

Dommerskabt og politikerskabt Jura i EF

Essay med Amerikanske Forbundsparalleller

Hjalte Rasmussen, professor, dr.jur., Juridisk Institut,
Handelshøjskolen i København

1. Indledning om domstole og politik

Økonomi og Politik's redaktion har bedt mig om at give et signalement af EF-Domstolens (EFD) rolle som EF-institution. Det skulle være med særligt henblik på dens rolle som politisk-aktiv, retsskabende institution. Eller, som retspræsident Ole Due for nylig udtrykte det (DJØF-Bladet, 1/2-1991, s. 19) i en artikel med titlen »EF's politiske motor:

»Romtraktaten kunne både læses som en normal diplomatisk traktat og som en bindende føderalistisk erklæring. Blandt andet ved at fastslå fællesskabsrettens forrang har Domstolen fortolket Traktaten i et integrationistisk perspektiv. I denne konflikt har Domstolen valgt side.« Og videre:

»Domstolen har hidtil spillet en vigtig rolle, fordi kravet om enstemmighed bremse- de de politiske beslutninger og gjorde det vanskeligt at få gang i fællesskabslovgivningen. Derfor har vi måttet løse spørgsmål, som politikerne skulle have løst.«

Så er det sagt. Tilbage står dog selvsagt en diskussion af, hvor langt dommerne kan gå i

deres retsskabelse på basis af politiske valg. De »Afsluttende bemærkninger« sidst i essayet kommer lidt ind på dette spørgsmål. Dog turde det under alle omstændigheder efter det citerede stå klart, at det er forkert at anskue EFD's rolle i EF's institutionelle system som en parallel til forholdet i fx Danmark mellem den dømmende magt og de øvrige statsorganer, herunder især Folketinget.

Den parallel er ikke meget bevendt. EFD's og danske domstoles deltagelse i de politiske beslutningsprocesser illustrerer snarere to ekstremer, hvad angår rollefordelingen mellem domstole og de øvrige statsorganer i de vesteuropæiske lande.

En del af forklaringen på EFD's politiske engagement skal formentlig søges i den omstændighed, at EF i sin grundstruktur er føderalistisk. Samfund af denne type fremviser, således erfaringen, ofte en tendens til at erstatte *litigation for legislation*. Det er i hvert fald en beskrivelse som passer godt på EF. I Vesteuropa passer den tillige godt på den tyske forfatningsdomstol, som undertiden er politisk involveret med en frekvens og intensitet, som overstråler EFD's.

Dernæst passer beskrivelsen, hvorfra den i øvrigt stammer, på USA. I virkeligheden er det i løbet af det seneste årti blevet stedse tydeligere, at US Supreme Court (USSC) og EFD har meget til fælles. Mange interessante paralleller lader sig faktisk drage imellem de roller, de to domstole er kommet til at spille i deres respektive samfundssammenhænge. Hovedindtrykket af dem begge er, at de blev føderalisatorer og centralisatorer.

Jeg sagde »kommet til at spille«. Det skete bevidst, fordi jeg ikke her vil tage stilling til, om de to domstoles aktivisme er produkter af en dommervilje til magt; eller om det politiske engagement er blevet påtvunget dommerne af de omgivende samfund. Påtvængning kunne for eksempel være en konsekvens af samfundets strukturelt betingede manglende evne til at gennemføre i øvrigt højt prioriterede, politiske målsætninger. Retspræsident Ole Due henviser tydeligvis til den strukturelt betingede politiske inertie med de ovenfor refererede bemærkninger.

I anden sammenhæng har jeg i detaljer diskuteret den komparative domstolsforsknings værdi og dér fremlagt dens resultater. Her tvinger pladshensyn mig til at gå mere kasuistisk til værks (se: »*On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*«. Martinus Nijhoff Pubs; Dordrecht, Holland; 1986; ca. 600 sider).

Rolle-parallellerne mellem de to domstole er som antydning mange. Én er, at politikerne dér (USA) som her (EF) med et interval på et par hundrede år satte sig for at overvinde de velfærdsreducerende virkninger af radikale balanceringer af udvekslinger af varer, arbejdstagere, tjenesteydelser og kapital. Man ville, med et nutidigt udtryk, »*the costs of non-America/Europe*« til livs.

En anden er, at de tretten tidligere kolonier, nu stater, kun havde politisk vilje til at lægge ud med en meget spæd start, da de i 1776 vedtog »*The Articles of Confederation*«. I Europa begyndte man også i det små med Kul- og Stål Fællesskabet i 1952. På europæisk grund blev EKSF dog hurtigt fulgt op af et par videregående unionsinitiativer, som imidlertid straks led skibbrud. Det blev kun til *traktatudkastene* til en Europæisk Forsvarsunion og til en Europæisk Politisk Union fra 1953/54. Historien gentager sig, som det vil ses, i 1990'erne. Også *The Articles of Confederation* afsløredes hurtigt som en fiasko, idet Konføderationens myndigheder aldeles ikke var blevet udrustet med politiske magtmidler på niveau med vægten af de handelshindringer, som de skulle overvinde.

Både i USA og i EF erstattedes fiaskoerne dog relativt få år senere af ambitiøse og, viste det sig, nu fuldbårne unionstiltag. Med et ægte fællesmarked som fundament ville man nemlig nu opbygge stadig snævrere unioner mellem de deltagende stater og deres befolkninger. Og på begge sider af Atlanten skabte man med dette mål for øje komplicerede sæt af institutioner. Gensidigt afhængige i en proces af »*checks and balances*« fik institutionerne til opgave både at virkeliggøre de projekterede fællesmarkeder og at fuldføre integrationsforløbet henimod dannelsen af en ny stat, hvori stifterstaterne skulle indgå som delstater.

Værdien af dommerparallellelen er, at det hverken i USA eller i EF lykkedes for de politiske processer at fremme integrationsforløbene som forudsat.

Det er derfor i denne forbindelse ikke en vægtig indsigelse, at USA fra starten kaldte sig én nation og ét folk; eller at amerikanerne gav sig selv en forfatning og ikke blot en traktat; eller at de gav regeringen i Washington (DC) magt til at føre unionens udenrigspoli-

tik, henholdsvis dens forsvars- og militærpolitik.

Sammenhold var der mellem de tretten nye stater og deres befolkninger. De havde kort før unionsdannelsen været truet af fælles ydre fjender og var det i nogen grad også efter skabelsen af unionen. De havde været i krig både med indianerne og med englænderne. Desuden havde de både en fælles mønt og et fælles sprog. De var væsentligt mere homogene end EF-landene er i dag.

Ejheller var der lange nationale traditioner med tilhørende indbyggede suverænitetsforstillinger, som skulle bøjes imod hinanden, førend en ny *nationhood* kunne vokse frem.

Alligevel havde de fleste af de mænd, som samledes i 1780'erne i Philadelphia, hvor de gav USA dets ny forfatning ved noget som mindede om en revolutionær akt, aldrig været i den by før. De havde været i Paris og i London, men ikke i Philadelphia. Der var ydermere meget væsentlige forskelle mellem Sydstaternes og Nordstaternes udenrigshandelspolitiske interesser. Der var sidst, men ikke mindst spørgsmålet om slaveriet, som delte den nye nation geografisk og politisk.

Sat på spidsen, blev USA vel i virkeligheden først en overlevelseseget union efter afslutningen af Borgerkrigen i 1860'erne, som dog kostede omkring 600.000 mennesker livet. Det var mange, også dengang. Men også efter krigen forblev provinsialismen og lokalismen stærke kræfter; ikke mindst på grund af forløbet af krigen.

En klar økonomisk dominans over delstaterne opnåede den føderale regering vel i realiteten først henimod 1930'ernes slutning. Først da opgav US Supreme Court nemlig sin modstand imod *big government*, som dommerne efter Borgerkrigens afslutning havde

modsat sig ved at bekæmpe al form for regeringsudøvelse. I anden runde forsøgte dommerne indædt at stoppe føderalregeringen under F.D. Roosevelt, da han ville gennemføre sin *New Deal* efter det store krak.

Bruxelles-regeringen har i dag ingen økonomisk dominans over medlemsstaterne. EF giver kun omkring 3% af de samlede offentlige budgetter ud om året. Selv med virkeliggørelsen som forudsat af Delors af en ØMU, vil denne situation ikke ændre sig væsentligt. Uden en egentlig *taxing power*, som EF selv kan bestemme over, vil EF længe forblive en økonomisk papirtiger. Efter ØMU vil man nok kunne føre »sin egen« rentepolitik. De fleste andre væsentlige økonomisk-politiske styringsmidler vil dog stadig mangle.

I modsætning hertil fik USA's føderale regering straks fra begyndelsen sin egen, uafhængige *taxing power*. Det skulle dog vare mange årtier, førend størrelsen af skattegrundlaget og de til rådighed stående opkrævningsteknikker gjorde denne til et betydeligt magtinstrument i hænderne på regeringen i Washington. I øvrigt udviklede den politiske smag for *big government* sig som bekendt yderst langsomt. Der er ikke meget af det på føderalt niveau i USA, førend et godt stykke inde i det 20. årh., blandt andet fordi delstaterne helst var fri derfor.

De politiske processer udviklede sig således ikke som forudsat, nemlig ved først at gennemføre de planlagte fællesmarkeder og derefter de økonomiske og politiske unioner. *I de politiske tomrum, der fulgte, trådte henholdsvis US Supreme Court og EFD til for at påtage sig at gennemføre, hvad politikerne lod være ugjort; eller en del deraf. Derved kom de til at fungere som integrationsmotorer i løbet af de vigtige »formative years«.* Disse varede i USA, i første omgang, fra ca. 1800 og 2-3 årtier frem.

I EF vedvarer domstolsaktivismen tilsyneladende endnu, omend billedet ikke længere er så entydigt som i 1970'erne og den første halvdel af 1980'erne. En fransk EF-dommer ynder at kalde denne periode for EFD's »storhedstid«.

I øvrigt blev Supreme Court's integrationsfremmende aktivisme fra begyndelsen af 1800-tallet omkring 1830 erstattet af en mere tvetydig profil, hvori indgik beskyttelse af *The States' Rights* – imod unionen.

Mange har hævdet, at Retten var med til at udløse Borgerkrigen, da den afsagde dom i *Dred Scott*-sagen, som cementerede slaveriet (19 Howard 393 (1857)).

Efter Borgerkrigen udviklede der sig hurtigt et flertal i US Supreme Court, der var imod enhver form for regeringsindblanding i den private økonomiske sfære. Den afløstes af flertallets kamp imod F.D. Roosevelt's socialt hensynfulde New Deal lovgivning. Da USSC tabte kampen, gav man helt op på det økonomiske felt og lod regeringen i Washington benytte forfatningens bemyndigelse til at »*regulate commerce (...) among the Several States*« til den altomfattende uniformering, som karakteriserer USA i mange henseender i dag (se: Article 1, Section 8, § 3).

Efter 1940 har Retten koncentreret sig om grund- og frihedsrettighedsbeskyttelserne i forfatningen og herved gjort meget for den racemæssige ligestilling.

Det interessante er på den ene side at konstatere, at USSC alt i alt er sluppet godt fra sine mange perioder med aktivisme. Det skyldes blandt andet, at hver »storhedstid« er blevet efterfulgt af en periode med lav profil og »*self restraint*«. Om det vil gå EFD ligeså, kan kun fremtiden vise. Se i øvrigt »Afsluttende bemærkninger« nedenfor.

2. Om disponeringen af stoffet i det følgende

På den anden side må opgaven nu bestå i at dokumentere, hvad EFD har gjort for at gøre sig fortjent til æren af at være »EF's politiske motor«. Ved dokumentationen skal jeg bestrebe mig på at anlægge et fugleperspektiv snarere end at redegøre for udviklingerne i detaljer.

Stofmængden tvinger mig desuden til at fravælge en hel del domme, som meget vel kunne være blevet taget med. Den mere interesserede læser kan jeg henvise til en samling på 200 domsresuméer, som jeg har udgivet med titlen: »*The European Constitution. Summaries of Leading EC-Court Cases*«, NNF og Handelshøjskolens forlag, 1989 (ca. 300 sider, inkl. samlingens 5 registre). Til resuméerne knytter der sig henvisninger til andre 600 domme.

Dokumentationen af EFD's flittige deltagelse i retsskabelsesprocesserne i EF sker på basis af en systematik bygget op omkring Fællesmarkedets hovedelementer, således som disse findes i Romtraktaten.

Hovedelementerne består dels af forskellige forbud imod en række nærmere beskrevne, ensidige, medlemsstatslige retlige og politiske tiltag. Blandt forbuddene mærkes eksempelvis forbuddet imod indførelse af nye toldafgifter og afgifter med tilsvarende virkninger; henholdsvis forbuddet imod indførelse af kvantitative import- og eksportrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkninger.

Dels af en række anvisninger af områder, inden for hvilke EF skal udvikle egne politikker, hvoraf landbrugspolitik, transportpolitik, konkurrencepolitik og udenrigshandelspolitik er nogle af de vigtigste. Hvad de sidste angår, er Traktatens målangivelser i reglen ret upræcise.

Endelig benytter Traktaten en teknik, der består i at pålægge de politiske processer ved lov at producere mere præcist angivne retlige tilstande, for eksempel regler om fri personbevægelighed, fri etableringsret, fri ret til at yde grænseoverskridende tjenester og fri kapitalbevægelser.

Dokumentationen begynder i det følgende med de fælles politikker. Derefter ses på EFD's udvikling af rækkevidden af forbuddene imod ensidige tiltag. Afslutningsvis kommer jeg ind på omdannelsen af lovgivningsforpligtelserne til forbud imod ensidige medlemsstatstiltag.

3. Om EF-Domstolens flittige retsskabelse. En dokumentation

Først, som en slags udenfor nummer, mærkes to linier i retspraksis, som knytter sig til al resten. Det er de dommerskabte principper om fællesskabsrettens direkte virkning¹ i medlemsstaternes retsordner og om forrang for EF-ret i tilfælde af konflikt med modstående national ret.²

Ifølge princippet om direkte virkning gør EF-retten krav på som hovedregel at være umiddelbart anvendelig, d.v.s. at en privat person eller virksomhed kan påberåbe sig ikke-gennemførte EF-regler i sager for domstolene i medlemslandene og en korresponderende pligt for dommerne til at beskytte den privates rettigheder imod modstående national lov.

Kombineret med kravet om forrang, som siger at den nationale dommer skal undlade at anvende den modstående nationale regel, blev EF-retten gennemslagskraft magtfuldt forøget ved denne retspraksis.

Det mærkes, at traktaterne reserverer den umiddelbare anvendelighed for snævert afgrænsede typer af EF-retsakter navnlig for

forordninger, jfr. art. 189, stk. 3. EFD har udvidet princippet til at gælde de fleste operationelle bestemmelser i traktaterne, til direktiver og til flere af EF's internationale forpligtelser m.m.

Modsat USA's forfatning tillægger Traktaterne dernæst ikke EF-retten forrang. De er tavse herom. Alligevel har EFD strakt forrangsprincippet til at gælde for tilfælde af konflikt mellem en national forfatningsbestemmelse og EF-ret. Og den umiddelbare anvendelighed er ikke længere begrænset til at gælde for forholdet mellem medlemsstaterne og deres borgere/virksomheder.

Betydningen af EFD's udvikling af de materielle regler, som nu skal omtales, vokser selvsagt monumentalt som følge af virkningerne af de to lige omtalte grundsætninger.

4. Domstolen og EF's fælles politikker

Blandt EF's politikker er landbrugspolitikken (CAP) givetvis den bedst kendte – om ikke økonomisk set den mest succesrige (se art. 38 ff). CAP er nedfældet i et meget betydeligt antal grundlæggende og gennemførende EF-retsakter. Eksistensen af denne meget tætte lovgiveraktivitet kan være en af forklaringerne på, at EFD har udvist self-restraint på landbrugsrettens område. Nogle vigtige undtagelser findes dog.

Det mærkes navnlig, at EFD har fastslået, at landbrugsretten i princippet skal respektere Traktatens almindelige regler, herunder navnlig principperne om den fri varebevægelighed.³ Uden at udelukke dette resultat, var det ikke selvindlysende, at dette princip svarede til de forestillinger, som traktatfædrene gjorde sig.

Det mærkes en passant, at USSC da også har lagt sig på det modsatte princip. De forfat-

ningsforbud imod ensidigt delstatsskabte *trade barriers*, som USSC over årene udviklede med hjemmel i forfatningens *Commerce Clause*, binder som regel ikke de føderale lovgivere.

For det andet mærkes, at EFD har markeret sin intention om at gøre brug af det fra bl.a. amerikansk forbundsret kendte princip om *pre-emption*.⁴ Man kan også tale om princippet om »den besatte lovgivningsplads«. Hvor dette antages at gælde, »besætter« en EF-retsakt – i og med sin udstedelse – et lovgivningsanliggende et godt stykke udover, hvad der følger direkte af retsaktens operationelle forbud og påbud. Eksempel: Indeholder en forordning, som skaber en fælles markedsordning for et landbrugsprodukt, regler om en fælles prisdannelse, kan medlemsstaternes lovgivere herefter under visse betingelser ikke (længere) udstede efterfølgende maksimums- eller minimumsprisbestemmelser.⁵

Nævnes bør i denne forbindelse, at EFD på et beslægtet område er gået mere radikalt til værks. Denne retspraksis, der går under kælenavnet AETR⁶ (efter den ledende dom), forstår man bedst på baggrund af, at Traktaten fastslår, at EF kun har kompetence til at handle på et givet politik-område, dersom der findes en udtrykkelig hjemmel for aktion (art. 4). Man taler om *attributionsprincippet*, som USA's forfatning i øvrigt også bygger på.

Dette princip modificeres dog, ifølge EFD, under visse betingelser, hvor Traktaten kun indeholder hjemmel for »indenrigs-lovgivningsskridt; men ikke tillader EF at indgå aftaler med tredielande (udenrigs-handlebeføjelse). På trods af attributionsprincippet gælder her, at udenrigsbeføjelsen gribes af EF i og med, at EF gør brug af sin indenrigsbeføjelse til at lovgive. Princippet, som i øvrigt ifølge retspraksis tillige gælder den

omvendte vej, har EFD desuden udvidet yderligere i årene efter AETR-dommen (1971).⁷

Hverken pre-emption princippet eller AETR-princippet er specielt knyttede til landbrugsretten. Det sidste udvikledes faktisk inden for transportretten. Det er klart, at begge principperne er markante, pro-integrationistiske, dommerskabte, retlige innovationer.

På samme hammel trækker et par domme om landbrugsret, men med konsekvenser langt uden for denne. Det drejer sig om sager om henholdsvis brugen af væksthormoner i husdyravlen og om størrelsen af burhøns' bure.⁸ På disse områder havde Rådet udstedt retsakter alene med hjemmel i reglerne om CAP (art. 43). UK, støttet af Danmark, gjorde gældende, at Rådet desuden burde have citeret art. 100 (art. 100 A om indre-markeds-lovharmoniseringen var endnu ikke gældende, da reglerne blev udstedt). Det argument baserede de på, at retsakterne, foruden at regulere produktionen af landbrugsprodukter, tilsigtede at skabe en lovharmonisering, hvis formål var at beskytte menneskers og dyrs sundhed og velfærd. Det var/er ubestridt, at art. 100 skulle/skal anvendes til lovharmonisering (hvor art. 100 A nu undertiden skal benyttes i stedet).

EFD afviste i disse *landmark*-afgørelser ikke, at Rådet havde haft til hensigt at foretage en lovharmonisering. Alligevel udtalte Retten, at det afgørende var, at produkterne faldt ind under CAP. Derfor kunne Rådet nøjes med at støtte sig på art. 43, uanset om det tillige som et andet hovedformål eller væsentligt biformal forfulgte for eksempel et lovharmoniseringsformål. Et væsentligt biformal/hovedformål kan altså hjemmelsmæssigt absorbere andre hoved- eller biformal.

Ved at række ud efter dette resultat opnåede EFD yderligere at forstærke EF-lovgiverens effektivitet. Forklaringen herpå ligger i, at art. 43 tillader beslutninger truffet ved kvalificeret stemmeflerhed, mens art. 100 kræver enstemmighed.

Det er formentlig en utilsigtet bi-effekt af domsresultatet, at det tillige må antages at gælde efter ikrafttrædelsen af art. 100 A, som også hjemler kvalificerede flertalsafgørelser. Der er ydermere det særlige ved art. 100 A, at Europaparlamentet (EP) inden for art. 100 A's anvendelsesområde nyder sin hidtil bedste adgang til direkte valgt, demokratisk indflydelse på EF's lovgivningsaktiviteter.

Ved at basere sig på fx art. 43 vil Rådet imidlertid kunne opnå, at denne indflydelse beskyres.

Inden for *transportpolitikken* (art. 74 ff) har EFD derimod valgt i alt væsentligt at lade politikerne have såvel første som sidste ord. Skønt en transportpolitik skulle have været indført inden udgangen af 1960'erne, eksisterer en sådan endnu ikke ultimo 1990. Tilsvarende lovgiverinaktivitet har EFD ellers regelmæssigt – som anført ovenfor – »straffet« ved selv at lave mange af de fornødne regler.

Tilbageholdenheden er bemærkelsesværdig, ikke mindst på baggrund af, at EP i midten af 1980'erne ligefrem opfordrede EFD til at tage skeen i en anden hånd.⁹ Nogle mindre prægnante domme om transportretlige emner findes, men de fortjener ikke omtale på dette sted.

Konkurrencepolitikken (art. 85 ff) i EF har siden begyndelsen af 1960'erne været præget af en betydelig, politisk styret, regeldannelse. Stillet over for Rådets og Kommissionens energiske fremfærd på dette område, har

EFD i det hele foretrukket rollen som den årvågne, kompetente sparringspartner. Den udviklede sig således aldrig til konkurrencepolitikken og -juraens over-jeg, men samlede sin retsskabende virksomhed om procedurereglerne. Uden væsentligt at svække Kommissionens efterforskning af overtrædelser af konkurrencereglerne, skabte den herved visse nyttige beskyttelser af de involverede virksomheder.¹⁰

Udenrigshandelspolitikken, eller kort: *handelspolitikken* (art. 110 ff), hører derimod til blandt de politik-områder, hvor EFD har været meget radikalt retsfornyende.

Denne indsats er sket med baggrund i, at Traktaten gør »handelspolitikken« til et EF-anliggende. Læst i sin historiske kontekst og ifølge denne terms umiddelbare sproglige mening er »handelspolitik« lig med handelspolitik, som den i almindelighed førtes i det første 10-år efter Anden Verdenskrig. Uden for EF-kompetencen falder ifølge denne forståelse for eksempel handelspolitik knyttet til ulandspolitik, handelspolitik anvendt som udenrigspolitik (fx embargo-politik), forsyningsikkerhedspolitik, Nord-Syd-politik; og meget andet.

Som årene gik, inddrog mange stater dog i deres handelspolitiske samkvem elementer af sådanne politikker. Flere EF-medlemsstater argumenterede i øvrigt med udgangspunkt i den omtalte snævre forståelse af »handelspolitik«, at Traktatens regler om EF-kompetence på dette område ikke forhindrede dem i selv at aftale sådanne mere moderne handelsarrangementer med trediestater. I de tilfælde, hvor EF bemyndigedes til at inddrage sådanne elementer, insisterede disse stater på, at art. 235 skulle finde anvendelse. Da art. 235, i modsætning til art. 113 ff, kræver enstemmighed, sikrede disse interesser sig således et effektivt veto over, hvad EF kunne foretage sig i de nævnte henseender.

I denne situation gik EF-Kommissionen til EFD og bad om hjælp. Stillet heroverfor udtalte EFD, at Traktatens definition af »handelspolitik« nødvendigvis måtte udvikle sig i takt med fornyelserne i staternes praksis i internationale sammenhænge af handelspolitisk betydning.¹¹ Herefter kunne EF med hjemmel i blot art. 113 og art. 116 indgå i de omtalte moderne handelspolitiske arrangementer med trediestater.

Lange udredninger er formentlig uforholdsmæssige for at forstå den væsentlige politiske vægtskiftning til fordel for EF-organerne, som EFD herved tilvejebragte.

5. Forbud imod ensidige medlemsstatstiltag med trade-barrier virkning

EFD har måske sat allermest energisk ind på det område, som udgøres af Traktaternes mange forbud imod ensidige medlemsstatstiltag, som skaber *trade barriers*. EFD's linie har her været ret ubetinget pro-integrationspolitisk. Den har »jagtet« alle økonomisk væsentlige som uvæsentlige love, bekendtgørelser, cirkulæreskabe og administrative fremgangsmåder med samme beslutsomhed.

I udtalelserne i dommene finder man ingen undskyldninger for handelshindringer, hvis økonomiske betydning må siges at være så ringe, at en effektiv og dynamisk eksportvirksomhed uden videre ville kunne absorbere meromkostningerne ved at overvinde hindringen og derved, uanset hindringen, at sikre den mest effektive ressourceallokering.

De økonomisk relevante tankesæt er således klart blevet underordnet det integrationspolitiske.

Forbuddene er mange og varierede. I deres sproglige ikklædning kan flere af dem minde om, hvad man lidt upræcist kunne kalde

»GATT-lignende« forbud. Læser man litteraturen fra de tidlige 1960'ere forstærkes indtrykket ofte, at traktatfædrene faktisk hentede en vis inspiration fra 1950'ernes internationale *anti-trade barrier* lovgivning.¹² Forbuddene består navnlig af

- (1) et generelt forbud imod nationalitetsdiskrimination inden for Traktatens anvendelsesområde, art. 7. Princippet genfindes i fx art. 48 (fri personbevægelighed), art. 52 (fri etableringsret) og i art. 59 (om grænseoverskridende ydelse af tjenester);
- (2) et generelt forbud imod indførelse af ny told og toldlignende afgifter (ATV'er) samt imod forhøjelse af allerede eksisterende afgifter, art. 12 ff;
- (3) et generelt forbud imod indførelse af kvantitative import- og eksportrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning (FTV'er), art. 30-36;
- (4) et betinget forbud imod ydelse af statsstøtte, art. 92 ff;
- (5) et betinget forbud imod at anvende interne beskatningssystemer til at forfordle importerede varer på markedet, art. 95.

Som ovenfor omtalt indeholder Traktaten endelig en række ret præcist udformede forpligtelser til EF-institutionerne om ved lovgivning at tilvejebringe bestemte retstilstande: Navnlig fri etableringsret, fri tjenesteydelsesret og fri bevægelighed for arbejdskraften. Disse forpligtelser til lovgivning har EFD omfortolket til forbud imod medlemsstaternes ensidigt indførte regler, der under visse betingelser stiller sig hindrende i vejen for *privates ret* til at bevæge sig hen over grænserne i de nævnte henseender.¹³

Nævnes skal endelig blot, at EFD har afholdt sig fra at omformulere det tilsvarende traktatpåbud om lovgivning om fri kapitalbevægelighed, art. 67 ff.¹⁴ Sammen med transportpolitikken udgør reglerne om fri

kapitalbevægelighed de undtagelser, som bekræfter indtrykket af en yderst pro-integrationistisk, aktivt regelskabende EF-Domstol.

6. Generelt

EFD's retspraksis på forbudsområderne er så omfattende og varieret, at den følgende fremstilling må indskrænke sig til at fremhæve enkelte, mere slående eksempler på, hvorhen Domstolen har ført udviklingen. Der er tale om domme i tusindtal. Hvad der følger er og bliver derfor kun udtrukne fragmenter. Det følgende må ikke opfattes som andet og mere.

Generelt mærkes dog, at EFD har konstrueret de fleste af forbuddene videst muligt og de få, anerkendte undtagelser snæverst muligt. Jo mere centralt en regel i Domstolens øjne var for gennemførelsen af fællesmarkedet, jo mere iøjnefaldende er disse tendenser.

For det andet mærkes, at EFD har hidført sine bemærkelsesværdige resultater, snart ved at udnytte en tvetydighed i traktatteksten (fx m.h.t. art. 30); snart ved at udfylde huller i teksterne (fx m.h.t. den direkte anvendelighed, jfr. ovfr., og princippet om forrang, jfr. ligeledes ovfr.) og snart ved respektløst at udtale, at visse klare bestemmelser må anses for uegnede til at nå de tilstræbte formål med EF, hvorfor EFD har følt sig forpligtet til at indlæse nye, hidtil usete meninger i dem (fx art. 7, når ikke-diskriminationsprincippet anvendes på universitetsforhold; m.m.).¹⁵

7. Forbuddet imod nationalitetsdiskrimination, art. 7

Dette forbud er i sandhed blevet strakt meget vidt. Det omfatter således ikke blot diskrimination på grundlag af nationalitet men tillige, efter omstændighederne, på grundlag af en persons bopæl eller – i enkelte sager – på

grundlag af personens manglende kontrol over opholdslandets sprog.¹⁶

Dernæst har EFD udtalt, at *al* økonomisk aktivitet falder ind under Traktaten, uanset om aktiviteten måtte være specifikt inddraget under dens anvendelsesområde ved bestemte, operationelle bestemmelser. Således omfattes universitetsstudier, kunstneres udstilling af deres værker i offentlige bygninger, al filmproduktion og professionel fodbold.

Og en engelsk turist i Paris opnåede ret til erstatning for tilfældig gadevold, som han blev offer for, skønt fransk lovgivning forbeholdt retten til erstatning for franskmænd. EFD ræsonnerede, at Mr. Cowan (som han hed) jo nødvendigvis modtog tjenesteydelser under sit ophold i Paris; og derfor faldt hans situation ind under art. 7.¹⁷

8. Told og toldlignende afgifter, art. 12 ff

Ethvert beløb, nok så ubetydeligt, som en medlemsstat opkræver – eller som opkræves af andre med statens velsignelse – på grund af en vares grænsepassage, er en forbudt ATV. Det er uden betydning, om afgiftsprovenuet er øremærket til specielle, særligt nyttige formål. Fri af forbuddet går dog, under visse betingelser, betaling for tjenesteydelser til importøren. Disse må dog ikke overstige tjenestens kostpris.¹⁸

9. Kvantitative import/eksport restriktioner og FTV'er, art. 30 ff

Enhver ensidigt indført medlemsstatslig foranstaltning, som »aktuelt eller potentielt, direkte eller indirekte ...« er egnet til at påvirke varestrømmene mellem medlemsstaterne, omfattes i princippet af forbuddet imod FTV'er. Imidlertid, hvis der ingen EF-lovgivning findes på et område, og en medlemsstat

udsteder regler som finder ens anvendelse på importerede og hjemligt producerede varer, kan reglen – uanset dens handelshindrende virkning – gå fri af forbuddet. Det er dog en betingelse, at reglen forfølger et eller flere af en række opregnede, særligt lødige formål, såsom for eksempel menneskers og/eller dyrs sundhed; *eller* forbruger-, miljø- eller arbejdsmiljøbeskyttelse; *eller* beskyttelsen af knappe naturgivne ressourcer – *eller* andet. EFD efterser dog kritisk den omstridte lovgivning og gætter eventuelt, om den er vedtaget som en skjult handelshindring eller lignende (art. 36).¹⁹

Man har på dette område indtrykket af, at fornuftig lovgivning har rimelige chancer for at gå fri af forbuddet. Mellem 100 og 200 domme er allerede afsagt om art. 30-36.

Ifølge retspraksis indeholder art. 34 et retsmalt forbud imod FTV'er, når der er tale om eksport af varer til andre EF-lande.²⁰

Det må derimod fastslås, at dersom GATT-aftalens tilsvarende forbud nogensinde inspirerede traktatfædrene til indførelsen af art. 30 og 36, er udgangspunktet blevet totalt uigenkendeligt. Selv EF-Kommissionens definition af området for de forbudte FTV'er fra 1970 blev hurtigt overhalet indenom af dommerne (1974).²¹ Det samme kan uden videre anføres med hensyn til told- og ATV-reglerne, jfr. lige ovenfor.

10. Statsstøttereglerne, art. 92 ff

Traktatens forbud imod statsstøtte er langt fra ubetinget. En betydelig skønsmargen tilkommer Kommissionen, når den behandler spørgsmål om statsstøttes forenelighed med EF-reglerne. Disse egner sig derfor dårligt til at finde umiddelbar anvendelse. EFD's indsats på dette område har derfor i det væsentlige bestået i at definere hvilke økonomiske dispositioner, der kan udgøre en statsstøtte, som er forbudt.

I sine bestræbelser har EFD strakt begrebet statsstøtte meget vidt. For eksempel omfattes støtte, som ydes af andre offentlige kasser end statens egne. Blot støttens økonomiske funktion svarer til den typiske statsstøttes. Samtidig er enhver økonomisk bistand »støtte«, uanset om den tilføres den pågældende virksomhed i form af pengegaver, lån til under markedsrente, tilrådighedsstillelse af billige byggegrunde, o.s.v., o.s.v.²²

Specielt mærkes, at en statsstøtte, som staten ikke i tide har notificeret for Kommissionen, overhovedet ikke kan retfærdiggøres, jfr. art. 93 (3).

11. Indirekte beskatningssystemer, der forfordeler importerede varer, art. 95

Medlemsstaterne må ikke påligne importerede varer interne afgifter, som er højere end de afgifter, som pålignes *lignende* hjemlige varer. Forbudt er ligeledes at påligne importerede varer afgifter, som vil kunne tjene som *beskyttelse* af hjemlige produkter. EFD har fx fastslået, at vinbeskatningen i et land uden vinproduktion af betydning kan anvendes til at beskytte afsætningen af landets store ølproduktion og -forbrug.²³ Og for eksempel at en høj procentuel beskatning af spiritus som typisk importeres (men som også laves i »værtslandet« i mindre kvanta) er ulovlig, når en lavere procentsats finder anvendelse på typisk hjemmeproducerede spirituosa; omend også på mindre mængder importeret spiritus.

Art. 95's forbud er vidt: Kan en vis konkurrence mellem produkter påvises, er den interne indirekte beskatning af dem i princippet en sag, som falder ind under artiklen.

Uden for reglens ordgrænse har EFD anset art. 95 for anvendelig på interne afgifter, som diskriminerer varer, som eksporteres,

samt udtalt at den tillige gælder for varer, som er bragt i fri omsætning i EF.²⁴

12. Lovgivningsforpligtelser, som blev til handleforbud vendt imod medlemsstaterne

Om lovgivningsforpligtelserne, der havde Kommissionen og Rådet som adressat, og som EFD omformulerede til forbud imod nærmere beskrevne nationale retstilstande, har jeg sagt det mest væsentlige ovenfor. Læser man bestemmelserne, er intet andet indtryk muligt, end at arbejdskraftens fri bevægelighed, dens fri etableringsret og retten til frit at yde tjenester henover grænserne i EF, var retlige tilstande, som skulle tilvejebringes ved EF-lov.

Sagt på en anden måde: Traktaten tilvejebragte kun kompetencer til EF-lovgiveren, som han skulle anvende, når konkrete lovgivningsskridt blev taget. Alle de forslag til lovgivning, som EF-kommissionen fremlagde for Rådet i løbet af 1960'erne og de tidlige 70'ere, hvilede på samme forudsætning.

Stor var derfor dengang overraskelsen, da EFD i en dom fra 1973 udtalte, at sådan forholdt det sig slet ikke. Som dommerne læste reglerne, afgav de ganske vist lovgivningskompetencer til EF, men indeholdt tillige – senest efter overgangsperiodens udløb den 31. december 1969 – håndfaste forbud imod bibeholdelsen eller indførelsen af visse nærmere afgrænsede medlemsstatslige retstilstande, som hindrede fri person- og tjenesteydelsesbevægelighed.²⁵

Derefter har EFD som sagt stedse udvidet rækkevidden af disse forbud, navnlig af reglerne om de fri tjenesteydelser.

13. Afsluttende bemærkninger

Meget mere kunne lægges til det anførte. Det skal dog ikke ske – med én undtagelse. Den

er, at jeg har indskrænket min fremstilling ovenfor til at angå de materielle regler; eller de operationelle regler. Omtalt er derfor ikke hele det spændende afsnit, som handler om, hvordan EFD har videreudviklet EF's institutionelle system og gjort det mere overlevelsesegnet ved at cementere dets grundvolde. Navnlig er uomtalt den store mængde domme, hvorved EFD har forstærket sine egne magtbaser. Pladsen tillod ikke at komme ind på disse emner.

I det store og hele er EFD kommet godt fra at omdanne EF's retssystem på så mange centrale områder. Dens aktivisme har affødt relativt få, utvetydige undsigelser fra Rådets og/eller fra domstoles, parlamenters og andre nationale aktørers side. Enkelte store konflikter kan man dog påvise, af hvilke jeg har omtalt en del i »On Law and Policy ...« (jfr. ovfr.) Kap. 9 ff.

Var disse undsigelser nok til at true EFD's troværdighed og fortsatte legitimation som EF's øverste »forbunds«-domstol? Det vil række for vidt at tage dette problem op her.

Det er dog i korthed fortalt mit synspunkt, at enkelte få, patologiske tilfælde kan ruinere mange års solid, judiciel succes opbygget ved omhyggelig hensyntagen til legitime interesser.

Ruinen er givetvis ikke for hånden. I de senere år har antallet af ikke-gennemførte EF-domme imidlertid været i stadig vækst. Det er dog en omstændighed, som man kun efter indgående studier kan tillade sig at henhøre til en eventuelt svigtende tillid til EF-dommernes upartiskhed, når det gælder afvejningen af EF's over for medlemsstaternes legitime interesser.

Endelig: Vil EFD fortsætte i sit pro-integrationistiske spor i årene som kommer? Det er ikke til at vide. Tager man imidlertid stok af

udviklingerne henimod slutningen af 1980'erne, kunne en hel del tyde på, at en mere udtalt tilbageholdenhed (*self-restraint*) næppe er at vente. Retspræsident Ole Due antyder måske noget andet, når han i citatet i dette essays indledning siger »hidtil«.

Den manglende tilbageholdenhed kan måske undre henset til, at EF's politiske processer netop henimod 80'ernes slutning er begyndt at fungere som forudsat; d.v.s. ved at producere mere integration ved lov. Man kan blot tænke på vedtagelsen af Den europæiske Fællesakt, på indre-markedsprojektet, på overgangen et par år senere til udstrakt anvendelse af flertalsafstemninger, på løsningen af budgetproblemerne og, endelig, på indkaldelsen af 1991-regeringskonferencerne.

Da aktivismen på EF's vegne i »storhedstiden« i 70'erne og begyndelsen af 80'erne retfærdiggjordes med henvisning til de politiske processers inertie, skulle man vel kunne se frem til en større juridisk tilbageholdenhed nu. Måske er det for meget at spå, at manglende *self-restraint* kan vise sig at være konfliktskabende.

Noter

1. *Direkte virkning*: Sag 26/62, *van Gend en Loos* (Traktatens art. 12), Saml. 1963, 1; Sag 43/75, *Defrenne II* (Traktatens art. 119), Saml. 1976, 455; Sag 8/81, *Ursula Becker* (direktiv, vertikal virkning), Saml. 1982, 53; Sag 152/84, *Marshall* (direktiv, horisontal virkning), Saml. 1986, 737; Sag C-106/89, *Marleasing* (direktiver, horisontal virkning), endnu ej i Saml. (dom af 13. nov. 1990); Sag 104/81, *Kupferberg* (frihandelsaftale), Saml. 1982, 3641; Sag 266/81, *SIOT* (GATT-aftalen), Saml. 1983, 731.

2. *Forrang*: Sag 6/64, *Costa/Enel*, Saml. 1964, 585; Sag 106/77, *Simmenthal*, Saml. 1978, 629; Sag 213/89, *Factortame*, endnu ej i Saml. (dom af 18. juni 1990).
3. Sag 48/74, *Charmasson*, Saml. 1974, 1383; Sag 46/76, *Bauhuis*, Saml. 1977, 5.
4. Sag 190/73, *van Haaster*, Saml. 1974, 1123.
5. Sag 216/86, *Antonini* (CAP, maksimumpriser, pre-emption), Saml. 1987, 2919.
6. Sag 22/70, *AETR*, Saml. 1971, 263.
7. Fx udtalelse 1/78, *Natural Rubber*, Saml. 1979, 2871.
8. Sag 68/86, *Hormoner*, Saml. 1988, 892; Sag 131/86, *Burhøns*, Saml. 1988, 925.
9. Sag 13/83, *EP mod Råd*, Saml. 1985, 1556.
10. Fx 374/87, *Orkem* (vidne imod sig selv), Saml. 1989, 3283.
11. Udtalelse 1/78 (jfr. note 7 ovfr.); Sag 51/87, *Kommissionen mod Råd*, Saml. 1988, 5459.
12. Fx *Wohlfarth* (m.fl.): *Die EWG, Kommentar zum Vertrag*. Berlin og Frankfurt, 1960.
13. Se nærmere næstsidsite afsnit nedenfor.
14. Fx Sag 203/80, *Casati*, Saml. 1981, 2595.
15. Sag 24/86, *Blaizot*, Saml. 1988, 379.
16. Sag C-175/88, *Biehl*, endnu ej i Saml. (dom af 8.5.90); Sag C-379/87, *Groener* (gælisk sprog), Saml. 1989, 3967.
17. Sag 186/87, *Cowan*, Saml. 1989, 195.
18. Sag 158/82, »*Pea-nuts*«, Saml. 1983, 3573.
19. Sag 120/78, *Cassis de Dijon*, Saml. 1979, 649.
20. Sag 172/82, *Inter-Huiles*, Saml. 1983, 555.
21. Sag 8/74, *Dassonville*, Saml. 1974, 837.
22. Sag 730/79, *Philip Morris*, Saml. 1980, 2671; Sag C-5/89, *Kommissionen mod Tyskland* (tilbagesøgning af ulovlig støtte), endnu ej i Saml. (dom af 20.9.90).
23. Sag 170/78, *Kommissionen mod UK*, Saml. 1980, 417 og Saml. 1983, 2265.
24. Sag 193/85, *Co-Frutta*, Saml. 1987, 2085.
25. Sag 53/81, *Levin*, Saml. 1982, 1035; Sag 36/75, *Rutili*, Saml. 1975, 1219; Sag 2/74, *Reyners*, Saml. 1974, 631; Sager 286/82 og 26/83, *Luisi og Carbone*, Saml. 1984, 377.