hoffmann-La Roche, 22.2.30). Der findes også antydninger af denne tankegang i den første af sagerne om de belgiske krav vedrørende beviset for Scotch whiskys oprindelsesbetegnelse (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7), hvor den helt generelt krævede, at de pågældende regler skulle være »rimelige«.

Den anden af dommene om de belgiske regler (sag 2/78 Kommissionen mod Belgien, 22.2.37) er af betydning for den nærmere fastlæggelse af rækkevidden af disse krav. Domstolen accepterede de belgiske bevisregler, selv om de skabte særlige vanskeligheder for import via andre medlemsstater i forhold til import direkte fra producentlandet. Accepten gjaldt, så længe de særlige vanskeligheder ikke var urimelige i forhold til

45. Domstolen har her delvis brugt ordlyden i art. 3 i Kommissionens direktiv 70/50, men det er dog også værd at mærke, at Domstolen til forskel fra Kommissionen siger, at foranstaltningen skal være »strengt nødvendig«.

deres formål. Samtidig nægtede Domstolen udtrykkeligt at tage stilling til, om de belgiske myndigheder kunne have valgt andre og mere effektive bevismidler. Det er ganske vist ikke udelukket, at dette sidste standpunkt skyldes processuelle grunde, men det er dog mere sandsynligt, at dommen kan ses som en tilkendegivelse fra Domstolens side om, at den trods alt ikke vil gå så tæt ind i en prøvelse af medlemsstaternes valg af midler, som man måske kunne have troet på grundlag af navnlig den hollandske medicinalvaresag. Men dommens sidste præmis viser formentlig også, at der er modstridende opfattelser i Domstolen. Det fastslås nemlig i denne, at foranstaltninger som de belgiske kun kan anerkendes, hvis de »er rimelige og strengt nødvendige for at sikre varernes ægthed«. ⁴⁶

24.7 – Omfatter forbudet mod FtV alene handelsreguleringer?

Dette spørgsmål er ikke med sikkerhed løst i Domstolens praksis. Domstolens »definition« af FtV i den belgiske sag om whiskys oprindelsesbetegnelse (sag 8/74 Dassonville, 22.2.7) forudsætter, ligesom art. 3 i Kommissionens direktiv, at forbudet alene omfatter foranstaltninger, der kan karakteriseres som reguleringer af handelen. Denne forudsætning gentages imidlertid ikke i de fleste af de senere anvendelser af definitionen. ⁴⁷

Til gengæld gøres der i de to første produktionsbegrænsningssager, den hollandske hyacintløgssag og fiskefangstbegrænsningssagen (sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, og sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18), en del ud af, at de pågældende foranstaltninger vedrørte et andet led i omsætningskæden end handelsleddet, og det er tilsyneladende først og fremmest dette problem, der gav Domstolen vanskeligheder og gjorde det nødvendigt for den at fortolke bestemmelserne på baggrund af de pågældende fællesskabsordninger. ⁴⁸ Det er imidlertid kun i produktionsbegrænsningssagerne, at Domstolen overhovedet har drøftet spørgsmålet. Dette

46. Disse spørgsmål vil blive uddybet i kap. 26.13.

47. Se f.eks. »definitionerne« i sag 4/75 Rewe, 22.2.13, sag 104/75 de Peijper, 22.2.16, og sag 13/77 Inno, 22.2.27.

48. Dette spørgsmål optager dog en langt mindre fremtrædende plads i den sidste af produktionsbegrænsningssagerne, kyllingeslagtningsagen (sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25). Det er i øvrigt ikke udelukket, at spørgsmålets betydning i produktionsbegrænsningssagerne kan forklares ved disse sagers specielle karakter, herunder navnlig vanskelighederne ved overhovedet at karakterisere foranstaltningerne som *samhandels*hindrende.

kan næppe forklares med, at det alene er i disse sager, at der ikke forelå handelsreguleringer, d.v.s. at det i samtlige andre sager skulle have været klart, at der forelå en regulering af handelen. Tværtimod. I en række af sagerne er det tvivlsomt, om man med rimelighed kan tale om reguleringer af handelen (hvordan dette begreb så end måtte afgrænses, hvilket er et spørgsmål, Domstolen ikke har omtalt). Dette gælder f.eks. den franske lovsformodning om kunstig forøgelse af vins alkoholindhold (sag 10-14/78 Lahaille, 22.2.14).

Konklusionen må være, at en foranstaltning ikke nødvendigvis skal være handelsregulerende for at være omfattet af forbudet mod FtV. Dette udelukker imidlertid ikke, at dette spørgsmål kan have en mere begrænset betydning, jfr. herom kap. 26.6.

24.8 – Import-/eksportregulering

Hovedparten af sagerne har, som naturligt er, vedrørt foranstaltninger af betydning for importen.

Foranstaltninger af betydning for eksporten har foreligget til pådømmelse i sagen om de franske formaliteter ved eksport af kartofler (sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig, 22.2.23) og i sagen om det engelske mønteksportforbud (sag 7/78 Thompson, 22.2.33). Endvidere må nævnes sagen om den hollandske sundhedskontrol ved eksport af kvæg (sag 46/76 Bauhuis, 22.2.21) og sagen om de franske kvalitetskrav ved ureksport (sag 57/76 Bouhelier, 22.2.22).

De to første sager vedrørte foranstaltninger, der kan siges efter deres natur at være diskriminerende, og de to sidste sager vedrørte foranstaltninger, hvor Domstolen udtrykkeligt fastslog, at alene diskriminerende foranstaltninger var ulovlige.

Det er på denne baggrund muligt, at man i eksporttilfældene kan gå ud fra, at alene diskriminerende foranstaltninger er omfattede af forbudet. Der er dog ingen principielle udtalelser i dommene, der kan tages til indtægt for dette resultat. Dette spørgsmål vil blive uddybet i kap. 26.8 og kap. 26.9.

Man må i øvrigt også blandt de sager, der vedrører foranstaltninger af betydning for eksporten, regne produktionsbegrænsningssagerne og sagerne om den nordiske regulering af svinesalget.⁴⁹ Disse foranstaltninger ligger dog alle inden for områder dækkede af landbrugsmarkeds-

49. Udgået.

ordninger, og det er derfor muligt, at afgørelserne er begrundede i særlige hensyn. Det er dette spørgsmål, der vil blive drøftet i næste afsnit.

24.9 – Betydningen af eksistensen af fællesskabskompetence og -regulering på foranstaltningens område, navnlig betydningen af landbrugsmarkedsordninger.

Domstolen har i 7 af de omtalte sager afgjort spørgsmål, hvor spørgsmål om anvendelse af forbudet mod FtV er opstået på *områder dækket af landbrugsmarkedsordninger*. Det drejer sig om de to italienske *prisreguleringssager* (sag 31/74 Galli, 22.2.10, og sag 65/78 Tasca, 22.2.15)⁵⁰ om de tre *produktionsbegrænsningssager* (hyacintløgssagen, sag 190/73 van Haaster, 22.2.8, fiskefangstsagen, sag 3, 4 og 6/76 Kramer, 22.2.18, og kyllingeslagtningsagen, sag 111/76 van den Hazel, 22.2.25) samt den *nordiske og den irske regulering af svinesalget* (sag 83/78 Pigs Marketing Board og sag 177/78 Pigs and Bacon Commission, 22.2.34).

Domstolen har i disse sager taget stilling til de nationale foranstaltningers forenelighed med *markedsordningen som helhed*, d.v.s. ikke alene reglerne om de frie varebevægelser, men også dens prisregler, kvalitetsregler og andre markedsregulerende regler.⁵¹

Det afgørende spørgsmål i denne afhandlings sammenhæng må være, om Domstolen har ment, at domsresultaterne kunne have været støttet alene på forbudet mod FtV, eller om markedsordningernes øvrige regler var nødvendige som støtte for resultaterne. Omtalen i kap. 22 af de enkelte domme viser vanskelighederne ved at besvare spørgsmålet med sikkerhed. Der er antydninger af, at resultaterne ikke alene kan støttes på forbudet mod FtV. Men der er også formuleringer, der ret klart støtter den modsatte opfattelse.

Der vil blive taget stilling til disse spørgsmål i kap. 26.7.

Der har ikke ellers været domme, som har vedrørt foranstaltninger på områder, der er omfattet af en generel EF-regulering. Man kan dog i denne forbindelse nævne, at Kommissionen har ment, at enkelte af de i sagerne omhandlede

50. Der er i forbindelse med Tasca-dommen nævnt yderligere prisreguleringssager, men disse ændrer ikke det her om Galli- og Tasca-dommene sagte.

51. Det vil erindres, at art. 30- og art. 34-forbud før 1970 fandtes i markedsordningerne, medens dette ikke gælder efter 1970, hvor disse regler er blevet umiddelbart anvendelige og derfor underforstås som en integrerende del af enhver markedsordning.

foranstaltninger har haft så stor betydning for *traktatens regulering af konkurrencen*, at dette skulle føre til en særlig vidtgående anvendelse af forbudet mod FtV. Se herved Kommissionens indlæg i den belgiske tobaksprissag (sag 13/77 Inno, 22.2.27) og den hollandske sag om mindstepriser for spiritus (sag 182/77 van Tiggele, 22.2.29). Domstolen tog tilsyneladende ikke hensyn til Kommissionens opfattelse. Spørgsmålet vil kort blive berørt i kap. 26.7.

24.10 – Betydningen af Kommissionens direktiv 70/50. De fleste af de refererede sager er afgjort uden henvisning til Kommissionens direktiv. Og det er som nævnt sket, at Domstolen klart er kommet til et andet resultat end direktivet, se navnlig sagen om de hollandske importlicenser (sag 51–54/71 International Fruit, 22.2.3). Hvis der ses bort fra denne sag, er der dog næppe nogen af dommene, der på afgørende måde kan opfattes som en afvisning af de synspunkter, Kommissionen har givet udtryk for i sit direktiv vedrørende fortolkningen af forbudet mod FtV.

Direktivet citeres i en række sager, mere eller mindre udførligt, og der er sager, hvor direktivet tilsyneladende har spillet en afgørende rolle. Dette gælder ikke mindst i sagen om de tyske kvalitetsbetegnelser for Branntwein (se sag 12/74 Kommissionen mod Tyskland, 22.2.11). Hovedindtrykket er dog, at det er noget tilfældigt, hvornår direktivet spiller en rolle i sagerne, og hvornår det ikke gør det.

24.11 – Udviklingstendenser i Domstolens praksis

Der er næppe domme vedrørende forbudet mod FtV, som man med sikkerhed vil kunne hævde indebærer en ændring af tidligere praksis.⁵² Dette hænger formentlig sammen med, at Domstolens afgørelser på dette område er så konkret begrundede, som de er. Det har ikke været, og vil næppe heller i fremtiden være, vanskeligt for Domstolen på grundlag af den foreliggende praksis at nå til de konkret ønskede resultater under opretholdelse af en tilsyneladende ubrudt og fast praksis.

Dette udelukker dog ikke, at der kan spores en vis udvikling i Domstolens praksis. Der synes at være grundlag for at hævde, at Domstolen i

52. Domstolen har i hvert fald ikke selv givet udtryk for sådan praksisændring. En sådan åben erkendelse ville dog også være i strid med Domstolens almindelige holdning. Det er i forbindelse med omtalen af de italienske prisdomme, sag 31/74 Galli, 22.2.10, og sag 65/75 Tasca, 22.2.15, nævnt, at Domstolen i Tasca-dommen klart ændrede Galli-dommen. Præmisserne er imidlertid bygget op, som om Tasca-dommens resultat er i overensstemmelse med Galli-dommen. Domstolens meget klare ændring af tidligere praksis i den anden Brasserie Haecht-dom i sag 48/72 vedrørende gyldigheden af visse konkurrenceretlige aftaler fremtræder heller ikke i præmisserne som en »overruling«.

sine første domme navnlig var optaget af at vise, at forbudet mod FtV skulle tages alvorligt, og at det kunne betyde endog en meget vidtrækkende beskyttelse af de frie varebevægelser mod handelshindrende foranstaltninger fra medlemsstaternes side. Det klareste udtryk for denne tendens er utvivlsomt »Dassonville-definitionen«, på grundlag af hvilken Domstolen kan finde enhver hindring af de frie varebevægelser traktatstridig. Men også de konkrete resultater i sagen om kaffevaremærket i Hagsagen (sag 192/73, 22.2.6) og i sagen om begrænsningen i produktionen af hyacintløg (sag 190/73, 22.2.8) viser Domstolens oprindelige klare vilje til at understrege forbudets betydning.

Domstolens praksis har måske i de senere domme i højere grad været præget af forsøg på at finde realistiske grænser for anvendelsen af forbudet. Dette gælder ikke mindst dens accept af formål uden for art. 36 som retfærdiggørelse for handelshindringer.⁵³

Men også Domstolens afgørelse i den belgiske tobaksprissag (sag 13/77 Inno, 22.2.27) indeholder interessante, omend ikke overbevisende, forsøg på at afgrænse forbudets anvendelsesområde. Der tænkes på Domstolens principielle accept af handelshindringer, der er en følge af udøvelsen af »medlemsstaternes residuale beføjelser«. Det fremgår ikke, hvilket indhold Domstolen vil give denne undtagelse. Den må først og fremmest tages som udtryk for Domstolens ønske om at vise, at der er reelle grænser for art. 30's anvendelsesområde.

Et måske mere konkret udtryk for, at Domstolen vil være villig til at acceptere handelshindringer som nødvendige konsekvenser af medlemsstaternes reguleringer, findes i den anden sag vedrørende de belgiske regler om bevis for ægtheden af Scotch whisky's oprindelsesbetegnelse (sag 2/78 Kommissionen mod Belgien, 22.2.37). Det var både Kommissionens og generaladvokat Reichls opfattelse, at det måtte følge af den første af dommene vedrørende de belgiske regler,⁵⁴ at Belgien måtte dømmes for traktatbrud, og alligevel frifandt Domstolen Belgien.

53. Se f.eks. sag 3, 4 og 6/76 Kramer vedrørende de hollandske fiskefangstbegrænsninger, 22.2.18, og sag 41/76 Donckerwolcke vedrørende de franske krav om angivelse af varers oprindelse af hensyn til gennemførelsen af lovlige handelspolitiske foranstaltninger, 22.2.20.

54. Sag 8/74 Dassonville, 22.2.7.

24.12 – Sammenfatning

Gennemgangen af Domstolens praksis har vist, at Domstolen endnu ikke endeligt har taget stilling til de vigtigste problemer i forbindelse med forbudets afgrænsning. Den har ønsket at kunne udvikle sin praksis i lyset af de erfaringer, de konkrete sager giver den.

Dette betyder ikke, at dens praksis er blottet for konsekvens. Det er tværtimod efter min mening ikke urimeligt at forsøge at forklare den hidtidige praksis som udtryk for nogle forholdsvis enkle ideer.

Enhver handelshindring *kan* være omfattet af forbudet. Enhver åbenlys og skjult diskriminerende handelshindrende foranstaltning *er* forbudt (medmindre der foreligger ganske særlige grunde til retfærdiggørelse af diskriminationen). Andre handelshindringer *er* forbudt, hvis de ikke er retfærdiggjort af et beskyttelsesværdigt nationalt formål.

Der må dog næres en vis skepsis over for dette forsøg på en så forenklet gengivelse af Domstolens praksis. Ikke alene maner de mange *forskellige* forsøg på sammenfatninger af Domstolens praksis unægteligt til forsigtighed. Men det må også erkendes, at der i dommenes præmisser kan findes støtte for opfattelser, der ikke er i overensstemmelse med den her forfægtede. Navnlig er det ikke klart, om den betydning, formålet her tillægges, er udtryk for Domstolens grundlæggende opfattelse.

Vigtigst er imidlertid, at de her fremhævede kriterier i sig selv er ubestemte og nødvendiggør stillingtagen til en række vanskelige spørgsmål.

Det må for det første understreges, at der ikke er taget stilling til, om *forbudets handelshindringsbegreb* alene omfatter specielle hindringer af den mellemstatslige samhandel i forhold til den interne handel. Endvidere er begrebet *skjult diskrimination* i sig selv overordentligt vanskeligt afgrænseligt. Og endelig og måske i praksis vigtigst kan der intet udledes af sammenfatningen med henblik på, *hvilke formål* Domstolen ud over de i art. 36 nævnte vil anerkende, *hvilken vægt* de vil blive tillagt, og *hvor store krav* til den konkrete retfærdiggørelse af handelshindringen Domstolen vil stille.

Disse spørgsmål vil blive drøftet og søgt besvaret i de to næste kapitler.

AFSNIT 4

STILLINGTAGEN TIL AFGRÆSNSNINGSPROBLEMERNE

KAP. 25 – ET NYT UDGANGSPUNKT FOR AFGRÆNSNINGEN AF BEGREBET FIV

25.1 – Opgaven og dens problemer

Opgaven er at fortolke bestemmelser, som tilsigter at fjerne foranstaltninger med *handelshindrende* virkninger, men som ikke omfatter alle foranstaltninger med sådanne virkninger. For det første eksisterer der en række handelshindringer, der enten ikke kan eller ikke skal fjernes.¹ Dernæst er det i traktaten forudsat, at en række handelshindringer skal fjernes gennem udstedelse af direktiver om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning,² og endelig findes der en række andre bestemmelser i traktaten, der forbyder handelshindringer. Afgrænsning over for traktatens andre handelshindringsforbud er foretaget i kap. 14.4. Det står herefter tilbage at afgrænse de efter art. 30 og art. 34 forbudte foranstaltninger fra de handelshindringer, der ikke kan eller skal fjernes, og fra de handelshindringer, der skal fjernes gennem harmonisering.

Den hidtidige gennemgang har vist, at det ikke er lykkedes EF-Domstolen eller teorien at finde frem til *et enkelt eller enkelte kriterier*, der kan anvendes til at afgrænse lovlige fra ulovlige handelshindrende nationale foranstaltninger.

Dette er for så vidt ikke overraskende, når det tages i betragtning, at forbudsbestemmelsernes *ordlyd* ikke giver nogen reel hjælp til fastlæggelse af deres anvendelsesområde, og at fortolkningen i øvrigt ikke kan støttes på *forarbejder*. Hertil kommer, at *traktatens øvrige samhandelsbestemmelser* ikke hviler på et enkelt og entydigt princip, der med rimelig sikkerhed kan bruges ved fortolkningen. Endvidere er bestemmelsernes *formål* set på baggrund af traktatens formål – afskaffelse af handels-

1. Se herom kap. 2 og kap. 11.1.2.

2. Se herom navnlig kap. 12.8.

hindringer som et middel til fremme af integrationen – i sig selv for ubestemt til at kunne anvendes ved den konkrete fastlæggelse af bestemmelsesområdernes anvendelsesområde. Formålet kan kun siges at angive en tendens, der kan danne udgangspunkt for fortolkningen. Og endelig vil afgrænsningen af bestemmelser, hvis anvendelsesområde alene er angivet gennem en henvisning til de pågældende foranstaltningers *virksomheder*, altid give særlige vanskeligheder.

Men den egentlige forklaring på, at de hidtidige afgrænsningsforsøg er slået fejl, kan være, at man har stillet sig en opgave, der ikke kan løses. Det er muligt, at man ikke kan finde et enkelt eller enkelte kriterier, ud fra hvilke man i alle tilfælde kan løse afgrænsningsproblemerne. Det er muligt, at man ikke vil opnå en virkelig forståelse af bestemmelserne, før man ændrer opfattelse af deres karakter og dermed af fortolkningens opgave.

25.2 – Forbudsbestemmelsernes ubestemthed

Lovgivers hjælp til domstolene kan være større eller mindre. Domstolene kan få præcise regler at arbejde med, der kun undtagelsesvis giver retsanvendelsesproblemer, men de kan også forsynes med upræcise regler, der giver dem betydelige vanskeligheder.

Eksistensen af upræcise retsregler skyldes ikke altid manglende lovgiverevne, men kan have sin baggrund i lovgivers ønske om at overlade til retsanvendelsen den nærmere afgrænsning af reglerne, både fordi deres praktiske konsekvenser kan være vanskeligt overskuelige, og fordi det kan være hensigtsmæssigt at gøre det muligt for retsanvendelsen at tilpasse reglerne til skiftende samfundsforhold.

Mange af EF-traktaternes regler er af disse grunde gjort ubestemte, et faktum som Kutscher³ nævner som hørende »til teknikken i traktater, der skal gælde langt ud i fremtiden og er udarbejdet med udvikling for øje«, og som skal »sikre Fællesskabets organer en vis bevægelsesfrihed«.

Ingen vil bestride, at forbudet mod FtV har et ubestemt indhold. Kutscher har anført art. 30 som typeeksempel på en ubestemt regel, og dommer Mackenzie Stuart har sagt, at den er udtrykt i »ord af absolut generalitet«.⁴

3. Rapporten fra mødet ved EF-Domstolen i september 1976, s. I 9, se omtalen af rapporten i kap. 13 (note 4).

4. Se den i foregående note omtalte rapport s. I 9 (Kutscher) og *The European Communities and the Rule of Law* s. 31 (Mackenzie Stuart).

Teorien⁵ og muligvis også EF-Domstolen har set det som opgaven gennem præciserende fortolkninger at fjerne denne ubestemthed. Man kan da heller ikke principielt udelukke, at traktatens ophavsmænd har tilsigtet, at forbudets anvendelsesområde i lyset af erfaringerne fra praksis på denne måde skulle præciseres (selv om man herved til en vis grad vanskeliggør forbudets tilpasning til skiftende forhold). Men det er dog et spørgsmål, om en sådan præcisering er i overensstemmelse med forbudets egentlige karakter. Det er muligt, at bestemmelserne henviser domstolene til i hvert enkelt tilfælde at foretage en skønnende helhedsvurdering af samtlige relevante omstændigheder og herved afveje eventuelle modstridende hensyn over for hinanden.

Dette sidste ville betyde, at bestemmelserne efter den af Eckhoff og Sundbye foreslåede terminologi var *afvejningsnormer*,⁶ d.v.s. regler, der »gir en anvisning på at spørgsmålet må løses i overensstemmelse med utfallet av en afveiningsproces«. De to forfattere taler om afvejning i alle tilfælde, hvor afgørelser træffes på grundlag af *retningslinjer*. Retningslinjer stilles op som modsætning til *retsregler*. Disse sidste angiver løsningen på den foreliggende sag, når man først har bragt tvivlsspørgsmål om deres anvendelsesområde og indhold på det rene. Retningslinjer derimod angiver ikke spørgsmålets løsning, men henviser til »et relevant argument som vanligvis peger i en vis *retning*«. Der vil i den typiske afvejningssituation indgå flere retningslinjer. Deres formål er at vise, *hvilke faktorer* der er relevant for afvejningen, *i hvilken retning* den pågældende faktor peger, og med *hvilken vægt* faktoren skal indgå i afvejningsprocessen. Forfatterne påpeger, at en afvejningsnorm kan være affattet på forskellige måder. Typisk er det, at et eller flere centrale udtryk direkte eller indirekte angiver, at afvejn timer er nødvendige. Disse udtryk kaldes afvejningsmarkører. De kan være »åbne«, d.v.s. udtrykkeligt vise, at afvejning er nødvendig, men de kan også være »skjulte«, d.v.s. at nødvendigheden af afvejningen først fremgår gennem fortolkning af reglen. Skoleeksemplet på en sådan afvejningsnorm med skjult afvejningsmarkør er i norsk ret den norske grundlovs § 97, hvor udtrykket »tilbagevirkende kraft« fortolkes således, at »grunnlovsmessigheten beror på en omfattende afveining av ulike hensyn«.⁷

5. En undtagelse er Veelken, der som omtalt i kap. 23 har givet udtryk for, hvad han kalder »die offene Konzeption«.

6. Se *Retssystemer* kap. 7, navnlig s. 132 ff.

7. Man må ikke betragte sondringen som skarp. Dette gør Eckhoff og Sundbye heller ikke. Der er glidende overgange mellem regler, der kan betegnes som afvejningsnormer, og dem, der ikke kan. Afvejn timer af større eller mindre vanskelighed og af for-

De praktiske konsekvenser af at opgive forsøget på at finde faste kriterier for fortolkningen og at acceptere bestemmelserne som afvejningsregler er indlysende. Sagens løsning er ikke givet, så snart sagens faktiske omstændigheder er fastlagte og reglens indhold præciseret. Domstolene tvinges til en skønnende virksomhed. De må tage hensyn til og i givet fald afveje over for hinanden alle de faktorer, som er relevante for sagens afgørelse.

25.3 – Traktatens system som udgangspunkt for fortolkningen

Man ser formentlig først forbudet mod FtV i det rette perspektiv, når det ses på baggrund af forholdet mellem medlemsstaternes retsfastsættende kompetence og EF-institutionernes kompetence.

Det er fortsat *medlemsstaterne, der har den almindelige retsfastsættende kompetence*. De kan regulere alle samfundslivets områder, i det omfang reguleringen ikke strider mod deres EF-retlige forpligtelse. De EF-retlige begrænsninger kan skyldes, at traktaterne har tillagt EF en eksklusiv kompetence, eller at institutionerne i medfør af en af traktatens kompetencebestemmelser selv har udstedt regler. Begrænsningerne kan også skyldes EF-regler, der forbyder nationale regler af et nærmere bestemt indhold eller med nærmere bestemte virkninger. Forbudet mod FtV indeholder begrænsninger af sidstnævnte type. Det gælder principielt *enhver slags nationale reguleringer*.⁸ Det gælder også for reguleringer på områder, hvor traktaten har forudsat, at reguleringerne fortsat skal ske på nationalt plan. Kompetencefordelingen mellem nationale myndigheder og EF-institutionerne forudsætter, at de førstnævnte fortsat må have effektive midler til at opfylde deres opgaver. Medlemsstaterne har ved vedtagelsen af traktaten vist, at de ønskede visse formål fremmet, heriblandt nedbrydning af handelsskranker, men kan ikke antages hermed at have villet berøve sig midlerne til at realisere andre formål.

Man må derfor give forbudet et sådant indhold, at det »i videst muligt

skellig karakter indgår i fortolkning og anvendelse af mange retsregler. Der er specielt intet i vejen for, at en og samme regel kan indeholde præcise løsninger af visse situationer og overlade løsningen af andre til en afvejningsproces. Stuer Lauridsen, *Retslæren* s. 360, har gjort opmærksom på, at Eckhoffs og Sundbyes sondring svarer til sondringen præcise og vage (elastiske) retsregler. Afgørende er, at disse sondringer peger på, at forskellige typer retsregler stiller domstolene over for forskellige typer opgaver.

8. Se kap. 24.7 og kap. 26.6.

omfang« kan fremme de frie varebevægelser, uden »på urimelig måde« at begrænse medlemsstaternes reguleringskompetence.

Men den videst mulige anvendelse af forbudet tager ikke tilstrækkeligt hensyn til nødvendigheden af denne afvejning mellem fællesskabets interesse i friest mulige varebevægelser og medlemsstaternes interesse i at have effektive reguleringsmidler. Medlemsstaternes reguleringskompetence vil blive begrænset i for høj grad, hvis enhver regulering, der har direkte eller indirekte, aktuelle eller potentielle samhandelshindrende virkninger, er omfattet af forbudet. Det er tidligere påvist, hvordan mange nationale reguleringer af den mest nødvendige art i hvert fald har indirekte og potentielle samhandelshindrende virkninger. Anti-inflatoriske foranstaltninger, hvis formål er at begrænse det indenlandske forbrug, vil typisk begrænse importen. Forbrugerbeskyttende regler besværliggør normalt afsætningen af varer, herunder også af importerede varer. Miljøbeskyttelse stiller ofte byrdefulde krav til indenlandske producenter, der i hvert fald potentielt begrænser deres konkurrencesituation i forhold til udenlandske producenter og dermed deres mulighed for eksport osv. Traktatens udtrykkelige undtagelser fra forbudet mod FtV kan ikke bruges til at »lovliggøre« alle nationale handelshindrende foranstaltninger. Man må nødvendigvis gå ud fra, at mange af dem ikke er omfattede af forbudet og derfor ikke har behov for at blive lovliggjort. Der er i virkeligheden heller ingen i teorien, der bestrider dette, og Domstolens praksis kan som nævnt i kap. 24 heller ikke tages til indtægt for en meget vid fortolkning af forbudet. *Udgangspunktet for fortolkningen kan umuligt være og er ikke, at enhver handelshindrende foranstaltning er i strid med traktaten.*⁹

Den handelshindrende virkning er en nødvendig, ikke en tilstrækkelig betingelse. Det er på denne baggrund, man må forstå »Dassonville-definitionen«. Domstolen har hermed villet udtrykke, at det *ikke på forhånd er udelukket*, at enhver national foranstaltning *kan være* omfattet af forbudet, når den indirekte eller direkte, potentielt eller aktuelt har handelshindrende virkninger.¹⁰

9. Dette bekræftes da også af eksistensen af Rådets harmoniseringskompetence efter art. 100. Traktaten går ud fra, at der er en lang række handelshindringer, der skal fjernes gennem harmonisering af nationale regler, og der er intet, der tyder på, at harmoniseringskompetencens område alene skulle være begrænset til sådanne handelshindringer, der er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i art. 36, se herom kap. 12.8.

10. »Dassonville-definitionen« må i øvrigt også ses som et udslag af EF-Domstolens tilbøjelighed til at indlede sine afgørelser med præmisser af stor generalitet. Som fremhævet

25.4 – Interesseafvejning som udgangspunkt for fortolkningen

Det må på denne baggrund være en nærliggende antagelse, at forbudets anvendelse forudsætter stillingtagen til, om der ikke til grund for den nationale handelshindrende foranstaltning ligger et beskyttelsesværdigt formål, og om dette formål ikke retfærdiggør de handelshindrende virkninger.

Domstolen må undersøge:

- om foranstaltningen er *handelshindrende*,
- om dens formål er *beskyttelsesværdigt*, og
- om *staternes interesse i at realisere det beskyttelsesværdige formål må veje tungere end EFs interesse i at sikre de frie varebevægelser*.

Det væsentligste i afgrænsningen af forbudet bliver en interesseafvejning. *EFs interesse i frie varebevægelser må afvejes over for de nationale interesser, der ligger til grund for de pågældende foranstaltninger*.

En mulig indvending mod et sådant resultat kunne være EF-Domstolens vanskeligheder ved at acceptere, at anvendelsen af forbudet mod FtV forudsætter interesseafvejninger. Det her hævdede resultat vil måske i for høj grad vise og understrege Domstolens betydelige frie retsskabende rolle inden for dette politisk ømtålelige område. En accept af resultatet kan måske også vanskeliggøres af, at det ikke i selve bestemmelserne er angivet, at Domstolen skal påtage sig opgaven med at forlige modstridende interesser. Dette kan føles særlig uheldigt på et område, hvor de politisk ansvarlige organer kun gennem vanskeligt opnåelige traktatændringer og ikke gennem den normale lovgivningsprocedure kan korrigere en efter deres opfattelse forkert praksis, og hvor retningslinjerne for domstolens praksis i bedste fald kun kan hentes gennem ubestemte slutninger fra traktatens formål og system.

Man kunne måske også hævde, at det vil være særligt vanskeligt for en domstol, hvis medlemmer for 2/3's vedkommende kommer fra kontinentaleuropæiske lande, at acceptere interesseafvejningsprincippet. Det er muligt, at der i disse lande er en tradition, der i højere grad end i de angelsaksiske lande og i de skandinaviske lande lægger vægt på, at domstole-

af Brown og Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities* s. 232, skal sådanne præmisser ikke tages efter deres pålydende. De er så generelle, at de let bliver meningsløse. De er alene udgangspunkt for Domstolens senere udredninger og præciseringer. Dommenes præmisser er som følge af den franske tradition abstrakte og syllogistiske i en grad, som kan overraske danske jurister.

nes resultater fremtræder som logiske følgeslutninger af i forvejen givne regler.¹¹

Der kan imidlertid heroverfor henvises til, at det i dag i ingen af medlemsstaterne bestrides, at dommerne har retsskabende funktioner, og at det i samtlige medlemsstater er accepteret, at mange regler alene er udgangspunkt for, og danner rammerne om, en af domstolene foretaget interesseafvejning.¹²

Og man kan også tillade sig at tvivle på, at kontinentaleuropæiske dommere skulle være særligt utilbøjelige til at vedgå deres retsskabende rolle. Den tyske Reichsgericht accepterede allerede i 1889 at være interesseafvejer i en patentsag, som blev afgjort, ikke ud fra logisk-systematiske synspunkter, men ved afvejning af de interesser, som var relevante i den pågældende type sager, specielt almenhedens interesser over for de enkelte patenthaveres.¹³ Interesseafvejningsprincippet accepteres også som et nødvendigt led i den judicielle proces af den tyske forfatningsdomstol, som EF-Domstolens præsident Hans Kutscher har været medlem af.

Man må dog ikke være blind for, at de nævnte indvendinger vil kunne have betydning i forbindelse med antagelsen af det her hævdede udgangspunkt for forbudets afgrænsning.

Dette illustreres af Domstolens praksis vedrørende enerettigheder.¹⁴ Der er inden for dette område en klar og af traktaten anerkendt konflikt mellem hensynet til de frie varebevægelser og hensynet til den berettigedes interesse i beskyttelse af eneretten. Men Domstolen behandler tilsyneladende ikke problemet som en konflikt mellem indbyrdes modstridende interesser. Den løser det ud fra en definition af, hvad der er ene-

11. David, *Major Legal Systems of the World To-day* s. 115, nævner i sin gennemgang af den romersk-germanske retsfamilie dommernes tilbøjelighed til at skjule deres retsskabende rolle.

12. Det er nok værd i forbindelse med denne afhandling at huske, at opgøret med begrebsjurisprudensen – eller rettere med misbruget af denne metode – har været kraftigst i Tyskland, at det ikke mindst var i dette land, at formålets betydning er blevet understreget, og at nogle af interessejurisprudensens og friretsskolens fremmeste talsmænd er tyskere. Man mener endog at kunne konstatere, at interessejurisprudensen i dag er dominerende i Tyskland (Krawietz, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* s. 4). Tilsvarende udvikling er foregået i de andre kontinentaleuropæiske lande. (Se herom Dalberg-Larsen, *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab* s. 326, og *The legal systems of the World*, Davids bidrag »The Different Conceptions of the Law« I 55 og I 68).

13. Se Dalberg-Larsen, *anf.st.* s. 327.

14. Se om denne praksis bl.a. kap. 24.2.2.

rettens »særlige genstand«. Den kan kun acceptere handelshindringer som følge af enerettigheder, hvis den påberåbte rettighed er omfattet af enerettens særlige genstand. Denne fastlæggelse af enerettens særlige genstand skjuler imidlertid den interesseafvejning, Domstolen har foretaget. Der er visse rettigheder knyttet til eneretten, der er så beskyttelsesværdige, at de kan accepteres på trods af deres handelshindrende virkninger, og der er visse, der ikke er det. Og ved at benytte et begreb, enerettens »særlige genstand«, skjuler Domstolen valget foretaget på grundlag af afvejningen og skjuler dermed sin retsskabende virksomhed. Den objektiviserer det resultat, den er nået frem til.

Dette er i overensstemmelse med den almindelige tendens i forbindelse med Domstolens udformning af domspræmisserne. Domstolen giver sjældent udtryk for de reale overvejelser, der ligger til grund for afgørelserne.¹⁵ Man kan formentlig se brugen af »Dassonville-definitionen« som udtryk for denne tendens. Er det først fastslået, at enhver handelshindring er omfattet af forbudet mod FtV, er det ikke vanskeligt at overbevise om ulovligheden af den foranstaltning, der er af betydning i den konkrete sag.

Men denne tendens er dog ikke eneherkende. Man finder eksempler på, at Domstolen også formelt viser, at den løser spørgsmålene på grundlag af interesseafvejninger. Et eksempel findes endda i en af de sidst afsagte domme inden for eneretsområdet. Det drejer sig om dommen vedrørende varemærkerne Terrapin/Terranova, sag 119/75, 22.2.17, hvor Domstolen fastslog, at man måtte *»forlige«* hensynet til de frie varebevægelser og kravet om respekt af de industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder.

Endnu tydeligere viser interesseafvejningen sig i den tyske sag om mindstealkoholindhold for visse spiritusvarer, sag 120/78 Rewe, 22.2.35. Handelshindringer kan accepteres i det omfang, de er nødvendige for at realisere bydende nationale hensyn.

En del af Domstolens praksis kan heller ikke forklares, hvis resultatet ikke ses som udtryk for interesseafvejningsprincippet. Dette gælder

15. Der henvises til note 10, hvor dommenes abstrakte og syllogistiske karakter omtales. Det er givet, at præmissernes opbygning har spillet en rolle. Præmisserne har indtil for ganske nylig været affattet i den såkaldte »attendu«-form, hvis postulerende karakter vanskeliggør en mere almindelig drøftelse af argumenter for og imod resultatet. Man kan måske allerede spore, at opgivelsen af »attendu«-formen kan føre til, at Domstolen i højere grad end tidligere går ind i en »diskussion« af sagens problemer.

f.eks. afgørelserne i sag 3, 4 og 6/75 Kramer, 22.2.18, og sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20. I Kramer-sagen kunne de handelshindrende fangstbegrænsninger accepteres, fordi deres formål var beskyttelsesværdige og var vigtigere end beskyttelsen af de frie varebevægelser. De franske handelshindrende foranstaltninger i Donckerwolcke-sagen kunne accepteres, fordi de var nødvendige, for at det formål, der lå bag de lovlige handelspolitiske foranstaltninger, kunne realiseres.

Domstolens anvendelse af art. 36 viser også, at den ikke viger tilbage for interesseafvejninger. De i art. 36 nævnte hensyn kan føre til accept af handelshindringer. Men ikke under alle omstændigheder. Hensynet skal kunne *retfærdiggøre* handelshindringen. Og når det vurderes, om en sådan retfærdiggørelse foreligger, foretager Domstolen en afvejning af det indgreb i de frie varebevægelser, der er tale om, navnlig indgrebets mærkbarhed, over for formålet bag den pågældende nationale foranstaltning.

Hertil kommer – som yderligere selvstændige argumenter for interesseafvejningsprincippet – at alene dette giver et rimeligt grundlag for at forklare betydningen af en række af de faktorer, der nødvendigvis må spille en rolle ved anvendelsen af forbudet. Princippet gør det muligt at forklare det i sig selv indlysende faktum, at der må lægges stor vægt på mærkbarheden af foranstaltningens handelshindrende virkning. En foranstaltning med indgribende virkninger for samhandelen vil det være vanskeligere at få anerkendt som en lovlig foranstaltning end en foranstaltning, hvis handelshindrende virkninger er ubetydelige. Denne omstændighed er der kun i begrænset omfang taget hensyn til i hidtidige teoretiske undersøgelser og i Domstolens praksis. Interesseafvejningsprincippet kan også forklare, hvorfor der må lægges betydelig vægt på den diskriminerende virkning af foranstaltningen. Der vil nemlig være mindre grund til at tro på det påberåbte nationale hensyns reelle beskyttelsesværdighed, når det fører til, at udenlandske produkter stilles ringere end nationale, og der vil i disse situationer være større grund til at lægge vægt på hensynet til de frie varebevægelser, fordi sådanne foranstaltninger er langt farligere for de frie varebevægelser end ikke-diskriminerende forholdsregler. Interesseafvejningsprincippet giver også forklaringen på, hvorfor diskriminationsbegrebet er for snævert til at afgrænse forbudets anvendelsesområde. Det giver nemlig den begrebsmæssige baggrund for, at ikke-diskriminerende nationale foranstaltninger

ger med alvorlige handelshindrende virkninger, men med ringe real begrundelse, er i strid med forbudet.

Det må herefter antages, at interesseafvejning kan og må være udgangspunktet for anvendelsen af forbudet mod FtV. Der er intet begrebsmæssigt til hinder for, at Domstolen påtager sig en sådan opgave. Tværtimod er interesseafvejningen et udgangspunkt, der gør det muligt at anvende forbudet i overensstemmelse med kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og EF-institutionerne. EF-Domstolens praksis udelukker ikke en accept af princippet, og der er endog antydninger af, at Domstolen allerede har lagt det til grund. Hertil kommer, at der ikke synes at være andre afgrænsningsforsøg, der på tilfredsstillende måde kan forklare betydningen af de mange faktorer, der nødvendigvis må indgå i Domstolens anvendelse af forbudet. Og endelig er det dette resultat, den amerikanske højesteret er nået frem til efter snart 200 års forsøg på løsning af tilsvarende spørgsmål.

Men samtidig må det understreges, at en accept af interesseafvejningsprincippet kun danner udgangspunkt for løsningen af problemerne. Det skaber alene rammen for de overvejelser, der bliver afgørende for løsningen af den enkelte sag.

Teoriens opgave bliver at identificere de faktorer, der indgår eller bør indgå i dommernes overvejelser, når de skal tage stilling til anvendelsen af forbudet. Man må se på, *hvad der er afgørende for, om et formål accepteres som beskyttelsesværdigt*. Man må undersøge, *hvilken relativ vægt de forskellige formål har*, og man må overveje, *om der kan påpeges andre faktorer, der generelt eller i specielle tilfælde kan indgå i afvejningsprocessen eller måske endda overflødiggøre denne*.

Det er muligt på grundlag af både Domstolens praksis og teoriens overvejelser at finde frem til en række faktorer af betydning for anvendelsen af forbudet mod FtV – faktorer, der gør, at interesseafvejningen langtfra bliver en rent subjektiv proces. De faktorer, hvortil henvises, er ikke overraskende bl.a. *de kriterier, teorien har forsøgt at opstille som eneføgende for afgrænsningen af forbudet*.

Disse faktorer vil blive undersøgt i kap. 26.

25.5 – Begrebsmæssige problemer med baggrund i art. 36

Man kan indvende mod den her hævdede opfattelse, at den strider mod art. 36s eksistens som undtagelsesbestemmelse.

Problemet er ikke, at art. 36 kan anføres som argument mod overhovedet at tage hensyn til andre formål end de i artiklen nævnte som retfærdiggørelse for handelshindringer. Det er allerede både på grundlag af Domstolens praksis og ud fra reale betragtninger godtgjort, at art. 36 under alle omstændigheder er for snæver, hvis forbudet principielt rammer enhver også ikke-diskriminerende handelshindring. Problemet er et andet og mere formelt. Interesseeafvejningsprincippet bruges i denne afhandling til at *afgrænse forbudets anvendelsesområde*. Hvis en interesseeafvejning fører til, at den handelshindrende virkning af en national regel må accepteres under hensyn til dens formål, så er den nationale regel slet ikke omfattet af forbudet. Dette kan hævdes at være ulogisk i betragtning af, at art. 36, der er en undtagelsesregel, også er udtryk for en interesseeafvejning, og endda indeholder en opregning af de vigtigste af de nationale formål, der kan indgå i en interesseeafvejning. Man kan gøre gældende, at dette må føre til en accept af, at enhver handelshindring er omfattet af forbudet, og at *interesseeafvejningsprincippet alene skal bruges til fastlæggelse af et videre undtagelsesområde end det, der følger af art. 36*.

Det har ganske vist ikke nogen større praktisk betydning, om man vælger at betragte interesseeafvejningen som afgørende for, om en national handelshindrende foranstaltning overhovedet er omfattet af forbudet, eller som afgørende for, om foranstaltninger, som principielt er omfattet af forbudet, alligevel kan undtages fra forbudet. Men den konstruktion, der vælges, har en vis psykologisk betydning. Det må anses for mindre naturligt at betragte en national foranstaltning som *principielt omfattet af et EF-forbud*, blot fordi den har en eller anden direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel handelshindrende virkning. Hertil kommer, at det kan give teoretiske vanskeligheder at forklare, med hvilken hjemmel Domstolen i givet fald skulle acceptere nationale foranstaltninger, som den principielt anså som omfattet af forbudet mod FtV, og som den ikke kunne henføre under art. 36. Der kunne naturligvis indfortolkes en stiltiende undtagelse fra forbudet i de situationer, hvor det hensyn, der legitimerer den nationale foranstaltnings handelshindrende virkninger, ikke er omfattet af art. 36s opregning. Man kunne måske bruge art. 36s analogi. Men dels ville det være i strid med Domstolens hidtidige praksis at indfortolke undtagelser i traktaten, og dels har Domstolen utallige gange, også i forbindelse med art. 36, udtalt, at traktatens undtagelsesbestemmelser skal fortolkes restriktivt. Man støder altså, hvad enten man vælger den ene eller den anden konstruktion, på teoretiske vanskeligheder. Man må anerkende, at forholdet mellem art. 36 på den ene side og art. 30 og art. 34 på den anden side, aldrig kan blive logisk.

Det må på denne baggrund være tilladeligt at benytte *interesseeafvejningsprincippet til at afgrænse forbudets anvendelsesområde* og ikke blot som grundlag for yderligere undtagelser fra et altomfattende handelshindringsforbud. Dette resultat vil også give et mere realistisk grundlag for placeringen af bevisbyrden, se afsnit 25.6.2.

25.6 – De processuelle rammer for forbudets anvendelse

De processuelle rammer for afgørelsen af spørgsmål om anvendelsen af forbudet mod FtV giver særlige problemer. Disse har været omtalt i kap. 16 i forbindelse med drøftelsen af omfanget af privates påtaleret for nationale domstole. Forskellige yderligere aspekter af disse problemer vil blive omtalt i det følgende.

25.6.1 – Betydningen af den nationale dommer som håndhæver af forbudet. EF-Domstolen må ved fortolkningen af forbudet mod FtV tage hensyn til, at en væsentlig del af ansvaret for anvendelsen af forbudet påhviler nationale dommere. Det må antages også i fremtiden at blive den normale ordning, at forbudet vil blive søgt håndhævet gennem privates søgsmål mod nationale myndigheder ved nationale domstole. Selv om EF-Domstolen til en vis grad kan styre retsanvendelsen gennem de præjudicielle søgsmål og dermed sikre retsenheden, må det dog fortsat tages i betragtning, at den endelige afgørelse ligger hos den nationale dommer, og at det er denne, der afgør, om de relevante faktiske omstændigheder foreligger eller ikke foreligger, og hvordan de nationale regler af relevans for sagen skal fortolkes.

Det er vigtigt, at EF-Domstolen medinddrager hensynet til nationale dommere i sine overvejelser, når den afgør fællesskabsretlige spørgsmål. Det kan ikke forventes, at nationale dommere har samme forståelse som medlemmerne af EF-Domstolen for EF-reglernes betydning for den langsigtede integrationsproces. Domstolen må bestræbe sig på at forklare sine afgørelser på overbevisende måde og at vælge løsninger, der kan forstås og accepteres af nationale dommere. Det afgørende i dette synspunkt er ikke så meget den nationale dommers afgørelse af den enkelte sag. En forkert national afgørelse i en vigtig sag kan, om galt skulle være, redresseres gennem et traktatbrudssøgsmål. Det afgørende er derimod, at det er farligt for fællesskabssystemets funktion på langt sigt, hvis der stilles for store krav til de nationale dommers fællesskabsloyalitet. De nationale dommere har en central betydning for systemets rette funktion, og *hvis der rækkes ved deres loyalitet mod systemet, rækkes der ved systemets fundament.*

Disse overvejelser har under normale omstændigheder ikke større betydning. Normalt vil EF-Domstolen ikke, og bør heller ikke, tage særligt hensyn til de nationale dommers manglende forståelse for baggrunden for de nye regler, der er blevet del af den ret, dommerne har

pligt til at anvende. Noget sådant ville betyde en unødvendig begrænsning af fællesskabsrettens funktion. Mange af EF-reglernes formål og virkning er at begrænse nationale kompetencer. De kan set fra et snævert nationalt synspunkt være ubehagelige, og de vil forekomme nationale dommere nye og overraskende. Nationale dommere har normalt ikke erfaringer med tilsvarende regler at kunne holde sig til. Men sådanne problemer kan EF-Domstolen som regel uden større vanskeligheder komme ud over. Det vil ikke være vanskeligt på overbevisende måde at begrunde, hvorfor EF-retten nødvendigvis må føre til disse begrænsninger i national kompetence.

Hensyntagen til nationale dommers fællesskabsloyalitet kan derimod være på sin plads i særlige situationer. Dette vil ikke mindst gælde,

- hvor de relevante EF-regler er ganske ubestemte, d.v.s. at EF-Domstolen ikke kan støtte sine afgørelser på præcise regler, vedtaget af ansvarlige politiske organer, og

- hvor fællesskabsinteresser brydes med så vigtige nationale interesser, at det kan være vanskeligt at overbevise de nationale dommere om, at de hensyn, der ligger bag fællesskabsreglerne, skal veje tungere end de hensyn, der ligger bag de nationale regler.

Disse forudsætninger er opfyldt i forbindelse med forbudet mod FtV og må derfor kunne anføres som argument mod en vidtgående anvendelse af forbudet. En vidtgående anvendelse ville formentlig stille større krav til nationale dommers fællesskabsloyalitet, end denne ville kunne bære. De ville ikke kunne se, at de ubestemte forbudsbestemmelser nødvendiggør vidtgående begrænsninger i national kompetence, og det vil være vanskeligt at overbevise dem om rimeligheden af at tillægge hensynet til de frie varebevægelser meget større vægt end de hensyn, der ligger bag reguleringer, som nationale myndigheder har fundet nødvendige.

Disse synspunkter kan ikke blot afvises som skrivebordsjura. EF-Domstolen kan ikke være sikker på at kunne overtale nationale domstole til at rette sig efter dens afgørelser under alle omstændigheder. Der findes allerede eksempler på, at det ikke altid lykkes den. Det sidste eksempel findes i en dom af 22.12.1978 fra den franske Conseil d'Etat.¹⁷

17. Dommen findes bl.a. gengivet i *EuR* 1979 s. 292.

Man må for at forstå problemstillingen vide, at EF-Domstolen i en række domme udtrykkeligt har fastslået, at direktivbestemmelser under visse betingelser kan påberåbes direkte for nationale domstole af borgerne i sager mod medlemsstaterne. Den havde også fastslået det om art. 7 i direktiv 64/221, der forpligter myndighederne til at begrunde afgørelser om udvisning m.v. af EF-statsborgere.¹⁸ Den tidligere studenterpolitiker Cohn-Bendit påstod, at de franske myndigheder havde krænket begrundelsespligten i en afgørelse, der var rettet til ham. Det franske Conseil d'Etat nægtede at følge EF-Domstolens praksis på dette område. Den henviste til definitionen af direktiver i traktatens art. 189 og udtalte, at det af definitionen måtte følge, at direktiver ikke af private kunne påberåbes for nationale domstole i en sag som den foreliggende.

Der er også blandt EF-Domstolens medlemmer forståelse for nødvendigheden af at tage hensyn til retsopfattelsen hos dem, der skal anvende deres afgørelser. Kutscher fremhævede i sine afsluttende bemærkninger under det tidligere omtalte møde ved Domstolen med repræsentanter for nationale domstole og universiteter, at »de øverste retsinstansers praksis kan, når alt kommer til alt, kun udfolde sine virkninger, hvis den »antages« af de berørte i henhold til en vidtgående konsensus. Dette gælder særlig for forfatningsdomstole, hvis domme ikke i egentlig forstand kan fuldbyrdes«.¹⁹

25.6.2 – Bevisproblemer. EF-Domstolen kan som nævnt i præjudicielle sager ikke selv afgøre de bevisspørgsmål, der måtte være af betydning i den enkelte sag. Dette udelukker den imidlertid ikke fra indirekte at tage hensyn til bevisspørgsmål. Dette kan den gøre gennem en fortolkning af de nationale regler, der begrænser nødvendigheden af at afgøre indviklede bevisspørgsmål. Et godt eksempel herpå er utvivlsomt udformningen af »Dassonville-definitionen«. Domstolen formindsker i høj grad bevisvanskelighederne ved at udstrække forbudet mod FtV til også at omfatte foranstaltninger, der blot *indirekte og potentielt er egnede* til at hindre samhandelen.

EF-Domstolen kan i præjudicielle sager direkte tage stilling til *bevisbyrdespørgsmål*. Man kan givet ikke gøre gældende, at bevisbyrdespørgsmålet må behandles som »andre processuelle« spørgsmål, der som udgangspunkt skal afgøres efter nationale regler. Bevisbyrderegler, og i

18. Se sag 36/75 Rutili.

19. Se den i kap. 13 (note 4) nævnte beretning, s. I 46. Oversættelsen er foretaget af Domstolens oversættere.

denne forbindelse er deres kvalificering som materielle eller processuelle uden betydning, har så stor betydning for de konkrete sagers udfald, at det er nødvendigt, for at sikre en rimelig enhed i retsanvendelsen, at de medinddrages som integrerende led i EF-Domstolens fortolkningsopgaver.

Bevisbyrdespørgsmålet må ikke mindst i forbindelse med forbudet mod FtV tillægges stor vægt. Det er typisk for forbudet, at dets anvendelse eller ikke-anvendelse kan være afhængig af afgørelsen af komplicerede spørgsmål af faktisk karakter, hvor bevisbyrden har afgørende betydning. Det vil hyppigt i disse tilfælde være udelukket for den, der skal bevise eksistensen af indviklede økonomiske, sociale eller andre sammenhænge, at løfte sin bevisbyrde.

Domstolen har da også medinddraget bevisbyrdespørgsmålet i præmisserne i præjudicielle sager. Det er f.eks. sket i dommen i den hollandske medicinallovgivningssag, sag 104/75 de Peijper, 22.2. 16, hvor de hollandske myndigheder pålagdes bevisbyrden for, at de formål af sundhedsbeskyttelsesmæssig art, der lå bag lovgivningen, ikke kunne opnås på en anden og for den mellemstatslige handel mindre hindrende måde end sket ved de eksisterende regler.²⁰

Domstolen tager dog i de fleste sager ikke udtrykkeligt stilling til bevisbyrdefordelingen. Dette er overflødigt i hovedparten af sagerne, fordi der efter Domstolens svar ikke vil foreligge bevisbyrdeproblemer. I de resterende sager går Domstolen formentlig ud fra, at bevisbyrdefordelingen er så indlysende, at der ikke er grund til udtrykkeligt at nævne spørgsmålet. Man må således gå ud fra, at det i den italienske maksimalprissag (sag 65/75 Tasca, 22.2.15) vil være den, der gør reglernes ulovlighed gældende, som skal bevise, at priserne gør import vanskeligere end intern omsætning, og man kan måske gå ud fra, at Domstolen i den tyske sag om sundhedskontrol af importerede æbler (sag 4/75 Rewe, 22.2.13) har lagt til grund, at de tyske myndigheder skulle bevise, at reglerne var begrundede i en konkret sundhedsfare fra de importerede æblers side.

20. Man kan formentlig på samme måde opfatte dommen i den anden af de belgiske sager om whisky-oprindelsesbetegnelsens ægthed (sag 2/78 Kommissionen mod Belgien, 22.2.37) som udtryk for, at myndighederne har bevisbyrden for, at de pågældende foranstaltninger er »strengt nødvendige«. Bevisbyrdeproblemet er også klart løst i sagen om ompakning af de varemærkebeskyttede varer (sag 102/77 Hoffmann-La Roche, 22.2.30).

KAP. 26 – RETNINGSLINIER FOR AFGRÆNSNINGEN AF FORBUDET MOD FTV

26.1 – De forskellige relevante faktorer

Formålet med kap. 25 var at påvise, at man må opgive at finde et enkelt eller enkelte kriterier til fastlæggelse af anvendelsesområdet for forbudet mod FtV, og at fortolkningens udgangspunkt må være et interesseafvejningsprincip. Formålet med kap. 26 er at identificere og drøfte en række faktorer, der kan være af betydning for forbudets anvendelse. Det kan være faktorer, der helt ophæver nødvendigheden af interesseafvejningen, eller det kan være faktorer, der hjælper ved interesseafvejningen. I de første tilfælde kan man sige, at det drejer sig om kriterier, der indsnævrer området, inden for hvilket interesseafvejningen er nødvendig.

De omtalte faktorer har som nævnt deres baggrund i teoriens fortolkningsforsøg eller har vist deres betydning i Domstolens praksis. Hertil kommer enkelte faktorer, som mit kendskab til konkrete sager, der har været behandlet på administrativt plan, har givet mig anledning til at mene skal tillægges betydning.

26.2 – Den omtvistede foranstaltnings formål¹

Interesseafvejningsprincippet fremhæver betydningen af den omtvistede foranstaltnings formål. Dette betyder ikke, at formålet altid vil være en afgørende faktor. Der kan som nævnt foreligge situationer, navnlig diskriminationssituationer, hvor formålet ikke behøver at drøftes. Men det betyder, at formålet, når sådanne særlige omstændigheder ikke foreligger, vil indgå som en væsentlig faktor ved sagens afgørelse.

Udgangspunktet må være, at *ethvert formål*, som nationale myndigheder har ment at burde tilgodese ved gennemførelsen af en national regulering, *kan tillægges betydning ved interesseafvejningen*. Det gælder ikke alene de i art. 36 nævnte formål, men også de utallige formål, myndighe-

1. Formålets betydning i Domstolens praksis er behandlet i kap. 24.5.

derne må tilgodesee i et moderne samfund. Dette gælder ikke blot, hvad man kan kalde »ikke-økonomiske formål«, såsom forbrugerbeskyttelse, arbejderbeskyttelse, miljøbeskyttelse, men må også principielt gælde »økonomiske formål«.² Sondringen økonomiske/ikke-økonomiske formål er i sig selv uskarp, og de enkelte foranstaltninger kan have blandede formål. Regler om råstofudnyttelse vil således normalt have blandede ikke-økonomiske og økonomiske formål. Og hertil kommer, at det vil være ganske virkelighedsfjernt at benægte, at økonomiske formål kan være beskyttelsesværdige. Ingen medlemsstat ville kunne leve med, at dens muligheder for at regulere konjunkturpolitikken eller den mellemfristede og langfristede økonomiske politik blev begrænset, blot fordi det kunne påvises, at reguleringerne havde visse handelshindrende virkninger. Det forekommer meget vanskeligt i dag at hævde, at reguleringer, hvis formål er at begrænse inflationen, f.eks. gennem pris- og avancereguleringer, ikke skulle være så beskyttelsesværdige, at det kan accepteres, at de har visse handelshindrende virkninger. Det samme gælder nationale regler med standardiseringsformål. Disse formål er økonomiske, men der er ikke anledning til af denne grund generelt at afvise deres berettigelse, selv om deres realisering fører til handelshindringer.

Noget andet er, at der i højere grad i forbindelse med foranstaltninger med økonomiske formål kan være grund til at bringe den nedenfor i afsnit 26.13 omtalte generelle begrænsning i anvendelse, nemlig at reguleringen skal begrænse de frie varebevægelser mindst muligt. Det økonomiske formål skal søges realiseret ved hjælp af midler, der tager størst muligt hensyn til reguleringens betydning for samhandelen, også selv om disse midler skulle være mere udgiftskrævende end andre mulige midler.

Hertil kommer, at økonomiske formål måske vil blive tillagt mindre vægt end andre formål i forbindelse med interesseafvejningen, idet der måske må kræves særligt tungtvejende grunde for at anerkende en økonomisk regulering med mærkbare handelshindrende virkninger.³

Selv om udgangspunktet således er en anerkendelse af nationale for-

2. Det må erkendes, at det kan vise sig vanskeligt at få EF-Domstolen til at acceptere bemærkningerne om de »økonomiske« formål som principielt beskyttelsesværdige i forbindelse med forbudet mod FtV, se bl.a. kap. 14.11, hvor det er nævnt, at Domstolen har fastslået, at »art. 36-hensynene er hensyn af ikke-økonomisk karakter«.

3. Det vil af afsnit 26.4 fremgå, at man formentlig kun kan tale om handelshindringer i forbudets forstand, hvis den nationale foranstaltning har forskellige virkninger for samhandelen mellem medlemsstaterne og den interne handel.

mål, er der også formål, der ikke kan anerkendes som beskyttelsesværdige. Disse kan sammenfattes under betegnelsen protektionistiske eller konkurrencefordrejende formål. Det vil aldrig kunne anerkendes, at en stat fastsætter regler, hvis formål alene er at stille indenlandske varer bedre i konkurrencen med udenlandske varer.⁴ Sager om sådanne reglers lovlighed vil dog normalt kunne løses ved hjælp af diskriminationskriteriet.

Interesseafvejningsprincippet forudsætter, at den omtvistede foranstaltnings formål fastlægges. Dette kan give problemer.⁵ Det er den pågældende medlemsstat, der har pligt til at give en redegørelse for foranstaltningens formål. Redegørelsen må være omhyggelig. Det vil ikke altid være tilstrækkeligt, at medlemsstaterne påberåber sig et mere eller mindre generelt formuleret formål som grundlag for foranstaltningen. Det kan være nødvendigt, at formålet eller formålene konkretiseres, og at det godtgøres, at de reelt også ligger til grund for foranstaltningen, om muligt under henvisning til lovmotiver eller lignende forarbejder. Det er i sidste instans EF-Domstolen, der tager stilling til, hvilket formål eller hvilke formål der ligger til grund for foranstaltningen.

Det er også EF-Domstolen, der tager stilling til den vægt, det pågældende formål kan tillægges. Det vil i afsnit 26.16 blive undersøgt, hvorledes vægtningen af de nationale formål over for de formål, der ligger bag de frie varebevægelser, skal foretages.

Det er endelig også EF-Domstolen, der tager stilling til, om foranstaltningen er egnet til at realisere det eller de anerkendte formål. Det er i kap. 24.6 vist, at EF-Domstolen i hvert fald i et vist omfang går ind i realitetsundersøgelse af dette spørgsmål. Dette spørgsmål vil blive taget op i afsnit 26.13.

26.3 – Handelshindringens mærkbarhed og aktualitet⁶

Der kan principielt ikke stilles noget mindstekrav til mærkbarheden eller intensiteten af den pågældende foranstaltnings handelshindrende

4. Der tages naturligvis ikke i dette udsagn stilling til behandlingen af statsstøtte og andre nationale foranstaltninger, der som omtalt i kap. 12 og kap. 14.4 er reguleret ved andre traktatbestemmelser.

5. Dette skyldes ikke mindst faren for, at det af medlemsstaten angivne formål ikke er det, der reelt ligger til grund for den handelshindrende foranstaltning, jfr. kap. 24.5.

6. Domstolens praksis vedrørende disse spørgsmål er behandlet i kap. 24.3.

virksomheder, og det kan ikke kræves, at virkningerne allerede er blevet aktuelle. Også meget små og endnu kun potentielle handelshindringer kan være omfattet af forbudet mod FtV.

Men dette udelukker ikke, at mærkbarheden og aktualiteten af de handelshindrende virkninger kan have betydning. Det vil være lettere for en medlemsstat at få et heldigt udfald af en interesseafvejning i forbindelse med foranstaltninger med kun ringe og/eller kun potentielle handelshindrende virkninger end i forbindelse med foranstaltninger, der mærkbart og aktuelt hindrer import af udenlandske varer.

26.4 – Diskrimination og forskellige virkninger for den mellemstatslige samhandel og den interne handel⁷

Dette afsnit behandler to spørgsmål, der hidtil i denne afhandling har været behandlet adskilt. Det drejer sig om spørgsmålet om den åbenlyse og skjulte diskriminations betydning og om spørgsmålet, om forbudet kun kan anvendes på foranstaltninger, der har forskellige virkninger for den mellemstatslige handel og den interne handel. Der er imidlertid fordele ved at behandle de to spørgsmål samlet. En samlet behandling fremhæver nemlig, at der er vanskeligt fastlæggelige overgange mellem *sådanne foranstaltninger*, der er diskriminerende, *sådanne*, der har forskellige virkninger for den mellemstatslige og for den interne handel, og *sådanne*, der ikke har forskellige virkninger.

Kernen i forbudets anvendelsesområde er utvivlsomt de *diskriminerende foranstaltninger*. Domstolens praksis viser det, og dette er accepteret i teorien. Den tvivl, der med rette har været gjort gældende vedrørende diskriminationsbegrebets egnethed som afgrænsningskriterium, og som er begrundet i begrebets ubestemthed, er ikke en tvivl, der kan føre til at frakende begrebet betydning. De klare diskriminationstilfælde kan løses alene på grundlag af diskriminationskriteriet, og tilfælde inden for det område, hvor man ikke med sikkerhed kan fastslå, om der foreligger diskrimination, må løses ved hjælp af interesseafvejninger. I sidstnævnte tilfælde vil man fortsat som en blandt flere faktorer kunne tage hensyn til, at de nationale foranstaltninger fører til resultater, der minder om diskrimination.

7. Diskriminationens betydning efter Domstolens praksis er behandlet i kap. 24.4, og betydningen af den forskellige virkning af foranstaltningen på den mellemstatslige handel og den interne handel er behandlet i kap. 24.3.2.

Diskriminationens store betydning for forbudets anvendelse må anses tilstrækkeligt begrundet ud fra følgende fire betragtninger. Dels er hovedparten af, hvis ikke alle, traktatens forholdsnormer grundlæggende udtryk for et mere eller mindre klart afgrænset forbud mod forskelsbehandling. Dels er det forskelsbehandlinger, der udgør den væsentligste fare for de frie varebevægelser. Endvidere er et forbud effektivt over for forskelsbehandlinger. Domstolene kan blot nøjes med at påbyde, at uden- og indenlandske varer skal behandles ens, og behøver således i disse situationer ikke at optræde som »lovgiver« på den måde, at de direkte eller indirekte skal angive, hvilken form for national regel på det pågældende område de i givet fald vil kunne acceptere. Og endelig giver det ikke vanskeligheder over for de nationale myndigheder og domstole at begrunde begrænsningerne i den nationale kompetence, når begrænsningen består i et forbud mod forskelsbehandling.

Disse betragtninger fører til, at art. 30 og art. 34 i alle praktisk forekommende situationer i hver fald *indeholder et forbud mod åbenlys diskrimination*. Dette standpunkt kunne for så vidt gøres absolut. Bestemmelserne forbyder enhver foranstaltning, der efter sit indhold, d.v.s. åbenlyst, behandler inden- og udenlandske varer forskelligt (når diskriminationen har handelshindrende virkninger).⁸ Det ligger nemlig i selve diskriminationsbegrebet,⁹ at udsagnet ikke udelukker, at der kan tænkes nationale forskelsbehandlende regler, der er objektivt retfærdiggjort på grund af forskelligheder i de situationer, inden- og udenlandske varer befinder sig i. Sådanne regler er pr. definition ikke diskriminerende. Det er tilstrækkeligt her at fastslå, at det vil være meget vanskeligt, men ikke umuligt,¹⁰ for de nationale myndigheder at få accepteret en forskelsbehandling som lovlig, og at bevisbyrden for retfærdiggørelsen af forskelsbehandlingen må ligge hos de nationale myndigheder. Men disse betragtninger viser også, at man, selv om man kan fastslå, at art. 30 og art. 34 i hvert fald indeholder et diskriminationsforbud, dog ikke altid kan undgå interesseafvejninger, nemlig i forbindelse med spørgsmålet,

8. Her nævnes for nemheds skyld alene forskelsbehandlinger mellem inden- og udenlandske varer. Men det er indrømmet, at forbudet mod FtV efter Domstolens praksis også omfatter andre former for forskelsbehandling, f.eks. forskelsbehandling mellem forskellige importørgrupper, se kap. 24.4.3.

9. Se kap. 10.

10. Se om tilfælde, hvor Domstolen har accepteret sådanne regler, kap. 24.4.5.

om den pågældende forskelsbehandling er retfærdiggjort af et nationalt beskyttelsesværdigt formål.

Forbudene i art. 30 og art. 34 omfatter også skjult diskrimination. Den ens behandling af åbenlys og skjult diskrimination kan måske endda siges logisk at følge af definitionen af skjult diskrimination som forskelsbehandling, hvor de pågældende regler uden at benytte de kriterier, der er forbudt efter det åbenlyse diskriminationsforbud, benytter andre kriterier, der reelt fører til samme resultat. De reale grunde for forbudets anvendelse på åbenlys diskrimination gælder i det væsentlige også for skjult diskrimination.

Skjult diskrimination giver dog særlige afgrænsningsvanskeligheder, ikke mindst i forbindelse med forbudet mod FtV. Det er allerede af kap. 24.4.2. fremgået, at der er alvorlige problemer med at afgrænse skjult diskrimination over for de tilfælde, hvor foranstaltningen blot har forskellige virkninger for intern handel og den mellemstatslige handel. Det er givet, at det ikke er rimeligt at betegne alle tilfælde, hvor der kan konstateres forskellige virkninger, som skjult diskrimination. Det er også givet, at man ved en anvendelse af interesseafvejningsprincippet vil kunne nå til samme resultat som ved en anvendelse af kriteriet skjult diskrimination. Og alligevel bør kriteriet ikke opgives. Det bør indsnævres, således at det i alt væsentligt kommer til at dække de tilfælde, der i næste afsnit bliver kaldt misbrugstilfældene, de klare omgørelser af forbudet mod åbenlyse diskriminationer. Der kan f.eks. tænkes tilfælde, hvor en regel kræver, at en vare skal fremstilles ved hjælp af materialer, der alene eller hovedsagelig findes i det pågældende land, eller ved hjælp af fremgangsmåder, der traditionelt alene eller hovedsagelig bruges i det pågældende land, uden at der kan gives nogen reel begrundelse herfor. I sådanne tilfælde vil det ikke være rimeligt eller hensigtsmæssigt, at Domstolen begynder at behandle reglen på grundlag af interesseafvejningsprincippet. Det vil give den, også pædagogisk, mest hensigtsmæssige begrundelse for reglens ulovlighed at fastslå, at den er udtryk for skjult diskrimination. Man vil desuden ved brugen af dette kriterium få et godt alternativ til misbrugsprincippet, som normalt ikke er praktisk anvendeligt i forbindelse med forbudet mod FtV. Man kan formulere anvendelsesområdet for den skjulte diskrimination således, at det omfatter foranstaltninger, hvor der er et reelt, objektivt holdepunkt for, eller hvor det efter en helhedsbedømmelse fremgår, at der ved reglernes udformning er

eller må være taget hensyn til inden- og udenlandske varers forskellige stilling.^{11 12}

Udenfor eller nedenfor diskriminationsområdet ligger dels *foranstaltninger, der har forskellige virkninger for den mellemstatslige handel og den interne handel*, og dels foranstaltninger, der ikke har sådanne forskellige virkninger.

Den første af disse to grupper foranstaltninger kan utvivlsomt være omfattet af forbudet, selv om de ikke kan karakteriseres som diskriminerende.

Interesseafvejningsprincippet har først og fremmest sin eksistensberettigelse på grund af denne gruppe.

Den dækker imidlertid også et stort og vigtigt område. Dette skyldes dels den netop, mest af retstekniske grunde, foretagne begrænsning af anvendelsesområdet for de skjulte diskriminationer og dels, at et stort antal regler ud fra forholdets natur har forskellige virkninger for varer produceret i indlandet og varer produceret i udlandet. Dette gælder f.eks. regler vedrørende krav til varers kvalitet, udstyr, emballage, mærkning osv. Indenlandske producenter indretter typisk deres produktion til salg på hjemmemarkedet, medens udenlandske producenter typisk indretter deres produktion ud fra deres egne nationale krav, hvorfor det vil være mere byrdefuldt for de udenlandske producenter end for de indenlandske at indrette en »mindre del« af deres produktion af hensyn til det pågældende markeds krav.¹³ På samme måde vil et generelt prisstop normalt kunne siges at have forskellige virkninger for indenlandske og udenlandske varer, allerede fordi prisstoppet må formodes at påvirke de indenlandske producenters omkostningssituation i gunstig retning, medens de udenlandske producenter må formodes at arbejde under et fortsat stigende omkostningsniveau.

Forbudets anvendelsesområde bliver udstrakt meget vidt ved medta-

-
11. Det erkendes, at man herved nærmer sig et krav om omgængeshensigt. Det må dog fastholdes, at en sådan hensigt ikke skal godtgøres.
 12. Spørgsmålet, om *omvendte diskriminationer*, d.v.s. dårligere behandling af indenlandske end af udenlandske varer, er omfattet af forbudet, er behandlet i kap. 24.4.6, hvor til henvises.
 13. Dette er en meget forenklet og derfor ikke altid dækkende skildring af virkeligheden. Men den dækker f.eks. de tyske krav til mindstealkoholindholdet i visse spiritusvarer (sag 120/78 Rewe 22.2.35), der generede fransk og dansk, men ikke tysk produktion.

gelsen af denne gruppe foranstaltninger. Dette gælder dog kun det område, inden for hvilket forbudet *kan* finde anvendelse. Omfanget af forbudets *faktiske* anvendelse vil afhænge af resultaterne af interesseafvejningerne.

Bevisbyrden for den forskellige virkning må ligge hos den, der gør foranstaltningens ulovlighed gældende.

Der må endelig tages stilling til, om forbudet mod FtV omfatter *foranstaltninger, hvis »handelshindrende« virkninger er ens for varerne i den mellemstatslige handel og i den interne handel*, altså foranstaltninger, der nok »hindrer« samhandelen mellem medlemsstaterne, men ikke i videre omfang end de hindrer den interne handel.

Man må besvare dette spørgsmål benægtende. Man er i denne gruppe kommet for langt væk fra det, der er kernen i forbudets anvendelsesområde, nemlig diskriminationsforbudet. Det er da formentlig også dette resultat, Domstolen er gået ud fra, og det fremgår i hvert fald af præamblen til Kommissionens direktiv 70/50.¹⁴ Hertil kommer, at det næppe er muligt at finde andre traktatbestemmelser, der går videre end til at forbyde, at den internationale samhandel behandles dårligere end den nationale. Og man behøver i disse tilfælde ikke at frygte, at de pågældende foranstaltningers formål er at genere de frie varebevægelser. Endelig kan der måske henvises til, at *kvantitative restriktioner* efter deres formål alene tilsigter at have virkninger for den mellemstatslige handel, og at forbudet mod FtV kræver, at der skal foreligge *tilsvarende* virkninger.

Vanskelige afgrænsningsproblemer vil kunne opstå i de tilfælde, hvor der *ingen national produktion er på området eller kun en produktion, der er ganske ubetydelig* i forhold til det nationale behov. Tilsvarende problemer er i praksis opstået i forbindelse med traktatens forbud mod diskriminerende interne afgifter.¹⁵ Disse tilfælde kan ikke løses gennem entydige regler. Det kan måske i første omgang være nærliggende at se på, om der findes nationale reguleringer for sammenlignelige produkter, og om disse svarer til de omtvistede, eller om de kan anses for mildere. Hvis sådanne reguleringer ikke findes, bør man formentlig acceptere, at reg-

14. Se om Domstolens praksis kap. 24.3.1, hvoraf det dog også fremgår, at Domstolens stillingtagen ikke er entydig. Se om løsningen efter Kommissionens direktiv 70/50, kap. 20.2.2.

15. Se kap. 12.3.2.

lerne *kan* være omfattede af forbudet. Der kan her være særlig anledning til at løse problemet gennem en afvejning af foranstaltningernes samhandelshindrende virkning over for det formål, de har efter national ret.

26.5 – Misbrugsbetragtninger

Den tidligere dommer ved EF-Domstolen A. Donner har i en forelæsning¹⁶ kort omtalt Domstolens praksis vedrørende forbudet mod FtV på en måde, der kunne tyde på, at forbudet er et forbud mod misbrug. Nationale foranstaltninger, der i sig selv kan være helt legitime, må ikke misbruges til markedsopdeling og prismanipulering på forbrugers bekostning.

Det er som nævnt i forbindelse med omtalen af de to sidste af varemærkesagerne (sag 102/77 Hoffmann-La Roche, 22.2.30, og sag 3/78 American Home Products, 22.2.31) også misbrugssynspunkter, der ligger til grund for disse domme.¹⁷

Reelt er 2. pkt. i art. 36, der forbyder skjulte handelshindringer og vilkårlig forskelsbehandling, også udtryk for en misbrugstankegang.

Der ville næppe heller være noget i vejen for generelt at behandle Domstolens praksis ud fra misbrugssynsvinklen. Man kunne med rimelighed gøre gældende, at forbudets anvendelsesområde er misbrug af national reguleringskompetence til at hindre de frie varebevægelser. Men der ville kun vindes lidt herved, og konstruktionen har ulemper. For det første kan det have psykologiske og formuleringstekniske ulemper at skulle betegne nationale foranstaltninger som misbrug. Denne terminologi kan lettere bruges over for virksomheders handlinger, og det er da hidtil også alene i denne forbindelse, at Domstolen har brugt ordet misbrug. For det andet synes Domstolens praksis også at vise, at forbudet kan anvendes i tilfælde, hvor det er mindre naturligt at tale om misbrug. Dette gælder ikke mindst i sagerne om eksporthindringer. Den franske kvalitetskontrol af eksporterede ure i sag 53/76 Bouhelier, 22.2.22, kan ikke naturligt ses som et misbrug. For det tredje er selve misbrugsbegrebet så ubestemt, at det under alle omstændigheder skulle undergives en præciserende fortolkning, der ville indebære brug af alle de faktorer, der alligevel bliver behandlet i dette kapitel. Og endelig leder misbrugsbegrebet uvægerligt tanken hen på et krav om misbrugshensigt. Et sådant krav vil klart være uhensigtsmæssigt, ikke alene på grund af bevisvanskeligheder, men også fordi der er tilfælde, hvor selve den objektive eksistens af reglerne er tilstrækkelig til at statuere overtrædelse af art. 30.^{18 19}

16. Se *The Exeter Lecture in European Community Law*, »The Court of Justice as a Constitutional Court of the Communities«, 1977.

17. Dette fremgår dog kun klart af den sidste af dommene.

18. Der kræves efter herskende opfattelse heller ikke inden for diskriminationsområdet

Man kan måske på en mere praktisk måde have hjælp af misbrugsovervejelser. Man kan, når man står over for en national foranstaltning, hvis lovlighed efter forbudet mod FtV er omtvistet, i første omgang spørge sig, om den kan anses som et »misbrug« af medlemsstaternes reguleringskompetence til at hindre de frie varebevægelser.

Hermed er ens overvejelser naturligvis ikke ophørt, men det er næppe helt forkert, at man i de virkelige tvivlstilfælde, også efter de endelige undersøgelser, kan falde tilbage på sit første mere intuitive svar på, om der kan tales om et misbrug. Dommer Donner mente trods alt, at art. 30's formål er at ramme, hvad man kalder »misbrug«.²⁰

Misbrugsovervejelser kan også i øvrigt have praktisk betydning. De understreger nødvendigheden af grundige undersøgelser af de reelle formål, der ligger bag de pågældende foranstaltninger. Reglernes forhistorie må undersøges på grundlag af officielle og uofficielle forarbejder m.v. Man må se på, hvem der har taget initiativet til den pågældende regulering. Man vil formentlig ikke sjældent få betydningsfulde fortolkningsmomenter frem gennem en sådan undersøgelse. Det er i denne sammenhæng interessant, at amerikaneren Baldwin²¹ har konstateret, at det hyppigt er producenterne, der er initiativtagere til forbrugerbeskyttende foranstaltninger.

diskriminationshensigt. Se Sundberg-Weitmann, *anf.st.*, s. 104, med yderligere henvisninger.

19. Man kunne også opfatte forbudet som et forsøg på at forhindre *omgåelser* af traktatens forbud mod kvantitative restriktioner. Dets formulering tyder på, at dets formål har været at effektivisere art. 30's og art. 34's forbud mod kvantitative restriktioner, d.v.s. at undgå omgåelser. Domstolen har da også karakteriseret det parallelle forbud mod afgifter med tilsvarende virkning som told som udtryk for et ønske om »at sikre, at det grundlæggende princip om frie varebevægelser inden for fællesmarkedet ikke omgås ved alle mulige former for økonomiske byrder ...« (sag 87/75 *Bresciani*). Bleckmann, »Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrecht« *EuR* 1979 s. 257, siger, at talrige bestemmelser, ikke mindst art. 12 og art. 30, netop er udtryk for, at man vil undgå traktatomgåelser. Man kan om ulemper og fordele ved at bruge omgælsessynspunktet i forbindelse med forbudet mod FtV henvise til bemærkningerne i forbindelse med misbrugssynspunktet.
20. Dette synspunkt forudsætter naturligvis, at der vil være en mere almindelig overensstemmelse mellem de forskellige bedømmers intuitive opfattelse af, hvad der konstituerer misbrug, en forudsætning, der ikke behøver at være rigtig, men som måske alligevel er det i større omfang, end man rent umiddelbart skulle tro.
21. *Non tariff distortions of international trade*, s. 143.

26.6 – Ikke-handelsregulerende foranstaltninger, foranstaltninger inden for områder forbeholdt medlemsstaterne, foranstaltninger med indirekte virkninger for samhandelen

Det er blevet hævdet, at det kun er handelsregulerende foranstaltninger, der er omfattet af art. 30.²² Det er også hævdet, at art. 30 ikke skulle omfatte foranstaltninger inden for de områder, der efter traktaten er forbeholdt medlemsstaterne, såsom konjunkturpolitikken og den almindelige økonomiske politik.²³ Der er atter andre, der har hævdet, at alene foranstaltninger med en direkte, i modsætning til en indirekte virkning, på samhandelen er omfattet af bestemmelsen.²⁴

Det kan uden vanskelighed påvises, at det er udelukket at lægge vægt på disse omstændigheder som afgørende kriterier i forbindelse med fastlæggelsen af forbudets anvendelsesområde.

Der er utvivlsomt som ovenfor nævnt antydninger i Domstolens praksis af, at foranstaltningens *handelsregulerende karakter* har betydning.²⁵ Det fremhæves netop som en af de omstændigheder, der vanskeliggør afgørelserne i produktionsbegrænsningssagerne, at de nationale foranstaltninger virkede på produktionsleddet og ikke på handelsleddet. Men denne praksis er som anført i kap. 24.7 næppe afgørende. Forbudet mod FtV lægger vægt på foranstaltningens virkning og ikke på dens art. Traktatens mål er at afskaffe hindringer for de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne, og det må i forhold til dette mål være ligegyldigt, om handelshindringer følger af en regel, der kan kvalificeres som handelsregulerende, produktionsregulerende, miljøbeskyttende eller lignende.

Det reelle i henvisningen til foranstaltningens karakter af handelsregulering er derimod, at det typisk vil være således, at direkte reguleringer af handelen vil have mere umiddelbar relevans for den internationale samhandel og dermed lettere vil kunne føre til alvorlige handelshindringer end andre former for nationale reguleringer. Der er præsumptivt større fare ved sådanne reguleringer set ud fra EF's formål end ved andre nationale reguleringer. Vigtigt er det også, at den største gruppe af de foranstaltninger, der ikke kan kaldes handelsreguleringer,

22. Se bl.a. Meij og Winters som omtalt i kap. 23. Se også omtalen i kap. 20.2.4 af art. 3 i Kommissionens direktiv 70/50, der alene omhandler handelsreguleringer.

23. Se bl.a. Bleckmann, *Europarecht* s. 248 f.

24. Se Waelbroeck som omtalt i kap. 19.

25. Se herom kap. 24.7.

er reguleringer af produktionen. Det kan være reguleringer på baggrund af arbejderbeskyttelses- eller miljøhensyn. Disse reguleringer har alene betydning for eksporterede varer og giver derfor anledning til særlige overvejelser, jfr. nedenfor i afsnit 26.9 og afsnit 26.10.

Med i alt væsentligt samme begrundelse kan det afvises at lægge afgørende vægt på, at den pågældende foranstaltning er vedtaget inden for *et af de områder, der efter traktaterne er forbeholdt medlemsstaterne*. Rent bortset fra, at det rigtige udtryk ville være »områder, hvor EF ikke har fået tillagt kompetence«, er realiteten den, at EF-traktaten ikke har »reserveret« noget område for medlemsstaterne, jfr. ovenfor kap. 12.10. *Der er ikke noget område, der er forbeholdt eller »reserveret« medlemsstaterne i den forstand, at de inden for dette område lovligt skulle kunne vedtage handelshindringer*. Enhver form for national regel kan i princippet føre til handelshindringer, der er i strid med forbudet.

Realiteten bag synspunktet »forbeholdt område« er derimod, at jo længere de nationale reguleringer fjerner sig fra områder direkte omhandlet i traktaten, jo mindre sandsynlighed er der for, at de har alvorligt handelshindrende virkninger, og jo større chance er der for, at de hensyn, der ligger til grund for dem, er beskyttelsesværdige og kan begrunde de eventuelle handelshindrende virkninger. Traktaten er på disse områder gået ud fra en fuldstændig medlemsstats-regulering og må derfor også nødvendigvis fortolkes således, at den ikke begrænser denne regulering mere end strengt nødvendigt.²⁶

Om den foreslåede *sondring mellem direkte/indirekte virkninger* for samhandelen er der, ud over at henvise til de netop fremførte synspunkter, først og fremmest at sige, at sondringen allerede er afvist af Domstolen i »Dassonville-definitionen«, der omfatter både direkte og indirekte handelshindringer. Ud fra forbudets formål, at fjerne handelshindringer, må det også principielt være uden betydning, om handelshindringer er direkte eller indirekte forårsaget af den pågældende foranstaltning.²⁷

26. For dette synspunkt kan også anføres, at statsstøttere reglerne ikke omfatter foranstaltninger, der er led i den almindelige økonomiske politik, se kap. 12.4.2.

27. Man kunne ganske vist som støtte for det modsatte resultat henvise til, at harmoniseringskompetencen efter traktatens art. 100 alene omfatter de nationale regler, der »direkte indvirker på fællesmarkedets ... funktion«. Dette synspunkt skal dog ikke følges videre. Dels synes Domstolens praksis meget fast og i øvrigt berettiget, og dels er der ingen logisk nødvendighed for, at art. 100's begrænsninger også skal gælde for forbudet mod FtV.

Men selv om denne afvisning må bifaldes, er det også indlysende, at foranstaltninger, der kun indirekte virker ind på samhandelen, typisk vil have mindre handelshindrende virkninger end foranstaltninger, der direkte virker ind på samhandelen. Hertil kommer, at de »indirekte handelshindringer« typisk vil være lettere at få accepteret ud fra de hensyn, der ligger til grund for deres vedtagelse.

Det kan måske i disse tre grupper hævdes som en meget grov regel, at jo fjernere fra en handelsregulering en national regel er, jo »længere væk« fra et af de af traktaten omfattede områder den nationale regel er, og jo mere indirekte den virker på samhandelen, i jo højere grad må *bevisbyrden* for foranstaltningens ulovlighed lægges over på den, der gør denne gældende.

26.7 – Foranstaltninger inden for fællesskabsregulerede områder²⁸

Det er et vanskeligt spørgsmål, hvilken betydning for afgrænsningen af forbudet med FtV man må tillægge *eksistensen af fællesskabsregler på den omtvistede foranstaltnings område*. De refererede sager inden for landbrugsmarkedsordningernes område viser, at forbudet mod FtV på disse områder går længere end på andre områder, eller sagt på en anden måde: eksistensen af markedsordninger og de enkelte elementer i disse, herunder det enten udtrykkelige eller underforståede forbud mod FtV, betyder, at de frie varebevægelser som udgangspunkt bliver beskyttet i videre omfang inden for markedsordningernes områder end uden for disse.²⁹ Det konkrete omfang af denne beskyttelse må afhænge af en fortolkning af markedsordningen i dens helhed.

Den blotte eksistens af fællesskabskompetence på et område betyder ikke i sig selv en mere vidtgående anvendelse af forbudet mod FtV.³⁰ Men det kan ikke herfra sluttes, at eksistensen af en fællesskabskompetence på det regulerede område aldrig kan have konkret betydning for anvendelsen af forbudet. En udnyttelse af statslige beføjelser inden for et af de områder, hvor traktaten forudser regulering gennem EF-institutioner, vil typisk være mere handelshindrende og vil typisk betyde en større fare for realiseringen af traktatens målsætning vedrørende nedbrydning af

28. Dette spørgsmåls betydning for Domstolens praksis er behandlet i kap. 24.9.

29. Dette er som nævnt i kap. 23 også Ushers og Baumanns opfattelse.

30. Vedrørende Kommissionens tanker i denne retning og Domstolens manglende reaktion henvises til kap. 24.9.

handelsskrankerne mellem medlemsstaterne end reguleringer uden for disse områder, allerede fordi disse områder har nær sammenhæng med fællesmarkedets oprettelse og funktion.

26.8 – Foranstaltninger i forbindelse med varers grænsepassage

Der kan ikke som afgørende afgrænsningskriterium lægges vægt på, om den omtvistede foranstaltning rammer varen umiddelbart i forbindelse med dens grænsepassage. Mange handelshindringer hidrører fra foranstaltninger, hvis virkninger viser sig på andre stadier af varens vej fra producent til forbruger.

Gennemgangen af Domstolens praksis godtgør dette.³¹

Men foranstaltningens direkte tilknytning til grænsepassagen må dog tillægges en vis praktisk betydning. Der er særlig grund til at frygte forskelsbehandling, når foranstaltningen rammer den importerede vare ved grænsepassage, d.v.s. på et sted og et tidspunkt, hvor den klart er adskilt fra indenlandske varer.

Dette gælder måske navnlig i forbindelse med *kontrolforanstaltninger*. Kontrollen med overholdelsen af generelt gældende krav til varers kvalitet, emballage m.v. kan foretages på forskellig måde. Det kan være en kontrol i forbindelse med produktionen. I så fald er det naturligt, at kontrollen med importerede varer sker i forbindelse med grænsepassagen. Men det kan også være en kontrol, der blot skal være foretaget inden det endelige salg til forbruger. I så fald skal der foreligge særlige grunde for, at en kontrol af importerede varer ved grænsen er nødvendig. Udgangspunktet må være, at importerede varer og nationale varer skal undergives fuldstændig ens kontrolvilkår.

Kontrollen kan være generel, d.v.s. omfatte alle varer, og den kan være en *stikprøvekontrol*. Der kan navnlig i forbindelse med stikprøvekontrol, der for importerede varer foretages ved grænsen, være grund til at være på vagt over for, om stikprøvekontrollen af interne varer foretages efter samme kriterier.

Hvis nationale regler efter deres indhold alene vedrører varer under grænsepassage, vil de være udtryk for åbenlys diskrimination og dermed i strid med forbudet mod FtV.

31. Der kan henvises til prisreguleringssagerne, der er samlet omtalt i kap. 24.2.2, og det følger af »Dassonville-definitionen«, at der ikke tillægges grænsepassagestadiet afgørende betydning.

Dette gælder dog ikke for en betydningsfuld gruppe regler, nemlig de administrative regler, der alene vedrører varers grænsepassage, men hvis formål er at sikre, at afgifter erlægges, og andre formaliteter opfyldes. Dette er i Kommissionens direktiv 70/50's præambel udtrykt således: »De formaliteter, hvis opfyldelse er nødvendig ved indførsel, har i princippet ikke en tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner«. ³² De ni markeder er endnu ikke ét fuldkomment enhedsmarked. Grænsepassage er nok blevet lettere, men giver endnu besvær og tager tid. ³³ Der kan være tale om erlæggelse af monetære udligningsbeløb eller af told for varer fra nye medlemsstater i toldafviklingsperioder. Der kan være tale om opgivelse af varernes oprindelse, art, mængde, pris m.m., oplysninger, hvis formål kan være told- og afgiftstekniske, statistiske, handelspolitiske og lignende. Det har ikke mening i disse tilfælde at tale om diskriminerende foranstaltninger. Det drejer sig nemlig pr. definition om foranstaltninger, der kun kan vedrøre importerede og eksporterede varer.

Det må til gengæld kræves af disse foranstaltninger, at deres formål udtrykkeligt eller stiltiende skal være anerkendt af EF-traktaten, ³⁴ og at de ikke må være mere byrdefulde for grænsepassagen end strengt nødvendigt. En medlemsstats manglende evne til at sikre en rimeligt hurtig grænsepassage af varerne vil være i strid med art. 30.

26.9 – Krav af betydning for eksport³⁵

Det er utvivlsomt af betydning, om den nationale foranstaltnings virkninger viser sig i forhold til importen eller i forhold til eksporten. Ud fra forbudets formål, d.v.s. nedbrydning af handelsskranker med henblik på at fremme foreningen af Europas folk, er der ganske vist ingen principiel grund til at behandle import- og eksportsituationerne forskelligt. Men

32. Se også Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag* s. 258.

33. Se herom bl.a. *Die Zollunion, Heute und Morgen*, beretning fra et af Kommissionen den 6.-8. december 1977 afholdt kollokvium.

34. Det kræves her, at formålet skal være anerkendt af EF-traktaten. Dette er en forskel i forhold til det almindelige interesseafvejningsprincip, hvor alle formål som udgangspunkt anerkendes som beskyttelsesværdige, d.v.s. medmindre de direkte strider mod traktaten. Forskellen skyldes, at man i den her omhandlede situation står over for foranstaltninger, der alene rammer importerede og eksporterede varer.

35. Domstolens praksis vedrørende dette spørgsmål er omtalt i kap. 24.8. Se om den forskellige behandling af import- og eksportsituationerne på afgiftsområdet kap. 12.3.3.

det er på den anden side klart, at den reelle fare for de frie varebevægelser under normale forhold, d.v.s. hvor der ikke foreligger særlige mangelsituationer, ligger i begrænsninger af importen. Hertil kommer, at det i eksportsituationerne normalt vil være således, at de nationale foranstaltninger ikke vil have specielle virkninger for eksporten, d.v.s. at der principielt slet ikke er tale om handelshindringer i forbudets forstand. Man kan lægge til grund, at *de fleste sager vedrørende krav af betydning for eksporten kan løses ved en anvendelse af diskriminationskriteriet*. Diskriminerende foranstaltninger vil være ulovlige; ikke-diskriminerende vil være lovlige.

Særlige problemer vil imidlertid opstå i de situationer, hvor det drejer sig om mangelvarer enten i eksportlandet, i et eller flere andre lande eller i hele fællesskabet. Der er tale om tilfælde, som den økonomiske situation i Europa i de sidste 30 år har gjort sjældne. Domstolens praksis viser dog, at situationen kan opstå. Baggrunden for de franske eksportregler for kartofler i sag 68/76 Kommissionen mod Frankrig, 22.2.73, var knaphed på kartofler, ganske vist ikke i Frankrig, men i en række andre lande. Og de nuværende og fremtidige vanskeligheder med olie- og anden energiforsyning har vist, at der af en række råstoffer kun findes begrænsede mængder, og at forsyningskriser kan opstå pludseligt og uventet. Betydningen af forbudet i art. 34 vil i disse situationer være fuldt så stort som betydningen af forbudet i art. 30. Hollandske og britiske forsøg på at kanalisere salg af naturgas og olie produceret i Nordsøen gennem pligt til levering til nationale virksomheder illustrerer dette.³⁶

Der kan opstå vanskelige problemer i disse situationer, af både juridisk og politisk karakter. Det er ikke tvivlsomt, at det vil være i strid med art. 34 at diskriminere over for den mellemstatslige samhandel, hvad enten diskriminationen er åbenlys eller skjult, og at der kan være særlig grund til at være på vagt over for skjulte diskriminationer. Det er til gengæld tvivlsomt, om forbudet vil vise sig effektivt i alvorlige mangelsituationer i eksportlandet. EF's manglende muligheder for at tvangshåndhæve traktatens regler kan formentlig vise sig at have særlig betydning i disse situationer. Der kan også opstå særlige problemer, når medlemsstaterne i mangelsituationer fastsætter produktionsbegrænsninger. Der vil altid i sådanne situationer være særlig fare for, at producentens afsæt-

36. Se om disse foranstaltninger Kommissionens svar på Parlamentsspørgsmål i EFT 1973 C78/12 og EFT 1976 C305/12

ningspolitik vil favorisere indenlandske aftagere, ikke mindst hvis producenten er statsdirigeret, enten generelt eller specielt i forbindelse med den pågældende produktionsbegrænsning. Man er her i den modsatte situation af den, der er reguleret bl.a. gennem direktiv 77/62 om offentlige indkøb.³⁷ Man må i den her skildrede endnu vanskeligere situation gå ud fra, hvad Domstolen kalder princippet om enhedsmarkedet, og forsøge at få accepteret, at produktionsbegrænsningerne må fordeles ligeligt på hidtidige aftagere.³⁸ Traktaten indeholder i øvrigt som nævnt i kap. 12.9 hjemmel for Rådet til i mangelsituationer efter traktatens art. 103, stk. 4, at træffe konjunkturpolitiske foranstaltninger, der også kan indebære undtagelser fra art. 34.

Et andet og særegent spørgsmål i eksportsituationerne er, om staterne kan kræve, at varer til eksport opfylder *de krav, der navnlig af forbrugerbeskyttelseshensyn stilles til varernes kvalitet* i videste forstand. Handelshindringer vil ikke opstå i disse tilfælde, hvis importstaten stiller tilsvarende eller strengere krav. Handelshindringer kan derimod opstå, hvis importstaten ikke stiller sådanne krav, eller hvis importstatens krav er anderledes. I det førstnævnte tilfælde kan hindringen bestå i en fordyrelse af varen eller i en manglende mulighed for at indrette varen efter importlandets forbrugeres ønsker, hvilket vil stille varen i en konkurrencemæssigt ufordelagtig stilling. I sidstnævnte tilfælde kan eksportlandets krav betyde en egentlig eksporthindring. Varen kan ikke indrettes således, at den på samme tid opfylder både eksport- og importlandets krav.

Disse handelshindringer er ikke praktisk vigtige. Medlemsstaterne undtager normalt eksportvarer for opfyldelse af krav, der kan lægge eksporten hindringer i vejen. Men når de foreligger, giver deres behandling visse problemer. På den ene side kan det hævdes, at det ikke kan være eksportlandets opgave at tilgodese forbrugerhensyn for importlandets forbrugere. På den anden side er det vanskeligt at afvise som et beskyttelsesværdigt hensyn, at staterne gennem deres lovgivning tilstræber et generelt højt kvalitetsniveau også gældende for eksporten. Domstolen accepterede i sagen om de franske urkvalitetskrav (sag 53/76 Bouhelier,

37. Se kap. 14.10.

38. Inspiration til løsninger kan hentes i Kommissionens og Domstolens praksis vedrørende tilsvarende problemer inden for art. 85's og art. 86's område, d.v.s. private virksomheders dispositioner i mangelsituationer, se sag 77/77 B. P. mod Kommissionen.

22.2.22) med rette obligatorisk kvalitetskontrol også for eksporten, så længe den også gælder for indenlandsk omsatte varer. En sådan obligatorisk kontrol betyder imidlertid kun en meget ringe hindring af samhandelen. Resultatet vil næppe være det samme, hvor kravet betyder egentlige eksporthindringer. Sådanne situationer må afgøres på grundlag af en interesseafvejning.

Handelshindringer kan også opstå som følge af *kontrolforanstaltninger*, såsom sundhedskontrol eller kvalitetskontrol, i både *eksport- og importlandet*. Dette medfører en fordyrelse af eksportvarerne i forhold til de i importlandet producerede varer, der kun undergives én kontrol. Disse handelshindringer er ikke omfattet af art. 34, når selve det materielle krav, hvis opfyldelse kontrolleres, ikke er i strid med art. 34.³⁹

26.10 – Om krav til den nationale vareproduktion kan udstrækkes til at gælde udenlandske varer?

Det blev i forbindelse med omtalen af den amerikanske handelsklausul nævnt, at Kongressen i en række tilfælde har tilladt delstaterne at forbyde import af varer, der var produceret i andre delstater under nærmere beskrevne omstændigheder, f.eks. af børn, af fængselsfanger og lignende.⁴⁰ Man ville gøre det muligt for de stater, der ønskede at gennemføre arbejderbeskyttelse og lignende, at gøre dette uden også på det interne marked at skulle udsættes for konkurrence fra delstater, der ved ikke at gennemføre sådanne regler fik konkurrencemæssige fordele

Der er altså tale om »importforbud«, hvis baggrund er, at den importerede vare er produceret i et land, hvis lovgivning af betydning for varens produktion på nærmere angivne punkter *ikke svarer* til importlandets lovgivning, *uden at lovgivningens krav giver sig udslag i selve varens egenskaber*.

Baggrunden for sådanne forbud kan være et ønske om at sikre, at der skabes konkurrencemæssig ligestilling mellem egne producenter og eksportlandets producenter. Man kan intet udsætte på varernes kvalitet, men man finder, at varerne på grund af forskelle i lovgivningerne er producerede under forhold, der giver importvaren en urimelig fordel. Men der kan også ligge mere ideelle hensyn til grund. Man ønsker ikke at importere varer, der er produceret under vilkår, man moralsk fordømmer.

Importforbud begrundet alene i hensynet til den ligelige konkurrence vil altid

39. Dette resultat bekræftes af sagen om de hollandske regler om sundhedskontrol ved eksport af dyr (sag 46/76 Bauhuis, 22.2.21), hvor Domstolen accepterede kravene, så længe de var ikke-diskriminerende.

40. Se kap. 5.4.

være i strid med art. 30. At tillade sådanne forbud ville være en negation af selve fællesmarkedsideen, nemlig at det er muligt at lave et fællesmarked, der i vidt omfang har et nationalt markeds karakter, på trods af forskelle i naturmæssige og menneskeskabte konkurrenceforhold.

Som udgangspunkt må det også antages, at importforbud begrundet i »moral-
ske hensyn« vil være i strid med art. 30. En accept af importforbudets lovlighed kunne siges at være en accept af eksport af et lands moralske opfattelser til et andet land. Også dette vil være vanskeligt foreneligt med fællesmarkedets idé, »en-
heden i mangfoldigheden«. Man må acceptere, at de »moraliske opfattelser« kan være forskellige, og at dette er en del af fællesskabets virkelighed.⁴¹

Problemet har været drøftet på EF-plan i forbindelse med overvejelser ved-
rørende et af den danske regering fremsat lovforslag om forbud mod burhøns. Kommissionen blev af de danske EF-parlamentarikere Espersen og Holst spurgt, om en medlemsstat, der indfører sådanne dyrebekyttelsesregler, kan forbyde import fra EF-lande, der ikke har gennemført en tilsvarende beskyt-
telse.⁴²

Kommissionen besvarede spørgsmålet benægtende. Dens svar henviste navnlig til, at dyremishandling »alene vedrører det land, hvor mishandlingen finder
sted, og kun mærkes af den lokale befolkning og ikke i importlandet«.⁴³

Det er vanskeligt at forestille sig, at selv de i art. 36 nævnte hensyn skulle kunne
retfærdiggøre importforbud af denne type. Specielt kan importlandets hensyn-
tagen til den i andre lande levende befolkning og de dér levende dyr ikke retfær-
diggøre importforbudene.⁴⁴ Det er også vanskeligt at forestille sig, at hensynet til
den offentlige orden skulle kunne retfærdiggøre sådanne importforbud. (Men
livet er mangfoldigt, og den menneskelige fantasi begrænset, så det vil nok være
forkert på forhånd at udelukke muligheden.)

Dette resultat kan forekomme utilfredsstillende. Man giver konkurrencefor-

41. Man kan også henvise til, at et generelt forbud også vil ramme virksomheder, der må-
ske konkret opfylder importlandets krav.

42. Se *EFT* 1977 C180/77 og *EFT* 1977 C265/8.

43. Dette svar blev lagt til grund af landbrugsministeriet og justitsministeriet i svar på
spørgsmål fra folketingets retsudvalg i forbindelse med behandlingen af forslaget til
»lov om ændring af lov om værn for dyr (æglægningsbure)«.

Der kan dog være grund til at nævne, at EF's institutioner i hvert fald en enkelt gang
indirekte har accepteret den modsatte opfattelse. Rådet udstedte i 1974 direktiv 74/577
om bedøvelse af dyr inden slagtning (*EFT* 1974 L 316/10), hvis reelle baggrund var et
krav fra en medlemsstat om vedtagelse af direktivet som forudsætning for uhindret im-
port. Hvis det her hævdede resultat var blevet brugt i praksis, havde muligheden af im-
portforbud ikke eksisteret. Noget andet er, at direktivets begrundelse ikke omtaler
den her nævnte virkelige årsag til vedtagelsen af direktivet.

44. Det fremgår som nævnt i note 39 af sag 46/76 Bauhuis, 22.2.21, at eksportlandet til en vis
grad kan varetage hensynet til importlandets befolknings sundhed.

dele til producenter fra stater, der ikke opfylder, hvad man selv anser for elementære og grundlæggende krav, Men man må dog ikke glemme, at der ikke i EF-retten findes regler, der forhindrer den enkelte borger eller virksomhed i at undlade at købe varer fra det pågældende land.⁴⁵

26.11 - Handelshindringer som følge af forskelle i nationale lovgivninger⁴⁶

Domstolen synes i sagen om de tyske krav til minimumsalkoholindholdet i visse spiritusvarer (sag 120/78 Rewe, 22.2.35) at have givet udtryk for, at der er særlige hensyn at tage, når handelshindringen skyldes forskelle i nationale lovgivninger.

Der er da også ud fra en umiddelbar betragtning gode grunde for denne opfattelse. Traktatens system går ud fra, at medlemsstaterne fortsat kan regulere de fleste af de spørgsmål, der er af betydning for varers produktion og omsætning, og traktaten forudsætter udtrykkeligt i art. 100, at de handelshindringer, der følger af forskelle i sådanne nationale regler, skal fjernes gennem harmonisering. De kan altså ikke være omfattet af forbudet i art. 30. Logikken i denne tankegang fører imidlertid til, at kun foranstaltninger, hvis handelshindrende virkninger følger af diskrimination mellem inden- og udenlandske varer, er omfattede af forbudet mod FtV.⁴⁷

Det fremgår imidlertid allerede af domstolens afgørelse i den netop omtalte tyske spiritussag, at denne slutning ikke er rigtig. Også handelshindringer, der følger af forskelle i nationale lovgivninger, kan være omfattede af forbudet mod FtV.

Spørgsmålets virkelige vanskelighed beror på, at det er uklart, hvad der ligger i begrebet »handelshindringer, der følger af forskelle i nationale lovgivninger«. Det mest brugbare kriterium til afgrænsning af dette begreb må være at forsøge at forestille sig den situation, at den pågældende regel var »ophøjet« til at gælde ensartet i alle medlemsstaterne, og da at vurdere, om den fortsat havde handelshindrende virkninger i forbudets forstand. Det ville da vise sig, at de diskriminerende regler fortsat ville have forskellige virkninger for den interne handel og den internationale handel, mens andre reglers forskellige virkninger ville blive fjernet. En regel, der diskriminerer mellem indenlandske og udenland-

45. Noget andet er, at erfaringerne viser, at sådanne forsøg på privat boykot ikke er effektive.

46. Betydningen af dette spørgsmål efter Domstolens praksis er omhandlet i kap. 24.2.4.

47. Dette er som nævnt i kap. 19 navnlig gjort gældende af Friedhelm Marx.

ske varer, bliver ikke mindre handelshindrende, fordi den gælder i alle 9 medlemsstater. De handelshindrende virkninger af en regel, der f.eks. stiller krav til mælkeemballagen (se sag 244/78 Union Laitière, 22.2.39), vil derimod blive ophævet gennem indførelse af ensartede regler i medlemsstaterne.⁴⁸ Men disse eksempler viser samtidig, hvorfor forbudet mod FtV bør kunne omfatte også de sidstnævnte tilfælde.

Man opstiller en hypotese, der ikke behøver at have noget med virkeligheden at gøre. Det kan allerede på grundlag af den pågældende regels indhold være udelukket, at den vil blive indført ensartet i alle medlemsstaterne. Den kan af de andre medlemsstater blive bedømt som mindre rimelig. Den kan have betydelige handelshindrende virkninger og indirekte, og måske oprindeligt ganske utilsigtet, betyde en beskyttelse af indenlandsk produktion, hvorfor det kan være vanskeligt at overbevise den pågældende stat om nødvendigheden af at indføre andre og fælles regler mellem medlemsstaterne. Man bør ikke i sådanne tilfælde udelukke en anvendelse af forbudet, når en interesseafvejning fører til, at reglens formål ikke kan retfærdiggøre dens handelshindrende virkninger.

Man kan udtrykke det således, at den blotte konstatering af, at der er visse handelshindringer, som følger af forskelle i lovgivningerne, ikke er andet end en konstatering af, at der er visse handelshindringer, der er en følge af diskrimination, og andre, der ikke er en følge af diskrimination. Domstolen har utvetydigt fastslået, at også de sidstnævnte handelshindringer kan være omfattede af forbudet. Så en henvisning til, at en handelshindring følger af forskelle i nationale lovgivninger, hjælper ikke til at afgrænse de af disse hindringer, der er omfattede af forbudet. Denne afgrænsning må ske på grundlag af interesseafvejning.

Men henvisninger til det her drøftede aspekt kan indgå som et vigtigt moment ved interesseafvejningen.

Det henleder nemlig opmærksomheden på, at der kan være anledning

48. Heller ikke i denne forbindelse er sondringen diskriminerende/ikke-diskriminerende skarp. Yderpunkterne vil være: På den ene side åbenlyse diskriminationer, på den anden side simple krav til varers emballage. Der vil være en vigtig mellemgruppe, hvor det vil være tvivlsomt, om en »ophøjelse« af den pågældende regel til at gælde i alle staterne vil ophæve dens handelshindrende virkninger. Ensartede prisregler og ensartede krav til varers kvalitet behøver ikke at skabe ensartede betingelser for den indenlandske og den internationale handel. De kan nemlig finde anvendelse på så forskellige forhold, at deres faktiske virkninger bliver forskellige.

til sammenlignende undersøgelser. Det kan hævdes, at der skal stilles større krav til retfærdiggørelsen af en national regel med handelshindrende virkninger, der alene findes i én af medlemsstaterne, end til en national regel, der i alt væsentligt svarer til regler i alle eller flere af de andre lande.

Denne formodning skal dog tages med forbehold. Forbudet mod FtV må ikke kunne bruges til at hindre vedtagelse af nye regler til beskyttelse af forbrugerne eller andre. Men formodningen er et udtryk for, at en regel, der er fundet nødvendig i alle eller flere af medlemsstaterne, må have beskyttelsesværdige formål, og at den i hvert fald ikke har til formål at beskytte enkelte staters nationale særinteresser.

Hertil kommer også, at der er større chance for fjernelse af handelshindringer gennem harmonisering, når alle eller flere af staterne allerede har reguleret området.

26.12 – Foranstaltningens karakter af lovbunden/skønsmæssig og af generel/konkret. Kontrol- og godkendelsesordninger

Det har været gjort gældende, at art. 30 kun omfatter generelle reguleringer, herunder en fast administrativ praksis. I kap. 14.8 er det påvist, at denne fortolkning er for restriktiv. Art. 30 omfatter også enkeltstående handlinger.

Den handelshindrende foranstaltning kan være en nødvendig følge af en generel regel. Denne fastsætter ikke alene klart indholdet af foranstaltningen, men også dens præmisser eller betingelser. Reglen overlader ikke myndighederne noget skøn. Foranstaltningen er lovbunden. De handelshindrende foranstaltninger kan imidlertid også have deres grundlag i en regel, der overlader myndighederne et skøn, for så vidt angår enten foranstaltningens indhold eller dens betingelser eller begge dele. I disse tilfælde kan det være, at hjemmelsgrundlaget gør det muligt for myndighederne at optræde både handelshindrende og ikke-handelshindrende. Foranstaltningen er skønsmæssig.

Handelshindringens ophavsmand er ved de lovbundne foranstaltninger lovgiveren eller den myndighed, der er ansvarlig for hjemmelsgrundlaget. Ved de skønsmæssige foranstaltninger er ophavsmanden til handelshindringen den for den konkrete foranstaltning ansvarlige. Spørgsmålet er, om disse to grupper foranstaltninger kan bedømmes på samme måde i forhold til forbudet mod FtV.

Ved de lovbundne foranstaltninger kan og vil undersøgelserne koncen-

trere sig om lovligheden af hjemmelsgrundlaget, d.v.s. de relevante bestemmelser i loven, bekendtgørelsen eller lignende. Domstolens praksis viser, at det er sådanne regler, forbudet mod FtV hidtil først og fremmest har været anvendt på. Det giver mindre vanskeligheder i disse tilfælde at konstatere handelshindringen, og det er ikke vanskeligt at sanktionere overtrædelse af forbudet mod FtV. Man kan principielt ud af reglen se, om den kan have handelshindrende virkninger, og man kan sanktionere overtrædelser ved at fastslå reglens ugyldighed. *Det er for disse regler, interesseafvejningsprincippet har sit naturlige anvendelsesområde.* Man kan fastslå reglernes formål, og man kan vurdere, om formålet er så beskyttelsesværdigt, at det ud fra en helhedsvurdering kan retfærdiggøre de handelshindrende virkninger, som de af reglen affødte foranstaltninger typisk har.

Anderledes med de *skønsmæssige foranstaltninger*. De er pr. definition enkeltstående, og det vil være vanskeligt med mening at anvende interesseafvejningsprincippet på dem. Man må utvivlsomt også ud fra både bevismæssige og sanktionsmæssige hensyn acceptere, at *forbudet i disse tilfælde alene er et forbud mod diskrimination, sådan som dette begreb er fastlagt i afsnit 26.4.*⁴⁹

Man må dog ikke opfatte denne sontring som andet end en rent retsteknisk begrundet fremhævelse af forbudets forskellige muligheder for anvendelse i forskellige tilfældegrupper. Man kan ikke opstille en generelt gældende sontring mellem lovbundne/skønsmæssige foranstaltninger af principiel betydning for forbudets anvendelse. Dette skyldes ikke så meget, at sontringen i sig selv kan give anledning til problemer. Det skyldes snarere det forhold, at de enkeltstående handlinger kan og normalt vil udmønte sig i en fast administrativ praksis, som der kan være grund til at behandle på samme måde som generelle regler.⁵⁰

Disse bemærkninger fører over i et andet og måske mere praktisk

49. Dette resultat bekræftes formentlig af Domstolens afgørelse i den italienske fjernsynsmonopolsag (sag 155/73 Sacchi, 22.2.5). Man må dog som i kap. 14.8, kap. 14.10 og kap. 17.4.3 omtalt ikke nære særlige illusioner om et sådant forbuds effektivitet, sålænge det ikke suppleres med sanktionsregler.

50. Resultatet er strengt taget utilfredsstillende, for der er glidende og vanskeligt beviselige overgange mellem hvad der her betegnes som »enkeltstående« handlinger og fast administrativ praksis. Hertil kommer også de problemer, der i ethvert retssystem opstår i forbindelse med myndighedernes ret til at have »fast« praksis på skønsmæssige områder.

problem. Det sker ikke sjældent, at varer, både indenlandske og udenlandske, skal *kontrolleres og godkendes af myndigheden* inden salg til forbruger. Godkendelsens baggrund er at sikre, at nærmere i lovgivningen fastsatte krav er opfyldt. Disse krav kan være så generelt formuleret, at der overlades *den godkendende myndighed et ikke uvæsentligt skøn*. Faren for en i egentligste forstand »skjult« diskrimination er nærliggende i disse tilfælde. Godkendelsen af nationale varer volder ingen problemer, medens godkendelsen af importerede varer møder store vanskeligheder. Det behøver ikke nærmere påvisning, at udenlandske producenter både praktisk og retligt vil have vanskeligheder ved i godkendelseslandet at få underkendt det af godkendelsesmyndigheden udøvede skøn.⁵¹

En virkelig løsning af problemerne i forbindelse med nationale godkendelsesordninger kan kun opnås gennem harmonisering af de materielle regler og pligt til gensidig anerkendelse af nationale godkendelser.⁵²

Men den reelle fare for misbrug af disse ordninger må formentlig indgå i interesseafvejningen. Der kan være grund til, at Domstolen stiller større krav til retfærdiggørelsen af sådanne regler eller måske snarere ser med en vis skepsis på den angivne retfærdiggørelse. Der vil være grund til nøje at undersøge, hvordan de materielle krav er udformet, navnlig om de overlader myndighederne større skønsmæssige beføjelser end objektivt nødvendigt under hensyn til den tekniske udvikling på området. Der må tages hensyn til

- godkendelsesorganets sammensætning, herunder om der er forudset særlig indflydelse for nationale producenter,
- hvilke regler der gælder for godkendelsesorganets virksomhed, herunder om der gælder frister for dens arbejde, og
- om der tages rimeligt hensyn til de særlige vanskeligheder, udenlandske producenter har, f.eks. informationsproblemer vedrørende de

51. Problemets betydning og vanskelighederne ved dets løsning illustreres af den i kap. 4.4 nævnte »GATT«-kode om tekniske handelshindringer.

Det har i dagspressen været nævnt, at en dansk dørproducent har haft så store vanskeligheder med i Frankrig at få godkendt sine døre, at han mener at stå over for et eksempel på skjult diskrimination.

52. Et eksempel på, at dette er muligt, selv inden for et meget følsomt område, er Rådsdirektiv nr. 73/23 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om elektrisk materiel inden for visse spændingsgrænser, *EF-Karnov* s. 602 og *EFT* 1973 L 77/29.

materielle krav og godkendelsesproceduren, problemer vedrørende transport af prøveeksemplarer o.s.v.

Domstolen vil på grundlag af sådanne undersøgelser enten kunne finde ordningen generelt stridende mod art. 30 eller finde, at dens handelshindrende virkninger går videre end strengt nødvendigt for at realisere dens formål, jfr. nedenfor afsnit 26.13. Men det er heller ikke udelukket, at Domstolen vil finde, at godkendelseskravet ikke kan kræves opfyldt over for udenlandske varer fra et land, der har en godkendelsesordning, som i alt væsentligt svarer til importlandets. Herved vil Domstolen gennem en anvendelse af forbudet mod FtV indirekte have gennemført en gensidig anerkendelse af nationale godkendelser.⁵³ Importlandets godkendelseskrav, der klart er handelshindrende, er ikke retfærdiggjort over for sådanne udenlandske varer. Parallellen til Domstolens praksis i de i kap. 12.6 nævnte sager vedrørende anerkendelse af udenlandske eksaminer som ligeværdige med nationale i etableringssituationen er tydelig omend ikke fuldstændig.⁵⁴ I disse sager opnåedes resultatet gennem en anstrengt anvendelse af diskriminationsbegrebet. Fordelen ved anvendelsen af interesseafvejningsprincippet er klar.

26.13 – Størst mulig begrænsning af de handelshindrende virkninger⁵⁵

Medens de foregående afsnit har behandlet faktorer, der kan være af betydning for spørgsmålet, om en foranstaltning overhovedet er omfattet af forbudet mod FtV, behandles i dette afsnit et generelt krav til de foranstaltninger, hvis handelshindrende virkninger på grund af deres formål principielt kan accepteres.

Kravet kan formuleres således: *De handelshindrende virkninger af en foranstaltning må ikke gå videre end nødvendigt for at realisere foranstaltningens formål.* Dette krav indebærer samtidig, at foranstaltningen skal være et egnet middel til at realisere formålet.

Dette krav vil formentlig ved siden af det forbud mod diskrimination, der følger af art. 30 og art. 34, være den praktisk vigtigste konsekvens af forbudet mod FtV.

53. Kommissionen var inde på sådanne tanker i sagen om den engelske mælkeemballage (sag 244/78 Union Laitière, 22.2.39).

54. Efter sag 71/76 Thieffry havde myndighederne kun pligt til anerkendelse af ligeværdig udenlandsk eksamen inden for de muligheder, gældende national ret gav dem.

55. Betydningen af dette spørgsmål efter Domstolens praksis er behandlet i kap. 24.6.

Kravet kan navnlig udledes af en fortolkning af art. 36. De handelshindrende virkninger af en foranstaltning kan ikke anses for retfærdiggjort, hvis virkningerne går videre end nødvendigt af hensyn til foranstaltningens formål. Det er tydeligt udtrykt i art. 3 i Kommissionens direktiv 70/50, og det findes som nævnt i kap. 24.6 flere steder udtrykt i Domstolens praksis.

Det kan ses som udtryk for det navnlig fra tysk ret hentede *proportionalitetsprincip*, hvorefter de for borgerne restriktive virkninger af en offentligretlig retsakt ikke må gå videre end nødvendigt af hensyn til retsaktens formål (der skal være et rimeligt forhold mellem de formål, der forfølges, og de midler, der anvendes). Proportionalitetsprincippet er et af de uskrevne generelle retsprinsipper, som EF-Domstolen har accepteret som integrerende led i EF-retten. Dette betyder, at EF-institutionerne er bundet af princippet, og at EF's retsakter i strid med det er ulovlige. Det betyder derimod ikke, at det på samme måde som den skrevne EF-ret skal respekteres af de nationale myndigheder. Proportionalitetsprincippet og de øvrige generelle retsprinsipper, herunder friheds- og de øvrige grundlæggende rettigheder, er ikke gennem deres anerkendelse af EF-Domstolen indirekte blevet integrerende dele af de nationale retssystemer.⁵⁶ Men anerkendelsen af de generelle retsprinsipper har en anden vigtig konsekvens. De skrevne EF-regler må fortolkes under hensyn til disse principper. Det er ad denne omvej, gennem indfortolkning af proportionalitetsprincippet i art. 30, art. 34 og art. 36, at princippet får direkte betydning for nationale retsakter.⁵⁷

Kravets retlige grundlag er således sikkert. Det samme kan for så vidt siges om kravets indhold. Men kravet er formuleret så generelt, at dets konkrete anvendelse kan give vanskeligheder. Afgørende bliver, *hvor store krav* Domstolen ville stille til de nationale myndigheder med henblik på at begrænse de handelshindrende virkninger gennem omkostningskrævende og administrativt besværlige forholdsregler. Dette afhænger igen af, hvor stor vægt EF-Domstolen tillægger hensynet til de frie varebevægelser i forhold til det almindelige hensyn til administrativ

56. Dette er fastslået af Domstolen i sag 149/77 Defrenne III. Dette resultat må dog muligvis modificeres, hvor spørgsmålet om betydningen af det pågældende generelle princip for nationale retsakter opstår på områder, der er særligt reguleret af EF, f.eks. arbejdskraftens frie bevægelighed. Dette er gjort gældende af generaladvokat Trabucchi i sag 118/75 Watson.

57. Denne konsekvens af principperne fremgår af præmisserne i sag 36/75 Rutili og er fremhævet af generaladvokat Capotorti i den i forrige note omtalte Defrenne III sag.

effektivitet, der også af EF-retten må anerkendes som beskyttelsesværdigt. Dette spørgsmål falder i alt væsentligt sammen med det generelle spørgsmål, der er afgørende for interesseafvejningsprincippet, nemlig den relative vægt af hensynet til de frie varebevægelser over for de bag den omtvistede foranstaltning liggende formål. Der kan derfor henvises til bemærkningerne herom i afsnit 26.16.

Her skal behandles et i princippet forskelligt spørgsmål, der dog i praksis ikke kan holdes skarpt adskilt fra vægtningsspørgsmålet. Det drejer sig om spørgsmålet om, *hvor tæt en prøvelse* Domstolen skal foretage af det skøn, de nationale myndigheder må have ved valg og udformning af midler til realisering af de beskyttelsesværdige formål.

Det vil ikke sjældent være således, at et bestemt formål kan opnås på mere end en måde. Den nationale regelfastsætter vil have forskellige midler til at opnå det tilsigtede resultat. Det kan være, at det middel, der er mindst generende for de frie varebevægelser, samtidig vil være mindre effektivt med henblik på realiseringen af det nationale formål eller vil medføre større udgifter og administrativt besvær end det middel, der fører til mindre handelshindringer. Afgørelsen af disse spørgsmål beror i høj grad på skønsmæssige vurderinger.⁵⁸ Det kan tilsvarende bero på et vanskeligt skøn, om en bestemt national sanktion, der medfører visse handelshindringer, er strengere end nødvendigt af hensyn til realiseringen af det til grund liggende formål.⁵⁹

Udgangspunktet kan ikke være, at de nationale myndigheder, der har udstedt handelshindrende regler, skal bevise, at de er egnede til at realisere formålet og ikke går længere end nødvendigt for at realisere deres formål. Tværtimod synes formodningen at burde være, at de nationale myndigheder ved udformningen af reglerne har valgt det mest hensigtsmæssige middel til opnåelsen af reglernes formål, har valgt passende sanktioner o.s.v., kort sagt, at de har handlet i overensstemmelse med proportionalitetsgrundssætningen og med de krav, der følger af forbudet mod FtV. Det må være den, der gør den nationale foranstaltnings ulovlighed gældende, som må sandsynliggøre, at foranstaltningens handelshindrende virkninger er større end nødvendigt, og at foranstaltning-

58. Se til eksempel sag 104/75 de Peijper, 22.2.16, vedrørende de hollandske medicinalregler, hvis godkendelseskrav forhindrede parallelimport.

59. Sag 41/76 Donckerwolcke, 22.2.20, om de franske sanktioner i forbindelse med angivelser af importerede varers oprindelse er et godt eksempel.

gens formål kan opnås på en for de frie varebevægelser mindre skadelig måde end sket.

26.14 – EF-institutionernes og privates foranstaltninger

Det blev i kap. 17.3 påvist, at EF-institutionerne også er bundet af forbudet mod FtV. Det blev dog også nævnt, at dets praktiske betydning er mindre for disse, og at dets anvendelsesområde ikke vil være identisk for institutionerne og medlemsstaterne. Det er nu muligt at konstatere, at der ikke på grundlag af den her hævdede afgrænsning af forbudets materielle anvendelsesområde er anledning til at ændre konklusionerne i kap. 17.3. Tværtimod gør interesseafvejningsprincippet det let forståeligt, at der kan være forskel i den praktiske betydning af forbudet for medlemsstaterne og for institutionerne. Det vil være en typisk konsekvens af interesseafvejningsprincippet, at det vil føre til en accept af institutionernes foranstaltninger, navnlig fordi de formål, der ligger bag disse foranstaltninger, vil blive anset for beskyttelsesværdige og acceptable ud fra fællesskabets målsætning, men også fordi de fælles foranstaltningers handelshindrende virkninger normalt vil være mindre end foranstaltninger fra en enkelt medlemsstats side.

Resultatet af undersøgelserne i kap. 17.4 var, at privates foranstaltninger næppe er omfattede af forbudet mod FtV. Der blev dog her taget et forbehold for resultatet af undersøgelserne vedrørende forbudets materielle indhold. Disse undersøgelser synes imidlertid ikke at have ændret den foreløbige konklusion vedrørende privates pligtsubjektivitet. Interesseafvejningsprincippet er ikke velanvendeligt på privates foranstaltninger. Sådanne handelshindrende foranstaltninger kan kun være i strid med traktaten, hvis de er diskriminerende, og de må da bedømmes på grundlag af traktatens art. 7.

Til gengæld er der heller ikke grund til at ændre det i kap. 17.2.4 anførte resultat. Forbudet mod FtV kan finde anvendelse på »private handelshindringer«, når deres grundlag er rettigheder, der er opstået i medfør af lovgivning eller anden offentligretlig retskilde og ikke i henhold til privatretlige dispositioner, og når deres gennemførelse forudsætter domstolenes bistand. Sådanne situationer kendetegnes netop ved, at offentlige myndigheder indirekte er medvirkende til handelshindringens opståen, både derved at hjemmelsgrundlaget er offentligretligt, og derved at den kun kan gennemføres ved hjælp af offentlige myndigheder. Anvendelsen af forbudet i disse situationer vil have den konsekvens, at

den private ikke længere kan få de offentlige myndigheders bistand. Og interesseafvejningsprincippet kan anvendes i disse tilfælde. Det afgørende bliver en afvejning af de formål, der ligger bag den offentligretlige regulering, den private har påberåbt sig, over for EF's interesse i frie varebevægelser.

26.15 – Betydningen af nationale domstoles kompetence ved anvendelsen af forbudet mod FtV

Forskellige aspekter af den betydning, det må tillægges, at forbudet også anvendes af nationale domstole i sager mod nationale myndigheder, er drøftet i kap. 16 og i kap. 25.6. Det blev fremhævet, at der er både retspolitiske og retstekniske grunde til at tage hensyn til dette faktum, og at det altid kan anføres til støtte for, at man søger løsninger, der på overbevisende måde kan begrundes for nationale dommere, og at man søger at skabe så klare retningslinier som muligt med henblik på at sikre den ensartede retsanvendelse.

Disse processuelle hensyn kan og skal også tillægges betydning i forbindelse med interesseafvejningen. De fremhæver nødvendigheden af en fortsat præcisering af de faktorer, der har betydning for afvejningen.

Den her hævdede afgrænsning af forbudets materielle anvendelsesområde har for så vidt bekræftet, at der som vist i kap. 16 kan være gode grunde til at begrænse anvendelsen af den umiddelbart anvendelige del af forbudet i forhold til den del, der også kan gøres gældende i en traktatbrudssag. Interesseafvejningsprincippet kan give problemer i den præjudicielle procedure. Men der synes dog ikke at være kommet momenter frem, som kan ændre den konklusion, at det ikke er sandsynligt, at EF-Domstolen vil acceptere en opsplitning af bestemmelsens retsvirkninger. Man kan måske endda gøre gældende, at de her foreslåede retningslinier kan danne udgangspunkt for løsninger, der gør en opsplitning mindre nødvendig.⁶⁰ Dette gælder i hvert fald, hvis EF-Domstolen i overensstemmelse

60. Det afgørende i interesseafvejningen, d.v.s. vægtningen af de modstridende hensyn, må nødvendigvis foretages af EF-Domstolen. Man kunne måske hævde, at EF-Domstolen, fordi den i præjudicielle sager ikke kan fortolke nationale regler, heller ikke skulle kunne tage stilling til vægten af de nationale interesser. Dette er dog ren teori og tager ikke hensyn til EF-Domstolens reelle muligheder inden for den præjudicielle procedure. Interesseafvejningen vil blive foretaget på grundlag af spørgsmålet, om de pågældende handelshindringer er lovlige – »er retfærdiggjort« – under hensyn til nationale interesser som dem, der ligger til grund for den omtvistede foranstaltning. EF-Domstolens praksis viser, at den ikke finder sig ubeføjet til at tage stilling til og reelt afgøre sådanne spørgsmål. Dette viser de i kap. 25.4 nævnte domme, som er udtryk for interesseafvejning (se navnlig sagen om de tyske krav om mindstealkoholprocent, sag 120/78 Rewe 22.2.35), og sådan må det nødvendigvis være. Ellers ville systemet, hvor konstante tvister mellem nationale hensyn og fællesskabshensyn må afgøres, ikke kunne fungere.

med synspunkterne i næste afsnit tillægger de nationale hensyn, der ligger bag de handelshindrende foranstaltninger, en betydelig vægt under interesseafvejningen, og hvis den gør sine svar i de præjudicielle afgørelser tilstrækkeligt konkrete i forhold til den foreliggende sag og fastsætter tilstrækkeligt præcise retningslinier.

Den manglende opsplitning af forbudets retsvirkninger betyder imidlertid ikke, at søgsmålsformen er irrelevant. Det er meget vel tænkeligt, at det endelige resultat af vurderingen af en national foranstaltnings lovlighed kan blive forskelligt i en traktatbrudssag og i en nationalt afgjort sag. Dette er ikke overraskende. De processuelle rammer for afgørelsen af retstvister har betydning for domsresultatet. Dette gælder ikke mindst, når de anvendte retsregler er ubestemte, og når vurderingen af den omtvistede foranstaltnings retlige og faktiske baggrund har en afgørende betydning.

EF-Domstolen har som påvist i kap. 16 bedre muligheder i traktatbrudssager for at få udtømmende oplysninger om den omtvistede foranstaltnings formål og virkninger. Det kan gøres gældende, at man i de tvivlsomme sager snarere vil nå til ulovligheden af nationale foranstaltninger i en traktatbrudssag end i en nationalt afgjort sag. EF-Domstolen bør nemlig i sine præjudicielle afgørelser, der hyppigt er af afgørende betydning for udfaldet af den nationale sag, lade tvivl, der følger af utilstrækkelig mulighed for at bedømme den omtvistede foranstaltnings formål og virkninger, komme den omtvistede foranstaltning til gode.

Der er i øvrigt intet, der udelukker, at lovligheden af én og samme nationale foranstaltning kan afgøres under samtidigt eller efterfølgende søgsmål for EF-Domstolen og for nationale domstole. Muligheden for modstridende resultater er derfor til stede. Denne mulighed er dog så teoretisk, at der kun skal gøres nogle ganske korte bemærkninger om løsningerne.

Det giver sig selv, at EF-Domstolen ikke under en traktatbrudssag kan være bundet af en tidligere frifindende national dom. Det er også sikkert, at en national dommer må lægge en domfældende dom i en traktatbrudssag uprøvet til grund. Vanskeligere stiller det sig med spørgsmålet, om han også er forpligtet til at lægge en frifindende dom i en traktatbrudssag til grund. Dette gælder utvivlsomt for så vidt angår EF-Domstolens afgørelse af retsspørgsmål af EF-retlig karakter. Hvis den nationale dommer mener, at de er forkert afgjort, må han i givet fald forelægge præjudicielle spørgsmål. Det er mere tvivlsomt, om den nationale dommer også selv under uændrede forhold er bundet af EF-Domstolens vurdering af de faktiske forhold og dens eventuelle fortolkning af den omtvistede nationale regel. For en bekræftende besvarelse taler hensynet til sikkerhed og overskuelighed. Man må kunne gå ud fra, at EF-Domstolens afgørelse er endelig, og det kan være logisk at give den overnationale instans' afgørelser forrang. På den anden side har den nationale dommer formentlig bedre baggrund for at vurdere de her omhandlede problemer, og der er næppe heller tungtvejende

grunde for at afvise en sådan dobbeltmulighed for at nå det resultat, at en national foranstaltning strider mod forbudet mod FtV.⁶¹

26.16 – Vægtningen af de modstridende hensyn

Interesseafvejningsprincippetets formål er at angive rammerne for de tankeprocesser, de dømmende myndigheder må igennem for at nå til afgørelsen. Afgørende for de praktiske konsekvenser af princippetets anvendelse bliver dommerens overvejelser vedrørende den vægt, de nationale hensyn eller formål, der ligger bag den omtvistede foranstaltning, skal have i forhold til EF's interesse i, at de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne fremmes.

Man vil utvivlsomt, efterhånden som Domstolens praksis udvikler sig, være i stand til at vurdere vægten af de forskellige nationale formål med større sikkerhed, end man kan i dag. Men det er samtidig vigtigt at understrege, at interesseafvejningen aldrig vil blive en automatisk proces. Alle de i dette kapitel nævnte faktorer og ikke mindst mærkbarheden af de handelshindrende virkninger vil indgå i interesseafvejningen og kan føre til, at lovligheden af to foranstaltninger, der har samme formål, kan bedømmes forskelligt.

Det er som nævnt i afsnit 26.2 begrænset, hvad der kan siges om vægten af de forskellige nationale hensyn. Udgangspunktet er, at nationale hensyn kan tillægges vægt, medmindre det er hensyn af protektionistisk eller konkurrencefordrejende karakter. Det er indlysende, at de i art. 36 nævnte hensyn må tillægges stor vægt, men det er næppe rigtigt, at de nødvendigvis må tillægges større vægt end mange af de andre hensyn, nationale myndigheder i dag søger at tilgodese. Det drejer sig ikke mindst om en række hensyn, som var ret upåagtede for 25 år siden eller i hvert fald blev tillagt relativt ringe vægt, men som udviklingen har givet større og større betydning. Man kan blot nævne forbruger- og miljøhensyn.

Der kan gøres nogle almindelige bemærkninger om det generelle udgangspunkt, der skal lægges til grund ved interesseafvejningen.

For det første ligger det i selve interesseafvejningsprincippet, at hensynet til de frie varebevægelser ikke er noget absolut hensyn. Det er som

61. Hensynet til EF-rettens ensartede anvendelse kan ikke anføres mod dette resultat. Det drejer sig kun om vurderingen af lovligheden af én bestemt national foranstaltning, og uoverensstemmelsen skyldes faktiske eller nationale forhold.

alle andre hensyn relativt og må afvejes med de hensyn, der ligger bag ved den nationale foranstaltning.⁶²

For det andet er der ikke nogen grund til at give dette hensyn en ganske særlig vægt over for den lange række beskyttelsesværdige hensyn, staterne søger at tilgodese. Der kan anføres en række argumenter for denne opfattelse – argumenter, der også kan bruges som støtte for det i afsnit 26.13 hævdede standpunkt, hvorefter formodningen må være for, at den omtvistede foranstaltning er et egnet middel til og ikke har mere handelshindrende virkninger end nødvendigt for at realisere sit formål.

Selv om man som nævnt i kap. 12 ikke kan bruge traktatens øvrige forbudsregler som afgørende argument for at begrænse forbudet mod FtV til at være et rent diskriminationsforbud, viser disse bestemmelser dog, at traktatens udgangspunkt er, at diskriminationer fjernes gennem umiddelbart anvendelige forbud, medens andre virkninger af nationale foranstaltninger, der måtte være i strid med traktatens formål, skal fjernes gennem harmonisering.⁶³ Dette udgangspunkt må føre til, at man er tilbageholdende med anvendelsen af forbudsbestemmelser i de tilfælde, hvor de påstås brugt i andre situationer end diskriminationssituationer. Den manglende effektive beskyttelse af de frie varebevægelser i andre forbindelser, ikke mindst over for statsstøtteforanstaltninger, fører i samme retning.

Hertil kommer, at gennemgangen i kap. 7 og kap. 8 viser, at de frie varebevægelser næppe bør tillægges større betydning for den politiske integrationsproces, og at man næppe heller må overvurdere den økonomiske betydning af fjernelse af handelshindringer. Disse undersøgelser, så usikre de end måtte være, må i hvert fald give baggrund for tvivl om det berettigede i at give de frie varebevægelser større vægt end mange af de nationale hensyn, der ligger til grund for handelshindrende foranstaltninger.

Også de i kap. 5 omtalte amerikanske erfaringer giver argumenter for, at EF-Domstolen ikke bør prioritere hensynet til de frie varebevæ-

62. Omtalen i kap. 12.4.3 af reglen i art. 90 om offentlige foretagender viser, at de frie varebevægelser inden for traktatens system er prioriteret højt, men ikke er noget absolut hensyn.

63. Denne opfattelse bekræftes af Spaak-rapporten. Omtalen i kap. 11 viser, at rapporten lagde til grund, at traktatens forbudsbestemmelser alene indeholder forbud mod diskrimination, og at fællesmarkedet kan fungere, selv om der fortsat eksisterer visse handelshindringer.

gelser for højt på bekostning af nationale hensyn. De amerikanske erfaringer har vist, at enhedsmarkedet dog kan fungere rimeligt effektivt i et føderalt system på trods af eksistensen af handelshindrende foranstaltninger. Der er også forståelse for, at de her omhandlede problemer kun vanskeligt lader sig løse gennem domstolene, og det synes at kunne konstateres, at Forbundshøjesteret har været relativt tilbageholdende med at kende handelshindrende delstatsforanstaltninger ulovlige. Dette er så meget desto mere bemærkelsesværdigt, som de amerikanske domstole ikke behøver at frygte konsekvenserne af deres domme. Det er muligt for Kongressen gennem lovgivning at ændre resultatet af domstolsafgørelser, den måtte finde fejlagtige.

Man må også i denne forbindelse lægge betydelig vægt på de vanskeligheder, løsningen af interesseafvejningsproblemer stiller dommere over for, ikke mindst inden for det her omhandlede område, hvor afgørelsen kan afhænge af stillingtagen til vanskeligt vurderlige nationale hensyn og til udviklede økonomiske sammenhænge. Der tænkes ikke kun på de flere gange fremhævede problemer som følge af kompetencefordelingen mellem EF-Domstolen og nationale domstole.⁶⁴ Der tænkes også helt generelt på de vanskeligheder, der opstår, når dommere skal løse problemer, som kun lidt i deres baggrund, uddannelse og erfaringer giver dem grundlag for at løse. Man må acceptere, at EF-Domstolen har fundet det nødvendigt at fortolke forbudet mod FtV således, at det også indeholder forbud mod visse ikke-diskriminerende handelshindringer. Man kan ikke kritisere den for at have påtaget sig opgaver, som de politisk ansvarlige organer normalt har, for det, den har gjort, er alene at opstille retlige grænser for politisk ansvarlige organers handlinger, og sådanne retlige grænser er det domstolens opgave at påse overholdt. Men man vil kunne kritisere den, hvis den fastlægger disse grænser uden tilstrækkelig hensyntagen til domstolenes begrænsede både processuelle og personelle muligheder for sikker stillingtagen til problemerne.

Rigtigheden af disse synspunkter bekræftes af, at traktaten på en række delvis sammenlignelige områder har givet tilsvarende opgaver, ikke til Domstolen, men til Kommissionen. Det er i kap. 12.4.2 omtalt, at opgaven med at afgrænse lovlig fra ulovlig statsstøtte er givet Kommissionen, og at Domstolen har fastslået, at dette fører til, at statsstøtteforbudet ikke er umiddelbart anvendeligt. Dette er utvivlsomt udtryk for,

64. Se kap. 16, kap. 25.3 og afsnit 26.15.

at de vanskelige afvejningsproblemer bedst løses i en mere formløs beslutningsproces, hvor det er muligt at tage politiske hensyn. Tilsvarende synspunkter ligger bag Kommissionens dispensationsmulighed efter art. 85, stk. 3, over for konkurrencebegrænsende aftaler, der er forbudt efter stk. 1.

Disse argumenter kan imidlertid ikke ændre den kendsgerning, at EF-Domstolen har og nødvendigvis må have den endelige afgørelse af, hvad eksistensen af et enhedsmarked nødvendiggør af indskrænkninger i den nationale reguleringskompetence, og at der ikke er noget grundlag for en påstand om, at EF-Domstolen bør gå ud fra, at nationale myndigheder respekterer deres EF-retlige forpligtelser. Der vil som nævnt altid være reel fare for forsøg fra de nationale myndigheders side på at begrænse de frie varebevægelser gennem nationale reguleringer, hvis formål officielt angives at være et helt andet og beskyttelsesværdigt. Men argumenterne må føre til, at EF-Domstolen, medmindre de nationale foranstaltninger er diskriminerende, eller der i øvrigt er antydninger af omgåelseshensigt, som udgangspunkt accepterer lovligheden af nationale foranstaltninger, selv om de er handelshindrende. Formodningen må være, at de nationale hensyn er tilstrækkeligt vægtige til at begrunde den handelshindrende regulering, der er anset for nødvendig af de politisk ansvarlige nationale organer.

Heroverfor kan det ganske vist gøres gældende, at disse reguleringer jo blot kan vedtages på fællesskabsplan, hvorved deres handelshindrende virkninger typisk vil blive ophævet.

Tanken ligger utvivlsomt bag en række af de videstgående teorier om forbudets anvendelse. Waelbroeck, der som nævnt i kap. 19 går ind for en meget vidtgående anvendelse af forbudet på prisreguleringsområdet, nævner som et argument for sin opfattelse, at traktaten i art. 103 indeholder hjemmel til på fællesskabsplan at vedtage de nødvendige prisreguleringer. Han finder, at det i den økonomiske og monetære unions perspektiv er absolut urimeligt at se medlemsstaterne fortsætte med at bekæmpe inflationen ved desperat at vedtage kontrolforanstaltninger, der hindrer varebevægelser.⁶⁵ Dommer Mackenzie Stuart har udtrykt enighed med dette standpunkt »ikke som følge af et politisk valg, men som en nødvendig hjælp til en rigtig udøvelse af den judicielle funktion«. Han henviser til, at nationale prisreguleringer kan have rosværdige formål, men

65. *Les Réglementations nationales de prix et le droit communautaire* s. 59.

hjemmel til lovharmonisering, der er nødvendig for at fjerne handelshindringer. Det skyldes heller ikke kun, at tanken forudsætter, at der kan opnås enighed på fællesskabsplan, en forudsætning, der hyppigt ikke er opfyldt, hvilket især vil kunne føre til manglende regulering af spørgsmål, der måske nødvendigvis må reguleres. Afvisningen af tanken skyldes først og fremmest, at det ikke kan accepteres, at regulering på fællesskabsplan i sig selv er ønskelig. Det kan ganske vist ikke bestrides, at *mange problemer på en lang række områder bedst løses på fællesskabsplan, men der kan ikke gælde en formodning herfor*. Der kan påvises en række ulemper ved regulering på fællesskabsplan, der gør, at man i hvert enkelt tilfælde må overveje, om fordelene ved en regulering på fællesskabsplan kan opveje ulemperne ved denne.

Der kan for det første henvises til, at en regulering, der griber ind i privates interesser, lettere vil blive accepteret og efterlevet af de berørte, jo større indflydelse de har haft på den, og jo nærmere på dem den er blevet truffet. Ønsket om større direkte indflydelse på beslutningsprocesserne er stærkt i alle lande. Overladelse af reguleringskompetence til EF går imod dette ønske.

Blandt ulemperne ved reguleringer på EF-plan kan også nævnes de vanskeligheder, ændringsproceduren inden for EF giver. Disse vanskeligheder, der ikke har påkaldt sig tilstrækkelig opmærksomhed, har deres baggrund i kravet om enstemmighed. Dette krav kan stille sig hindrende i vejen for nødvendige ændringer af én gang vedtagne retsakter. Dette er særlig uheldigt inden for områder, hvor den samfundsmæssige og den tekniske udvikling, således som det i vidt omfang er tilfældet inden for de lovharmoniserede områder, gør hyppige og hurtige ændringer nødvendige. De nationale ændringsprocedurer er typisk mere effektive end selv de særlige ændringsprocedurer, der inden for visse områder er forudset i EF-retsakter (forvaltnings- eller revisionskomitéproceduren).⁷⁰

Hertil kommer, at det kan være vanskeligt på EF-plan fuldt ud ved regeludstedelse at tage hensyn til særlige forhold af historisk, klimatisk, social og økonomisk karakter i de enkelte lande. EF-reglerne kan endvidere på grund af de nødvendige kompromisser mellem modstridende nationale synspunkter rent teknisk være mindre egnede som retlige reguleringsmidler end tilsvarende nationale reguleringer. Dette understreges af, at EF-reglerne på grund af deres anderledes tekniske udformning og deres forskellige offentliggørelsesmåde er vanskeligere tilgængelige for borgerne i medlemsstaterne, end nationale regler normalt er det.

70. Se herom Foighel og Hagel-Sørensen, *EF-retten* s. 87 og *EF-Karnov* s. 796 (ved Abildtrup).

Det er efter min overbevisning en nødvendig forudsætning for en accept af De europæiske Fællesskaber fra medlemsstaternes befolkninger, at der er forståelse i EF-institutionerne for nødvendigheden af at tage hensyn til national egenart og at acceptere nationale eksperimenter. Det er formentlig tilsvarende tanker, professor Freund i en omtale af det amerikanske forbundssystem har givet udtryk for på denne måde: »Måske er ... en smule usikkerhed og uorden i udkanterne, en smule plads til at manøvrere inden for rammerne af forbundssystemet, en uundgåelig pris for loyalitet mod systemet.«⁷¹

26.17 – Sammenfatning

Resultaterne af undersøgelserne i kap. 25 og kap. 26 kan sammenfattes således:

- Forbudet mod FtV finder ikke anvendelse på foranstaltninger, som har ensartede virkninger for den internationale og den interne omsætning.

- Forbudet finder anvendelse på diskriminerende foranstaltninger.

- Forbudets anvendelse på handelshindrende foranstaltninger, der ikke er diskriminerende, men som dog påvirker den internationale omsætning mere end den interne, må afgøres på grundlag af en afvejning af hensynet til de frie varebevægelser og de bag den pågældende foranstaltning liggende formål. Denne afvejning må foretages på grundlag af en helhedsvurdering af den pågældende foranstaltning, hvori foruden dens formål indgår en række andre faktorer, navnlig mærkbarheden af de handelshindrende virkninger.

- Foranstaltningens handelshindrende virkninger skal under alle omstændigheder være begrænset mest muligt.

Disse resultater danner kun rammerne for dommerens beslutningsproces i forbindelse med den konkrete retsanvendelse. Deres tilsyneladende enkelhed skjuler vanskelige problemer for retsanvendelsen.

Dette skyldes ikke mindst, at det er umuligt klart at afgrænse diskriminationstilfældene over for de tilfælde, der skal bedømmes på grundlag af interesseafvejningsprincippet, og at det heller ikke er muligt med sikkerhed at afgrænse forbudets anvendelsesområde over for de foranstaltninger, der virker ensartet på den internationale og den interne omsætning. Overgangene er glidende og skønsmæssige, og det kan være et rent formuleringsspørgsmål, om en foranstaltning bliver fundet stridende mod forbudet, fordi den er diskriminerende, eller fordi dens handelshin-

71. Se kap. 5.9.

drende virkning ikke er retfærdiggjort af dens formål. Det samme gælder tilfælde, hvor en foranstaltning kan findes lovlig, enten fordi den ikke er en »handelshindring« i forbudets forstand, eller fordi dens handelshindrende virkninger er retfærdiggjort af dens formål. Det har dog stadig mening at operere med denne tredeling. Den har sikker mening i det, man kan kalde kerneområderne, og selve interesseafvejningsprincippet gør, at de glidende overgange ikke behøver at have praktisk betydning for det endelige resultat.

Fremhævelsen af interesseafvejningsprincippet hviler på en erkendelse af, at forbudet mod FtV omfatter et område, hvor der kan foreligge konflikter mellem hensyn, der hvert for sig er beskyttelsesværdige. Princippet hindrer, at en for mekanisk anvendelse af forbudet ud fra et eller enkelte kriterier, der måske endda bygger på en *absolut prioritering af hensynet til beskyttelsen af de frie varebevægelser*, fører til resultater, der er uacceptable set fra medlemsstaternes og de nationale dommers synspunkter, og som på længere sigt måske kan være mere skadelige for EF end en accept af visse handelshindringer.

Udgangspunktet for interesseafvejningen må være en accept af det formål, der ligger til grund for foranstaltningen, som beskyttelsesværdigt. Det samme gælder, for så vidt angår det valgte middel. Dette må antages såvel at være et egnet middel til at realisere det ønskede formål som ikke at have større handelshindrende virkninger end nødvendigt. Og der er ikke på forhånd anledning til at gå ud fra, at hensynet til de frie varebevægelser er mere tungtvejende end det formål, der ligger bag den pågældende foranstaltning.

Den retsikkerhed, der opstår, fordi en væsentlig del af forbudets potentielle anvendelsesområde ikke kan afgrænses gennem faste kriterier, er beklagelig. Den må dog næppe overvurderes. Interesseafvejningsprincippet er sammen med de her nævnte og eventuelt andre relevante faktorer et godt udgangspunkt for forståelse af retsanvendelsens problemer. Interesseafvejningsprincippet udelukker ikke, det forudsætter snarere, at EF-Domstolen gennem sin praksis præciserer vægten af de forskellige hensyn, der ligger bag de forskellige typer nationale foranstaltninger, og klargør betydningen af den række faktorer, der indgår i afvejningsprocessen.⁷² En sådan klargøring må allerede i alt væsentligt

72. Eckhoff og Sundby, *anf.st.* s. 135 nævner også, at regningslinier kan forandre sig og eventuelt blive mere detaljerede, efter at afvejningsnormen har været anvendt en tid.

siges at være opnået, for så vidt angår importforbud på grundlag af nationale eneretslove. Samtidig vil også teoriens behandling af forbudets betydning inden for enkelte områder, f.eks. prislovgivningen og oprindelsesregler,⁷³ kunne medvirke til en klargøring af forbudets praktiske anvendelse. Sådanne specialafhandlinger er særligt vigtige, fordi forbudets anvendelse i så høj grad forudsætter dybtgående undersøgelser af de nationale foranstaltningers formål og virkninger.

26.18 – Konfrontation med Domstolens praksis og med Kommissionens opfattelse som gengivet af Sven Ziegler

Der er ingen af de konkrete afgørelser, Domstolen har truffet, som på afgørende måde taler imod at anse afvejningsprincippet som det rigtigste udgangspunkt for afgrænsningen af art. 30.⁷⁴ Tværtimod synes dette princip på tilfredsstillende måde at kunne forklare tilsyneladende modstridende tendenser i Domstolens praksis. Der er næppe heller i Domstolens praksis forhold, der taler imod at lægge vægt på de i dette kapitel omhandlede faktorer som betydningsfulde for interesseafvejningen.

Til gengæld må det erkendes, at Domstolens praksis kun i et vist omfang positivt kan anføres til støtte for de her hævdede løsninger. Domstolen har holdt sine valgmuligheder med hensyn til en række af de vigtigste problemer åbne.

Der kan ikke mindst være grund til at fremhæve den tvivl, der nødvendigvis må være, om Domstolen vil tage så vidtgående hensyn til de nationale reguleringsbeføjelser, som anbefalet i denne afhandling.

Det er muligt at sige noget mere præcist om forholdet mellem det her hævdede interesseafvejningsprincip og Kommissionens retsopfattelse, således som den er gengivet af Sven Ziegler, jfr. kap. 20.3.4.

Kommissionen går ud fra, at en national foranstaltning, der er handelshindrende, er forbudt som FtV, medmindre »dens restriktive virkning er en strengt nødvendig følge af en af EF-retten anerkendt national kompetence.« Denne undtagelse gælder dog ikke, hvis »den restriktive virkning er ude af forhold med formålet«, og hvis »udøvelsen af den nationale kompetence ikke indebærer en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.«

73. Man kan for så vidt angår prisreguleringer nævne Sabiani, »L'incidence du droit de la C. E. E. sur la réglementation française des prix«, *RTDE* 1975 s. 470, Waelbroeck, *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire* og Winkel, »Die Vereinbarkeit staatlicher Preislenkungsmaßnahmen mit dem EWG-Vertrag«, *NJW* 1976 2048 samt for så vidt angår oprindelsesbetegnelser, Matthies »Herkunftsangaben und Europäisches Gemeinschaftsrecht«, *Festschrift für H. P. Ipsen* s. 391.

74. Domstolens praksis er søgt sammenfattet i kap. 24.

Realiteten i denne opfattelse ligger tilsyneladende ikke langt fra det her hævdede interesseafvejningsprincip. Handelshindringer kan godkendes, når de er strengt nødvendige følger af udøvelsen af en af EF-retten anerkendt national kompetence, og deres handelshindrende virkning ikke er større end nødvendigt af hensyn til det formål, udøvelsen af den nationale kompetence har. Kommissionen lægger således til grund, at der er nationale kompetencer, der også uden for art. 36's område kan bruges til reguleringer, selv om disse skulle føre til handelshindringer. Og det er sandsynligt, at undtagelsen for arbitrær diskrimination og skjult handelsbegrænsning er medtaget som dækkende alle former for diskrimination.

Det er også værd at bemærke, at Kommissionen opfatter de handelshindringer, der er en nødvendig følge af udøvelsen af en lovlig national kompetence, som faldende uden for forbudets anvendelsesområde. Det vil sige, at den er enig i de i kap. 25.5 anførte betragtninger om, at det ikke er naturligt at anse alle handelshindringer for omfattet af art. 30.

Der er imidlertid også forskelle mellem den af mig hævdede opfattelse og Kommissionens opfattelse.

Det er af mig hævdet, at en foranstaltning ikke kan være omfattet af forbudet, medmindre den fører til forskellig behandling af den internationale omsætning i forhold til den interne omsætning. Denne begrænsning er i hvert fald ikke udtrykkeligt indeholdt i Kommissionens begrebsfastlæggelse. Det er dog muligt, at den kan indfortolkes i selve begrebet »handelshindring«.

Der er også grund til at fremhæve, at *den formodning for handelshindringers* modstrid med forbudet, der synes at ligge i Kommissionens formulering, »handelshindringer er forbudt, medmindre ...«, ikke gælder i alle tilfælde. Bevisbyrdespørgsmålet må under alle omstændigheder behandles mere nuanceret. Der kan endog være gode grunde til uden for diskriminationsområdet at gå ud fra den modsatte formodning.

Der er også i Kommissionens opfattelse indbygget en usikkerhed med hensyn til, hvilke nationale hensyn der kan accepteres som beskyttelsesværdige. Ziegler bruger udtrykket »national kompetence anerkendt af EF-retten«. Udtrykket kan ganske vist måske opfattes således, at den nationale kompetence blot ikke i sig selv må stride mod EF-retten. Dette er dog næppe den rigtige fortolkning, for Ziegler opregner en række anerkendte nationale kompetencer, f.eks. som nævnt i art. 36, handelsreguleringer, jfr. direktiv 70/50, art. 3, prisreguleringer, produktionsreguleringer, f.eks. fiskekvoter. Kommissionen opfatter formentlig forholdet på den måde, at der i hvert enkelt tilfælde skal foretages en positiv godkendelse af »den nationale kompetence«. Dette kan som anført i afsnit 26.2 ikke være det rigtige udgangspunkt.

Kommissionens opfattelse kan måske hævdes at være både snævrere og mere vidtgående end den af mig hævdede. Snævrere fordi den ikke som udgangspunkt

anerkender de til grund for nationale reguleringer liggende hensyn som beskyttelsesværdige, men også mere vidtgående fordi den tilsyneladende, når foranstaltningen ligger inden for »en anerkendt kompetence«, vil acceptere den, blot dens handelshindrende virkninger ikke går videre end til, hvad der er strengt nødvendigt. Det af mig hævdede interesseafvejningsprincip *kan* føre til, at selv sådanne strengt nødvendige regler er i strid med forbudet, nemlig når deres handelshindrende virkninger er så betydelige, at det formål, der ligger til grund for dem, ikke kan retfærdiggøre dem.

KAP. 27 – NOGLE AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

27.1 – Om afgrænsningens perspektiver

Medlemsstaternes holdning til anvendelsen af forbudet mod FtV må efter forholdets natur være noget tvetydig. Dette gælder også Danmarks holdning. Det er utvivlsomt, at den danske handelspolitik har været og bliver ført ud fra et ønske om den videst mulige fjernelse af handelshindringer, hvilket er forståeligt i et land med en, relativt set, stor international handel.¹ Samtidig kan det være svært for myndighederne at holde rene linier i økonomisk vanskelige tider. Myndighederne opfordrer direkte eller indirekte til at købe dansk² og bebrejdes, når de ikke selv i deres indkøbspolitik følger disse opfordringer.

Medlemsstaternes manglende overholdelse af deres traktatmæssige forpligtelser kan i sig selv give anledning til overvejelser, jfr. nedenfor. Men medlemsstaternes vanskeligheder i denne forbindelse har næppe betydning for deres principielle holdning til afgrænsningsproblemerne. Der vil formentlig ikke på det principielle plan være uenighed om, at det er i medlemsstaternes gensidige og langsigtede interesse, at Domstolen bruger forbudet på en sådan måde, at det bliver muligt effektivt og uden for store bevisproblemer at hindre åbenlys og skjult protektionisme, ubegrundede opdelinger af det fælles marked, angreb på de normale handelskanaler m.v.

1. Se Boye Jacobsen i F. I. D. E., *Equal Treatment of public and private enterprises* 3.2.

2. *Indkøbsvejledningen for statsinstitutionerne*, udarbejdet af Direktoratet for Statens Indkøb, indeholder interessante eksempler på myndighedernes vanskeligheder.

Det siges i afsnittet om danske/udenlandske varer, at de offentlige institutioner bør bestræbe sig på, at deres indkøb finder sted under fuld hensyntagen til dansk producerede varers konkurrencemæssige muligheder. Det tilføjes, at institutionerne i den forbindelse bør være opmærksomme på, om der findes egnede danske producenter, og give dem lejlighed til at afgive tilbud. Ved indkøb i forbindelse med større projekter bør der tages hensyn til danske virksomheders muligheder for på lige fod med andre at kunne deltage som leverandører. Institutionerne må heller ikke diskriminere egnede danske varer, »f.eks. ved at henvise til normer eller specifikationer, der favoriserer udenlandske produkter«. Hvis der er tvivl om det bedste tilbud fra en dansk og en udenlandsk leverandør, skal Direktoratet for Statens Indkøb rådspørges.

Medlemsstaterne får først principielle vanskeligheder, når de skal tage stilling til, hvor langt hensynet til de frie varebevægelser bør kunne begrunde begrænsninger i udøvelsen af deres reguleringer til varetagelse af andre formål end beskyttelse af den nationale produktion. Domstolens praksis har vist, at forbudet mod FtV kan føre til sådanne begrænsninger, men det er ikke muligt at sige noget sikkert om, hvor vidtgående disse begrænsninger vil blive.

Det er forståeligt, at medlemsstaterne endnu ikke har taget stilling til disse problemer. De er ikke klart formulerede i Domstolens praksis, og der har kun været relativt få sager, hvor Domstolen indirekte har haft lejlighed til at tage stilling til dem.³ Men medlemsstaterne må gøre deres holdning klar, således at de er rede til gennem deres procesindlæg at påvirke Domstolen i de kommende sager, hvor problemstillingen bliver entydig.

Der er to grunde til, at dette er vigtigt. På den ene side er der grund til at tro, at Domstolen på dette område vil lade sig påvirke. Det drejer sig trods alt om anvendelse af forbudsbestemmelser af ganske ubestemt indhold, hvor der kan være særlig grund til at tage hensyn til de berørtes retsopfattelse. Og på den anden side er der ikke mindst på dette område fare for at undervurdere EF-Domstolens magt og vilje til at fremme traktatens mål gennem den videst mulige anvendelse af traktatens regler. Der kan i Domstolens praksis påvises klare antydninger af, at den mener det berettiget at prioritere hensynet til de frie varebevægelser højt i forhold til andre hensyn. Det må være medlemsstaternes opgave at overbevise Domstolen om, at dette ikke er rigtigt i den her foreliggende sammenhæng.

Det må være i medlemsstaternes interesse at få Domstolen til at acceptere en af denne afhandlings grundopfattelser, nemlig at *Domstolen i forbindelse med sin vidtgående fortolkning ud fra traktatens formålsbestemmelser må tage hensyn til de grænser, der kan siges at være en integrerende del af enhver formålsfortolkning*. Det formål, reglen forfølger, må aldrig ses isoleret. En blind eller overdreven forfølgelse af reglens formål kan støde an mod og hindre realiseringen af fuldt så vægtige formål.

Man kunne, når man beskæftiger sig med de afgrænsningsproblemer, forbudet mod FtV giver, få det indtryk, at man står over for at løse nogle

3. De fleste af sagerne har som nævnt kunnet afgøres under henvisning til foranstaltningernes diskriminerende karakter.

af de sidste problemer, inden enhedsmarkedet er skabt. Man synes at måtte gå ud fra, at de grundlæggende problemer for fællesmarkedets funktion må være løst, inden de her omhandlede problemer forsøges løst. En sådan antagelse vil imidlertid ikke være korrekt. Økonomerne kan, om nødvendigt, oplyse os om, »at EF ... i dag langt fra (er) et økonomisk fællesskab med hjemmemarkedslignende forhold, ikke mindst fordi ingen politisk ansvarlig instans kan acceptere de frie varebevægelser spil«, så længe man ikke har løst problemerne i forbindelse med de strukturelle og regionale forskelle inden for fællesmarkedet.⁴ Økonomerne vil kunne hævde, at problemerne i forbindelse med FtV hører til »småtingsafdelingen« i forhold til de afgørende og endnu i alt væsentligt uløste problemer i forbindelse med de manglende fremskridt mod en monetær og økonomisk union. Sådanne betragtninger kan være nyttige. Men de må dog ikke føre til, at man frakender forbudet betydning eller begynder at påstå, at jurister bør koncentrere sig om andre og vigtigere problemer. Forbudet er for det første meget vigtigt for det i EF-sammenhæng mest afgørende spørgsmål, nemlig magtforholdet mellem de overnationale og de nationale organer, og hertil kommer, at jurister må beskæftige sig med de problemer, der kan komme til judiciel afgørelse.

Heri ligger den judicielle proces' svaghed og styrke. Domstolene kan kun afgøre de problemer, de får forelagt. Men får de forelagt problemer, er de til gengæld tvunget til at tage stilling til dem. Det vil ikke være rigtigt i EF-sammenhæng at undervurdere de fremskridt mod realiseringen af fællesmarkedet, som den stadige brug af traktatens forbudsbestemmelser betyder.

Man kan til støtte herfor henvise til den vægt, Kommissionen tillægger disse spørgsmål. Dens årlige beretninger og dens programmer for det kommende år viser dens stadige forsøg på at fremme de frie varebevægelser og de vanskeligheder, den støder på.⁵ De seneste års beretninger har vist, hvordan de økonomiske problemer i medlemsstaterne har øget vanskelighederne.⁶

4. Allan G. Ottsen, *Hvorhen Europa*, København, 1979, s. 27.

5. Se f.eks. Kommissionens *Tolvte Almindelige Beretning* s. 106 og *Kommissionens program for 1979* s. 13.

6. Det er ikke blot medlemsstaterne, der har svært ved at respektere princippet om de frie varebevægelser. Det gælder fuldt så meget EF som handelsblok over for tredjelande. EF går ind for frie varebevægelser på verdensplan, men har dog som omtalt i *Kommissionens beretning for 1979* s. 9 »i det forløbne år ... fundet det nødvendigt at

Men intetsteds er den praktiske betydning af forbudet mod FtV blevet kraftigere fremhævet end i en »meddelelse«, som Kommissionen i slutningen af 1978 sendte til samtlige medlemsstater, og hvor den gjorde rede for »situationens alvor«. ⁷ Kommissionen oplyste, at den behandlede mere end 400 sager vedrørende hindringer for de frie varebevægelser, navnlig på grundlag af EØF-traktatens art. 30-36, og at dette tal er firedoblet på 4-5 år. Disse sager udgjorde kun »en beskeden prøve på de faktiske forhold«.

Brevet opdelte disse sager i en række kategorier. Der var 70 sager om automatiske licenser, oprindelsesattester og lignende i forbindelse med indførsel og udførsel. Der var behandlet mere end 100 sager om tekniske eller kvalitative bestemmelser for import og salg af varer på det indenlandske marked. Ca. 70 af disse var eller kunne efter Kommissionens opfattelse være overtrædelser af art. 30. Disse omfattede en række sager, hvor der tilsyneladende ikke forelå forskelsbehandling, og hvor foranstaltningerne kunne have legitime formål, men alligevel kunne »tilsigte at forhindre eller modarbejde indførsel af varer fra andre medlemsstater«. Kommissionen havde fået forelagt ca. 30 sager om nationale regler om maksimums- eller minimumspriser, fastsat på et niveau, hvor der ikke var taget hensyn til de yderligere omkostninger og belastninger, som importen medfører. Kommissionen nævnte også overdreven eller uberettiget kontrol ved grænserne og præferenceordninger til fordel for national industri ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler.

Kommissionen meddelte medlemsstaterne, at den var sindet for fremtiden at gribe kraftigt og hurtigt ind over for overtrædelser, og at den til dette formål have effektiviseret sin interne behandling af traktatbrudssager. Den nævnte, at den havde til hensigt »på grundlag af de nye fortolk-

træffe foranstaltninger for at sikre beskæftigelsen i bestemte industrier såsom tekstil, stål og skibsbygning, der lider af akut overkapacitet og overskydende arbejdskraft, hvilket i næsten alle tilfælde skyldes den øgede evne hos producenter uden for Fællesskabet til at fremstille disse varer billigere«. EF har sørget for, at det internationale handelssystem, der er ved at blive bygget op, får sin egen reguleringsmekanisme. »Vi (d.v.s. EF) må f.eks. sikre, at dette system tager rimeligt hensyn til det nyopdukkede fænomen, nemlig den meget konkurrencedygtige producent ..., der er i stand til at trænge dybt ind på et bestemt marked på en sådan måde, at vor hjemlige produktion bliver slået næsten helt ud«. Således kan også EF-Kommissionen argumentere for protektion!

7. Brevet er omtalt i *EF-Bulletin* nr. 10/1978 pkt. 2.1.14 og i *Den Tolvte Almindelige Beretning* s. 82.

ningsmuligheder, som er givet med Domstolens seneste retspraksis, at udforske alle de muligheder, den har, for at sikre den strengest mulige kontrol med EØF-traktatens regler om de frie varebevægelser, særlig art. 30-36 ...«.

Man kan for det første undre sig over, at staterne fortsat i samhandelen mellem medlemsstaterne benytter licensordninger og andre af de mere traditionelle handelsbegrænsende virkemidler. Dette skulle synes utænkeligt snart 20 år efter traktatens ikrafttræden og 9 år efter, at forbudet er blevet umiddelbart anvendeligt. Dette kan ses som udtryk for, hvor vanskeligt et område bestemmelserne regulerer. Det er udtryk for, hvor store spændinger der kan opstå mellem hensynet til de frie varebevægelser og ønsker om at beskytte national produktion. Det kan for staterne i økonomisk vanskelige tider være umuligt at modstå pres for at få indført forskellige former for beskyttelse af national produktion, jfr. f.eks. de franske restriktioner i forbindelse med import af italiensk vin.⁸ EF's sikkerhedsklausuler er enten ikke vide nok eller fungerer ikke hurtigt nok.

Oplysningerne i meddelelsen viser endvidere, at forbudet mod FtV tilsyneladende nu er ved at få praktisk betydning for en række foranstaltninger, der ikke med rimelighed kan kaldes diskriminerende. Da de fleste Kommissionssager starter med klager fra virksomheder, må disse oplysninger tages som udtryk for, at virksomhederne er begyndt at blive opmærksomme på de muligheder, forbudet mod FtV giver dem.

Endelig viser Kommissionens meddelelse indirekte, at virksomhederne har valgt at søge forbudet håndhævet gennem klager til Kommissionen. De har kun i begrænset omfang gjort brug af de muligheder, de har for at håndhæve forbudet gennem nationale søgsmål og deraf følgende præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen.⁹

Man kan i Kommissionens meddelelse formentlig finde bekræftelse på, at forbudet mod FtV i de kommende år vil få større og større praktisk betydning. Domstolen vil få rig lejlighed til at uddybe og klargøre sin praksis. Det kunne måske give anledning til undren, at de praktiske virkninger af forbudet først rigtigt viser sig nu i Kommissionens og Domsto-

8. Se sag 80-81/77 Société des Commissionnaires Réunis.

9. Det er betegnende, at en stor del af de præjudicielle sager, der har været forelagt EF-Domstolen, har deres baggrund i nationale straffesager. Forbudet bruges »defensivt«, og kun i meget ringe grad offensivt.

lens arbejde. Det skyldes ikke kun, at det først er nu, der vedtages handelshindrende foranstaltninger. Det skyldes fuldt så meget det faktum, at det på alle områder tager tid for traktatens regler at trænge ind i de nationale retssystemer og blive effektivt efterlevet. Hertil kommer, at opmærksomheden i første omgang har været rettet mod afskaffelsen af de traditionelle handelshindringer såsom told og kvantitative restriktioner. Betydningen af forbudet mod FtV er først blevet tydelig efter afskaffelsen af disse klare og håndgribelige handelshindringer. EF's retssystems indtrængen i de nationale retssystemer er en langsom, men fortsat proces. Erfaringen viser også, at der kan gå lang tid, inden virksomhederne rigtigt får øjnene op for, at et direkte søgsmål ved nationale domstole kan være et realistisk og sommetider mere effektivt middel end en klage til Kommissionen.¹⁰

27.2 – Om Domstolens fremtidige praksis

Det har vist sig umuligt ved fortolkningen af forbudet mod FtV at finde enkle og letanvendelige kriterier, der samtidig sikrer, at forbudet anvendes i alle de tilfælde, hvor det konkret findes rigtigt under hensyn til traktatens formål.

Domstolen kunne have valgt enkle og let anvendelige kriterier. Den kunne f.eks. have valgt at fortolke art. 30 og art. 34 som indeholdende et forbud mod diskrimination¹¹ og have accepteret, at de yderligere handelshindringsproblemer blev løst ved harmonisering. Herved ville Domstolen have tilgodeset hensynet til forudselighed og retssikkerhed.¹²

Domstolen har ikke valgt denne mulighed. I overensstemmelse med sin almindelige holdning til fortolkningen af traktatens grundlæggende reg-

-
10. Virksomhedernes overvejelser i denne forbindelse må nødvendigvis afhænge af en helhedsbedømmelse af fordele og ulemper, som atter vil afhænge af den konkrete sags omstændigheder. Ulemperne ved direkte sagsanlæg er i første række omkostninger og besvær ved enhver judiciel procedure, ikke mindst hvis den skal foregå i udlandet. Hertil kommer tilbageholdenhed over for at »genere« de myndigheder, med hvem man også i fremtiden skal forhandle om løsningen af fælles problemer. Den indlysende fordel ved direkte spørgsmål er, at virksomheden selv kan fremtvinge en domstolsafgørelse relativt hurtigt. Den er ikke afhængig af Kommissionens overvejelser om det hensigtsmæssige i sagsanlæg.
 11. Dette diskriminationsbegreb skulle være begrænset til åbenlys diskrimination og de i kap. 26.4 beskrevne »klare« tilfælde af skjult diskrimination.
 12. Denne løsning havde formentlig også tilgodeset den i kap. 8.2 nævnte opfattelse, hvorefter sikre og forudselige vilkår for samhandelen er af afgørende betydning for virksomhedernes langsigtede planlægning.

ler er den gået ind for en anvendelse af forbudet, der sikrer en videre beskyttelse af de frie varebevægelser. Den har reelt erkendt, at problemet ikke kan og bør løses gennem enkle formler, selv om den formelt har tilsløret dette gennem sin uheldige anvendelse af »Dassonville-definitionen«.

Den har påtaget sig en vanskelig opgave. Den må give udtryk herfor i sine afgørelser, og den bør tilstræbe at klargøre, inden for hvilke rammer, ud fra hvilke hensyn og på grundlag af hvilke retningslinier den løser opgaven.

Den har reelt her kun to muligheder.

Den kunne gå ud fra, at art. 30 og art. 34 indeholdt et forbud mod forskelsbehandling, der så til gengæld blev udstrakt til også at omfatte en række foranstaltninger, hvor »diskriminationen« alene består i, at foranstaltningen faktisk har forskellige virkninger for den indenlandske og den udenlandske omsætning.¹³

Men den kan også vælge den her hævdede løsning, d.v.s., at forbudets anvendelse uden for de klare diskriminationstilfælde forudsætter en interesseafvejning, der kan være præciseret gennem en række nærmere bestemte faktorer. Dette udgangspunkt vil give det bedste billede af de tankeprocesser, dommerne må igennem for at nå til et resultat i konkrete sager. Domstolen må opgive betænkeligheder ved gennem udtrykkelig accept af den interesseafvejning, der må ligge til grund for de konkrete afgørelser, at vise sin retsskabende virksomhed. Den retsusikkerhed, der følger af mangelen på faste og let anvendelige kriterier, er trods alt at foretrække fremfor den retsusikkerhed, der opstår, når det praktiske livs krav viser, at faste kriterier ikke slår til og derfor ikke kan bruges ved afgørelsen af konkrete sager.

EF-Domstolen er med rette blevet bebrejdet, at dens afgørelser fremtræder som utvivlsomme og automatiske følger af på forhånd givne præmisser, og at den ikke reelt fortæller noget om, hvordan den når til sit resultat.¹⁴

13. Der er forfattere, som udlægger Domstolens praksis således, se kap. 23.

14. Se C. Hamsons bemærkninger herom s. II 22 og 27 i hans indlæg på *mødet ved EF-Domstolen mellem repræsentanter for domstole og universiteter* den 27.-28. september 1976. Han kalder dommene »vandtætte og dogmatiske« og udtrykker håb om, at det vil være muligt, i hvert fald efter EØF's »forvirrede tilblivelsesproces«, »at afgive mere dækkende svar på anbringender og at knytte den enkelte afgørelse fastere til de omstændigheder og betingelser, der danner baggrund for den«.

Mere åbenhed om Domstolens reale overvejelser vil ikke alene skabe større forudselighed og dermed retssikkerhed. Den vil utvivlsomt også skabe større forståelse for Domstolens resultater, og tillid, der bygger på forståelse, er varigere end tillid, der bygger på ærefrygt.¹⁵

15. Frit efter den amerikanske højesteretsdommer Douglas s. 754 i en artikel om *Stare Decisis* i *49 Columbia Law Review*.

Ekskurs

OM RETSVIRKNINGERNE AF FORBUD MOD Ftv I EF's AFTALER MED TREDJELANDE

KAP. 28 – FORHOLDET MELLEM FOLKERETLIGE AFTALER OG INTERN RET

28.1 – Undersøgelsernes baggrund

EF har indgået en række handelsaftaler og andre aftaler med tredje-lande, og *der findes i nogle af disse aftaler forbud mod FtV, der svarer til forbudet i EØF-traktaten.*

Dette nødvendiggør en stillingtagen til retsvirkningerne af disse bestemmelser. Det må for det første undersøges, om EF's folkeretlige aftaler som sådanne har *retsvirkninger i EF's interne retsorden uden fællesskabsretlige opfyldesskridt*. Det praktisk vigtige spørgsmål er, om bestemmelser kan påberåbes af private over for medlemsstaternes myndigheder ved direkte søgsmål for nationale domstole. Og det må for det andet undersøges, om *forbudene mod FtV i disse aftaler skal fortolkes på samme måde som forbudet i EØF-traktaten.*

Disse undersøgelser falder uden for denne afhandlings direkte område, nemlig afgrænsningen af *EØF-traktatens* forbud mod FtV. Men undersøgelserne vil vise, at eksistensen af tilsvarende forbud i EF's tredjelandsaftaler kan have en indirekte betydning for fortolkningen af *EØF-traktatens* forbud. Det vil som udgangspunkt være mest naturligt at fortolke de pågældende bestemmelser i tredjelandsaftalerne i overensstemmelse med forbudet i *EØF-traktaten*. Man må derfor ved fortolkningen af *EØF-traktatbestemmelser* være opmærksom på, at fortolkningen måske kan have konsekvenser for samhandelen med det store antal tredje-lande, med hvilke EF har indgået aftaler.

28.2 – Undersøgelsernes begrænsninger og systematik

Undersøgelserne vedrører problemer, der er omfattende og komplicerede. Den hjælp, der kan hentes i EF-Domstolens praksis, er begrænset og usikker, og litteraturen er uoverskuelig. Undersøgelserne vil derfor

koncentrere sig om en formulering og afgrænsning af de grundlæggende problemer og de valgmuligheder, der foreligger, og de vigtigste af de resultater og synspunkter, der kan udledes af Domstolens praksis og litteraturen.

Undersøgelserne omfatter problemer vedrørende forholdet *mellem EF's retssystem og traktater, der folkeretligt binder EF*. Da EØF-traktaten ikke indeholder regler herom, må disse problemer ses *på baggrund af de løsninger, der forekommer i staternes almindelige praksis*. Resten af dette kapitel vil derfor undersøge de forskellige måder, hvorpå traktater opnår retsvirkninger i de nationale retssystemer.

Kap. 29 vil undersøge de tilsvarende spørgsmål konkret for så vidt angår EF's retssystems behandling af traktater, og kap. 30 vil undersøge, hvilke retsvirkninger de til art. 30 svarende forbud i nogle af EFs tredjelandsaftaler – Lomé-aftalen og rest-EFTA-aftalerne – må antages at have i EF's medlemsstater.

28.3 – Forholdet mellem traktater og intern ret. (Traktater som bestanddele af intern ret).

Staternes *folkeretlige* forpligtelse opstår, når aftalen gyldigt er kommet i stand gennem parternes erklæringer. Det sker normalt gennem ratifikation.¹

Folkeretten kræver, at staterne opfylder deres traktatretlige forpligtelser, men den almindelige folkeret indeholder *ikke regler om, hvorledes den konkrete opfyldelse skal ske. Dette overlades*, medmindre den enkelte traktat indeholder særlige regler, *til staternes afgørelse*.²

Der findes i hver enkelt stats retssystem udtrykkelige eller stiltiende regler, der tager stilling til forholdet mellem traktater og intern ret, og disse regler viser betydelige forskelle. Forskellene kan være historisk begrundede, de kan have ideologiske årsager, og de kan være udtryk for mere retstekniske overvejelser.

Problemet om traktaters retsvirkninger i de interne retssystemer opstår ikke i forbindelse med det betydelige antal traktater, der alene har

1. Se herom Ross m.fl., *Folkeret* s. 114.

2. Se Ross, *anf. st.* s. 75, Max Sørensen, »Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrags«, *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht* s. 21, Waelbroeck, *Traités internationaux et juridictions internes* s. 295 og Espersen, *Indgåelse af opfyldelse af traktater* s. 125 ff.

betydning for staternes folkeretlige forhold.³ Problemet opstår til gengæld, hver gang traktatreglerne har et indhold af direkte eller indirekte betydning for forholdet mellem myndighederne og borgerne eller for forholdet mellem borgerne indbyrdes. Problemet opstår, hver gang reglerne efter deres indhold vil kunne indgå som led i gældende national ret, på grundlag af hvilke myndighederne og domstolene tager stilling til retlige spørgsmål.

De to teoretiske yderpunkter for de løsninger, de nationale retssystemer kan vælge, er:

– *En total åbenhed* over for traktater. Traktater er, fra det øjeblik de er blevet bindende og trådt i kraft for staten, bestanddele af intern ret. De kan anvendes i staten i deres folkeretlige form uden nogen mellemkommende retsakt.

– *En total lukkethed* over for traktater. Der er forbud mod, at myndighederne og domstolene bruger dem som retskilde i nogen som helst forbindelse. De kan kun få interne retsvirkninger gennem udstedelse af interne retsakter.

Det første yderpunkt er gældende ret i en række stater,⁴ dog således at man kræver, at traktaten skal være offentliggjort.⁵

Her har udtrykkelige forfatningsbestemmelser eller forfatningspraksis accepteret traktater som bestanddele af intern ret uden mellemkomst af interne retsakter.

Det andet yderpunkt findes næppe i praksis. Men der er en række stater, hvor det gøres gældende, at den *principielle* ordning er, at opfyldelse af traktater sker gennem interne retsakter. Disse lande nægter traktater visse retsvirkninger, medmindre de nationale myndigheder gennem en national retsakt har vist, at man i den interne retsorden skal opfylde

3. Se herom Espersen, *anf.st.* s. 104 og Justitsministeriets *redegørelse for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med dansk tiltrædelse af EF, NTIR* 1971 s. 65 ff afsnit 1.2.

4. Dette gælder f.eks. i U.S.A., Frankrig, Belgien, Luxembourg og Holland. Se om løsninger i en række lande D. P. O'Connell, *International Law* (2. udgave), London/New-York, 1965, s. 56 ff., Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge* s. 17 ff., Waelbroeck, *anf. st.*, Gangsted-Rasmussen, *EF-retten umiddelbare anvendelighed* s. 7 og s. 18, og *betænkning nr. 682/1973 om kundgørelse og opfyldelse af traktater*.

5. Ifølge Waelbroeck, *anf.st.* s. 295 kræves i alle EF-medlemsstater offentliggørelse af traktater i nationale publikationer. Max Sørensen, *anf. st.* s. 18, nævner, at offentliggørelse ikke er nogen betingelse for at tillægge traktater interne retsvirkninger i U.S.A.

traktatens regler på dette punkt.⁶ Det er f.eks. efter herskende opfattelse her i landet således, at en traktatbestemmelse, der ikke er »gennemført« ved dansk retsakt, ikke kan anvendes, når den er i strid med en udtrykkelig dansk retsregel, og at den ikke kan erstatte en manglende hjemmel i gældende intern dansk ret i tilfælde, hvor sådan hjemmel kræves som grundlag for de danske myndigheders virksomhed.⁷ En ikke-gennemført traktat kan derimod have andre retsvirkninger, f.eks. benyttes som fortolkningsdata og indskrænke myndighedernes frie skøn.⁸ Man kan ikke med sikkerhed gå ud fra, at andre lande, der også principielt kræver gennemførelse ved intern retsakt, kræver gennemførelse i samme omfang og tillægger den samme betydning og retsvirkninger.

Med dette forbehold kan man foreløbig opdele de nationale løsninger i en gruppe, der accepterer traktater som bestanddele af intern ret uden mellemkommende intern retsakt, og en gruppe, der principielt kræver en intern gennemførelse.

Denne sondrings betydning må imidlertid ikke overvurderes. Årsagen er, at *den interne gennemførelse kan ske på forskellige måder*, og at der blandt disse findes måder, der er så enkle, at den praktiske forskel mellem retsstillingen i disse lande og i lande, der ikke kræver intern gennemførelse, er meget ringe.

Yderpunkterne for fremgangsmåderne ved den interne gennemførelse er:

- Et simpelt krav om, at den nationale lovgiver, normalt i forbindelse med samtykke til traktatens ratifikation, giver udtrykkeligt eller stiltiende udtryk for, at traktaten skal være bestanddel af national ret.

- Et krav om, at traktatens regler først får retsvirkninger, når de er gentaget eller omskrevet i en intern retsakt.

Den første fremgangsmåde er den i Forbundsrepublikken Tyskland og i Italien almindeligt brugte,⁹ og den anden fremgangsmåde har været den traditionelle i Storbritannien og i Danmark.¹⁰ Men også i Danmark har

6. Dette gælder f.eks. i de nordiske lande, Storbritannien, Irland, Forbundsrepublikken og Italien.

7. Se *Juridisk Grundbog* (2. udgave) s. 125 ff. (ved Due), *Justitsministeriets redegørelse* afsnit I pkt. 4 og Espersen, *anf.st.* s. 155 ff.

8. Espersen, *anf.st.* s. 491 ff.

9. Se de i note 5 omtalte værker og navnlig, for så vidt angår Tyskland, Espersen, *anf.st.* s. 451 ff.

10. Se om opfyldelsespraksis i Danmark Espersen, *anf.st.* s. 185 ff., *Juridisk Grundbog* s. 127 ff. og *betænkning nr. 682/1973 om kundgørelse og opfyldelse af traktater*.

man altid brugt og bruger i stadig videre omfang en blot *henvisning* til en traktat (eller bestemte dele af den) som opfyldesskridt.¹¹

Når det tages i betragtning, at hovedparten af det store antal traktater, der indgås i dag, kun har virkninger for statens folkeretlige stilling og i hvert fald ikke tilsigter at skabe rettigheder eller pligter for borgerne, kan der anføres gode grunde for, at det forholdsvis lille antal, der skal have disse virkninger, udskilles til selvstændig behandling derved, at de gentages eller omskrives i en national retsakt. Herved bliver de offentliggjort i en form, borgerne er fortrolige med, og på et sted, hvor de er vant til at søge efter regler, der har betydning for dem, og herved får den myndighed, der har afsluttet traktaten, på grundlag af sit kendskab til traktatens formål mulighed for at udføre det politisk relevante arbejde, som det er mest naturligt den, og ikke domstolene, udfører, nemlig at udskille de bestemmelser, der skal have direkte virkninger i intern ret. Det kan derfor gøres gældende, at denne fremgangsmåde forøger borgernes retssikkerhed og praktiske mulighed for at bruge reglerne og dermed indirekte også folkerettens gennemslagskraft. Disse forhold fremhæves ikke som led i en debat om, hvilket opfyldessystem det enkelte interne retssystem bør vælge. Det er nemlig klart, at den sidstnævnte fremgangsmåde også indebærer alvorlige farer, hvis de nationale opfyldesskridt enten ikke foretages eller ikke er loyale over for den folkeretlige forpligtelse.

De fremhæves alene for at understrege, at der *ikke på forhånd ud fra forestillinger om, hvad der er mest folkeretsoverensstemmende, kan tages stilling til, hvordan et givet retssystem, f.eks. EF-retssystemet, skal opfylde sine traktatretlige forpligtelser*. Dette spørgsmål må afgøres ud fra overvejelser om, hvad der anses for mest hensigtsmæssigt ud fra en helhedsvurdering af fordele og ulemper ved de enkelte fremgangsmåder.¹²

-
11. Dette sker ikke mindst i de talrige tilfælde, hvor lovgivningen på forhånd indrettes således, at den gør bestemte typer traktater til bestanddele af dansk ret, f.eks. ved i en lovregel at sige, at den kun gælder, i det omfang ikke andet følger af traktatretlige regler.
 12. Man har i de senere år her i landet gjort sig alvorlige overvejelser om fordele og ulemper ved henholdsvis opfyldelse gennem henvisning til traktater og opfyldelse gennem omskrivning i interne retsakter af traktaterne. Se herom Max Sørensen, »Spørgsmålet om den umiddelbare anvendelse af traktater som bestanddel af dansk ret«, *NAT* 1966 s. 107, Espersen, *anf. st.* s. 496 ff., *Juridisk Grundbog* s. 127 ff og navnlig *betænkning nr. 682/1973*. Betænkningen konkluderer, at valget mellem de to metoder må træffes i det enkelte tilfælde ud fra en afvejning af de hver for sig vægtige fordele og ulemper ved de to metoder, set på baggrund af den konkrete traktattekst.

28.4 – Traktatbestemmelsernes interne retsvirkninger og deres plads i det interne regelhierarki

Det forudsættes i det følgende, at betingelserne for at anse traktater som bestanddele af intern ret er opfyldt.

De afgørende spørgsmål bliver da, *hvilke dele* af traktaterne der skal have interne retsvirkninger, *hvilke retsvirkninger* disse konkret skal tillægges, og *hvordan de* indgår i det interne retssystems regelhierarki.

Det praktisk vigtigste spørgsmål er, hvilke retsvirkninger der skal tillægges bestemmelserne i en traktat, der er bestanddel af intern ret.¹³

Disse spørgsmål opstår ikke, når traktaten er opfyldt gennem omskrivningsmetoden. Her er de regler, der skal have interne retsvirkninger, udskilt, og man kan gå ud fra, at de skal have retsvirkninger som interne regler.

Spørgsmålene opstår til gengæld i alle andre tilfælde. Ikke alene hvor traktaten uden mellemkommende intern retsakt er bestanddel af intern ret, men også hvor en intern gennemførelsesakt kræves, hvad enten denne blot som i Tyskland udtrykker opfyldelsesvilje, eller den mere specifikt gennem en henvisning til eksisterende eller fremtidige traktater sætter disse i kraft i landet.

Der opstår i disse tilfælde særlige problemer. Bestemmelserne findes i retsakter af en anden oprindelse og form end interne retsakter, og man kan derfor ikke med sikkerhed slutte, at de skal have samme retsvirkninger, som tilsvarende bestemmelser i interne retsakter har.

Spørgsmålene kan være løst udtrykkeligt i selve traktaten, og der kan også i forbindelse med den interne retsakt, der gør traktaten til en bestanddel af intern ret, være taget stilling til dem.

Dette vil dog være en undtagelse. Da der heller ikke findes almindelige regler i folkeretten,¹⁴ der hjælper til løsningen, må man finde *løsning*

13. Dette spørgsmål kaldes normalt spørgsmålet om traktaters self-executing karakter. En kortfattet gennemgang af den hidtidige behandling af dette spørgsmål findes hos Espersen, *anf.st.* s. 114 ff. Grundige undersøgelser er foretaget af Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge* og af Koller, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*. Undersøgelse af praksis i de 6 oprindelige medlemsstater er foretaget af Waelbroeck, *anf.st.* s. 161 ff.

14. Den faste mellemfolkelige domstol i Haag tog i 1928 i et responsum i den såkaldte Danzig-sag (Advisory Opinion No. 15, Series B 1928) stilling til de interne retsvirkninger af en polsk/tysk overenskomst. Denne udtalelse indeholder dog kun begrænset hjælp til nationale domstole, når de skal tage stilling til disse spørgsmål. Dels tog Haag-domstolen stilling til spørgsmålet på det folkeretlige plan, dels kan de retningslinier, der blev fast-

gerne i den praksis, der måtte foreligge i de enkelte interne retssystemer.

Man kan således ikke opstille nogen generel teori om, hvornår traktatbestemmelser skal tillægges interne retsvirkninger.

Man ser somme tider hævdet, at formodningen er imod, at traktatbestemmelser har interne retsvirkninger.¹⁵ Der er dog utvivlsomt en udvikling væk fra denne formodning. Dette er naturligt, fordi flere og flere traktater i dag faktisk tilsigter at have interne retsvirkninger. Waelbroeck gør da også gældende, at man ikke i nogen af de 6 oprindelige EF-medlemsstater finder en sådan formodning bekræftet i retspraksis.¹⁶

Det bedste udgangspunkt for en generel analyse af de omstændigheder, der kan være af betydning for problemets løsning, fås formentlig, hvis man går ud fra, at en traktatbestemmelse skal tillægges de retsvirkninger, en intern regel af tilsvarende indhold tillægges.¹⁷

Men det er netop kun et udgangspunkt. Der kan påpeges en række omstændigheder, der kan udelukke, at en regel kan tillægges sådanne virkninger.

Disse omstændigheder kan have deres oprindelse i bestemmelsens manglende egnethed til at blive brugt som grundlag for interne retsvirkninger. Den kan være for upræcis og ubestemt, den kan være betinget, og den kan kræve yderligere gennemførelsesskridt for at kunne anvendes. Det kan være, at en fortolkning af traktaten bl.a. på grundlag af dens forarbejder viser, at det ikke har været de kontraherende parter hensigt, at den skal have interne retsvirkninger, og det kan være, at den interne opfyldelsesprocedure viser, at visse af traktatens bestemmelser ikke skal have sådanne retsvirkninger. Det kan også være, at interne retsvirkninger forudsætter gensidighed i den anden kontraherede parts opfyldelse. Det er sådanne og andre omstændigheder,¹⁸ der konkret kan være af betydning for afgørelsen.¹⁹

lagt i 1928, ikke være retningsgivende i dag, hvor staterne utvivlsomt i højere grad end tidligere tilsigter, at traktatbestemmelser skal have interne retsvirkninger.

15. Se herom Waelbroeck, *anf. st.* s. 165, der omtaler en række forfattere, der gør denne opfattelse gældende. Man støtter dette på det i note 14 nævnte responsum fra den faste mellemfolkelige domstol i Haag.

16. *Anf.st.* s. 184.

17. Se også Bleckmann, *Europarecht* s. 195 f. og Zuleeg, »Die innerstaatliche Anwendbarkeit Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta«, *ZaöRV* 1975 s. 341 ff.

18. Max Sørensen, *anf. st. (Menschenrechte ...)* s. 29, har også nævnt betydningen af indholdet af national ret på det pågældende område. National ret kan forhindre, at trakta-

Det er næppe muligt at fastlægge kriterierne for, hvornår traktatbestemmelser har interne retsvirkninger, ved hjælp af enkle formler.²⁰ Det er i hvert fald ikke lykkedes i nogen af de retssystemer, hvor domstolene og teorien har beskæftiget sig med problemet.

Man må ikke overse betydningen af ideologiske hensyn. Praksis i nogle lande er utvivlsomt mere åben over for og ønsker i højere grad at sikre respekten af traktatretlige forpligtelser end praksis i andre lande. Man kan dog ikke slutte, at domstolene i de lande, hvor traktatbestemmelser automatisk er bestanddele af intern ret, også sikrer traktatbestemmelsernes interne retsvirkninger bedre end domstolene i lande, hvor traktatbestemmelser først bliver bestanddele af intern ret, når en intern retsakt direkte eller indirekte har vist, at dette skal være tilfældet. Tværtimod kan det være, at den i de sidste lande udtrykte »opfyldelsesvilje« fjerner navnlig psykologiske hindringer hos dommerne for at behandle traktatbestemmelser på samme måde som internt vedtagne regler.²¹

Der er ikke grund til at gå nærmere ind på løsningerne i enkelte lande. Der kan næppe påvises en sådan overensstemmelse mellem løsningerne i EF-medlemsstaterne, at der er nogen grund til at tro, at EF-Domstolen vil føle sig bundet af nationale løsninger.²²

Er traktater bestanddele af intern ret, må der tages stilling til *spørgsmålet om deres plads i det interne regelhierarki*. Folkeretten indeholder ikke regler herom. Spørgsmålet giver ingen problemer i de lande, hvor det principielle udgangspunkt er, at traktater først bliver bestanddele af intern ret, når de er blevet gennemført ved en intern retsakt. Her må traktaten have samme plads i regelhierarkiet som den interne gennemførelsesakt. I de lande, hvor traktater uden mellemkommende retsakt er bestanddele af national ret, er der valgt forskellige løsnin-

ter kan få direkte virkninger, f.eks. derved at traktatens regel griber ind på et område, der er reguleret på en sådan måde, at en anvendelse af traktaten ville umuliggøre en normal anvendelse af området som helhed, altså i tilfælde, hvor indpasningen af traktaten kun kan ske ved egentlige lovgivningsændringer af det pågældende område, se herom Espersen, *anf. st.* s. 120.

19. Den grundigste gennemgang af de hensyn, der kan indgå i afgørelsen, findes i Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*

20. Se Max Sørensen, *anf. st.* (*Menschenrechte ...*) s. 29.

21. Se herom Waelbroeck, *anf. st.* s. 187.

22. Se i samme retning Bleckmann, *Europarecht* s. 170.

ger. Det kan være, at traktaten har lovsrang, men det kan også være, at den har højere rang end love.²³

28.6 – Terminologi

Terminologien på området giver problemer.²⁴ Dette skyldes bl.a., at der er reelle uoverensstemmelser blandt forfatterne om problemformulering og løsninger. En anden og lige så vigtigt grund er, at forfatterne ikke sjældent tager udgangspunktet i deres eget retssystem. Intet er naturligere. Men det kan være, at det begrebsapparat, der er udviklet på grundlag af national rets problemstilling og løsninger, er uhensigtsmæssigt, når man skal behandle de generelle problemer, forholdet mellem traktater og intern ret giver. Man må være sig bevidst, at der på dette område er særlig fare for, at der ikke skjuler sig samme realitet bag to forfatters anvendelse af samme begreb. Begreberne transformation, inkorporation, adoption m.v. kan benyttes i forskellige betydninger.

Man er her i landet ved at nå til en vis ensartethed i den terminologi, der dækker de praktisk forekommende opfyldelsesmetoder i Danmark. Man sonderer mellem *inkorporation*, der dækker alle de tilfælde, hvor gennemførelsen af traktatreglen sker ved en intern regels henvisning til traktatreglen, og *omskrivning* hvor gennemførelsen sker ved traktatreglens optagelse, d.v.s. ved gentagelse eller omskrivning, i en national regel.²⁵ Men denne danske terminologi er ikke fuldt ud anvendelig, når man generelt undersøger de opfyldelsesmåder, der bruges i de forskellige lande.

Der kan være grund til at finde et overbegreb, der dækker det faktum, at traktater ikke efter den almindelige folkeret uden videre er bestanddele af intern ret, men at det tilkommer hvert nationalt retssystem at vælge grundlaget for traktaters optagelse i intern ret. Ordet inkorporation er dækkende.²⁶ Dette overbegreb kan herefter inddeles ved hjælp af begreber, der giver udtryk for det typiske i de eksisterende former for opfyldelse.

Man kan sondre mellem automatisk inkorporation, quasiautomatisk inkorporation, henvisningsinkorporation og omskrivningsinkorporation.²⁷

23. Se om løsningerne i de 4 EF-lande, der falder inden for denne gruppe, Holland, Frankrig, Belgien og Luxembourg, Waelbroeck, *anf. st.* s. 189 ff. og Gangsted-Rasmussen, *anf. st.* s. 18 ff.

24. Se herom Espersen, *anf. st.* s. 133 ff.

25. Se *Juridisk Grundbog* s. 127, Espersen, *anf. st.* s. 425 og Max Sørensen, *Statsforfatningsret* s. 276 (der dog også kalder omskrivning for transformation). Ross, *Folkeret* s. 75 synes også at gå ind for denne terminologi.

26. En ulempe er, at man herved som overbegreb vælger et begreb, der i dansk ret bruges som betegnelse for en af opfyldelsesmåderne. Som det senere vil blive vist, vil de to danske opfyldelsesmetoder være omfattet af begreberne henvisningsinkorporation og omskrivningsinkorporation.

27. Ross, *anf. st.* s. 80 ff. benytter de to første begreber i den her nævnte betydning.

Automatisk inkorporation dækker de tilfælde, hvor traktaten bliver bestanddel af intern ret uden mellemkommende intern retsakt. *Quasiautomatisk inkorporation* dækker de tilfælde, hvor traktaten bliver bestanddel af national ret i forbindelse med en intern retsakt, normalt et ratifikationssamtykke, hvori der indfortolkes, at traktaten bliver gjort til bestanddel af intern ret. *Henvisningsinkorporation* dækker de tilfælde, hvor en intern retsakt udtrykkeligt henviser til en traktat med henblik på at gøre den til bestanddel af intern ret. *Omskrivningsinkorporation* dækker de tilfælde, hvor traktater gentages eller omskrives i interne retsakter.²⁸

Terminologien vedrørende spørgsmålet om de interne retsvirkninger af bestemmelser i traktater, der er inkorporeret automatisk, quasiautomatisk eller gennem henvisning, giver vanskeligheder. Begrebet *self-executing* er belastet af for meget og for forskellig brug. Begrebet *umiddelbar eller direkte anvendelighed (eller virkning)* bliver brugt om den interne EF-rets virkninger i medlemsstaterne. Det er derfor et spørgsmål, om man bør bruge det samme begreb på tredjelandsaftalernes virkninger i EF-retten og i medlemsstaternes interne retsordener. Det kunne forlede til den fejlagtige opfattelse, at løsningerne også er ensartede. Da de grundlæggende problemer imidlertid er ensartede, nemlig fastlæggelse af de interne retsvirkninger af overnationalt retsakter, er det forsvarligt at bruge det samme begreb. Det sprogligt mest dækkende synes at være *direkte anvendelighed (eller virkning)*.²⁹ Man må blot huske, at man ikke ved anvendelse af samme terminologi kan slutte, at de praktiske løsninger af forskellige problemer også er ensartede.

28. Man kan drøfte det hensigtsmæssige i at sondre mellem quasiautomatisk inkorporation og henvisningsinkorporation. Det er vigtigt at vide, at der ikke herved er taget stilling til spørgsmålet, om traktaten i forbindelse med fortolknings- og ophørsproblemer skal behandles som traktat eller som intern ret. Der kan dog være grund til i terminologien at vise den typiske forskel, der er mellem en ratifikationslov, som intet udtrykkeligt siger om traktatens inkorporation i national ret, og en lov, der udtrykkeligt henviser til en traktat og tildeler den interne virkninger, eventuelt således at der i henvisningen er sket en præcisering af, hvilke bestemmelser der tillægges interne virkninger.

29. *Umiddelbar* giver for mange associationer til det ikke i denne forbindelse relevante problem, om en intern retsakt er nødvendig for at gøre traktaten til bestanddel af intern ret.

KAP. 29 – TRAKTATERS STILLING OG RETSVIRKNINGER I EF'S RETSSYSTEM

29.1 – Spørgsmålets særlige karakter i EF-retten og fremstillingens systematik

EF kan indgå folkeretligt bindende aftaler med tredjelande. EF-retssystemet må derfor som andre retssystemer tage stilling til disse aftalers stilling og retsvirkninger i systemet. Løsningerne må findes i systemet selv.

EF-retten er imidlertid i sig selv et overnationalt retssystem, inden for hvilket der opstår vanskelige problemer om forholdet mellem fællesskabsret og national ret. Det betyder, at man ikke i EF-retten kan nøjes med at se på forholdet mellem EF's traktatretlige forpligtelser og de af EF-institutionerne udstedte retsakter, men tillige må undersøge forholdet mellem EF's traktatretlige forpligtelser og de nationale regler i medlemsstaterne.

Men EF-retssystemets karakter af overnational ret betyder også, at det interne EF-retssystem allerede kender og har løst problemer som de her drøftede. Man kunne derfor mene, at *EF's interne løsninger vedrørende forholdet mellem den interne EF-rets gennemførelse og anvendelse i de nationale retssystemer må overføres på spørgsmålene om EF's traktatretlige forpligtelses opfyldelse internt i EF-området*. Dette er da også gjort gældende af flere forfattere.

Her skal nævnes, at Pescatore har givet udtryk for, at de to situationer må betragtes i »en sammenhængens ånd« (avec esprit de cohérence).¹ Det er efter hans mening ikke muligt fundamentalt at skifte opfattelse fra den ene situation til den anden. Da forholdet mellem EF-ret og intern ret i medlemsstaterne hviler på en afgjort »monistisk« forudsætning, må den samme forudsætning, hævder Pescatore, gælde EF's folkeretlige aftaler, der må kunne have direkte virkninger i EF's interne retsorden.

1. *L'Ordre juridique des Communautés européennes* s. 151. L. J. Constantinesco og Denys Simon støtter også i »Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes«, *RTDE* 1975 s. 432 deres resultater på dette synspunkt.

Generaladvokat Mayras har givet udtryk for den samme tanke i sag 21-24/72 International Fruit Company. Han fremhævede, at man ikke kunne argumentere på forskellig måde alt efter, om det drejer sig om forholdet mellem fællesskabets interne retsorden og de nationale retsordener eller om forholdet mellem fællesskabsretten og den udenfor liggende internationale ret.

Synspunktet synes umiddelbart rigtigt, men er nærmere besat af tvivlsom styrke. EF-Domstolens praksis vedrørende den interne EF-rets forhold til medlemsstaternes nationale ret bygger nemlig på argumenter, der ikke kan bruges i forholdet mellem EF-retten og folkeretten. Dette fremgår med al ønskelig tydelighed af de to grundlæggende domme inden for dette område, nemlig sag 6/64 Costa-Enel og sag 26/62 van Gend en Loos. En gennemlæsning af disse domme og navnlig af generaladvokaternes forslag til afgørelser viser klart, at Domstolen netop i disse sager argumenterede for, at man inden for EF-retssystemet på grund af *dette systems særlige karakter* kunne vælge løsninger, der gik videre end de traditionelle løsninger for forholdet mellem folkeret og national ret. På denne baggrund er slutninger fra EF's interne løsninger til de løsninger, der skal lægges til grund vedrørende EF-retten forhold til folkeretten, ikke uden videre holdbare. Man må principielt afgøre disse spørgsmål ud fra de samme overvejelser, der lægges til grund, når problemer om forholdet mellem folkeret og almindelig intern ret skal afgøres. EF-retssystemet bør i denne forbindelse opfattes og behandles som ethvert andet »nationalt« retssystem. Noget andet er, at den ideologi, EF-Domstolens »interne praksis« viser, kan præge løsningerne af de tilsvarende spørgsmål mellem det folkeretlige retssystem og EF-retssystemet.

Der skal ikke her gås nærmere ind på EFs traktatkompetence og traktatindgåelsesprocedure.² Forudsætningen i det følgende vil være, at *EF er folkeretligt bundet* af en nærmere bestemt traktatretlig bestemmelse. Den folkeretlige bundethed indtræder normalt gennem *Rådets ratifikation af en af Kommissionen på grundlag af Rådets direktiver forhandlet traktat*.

EF kan dog også være forpligtet af *folkeretlige aftaler, som medlemsstaterne tidligere har indgået*. Dette er fastslået af EF-Domstolen i sag 21-24/72 International Fruit. Den henviste til, at samtlige medlemsstater var deltagere i GATT-

2. Der henvises til *EF-Karnov* s. 1020 (ved Lachmann).

overenskomsten, der var indgået forud for EØF-traktaten, at EØF-traktaten forudsatte eksistensen af aftalen, og at denne dækkede et område, der er omfattet af EØF-traktaten. Dette betød, at EF som sådan var bundet af traktaten.³

Undersøgelserne i de følgende afsnit vil ske på grundlag af synspunkterne i kap. 28 og vil vedrøre følgende spørgsmål:

- om traktaterne som sådanne er bestanddele af EF's retsorden (29.2)
- i hvilket omfang de i givet fald har retsvirkninger i den interne retsorden, navnlig om de kan gøres gældende direkte af private for nationale domstole (29.3)
- efter hvilke principper, de direkte virkende bestemmelser i givet fald skal fortolkes (29.4) og
- traktaternes rang i EF's regelhierarki (29.5).

29.2 – Traktater som bestanddele af EF-retten

29.2.1 – EØF-traktatens bestemmelser af betydning for spørgsmålet. Spørgsmålet om forholdet mellem EF's tredjelsaftaler og EF's retssystem er ikke udtrykkeligt løst i EØF-traktaten. Art. 228, stk. 2, bestemmer ganske vist, at tredjelsaftalerne »er bindende for Fællesskabets institutioner og for Medlemsstaterne«, og der findes forfattere, der heraf slutter, at ratificerede tredjelsaftaler uden videre er bestanddele af EF-retten. Der henvises til, at bestemmelsen omtaler alle »Fællesskabets institutioner« som bundne, altså også EF-Domstolen, som derfor uden videre er berettiget og forpligtet til at anvende traktaten.⁴ De fleste forfattere er dog enige om, at art. 228 ikke indeholder sikre løsninger af problemet. Bestemmelsen vedrører først og fremmest aftalens folkeretlige virkninger, og formålet er navnlig at fremhæve, at også medlemsstaterne er folkeretligt bundne.⁵

3. Disse aftaler kan således indirekte gennem deres optagelse som bestanddele i EF's retssystem få andre retsvirkninger i Danmark, end de hidtil har haft. Der er nemlig, som det vil fremgå af afsnit 29.3, intet, der udelukker, at de kan blive accepteret som direkte anvendelige efter EF-retten, selv om de ikke tidligere i dansk ret har haft en sådan virkning. Lov nr. 447 af 11.10.1972 om Danmarks tiltrædelse af EF indeholder ikke udtrykkeligt løsninger af de specielle problemer, inkorporationen af »de EF-retlige virkninger« af disse aftaler giver.

4. Se Meessen, »The Application of Rules of Public International Law within Community Law«, *CMLR* 1976 s. 485 ff.

5. Se Petersmann, »Auswärtige Gewalt, Völkerrechtpraxis und Völkerrechtsbindungen der EWG«, *ZaöRV* 1975 s. 271, Bleckmann, »Die Position des Völkerrechts im inneren Rechtsraum der EG«, *JIR* 1975 s. 301, og Pescatore, *anf. st.* s. 150. Bleckmann vil dog i sidste analyse indfortolke resultatet i art. 228.

29.2.2 – Rådets praksis. Spørgsmålet om ratifikationsformens betydning. Det for EF afgørende skridt i forbindelse med indgåelsen af en tredjelandsaftale er Rådets vedtagelse af en retsakt, hvoraf fremgår EF's vilje til at være bundet af aftalen.

Denne retsakt udstedes i form enten af en forordning eller af en afgørelse. Rådet fulgte tidligere en noget svingende praksis ved valget af retsakts form. Forordningsformen er nu den almindelige form.⁶

Forordningerne er ganske kortfattede og er normalt opbygget således:

- den nærmere identificerede aftale »indgås, godkendes og bekræftes på Fællesskabets vegne«, idet der henvises til, at aftalens tekst »er knyttet til denne forordning som bilag«,

- Rådsformanden pålægges at drage omsorg for det videre fornødne i forbindelse med aftalens ikrafttræden,

- der træffes bestemmelse om EF's repræsentation i de komiteer, aftalen måtte forudse,

- forordningens ikrafttrædelsesdato fastsættes, og det bestemmes som i alle andre forordninger, at »denne forordning er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat«.⁷

Man kunne overveje, om disse forordninger i lighed med praksis i Tyskland på én og samme gang skulle løse ratifikationsproblemet og gennemføre tredjelandsaftalen i intern ret. Dette ville betyde, at EF-retten i princippet forudsatte en intern retsakt for at gøre tredjelandsaftaler til bestanddele af intern EF-ret. Men man må dog afvise denne konstruktion.⁸ For det første kan resultatet i hvert fald ikke støttes på forordningernes formulering, der intet indeholder om den interne gennemførelse. For det andet ville resultatet give vanskeligheder i forbindelse med de aftaler, som binder EF uden nogen formel tilslutning til aftalen, alene fordi EF succederer i medlemsstaternes tidligere pligter, således som det er sket i forbindelse med GATT. Og for det tredje viser EF-Domstolens

6. Se herom Marc Maresceau, »The effect of Community Agreements in the United Kingdom under the European Community Act 1972«, *ICLQ* 1979 s. 244 f. og *EF-Karnov* s. 1027 (ved Lachmann).

7. Se f.eks. Rådets forordning nr. 2838/72 om indgåelse af frihandelsoverenskomsten mellem EF og Sverige, *EFT* L 300 af 31.12.1972. (Den danske udgave er offentliggjort i *EFT specialudgave* af 31.12.1972.)

8. I samme retning Jean-Paul Pietri, »La valeur juridique des accords liant la CEE«, *RTDE* 1976 s. 194 f.

praksis, at den ikke lægger vægt på ratifikationsaktens form og indhold i denne forbindelse.

Spørgsmålet om retsaktens form har større betydning i forbindelse med undersøgelserne af omfanget af aftalernes interne retsvirkninger og vil derfor blive uddybet i afsnit 29.3.

29.2.3 – Domstolens praksis. EF-Domstolen har afgjort spørgsmålet om tredjelandsaftalers stilling i sin praksis. Traktater, der er folkeretligt bindende for EF, er uden videre interne retsskridt bestanddele af intern EF-ret. EF-retten går ud fra princippet om *automatisk inkorporation*.⁹

Der er ikke tvivl om resultatet. Det er utvetydigt lagt til grund i en række afgørelser, uden at det dog er nærmere begrundet.

Den første dom er den i afsnit 29.1 nævnte dom i sag 21–24/72 International Fruit Company. Nogle hollandske importører gjorde for hollandsk domstol gældende, at tre Kommissionsforordninger, der begrænsede importen af æbler, stred mod GATT-overenskomstens art. XI, der forbyder kvantitative restriktioner. EF-Domstolen, der præjudicielt skulle tage stilling til forordningernes gyldighed, stillede som grundlæggende betingelse for at prøve gyldigheden, at Fællesskabet skulle være »bundet af« den folkeretlige bestemmelse«. Domstolen gik utvivlsomt ud fra, at aftaler, der er bindende for EF, også er bestanddele af intern ret. Der blev ikke stillet krav om vedtagelse af særlige interne retsakter for, at den folkeretlige bestemmelse kunne være bestanddel af intern EF-ret.¹⁰

Dommen i International Fruit-sagen er bekræftet i sagerne 9/73 Schlüter og 38/75 Nederlandse Spoorwegen, hvor GATT-overenskomsten også blev påberåbt som grundlag for en påstand om EF-reglers ugyldighed. I den sidstnævnte sag accepterede Domstolen også den af alle medlemsstaterne indgåede konvention af 15.12.1950 om nomenklatur til klassifikation af varer i toldtariffer som bindende for EF og dermed som bestanddel af intern EF-ret.

I andre sager har Domstolen fastslået samme resultat for så vidt angår traktater, der er indgået af EF selv med tredjelande.

9. Man må dog forlange, at de af EF selv indgåede aftaler er offentliggjorte, se herom Petersmann, *anf.st.* s. 273.

10. Noget andet er, at GATT-overenskomsten ikke kan påberåbes af private for nationale domstole. Dette er et spørgsmål om overenskomstens direkte virkninger og vil blive drøftet i næste afsnit.

Dette gælder således nogle sager afgjort i 1973. I den første, sag 40/72 Schroeder, tog Domstolen på grundlag af præjudicielle spørgsmål stilling til gyldigheden af en fællesskabsforordning. Domstolen fortolkede med henblik herpå associeringsaftalen med Grækenland og accepterede derved stiltiende, at bestemmelser i associeringsaftalen var bestanddele af EF-retten. Der var i hvert fald ingen tvivl om, at Domstolen i sag 147/73 Lensing mente at kunne tage stilling til fortolkningen af Yaoundé-associeringsoverenskomsten mellem EF og et antal afrikanske stater med henblik på dennes eventuelle anvendelse i en tysk sag om gyldigheden af det tyske toldvæsens tarifiering af visse varer.

En tilsvarende sag, hvor problemstillingen var endnu klarere, er sag 181/73 Haegemann. Domstolen fortolkede atter præjudicielt associeringsaftalen med Grækenland, denne gang for at afgøre, om nogle forordningsbestemmelser kunne anvendes på import af vin fra Grækenland. Domstolen fastslog udtrykkeligt, at den kunne fortolke associeringsaftalen. Aftalen var indgået af Rådet ved en Rådsafgørelse, og den var derfor en retsakt i art. 177's forstand. Den tilføjede: »Aftalens bestemmelser udgør fra aftalens ikrafttræden en *integrerende del af fællesskabsretssystemet*«. Den sidste her fremhævede del af udtalelsen lader ikke tvivl tilbage om, at ratifikationsafgørelsen er tilstrækkelig til at anse Grækenlandsaftalen som en del af intern fællesskabsret.

Den vigtigste sag i denne sammenhæng er sag 87/75 Bresciani, hvor Domstolen uden videre lagde til grund, at Yaoundé-associeringsaftalen var en integrerende del af EF-retten og kunne gøres gældende af private i søgsmål for nationale retter. Domstolen nævnte i præmisserne overhovedet intet om, hvordan aftalen var ratificeret. Den gik direkte til spørgsmålet, om bestemmelserne i aftalen kunne gøres gældende direkte af private. Ganske tilsvarende gik Domstolen i sag 65/77 Razanatsimba ud fra, at Lomé-associeringsaftalen er en integrerende del af den interne EF-ret. Her blev det nævnt, at aftalen var »offentliggjort som bilag til Rådsforordning nr. 119/76«. Der blev i øvrigt ingen vægt lagt på dette faktum.¹¹

Der sættes ikke i teorien væsentlige spørgsmålstejn ved dette resultat. Pescatore har som begrundelse for resultatet bl.a. henvist til, at EF-Domstolen efter art. 164 har fået til opgave at værne om ikke blot EF-retten i »dens specifikke form«, men om »lov og ret« i almindelighed.¹² Argumentet er ikke utypisk for den argu-

11. Domstolen har i afgørelse 1/78 vedrørende udkastet til en IAEA-konvention om fysisk beskyttelse af atomanlæg m.v. fastslået, at konventionen efter EF's ratifikation vil være en integrerende del af EF-retten.

12. Se »Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der E. G.«, *EuR* 1979 s. 6.

mentationsform, en betydningsfuld del af EF-teorien benytter. Bleckmann gør gældende, at resultatet også må følge af, at medlemsstaterne i deres interne retsordener viser en folkeretsvenlig indstilling, og at denne holdning derfor kan siges at høre til EF's almindelige retsprincipper.¹³ Dette er rigtigt for så vidt angår de seks oprindelige medlemsstater. Automatisk inkorporering af traktater accepteres i Frankrig og de tre Benelux-lande. Dette resultat afviger rent praktisk heller ikke ret meget for inkorporationsmåden i Tyskland og Italien, hvor der som nævnt i forrige afsnit ganske vist kræves en af lovgiver specielt udtrykt inkorporationsvilje, men hvor denne normalt vises i forbindelse med og i samme retsakt som ratifikationssamtykket.¹⁴ Der er utvivlsomt noget rigtigt i denne betragtning. Ikke fordi de almindelige retsprincipper, der måtte kunne udledes af medlemsstaternes retsordener om dette spørgsmål, kan opfattes som bindende for Domstolen. Men fordi dommerne bevidst eller ubevidst vil være inspireret af den løsning, deres eget retssystem er udtryk for. De almindelige principper, der kan udledes af de tre nye medlemsstaters retsordener, vil også altid indgå som inspirationskilder for Domstolen. Men på en række områder, bl.a. det her drøftede, har inspirationen inden de nye medlemsstaters EF-medlemskab udmøntet sig i en praksis, der er blevet gældende EF-ret.

Det er vigtigt, at jurister fra de tre nye medlemsstater, der alle i højere grad end de oprindelige kræver mellemkomst af specifikke interne opfyldelsesskridt for at gøre traktater til bestanddele af intern ret, er klar over retstilstanden i EF på dette punkt. De må i strid med vante forestillinger være opmærksomme på, at enhver traktat, der er indgået af EF eller i øvrigt bindende for EF, *kan indeholde regler, der kan have direkte virkninger i intern ret*, selv om der ikke er gennemført specifikke interne gennemførelsesretsakter.

29.3 – Tredjelvesaftalernes direkte anvendelighed i intern ret

Undersøgelsen vil blive koncentreret om spørgsmålet, om en bestemmelse i en tredjelvesaftale kan gøres gældende for en national domstol som rettighedsskabende for private. Det er dette spørgsmål, der har betydning, når retsvirkningerne af de til forbudet mod FtV svarende bestemmelser i Lomé- og rest-EFTA-aftalerne skal fastlægges. Det undersøges først, om ratifikationsaktens form har betydning for spørgsmålet (29.3.1). Derefter undersøges Domstolens praksis (29.3.2), og endelig

13. *Europarecht* s. 97.

14. Den ringe forskel mellem praksis i de seks oprindelige medlemsstater understreges af Waelbroeck, senest i »Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade agreements: A Reply«, *ELR* 1978 s. 27.

undersøges, hvilken betydning gensidigheden i de kontraherende parter opfyldelse kan tillægges (29.3.3).

Det undersøges derimod ikke, om tredjelandsaftaler skal behandles som folkeret eller EF-ret. Det vil være forkert at gå ud fra, at man på grundlag af en generel kvalifikation af aftalens regler kan og bør løse alle detailproblemer på samme måde. Man kan f.eks. forestille sig, at ratifikationsaktens form og indhold kan have afgørende betydning for spørgsmålet om ikrafttræden og ophør af aftalens retsvirkninger, men ikke for spørgsmålet om de fortolkningsprincipper, på grundlag af hvilke den skal fortolkes.

29.3.1 – Ratifikationsaktens betydning for tredjelandsaftalens direkte anvendelighed. Man kunne hævde, at Rådet ved at vælge at give ratifikationen form af en forordning og at optage tredjelandsaftalen som bilag til forordningen havde fastslået, at bestemmelserne i tredjelandsaftalen som andre forordningsbestemmelser skulle være direkte anvendelige.¹⁵

Påstanden er dog næppe korrekt. Ratifikationsforordningens *tekst* giver ikke sikkert grundlag for en sådan slutning. Der siges intet udtrykkeligt om, at den ratificerede tredjelandsaftales regler skal være direkte anvendelige. Hertil kommer, at det normalt er udelukket at sammenligne traktatregler med almindelige forordningsregler, der netop er udformet med henblik på deres direkte virkninger. Resultatet giver også vanskeligheder i forbindelse med de aftaler, der alene er ratificerede ved Rådsafgørelser. Afgørelser indeholder i princippet ikke direkte anvendelige regler. Men der er intet, der indikerer en principiel forskel for så vidt angår den direkte anvendelighed mellem tredjelandsaftaler, der er ratificerede ved Rådsafgørelser, og tredjelandsaftaler, der er ratificerede ved Rådsforordning. Tværtimod fastslog Domstolen i de i forrige afsnit nævnte domme, at Grækenlandsassocieringsaftalen og Yaoundé-aftalen, der er ratificerede ved Rådsafgørelser, kan have direkte virkninger.

Pescatore fastslår da også, at valg af retsaktens form intet kan ændre i den internationale forpligtelses natur.¹⁶ Dette synspunkt er i overens-

15. Se i denne retning *EF-Karnov* s. 1028 (ved Lachmann), der dog samtidig kræver, »at aftalen efter sit indhold er egnet til at medføre rettigheder for borgerne«. Se også Bou-louis og Chevalier, *Grand Arrêts de la Cour de Justice* s. 73.

16. *L'Ordre juridique* s. 152. Se i samme retning Constantinesco og Simon, *anf.st.* s. 441 med yderligere henvisninger.

stemmelse med generaladvokat Reischls forslag til afgørelse i sag 65/77 Razanatsimba, hvor han fastslog, at Lomé-aftalens retsvirkninger ikke kunne afhænge af ratifikationsaktens form, men alene af arten af den i den konkrete sag omtvistede regel.

Noget andet er, og dette understreges også af Pescatore, at valget af forordningsformen er med til at understrege muligheden af, at de ratificerede traktater kan indeholde direkte anvendelige bestemmelser.

29.3.2 – EF-Domstolens praksis. Spørgsmålet, om private kan gøre bestemmelser i tredielandsaftaler gældende for domstolene, skal ifølge Domstolen afgøres ud fra aftalens eller den pågældende bestemmelses »ånd, system og ordlyd«.¹⁷

De to vigtigste domme på dette område er sag 21–24/72 *International Fruit* og sag 87/75 *Bresciani*. Den første er afsagt i 1972 og vedrørte som nævnt GATT-overenskomsten. Den var udtryk for en forholdsvis tilbageholdende holdning over for traktatbestemmelseres direkte anvendelighed. *Bresciani*-dommen blev afsagt i 1976 og vedrørte Yaoundé-aftalen. Den anerkendte den pågældende bestemmelses direkte anvendelighed.

Domstolen stillede i *International Fruit*-dommen som betingelse for den direkte anvendelighed, at den pågældende bestemmelse, når »ugyligheden påberåbes for en national ret«, skal være »egnet til at medføre ret for borgerne til at gøre den gældende for domstolene«.¹⁸ Det skulle undersøges, om GATT-overenskomstens bestemmelser skaber »ret for Fællesskabets borgere til at gøre dem gældende ved domstolene med henblik på at anfægte gyldigheden af en fællesskabsretsakt«. Domstolens fortolkning af GATT-bestemmelserne førte til, at borgerne ikke kunne påberåbe sig dem. Den lagde vægt på, at *overenskomsten generelt set* var karakteriseret ved *stor smidighed*, navnlig på grund af undtagelsesmulighederne, sikkerhedsklausulerne og den særlige tvistbilæggelsesprocedure. Domstolen opregnede en række bestemmelser, der alle indirekte, at de kontraherende parter hensigt havde været, at tvister i forbindelse med påståede overtrædelser skulle forsøges løst i mindelighed.

17. Se sag 21–24/72 *International Fruit*.

Oversættelsen af disse tre ord – fra de franske »esprit, économie et termes« – er ikke let. I sag 87/75 *Bresciani* er de tilsvarende ord oversat »ånd, opbygning og indhold«. Se også bemærkningerne i kap. 13.1 om Domstolens fortolkningsmetoder.

18. Den danske oversættelse er ikke på dette punkt helt nøjagtig og er derfor ikke benyttet her.

Domstolen fremhævede også, at overenskomstens præambel udtaler, at man ønsker at nå overenskomstens mål ved at indgå »gensidige og gensidigt fordelagtige aftaler«. Domstolen drøftede derimod ikke spørgsmålet, om *den konkret omhandlede bestemmelse*, forbudet i art. XI mod kvantitative restriktioner, efter sit eget indhold var egnet til anvendelse af nationale domstole.¹⁹

Selv om Domstolen også nævner de vide undtagelser og sikkerhedsklausuler, er der næppe tvivl om, at den først og fremmest har lagt vægt på, at de kontraherende parter har indført en særlig tvistbilæggelsesprocedure. Domstolen kan have lagt til grund, at en håndhævelse af overenskomstens bestemmelser ved nationale domstole indirekte er udelukket af de kontraherende parter. Overenskomsten fortolkes således, at den indeholder et egentligt forbehold fra de kontraherende parters side mod direkte retsvirkninger. Dette må EF-Domstolen respektere.²⁰

Dommen er blevet stærkt kritiseret. Her skal som eksempler nævnes den af Boulouis og Chevallier²¹ og den af Waelbroeck²² fremførte kritik.

Det er efter Boulouis' og Chevalliers opfattelse fejlagtigt i et tilfælde, hvor der er spørgsmål om en EF-retsakts gyldighed, at lægge vægt på den påberåbte traktatbestemmelser »egnethed til at kunne gøres gældende af private«. Når *en traktatbestemmelse binder EF*, optages den, hævder de to forfattere, blandt retskilderne til *den objektive legalitet* i EF. Den skal behandles som en »retsregel vedrørende traktatens gennemførelse« i traktatens art. 173's forstand, og Domstolen er derfor forpligtet til at påse, at den respekteres af EF's institutioner. Det kan ikke forlanges, at bestemmelsen er direkte anvendelig. Denne opfattelse må formentlig ses på baggrund af fransk rets sontring mellem et objektivt annullations-

19. Det er den utvivlsomt. Den er klar og utvetydig, og den kræver ikke yderligere gennemførelsesskridt og giver ikke myndighederne noget skøn.

20. Dommen opfattes således af Zuleeg, *anf.st.* s. 355 ff. Dommen har været meget kommenteret, se bl.a. Petersmann *anf.st.* s. 276, Meesen *anf.st.* s. 494, Henry G. Schermers »Community Law and International Law«, *CMLR* 1975 s. 80 og Constantinesco og Simon *anf.st.* s. 445 samt de i de følgende noter nævnte artikler.

21. *Grands Arrêts de la Cour de Justice* s. 72.

22. »Effects of GATT within the Legal Order of the EEC«, *JWTL* 1974 s. 614.

P. J. G. Kapteyn, »The »Domestic« Law Effect of Rules of International Law within the EEC System of Law and the Question of the Self-Executing Character of GATT Rules«, *International Lawyer* bind 8, s. 74, kritiserer også dommen. Dette skyldes dog ikke dens resultat. Han kritiserer derimod præmisserne og gør med rette opmærksomhed på, at der i GATT's oprindelseshistorie kan findes argumenter for, at GATT ikke skulle anses for direkte anvendelig.

søgsmål og søgsmål til konstatering af subjektive rettigheder. I førstnævnte tilfælde kræves ikke retlig interesse eller påvisning af, at den krænkede regel er givet til beskyttelse af sagsøgeren. Der kræves blot en påstand om, at den omtvistede regel er i strid med en anden regel af højere rang. Dette viser imidlertid også, at forfatternes opfattelse bygger på en for snæver forståelse af begrebet »direkte anvendelighed«. Der kan være flere grunde til at undlade at anerkende reglen som direkte anvendelig. Den normalt vigtigste er, at den omtvistede regel ikke *objektivt er egnet til at blive anvendt som retsregel for nationale domstole*, f.eks. fordi den for sin anvendelse forudsætter nationale supplerende regler. Men det kan også ske, at der lægges vægt på, at reglen efter *sit formål ikke tilsigter en beskyttelse af borgerne*, d.v.s. at reglen ikke har tilsigtet at skabe rettigheder for borgerne. Det er af International Fruit-dommen klart, at EF-Domstolen også lagde vægt på kriterier af den førstnævnte type. Hele GATT-overenskomstens system med vide og i høj grad politisk bestemte undtagelsesmuligheder og et i høj grad politisk bestemt sanktionsapparat viste, at forpligtelserne ikke var egnede til intern håndhævelse gennem domstole. Set på denne baggrund synes Domstolens krav om bestemmelsens »egnethed til at kunne gøres gældende af private« at være principielt rigtigt.

Noget andet er, om resultatet konkret er rigtigt. Det er navnlig her, Waelbroecks kritik sætter ind. Han henviser til, at der er lande, hvor domstolene har accepteret at give GATT-overenskomsten direkte virkninger i den her nævnte forstand. Han nævner Italien og enkelte amerikanske delstater²³ og henviser til, at det vil begrænse den effektive virkning af traktater, hvis der lægges vægt på, at traktaten selv forudser et særligt tvistbilægningssystem. Dette gør mange traktater, bl.a. EØF-traktaten. Waelbroecks kritik bygger på et stærkt ønske om at sikre respekten for traktatretlige forpligtelser, et ønske som EF-Domstolen ikke i dette tilfælde har ment at kunne opfylde.

Afgørelsen i International Fruit-sagen er fortsat af betydning for vurderingen af de direkte virkninger af EF's tredjelandsaftaler. Domstolen opretholdt afgørelsen i sag 9/73 Schlüter på trods af den på domstidspunktet allerede fremkomne kritik. Den accepterer begrænsninger i de direkte virkninger af tredjelandsaftaler, når den mener at kunne udlede sådanne begrænsninger af aftalens formål eller system.^{23a}

23. Det fremgår dog også af artiklen, at tyske domstole har nægtet at give GATT-overenskomsten direkte virkning. Denne nationale praksis er også kort nævnt af generaladvokat Mayras i hans forslag til afgørelse.

23a. Der er intet, der tyder på, at det har været af betydning, at aftalen kun er bindende for EF ud fra successionssynspunkter og ikke som følge af en egentlig tilslutning til aftalen fra EF's side.

I sag 38/75 *Nederlandse Spoorwegen* tog Domstolen som nævnt i afsnit 29.2.3 præjudicielt stilling til spørgsmålet, om en EF-forordning var i strid med bl.a. GATT-overenskomsten. Den tog stilling til realiteten. Den fortolkede de pågældende tredjelandsaftale-bestemmelser og fandt, at EF-forordningen ikke var i strid med de to tredjelandsaftaler. Domstolen omtaler til forskel fra generaladvokat Reischl ikke, at de pågældende tredjelandsaftalers bestemmelser skal være direkte anvendelige. Domstolen tog på samme måde i de øvrige i afsnit 29.2.3 nævnte sager stilling til fortolkningen af Yaoundé- og Grækenlandsassocieringsaftalen *uden at omtale et krav om direkte anvendelighed*. Disse domme kan dog næppe opfattes således, at Domstolen principielt skulle have opgivet kravet. Dette er så vidt ses heller ikke gjort gældende i teorien. Generaladvokaterne gør da heller ikke sådant gældende. Man må snarere opfatte retsstillingen således, at Domstolen, hvor den kan, foretrækker at vise, at påstandene om EF-retten uoverensstemmelse med EF-tredjelandsforpligtelser er ubegrundede. En ændring af *International Fruit*-dommen på dette vigtige punkt må antages at ville ske udtrykkeligt.

Domstolen tog i sag 87/75 *Bresciani* stilling til den direkte anvendelighed af bestemmelsen i art. 2 i Yaoundé-aftalen, der bl.a. forbyder afgifter med tilsvarende virkning som told ved import til EF fra de associerede afrikanske lande. Forbudet var formuleret som en henvisning til den tilsvarende forbudsbestemmelse i EØF-traktaten. Det var en italiensk importør af varer fra en af de associerede stater, der gjorde bestemmelsen gældende under søgsmål for italiensk domstol om lovligheden af en italiensk afgift. Det vil sige, at der her for første gang var tale om påstået uoverensstemmelse mellem en tredjelandsaftale og en medlemsstats interne regler. EF-Domstolen fastslog, at art. 2 var direkte anvendelig. Den nævnte, at de associerede stater ikke havde en tilsvarende forpligtelse ved import fra EF, men tilføjede, at den manglende gensidighed i de kontraherende parter forpligtelser ikke var »til hinder for, at Fællesskabet anerkender, at visse af dens bestemmelser har direkte virkning«. Herudover begrænsede Domstolen sig til at fastslå, at konventionen udtrykkeligt havde henvist til EØF-traktatens tilsvarende forbud, hvorved Fællesskabet »i samme omfang som medlemsstaterne indbyrdes i traktaten (har) forpligtet sig over for de associerede stater til at afskaffe afgifter med tilsvarende virkning. Da denne forpligtelse er præcis og ikke er underkastet noget stiltiende eller udtrykkeligt forbehold fra Fællesskabets side«, kunne den påberåbes af private for nationale domstole.

Den sidste af disse præmisser minder om præmisser i forbindelse

med Domstolens afgørelser om den direkte anvendelighed af intern EF-ret. Det kan dog næppe sluttes, at Domstolen uden videre lægger samme kriterier til grund. Domstolen har undersøgt, om der er forhold, der kan hindre en direkte anvendelighed, og har ikke fundet sådanne, hverken i bestemmelsens egnethed til direkte anvendelse eller i dens karakter af ensidig forpligtelse for EF. Stiltiende må Domstolen også have taget stilling til, om forhold som nævnt i International Fruit-sagen kunne hindre den direkte virkning. Dette sidste spørgsmål tog generaladvokat Trabucchi i sit forslag til afgørelse udtrykkelig stilling til, og han fandt væsentlige forskelle mellem GATT- og Yaoundé-konventionerne i denne henseende.

Domstolen behandlede i sag 65/77 Razanatsimba et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af Lomé-aftalen. Spørgsmålet vedrørte aftalens art. 62 vedrørende de kontraherende parters pligter i etableringsretlig henseende. Domstolen, der nævnte, at den forelæggende franske ret »mener, at afgørelsen af den sag, som er forelagt den, kræver fortolkning af art. 62«, undlod at tage stilling til, om art. 62 kunne gøres direkte gældende for en national domstol. Den »afgjorde sagen« gennem en fortolkning af bestemmelsen, der klart viste, at sagsøgeren ikke materielt kunne støtte ret på den påberåbte bestemmelse. Domstolen fortolkede i sag 225/78 Bouhelier bestemmelser i EF's aftaler med Grækenland, Spanien og Østrig. Sagen var en udløber af den i kap. 22.2.22 omtalte sag om de franske kvalitetskrav ved ureksport, og spørgsmålet var, om forskellige forbud i de tre aftaler gjorde de franske krav ulovlige ved eksport til de tre lande. Heller ikke i denne sag var der stillet spørgsmål om den direkte anvendelighed af bestemmelserne, og heller ikke i denne sag var det vanskeligt for EF-Domstolen at fortolke de tre aftaler således, at det var klart, at de påberåbte bestemmelser ikke forbød de franske krav. Domstolens manglende stillingtagen til spørgsmålet om den direkte anvendelighed i disse sager må formentlig forklares på samme måde som dens afgørelser i de netop nævnte domme i Nederlandse Spoorwegen- og andre sager. Man må dog næppe være blind for, at der indirekte gennem »realitetsafgørelser« af sådanne sager kan blive skabt en psykologisk betydningsfuld baggrund for en mere almindelig accept af den direkte anvendelighed af bestemmelser i tredjelandsaftaler.

Det vigtigste spørgsmål er, hvor vidt EF-Domstolen vil gå i retning af at anvende de samme kriterier for den direkte anvendelighed af tredjelandsaftaler, som den bruger ved afgørelsen af den direkte anvendelighed af interne EF-retsakter.

Det er allerede i afsnit 29.1 nævnt, at det ikke er rimeligt uden videre

at overføre Domstolens praksis vedrørende interne EF-reglers forhold til medlemsstaternes nationale ret på spørgsmålet om EF's tredjelandsaftalers forhold til intern EF-ret. Den vidtgående accept af umiddelbar anvendelse af bestemmelserne i de grundlæggende EF-traktater og i sekundære EF-retsakter er begrundet med traktaternes vidtgående målsætninger i retning af integration medlemsstaterne imellem, af traktaternes nøje afstemte forhold mellem de gensidige forpligtelser og rettigheder og af det forholdsvis effektive retshåndhævelsessystem, traktaterne har oprettet. Disse forhold gør sig aldrig fuldt ud gældende i forbindelse med almindelige traktatretlige forpligtelser mellem EF og tredjelande.

Det kan i dag utvivlsomt hævdes, at formodningen er for, at interne EF-regler er umiddelbart anvendelige, og at der skal foreligge ganske særlige grunde for et modsat resultat.²⁴ Hvis EF lagde tilsvarende kriterier til grund i forhold til tredjelandsaftaler, *ville det gå videre end noget andet retssystem i retning af at tillægge internationale forpligtelser interne virkninger* og formentlig også videre end praktisk hensigtsmæssigt og politisk acceptabelt.

Generaladvokat Trabucchi har da også i sit forslag til afgørelse i sag 87/75 Bresciani givet udtryk for, at det ikke er muligt at foretage en mekanisk overførsel af de interne kriterier på tredjelandsaftale-problemerne, netop fordi de interne kriterier har deres baggrund i EF-rettens særlige karakter. En automatisk overførsel kan efter hans mening »være selvmodsigende og måske endda i praksis skadelig, i hvert fald i forhold til visse stater«.

Den manglende parallelitet mellem de to situationer må også være en logisk følge af det principielle udgangspunkt for Domstolens fortolkning, nemlig at den må se på den pågældende aftales eller aftalebestemmelseres »ånd, opbygning og ordlyd«. Med »ånd« hentydes først og fremmest til aftalens formål, og med »opbygning« tænkes på den konkrete bestemmelses og aftales sammenhæng med andre bestemmelser og retsakter. Disse fortolkningsprincipper vil typisk føre til forskellige resultater i de to situationer. Tredjelandsaftalers formål vil ikke kunne sammenlignes med interne EF-bestemmelseres formål. Og deres sammenhæng med andre bestemmelser og retsakter vil også være grundlæggende forskellig; i den ene situation vil sammenhængen principielt være internretlig og i den anden folkeretlig.

24. Se *EF-Karnov* s. 872 ff. (ved Gulmann).

EF-Domstolen må efterhånden udforme en mere sammenhængende praksis vedrørende dette spørgsmål. EF indgår stadig flere aftaler med tredjelande af direkte betydning for den interne retsorden. Den kan som nævnt i kap. 28.3 kun hente begrænset inspiration i folkeretten og i medlemsstaternes retssystemer. Den står frit og må forventes først og fremmest at hente inspiration fra selve EF-retssystemets natur og baggrund. Og herudaf kan formentlig udledes en tendens. Domstolen vil nok gå relativt langt i retning af at anerkende direkte anvendelighed. Den vil med rette eller urette føle sig påvirket af den idé om »esprit de cohérence«, dommer Pescatore og generaladvokat Mayras har givet udtryk for, og som måske fandt udtryk i Bresciani-sagen. Hertil kommer, at hovedparten af Domstolens medlemmer kommer fra lande, der ideologisk er »åbne« over for folkeretlige forpligtelser.

Denne tendens, der må bifaldes, er imidlertid ikke til hinder for, at Domstolen fremhæver forskellene mellem de to situationer.

Man kan nævne enkelte mere generelle forskelle. EF-Domstolen kræver, at interne EF-retsakter for at være direkte anvendelige »skal være egnede til direkte håndhævelse for nationale domstole«. Men den har efterhånden afsvækket kravene til bestemmelsens præcision. Dette skyldes utvivlsomt, at EF-retssystemet gennem *det præjudicielle søgsmål* indeholder judiciel mulighed for at »præcisere« bestemmelsernes indhold på en for alle parter bindende måde. En tilsvarende mulighed eksisterer ikke for så vidt angår EF's tredjelandsaftaler.

Det er herudover altid ved tredjelandsaftaler et spørgsmål, om de kontraherende parter ved udformningen af aftalen kan antages at have udelukket den direkte anvendelighed. Eksempel på en udtrykkelig udelukkelse kendes vistnok ikke i praksis, men en udelukkelse kan fremgå af forarbejderne eller, som dommen i sag 21–24/72 International Fruit viser, stiltiende fremgå af selve aftalen. Dette spørgsmål er én gang for alle i dommen i sag 26/62 van Gend en Loos løst for så vidt angår EØF-traktaten. De kontraherede parter har ikke i forbindelse med traktatindgåelsen udelukket, at bestemmelserne kan være direkte anvendelige.²⁵

25. Se *EF-Karnov* s. 874 ff. (ved Gulmann). Det er i denne forbindelse navnlig af interesse, at EF-Domstolen udtrykkeligt afviste, at den særlige »mellemsstatslige tvistbilæggelsesprocedure« (traktatbrudsproceduren efter art. 169 og art. 170) kunne bruges som argument mod at tillægge traktatens bestemmelser direkte virkninger. Det vil erindres, at det måske var de særlige fremgangsmåder ved tvistbilæggelse inden for GATT, der var baggrunden for, at denne aftales bestemmelser ikke blev anset for at være direkte anvendelige.

Endelig er der i forbindelse med tredjelandsaftaler et problem, nemlig spørgsmålet om betydningen af gensidighed i opfyldelsen, der heller ikke opstår i EF-retten, hvor EF-Domstolen har fastslået, at staterne ikke kan gøre andre staters manglende opfyldelse gældende som retfærdiggørelse for egen manglende opfyldelse.²⁶

29.3.3 – Gensidighedsproblemet. Gensidigheden i de kontraherende parter traktatopfyldelse har naturligvis altid retlig betydning. Udgangspunktet er efter folkeretten, at hver af de kontraherende parter kun er forpligtet, dersom den anden part opfylder sine forpligtelser. Dette udgangspunkt kan synes enkelt og let anvendeligt, men giver dog allerede på det folkeretlige plan problemer. Det fremgår af art. 60 i den i Wien i maj 1969 indgåede konvention om traktatretten, at kun en væsentlig misligholdelse berettiger den anden part til at hæve bilaterale aftaler. Væsentlig misligholdelse berettiger ved multilaterale aftaler de andre parter i traktaten til ved en enstemmig beslutning at bringe traktaten til ophør enten i forholdet mellem sig selv og den misligholdende stat eller mellem alle deltagerne. Enhver stat, der er særlig berørt af misligholdelsen, kan endvidere selv påberåbe sig den som begrundelse for helt eller delvis at suspendere traktaten i forhold til sig selv. Disse rettigheder i forbindelse med misligholdelse *tilkommer staterne*.

Et herfra forskelligt problem er gensidighedens betydning for traktatbestemmelers direkte anvendelighed. Spørgsmålet er, om man i EF-retten, ligesom man kender det fra den franske forfatnings udtrykkelige bestemmelse,²⁷ kan indfortolke et krav om gensidighed for at give traktater interne virkninger, og om man da i givet fald skal pålægge EF-Domstolen²⁸ den opgave at tage stilling til, om gensidighedsbetingelsen er opfyldt.

EF-Domstolen har ikke taget stilling til disse spørgsmål.

Betydningen og anvendelsen af gensidighedsbetingelsen har givet problemer i Frankrig. Der findes tilfælde, hvor de franske domstole har

26. Se bl.a. dom i sag 90–91/63 Kommissionen mod Belgien og Luxembourg.

27. Art. 55 i forfatningen fra 1955: »Traktater eller overenskomster, der er behørigt ratificerede eller godkendte, får ved deres offentliggørelse højere gyldighed end love under forbehold for hver overenskomst eller traktat af dens anvendelse af den anden part«.

28. Spørgsmålet kan også opstå for nationale domstole, men de må rent faktisk nødvendigvis forelægge spørgsmålet for EF-Domstolen til afgørelse efter art. 177. Spørgsmålet må sidestilles med et spørgsmål om en »EF-retsakts gyldighed«, og dette spørgsmål bør alene afgøres af EF-Domstolen, se Lynge-Andersen og Gulmann »Om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål«, *UfR* 1977 s. 384.

undladt at anvende traktater under henvisning til manglende gensidighed. Teorien er uenig om, hvorvidt dette er udtryk for en korrekt og/eller hensigtsmæssig fortolkning af den franske forfatning, selv om alle synes at kunne enes i håbet om, at gensidighedskravet vil få ringe praktisk betydning.²⁹ Lagarde argumenterer overbevisende for, at domstolene ikke skal påtage sig opgaven med at påse betingelsens overholdelse, og Dinh gør gældende, at domstolene skal henvise spørgsmålet om betingelsens opfyldelse til regeringen på samme måde, som de overlader spørgsmålet om traktaters fortolkning til regeringen. Problemet kompliceres i øvrigt i Frankrig, fordi det indgår i det mere generelle og omstridte problem, om domstolene kan kende love ugyldige, fordi de strider mod statens internationale forpligtelser.

Der kan anføres grunde for at acceptere en kompetence for domstolene til at prøve opfyldelsen af gensidighedsbetingelser, og der kan anføres grunde for at overlade denne opgave alene til de politisk ansvarlige organer, d.v.s. at det alene er disse, der kan bestemme en suspension eller ophævelse af aftalens retsvirkninger, evt. med tilbagevirkende kraft.

Det væsentligste argument for den første løsning er, at det modsatte resultat *kan* føre til konkret urimelige resultater, nemlig i de tilfælde, hvor det er klart, at gensidigheden i parternes forpligtelser er en afgørende forudsætning for reglernes eksistens, og hvor det er lige så klart, at den anden part ikke opfylder sine forpligtelser.

Der findes flere argumenter for at undlade at give domstolene kompetence i denne forbindelse. Der kan være politiske grunde til i konkrete situationer at undlade at lægge vægt på en måske midlertidig ikke-opfyldelse af den anden parts forpligtelse, og der kan være tilfælde, hvor de politiske organer under alle omstændigheder ønsker det pågældende sæt regler anvendt som gældende i deres område selv uden gensidighed. Disse omstændigheder er domstolene ikke egnede til at vurdere.

Hertil kommer, at selve gensidighedsbetingelsens omfang kan være vanskeligt at fastlægge og formentlig til en vis grad må afhænge af den enkelte traktats forudsætninger, og at det vil være mere end vanskeligt for domstolene i det konkrete tilfælde at konstatere, om gensidighedsbetin-

29. Se herom Paul Lagarde »La Condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne«, *RCDIP* 1975 s. 25 ff., Nguyen Quoc Dinh »La Jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités«, *AFDI* 1975 s. 884 ff., og Friedl Weiss »Self executing treaties and directly applicable EEC law in French Courts«, *LIEI* 1979 s. 58 f. og s. 74 ff.

gelsen er opfyldt. Man måtte tage stilling til, om gensidighedsbetingelsens opfyldelse skulle påses ex officio af domstolene eller alene efter parternes påstande, og man måtte tage stilling til, om der alene skulle tages hensyn til misligholdelse fra den anden parts retsfastsættende myndigheders side, eller om man skulle gå i dybden og undersøge, om traktaterne også blev opfyldt i de retsanvendende myndigheders praksis.

Nogle eksempler vil illustrere enkelte af disse problemer. Man kan forestille sig en traktatbestemmelse, der pålægger de kontraherende stater ikke at indføre ny og højere told i deres indbyrdes samhandel. Efter den ene stats retssystem kan en sådan bestemmelse påberåbes af borgerne direkte for nationale domstole. Dette er ikke tilfældet i den anden stat, hvor der forudsættes særlige interne opfyldelsesskridt for at gøre bestemmelsen direkte anvendelig. Den pågældende stat har ikke foretaget skridt til at gøre bestemmelsen direkte anvendelig, men samtidig ligger det fast, at den faktisk opfylder forpligtelsen. Et andet eksempel vil være en traktatbestemmelse, der efter sit indhold tilsigter at pålægge private pligter til ikke at diskriminere over for personer og varer fra en anden stat. I dette eksempel er det klart, at opfyldelsen af traktatforpligtelsen i den anden af de ovenfor nævnte stater forudsætter udstedelse af interne opfyldelsesskridt. Skal i den førstnævnte af staterne gensidighedsbetingelsens opfyldelse påses af domstolene, må man tage stilling til, om domstolene i begge tilfælde skal kræve interne opfyldelsesskridt i den sidstnævnte af staterne, eller om de skal nøjes med det i det andet af tilfældene. Den førstnævnte løsning har den fordel, at man undgår de meget betydelige bevisproblemer i forbindelse med konstateringen af, at traktatforpligtelsen rent faktisk opfyldes. På den anden side kan der efter den almindelige folkeret ikke forlanges mere af de kontraherende stater end en faktisk opfyldelse af deres traktatmæssige forpligtelser.

Eksemplerne kan ændres på den måde, at de drejer sig om to stater, der begge går ud fra en automatisk inkorporation af traktater i forbindelse med ratifikationen. Forskellene i opfyldelsen kan i disse tilfælde opstå derved, at den ene stats domstole anerkender direkte anvendelighed af traktatbestemmelser i videre omfang end den anden stats domstole.³⁰ Det er klart, at vanskelighederne ved at konstatere overholdelsen af gensidighedsbetingelsen bliver meget store i disse tilfælde.

Konklusionen må være, at ulemperne ved en gensidighedsbetingelse, hvis håndhævelse overlades til domstolene, er så store, at de overstiger de

30. At sådanne forskelle meget vel kan tænkes viser den tidligere omtalte praksis om den direkte anvendelighed af GATT's forbudsbestemmelser. Direkte anvendelighed er accepteret i Italien og visse delstater i USA, men afvist i Tyskland og i EF.

fordele, der måtte være ved at stille en sådan betingelse. EF-Domstolen bør derfor ikke som betingelse for i konkrete tilfælde at tillægge traktatbestemmelser direkte virkninger kræve gensidighed i opfyldelsen. Man kan dog overveje den mulighed, at Domstolen forbeholder sig ret til at undlade at tillægge en bestemmelse direkte virkninger, hvis dette er i overensstemmelse med en udtalelse afgivet af Rådet i den pågældende sag.³¹

Noget andet er, at de problemer, der ligger til grund for drøftelsen af gensidighedsbetingelsen, *kan* indgå i overvejelserne om, hvorvidt en nærmere bestemt retsakt overhovedet indeholder direkte anvendelige bestemmelser. Man kan f.eks. benytte oplysninger om den eller de øvrige kontraherende parter manglende accept af direkte anvendelighed af aftalebestemmelserne som indikation for, at det ikke har været de kontraherende parter hensigt, at aftalen skulle være direkte anvendelig.

Dette synspunkt blev gjort gældende af generaladvokat Trabucchi i sag 87/75 *Bresciani*. Han nævnte, at gensidighedsspørgsmålet »kan være relevant, ikke for at gøre den direkte virkning af dens bestemmelser afhængig af, om trediestat *in concreto* respekterer dem, men for at få en principiel afgørelse af, om aftalen er egnet til at indeholde regler med umiddelbar virkning«. Han behøvede dog som nævnt ikke at komme videre ind på spørgsmålet, da den omtvistede bestemmelse i Yaoundé-aftalen indeholdt en ensidig forpligtelse fra EF's side. Domstolen nævnte som omtalt i afsnit 29.3.2 forpligtelsens ensidige karakter. Den ulighed, der var mellem EF's og de associerede landes forpligtelser, var en følge af selve aftalens formål og dermed »ikke en hindring for Fællesskabets anerkendelse af den direkte virkning af visse af dens bestemmelser«. Man kan ikke fra denne præmis slutte noget med hensyn til dens opfattelse af gensidighedsproblemets betydning. Den viser kun, at Domstolen er opmærksom på problemet, men at den i øvrigt i overensstemmelse med tendensen i dens praksis på dette område vogter sig for at komme med generelle udtalelser om, hvordan problemerne skal løses. Den prøver sig frem fra sag til sag.

31. Rådet vil i alle præjudicielle sager, hvori sådanne spørgsmål opstår, have haft lejlighed til at udtale sig, jfr. art. 20 i Domstolens statut, hvorefter den præjudicielle forelæggelsesafgørelse fremsendes til Rådet til udtalelse, »hvis den retsakt, hvis gyldighed eller fortolkning omtvistes, hidrører fra Rådet«. Tredjelandsaftaler, ratificeret af Rådet, er utvivlsomt omfattet af denne bestemmelse.

29.4 – Fortolkning af bestemmelser i tredjelsaftaler, der svarer til bestemmelser i intern EF-ret

Står man over for en bestemmelse i en tredjelsaftale, der svarer til en bestemmelse i intern EF-ret, må man spørge, om tredjelsaftalebestemmelsen skal fortolkes på samme måde som den interne EF-bestemmelse.

Winkel mener, at spørgsmålet i hvert fald som udgangspunkt må besvares bekræftende.³² Når traktatparterne i traktaten har anvendt en bestemmelse, der findes i et af parternes retssystemer, så må man, hævder han, gå ud fra, at parterne har villet, at bestemmelsen overtages »i det fulde omfang, som den har i denne parts retssystem«. Det er dog klart, som også fremhævet af Winkel, at dette kun gælder, hvis de kontraherende stater ikke har aftalt andet. Sådanne aftaler er tænkelige. Det er i hvert fald naturligt, at traktatparterne under forhandlingerne drøfter disse spørgsmål. En forudsætning for og konsekvens af Winkels resultat er, at den anden part lægger tilsvarende fortolkning til grund. Gensidighedsproblemerne kan accentueres i disse situationer, og der kan opstå særlige spørgsmål om, hvilken betydning en udvikling i fortolkningen af den bestemmelse, der har ligget til grund for traktatbestemmelsen, vil have for fortolkningen af denne.

EF-Domstolen synes i Bresciani-sagen at være gået ud fra ensartet fortolkning af tilsvarende bestemmelser. Forbudet mod afgifter med tilsvarende virkning som told måtte fortolkes på samme måde, hvad enten det fandtes i EØF-traktaten eller i Yaoundé-aftalen. Dette resultat må også ses som udtryk for den »esprit de cohérence«, som Domstolen må forventes at ønske at vise.

Det er dog et spørgsmål, om det nødvendigvis er rigtigt at tage udgangspunktet i Winkels synspunkter. Et rigtigere udgangspunkt synes at være, at »ordenes betydning afhænger af den sammenhæng, hvori de findes, og de samme ord, der anvendes i forskellige retsakter, der er udstedt af forskellige grunde, kan betyde noget forskelligt«. Citatet stammer fra generaladvokat Warners forslag til afgørelse i sagerne 51, 86 og 96/75 EMI, hvor han afviste, at bestemmelserne i rest-EFTA-aftalerne kunne fortolkes på samme måde som EØF-traktatens art. 30 og art. 36.

32. »Die Grundsätze des freien Warenverkehrs im Verhältnis zu Drittländern« *NJW* 1977 s. 1995.

Han gjorde opmærksom på, at disse aftaler »ikke blev indført med henblik på oprettelsen af et fællesmarked«. ³³

Denne holdning er udtryk for den dybestliggende tendens i hele Domstolens praksis, nemlig at fortolke retsregler ud fra deres formål og deres kontekst. Det vil hyppigt ikke være muligt for Domstolen at fortolke bestemmelser i tredjellandsaftaler, hvis formål måske kun er at skabe et frihandelsområde eller måske endda kun nærmere handelsforbindelser, på samme måde som en bestemmelse i en traktat, hvis erklærede formål er at nedbryde skrankerne mellem medlemsstaterne med henblik på at skabe nærmere forbindelse mellem deres folk. ³⁴

Hertil kommer, at Domstolen ikke i forbindelse med tredjellandsaftaler, således som den gør det med EØF-traktaten, kan undlade at tage hensyn til sådanne fortolkningsbidrag, som måtte indeholdes i forarbejder, eller som eventuelt måtte fremkomme gennem traktatparternes senere praksis på området, f.eks. beslutninger truffet i »de blandede komiteer«, der kan være oprettet i forbindelse med aftalerne. Domstolen har næppe gennem sin opregning i International Fruit- og Bresciani-sagerne af det relevante fortolkningsgrundlag: »bestemmelsens formål, opbygning og ordlyd« afvist at lægge vægt på forarbejder m.v. Det er i dag almindeligt accepteret, at forarbejder *kan* tages i betragtning ved traktatfortolkning. ³⁵

Domstolen kan heller ikke på dette område søge løsningerne ud fra enkle formler eller kriterier. Dens praksis må nuanceres. Den kan ikke blot konstatere, at reglen i tredjellandsaftalen og den interne regel svarer til hinanden, for derefter at fastslå, at de to regler skal fortolkes ensartet. Det må undersøges, om parterne i forbindelse med traktatforhandlingerne eller senere har taget stilling til spørgsmålet. Det må også undersøges, om en bekræftende besvarelse vil være rimelig ud fra reglernes formål. Det må videre undersøges, om de tilsyneladende identiske regler også reelt er identiske. En sådan undersøgelse kan f.eks. vise, at de to retsakter forudser så forskellige fremgangsmåder i forbindelse

33. Ganske samme tankegang gav Kommissionen og generaladvokat Capotorti udtryk for i sag 225/78 Bouhelier.

34. Dette har Domstolen da også understreget i sin praksis vedrørende fortolkningen af EF-reglerne om forbud mod indførselsbegrænsninger henholdsvis i handelen mellem medlemsstaterne og i handelen med tredjelande. Den understregede her reglernes forskellige formål, se kap. 14.2.

35. Se herom kap. 13.1 og Wiener traktatretskonventionens art. 32, jfr. art. 31.

med deres håndhævelse, eller at der er forudset så forskellige undtagelser fra dem, at den tilsyneladende identitet ophæves.³⁶

Konklusionen må være, at udgangspunktet er en konkret fortolkning af den pågældende bestemmelse i tredjelaftalen ud fra dennes formål, kontekst og ordlyd og under hensyn til fortolkningsbidrag fra forarbejder m.v. – dog således, at formodningen i mangel af holdepunkter for andet må være, at bestemmelsen i tredjelaftalen må fortolkes på samme måde som den tilsvarende interne EF-regel.

29.5 – Tredjelaftalers rang i EF-regelhierarkiet

Spørgsmålet om tredjelaftalers plads i EF's retssystem giver efter EF-Domstolens praksis ikke særlige problemer.

Man går sædvanligvis ud fra som selvfølgeligt, at *tredjelaftaler er ugyldige, hvis de er i strid med de grundlæggende EF-traktater*.³⁷ Dette er vel i sig selv også utvivlsomt. Aftalerne er vedtaget med hjemmel i traktaterne og kan derfor ikke uden særlig hjemmel i traktaterne ændre disse.³⁸

36. Nødvendigheden af en nuancering af Domstolens praksis bekræftes af sag 65/77 Razanatsimba. En bestemmelse i Lomé-konventionen om ikke-diskriminering mellem statsborgere fra de associerede lande kunne ikke påberåbes af en malagaskisk statsborger med fransk juridisk embedseksamen, der ønskede fransk advokatbeskikkelse, selv om det kunne påvises, at Frankrig i bilaterale aftaler havde givet visse af de andre associerede landes statsborgere en sådan ret. Det kunne nemlig fastslås, at disse bilaterale aftaler byggede på gensidighedsprincippet, og at en fransk indrømmelse af retten til den malagaskiske statsborger ikke efter Lomé-konventionen ville føre til en tilsvarende ret for franske statsborgere i Madagascar. En sammenligning mellem denne afgørelse og dommen i sag 71/76 Thiefry, omtalt i kap. 12.6, viser, at »interne« EF-diskrimineringsforbud fortolkes mere vidtgående end diskrimineringsforbud i associeringsaftaler; hvilket ikke er overraskende, når henses til reglernes forskellige formål og kontekst.

37. Meesen, *anf. st.* s. 500, og Bleckmann, *Europarecht* s. 98 ff. samt Pescatore, *anf. st.* s. 156.

Der findes dog også de forfattere, der bl.a. under henvisning til muligheden efter EØF-traktatens art. 228 af *forudgående* prøvelse af lovligheden af den påtænkte aftale hævder, at en én gang ratificeret tredjelaftales gyldighed ikke længere kan prøves, se om dette spørgsmål Robert Kovar, »La contribution de la Cour de Justice au développement de la condition internationale de la Communauté européenne« *CDE* 1978 s. 565.

38. Der er ikke her grund til at gå nærmere ind på det problem, der kan opstå, hvis medlemsstaterne i forbindelse med ratifikationen af tredjelaftalen havde udtrykt vilje til at ændre traktaterne. Problemet opstår, fordi aftalen, naturligvis forudsat at den opfyldte medlemsstaternes almindelige krav til indgåelse af mellemfolkelige aftaler, kunne hævdes ud fra et *lex posterior*-synspunkt at kunne ændre EØF-traktaten, der også er en mellemfolkelig aftale indgået af medlemsstaterne. En sådan mulighed afvises

Tredjelsaftaler har derimod højere rang end den sekundære eller afledte EF-ret. Dette betyder, at en EF-retsakt, hvad enten den er et direktiv, en beslutning eller en forordning, og hvad enten den er vedtaget før eller efter tredjelsaftalen, er ugyldig, hvis den strider mod bestemmelser i tredjelsaftalen.

Der er næppe bestemmelser i EF-traktaterne, der tvinger til dette resultat (selv om art. 228 måske kan påberåbes som støtte). Det følger derimod klart af Domstolens praksis. Domstolen synes ikke i de tilfælde, hvor den direkte eller indirekte har taget stilling til EF-retsakters gyldighed i forhold til bestemmelser i tredjelsaftaler, at have lagt vægt på, om EF-retsakten var vedtaget før eller efter tredjelsaftalens indgåelse. I sag 181/73 Haegemann var det f.eks. klart, at de omtvistede fællesskabsordninger var vedtaget efter associeringsaftalen med Grækenland. Resultatet synes også at stemme bedst med Domstolens åbenhed over for og respekt af internationale forpligtelser.

Resultatet er også i overensstemmelse med de løsninger, der findes i Benelux-landenes interne retsordener, for så vidt angår konflikten mellem traktatforpligtelser og national lovgivning. Det er også formelt den løsning, der følger af den franske forfatning. Noget andet er, at den praktiske løsning i Frankrig ikke altid stemmer overens med den teoretiske, da franske domstole somme tider viger tilbage fra at prøve loves traktatmæssighed.³⁹ Løsningen i de andre medlemsstater er den modsatte. Her har ratifikations- og inkorporationsloven ikke højere gyldighed end almindelig intern lovgivning, d.v.s. at senere love i princippet ud fra lex posterior-princippet kan være gyldige, selv om de måtte stride mod den tidligere inkorporerede folkeretlige forpligtelse.

Der kan da også rejses spørgsmål om det hensigtsmæssige i den løsning, EF-Domstolen har valgt.⁴⁰ Det synes ikke urimeligt at foretrække en løsning, der overlader lovgiver muligheden af at handle i strid med tidligere indgåede folkeretlige forpligtelser. Grundene til sådanne handlinger kan være mange og også acceptable. Det kan med rimelighed gøres gældende, at en domstol ikke uden klar hjemmel i et forfatningslignende dokument burde fratage den politisk ansvarlige lovgiver denne mulighed.

Det er utvivlsomt, at bestemmelser i EF's tredjelsaftaler har *absolut forrang for enhver form for intern ret*, og dette er det afgørende i denne

normalt. Det hævdes, at traktaterne udelukkende kan ændres i overensstemmelse med de ændringsprocedurer, der er fastsat i traktaterne (se navnlig *Pescatore*, *anf. st.* s. 61 ff.) Dette synspunkt er klart udtrykt af Domstolen i sag 43/75 *Defrenne*.

39. Se herom de tre i note 29 nævnte artikler.

40. Dette spørgsmål har f.eks. Meesen, *anf. st.* s. 498 ff., og Petersmann, *anf. st.* s. 273 ff., drøftet.

afhandlings sammenhæng, hvor tredjelandsaftalernes forbudsbestemmelser først og fremmest har betydning for lovligheden af medlemsstaternes retsakter. Resultatet følger klart af sag 87/75 *Bresciani*. Men det er også en logisk konsekvens af det faktum, at EF-Domstolen erklærer bestemmelser i tredjelandsaftaler som integrerede i EF-retssystemet. Hermed er disse bestemmelser blevet i det mindste ligestillede med de almindelige interne EF-retsakter. De må derfor tillægges samme forrang som disse i forhold til medlemsstaternes nationale ret.

KAP. 30 – OM LOMÉ-AFTALENS OG REST-EFTA-AFTALERNES DIREKTE ANVENDELIGHED

30.1 – Indledende bemærkninger

Bestemmelser, der svarer til EØF-traktatens art. 30 og art. 36, findes som nævnt i en række af EF's associerings- og frihandelsaftaler.

Dette gælder først og fremmest *Lomé-konventionen AVS og EØF*¹ af 28.2.1975 mellem nu knap 60 stater i Afrika, Vestindien og Stillehavet og Det europæiske økonomiske Fællesskab og *frihandelsaftalerne med rest-EFTA-landene, d.v.s. Østrig, Sverige, Schweiz, Island, Portugal, Norge og Finland*.²

Herudover findes sådanne bestemmelser også i associeringsaftalerne med Grækenland og Tyrkiet.³

En række andre tredjelandsaftaler, f.eks. med Spanien, Cypern, Malta og Israel, indeholder ikke bestemmelser om forbud mod FtV, men derimod bestemmelser om afskaffelse af kvantitative restriktioner.

Her skal kun Lomé-konventionens regler og reglerne i rest-EFTA-aftalerne behandles. Gennemgangen indledes med en undersøgelse af de relevante regler, hvorefter det drøftes, om forbudene mod FtV i disse

-
1. *EFT* 1976 L 25/2. Konventionen er medundertegnet af hver af de ni medlemsstater. Dens karakter af »blandet aftale«, d.v.s. en aftale, hvor aftalens område hører dels under EF's kompetence og dels under medlemsstaternes kompetence, har dog ikke betydning på det her omhandlede område, hvor EF's kompetence er sikker. Konventionen, der gælder for en 5-årig periode, vil blive afløst af en ny konvention. Den ny konvention adskiller sig kun på få punkter fra den gamle. Forskellene er således minimale, for så vidt angår de bestemmelser, der er af betydning for denne afhandlings formål. Dog kan nævnes, at EF i den ny konvention har forbeholdt sig at indføre beskyttelsesforanstaltninger for at modvirke sammenbrud i enkelte sektorer. AVS-landene skal i hvert enkelt tilfælde konsulteres inden vedtagelsen af disse foranstaltninger.
 2. Aftalerne er indgået i juli 1972, dog således at aftalen med Norge er fra 14.5.1973, og aftalen med Finland er fra 5.10.1973. Aftalerne findes optrykt i: Østrig *ABL* 1972 L 300/2, Sverige *ABL* 1972 L 300/97, Schweiz *ABL* 1972 L 300/189, Island *ABL* 1972 L 301/2, Portugal *ABL* 1972 L 301/265 (se dansk tekst *EFT spec.* 1972 af 31.12.1972), Norge *EFT* 1973 L 171/1 og Finland *EFT* 1973 L 328/1.
 3. Grækenlandsaftalen er fra 12.6.1961, *ABL* 1963/294, og Tyrkiet-aftalen er fra 12.10.1963, *ABL* 1964/3702 (se danske tekster *EFT spec. 2 serie I Forbindelser udadtil*).

aftaler er egnede til direkte at kunne gøres gældende for de nationale domstole, og om de i bekræftende fald skal fortolkes på samme måde som forbudet i art. 30.

30.2 – Lomé-konventionen

30.2.1 – Lomé-konventionens bestemmelser.⁴ Konventionen indeholder i art. 3 en pligt for EF til ikke at anvende »andre kvantitative restriktioner eller foranstaltninger med tilsvarende virkning end dem, medlemsstaterne anvender indbyrdes, over for indførselen af varer med oprindelse i AVS-staterne«. Forbudet gælder kun *import*. Der gælder en undtagelse for nærmere opregnede landbrugsvarer.⁵ Art. 4 indeholder en ordret gengivelse af undtagelsesbestemmelsen i EØF-traktatens art. 36.

Konventionens art. 5 og art. 6 indeholder bestemmelser, der pålægger EF pligt til underretning og konsultation, hvis nye EF-harmoniseringsforskrifter, der skal vedtages med henblik på at forbedre varebevægelserne, påvirker AVS-staternes interesser, eller hvis eksisterende retsfor skrifter i Fællesskabet »vedtaget med henblik på at lette varebevægelserne« påvirker AVS-staternes interesser. Navnlig art. 5 er interessant, fordi den klart forudsætter lovligheden i forhold til forbudet mod FtV af tekniske handelshindringer. Konventionen indeholder ikke hjemmel til og forudser ikke vedtagelse af harmoniseringsdirektiver eller lignende.

Konventionen indeholder i art. 10 ret for EF eller for en af medlemsstaterne med EF's samtykke til at fastsætte beskyttelsesforanstaltninger i tilfælde af alvorlige forstyrrelser i en erhvervssektor m.m. Foranstaltningerne skal straks meddeles det ved konventionen oprettede ministerråd. Art. 11 indeholder vidtgående pligt til konsultationer på en af parternes begæring.

Det er udtrykkeligt i konventionens art. 7 udtalt, at AVS-staterne »i betragtning af deres nuværende udviklingsbehov« ikke har tilsvarende pligt til at undlade FtV. Formålet med konventionens regler om handels-

4. Om Lomé-konventionerne se:

Gerhard Schiffler, »Das Abkommen von Lomé«, *JIR* 1975 s. 320, Gillian White, »The Lomé Convention«, *ELR* 1976 s. 197, Dirk Baumgartner, »Institutionelle Aspekte des AKP-EWG-Abkommen von Lomé«, *EuR* 1978 s. 105 og von Geuseu, *The Lomé Convention and a new international order*, Leyden 1977.

5. Kvantitativt er denne undtagelse af ringe betydning. Til gengæld indeholder konventionen ret strenge oprindelsesregler.

samarbejde er efter art. 2 også klart ensidigt. Samhandelen mellem parterne skal fremmes »under hensyntagen til deres respektive udviklingstrin og navnlig nødvendigheden af at sikre yderligere fordele for AVS-staternes handel«.

Det vigtigste organ, der er oprettet i forbindelse med konventionen, er ministerrådet. I ministerrådet har EF på den ene side og AVS på den anden side hver en stemme, og afgørelserne træffes ved enstemmighed. Ministerrådet synes ikke i forbindelse med de her drøftede regler at have vigtige beføjelser. Det kan på hele konventionens område fremsætte formålstjenlige, men ikke bindende henstillinger, resolutioner eller udtalelser. Efter art. 81 kan enhver uoverensstemmelse angående fortolkning eller anvendelse af konventionen, der måtte opstå mellem EF-staterne på den ene side og AVS-staterne på den anden side, forelægges ministerrådet. Dette forsøger mægling. Hvis denne ikke lykkes, kan spørgsmålet forelægges tre voldgiftsmænd, der træffer afgørelse ved stemmeflerhed. Deres afgørelser skal gennemføres af de berørte stater.⁶

Baumgartner venter ikke, at denne bilæggelsesprocedure vil blive meget anvendt. Mæglingsproceduren under de to Yaoundé-konventioner blev kun brugt én gang og den egentlige voldgiftsprocedure slet ikke.⁷

30.2.2 – Forbudets direkte anvendelighed. Der synes ikke i konventionens *institutionelle regler* at være noget, der kan anføres som afgørende argument mod at tillægge forbudet mod FtV direkte virkning. I det hele svarer Lomé-konventionens regler og struktur til Yaoundé-aftalen, som Domstolen i sag 87/75 Bresciani fandt kunne påberåbes af private direkte for national domstol. *Selve forbudet* er tilstrækkeligt klart og bestemt; det er egnet til direkte anvendelse af domstole. De fastsatte *sikkerhedsklausuler* er, således som generaladvokat Trabucchi udtalte i sag 87/75 Bresciani, betinget af »præcise materielle regler og obligatoriske fremgangsmåder«.⁸ De særlige konsultations- og mæglingsforpligtel-

6. Efter den interne aftale mellem EF-staterne vedrørende Lomé-aftalens gennemførelse (EFT 1976 L 25/164) art. 5 kan uoverensstemmelser mellem EF-medlemsstaterne vedrørende konventionen forelægges EF-Domstolen.

7. *Anf.st.* s. 113.

8. Det kan synes overraskende at karakterisere art. 10 på denne måde. Men den svarer til sikkerhedsklausulen i art. 226 i EØF-traktaten, som EF-Domstolen mange gange har fortolket.

ser samt den særlige voldgiftsprocedure kan næppe heller anses som udtryk for, at direkte anvendelighed af forbudet er udelukket.⁹

Hertil kommer, at konventionen som nævnt er ratificeret og offentliggjort i forbindelse med en af Rådet vedtaget forordning. Ganske vist er dette ikke afgørende for spørgsmålet om bestemmelsernes direkte anvendelighed, men kan dog anses som en understregning fra Rådets side af, at dette er en mulighed.

Det er på denne baggrund overvejende sandsynligt, at Domstolen vil finde, at forbudet er direkte anvendeligt. Et modsat resultat ville betyde en ændring af dens praksis fra sag 87/75 Bresciani.¹⁰

På den anden side er der kun mindre gradsforskel mellem de regler, der for så vidt angår GATT-overenskomsten førte til en benægtelse af den direkte anvendelighed, og de her drøftede regler. Og det kan være, at det efter nærmere undersøgelser findes ønskeligt, at spørgsmålet om den direkte anvendelighed af disse forbudsbestemmelser løses ensartet for EF's associerings- og handelsaftaler. Resultatet af undersøgelserne for så vidt angår rest-EFTA-aftalerne kan derfor være af betydning. Det kan endelig være, at medlemsstaterne efter nærmere overvejelser aktivt vil gå imod accept af direkte anvendelighed, hvilket må antages at ville have indflydelse på Domstolens afgørelse.

30.2.3 – Forbudets fortolkning. Det er tvivlsomt, om Domstolen vil vælge at fortolke konventionens forbud mod FtV på samme måde som EØF-traktatens forbud. De reale grunde for ikke at acceptere en identisk fortolkning af de to regelsæt er stærke. EF-Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens art. 30 er vidtgående. Den er så vidtgående, at den alene kan forklares ud fra EØF-traktatens særlige formål, og fordi traktaten i et vist omfang gør det muligt på fællesskabsplan at løse de nationale problemer, der har givet anledning til de handelshindrende regler.

Lomé-konventionens formål er først og fremmest at fremme »bestræbelserne for økonomisk udvikling og sociale fremskridt i AVS-sta-

9. I Yaoundé-aftalen var der forudsat en egentlig voldgiftsdomstol, men med opgaver svarende til Lomé-konventionens voldgiftsmænd.

10. Både White, *anf.st.* s. 201, og Baumgartner, *anf.st.* s. 112, synes også at mene, at Lomé-konventionens regler kan have direkte virkninger. White støtter det på Bresciani-dommen, og Baumgartner henviser til sag 65/77 Razanatsimba, hvor Domstolen fortolkede etableringsreglen i art. 62.

terne«. Dette kan ikke sammenlignes med EF's formål. Der kan under hensyn til EF's videregående formål være rimelig begrundelse for at pålægge de nationale myndigheder vidtgående forpligtelser. Tilsvarende vidtgående forpligtelser er det vanskeligt at begrunde ud fra Lomé-konventionens formål.

Der synes på den anden side at være så stor overensstemmelse mellem Yaoundé- og Lomé-aftalerne, at det er vanskeligt at se, hvordan Domstolen i forhold til Lomé-aftalen skulle kunne undgå at følge samme logik som den fulgte i Bresciani-sagen, d.v.s. at lægge samme fortolkning til grund.¹¹

Domstolen synes at have tre muligheder. Den kan vælge at fortolke Lomé-forbudet som et forbud mod diskrimination (med de vanskeligheder, dette kriterium indebærer). Den kunne herved henvise til de forskellige formål og til, at det i GATT og i andre internationale handelsaftaler er almindeligt at begrænse forbudene til at være diskriminationsforbud. Dette forekommer at være den rigtigste løsning.

Den kan også forsøge at acceptere en ensartet fortolkning, medmindre dette ville føre til urimelige resultater. Dette ville set fra AVS-staternes synspunkt være en mere fordelagtig løsning end den førstnævnte løsning, men til gengæld føre til endnu større retsusikkerhed end den første og tredje løsning.

Domstolen kan endelig vælge at lægge identiske fortolkninger til grund. Ud fra en »esprit de cohérence« kunne dette måske synes den rette løsning. Men den kan som nævnt føre til urimelige resultater. Og under alle omstændigheder måtte Domstolen i så fald, hver gang den afsagde en dom om fortolkningen af art. 30, tage den nye dimension med i betragtning. Dens fortolkning ville da have virkning ikke alene på samhandelen mellem medlemsstaterne, men også på indførsler fra de knap 60 AVS-stater.

30.3 – Rest-EFTA-aftalerne

30.3.1 – Bestemmelserne i overenskomsten mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og kongeriget Sverige. Rest-EFTA-aftalerne er i alt væsentligt opbygget ensartet. Det er derfor for det her drøftede spørgs-

11. Der er dog den forskel mellem Bresciani-dommens problem og det her drøftede spørgsmål, at man i Bresciani-dommen fortolkede en bestemmelse, der indeholdt en egentlig henvisning til en EØF-traktatbestemmelse.

mål tilstrækkeligt at gennemgå en af aftalerne, nemlig aftalen mellem Sverige og EF. Aftalerne indeholder regler, der sikrer fri handel for industrivarer, d.v.s. regler, der ligesom EØF-traktaten forbyder told- og toldlignende afgifter, kvantitative restriktioner og FtV, diskriminerende interne afgifter, konkurrencefordrejende statsstøtte og konkurrencefordrejende aftaler og misbrug af dominerende stilling, der påvirker samhandelen. Aftalerne indeholder derimod ingen regler om harmonisering af lovgivninger el.lign. Det er aftaler, der gennem forbud og påbud skal sikre den frie samhandel. Aftalerne skal kunne virke, uden at deres regler skal suppleres af regler vedtaget af parterne inden for aftalernes rammer, jfr. dog nedenfor om de såkaldte udviklingsklausuler.¹²

Art. 13 i aftalen mellem Sverige og EF indeholder efter den nu afsluttede overgangsperiode¹³ et ubetinget forbud mod kvantitative restriktioner og FtV i samhandelen mellem Sverige og EF. Forbudet gælder alene *import*restriktioner. Art. 20 indeholder bestemmelser, der med enkelte uvæsentlige ændringer svarer til art. 36.¹⁴

De beskyttelsesforanstaltninger, der er fastsat i aftalen, er ganske omfattende. Art. 24 forudsætter mulighed for beskyttelsesforanstaltninger under visse betingelser, når indførslen af en vare er til alvorlig skade for eller truer med at være til skade for produktionen. Art. 25 indeholder regler om foranstaltninger i tilfælde af dumping, og art. 26 giver mulighed for passende foranstaltninger i tilfælde af alvorlige sektor- og regionale forstyrrelser. Art. 28 hjemler beskyttelsesforanstaltninger i tilfælde af betalingsbalancevanskeligheder eller alvorlig trussel herom. Og endelig hjemler art. 22 ret til »passende foranstaltninger«, »såfremt en part finder, at den anden kontraherende part har forsømt en forpligtelse i overenskomsten«. Det forudsættes i alle disse tilfælde, bortset fra i forbindelse med betalingsbalancevanskeligheder, at de særlige bestem-

12. En sådan udviklingsklausul findes ikke i aftalen mellem Finland og EF. Aftalerne med Island og Portugal indeholder på grund af disse landes økonomiske situation visse særlige regler, der dog næppe er af principiel betydning i den her drøftede sammenhæng. Det er alene regler, der kan påvirke spørgsmålet om den reelle økonomiske gensidighed. Grahl-Madsen, »Handelsavtalene mellem EF og seks EFTA-stater«, *Bedriftsøkonomen* 1972 nr. 10, giver en sammenlignende oversigt over aftalernes regler.

13. Eksisterende kvantitative restriktioner skulle være afskaffet pr. 1.1.1973, og eksisterende FtV skulle være afskaffet pr. 1.1.1975.

14. Man har af hensyn til en særlig EFTA-konvention om kontrolstempling af guld og sølv medtaget »bestemmelser vedrørende guld og sølv«.

melser og de særlige fremgangsmåder og betingelser, der er fastsat i art. 27, er iagttaget. Man skal vælge »de foranstaltninger, der vil medføre færrest forstyrrelser ...«. Man skal forudgående give den nedenfor omtalte blandede komité alle oplysninger, der er nødvendige for at muliggøre en undersøgelse af situationen med henblik på at nå en løsning, der kan godkendes af parterne. »Ekstraordinære omstændigheder, der nødvendiggør et øjeblikkeligt indgreb«, kan dog legitimere, at den forudgående underretning af og undersøgelse i den blandede komité erstattes af en efterfølgende.

De institutionelle regler er ganske enkle. Art. 29 forudser oprettelsen af en blandet komité, »hvem administrationen af overenskomsten påhviler, og som overvåger, at den efterleves på rette vis«. Bortset fra de netop nævnte beføjelser i forbindelse med beskyttelsesforanstaltninger har den ingen beføjelser af betydning for det her drøftede spørgsmål, og beføjelserne i forbindelse med beskyttelsesforanstaltninger er begrænsede til undersøgelser og fremsættelse af forslag til løsninger. Disse forslag skal der være enighed om mellem parterne, d.v.s. EF's repræsentanter på den ene side og Sveriges på den anden side. Løsning forudsætter altså enighed mellem de to interesserede parter. I mangel af enighed kan den part, der påstår sig krænket, benytte sig af muligheden for at indføre beskyttelsesforanstaltninger i medfør af art. 22. Der er *ikke* i aftalen forudset tvungen voldgift.¹⁵

Aftalens formål er begrænset til at sikre den videst mulige samhandel mellem de kontraherende parter til gensidig fordel.¹⁶ Aftalens begrænsede formål bekræftes snarere end modsiges af eksistensen af den såkaldte udviklingsklausul, i hvilken de kontraherende parter udtrykker deres vilje til »at undersøge mulighederne for at udvikle og uddybe deres forbindelser, såfremt det skulle vise sig formålstjenligt, at begge parter

15. Dette var ønsket af Sverige, navnlig på baggrund af de meget betydelige problemer, anvendelsen af art. 23's forbud mod konkurrencefordrejende aftaler m.v. kunne give. EF afviste dette ønske, angiveligt på baggrund af frygt for den indflydelse på EF's beslutningsprocedure og især Domstolens kompetence, en sådan afgørelsesmåde kunne have! Det er dog også muligt, at EF som den stærkere part mente at have fordel af denne mangel af judicielt-prægede afgørelser. Se herom Hans Henrik Lidgaard, *Sverige – EEC och konkurrenzen* s. 21 og Hollenweger »Institutionelle und Völkerrechtliche Aspekte des Freihandelsabkommens Schweiz – EWG«, *SJIR* 1973 s. 101, samt Ulf Bernitz i en artikel om Sveriges-aftalen, der offentliggøres i *NTIR* i 1980.

16. Hollenweger, *anf.st.* s. 96 fremhæver dog, at formålet går videre end i EF's andre frihandelsaftaler.

kunne have økonomisk interesse i at udstrække disse til områder, der ikke omfattes af denne overenskomst«. Udviklingsklausulen har hidtil ikke haft væsentlig praktisk betydning.

30.3.2 – Art. 13's direkte anvendelighed. *EF-Domstolen* har ikke haft lejlighed til at tage stilling til den direkte virkning af bestemmelserne i rest-EFTA-aftalerne.

Domstolen nævnte i sagerne 51, 86 og 96/75 EMI aftalerne med Schweiz og Sverige. Baggrunden herfor var, at sagsøgerne i disse sager hævdede, at EF-Domstolens praksis vedrørende enerettigheder også fandt anvendelse ved import fra tredjelande. De henviste i denne forbindelse til aftalerne med Sverige og Schweiz og påstod, at de til art. 30 og art. 36 svarende bestemmelser var *udtryk for et almindeligt princip*, der måtte gælde i forbindelse med indførsler fra alle tredjelande. Dette argument blev afvist af EF-Domstolen, der udtalte, at der ikke fra den *bindende karakter* at disse aftaler kunne drages slutninger til indførsel fra andre lande. Det kan imidlertid næppe ud fra omtalen af aftalerne i denne sammenhæng sluttes, at Domstolen mente, at dens praksis inden for enretsområdet direkte kan anvendes ved import fra Sverige og Schweiz.¹⁷

Domstolene i rest-EFTA-landene har så vidt vides heller ikke haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet.¹⁸ Der gælder dog en enkelt undtagelse. Den schweiziske forbundshøjesteret afviste ved dom af 3.5.1978 i en straffesag den direkte anvendelighed af aftalens art. 23 vedrørende konkurrencefordrejende aftaler.¹⁹ Begrundelsen herfor går navnlig på art. 23's særlige karakter. Den indeholder ikke som art. 85 i EØF-traktaten et egentligt forbud, men blot en konstatering af, at de konkurrencefordrejende aftaler »er uforenelige med, at overenskomsten kan virke på rette måde«.

Efter de foreliggende oplysninger har aftalerne heller ikke haft betydning i *administrativ praksis*, f.eks. ombudsmænd, monopolankenævn og lignende.²⁰

17. Winkel, »Die Grundsätze des freien Warenverkehrs«, *NJW* 1977 s. 1996, er dog af modsat opfattelse. Alexander er enig i den her fremførte opfattelse, se »Marques et Droit Communautaire«, *CDE* 1976 s. 438.

18. Se til bekræftelse heraf March Hunnings, »Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements«, *ELR* 1977 s. 188 og 1978 s. 290.

19. Se *Common Market Law Reports* 1978 s. 480, »Straffesag mod Stanley Adams«.

20. Se note 18.

Der har i *den blandede komité* været behandlet en række sager. Dette gælder f.eks. svenske importrestriktioner for så vidt angår sko. Svenskerne påberåbte sig art. 21, der vedrører hensynet til særlige sikkerhedsinteresser (Sveriges selvforsyningsgrad af sko er lille, hvilket skønnedes uheldigt i tilfælde af krig el.lign). EF protesterede mod anvendelsen af denne bestemmelse. Denne og andre sager er blevet løst gennem drøftelser i den blandede komité, hvor juridiske synspunkter utvivlsomt har spillet en vis rolle, men hvor trusler om gengældelse (retorsioner) efter art. 22 formentlig har været udslagsgivende.

Teorien har beskæftiget sig en del med spørgsmålet. Det har naturligt nok været art. 23's bestemmelser om konkurrencefordrejende aftaler m.v., der har interesseret mest. Her gælder der imidlertid særlige forhold, der allerede er berørt i forbindelse med den schweiziske dom.²¹ Drøftelse af spørgsmålet om *art. 13's direkte anvendelighed* har været mindre intens.

Lidgaard mener, at spørgsmålet er tvivlsomt, men synes dog at hælde til, at der vil blive tillagt en del af rest-EFTA-aftalens bestemmelser, herunder de til art. 30 svarende, direkte virkninger.²² March Hunnings mener, at spørgsmålet med ret stor sandsynlighed vil blive besvaret bekræftende.²³ Waelbroeck er af samme opfattelse.²⁴ Winkel mener, at et bekræftende svar allerede følger af, at aftalerne er inkorporerede i EF-retten gennem en forordning.²⁵ Hirsch ytrer under henvisning til dommen i sag 21-24/72 *International Fruit* en vis tvivl, om EF-Dom-

21. Herudover kan nævnes, at frihandelsaftalen også i den i art. 27 forudsatte særlige »administrative« procedure adskiller sig væsentligt fra EF's interne regler, og at Kommissionen tidligere har udtalt, at art. 23 ikke er direkte anvendelig (se herom Lidgaard, *anf.st.* s. 29 ff.).

Der er derfor overvejende enighed om, at art. 23 ikke har direkte virkninger. Dette er også konklusionen hos Lidgaard i dennes afhandling om spørgsmålet (se *anf.st.* s. 40). Også Waelbroeck indtager dette standpunkt i en debat med March Hunnings, der går ind for den direkte anvendelighed (Hunnings, »Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreement«, *ELR* 1977 s. 163, Waelbroeck, »A reply«, *ELR* 1978 s. 27, og Hunnings, »A Rejoinder«, *ELR* 1978 s. 278).

22. *TfR* 1977 s. 172.

23. *ELR* 1977 s. 184.

24. *ELR* 1978 s. 29 og »L'effet direct de l' Accord CEE-Suisse«, *SJIR* 1973 s. 113 (se delvis tilsvarende artikel i *JWTL* 1974 s. 614). I de sidstnævnte artikler ytrer han dog tvivl, om EF-Domstolen vil følge ham. Tvivlen skyldes dommen i sag 21-24/72 *International Fruit*.

25. *NJW* 1977 s. 1996.

stolen vil gå ind for direkte anvendelighed.²⁶ Blok argumenterer for en benægtende besvarelse.²⁷ Han henviser til, at krænkelse af aftalerne skal drøftes af den blandede komité, og at sanktioner er modforholdsregler fra den krænkede parts side. Dette viser efter hans mening, at aftalerne alene skaber folkeretlige forpligtelser. Han fremhæver også, at direkte anvendelighed alene accepteret af EF ville betyde en fordel for de andre landes virksomheder, da EF-virksomhederne ikke ville kunne påberåbe sig bestemmelserne direkte for domstolene i disse lande. Dette sidste synspunkt går klart på manglende gensidighed. Gangsted-Rasmussen er enig med Blok i dennes betænkeligheder, men mener ikke, at de vil blive delt af EF-Domstolen.²⁸

Der foreligger, så vidt vides, ikke bidrag i *forarbejderne*, der kan hjælpe til en stillingtagen til spørgsmålet om den direkte anvendelighed af de til art. 30 svarende bestemmelser. En vigtig indikation for en benægtende besvarelse af spørgsmålet ligger i, at *Norge ikke har inkorporeret reglerne i intern ret*. Herved er det efter norsk ret udelukket, at disse kan påberåbes af private for norske domstole. Den svenske og finske inkorporation er sket på en sådan måde, at både en bekræftende og en benægtende besvarelse af spørgsmålet om den direkte anvendelighed er mulig.²⁹

Det kan i øvrigt nok give grund til overvejelse, at de her omhandlede bestemmelser *ikke i et eneste tilfælde er blevet påberåbt for domstole, hverken i EF eller i andre lande*. Det kan måske være udtryk for, at virksomhederne og deres organisationer mener, at det her drejer sig om handelspolitiske regler, hvis indhold og praktiske konsekvenser i det lange løb mest hensigtsmæssigt bliver fastlagt gennem staternes indbyrdes forhandlinger.

Det vil ud fra EF-Domstolens hidtidige praksis være muligt at argu-

26. Alain Hirsch »L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers«, *CDE* 1974 s. 199 f.

27. »Immaterialrettighederne og den frie varecirkulation inden for EF«, *NIR* 1976 s. 464.

28. *Anf.st.* s. 273. Grahl-Madsen, *anf.st.* s. 6, giver så vidt ses udtryk for, at aftalerne alene indeholder forpligtelser af rent folkeretlig karakter.

29. Se om inkorporationerne i disse lande Lidgaard, *anf.st.* s. 172 ff. I Schweiz og Østrig gælder der automatisk inkorporation. Man går fra schweizisk side ud fra, at aftalernes forbudsbestemmelser er direkte anvendelige i Schweiz, se Blaise Knapp, »Les particuliers et les traités internationaux devant le Tribunal fédéral suisse«, *CDE* 1974 s. 187, og Hirsch, *anf.st.* s. 194. Se dog nu den ovenfor anførte dom om den direkte anvendelighed af konkurrencereglerne.

mentere såvel for en benægtende som for en bekræftende besvarelse. Afgørende bliver, om man vil lægge størst vægt på tendenserne i sag 21–24/72 International Fruit eller på tendenserne i sag 87/75 Bresciani.

Man vil som i International Fruit-sagen kunne lægge vægt på de vidtrækkende muligheder for beskyttelsesforanstaltninger og det forhold, at tvistbilæggesystemet i alt væsentligt er overladt til politisk afgørelse eller rettere »kræfternes frie spil«. Man kan henvise til, at en i alt væsentligt politisk betonet beslutningsprocedure på det internationale plan ikke naturligt kan eksistere side om side med en judiciel procedure på det nationale plan. Men man vil omvendt kunne fremhæve, at der her er tale om bilaterale aftaler og ikke som i GATT-aftalen om multilaterale, at sikkerhedsklausulerne er »præcise og begrænsede«,³⁰ og at EF-Domstolen inden for EF-traktaternes område har vist, at eksistensen af sikkerhedsklausuler ikke hindrer forbudsbestemmelser direkte virkning. Hertil kommer, at særlige procedurer eller mangel på sådanne vedrørende bilæggelse af uoverensstemmelser mellem de kontraherende parter ikke nødvendigvis kan tages til indtægt for, at judiciel håndhævelse af aftalernes bestemmelser er udelukket. Det er klart, at de aftaler, der efter deres indhold utvivlsomt skal have direkte virkninger for borgerne,³¹ også kan give anledning til uoverensstemmelser på det diplomatiske plan. Dette forhold og de procedurer, der forudses til afgørelse af disse tvister, hindrer naturligvis ikke den tilsigtede direkte virkning.

Da det er utvivlsomt, at selve forbudsbestemmelserne efter deres indhold er egnede til at kunne håndhæves af nationale domstole, og da der ikke i øvrigt i aftalerne er forhold, der *hindrer* direkte anvendelighed, må man formentlig acceptere, at det for EF-Domstolen afgørende spørgsmål bliver, om de kontraherende parter har haft til hensigt, at forbudene skulle kunne påberåbes af borgerne for nationale domstole, eller om de alene skulle gælde for staterne i deres indbyrdes forhold.

Det er vigtigt, at man gør sig problemet klart i al dets enkelhed. *Aftalerne skifter nemlig i høj grad karakter, alt efter hvilken løsning der vælges.* Overlades håndhævelsen af forbudene (også) til nationale domstole, forlader de det overnationale plan, hvor staterne selv er herrer over deres anvendelse. Deres »effektive virkning« forøges betragteligt. Det

30. Se Hunnings i *ELR* 1977 s. 180.

31. F.eks. de stadigt hyppigere lovharmoniseringstraktater.

er dette, der er baggrunden for EF-Domstolens meget vidtstrakte accept af direkte virkninger for de interne EF-regler.³² Dette indeholder forklaringen på, at direkte anvendelighed af traktatbestemmelser ønskes af dem, der ønsker understregning af internationale forpligtelsers bindende kraft. Men det indeholder samtidig forklaringen på, at man ofte kan formode, at staterne ikke har tilsigtet direkte anvendelighed. Man må ofte gå ud fra, at staterne kun kan acceptere internationale handelsforpligtelser, fordi de er forsynet med passende vide sikkerhedsklausuler, og fordi deres håndhævelse påhviler staterne selv.

Man må på denne baggrund regne med en reel mulighed for, at EF-Domstolen fastslår reglernes direkte virkning. Dens medlemmer er som nævnt for hovedpartens vedkommende ideologisk åbne over for folkeretlige forpligtelser, og »esprit de cohérence«-synspunktet vil også spille ind. Men man må også tillægge det meget betydelig vægt, hvad Rådet og medlemsstaterne vil gøre gældende i de sager, hvor der skal tages stilling til spørgsmålet. Der vil her være en anledning til en drøftelse af dette politisk og retligt vigtige spørgsmål i Rådet.

Gensidighedssynspunktet kan også have indflydelse på resultatet. Det er ikke udelukket, at Domstolen vil lægge afgørende vægt på oplysninger om, at det er udelukket, at bestemmelserne kan have direkte virkninger i Norge, og at det er mere eller mindre tvivlsomt i de øvrige rest-EFTA-lande. Da det er sikkert, at manglende direkte anvendelighed netop vil have stor betydning i forbindelse med frihandelsaftalernes forbud mod FtV, og at forskelle på dette punkt i de kontraherende parters retssystemer kan betyde alvorlig ulighed i konkurrencevilkårene, kan der anføres gode grunde for at lægge stor vægt på gensidighedssynspunktet.

30.3.3 – Fortolkningen af forbudet mod FtV i aftalens art. 13.

Der kan vedrørende fortolkningen af de til art. 30 og art. 36 svarende bestemmelser i alt væsentligt henvises til det, der ovenfor er sagt om fortolkningsproblemerne i forbindelse med Lomé-konventionen.

Den vigtigste forskel er, at forpligtelserne efter rest-EFTA-aftalerne er gensidige. Spørgsmålet bliver derfor, hvilken betydning muligheden for en anden og måske mere begrænset fortolkning af bestemmelserne fra de andre kontraherende staters domstoles side kan have for EF-

32. Se herom kap. 16.

Domstolens fortolkning. Det er klart, at enhver gensidigt bebyrdende international aftale giver anledning til tilsvarende problemer. De delta-gende landes domstole kan ikke forventes på alle punkter at fortolke reglerne fuldstændig ens. Sådanne forskelle kan man normalt leve med. Hvis de bliver tilstrækkeligt graverende til at ændre gensidigheden i rettigheder og forpligtelser, vil den interesserede part have mulighed for på politisk plan at tage spørgsmålet op med henblik på en berigtigelse af forholdet.

Det, der gør spørgsmålet specielt i den foreliggende sammenhæng, er, at de pågældende aftalebestemmelser allerede er kendt i den ene af de kontraherende parterets retsorden, og at de dér fortolkes så vidt, at der kan være berettiget tvivl om, at den anden kontraherende part kan og vil fortolke bestemmelserne på samme måde.

Fortolkningsspørgsmålet blev udtrykkeligt taget op under forhandlingerne i forbindelse med art. 23 i frihandelsaftalerne. EF fik knyttet en ensidig erklæring til aftalerne vedrørende dette spørgsmål. Erklæringen gik ud på, at EF »inden for rammerne af den selvstændige iværksættelse af art. 23, stk. 1, ... vil bedømme den praksis, der er i strid med reglerne i denne artikel, med støtte i de kriterier, der følger af anvendelsen af bestemmelserne i art. 85, 86, 90 og 92« i EØF-traktaten. Østrig protesterede direkte mod erklæringen. De andre aftalepartners mangel på protest skal ikke opfattes som accept af at lægge tilsvarende fortolkning til grund, og Kommissionen har i et svar på et parlamentsspørgsmål (EFT 1975 C 209/15) tihsyneladende accepteret, at de andre parter ikke er bundet af EFs fortolkninger (se i det hele herom Lidgaard, *Sverige-EEC* s. 24 ff., navnlig s. 30 f.). Denne drøftelse må dog næppe overvurderes. Den må ses på baggrund af, at der er overvejende enighed om, at art. 23 ikke er direkte anvendelig. Fører de forskellige opfattelser af art. 23's fortolkning til reelle forskelle i staternes overholdelse af bestemmelsen, må disse løses inden for aftalernes rammer ved forhandlinger mellem parterne.

Når det drejer sig om bestemmelser, der er direkte anvendelige, synes det ikke urimeligt, at EF-Domstolen i sine fortolkningsovervejelser ind-drager muligheden af, at de andre stater ikke vil lægge samme vidtgående fortolkning til grund, som den selv har gjort det på det interne plan. *Dette er endnu et argument føjet til de ovenfor i forbindelse med Lomé-konventionen nævnte, der taler for en selvstændig fortolkning af disse bestemmelser.*

Dette skal ikke opfattes således, at EF-Domstolen i det enkelte tilfælde

skal tage hensyn til oplysninger om eventuel afvigende og mere restriktiv domspraksis i et af de andre lande. Men det betyder, at EF-Domstolen må lægge betydelig vægt på sandsynligheden af, at bestemmelserne ikke kan eller vil blive fortolket lige så vidt i de andre lande, som den selv har fortolket EØF-traktatens art. 30 og art. 36. Den må derfor for at sikre gensidigheden i forpligtelserne overveje en mere restriktiv og selvstændig fortolkning i overensstemmelse med frihandelsaftalernes mere begrænsede formål.³³ Det naturligste vil være, at fortolkningen af forbudet, hvis det bliver anset for direkte anvendeligt, fører til, at forbudet alene retter sig mod diskriminerende foranstaltninger.

30.4 – Afsluttende bemærkninger

De her drøftede spørgsmål er praktisk vigtige. Det må håbes, at EF-Domstolens beslutningsgrundlag vil indeholde klare udtalelser fra de implicerede institutioner og stater, og det må håbes, at Domstolen vil have mulighed for at udforme en sammenhængende praksis. Det vil være ønskeligt, om EF's handels- og lignende aftaler med tredjelande kan behandles på samme måde i denne henseende. Hvis rest-EFTA-aftalerne ikke får tillagt direkte virkning, må dette kunne anføres som argument for heller ikke at tillægge andre tilsvarende, omend ensidige, aftaler direkte virkning. EF-Domstolens praksis bør indirekte opfordre staterne til at løse disse spørgsmål i de enkelte aftaler. Det drejer sig om spørgsmål, hvis løsning bør afgøres af de politisk ansvarlige organer og ikke overlades til judicielle organer i videre omfang end strengt nødvendigt.

33. Denne mulighed accepteres af Hunnings som rimelig. Se *ELR* 1977 s. 185.

SUMMARY IN ENGLISH
THE PROHIBITION OF TRADE RESTRICTIONS IN THE
EEC-TREATY

An examination of the prohibition of measures having an effect equivalent to quantitative restrictions in art. 30 and 34 in the EEC-Treaty

Chapter 1. *The subject and relevance of the dissertation.* The prohibition of measures having an effect equivalent to quantitative restrictions in intra-community trade, contained in art. 30 and 34 of the EEC-Treaty, has been chosen as the subject of the dissertation for several reasons. The Court of Justice of the European Communities has stated that all rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions (hereafter MEE). The concept of MEE is very broad in scope, as many national measures can have trade-hindering effects. The prohibition can thus have far-reaching effects as a restriction on the powers of national authorities, and it is of considerable practical interest to delimit the scope of the prohibition.

But the choice of the prohibition of MEE as the subject of the dissertation has also been made, because it is an ideal basis for

- an understanding of the »judicial method« in Community law and of the importance of the way of reasoning of the Court of Justice,
- an examination of the way in which the EEC-Treaty regulates the free movement of goods and of the difficulties of creating a Common Market between states having retained important powers, and
- an attempt to use knowledge from other related legal systems and from the political and economic sciences within a Community legal context.

Chapter 2 examines briefly the numerous measures which can prevent or restrict trade between States in order to give an understanding of the dif-

ficulties created by the delimitation of the prohibition of MEE. It also contains a short survey of distinctions which may be of importance in such a delimitation, notably the distinctions between discriminatory and non-discriminatory and protective and non-protective measures.

First part. GATT and the USA experience

Chapter 3 gives *the reasons for analysing the rules of GATT and the US-Constitution*. These two sets of rules are, as the EEC-Treaty rules, based on the premise that free trade is in the common interest of states, but at the same time show that the reasons for protection of »home« goods may be so strong that the abstract advantages of free trade are not in themselves important enough to prevent states from introducing protective measures. It is necessary for the states to undertake international or supranational obligations in order to ensure free trade.

Chapter 4 describes the original *rules of the GATT* which were known to the authors of the EEC-Treaty. One of the principles of GATT is that protection of national goods should take place through customs duties and not through other measures. For this reason a number of other trade-restricting measures are prohibited. For the purposes of the dissertation the two most important provisions are the prohibition in art. XI of quantitative restrictions and the provision in art. III concerning national treatment with regard to internal taxation and regulation. Art. XI covers measures with a restrictive effect directly relating to imports or exports, whereas art. III covers measures of importance to foreign goods once they have passed the frontiers.

The exact scope of the prohibition in art. III is not clear, although it seems safe to submit that it does not go further than prohibiting discriminatory measures. The exceptions to these prohibitions are many and far-reaching. One of the most important is the provision in art. XX, allowing restrictions, necessary for the protection of public morals, human health etc., *i.e.* a provision which can be found repeated in the EEC-Treaty art. 36 with only minor changes. The enforcement of the GATT obligations is briefly described, showing the preference of most of the States for a non-judicial system, both because they did not believe in the ability of lawyers to grasp the complexities of international trade and

because they preferred a flexible system of enforcement where non-judicial aspects of the problems could be taken into account.

After a short survey of the recent endeavours of and the relative success in reforming the GATT rules, it is concluded that the principal interest of the GATT rules for the understanding of the EEC rules is the demonstration of the complexities of regulating international trade. Both the rather limited scope of the obligations and especially the wide scope of the exceptions as well as the *de facto* acceptance of a number of violations of the GATT provisions illustrate the difficult problems in creating and applying rules regulating international trade. The rules must be *made* in such a way that an acceptable balance is struck between the common interest in free trade and the interest of the individual state to be able to pursue its basic interests. The rules must be *applied* in such a way that the states are not able to use national regulations as a disguised restriction on international trade.

Chapter 5 examines the same problems within *the federal system of the U.S.A.* The constitutional background for the solution of the problems is compared with that of the EEC. It is important that both the federal authorities and the EEC authorities have only been given authority to act when such an authority can be deduced from the Constitution and the EEC-Treaty. This means that important residual powers are left to the States. An important difference is the greater ability of the legislative organ on the federal level to solve national problems compared with the ability of the EEC legislative organ to solve Community problems.

The relevant provision of the U.S. Constitution is to be found in art. I, § 8, section 3, according to which Congress has power »to regulate commerce between the several states«. This provision corresponds with the power, given to the EC-Council by art. 100 of the Treaty, to issue harmonization directives. The U.S. Constitution contains no provision corresponding to art. 30 and 34 of the EEC-Treaty, but the Supreme Court has found that the »interstate commerce clause« contains important limitations of the states' rights to make regulations with trade restricting effects.

The power of Congress to regulate interstate commerce is examined and it is pointed out that this power is to-day very broad. Of special interest is the fact that Congress can use its power under the interstate commerce clause to allow the states to make regulations which without

the Congressional »dispensation« would be unconstitutional as trade restrictions. This power has been mentioned as one of the reasons for the successful and flexible functioning of the federal system in the U.S. This is significant because a comparable power has not been given to the Community legislator (see chapter 12.8).

When the powers of Congress have been used to regulate interstate or other questions of federal interest, difficult questions arise as to the importance of this regulation as a limitation on state regulation. It is submitted that the Supreme Court seems to fear »centrifugal forces« less than the Court of Justice and to have a greater understanding for the need of social experiments at the local level.

The limitations on the powers of the states to take measures affecting interstate trade are judge-made limitations. The Supreme Court has tried to find criteria which could be used as the basis for delimiting unconstitutional state measures. All these criteria have sooner or later been found wanting. The Supreme Court seems lately to have accepted this and to have opted for a concrete balancing of the interest of the state in the furthering of local needs against the burden on interstate commerce. It is submitted that the Supreme Court in this balancing process is not unfavourable towards the local interests.

Supreme Court judges and legal writers have stressed the difficulties of solving the problems of interstate trade through the judicial process and the advantages of having them solved through congressional legislation. It is pointed out that quite a number of trade restricting measures still exist in the U.S., a fact which is taken as an indication of the understanding of the role of the individual states within the federal system.

Second part. The political and economic importance of the free movement of goods.

Chapter 6 explains the reasons for an examination of the knowledge which the political and economic sciences may have regarding the importance of free movement of goods between states. It is pointed out that the Court of Justice attaches great weight to the objectives of the Treaty – the basic one being integration between the peoples of Europe – and that free movement of goods is expressly stated as one of the means of furthering this objective. The purpose of the two subsequent chapters is therefore to see whether this premise is based on scientific knowledge.

Chapter 7. *The free movement of goods as a method of achieving political integration.* The concept of integration is discussed, the result being that for the purposes of the dissertation it suffices to define it in accordance with the preamble of the Treaty as the process started to create »an ever closer union among the peoples of Europe«. The four main theories of integration are mentioned. The neo-functionalist and the transactionalist theories are the two theories of greatest interest to the question examined. The »spillover effect« of supranational cooperation is the central theme of the neo-functionalist theory. It emphasizes the consequences of supranational regulation in one area. For psychological and economic/political reasons this regulation must of necessity lead to regulation of other areas. The two theories agree that free movement of goods is of importance in the integration process. The reasons being *that* it creates a sense of community, *that* it creates economic interdependence and *that* it necessitates supranational regulation, which has spillover effects in other areas. However, these theories and the reasons given for them have been seriously criticized. They are not always supported by historical experience, and they have formed a poor basis for an explanation of the development of the Communities. The few empirical studies have also given uncertain and conflicting results. However, in spite of these limited results, one should not underestimate the importance of the theories. The neo-functionalist theory corresponds to a large extent to the ideas laid down in the E.C. Treaties and probably they still have a certain importance in the Community institutions, not the least in the Court of Justice.

Chapter 8. *The economic importance of free trade.* The general theory of free trade is mentioned and economic theory on the reasons for and the effects of trade barriers is examined. The same questions are examined in relation to regional economic integration. It is noted that one of the advantages of the E.C. integration emphasized by certain economists is the removal of the uncertainty which is harmful to international trade. The difficulties of quantifying the economic effects of trade barriers as well as of regional integration are generally admitted, and few useful empirical studies of these questions can be found. The conclusion is that as a rule economic theory accepts the favourable effects of free trade and regards trade barriers with scepticism, thus confirming the premise of the Treaty. However, concrete knowledge of the effects of free trade and

of trade barriers is limited and the little which is known indicates that the effects are comparatively small.

Third part. Free movement of goods in the E.C. The Treaty context of the prohibition of MEE.

Chapter 9 examines the possibilities of interpreting the prohibition of MEE on the basis of »basic principles or concepts of the treaty«. As an example is mentioned the discussion of whether the Treaty provisions of free movement of goods are based on the »principle of freedom« or whether they are only based on the »principle of non-discrimination«. Another example is the concept of »Common market«, which some authors invoke as a proof of the allegation that the prohibition of MEE only concerns discriminatory measures and by others as the basis for submitting that it covers all trade limiting measures not specifically allowed by the Treaty. There are several reasons for not accepting such principles or concepts as the basis for interpretation, the most important being that it is doubtful whether the Treaty provisions are based on well-conceived and consistent ideas and principles which can serve as the basis of the interpretation of the individual provisions and that it is always a dubious method to use such principles in the way indicated as long as the premises on which they are based are in themselves open to doubt.

It is, however, accepted that a close study of the objectives of the Treaty and its provisions is necessary, the context and objectives of a provision being essential for a correct interpretation of the prohibition of MEE. This is the purpose of the following chapters.

Chapter 10 discusses the *concept of discrimination*, because it is an important concept for the understanding of most of the Treaty provisions examined later on. Discrimination is traditionally defined either as different treatment of comparable situations or as different treatment which cannot be objectively justified. There are no substantive differences between these definitions. Both point to the fact that there are certain differential treatments which the courts cannot accept and certain which they can accept as justified by grounds consistent with the purposes underlying the discrimination prohibition. The most important prohibitions in the Treaty prohibit discrimination on the basis of nationality, residence and origin etc. Such provisions are not so easily applied as often

imagined. The task of the courts is not limited to a finding that the differential treatment is based on the prohibited criteria. The judge may have to examine whether the use of the criteria can be accepted for objective reasons. Even greater difficulties arise when the field of application of the prohibition has to be decided. It is normally accepted that a prohibition of discrimination covers not only »open discrimination«, *i.e.* discrimination following the express use of the prohibited criteria, but also »hidden discrimination«, *i.e.* discrimination arrived at with the help of other criteria than those prohibited, but which lead to the same result as if the prohibited ones had been used. The concept of discrimination is a very relative one and leaves to the judge an appreciable discretion. It is submitted that for the purposes of this dissertation there is no independent field of application for a discrimination concept covering equal treatment of different situations. The pertinent examples can all be handled using the concept of hidden discrimination.

Chapter 11 treats the role of *travaux préparatoires* in the Court's treaty interpretation. It is shown that the Court after a period of hesitation has now opted for a clear refusal to use the existing *travaux préparatoires*, one of the basic reasons being that the Court does not wish to be tied down too closely in its interpretation of the treaties which have to be interpreted in the light of existing conditions in contemporary society. Therefore the examination of the *travaux préparatoires* is limited to brief comments on »the Spaak report«, it being pointed out that it is clearly stated in the report that a number of trade barriers are not important enough to remove, that others should be removed through harmonization and finally that open discriminations should be removed through court-enforced Treaty prohibitions. The chapter also contains an examination of the *preamble and the Treaty provisions setting out the basic objectives of the Treaty*. The preamble expressly states that elimination of barriers which divide Europe will ensure economic and social progress, but at the same time the preamble indicates that a removal of existing barriers is not in itself sufficient, but must be accompanied by concerted action.

Chapter 12 examines the *Treaty provisions concerning the establishment of the common market* in order to find specific contributions to the understanding of the concepts used in art. 30 and art. 34, to see whether

the other prohibitions of the Treaty are based on a discrimination principle, *to evaluate* whether one can draw conclusions from the general level of protection of free trade between the Member States and *to decide* whether help in the interpretation can be had from the provisions on the powers of the Council to harmonize. The general conclusion is that little help can be found in the other provisions of the Treaty. Though the other Treaty provisions seem to be based on the principle of non-discrimination, this cannot be taken as a decisive argument for a similar interpretation of art. 30 and 34. It may be that a number of the other provisions will eventually be found to prohibit more than just discrimination and it may be that the Court of Justice will find that the prohibition of MEE goes further than the other Treaty provisions, especially as it is still open to debate whether the prohibition of quantitative restrictions is only a prohibition of discriminatory measures. It is found that the level of protection of the free movement of goods is not in all instances high. This may be used as an argument for a restrictive interpretation of art. 30 and art. 34. However, the Court's jurisprudence shows a will to protect the free movement of goods as much as possible and thereby indicates that it is unlikely that the Court will accept this kind of argument. Of significance is the fact that the administration of the important Treaty provisions concerning state aids and restrictive trade practices has been entrusted to the Commission with the consequence that the direct effect of these provisions has been denied or limited. It is thus indicated that courts are not the best organs to solve problems involving evaluations of a political/economic character. It is finally submitted that no decisive help to the interpretation of art. 30 and 34 can be had from the interpretation of the Council's power to harmonize national regulations or from a perusal of Council directives within this area. The Council cannot use its powers of harmonization to allow Member States to take measures incompatible with the prohibition of MEE.

Chapter 13 discusses briefly *the methods of interpretation of the Court of Justice*. The Court uses methods generally accepted in the Member States, but it has stressed the importance of the *teleological* method in particular. Its jurisprudence shows a remarkable consistency and demonstrates the important practical results stemming from the use of this method. The Court feels itself bound to interpret the Treaty provisions in such a way that they most effectively contribute to the realization of the objecti-

ves of the Treaty. Moreover, by its refusal to use *travaux préparatoires* and the insistence on the *dynamic nature* of Community law, it has emphasized the elements in the methods of interpretation which make it possible for it to be comparatively little bound by the wording of the interpreted provisions. It is submitted that the jurisprudence of the Court testifies to the Court's lack of trust in the intentions of national authorities. The jurisprudence of the Court shows the importance of the fact that the provisions on the free movement of goods are to be found in the first part of the Treaty, called »the foundations of the Community«. The Court will interpret the prohibitions extensively and the exceptions restrictively.

Fourth part. The prohibition of MEE. Section I. Survey of the questions raised by the prohibition.

Chapter 14 gives an *outline of the pertinent provisions*, both the prohibitions in art. 30-35 and the exceptions in art. 36. The prohibition of MEE is only *applied to trade between Member States*, but then it is applied to goods produced both in the Member States and in third countries. This means that MEE which are validly imposed on direct imports from third countries, can be circumvented through imports via other Member States. This can be avoided only through an express permission from the Commission according to art. 115 of the Treaty. The *concept of goods* is discussed, and it is asserted that it only rarely gives problems to delimit this concept from the concepts of services, capital etc. Whilst the delimitation of lawful from unlawful measures is left to later chapters, the question of the delimitation of measures covered by art. 30 and 34 *from measures covered by other Treaty provisions* is examined here. The general rule is that a measure covered by another Treaty provision is not covered by art. 30 and 34. However, the Court has not excluded that one measure can include different elements which can be judged on the basis of different Treaty provisions. It is asserted that the prohibition is not limited to any specific *form of measure*. It can be applied to general rules and to administrative acts – whether binding or not and whether regulating a number of situations or only one situation. *The directives issued by the Commission* during the transitional period for the abolition of MEE are briefly expounded. *The exceptions in art. 36* are examined in depth.

The difficulties in delimiting the field of application of the different grounds which can justify exceptions are mentioned, but it is also asserted that these difficulties are not important in practice as the Court will decide the problems on the basis of an evaluation of all aspects of the situation, taking into account that the exception must be »justified« and that according to the second sentence the restrictions must not constitute disguised restrictions of trade.

Section II. Those entitled to invoke and those bound by the prohibition.

Chapter 15 explains the special features of Community law which make the questions discussed in this section somewhat more difficult to solve than similar questions at the national level. They have their origin in the supranational character of the pertinent provisions and the distribution of competences between the Court of Justice of the E.C. and the national courts.

Chapter 16 starts from the fact that the Court has accepted that *private persons can invoke the prohibition of MEE* in litigation against national authorities before national courts, *i.e.* has accepted that the prohibition is directly effective. This means that not only the Court of Justice, but also the courts of the Member States can apply art. 30 and 34. This creates dangers for the uniform application of the prohibition, dangers which the possibility of making references for a preliminary ruling (art. 177) is intended to remove. It is pointed out that the limitations of the powers of the Court of Justice within the field of preliminary rulings make it difficult for the Court of Justice to ensure a uniform application in all instances and that one finds examples where the tasks laid upon national courts are unreasonably difficult. It is submitted that this may be the case in the field of art. 30 and art. 34. The question is raised whether it would not be preferable to leave the full application of the prohibition to cases instituted directly before the Court of Justice by the Commission or a Member State and leave to the decision of the national courts only the core of the prohibition where a uniform application of the prohibition would be reasonably easy to ensure. It is asserted that such a division of the provisions in a directly effective and a non-directly effective part is possible and logical, but that it is unlikely that the Court of Justice will ac-

cept it. The right of private persons to invoke the prohibitions ensures an effective application of the prohibition and this advantage will outweigh the disadvantages in relation to the non-uniform application.

Chapter 17 begins with an examination of the *national authorities bound by the prohibition*. It is, *inter alia*, discussed whether public authorities acting *jure gestionis* and undertakings which are controlled by public authorities are bound by the prohibition, and it is asserted that the answer must be affirmative in both instances. There are indications in the jurisprudence of the Court that this is so, and there seems to be a need for the application of the prohibition in these cases.

It is maintained that the prohibition is also applicable to *Community institutions*. The Council must not issue common or harmonized rules inconsistent with the provisions of art. 30 and 34. But it does not follow from this that an act, which if issued by national authorities would be contrary to art. 30, is also necessarily illegal if issued by the Council, this being explained by the differences in the objectives and in the level of decision between Community measures and national measures.

The general opinion is that the prohibition of MEE does not bind *private persons*. This is, *inter alia*, explained by the systematic place of the provisions in the Treaty system. It has, however, been asked whether this is correct. One refers to the jurisprudence of the Court concerning the application of art. 30 to private persons' demands for court-enforced import prohibitions in the field of industrial and commercial rights and to the decisions applying the Treaty provisions on free movement of persons and services to private acts. The basic reason for these decisions has been that the purpose of the provisions in question has required an application of the provisions to private acts, and it is submitted that the arguments against an extension of the application of art. 30 and 34 will not be regarded by the Court of Justice as strong enough if it can be shown that the protection of the free movement of goods requires an application of the provisions to private acts. It is, however, maintained that for several reasons – notably considerations concerning matters of proof and sanctions – an application to individual private acts is not possible. It is further argued that most of the private acts restricting free movement of goods are covered by art. 85 and 86 of the Treaty and that private discriminations based on the origin of goods are covered by the general prohibition of nationality-discrimination in art. 7 of the Treaty. It is unlikely

that there will be a field of application for the prohibition of MEE on private acts outside the area covered by these Treaty provisions.

Section III. An examination of doctrine and practice concerning the scope of application of the prohibition of MEE.

Chapter 18 explains the reasons for the systematic order of the subsequent chapters and the relative weight given to the different examinations – great weight to the practice of the Commission and the Court of Justice compared with the weight given to doctrine.

Chapter 19 surveys *the theories expounded by the doctrine* before the first important judgments were rendered by the Court of Justice in 1974. Basically they can be grouped in three categories. The first – the restrictive one – maintains that art. 30 and 34 prohibit only discriminatory measures, either only open discriminations or both open and hidden discriminations. The second group – the extensive interpretations – asserts that all measures *restricting* trade are prohibited, unless covered by an express dispensing provision of the Treaty. It is accepted that this result may be too far-reaching and therefore the authors try to limit the field of application of the prohibition, some by giving art. 36 a wide interpretation, others by maintaining that there must be a direct causal connection between the measure and the trade obstacle and yet others by alleging that only »trading regulations« are covered. The third group – the intermediary theories – accepts basically the interpretation chosen by the Commission as explained in chapter 20.

Chapter 20. *The Commission's theory and practice.* The most important source of knowledge of the Commission's interpretation is still directive 70/50 from December 1969, the purpose of which was to inform the Member States about measures to be abolished after the end of the transitional period. It is submitted that the directive presupposes that only measures having effects which are different for international trade and for internal trade are covered by the prohibitions. According to art. 2 the principal field of application of art. 30 is discriminatory measures. It is not clear which concept of discrimination the Commission uses. There are indications that it is limited to open discriminations, but there are other indica-

tions which make it more likely that hidden discriminations are also covered. According to art. 3, non-discriminatory trading regulations may be prohibited if their trade restricting effects are out of proportion to the purpose of the regulation. Information given by Mr. Sven Ziegler, former member of the Commission's legal service, indicates a certain change in the present point of view of the Commission compared to that of the directive. Mr. Ziegler maintains that measures which can restrict imports from other countries are prohibited MEE, unless the restrictive effect is a necessary consequence of a national competence acknowledged by Community law, and that the restrictive effect is not out of proportion to the purpose of the measure, and that the measure is not arbitrarily discriminatory or a disguised restriction of trade.

Chapter 21 contains a few remarks about the application of the prohibition by national courts and by national administrative authorities. **Chapter 22** contains *brief reports of the about 40 judgments that the Court of Justice has rendered* within this field as well as analyses of the more important ones. **Chapter 23** examines some of the theories expounded by doctrine and alleged to be consistent with the jurisprudence of the Court. One still finds the same basic different approaches to the interpretation as the ones expounded before the Court rendered its first judgments.

Chapter 24 contains *an attempt of a systematic representation and summing up of the jurisprudence of the Court*. The chronological exposition of the decisions of the Court shows that the Court is not following a uniform and unambiguous way of treating the interpretation of art. 30 and 34. The grounds of the judgments are framed in strikingly different ways.

The judgments are divided in *groups according to the different types or forms of trade obstacles*: border formalities, national requirements as to the quality of goods, national price regulations etc. For obvious reasons these divisions tell little about the real reasons behind the decisions. The MEE are identified not according to the form or kind of the measures, but according to their effects. It is pointed out that the judgments concern both measures which directly concern goods, – quality, name etc. – and measures which only indirectly concern goods – requirements as to the place of production, the quantity to be produced etc.

The trade-restricting effects. It is submitted that the Court has not clearly decided whether the prohibition is only applied when the effects of

the measure on international trade is different from those on internal trade, though the often used »definition« of MEE as each measure, which directly or indirectly, actually or potentially, is capable of hindering intra-community trade (hereafter called »the Dassonville-definition«) may be taken to indicate that a »special effect« on international trade is necessary. It is clear from the jurisprudence that there is no minimum-requirement as to the significance of the obstacle.

Discrimination. Most of the reported judgments are decided on the basis of the discriminatory nature of the measure. The different types of discriminatory practices are reviewed. The concept used by the Court is a broad one. It covers not only discrimination on the basis of the origin of goods, but also discrimination with regard to international trade compared to internal trade and discrimination against certain groups of importers compared to other groups.

However, it is submitted that the jurisprudence of the Court cannot be taken to mean that discrimination is a condition for the application of the prohibition. A number of judgments show that the trade restricting effect may be sufficient. This makes it necessary to examine why in some cases the Court will only accept the application of the prohibition if discrimination can be demonstrated. In most of the cases the simple explanation is that the measure in question is covered by one of the groups of exceptions in art. 36, but other cases show that the explanation can also be that the Court accepts the trade-restricting effect of the measure because it is justified on the ground of the purpose of the measure, even if this is not covered by art. 36.

The importance of the purpose of the national measure. The many and different purposes behind the national measures as well as the difficulties in qualifying them are mentioned. The Court has not in a general way expressed itself as to the importance of the purposes of the national measures, though in case 120/78 Rewe it was recognised that obstacles to intra-community trade resulting from disparities between national laws may be justified in so far as those provisions serve any legitimate national purpose.

It is always a condition for the Court's acceptance of a national trade-restricting measure that *the obstacle to trade is limited as much as possible and that the obstacle is not out of proportion to the purpose of the measure.*

It is not clear from the jurisprudence of the Court whether only *trad-*

ing regulations or also non-trading regulations are covered by art. 30 and 34, but it is most likely that the prohibition is not limited to trading regulations.

The Court has not expressed itself generally concerning the importance of the distinction between measures concerning *imports* and measures concerning *exports*, but there are indications that in export situations only discrimination is prohibited.

It is difficult to assess the importance of the fact that a trade restriction is to be found within *a field covered by a common agricultural market organization*. The Court has rendered several judgments concerning such questions (notably in relation to national price regulations and to quantitative restrictions of production). It is not clear from the judgments whether the far-reaching results can only be explained through the existence of the market organization.

It is concluded that the Court has not yet taken a clear position on some of the important questions concerning the interpretation of art. 30 and 34. This is not to say that the jurisprudence of the Court is inconsistent. One might probably say that it is based on a number of simple ideas. All trade restrictions *may* be covered by the prohibition. Any open or hidden discrimination *is* prohibited (unless exceptional circumstances can be found to justify the differential treatment). Other trade-restrictions are prohibited, if they are not justified by a legitimate national purpose. The many different interpretations of the jurisprudence of the Court, mentioned above, should, however, make one suspicious of any attempt of summing-ups based on simple ideas. Moreover, the summing-up here proposed leaves a number of questions unsolved: What is the concept of trade restrictions used by the Court, how should the concept of hidden discrimination be delimited, which national purposes should be accepted as legitimate and what weight should they be given?

Section IV. An attempted new interpretation of art. 30 and 34.

Chapter 25 discusses whether the attempts to find one or more criteria for the delimitation of the concept of MEE are likely to succeed. One has to interpret provisions which aim at removing measures with *trade-restricting* effects, but which clearly do not cover all measures with such effects. There are trade restrictions which cannot or shall not be removed. There are trade restrictions which have to be removed

through harmonization, and there are a number of restrictions which are removed through the application of other treaty prohibitions. It is submitted that the Court of Justice has not been able to find one or more criteria which can distinguish the trade restrictions covered by art. 30 and 34 from trade restrictions to be removed through harmonization. This is not surprising as no help can be found in the wording of or the *travaux préparatoires* of the provisions, and as the objectives of the Treaty and of the provisions can only be regarded as indicating the tendency of the interpretation but cannot help in the specific finding of the applicable criteria.

The salient point is the vagueness or stark generality of the provisions, and it is asked whether the task of academic writers and the Court is to remove this vagueness through the finding of criteria for the delimitation of their field of application or whether the authors of the provisions intended the courts to apply them on the basis of an overall assessment of all pertinent circumstances and in this connection balance possible conflicting interests against each other.

It is asserted that the prohibition can only be understood if one takes into account the relationship between the regulatory competence of the Member States and the competence of the Community institutions. In this respect it is decisive that the Member States have the power to regulate all areas where the regulation is not contrary to their Community obligations. This implies that the Member States must still have effective means to fulfil the tasks left to them. In establishing the Communities the Member States have shown that they wanted certain objectives, *inter alia* the abolition of trade obstacles, realized at the Community level, but they cannot be supposed to have wanted to remove the means to realize other objectives. And the widest possible interpretation of the provisions – *i.e.* as prohibiting all trade-restricting measures if not expressly permitted – would prevent the Member States from realizing necessary objectives.

It is therefore submitted that the right way to decide the legality of a measure is to examine *whether* the measure is trade-restricting, *whether* its purpose is legitimate and *whether* the Member State's interest in realizing this legitimate purpose has more weight than the Community's interest in ensuring the free movement of goods. The Community interest must be balanced against the interests behind the national measure. It is pointed out that balancing of interests is a normal and often necessary part of the judicial process. It is, however, certain that it may not be easy

for the Court of Justice to admit such a role in this field where important interests are at stake. Its jurisprudence concerning industrial and commercial rights, which can only be understood as based on a balancing of interests, shows the inclination of the Court to try to make its decisions look like simple deductions from premises of an objective nature. But in one of the last cases within this area, case 119/75, Terrapin, the Court expressly stated that the requirements of the free movement of goods and the safeguarding of industrial and commercial rights »must be so reconciled that protection is ensured for the legitimate use of the rights conferred by national laws«. It is further asserted that a number of the judgments of the Court can be understood only as the result of a balancing of Community interest with national interests, *e.g.* case 120/78 Rewe, cases 3, 4, and 6/75, Kramer, and case 41/76, Donckerwolcke, where the Court determined the acceptability of trade-restricting measures in the light of their purpose. Moreover, the Court's application of art. 36 shows that in reality it is balancing interests. The purpose behind the measure in question must justify the trade restriction. And it is finally submitted that this approach may explain the importance of a number of elements which of necessity must be taken into account. It explains why the significance of the trade obstacle is an important factor, and it explains why the discriminatory effect of the measure is generally decisive. The purpose behind a discriminatory measure can only under exceptional circumstances be accepted as legitimate. This approach also gives the necessary basis for an explanation of the fact that the criterion of discrimination is too narrow. It explains why non-discriminatory measures with heavy trade-restricting effects but with slight justification is contrary to the prohibition. But at the same time it is acknowledged that the principle of balancing only indicates the framework inside which the judges have to solve concrete cases. The task of the doctrine must be to examine which national purposes can be accepted as legitimate, the relative weight of these purposes, and whether one can find elements which may help in the balancing process. Not surprisingly a number of the criteria mentioned by the doctrine as decisive are of great importance in this respect.

The importance of the procedural background for the solution of these problems is discussed, and it is mentioned that the Court of Justice must take into account the need of ensuring the loyalty of national judges. This implies that it must give thorough and convincing reasons for its decisions finding national non-discriminatory measures illegal. The loyalty of na-

tional judges towards the Community legal system is a cornerstone of the system, and recent experience has shown that the Court cannot depend on it under all circumstances.

Chapter 26 examines the *elements which may facilitate the decision of cases concerning the prohibition*. It is first argued that any *national purpose* may be of importance in the process of balancing. The only purposes which cannot be accepted as legitimate are protectionistic and competition-distorting purposes.

Any, even *the most insignificant trade-restriction* may be regarded as a prohibited MEE, but it is evident that a measure with insignificant trade-restricting effects will be easier to accept as a lawful use of a national competence than a measure with significant trade-restricting effects.

The core of the prohibition is without any doubt *a prohibition of discrimination*, both open and hidden. It is submitted that it would be wrong to regard all measures having different effects for goods in international and internal trade as discriminatory. This would make a large part of all national regulations discriminatory, *i.e.* also cover all the national rules the trade-restricting effects of which have to be removed through harmonization.

Hidden discrimination should only be found to exist where there is an objective basis for deciding or where an overall assessment shows that the authorities have taken into account the different position of foreign and national goods when elaborating the regulation.

The important field of application of the principle of balancing is *measures having different effects on international and internal trade* without being discriminatory. It is submitted that the prohibition should not be applied on measures which have the *same restricting effects on international and national trade*.

It is asserted that the circumstances, *that the measure does not concern trading matters, that it is to be found within an area not covered by the Treaty and that it has only indirect effects on trade* – though not excluding that the measure can be a prohibited MEE – may enter into the balancing of interests in favour of the legality of the measure.

The existence of Community regulations will as a rule lead to a wider application of the prohibition of MEE within that field.

It is of significance whether the measure influences *imports or exports*. Generally in export situations one can limit the application of the prohibi-

tion to discriminatory measures. A wider application may be indicated in situations where the goods in question are in short supply. Difficult questions of both a legal and a political nature arise in this connection.

It is briefly discussed whether the Member States can require that *imported goods have been produced according to the requirements for nationally produced goods* in cases where these requirements have no influence on the quality of the goods as such, and it is asserted that such requirements are illegal.

Trade restrictions resulting from disparities between national rules may be prohibited MEE, but the jurisprudence of the Court indicates that there are good arguments for treating them in a special way.

It is, however, pointed out that it is by no means clear what is covered by the concept of »trade restrictions resulting from disparities between national rules« and that the only criteria may be the discriminatory or the non-discriminatory nature of the regulation. This means that the concept does not in itself help to delimit the field of application of the prohibition. But the problem here discussed shows that there may be good reasons for making comparative research. If the measure in question is to be found in similar forms in other Member States this may be an indication that the purposes behind it are strong and legitimate, and that there may be good chances of having the trade restrictions removed through harmonization.

The importance of the *general or concrete nature of the measure* and whether it leaves *discretion or not* to the authorities for its application is discussed, and it is submitted that individual measures of a discretionary nature can only be prohibited if discriminatory, but that on the other hand there are good reasons for looking with severity upon national measures of a general nature giving national authorities wide discretionary powers, the danger of hidden discriminations being especially great in these instances.

There can be no doubt that the trade-restricting effects of *national measures must be as limited as possible*, but it is asserted that the Court of Justice should not require too much of national authorities in this respect. An effective and not too expensive administration is also an objective in itself which must be balanced against the burdens on free trade. Outside the field of discriminatory measures the Court should start from the presumption that the authorities have chosen the most reasonable and effective means in order to realize the purpose behind the measure.

The principle of balancing necessitates *a decision as to the weight of the purpose* behind the national measures as compared to the weight given to the free movement of goods. The principle of free movement of trade is not an absolute principle and there is no valid reason why it should be given a preferred position compared with that of many national purposes. A number of reasons for this point of view are given, *inter alia* the results of the examinations in chapters 3 to 12 (the widely acknowledged difficulties of a judicially enforced solution of the problems of free trade, the American experience, the supposedly limited value of free trade for political and economic integration, the fact that basically the Treaty prohibition seems to be based on a discriminatory principle etc.). The Court should start from the presumption that the national purposes are sufficiently strong to warrant the trade-restricting non-discriminatory regulation found necessary by the national authorities.

In a summing up of the results of chapters 25 and 26 it is said
that measures with identical effects on international and internal trade are not MEE

that discriminatory measures are prohibited

that outside this area one must balance the conflicting interests and

that the trade-restricting measure must always be as limited as possible.

But it is stressed once more that these results leave a number of difficult problems for the Courts to solve in concrete cases. The difficulties of the balancing process should, however, not be overemphasized. It will be possible for the Court of Justice to clarify the importance of the elements entering into the balancing process and to indicate to some extent the relative importance of the different purposes.

Chapter 27 contains *some finishing remarks*. It is hoped that the Member States will make their position concerning the problems raised by the prohibition of MEE clear and it is essential that the Court of Justice define in a clearer way the framework inside which it wants the problems solved. The application of the prohibition will become more frequent as the enterprises of the Member States start to realize the potential effects of the very wide interpretation the Court of Justice may eventually give articles 30 and 34.

Excursus. The legal effects of prohibitions of MEE in EC-agreements with third countries.

Chapters 28-30 examine the possible direct effect in the national legal orders as well as the interpretation of the prohibitions of MEE which are found in a number of the EC-agreements with third countries.

Chapter 28 examines the legal position of international agreements in national legal orders in order to see the EC-solution in its proper perspective.

Public international law requires that the contracting parties fulfil their treaty obligations, but it leaves to the national legal orders to decide the means with which to achieve this aim. And in practice the states have chosen different ways, the first distinction being between those states requiring a national legal act to give the international provisions internal effects and those who accept internal effect without such an act. In the first group there are a number of States which in most cases limit the national act to an expression of the will to accept the international agreement as a part of the internal legal order and others which in most cases reproduce or even reformulate the international provisions in the internal act. In the last case no special problem of the legal effects of the international provisions arises, but in the other cases this problem – the problem of the self-executing character or the direct applicability of the international provisions – arises. It is submitted that one cannot say that one of the mentioned methods of implementation is more in conformity with the requirements of international law than the others. Considering that most international agreements still only have effects at the international level, one can argue that a reproduction of provisions with internal effects in legal acts known to national authorities ensures their effective implementation. It is also asserted that one cannot lay down any general theory about direct applicability of treaty provisions. The best starting point is to accept that they should be given the same legal effects as would be given internal legal provisions of similar content and then concentrate on an analysis of the reasons which may lead to the opposite result.

Chapter 29 examines *the legal effects of treaties in the EC legal order*. These problems have a special background in the EC legal system as this system has solved similar problems raised by the relationship between Community law and the national law of the Member States, and there

might therefore be a tendency – in order to create »coherence« – to choose the same solutions.

According to the jurisprudence of the Court of Justice the provisions of agreements with third countries form part of Community law without the intervention of any internal Community act (principle of automatic incorporation).

It is not possible on the basis of the present jurisprudence of the Court of Justice to determine with certainty the criteria for the direct effect of treaty provisions. Somewhat conflicting tendencies are to be found, notably in the judgments from 1972 and 1976 in cases 21-24/72, *International Fruit*, and in case 87/75, *Bresciani*, the first and much criticized judgment being restrictive and the second one seeming to indicate that the Court will use the same liberal criteria as it does deciding the direct applicability of internal Community rules. It is submitted that the Court in the first judgment probably correctly has based itself principally on the fact that the GATT contracting parties through the institution of »specific settlement procedure« have shown that the agreement should have no direct effect.

It is further submitted that even if the same criteria were used with respect to internal Community provisions and international provisions this would not lead to the same practical results. Basically, according to the methods of interpretation of the Court of Justice, the effects of legal provisions should be decided looking upon the wording, the purpose and the context of the provisions. And the purpose and the context of internal Community provisions and international provisions will rarely if ever be comparable. However, the spirit of coherence will certainly make the Court of Justice liberal towards accepting direct effects of international provisions. This tendency is strengthened by the fact that most treaties entered into by the Community with third countries are approved through a Council regulation. The problem of reciprocity is briefly discussed, it being asserted that the Court of Justice should not undertake the task to ensure the enforcement of the condition of reciprocity. This, however, does not exclude that the Court – when *in general* deciding the question of the direct effects of a provision – takes note of information about the implementation of the provision in the legal orders of the other contracting parties. The existence of international provisions identical with internal provisions raises the question whether the international provision should be interpreted in the same way as the internal provision. It is

also in this connection asserted that the different purposes and contexts of the two sets of rules will often lead to different interpretations.

Chapter 30 examines *the direct effects of the Lomé agreement and the free-trade agreements with the remaining EFTA countries*. They all contain a prohibition of MEE on imports, in the Lomé agreement a unilateral obligation for the EC Member States and in the free-trade agreements a reciprocal obligation.

The main features of the Lomé agreement are examined, and it is pointed out that the agreement is very similar to the Yaoundé-agreement, one of the prohibitions of which the Court of Justice found directly effective in the *Bresciani*-case. But it is also pointed out *that* the differences between this agreement and the GATT agreement are not great, *that* possible negative results as to the direct effects of the EFTA agreements might be of importance and *that* it may be that an active attempt from the Member States to deny direct applicability might influence the result. The Court of Justice may choose to interpret the prohibition independently from its interpretation of the EEC-Treaty prohibition – maybe only as containing a prohibition of discrimination. Good reasons for this result can be given, as the very wide interpretation of art. 30 can only be understood taking into account the purpose of the Treaty and the wide powers of the Community institutions.

The main features of the agreements with the EFTA countries are examined. It seems that no courts either in the EC countries or in the EFTA countries have decided the question of direct effects of the prohibition of MEE. The question has been much debated in the doctrine, the majority arguing for a positive answer. The *travaux préparatoires* do not contain elements helpful to the solution. It seems certain that Norway has not incorporated the agreement in its internal legal order, something which in that country is necessary to give the provisions direct effect. The incorporation in the other countries is made in such a way that the question of direct effectiveness is left to the courts. It is maintained that on the basis of the jurisprudence of the Court of Justice arguments for both a negative and a positive answer can be found, depending on whether the judgments of the *International Fruit*-case or the *Bresciani*-case are used. As the jurisprudence of the Court shows a wish to further the effectiveness of international obligations the choice of the second alternative is likely. For this result the spirit of coherence will also be an argument. It is submitted

that the Court of Justice should examine whether the Member States intended the prohibition to be directly effective *i.e.* whether they wanted the prohibition to be enforced only through the ordinary diplomatic channels or whether they wanted it to be enforced also through private persons' actions before national courts. Therefore, great importance should be attached to the points of view of the Member States. Information on possible lack of reciprocity from the EFTA would also be of significance. The interpretation of the prohibition gives rise to the same problems as mentioned with regard to the Lomé agreement. But a further argument for a restrictive interpretation is the probability that the courts of the EFTA countries will not accept as wide an interpretation as that used by the Court of Justice in respect to the prohibition in art. 30.

REGISTRE

DOMSLISTE*

SAG 6/54	Holland mod Den Høje Myndighed. Dom af 21.3.1955. Samml. I 213, Rec. 1201. s. 145 ³
SAG 6/60	Humblet mod Belgien. Dom af 16.12.1960. Samml. VI 1163, Rec. VI 1125. s. 145 ³
SAG 7/61	Kommissionen mod Den italienske Republiks regering. Dom af 19.12.1961. Samml. VII 695, Rec. VII 633. Saml. 1954–1964 271. s. 227 ⁵³ , 295
SAG 26/62	Van Gend en Loos mod den nederlandske finansforvaltning. Præ afg. 5.2.1963, Samml. IX 1, Rec. IX 1. Saml. 1954–1964 375. s. 233, 458, 471
SAG 13/63	Italien mod Kommissionen. Dom af 17.7.1963, Samml. IX 359, Rec. IX 335. s. 140 ¹²
SAG 90 & 91/63	Kommissionen mod Belgien og Luxembourg. Dom af 13.11.1964. Samml. X 1331, Rec X 1217. s. 472 ²⁶
SAG 6/64	Costa mod ENEL. Præ afg. 15.7.1964. Samml. X 1253. Rec X 1141. Saml. 1954–1964 531. s. 62 ⁹ , 163 ²⁶ , 165 ³⁵ , 215 ¹⁸ , 458
SAG 56 & 58/64	Grundig-Consten mod Kommissionen. Dom af 13.7.1966. Samml. XII 322, Rec. XII 329. Saml. 1965–1968 245. s. 169
SAG 27/67	Fink Frucht mod Hauptzollamt München-Landbergerstrasse. Præj. afg. af 4.4.68. Samml. XII 333. Rec. XII-327. s. 216 ²²
SAG 31/67	Firma August Stier mod Hauptzollamt Hamburg-

* For domme afsagt før 1.1.1973 er henvisninger til den franske og tyske domssamling (henholdsvis Rec. og Samml.) medtaget. I det omfang dommens præmisser og generaladvokatens forslag til afgørelse er oversat til dansk, henvises der også til samlingen af disse oversættelser (Saml.): Samling af Domstolens afgørelser 1954–1972. For domme afsagt efter 1.1.1973 henvises der alene til den danske udgave af Domstolens domssamling.

- Ericus. Præ afg. 4.4.1968. Samml. XIV 352, Rec. XIV 347. Saml. 1965–1968 511. s. 158
- SAG 7/68 Kommissionen mod Italien. Dom af 10.12.1968. Samml. XIV 634, Rec. XIV 617. Saml. 1965–1968 541. s. 215¹⁷, 216²², 226^{49, 52}
- SAG 13/68 Spa Salgoil mod Den italienske Republiks ministerium for udenrigshandel. Præ afg. 19.12.1968. Samml. XIV 680, Rec. XIV 661. Saml. 1965–1968 553. s. 189, 218²⁵
- SAG 24/68 Kommissionen mod Italien. Dom af 1.7.1969. Samml. og Rec. XV 193. s. 156¹⁴
- SAG 2 & 3/69 Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders mod SA Brachfeld og Chougol Diamond Co. Præ afg. 1.7.1969. Samml. og Rec. XV 211. Saml. 1969 49. s. 156¹⁴
- SAG 6 & 11/69 Kommissionen mod Frankrig. Dom af 10.12.1969. Samml. og Rec. XV 523. Saml. 1969 143. s. 191⁸²
- SAG 9/70 Grad mod Finanzamt Traunstein. Præ afg. 6.10.1970. Samml. og Rec. XVI 825. Saml. 1970 157. s. 233
- SAG 78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft m.b.H. mod Metro-SB-Grossmärkte & Co. Præ afg. 8.6.1971. Samml. og Rec. XVII 487. Saml. 1971 125. s. 223³⁶, 252²¹, 295, 299, 353⁸, 357, 364
- SAG 7/71 Kommissionen mod Frankrig. Dom af 14.12.1971. Samml. og Rec. XVII 1003. Saml. 1971 295. s. 241⁸
- SAG 10/71 Anklagemyndigheden mod Müller m.fl. Præ afg. 14.7.1971. Samml. og Rec. 1971 723. s. 174³⁴
- SAG 51-54/71 International Fruit Company NV o.a. mod Produktschap voor groenten en fruit. Præ afg. 15.12.1971. Samml. og Rec. XVII 1107. Saml. 1971 331. s. 280⁴, 296, 321, 324, 353¹¹, 356, 360, 364, 377
- SAG 6/72 Continental Can og Europemballage mod Kommissionen. Dom af 21.2.1973. Saml. 1973 215. s. 56, 151¹⁹, 168⁴⁰, 197
- SAG 21-24/72 International Fruit Company o.a. mod Produktschap voor groenten en fruit. Præ afg. 12.12.1972. Samml. og Rec. XVIII 1219. Saml. 1972 295. s. 56, 458, 461, 465 f, 471, 477, 484, 489, 491 ff
- SAG 29/72 Marimex mod Den italienske Republiks finansforvalt-

	ning. Præ afg. 14.12.1972. Samml. og Rec. 1972 1309. s. 226 ⁴⁹
SAG 40/72	Schroeder mod Forbundsrepublikken Tyskland. Præ afg. 7.2.1973. Saml. 1973 125. s. 462
SAG 48/72	Brasserie de Haecht. Præ afg. 6.2.1973. Saml. 1973 77. s. 377 ⁵²
SAG 2/73	Geddo mod Ente Nazionale Risi. Præ afg. 12.7.1973. Saml. 1973 865. s. 161 ²² , 297
SAG 4/73	Nold mod Kommissionen. Dom af 14.5.1974. Saml. 1974 491. s. 263 ⁴⁹
SAG 6 & 7/73	Istituto Chemioterapico Italiano SpA og Comercial Sol- vents Corporation mod Kommissionen. Dom af 6.3.1974. Saml. 1974 223. s. 169
SAG 8/73	Hauptzollamt Bremerhaven mod Massey-Ferguson. Dom af 12.7.1973. Saml. 1973 897. s. 184 ⁷⁰
SAG 9/73	Fa Schlüter mod Hauptzollamt Lörrach. Præ afg. 24.10.1973, Saml. 1973 1135. s. 256 ³⁰ , 461, 467
SAG 34/73	Variola mod Den italienske finansforvaltning. Præ afg. 10.10.1973. Saml. 1973 981. s. 156 ¹³
SAG 37 & 38/73	Sociaal Fonds voor Diamantarbeiders mod NV India- mex. Præ afg. 13.12.1973. Saml. 1973 1609. s. 211 ⁸
SAG 40-48/73 m.fl.	»Sukkersagerne«. Dom af 16.12.1975. Saml. 1975 1663. s. 167 ³⁷
SAG 127/73	BRT mod SABAM. Præj afg. 30.1.1974. Saml. 1974.51. s. 174 ⁵³
SAG 147/73	Fa. Lensing mod Hauptzollamt Berlin Packhof, Præ afg. 11.12.1973. Saml. 1973 1543. s. 462
SAG 152/73	Giovanni Sotgiu mod Deutsche Bundespost. Dom af 12.2.1974. Saml. 1974 153. s. 139 ¹⁰
SAG 155/73	Den italienske anklagemyndighed mod G. Sacchi (»Telebiella«). Præ afg. 30.4.1974. Saml. 1974 409. s. 153 ³ , 215, 221, 250, 253 ²² , 297, 315 ³² , 355, 362 ²³ , 365, 417 ⁴⁹
SAG 167/73	Kommissionen mod Frankrig. Dom af 4.4.1974. Saml. 1974 359. s. 176, 191 ⁸²
SAG 173/73	Italien mod Kommissionen. Dom af 2.7.1974. Saml. 1974 709. s. 172 ⁴⁹

- SAG 181/73 Haegemann mod den belgiske stat. Præ afg. 30.4.1974. Saml. 1974 449. s. 462, 479
- SAG 190/73 Officier van Justitie mod van Haaster. Præ afg. 30.10.1974. Saml. 1974 1123. s. 159¹⁸, 304, 307, 312, 317, 325, 338⁶⁰, 354, 356, 359, 362²⁴, 368, 371, 374, 376, 378
- SAG 192/73 Van Zuylen Frères mod Hag AG. Dom af 3.7.1974. Saml. 1974 731. s. 252²¹, 299, 351⁶, 353⁸, 357, 364, 378
- SAG 2/74 Jean Reyners mod den belgiske stat. Præ afg. 21.6.1974. Saml. 1974 631. s. 178, 180⁶¹, 247⁴
- SAG 8/74 Den belgiske stat mod Benoit Dassonville m.fl. Præ afg. 11.7.1974. Saml. 1974 837. s. 26, 259⁴⁰, 300, 315, 341, 345, 354, 356, 358, 360, 365, 367, 370, 373, 374, 378⁵³
- SAG 9/74 Donato Casagrande mod München. Præ afg. 3.7.1974. Saml. 1974 773. s. 191⁸²
- SAG 12/74 Kommissionen mod Tyskland. Dom af 20.2.1975. Saml. 1975 181. s. 307, 335⁵⁶, 354, 356, 360, 364, 370, 377
- SAG 15/74 Centrafarm mod Sterling Drug. Præ afg. 31.10.1974. Saml. 1974 1147. s. 210³, 229⁶⁰, 252²¹, 296⁵, 306, 315, 353⁸, 357, 364
- SAG 16/74 Centrafarm og Adriaan de Peijper mod Winthrop BV. Præ afg. 31.10.1974. Saml. 1974 1183. s. 296⁵, 306, 315, 353⁸, 357, 364, 370⁴¹
- SAG 27/74 Demag AG mod Finanzamt Duisburg-Süd. Præ afg. 22.10.1974. Saml. 1974 1037. s. 158
- SAG 31/74 Filippo Galli. Præ afg. 23.1.1975. Saml. 1975 47. s. 242, 306, 307, 354, 376, 377⁵²
- SAG 33/74 Van Binsbergen mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metalnijverheit. Præ afg. 3.12.1974. Saml. 1974 1299. s. 178
- SAG 36/74 Walrawe mod Union Cycliste Internationale. Præ afg. 12.12.1974. Saml. 1974 1405. s. 246², 260, 262
- SAG 41/74 Van Duyn mod Home Office. Præ afg. 4.12.1974. Saml. 1974 1337. s. 177⁵⁹, 180⁶¹, 228⁵⁶
- SAG 48/74 Charmasson mod Det franske økonomi- og finansmin. Præ afg. 10.12.1974. Saml. 1974 1383. s. 176, 214, 278³
- SAG 51/74 P.J. van der Hulst's Zonen mod Produktschap voor

	Siergewassen. Præ afg. af 23.1.1975. Saml. 1975 79. s. 68 ¹⁸ , 159 ¹⁹ , 306
SAG 63/74	W. Cadsky SpA mod Istituto Nazionale per Il Commercio Estero. Præ afg. 26.2.1975. Saml. 1975 281. s. 308, 354, 355
SAG 89/74 m.fl.	Anklagemyndigheden mod Arnaud m.fl. Præ afg. 30.9.1975. Saml. 1975 1023. s. 310
SAG 4/75	Rewe Zentralfinanz GmbH mod Landwirtschaftskammer. Præ afg. 8.7.1975. Saml. 1975 843. s. 308, 319, 354, 355, 364, 367, 374 ⁴⁷ , 375, 394
SAG 10-14/75	Anklagemyndigheden mod Lahaille m.fl. Præ afg. 30.9.1975. Saml. 1975 1053. s. 310, 354, 355, 364, 367, 369, 371
SAG 29/75	Kaufhof mod Kommissionen. Dom af 8.4.1976. Saml. 1976 431. s. 190, 213 ¹⁴
SAG 32/75	Christini mod SNCF. Præ afg. 30.9.1975. Saml. 1975 1085. s. 177 ⁵⁸
SAG 36/75	Rutili mod den franske indenrigsminister. Præ afg. 28.10.1975. Saml. 1975 1219. s. 221 ³¹ , 393, 420 ⁵⁷
SAG 38/75	Nederlandse Spoorwegen. Præ afg. 19.11.1975. Saml. 1975 1439. s. 461 468
SAG 40/75	Produits Bertrand mod Kommissionen. Dom af 21.1.1976. Saml. 1976 1. s. 242 ⁹
SAG 43/75	Gabrielle Defrenne mod SABENA (Defrenne II). Præ afg. 8.4.1976. Saml. 1976 455. s. 176 ⁵⁶ , 235 ⁷ , 244, 261, 263 ⁵¹ , 478 ³⁸
SAG 51/75, 86/75, 96/75	EMI Records mod CBS. Præ afg. 15.6.1976. Saml. 1976 811. s. 211 ⁷ , 212 ¹³ , 214, 476, 488
SAG 59/75	Anklagemyndigheden mod Manghera. Præ afg. 3.2.1976. Saml. 1976 91. s. 165 ³⁵
SAG 60/75	Russo mod AIMA. Præ afg. 22.1.1976. Saml. 1976 45. s. 312 ²⁵
SAG 65/75	Ricardo Tasca. Præ afg. 26.2.1976. Saml. 1976 291. s. 307, 311, 329 ⁵⁰ , 331 ⁵² , 354, 356 358, 363, 368, 371 ⁴³ , 376, 377 ⁵² , 394
SAG 87/75	Bresciani mod den italienske finansforvaltning. Præ afg. 5.2.1976. Saml. 1976 129. s. 404 ¹⁹ , 462, 465, 468, 470, 475, 476, 477, 480, 483 ff, 491 ff

- SAG 88-90/75 SADAM m.fl. mod det interministerielle udvalg for priser m.fl. Præ afg. 26.2.1976. Saml. 1976 323. s. 311
- SAG 104/75 Officier van justitie mod Adrian de Peijper. Præj. afg. 20.5.1976. Saml. 1976 613.
s. 255, 315, 319³⁸, 354, 355, 358, 365, 367, 370, 373, 374⁴⁷, 394, 421⁵⁸
- SAG 118/75 Watson og Belmann. Præ afg. 7.7.1976. Saml. 1976 1185. s. 420⁹⁶
- SAG 119/75 Terrapin Ltd. mod Terranova Industrie CA Kopferes & Co. Præ afg. 22.6.1976. Saml. 1976 1039.
s. 252²¹, 300¹⁰, 316, 332, 353^{8,9}, 357, 364²⁸, 367³², 387
- SAG 127/75 Bobie Getränkevertrieb mod Hauptzollamt Aachen Nord. Præ afg. 22.6.1976. Saml. 1976 1079. s. 157
- SAG 3, 4, 6/76 Cornelis Kramer og andre. Præ afg. 14.7.1976. Saml. 1976 1279.
s. 317, 325, 345, 354, 357, 359, 362²⁴, 368, 372, 374, 376, 378⁵², 388
- SAG 11/76 Holland mod Kommissionen, Dom af 7.2.1979. Saml. 1979 245. s. 145
- SAG 13/76 Gaetano Dona mod Mario Mantero. Præ afg. 14.7.1976. Saml. 1976 1333. s. 241⁵, 264⁵²
- SAG 20/76 Firma Schöttle und Söhne mod Finanzamt Freudenstadt. Præ afg. 16.2.1977. Saml. 1977 247. s. 157, 215¹⁶
- SAG 35/76 Simmenthal mod Det italienske Finansministerium. Præ afg. 15.12.1976. Saml. 1976 1871.
s. 155¹⁰, 226⁵¹, 319, 322, 348⁹, 354, 362
- SAG 41/76 Donckerwolcke mod anklagemyndigheden. Præ afg. 15.12.1976. Saml. 1976 1921.
s. 320, 324, 330, 353, 356, 358, 364, 369, 372, 373, 378⁵³, 388, 421⁵⁹
- SAG 46/76 Bauhuis mod den nederlandske stat. Præ afg. 25.1.1977. Saml. 1977 5.
s. 155^{10,12}, 255, 322, 348⁹, 354, 367, 375, 412³⁹, 413⁴⁴
- SAG 50/76 Amsterdams Bulb mod Produktschap voor Siergewassen. Præ afg. 2.2.1977. Saml. 1977 137. s. 68¹⁸
- SAG 52/76 Benedetti og Munari. Præ afg. 25.5.1977. Saml. 1977 163. s. 312²⁵

- SAG 53/76 Anklagemyndigheden mod Bouhelier og andre. Præ afg. 3.2.1977. Saml. 1977 197.
s. 322, 348⁹, 354, 355, 357, 360, 364, 367, 370, 403, 411
- SAG 68/76 Kommissionen mod Frankrig. Dom af 16.3.1977. Saml. 1977 515.
s. 323, 353¹¹, 360, 364, 369, 375, 410
- SAG 71/76 Jean Thieffry mod Conseil d l'ordre des avocats à la Cour de Paris. Præ afg. 28.4.1977. Saml. 1977 765.
s. 179, 419⁵⁴, 478³⁶
- SAG 74/76 Ianelli og Volpi mod Meroni. Præ afg. 22.3.1977. Saml. 1977 557.
s. 161²², 216, 218, 324
- SAG 78/76 Steinike og Weinlig mod Tyskland. Præ afg. 22.3. 1977. Saml. 1977 595.
s. 171⁴⁸
- SAG 89/76 Kommissionen mod Holland. Dom af 12.7.1977. Saml. 1977 1355.
s. 155¹², 256²⁹
- SAG 111/76 Officier van Justitie mod van den Hazel. Præ afg. 18.5.1977. Saml. 1977 901.
s. 325, 354, 356, 359, 362²⁴, 371, 374⁴⁸, 376
- SAG 124/76 og 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson. Præ afg. 19.10.1977. Saml. 1977 1795.
s. 134⁵
- SAG 5/77 Tedeschi mod Denkavit Commerciale. Præ afg. 5.10.1977. Saml. 1977 1555.
s. 226⁵¹, 326, 354
- SAG 13/77 G.B. Inno mod ATAB. Præ afg. 16.11.1977. Saml. 1977 2115.
s. 151¹⁹, 259, 327, 354, 358, 359, 362, 368, 371, 372, 374⁴⁷, 377, 378
- SAG 19/77 Miller International Schallplatten mod Kommissionen. Dom af 1.2.1978. Saml. 1978 131.
s. 170⁴⁴
- SAG 52/77 Cayrol mod Rivoira. Præ afg. 30.11.1977. Saml. 1977 2261.
s. 213¹⁴, 330, 353¹¹
- SAG 61/77 Kommissionen mod Irland. Dom af 16.2.1978. Saml. 1978 417.
s. 139¹⁰, 242¹¹, 319³⁷
- SAG 65/77 Razanatsimba. Præ afg. 24.11.1977. Saml. 1977. 2229.
s. 462, 465, 469, 478³⁶, 484¹⁰
- SAG 70/77 Simmenthal S.p.A. mod Finansmyndighederne. Præ afg. 28.6.1978. Saml. 1978 1453.
s. 212¹¹
- SAG 77/77 B.P. mod Kommissionen. Dom af 29.6.1978. Saml. 1978 1513.
s. 411³⁸

- SAG 80-81/77 Société des Commissionnaires Réunis. Præ afg. 20.4.1978. Saml. 1978 927.
s. 185, 186⁷³, 203²⁹, 255, 440⁸
- SAG 82/77 Anklagemyndigheden mod van Tiggele. Præ afg. 24.1.1978. Saml. 1978 25.
s. 239, 258, 330, 354, 356, 358¹⁹, 359, 363, 371
- SAG 102/77 Hoffmann-La Roche mod Centrafarm. Præ afg. 23.5.1978. Saml. 1978 1139.
s. 252²¹, 332, 334, 353⁸, 365, 370⁴¹, 373, 394²⁰, 403
- SAG 103 og Royal Scholten Honig m.fl. mod Intervention Board 145/77 for Agricultural Produce. Præ afg. 25.10.1978. Saml. 1978 2037. s. 135⁶
- SAG 142/77 Statens kontrol med ædle Metaller mod Preben Larsen m.fl. Præ afg. 29.6.1978. Saml. 1978 1543. s. 159
- SAG 148/77 Fa. Hansen mod Hauptzollamt Flensburg. Præ afg. 10.10.1978. Saml. 1978 1787.
s. 139¹⁰, 156¹⁶, 163²⁹, 218²⁴
- SAG 149/77 G. Defrenne mod Sabena. Præ afg. 15.6.1978. Saml. 1978 1365. s. 420⁵⁶
- SAG 154/77 Anklagemyndigheden mod Dechmann. Præ afg. 29.6.1978. Saml. 1978 1573. s. 243, 311
- Afgørelse 1/78 truffet i henhold til Euratomtraktatens art. 103 d 14.11.1978 (IAEA-aftalen). Saml. 1978 2151.
s. 203²⁷, 462¹¹
- SAG 1/78 Kenny mod Insurance Officer. Præ afg. 28.6.1978. Saml. 1978 1489. s. 154⁸
- SAG 2/78 Kommissionen mod Belgien. Dom af 16.5.1979. Saml. 1979 1761.
s. 303¹⁵, 341, 354, 356, 367, 370, 373, 378, 394²⁰
- SAG 3/78 Centrafarm mod American Home Products. Præ afg. 10.10.1978. Saml. 1978 1823.
s. 252²¹, 333, 353⁸, 365, 370⁴¹, 403
- SAG 7/78 Dronningen mod Thompson m.fl. Præ afg. 23.11.1978. Saml. 1978 2247. s. 181⁶⁴, 215, 227, 336, 367, 370, 375
- SAG 13/78 Eggers Sohn & Co. mod Bremen. Præ afg. 12.10.1978. Saml. 1978 1935. s. 243, 335, 343, 356, 361, 371
- SAG 14/78 Denkavit mod Kommissionen. Dom af 5.12.1978. Saml. 1978 2497. s. 241⁸, 242⁹

SAG 22/78	Hugin Kassaregister mod Kommissionen. Dom af 31.5.1979. Saml. 1979 1869 s. 169 ^{42, 43}
SAG 34/78	Yoshida. Præ afg. 31.1.1979. Saml. 1979 151. s. 255
SAG 83/78	Pigs Marketing Board mod Redmond. Præ afg. 29.11.1978. Saml. 1978 2347. s. 214, 306, 337, 355, 356, 362 ²⁵ , 376
SAG 86/78	Distilleries Peureux à Fougerolles. Præ afg. 13.3.1979. Saml. 1979 897. s. 160, 368
SAG 91/78	Fa Hansen GmbH & Co. mod Hauptzollamt Flensburg. Præ afg. 13.3.1979. Saml. 1979 935. s. 163, 165 ³⁵ , 172 ⁵¹ , 218 ²⁴
SAG 119/78	Distilleries Peureux. Præ afg. 13.3.1979. Saml. 1979 975. s. 163 ²⁹ , 212 ¹³ , 338 ⁶¹ , 341, 355, 357
SAG 120/78	Rewe mod Bundesmonopol für Branntwein. Præ afg. 20.2.1979. Saml. 1979 649. s. 292, 339, 343, 354, 355, 356, 362, 368, 369, 371, 372, 387, 401 ¹³ , 414, 423 ⁶⁰
SAG 148/78	Anklagemyndigheden mod Ratti. Præ afg. 5.4.1979. Saml. 1979 1629. s. 226 ⁵¹
SAG 153/78	Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland. Dom af 12.7.1979. Saml. 1979 2555. s. 343, 356, 366, 370, 371
SAG 177/78	Pigs and Bacon Commission. Præ afg. 26.6.1979. Saml. 1979 2161. s. 338 ⁶¹ , 362 ²⁵ , 376
SAG 179/78	Anklagemyndigheden mod Rivoira m.fl. Præ afg. 28.3.1979. Saml. 1979 1147. s. 213 ¹⁴ , 330 ⁵¹
SAG 223/78	Grosoli. Præ afg. 12.7.1979. Saml. 1979 2621. s. 239, 311
SAG 225/78	Anklagemyndigheden mod Bouhelier m.fl. Præ afg. 11.10.1979. Saml. 1979 3151. s. 469, 477
SAG 231/78	Kommissionen mod Storbritannien. Dom af 29.3.1979. Saml. 1979 1447. s. 176 ⁵⁶
SAG 244/78	Union Laitière Normande mod French Dairy Farmers. Præ afg. 12.7.1979. Saml. 1979 2663. s. 257, 343, 354, 356, 357, 415, 419 ⁵³
SAG 16-20/79	Anklagemyndigheden mod Danis m.fl. Præ afg. 6.11.1979. Saml. 1979. Endnu ikke i samlingen. s. 243

LITTERATURLISTE

(udvalg af de i afhandlingen anvendte værker, artikler m.v.).

Andersen, Poul

Dansk Forvaltningsret, Kbh. 1965.

Audretsch, H.A.H.

Supervision in European Community Law, Amsterdam 1977.

Balassa, Bela, (ed.)

European Economic Integration, Amsterdam 1975.

Samme

Studies in Trade Liberalization, Baltimore 1967.

Samme (ed.)

The theory of economic integration, England 1961.

Baldwin, Robert, E.

Non-tariff distortions of international trade, London 1971.

Baumann, Peter

Common Organizations of the Market and National Law, CMLR 1977, 303.

Béraud, René Christian

Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome, RTDE 1968, 265.

Bleckmann, Albert

Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1970.

Samme

Europarecht, Köln 1978.

Samme

Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du Traité CEE, RTDE 1976, 469.

Samme

Die Position des Völkerrechts im inneren Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaften, JIR 1975, 300.

Samme

Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EUR 1979, 239.

Blegvad, Mogens

Samfundsvidenskab og samfundsvidenskaber, København 1965.

Blok, Peter

Immaterielrettighederne og den frie varecirkulation inden for EF, NIR 1976, 429.

Samme

Patenterettens Konsumtionsprincip, København 1974.

Boulouis Jean og Chevalier, Roger-Michel

Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Paris 1974.

Brown, L. Neville og Jacobs, Francis G.

The Court of Justice of the European Community, London 1977.

Carreau, Dominique, Juillard, Thiebaut og Flory, Patrick

Droit international économique, Paris 1978.

Constantinesco, Leontin Jean

La Constitution économique de la CEE, RTDE 1977, 244.

Constantinesco, Vlad og Simon, Denys

Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes, RTDE 1975, 432.

Corwin, Edward, S.

The Constitution and what it means to-day, Princeton 1973, med suppl. 1976.

Cox, Archibald

The Role of the Supreme Court in American Government, Oxford 1976.

Curzon, Gerard og Victoria

Hidden Barriers to International Trade, London 1970.

Dalberg-Larsen, Jørgen

Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, København 1977.

David, René og Brierly, John E.C.

Major legal Systems in the World to-day, London 1978.

Deutsch, Karl W. m.fl.

France, Germany and the Western Alliance, New York 1967.

Samme

Political Community and the North Atlantic Area, London 1957.

- Dougherty, James, E. and Pfalzgraff, Robert, L.*
Contending Theories of International Relations, USA 1971.
- Dona-Viscardini, W.*
Les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, RMC 1973, 224.
- Eckhoff, Torstein og Sundby, Nils Kristian*
Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien, Oslo 1976.
- EF-Karnov, København 1978.
- Ehle, D.*
Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen und ihre Abschaffung im Gemeinsamen Markt, AWD BB 1967, 453.
- Ehlermann, Claus-Dieter*
Bidrag om art. 30 ff i Handbuch für Europäische Wirtschaft, Baden Baden 1976.
- Samme*
Bidrag om art. 30 ff i Kommentar zum EWG-Vertrag 1974.
- Samme*
Das Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes, Festschrift für Ipsen, 579.
- Samme*
Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs, EuR 1973 1.
- Ellsworth, P.T. og Leith, J.C.*
The international Economy, London 1975.
- Espersen, Ole*
Indgåelse og Opfyldelse af Traktater, København 1970.
- F.I.D.E. (den internationale europaretsforening)*
Equal treatment of public and private enterprises, København 1978, med bidrag af bl.a. Deringer, Boye Jacobsen og Mathijsen.
- Foighel, Isi og Hagel-Sørensen, Karsten*
EF-ret, almindelig del, København 1977.
- Freund, Paul A.*
The Supreme Court of the United States, its business, purposes and performance, Cleveland 1961.
- Gangsted-Rasmussen, Niels*
EF-rettens umiddelbare anvendelighed, København 1977.

GATT

Activities: 1973–1978.

van Gerven, W.

The recent case law of the Court of Justice concerning articles 30 and 36 of the EEC-Treaty, CMLR 1977, 5.

Glaesner, H.J.

Bidrag i Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960.

Graf, Michael

Der Begriff »Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen« in dem EWG-Vertrag, Köln 1972.

Grahl-Madsen, Atle

Handelsavtalerne mellom EF og seks EFTA-stater, Bedriftsøkonomen nr. 10, Bergen 1972.

Gulmann, Claus

EF-Domstolens fortolkningsmetoder, UfR 1978, 161.

Samme

The Style of interpretation of the Court of Justice of the European Communities, Scandinavian Studies of Law, 1979.

Haas, Ernst B.

The Uniting of Europe, London 1958.

Hallstein, Walter

Die Europäische Gemeinschaft, Düsseldorf 1974.

Hodges, Michael (ed.)

European Integration, London 1972.

Hudec, Robert E.

The GATT legal system and world trade diplomacy, New York 1975.

Hunnings, Neville

Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements, ELR 1977 s. 163.

Samme

do.: A Rejoinder, ELR 1978 s. 278.

Ipsen, Hans Peter

Europäische Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.

Jackson, John H.

World Trade and the Law of GATT, Indianapolis 1969.

Samme

Legal Problems of International Economic Relations, St. Paul, Minnesota, 1977.

Justitsministeriet

Redegørelse for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af EF, optrykt i NTIR 1971, 65.

Kapteyn, P.J.G. og Verloren van Themaat, P.

Introduction to the Law of the European Communities, London 1973.

Koller, Arnold

Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Bern 1971.

Koppensteiner, Hans-Georg

Vertikale Preisbindung als Massnahme gleicher Wirkung wie eine gemengemässige Einfuhrbeschränkung, RIW 1977, 581.

Krawietz, Werner

Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976.

Kölner Schriften zum Europarecht

Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG, Köln 1965.

Lauterpacht, Hersch

The Development of International Law by the International Court, London 1958.

Lecourt, Robert

L'Europe des Juges, Bruxelles 1976.

Samme

Le juge devant le Marché Commun, Geneve 1970.

Samme

Les problèmes institutionnels de la Communauté, Bruxelles 1978.

Lehmann Sørensen, Karsten (redaktør)

Politisk integrationsteori, Århus 1976.

Lidgaard, Hans Henrik

De nordiska EEC-avtalens förhållande till intern rätt, TfR 1977, 133.

Samme

Sverige – EEC och konkurrenscen, Lund 1977.

Lindberg, Leon N. og Scheingold, Stuart A.

Europe's Would-Be Polity, New Jersey 1970.

Linnemann, Hans

An Econometric Study of International Trade Flows, Rotterdam 1966.

Mackenzie Stuart, A.J. Lord

The European Communities and the Rule of Law, London 1977.

Marx, Friedhelm

Funktion und Grenzen der Rechtangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag, Köln 1976.

Matthies, H.

Herkunftsangaben und Europäisches Gemeinschaftsrecht, i Festschrift für G. Schiedermaier zum 70. Geburtstag, 1975, 391.

van Meerhaeghe, M.A.G.

International Economic Institutions, London 1966.

Meesen, Karl Matthias

The Application of Rules of Public International Law within Community Law, CMLR 1976, 485.

Meier, Gert

Ehle-Meier, EWG-Warenverkehr, Köln 1971.

Meij/Winter

Measures having an effect equivalent to quantitative restrictions, CMLR 1976, 79.

Nyboe Andersen, Bodil

Udenrigsøkonomi, København 1975.

Ohlin, Bertil

Utrikeshandel och handelspolitik, Stockholm 1962.

Samme

Interregional and International Trade, Massachusetts USA 1967.

Olsen, Erling

International Trade Theory and Regional Income Differences, Amsterdam 1971.

Ophüls, Carl Friedrich

Über die Auslegung der EG-Verträge i Festgabe für Müller-Armack, Berlin 1961.

Page, A.C.

The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions, ELR 1977, 105.

Pentland, Charles

International Theory and European Integration, London 1973.

Petersmann, Ernst

Auswärtige Gewalt, Völkerrechtspraxis und Völkerrechtsbindungen der EWG, ZaöRV 1975, 213.

Pescatore, Pierre

The Law of Integration, London 1974.

Samme

Les objectifs de la C.E. comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, i Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch (bind II), Bruxelles 1972.

Samme

L'ordre juridique des Communautés européennes, Liège 1975.

Rasmussen, Hjalte

Domstolen i EF, København 1975.

Riegel, Reinhard

Zur Auslegung des Begriffs »Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen« i S.des. art. 30 EWGV, AWD BB 1977, 598.

Ross, Alf

Dansk Statsforfatningsret, København 1966.

Samme (m.fl.)

Lærebog i Folkeret, København 1976.

Samme

Om Ret og Retfærdighed, København 1953.

Roth, Wulf-Henning

Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt, München 1977.

Röhling, Eike

Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse im Gemeinsamen Markt, Köln 1972.

Russett, Bruce M.

International regions and the international system, Chicago 1967.

Sabiani, François

L'incidence du droit de la CEE sur la réglementation française des prix, RTDE 1975, 470.

Scaperlanda, Anthony E. (ed.)

Prospects for Eliminating Non-Tariffs Distortions, Leiden 1973.

Scherer, J.

Die Wirtschaftsverfassung der EWG, Baden-Baden 1970.

Seidel, Martin

Der EWG-rechtliche Begriff der Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengemässige Beschränkung, NJW 1967, 2081.

Skytte Christoffersen, Poul

Introduktion til den økonomiske integrationsteori, København 1977.

Slot, Pieter

Technical and Administrative Obstacles to Trade in the EEC, Leiden 1975.

Steindorff, Ernst

Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, Berlin 1965.

Samme

i Lagrange m.fl.: Dienstleistungsfreiheit und Versicherungsaufsicht im Gemeinsamen Markt, Stuttgart 1971.

Stuer Lauridsen, Preben

Retslæren, København 1977.

Sundberg-Weitman, Brita

Discrimination on Grounds of Nationality, Amsterdam 1977.

Sæter, Martin

Det politiske Europa, Oslo 1970.

Södersten, Bo

Internationell ekonomi, Stockholm 1969.

Sørensen, Max

Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrages, i »Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht«, Karlsruhe 1967.

Samme

Les Sources du Droit International, København 1946.

Samme

Statsforfatningsret, 2. udgave ved Peter Germer, København 1973.

Teügen, Pierre-Henri

Cours de Droit Institutionel Communautaire 1972-73, Paris.

Ulmer, Peter

Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG-Vertrag, AWD BB 1973, 349.

Usher, John

The Effects of Common Organisations and Policies on the Powers of a Member State, ELR 1977, 428.

Samme

The Consequences of the Notion of a Single Market. Recent decisions of the Court of Justice on the Free Movement of Goods, LIEI 1977, 39.

Veelken, Winfried

Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen, EuR 1977, 311.

Verloren van Themaat, P.

Bevat artikel 30 van het E.E.G.-Verdrag slechts een non-diskriminatie-beginsel ten aanzien van invoerbeperkingen SEW 1967, 632.

Samme

E.E.G.-rechtlijnen betreffende diskriminerende aankooppolitiek overheidsinstellingen, diskriminerende prijsvoorschriften en andere maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, SEW 1970, 258.

Samme

Zum Verhältnis zwischen art. 30 und art. 85 EWG-Vertrag, i Festschrift für Günther 1976, 373.

Waelbroeck, Michel

Mégret-Louis-Vignes-Waelbroeck, Le droit de la Communauté économique européenne, Bd. 1. Bruxelles 1970.

Samme

Effect of GATT within the legal order of the EEC, JWTL 1974 s. 614.

Samme

Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A Reply, ELR 1978 s. 27.

Samme

Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire, Bruxelles 1975.

Samme

Traité internationaux et juridictions internes, Bruxelles 1969.

Wellinghausen, Walter

Urteilsanmerkung, Dassonville, EuR 1975, 322.

Winkel, Klaus

Die Grundsätze des freien Warenverkehrs im Verhältnis zu Drittländern, NJW 1977, 1992.

Samme

Die Vereinbarkeit staatlicher Preislenkungsmassnahmen mit dem EWG-Vertrag, NJW 1976, 2048.

Zuleeg, Manfred

Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta, ZaöRV 1975, 341.

FORKORTELSER FOR TIDSSKRIFTER

AFDI	Annuaire Français de Droit International
AWD BB	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (nu Recht der Internationalen Wirtschaft).
CDE	Cahiers de droit européen.
CMLR	Common Market Law Review.
CMLRep	Common Market Law Reports.
ELR	European Law Review.
EuR	Europarecht.
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly.
JCMS	Journal of Common Market Studies.
JIR	Jahrbuch für Internationales Recht.
JWTL	Journal of World Trade Law.
LIEI	Legal Issues of European Integration.
NAT	Nordisk administrativ Tidsskrift.
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NTIR	Nordisk Tidsskrift for International Ret.
RMC	Revue du Marché Commun.
RCDIP	Revue critique de droit international privé.
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft.
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen.
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht.
SEW	Sociaal-economische Wetgeving.
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap.
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

ANDRE FORKORTELSER

Abl	Amtsblatt – den tyske udgave af EFT.
EF	De europæiske Fællesskaber.
EF-Domstolen	De europæiske Fællesskabers Domstol.
EFT	De europæiske Fællesskabers Tidende.
EFT L	Den del af EFT, der indeholder »lovgivning«.
EFT C	Den del af EFT, der indeholder meddelelser.
EFT spec.	Specialudgave af EFT, der indeholder retsakter m.v. fra tiden før 1.1.1973.
EKSF	Det europæiske Kul og Stålfællesskab.
Euratom	Det europæiske Atomenergifællesskab.
EØF	Det europæiske økonomiske Fællesskab.
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs.
J.O.	Journal Officiel – den franske udgave af EFT.
P.C.i.J.	Permanent Court of International Justice.
Præ afg.	Præjudiciel afgørelse i henhold til EØF-traktatens art. 177.
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour des Communautés Européennes – den franske version af EF-domssamling.
Saml.	Samling af EF-Domstolens afgørelser.
Samml.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften – den tyske version af EF-Domssamlingen.
US	United States Reports.

KOMMISSIONENS DIREKTIV

af 22. december 1969

under henvisning til bestemmelserne i artikel 33, stk. 7, om afskaffelse af foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner, der ikke omfattes af andre bestemmelser truffet i medfør af EØF-traktaten

(70/50/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, særlig artikel 33, stk. 7, og

ud fra følgende betragtninger:

Ved foranstaltninger i henhold til artikel 30 og følgende artikler forstås administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, administrativ praksis, såvel som enhver handling udgået fra en offentlig myndighed, herunder tilskyndelser;

ved administrativ praksis i den i dette direktiv nævnte betydning skal forstås enhver handling fra en offentlig myndighed, som efterkommes ensartet og regelmæssigt; ved tilskyndelser skal forstås enhver handling udgået fra en offentlig myndighed, som uden at bindes modtager juridisk foranlediger, at denne indtager en bestemt holdning;

de formaliteter, hvis opfyldelse er nødvendige ved indførsel, har i princippet ikke en tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, og de omfattes derfor ikke af dette direktiv;

andre foranstaltninger i medlemsstaterne end de, der anvendes uden forskel på indenlandske varer og på importerede varer, som var gældende ved traktatens ikrafttræden, og som ikke er omfattet af andre bestemmelser truffet i medfør af traktaten, bevirker, at indførsel enten er umulig eller mere vanskelig eller byrdefuld end afsætningen af den indenlandske produktion;

til disse foranstaltninger må henregnes dem, der for importerede varer gør adgangen til det indenlandske marked på alle trin i omsætningen afhængig af en betingelse, der ikke stilles til de indenlandske varer eller af en betingelse, der er anderledes og mere vanskelig at opfylde end den, der kræves af indenlandske varer, således at der opstår en belastning alene for importerede varer;

til disse foranstaltninger må ligeledes henregnes dem, der på alle trin i omsætningen, med eller uden betingelser, giver indenlandske varer en fortrinsstilling i en anden form end støtte, hvorved afsætningen af importerede varer helt eller delvis udelukkes;

sådanne foranstaltninger forhindrer indførsel, som kunne finde sted, hvis disse foranstaltninger ikke fandtes, og de har således en tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner;

de foranstaltninger med hensyn til afsætning af varer, som anvendes uden forskel på indenlandske varer og importerede varer, svarer i virkningen på den frie omsætning af varer i princippet ikke til virkningen af kvantitative restriktioner, da disse virkninger normalt må henføres til uligheder i de af medlemsstaterne anvendte bestemmelser på det pågældende område;

dog kan disse foranstaltninger have restriktive virkninger for den frie omsætning af varer, som overskrider rammen for de virkninger, som disse bestemmelser bør have;

dette er tilfældet, når indførsel enten er gjort umulig eller mere vanskelig eller byrdefuld sammenlignet med afsætningen af den indenlandske produktion, uden at dette er nødvendigt for at nå et mål, som ligger inden for rammerne af den frihed, som traktaten giver medlemsstaterne til at vedtage bestemmelser for handelen; dette er særlig tilfældet, når et sådant mål fuldtud lige så godt kan nås med et andet middel, som mindre hæmmer samhandelen med udlandet; dette er ligeledes tilfældet, når de restriktive virkninger

på den frie omsætning af varer, der følger af sådanne bestemmelser, ikke står i forhold til det tilstræbte resultat;

under disse betingelser har disse foranstaltninger en tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner;

toldunionen kan ikke gennemføres uden afskaffelse af sådanne foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner;

alle foranstaltninger med tilsvarende virkning bør ophæves af medlemsstaterne senest ved overgangsperiodens afslutning, selvom intet direktiv fra Kommissionen udtrykkeligt forpligter dem hertil;

bestemmelserne om afskaffelse af kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlemsstaterne finder anvendelse såvel på varer med oprindelse i, og som kommer fra medlemsstater, som på varer med oprindelse i tredje-lande, som er bragt i fri omsætning i andre medlemsstater;

foranstaltninger af førnævnte art, der skyldes anvendelsen af andre bestemmelser i traktaten og særlig artikel 37, stk. 1, og artikel 44 i traktaten, eller som udgør en integrerende del af en national markedsordning for landbruget, er unddraget anvendelsen af artikel 33, stk. 7;

artikel 33, stk. 7, finder ikke anvendelse på afgifter omfattet af artiklerne 12 og følgende og 95 og følgende, og heller ikke på støtte omfattet af artikel 92;

bestemmelserne i artikel 33, stk. 7, hindrer ikke anvendelsen særlig af bestemmelserne i artikel 36 og artikel 233,

UDSTEDT FØLGENDE DIREKTIV:

Artikel 1

Dette direktiv har til formål at afskaffe de i artikel 2 og artikel 3 nævnte foranstaltninger, som var gældende på tidspunktet for EØF-traktatens ikrafttræden.

Artikel 2

1. Dette direktiv omfatter foranstaltninger, andre end dem, der anvendes uden forskel på indenlandske varer og importerede varer, som udgør en hindring for den import, der uden disse foranstaltninger ville have kunnet finde sted, herunder de, der gør importen mere vanskelig eller byrdefuld end afsætningen af indenlandske varer.

2. Direktivet omfatter særlig foranstaltninger, som gør importen eller afsætningen af de importerede varer på ethvert trin i omsætningen afhængig af en betingelse – som ikke er en formalitet – som kræves alene af importerede varer, eller af en anden betingelse og mere vanskelig at opfylde end den, der kræves af indenlandske varer. Ligeledes omfatter det særlige foranstaltninger, der begunstiger indenlandske varer, eller som med eller uden betingelser giver dem en fortrinsstilling i en anden form end støtte.

3. Til de ovenfor nævnte foranstaltninger må blandt andet henregnes dem, der:

- a) alene pålægger importerede varer mindstepriser eller højestepriser under henholdsvis over hvilke importen er forbudt, begrænset eller undergivet betingelser, der kan udgøre en hindring for importen;
- b) fastsætter mindre fordelagtige priser for importerede varer end for indenlandske varer;
- c) alene for importerede varer fastsætter avancemargener eller ethvert andet priselement, eller fastsætter disse på en måde, der er forskellig for indenlandske varer og importerede varer til skade for de sidstnævnte;
- d) umuliggør en eventuel prisforhøjelse for den importerede vare svarende til de med importen forbundne yderligere omkostninger og belastninger;
- e) fastsætter varernes pris alene på grundlag af de indenlandske varers kostpris eller kvalitet på et sådant niveau, at der derved opstår en hindring for importen;
- f) nedsætter en importeret vares værdi, særlig ved at fremkalde en nedsettelse af dens reelle værdi eller ved at fordyre den;
- g) gør adgangen for importerede varer til det indenlandske marked betinget af at have en ansvarlig person eller repræsentant på den importerende medlemsstats område;
- h) fastsætter betalingsbetingelser alene for importerede varer eller fastsætter betingelser for disse, der

er forskellige fra dem, der er fastsat for indenlandske varer og mere vanskelige at opfylde;

- i) alene gør importen betinget af en sikkerhedsstillelse eller en deponeering af et acontobeløb;
- j) alene pålægger importerede varer betingelser særlig med hensyn til form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsentation, identifikation og indpakning eller fastsætter betingelser for disse, der er forskellige fra og mere vanskelige at opfylde end for de indenlandske varer;
- k) skaber hindringer for privatpersoners køb alene ved importerede varer eller opfordrer til udelukkende at købe indenlandske varer eller påbyder et sådant køb, eller giver det en fortrinnsstilling;
- l) alene udelukker importerede varer helt eller delvis fra muligheden af at gøre brug af indenlandske faciliteter eller udstyr, eller helt eller delvis forbeholder brugen af de nævnte faciliteter og udstyr for indenlandske varer;
- m) alene for importerede varer forbyder eller begrænser adgangen til reklame, eller helt eller delvis forbeholder denne adgang for indenlandske varer;
- n) alene for importerede varer forbyder, begrænser eller påbyder oplagring; helt eller delvis forbeholder indenlandske varer mulighederne for oplagring eller pålægger oplagringen af importerede va-

rer betingelser, der er forskellige og mere vanskelige at opfylde end dem, der kræves for indenlandske varer;

- o) gør importen betinget af, at gensidighed ydes af en eller flere medlemsstater;
- p) foreskriver, at importerede varer helt eller delvis skal være i overensstemmelse med andre bestemmelser end de i importlandet gældende;
- q) for importerede varer fastsætter utilstrækkelige eller overdrevent lange frister i forhold til den normale afvikling af de transaktioner, for hvilke disse frister er gældende;
- r) pålægger importerede varer andre former for kontrol end dem, der hænger sammen med fortoldningsproceduren, og som ikke gennemføres for den indenlandske produktion, eller som for de importerede varer gennemføres på en strengere måde end for den indenlandske produktion, uden at dette er nødvendigt for at sikre en tilsvarende beskyttelse;
- s) alene forbeholder indenlandske varer benævnelser, som ikke er oprindelsesbetegnelser eller angivelse af afsendelsesstedet.

Artikel 3

Dette direktiv omfatter ligeledes foranstaltninger, som regulerer afsætningen af varer, særlig med hensyn til form, dimension, vægt, sammensætning, præsentation, identifikation og indpakning, og som anvendes uden for-

skel på indenlandske varer og importerede varer, og hvis restriktive virkninger på den frie omsætning af varer overskrider rammen for virkninger, der er karakteristiske for bestemmelser for handelen.

Dette er navnlig tilfældet:

- når de restriktive virkninger på den frie omsætning af varer ikke står i forhold til det tilstræbte resultat;
- når det samme mål kan nås ved et andet middel, som i mindre grad hæmmer samhandelen med udlandet.

Artikel 4

1. Medlemsstaterne træffer alle nødvendige foranstaltninger for at fjerne foranstaltninger med tilsvarende virkning som de i dette direktiv omhandlede kvantitative importrestriktioner med hensyn til varer, der i henhold til artiklerne 9 og 10 i traktaten skal frigives til fri omsætning.

2. Medlemsstaterne underretter Kommissionen om foranstaltninger, der træffes til gennemførelse af dette direktiv.

Artikel 5

1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på foranstaltninger:

- a) truffet i medfør af artikel 37, stk. 1, i EØF-traktaten;
- b) der udgør en integrerende del af en national markedsordning for landbruget, som endnu ikke er erstattet af en fælles markedsordning, eller som omhandles i artikel 44 i EØF-traktaten.

2. Dette direktiv berører ikke anvendelsen særlig af bestemmelserne i artiklerne 36 og 223 i EØF-traktaten.

Artikel 6

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Udfærdiget i Bruxelles, den 22. december 1969.

På Kommissionens vegne

Jean REY

Formand