

ER DET LOV Å TA HENSYN TIL ANDRE?

En studie i mulig legitimering av restriksjoner på fri handel med varer og tjenester

Kandidatnummer: 226

Leveringsfrist: 02.06.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 34640 ord

02.06.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oversikt og siktemål	1
1.2	Materiale og metode	4
1.3	Videre opplegg	7
<u>2</u>	<u>GENERELT OM DE HENSYN SOM KAN BEGRUNNE NASJONALE RESTRIKSJONER I EU</u>	<u>8</u>
2.1	Innledning	8
2.2	Hovedreglene om frie tjeneste- og varebevegelser	8
2.2.1	Varereglene	8
2.2.2	Tjenestereglene	10
2.3	Hensynslærens plassering i en restriksjonsvurdering	12
2.4	Uakseptable allmenne hensyn	14
2.5	Bevisbyrde og domstolskontroll	15
<u>3</u>	<u>OM HENSYNET TIL ANDRE</u>	<u>17</u>
3.1	Nærmere om problemstillingen	17
3.2	Hvem er ”andre”?	19
<u>4</u>	<u>HENSYN FOR OG IMOT GODTAKELSE AV HENSYNET TIL ANDRE</u>	<u>21</u>
4.1	Innledning	21

4.2	Traktatens unntaksbestemmelser	22
4.3	De ulike hensynenes karakter	24
4.4	Nasjonale særtrekk i EU-traktaten art. 6(3)	26
4.5	Statenes skjønnsmargin	27
4.6	Lojalitetsprinsippet i EF-traktaten art. 10	28
4.7	Særlig om å tvinge sine standarder på andre medlemsstater	30
4.8	Effektiviteten av nasjonal lovgivning og betydningen av andre virkemidler	32
4.9	Sekundærlovgivning som tillater eksterritoriell beskyttelse	34
<u>5</u>	<u>BETYDNINGEN AV FELLESKAPSHARMONISERING</u>	<u>36</u>
5.1	Innledning	36
5.2	Uttømmende regulering og forskjellige harmoniseringsformer	37
5.3	Rettspraksis	40
5.3.1	Van den Burg	40
5.3.2	Compassion in World Farming	42
5.3.3	Hedley Lomas	43
5.3.4	Sammenfatning og konklusjon	45
<u>6</u>	<u>EKSTERRITORIELLE MILJØHENSYN</u>	<u>47</u>
6.1	Innledning	47
6.2	Betydningen av EF-traktatens miljørettslige prinsipper	48
6.3	Eksporthindringer til beskyttelse av miljøet	50
6.3.1	Innledning	50
6.3.2	Inter-Huiles	50
6.3.3	Nertsvoederfabriek	51

6.3.4	Dusseldorp	51
6.3.5	Sydhavnens Sten & Grus	52
6.3.6	Analyse av avgjørelsene	53
6.3.7	Bemerkninger til de forskjellige traktatfestede hensynenes betydning	58
6.3.8	Sekundærlovgivning på avfallsområdet	59
6.4	Særlig om miljøhensyn som representerer fellesinteresser	61
6.4.1	Innledning	61
6.4.2	Rettspraksis	61
6.4.3	Ulike typer fellesinteresser	66
6.5	Importhindringer til beskyttelse av miljøet	71
6.5.1	Innledning	71
6.5.2	Generelt om eksterrielle importtiltak ved miljøbeskyttelse	71
6.5.3	Kan en medlemsstat stille krav til produksjonsprosesser i andre stater?	74
7	<u>ANDRE EKSTERRITORIELLE HENSYN</u>	81
7.1	Forbrukerbeskyttelse	81
7.1.1	Innledning	81
7.1.2	Alpine Investments	81
7.1.3	Vurdering av avgjørelsen og eksterriell forbrukerbeskyttelse	82
7.2	Grunnleggende menneskerettigheter	86
7.2.1	Innledning	86
7.2.2	Menneskerettigheter i EU	86
7.2.3	Særlig om straffelovgivning	88
7.2.4	Særlig om arbeidsrettigheter og menneskerettigheter	91
7.3	Menneskers liv og helse og offentlig sikkerhet	95
7.3.1	Innledning	95
7.3.2	Werner og Leifer	96
7.3.3	EF-traktaten art. 296 og varer med dobbel anvendelse	100
7.4	Hensynet til beskyttelse av geografiske betegnelser	102
7.4.1	Innledning	102
7.4.2	Exportur	103

<u>8</u>	<u>BØR EF-DOMSTOLEN GODTA ANFØRSLER OM HENSYNET TIL ANDRE?</u>	
	<u>SAMMENFATNING OG KONKLUSJON</u>	<u>107</u>
<u>9</u>	<u>RETTSPRAKSIS</u>	<u>110</u>
9.1	EF-domstolen	110
9.2	EFTA-domstolen	116
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>117</u>
<u>11</u>	<u>FELLESKAPSLØVGIVNING</u>	<u>122</u>
11.1	Direktiver	122
11.2	Forordninger	124
<u>12</u>	<u>TRAKTATER</u>	<u>126</u>
<u>13</u>	<u>NORSKE LOVER</u>	<u>127</u>
<u>14</u>	<u>NORSKE FORARBEIDER</u>	<u>127</u>
<u>15</u>	<u>ANDRE KILDER</u>	<u>128</u>

1 Innledning

1.1 Oversikt og siktemål

Vi lever i en stadig mer globalisert verden. Økt handel og interaksjon over landegrensene skaper nye muligheter. Med disse nye mulighetene følger imidlertid også nye utfordringer. Etikk og moral i interaksjonen mellom stater er ikke et spørsmål av den nyere tid, men det kan hevdes at en i de senere årene har opplevd en økt bevisstgjøring rundt slike spørsmål. Nettopp den økte interaksjonen over landegrensene medfører et økt behov for å rette oppmerksomheten mot slike problemstillinger.

En illustrasjon på den økte bevisstgjøringen er stortingsmeldingen om næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi, som ble publisert 23. januar 2009, og som er den første av sitt slag i Norge.¹ Et annet eksempel er de etiske retningslinjene som er utarbeidet for Statens pensjonsfonds forvaltning av Norges petroleumsinntekter. Pensjonsfondet skal ikke foreta investeringer som utgjør en uakseptabel risiko for at fondet medvirker til uetiske handlinger eller unnlatelser, som for eksempel krenkelser av grunnleggende humanitære prinsipper, grove krenkelser av menneskerettighetene, grov korrupsjon eller alvorlige miljøskader.²

Et slikt tankemønster kan også overføres til EU-retten. Et indre marked med fri bevegelighet av varer, tjenester, personer og kapital er selve grunnbjelken i samarbeidet under EUs første søyle, den opprinnelige og egentlige EF-retten.³ Det er dermed et spørsmål hvordan hensynet til den frie bevegelighet skal veies mot andre hensyn. Som det

¹ St.meld. nr. 10 (2008-2009).

² Retningslinjene er å finne på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/andre/Etiske-retningslinjer/etiske-retningslinjer-for-statens-pensjo.html?id=434894&epslanguage=NO>.

³ EU-reglene som har grunnlag i EF-traktaten utgjør EF-retten i egentlig forstand. I det følgende vil jeg for enkelthetskyld ikke opprettholde noe skille her, slik at det vil bli henvist til EU, EF og Fellesskapet om hverandre.

vil bli redegjort for nedenfor, gir EU-retten adgang til å fravike forbudene mot restriksjoner på fri bevegelse, når restriksjonen er begrunnet i et av de traktatfestede hensynene eller den ulovfestede hensynslæren. Dette er tradisjonelt forstått som nasjonale hensyn. Men tanke på den økte oppmerksomheten på moral og etikk i forholdet til andre land, er spørsmålet om disse unntaksreglene i EU-retten også kan anvendes til å beskytte hensyn som gjør seg gjeldende i andre land.

Adgangen til å begrunne nasjonale restriksjoner med ikke-nasjonale hensyn er således temaet i det følgende. Også interesser som kan anses som fellesinteresser for medlemsstatene vil bli behandlet. Gjennomgangen konsentreres til området for varer og tjenester.

Denne avhandlingen er en studie i den lovfestede og ulovfestede EU-rettslige hensynslæren. Dette er i stor grad en domstolsskapt lære, og rettspraksis fra EF-domstolen vil derfor stå sentralt. Avhandlingens tema er hvorvidt, og eventuelt når, EF-domstolen vil godta hensynet til andre som en legitim begrunnelse for nasjonale restriksjoner. ”Andre” kan både være andre medlemsstater og tredjestater. Det vil bli nærmere redegjort for denne definisjonen under pkt. 3.2 nedenfor. ”Hensynet til andre” er ikke et begrep EF-domstolen har anvendt, men det vil i det følgende bli anvendt på situasjoner der en medlemsstat gjør nasjonale tiltak gjeldende med beskyttelse av et ikke-nasjonalt hensyn som begrunnelse.

Spørsmålet om beskyttelse av hensynet til andre har i liten grad blitt satt på spissen i EF-domstolens praksis. Dette innebærer imidlertid ikke at spørsmålet er uten praktisk betydning. Det kan komme opp på viktige områder som tiltak til beskyttelse av klimaet, beskyttelse av arbeidsrettigheter og beskyttelse av menneskers liv og helse.

Temaet er interessant fordi det kan si noe mer grunnleggende om fellesskapsretten. Hvor langt kan en medlemsstat gå i beskyttelsen av verdier som denne staten anser som betydningsfulle, på bekostning av økonomiske interesser i Fellesskapet? Dette er et prinsipielt viktig spørsmål, som sier noe om medlemsstatenes handlingsrom under EF-traktaten.

Eksterritorielle beskyttelsestiltak kan ta mange forskjellige former. I det følgende betegnes staten som gjør et nasjonalt tiltak gjeldende overfor hensyn i andre stater for stat A. Staten hvor det aktuelle hensynet gjør seg gjeldende, kalles stat B. Felles for slike

eksterritorielle tiltak er at det hensyn de skal beskytte ikke direkte gjør seg gjeldende på stat As område. Videre er en fellesnevner at det vern A ønsker å sikre for et gode, er høyere enn vernet i stat B. Det forutsettes at det forhold som gjør seg gjeldende i stat B, og som er bakgrunnen for As eksterritorielle tiltak, ikke innebærer brudd fra Bs side på fellesskapsforpliktelser.⁴

På tjenesteområdet er det særlig praktisk at en medlemsstat lar sin strengere lovgivning få anvendelse på nasjonale tjenesteytere også når de yter tjenester i andre medlemsstater, eller når de yter grenseoverskridende tjenesteytelser fra hjemlandet. Hva gjelder eksport av varer, vil det typiske være at det godet som eksportbegrensningen gjelder enten kan gjøre skade i stat B, eller at stat B underlegger varen en behandling som stat A ikke aksepterer. Et eksempel på det førstnevnte er eksport av avfall, og det sistnevnte vil typisk gjelde eksport av dyr, for eksempel slaktedyr. På importområdet kan en typisk restriksjon være et forbud mot import av utrydningstruede dyre- eller plantearter. Et annet eksempel er restriksjoner begrunnet i produksjonsprosesser som skjer i stat B.

I og med eksterritorielle beskyttelsestiltak ikke har direkte virkning i stat A, kan det ofte være vanskelig for stat A å kontrollere om det aktuelle tiltaket faktisk er nødvendig. Et eksempel er As forbud mot salg på nasjonalt område av tunfisk fanget ved hjelp av teknikker som skader annet liv i sjøen, særlig delfiner og skilpadder. Når A står overfor et tunfiskprodukt, vil det ikke være mulig å se ut fra selve varen hvilken fangstmetode som har vært benyttet. Slike spørsmål utgjør imidlertid bevisspørsmål i den konkrete saken, og vil ikke bli behandlet i det følgende.

Avhandlingen er i all hovedsak EU-rettslig. Resonnementene vil likevel få anvendelse også EØS-rettslig, da hovedreglene i EØS-avtalen om de fire friheter tilsvarer EF-traktatens bestemmelser på området. Det er alminnelig antatt at EØS-reglene skal tolkes i samsvar med EU-reglene, dersom ikke EØS-avtalen selv gir særlige holdepunkter for noe annet.⁵ I de tilfeller hvor det er grunn til å tro at rettstilstanden under EØS kan bli en annen, vil dette angis.

⁴ Se nærmere om dette nedenfor i pkt. 3.6 og 4.3.3.

⁵ EØS-rett (2004) s. 271. Se også EFTA-domstolens avgjørelse i de forente saker E-9/07 og E-10/07, L'Oréal, som viser at homogenitetsprinsippet står sterkt i EØS.

1.2 Materiale og metode

Spørsmålet om det er adgang til å legge vekt på hensynet til andre er et prinsipielt interessant spørsmål, men det har som nevnt sjelden vært oppe i saker for EF-domstolen. De gangene det har kommet opp, har det gjerne vært på en indirekte måte. Så langt jeg har kunnet bringe på det rene, har det ikke blitt avgjort i sin rene form i praksis.⁶ Problemstillingen har først og fremst blitt reist i juridisk litteratur, men det har i liten grad blitt gitt særlig generelle og utførlige drøftelser. Avhandlingen er et forsøk på å bøte på denne mangelen, ved å foreta en systematisk gjennomgang og analyse av i hvilken grad EF-domstolen vil kunne akseptere restriksjoner begrunnet i hensynet til forhold i andre stater.

Det relevante rettskildematerialet er relativt sparsomt. Jeg har foretatt søk etter relevante EF-dommer, generaladvokatuttalelser og litteratur, men det har vært vanskelig å finne et søkeord som dekker problemstillingen. På litteratursiden har det vært fruktbart å søke med variasjoner av ordet ”eksterritoriell”, men dette er ikke et uttrykk som EF-domstolen har benyttet. Dette er dermed et tema hvor rettskildematerialet er krevende å finne fram til, fordi det krever en analyse av dommene for å se om de kan være relevante.

Utgangspunktet, som også legges til grunn som startpunkt for avhandlingen, er at traktatens unntaksbestemmelser og hensynslæren skal beskytte nasjonale interesser. De fleste saker for EF-domstolen gjelder nettopp da også nasjonale hensyn. I og med spørsmålet om eksterritoriell beskyttelse ikke har vært mye fremme for EF-domstolen, er det imidlertid ikke sikkert at dette er et standpunkt som vil kunne stå seg i alle situasjoner.

Utvalget av emner har i stor grad skjedd ut fra hvilke områder det finnes relevant praksis fra domstolen, eller det finnes generaladvokatuttalelser som sier noe om temaet. I tillegg vil det bli pekt på noen områder hvor spørsmålet særlig kan komme opp, selv om det til nå ikke finnes relevant praksis.

⁶ For den klareste avgjørelsen imot en slik adgang, se C-384/93 Alpine Investments. I C-203/96 Dusseldorp og C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus synes imidlertid domstolen å ha åpnet for en slik adgang.

I og med rettspraksis fra EF-domstolen er begrenset, har generaladvokatenes forslag til avgjørelse som sagt fått en sentral plass i avhandlingen.⁷ Der det finnes en interessant avgjørelse fra EF-domstolen for problemstillingen, behandles ikke forslaget til avgjørelse, dersom ikke dette gir noe mer utover dommen. På den andre siden vil jeg noen steder gå dypt inn i generaladvokatuttalelser, dersom ikke spørsmålet har blitt fulgt opp av domstolen.

Forslagene til avgjørelse utgjør en relevant rettskilde. Vekten er imidlertid begrenset, og den vil variere fra sak til sak. Bull skriver at forslagene til avgjørelse kan leses som særdeles velinformerte innlegg i den rettsvitenskapelige debatt.⁸ De kan kaste lys over EF-domstolens uttalelser, men man kan ikke innfortolke generaladvokatens redegjørelse i selve dommen selv om domstolens uttalelser går i samme retning. Bull legger til grunn at det er nok heller i det motsatte tilfellet at generaladvokatens forslag kan vektlegges i domstolkningen. Når domstolen ikke følger forslaget til avgjørelse, vet man hvert fall hva domstolen ikke har vært villig til å si rett ut på samme måte som generaladvokaten. Vekten av forslaget til avgjørelse vil reduseres jo større uoverensstemmelse det er mellom dette og dommens premisser og slutning.⁹

Felles for de generaladvokatuttalelsene som vil bli benyttet i det følgende er at EF-domstolen løste sakens spørsmål på annet grunnlag, og ikke trengte å ta stilling til eksteritorialitetsspørsmålet. Det er derfor ikke mulig å si hvordan domstolen ville ha avgjort eksteritorialitetsspørsmålene i disse sakene. Dette innebærer at generaladvokatuttalelsene kan ha en viss vekt og argumentasjonsverdi, men det er ikke mulig å slutte noe sikkert ut fra disse om hvordan EF-domstolen vil avgjøre spørsmålene.

⁷ Eksempler på forslag til avgjørelse hvor generaladvokatene argumenter imot en adgang til å legge vekt på hensynet til andre er forslagene til avgjørelse i C-5/94 Hedley Lomas og C-1/96 Compassion in World Farming. I forslaget til avgjørelse i de forente saker 3, 4 og 6/76 Kramer synes generaladvokaten å akseptere en stats adgang til å beskytte statenes felleseie. I det felles forslaget til avgjørelse i sakene Leifer og Werner argumenterer generaladvokaten for en eksteritoriell beskyttelse.

⁸ Bull (2002) s. 76.

⁹ Borgli (1993) s. 156.

I teorien er spørsmålet særlig drøftet i miljørettslige framstillinger. Rettsteorien vil normalt ha liten vekt. I mangel på autoritative rettskilder får også teorien en betydelig plass, gjennom å illustrere mulig løsninger på avhandlingens tema, og bidra med tolkninger av de avgjørelsene som finnes fra EF-domstolen.¹⁰

I og med avhandlingens tema er et uavklart spørsmål, får det særlig betydning å vurdere de hensyn som taler for og imot at EF-domstolen tillater at medlemsstatene legger vekt på hensynet til andre. Derfor behandles hensyn som gjør seg gjeldende allerede i nedenfor i pkt. 3. Hensynene for og imot har ikke vært behandlet av EF-domstolen, men de har vært noe fremme i generaladvokatens forslag til avgjørelse.

Denne avhandlingen er ikke tenkt som en studie i fellesskapslovgivning på området. En redegjørelse for direktiver som innbefatter vurderinger av hensynet til andre faller dermed utenfor avhandlingens rammer. Sekundærlovgivningen setter likevel i stor grad rammene for i hvilken grad spørsmålet om adgangen til å legge vekt på hensynet til andre kan komme opp. Fellesskapslovgivningen er derfor behandlet i den grad den bidrar til å besvare spørsmålet om adgangen til å ta eksterritoriale hensyn etter traktaten og hensynslæren.

Jeg søker å behandle spørsmålene på den måten EF-domstolen må forventes å løse disse. Dette er således i all hovedsak en studie i gjeldende rett på området. Grensen mot mer rettspolitiske drøftelser er imidlertid glidende, og dette gjelder særlig på et område som dette hvor kildeomfanget er begrenset og rettsstilstanden er uklar. Det vil bli knyttet noen kommentarer til om EF-domstolen bør akseptere eksterritoriale beskyttelsestiltak underveis i avhandlingen og i avhandlingens avsluttende kapittel, men hovedtyngden ligger på en beskrivelse av hvordan rettsstilstanden antas å være.

¹⁰ Se blant annet Jans (2008) s. 261-264, Oliver (2003) s. 230-232 og Hedemann-Robinson (2000) s. 25-30 og 32-39.

1.3 Videre opplegg

I det følgende vil det i pkt. 2 bli redegjort for den grunnleggende fellesskapsretten som danner grunnlaget for avhandlingens tema. Pkt. 3 gir en nærmere innføring i avhandlingens problemstilling, og en nærmere definisjon av hva begrepet ”hensynet til andre” innebærer. De sentrale hensynene som gjør seg gjeldende i vurderingen av om det er, eller bør være, en adgang for medlemsstater til å gjøre eksterritorielle beskyttelsestiltak gjeldende vil bli behandlet i pkt.4.

I dagens EU er svært mange områder regulert i sekundærlovgivningen. Derfor gir jeg i pkt. 5 en vurdering av hvilken rolle traktatens unntaksregler og hensynslæren kan ha på et harmonisert område.

De følgende kapitlene gjelder adgangen til å ta eksterritorielle beskyttelsehensyn under de traktatfestede og ulovfestede unntaksreglene. Kapitlene er inndelt etter hvilket hensyn som behandles.

Pkt. 6 omhandler eksterritorielle miljøhensyn, som utgjør den mest omfattende drøftelsen i avhandlingen. Deretter blir eksterritoriell beskyttelse under andre hensyn vurdert i pkt. 7. I pkt. 7.1. blir det gjort en nærmere vurdering av forbrukerbeskyttelse. Deretter i pkt. 7.2 behandles grunnleggende menneskerettigheter og arbeidsrettigheter. Menneskers liv og helse, sammen med offentlig sikkerhet, vurderes nærmere i pkt. 7.3. Til slutt behandles beskyttelse av opprinnelsesbetegnelse på varer i pkt. 7.4.

I pkt. 8 gis det en oppsummering og konklusjon på om EF-domstolen bør godta anførsler om hensynet til andre.

2 Generelt om de hensyn som kan begrunne nasjonale restriksjoner i EU

2.1 Innledning

Hovedformålet med det opprinnelige EF-samarbeidet var opprettelsen av et felles marked med fri bevegelighet av varer, tjenester, personer og kapital. EF-traktaten inneholder derfor forbudsbestemmelser mot restriksjoner på den frie bevegelighet innad i Fellesskapet.¹¹ Selv om økonomisk samarbeid var grunnleggende ved opprettelsen av EF, så man at det ikke kunne være mulig å la den frie bevegelighet gå foran alle andre hensyn i alle tilfeller. Hvert forbud har derfor unntaksregler som godtar restriksjoner begrunnet i visse nærmere bestemte hensyn. Tanken er at selv om unntakene griper inn i den frie bevegelighet, kan andre hensyn i et konkret tilfelle ha større vekt. De traktatfestede unntaksreglene har etter hvert blitt supplert med en ulovfestet hensynslære, læren om tvingende allmenne hensyn, basert på praksis fra EF-domstolen.

2.2 Hovedreglene om frie tjeneste- og varebevegelser

2.2.1 Varereglene

EF-traktaten art. 28 og 29 inneholder forbud mot kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning mellom medlemsstatene.

De tidligste importsakene for EF-domstolen gjaldt diskriminerende handelshindringer.¹² I sak 8/74 Dassonville la domstolen til grunn en vid definisjon av hva som menes med tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner, men den aktuelle restriksjonen i avgjørelsen var diskriminerende.¹³ I sak 120/78 Cassis de Dijon kom skiftet som klarere markerte at nasjonale tiltak kunne rammes av art. 28 uavhengig av

¹¹ I EØS-avtalen art. 11-13 for varer og art. 36-39 for tjenester.

¹² EØS-rett (2004) s. 298.

¹³ Premiss 5.

om de forskjellsbehandlet nasjonale og utenlandske varer. Dette medførte at forbudet mot importrestriksjoner ble ansett for å være et svært vidtrekkende restriksjonsforbud. De forente saker C-267/91 og C-268/91 Keck medførte imidlertid en begrensning i restriksjonsbegrepet, ved at det ble oppstilt et skille mellom produktkrav på den ene siden, og bestemmelser som begrenser eller forbyr bestemte former for salg på den andre siden.

Slik som nevnt ovenfor finnes det både et lovbestemt og et ulovfestet unntak fra disse forbudene. Det lovbestemte unntaket finnes i EF-trakten art. 30. Bestemmelsene i art. 28 og 29 skal ikke være til hinder for forbud på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi, eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett.

De ulovfestede unntakene følger av EF-domstolens praksis. Adgangen til ulovfestede unntak ble signalisert i Dassonville, men Cassis de Dijon regnes ofte som det store skillet i domstolens praksis.¹⁴ Som følge av at domstolen i Cassis de Dijon utvidet forståelsen av begrepet tiltak med tilsvarende virkning til også å ramme tiltak som behandlet nasjonale og utenlandske produkter på samme måte, ble, som en motvekt, også unntakene som kan begrunne restriksjoner utvidet.¹⁵ Domstolen uttalte i denne avgjørelsen at restriksjoner kunne aksepteres i det omfang de var nødvendige særlig av hensyn til en effektiv skattekontroll, beskyttelse av menneskers helse, god handelsskikk og forbrukerbeskyttelse.

Det at traktatens restriksjonsforbud også kan fravikes med grunnlag i ulovfestede hensyn, har blitt gjentatt i et stort antall dommer. Domstolen har i senere saker godtatt en lang rekke hensyn, og listen er ikke uttømmende. Eksempler på godtatte hensyn er hensynet til miljøbeskyttelse,¹⁶ kulturhensyn,¹⁷ veisikkerhet,¹⁸ beskyttelse av barn¹⁹ og

¹⁴ Sørensen (2008) s. 326 og EØS-rett s. 312.

¹⁵ Kapteyn (2008) s. 665-668.

¹⁶ Sak 302/82 Kommisjonen mot Danmark og PreussenElektra C-379/98.

¹⁷ Sak 229/83 Leclerc og de forente saker 60 og 61/84 Cinéthèque.

¹⁸ C-55/93 Van Schaik.

¹⁹ C-244/06 Dynamic Medien.

beskyttelse av arbeidstakere.²⁰ De ulovfestede unntakene kan bare anvendes på tiltak som gjelder uavhengig av en vares opprinnelse.²¹ Nasjonale restriksjoner som direkte forskjellsbehandler nasjonale og utenlandske varer, kan fortsatt bare begrunnes i de traktatfestede unntakene i art. 30.

Hva gjelder eksportsiden, har forbudsbestemmelsen i art. 29 ikke vært forstått like vidtrekkende som art. 28. EF-domstolen trakk opp grensene for restriksjonsforbudet i eksporttilfellene i C-15/79 Groenveld. Her ble det fastslått at art. 29 bare rammer tiltak som forskjellsbehandler eksporten og omsetningen på det nasjonale markedet.²² I lang tid har derfor restriksjonsforbudet på eksportsiden vært upåvirket av utviklingen for importreglene. Det at Cassis de Dijon-doktrinen ikke har blitt overført til forbudsreglene på eksportsiden, medfører også at ikke læren om allmenne hensyn har hatt anvendelse på eksporttilfellene. Eksportrestriksjoner kan derfor i utgangspunktet bare begrunnes i de traktatfestede unntakene i art. 30.

Dette standpunktet utfordres imidlertid av noen nyere dommer, blant annet C-205/07 Santurel. Her fant domstolen at et ikke-diskriminerende nasjonalt tiltak ble rammet av forbudet i art. 29, men opprettholdt tiltaket under henvisning til forbrukerhensyn.

2.2.2 Tjenestereglene

Reglene om unntak fra den frie bevegelighet for tjenester er i prinsippet de samme som for varer. EF-traktaten art. 49 fastslår at restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen Fellesskapet er forbudt, for statsborgere i en medlemsstat som er etablert i en annen medlemsstat enn tjenesteytelsens mottaker. Utgangspunktet er at det foreligger en rett til både å yte og å motta tjenester.²³

²⁰ C-438/05 Viking.

²¹ EØS-rett (2004) s. 275-276.

²² EØS-rett (2004) s. 311.

²³ EØS-rett (2004) s. 439.

Det var tidligere uklart om restriksjonsforbudet på tjenestesiden gikk lenger enn et diskrimineringsforbud, selv om noen avgjørelser inneholdt uttalelser som indikerte at også ikke-diskriminerende restriksjoner kunne være forbudte.²⁴ Etter domstolens senere praksis er det imidlertid klart at også ikke direkte diskriminerende tiltak kan utgjøre restriksjoner på tjenestefriheten. I sak C-76/90 Säger ble det uttalt at ” traktatens art. 59 kræver ikke blot afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også opphævelse af enhver restriktion –også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater – der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser.”

EF-traktaten art. 46, jf. art. 55, fastsetter de traktatfestede unntakene fra forbudet mot nasjonale restriksjoner. Særbehandling av utenlandske statsborgere er bare tillatt dersom den er begrunnet i hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Etter som det har blitt klart gjennom avgjørelser som Säger, at også nasjonale tiltak som ikke forskjellsbehandler kan utgjøre restriksjoner, har den naturlige konsekvens vært at slike restriksjoner kan begrunnes i ulovfestede allmenne hensyn. Som utgangspunkt er det avgjørende for om de ulovfestede unntakene kommer til anvendelse at de gjelder for enhver person og ethvert selskap som driver virksomhet på medlemsstatens område.²⁵ Direkte diskriminerende tiltak kan således bare begrunnes i de traktatfestede hensynene.

Også på tjenestesiden har domstolen godtatt en lang rekke ulovfestede hensyn. Eksempler er ivaretagelse av yringsfriheten,²⁶ beskyttelse av arbeidstakere²⁷ og kontroll med spillegjeld.²⁸

²⁴ EØS-rett (2004) s. 442. Se sak 33/74 Van Binsbergen premiss 10.

²⁵ Se blant annet C-180/89 Kommisjonen mot Italia.

²⁶ C-288/89 Gouda.

²⁷ C-272/94 Guiot.

²⁸ C-15/78 Koestler.

2.3 Hensynslærens plassering i en restriksjonsvurdering

Restriksjonsvurderingen i EU-retten kan sees på som en tredelt prosess. Det første spørsmål som må stilles når en står overfor et nasjonalt tiltak er hvorvidt tiltaket utgjør en restriksjon på en av de fire frihetene.

Dersom tiltaket utgjør en restriksjon kan det likevel være lovlig dersom det er begrunnet i visse allmenne hensyn. Ledd nummer to utgjør dermed en vurdering av om restriksjonen er begrunnet i et legitimt hensyn.

Hvis tiltaket er begrunnet i et legitimt hensyn, vil EF-domstolen foreta en nærmere vurdering av om tiltaket oppfyller fellesskapsrettens krav til proporsjonalitet. Dette er det tredje leddet i vurderingen. Domstolen foretar ofte først en vurdering av om det aktuelle tiltaket er egnet til å ivareta det påberopte hensynet, noe det normalt vil være.²⁹ Det nasjonale beskyttelsesnivået vil domstolen som utgangspunkt ikke prøve, men den vil vurdere om dette nivået av beskyttelse kan gjennomføres like effektivt med mindre inngripende midler overfor den frie bevegelse.³⁰ Dette innebærer en vurdering av om den nasjonale ordningen går utover det som nødvendig for å oppnå formålet. I noen tilfeller vil imidlertid også domstolen undersøke et tredje element i proporsjonalitetsvurderingen, nemlig om det nasjonale tiltaket står i et rimelig forhold til det ønskede formålet eller det resultat ordningen faktisk oppnår. Dette kalles gjerne proporsjonalitet *stricto sensu*, eller proporsjonalitet i snever forstand.³¹

Denne avhandlingen analyserer spørsmål som kan oppstå i annet ledd i restriksjonsvurderingen. Den handler således om hvilke hensyn som vil kunne anses som legitime, eller snarere hvilke hensyn overfor hvem.

Det er likevel en nær sammenheng mellom annet og tredje ledd i restriksjonsvurderingen. Det er ikke tilstrekkelig at en nasjonal ordning er begrunnet i et legitimt hensyn for at den skal anses lovlig. Derfor vil det også bli knyttet noen

²⁹ EØS-rett (2004) s. 319 og Bull (2002) s. 594. Om man vil betegne egnethet som en del av proporsjonalitetsvurderingen, eller som et eget krav, er en smakssak.

³⁰ Bull (2002) s. 598-599 og s. 617.

³¹ Sørensen (2008) s. 391, Wiers (2002) s. 107 og Jans (2008) s. 256-258. Se C-302/86 Kommisjonen mot Danmark

kommentarer til proporsjonalitetsvurderingen i det følgende, selv om ikke dette er avhandlingens hovedformål.

Medlemsstatene vil som regel påberope seg legitime hensyn, slik at proporsjonalitetsvurderingen ofte blir det avgjørende i praksis. Intensiteten i proporsjonalitetsvurderingen vil være avhengig av om det aktuelle tiltaket er diskriminerende, og hvor inngripende virkninger det har på samhandelen.³² Videre kan det diskuteres om økonomiske hensyn og hensynet til den offentlige forvaltning egentlig er ulovlige hensyn, eller om de er hensyn som underlegges en særlig streng proporsjonalitetsvurdering.³³ Dette er interessant for tiltak med eksteritoriell virkning, fordi disse også kan mistenkes for å bli gjort gjeldende av proteksjonistiske grunner. Dette kan tilsi at dersom EF-domstolen i prinsippet godtar et eksteritorielt beskyttelsestiltak, vil tiltaket kunne bli underlagt en særlig streng proporsjonalitetsvurdering.

I egnethetsvurderingen ligger det et krav til en viss årsakssammenheng mellom det nasjonale tiltaket og formålet det skal ivareta. Det er ikke helt klart hvor streng domstolen er med hensyn til dette kriteriet.³⁴ Dersom ikke det aktuelle tiltaket vil kunne bidra med en viss positiv effekt på det påberope formålet, vil det i alle tilfeller være vanskelig å se tiltaket som egnet. Dette kan være problematisk ved eksteritoriell beskyttelse. Eksteritorielle tiltak vil normalt ha en mer indirekte virkning på det påberopte formålet. Dersom land A for eksempel forbyr import og besittelse av en fugleart som ikke lever i land A, for å beskytte fuglen i land B, vil effekten av As tiltak være begrenset.

I C-169/89 Van den Burg var et slikt tilfelle oppe for domstolen. Som vi skal se i pkt. 5.3.1 løste domstolen saken på annet grunnlag, men generaladvokaten bemerket dette forholdet.³⁵ Generaladvokaten fant at det var mulig at importforbudet kunne redusere etterspørselen etter fuglen i den andre medlemsstaten, og dermed øve en positiv innflytelse på fuglebestanden der, noe som kunne oppfylle kravet til årsakssammenheng. Domstolen

³² Bull (2002) s. 592 og C-302/86 premiss 15.

³³ EØS-rett (2004) s. 318.

³⁴ Jans (2008) s. 253.

³⁵ Premiss 8.

kommenterte ikke dette forholdet, men dette er en indikasjon på at kravet til årsakssammenheng kanskje ikke vil være så strengt.

Dersom domstolen foretar en vurdering av proporsjonalitet i snever forstand, kan eksterritorielle tiltaks indirekte karakter lettere medføre at disse vil anses for å være uproporsjonale. I Van den Burg fant generaladvokaten at den hindringen som importforbudet medførte på frie varebevegelser, ikke sto i et rimelig forhold til den lille virkningen forbudet faktisk kunna ha for bevaring av fuglebestanden i utlandet.³⁶

Hvilket standpunkt EF-domstolen vil innta til disse spørsmålene, vil antageligvis ha sammenheng med synet domstolen tar på eksterritoriell beskyttelse. Hvorvidt domstolen avviser eksterritoriell beskyttelse som illegitimt, eller om slike tiltak i stedet underlegges en svært streng proporsjonalitetsvurdering, kan i realiteten få samme resultat.

2.4 Uakseptable allmenne hensyn

Det er noen allmenne hensyn som regnes for å være uakseptable innenfor alle de fire friheter. Domstolen har presisert at økonomiske hensyn ikke kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie bevegelse.³⁷ Å tillate slike restriksjoner ville stride mot selve målet i EU om et integrert marked. Økonomiske hensyn vil for eksempel være hensynet til avtalestatenes egne investeringer, motvirkning av arbeidsløshet og inflasjon og hensynet til budsjettbalanse.

Ifølge Bull kan man dele de hensyn som domstolen har slått ned på som uakseptable økonomiske hensyn i tre grupper. For det første er det ønsket om å skjerme sitt eget lands næringsliv eller innbyggere mot konkurranse fra andre medlemsland, proteksjonisme. Den andre gruppen hensyn er de tilfeller hvor domstolen nekter å godta handelshindringer som er begrunnet i ønsket om å beskytte eget næringsliv mot økonomiske tap som skyldes konflikter i arbeidslivet. Den siste gruppen er hensynet til det offentliges inntekter og utgifter. På kapitalområdet har domstolen blant annet avvist at

³⁶ Premiss 10.

³⁷ Se for eksempel sak 288/89 Gouda premiss 29 og C-324/93 Evans Medical og Mcfarlan premiss 36. Se nærmere om uakseptable hensyn i Bull (2002) s. 577-580.

faren for reduksjon i skatteinntekter kan begrunne en restriksjon. Denne siste gruppen har en uklar grense mot statens beskatningsrett, som domstolen anerkjenner som et legitimt hensyn.

Selv om rene økonomiske hensyn er ulovlige, vil det imidlertid kunne dukke opp mange tvilsomme grensetilfeller. Domstolen godtok for eksempel i C-158/96 Kohll blant annet hensynet til behovet for å styre utgiftene på helseområdet.³⁸

Hensynet til den offentlige forvaltning, eksempelvis forenkling eller effektivisering av den offentlige saksbehandling eller regelforenkling, er et annet hensyn som Domstolen har hatt vanskelig for å akseptere. Dette har sammenheng med nærheten til de økonomiske hensyn.³⁹ Et eksempel C-58/98, Corsten, hvor hensynet til forvaltningens oversikt og orden ikke kunne begrunne at et nederlandsk selskap, som skulle legge gulv for en kunde i Tyskland, måtte innføres i et tysk håndverkregister.⁴⁰

Bortsett fra økonomiske og forvaltningsmessige hensyn, kan man legge til grunn at alle typer samfunnsmessige hensyn vil kunne aksepteres som legitime allmenne hensyn. Dette er et viktig utgangspunkt for drøftelsen i det følgende. Alle samfunnsmessige hensyn kan bli godtatt, men spørsmålet er om det samme gjelder når de ikke påberopes av hensyn til strengt nasjonale interesser.

2.5 Bevisbyrde og domstolskontroll

Som påpekt ovenfor, innebærer ledd to i restriksjonsvurderingen at den omstridte nasjonale restriksjonen må være begrunnet i et legitimt hensyn. Medlemsstatene har i denne situasjonen bevisbyrden for at det eller de påberopte hensyn foreligger.⁴¹ Videre må medlemsstaten som påberoper seg et hensyn, bevise at ønsket om ivaretagelsen av dette hensynet er den reelle bakgrunnen for den nasjonale restriksjonen. EF-domstolen anser seg

³⁸ Premiss 41 og 50.

³⁹ EØS-rett (2004) s. 452.

⁴⁰ Premiss 42.

⁴¹ Kapteyn (2008) s. 652.

kompetent til å gå inn og etterprøve om de oppgitte hensynene er reelle, eller bare vikarierende motiver.⁴² Dette må antas å gjelde både for de lovfestede og ulovfeste hensynene.⁴³

Dette har særlig betydning for tilfeller av eksterritoriell beskyttelse, fordi slike tiltak ofte kan mistenkes for å være vikarierende motiver for skjulte økonomiske egeninteresser. Det kan derfor antas at dersom EF-domstolen er forberedt på å godta hensynet til andre som et legitimt hensyn, vil den i slike tilfeller foreta en grundig etterprøving av om begrunnelsen er reell.

Det kan hevdes å være en presumsjon for at en stat er mest interessert i å verne om sine egne interesser. Når en stat gjør gjeldende eksterritoriell beskyttelse for å ivareta andres interesser, er det derfor sannsynlig at domstolen vil være ekstra påpasselig. Det kan likevel antas at karakteren av det nasjonale tiltaket til eksterritoriell beskyttelse vil ha betydning for hvor grundig EF-domstolens kontroll vil være. Det vil være større grunn til mistenksomhet dersom en stat innfører en diskriminerende regel, enn dersom den lar en opprinnelsesnøytral regel også få anvendelse på forhold utenfor sitt territorium.

⁴² Sørensen (2008) s. 396-397.

⁴³ Sak 251/78 og sak 788/79. Se også Oliver (2003) s. 221.

3 Om hensynet til andre

3.1 Nærmere om problemstillingen

Spørsmålet om eksteritoriell anvendelse av hensynslæren til beskyttelse av ikke-nasjonale interesser framstår som uavklart i EU-retten. Hva gjelder vareområdet, uttaler Mortelmans at ”the extent to which a member state may adopt measures hindering trade between member states not to protect its own legitimate interests but those of *another member state or third country* has been somewhat unclear.”⁴⁴ Mortelmans presiserer at flere avgjørelser kaster lys over problemet, om enn noen ganger bare indirekte, men at det ser ut til at domstolen unngår å ta et klart standpunkt.⁴⁵

I det følgende vil jeg derfor gjøre et forsøk på å klargjøre hvilken adgang EU-retten gir til å begrunne restriksjoner innenfor reglene om varer og tjenester med hensyn som ikke gjør seg gjeldende i medlemsstaten som innfører restriksjonen. Dette kan også formuleres som et spørsmål om hvorvidt en medlemsstat lovlig kan legge vekt på hensyn som gjør seg gjeldende i andre medlemsstater. Forutsetningen er at de aktuelle hensynene i seg selv er legitime, og spørsmålet er altså hva som skjer med legitimiteten når hensynet gjelder andre. Jeg anser dermed ikke hensynet til andre som en egen kategori hensyn.

Jeg vil også behandle tilfeller hvor hensynet kan sies å utgjøre en fellesinteresse for statene. På miljøområdet er typiske fellesinteresser bekjempelse av klimaproblemet og bevaring av det biologiske mangfoldet i naturen.

I sitt forslag til avgjørelse i C-1/96 *Compassion in World Farming*, argumenterer generaladvokat Léger mot at art. 30 kan anvendes på ikke-nasjonale interesser.

⁴⁴ Kapteyn (2008) s. 653.

⁴⁵ Det henvises her til EF-domstolens avgjørelser i sakene 172/82 *Inter Huiles*, 3, 4 og 6/76 *Kramer*, 118/86 *Nertsvoederfabriek*, C-169/89 *Van den Burg*, C-3/91 *Exportur*, C-5/94 *Hedley Lomas*, C-1/96 *Compassion in World Farming* og C-384/93 *Alpine Investments*. Alle disse avgjørelsene vil bli behandlet i denne avhandlingen.

Generaladvokaten definerer ikke-nasjonale interessser som ”(...) omstendigheter, som finder sted uden for statens område, og som, selv om de har visse virkninger i befolkningen, dog ikke beroer det i artikel 36 beskyttede hensyn på statens eget geografiske område.”⁴⁶

Generaladvokaten synes å mene at et hensyn er ikke-nasjonalt når det ikke har direkte virkning i staten som innfører restriksjonen. I det følgende er det denne definisjonen jeg legger til grunn av ikke-nasjonale hensyn.

I denne forbindelse kan det spørres om generaladvokatens uttalelse skal tolkes slik at situasjonen hvor en stat innfører en handelshindring på grunn av forhold utenfor denne statens område, men hvor det påberopte hensynet gjør seg gjeldende på statens område, ikke er problematisk EU-rettslig. Dette synes ikke å ha vært diskutert i teorien. Utgangspunktet som har blitt framhevet er at traktatens unntaksbestemmelser og hensynslæren kun beskytter nasjonale interesser, og dette taler derfor for at generaladvokatens uttalelse kan forstås slik. Jeg vil knytte noen korte kommentarer til dette i pkt. 6.4.3.1 om situasjonen der miljøskade i en stat har virkninger i en annen stat. Utover dette vil jeg ikke forfølge denne problemstillingen. I og med denne situasjonen gjelder nasjonale interesser, faller den i prinsippet utenfor avhandlingens rammer.

Det er særlig i sammenheng med varereglene, og særlig kombinasjonen varer og miljøhensyn, at eksterritorialitetsspørsmålet har blitt omtalt. Det finnes også noe materiale om dette på tjenesteområdet. Jeg har derfor valgt å konsentrere meg om vare- og tjenesteområdet. Flerparten av eksemplene som gis, og avgjørelsene som behandles, i det følgende gjelder likevel vareområdet. De generelle betraktningene som angis vil ha relevans på tjenesteområdet, og omvendt vil betraktningene under tjenestedrøftelsene også være relevante for vareområdet. Jeg ser det ikke slik at det vil være grunnleggende prinsipielle forskjeller mellom eksterritorialitetsspørsmålet under de forskjellige frihetene, selv om spørsmålet ikke er like praktisk på alle områder. Videre antar jeg at adgangen til å legge vekt på andre hensyn enn de strengt nasjonale vil bero på en nærmere konkret vurdering av det aktuelle saksforholdet i hvert enkelt tilfelle, slik at spørsmålet kan arte seg

⁴⁶ Premiss 113.

noe forskjellige ut fra de ulike faktum som kan tenkes under de ulike frihetene. Jeg vil komme noe tilbake til dette spørsmålet i pkt. 7.1 om hensynet til forbrukerbeskyttelse.

Det kan videre stilles spørsmål ved om det kan være forskjell mellom adgangen til å ta hensyn til andre når det gjelder unntak etter de traktatfestede reglene, og når det gjøres unntak etter den ulovfestede hensynslæren. Det er vanskelig å se at det skal være en prinsipiell forskjell her. Det er imidlertid klart at EF-domstolen kanskje vil godta en eksteritoriell anvendelse av noen hensyn og ikke andre, for eksempel menneskers liv og helse sammenlignet med forbrukerhensyn. Dette er heller et utslag av hensynenes ulike karakter, og ikke et resultat av skillet mellom ulovfestede og traktatfestede hensyn som sådan.

3.2 Hvem er "andre"?

Men hensynet til "andre" forstås i det følgende første og fremst andre medlemsstater. Det er likevel et spørsmål om også hensynet til tredjestater kan være omfattet. Beskyttelse av hensyn i tredjestater vil være særlig praktisk på miljøområdet og ved beskyttelse av menneskerettigheter, da standarden for beskyttelsen av slike hensyn i mange tilfeller vil være lavere i tredjeland enn i Fellesskapet. Dette er særlig praktisk på vareområdet, gjennom for eksempel restriksjoner på varer produsert ved barnearbeid. I det følgende vil ikke forholdet mellom tjenester og tredjestater bli særskilt behandlet.

Hvorvidt tredjestater omfattes av begrepet "hensynet til andre", avhenger av om tiltak som begrenser bevegeligheten av ytelser fra tredjestater til Fellesskapet regnes som restriksjoner som er omfattet av EF-traktatens forbudsbestemmelser. Jeg vil ikke behandle forholdet mellom den enkelte medlemsstat og tredjestater gjennom WTO.⁴⁷

På vareområdet slår EF-traktaten art. 23 annet ledd fast at art. 25 og kapittel 2 om det frie varebytte gjelder både for varer med opprinnelse i medlemsstatene, og for varer fra tredjeland som kan omsettes fritt i medlemsstatene. Art. 24 utdyper hva som menes med varer som kan omsettes fritt i en medlemsstat. Importformalitetene i importlandet må være

⁴⁷ Det kan imidlertid være et problem å gi EF-traktaten art. 30 en videre eksteritoriell anvendelse overfor tredjestater enn det som er tillatt etter WTO-reglene. Se Krämer (2007) s. 264.

oppfylt, i tillegg til at toll og avgifter med tilsvarende virkning har blitt betalt i importlandet. Idet varer fra tredjeland har gått gjennom tollene i en medlemsstat, er utgangspunktet at varene er likestilt med varer som har opprinnelse innenfor EU.⁴⁸

Dette innebærer at det er en restriksjon å innføre begrensninger på import av varer fra tredjestater, dersom disse har gått gjennom tollene i en annen medlemsstat. Dersom en medlemsstat hindrer import direkte fra tredjeland reguleres dette ikke i disse bestemmelsene. Slike direkte importhindringer er derfor ikke restriksjoner på den frie bevegelse, og vil falle utenfor avhandlingens tema. Spørsmål om slike direkte importhindringer må ses i sammenheng med EUs felles handelspolitikk overfor tredjeland, jf. EF-traktaten art. 133 og 300.⁴⁹

⁴⁸ Sørensen (2008) s. 289, Kapteyn (2008) s. 602-603 og Oliver (2003) s. 26-27.

⁴⁹ For en nærmere redegjørelse for EUs felles handelspolitikk, EUs forhold til WTO ved fellesskapsrettslige tiltak til beskyttelse av goder utenfor EU og eksterritorialitet under WTO-reglene, se Hedemann-Robinson (2000) s. 40-54.

4 Hensyn for og imot godtakelse av hensynet til andre

4.1 Innledning

I EF-domstolens avgjørelse i C-384/93 *Alpine Investments*, ble en nederlandsk restriksjon på frie tjenestebevegelser blant annet søkt begrunnet i hensynet til forbrukerbeskyttelse i andre medlemsstater. Domstolen uttalte i denne forbindelse at ”forbrukerbeskyttelsen på andre medlemsstaters område ikke (...) påhviler de nederlandske myndigheter”.⁵⁰ Dette synes å være den klareste uttalelsen domstolen har gitt om eksterritoriell beskyttelse.

Domstolen verken utdypet eller drøftet sitt standpunkt her, og har, så vidt meg bekjent, verken før eller siden begitt seg inn på en vurdering av hensynene for og imot å godta en slik eksterritoriell beskyttelse. Siktemålet med dette avsnittet er derfor å klargjøre hvilke hensyn som kan tas i betraktning i spørsmålet om det er adgang til å legge vekt på hensynet til andre.

Det folkerettslige utgangspunktet er at hver stat i kraft av sin suverenitet står fritt til å disponere over sitt territorium, herunder ha full kontroll med vare- og tjenestebevegelser. Det å hindre varebevegelser til statens territorium er således legitimt, og krever ingen begrunnelse. For EU-statene er dette omvendt. EU-statene kan ikke hindre den frie bevegelse innad i EU med mindre dette er i overensstemmelse med EF-traktaten og domstolens praksis. Spørsmålet om adgangen til eksterritoriell beskyttelse kan prinsipielt ses som et spørsmål om hvor stor begrensning EF-traktaten setter på medlemsstatenes frihet til å forfølge de mål de selv anser som betydningsfulle, på bekostning av Fellesskapets interesser i et velfungerende økonomisk samarbeid.

⁵⁰ Premiss 43.

4.2 Traktatens unntaksbestemmelser

Utgangspunktet i EU er et indre marked uten hindringer. Det står derfor sentralt å avgjøre karakteren av unntakene fra dette utgangspunktet.

EF-traktaten art. 30 og art. 46 er som utgangspunkt tause hva gjelder adgangen til å la de beskyttelsesverdige interessene strekke seg utover interesser som befinner seg på territoriet til den staten som innfører restriksjonen. Dette innebærer at de verken er et argument for, eller imot, eksterritoriell beskyttelse. Det samme gjelder for de ulovfestede hensynene.

Unntaket er hensynet i art. 30 til beskyttelse av ”nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi”, som peker mot skatter som befinner seg på området til skaten som innfører restriksjonen. Dette hensynet er likevel lite praktisk, særlig i en eksterritorialitetsdrøftelse, og vil ikke bli behandlet i det følgende. Hva gjelder offentlig moral, orden og sikkerhet peker ”offentlig” mot at disse hensynene begrenser seg til det nasjonale området.⁵¹ Så vidt meg bekjent har domstolen ikke endelig avgjort dette spørsmålet. Offentlig sikkerhet vil bli drøftet nedenfor i pkt. 7.3. Det vil også bli knyttet noen kommentarer til offentlig moral nedenfor i pkt. 4.3.

Unntaksbestemmelsenes ordlyd gir ikke et klart svar på spørsmålet. Alle restriksjoner på den frie bevegelse innenfor EU motvirker formålet med et indre marked uten hindringer for varer, tjenester, kapital eller personer.⁵² Av denne grunn har EF-domstolen fastslått at ikke hensikten med art. 30 er å forbeholde områder for medlemsstatenes enekompetanse. Art. 30, som et unntak fra det fundamentale prinsipp om fri bevegelse, skal derfor tolkes snevert, slik at det ikke strekkes utover hva som er nødvendig for å beskytte interessene som unntaket skal sikre.⁵³ Av denne grunn har det blitt hevdet at traktatens unntaksbestemmelser og hensynslæren kun verner nasjonale interesser.⁵⁴

⁵¹ Se her også Wiers (2002) s. 131.

⁵² Se for eksempel Hedemann-Robinson (2000) s. 27.

⁵³ Se for eksempel sak 72/83 Campus Oil og C-367/89 Richardt.

⁵⁴ Se for eksempel Jans (2008) s. 261.

Dette poenget har blitt framhevet i flere generaladvokatuttalelser. Både Trabucchi i sak 8/74 Dassonville, Léger i C-2/96 Compassion in World Farming, og Léger i C-5/94 Hedley Lomas har påpekt at art. 30 kun kan anvendes for å beskytte en medlemsstats nasjonale interesser. I Compassion in World Farming uttalte Léger at en annen løsning ville ”være i strid med artikkelens formål, som er at give medlemsstaterne mulighed for at hindre, at nationale grundlæggende interesser rammes uforholdsmæssigt hardt som følge af de frie varebevægelser”. I Van Gervens forslag til avgjørelse i C-169/89 Van den Burg, så det ut til at generaladvokaten i utgangspunktet kunne være villig til å akseptere en eksterritoriell beskyttelse, men det aktuelle tiltaket var ikke proporsjonalt.⁵⁵

Generaladvokatene utdyper ikke dette nærmere, men på bakgrunn av unntaksbestemmelsenes formål og karakter og Légers uttalelse i avsnittet ovenfor, kan den mest grunnleggende innvendingen imot adgangen til å legge vekt på hensynet til andre, forklares slik at en da tillater en videre anvendelse av unntaksbestemmelsene enn det reelle behov tilsier. Spørsmålet om eksterritoriell beskyttelse kommer opp i de tilfeller hvor en medlemsstat finner at vernet som gis en interesse i en annen stat, er utilfredsstillende. Medlemsstat A mener dermed at vernet av et gode i stat B, som ikke har noen direkte virkninger for stat A, er utilfredsstillende på grunn av forhold som gjør seg gjeldende i stat B. Stat B har selv fastsatt sitt beskyttelsesnivå, og synes derfor at dette forhold, som stat B reagerer på, er uproblematisk. Kan EU-retten godta handelshindringer fra stat A begrunnet i forhold som i beste fall bare indirekte angår stat A? Nettopp det faktum at handelshindringer i EU skal holdes på et minimum, taler imot at stat A kan begrunne en nasjonal restriksjon i hensynet til andre. Etter mitt syn er dette kjernen i diskusjonen om eksterritorielle hensyn.

Hva gjelder eksterritoriell beskyttelse på tjenesteområdet, er det særlig en medlemsstats hjemstatsregulering av nasjonale borgere til beskyttelse av hensyn i utlandet

⁵⁵ I alle disse sakene vurderte altså generaladvokatene hvorvidt art. 30 kunne romme hensynet til andre. Domstolen løste i alle tilfellene saken på annet grunnlag, og kommenterte derfor ikke generaladvokatens uttalelser. Domstolens avgjørelse i Compassion in World Farming, Van den Burg og Hedley Lomas vil jeg behandle nedenfor i pkt. 5 om fellesskapsharmonisering. Dassonville vil jeg ikke behandle noe nærmere, men jeg vil knytte noen kommentarer til forslaget til avgjørelse under pkt. 7.3 om menneskers liv og helse.

som vil være aktuelt. Dette var blant annet tilfellet i C-384/93 Alpine Investments, hvor nederlandske regler med forbud mot ”cold calling” også gjaldt for nederlendere som tilbød tjenester til kunder i utlandet. Argumenter om at en stat ved eksterritoriell beskyttelse tvinger sine verdier på andre stater og oppfører seg illojalt overfor andre medlemsstater passer dårlig i slike tilfeller, fordi hjemstatsreguleringen kun regulerer de nasjonale borgernes atferd. Derfor ser jeg det slik at det ovenfor nevnte hensyn om at handelshindringer skal holdes på et minimum, særlig når staten som skal beskyttes selv anser det omstridte forholdet som akseptabelt, er det sentrale og mest treffende argumentet imot en adgang til å legge vekt på hensynet til andre på tjenesteområdet.

4.3 De ulike hensynenes karakter

Dersom utgangspunktet er at kun nasjonale interesser kan utgjøre en legitim begrunnelse, vil hovedargumentet for eksterritoriell beskyttelse kunne være at beskyttelse av noen goder er så viktige at dette må komme foran hensynet til den frie bevegelse.

Det synes ikke å være spesielle holdepunkter for at eksterritoriell anvendelse av noen hensyn prinsipielt er utelukket. Det er likevel slik at noen hensyn vil kunne være mer praktiske i et eksterritorialitetsperspektiv enn andre. De hensynene som jeg vil behandle i avhandlingens følgende kapitler representerer alle situasjoner hvor hensynet til andre kan tenkes påberopt.

Videre er det slik at noen hensyn har en mer grunnleggende karakter enn andre. Som eksempel kan nevnes at EF-domstolen har rangert menneskers liv og helse som det mest betydningsfulle av hensynene i art. 30,⁵⁶ og dette kan tilsi at eksterritoriell anvendelse av dette hensynet i noen tilfeller kan være legitimt.⁵⁷ Den vekt som er lagt på hensynet til miljøet og en bærekraftig utvikling i EF-traktaten, i tillegg til miljøproblemers grenseoverskridende karakter, kan også tilsi at eksterritoriell miljøbeskyttelse i visse tilfeller vil være legitimt.⁵⁸

⁵⁶ Sak 104/75 De Peijper.

⁵⁷ Se nærmere i avhandlingens pkt. 6.3 og 7.3.

⁵⁸ Se blant annet avhandlingens pkt. 6.2 om betydningen av noen av traktatens miljøbestemmelser.

På den andre siden finnes det hensyn som ikke i like stor grad egner seg til eksterritoriell beskyttelse. Her kan det særlig pekes på hensynet til offentlig moral i art. 30. Dette utsagnet kan synes å passe dårlig i en sammenheng som denne, da nettopp spørsmålet om eksterritoriell beskyttelse i stor grad kan formuleres som et spørsmål om moral. Det kan imidlertid hevdes at det ikke er hensiktsmessig å formulere eksterritorialitetsspørsmålet så snevert.

Hva gjelder hensynet til offentlig moral i art. 30 har domstolen slått fast at det i prinsippet tilkommer hver enkelt medlemsstat å fastlegge kravene til den offentlige moral, i overensstemmelse med statens egne verdinormer og i den av staten valgte form.⁵⁹ I C-1/96 *Compassion in World Farming* påpeker Léger også at offentlig moral varierer i tidens løp, og avhenger av forskjellige sosiale og kulturelle særpreg i medlemsstatene. Domstolens oppgave er ikke å uttale seg om disse verdiene som er bestemmende for den offentlige sedelighet i en medlemsstat, og som nettopp derfor er særegne for denne medlemsstaten.

Disse hensyn som tilsier at domstolen lar hver enkelt medlemsstat fastsette sine grenser for moral, tilsier også at andre medlemsstater ikke kan innføre handelshindringer med dårlig moral i andre medlemsstater som begrunnelse. Det kan således hevdes at moral har en særlig spesiell karakter, som gjør at dette som et traktatfestet hensyn ikke egner seg til eksterritoriell beskyttelse. I denne sammenhengen vil det være nærliggende å tenke seg at det samme vil gjelde for forskjeller mellom stater som for eksempel gjelder religiøse forskjeller.

På den andre siden har ikke EF-domstolen selv uttalt at eksterritoriell beskyttelse av moral ikke er mulig. Videre kan det sjelden tenkes at det direkte er moralen i en annen stat som vil være årsaken til innføringen av en handelshindring. Dersom for eksempel årsaken er at en annen stat har en svært dårlig miljøbeskyttelse, er dette mer et spørsmål om å måtte respektere miljøstandarder, enn et spørsmål om moral. Hvorvidt andre medlemsstater kan "bry seg" med miljøbeskyttelsen i en annen stat er også i alle tilfeller usikkert. Poenget her er at moral peker på spesielt sensitive områder som det kan tenkes EF-domstolen finner særlig grunn til at skal være opp til den enkelte stat, men dette medfører ikke at ethvert

⁵⁹ Sak 34/79 *Henn og Darby* og sak 121/85 *Conegate*.

spørsmål om uenighet mellom medlemsstatene bør formuleres som et spørsmål om moral i denne fellesskapsrettslige forstand.⁶⁰ Domstolen har jo også anvendt dette hensynet på et snevert område i sin praksis.⁶¹

4.4 Nasjonale særtrekk i EU-traktaten art. 6(3)

Oliver synes å likestille eksterritoriell beskyttelse med at en medlemsstat tvinger sine verdier og moral på andre. Han framholder at det å godta at en medlemsstat tvinger sine verdier på en annen medlemsstat, er i strid med EU-traktaten art. 6(3).⁶² EU-traktaten art. 6(3) fastslår at Unionen skal respektere de nasjonale særtrekkene i medlemsstatene. Olivers argument baserer seg på at EF-traktatens bestemmelser om de fire friheter skal leses i lys av EU-traktaten. Selv om denne bestemmelsen ikke er nevnt i EU-traktaten art. 46s oversikt over hvilke bestemmelser i EU-traktaten som faller innenfor domstolens jurisdiksjon, påpeker Oliver at dette likevel ikke forhindrer domstolen fra å kunne ta art. 6(3) i betraktning.

Art. 6(3) kan virke som en bestemmelse som særlig er egnet til å minne om at medlemsstatenes nasjonale identiteter ikke må bli glemt i prosessen mot en stadig tettere integrasjon i EU. Timmermans peker i denne forbindelse også på at Tyskland hadde ønsket at en frase om at samarbeidet skulle utvikle seg i en føderal retning innlemmet i traktaten, men at dette ble erstattet med den mer nøytrale betegnelsen ”en stadig nærmere sammenslutning” i EU-traktaten art. 1.⁶³ Det kan derfor hevdes at art. 6(3) ikke passer så godt på forholdet medlemsstatene imellom, særlig når det gjelder handelshindringer.

Henvisningen til art. 6(3) kan virke noe anstrengt. Det er likevel klart at det å skulle tillate at en medlemsstat tvinger sine verdier på andre, i alle tilfeller kan være problematisk. Dette vil bli nærmere drøftet nedenfor i pkt. 4.7.

⁶⁰ Se Légers forslag til avgjørelse i *Compassion in World Farming* premiss 103-104.

⁶¹ Oliver (2003) s. 242-247.

⁶² Oliver (2003) s. 230-231.

⁶³ Kapteyn (2008) s. 55-56.

4.5 Statenes skjønnsmargin

Et annet argument imot å godta at en medlemsstat vektlegger hensynet til andre er den skjønnsmargin som EF-domstolen har innrømmet medlemsstatene, under proporsjonalitetsvurderingen i unntaksbestemmelsene, i fastsettelsen av beskyttelsesnivået i deres respektive stater. Statenes skjønnsmargin kan også ses i sammenheng med særlig sensitive områder som nevnt ovenfor i pkt. 4.3.

Statenes skjønnsmargin innebærer at hver medlemsstat i utgangspunktet står fritt til å bestemme sitt eget beskyttelsesnivå innenfor art. 30s grenser.⁶⁴ Problemet med eksteritoriell beskyttelse er at staten kan sies å ikke respektere andres staters beskyttelsesnivå.

Det er imidlertid en forskjell mellom de to situasjonene. Når EF-domstolen foretar en vurdering av en stats beskyttelsesnivå ved en nasjonal restriksjon, vil domstolens eventuelle innvending være at beskyttelsesnivået er satt for høyt. Når det er snakk om eksteritoriell anvendelse av nasjonale regler er situasjonen imidlertid den motsatte, medlemsstaten som innfører restriksjonen finner her at den andre medlemsstatens beskyttelsesnivå er for lavt. En annen viktig forskjell er at EF-domstolens avgjørelse faktisk innebærer at medlemsstaten i et slikt tilfelle må forandre sitt beskyttelsesnivå. En annen medlemsstats tiltak for eksteritoriell beskyttelse i prinsippet ikke har noen direkte innvirkning på den andre statens beskyttelsesnivå. Innvirkningen på andre staters beskyttelsesnivå behandles videre under pkt. 4.7.

Statenes frihet til å fastsette sitt beskyttelsesnivå vil avhenge av hvilket område en befinner seg på, og sensitive hensyn hvor det er rom for politisk uenighet, vil normalt gi større rom for en skjønnsmargin for statene.⁶⁵ Et eksempel på dette er domstolens avgjørelse i C-124/97 *Läärä*, som gjaldt beskyttelsesnivået med hensyn til lotterier og

⁶⁴ Oliver (2003) s. 227.

⁶⁵ Se for eksempel EØS-rett (2004) s. 320. Dette innebærer at offentlig moral, orden og sikkerhet typisk er områder med en betydelig skjønnsmargin. Det samme gjelder blant annet for menneskers liv og helse.

pengespill.⁶⁶ Som tidligere nevnt vil EF-domstolen som regel respektere det beskyttelsesnivået et medlemsstat har satt, men foreta en mer inngripende vurdering av den valgte beskyttelsesmåten. Dette innebærer imidlertid ikke at ikke domstolen kan tilsidesette statenes vurderinger også hva gjelder beskyttelsesnivået etter en konkret vurdering av sakens forhold.⁶⁷ Domstolen tar da dels utgangspunkt i internasjonale forsvarlighetsnormer når den griper inn, dels har den på enkelte områder selv oppstilt målestokker.⁶⁸

I og med EF-domstolens holdning er at statene har stor frihet i fastsettelsen av sitt beskyttelsesnivå, er det vanskelig å se at domstolen vil innrømme en medlemsstat større adgang til å ”bry seg” med slike spørsmål enn det domstolen selv har. Selv om domstolen på visse områder går inn og vurderer det beskyttelsesnivået en medlemsstat har fastsatt, innebærer ikke dette at domstolen vil tillate andre medlemsstater å gjøre det samme. Dette spørsmålet vil jeg komme noe tilbake til under pkt. 7.1.3 om forbrukerbeskyttelse.

4.6 Lojalitetsprinsippet i EF-traktaten art. 10

Hva gjelder eksterritoriell miljøbeskyttelse, skriver Krämer at dette har sine grenser i de generelle traktatbestemmelsene, spesielt art. 10.⁶⁹ Han viser til den negative plikten i annet ledd som fastslår at medlemsstatene skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av traktatens mål i fare. Med henvisning til art. 10 annet ledd, slår han fast at miljøbeskyttelse i en annen medlemsstat normalt må være opp til denne andre staten. I det følgende vil jeg vurdere hvilke argumenter som kan reises i tilknytning til denne bestemmelsen, som gjerne betegnes som lojalitetsprinsippet i EU-retten.

Art. 10 første ledd inneholder en positiv forpliktelse for medlemsstatene til å treffe de tiltak som er egnet til å oppfylle forpliktelsene som følger av traktaten eller av fellesskapsrettsakter. Bestemmelsens annet ledd fastslår at medlemsstatene har en negativ

⁶⁶ Se premiss 35-36.

⁶⁷ For et eksempel på miljøområdet, se den danske flaskepantsaken sak 302/86.

⁶⁸ Bull (2002) s. 600.

⁶⁹ Krämer (2003) s. 109.

forpliktelse til å avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av traktatens mål i fare.

Det finnes et stort antall saker fra EF-domstolen som omhandler denne bestemmelsen, og viktige prinsipper som fellesskapsrettens forrang i medlemsstatene har blant annet blitt utledet herfra.⁷⁰ Lojalitetsplikten binder alle offentlige organer, inkludert domstolene, i medlemsstatene.⁷¹ Art. 10 får først og fremst anvendelse kombinert med andre plikter for medlemsstatene eller bestemmelser i EF-traktaten, men domstolen har også i enkelte saker gitt bestemmelsen selvstendig betydning.⁷² Hva Krämer sikter til med sin henvisning til art. 10 annet ledd framstår som noe usikkert.

Domstolen har blant annet utledet en forpliktelse til ”mutual assistance” mellom medlemsstatene etter art. 10.⁷³ Etter en slik tankegang kan man tenke seg at det kan anses illojalt av en medlemsstat å innføre ensidige handelsrestriksjoner overfor andre medlemsstater på grunn av forhold i disse statene, i stedet for å bekjempe problemet med mindre inngripende midler. Jeg har imidlertid ikke funnet rettspraksis fra EF-domstolen som sier akkurat dette. Domstolens uttalelse om at medlemsstatene bør utvise generell tillitt til den kontroll som foretas på deres respektive områder i C-5/94 Hedley Lomas, er det imidlertid mulig å se i denne sammenhengen.⁷⁴ Plikten til mutual assistance støttes også av formålet med fremme av solidaritet mellom medlemsstatene i traktatens art. 2.⁷⁵

I denne sammenhengen kan det også pekes på det Lang kaller plikten til å løse vanskeligheter gjennom fellesskapsprosedyrer.⁷⁶ Dette innebærer at ved en stats brudd på fellesskapsforpliktelser, skal ikke disse bruddene møtes med handelshindringer, men løses gjennom de prosedyrer som følger av fellesskapsretten på området.

⁷⁰ For en utførlig gjennomgang av bestemmelsen vises det til Lang (2008).

⁷¹ EØS-rett (2004) s. 75. Se EØS-rett (2004) s. 101 for mer om lojalitetsprinsippets status i EØS.

⁷² EØS-rett (2004) s. 75.

⁷³ Kapteyn (2008) s. 153-154.

⁷⁴ Premiss 19.

⁷⁵ Kapteyn (2008) s. 155.

⁷⁶ Lang (2008) s. 1493. Se også C-5/94 Hedley Lomas nedenfor i pkt. 5.3.3.

Som nevnt forutsettes det i avhandlingen at forholdene som et eksterritorielt tiltak skal beskytte, ikke utgjør brudd på en fellesskapsforpliktelse. Synspunktet her kan imidlertid også overføres til tilfellet hvor det ikke foreligger brudd på fellesskapsforpliktelser. Dersom en stat ønsker å hindre samhandelen ved å gjøre et eksterritorielt tiltak gjeldende på grunn av forhold i en annen medlemsstat, ville det være mer lojalt overfor den andre staten å først forsøke å løse situasjonen gjennom en dialog. Lojalitet overfor fellesskapssystemet ville tilsi at denne medlemsstaten forsøker å løse dette tilfellet på en annen måte. Å arbeide for fellesskapstiltak, eventuelt fellesskapstiltak som gir økt beskyttelse dersom slike allerede finnes, vil være mer i tråd med et prinsipp om lojalitet overfor fellesskapssystemet.⁷⁷ Dette kommer jeg tilbake til under pkt. 4.8. nedenfor om betydningen av andre virkemidler.

Som nevnt ovenfor henviser Krämer til art. 10 som en begrensning i medlemsstatenes adgang til å innføre beskyttende tiltak overfor en utrydningstruet dyreart som lever i en annen medlemsstat.⁷⁸ Han skriver at det likevel kan være tilfeller hvor staten hvor dyret lever ikke selv har innført slike tiltak, av økonomiske, politiske eller andre årsaker. I slike tilfeller skriver han at andre medlemsstater kan beskytte denne arten. Dette tyder på at Krämer ikke anser art. 10 som en absolutt skranke mot eksterritoriell beskyttelse.

4.7 Særlig om å tvinge sine standarder på andre medlemsstater

Det synes som flere forfattere har konsentrert seg om forholdet mellom stat A og stat B, i form av at hver stat kan sette sitt eget beskyttelsesnivå,⁷⁹ og at det ikke kan tillates at en stat tvinger sine verdier på en annen stat. Kjennetegnende for litteraturen på området er at varianter av disse argumentene fremmes, men at det ikke gis en særlig grundig begrunnelse for hvorfor det er slik. Krämers henvisning til traktens art. 10 kan ses i denne sammenhengen. Jans skriver også at beskyttelse av helse og miljø i andre stater primært er

⁷⁷ Se i denne retning også Wiers (2002) s. 132.

⁷⁸ Krämer (2007) s. 118.

⁷⁹ Pagh (1996) s. 190.

disse statens eget ansvar, men han utdyper ikke dette.⁸⁰ Også Oliver vektlegger forholdet mellom statene i sin henvisning til EU-traktaten art. 6(3). Dougan hevder at å godta en stats forsøk på eksterrielle tiltak, ville innebære en godtakelse av at en medlemsstat kan tvinge sin nasjonale identitet på en annen medlemsstat som har valgt en annen løsning.⁸¹ Han skriver at dette ikke bare ville gå imot formålet med at EU-retten godtar nasjonale forskjeller i lovgivning, men også prinsipper om likhet og solidaritet, som fellesskapssystemet er bygget på.

Argumentet om at en stat ved eksterriell beskyttelse tvinger sine standarder på andre medlemsstater er egnet for noen kommentarer. Det kan hevdes at det ikke er helt treffende å betegne dette som at en stat tvinger sine standarder, eller sin moral, på andre stater.

Når en medlemsstat gjør handelshindringer med eksterriell begrunnelse gjeldende, regulerer den ikke direkte forholdene i andre stater. Det denne staten sier er at stater som skal handle med den må følge visse standarder. Andre stater kan fortsatt styre som de vil på eget område, og overfor andre stater som ikke har innført eksterrielle tiltak. Alle restriksjoner innebærer et element av at forhold som er akseptert i andre medlemsstater, ikke er akseptert i akkurat denne staten. Traktatens unntaksbestemmelser godtar nettopp slike nasjonale forskjeller dersom de er lovlig begrunnet. At andre stater har lagt seg på et annet nivå har normalt ingen betydning for EF-domstolen i vurderingen.

Generaladvokat Léger uttaler imidlertid i C-2/96 *Compassion in World Farming* at dersom en medlemsstat kunne forby eller begrense eksporten av dyr fra dens område ”for at beskytte dem mod at lide overlast uden for landets grænser, ville medlemsstaterne hermed få rettigheder over og kunne udøve pression med hensyn til praksis og lovbestemmelser i de andre medlemsstater”.⁸² Denne saken gjaldt eksport, men det synes ikke å være grunn til å skille mellom eksport og import på dette punkt. Det at medlemsstat A gjennom nasjonale tiltak kan utøve press på andre medlemsstater, kan medføre at en annen medlemsstat blir nødt til å tilpasse seg As standarder, nettopp for fortsatt å kunne

⁸⁰ Jans (2008) s. 264.

⁸¹ Dougan (2000) s. 874.

⁸² Premiss 115.

handle med A. I realiteten kan man da si at stat A tvang sine standarder på den eller de andre medlemsstatene. Graden av press en stat kan utøve, vil imidlertid variere fra stat til stat. På importsiden gjelder dette argumentet særlig de største og mektigste EU-landene med store nasjonale markeder, men det må ikke nødvendigvis være det. På eksportsiden kan argumentet også gjelde mindre innflytelsesrike land, dersom de for eksempel er en blant få som produserer en spesiell vare.

Videre kan det i denne sammenheng pekes på at ved brudd på fellesskapsforpliktelser er det EF-domstolen som skal "felle dom" over medlemsstaten som ikke oppfyller forpliktelsene. Dette er ikke andre medlemsstaters oppgave. På samme måte kan dette overføres til tilfellene ved eksteritoriell beskyttelse, ved å si at en medlemsstat da tillater seg å felle dom over andre medlemsstater, noe som ikke inngår i deres kompetanse etter fellesskapssystemet. I og med det her forutsettes at det ikke foreligger brudd på fellesskapsforpliktelser, er forskjellen imidlertid at når ikke staten som det beskyttende tiltak innføres overfor har brutt fellesskapsforpliktelser, har staten som innfører tiltaket uansett ikke mulighet til å bringe saken inn for EF-domstolen.

4.8 Effektiviteten av nasjonal lovgivning og betydningen av andre virkemidler

Et standpunkt om at eksteritoriell beskyttelse ikke er mulig fordi hver stat fastsetter sitt beskyttelsesnivå, innebærer at den staten som for eksempel ønsker å føre en mer miljøvennlig politikk, står uten hjelpemidler for å stoppe salg av produkter framstilt på en miljøfiendtlig måte på sitt område.⁸³ En kan hevde at importstaten på denne måten tvinges til å støtte opp om en industri som ikke er i samsvar med dens verdier.

På den andre siden trenger ikke den som vil ta avstand fra den aktuelle industrien å kjøpe produktet. Det er likevel grunn til å anta at mange forbrukere ikke har et bevisst forhold til produksjonsprosessene som ligger til grunn for produktene de kjøper. Dersom ikke merking av slike produkter godtas EU-rettslig, er det heller ikke lett for den enkelte forbruker å vite hvilke produkter den kan velge. En slik argumentasjon som dette innebærer

⁸³ Dette argumentet gjør seg gjeldende på flere områder, miljø er kun valgt for illustrasjonens skyld.

imidlertid et element av nasjonale hensyn, enten gjennom beskyttelse av nasjonale forbrukere eller effektiviteten av nasjonal lovgivning ved gjennomføringen av en helhetlig politikk på miljøområdet.

Hedemann-Robinson argumenterer for at en eksterritoriell miljøbeskyttelse må være mulig, fordi en slik beskyttelse hovedsakelig er egnet til å hindre import og eksport fra å underminere statens nasjonale miljøpolitikk.⁸⁴ Etter hans syn er eksterritorielle tiltak kun eksterritorielle ”by label”, egentlig er de ”intraterritorial”.

Notaro er også inne på denne typen argumentasjon.⁸⁵ Han hevder at ved å gi et nasjonalt tiltak eksterritoriell anvendelse fremmer medlemsstaten effektiviteten av sin egen lovgivning, og forhindrer at reglene blir meningsløse.⁸⁶ På miljøområdet vil dette være i tråd med prinsippet om en bærekraftig utvikling.

En slik synsvinkel kan redusere vekten av argumenter om at eksterritoriell beskyttelse er illojalt mot andre medlemsstater. På den andre siden hindres den frie bevegelse også i dette tilfellet på grunn av hensyn som ikke har direkte virkning på statens eget territorium. Dette innebærer at det blir en omformulering av den samme realiteten, og spørsmålet blir da likevel i hvor stor grad EF-domstolen tillater en medlemsstat å forfølge sin egen politikk på bekostning av den frie bevegelse.

Eksempler på tiltak som kan ses på en slik måte, gis særlig i pkt. 7.2.3 om straffelovgivning og 7.2.4 om arbeidsrettigheter. Eksemplet under straffelovgivning er at et forbud mot kjøp av seksuelle tjenester for nordmenn i utlandet, bidrar til å sikre effektiviteten av forbudet nasjonalt, fordi mange norske menn kjøper seksuelle tjenester for første gang når de er i utlandet. Det andre eksemplet innebærer en begrunnelse om at salg av varer produsert under svært dårlige arbeidsforhold i utlandet, er støtende for den nasjonale moralfølelsen i importlandet. Så vidt meg bekjent har ikke EF-domstolen tatt stilling til slike spørsmål. Det er mulig at domstolens resultat vil ha sammenheng med i hvilken grad begrunnelsen faktisk også har virkning på nasjonalt område. Begrunnelsen

⁸⁴ Hedemann-Robinson (2000) s. 55.

⁸⁵ Notaro (2000)a s. 488.

⁸⁶ Dette argumentet bruker han blant annet som motargument til generaladvokat Légers synspunkt i sitt forslag til Hedley Lomas-saken om å påtvinge andre stater sine verdier.

under straffelovgivningseksemplet har klarere følger også på nasjonalt territorium, gjennom reduksjon av etterspørselen etter seksuelle tjenester på nasjonalt område, enn det eksemplet om arbeidsforhold har.

Det er også mulig at adgangen til eksterritoriell beskyttelse avhenger av hvorvidt staten som ønsker å innføre det beskyttende tiltaket har andre reelle virkemidler til rådighet. Det mest nærliggende kan da være at staten arbeider for fellesskapstiltak på området. Dette kan imidlertid være tidkrevende, og i noen tilfeller viser det seg kanskje ikke mulig. Det kan hevdes at adgangen til eksterritoriell beskyttelse bør være videre i slike tilfeller. Dette kan i så fall ha betydning for EØS-avtalen, hvor EFTA-statene ikke er med i vedtakelsen av nye rettsakter.⁸⁷ På miljøområdet taler også føre-var-prinsippet for at det ikke kan kreves at en medlemsstat må vente på fellesskapstiltak i tilfeller hvor det er stort behov for beskyttelsestiltak.⁸⁸

Dette argumentet kan også ses i sammenheng med proporsjonalitetsprinsippet. Wiers hevder at nødvendighetskriteriet i proporsjonalitetsvurderingen tilsier at en medlemsstat må forklare hvorfor den innførte eksterritoriale beskyttelsestiltak på egen hånd, og at dette sannsynligvis vil inkludere et krav om at staten først har prøvd å inngå i forhandlinger med den andre staten, i tillegg til å ha reist saken for de kompetente fellesskapsinstitusjonene.⁸⁹

4.9 Sekundærlovgivning som tillater eksterritoriell beskyttelse

Sekundærlovgivning i Fellesskapet må holde seg innenfor rammene som følger av traktaten. Dette innebærer blant annet at sekundærlovgivning ikke må hindre den frie bevegelse i større grad enn det forbudsreglene i traktaten tillater.⁹⁰ Det finnes

⁸⁷ Nærmere om EFTA-statenes mulighet til å påvirke ny lovgivning i EU i EØS-rett (2004) s. 176-177.

⁸⁸ EF-traktaten art. 174 (2).

⁸⁹ Wiers (2002) s. 358.

⁹⁰ EØS-rett (2004) s. 279.

sekundærlovgivning som det antas at anerkjenner beskyttelse av hensynet til andre.⁹¹ Det kunne dermed være mulig å hevde at dette innebærer at en anerkjennelse av eksterritoriell beskyttelse generelt må være legitimt.

Et slikt argumentet er likevel ikke helt treffende. I tilfeller hvor hensynet til andre påberopes som begrunnelse, er selve det påberopte hensynet legitimt i seg selv. Den eventuelle illegimititeten kommer fordi hensynet ikke brukes til å begrunne forhold som direkte gjør seg gjeldende i eget stat. Som nevnt ovenfor kan dette blant annet følge av en antakelse om at den enkelte stat fastsetter sitt eget beskyttelsesnivå. Sekundærlovgivning kan imidlertid erstatte statenes frihet her. Dersom en er autorisert under fellesskapslovgivning, vil det jo ikke være illojalt mot andre medlemsstater eller Fellesskapet å innføre restriksjoner, nettopp fordi fellesskapslovgiver har tillatt det. Når det gjelder argumentet om at hver stat fastsetter sitt eget beskyttelsesnivå, vil sekundærlovgivning nettopp innebære en begrensning av statenes frihet her. Dette er nettopp en av årsakene til at fellesskapsharmonisering anvendes.

⁹¹ Se forordning (EF) nr. 2006/2004, og Betlem (2007) s. 698 om adgangen denne forordningen gir til eksterritoriell forbrukerbeskyttelse. Se også direktiv 79/409/EØF om beskyttelse av ville fugler, som EF-domstolen i C-169/89 Van den Burg synes å forstå slik at det tillot eksterritoriell beskyttelse av trekkfugler og utrydningstruede fugler. Se avgjørelsens premiss 15. Se også Pagh (1996) s. 189-190.

5 Betydningen av fellesskapsharmonisering

5.1 Innledning

EF-traktaten art. 30 er tenkt som en unntaksbestemmelse som skal ha anvendelse i en overgangsperiode fram til det har skjedd en tilstrekkelig harmonisering på fellesskapsnivå.⁹² Dette kommer til uttrykk ved at EF-domstolen konsekvent framhever fravær av relevant sekundærlovgivning når bestemmelsen anvendes.⁹³

Ifølge EF-traktaten art. 3 litra h skal det skje en tilnærming av medlemsstatenes nasjonale rettsregler i den utstrekning det er nødvendig for det felles markeds virke. En slik harmonisering skjer gjennom direktiver eller forordninger, som er de to formene for lovgivning i EU. En av hovedgrunnene til at harmonisering er nødvendig, er nettopp unntakene fra restriksjonsforbudet som medfører at hovedreglene om fri bevegelse gir et begrenset vern mot restriksjoner.⁹⁴ Sekundærlovgivningen bidrar til å redusere slike hindringer.

Sekundærlovgivningen i dagens EU er på mange områder svært omfattende. Det er derfor et spørsmål hvordan forholdet er mellom harmoniseringsbestemmelsene og traktatens unntaksbestemmelser og hensynslæren.

Selv om det finnes sekundærlovgivning på det aktuelle området i en konkret sak, kan likevel traktatens unntaksbestemmelser og hensynslæren få anvendelse dersom direktivet ikke uttømmende regulerer det aktuelle spørsmålet, eller dersom direktivet kun foretar en minimumsharmonisering av spørsmålet.⁹⁵ I det følgende vil det bli redegjort for

⁹² Sørensen (2008) s. 395.

⁹³ For eksempel C-58/98 Corsten premiss 35.

⁹⁴ Se nærmere i EØS-rett (2004) s. 278-280.

⁹⁵ Hensikten med forordninger er at det skapes en identisk lovgivning i alle medlemsstater. Derfor er det sjelden at forordninger inneholder valgmuligheter eller bestemmelser som overlater det til medlemsstatene å

dette forholdet mellom unntakene fra restriksjonsforbudet og harmoniseringsbestemmelsene. Det tas utgangspunkt i varetilfellene, men lignende harmoniseringsspørsmål kan komme opp i tjenestetilfellene.

5.2 Uttømmende regulering og forskjellige harmoniseringsformer

Et naturlig startpunkt er å foreta en vurdering av om det aktuelle tilfellet en står overfor er uttømmende regulert i direktivet. Dersom dette er tilfelle, kan ikke andre unntak enn de som følger av direktivet påberopes. Ifølge Jans innebærer fullstendig harmonisering at en nasjonal standard faller innenfor rammene av et direktiv.⁹⁶ Oliver betegner spørsmålet om uttømmende harmonisering som ”whether it leaves room for Member States to take action against the products concerned on grounds not covered by the act”.⁹⁷ Et av formålene med harmoniseringen er å ivareta de hensynene som finnes i art. 30. Av denne grunn, og siden direktivet da fullt ut regulerer det aktuelle forholdet, får ikke traktatens art. 30 og den ulovfestede hensynslæren anvendelse. Det at et direktiv uttømmende regulerer et hensyn, behøver imidlertid ikke å bety at også andre hensyn er uttømmende regulert.

Dersom direktivet ikke innebærer en uttømmende regulering vil derfor vurderingen etter traktatens art. 28-30 skje som normalt. Der hvor domstolen finner det usikkert om harmoniseringen innebærer en fullstendig harmonisering av et hensyn, kan det se ut til at tvilen kommer den aktuelle medlemsstaten til gode, slik at det nasjonale tiltaket kan

utarbeide supplerende eller utfyllende regler.⁹⁵ Det er likevel eksempler på forordninger som forutsetter at medlemsstatene skal gi supplerende regler. Det finnes også forordninger som inneholder minimumsbestemmelser, slik at medlemsstatene har mulighet til å vedta strengere regler. Normalt vil imidlertid dette skje under direktiver. Jeg vil derfor i det følgende behandle harmoniseringsspørsmålene i forhold til direktiver, selv om det også kan få betydning for forordninger. Se Sørensen (2008) s. 120.

⁹⁶ Jans (2008) s. 88. Se i denne forbindelse også Jans’ redegjørelse for forvirringen som finnes på dette området, hvor både teoretikere og EF-domstolen gir forskjellige navn på forskjellige uttømmende regulering og forskjellige harmoniseringsformer.

⁹⁷ Oliver (2003) s. 480.

begrunnes etter hensynet i art. 30 eller hensynslæren.⁹⁸ Som det vil bli pekt på nedenfor, kan det hevdes at domstolen ikke har latt tvilen komme medlemsstatene til gode når det har vært snakk om nasjonale eksterritorielle beskyttelsestiltak.

Dersom det har blitt avgjort at et forhold faller innunder direktivets bestemmelser må det vurderes hva slags harmonisering direktivet foreskriver.⁹⁹ Ett og samme direktiv kan inneholde både totalharmoniserings- og minimumsharmoniseringsregler. Hva slags harmonisering en regel i et direktiv representerer, beror på en tolkning.¹⁰⁰

Totalharmonisering er den opprinnelig mest anvendte harmoniseringsformen, og er særlig praktisk på produktstandarder.¹⁰¹ Dette innebærer at direktivet regulerer hele det aktuelle området, og medlemsstatene kan ikke fastsette regler som fraviker fra fellesskapsbestemmelsene. Totalharmonisering pålegger medlemsstatene en dobbelt forpliktelse. For det første skal alle varer som er i overensstemmelse med direktivet fritt importeres og selges i medlemsstatene. For det andre skal salg av varer som ikke er i overensstemmelse med direktivet forbys.¹⁰² Under totalharmonisering er det derfor ingen plass for unntak etter traktaten eller hensynslæren, og spørsmålet om eksterritoriell beskyttelse kommer ikke opp.

En annen praktisk harmoniseringsform er minimumsharmonisering.¹⁰³ Bestemmelser som EF-traktaten art. 137, art. 153 og art. 175/176 gir Rådet kompetanse til å innføre minimumsstandarder på området for miljø og forbrukervern. Statens muligheter til å innføre strengere standarder kan også følge av det aktuelle direktivet selv.

⁹⁸ Et eksempel er sak 72/83 *Campus Oil* hvor foretok Domstolen en detaljert gjennomgang av hvorvidt formålet om å sikre en nasjonal effektiv oljeforsyning, som var bakgrunnen for den aktuelle irske reglen, var tilstrekkelig ivaretatt gjennom fellesskapslovgivningen på området. I dette tilfellet fant Domstolen at området ikke var uttømmende regulert av sekundærlovgivningen, og tilfellet ble derfor vurdert etter EF-traktaten art. 28-30. Se særlig premiss 31. Se også Sørensen (2008) s. 396.

⁹⁹ Jans (2008) s. 89.

¹⁰⁰ EØS-rett (2004) s. 280.

¹⁰¹ Sørensen (2008) s. 705.

¹⁰² Oliver (2003) s. 478.

¹⁰³ En annen type harmonisering er den såkalte valgfrie harmonisering, se Barnard (2007) s. 598. Se nærmere om valgfri harmonisering og forholdet til art. 28 og art. 30 i Oliver (2003) s. 499-500.

Minimumsharmonisering innebærer at direktivet setter en minstenorm som den nasjonale lovgivningen i alle tilfeller må oppfylle.¹⁰⁴ Nasjonale standarder som går over minimumskravene, må da likevel oppfylle kravene i traktatens art. 28-30. Utgangspunktet er da at en vurdering etter art. 30 eller hensynslæren kan bli nødvendig ved minimumsharmonisering, slik at avhandlingens spørsmål om eksterritoriell beskyttelse her kan reises.¹⁰⁵

Det har imidlertid blitt stilt spørsmål ved om slike strengere nasjonale standarder kan anvendes både på nasjonale og importerte produkter. I noen tilfeller vil direktivet selv eksplisitt regulere dette.¹⁰⁶

Stillingen der direktivet ikke direkte regulerer spørsmålet synes å være noe uklar.¹⁰⁷ Slot tar til orde for at medlemsstatene kan innføre en strengere regulering både for nasjonale og importerte produkter.¹⁰⁸ Dette støttes også av Domstolens avgjørelse i sak 382/87 Buet, og i den senere saken C-389/96 Aher-Waggon.¹⁰⁹

Det finnes imidlertid også noen avgjørelser fra domstolen som taler imot at strengere nasjonale standarder kan få anvendelse på importerte produkter. Særlig C-169/89 Van den Burg er interessant i denne forbindelse. For å sammenholde Van den Burg med saker som Aher Waggon, har Dougan pekt på at løsningen i Van den Burg kan ha sammenheng med at saken gjaldt eksterritoriell beskyttelse.¹¹⁰

Videre har EF-domstolen avsagt dom i to eksportsaker, C-5/94 Hedley Lomas og C-1/96 Compassion in World Farming, som også kan si noe om forholdet mellom

¹⁰⁴ EØS-rett (2004) s. 280.

¹⁰⁵ Et eksempel på en slik sak er 382/87 Buet.

¹⁰⁶ C-11/92 Gallaher er et eksempel på en sak hvor det aktuelle direktivet inneholdt en bestemmelse som fastslo at produkter fra andre medlemsstater som var i overensstemmelse med direktivets minimumsstandarder ikke kunne hindres.

¹⁰⁷ Se Dougan (2000) s. 868-869 for noen av de ulike synspunktene i teorien.

¹⁰⁸ Slot (1996) s. 385. I samme retning også Oliver (2003) s. 480. Se også EØS-rett (2004) s. 280.

¹⁰⁹ Se også Barnard (2007) s. 601. Etter Domstolens avgjørelse i C-376/98 Tobacco Advertising kan det imidlertid spørres om dette standpunktet kan opprettholdes, se *The Law of the Single European Market* (2002) s. 60.

¹¹⁰ Dougan (2000) s. 872.

fellesskapsharmonisering og eksterritoriell beskyttelse. Disse tre dommene vil derfor bli behandlet i det følgende. Det vil også bli knyttet noen kommentarer til avgjørelsens eventuelle betydning for eksterritorielle beskyttelsestiltak under art. 30 og hensynslæren.

5.3 Rettspraksis

5.3.1 Van den Burg

Domstolens avgjørelse i C-169/89 Van den Burg hadde sin bakgrunn i en nederlandsk straffesak mot mathandleren Gourmetterie Van den Burg. Den nederlandske fuglelovgivningen var laget med tanke på beskyttelse av fugler som lever vilt i Europa, og forbød import og besittelse av rød rype i Nederland. Det ble funnet en død rød rype hos Gourmetterie Van den Burg, som ble dømt for brudd på fuglelovgivningen. Fuglen var lovlig skutt og solgt i Storbritannia, og på denne måten kom spørsmålet om strid med fellesskapsretten opp. Direktiv 79/409/EØF omhandler beskyttelse av ville fugler, og de britiske reglene var i overensstemmelse med direktivet. Det var klart at rød rype ikke fantes i Nederland. På denne måten kom spørsmålet om Nederland kunne la sin strengere nasjonale beskyttelsesstandard også få anvendelse på importerte fuglearter, som ikke fantes i Nederland, opp for domstolen.

Domstolen slo fast at art. 30 ikke kan anvendes når et direktiv foretar en uttømmende regulering av nasjonal lovgivning på området.¹¹¹ Direktivets art. 14 gir medlemsstatene anledning til å foreta strengere reguleringer enn de som er gitt under direktivet. Domstolen la til grunn at direktivet foretar en uttømmende regulering av medlemsstatenes myndighet ved beskyttelse av fugler. Spørsmålet ble dermed ikke vurdert etter traktatens art. 30, men direktivets art. 14.¹¹²

Direktivet gir en særegen beskyttelse til trekkfugler, som i fortalen til direktivet omtales som Fellesskapets ”common heritage”. Direktivet ser også behovet for spesiell

¹¹¹ I avgjørelsen sier domstolen ”full harmonisation” som i denne sammenhengen må forstås som uttømmende regulering, se premiss 8.

¹¹² Art. 14 lyder: ”Member States may introduce stricter protective measures than those provided for under this Directive.”

beskyttelse for å sikre de mest utryddelsestruede fugleartene. Rød rype var imidlertid verken en trekkfugl eller en utryddelsestruet art etter direktivet. Domstolen fant at art. 14 ikke gav hjemmel for strengere beskyttelse enn det som fulgte av direktivet for fugler som befant seg på andre medlemsstaters territorium, når de verken var trekkfugler eller utryddelsestruede. For fugler som fantes på medlemsstatens territorium, kunne strengere nasjonale tiltak innføres etter art. 14. Den nederlandske regelen var dermed i strid med fellesskapsretten.

Domstolens avsluttende konklusjon sier at art. 30, lest i sammenheng med direktivet, ikke kan begrunne importrestriksjoner med mål om eksterritoriell beskyttelse. Dette har i teorien blitt antydning at art. 30 ikke domstolen tillot eksterritoriell anvendelse av art. 30,¹¹³ men sett i sammenheng med resten av domstolens avgjørelse er det mer nærliggende å forstå dette som en understreking av at art. 30 ikke kom til anvendelse grunnet harmoniseringen. Det er slik jeg forstår avgjørelsen.

Art. 14 er en ordinær unntaksbestemmelse, som etter sin ordlyd ikke angir noen geografisk begrensning.¹¹⁴ Domstolen tolket likevel dette inn i bestemmelsen, og dette kan synes overraskende. Det kan derfor stilles spørsmål ved om domstolen her slo fast at strengere nasjonale standarder generelt ikke kan anvendes på importerte produkter, slik som nevnt ovenfor i pkt. 5.2. Det er også mulig å tolke dette slik at det var den nederlandske ordnings eksterritoriale karakter som gjorde at ikke direktivets unntaksbestemmelse kunne anvendes. Slik jeg ser det er det ikke noe klart svar på disse spørsmålene. Domstolen ga ingen klare indikasjoner på sitt syn her, og det kan hevdes at resultatet kun hadde sammenheng med direktivets ordlyd og egenart.

Van den Burg har blitt kritisert av flere forfattere. Det har blant annet blitt stilt spørsmål ved at domstolen omtalte direktivet minimumsharmoniseringsstandard som en uttømmende harmonisering, slik at ikke vurderingen skjedde etter traktatens art. 30.¹¹⁵

¹¹³ Wiers (2002) s. 357.

¹¹⁴ Dougan (2000) s. 872 skriver for eksempel at det ikke var noe i bestemmelsens ordlyd som skulle tilsi en slik begrensning som den domstolen la til grunn.

¹¹⁵ Pagh (1996) s. 187 og Hedemann-Robinson (2000) s. 36. Se også Krämer (1998) s. 141 for kritikk av avgjørelsens forståelse av direktivet. Se også Van der Feesten C-202/94.

5.3.2 Compassion in World Farming

I C-1/96 Compassion in World Farming var sakens spørsmål om Storbritannia kunne forby eksport av kalver til andre medlemsstater, som ikke sikret en tilstrekkelig beskyttelse av oppdrettsdyr. Direktiv 91/629/EØF fastsatte minimumsstandarder for beskyttelse av kalver. Disse standardene var på noen områder lavere enn de som fulgte av den europeiske konvensjon for beskyttelse av oppdrettsdyr. Alle medlemsstatene hadde tiltrådt denne konvensjonen. En stor del av slaktekalvene som ble eksportert fra Storbritannia, ble i andre medlemsstatene avlet fram gjennom et system kalt "the veal crate system". Denne avlsmetoden innebærer at hver kalv puttes i en enkelt bokslignende innretning, hvor den blir værende fram til slakting. Storbritannia hadde innført regler som forbød dette oppdrettssystemet.

Det ble hevdet at en slik oppdrettsform ikke oppfylte kravene i konvensjonen, men systemet var lovlig etter direktiv 91/629/EØF, som fastsatte at visse fravikelser fra direktivet midlertidig var tillatte.

Spørsmålet for EF-domstolen var blant annet om EF-traktaten art. 30 kunne brukes til å begrense eller forby eksport av dyr, med den begrunnelse at de oppdrettsformer som anvendes i importmedlemsstaten er i strid med hensynet til dyrenes liv og helse. EF-domstolen bemerket at art. 30 ikke kan anvendes som unntakshjemmel, når det i fellesskapsdirektiver foreskrives harmonisering av de tiltak som er nødvendige for å virkeliggjøre det særlig målet, som ellers kunne forfølges etter art. 30.

Domstolen fant at direktivet gir en slik uttømmende regulering på området. Domstolen påpekte at et eksportforbud som det foreliggende ville falle utenfor rammene av unntaksbestemmelsen i art. 11 annet ledd, da denne bestemmelsen kun hjemler strengere bestemmelser innenfor medlemsstatenes egne områder. Å tillate et slikt eksportforbud ville undergrave harmoniseringen som direktivet hadde gjennomført. Videre kunne ikke den omstendighet at medlemsstatene, på deres egne områder, kunne innføre strengere beskyttelsestiltak enn direktivets, forandre på det faktum at direktivet hadde gitt uttømmende bestemmelser med hensyn til beskyttelse av kalver under oppdrett, jf. Van den Burg.

Denne avgjørelsen illustrerer også at en minimumsharmonisering kan utgjøre en uttømmende harmonisering hvor det ikke er mulig å anvende art. 30.¹¹⁶ Det kan spørres om ordlyden i direktivets unntaksbestemmelse hadde noen betydning for domstolens avgjørelse. I denne saken lød den aktuelle bestemmelsen ”på deres område”. Dette er et argument for at løsningen fantes i direktivet selv. I Van den Burg kom imidlertid domstolen til samme resultat, uten at direktivbestemmelsen inneholdt en lignende frase. Dette tilsier at det generelt kan være vanskelig å begrunne et eksterriortelt tiltak i en minimumsharmoniseringsbestemmelse, uavhengig av bestemmelsens nøytrale ordlyd. Igjen må man imidlertid ha i tankene at sakene gjaldt direktivtolkning.

I og med saken gjaldt direktivtolkning, kan heller ikke domstolens avgjørelse her tilsi en avskjæring av adgangen til å ta eksterriortelle hensyn etter art. 30. Domstolen kom ikke til art. 30-drøftelsen i sin avgjørelse. På grunn av direktivets art fikk saken sin løsning allerede før denne vurderingen kunne komme inn.

Som tidligere nevnt, avviste Generaladvokat Léger i sitt forslag til avgjørelse en eventuell eksterriortell anvendelse av art. 30. Domstolen løste som vi så saken på et annet grunnlag, og kommenterte ikke dette forholdet. Dette kan ses på som et uttrykk for at Domstolen ville la spørsmålet stå åpent. Det er også mulig at ikke Domstolen vurderte dette spørsmålet, da det uansett ikke fikk betydning for deres løsning av saken.

5.3.3 Hedley Lomas

I C-5/94 Hedley Lomas hadde britiske myndigheter avslått en søknad om eksportlisens av levende får til Spania. Bakgrunnen var at dyrene i en del spanske slakterier ble behandlet på en måte som var i strid med direktiv 74/577/EØF om bedøvelse av dyr før slaktning. Spania hadde gjennomført direktivet i nasjonal rett, men ikke alle spanske slakterier overholdt bestemmelsene likevel.

Direktivet harmoniserte ikke prosedyrene for kontroll med overholdelsen av dets bestemmelser, og det var heller ikke i spansk rett knyttet tvangstiltak til manglende overholdelse av bestemmelsene. Det interessante spørsmålet for EF-domstolen i denne

¹¹⁶ Se også Sørensen (2008) s. 395.

sammenhengen, var hvorvidt art. 30 kunne rettferdiggjøre en restriksjon som var begrunnet med at en medlemsstat brøt forpliktelsene etter et dyrevernsdirektiv.

Domstolen påpekte at art. 30 ikke kunne anvendes som hjemmel dersom direktivet harmoniserer de tiltak som er nødvendige for å nå det målet som ellers kunne forfølges med hjemmel i art. 30. Det aktuelle direktivet fastla ikke en prosedyre for kontroll eller sanksjoner på brudd på direktivet. Dette hadde ikke betydning for domstolen, som påpekte at det etter traktatens art. 10 første ledd og art. 189 tredje ledd er medlemsstatenes ansvar å treffe alle tiltak som er egnet til å sikre direktivets gjennomslagskraft. Domstolen påpekte at medlemsstatene må utvise generell tillitt til den kontrollen som foretas på deres respektive områder. Videre bemerket domstolen at en medlemsstat ikke er berettiget til ensidig å innføre utlignings- eller beskyttelsestiltak for å imøtegå en annen medlemsstats eventuelle overtredelse av fellesskapsbestemmelser.¹¹⁷ En restriksjon som den britiske kunne dermed ikke begrunnes i art. 30.

Denne avgjørelsen skiller seg fra *Compassion in World Farming* ved at staten som det beskyttende tiltaket her gjaldt ovenfor, brøt sine fellesskapsforpliktelser. Domstolen fant altså at et direktiv regnes som en uttømmende regulering hvor ikke det er mulig å anvende art. 30, selv om ikke direktivet fastsetter prosedyrer ved brudd på dets bestemmelser. Dette, sammen med betraktningene som ble gjort i pkt. 4.6 om lojalitetsprinsippet i EF-traktaten art. 10, tilsier at eksterritoriell beskyttelse ikke er mulig der det foreligger brudd på fellesskapsforpliktelser. En medlemsstat kan altså ikke ta loven i egne hender. Dette innebærer at eksterritoriale beskyttelsestiltak, for å motvirke en annen medlemsstats brudd på fellesskapslovgivning, ikke er mulig.

Wiers peker i denne forbindelse på at det etter EF-traktaten art. 10 heller må kreves at medlemsstaten reiser spørsmålet innen det institusjonelle systemet i Fellesskapet, med søksmål etter traktatens art. 227 for domstolen som siste mulighet.¹¹⁸

¹¹⁷ Premiss 20.

¹¹⁸ Wiers (2002) s. 131.

5.3.4 Sammenfatning og konklusjon

Felles for disse tre sakene er at generaladvokatene drøftet eksterritoriell anvendelse av art. 30 i sine forslag til avgjørelse, men at domstolen avgjorde sakene på annet grunnlag.

Det har i teorien blitt pekt på som overraskende at domstolen i *Compassion in World Farming* betegnet direktivets harmonisering som uttømmende.¹¹⁹ Domstolen gjorde det samme i *Van den Burg*. Det kan dermed spørres om domstolen, når den står overfor eksterrielle spørsmål, alltid vil finne at direktivene foretar en uttømmende regulering av det aktuelle hensyn, slik at det ikke vil være mulig å foreta en selvstendig vurdering etter art. 30 eller hensynslæren.

Det er slik jeg ser det ikke mulig å slutte noe sikkert ut fra disse avgjørelsene på dette punkt. Det vil være lite hensiktsmessig å unngå en eksteritorialitetsdrøftelse gjennom konsekvent å henvise til at et direktiv foretar en uttømmende regulering av det aktuelle spørsmålet, dersom domstolen egentlig mener å si at det ikke er lov å ta hensyn til andre under art. 30. Hvorvidt direktivet gir en uttømmende regulering, bør også her bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Slik jeg ser det vil domstolen i alle tilfeller kunne avskjære en beskyttelse av hensynet til andre, selv om det aktuelle direktivet ikke direkte regulerer dette spørsmålet, dersom en slik godtakelse ville stride mot nettopp formålet med harmoniseringen.

Hva gjelder vurderingen av direktivers minimumsharmoniseringsbestemmelser, kan det som tidligere nevnt være vanskelig å forklare de ulike resultatene domstolen kom til i *Van den Burg* på den ene siden, og avgjørelser som sak 382/87 *Buet* og C-389/96 *Aher-Waggon* på den andre. *Van den Burg* kan tale for at strengere nasjonale standarder ikke kan få anvendelse på importerte varer. Det er imidlertid også mulig å se det slik at denne begrensningen kun gjelder ved eksterrielle beskyttelsestiltak. I og med domstolen i *Compassion in World Farming* også fant at en minimumsharmoniseringsbestemmelse ikke fikk anvendelse på eksterrielle beskyttelsestiltak, kan det imidlertid tenkes at det var hensynenes eksterrielle karakter som hindret unntakene. Forskjellene mellom sakene er

¹¹⁹ Notaro (2000) s. 474.

at Van den Burg gjaldt import, mens Compassion in World Farming gjaldt eksport. Videre var ordlyden i direktivenes unntaksbestemmelser i de to sakene ikke like.

Etter mitt skjønn er det ikke mulig å slutte noe klart etter dette. I og med domstolens avgjørelser var så nært knyttet til tolkningen av de aktuelle direktivene, kan det ikke utelukkes at domstolens kan komme til et annet resultat hva gjelder andre minimumsbestemmelser i andre direktiver.

Dette har også sammenheng med spørsmålet om det å ta hensyn til andre vil regnes for å være et strengere tiltak, eller et annet tiltak, enn det direktivets bestemmelser foreskriver. I Van den Burg og Compassion in World Farming virker det som domstolen så på eksterriorell beskyttelse som et annet tiltak, og dermed falt det ikke innunder minimumsbestemmelsens unntak.

Disse spørsmålene er fortsatt uavklarte, og det kan dermed ikke slutes at eksterriorell beskyttelse i alle tilfeller ikke vil kunne vurderes etter art. 30 eller hensynslæren selv om en befinner seg på et harmonisert område. De tre refererte avgjørelsene illustrerer uansett at EF-domstolen kan ha vanskelig for å godta eksterriorelle beskyttelsestiltak på harmoniserte områder. Jeg vil komme noe tilbake til sekundærlovgivning i kapitlene nedenfor, når det vurderes hvor praktisk eksterriorelle tiltak kan være på ulike områder som angis som eksempler. Etter Hedley Lomas vil forutsetningen i de følgende drøftelsene være at staten som blir rammet av et eksterriorellt beskyttelsestiltak, ikke i denne sammenhengen har brutt fellesskapsforpliktelsene sine på området.

Hva gjelder eksterriorelle tiltak under art. 30 og hensynslæren i fravær av sekundærlovgivning, er disse avgjørelsene ikke avgjørende. Sakene gjaldt direktivtolkning, og i slike tilfeller avhenger alltid avgjørelsens løsning av direktivets egenart. Det kan derfor ikke slutes at domstolen i disse sakene mente å avskjære adgangen til å ta hensyn til andre under art. 30. I det følgende vil adgangen til å ta hensyn til andre etter traktaten og hensynslæren bli vurdert.

6 Eksterritoriale miljøhensyn

6.1 Innledning

Det er særlig i miljørettslige framstillinger at hensyn med eksterritoriell virkning har blitt diskutert. Hedemann-Robinson skriver at så vidt han vet har EF-domstolen hittil ikke måttet avgjøre om det strider mot EF-traktaten art. 28 og 30 at en medlemsstat forbyr eller setter begrensninger på importen av produkter fra andre medlemsstater, med henvisning til produksjonsprosessenes påvirkning på miljøet i opprinnelsesstaten.¹²⁰ Domstolen har heller ikke, så langt jeg har funnet, avgjort i sin rene form hvorvidt en medlemsstat kan begrense eksport fra sitt område til andre medlemsstater med miljøbeskyttelse i disse andre statene som begrunnelse etter traktatens art. 29 og 30.

I denne sammenhengen vil jeg knytte noen korte kommentarer til hva som menes med ”miljø” i avhandlingen. Begrepet ”miljø” er ikke entydig, men kan innbefatte en rekke ulike momenter, avhengig av om man inntar en snever eller vid forståelse av ordet. Etter EF-traktaten art. 30 utgjør beskyttelse av menneskers og dyrs liv og helse, i tillegg til plantelivet, mulige begrunnelser for restriksjoner på den frie varehandel. Disse unntakene dekker bare situasjoner som direkte kan virke inn på beskyttelsen av disse hensynene. Mer indirekte miljøskader dekkes derfor ikke, men må begrunnes i miljøhensyn som et ulovfestet allment hensyn. I denne avhandlingen inntas en vid forståelse av miljøbegrepet. De traktatfestede unntakene vil derfor bli vurdert i en miljøsammenheng, forutsatt at de aktuelle truslene kan betegnes som miljømessige.¹²¹

¹²⁰ Hedemann-Robinson (2000) s. 32. Jeg har heller ikke funnet en nyere avgjørelse hvor det tas stilling til spørsmålet.

¹²¹ Det er mange trusler mot menneskers liv og helse som ikke vil passe inn i et miljøsynspunkt, for eksempel trusler knyttet til våpenhandel. Våpeneksport vil jeg derfor vurdere sammen med menneskers liv og helse i punkt 7.3 nedenfor.

Først vil beskyttelse av miljøet i en annen medlemsstat gjennom eksporthindringer bli behandlet. Deretter behandles hensyn på miljøsidene som særlig kan betraktes som fellesinteresser for medlemsstatene. Fellesinteresser vil bli vurdert før importhindringer, fordi disse betraktningene vil ha betydning for drøftelsen under importhindringer. Før disse vurderingene gis det en kort gjennomgang av EF-traktatens miljørettslige prinsipper, som kan ha betydning på området.

6.2 Betydningen av EF-traktatens miljørettslige prinsipper

EF-traktaten angir selv flere miljørettslige prinsipper med betydning for Fellesskapet. Det er mulig at disse prinsippene kan bidra til at EF-domstolen lettere kan godta eksterritoriell miljøbeskyttelse enn andre former for eksterritorialitet.

EF-traktaten art. 2 beskriver hvilke mål EU-samarbeidet skal fremme, og her nevnes blant annet et høyt nivå for miljøvern og bedring av miljøkvaliteten.¹²² EF-traktaten art. 6 fastsetter at miljøvernkrav må tas med ved fastleggingen og gjennomføringen av Fellesskapets politikk og virksomhet, særlig med sikte på å fremme bærekraftig utvikling. Det er et spørsmål hva som skal integreres etter denne bestemmelsen. Det har blitt antatt at dette blant annet omfatter prinsippene i traktatens art. 174 (2).¹²³ Denne bestemmelsen fastsetter prinsippene for europeisk miljøpolitikk, som inkluderer føre-var-prinsippet, prinsippet om forebyggende tiltak, prinsippet om at skade på miljøet fortrinnsvis rettes opp

¹²² Det er her en forskjell mellom EØS-avtalen og Fellesskapsretten. Formålsbestemmelsen i EØS-avtalen art. 1 viser ikke til miljøhensyn, men fokuserer på mer økonomisk rettede hensyn. EØS-avtalens fortale, som avtalen skal tolkes i lys av, viser imidlertid til miljøhensyn. Det indre marked i EU er et viktig middel for å nå de overordnede målene i EF-traktaten art. 2. Spørsmålet er dermed om EFTA-statene når de slutter seg til det indre marked også slutter seg til de overordnede formålene i EU. På samme måte er det et spørsmål om hvilken stilling prinsippet om bærekraftig utvikling har i EØS-avtalen. EF-traktaten art. 6 ble vedtatt etter inngåelsen av EØS-avtalen. Art. 73 (2) i EØS-avtalen inneholder den reglen som tidligere sto i EF-traktaten. Denne bestemmelsen er en mer forsiktig variant av integrasjonsregelen, og viser ikke direkte til bærekraftig utvikling. Spørsmålet er dermed om det følger av homogenitetsprinsippet, EØS-avtalen art. 1 og fortalens punkt 16, at den nye integrasjonsregelen i EF-traktaten også må gjelde etter EØS-avtalen. Det er dermed mulig at det er en liten forskjell i miljøhensyns status i EU og EØS. Se også EØS-rett (2004) s. 110-112.

¹²³ Jans (2008) s. 17.

ved kilden og prinsippet om at forurenseren betaler. Det at prinsippene står i art. 174 som mål for den europeiske miljøpolitikken indikerer at disse er tungtveiende prinsipper i Fellesskapet. Bestemmelsene retter seg mot Fellesskapets institusjoner, og ikke direkte mot medlemsstatene.¹²⁴

Det at bestemmelsene ikke retter seg direkte mot medlemsstatene, medfører imidlertid ikke at EF-domstolen er avskåret fra å ta hensyn til disse prinsippene i en vurdering av om hvorvidt en restriksjon forfølger et legitimt formål. I C- 2/90 Walloon Waste anvendte domstolen et av disse prinsippene for å begrunne at en tilsynelatende diskriminerende restriksjon likevel ikke var diskriminerende. Medlemsstatenes kompetanse under traktatens art. 30 og den ulovfestede hensynslæren må også ses i lys av føre-var-prinsippet.¹²⁵ Videre, som vi skal se i punkt 6.4.2.1, viste EF-domstolen til det som i dag er traktatens art. 6 i sin avgjørelse i sak C-379/98 PreussenElektra som støtte for lovligheten av nasjonal lovgivning. Jacobs skriver i denne forbindelse at det må tas spesielt hensyn til miljøet ved tolkningen av traktaten når det gjelder frie varebevegelser.¹²⁶

EF-traktaten art. 174 (1) som fastslår at Fellesskapets politikk på miljøområdet skal bidra til å fremme tiltak på internasjonalt plan for å løse regionale og globale miljøproblemer, kan også ha betydning her. I dette ligger det en anerkjennelse av at miljøproblemer ikke bare kan bekjempes på det nasjonale plan. På den andre siden kan slike argumenter tilsi at Fellesskapet er best egnet for slike oppgaver, ikke enkeltstater.

¹²⁴ Se C-379/92 Peralta og Jans (2008) s. 22.

¹²⁵ Se også Jans (2008) s. 242. I denne forbindelse viser han også til domstolens avgjørelse i sag C-463/01, Kommissjonen mod Tyskland, premiss 74. Denne henvisningen ser imidlertid ut til å være de tyske myndigheters argumenter, og ikke domstolens egen vurdering.

¹²⁶ Jacobs (2006) s. 192.

6.3 Eksporthindringer til beskyttelse av miljøet

6.3.1 Innledning

Dersom man ikke regner med saker om dyrevern, slik som C-1/96 Compassion in World Farming, har de eneste sakene for EF-domstolen om eksporthindringer på miljøområdet omhandlet avfallsspørsmål.¹²⁷ Dette viser på den ene siden at eksporthindringer på miljøområdet ikke er så praktisk. Det interessante er imidlertid at flere av disse avfallssakene kan belyse eksterritorialitetsspørsmålet. Jeg vil derfor i det følgende gjennomgå fire dommer fra EF-domstolen som gjelder restriksjoner på eksport av avfall. Disse avgjørelsene vil bare bli diskutert i lys av skader som skjer direkte i en annen medlemsstat.¹²⁸

Først vil det bli gitt en gjennomgang av faktum og domstolens løsninger i disse avgjørelsene. Deretter vil jeg foreta en nærmere analyse av dommene, og redegjøre for hvilke løsninger disse kan bidra med i eksterritorialitetsspørsmålet.

6.3.2 Inter-Huiles

Allerede i sak 172/82 Inter-Huiles vurderte EF-domstolen nasjonale eksportrestriksjoner på avfall opp mot fellesskapsretten. Denne saken gjaldt et indirekte forbud mot eksport av spillolje til utlandet i fransk lovgivning. En gruppe selskaper anla sak mot en virksomhet som i strid med lovgivningen i landet eksporterte spillolje til andre medlemsstater. Saksøkerne hevdet blant annet at denne eksporten skadet miljøet i andre stater. Spørsmålet var om slike regler var i strid med EF-traktaten art. 29 og 30 og direktiv 75/439/EØF om bortskaffelse av spillolje.

Domstolen fant at direktivets art. 5 måtte tolkes slik at medlemsstatene ikke kunne hindre eksporten. Videre pekte Domstolen på at dette resultatet også måtte gjelde tatt i betraktning traktatens art. 29s forbud mot eksportrestriksjoner. Fra fransk side hadde det blitt hevdet at lovgivningen var begrunnet i hensynet til miljøet, som er et godkjent hensyn

¹²⁷ Krämer (2007) s. 120.

¹²⁸ Jans (2008) s. 263 ser heller ikke ut til å mene at disse avgjørelsene gjelder fellesinteresser.

etter direktivet. Domstolen svarte at dette var uholdbart, da hensynet til miljøbeskyttelsen var like så godt sikret når avfallet selges til en godkjent virksomhet i en annen medlemsstat.

6.3.3 Nertsvoederfabriek

Sak 118/86/EØF Nertsvoederfabriek gjaldt avfall fra slakting av fjærkre. Nederlandsk lovgivning inneholdt et indirekte eksportforbud, da det kun var virksomheter som hadde fått en destruksjonstillatelse fra myndighetene som kunne bearbeide slakteavfall fra fjærkre. Lovens formål var å ivareta helsemessige hensyn gjennom å forhindre utbredelsen av dyresykdommer, i tillegg til å hindre enhver form for miljøforurensning. I dette kan det også ligge et ønske om beskyttelse av helsemessige hensyn i andre medlemsstater.

Domstolen fant at den nederlandske ordningen var i strid med art. 29. Hva gjelder art. 30 uttalte domstolen at det ikke var nødvendig å forby eksport av slakteavfall for å sikre ordningens helsemessige hensyn, dersom ordningens helsekrav for innsamling og transport på det nasjonale område var oppfylt. Domstolen konkluderte med at den nederlandske lovgivningen var forenlig med traktaten dersom den ikke begrenset samhandelen med andre medlemsstater i videre omfang enn det som var tillatt etter art. 30 ut fra ”hensynet til håndhævelsen på nasjonalt område af sundhetslovgivning om afhentning og transport af sundhedsfaerlige produkter”.¹²⁹

6.3.4 Dusseldorp

Sak C-203/96 Dusseldorp gjaldt et nederlandsk forbud mot eksport av avfall til gjenvinning, i tilfeller der behandlingen av avfallet i utlandet ikke var av høyere kvalitet enn behandlingen i Nederland. Et nederlandsk foretak fikk på denne bakgrunn avslag da de søkte myndighetene om tillatelse til eksport av oljefiltre og lignende avfall til Tyskland, slik at det kunne gjenvinnes der.

¹²⁹ Premiss 17.

Domstolen fant at sekundærlovgivningens¹³⁰ prinsipper om tilstrekkelig egenkapasitet og nærhet ikke gjaldt avfall til gjenvinning, og de nederlandske bestemmelsene var i strid med EF-traktaten art. 29. Nederland hevdet blant annet at bestemmelsene var begrunnet i traktatens art. 30, da det å jobbe for den mest effektive formen for avfallsdisponering og kontinuitet i disponeringen, hadde til formål å beskytte menneskers liv og helse.

Til dette svarte domstolen at: ”Det bemærkes, at en sådan begrundelse ville være relevant, hvis behandlingen af foliefiltre i de øvrige medlemsstater og deres transport over længre afstand, som følge af deres udførsel, udgjorde en fare for menneskers sundhed og liv.”¹³¹ I denne konkrete saken var dette imidlertid ikke tilfellet. Domstolen påpekte at dels hadde den nederlandske regjeringen selv erkjent at behandlingen av oljefiltre i Tyskland var sammenlignbar med den nederlandske behandlingen, dels var det ikke blitt godtgjort at transporten av oljefiltre utgjorde en fare for miljøet eller for menneskers liv og helse.¹³²

6.3.5 Sydhavnens Sten & Grus

I sak C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus fant EF-domstolen blant annet at traktatens art. 29 var til hinder for en ordning hvor innsamling og mottakelse av ikke-miljøfarlig avfall til gjenvinning i en dansk kommune, var begrenset til et fåtall virksomheter som var gitt tillatelse til å behandle slikt avfall. Videre tok domstolen stilling til hvorvidt en slik ordning kunne være berettiget etter art. 30 eller etter miljøbeskyttelseshensyn, blant annet etter bestemmelsene i art. 174 annet ledd. Domstolen bemerket at det ville være grunnlag for unntak etter art. 30 ”hvis det var til fare for menneskers og dyrs liv og sundhed eller for beskyttelsen af planter, at byggeaffaldet transporteres over større afstande, fordi det

¹³⁰ Forordning (EØF) nr. 259/93 og direktiv 75/442/EØF.

¹³¹ Premiss 46.

¹³² Generaladvokaten fant heller ikke i sitt forslag til avgjørelse at slike forhold forelå ”selv hvis det blev antaget, at regjeringen kunne støtte sig på sådanne betragtninger”. Det kan spørres om domstolen legger til grunn at begge disse kriteriene måtte være oppfylt, eller om det ville være tilstrekkelig hvis et av dem var det.

eksporteres, og at affaldet behandles i en anden medlemsstat end den, det hidhører fra.”¹³³ I denne saken gjaldt det imidlertid ikke-miljøfarlig avfall, og det hadde ikke blitt vist til forhold som kunne godtgjøre en fare for mennesker, dyr eller planter. Art. 30 kunne ikke begrunne en slik eksportrestriksjon.

6.3.6 Analyse av avgjørelsene

Når det skal vurderes hvilken betydning de ovenfor refererte avgjørelsene har, bør det skilles mellom menneskers og dyrs liv og helse og plantelivet på den ene siden, og andre miljøbeskyttelseshensyn på den andre siden. I det følgende vil kun de traktatfestede unntakene bli diskutert. Dette fordi det tradisjonelt har vært antatt at eksporttiltak må forskjellsbehandle produkter til det innenlandske og utenlandske markedet for at de skal omfattes av forbudet i traktatens art. 29. Dette medfører at ikke unntak etter den ulovfestede hensynslæren er mulig. Det har imidlertid skjedd en utvikling på dette området. Det er nå mulig å hevde at domstolen også vil være villig til å akseptere diskriminerende tiltak begrunnet i ulovfestede miljøhensyn. Både Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus kan også diskuteres i denne sammenhengen, i tillegg til C-2/90 Walloon Waste.¹³⁴ Dette er et svært interessant spørsmål, men det vil føre for langt innenfor denne oppgavens rammer å forfølge det.

Om Inter-Huiles og Nertsvoederfabriek, skriver Jans at Inter-Huiles til en viss grad kan tale for en eksterritoriell anvendelse av art. 30, mens Nertfoederfabriek ikke gir noe støtte til et slikt synspunkt.¹³⁵ Domstolens argument i Inter-Huiles om at miljøet er like effektivt beskyttet når spilloljen er solgt til et foretak i en annen medlemsstat, var nettopp årsaken til at den franske lovgivningen var i strid med EU-retten. Samtidig er det også denne uttalelsen som kan gi støtte til et eksterritorialitetssynspunkt. Uttalelsen kan nemlig ha sammenheng med at vi her befant oss på et direktivregulert område. I og med direktivets

¹³³ Premiss 45.

¹³⁴ Se Notaro (2000)b s. 307-312.

¹³⁵ Jans (2008) s. 263.

bestemmelser skulle gjennomføres i alle medlemsstatene, skulle miljøbeskyttelsen være høy i alle statene. Det er derfor interessant å spørre hva utfallet ville bli dersom vi befant oss på et uregulert område.¹³⁶

Dette kan tas til inntekt for at miljøbeskyttelse kan være legitimt der salg av avfallet til en virksomhet i en annen medlemsstat ikke vil ivareta miljøet i samme grad. Det er ikke mulig å slutte fra domstolens avgjørelse om den faktisk mente å uttrykke akkurat dette, og en skal være forsiktig med å foreta slike antitetiske tolkninger. Domstolen kan jo også bare ha ment å avfeie den nederlandske miljøbegrunnelsen, uten at noe mer skulle legges i dette. Ifølge Jans er det da også noe spekulativt å bruke Inter-Huiles til støtte for et eksteritorialitetssynspunkt.¹³⁷ Det er imidlertid én mulig forståelse av domstolens uttalelse, og den er også mulig å forene med Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus. Krämer nevner også Inter-Huiles og Nertsvoederfabriek i en eksteritoriell sammenheng, men han foretar ingen nærmere tolkning av dommene.¹³⁸

Denne mulige konklusjonen på forståelsen av Inter-Huiles, svekkes imidlertid av domstolens uttalelse i Nertsfoederfabriek. I Nertsfoederfabriek så domstolen ut til å utelukke en medlemsstats mulighet til å forfølge miljøbeskyttelseshensyn utenfor dens nasjonale territorium. Domstolen henviste til både til art. 28 og art. 29 da den kom med uttalelsen om nasjonalt område, enda den ikke hadde funnet brudd på art. 28. Det er mulig å tolke dette slik at domstolen ønsket å begrense begge bestemmelsenes virkeområde til det nasjonale territorium. Jans uttaler i denne sammenhengen at beskyttelse av utenlandsk territorium tydeligvis kun er denne statens anliggende.¹³⁹

En slik tolkning sammenfaller både med Trabucchis syn i forslaget til avgjørelse i sak 8/74 Dassonville, i tillegg til Légers forslag til avgjørelse i C-1/96 Compassion in World Farming og C-5/94 Hedley Lomas, jfr. pkt. 5.3.3. Videre kan den også ses i sammenheng med domstolens avgjørelse på forbrukerområdet, C-384/93 Alpine Investments.

¹³⁶ Se også Notaro (2000)b s. 305.

¹³⁷ Jans (2008) s. 263.

¹³⁸ Krämer (2007) s. 118.

¹³⁹ Jans (2008) s. 263.

Domstolens uttalelse om beskyttelse på nasjonalt område i Nertsvoederfabriek er likevel ikke en direkte og klar uttalelse fra domstolen. Etter min mening kan man ikke med sikkerhet slutte at domstolen her mener å avskjære all eksterritoriell beskyttelse.

Domstolens avgjørelser i Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus kan gi noe mer klar støtte til et synspunkt om at det er legitimt å beskytte goder i andre medlemsstater, enn det som følger av Inter-Huiles og Nertsvoederfabriek. I begge avgjørelsene uttalte EF-domstolen at en begrunnelse om beskyttelse av menneskers liv og helse etter traktatens art. 30 ville være relevant dersom avfallets transport over lengre avstander som følge av eksporten, og behandlingen av avfallet i utlandet, var til fare for menneskers liv og helse.¹⁴⁰ I Sydhavnens Sten & Grus nevnte domstolen også dyrs liv og helse og plantelivet.

EF-domstolen presiserte ikke i disse sakene hvorvidt den refererte til beskyttelsen av disse godene i Danmark/Nederland eller i et mottaksland, eller begge deler. Domstolens henvisning til at avfallet transporteres over lengre avstander som følge av eksporten, betyr ikke nødvendigvis at domstolen sikter til eksterritoriell beskyttelse. Dersom avfallet transporteres, kan det også bidra til direkte miljøskade i opprinnelsesstaten før det sendes ut av denne staten, særlig dersom det må fraktes langt innad i opprinnelsesstaten før det når grensen. En slik snever fortolkning kan imidlertid virke unaturlig. Dersom domstolen ønsket å uttrykke at transporten kunne skade miljøet i eksportlandet, kunne man kanskje tro at domstolen ville gi en formulering som ”transporten innad i landet” eller lignende, i stedet for å faktisk vise til skade på grunn av at avfallet eksporteres.

I begge uttalelsene pekte domstolen på fare på grunn av avfallets behandling i en annen medlemsstat. Denne delen av domstolens uttalelser virker mer direkte eksterritoriell. På den andre siden kan dette, særlig i Sydhavnens Sten & Grus, også forstås som kun en utdyping av det faktum at avfallet eksporteres. Når man ser domstolens uttalelser i disse to sakene i sammenheng, er det imidlertid etter min mening gode holdepunkter for å si at domstolen har åpnet for eksterritoriell beskyttelse når det foreligger en fare for menneskers og dyrs liv og helse og plantelivet som følge av eksporten av avfall. Særlig tatt i betraktning Nertsvoederfabriek, har man på den andre siden gode argumenter for å hevde at

¹⁴⁰ Se den nøyaktige ordlyden i domstolens uttalelser ovenfor i pkt. 6.3.4 og 6.3.5.

domstolens uttalelser i Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus kun knytter seg til fare for liv og helse på eget område.

Hva gjelder Nertsvoederfabriek, bør man imidlertid ha i tankene at denne avgjørelsen er fra 1980-tallet, og at mye har skjedd på miljøområdet i EU siden den tid. De senere år har vi opplevd en økt bevisstgjøring av miljøspørsmål. Her har også de styrkede miljøprinsippene i EF-traktaten, slik som vist til i pkt. 6.2, betydning. Dette kan tilsi at det syn domstolen tok på spørsmålet om eksteritoriell beskyttelse for 20 år siden, ikke nødvendigvis vil være det samme som domstolen vil ta i dag.

Hedemann-Robinson skriver at etter domstolens avgjørelse i Dusseldorp, virker det klart at ekstraterritoriell miljøbeskyttelse kan begrunne eksportrestriksjoner innad i Fellesskapet, forutsatt at kravene til proporsjonalitet er overholdt.¹⁴¹ Notaro framholder at Sydhavnens Sten & Grus ser ut til å bekrefte at eksteritoriell anvendelse av art. 30 er mulig for å beskytte liv og helse i importstaten.¹⁴² Davies peker også på dette som en mulig tolkning.¹⁴³ Jans påpeker også på at avgjørelsene kan tolkes slik, men understreker at det er usikkert innen vi har fått en klarere avgjørelse på spørsmålet fra EF-domstolen.¹⁴⁴ Krämer nevner Dusseldorp. Han gir imidlertid ikke uttrykk for hvordan han forstår eksteritorialitetsspørsmålet, men slår bare fast at ikke eksportrestriksjon var legitimert i dette tilfellet.¹⁴⁵

Dersom det legges til grunn at domstolens uttalelser i Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus gjaldt eksteritoriell beskyttelse, kan det spørres hvilken vekt disse uttalelsene vil ha dersom lignende saker kommer opp. Uttalelsene var ikke var nødvendige for domstolens konklusjon, og det er dermed mulig å omtale dem som obiter dicta. I EU-retten er det imidlertid ikke vanlig å skille mellom uttalelser obiter dicta og avgjørelsens ratio decidendi. Bull forklarer dette ved at selv om EF-domstolen avgjør visse sakstyper med

¹⁴¹ Hedemann-Robinson (2000) s. 35.

¹⁴² Notaro (2000)b s. 310.

¹⁴³ Davies (2004) s. 314-315.

¹⁴⁴ Jans (2008) s. 264.

¹⁴⁵ Krämer (2007) s. 119.

bindende virkning, er domstolens hovedoppgave å skape rettsenhet på det generelle plan.¹⁴⁶ Dette innebærer at premissene i seg selv blir Domstolens viktigste oppgave, de er ikke bare et middel til å nå fram til en avgjørelse i den enkelte sak. På den andre siden bør man ha i tankene at uttalelser som strengt tatt ikke er konklusjonsnødvendige, kanskje ikke alltid er like gjennomtenkte som uttalelser som er avgjørende for resultatet. Rekkevidden av uttalelsene vil derfor alltid bero på en konkret vurdering.

I vurderingen av hvilken vekt domstolens uttalelser om eksterritoriell virkning i Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus vil ha i senere saker, er det interessant å peke på at dette ikke bare er ett enkeltutsagn. Når domstolen faktisk gjentar utsagnet fra Dusseldorp i Sydhavnens Sten & Grus tyder dette på at det ikke bare er en slengbemerkning. Det kan hevdes at det gjennom Inter-Huiles, Nertsvoederfabriek, Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus har skjedd en utvikling og påviselig tendens i domstolens praksis. Dette taler for at uttalelsene sannsynligvis vil ha relativt stor vekt, dersom en sak hvor det foreligger en fare for miljøet i importmedlemsstaten skulle komme opp.

Slik som det har blitt pekt på ovenfor i dette punktet, synes det å følge av Dusseldorp og Sydhavnens Sten & Grus at dersom avgjørelsene også gjelder liv og helse i andre medlemsstater, må det uansett kunne vises til en tilstrekkelig stor trussel for helse eller miljøet i en annen medlemsstat, for å kunne innføre eksportrestriksjoner. Et krav om en tilstrekkelig stor trussel medfører at det i seg selv ikke er tilstrekkelig at eksportstatens egen miljøpolitikk og investeringer blir underminert dersom eksport skjer til stater som har en lavere miljøstandard på for eksempel håndteringen av avfall. Det er således ikke den enkeltes stats miljøstandard som er normen for hva EF-domstolen vil godta. Hedemann-Robinson karakteriserer dette som et skuffende resultat, og det kan stilles spørsmål ved om hvordan dette stemmer overens med blant annet føre-var-prinsippet i EF-traktaten art. 174 (2).¹⁴⁷

¹⁴⁶ Bull (2002) s. 74.

¹⁴⁷ Hedemann-Robinson s. 35.

6.3.7 Bemerkninger til de forskjellige traktatfestede hensynenes betydning

Domstolen har uttalt at beskyttelsen av menneskers helse har førsteprioritet blant hensynene som er nevnt i art. 30.¹⁴⁸ Dette indikerer at dersom en eksterritoriell beskyttelse aksepteres, vil det sannsynligvis være lettere for en stat å beskytte menneskers liv og helse i andre land, enn plante- og dyrelivet.

Når det gjelder dyre- og planteliv kan slike interesser hvert fall deles opp i tre underkategorier – beskyttelse av sjeldne og utrydningstruede arter, forhindring av dyre- og plantesykdommer og til sist dyrevern.¹⁴⁹ Jans påpeker at ikke bare dyr og planter som er utrydningstruede, eller som er svært sjeldne, kvalifiserer for beskyttelse. I prinsippet gjelder beskyttelsen alle dyre- og plantearter.¹⁵⁰ Dersom man leser C-1/96 Compassion in World Farming som en avgjørelse hvor domstolen avviser eksterritoriell dyrebeskyttelse, er det et spørsmål hvordan dette kan sammenholdes med Sydhavnens Sten & Grus, og om Compassion in World Farming således tilsier at Sydhavnens Sten & Grus ikke gjaldt eksterritoriell beskyttelse. Dette kan i så fall forklares gjennom de ulike sidene ved dyrebeskyttelse i disse sakene. Det er således mulig at dyrevelferd ikke har samme vekt som tiltak til vern mot mer direkte skade på dyrs liv og helse, slik som i Sydhavnens Sten & Grus.

Jarvis har imidlertid argumentert for at import- og eksportrestriksjoner er legitime når de skal fremme dyrebeskyttelse i andre land.¹⁵¹ Han påpeker at det er usannsynlig at en medlemsstat innfører et slikt forbud på grunn av dyreplageri på sitt eget territorium. For at hensynet til dyrebeskyttelse skal få noen praktisk betydning, hevder han derfor at det må få anvendelse på tiltak hvor begrunnelsen gjør seg gjeldende utenfor medlemsstatens territorium.

¹⁴⁸ Sak 104/75 De Peijper, premiss 15.

¹⁴⁹ Oliver (2003) s. 279.

¹⁵⁰ Jans (2008) s. 244.

¹⁵¹ Jarvis (1998) s. 281.

6.3.8 Sekundærlovgivning på avfallsområdet

I dette avsnittet vil jeg foreta en kort vurdering av hvilken stilling eksterritorialitetsspørsmålet har på avfallsområdet i dag, tatt i betraktning all fellesskapslovgivning som er på området. Reguleringen av avfall er svært omfattende. Jeg vil derfor kun konsentrere meg om transport av avfall mellom medlemsstatene, da dette også er mer praktisk ut fra et eksterritorialitetssynspunkt.

Som påpekt i gjennomgangen av Dusseldorp, er det i fellesskapsretten oppstilt et skille mellom transport av avfall til bortskaffelse og avfall til nyttiggjøring. Sondringen kan litt forenklet forklares slik at fjerning av avfall innebærer deponering og dumping, i tillegg til forbrenning av avfall, dersom det ikke ved forbrenningen framstilles energi eller varme. Nyttiggjøring innebærer gjenbruk, gjenvinning, videreutnytting av råstoffer og anvendelse hovedsakelig som brensel eller på annen måte til energiframstilling.¹⁵² Prosedyrene tilknyttet bortskaffelse av avfall er strengere enn prosedyrene for avfall til nyttiggjøring.

Forordning (EF) nr. 1013/2006 skiller mellom avfall som skal nyttiggjøres og avfall som skal bortskaffes. Forordningens art. 11 fastsetter hvilke innvendinger avsenderlandets og mottakerlandets myndigheter kan reise mot en planlagt transport av avfall til bortskaffelse mellom medlemslandene. Det listes her opp mange og vidtfavnende mulige innvendinger, og en stat kan systematisk motsette seg all transport av avfall til bortskaffelse etter forordningen.¹⁵³ Dette innebærer at det ved avfall som bortskaffes ikke er rom for en vurdering etter EF-traktatens art. 30 og hensynslæren.

Innvendinger mot transport av avfall til nyttiggjøring mellom medlemslandene reguleres i forordningens art. 12. Denne bestemmelsen gjelder imidlertid ikke nyttiggjøring av all slags avfall.¹⁵⁴ Dette reiser for det første spørsmålet om en medlemsstat kan begrense eksporten av avfall som ikke omfattes av art. 12. Videre er det et spørsmål hvorvidt en stat

¹⁵² Pagh (1996) s. 569 og direktiv 2006/12/EF art. 1 første ledd bokstav e og f.

¹⁵³ Forordningens art. 11 (1) bokstav a og bokstav g. Se her også Jans (2008) s. 441 og Krämer (2007) s. 127.

¹⁵⁴ Dette følger av at både art. 11 og art. 12 forutsetter at det har blitt gitt en melding om en planlagt transport fra et medlemsland. Art. 3 regulerer når slik melding skal gis. Etter art. 3 (1) bokstav b skal melding ved sending av avfall til nyttiggjøring kun gis når transporten gjelder noen nærmere spesifiserte avfallstyper.

kan reise ytterligere innvendinger enn de som følger av art. 12, for å begrense eksport av avfall som denne bestemmelsen har anvendelse på.

Det første spørsmålet er i hovedsak et spørsmål om forordningen utgjør en uttømmende regulering, ved at det forutsettes at avfall til nyttiggjøring som ikke er omhandlet av forordningens notifikasjonsprosedyre skal kunne bevege seg fritt mellom medlemsstatene. Hvis ikke forordningen avgjør dette, vil spørsmålet bero på EF-traktaten art. 29 og 30 og hensynslæren.

Sentralt for det andre spørsmålet står hvorvidt forordningen utgjør en totalharmonisering hva gjelder mulige innvendinger mot transport av avfall som notifikasjonsprosedyren har anvendelse på. Forordningen er basert på traktatens art. 175, og det kunne dermed være nærliggende å tenke at medlemsstatene kan innføre strengere beskyttelse etter art. 176. Krämer hevder imidlertid at forordningen utgjør en totalharmonisering hva gjelder innvendinger mot transport av avfall til nyttiggjøring.¹⁵⁵ Dersom dette er riktig, vil det heller ikke her kunne reises en eksteritorialitetsdrøftelse etter art. 30 og hensynslæren. I alle tilfeller følger det av forordningens art. 12 at dersom minimumsstandarder er oppfylt, kan ikke en medlemsstat påberope seg sin egen høyere beskyttelse overfor andre medlemsstater.

Selv om ikke rettstilstanden synes helt avklart,¹⁵⁶ er det klart at det rom sekundærlovgivningen etterlater til art. 30 og hensynslæren er svært snevert. Dette særlig tatt i betraktning at det kan antas at avfall som ikke er omfattet av forordningens notifikasjonsprosedyre, ikke vil være spesielt miljøfarlig avfall. Det kan likevel ikke utelukkes at EF-domstolen kan få forelagt en ny sak om eksporthindringer ved avfall til nyttiggjøring, og at domstolen da kan finne den begrunnet, dersom avfallet faktisk utgjør en fare for menneskers liv og helse eller miljøet.

¹⁵⁵ Krämer (2007) s. 131.

¹⁵⁶ Krämer (2007) s. 129-130. I Dusselsorp vurderte imidlertid domstolen Nederlands begrunnelse for lovgivningen som gikk lenger enn den gjeldende forordningen etter traktatens bestemmelser. Dette kan indikere at domstolen anså det som mulig å legitimere andre innvendinger.

6.4 Særlig om miljøhensyn som representerer fellesinteresser

6.4.1 Innledning

I dette avsnittet foretas det en vurdering av hvilken betydning det kan ha for en medlemsstats adgang til å legge vekt på eksterritorielle hensyn, at det aktuelle hensynet representerer en fellesinteresse for statene. Dersom det antas at hensynene som traktaten og hensynslæren beskytter kun er nasjonale interesser, kan det likevel være mulig at det vil være adgang til å legge vekt på fellesinteresser. I teorien har blant annet Jans lansert tanken om at det bør være adgang til eksterritoriell beskyttelse når fellesinteresser står på spill.¹⁵⁷

Det er et spørsmål hvordan fellesinteresser skal defineres. Jans synes å forutsette at jo mer grenseoverskridende et forhold er, jo mer felles vil det være.¹⁵⁸ Dette er særlig praktisk på miljøområdet, hvor mange miljøinteresser har en grenseoverskridende karakter. Typisk grenseoverskridende eksempler er luftforurensning og trekkfugler. Pagh hevder at miljøbeskyttelse i utgangspunktet er hver enkelt medlemsstats anliggende.¹⁵⁹ Til dette gjør han to unntak, og begge kan sies å gjelde fellesinteresser. Det første unntaket gjelder områder og goder som kan betegnes som medlemsstatenes felleseie. Det andre unntaket gjelder de tilfeller hvor dårlig miljøbeskyttelse i ett land kan få direkte følger for miljøet i et annet land. Dette første unntaket knytter seg ikke nødvendigvis til grenseoverskridende forhold, mens det andre er typisk grenseoverskridende. Disse forholdene vil jeg utdype nærmere i det følgende.

6.4.2 Rettspraksis

Når det gjelder EU-statenes felleseie på miljøområdet er det særlig en avgjørelse fra EF-domstolen og et forslag til avgjørelse som er verdt å nevne; domstolens dom i sak C-379/98, PreussenElektra, og generaladvokat Trabucchi sitt forslag til avgjørelse i de forente

¹⁵⁷ Jans (2008) s. 264.

¹⁵⁸ Jans (2008) s. 264.

¹⁵⁹ Pagh (1996) s. 188-189.

saker 3, 4 og 6/76 Kramer. Jeg vil starte med PreussenElektra. Denne dommen kan hevdes å være et eksempel på at domstolen har godtatt hensynet til verdenssamfunnet som begrunnelse for en restriksjon på vareområdet. Kramer-sakene kan utgjøre et eksempel på et tilfelle hvor restriksjoner er innført for å beskytte et område og gode som ingen av medlemsstatene har eksklusiv jurisdiksjon over.

6.4.2.1 PreussenElektra

Bakgrunnen for C-379/98 PreussenElektra var at Tyskland innførte en nasjonal ordning på elektrisitetsområdet for å fremme bruken av fornybar energi. Ordningen forpliktet blant annet private elektrisitetsforsyningsvirksomheter til å kjøpe elektrisitet framstilt i deres forsyningsområde fra fornybare energikilder til minstepriser som var høyere enn den reelle økonomiske verdi av denne typen elektrisitet. Det var blant annet spørsmål om ordningen var forenlig med traktatens art. 28. Domstolen fant at ordningen i hvert fall potensielt kunne hindre handelen innenfor Fellesskapet.

I vurderingen av om ordningen likevel var forenlig med art. 28 uttalte domstolen at det måtte tas hensyn til ordningens formål og elektrisitetsmarkedets kjennetegn. Domstolen påpekte at anvendelsen av fornybare energikilder til framstilling av elektrisitet var nyttig for beskyttelsen av miljøet, fordi den bidrar til reduksjon av utslipp av drivhusgasser, som er en av hovedårsakene til de klimaendringene som Fellesskapet og medlemsstatene har forpliktet seg til å bekjempe.¹⁶⁰ Domstolen viste her til FNs rammekonvensjon om klimaendring og Kyoto-protokollen. Det ble bemerket at denne politikken også omfattet beskyttelsen av menneskers og dyrs liv og helse samt bevaring av plantevekster. Videre henviste domstolen til EF-traktatens daværende art. 130 R om at hensynet til miljøbeskyttelse skal integreres i utformingen og gjennomførelsen av Fellesskapets politikk på andre områder.¹⁶¹ Domstolen viste også til mer spesifikke kjennetegn for

¹⁶⁰ Premiss 73.

¹⁶¹ Denne integrasjonsbestemmelsen finnes nå i en litt endret form i traktatens art. 6. Se avgjørelsens premiss 76.

elektrisitetssområdet, blant annet knyttet til direktiv 96/92/EF. Domstolen konkluderte med at ordningen ikke var i strid med art. 28.

Det kan synes noe uklart hva domstolens grunnlag for avgjørelsen var i denne saken. Domstolen viste for det første til både traktatfestede og ulovfestede miljøhensyn, uten egentlig å spesifisere hva som ble det avgjørende. Det synes likevel som at menneskers og dyrs liv og helse og plantelivet blir vist til mer som et tilleggsargument for å begrunne viktigheten av å godta den tyske ordningen. Domstolen peker på at det å fremme bruk av fornybar energi bidrar til å redusere drivhusgasser, som er en av hovedårsakene til klimaproblemene. Dette forstår jeg slik at hensynet til bekjempelse av klimaendringene er den sentrale begrunnelsen i domstolens resonnement.

Problemet med dette er at den tyske ordningen kan anses å være diskriminerende, da det kun er fornybar energi produsert i Tyskland som omfattes av ordningen. Jacobs forstår domstolen slik at den finner at ordningen tross dette er diskriminerende, og at den derfor begrunnes i ulovfestet miljøhensyn.¹⁶²

Jans knytter PreussenElektra og forslaget til avgjørelse i Kramer sammen, og peker på at EF-domstolen i PreussenElektra synes å ha støttet Trabucchis synspunkt i Kramer om å godta at art. 30 kan beskytte medlemsstatenes fellesinteresse eller verdenssamfunnet.¹⁶³ Henvisningen til fellesinteresse og verdenssamfunnet peker hen mot de ulovfestede hensyn, men Jans utdyper ikke dette nærmere. Davies skriver at EF-domstolen i denne avgjørelsen brukte integrasjonsprinsippet for å begrunne nasjonale tiltak som fremmer fornybar energi. I tillegg ble prinsippet brukt for å begrunne et tilsynelatende diskriminerende tiltak i miljøhensyn.¹⁶⁴ Krämer peker også på PreussenElektra i denne sistnevnte sammehengen.¹⁶⁵ Wiers skriver at domstolen ikke eksplisitt ga uttrykk for om den tyske ordningen var begrunnet i art. 30 eller hensynslæren, men senere nevner han dommen som et eksempel på at domstolen har begrunnet en diskriminerende ordning i miljøhensyn.¹⁶⁶

¹⁶² Jacobs (2006) s. 191.

¹⁶³ Jans (2008) s. 261.

¹⁶⁴ Davies (2004) s. 33 og s. 209.

¹⁶⁵ Krämer (2007) s. 113.

¹⁶⁶ Wiers (2002) s. 135 og s. 319.

Det ser etter dette ut som at det også i teorien er lagt til grunn at avgjørelsen gjelder ulovfestede miljøhensyn. Det kan derfor antas at hensynet til klimatrusselen ble anerkjent som et allment hensyn i PreussenElektra.

Domstolen drøftet likevel ikke proporsjonaliteten av den tyske ordningen. Dette kan synes overraskende, da det ikke var noe som tilsa at ikke elektrisitet fra fornybar energi produsert i andre medlemsstater kunne bidra like effektivt til reduksjon av utslipp i Tyskland.¹⁶⁷ Videre kan det å godta klimatrusselen som et allment hensyn være problematisk etter proporsjonalitetsprinsippet, da reduksjon av en enkelt stats utslipp ikke har noen stor innvirkning på klimaet alene.¹⁶⁸ PreussenElektra vil også bli behandlet nedenfor i pkt. 6.5 om importhindringer.

6.4.2.2 Kramer

De forente saker 3, 4 og 6/76 Kramer gjaldt spørsmålet om nederlandske bestemmelser innført ved implementeringen av anbefalinger fra Kommisjonen vedrørende North-East Atlantic Fisheries Convention var forenlige med fellesskapsretten. Bestemmelsene var innført til vern av rødspette og sjøtunge i Nordsjøen og Irskesjøen.

Hva gjaldt de nederlandske bestemmelsene til reduksjon av fisket, fant generaladvokaten at disse var i strid med forbudet mot kvantitative restriksjoner i traktatens daværende art. 31. Generaladvokaten drøftet deretter om hensynet til bevaring av fiskebestander kunne begrunnes i art. 30.¹⁶⁹ Han påpekte at en faktor vedrørende unntaksbestemmelsens ånd og egentlige funksjon manglet i denne saken. Restriksjoner som de i denne saken hadde ikke den karakteren av å være ”reelt ensidige” og begrenset til en enkelt stat, som følger av at interessene art. 30 skal beskytte, hovedsakelig er nasjonale og interne anliggender i denne staten.

¹⁶⁷ Se også Jacobs (2006) s. 192.

¹⁶⁸ Betydningen av reduksjonen av et stats utslipp avhenger likevel en del av størrelsen på staten. Hvorvidt størrelsen på den enkelte stat bør tas i betraktning i slike spørsmål kan imidlertid være tvilsomt.

¹⁶⁹ Daværende art. 36.

Generaladvokaten påpekte likevel at tiltakene i dette tilfellet fremmet interesser som i deres natur var felles for alle medlemsstatene, og som også var i Fellesskapets interesse. Formålet med restriksjonene ville bare nå dersom alle statene som opererte i de aktuelle områdene hadde en felles opptreden. Art. 30 gir medlemsstatene mulighet til å hindre den frie bevegelse av varer for å ivareta rettigheter og interesser som faller innenfor dens egen interessesfære. Spørsmålet var om dette var tilstrekkelig til at art. 30 ikke kunne anvendes for å begrunne restriksjoner på fiske på det åpne hav. Generaladvokaten understreket at det var et tomrom i fellesskapslovgivningen på fiskeriområdet, siden det ikke fantes noen regler som beskyttet fiskeriressursene. Under slike omstendigheter ville det kanskje være mulig å anvende art. 30.

Domstolen fant at de aktuelle tiltakene ikke utgjorde restriksjoner på samhandelen, og dermed ble ikke forholdet til art. 30 drøftet.¹⁷⁰

Generaladvokatens forslag til avgjørelse er her interessant i flere henseender. For det første avskrives adgangen til å legge vekt på hensyn som kun gjelder andre stater. På den andre siden ser generaladvokaten at art. 30 kan begrunne mer enn bare strengt nasjonale interesser. Han synes å akseptere at bestemmelsen kan anvendes på interesser som er felles for statene. Videre er det også interessant at de nederlandske tiltakene gjaldt på det åpne hav, utenfor noen stats territorium og eksklusive jurisdiksjon.

Det er likevel viktig å påpeke at det i dette tilfellet ikke var noen restriksjon på importen av fisk til Nederland, slik at en ikke sto overfor en situasjon hvor Nederland kan sies å ha forsøkt å tvinge sine standarder på andre medlemsstater. Slik sett gav Nederland bare regler for sine borgere. Restriksjonen for generaladvokaten besto i at tiltakene kunne påvirke handel gjennom å minske fiskevolumet produsert av nederlandske fiskere.¹⁷¹ Uavhengig av dette, illustrerer forslaget til avgjørelse at visse interesser kan sies å gjelde felles for statene, og at dette kan tilsi en utvidet anvendelse av traktatens art. 30.

¹⁷⁰ Se også Graver (1995) s. 220.

¹⁷¹ Se også Wiers (2002) s. 132-133.

6.4.3 Ulike typer fellesinteresser

6.4.3.1 Miljøskade i et land har betydning også for et annet land

Tilfellene hvor miljøskade i et land har betydning også for et annet land, var et av to typetilfeller hvor Pagh, som påpekt ovenfor, er villig til å godta eksterriorell anvendelse av traktatens art. 30.¹⁷² I slike tilfeller vil begge statene absolutt ha en interesse i at den skadelige forurensningen reduseres.

Dersom forurensning i en medlemsstat får tilstrekkelig direkte, påviselige og konkrete følger for en annen medlemsstat vil restriksjoner til bekjempelse av forurensningen være av hensyn til denne staten selv, og ikke av hensyn til staten der forurensningen skjer. Disse tilfellene har dermed en flytende grense mot det som vil utgjøre et nasjonalt hensyn igjen. Pagh viser til en avgjørelse hvor nettopp dette er tilfelle, der domstolen uttaler at "(...) kan bortskaffelse af farlig affald i en anden medlemsstat, navnlig i en nabostat, have alvorlige følger for miljøet i Tyskland og dermed begrunde et afslag paa en tilladelse til at foretage overførsel til denne stat".¹⁷³ Det er nok slike tilfeller hvor miljøskade i et land har direkte følger for et annet land Pagh har hatt i tankene.

I et perspektiv om hensynet til andre vil jeg imidlertid ikke drøfte denne situasjonen, nettopp fordi her blir hensynet til sitt eget land det framtrædende, og ikke fellesinteressen. Jeg vil heller se på tilfellet hvor forurensning i en stat har betydning som en del av det større klimaspørsmålet, og dermed også har indirekte betydning for andre medlemsstater. I slike tilfeller kommer slik jeg ser det fellesinteressespørsmålet mer på spissen. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til under pkt. 6.5 om importhindringer.

Svært mange miljøproblemer henger sammen, slik at de aller fleste problemene i prinsippet kunne kategoriseres under denne overskriften. Hvor det skal kategoriseres vil dermed avhenge av hvor direkte forbundet en tenker at skadene må være. CO₂-utslipp medfører blant annet en stor fare for at korallrev dør ut. På samme måte kan restriksjoner innføres på handel med koraller, nettopp fordi disse er en utrydningstruet art. Jeg setter skillet slik at handelsrestriksjoner på koraller er en fellesinteresse gjennom bevaring av en

¹⁷² Pagh (1996) s. 188-189.

¹⁷³ C-422/92 premiss 41. Pagh (1996) s. 191.

utrydningstruet art, mens det andre tilfellet kan ses som et tilfelle hvor verdensforurensningen har betydning for klimaet i det hele som en fellesinteresse.

6.4.3.2 Geografiske områder som kan utgjøre en fellesinteresse.

Felleseiet kan knytte seg direkte til visse geografiske områder og livet som finnes der. Et sentralt eksempel på slike områder er de såkalte global commons. Dette er områder som ikke faller innenfor noen av statenes territorium, og hvor ingen stat har eksklusiv jurisdiksjon. Global commons inkluderer det åpne hav med dets havbunn og dypere jordlag, det ytre rom og Antarktis. Atmosfæren regnes noen ganger også for å være en del av global commons.¹⁷⁴ Forslaget til avgjørelse i Kramer illustrerer at fiskebestander på det åpne hav er et gode som kan være i alle statenes interesse å beskytte.¹⁷⁵ Selv om det i denne saken ikke forelå et hinder på samhandelen, fiskekvotene kunne mer sammenlignes med produksjonsrestriksjoner, kan trolig generaladvokat Trabucchi synspunkter her også overføres til tilfeller hvor det foreligger et mer konkret hinder på samhandelen. Som tidligere nevnt kan hensynet til lojalitet overfor andre medlemsstater tilsi at det ikke er adgang til å ta hensyn til andre. Dersom man inntar dette synspunktet, må det sies å være mindre illojalt å ikke respektere andre medlemsstaters lovgivning når det gjelder goder og områder som er felles for medlemsstatene. Selv om slike tiltak begrenser den frie bevegelse på grunn av forhold som ikke gjør seg gjeldende på staten som innfører tiltakets territorium, bør det kunne tillates at medlemsstatene tar ansvar for slike områder.

Fra teorien er det i denne sammenhengen interessant å nevne Notaro, og de følger han oppstiller fra situasjonen ved global commons. Notaro stiller opp et skille mellom ”extra-territorial” og ”extra-jurisdictional” anvendelse av nasjonal rett.¹⁷⁶ Han peker på at selv om global commons er områder som ikke er under noen stats direkte jurisdiksjon,

¹⁷⁴ Sands (2003) s. 14. Flertallet av statene er enige om at Antarktis er en del av global commons.

¹⁷⁵ Opprettelsen av den økonomiske sone har imidlertid medført at levende havressurser ikke er i statenes felles eie i samme grad som før. Se nærmere om dette i Birnie (2009) s. 196 og 716.

¹⁷⁶ Notaro (2000)a s. 488.

burde alle stater kunne innføre beskyttende tiltak som gjelder disse områdene, siden de nettopp er felles. Notaro slutter av dette at beskyttende tiltak befinner seg under nasjonal jurisdiksjon, selv om de får eksterritoriell anvendelse. Han overfører dette argumentet til EU-området, og framholder at nasjonale tiltak som skal beskytte Fellesskapets fellesarv burde bli godtatt.

6.4.3.3 Andre goder som kan utgjøre fellesinteresse for statene

Et annet område hvor fellesinteresse kan være aktuelt, er beskyttelse utrydningstruede dyre- eller plantearter. Slik som vi så i sak 169/89 Van den Burg, kan også beskyttelse av trekkfugler anses som en fellesinteresse for statene.

Det er i hvert fall to mulige grunner til at utrydningstruede arter bør anses som fellesinteresser som kan beskyttes under art. 30. For det første er bevaring av den enkelte art og artsmangfoldet i det hele et svært betydningsfullt gode i seg selv. For det andre er økosystemer svært skjøre, slik at når en art forsvinner kan dette skape store forstyrrelser i næringskjedene. Hva som utgjør en utrydningstruet art må bero på en viss vitenskapelig enighet. Hvor denne grensen nærmere skal settes kan imidlertid være problematisk, og bør balanseres med føre-var-prinsippet.

Jeg vil komme noe tilbake til utrydningstruede arter under pkt. 6.5 om importhindringer nedenfor.

6.4.3.4 Begreper som beskriver statenes felleseie og betydningen av internasjonale konvensjoner

Drøftelsen av EU-statenes felleseie kan ikke ses isolert fra lignende vurderinger i internasjonal miljørett.

Ifølge Jans er eksterritoriell anvendelse av art. 30 mer problematisk når det ikke foreligger ”common responsibilities”.¹⁷⁷ Han utdyper ikke hva han legger i en slik felles

¹⁷⁷ Jans (2008) s. 263.

forpliktelse, men det er nærliggende å tro at dette har sammenheng med felleseietanken. I internasjonal miljørett beskriver ”common responsibility” den felles forpliktelsen som to eller flere stater kan ha for å beskytte en spesiell naturressurs. Det er mer sannsynlig at det foreligger en delt forpliktelse hvor ressursen ikke tilhører, eller er under eksklusiv jurisdiksjon av, en enkelt stat.¹⁷⁸

Begreper som ”common concern” og ”common heritage of mankind” blir ofte brukt om hverandre i konvensjoner og internasjonalrettslig litteratur, for å referere til den felles interessen stater har i å beskytte visse økologiske goder. Rio-traktatene¹⁷⁹ bruker begrepet ”common concern” for å angi de områder som medfører ”global responsibilities”.¹⁸⁰ Begreper som disse må forstås og tolkes i lys av sammenhengen de vurderes i. De rettslige rammene og konsekvensene av at disse formuleringene påberopes er usikre.¹⁸¹ Kiss og Shelton påpeker at det internasjonale samfunnets rett og plikt til å handle i situasjoner som dreier seg om ”common concern” må balanseres med respekten for nasjonal suverenitet.¹⁸² Det er således ikke snakk om en blankofullmakt. En nærmere vurdering av disse ulike begrepene vil imidlertid føre for langt innenfor denne avhandlingens rammer.

Det er likevel interessant å vurdere hvilken betydning slike internasjonale konvensjoner kan ha ved defineringen av Fellesskapets fellesinteresse.

I både PreussenElektra og Kramer var de beskyttelsesverdige interessene betegnet som ”common concern” i mellomstatlige konvensjoner, henholdsvis FNs rammekonvensjon om klimaendring¹⁸³ og the North-East Atlantic Fisheries Convention fra 1959. Et annet eksempel, om enn ikke med stor betydning for eksterritorialitetsspørsmålet, er C-67/97 hvor EF-domstolen etter art. 30 godtok et dansk importforbud av bier til den danske øya Læsø, for å bevare en spesiell bietype på denne øya. Domstolen henviste blant annet FNs konvensjon om biologisk mangfold, som også Fellesskapet er tilsluttet.

¹⁷⁸ Sands (2003) s. 286.

¹⁷⁹ FNs rammekonvensjon om klimaendring og konvensjonen om biologisk mangfold.

¹⁸⁰ Birnie (2009) s. 128.

¹⁸¹ Sands (2003) s. 286-287.

¹⁸² Kiss (2004) s. 34.

Hva gjelder utrydningstruede arter, er CITES en internasjonal konvensjon som regulerer internasjonal handel og transport med truede dyre- og plantearter over landegrensene. Fellesskapet er ikke tilsluttet denne konvensjonen, men den er grunnlaget for forordning (EF) nr. 338/97, som regulerer Fellesskapets handel med tredjestater. I Van den Burg henviste domstolen til at rype ikke var oppført i forordning (EØF) nr. 3626/82¹⁸⁴ som utrydningstruet etter CITES, når det skulle begrunnes hvorfor ikke eksteritoriell beskyttelse av rype var mulig etter det aktuelle direktivet.

På den andre siden var statene i C-1/96 *Compassion in World Farming* var statene part i en europeisk konvensjon til vern av oppdrettsdyr, men EF-domstolen vektla ikke dette i sin drøftelse. Vekten av dette argument avhenger imidlertid av om man forstår *Compassion in World Farming* kun som en direktivtolkningsavgjørelse.

Så vidt meg bekjent har ikke EF-domstolen eksplisitt uttalt seg om slike konvensjoners betydning, men de nevnte avgjørelsene indikerer at de kan tillegges vekt. Det antas likevel at vekten vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Nært knyttet til dette spørsmålet er hvorvidt EUs felleseie samsvarer med internasjonal rettsoppfatning av hva felleseie er. I begge tilfeller vil jeg anta at svaret blant annet vil bero på om Fellesskapet er tilsluttet den aktuelle konvensjonen, hva eventuelt årsaken til at Fellesskapet ikke er tilsluttet er, og hvor mange medlemsstater som er tilsluttet konvensjonen. Jeg vil også tro at momenter som det beskyttede godets art og hvor det befinner seg vil ha betydning. Videre kan det blant annet ha betydning hvor sterk beskyttelse konvensjonen foreskriver for dette godet.

Dersom det finnes fellesskapslovgivning i EU som for eksempel angir noe som et common concern for medlemsstatene, tilsier dette at medlemsstatene har en fellesinteresse i beskyttelsen av dette godet.¹⁸⁵ Dette innebærer nødvendigvis ikke at medlemsstatenes muligheter til ensidig å innføre restriksjoner til beskyttelse av disse godene øker. Dette vil avhenge av fellesskapslovgivningen, og det kan være at denne uttømmende regulerer medlemsstatenes frihet på området, eller at det vil motvirke gjennomføringen av

¹⁸⁴ Forløperen til forordning (EF) nr. 338/97.

¹⁸⁵ Et eksempel er direktiv 92/43/EØF om bevaring av naturlig habitater og vill fauna og flora. Direktivets fortale angir truede habitater og arter som en del av Fellesskapets naturarv.

felleskapsforpliktelsene dersom enkelte medlemsstater innfører ensidig handelshindrende tiltak. En annen side av dette er at dersom et gode innen Fellesskapet er truet, kan det antas at beskyttelsesmekanismer innført på fellesskapsplan normalt vil være mer effektive. Dette kan tilsi at en stat heller bør jobbe for slike beskyttelsesmekanismer enn ensidig handling.

6.5 Importhindringer til beskyttelse av miljøet

6.5.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg drøfte hvorvidt en medlemsstat kan innføre restriksjoner på innførselen av varer til sitt territorium med miljøbeskyttelse i en annen medlemsstat som begrunnelse. Dette må holdes atskilt fra situasjonen der det er egenskaper ved selve varen som kan gjøre seg gjeldende i importstaten. En slik egenskap ved varen vil typisk være at selve varen forurenses i innførselsstaten, for eksempel inneholder den skadelige gasser. Restriksjoner på import av slike varer vil derfor ikke begrunnes i hensynet til andre, men av hensyn til importstaten selv.

Hva gjelder hensynet til andre og importrestriksjoner er det særlig to kategorier som kan tenkes. Den ene er at importrestriksjoner innføres direkte på dyr og planter eller varer av disse. Den andre er at restriksjoner innføres på grunn av varers miljøskadelige produksjonsprosess.

6.5.2 Generelt om eksterrielle importtiltak ved miljøbeskyttelse

Det ser ikke ut til å ha vært noen sak for EF-domstolen som direkte gjelder spørsmålet om en medlemsstat kan innføre handelsbegrensende tiltak for importen i landet, med miljøet i en annen medlemsstat som begrunnelse. Det nærmeste er nok C-169/89 Van den Burg og C-379/98 PreussenElektra, som har blitt omtalt ovenfor.

Det er også et spørsmål hvilken betydning de i pkt. 6.3 refererte avfallsdommene vil kunne ha for eksterriell beskyttelse i importtilfellene. Dersom det antas at domstolen i avfallssakene har godkjent at eksportmedlemsstaten i visse tilfeller tar hensyn til andre

medlemsstater, kan det antas at EF-domstolen også vil se disse som relevante i importtilfellene. Hvilken vekt dette eventuelt vil ha kan likevel diskuteres.

Som et utgangspunkt er det forskjell på de typiske tilfellene forbudene mot import- og eksportrestriksjoner skal ramme på vareområdet. Restriksjoner på import kan ha en nærmere sammenheng med ønsket om å beskytte nasjonalt næringsliv og produksjon fra konkurranse, mens eksportrestriksjoner oftere vil være basert på et ønske om å holde nasjonale produkter innad i landet, for eksempel på grunn av vareknapphet. Den tradisjonelle forståelsen av at traktatens art. 29 kun rammer diskriminerende tiltak kan sees i denne sammenhengen. I avfallssakene gagnet imidlertid eksportbegrensningene nasjonale bedrifter, ved at disse bedriftene ble garantert økt arbeidsmengde. Disse tilfellene har dermed likheter med de typiske importrestriksjoner, og dette kan tilsi at rettstilstanden i disse situasjonene bør være den samme.

I forslagene til avgjørelse i sak 8/74 Dassonville, C-5/94 Hedley Lomas, C-169/89 Van den Burg og C-1/96 Compassion in World Farming så det ikke ut til at generaladvokatene la noe vekt på om den aktuelle saken gjaldt eksport eller import, eller på annen måte indikerte at det skulle være noen forskjell her. Både generaladvokat Trabucchi og Léger avviste på generell basis at art. 30 kunne anvendes til beskyttelse av annet enn nasjonale interesser. Dette kan tilsi at det ikke vil være noen forskjell mellom utførsel og innførsel av varer her.

Domstolen har som sagt ikke klargjort om det er adgang til å legge vekt på hensynet til andre i importtilfellene. Det er imidlertid interessant å merke at Kommisjonen i sitt innlegg for domstolen i Van den Burg, argumenterte for at beskyttelse av dyr etter art. 30 like gjerne kan skje overfor dyr som ikke befinner seg på territoriet til det landet som innfører det beskyttende tiltaket, som overfor dyr som faktisk befinner seg der.¹⁸⁶ Kommisjonen viste her til bestemmelsens ordlyd, og vektla også at det ikke følger av ordlyden at beskyttelsestiltak kun kan innføres overfor utrydningstruede arter. For å begrunne at dette også gjelder eksteritorielt, påpekte Kommisjonen at restriksjoner for utførsel av dyr, for eksempel veterinærkontroll, i hovedsak er knyttet til dyrenes liv og

¹⁸⁶ Sml 1990 s. 2149.

helse i det landet eksporten skjer til. Videre la Kommisjonen vekt på at beskyttelsen av fugler har grenseoverskridende karakter, og at dette var erkjent i direktiv 79/409/EØF. Kommisjonen sluttet av dette at art. 30 kan anvendes av en medlemsstat også for å beskytte fuglelivet utenfor denne staten.

Kommisjonen har også godtatt et tysk forbud mot import av varer produsert av corallium rubrum, en sjelden korall som lever i Middelhavet, som begrunnet i art. 30 under beskyttelse av dyre- og plantelivet.¹⁸⁷ Dette til tross for at det tyske forbudet utgjorde en restriksjon hvert fall overfor en annen medlemsstat, Italia, hvor denne korallen lever og ble brukt i smykkeproduksjon.¹⁸⁸

Et annet eksempel på nasjonalt forbud med hensynet til andre som begrunnelse, er forbud som flere medlemsstater innførte på 1980-tallet mot import av elfenben for å beskytte den afrikanske elefanten.¹⁸⁹ Siden en vare fra et tredjeland likestilles med varer med opprinnelse i Fellesskapet så snart de har kommet inn på markedet i et medlemsland, vil et slikt forbud kunne utgjøre et hinder på den frie bevegelse av varer. Krämer skriver at til tross for dette kan et slikt forbud opprettholdes dersom prinsippene om ikke-diskriminering og proporsjonalitet er overholdt.¹⁹⁰ I kjølvannet av de nasjonale forbudene ble det innført en forordning som forbød slik import, forordning (EØF) nr. 2496/89. Krämer stiller i denne forbindelse spørsmål ved forordningens overensstemmelse med traktaten, men dette er basert på forhold ved den spesifikke saken som medførte at det var tvilsomt om proporsjonalitetsprinsippet var oppfylt.¹⁹¹

Både korall- og elfenbensforbudet kan illustrere fellesinteresser for Fellesskapet ved at overlevelsen av to forskjellige dyrearter sto på spill. Disse sakene kom imidlertid aldri for domstolen. I en artikkel fra 1993 hevder Krämer imidlertid at beskyttelse av dyre- og

¹⁸⁷ Krämer (2007) s. 118. Krämer gir ingen henvisning til selve beslutningen fra Kommisjonen, og det har ikke lyktes meg å finne denne. Hedemann-Robinson (2000) nevner også denne beslutningen på s. 33, men han henviser kun til en eldre framstilling av Krämer hvor heller ikke referansen oppgis.

¹⁸⁸ Handelen har etter hvert blitt omfattet av et forbud på fellesskapsnivå gjennom forordning 338/97, men denne gjelder som tidligere nevnt bare i forholdet til tredjestater.

¹⁸⁹ Krämer (1993) s. 137.

¹⁹⁰ Krämer (2007) s. 118.

¹⁹¹ Krämer (1993) s. 137.

planteliv i andre medlemsstater er mulig dersom det foreligger vitenskapelig bevis for artens overlevelse.¹⁹² Det er heller ikke avgjort av EF-domstolen om et importforbud kan innføres for å fremme dyrevern i et annet land. Krämers fokus på at det må foreligge bevis for fare for artens overlevelse, tilsier at han ikke anser dyrevern i seg selv som tilstrekkelig.

I det følgende vil jeg ikke forfølge disse spørsmålene videre, men konsentrere meg om det andre spørsmålet nevnt i innledningskapitlet ovenfor, nemlig om en medlemsstat kan stille krav til produksjonsprosesser i andre stater.

6.5.3 Kan en medlemsstat stille krav til produksjonsprosesser i andre stater?

Et interessant spørsmål knyttet til innførselshindringer er hvorvidt en medlemsstat kan stille krav til produksjonen av varer i andre medlemsstater. I det følgende vil jeg først knytte noen kommentarer til vurderingen om det hensett til sekundærlovgivningen på området fortsatt er mulig å gjøre unntak etter art. 30 og hensynslæren på dette området. Innenfor denne oppgavens rammer er det ikke hensiktsmessig å forsøke å gi et generelt svar på dette spørsmålet, men det vil bli pekt på noen vurderinger som vil måtte gjøres. Deretter vil jeg vurdere hvilke argumenter som kan tale for og imot at en medlemsstat kan stille slike krav, dersom en slik sak kom opp for EF-domstolen. Herunder vil jeg også knytte noen kommentarer til proporsjonalitetsvurderingen, dersom eksterritoriell beskyttelse i prinsippet godtas.

6.5.3.1 Vurderinger knyttet til sekundærlovgivning på området

Både harmonisering av produktstandarder og harmonisering av utslipp ved produksjonsprosesser kan hindre en medlemsstat fra å kunne vurdere eksterritoriell beskyttelse etter art. 30 eller hensynslæren.

Harmonisering av produktstandarder vil særlig ha to funksjoner på miljøområdet. Harmoniseringen skal sørge for en tilstrekkelig miljøbeskyttelse gjennom å for eksempel regulere den tillatte mengden kvikksølv i et produkt, samtidig som den skal sørge for at

¹⁹² Krämer (1993) s. 140.

produkter som oppfyller disse miljøkravene nyter fri bevegelighet på markedet.¹⁹³ Dersom et produktstandarddirektiv direkte regulerer det aktuelle forholdet, er spørsmålet da om direktivet tillater å innføre strengere tiltak, og i så fall om hensynet til andre regnes for å være et strengere eller et annet tiltak. Slike harmoniseringer av produktstandarder utgjør ofte en totalharmonisering.

Videre kan også noe av den omfattende fellesskapslovgivningen som gjelder utslipp ved ulike produksjonsprosesser hindre en stat i å kunne påberope seg art. 30 eller hensynslæren. Notaro peker på at mange produksjonsprosesser har blitt harmonisert på fellesskapsnivå, og at dette spørsmålet etter art. 30 og hensynslæren derfor ikke er så praktisk som det kunne ha vært.¹⁹⁴

En mulig restriksjon knyttet til produksjonsprosesser i utlandet kan være en nasjonal regel som fastsetter at produksjon av en viss type produkter på dens territorium som medfører utslipp til luft per enhet overskridende en viss grenseverdi skal være forbudt, og det samme skal gjelde import eller salg av slike produkter fra andre land. En mindre inngripende restriksjon kan være at disse produktene skal merkes, slik at det framgår at de ikke tilfredsstiller importstatens miljøkrav. Begrunnelsen for et slikt tiltak vil typisk kunne være reduksjon av drivhusgasser, som bidrar til klimatrusselen vi i dag står overfor. Forurensningen gjør seg altså direkte gjeldende i den andre medlemsstaten, men har indirekte betydning for importstaten gjennom klimaforandringene.

Et sentralt direktiv, som det er mulig kan virke inn på adgangen til å ta hensyn til klimaet i et slikt tilfelle, er direktiv 2008/1/EF om integrert forurensningskontroll og forebygging.¹⁹⁵ Direktivet foreskriver nasjonale godkjennelsesordninger, visse forurensende installasjoner må ha nasjonale tillatelser for å drive. Ved utstedelsen av slike

¹⁹³ Et eksempel på et slikt direktiv er 2006/66/EF om batterier og akkumulatorer. Se også Jans (2008) s. 95.

¹⁹⁴ Notaro (2000) s. 488 peker på at av denne grunn har spørsmålet om begrunnelse av import- og eksportrestriksjoner ofte kommet opp i forhold til dyrs helse og velferd, i stedet for hvordan varer har blitt produsert.

¹⁹⁵ Direktivet er ikke per i dag innlemmet i EØS-avtalen. Det er imidlertid EØS-relevant, og kodifiserer direktiv 96/61/EF som er del av EØS-avtalen. For en nærmere gjennomgang av den viktigste sekundærlovgivningen på området se Jans (2008) s. 376-391.

tillatelser fastsetter direktivet hva de nasjonale myndighetene må ta i betraktning i vurderingen, og fastsetter hvilke installasjoner og hva slags stoffer som krever utslippstillatelse. Nasjonale myndigheter kan innføre strengere tiltak enn det som følger av direktivet. Jeg antar dette innebærer at en kan kreve tillatelse for å slippe ut også andre stoffer enn de som rammes av direktivet, og kreve tillatelse for andre installasjoner enn de som er nevnt i direktivene. Direktivet utgjør ikke en totalharmonisering, og regulerer ikke direkte salg av forskjellige produkter på medlemsstatenes område. Adgangen til å legge vekt på forurensning i andre stater ser derfor ikke ut til å være avskåret av denne grunn.

Det er likevel mulig at handelshindringer fra en stat på grunn av produksjonsprosesser i andre stater, kan stride mot formålet med fellesskapsreguleringen, og således være i strid med lojalitetsforpliktelsene etter EF-traktaten art. 10.¹⁹⁶ En ting er at statene kan sette strengere krav til tillatelser for nasjonale bedrifter, noe annet er å innføre restriksjoner på andre staters varer. Dersom en virksomhet har fått en nasjonal tillatelse i medfør av direktivet, forutsettes det at denne opererer i overensstemmelse med de europeiske krav som stilles til å drive en så miljøvennlig bedrift som mulig. Dersom en stat likevel innfører restriksjoner på varer fra slike bedrifter, kan dette dermed ses på som en illojal motvirkning av det systemet EU har utarbeidet. Dersom en medlemsstat mener at direktivets krav er for lave, slik at bedrifter som medfører for store utslipp får tillatelser de ikke skulle ha fått, kan det hevdes at denne staten heller bør anvende de prosedyrene direktivet foreskriver for å øke beskyttelsen i Fellesskapet etter direktivet. Det samme kan gjelde der hvor virksomheter ikke trenger tillatelse etter direktivet, men en annen medlemsstat har innført strengere regler for sine bedrifter, og denne staten ønsker også å innføre restriksjoner overfor andre medlemsstater som ikke overholder denne statens strengere krav.

Dette er vanskelige spørsmål som, så vidt jeg vet, ikke er endelig avgjort av EF-domstolen. Utslipp til luft fra industri ser i alle tilfeller ikke ut til å være så gjennomregulert i fellesskapsretten at ikke art. 30 og hensynslæren kan komme inn. I det følgende vil det

¹⁹⁶ I en konkret sak vil denne vurderingen naturlig foretas etter vurderingen har blitt foretatt etter traktaten/hensynslæren. I denne framstillingen er det likevel ryddigst å ta dette i sammenheng med resten av spørsmålene knyttet til sekundærlovgivningen.

diskuteres hvorvidt handelsrestriksjoner kan innføres på grunn av forurensning i andre land begrunnet i klimaproblemet.

6.5.3.2 Vurderinger knyttet til traktaten og hensynslæren

Når det gjelder spørsmålet om handelsrestriksjoner kan innføres på grunn av forurensning i andre land med klimaet som begrunnelse, er PreussenElektra den mest relevante avgjørelsen fra EF-domstolen. Bakgrunnen for ordningen i denne saken var ønsket om å fremme bruken av fornybare energikilder i Tyskland. Ved at en større andel av elektrisiteten kom fra fornybare energikilder, var nok tanken at utslipp fra de konvensjonelle strømprodusenter ville reduseres, noe som igjen ville redusere drivhusgassutslipp i Tyskland. Da forpliktelsen til å kjøpe fornybar energi var egnet til å begrense tyske kjøp av elektrisitet fra konvensjonelle energikilder i utlandet, kunne den potensielt bidra til å redusere drivhusgassutslipp også i andre medlemsstater. Det ser imidlertid ikke ut til at dette var framme for domstolen. Avgjørelsens eksterritorielle element består således i at klimaet ikke er en identifiserbar del av noen stats territorium. Begrunnelsen var likevel Tysklands reduksjon av farlige utslipp, slik at avgjørelsen som sådan gjelder virkninger som direkte gjør seg gjeldende i staten som innfører restriksjonen.

PreussenElektra avgjør dermed ikke direkte problemstillingen. Krämer behandler eksterritorielle beskyttelsestiltak på grunn av produksjonsprosesser i en eldre artikkel. Han stiller først spørsmålet om nasjonale forbud mot produkter som inneholder KFK-gasser er lovlig etter art. 30.¹⁹⁷ Han peker på at ozonlaget ikke er del av noen av medlemsstatenes territorium, men at miljøbeskyttelse heller ikke er knyttet til det nasjonale miljøet i den enkelte medlemsstat. Medlemsstatene står derfor fritt til å beskytte miljøet utenfor deres territorium. Dette tyder på at Krämer legger til grunn en vid adgang til å legge vekt på hensynet til andre.

I denne sammenhengen er det sentralt å påpeke at det ikke har blitt tatt hensyn til miljøet ved fastsettelsen av grensene mellom statene. Miljøet kan ikke naturlig deles opp på denne måten. Det kan dermed hevdes at EU-retten ikke bør sette slike unaturlige hindringer

¹⁹⁷ Krämer (1993) s. 135-136.

i veien for miljøbeskyttelsen. Jans peker også på at miljøbeskyttelse i mange saker ikke lenger kan bli sett på som et strengt nasjonalt anliggende.¹⁹⁸

Senere i artikkelen framholder Krämer at hva gjelder beskyttelsen av miljøet i en annen medlemsstat, er det denne statens eget ansvar å sette et passende beskyttelsesnivå. Derfor hevder Krämer at restriksjoner på bilimport fra andre medlemsstater, fordi produksjonen av plast og stål til slike biler er framstilt under produksjonsprosesser som medfører høyere luftutslipp enn det importstaten godtar, ikke kan begrunnes i art. 30.¹⁹⁹ Dette tyder på at Krämers tidligere uttalelse gjaldt tiltak hvor selve det miljøskadelige forholdet har virkninger på statens eget territorium.

Krämer peker imidlertid på at situasjonen kan være annerledes ved for eksempel det tyske forbudet mot innførsel av corallium rubrum, fordi tiltaket her gjaldt dette dyrets overlevelse, og art. 30 nevner eksplisitt liv og helse til dyr og planter uten å begrense anvendelsen til det nasjonale territoriet. Det kan forstås slik at Krämer mener det er forskjell på miljø i snever forstand og de traktatfestede hensynene. Jeg tror imidlertid det er mer riktig å se dette i sammenheng med at koralltiltaket har en mer direkte effekt, det er ikke avledet og vagt slik som tiltak til reduksjon av utslipp. Dette underbygger også teorien om at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. Trusselen til korallene syntes mer umiddelbar. Med den kjennskapen vi i dag har til klimaproblemene, er dette imidlertid et standpunkt som kan revurderes.

Krämer framholder at klimafaktoren er for vag til at det kan trekkes noen rettslige slutninger av den, og den kan derfor ikke utgjøre et allment hensyn.²⁰⁰ Krämer hevder det må kunne identifiseres en risiko tilknyttet en konkret del av miljøet.²⁰¹ Derfor kunne han akseptere tiltak til beskyttelse av ozonlaget, men ikke klimaet.

Det har skjedd svært mye på de 16 årene som har gått siden denne artikkelen ble publisert. Selv om det fortsatt er noen tvilere, foreligger det nå bred vitenskapelig enighet om behovet for å bekjempe klimatrusselen, og at denne er menneskeskapt. Dersom ikke

¹⁹⁸ Jans (2008) s. 261.

¹⁹⁹ Krämer (1993) s. 138.

²⁰⁰ Krämer (1993) s. 139-140.

²⁰¹ Krämer (1993) s. 140.

enigheten var så bred, ville dette uansett måtte sammenholdes med føre-var-prinsippet.

Klimaet som sådan kan ikke anses som en konkret del av miljøet.

Klimaforandringene kan likevel ha svært alvorlige konsekvenser for alle de konkrete deler av miljøet som vi kjenner til. Å trekke en slik grense som Krämer gjør her vil derfor virke for snevert. De svært alvorlige konsekvensene klimaforandringer kan ha, tilsier at det er mulig å gjøre unntak fra traktatens forbudsbestemmelser, selv om forurensningen skjer på en annen medlemsstats område. Selv om forurensningen i første omgang skjer i denne andre medlemsstaten, har klimaforandringer virkninger i alle land, og fellesinteressen står sentralt. De fellesskapsrettslige prinsippene pekt på i pkt. 6.2 har også her betydning.

Dersom EF-domstolen godtar dette som et legitimt hensyn, kan likevel proporsjonalitetsvurderingen være problematisk. Andre tiltak på det nasjonale plan kan være like effektive som å hindre import fra andre land. Det forutsettes at de samme reglene som ville hindre import også ville gjelde for nasjonale bedrifter, men det er svært mange andre ting en stat kunne gjøre for å redusere utslipp, for eksempel restriksjoner på nasjonal bilkjøring. Graver framhever et lignende poeng i sin behandling av adgangen til å stille miljøkrav etter anskaffelsesloven.²⁰² Han gir uttrykk for at det er usikkert om det kan stilles krav når det gjelder mer generelle miljøeffekter som kan bekjempes med forskjellige midler, for eksempel klimaproblemer ved utslipp av drivhusgasser. Han mener likevel at det bør være adgang til å gå lenger i å stille generelle miljøkrav i offentlige anskaffelser enn adgangen det offentlige har anledning til ved generelle restriksjoner som påvirker samhandelen. Graver antar dermed at klimaproblemer ikke kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse. På den andre siden godtok EF-domstolen nettopp den tyske ordningen i PreussenElektra tross dette.

I denne sammenhengen kommer også argumentet om at eksterritoriale beskyttelsestiltak kan ha vanskelig for å stå seg dersom det foretas en snever proporsjonalitetsvurdering, i og med virkningen på det godet de ønsker å beskytte som regel blir mer indirekte.

²⁰² Graver (2002) s. 263.

Proporsjonalitetsvurderingen kan være problematisk, men dersom EF-domstolen ønsker å godkjenne eksterritorielle tiltak til beskyttelse av miljøet, må den ikke nødvendigvis stille så strenge krav i denne sammenhengen. Etter mitt syn bør EF-domstolen i enkelte tilfeller godta klimatrusselen som et legitimt allment hensyn i begrunnelsen av eksterritorielle handelsrestriksjoner. Som påpekt tidligere, kan det igjen ikke sies noe sikkert om dette uten en mer direkte avgjørelse fra EF-domstolen.

7 Andre eksterritorielle hensyn

7.1 Forbrukerbeskyttelse

7.1.1 Innledning

Ifølge EF-traktaten art. 153 skal Fellesskapet fremme forbrukerinteressene og sikre et høyt nivå for forbrukervern. Forbrukervern er også etablert som et legitimt allment hensyn etter EF-domstolens praksis. Dette er også et hensyn som kan tenkes å bli gitt eksterritoriell anvendelse, gjennom nasjonale regler til beskyttelse av andre medlemsstaters forbrukere.

I dette kapitlet behandles spørsmålet om det er mulig å la nasjonale tiltak til beskyttelse av eksterritorielle forbrukerhensyn begrense frie tjenestebevegelser. Dette vil skje ved en gjennomgang av EF-domstolens avgjørelse i C-384/93 Alpine Investments. På tjenesteområdet kan eksteritorialitetsspørsmålet særlig komme opp i tilfeller ved hjemstatsregulering, ved at en stat ønsker at dens foretak skal overholde de strengere reglene som gjelder i denne staten, i stedet for de som følger av vertsstatens regler. Dette var tilfellet i Alpine Investments. Så vidt meg bekjent er dette den eneste avgjørelsen fra EF-domstolen som gjelder eksterritoriell beskyttelse og tjenesteytelser.

I det følgende vil jeg først redegjøre for faktum i avgjørelsen, og deretter vurdere dens betydning for eksteritorialitetsspørsmålet.

7.1.2 Alpine Investments

Alpine Investments var et nederlandsk selskap spesialisert på vareterminkontrakter. Selskapet anla sak for å få prøvet et nederlandsk forbud for formidlere av verdipapirer på varetermensmarkedet mot å ta telefonisk kontakt med private for å tilby dem visse finansielle tjenesteytelser, dersom ikke disse potensielle kundene på forhånd hadde samtykket skriftlig til en slik framgangsmåte, såkalt "cold calling". Selskapet hadde kunder

både i Nederland, Belgia, Frankrike og Storbritannia. Reglene i Nederland var på dette området strengere enn i de andre statene. EF-domstolen fant at et slikt forbud mot ”cold calling” var i strid med EF-traktaten art. 49 i det omfang det vedrørte potensielle kunder i andre medlemsstater.

Domstolen vurderte deretter om restriksjonen kunne begrunnes i allmenne hensyn. Nederland begrunnet forbudet i hensynet til forbrukerbeskyttelsen og beskyttelsen av nederlandske finansielle tjenesteyteres renommé. Til dette svarte domstolen ”at uagtet forbrukerbeskyttelsen på andre medlemsstaters område ikke som sådan påhviler de nederlandske myndigheter, har denne beskyttelses karakter og omfang dog direkte indvirkning på den nederlandske finansielle sektors omdømme.”²⁰³ Videre uttalte domstolen at opprettholdelse av denne sektorens gode omdømme derfor kunne anses som et allment hensyn, og dermed berettige restriksjoner på den frie utveksling av finansielle tjenesteytelser.

Hva gjelder proporsjonalitetsvurderingen hadde Alpine Investments blant annet gjort gjeldende at forbudet mot ”cold calling” ikke var nødvendig, fordi hjemstaten måtte stole på kontrollen som ble utført i mottakerstaten. Domstolen avviste dette argumentet, og gjorde gjeldende at den medlemsstaten hvorfra telefonoppringningen skjedde, var best i stand til å regulere ”cold calling”.

7.1.3 Vurdering av avgjørelsen og eksterritoriell forbrukerbeskyttelse

Domstolen ser i denne avgjørelsen ut til å slå fast at det *ikke* er Nederlands sak å beskytte forbrukere i andre medlemsstater. Forbudet mot ”cold calling” overfor forbrukere i andre medlemsstater kunne imidlertid opprettholdes fordi det ivaretok den nederlandske finansnæringens gode navn og rykte, noe som utgjør et nasjonalt hensyn for Nederland. Sammenhengen mellom de to hensynene kan noe forenklet forklares slik at dersom nederlandske finansforetak ikke opptrådte tilbørlig overfor utenlandske forbrukere, ville dette etter hvert bli kjent i disse landene, og dette ville igjen svekke tillitten til den nederlandske finanssektoren.

²⁰³ Premiss 43.

Det kan stilles spørsmål ved om eksterritoriell forbrukerbeskyttelse tjente som en sidebegrunnelse ved siden av det nasjonale hensynet om beskyttelse av finanssektorens renommé, eller om domstolen mente å avfeie det som et illegitimt hensyn i det hele.

I sitt forslag til avgjørelse, uttalte generaladvokat Jacobs at det ikke kunne være tvil om at ønsket om å beskytte forbrukere, og ønsket om å ivareta den nederlandske finanssektorens rykte, kunne berettige hindringer på den frie bevegelse av tjenester.²⁰⁴ Dette kan virke som en sidestilling av de to hensynene, slik at forbrukerbeskyttelsen kan gis selvstendig betydning i begrunnelsen. Generaladvokatens videre redegjørelse tyder imidlertid på at han vektla forbrukerhensynet, fordi det er nært forbundet med finanssektorens gode rykte.²⁰⁵

Betlem synes å mene at denne avgjørelsen medfører at eksterritoriell forbrukerbeskyttelse kun er tillatt i den grad det er forbundet med et nasjonalt hensyn.²⁰⁶ Bull påpeker at det avgjørende for domstolen tilsynelatende var at finansnæringens gode navn og rykte var et hensyn som kunne tilordnes Nederland, mens det derimot ikke var Nederlands oppgave å verne forbrukerne i andre medlemsland i henhold til Nederlands egne krav til forbrukervern.²⁰⁷ Det kan dermed synes som at Bull mener at forbrukerbeskyttelsen i alle tilfeller ikke utgjorde et legitimt hensyn i denne saken.

²⁰⁴ Premiss 69 og generaladvokatens konklusjon på dette punkt i premiss 78.

²⁰⁵ Se blant annet premiss 77.

²⁰⁶ Betlem (2007) s. 699.

²⁰⁷ Bull (2002) s. 586. Bull gir for øvrig et godt eksempel på en norsk bestemmelse som kunne være tvilsom i denne sammenhengen, den gamle verdipapirhandelloven fra 1997 § 9-5 om verdipapirforetaks handel med derivater. Bestemmelsens annet ledd krevde at både norske verdipapirforetak og verdipapirforetak fra andre EØS-land skulle kontrollere at kunden hadde stilt den sikkerhet som utenlandske oppgjørssentraler krevde ved slik handel. Dersom ikke lovgivningen i det landet der oppgjørssentralen lå stilte krav til at verdipapirforetaket skulle kontrollere at kunden hadde stilt den sikkerheten som oppgjørssentralen krevde, ville et slikt norsk krav kunne utgjøre en handelshindring. Begrunnelsen for restriksjonen måtte i så fall være å beskytte oppgjørssrisikoen i utenlandske oppgjørssentraler og å beskytte verdipapirforetakets renommé. Begge disse begrunnelsene ville være hensyn til andre land, som det ville være tvilsomt om Norge hadde noe med. I den nye verdipapirhandelloven har den tilsvarende bestemmelsen, § 10-6 annet ledd, imidlertid ikke lenger anvendelse på verdipapirforetak fra andre EØS-land, jfr. lovens § 9-26.

Rognstad og Foyn skriver at man kan si at forbrukerbeskyttelse var et underliggende hensyn.²⁰⁸

Uavhengig av hvordan man ser på dette spørsmålet, er det klart at domstolen ikke så beskyttelse av utenlandske forbrukere som en tilstrekkelig grunn til å kunne begrunne en restriksjon alene. I realiteten innebærer dette i alle tilfeller at eksterritoriell forbrukerbeskyttelse ikke er mulig. Som en sidebegrunnelse hadde forbrukerbeskyttelsen uansett bare betydning i kraft av påvirkningen på den finansielle sektorens renommé, som var det godtatte allmenne hensynet. Det som er interessant å merke her er at selv om domstolen fant at beskyttelse av forbrukere ikke var Nederlands ansvar, så fant den likevel at restriksjonen var lovlig. Dette viser at en avvisning av en påberopelse av hensynet til andre som en del av en begrunnelse, ikke nødvendigvis medfører at hele begrunnelsen faller bare fordi dette hensynet ikke godtas. Dette kan ses i sammenheng med domstolens avgjørelse i Finalarte-saken, hvor det ble slått fast at det avgjørende er hvilke allmenne hensyn en ordning objektivt sett er nødvendig for å ivareta, ikke lovgivers uttrykte hensikt med ordningen.²⁰⁹

I alle tilfeller er Alpine Investments den klareste avgjørelsen jeg har funnet fra domstolen, som taler imot adgangen til å legge vekt på hensynet til andre. Dermed er det sentralt å klarlegge hvilken vekt denne avgjørelsen vil ha på andre områder. Uttalelsen om at det ikke er opp til nederlandske myndigheter å beskytte forbrukere i andre land, var knyttet til saksforholdet i hovedsaken. Den var ikke en generell avskrivelse av muligheten til å ta hensyn til andre. Det kan derfor ikke utelukkes at saken ville stille seg annerledes ved et annerledes faktum, men dette vil være opp til EF-domstolen å avgjøre.

Notaro hevder at Alpine Investments ikke virker særlig relevant ved miljøbeskyttelse på vareområdet. Han skriver at det er tvilsomt hvorvidt avgjørelsen kan overføres fra tjenester til varer, og fra forbrukere til miljøbeskyttelse. Han begrunner dette med at selv om prinsippene som regulerer de fire friheter er de samme, skjer det ikke en ensartet overføring av dem til de forskjellige frihetene, fordi det er reelle forskjeller mellom

²⁰⁸ *EØS-rett* (2004) s. 452.

²⁰⁹ De forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 - C-54/98 og C-68/98 - C-71/98.

disse fire områdene.²¹⁰ Jeg antar at det ikke er grunnleggende forskjeller mellom adgangen til å legge vekt på hensynet til andre på vare- og tjenesteområdet, selv om det selvfølgelig kan være forskjeller mellom de enkelte saker. Notaro har uansett rett i at Alpine Investments ikke umiddelbart kan overføres til andre hensyn. Hvert beskyttelsesverdige hensyn, og hvert saksforhold, har sin egenart som må tas i betraktning. Det er dermed ikke mulig å fastlå noe generelt om dette, så lenge ikke domstolen har utdypet spørsmålet ytterligere.

Det er likevel mulig å peke på noen momenter som kan ha medvirket til domstolens uttalelse om forbrukere i denne avgjørelsen. Forbrukerbeskyttelse er et typisk nasjonalt hensyn, uten den grenseoverskridende naturen som blant annet kjennetegner miljøbeskyttelse. Selv om forbrukerbeskyttelse er et anerkjent hensyn i Fellesskapet, har det likevel ikke den samme grunnleggende karakteren som for eksempel menneskers liv og helse, hvor et utilstrekkelig vern i en stat kan få svært alvorlige følger. Det er mulig man kan se det slik at de negative følger som en utilstrekkelig forbrukerbeskyttelse kan medføre, ikke er alvorlige nok til å kunne begrunne en restriksjon på den frie bevegelighet, når medlemsstaten hvor denne skaden skjer selv mener at dette er akseptabelt.

Denne avgjørelsen er videre interessant for et argument om statenes skjønnsmargin som et hensyn imot å tillate eksterritoriell beskyttelse. EF-domstolen har foretatt en inngående prøving av medlemsstatenes beskyttelsesnivå på forbrukerområdet.²¹¹ Dette skulle kanskje kunne tilsi at EF-domstolen kunne være mer forberedt på å godta eksterritoriell beskyttelse i slike tilfeller. Domstolens uttalelser i Alpine Investments avviser imidlertid en slik argumentasjon. Dersom man ønsker å argumentere for at eksterritoriell beskyttelse i noen tilfeller er mulig, vil man da kunne hevde at denne avgjørelsen illustrerer at statenes skjønnsmargin ikke er det avgjørende moment i en eksterritorialitetsdrøftelse. På den andre er det gode holdepunkter for å si at denne avgjørelsen viser at EF-domstolen ikke tillater andre medlemsstater å fastsette beskyttelsesnivået i en medlemsstat, selv om domstolen selv etterprøver denne statens fastsatte nivå.

²¹⁰ Notaro (2000) a note 33 til s. 487.

²¹¹ Se blant annet C-238/89 Pall premiss 19 og EØS-rett (2004) s. 320.

Hva gjelder proporsjonalitetsprinsippet illustrerer denne avgjørelsen at i noen tilfeller er hjemstaten nærmest til å regulere det aktuelle forholdet. Dette er interessant for eksterritorialitetsspørsmålet, selv om det her ikke var adgang til å legge vekt på hensynet til andre.

7.2 Grunnleggende menneskerettigheter

7.2.1 Innledning

I dette kapitlet reises spørsmålet om hensynet til beskyttelse av menneskerettigheter i andre stater prinsipielt kan tenkes å begrunne nasjonale restriksjoner på den frie bevegelse av varer eller tjenester. Så vidt meg bekjent er heller ikke dette spørsmålet avgjort av EF-domstolen. I det følgende søker jeg derfor i første rekke å peke på noen argumenter og spørsmål som kan være sentrale i en slik vurdering.

Noen menneskerettigheter kan omfattes av de traktatfestede unntakene, ellers vil unntak begrunnet i menneskerettigheter skje etter allmenne hensyn. Domstolen har bekreftet at beskyttelse av menneskerettigheter i seg selv utgjør en legitim interesse, som kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse av både varer og tjenester i Fellesskapet.²¹²

7.2.2 Menneskerettigheter i EU

Domstolen har fastslått at fellesskapsrettens generelle prinsipper inkluderer beskyttelse av fundamentale rettigheter som er del av medlemmenes felles forfatningstradisjoner og som er del av internasjonale menneskerettstraktater som medlemmene har tiltrådt.²¹³ Dette er også bekreftet i EU-traktaten art. 6, som fastslår at EMKs prinsipper gjelder som generelle prinsipper i Fellesskapet. Dette setter rammene for menneskerettigheters økte betydning i EU de senere årene. Fellesskapet som sådan har ikke tiltrådt EMK, men de respektive

²¹² Se C-112/00 Schmidberger, C-36/02 Omega Spielhallen premiss 35. Se også Craig (2008) s. 399

²¹³ Se nærmere om menneskerettigheter i EU i blant annet Craig (2008) s. 379-427.

medlemsstatene er bundet av konvensjonen. EU-charteret om grunnleggende rettigheter er foreløpig ikke ratifisert, og jeg vil derfor ikke behandle dette i det følgende.

Det kan sies at medlemsstatene har en fellesinteresse i beskyttelsen av menneskerettigheter. Det er også mulig å se det slik at tilstrekkelig grove menneskerettighetsbrudd er så alvorlig at det derfor kan berettige unntak fra utgangspunktet om at unntak for nasjonale restriksjoner skal skje til beskyttelse av nasjonale interesser.²¹⁴ Dersom beskyttelse av menneskerettigheter i utlandet i prinsippet kan begrunne restriksjoner, kan det likevel ikke være slik at ethvert menneskerettighetsbrudd berettiger unntak. En henvisning til menneskerettigheter kan ikke i seg selv utgjøre en blankofullmakt for medlemsstatene. Det må vurderes hva bruddet består i, og den påberopte rettighetens karakter.

Videre er det en klar forbindelse mellom moral og menneskerettigheter. Eksterritoriell beskyttelse kan likevel ikke utelukkes på dette området, fordi menneskerettigheter er universale, og kan sies å gå forbi moral i den enkelte staten.

Et problem med å godta eksterritoriell anvendelse av menneskerettigheter som restriksjonsbegrunnelse, er likevel at medlemsstatene vil kunne ha ulike oppfatninger av hva en etablert menneskerettighet nærmere består i. Retten til liv tolkes for eksempel annerledes i Irland enn i de fleste andre medlemsstater, gjennom den svært restriktive irske abortlovgivningen.²¹⁵ Årsaken til at en medlemsstat ønsker å innføre restriksjoner på den frie bevegelse, kan altså være at denne medlemsstaten tolker en menneskerettighet på en annen måte enn andre medlemsstater. Hvordan EF-domstolen vil løse dette spørsmålet må da blant annet bero på hvilken tolkning som skal legges til grunn. Samspillet og forholdet mellom medlemsstaters tolkning, domstolens egen tolkning og eventuelt EMDs tolkning vil jeg ikke gå nærmere inn på her.

Sett bort i fra eventuelle forskjellige tolkninger av menneskerettighetene, er det i alle tilfeller klart at et grovt menneskerettighetsbrudd i en stat innebærer et brudd på internasjonalt anerkjente og beskyttede standarder. Det er i så henseende ikke snakk om at

²¹⁴ En kan her tenke seg en link til diskusjonen om hvorvidt humanitær intervensjon er tillatt i folkeretten, noe som i utgangspunktet strider mot grunnleggende prinsipper om staters suverenitet og ikke-intervensjon.

²¹⁵ Craig (2008) s. 389.

en stat tvinger sine egne nasjonale oppfatninger på en annen medlemsstat. Dette taler i prinsippet for at dersom det er et krav til at en medlemsstat skal respektere andre medlemsstaters beskyttelsesnivå, vil dette kravet være lempeligere blant annet i menneskerettighetstilfellene. En annen sak er at handelsrestriksjoner kanskje ikke er veien å gå for å bedre menneskerettighetsstandardene, andre positive virkemidler kan være mer effektive.²¹⁶

Etter mitt syn bør restriksjoner på den frie bevegelse godtas dersom de er begrunnet i eksterritoriale menneskerettighetshensyn. Dette gjelder for eksempel industriprodukter framstilt ved barnarbeid. Beskyttelse av menneskerettigheter er særlig praktisk overfor tredjeland. I pkt. 7.2.4. vil det bli gitt en nærmere vurdering av om det vil være forskjell på å beskytte hensynet til tredjeland og andre medlemsstater i slike tilfeller.

7.2.3 Særlig om straffelovgivning

I dette avsnittet vil jeg vurdere et eksempel fra norsk lovgivning som til en viss grad kan innebære en beskyttelse av menneskerettigheter i utlandet. En rekke sentrale bestemmelser i den norske straffeloven er nemlig gitt virkning også for nordmenn i utlandet, og dette medfører et interessant eksterritorielt element. Utgangspunktet i folkeretten er at en stat kan gjøre sin lovgivningsjurisdiksjon gjeldende overfor sine statsborgere i utlandet på grunnlag av personhøyheten.²¹⁷ Akkurat som at EF-traktaten og EØS-avtalen innskrenker medlemsstatenes jurisdiksjon på sitt nasjonale område, kan traktatene hindre adgangen til å regulere statsborgeres forhold i utlandet.

Norske lovbestemmelser som i denne sammenhengen kan diskuteres etter EØS-avtalens regler om fri bevegelse av tjenester er straffelovens § 202a og § 203. Disse bestemmelsene inneholder et forbud mot kjøp av seksuelle tjenester, som gjennom § 12 tredje ledd litra a også gis virkning for norske statsborgere i utlandet.

²¹⁶ Se også her Høstmølingen (2003) s. 294 om ILOs holdning til slike spørsmål ved arbeidsrettigheter.

²¹⁷ Ruud (2002) s. 146.

Før drøftelsen må det imidlertid knyttes noen bemerkninger til menneskerettigheters stilling i EØS. EU-traktaten art. 6 har intet motstykke i EØS-avtalen, og menneskerettigheters stilling i EØS anses som et uavklart spørsmål²¹⁸ EFTA-domstolen har imidlertid uttalt at bestemmelsene i EØS-avtalen skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter, og at EMK og avgjørelser fra EMD er viktige kilder for å avgjøre omfanget av disse rettighetene.²¹⁹ Hertil kommer også de grunnleggende målene om et dynamisk og ensartet EØS,²²⁰ som tilsier at EØS-retten skal utvikles i tråd med EU-retten og tolkes på tilsvarende måte. Suverenitetsbetraktninger kan tilsi at menneskerettigheter på noen områder har en annen stilling i EØS enn i EU, men dette tilsier ikke at EØS-statenes adgang til å gjøre unntak fra restriksjonsforbudene etter menneskerettighetshensyn skal være noe snevrere enn i EU. I det følgende vil det forutsettes at menneskerettigheter i EØS vil kunne begrunne restriksjoner etter hensynslæren på samme måte som i EU-retten. Formålet med drøftelsen i dette avsnittet er da også å gi en praktisk illustrasjon av hvordan menneskerettighetsspørsmål kan tenkes å ha betydning ved begrunnelsen av restriksjoner av hensyn til andre, og ikke som sådan en vurdering av menneskerettigheters stilling i EØS vs. EU.²²¹

I prinsippet kan en slik form for hjemstatsregulering som straffelovens forbud mot kjøp av seksuelle tjenester bli sett på som en restriksjon. Dette vil hindre norske borgere i å kunne kjøpe seksuelle tjenester i andre land hvor både kjøp og salg er lovlig. Nederland er et eksempel på et land med en slik liberal lovgivning. Det norske forbudet er ikke diskriminerende, da det gjelder generelt, uavhengig av de prostituertes statsborgerskap eller etableringssted.

EØS-avtalen art. 36 nr. 1 rammer ikke bare diskriminerende tiltak, men også restriksjoner på tjenesteytelser. Et kjøpsforbud er imidlertid ikke en restriksjon på selve tjenesteutøvelsen. Utgangspunktet er likevel at det foreligger en rett til å yte og motta tjenester, og at hindringer på denne retten strider mot art. 36. Forbudet mot restriksjoner

²¹⁸ EØS-rett (2004) s. 103.

²¹⁹ Sak E-2/03 premiss 23.

²²⁰ Jf. fortalens femte ledd.

²²¹ For en nærmere redegjørelse vises det til framstillingen i Grimelid (2005) om menneskerettigheter i EØS.

kan ramme regler eller tiltak som ikke knytter seg til tjenesteutøvelsen.²²² Etter dette synes det mulig at et forbud som det norske kan komme i strid med reglene om fri bevegelse.

Det er i så fall et spørsmål om hva slags begrunnelse som gis for en slik regel. Det er her mulig å tenke seg en begrunnelse som går på beskyttelse av de prostituerte i utlandet. I så fall vil dette være et eksterritorielt hensyn. I forarbeidene begrunnes forbudets eksterritorielle virkning slik: ”Selv om det kan være utfordringer knyttet til håndhevingen av en slik bestemmelse, er seksuell utnyttelse og menneskehandel i høy grad et internasjonalt problem. Den foreslåtte bestemmelsen kan også bidra til å skape en holdningsendring fordi det er grunn til å tro at mange norske menn kjøper seksuelle tjenester for første gang i utlandet.”²²³ Begrunnelsen er altså dels et nasjonalt hensyn gjennom en holdningsendring blant norske menn, dels et hensyn som beskytter ikke-nasjonale interesser ved anerkjennelsen av at seksuell utnyttelse og menneskehandel i høy grad er et internasjonalt problem.

En del av begrunnelsen synes således å være bekjempelse av seksuell utnyttelse og menneskehandel i land som Nederland, og er i så fall begrunnet i hensynet til andre. Bemerkningen om at det i stor grad er et internasjonalt problem peker mot en fellesinteresse for statene. Det kan således tenkes å være ment slik at det i prinsippet kan bidra til mindre av slike aktiviteter også i Norge.

Trafficking kan være i strid med EMK art. 4 om forbud mot slaveri og tvangsarbeid, og denne bestemmelsen gjelder både i Norge og Nederland. Dette peker mot at arbeidet mot menneskehandel er et grunnleggende hensyn i medlemsstatene, som prinsipielt burde kunne medføre begrensninger av den frie bevegelse der dette ville være nødvendig.

På den andre siden er det klart at et norsk forbud for nordmenn i utlandet vil ha av svært liten innvirkning på traffickingofres stilling.²²⁴

²²² EØS-rett (2004) s. 439 og 444.

²²³ Ot. Prp. Nr. 48 (2007-2008) pkt. 5.4.3

²²⁴ Dette kan enten ses på som et spørsmål om tiltakets egnethet, eventuelt proporsjonalitet i snever forstand. Se nærmere Jans (2008) s. 252 flg. I denne forbindelse kan det vises til Van den Burg hvor generaladvokat

Det er videre klart at Norge her forbyr nordmenn fra å motta en tjeneste i land som Nederland, hvor nederlandske myndigheter har bestemt at kjøp og salg av slike tjenester er legitimt. I denne sammenhengen kan det spørres om arten av tjenesten har betydning. Norske myndigheter kunne for eksempel påberope seg at de må ha en større adgang til å ta eksterrielle hensyn når det gjelder umoralske tjenester slik som prostitusjon. Når det gjelder avgjørelsen av om en ytelse omfattes av traktatens regler om den frie bevegelse, har EF-domstolen i blant annet C-159/90 Grogan fastslått at det ikke har noen betydning at ytelsen kan regnes for å være umoralsk. Grogan gjaldt blant annet spørsmålet om abortklinikkers tjenester var omfattet av tjenestebegrepet, selv om abortinngrep i Irland anses for å være umoralsk og stride mot retten til liv. Domstolen uttalte da at det ikke var dens oppgave å sette sin vurdering foran lovgivers vurdering i de land hvor abort lovlig kunne utføres. Dette tyder på at heller ikke i vurderingen av adgangen til å legge vekt på hensynet til andre, bør det ha betydning at den aktuelle ytelsen anses for å være umoralsk.

Etter min mening har det gode grunner for seg at motvirkning av menneskehandel i andre medlemsstater i prinsippet kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse. I det her gitte eksemplet er nok en betydelig del av begrunnelsens vekt lagt på at mange nordmenn kjøper seksuelle tjenester for første gang i utlandet. Det å utstrekke kjøpsforbudet til utlandet kan således ses på som en måte å ivareta effekten og virkningen av norsk straffelovgivning i Norge. Dette tilsier at dette er en begrunnelse EF-domstolen vil kunne godta, uavhengig av hvordan den ville bedømme det eksterrielle hensynet.

7.2.4 Særlig om arbeidsrettigheter og menneskerettigheter

Det er en forbindelse mellom menneskerettigheter og arbeidsrettigheter, og noen av arbeidsrettighetene kan anses for å være en underkategori av menneskerettigheter. En illustrasjon er Den internasjonale arbeidsorganisasjon, ILO, som er en særorganisasjon underlagt FN.²²⁵ Organisasjonens menneskerettighetskonvensjoner omhandler fire

Van Gerven nettopp fant at den nederlandske lovgivningen ikke oppfylte kravene til proporsjonalitet i snever forstand.

²²⁵ Høstmølingen (2003) s. 57-59.

hovedområder – organisasjonsfrihet og rett til kollektive forhandlinger, forbud mot tvangsarbeid, forbud mot barnarbeid og forbud mot diskriminering på arbeidsplassen.

Dersom det er slik at grovere menneskerettighetsbrudd i prinsippet kan begrunne nasjonale restriksjoner, kommer også det vanskelige spørsmålet om hvor denne grensen skal trekkes. Noen arbeidsrettighetsspørsmål vil typisk utgjøre nasjonale hensyn, hvor det vanskelig kan tenkes at ikke andre medlemsstater må akseptere beskyttelsesnivået som en medlemsstat har fastsatt. Her kan for eksempel nevnes C-155/80 Oebel, som gjaldt nasjonal lovgivning som forbød brødbaking om natten. Lovgivningen i denne saken utgjorde ingen ulovlig restriksjon, men EF-domstolen uttalte i alle tilfeller at et slikt forbud i seg selv utgjorde en berettiget økonomisk og sosialpolitisk regel som hadde til formål å forbedre arbeidsvilkårene innenfor et sensitivt område.²²⁶ Importrestriksjoner på bakerivarer produsert om natten med forbedring av arbeidsforhold i opprinnelsesstaten som begrunnelse, synes ikke å være et tilfelle som kan berettige eksteritoriell beskyttelse.

En illustrasjon på et mulig eksteritorielt tiltak kan gis gjennom flere amerikanske lovforslag til the Decent Working Conditions and Fair Competition Act.²²⁷ Sentralt for forslagene står definisjon av visse kjernearbeidsrettigheter, i tillegg til ”acceptable conditions” definert ved lovreglene i det landet hvor arbeidet blir utført. Virksomheter som ikke oppfyller disse minimumskravene vil ikke kunne importere eller selge sine varer i USA, og slike varer kan heller ikke eksporteres ut av USA. Begrunnelsen er at å utsette produksjonsarbeidere for ”sweatshop conditions” er moralsk støtende for amerikanske borgere både i deres rolle som forbrukere og som investorer. I tillegg er det nedverdiggende for arbeiderne som er tvunget til å arbeide under slike forhold. Det gis dermed både en nasjonal og en eksteritoriell begrunnelse for lovforslaget.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om argumenter som at det er moralsk støtende for befolkningen i importlandet å tillate slike produkter solgt på deres område, på grunn av forhold i eksportstaten, egentlig må likestilles med en påberopelse av hensynet til andre. Jeg kjenner ikke til at EF-domstolen har avgjort dette, men de kan ses i lys av

²²⁶ Premiss 12.

²²⁷ Forslagene med nr 109 S 3485, 109 HR 5635, 110 S 367, 110 HR 1910 og 110 HR 1992 er å finne på Kongressens internettside med informasjon om lovgivning <http://thomas.loc.gov/>.

generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i C-1/96 Compassion in World Farming. Forslagets premiss 13 som er sitert ovenfor i pkt. 3.1, kan tale for at slike hensyn i realiteten ikke regnes for å være nasjonale. På den andre siden diskuterer nettopp Léger muligheten for å begrense eksporten fra sitt eget land med moralske hensyn i sitt eget land, på grunn av forhold i importstaten, som begrunnelse i premiss 95-106. Han konkluderer ikke på dette spørsmålet, men han synes å diskutere dette som et nasjonalt hensyn.

Blant kjernearbeidsrettighetene i lovforslaget er blant annet minimumsalder for barnarbeid. Dersom et EU-land vedtok en lignende lov, kan det spørres om EF-domstolen kan tenkes å skille mellom varer med opprinnelse i andre medlemsstater og opprinnelse i tredjestater. Er det for eksempel grunn til å skille mellom varer produsert ved barnarbeid i Romania og tilsvarende barnarbeid i India?

I det følgende vil jeg vurdere om det kan være forskjell på en medlemsstats adgang til å innføre restriksjoner på den frie bevegelse av varer avhengig av om varene har opprinnelse i en medlemsstat eller et tredjeland. Dette spørsmålet gjelder generelt, det er altså ikke spesielt for arbeidsrettigheter, men jeg behandler det her i denne sammenheng.

Det er grunn til å bemerke at begrensninger på varer fra tredjeland i mange tilfeller kan tenkes mer praktisk enn begrensninger innad i Fellesskapet, da tredjestater ikke er bundet av fellesskapsharmoniseringsregler som i mange tilfeller sikrer et visst minimumsnivå i hele EU. I den grad man kan si at det kan være behov for eksterritoriell beskyttelse, er det også slik at behovet i mange tilfeller kan være større overfor tredjeland, hvor blant annet standardene nettopp på arbeidsrettighetsområdet ofte kan være lavere.

EF-domstolen understreket i sak 41/76 at med varer fra tredjeland ”som fritt kan omsettes” i medlemsstatene i daværende art. 9 (nåværende art. 23) måtte forstås varer som i overensstemmelse med kravene i art. 10 (nåværende art. 24) lovlig var innført i Fellesskapet. ”For så vidt angår de frie varebevegelser inden for Fællesskabet, fremgår det af artikel 9, at de varer, som frit kan omsættes, endelig og fuldstændigt ligestilles med varer med oprindelse i medlemsstaterne.” Domstolen fastslo videre at denne likestillingen innebar at bestemmelsene i traktatens art. 28 får anvendelse på varer med opprinnelse innen Fellesskapet, og på varer som er i fri omsetning i en medlemsstat, uavhengig av varenes opprinnelse.

Det at domstolen understreker at varer fra tredjeland og andre medlemsstater fullstendig skal likestilles når det gjelder vurderingen etter art. 28, tilsier at adgangen til å gjøre unntak fra restriksjonsforbudet også skal være nøyaktig den samme i de to tilfellene.²²⁸ Det presiseres at dersom en vare fra et tredjeland ikke er i omsetning i noen av EUs medlemsland, er det ikke problematisk å hindre importen av denne varen fra tredjelandet. Det er således ikke tredjelandets adgang til fritt å kunne selge sine produkter som skal beskyttes. Det er den frie bevegelighet på EUs indre marked som ikke skal hindres.

Dette innebærer at vurderingen som foretas når det skal vurderes om det er adgang til å ta hensyn til andre nødvendigvis blir noe forskjellig i de to tilfellene. Når det gjelder varer fra tredjestater, er ikke spørsmålet om en annen medlemsstat må respektere det beskyttelsesnivå som tredjestaten har satt i sin stat. EF-traktaten gjelder jo ikke mellom en medlemsstat og et tredjeland. Utgangspunktet må da være at vurderingen må skje overfor det eller de landene i Fellesskapet som har tillatt produktet importert, og som har det i fri omsetning i sine stater. Så vidt jeg har funnet er ikke dette behandlet i teori eller praksis, men jeg vil anta at vurderingen vil bli den samme som i en ”vanlig” eksterriorell drøftelse.

Det kan imidlertid hevdes at adgangen til å ta hensyn til tredjestater under art. 30 eller hensynslæren vil være mindre enn overfor andre medlemsstater, fordi den interessen som skal beskyttes da ikke engang befinner seg innenfor Fellesskapet. Det synes ikke å være noe klart svar på dette spørsmålet.

Drøftelsene i dette kapitlet har igjen vist at EF-domstolens avklaring er nødvendig for å si noe sikkert om menneskerettigheters stilling i eksterriorellitetsspørsmålet. I det neste kapitlet vil jeg igjen blant annet behandle menneskers liv og helse. Jeg behandler dette her i kraft av dets rolle som et traktatfestet unntak i art. 30, men menneskerettigheten

²²⁸ Se likevel traktatens art. 134. Det er også noe usikkerhet knyttet til om prinsippet om gjensidig anerkjennelse har anvendelse på varer fra tredjestater, se for eksempel Wiers (2002) s. 385-387 som hevder at prinsippet har lik anvendelse på varer fra tredjestater og medlemsstater. Domstolen har ikke avgjort dette spørsmålet, men det vil i så fall ha betydning for hva som utgjør en restriksjon.

ved retten til liv, EMK art. 2, kan likevel også her ha betydning. ØSK inneholder også i art. 12 en rett til helse.

7.3 Menneskers liv og helse og offentlig sikkerhet

7.3.1 Innledning

Menneskers liv og helse er som tidligere påpekt et grunnleggende hensyn som muligens kan anvendes også til å beskytte liv og helse i utlandet. Offentlig sikkerhet er en litt annen kategori, og et klarere nasjonalt hensyn. Også for offentlig sikkerhet kan det imidlertid tenkes at eksterrielle beskyttelsestiltak kan gjøres gjeldende.

Et nærliggende eksempel ved offentlig sikkerhet og menneskers liv og helse er restriksjoner på våpeneksport. I norsk rett følger det av lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. med tilhørende forskrifter at ved eksport av våpen, ammunisjon, annet militært materiell og tilhørende teknologi fra Norge kreves tillatelse fra Utenriksdepartementet. Slike regler ville i utgangspunktet utgjøre restriksjoner på den frie bevegelse, men på grunn av slike varers spesielle karakter er det laget unntaksbestemmelser for disse ytelsene. EF-traktaten art. 296 og EØS-avtalen art. 123 bestemmer at enhver medlemsstat kan treffe tiltak som den anser for nødvendige for å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser, og som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell.

Som jeg vil komme tilbake til nedenfor, er det knyttet noe usikkerhet til anvendelsen av art. 296 og art. 123. Det er mulig bestemmelsene ikke får anvendelse på varer og teknologi med dobbelt anvendelse. I så fall skal slike produkter vurderes under EF-traktaten art. 30 og EØS-avtalen art. 13.

I det følgende vil det bli foretatt en vurdering av offentlig sikkerhet og menneskers liv og helse som begrunnelse for nasjonale restriksjoner for å hindre eksport av varer med dobbelt anvendelse.²²⁹ Vurderingen vil bli gjort med utgangspunkt i generaladvokat Jacobs

²²⁹ Dobbelt anvendelse innebærer at varene kan brukes til både sivile og militære formål.

samlede forslag til avgjørelse i C-83/94 Leifer og C-70/94 Werner, som nettopp kan kaste lys over disse spørsmålene. Det vil også bli knyttet noen kommentarer til domstolens avgjørelser, som ikke behandler eksteritorialitetsspørsmålet direkte.

7.3.2 Werner og Leifer

Både C-83/94 Leifer og C-70/94 Werner hadde sin bakgrunn i tyske saker om eksport av varer med dobbel anvendelse til tredjeland. Den tyske loven om utenrikshandel fastsatte under hvilke betingelser det etter tysk rett kunne settes begrensninger på utenrikshandelen. Leifer var en straffesak, og gjaldt eksport av visse produkter egnet til produksjon av kjemiske våpen til Irak som ikke hadde fått den nødvendige eksporttillatelsen. Werner gjaldt myndighetenes avslag på en søknad om tillatelse til eksport av en vakuuminduksjonsovn til Libya. Slike ovner kan brukes i produksjon av missiler. Det ble hevdet fra tysk side at Libya forsøkte å produsere slike missiler, og at missilene kunne nå land som Israel og Italia. Siden disse sakene gjaldt forholdet direkte til tredjeland, kom ikke EF-traktaten art. 30 til anvendelse.

Forholdene var regulert i forordning (EØF) nr. 2603/69, som fastla en felles eksportordning for Fellesskapet til tredjeland. Utgangspunktet var et prinsipp om fri eksport i art. 1, men tiltak i strid med dette prinsippet kunne rettferdiggjøres under art. 11, hvis de var begrunnet i et av hensynene som var angitt der. Disse hensynene inkluderte blant annet offentlig sikkerhet og menneskers liv og helse.

Forordningens art. 11 hadde mye til felles med EF-traktaten art. 30, og Generaladvokaten fant at forordningens art. 11 langt på vei skulle tolkes likt som art. 30.²³⁰ Jacobs hevdet at dette i hvert fall gjelder på et område som strategisk eksportkontroll, hvor formålet er å sikre en medlemsstats eksterne sikkerhet, enten gjennom restriksjoner på handel innad i Fellesskapet eller på eksport til tredjeland.

Jacobs kom også med uttalelser om hva som ligger i sikkerhetsbegrepet i art. 11. Han uttalte at man ikke kan se isolert på en stats sikkerhet. Sikkerheten er nært knyttet til

²³⁰ Se premiss 39.

sikkerheten i det internasjonale samfunnet. Referansen til offentlig sikkerhet i art. 11 skal derfor inkludere en medlemsstats rolle gjennom ivaretagelsen av sikkerhet i det internasjonale samfunnet generelt.²³¹ Denne uttalelsen gjentas av Domstolen i Leifer-saken. Uttalelsen trenger imidlertid ikke å innebære en ivaretagelse av hensynet til andre. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor. Generaladvokaten vurderer deretter de to sakene hver for seg.

I Werner-saken hadde den tyske regjeringen framholdt at den angrepne beslutningen bidro til å beskytte den eksterne sikkerhet²³² av minst en annen medlemsstat. Italia ville nemlig være innen rekkevidde for den typen missiler som det ble hevdet at Libya forsøkte å produsere. Regjeringen hevdet derfor at avgjørelsen beskyttet menneskers liv og helse etter art. 11 i forordningen. Regjeringen framla flere andre argumenter i tillegg for å rettferdiggjøre forholdet.

Generaladvokaten uttalte at selv om det er opp til den foreleggende rett å avgjøre hvorvidt den angrepne avgjørelsen er begrunnet i hensynene i art. 11, vil regjeringens argumenter klart være relevante i avgjørelsen av spørsmålet. Videre uttales det at ”etter at være nået til den konklusjon, at de pågældende restriksjoner i prinsippet er omfattet af rækkevidden af udførdelsforordningens artikkel 11 (...)”.²³³ Dette tyder på at Jacobs mener at sikkerhet og menneskers liv og helse i prinsippet kan begrunne den tyske restriksjonen.

I Leifer-saken ønsket den foreleggende rett blant annet besvart hvorvidt de tyske reglene kunne begrunnes i art. 11 i forordningen, selv om de ikke var ment å beskytte Tysklands sikkerhet, men forhindre forstyrrelser i statenes fredelige sameksistens, eller forhindre at medlemsstatens eksterne relasjoner ble alvorlig ødelagt.²³⁴ De aktuelle utførelsene til Irak skjedde under den første Golfkrigen, hvor kjemiske våpen ble hevdet brukt.

²³¹ Se premiss 46.

²³² EF-domstolen fastslo i C-367/89 Richardt at hensynet til den offentlige sikkerhet i traktatens art. 30 omfatter både en stats indre og ytre sikkerhet.

²³³ Premiss 51.

²³⁴ Disse tre alternativene var de mulige begrunnelsene for unntak etter den tyske loven om utenrikshandel.

Jacobs innrømmet at det kunne hevdes at krigen ikke engang medførte en indirekte trussel for Tysklands eksterne sikkerhet, og at de tyske restriksjonene derfor ikke kunne begrunnes i hensynet til offentlig sikkerhet i forordningen. Jacobs peker igjen på at begrepet sikkerhet strekker seg ut til sikkerhet i det internasjonale samfunnet generelt. Han sier at en medlemsstat har en legitim interesse i å forhindre spredningen av kjemiske våpen uavhengig av hvor de kan bli brukt.²³⁵ Disse uttalelsene kan ses som en godtakelse av vektlegging av hensynet til andre i slike tilfeller.²³⁶

Videre hadde den tyske regjeringen også påberopt seg beskyttelse av menneskers liv og helse etter art. 11. Det ble hevdet at restriksjonene var med på å forhindre bruk av kjemiske våpen i Golfkrigen, og beskyttet liv og helse til et stort antall mennesker. Mot dette argumentet var det blitt hevdet at grunnlagene i art. 11 bare kunne påberopes hvor det er en nær forbindelse med medlemsstaten som påberoper seg disse. Dette motargumentet minner om argumenter under art. 30 om at kun nasjonale hensyn er lovlige.

Til dette svarte generaladvokaten at der hvor menneskers liv og helse står på spill er det klart at et slikt syn er feil. Når den aktuelle forordningen ble vedtatt kan det ikke ha vært intensjonen at en medlemsstat kun kan beskytte sine egne statsborgere, selv om dette vil være en stats første interesse. Når en krig er i gang mellom tredjestater ville det være uforsvarlig å tolke art. 11 slik at den ikke tillater visse eksportrestriksjoner for å hindre en økning i antall krigsofre.²³⁷

Etter dette synes det å kunne legges til grunn at Jacobs i dette forslaget til avgjørelse åpnet for at hensynet til andre her kan komme inn på to måter, både gjennom hensynet til offentlig sikkerhet og gjennom hensynet til menneskers liv og helse.

Jacobs diskuterte offentlig sikkerhet som kan innebære ivaretagelse av hensynet til andre både i sin generelle gjennomgang, før han så på de to sakene hver for seg, og under gjennomgangen av Leifer-saken. I sine avgjørelser henviste imidlertid EF-domstolen bare til den generelle gjennomgangen i forslagets premiss 41 og 46. Den framholdt at det var

²³⁵ Se premiss 57.

²³⁶ Dette har likevel en svært flytende grense til offentlig sikkerhet som et nasjonalt hensyn. Videre kommer at kjemiske våpen vil være omfattet av EF-traktaten art. 296.

²³⁷ Premiss 59.

vanskelig å foreta en skarp sontring mellom utenriks- og sikkerhetspolitiske hensyn, og at statens sikkerhet i stadig mindre grad kunne betraktes isolert, da denne var tett forbundet med sikkerheten i det internasjonale samfunnet. Hvorvidt disse uttalelsene innebærer en ivaretagelse av hensynet til andre krever imidlertid en noe nærmere tolkning. Det kan også være forskjell på hva domstolen legger i dette og hva Generaladvokaten la i det.

Det at en ikke kan se på et lands sikkerhet isolert, men må se på hele verdenssamfunnet i vurderingen av om den offentlige sikkerheten er truet, kan bety at en ser at uroligheter i andre land faktisk kan true sikkerheten i ens eget land. Verdenssikkerheten påvirker den nasjonale sikkerhet. Dette innebærer at ens eget land fortsatt er referanserammen, og er noe annet enn en innrømmelse av at hensynet til andre er relevant som en egenverdi i sikkerhetsvurderingen. Domstolens uttalelser tyder på at den tok dette synspunktet. Generaladvokatens uttalelser om å bidra i kampen mot spredning av kjemiske våpen kan bli ansett som en fellesinteresse for medlemslandene. I denne sammenhengen kan det pekes på generaladvokat Trabucchis forslag til avgjørelse i sak 8/74 Dassonville, hvor det ble hevdet at ikke menneskers helse i andre medlemsstater kunne begrunne unntak etter traktatens art. 30.²³⁸ Denne saken gjaldt imidlertid restriksjoner på import av brennevin, og således et forhold svært forskjellig fra Leifer og Werner-sakene. Dette underbygger synspunktet om at det i forhold til hver nasjonale restriksjon bør foretas en konkret vurdering av hvorvidt vektlegging av hensynet til andre vil være legitimt i denne konkrete situasjonen. Hensynet til menneskeliv er så tungtveiende at det i visse tilfeller ikke kan ses bort ifra, dersom det må sies å foreligge en risiko for skade. Hvor denne grensen skal settes, og hvor stor risikoen må være, er likevel vanskelige spørsmål.

Det kan også hevdes at hvorvidt eksterritoriell beskyttelse er legitimt beror på om staten som skal beskyttes, kan og vil beskytte seg selv, og hvem som er nærmest til å gjennomføre slike tiltak. Leifer og Werner er eksempler på saker hvor staten som hindrer eksporten står nærmere til innføre beskyttende tiltak. I Werner-saken for eksempel, står Tyskland som eksportstat, nærmere til å hindre utførsel fra sitt land av en ovn som kan

²³⁸ Premiss 3.

brukes til framstilling av missiler enn det Italia gjør. At Italia også ønsker å motvirke produksjon av missiler ment til å nå deres land må også synes klart.

Disse to sakene etterlater seg likevel mange spørsmål. Det er ikke sikkert at situasjonen under denne forordningen virkelig kan overføres til EF-traktaten art. 30, selv om Jacobs tok dette standpunktet. Jacobs selv pekte imidlertid også på at en kan hevde at forordningens unntak ikke skal tolkes like strengt som art. 30, siden forordningens unntak ikke er et unntak fra en grunnleggende frihet i EF-traktaten slik art. 30 er.

Videre kommenterte ikke EF-domstolen generaladvokatens uttalelser. På grunn av de nasjonale retters prejudisielle spørsmål var heller ikke domstolen nødt til det. Eksempelvis ønsket den foreleggende rett i Werner besvart om hensynet til beskyttelse av den offentlige sikkerheten i en medlemsstat, på grunn av risikoen for ødeleggelse av forbindelsene til utlandet, kunne begrunne avslag på en eksportsøknad. Dette innebærer at domstolen ikke hadde et egentlig initiativ til å uttale seg om menneskers liv og helse eller de ytre grensene for begrepet ”offentlig sikkerhet”. Hva domstolen ville mene om disse spørsmålene er det derfor vanskelig å si noe om. Det må uansett innrømmes at slik domstolens uttalelser i de to avgjørelsene framstår, er det ikke mye å hente til eksterritorialitetsspørsmålet der.

Et annet moment, som også domstolens avgjørelse i disse sakene illustrerer, er at det gjerne vil være tungtveiende nasjonale hensyn som kan begrunne restriksjoner i saker som disse. Eksterritorialitetsspørsmålet blir dermed ikke det mest sentrale.

7.3.3 EF-traktaten art. 296 og varer med dobbel anvendelse

Etter gjennomgangen av Leifer og Werner, er det et spørsmål om disse sakene kan få noen betydning i forholdet mellom medlemsstater i EU. Her har det betydning hva slags unntaksbestemmelse art. 296 er.

Det har vært noe uenighet om tolkningen av EF-traktaten art. 296 (1) litra b. Medlemsstatene har tatt til orde for en vid anvendelse hvor våpen er unntatt fra traktaten.²³⁹ EF-domstolen avgjorde i C-414/97 at denne bestemmelsen må tolkes slik at traktaten

²³⁹ Trybus (2000) s. 663.

generelt får anvendelse på produkter ment for et lands væpnede styrker og kun for militært bruk. Traktaten får anvendelse dersom ikke medlemsstaten uttrykkelig påberoper seg unntaket.

Dersom det under art. 296 skal foretas en vurdering som kan minne om art. 30, vil eksterritorielle hensyn i form av menneskers liv og helse kunne spille en rolle i vurderingen her. Trybus skriver at det er klart etter Domstolens uttalelser i C-414/97 at den har myndighet til å gjennomgå en medlemsstats avgjørelse om å påberope seg art. 296 med grunnlag i nasjonal sikkerhet. Domstolen har selv trukket en parallell mellom art. 296 og art. 30 og de andre traktatunntakene.²⁴⁰

Hva gjelder varer med dobbel anvendelse, er det også mulig at de ikke faller innunder art. 296, slik at de i alle tilfeller skal vurderes etter art. 30. Det har vært en del usikkerhet knyttet til dette spørsmålet.²⁴¹ Forordning (EF) nr. 1334/2000 setter opp et kontrollregime for eksport av varer og teknologi med dobbel anvendelse fra Fellesskapet til tredjeland.²⁴² I fortalen til forordningen uttales det at:

“I henhold til og inden for rammerne af traktatens artikel 30 og så længe der ikke er en højere grad af harmonisering, vil medlemsstaterne fortsat have ret til af foretage kontrol af overførsler af visse produkter med dobbelt anvendelse inden for Fællesskabet for at beskytte den offentlige orden eller sikkerhed (...).”²⁴³

Dette utdraget tyder på at varer med dobbel anvendelse faller utenfor art. 296. Ellers hadde det ikke vært behov for å kunne gjøre unntak for dem etter art. 30. Det er mulig at dette innebærer at nasjonale restriksjoner på varer med dobbel anvendelse til andre medlemsstater kan unntas etter art. 30 ut fra hensynet til menneskers liv og helse i andre medlemsstater.

Uavhengig av den kompliserte stillingen som våpen har, kan det være gode grunner for å slutte at nasjonale restriksjoner kan begrunnes i hensynet til menneskers liv og helse i

²⁴⁰ Sak 222/84 Johnston og C-273/97 Sirdar. Se også Eikenberg (2000) s. 120.

²⁴¹ Eikenberg (2000) s 125.

²⁴² Forordningen er ikke innlemmet i EØS-avtalen.

²⁴³ Se avsnitt 12 i fortalen.

andre land, forutsatt at det foreligger en reell risiko.²⁴⁴ På samme måte bør hensynet til den offentlige sikkerhet kunne vektlegges i denne sammenhengen. En annen sak er at da det tradisjonelt er antatt at tiltak som rammer et lands eksport ikke er ulovlige dersom de gjelder likt for produkter ment for hjemme- og eksportmarkedet, er ikke dette en særlig praktisk situasjon. Siden senere praksis har vist at også nasjonale tiltak som ikke er diskriminerende kan rammes av traktatens art. 29, kan imidlertid spørsmålet få større betydning også på andre områder.

7.4 Hensynet til beskyttelse av geografiske betegnelser

7.4.1 Innledning

Et annet område hvor eksterriortell anvendelse av EF-traktaten art. 30 kan tenkes er ved beskyttelsen av geografiske betegnelser på varer. Geografiske betegnelser er i vid forstand ord, tegn eller symboler som angir eller antyder at en vare har sin opprinnelse i et bestemt geografisk område eller på et bestemt geografisk sted.²⁴⁵ Typiske eksempler er viner fra Bordeaux, Champagne og Parma-skinke.

Det er for eksempel mulig at to stater går sammen om å beskytte hverandres geografiske betegnelser. En slik avtale kan utgjøre en restriksjon på den frie bevegelse av varer, og hensynet til andre gjennom beskyttelse av andres geografiske betegnelser kan dermed komme inn. Slike geografiske betegnelser omfattes av hensynet til beskyttelsen av det industrielle eller kommersielle rettsvern etter art. 30.²⁴⁶ I det følgende vil jeg foreta en nærmere vurdering av en avgjørelse fra EF-domstolen som kan illustrere dette, C-3/91 Exportur. Exportur har i teorien blitt pekt på som en avgjørelse som kan indikere at traktatens art. 30 kan anvendes eksterriortelt.²⁴⁷

²⁴⁴ Se i denne retningen Oliver (2003) s. 232.

²⁴⁵ Asland (2003) s. 367.

²⁴⁶ C-47/90 Delhaize v Promalvin og C-3/91 Exportur. Se også Oliver (2003) s. 297.

²⁴⁷ Jarvis (1998) s. 282. Se også Kapteyn (2008) s. 653 som nevner Exportur som et av eksemplene på avgjørelser som kaster lys over spørsmålet om en medlemsstat kan hindre handel mellom medlemsstater for å beskytte en annen medlemsstats interesser.

7.4.2 Exportur

Saken ble reist mellom det spanske selskapet Exportur og to franske selskaper. Exportur ble grunnlagt av virksomheter som eksporterte touron-kaker produsert i Jijona. De franske selskapene brukte de spanske bynavnene Alicante og Jijona som betegnelse på konditorvarer som de produserte i Frankrike. Det fantes en konvensjon mellom Frankrike og Spania om beskyttelse av herkomstangivelser og opprinnelsesbetegnelser på varer.²⁴⁸ Etter denne konvensjonen var betegnelsene ”turrón de Alicante” og ”turrón de Jijona” i Frankrike forbeholdt spanske produkter, og kunne bare anvendes i overensstemmelse med spansk lov.

Konvensjonen gjorde unntak fra territorialitetsprinsippet, som har anvendelse i de rådende internasjonale konvensjonene om geografiske betegnelser. Dette prinsippet innebærer at beskyttelsen av herkomstangivelser og opprinnelsesbetegnelser er undergitt lovgivning i landet hvor beskyttelsen påkreves (innførselslandet), og ikke i opprinnelseslandet.²⁴⁹ I konvensjonen mellom Frankrike og Spania utgjorde altså lovgivningen i opprinnelseslandet grunnlaget for den ytede beskyttelsen. Med henvisning til konvensjonen, gikk Exportur til sak for å få nedlagt forbud mot at de franske virksomhetene anvendte de spanske betegnelsene. Den franske retten ønsket i den forbindelse besvart hvorvidt art. 28 i EF-traktaten var til hinder for konvensjonens beskyttelsestiltak hva gjaldt betegnelsene Alicante og Jijona for touron-kaker, og i så fall om restriksjonen kunne begrunnes i art. 30.

Domstolen påpekte at konvensjonen i realiteten forbød spanske virksomheter å bruke beskyttede betegnelser i Frankrike når de ikke hadde rett til å bruke disse etter spansk rett, og motsatt for franske virksomheter. En virksomhet etablert i et annet land enn Frankrike og Spania, og som eksporterer produkter til et av disse landene, vil i disse landene støte på et forbud mot å anvende en betegnelse som er vernet i konvensjonen. Domstolen fant at dette stred mot art. 28, og vurderte deretter unntak etter art. 30.

²⁴⁸ Ifølge avgjørelsens premiss 11 skal herkomstangivelser opplyse forbrukeren om at det aktuelle produktet stammer fra et bestemt sted, område eller land. Opprinnelsesbetegnelser garanterer i tillegg til dette for at produktet er framstilt etter kvalitets- eller framstillingsstandarder som er fastsatt av offentlige myndigheter.

²⁴⁹ Opprinnelseslandet betyr her det landet hvor betegnelsen har sin opprinnelse.

Det hadde til nå vært usikkert hvorvidt herkomstangivelser kunne begrunnes i hensynet til det industrielle og kommersielle rettsvern (immaterialrettigheter) i art. 30. Domstolen framhevet at konvensjonens formål var å forhindre at en stat anvender herkomstangivelser fra en annen stat og dermed utnytter det renommé som er forbundet med produktene fra virksomhetene i de områdene som betegnelsene viser til. Domstolen sluttet at art. 30 kan anvendes, så lenge ikke betegnelsene har blitt artsbetegnelser i opprinnelsesstaten. Deretter uttalte domstolen at:

”Da en stats beskyttelse af betegnelser for regioner eller steder paa dens omraade er lovlig efter traktatens artikkel 36, er artikkelen heller ikke til hinder for, at denne beskyttelse utvides til en anden medlemsstats omraade.”²⁵⁰

Denne uttalelsen kan forstås på to måter. Den ene forståelsen innebærer en anerkjennelse av hensynet til andre, mens den andre innebærer ivaretagelse av hensynet til seg selv. Uttalelsen kan for det første forstås slik at da Frankrike kan beskytte geografiske betegnelser på sitt eget område, må Frankrike også kunne beskytte spanske betegnelser på fransk territorium. For det andre kan uttalelsen forstås slik at siden Spania kan beskytte spanske betegnelser på sitt område, kan Spania også utvide denne beskyttelsen til å gjelde beskyttelse av spanske betegnelser på fransk område. Dette innebærer i så fall et eksterritorielt element i den spanske lovgivningens virkning. Det innebærer likevel ikke at Spania tar hensyn til noen andre enn seg selv. Hvilken forståelse som skal legges til grunn synes noe uklart ut fra uttalelsens ordlyd.

Tatt i betraktning sammenhengen uttalelsen er gitt i, franske produsenter er i hovedsaken saksøkt i Frankrike for ikke å respektere konvensjonen mellom Frankrike og Spania, synes det imidlertid mest naturlig at uttalelsen gjelder Frankrikes forhold til konvensjonen.²⁵¹ I så fall innebærer dette at Frankrike opprettholder restriksjonen (konvensjonens bestemmelser) for å beskytte spanske geografiske betegnelser, noe som må

²⁵⁰ Premiss 38.

²⁵¹ Domstolen sier også selv i premiss 34 at ”Denne anvendelse rejser spoergsmaalet om beskyttelse i en stat af en anden stats betegnelser.”

regnes for å være hensynet til andre.²⁵² Det kan derfor se ut til at Domstolen godtar hensynet til andre som begrunnelse for en restriksjon i denne saken.

Det er likevel et annet viktig moment å merke seg i denne sammenhengen. Beskyttelsen av de geografiske betegnelsene skjer her gjennom en gjensidig avtale mellom Frankrike og Spania. Det er således ikke snakk om at den ene staten ensidig innfører beskyttende tiltak overfor den andre staten.. Situasjonen er dermed ikke at en medlemsstat tvinger sine verdier på en annen. Overfor medlemsstaten som skal beskyttes, virker derfor ikke denne saken så problematisk.²⁵³ Domstolens uttalelse i premiss 38 må derfor ses i sammenheng med at vi her sto overfor en gjensidig avtale mellom to stater.

Domstolen påpeker at en konvensjon mellom to medlemsstater likevel ikke kan få anvendelse mellom de to statene dersom den strider mot EF-traktatens regler.²⁵⁴ I denne sammenhengen kan det stilles spørsmål ved konvensjonens betydning for forholdet til andre medlemsstater. Oliver skriver at ingenting tyder på at konvensjonen på noen måte hindret handelen med noen andre lands varer enn Frankrike og Spania. Han synes dermed å slutte at Frankrike og Spania mellom seg kunne bestemme hva de ønsket.²⁵⁵

Dette kan det knyttes et par kommentarer til. Domstolen fant jo nettopp at konvensjonen ville utgjøre en restriksjon for andre stater som ønsket å eksportere produktene sine til Spania eller Frankrike. Slike potensielle virkninger på samhandelen var nok til å være i strid med art. 28. Oliver sikter nok her til at det ikke var noen beviser for at samhandelen med andre land ble påvirket, og at hindringen kun var potensiell. Når en slik

²⁵² Domstolen anerkjenner imidlertid også at restriksjonen kan beskytte forbrukere og motvirke illojal konkurranse. Se blant annet premiss 11, 28 og 37. Særlig forbrukerbeskyttelse er for Frankrike et nasjonalt hensyn, og dette kan også sies å være et underliggende hensyn i denne saken.

²⁵³ Oliver (2003) s. 232 er også av denne oppfatningen. Han peker på skillet mellom ensidige handlinger fra enkeltstater, i tillegg til situasjonen når medlemsstater går sammen for å samarbeide og gi hverandre en viss beskyttelse. Den sistnevnte situasjonen er ikke i konflikt med EU-traktaten art. 6(3), og Oliver synes å se på denne situasjonen som uproblematisk i forhold til EF-traktaten art. 30.

²⁵⁴ Se premiss 8.

²⁵⁵ Oliver (2003) s. 232.

potensiell virkning likevel er tilstrekkelig til at en restriksjon regnes for å foreligge²⁵⁶, kan det spørres om dette også skal tas i betraktning i vurderingen under art. 30, gjennom en vurdering av om en ikke-nasjonal begrunnelse også er gyldig overfor andre medlemsstater enn det land som begrunnelsen skal beskytte. I så fall vil det kunne være tvilsomt om beskyttelse av en annen stats geografiske betegnelser er tilstrekkelig til å kunne innskrenke den frie bevegelse på det indre marked. Etter mitt syn avgjør dermed heller ikke Exportur endelig spørsmålet om det er adgang til å ta hensyn til andre.

Før denne avgjørelsen var det som sagt usikkert hvorvidt herkomstangivelser var dekket av hensynet til immaterialrettigheter i traktatens art. 30. Slike betegnelser hadde tidligere blitt vurdert etter hensynet til å motvirke illojal konkurranse og hensynet til forbrukerbeskyttelse. Når territorialitetsprinsippet har anvendelse, skal beskyttelsen av de geografiske betegnelsene skje etter innførselslandets lovgivning og forhold. Hva gjelder herkomstangivelser vil faren for villedning av landets egne forbrukere da normalt stå sentralt.²⁵⁷ Det framgår imidlertid av avgjørelsen at mange europeiske stater har inngått bilaterale avtaler av samme type som den fransk-spanske konvensjonen.²⁵⁸ Dermed kan eksteritorialitetsspørsmålet som kom opp i Exportur også få betydning i andre tilfeller. Det finnes ikke et enhetlig system til vern av geografiske betegnelser i EU, og det er derfor fortsatt mulig at lignende spørsmål kan komme opp innenfor rammene av EF-traktaten art. 28-30.²⁵⁹

²⁵⁶ Slik som det framgår av domsreferatet ovenfor var også hindringen av importen mellom Frankrike og Spania i strid med art. 28.

²⁵⁷ Se Asland (2003) særlig s. 375-376.

²⁵⁸ Premiss 15.

²⁵⁹ Sekundærlovgivningen består hovedsakelig av tre elementer; forordning (EØF) nr. 2081/92 (landbruksvareforordningen), forordning (EØF) nr. 2393/89 (vinforordningen) og forordning (EØF) nr. 1576/89 (spritforordningen). Sprit- og vinforordningene er innlemmet i EØS-avtalen, mens landbruksvareforordningen ikke inngår i Norges EØS-rettslige forpliktelser. Se også Asland (2003) s. 389.

8 Bør EF-domstolen godta anførsler om hensynet til andre?

Sammenfatning og konklusjon

Som pekt på innledningsvis, er spørsmålet om eksterritoriell beskyttelse i stor grad et prinsipielt spørsmål om hvor stor grad av frihet medlemsstatene har under EF-traktaten til å forfølge egne målsetninger. Denne gjennomgangen har illustrert at dette spørsmålet er tosidig. På den ene siden er problemstillingen hvilken frihet en stat har til å kontrollere vare- og tjenestebevegelser til og fra sitt territorium. På den andre siden er det et spørsmål om hvilken rett fellesskapsretten gir en medlemsstat til å unngå at andre medlemsstater gjør handelshindringer gjeldende på grunn av forhold i denne staten. Over dette kommer også det grunnleggende fellesskapsrettslige spørsmål om hvordan statenes frihet skal balanseres med målet om fri bevegelse på det indre marked.

Gjennomgangen har vist at domstolen synes å åpne for eksterritoriell beskyttelse av hensynet til menneskers og dyrs liv og helse og plantelivet i C-203/96 Dusseldorp og C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus. Videre utelukket domstolen eksterritoriell forbrukerbeskyttelse i C-384/93 Alpine Investments, men rekkevidden av dommen er uklar. Det kan derfor ikke gis noe klart og generelt svar på domstolens syn på eksterritorielle beskyttelsestiltak. Ved slike grunnleggende og kompliserte spørsmål er det behov for en tydelig avklaring fra EF-domstolen.

Visse tendenser over hvordan rettsstillingen bør være, kan likevel oppstilles.

Utgangspunktet synes å være at handelshindringer i Fellesskapet skal holdes på et minimum, slik at hver stat bare kan hindre den frie bevegelse på grunn av forhold med direkte virkning i egen stat. Det bør i utgangspunktet være slik, fordi hver stat normalt vil være best egnet til å regulere forhold på eget område.

En medlemsstat som ønsker adgang til å innføre eksterritorielle tiltak kan hevdes å ville ha i både pose og sekk. Den ønsker å delta på det indre marked slik at dens varer og tjenester nyter fri bevegelse, samtidig som den vil ha en vid adgang til å fravike

forbudene mot restriksjoner på den frie bevegelse på grunn av forhold i andre stater. Dersom alle medlemsstatene på denne måten kunne gjøre sin egen politikk gjeldende overfor andre medlemsstater, ville dette til slutt underminere det samarbeidet som Fellesskapet er basert på.

En slik underminering av samarbeidet vil etter mitt syn likevel ikke skje, selv om det åpnes for eksterriorell beskyttelse. EF-domstolen vil trolig utføre en streng og konkret vurdering av den enkelte saks forhold. Sett hen til muligheten for at stater anfører hensynet til andre som et vikarierende motiv, kan det antas at domstolen vil være særlig oppmerksom på om det påberopte hensynet virkelig er bakgrunnen for den nasjonale restriksjonen. Videre har domstolen gjennom kravene til proporsjonalitet en stor skjønnsmargin i vurderingen av hvilke tiltak som bør godtas. Domstolen vil kun godta eksterriorelle tiltak som den anser egnet og nødvendige for å oppnå det påberopte formålet.

Dette taler for at adgangen til å ta eksterriorelle hensyn kan være forholdsvis vid. Det vil likevel være vanskelig å sette grensen mellom hensyn som anses for å være beskyttelsesverdige nok til å begrunne en eksterriorell anvendelse, og de som ikke er det. En mulig løsning er at alle legitime hensyn i prinsippet kan godtas, men at det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak om hensynet i akkurat dette tilfellet vil være tilstrekkelig tungtveiende.

Dersom EF-domstolen anerkjenner muligheten til å ta hensyn til andre, er det sannsynlig at dette bare vil gjelde de mer grunnleggende hensynene som miljøbeskyttelse og menneskerettigheter. Dette er hensyn som etter min mening bør gå foran Fellesskapets økonomiske interesser. Slike hensyn er så tungtveiende at en stat ikke kan stå uten virkemidler til å beskytte dem. En slik løsning vil også samsvare med domstolens avgjørelse i Alpine Investments, hvor den uttalte at forbrukerbeskyttelse i en stat ikke er andre stater ansvar. Etter min mening bør EF-domstolen særlig være mottakelig for å godta restriksjoner begrunnet i fellesinteresser. Dette gjelder for eksempel utrydningstruede arter. Dersom verken eksportstaten eller Fellesskapet har innført tilstrekkelige tiltak til beskyttelse av arten, bør andre medlemsstater være berettiget til å innføre importforbud på denne arten.

Som vi har sett har flere generaladvokater understreket at traktatens unntaksbestemmelser og hensynslæren kun omfatter nasjonale interesser. Felles for disse innstillingene er imidlertid at de er relativt gamle. Selv det nyeste forslaget til avgjørelse, C-1/96 Compassion in World Farming, er over ti år gammelt. Som påpekt innledningsvis har det skjedd en økt bevisstgjøring rundt spørsmål knyttet til etikk og moral i forholdet mellom statene de senere årene. Særlig på miljøområdet har det skjedd svært mye, gjennom en mer allmenn anerkjennelse av de skader som vår livsstil påfører miljøet. Det begynner å vokse fram en økt forståelse for at de utfordringer verden står overfor i dag henger sammen og ikke kan ses separat. En illustrasjon på den økte bevisstgjøringen er den internasjonale merkeordningen Fairtrade, som skal sikre en rettferdig handel mellom bønder og plantasjer i utviklingsland og importører i Nord.²⁶⁰ Fairtrade-merkede produkter finnes nå i en rekke varianter, og flere og flere butikker tar inn slike produkter.

Forandringen i vår tenkemåte de siste årene kan tilsi at generaladvokatenes avskrivning av hensynet til andre må revurderes. Det er således mulig at EF-domstolen som en dynamisk domstol vil kunne ta opp i seg denne holdningen om at den enkelte stats interesser ikke kan ses isolert. Jeg mener at EF-domstolen bør åpne for en slik adgang til å legge vekt på hensynet til andre. Der det er mulig, er tiltak på fellesskapsnivå likevel den beste løsningen, fordi tiltakene vil være mer effektive når de gjennomføres i alle medlemsstatene. En kan dermed se nasjonale tiltak til beskyttelse av andre som et forstadium i påvente av tilstrekkelig fellesskapsbeskyttelse på det aktuelle området.

Som vi har sett har det ikke vært mange saker oppe for domstolen om hensynet til andre. Den økte oppmerksomheten rundt slike hensyn kan imidlertid medføre at vi vil se flere slike saker i framtiden. Tiden vil vise hvordan EF-domstolen vil besvare spørsmålet om det er lov å ta hensyn til andre.

²⁶⁰ Se nærmere om Fairtrade-ordningen på http://www.maxhavelaar.no/Internett/Om_Fairtrade/.

9 Rettspraksis

9.1 EF-domstolen

Sak 8/74 Procureur du Roi mot Benoît og Gustave Dassonville [Dassonville]. Saml. 1974 s. 837.

Sak 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid [Van Binsbergen]. Saml. 1974 s. 1299.

Sak 104/75 Straffesak mot Adriaan de Peijper, direktør for selskabet Centrafarm BV [De Peijper]. Saml. 1976 s. 613.

Forente saker 3, 4 og 6/76 Cornelis Kramer m.fl.. Anmodninger om prejudisiel avgjørelse [Kramer]. Saml. 1976 s. 1279.

Sak 41/76 Suzanne Donckerwolcke, gift Criel og Henri Schou mot Anklagemyndigheten ved Tribunal de grande instance i Lille og Generaldirektøren for toll og indirekte avgifter. Saml. 1976 s. 1921.

Sak 15/78 Société générale alsacienne de banque S.A. mot Walter Koestler [Koestler]. Saml. 1978 s. 1971.

Sak 120/78 Rewe-Zentral AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]. Saml. 1979 s. 649.

Sak 251/78 Denkavit Futtermittel GmbH mot Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen. Saml. 1979 s. 3369.

Sak C-15/79 P.B Groenveld BV mot Produktschap voor Vee en Vlees [Groenveld]. Saml. 1979 s. 3409.

Sak 34/79 Regina mot Maurice Donald Henn og John Frederick Ernest Darby [Henn og Darby]. Saml. 1979 s. 3795.

Sak 788/79 Straffesak mot Herbert Gilli og Paul Andres. Saml. 1980 s. 2071.

Sak 27/80 Straffesak mot Anton Adriaan Fietje [Fietje]. Saml. 1980 s. 3839.

Sak C-155/80 Bøtesak mot Sergius Oebel [Oebel]. Saml. 1981 s. 1993

Sak 75/81 Joseph Henri Thomas Blesgen mot Den Belgiske Stat [Blesgen]. Saml. 1982 s. 1211.

Sak C-40/82 Kommissjonen for De Europeiske Fellesskap mot Det Forente Kongerike Storbritannia og Nord Irland. Saml. 1982 s. 2793.

Sak 172/82 Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage m.fl. mot Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" m.fl. [Inter-Huiles]. Saml. 1983 s. 555.

Sak 72/83, Campus Oil Limited m.fl. mot Ministeren for industri og energi m.fl. [Campus Oil]. Saml. 1984 s. 2727.

Sak 229/83 Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m.fl. mot Sàrl "Au blé vert" m.fl. [Leclerc]. Saml. 1985 s. 1.

De forente saker 60 og 61/84 Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération nationale des cinémas français [Cinéthèque]. Saml. 1985 s. 2605.

Sak 222/84 Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [Johnston]. Saml. 1981 s. 1651.

Sak 121/85 Conegate Limited mot HM Customs & Excise [Conegate]. Saml. 1986 s. 1007.

Sak 118/86 Anklagemyndigheten mot Nertsvoederfabriek Nederland BV [Nertsvoederfabriek]. Saml. 1987 s. 3883.

Sak 302/86 Kommisjonen mot Danmark. Saml. 1988 s. 4607.

Sak 382/87 R. Buet og SARL Educational Business Services (EBS) mod Anklagemyndigheden [Buet]. Saml. 1989 s. 1235.

Sak C-169/89 Straffesak mot Gourmetterie Van den Burg [Van den Burg]. Saml. 1990 s. I-2143.

Sak C-180/89 Kommisjonen mot Italia. Saml. 1991 s. I-709.

Sak C-238/89 Pall Corp. mot P. J. Dahlhausen & Co [Pall]. Saml. 1990 s. I-4827.

Sak C-288/89 Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl. mot Commissariaat voor de Media [Gouda]. Saml. 1991 s. I-4007.

Sak C-367/89 Straffesak mot Aimé Richardt og "Les Accessoires Scientifiques" SNC [Richardt]. Saml. 1991 s. I-4621.

Sak C- 2/90 Kommisjonen mot Kongeriket Belgia [Walloon Waste]. Saml. 1992 s. I-4431.

Sak C-47/90 Delhaize frères & Cie. Le Lion SA mot Promalvin SA og AGE Bodegas Unidas SA [Delhaize v Promalvin]. Saml. 1992 s. I-3669.

Sak C-76/90 Manfred Säger mot Dennemeyer & Co. Ltd. [Säger]. Saml. 1991 s. I- 4221.

Sak C-159/90 The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd mot Stephen Grogan m.fl. [Grogan]. Saml. 1991 s. I-4685.

Sak C-3/91 Exportur SA mot LOR SA og Confiserie du Tech SA [Exportur]. Saml. 1992 s. I-5529.

De forente saker 267/91 og 268/91 Straffesak mot Bernard Keck og Daniel Mithouard [Keck]. Saml. 1993 s. 431.

Sak C-11/92 The Queen mod Secretary of State for Health, ex parte: Gallaher Ltd m.fl. [Gallaher]. Saml. 1993 s. I-3545.

Sak C-379/92 Straffesag mot Matteo Peralta [Peralta og Jans]. Saml. 1994 s. I-3453.

Sak C-422/92 Kommissjonen mot Tyskland. Saml. 1995 s. I-1097.

Sak C-23/93 TV10 SA mot Commissariaat voor de Media [TV 10 SA]. Saml. 1994 s. I-4795.

Sak C-55/93 Straffesak mot Johannes Gerrit Cornelis van Schaik [Van Schaik]. Saml. 1994 s. I-4837.

Sak C-324/93 The Queen mot Secretary of State for Home Department [Evans Medical og Mcfarlan]. Saml. 1995 s. 563.

Sak C-384/93 Alpine Investments BV mot Minister van Financiën [Alpine Investments]. Saml. 1995 s. I-1141.

Sak C-5/94 The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd [Hedley Lomas]. Saml.1996 s. I-2553.

Sak C-70/94 Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH mot Forbundsrepublikken Tyskland [Werner]. Saml. 1995 s. I-3189.

Sak C-83/94 Straffesak mot Peter Leifer m.fl. [Leifer]. Saml. 1995 s. I-3231.

Sak C-202/94 Straffesak mot Godefridus van der Feesten [Van der Feesten]. Saml. 1996 s. I-355.

Sak C-272/94 Straffesak mot Michel Guiot og Climatec SA, som sivilrettslig ansvarlig arbeidsgiver [Guiot]. Saml. 1996 s. I-1905.

Sak C-284/95 Safety Hi-Tech Srl mot S. & T. Srl [Safety Hi-Tech]. Saml. 1998 s. I-4301.

Sak C-1/96 The Queen mot Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd Compassion in World Farming [Compassion in World Farming]. Saml.1998 s. I-1251.

Sak C-158/96 Raymond Kohll mod Union des caisses de maladie [Kohll]. Saml. 1998 s. I-1931.

Sak C-203/96 Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV m.fl. mod Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer [Dusseldorp]. Saml. 1998 s.I-4075.

Forente saker C-369/96 og C-376/96 Straffesaker mot Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL (C-369/96) og Bernard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL (C-376/96). Saml. 1999 s. I-8453.

Sak C-389/96 Aher-Waggon GmbH mot Bundesrepublik Deutschland [Aher Waggon].
Saml. 1998 s. I-4473.

Sak C-67/97 Straffesag mot Ditlev Bluhme. Saml. 1998 s. I-8033.

Sak C-124/97 Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd og Oy Transatlantic
Software Ltd mot Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) og Suomen valtio (den finske stat).
[Läärä]. Saml. 1999 s. I-6067.

Sak C-273/97 Angela Maria Sirdar mot The Army Board og Secretary of State for Defence
[Sirdar]. Saml. 1999 s. I-7403.

Sak C-412/97 ED Srl mot Italo Fenocchio [ED]. Saml. 1999 s. 3845.

Sak C-414/97 Kommisjonen mot Spania. Saml. 1999 s. I-5585.

Sak C-58/98 Straffesak mot Josef Corsten [Corsten]. Saml. 2000 s. 7919.

De forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 - C-54/98 og C-68/98 - C-71/98 Finalarte m.fl.
mot Urlaubs-und lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft [*Finalarte*]. Saml. 2001 s. I-7831.

Sak C-209/98 Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mot Københavns
Kommune [Sydhavnens Sten & Grus]. Saml. 2000 s. I-3743.

Sak C-376/98 Tyskland mot Europa-parlamentet og Rådet [Tobacco Advertising].
Saml. 2000 s. I-2247.

Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schleswig AG, procesdeltagere: Windpark
Reuenköge III GmbH og Land Schleswig-Holstein [PreussenElektra]. Saml. 2001 s. I-
2099.

Sak C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge mot Republik Österreich [Schmidberger]. Saml. 2003 s. I-5659.

Sak C-463/01 Kommissionen mod Tyskland. Saml. 2004 s. I-11705.

Sak C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn [Omega Spielhallen]. Saml. 2004 s. I-9609.

Sak C-438/05 International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti [Viking]. Saml. 2007 s. I-10779.

Sak C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH mot Avides Media AG [Dynamic Medien]. Saml. 2008 s. I-505.

Sak C-205/07 Straffesak mot Lodewijk Gysbrechts og Santurel Inter BVBA [Santurel]. (Foreløpig ikke publisert)

9.2 EFTA-domstolen

www.eftacourt.int:

Sak E-2/03 Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Re.

De forente saker E-9/07 og E-10/07 L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge [L'Oréal].

10 Litteraturliste

- Asland (2003) Asland, John. *Beskyttelse av geografiske betegnelser*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2003, s. 366-418. (Sitert fra Lovdata)
- Barnard (2007) Barnard, Catherine *The Substantive Law of the EU*. 2. utg. Oxford, 2007
- Betlem (2007) Betlem, Gerrit. *Public and Private Transnational Enforcement of EU Consumer Law*. I: European Business Law Review. Nr. 4 2007, s. 683-708.
- Birnie (2009) Birnie, Patricia, Alan Boyle og Catherine Redgwell. *International Law & the Environment*. 3. utg. Oxford, 2009.
- Borgli (1993) Borgli, Anneke Biesheuvel og Finn Arnesen. *Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS – en introduksjon*. 1993, Oslo.
- Bull (2002) Bull, Henrik *Det indre marked for tjenester og kapital*. Oslo, 2002.
- Craig (2008) Craig, Paul og Gráinne de Búrca. *EU Law*. 4. utg. Oxford, 2008.
- Davies (2004) Davies, Peter G.G. *European Union Environmental Law*. Aldershot, 2004.

- Dougan (2000) Dougan, Michael. *Minimum Harmonisation and the Internal Market*. I: *Common Market Law Review* 37. 2000, s. 853-885. (Sisert fra ejournals.ebsco.com)
- Eikenberg (2000) Eikenberg, Katharina. *Article 296 (ex 223) E.C. and External Trade in Strategic Goods*. I: *European Law Review*. 2000, 25(2), s. 117-138. (Sisert fra international.westlaw.com)
- EØS-rett (2004) *EØS-rett*. Fredrik Sejersted ... [et. al.]. 2. utg. Oslo, 2004
- Lang (2008) Temple, John Lang. *The development by the Court of Justice of the duties of cooperation of national authorities and community institutions under article 10 EC*. I: 31 *Fordham International Law Journal* 2007-2008 s. 1483-1532. (Sisert fra heinonline.org)
- Graver (1995) Graver, Hans Petter. *Grenseområdet mellom miljøbeskyttelse og proteksjonisme i EUs miljørett*. I: *Kritisk juss*. 1995, s. 211-236. (Sisert fra Lovdata)
- Graver (2002) Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten – Studier i europeisering av forvaltningsretten*. Bergen, 2002.
- Grimelid (2005) Grimelid, Ane. *Menneskerettigheter i EØS-retten: suverenitet og harmonisering*. Spesialoppgave – Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 2005. (Funnet på duo.uio.no)

- Hedemann-Robinson (2000) Hedemann-Robinson, Martin. *Defending the Consumer's Right to a Clean Environment in the Face of Globalisation. The Case of Extraterritorial Environmental Protection Under European Community*. I: Journal of Consumer Policy. 2000, s.25-61 (Sitert fra swetswise.com).
- Høstmælingen (2003) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.
- Jacobs (2006) Jacobs, Francis. *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*. I: Journal of Environmental Law. 2006, Vol. 18 Nr. 2, s. 185-205. (Sitert fra swetswise.com)
- Jans (2008) Jans, Jan H og Hans H. B. Vedder. *European Environmental Law*. 3. utg. Groningen, 2008
- Jarvis (1998) Jarvis, Malcolm A. *The Application of EC Law by National Courts – The Free Movement of Goods*. Oxford, 1998.
- Kapteyn (2008) Kapteyn, P.J.G og P. VerLoren Van Themaat. *The Law of the European Union and the European Communities*. Redigert ved Kapteyn m. fl. 4. reviderte utgave. Alphen aan den Rijn, 2008.
- Kiss (2004) Kiss, Alexandre og Dinah Shelton. *International Environmental Law*. 3. utgave. New York, 2004.
- Krämer (1993) Krämer, Ludwig. *Environmental Protection and Article 30 EEC Treaty*. I: Common Market Law Review 30. 1993, s. 111-143.

- Krämer (1998) Krämer, Ludwig. *EC Treaty and Environmental Law*. 3. utg. London, 1998.
- Krämer (2003) Krämer, Ludwig. *EC Environmental Law*. 5. utg. London, 2003.
- Krämer (2007) Krämer, Ludwig. *EC Environmental Law*. 6. utg. London, 2007.
- Notaro (2000)a Notaro, Nicola. *The new generation case law on trade and environment*. I: *European Law Review*. 2000, 25(5), s. 467-491. (Sitert fra international.westlaw.com)
- Notaro (2000)b Notaro, Nicola. *European Community Waste Movements: the Copenhagen Waste Case*. I: *European Environmental Law Review*. 2000, s. 304-412.
- Oliver (2003) Oliver, Peter. *Free movement of goods in the European Community*. 4. utg. London, 2003.
- Pagh (1996) Pagh, Peter. *EU-miljøret*. 2. utg. København, 1996.
- Ruud (2002) Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 2. utg. Oslo, 2002.
- Sands (2003) Sands, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2. utg. Cambridge, 2003.
- Slot (1996) Slot, Piet Jan. *Harmonisation*. I: *European Law Review*. 1996, 21 (5), s. 378-387. (Sitert fra international.westlaw.com)

11 Fellesskapslovgivning

11.1 Direktiver

Direktiv 74/577/EØF	Rådets direktiv af 18. november 1974 om bedøvelse af dyr inden slagting (74/577/EØF)
Direktiv 75/439/EØF	Rådets direktiv af 16. juni 1976 om bortskaffelse af olieaffald (75/439/EØF)
Direktiv 75/442/EØF	Rådets direktiv af 15. juli 1975 om affald (75/442/EØF)
Direktiv 79/409/EØF	Rådets direktiv af 2. april 1979 om beskyttelse af vilde fugle (79/409/EØF)
Direktiv 85/577/EØF	Rådets direktiv af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (85/577/EØF)

Direktiv 91/629/EØF	Rådets direktiv af 19. november 1991 om fastsettelse af mindstekrav med hensyn til beskyttelse af kalve.
Direktiv 92/43/EØF	Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter.
Direktiv 96/61/EF	Rådets direktiv 96/61/EF af 24. september 1996 om integreret forebyggelse og bekæmpelse af forurening.
Direktiv 96/92/EF	Europa-parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet.
Direktiv 2006/12/EF	Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/12/EF af 5. april 2006 om affald.
Direktiv 2006/66/EF	Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/66/EF af 6. september 2006 om batterier og akkumulatorer og udtjente batterier og akkumulatorer samt om ophævelse af direktiv 91/157/EØF.

Direktiv 2008/1/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv
2008/1/EF af 15. januar 2008 om integreret forebyggelse
og bekæmpelse af forurening.

11.2 Forordninger

Forordning (EØF) nr. 2603/69 Rådets forordning (EØF) Nr .2603/69
af 20. december 1969 om fastlæggelse af en fælles
udførselsordning.

Forordning (EØF) nr. 3626/82 Rådets forordning (EØF) Nr. 3626/82
af 3. december 1982 om gennemførelse i
fællesskabet om international handel med
udryddelsestruede vilde dyr og planter.

Forordning (EØF) nr. 1576/89 Rådets forordning (EØF) Nr. 1576/89 af
29. maj 1989 om fastlæggelse af almindelige regler
for definition, betegnelse og præsentation af spiritus.

Forordning (EØF) nr. 2496/89 Kommissionens forordning (EØF)
Nr. 2496/89 om forbud mod indførsel i fællesskabet
af uforarbejdet og forarbejdet elfenben fra den
afrikanske elefant.

Forordning (EØF) nr. 2081/92	Rådets forordning (EØF) Nr. 2081/92 af 14. juli om beskyttelse af geografiske betegnelser og opbrindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og levnedsmidler.
Forordning (EØF) nr. 259/93	Rådets forordning (EØF) Nr. 259/93 af 1. februar 1993 om overvaagning af og kontrol med overførsel af affald inden for, til og fra Det Europæiske Fællesskab.
Forordning (EF) nr. 338/97	Rådets forordning (EF) Nr. 338/97 af 9. december 1996 om beskyttelse af vilde dyr og planter ved kontrol af handelen hermed.
Forordning (EF) nr. 1334/2000	Rådets forordning (EF) nr. 1334/2000 af 22. juni 2000 om en fællesskabsordning for kontrol med udførelsen af produkter og teknologi med dobbelt anvendelse.
Forordning (EF) nr. 2006/2004	Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 2006/2004 af 27. oktober 2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse.
Forordning (EF) nr. 1013/2006	Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 1013/2006 af 14. Juni 2006 om overførsel af affald.

12 Traktater

EF-traktaten Traktaten om opprettelse av det Europeiske fellesskap av 25. mars 1957, Roma.

EU-traktaten Traktaten om den opprettelse av Den europeiske union (Maastricht-Traktaten) av 7. februar 1992, Maastricht.

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeid av 2. mai 1992, Porto.

EMK Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950. Roma.

ØSK Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966.

CITES The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora av 3. mars 1973, Washington DC.

FNs rammekonvensjon om klimaendring av 9. mai 1992, Rio de Janeiro.

FNs konvensjon om biologisk mangfold av 22. mai 1992, Rio de Janeiro.

North-East Atlantic Fisheries Convention av 24. januar 1959, London.

13 Norske lover

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

1987 Lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. (Eksportkontrollloven) av 18. desember 1987 nr 93.

1997 Lov om verdipapirhandel av 19. juni 1997 nr 79.

1999 Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 16. juli 1999 nr 69.

2007 Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) av 29. juni 2007 nr 75.

14 Norske forarbeider

Ot. Prp. Nr. 48 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)

St.meld. nr. 10 (2008-2009) Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi.

15 Andre kilder

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/andre/Etiske-retningslinjer/etiske-retningslinjer-for-statens-pensjo.html?id=434894&epslanguage=NO>. [lest 1. juni 2009]

<http://thomas.loc.gov/>.

http://www.maxhavelaar.no/Internett/Om_Fairtrade [lest 1. juni 2009]

