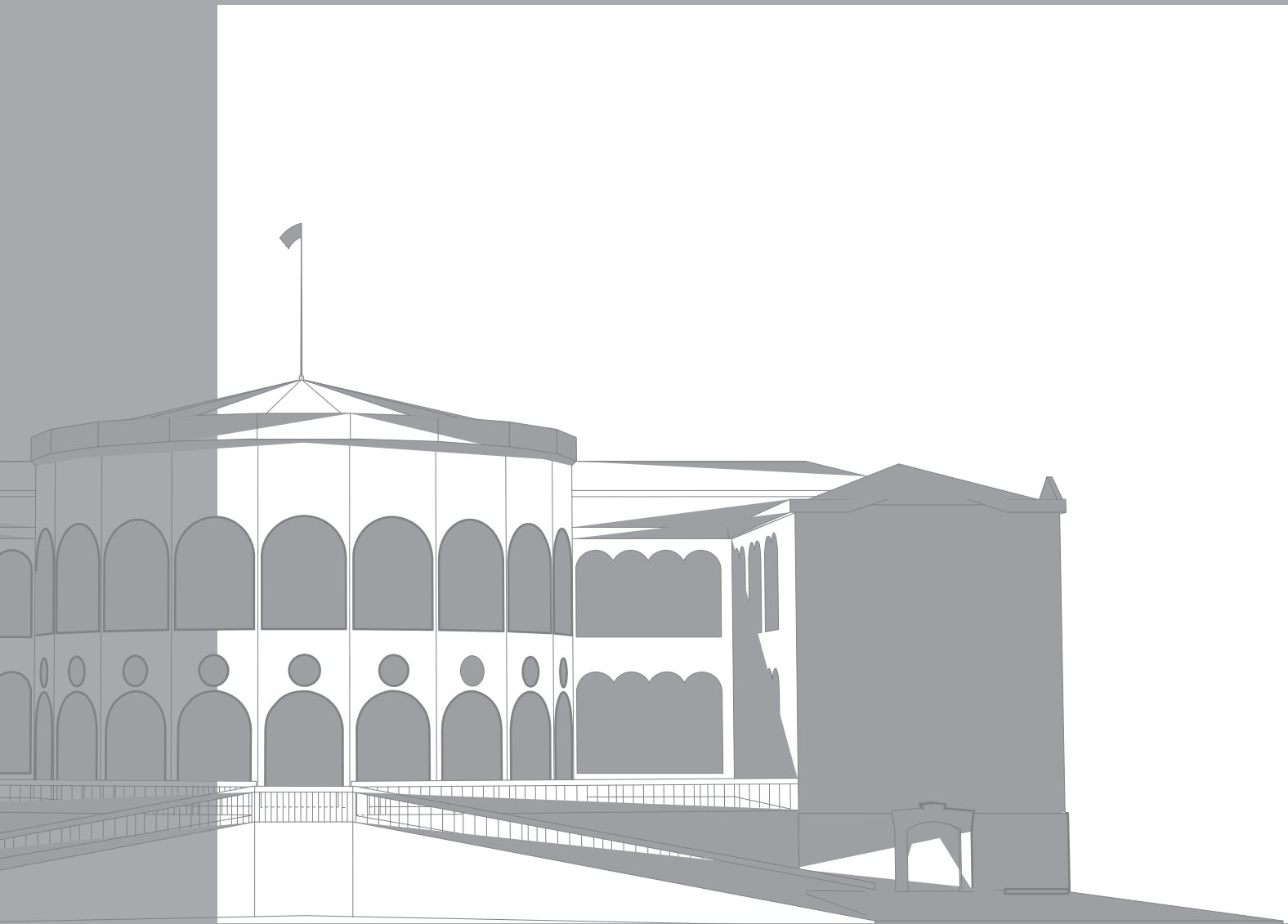


Perspektiv 03/11

Økonomiske og administrative lovgivningshensyn i EØS-retten – nasjonale myndigheters handlefrihet på det indre marked

Av Fredrik Aadahl



Stortingets utredningsseksjon yter faglig bistand til representanter, partigrupper og komiteer i Stortinget basert på spørsmål fra den enkelte oppdragsgiver.

Seksjonen publiserer også egeninitierte notater som gjøres allment tilgjengelig. Enkelte av notatene er utarbeidet av eksterne fagpersoner og forskningsmiljøer på oppdrag fra Stortingets utredningsseksjon.

Siste utgivelser:

- 01/07 *Pasientmobilitet i EØS*
- 02/07 *Hva er Prüm-samarbeidet – og hvordan skiller det seg fra dagens operative politisamarbeid i Europa?*
- 03/07 *Flat skatt - Estland*
- 04/07 *Delelinjen i Barentshavet – Planlagt samarbeid versus uforutsett konflikt?*
- 01/08 *Forbud mot kjøp av sex – Erfaringer fra Sverige og Finland*
- 02/08 *Barnevern og EØS*
- 03/08 *Energipolitikk og klima – plukke vinnere eller sette avgifter?*
- 04/08 *Om lobbying*
- 05/08 *Svalbard-traktaten – ulike oppfatninger om traktatens anvendelsesområde*
- 06/08 *Nasjonale parlamenters kontroll med europapolitikken*
- 07/08 *Golden shares-dommene og deres innvirkning på Norge gjennom EØS-avtalen*
- 01/09 *Høyesterett, internasjonale domstoler og Maktutredningen*
- 02/09 *Eurojust – EUs påtalesamarbeid og norsk deltakelse*
- 01/10 *Norske bruksreguleringer og EØS-retten: hindrer EØS-avtalen det norske forbudet mot bruk av vannscooter?*
- 02/10 *Mistillitsforslag og kabinettsspørsmål – en oversikt*
- 03/10 *Grunnloven § 93 og unntaket for ”lite inngripende” myndighetsoverføring*
- 01/11 *Anna Rogstad – første kvinne på Stortinget i 1911*
- 02/11 *Norges nordlige og arktiske ressurser*

<http://www.stortinget.no/Stortingets-utredningsseksjon/Perspektiv>

Forord

Artikkelen i denne utgaven av Perspektiv bygger på min masteroppgave som ble levert ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 2010. Avhandlingens tittel var: "Økonomiske og administrative hensyn som begrunnelse for restriksjoner på de fire friheter".

Forholdet mellom nasjonal suverenitet og EØS-retten er et stadig tilbakevendende politisk tema. Slike spørsmål kommer ofte på spissen der nasjonale handelsrestriksjoner er begrunnet i lovgivningshensyn av økonomisk og administrativ art, og EU-domstolen har i en rekke avgjørelser vært nødt til å vurdere slike hensyns legitimitet innenfor EØS-retten.

Den opprinnelige avhandlingen bygger på en analyse av et stort antall avgjørelser fra EU-domstolen som omhandler lovgivningshensyn av økonomisk og administrativ art. Hensikten var å illustrere balansen mellom det indre marked og nasjonal politikk i EØS-retten.

I denne artikkelen har jeg forsøkt å fange essensen i oppgavens tema, og jeg har derfor valgt å fokusere på noen områder for å gi et innblikk i denne vanskelige balansegangen. Dette reflekteres også i at tittelen er endret til: "Økonomiske og administrative lovgivningshensyn i EØS-retten – nasjonale myndigheters handlefrihet på det indre marked".

Jeg vil benytte anledningen til å takke min veileder, Ketil Bøe Moen, for konstruktive tilbakemeldinger og upåklagelig oppfølging underveis. Takk også til stortingsbiblioteket for god hjelp med å finne kilder. I tillegg har Ane McIver Øigård og Petter Aaltvedt Pettersen gitt nyttige innspill og lest korrektur. Takk til dere begge!

Avhandlingen som ligger til grunn for denne artikkelen ble skrevet mens jeg var ansatt som studentstipendiat ved Stortingets utredningsseksjon. Takk for et lærerikt og hyggelig år hos dere!

Oslo, juni 2011

Fredrik Aadahl
Advokatfullmektig, Kluge Advokatfirma



Sammendrag

EU-rettens regler om et felles europeisk marked stiller innholdsmessige krav til medlemsstatenes nasjonale politikk. Sentralt står reglene om de fire friheter, som forbyr restriksjoner på den frie bevegelsen av varer, tjenester, personer og kapital mellom medlemsstatene. Gjennom EØS-avtalen er også Norge tilknyttet dette markedet, og forbudet mot nasjonale handelshindringer er følgelig bindende for norske myndigheter. Unntak fra dette er imidlertid mulig dersom den nasjonale rettsregelen kan begrunnes i et legitimt hensyn. Hva som utgjør legitime hensyn i EØS-retten fremgår dels av de skrevne unntaksbestemmelsene i EU-traktaten/EØS-avtalen, og dels av den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn.

Økonomiske og administrative lovgivningshensyn står i et spenningsforhold mellom nasjonal politikk og de fellesskapsrettslige reglene om det indre marked. På den ene siden vil nasjonale myndigheter nærmest alltid - i større eller mindre grad - vektlegge økonomiske og administrative hensyn i utformingen av sin politikk. Dette er ofte helt nødvendig for opprettholdelsen av medlemsstatens funksjoner, og danner således naturlige rammer for myndighetsutøvelsen. På den andre siden står EØS-samarbeidets ambisiøse målsetning om et felles indre marked med like vilkår for alle aktører, hvor det i liten grad synes å være rom for lovgivningshensyn knyttet til slike rent nasjonale interesser.

Hovedregelen i EØS-retten er at økonomiske og administrative lovgivningshensyn ikke kan utgjøre en grunn for nasjonale myndigheter til å gjøre unntak fra den frie bevegelse. Både i forhold til skrevne og uskrevne unntaksbestemmelser har EU- og EFTA-domstolene uttalt at økonomiske og administrative hensyn ikke kan tjene som begrunnelser for handelsrestriksjoner. Dette er også den rådende oppfatningen i juridisk teori på området. Det tradisjonelle utgangspunktet er følgelig et EØS-rettslig forbud mot slike lovgivningshensyn.

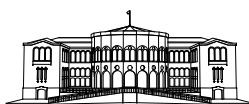
Det er imidlertid for enkelt å si at økonomiske og administrative hensyn *aldri* kan rettferdiggjøre inngrep i de fire friheter. EU-domstolens tilnærming fremstår som mer nyansert og fleksibel enn som så. I praksis ser domstolen ut til å være langt mer lydhør for nødvendigheten av slike lovgivningshensyn enn dens tidvis bastante uttalelser skulle tilsi. I denne artikkelen skal jeg vise hvordan økonomiske og administrative hensyn til tider kan aksepteres for å oppnå en rimelig *balanse* mellom markedsintegrasjon og nasjonale myndigheters frihet til å utforme sin egen politikk. Særlig i et velferdsstatsperspektiv er det grunn til å nyansere det tradisjonelle utgangspunktet om at slike hensyn alltid er forbudt.

Et annet spørsmål er hvilke rettslige konsekvenser det har at nasjonale myndigheter faktisk har vektlagt illegitime hensyn i lovgivningsprosessen. Selv om rettstilstanden er noe usikker, fremstår EU-domstolen som relativt fleksibel også på dette punktet. Flere nyere avgjørelser synes å indikere at EU-domstolen kan være villig til å se bort fra en helt eller delvis illegitim lovgiverhensikt, dersom *virkingen* av restriksjonen er egnet og nødvendig for å oppfylle et legitimt mål. Denne løsningen synes også å åpne for mer nyanserte vurderinger av balansen mellom det indre marked og nasjonal politikk, i tillegg til at den synes egnet til å bidra til nødvendig rettsavklaring.



INNHOLD

FORORD	1
SAMMENDRAG	2
INNHOLD	3
1. INNLEDNING	4
2. ET EØS-RETTLIG FORBUD MOT ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE HENSYN...	5
2.1 Generelt om rettferdiggjøring av handelsrestriksjoner	5
2.2 Utgangspunkt og utvikling av et forbud mot økonomiske og administrative hensyn	6
2.3 Forbudet i den juridiske litteratur	7
2.4 Spor av forbudet i sekundærlovgivningen	7
3. HVORFOR ER ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE HENSYN ILLEGITIME?	9
4. BESKYTTELSE AV PRIVATE ØKONOMISKE INTERESSER – GRENSEN MELLOM PROTEKSJONISME OG LOVLIG MARKEDSREGULERING	11
4.1 Bakgrunn	11
4.2 Illegitimt vern av private økonomiske interesser	11
4.3 Legitimt vern av private økonomiske interesser	15
4.4 Oppsummering	19
5. BESKYTTELSE AV OFFENTLIGE ØKONOMISKE INTERESSER - VELFERDSSTATEN OG DE FIRE FRIHETER	21
5.1 Innledning	21
5.2 Hensynet til å begrense statens utgifter - besparelshensyn	22
5.3 Hensynet til kontroll med offentlige utgifter – behovet for økonomisk styring	29
5.4 Hensynet til statens inntekter	30
6. OPPRETTTHOLDELSE AV RESTRIKTIVE NASJONALE RETTSREGLER SOM BYGGER PÅ ILLEGITIME HENSYN.....	39
6.1 Innledning	39
6.2 Rettferdiggjøring av restriksjoner som er begrunnet i flere hensyn	39
6.3 Må hensynet faktisk ha påvirket lovgivers beslutning på vedtakelsestidspunktet?	45
6.4 Den bevismessige betydning av en opprinnelig illegitim begrunnelse.....	47
7. KILDER.....	49



1. INNLEDNING

Temaet for denne artikkelen er i hvilken grad lovgivningshensyn av økonomisk og administrativ karakter kan tjene til å rettferdiggjøre nasjonale rettsregler som gjør inngrep i EØS-rettens regler om de fire friheter.

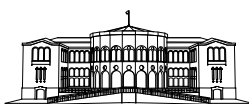
I et EØS-rettslig perspektiv kan økonomiske og administrative lovgivningshensyn beskrives som hensyn som knytter seg til medlemsstatenes *egeninteresse*, til forskjell fra *felleskapsinteressen*. Dette er åpenbart problematisk i lys av EØS-rettens prinsipp om regelharmonisk. Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har tradisjonelt vært tilbakeholdne med å anerkjenne økonomiske og administrative hensyn. I en rekke saker er det uttalt at slike lovgivningshensyn ikke er relevante som begrunnelser for nasjonale rettsregler som gjør inngrep i den frie bevegelighet. Typisk har domstolene avvist begrunnelser som er basert på proteksjonistisk politikk, hensyn som knytter seg til offentlige inntekter og utgifter, samt hensynet til å minske forvaltningens arbeidsbyrde. I litteraturen oppsummeres denne praksis som et *forbud* mot økonomiske og administrative lovgivningshensyn som begrunnelser for handelsrestriksjoner.

I flere saker synes imidlertid EU-domstolen å akseptere lovgivningshensyn av økonomisk og administrativ art. Grensen mellom legitime og illegitime hensyn fremstår følgelig som noe flytende. Denne uklarheten synes lite tilfredsstillende for en rettsanvender som søker å forutse domstolens avgjørelser i konkrete saker, og kanskje særlig for nasjonale myndigheter. Medlemsstatene skal utarbeide regelverk i samsvar med sine fellesskapsrettslige forpliktelser, men er avhengig av rettslige prosesser - initiert av private aktører eller Kommisjonen - for å få avklart rettstilstanden.¹ Det fremstår derfor som hensiktsmessig å forsøke å bringe større klarhet i hvilke lovgivningshensyn som utgjør legitime grunner til å fravike reglene om den frie bevegelighet, og hvilke hensyn som er illegitime på grunn av sin økonomiske eller administrative karakter.

I det videre vil jeg redegjøre for EU-domstolens praksis vedrørende økonomiske og administrative hensyn, i den hensikt å forsøke å trekke opp denne grensen.² I denne artikkelen vil jeg konsentrere meg om to hovedgrupper av slike lovgivningshensyn – beskyttelsen av private økonomiske interesser og beskyttelsen av offentlige økonomiske interesser. I tillegg vil jeg se på rettspraksis som behandler nasjonale handelshindringer som faktisk er begrunnet i illegitime hensyn. Først vil jeg imidlertid redegjøre for den rettslige plasseringen og grunnlaget for det tradisjonelle forbudet mot økonomiske og administrative hensyn i EØS-retten.

¹ I samme retning Barents (1981) s. 271-272

² Relevante avgjørelser fra EFTA-domstolen vil også omtales. EU-domstolen har imidlertid et langt større saksomfang, og har derfor i større grad tatt stilling til legitimiteten av slike lovgivningshensyn.



2. ET EØS-RETTLIG FORBUD MOT ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE HENSYN

2.1 Generelt om rettferdiggjøring av handelsrestriksjoner

Nasjonale rettsregler som gjør inngrep i de fire friheter er som utgangspunkt ulovlige i fellesskapsrettslig forstand. Frie markeder medfører imidlertid ikke alltid resultater i samfunnets interesse, og en viss markedsregulering på nasjonalt plan synes nødvendig.³ EØS-retten bygger derfor på en forutsetning om at medlemsstatene kan ha en legitim interesse i å begrense den frie bevegelseheten.⁴ I disse tilfellene kan nasjonale handelshindringer opprettholdes.

Rettferdiggjøring av handelsrestriksjoner forutsetter at to grunnvilkår er oppfylt. For det første må det foreligge et legitimt hensyn som kan begrunne at man gjør inngrep i den frie bevegelseheten. For det andre må den nasjonale rettsregelen oppfylle kravene som følger av proporsjonalitetsprinsippet. Dette innebærer at regelen må være egnet og nødvendig i relasjon til begrunnelsen. I tillegg har EU-domstolen i noen saker oppstilt et vilkår om at restriksjonen er forholdsmessig i snever forstand.⁵

Hva som utgjør legitime hensyn i EØS-retten fremgår dels av de skrevne unntaksbestemmelsene i TEUF⁶ og EØS-avtalens hoveddel, og dels av den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Derogasjonsbestemmelsene i TEUF og EØS-avtalen er knyttet opp mot de enkelte reglene om fri bevegelseheten av varer, tjenester, personer og kapital.⁷ Disse unntaksbestemmelsene er noe ulikt utformet i henhold til den enkelte frihet, men oppstiller stort sett hensynene til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet og folkehelsen som legitime grunner til å fravike den frie bevegelseheten.⁸ Ifølge EU-domstolen skal disse unntaksbestemmelsene tolkes innskrenkende, og domstolen synes med dette å legge til grunn at

³ Snell (2002) s. 169-171

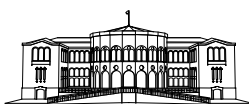
⁴ *ibid* s. 172

⁵ Om proporsjonalitetsprinsippet generelt se Mathiesen (2007) s. 81-82 og Fredriksen (2007) s. 296-297. EU- og EFTA-domstolen går ofte ikke inn på forholdsmessigheten i snever forstand (interesseavveining mellom mål og middel), se eksempelvis Mathiesen (2007) s. 91 Snell (2002) s. 196 og Jans (2000) s. 261-262. Høyesterett la i alkoholreklamesaken til grunn at det som utgangspunkt ikke gjaldt et slikt krav til forholdsmessighet i snever forstand, se Rt. 2009 s. 839 avsnitt 41. Se også Trimidas (2006) s. 139 som viser at EU-domstolen ikke alltid skiller mellom kravet til nødvendighet og forholdsmessighet *strictu sensu*.

⁶ Traktat om den Europæiske Unions funksjonsmåte

⁷ For fri bevegelseheten av varer følger dette av TEUF artikkel 36 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 13). For etableringsretten og fri bevegelseheten av tjenester se TEUF artikkel 52 jf. artikkel 62 (EØS-avtalen artikkel 33 jf. artikkel 39). Unntak fra fri flyt av arbeidskraft følger av TEUF artikkel 45 nr. 3 (EØS-avtalen artikkel 28 nr. 3). For den frie bevegelseheten av kapital se TEUF artikkel 65 nr. 1 (i EØS-retten følger unntaksbestemmelsen av rådsdirektiv 88/361/EØF)

⁸ Unntaksregelen for fri bevegelseheten av kapital i TEUF artikkel 65 nr. 1 er noe annerledes formulert, og omfatter ikke hensynet til folkehelsen (EØS-avtalens hoveddel har ingen bestemmelse som svarer til denne). Også mellom de andre derogasjonshjemlene foreligger det språklige forskjeller, men EU-domstolen synes ikke å ha lagt avgjørende vekt på disse variasjonene. Slik også Snell (2002) s. 172-173



en i tvilstilfeller skal velge det tolkningsalternativet som innebærer minst inngrep i den frie bevegelse.⁹

Med grunnlag i avgjørelsen i *Cassis de Dijon*¹⁰ har EU-domstolen åpnet for at også andre hensyn kan utgjøre legitime begrunnelser for handelsrestriksjoner. Under den såkalte læren om tvingende allmenne hensyn¹¹ har domstolen akseptert hensyn som ikke fremgår av de traktatfestede derogasjonsreglene, for eksempel forbrukerbeskyttelse, miljøhensyn og arbeiderbeskyttelse. Forutsetningen for denne unntaksregelen er at den omstridte nasjonale regelen ikke er direkte diskriminerende på bakgrunn av nasjonalitet eller opprinnelsesland. Læren om tvingende allmenne hensyn kommer derfor til anvendelse på restriksjoner som er ikke-diskriminerende eller indirekte diskriminerende.¹²

2.2 Utgangspunkt og utvikling av et forbud mot økonomiske og administrative hensyn

Det tradisjonelle forbudet mot økonomiske og administrative hensyn som begrunnelse for restriksjoner på den frie bevegelse bygger på langvarig praksis fra EU-domstolen. At økonomiske hensyn ikke kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital ble uttalt allerede på 60-tallet, i forbindelse med domstolens tolkning av de traktatfestede unntaksreglene. Utgangspunktet for denne praksisen synes å være avgjørelsen *Kommisjonen mot Italia*, der EU-domstolen uttalte at TEUF artikkel 36 "... is directed to eventualities of a non-economic kind ..."¹³ Domstolen har fastholdt denne tolkningen av bestemmelsen i flere påfølgende saker¹⁴, og har flere ganger uttalt at det samme gjelder også for andre derogasjonshjemler i traktaten.¹⁵

EU-domstolen uttalte også på et tidlig tidspunkt at heller ikke administrative hensyn kan innfortolkes under de skrevne unntaksbestemmelsene. Denne praksis synes å ta utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelse i *de Peijper*, der domstolen uttalte at TEUF artikkel 36 ikke kan "... påberåbes til at begrunde en i seg selv nyttig lovgivning eller praksis, men hvis restriktive elementer væsentligst skyldes et ønske om at begrense den administrative byrde...".¹⁶ Denne tolkningen ble fastholdt i *van Luipen* og i *Kommisjonen mot Tyskland*, der domstolen uttalte

⁹ Se for eksempel sak 46/76 W. J. G. Bauhuis mod Den Nederlandske Stat (premiss 12), sak 225/85 Kommisjonen mot Italia, forenede saker C-482/01 og C-493/01 Orfanopoulos mot Land Baden-Württemberg (premiss 53) og sak C-315/02 Anneliese Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol (premiss 26). Se også Barnard (2007) s. 481, Snell (2002) s. 174 og White (1989) s. 249

¹⁰ Sak 120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein

¹¹ Som på engelsk ofte betegnes "the Rule of reason" eller "mandatory requirements"

¹² For eksempel forente saker C-1/09 og C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA og Publivia SAE mod Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (premiss 13). Slik også i EFTA-domstolen, som synes å ha fraveket uttalelsene i sak E-5/96 Ullensaker kommune mot Nille AS, se for eksempel sak E-3/05 ESA mot Norge.

¹³ Sak 7/61 Kommisjonen mot Italia (punkt C(D))

¹⁴ Se for eksempel sak 288/83 Kommisjonen mot Irland (premiss 28) og sak C-265/95 Kommisjonen mot Frankrike (premiss 62)

¹⁵ Se for eksempel sak 352/85 Bond van Adverteerders m.fl. mot den nederlandske stat (tjenester) og sak C-484/93 Peter Svensson og Lena Gustavsson mot Ministre du Logement et de l'Urbanisme (tjenester og kapital)

¹⁶ Sak 104/75 Adriaan de Peijper, direktør for selskapet Centrafarm B.V (premiss 18)



generelt at ”... *considerations of an administrative nature cannot justify derogation by a member state from the rules of community law.*”¹⁷

Som følge av framveksten av den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn, har EU-domstolen funnet grunn til å presisere at forbudet mot økonomiske og administrative hensyn får anvendelse også i forhold til denne unntaksregelen. I flere saker har domstolen uttalt at økonomiske hensyn ikke kan utgjøre tvingende allmenne hensyn.¹⁸ I *Ergasias* uttalte EU-domstolen helt generelt at økonomiske hensyn ikke kan rettferdiggjøre en ”...*restriktion af en grundlæggende frihed...*”.¹⁹ På samme måte har EU-domstolen også slått ned på administrative hensyn som har blitt fremmet under den ulovfestede unntaksregelen.²⁰

At økonomiske og administrative hensyn ikke kan begrunne restriksjoner, har derfor karakter av et generelt prinsipp ved rettferdiggjøring av handelsrestriksjoner, uavhengig av hvilken unntaksbestemmelse som kommer til anvendelse.

2.3 Forbudet i den juridiske litteratur

I juridisk teori synes også den alminnelige oppfatningen å være at økonomiske og administrative hensyn ikke kan tjene til å rettferdiggjøre inngrep i de fire friheter.²¹ Enkelte forfattere er også inne på problemet med å avgrense mot legitime lovgivningshensyn av økonomisk og administrativ karakter.²² Særlig Snell og Hatzopoulos går relativt langt i å hevde at EU-domstolens praksis fremstår som inkonsekvent når det gjelder grensen mellom legitime og illegitime hensyn.²³ Den juridiske litteraturen på området gir få klare holdepunkter vedrørende grensen mellom legitime og illegitime hensyn. Selve *eksistensen* av et forbud mot visse økonomiske og administrative hensyn synes det imidlertid ikke å foreligge særlig tvil om. Et avvikende synspunkt i så måte forfektes av Davies, som ser ut til å mene at forbudet mot økonomiske hensyn er intetsigende, og i realiteten bare en måte for domstolen å avvise begrunnelser som ikke anses tungtveiende eller overbevisende nok.²⁴

2.4 Spor av forbudet i sekundærlovgivningen

En rekke steder i sekundærlovgivningen er det positivt angitt hvilke lovgivningshensyn som kan begrunne at medlemsstatene gjør unntak fra reglene. For eksempel angir

¹⁷ Sak 29/82 F. van Luipen en Zn BV til prøvelse af en disiplinærforanstaltning (premiss 12) og sak 205/84 Kommisjonen mot Tyskland (premiss 54)

¹⁸ Se for eksempel sak C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés (premiss 39), sak C-158/96 Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie (premiss 41) og sak C-109/04 Karl Robert Kranemann mod Land Nordrhein-Westfalen (premiss 34),

¹⁹ Sak C-398/95 Sindesmos ton en Elladi Turistikon ke Taxidiotikon Grafon mot Ypourgos Ergasias (premiss 23)

²⁰ Se for eksempel forente saker C-369/96 og C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL og Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL (premiss 76)

²¹ Se blant annet Sejersted m.fl. (2004) s. 317 og 452, Bull (2002) s. 577 og 583, Oliver (1996) s. 190, Snell (2002) s. 174, Barnard (2007) s. 495, Kapteyn (1998) s. 654, Gormley (1985) s. 218, White (1989) s. 149

²² Gormley (1985) s. 218, Sejersted m.fl. (2004) s. 317 og 452, Barnard s 495-496, og til en viss grad også Bull (2002) s. 578-579

²³ Snell (2005) s. 39-47 og Hatzopoulos (2000) s. 78-79

²⁴ Davies (2005) s. 47



tjenstedirektivets²⁵ artikkel 16 tilsynelatende uttømmende hvilke hensyn som lovlig kan begrunne en tillatelsesordning. Det synes forutsatt at andre lovgivningshensyn - herunder økonomiske og administrative hensyn - ikke kan utgjøre legitime begrunnelser.

I tillegg finner man også spor av et eksplisitt forbud mot økonomiske hensyn i sekundærlovgivningen. Rådsdirektiv 64/221/EØF gir medlemsstatenes muligheter til å sette begrensninger på den frie bevegelse av arbeidskraft ut fra hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen.²⁶ I artikkel 2(2) er det presisert at ”...*such grounds shall not be invoked to service economic ends.*” I EU-landene er dette direktivet avløst av Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og opholde seg frit på medlemsstaternes område.²⁷ Bestemmelsen i Rdir 64/221/EØF artikkel 2(2) er fulgt opp med en likelydende bestemmelse i EP/Rdir 2004/38/EF artikkel 27(1) hvor det heter at

”Med forbehold af bestemmelserne i dette kapitel kan medlemsstaterne begrænse den frie bevægelighed og ophold for en unionsborger eller et familiemedlem uanset nationalitet af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Der må ikke lægges økonomiske betragtninger til grund.”

Rådsdirektiv 90/387 om tilgang til åpne telenett, det såkalte ONP-rammedirektivet (Open Network Provisions), har som siktemål å tilrettelegge for etablering av nye markedsaktører, hindre eksisterende aktørers misbruk av sin dominerende stilling og tilrettelegge for tjenester som kan dekke hele Europa.²⁸ Direktivets artikkel 2 nr. 6 angir hvilke hensyn som kan begrunne at medlemsstatene begrenser adgangen til telenettet, hvor det presiseres at dette gjelder ”...*ikke-økonomiske hensyn til almenhedens interesse*”.²⁹

I tillegg er det spor av et forbud mot økonomiske hensyn i direktivet om arbeidstakers sikkerhet og helse.³⁰ I fortalens trettende betraktning heter det at ”...*forbedring af arbejdstagernes sikkerhedsmæssige, hygiejnemæssige og sundhedsmæssige vilkår under arbejdet er et mål, der ikke bør underordnes rent økonomiske hensyn.*”

²⁵ EP/Rdir/2006/123/EF

²⁶ Rdir 64/221/EØF

²⁷ EP/Rdir 2004/38/EF. Rdir 64/221/EØF er imidlertid fortsatt gjeldende rett under EØS-avtalen.

²⁸ NOU 1999:26 (avsnitt 5.1.9)

²⁹ Rdir 90/387/EØF art. 2 nr. 6

³⁰ Rdir 89/391/EØF



3. HVORFOR ER ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE HENSYN ILLEGITIME?

3.1 Forbudet som utslag av kompetansefordelingen mellom EU-organene og medlemsstatene

Fra et prinsipielt perspektiv kan man betrakte forbudet mot økonomiske og administrative hensyn som et utslag av *kompetansefordelingen* mellom EU-organene og medlemsstatene etter reglene om den frie bevegelse.³¹ Gjennom tilslutningen til dette avtaleverket har medlemsstatene som utgangspunkt oppgitt retten til å legge hindringer på den frie bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital. Som nevnt forutsetter imidlertid fellesskapsretten at medlemsstatene i visse tilfeller kan ha en legitim interesse i å begrense den frie bevegelse. De traktatfestede unntaksreglene og den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn utgjør i så måte rammene for kompetansen til å regulere innenfor det indre marked som fortsatt tilligger medlemsstatene. Dersom disse derogasjonshjemlene skulle kunne brukes til å tjene økonomiske mål, så ville det innebære en omfattende kompetanseoverføring til nasjonale myndigheter. En uforbeholden aksept av økonomiske og administrative hensyn ville således kunne sies å medføre en betydelig forskyvning av balansepunktet mellom det indre marked og nasjonal politikk. I praksis ville dette kunne uthule reglene om de fire friheter, og sette integrasjonsprosessen i fare.³²

Det er imidlertid blitt hevdet at denne bekymringen er overdrevet. Ifølge Mattered vil restriksjoner som er begrunnet i økonomiske og administrative hensyn uansett måtte tilfredsstille kravene som følger av proporsjonalitetsprinsippet, slik at man ikke kan anse en aksept av slike hensyn som en uthuling av den frie bevegelse.³³ Men selv om kravene til proporsjonalitet innebærer at EU-domstolen beholder en viss kontroll med medlemsstatenes adgang til å gjøre inngrep, synes ikke proporsjonalitetsprinsippet alltid å kunne garantere dette. Særlig spørsmålet om et tiltak er nødvendig i relasjon til et økonomisk eller administrativt hensyn utgjør et vanskelig vurderingstema, både materielt og bevismessig.³⁴ Det kan argumenteres med at EU-domstolen er dårlig rustet til å vurdere slike vanskelige samfunnsøkonomiske problemstillinger, slik at proporsjonalitetstesten bare til en viss grad synes egnet til å avhjelpe risikoen for uthuling av den frie bevegelse.

3.2 Proteksjonistiske lovgivningshensyn er direkte i strid med frihandelsprinsippene i det indre marked

EU-samarbeidet bygger i stor grad på frihandelsprinsipper, ved at et felles indre marked for varer, tjenester, arbeidskraft og kapital presumeres å være den beste måten å oppfylle de overordnede politiske målene om økt velferd og europeisk integrasjon.³⁵ Nasjonal politikk som er utslag av proteksjonisme, synes å være direkte i strid med dette grunnprinsippet.

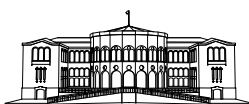
³¹ Generelt om denne kompetansefordelingen i Trimidas (2006) s. 4

³² I denne retning Gormley (1985) s. 218 og Oliver (1996) s. 190

³³ Mattered (1990) s. 277

³⁴ Cordewener (2009) s. 1961-1962 som hevder at nasjonale myndigheter til tider overdriver kostnadene ved økt markedsintegrasjon

³⁵ Traktat om den Europæiske Union artikkel 3 (tidligere EFT artikkel 2)



Økt internasjonal konkurranse kan naturligvis skape problemer for nasjonale markedsaktører, og kan følgelig få stor politisk oppmerksomhet. Der en næringssektor opplever utfordringer, vil disse aktørene ofte legge press på nasjonale myndigheter for å oppnå beskyttelse mot den økte internasjonale konkurransen. En aksept av slike lovgivningshensyn ville imidlertid kunne undergrave frihandelsprinsippene. Ikke bare er slike økonomiske utfordringer for nasjonale markedsaktører en naturlig følge av reglene om de fire friheter, de er også et tilsiktet og nødvendig formål ved det indre marked. Som Snell skriver:

“Free trade creates both losers and winners. It brings about increasing competition with the inevitable consequence that some undertakings will fail, creating unemployment and other problems... If those decision makers were now free to limit free trade for example to protect the employment or the balance of payments, the impact of the internal market could be neutralised just when it was beginning to be felt, and thus the economic benefits of integration would never be realised.”³⁶

I tillegg kan det ikke utelukkes at en aksept av økonomiske hensyns legitimitet vil kunne ha stor politisk symbolverdi mellom medlemsstatene. Dersom EU-domstolen aksepterte handelsrestriksjoner basert på åpent proteksjonistiske lovgivningshensyn, ville det kunne fremprovosere proteksjonistiske mottiltak i andre medlemsstater.³⁷ Dette ville kunne sette den europeiske integrasjonsprosessen i fare.

3.3 EU-samarbeidet forutsetter visse kortsiktige kostnader for medlemsstatene

EU-domstolens skepsis mot lovgivningshensyn knyttet til offentlige inntekter og utgifter synes også å ha gode grunner for seg. En aksept av slike hensyn ville kunne undergrave rettighetsaspektet ved reglene om fri bevegelse. Dersom medlemsstatene alltid skulle kunne gjøre unntak fra de fire friheter med henvisning til at det koster for mye, ville dette kunne gi nasjonale myndigheter et insentiv for å gjøre inngrep i den frie bevegelse. Her kan det i tillegg argumenteres med at all gjennomføring av fellesskapsregler i nasjonal rett medfører et visst merarbeid for forvaltningen som utgjør en kostnad for medlemsstaten.³⁸ EU-traktatens regler om de fire friheter synes dermed tuftet på presumsjonen om at medlemsstatenes innsats vil oppveies av de positive langsiktige effektene av markedsintegrasjon.

På den andre siden innebærer EU-samarbeidets struktur at medlemsstatene har det primære ansvaret for en rekke viktige politiske områder, for eksempel skattepolitikk, velferd og utdanning. På disse områdene vil ofte økonomiske og administrative betraktninger være helt nødvendige for å ivareta det statlige ansvaret. Motsetningsforholdet mellom nasjonal politikk og markedsintegrasjon synes her særlig fremtredende, og det er blitt hevdet at EU-domstolen til en viss grad bør tillate slike hensyn som begrunnelser for handelsrestriksjoner.³⁹ Som vi skal se i denne artikkelen, synes slike strømninger å ha fått et visst gjennomslag i flere av EU-domstolens avgjørelser.

³⁶ Snell (2005) s. 48

³⁷ Ibid s. 49

³⁸ Cordewener (2009) s. 1958

³⁹ Snell (2005) s. 49



4. BESKYTTELSE AV PRIVATE ØKONOMISKE INTERESSER – GRENSEN MELLOM PROTEKSJONISME OG LOVLIG MARKEDSREGULERING

4.1 Bakgrunn

Som nevnt ovenfor uttalte EU-domstolen allerede på 1960-tallet at økonomiske hensyn ikke kan begrunne handelsrestriksjoner.⁴⁰ Forbudet mot slike lovgivningshensyn oppsto altså i EU-samarbeidets begynnelse, i et ganske annet rettslig klima enn det som utgjør dagens europeiske samarbeid. I EUs etableringsfase lå det rettslige og politiske fokus på å bygge ned eksisterende handelsbarrierer, og på å påse at nasjonale myndigheter oppga politiske virkemidler av proteksjonistisk⁴¹ karakter som man hadde benyttet seg av tidligere.

På denne tiden fremgikk det ofte tydelig at medlemsstatene ved restriktive tiltak søkte å beskytte nasjonale markeder og aktører fra de kortsiktige negative effektene av økt internasjonal konkurranse.⁴² EU-domstolens reaksjon på disse proteksjonistiske tendensene i medlemsstatenes argumentasjon var å oppstille et prinsipielt forbud mot økonomiske hensyn. Begrepet *økonomisk* ble dermed opprinnelig brukt av domstolen for å betegne uakseptable proteksjonistiske hensyn.⁴³

I dagens EØS forekommer det imidlertid sjelden at medlemsstatene uttrykkelig har tatt slike hensyn i lovgivningsprosessen. Samtidig har nasjonale myndigheter naturligvis behov for å regulere nasjonale markeder, og i dette inngår også hensynet til å beskytte private økonomiske interesser. Slike hensyn er mangeartede, og spenner fra rent proteksjonistiske hensyn til politiske hensyn som har en mer avledet sammenheng med internasjonal handel. Spørsmålet er når beskyttelsen av private økonomiske interesser er legitim, og når dette utgjør et illegitimt lovgivningshensyn i EØS-rettslig forstand.

4.2 Illegitimt vern av private økonomiske interesser

4.2.1 Klart proteksjonistiske hensyn som EU-domstolen har avvist

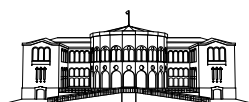
EU-domstolen har i en lang rekke dommer avvist medlemsstatenes begrunnelser som åpenbart forfølger et proteksjonistisk formål. At slike hensyn til tider opptrer som en del av beslutningsgrunnlaget for nasjonale myndigheter er ikke overraskende. I tillegg til den åpenbare fristelsen som ligger i å bedre den nasjonale økonomien på bekostning av utenlandske produsenter, er proteksjonistiske tiltak ofte et resultat av at nasjonale myndigheter utsettes for et

⁴⁰ Sak 7/61 Kommisjonen mot Italia

⁴¹ Bull definerer proteksjonisme som "...ønsket om å skjerme eget næringsliv eller innbyggere for øvrig mot konkurranse fra andre EF-land". Bull (2002) s. 578. Se også Sejerstedt m.fl. (2005) s. 317 for en lignende definisjon

⁴² Se bl.a. sak C-7/61 Kommisjonen mot Italia, forente saker C-55/80 og C-57/80 Musik-Vertrieb membran GmbH og K-tel International mod GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (premiss 24), og sak C-288/83 Kommisjonen mot Irland (premiss 28)

⁴³ Ifølge Snell er det ikke åpenbart hvorfor EU-domstolen har valgt formuleringen *økonomiske hensyn* da medlemsstatene har en naturlig og legitim interesse i en fungerende nasjonal økonomi, mens det EU-domstolen opprinnelig ønsket å motvirke var *proteksjonistiske hensyn*. Se Snell (2005) s. 49 og 52



betydelig politisk press innenfra. De negative effektene av økt konkurranse rammer ofte nasjonale aktører eller interessegrupper med stor innflytelse, og disse kan påvirke nasjonale myndigheter til å ta i bruk proteksjonistiske virkemidler på bekostning av markedsintegrasjonen.

Det mest åpenbare utslaget av et proteksjonistisk hensyn er der nasjonale myndigheter søker å beskytte nasjonale *produsenter* mot konkurranse fra andre medlemsstater. EU-domstolen har i flere avgjørelser avvist at dette kan begrunne inngrep i den frie bevegelse. ⁴⁴ *Kommisjonen mot Italia* og *Kommisjonen mot Irland* gjaldt importrestriksjoner på bestemte landbruksprodukter. I disse sakene anførte medlemsstatene at den økte internasjonale konkurransen hadde så katastrofale konsekvenser for de nasjonale produsentene at vanskelighetene kvalifiserte til et spørsmål om den offentlige orden, og dermed kunne rettferdiggjøre restriksjonene etter derogasjonshjemmelen i TEUF artikkel 36. EU-domstolen avviste denne anførselen i begge sakene, og uttalte i *Kommisjonen mot Irland* at det fulgte av fast praksis at ”...denne bestemmelse ikke [inneholder] hjemmel for en medlemsstat til at beskytte sine økonomiske interesser.”⁴⁵

Proteksjonistiske hensyn er naturligvis ikke begrenset til beskyttelse av nasjonale produsenter av varer. Det utgjør også et proteksjonistisk hensyn når nasjonale myndigheter søker å beskytte andre økonomiske aktører som opererer på et marked utsatt for internasjonal konkurranse. I *Finalarte*⁴⁶ og *Portugaia Construções*⁴⁷ slo EU-domstolen ned på hensynet til å beskytte nasjonale *tjenesteytere* mot internasjonal konkurranse. Sakene gjaldt et krav om at utenlandske tjenesteytere som benyttet arbeidskraft fra hjemlandet på oppdrag i Tyskland måtte forholde seg til tyske regler til vern for arbeidstakere (henholdsvis ferielovgivning og minimumslønn). Det fremgikk av lovforarbeidene at formålet med reglene var at ”...virksomhederne i den tyske byggebranche skal beskyttes mod den stigende konkurrence på Fællesskabets indre marked, dvs. mod udenlandske tjenesteydere.”⁴⁸ I begge sakene avviste domstolen dette hensynet med henvisning til ”...fast retspraksis...” om at restriksjoner på den frie bevegelse av tjenester ikke kan være begrunnet i ”...beskyttelsen af nationale virksomheder...”⁴⁹

På samme måte nektet domstolen å akseptere beskyttelsen av *privatpersoner* mot økte leiepriser i *Ciola*.⁵⁰ I denne saken hadde østerrikske myndigheter innført en maksimumskvote for utleie av båtplasser til personer bosatt i utlandet. Det fremgikk at bakgrunnen for ordningen var at man var bekymret for at lokale båtøiere ville bli presset ut av markedet som følge av at utenlandske båtøiere var villige til å betale høyere leie. Også dette ble avvist av EU-domstolen som et illegitimt hensyn som ikke kunne begrunne handelshindringer.⁵¹

⁴⁴ Sak 7/61 *Kommisjonen mot Italia*, sak 40/82 *Kommisjonen mot Storbritannia* og sak 288/83 *Kommisjonen mot Irland*

⁴⁵ Sak C-288/83 *Kommisjonen mot Irland* (premiss 28) og sak C-7/61 *Kommisjonen mot Italia* (punkt C (D))

⁴⁶ Forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 – C-54/98 og C-68/98 – C-71/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda* m.fl. mot *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft* og *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft* mot *Amilcar Oliveira Rocha* m.fl.

⁴⁷ Sak C -164/99 *Portugaia Construções Lda*

⁴⁸ *Finalarte* (premiss 38) og tilsvarende i *Portugaia Construções* (premiss 25)

⁴⁹ *Finalarte* (premiss 39) og *Portugaia Construções* (premiss 26)

⁵⁰ Sak C-224/97 *Erich Ciola* mot *Land Vorarlberg*

⁵¹ *ibid* premiss 15-17



Proteksjonistiske hensyn kan også være beskyttelse av en enkelt virksomhet. Ifølge EU-domstolen er forbudet mot økonomiske hensyn til hinder for å begrunne en handelshindring ”...i en medlemsstats ønsker om at sikre en virksomheds fortsatte eksistens”.⁵²

Etter dette må den klare hovedregel sies å være at proteksjonistiske hensyn ikke kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse.⁵³ Slike proteksjonistiske hensyn synes å være illegitime i relasjon til alle de fire friheter, uavhengig av hvilken sektor eller gruppe markedsaktører man søker å beskytte. Illustrerende i så måte er EU-domstolens avgjørelse i *Estado Español*.⁵⁴ Saken gjaldt spanske regler som forskjellsbehandlet utenlandske filmprodusenter ved at filmdistributører ble tvunget til å distribuere spanskproduserte filmer. EU-domstolen uttaler om disse reglene:

”Real Decreto Legislativo har uden tvivl et økonomisk formål, fordi den, idet den tilsigter at garantere distributionen af et stort antal indenlandsk producerede film, dermed sikrer filmproducenterne tilstrækkelige indtægter.”⁵⁵

4.2.2 Språklige omskrivninger av proteksjonistiske hensyn

I nyere rettspraksis hender det bare unntaksvis at proteksjonistiske hensyn åpent opptrer som begrunnelser for handelsrestriksjoner. EU-domstolens strenge linje overfor slike hensyn synes imidlertid å ha medført en rekke kreative omskrivninger av proteksjonistiske hensyn fra medlemsstatenes side. Den nærmere formuleringen kan naturligvis ikke i seg selv være avgjørende for lovligheten av hensynet, og slik synes også domstolen å resonnerer i *Kommisjonen mot Frankrike*.⁵⁶ Saken gjaldt spørsmålet om den franske stat var ansvarlig for ikke å ha gjort nok for å stoppe terroranslag fra grupperinger av franske bønder mot transport av utenlandske landbruksprodukter. EU-domstolen kom til at franske myndigheters passivitet utgjorde en handelshindring. Franske myndigheter anførte at denne restriksjonen på den frie bevegelse av landbruksvarer kunne begrunnes ut fra hensynet til ”...*meget vanskelige socio-økonomiske forhold*...” på det franske frukt- og grønnsaksmarkedet som følge av Spanias inntreden i EU.

Det er vanskelig å se hva som skiller dette hensynet fra de mer åpent formulerte proteksjonistiske lovgivningshensynene man finner i i EU-domstolens eldre praksis.⁵⁷ At den franske regjeringen konkretiserer hvilke konsekvenser den økte konkurranse har hatt for nasjonale produsenter, er etter min mening ikke egnet til å endre hensynets proteksjonistiske karakter. EU-domstolen avviste også hensynet med henvisning til tidligere praksis om

⁵² Sak C-324/93 *The Queen mod Secretary of State for Home Department, ex parte: Evans Medical Ltd og Macfarlan Smith Ltd* (premiss 36)

⁵³ Bull (2002) s. 579, Sejersted m.fl. (2005) s. 317 og Snell (2005) s. 38

⁵⁴ C-17/92 *Federación de Distribuidores Cinematográficos mod Estado Español og Unión de Productores de Cine y Televisión*

⁵⁵ *ibid* premiss 17

⁵⁶ Sak C-265/95 *Kommisjonen mot Frankrike*

⁵⁷ Se imidlertid Snell (2005) s. 38-39 som synes å klassifisere denne begrunnelsen som noe annet enn beskyttelsen av det innenlandske markedet



proteksjonistiske hensyn.⁵⁸ På bakgrunn av dette må rene omskrivninger av proteksjonistiske hensyn anses illegitime i EØS-rettslig forstand.

4.2.3 Proteksjonistiske elementer i andre illegitime hensyn

Det er naturligvis en glidende overgang fra de rene omskrivningene beskrevet i forrige avsnitt, til lovgivningshensyn som bare er delvis proteksjonistiske. Flere av EU-domstolens avgjørelser vedrørende illegitime hensyn synes å kunne forklares som mer indirekte utslag av proteksjonisme. I *Ergasias* anførte greske myndigheter at restriktive regler om organiseringen av turistguidevirksomhet var innført for å motvirke en langvarig arbeidskonflikt mellom turistguidene og reisebyråene i landet. EU-domstolen avviste relevansen av dette hensynet med henvisning til forbudet mot økonomiske hensyn.⁵⁹

I den juridiske litteratur er hensynet til å beskytte næringslivet mot tap som skyldes konflikter i arbeidslivet klassifisert som noe annet enn et proteksjonistisk hensyn.⁶⁰ Etter min mening kan imidlertid domstolens argumentasjon i denne avgjørelsen gi grunn til å anlegge en mer prinsipiell tilnærming. I drøftelsen av hensynets relevans som allment tvingende hensyn uttaler domstolen:

”Opretholdelse af arbejdsfreden som middel til at bringe en kollektiv konflikt til ophør og således undgå, at en økonomisk sektor, og dermed et lands økonomi, lider negative følger deraf, må imidlertid betragtes som et formål af økonomisk art, der ikke kan betragtes som et alment hensyn, der berettiger en restriktion af en grundlaeggende frihed, der sikres ved traktaten ...”⁶¹

Gjennom henvisningen til ”*negative følger*” for den greske turistnæringen, synes domstolen å anse konflikter i arbeidslivet som en forstyrrelse som kunne føre til at turister valgte bort Hellas som reisemål. EU-domstolen ser dermed ut til å legge til grunn at tiltakets formål var å hindre skade på konkurranseevnen til Hellas som turistmål, og at reguleringen dermed var proteksjonistisk motivert. Det faktum at EU-domstolen i senere avgjørelser viser til *Ergasias* som grunnlag for å avvise hensynet til beskyttelsen av nasjonale virksomheter, synes også å støtte en slik tolkning.⁶²

Hensynet som ble avvist i *Ergasias*, skiller seg imidlertid fra de tradisjonelle proteksjonistiske hensynene på et viktig punkt. I de andre sakene der EU-domstolen har slått ned på proteksjonistiske hensyn, er den økte konkurransen fra andre EU-land *direkte årsak* til vanskelighetene for nasjonale aktører. I *Ergasias* er det derimot næringen selv som er den umiddelbare årsaken til vanskelighetene, mens den internasjonale konkurranse fremstår som mer avledet i hendelsesforløpet. Ved å slå ned på den greske regjeringens begrunnelse, synes EU-domstolen å gå relativt langt i å identifisere økonomiske hensyn som ikke er direkte foranlediget av økt internasjonal konkurranse.

⁵⁸ Sak C-265/95 Kommissjonen mot Frankrike (premiss 61-62)

⁵⁹ *Ergasias* (premiss 23)

⁶⁰ Snell (2005) s. 39 og Bull (2002) s. 578. Sistnevnte bemerker imidlertid den nære sammenhengen mellom dette hensynet og proteksjonistiske hensyn

⁶¹ *Ergasias* (premiss 23)

⁶² Blant annet Finalarte (premiss 39)



Man finner også elementer av proteksjonisme i flere andre begrunnelser som er blitt stemplet som illegitime av EU-domstolen. I flere saker har domstolen funnet at statlige særrettigheter og andre eierskapsbegrensninger i privatiserte selskaper utgjør restriksjoner på den frie bevegelse av kapital. Som begrunnelse for disse restriksjonene har medlemsstatene i flere saker vist til hensynet til å "...bevare sunde og like konkurransevilkår på markedene".⁶³ Det proteksjonistiske aspektet i dette hensynet ligger i beskyttelsen av de nasjonale markedenes dynamikk. Medlemsstatenes argumentasjon synes å bygge på en forutsetning om at en større åpning av markedet vil hemme konkurransen i strid med grunnprinsippene om det indre marked. Dette har gjennomgående blitt avvist av EU-domstolen som et illegitimt økonomisk hensyn. Dersom en medlemsstat skulle kunne legge begrensninger på den frie bevegelse for å sikre et velfungerende nasjonalt marked, ville det kunne føre til en uheldig konkurransevridning på europeisk plan.⁶⁴

Ergasias og *golden shares-sakene* illustrerer også et annet viktig poeng med EU-domstolens praksis vedrørende økonomiske hensyn. De åpenbare proteksjonistiske hensynene som ble omtalt ovenfor, innebar at nasjonale aktører ble stilt i en bedre rettslig posisjon enn konkurrentene i andre medlemsland. For eksempel ble nasjonale markeder forbeholdt innenlandske produsenter i de ovenfor nevnte traktatbruddsakene innenfor landbrukssektoren,⁶⁵ mens kvoteordninger for båtplasser ga hjemmehørende båteiere en fordel på leiemarkedet i *Ciola*.⁶⁶ Avgjørelsene i *Ergasias* og *golden-share-sakene* viser at EU-domstolen også slår ned på lovgivningshensyn uten denne dimensjonen.⁶⁷ Flere illegitime lovgivningshensyn som ikke åpenlyst er utslag av proteksjonisme, synes følgelig å kunne forklares ved tilstedeværelsen av slike indirekte eller delvis proteksjonistiske elementer.

4.3 Legitimt vern av private økonomiske interesser

4.3.1 Lovlig markedsregulering

I en annen stilling står politiske hensyn knyttet til markedsregulering av mer sosioøkonomisk karakter. Under læren om tvingende allmenne hensyn har EU-domstolen godtatt flere lovgivningshensyn som innebærer en spesiell type beskyttelse av noen særlige markedsaktører. I flere saker har EU-domstolen eksempelvis godtatt at hensynet til å sikre arbeidstakeres sosiale rettigheter kan utgjøre et tvingende allment hensyn.⁶⁸ I tillegg har domstolen akseptert hensynet til å unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet,⁶⁹ og hensynet til å unngå sosial dumping og

⁶³ Sak C-174/04 Kommisjonen mot Italia (premiss 36 og 37), og lignende formuleringer i sak C-367/98 Kommisjonen mot Portugal (premiss 52) og sak C-171/08 Kommisjonen mot Portugal (premiss 70 og 71). For enkelthets skyld vil jeg videre omtale disse som *golden-shares-sakene*.

⁶⁴ Se også sak C-174/04 Kommisjonen mot Italia (premiss 24) der Kommisjonen argumenterte for at de nasjonale tiltakene i saken hadde en "...strengt proteksjonistisk karakter".

⁶⁵ Sak C-288/83 Kommisjonen mot Irland (premiss 28), sak 7/61 Kommisjonen mot Italia under punkt C (D) og sak C-40/82 Kommisjonen mot Storbritannia (premiss 37)

⁶⁶ *Ciola* (premiss 15)

⁶⁷ Tilsynelatende i denne retning Bull (2005) s. 579

⁶⁸ Se blant annet sak 155/80 Straffesak mot Sergius Oebel (premiss 12), sak C-255/04 Kommisjonen mot Frankrike (premiss 47) og Finalarte (premiss 42 flg.)

⁶⁹ Se blant annet *Rush Portuguesa* (premiss 13) og sak C-445/03 Kommisjonen mot Luxemburg (premiss 38)



urettferdig konkurranse.⁷⁰ På samme måte kan forskjellige former for forbrukerbeskyttelse anses som beskyttelse av en bestemt privat aktør på nasjonale markeder. Dette omtales gjerne som typeeksempelet på tvingende allmenne hensyn, og er utvilsomt legitimt i fellesskapsrettslig forstand.⁷¹

Fellesnevneren for disse hensynene er at de omfatter økonomiske interesser som ofte står i et visst motsetningsforhold til tradisjonelle økonomiske næringsinteresser. I disse spesielle tilfellene har EU-domstolen akseptert beskyttelsen av *private* markedsaktører. Man må derfor sondre mellom økonomisk politikk og sosioøkonomiske aspekter ved regulering av næringslivet, hvorav bare førstnevnte utgjør illegitime økonomiske hensyn innenfor EØS-retten.⁷²

4.3.2 Legitim beskyttelse av visse private aktører

I enkelte saker synes EU-domstolen å fravike den praksis som er beskrevet ovenfor i punkt 4.2. Dette gjelder medlemsstatenes vern av private foretak som anses nødvendige for å oppfylle et statlig ansvar på territoriet. Dette vil typisk være der en privat virksomhet er den eneste av sitt slag, eller på annen måte er overlatt viktige samfunnsoppgaver i medlemslandet.

Alpine Investments gjaldt nederlandske regler som forbød tilbydere av finansielle tjenester å markedsføre seg gjennom telefonsalg til potensielle kunder, såkalt *cold calling*. Forbudet utgjorde en restriksjon ettersom nederlandske tilbydere av slike tjenester var avskåret fra å benytte *cold calling* også overfor potensielle kunder i andre europeiske land. EU-domstolen fant imidlertid at forbudet kunne rettferdiggjøres ut fra hensynet til ”...å verne om den nederlandske finansielle sektors omdømme.”⁷³ I spørsmålet om legitimiteten av dette hensynet bemerket EU-domstolen

”...at de finansielle sektorer spiller en viktig rolle ved virksomhedernes finansiering, og henset til den spekulasjonsagtige og komplekse karakter af kontrakter på varetermensmarkedet bidrager velfungerende sektorer i høj grad til at opretholde investorenes tillid. Denne tillid afhænger især af de erhvervsregulerende bestemmelser, der skal skabe sikkerhed for kvalifikationer og loyale fremgangsmåder hos de formidlere af finansielle ydelser, som investorerne i særdeleshed er afhængige af.”⁷⁴

Disse uttalelsene synes å tyde på at domstolen anså det legitimt å beskytte tillitten til finanssektoren fordi den var viktig, både for en velfungerende sektor og for å sikre tilgangen til kapital. I begge relasjoner fremstår hensynet som økonomisk. Særlig synes det problematisk at hensynet innebærer beskyttelse av den nederlandske finanssektorens konkurransefortrinn, nemlig tillitten i investormarkedet. Dersom enkelte aktører skulle skade det gode omdømme, ville det kunne medføre tap av markedsandeler for den nederlandske finanssektoren.

⁷⁰ Se blant annet sak C-244/04 Kommissjonen mot Tyskland (premiss 61) og sak C-60/03 Wolff & Müller mot Pereira Félix (premiss 41)

⁷¹ Se blant annet C-27/80 Straffesak mot Anton Adriaan Fietje (premiss 11) og Sak C-180/89 Kommissjonen mot Italia (premiss 20)

⁷² Gormley (1985) s. 220

⁷³ *Alpine Investments* (premiss 44)

⁷⁴ *ibid* premiss 42



I dette perspektivet fremstår hensynet som delvis proteksjonistisk, og det er vanskelig å se hvorfor EU-domstolen aksepterte det.⁷⁵ Riktignok var det i *Alpine Investments* ikke den internasjonale konkurransen som var direkte årsak til problemene i næringen, slik at hensynet fremstår som indirekte proteksjonistisk. I *Ergasias* slo imidlertid EU-domstolen ned på en begrunnelse som også var basert på en slik *indre fare* som truet en viktig nasjonal næringssektors konkurransevne. De forskjellige resultatene i *Alpine Investments* og *Ergasias* synes vanskelig å forene, da domstolen i førstnevnte avgjørelse synes å godta et indirekte proteksjonistisk hensyn.

I noen saker har EU-domstolen blitt stilt overfor nasjonale tiltak som tar sikte på å beskytte en enkeltstående virksomhet fra konkurranse fra andre medlemsland. Prinsipielt sett er det lite som skiller slike hensyn fra de mer generelle proteksjonistiske hensynene der siktemålet er beskyttelsen av en nasjonal sektor eller en større gruppe private markedsaktører. Også beskyttelsen av en enkelt virksomhet innebærer at man unndrar deler av det nasjonale markedet fra internasjonal konkurranse, og EU-domstolen har uttalt at hensynet til å skjerme en enkeltstående økonomisk aktør er et illegitimt økonomisk hensyn.⁷⁶

Det er først og fremst en *gradsforskjell* som skiller beskyttelse av enkeltaktører fra beskyttelse av en nasjonal sektor. Sistnevnte hensyn er ofte mer generelle, og nasjonal regulering som bygger på slike hensyn vil derfor kunne ha større negativ innvirkning på markedsintegrasjonen. Beskyttelse av enkeltstående virksomheter vil sjelden gi store makroøkonomiske utslag på medlemsstatenes økonomi, selv om det også her kan foreligge betydelig politisk press på nasjonale myndigheter. Dermed fremstår disse hensynene som noe mindre betenkelige enn generelle proteksjonistiske hensyn.

Dette kan muligens forklare at EU-domstolen i enkelte saker har akseptert nasjonale tiltak som beskytter bestemte virksomheter mot konkurranse fra produsenter og tjenesteytere i andre medlemsland. *Campus Oil*⁷⁷ gjaldt irske regler som påla importører av olje å kjøpe en del av oljen sin hos et irsk raffineri, til en pris fastsatt av irske myndigheter. Reglene utgjorde åpenbart en restriksjon på den frie bevegelse av varer ettersom oljeimportørene ikke kunne velge å få dekket hele sitt behov fra utlandet. Den irske regjering argumenterte med at uten ordningen ville raffineriet gå konkurs, og Irland ville bli stående uten egen raffinerikapasitet. Ifølge irske myndigheter var det av sikkerhetspolitisk betydning å ha et raffineri på territoriet, og ordningen kunne derfor begrunnes under det traktatfestede unntaket for nasjonal sikkerhet.

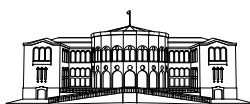
EU-domstolen tok utgangspunkt i tidligere praksis om at rent økonomiske hensyn ikke kunne utgjøre legitime hensyn, men kom likevel til at derogasjonsbestemmelsen om nasjonal sikkerhet var anvendbar. Ifølge EU-domstolen ville en avbrytelse av oljeforsyningen ha så alvorlige konsekvenser at hensynet til en sikker forsyning av olje ”...rækker ud over rent økonomiske betragtninger og således kan udgøre et formål, der dækkes af begrebet den offentlige sikkerhed.”⁷⁸

⁷⁵ I denne retning også Snell (2005) s. 46

⁷⁶ Evans Medical (premiss 36)

⁷⁷ Sak C-72/83 Campus Oil Limited m.fl. mot Ministeren for industri og energi m.fl.

⁷⁸ ibid premiss 35



At EU-domstolen aksepterte det sikkerhetspolitiske aspektet i å ha et raffineri på medlemslandets territorium er ikke i seg selv oppsiktsvekkende. Det som etter mitt skjønn er overraskende er at domstolen godtok at *driften* av denne funksjonen ble finansiert gjennom markedet for oljeprodukter. Hensynet til å ha en egen raffinerikapasitet forutsetter jo ikke nødvendigvis en rentabel virksomhet.⁷⁹ Satt på spissen aksepterte domstolen at irske myndigheter lot utenlandske aktører betale prisen for å opprettolde en irsk raffinerikapasitet, ved å stenge disse ute fra deler av markedet. Hensynet fremstår etter min mening som delvis proteksjonistisk, noe EU-domstolen selv synes å erkjenne ved å uttale at ordningen hadde ”...en proteksjonistisk virkning til fordel for en indenlandsk vare.”⁸⁰

Det er nærliggende å tenke seg at denne avgjørelsen utgjør et spesielt tilfelle, som følge av at EU-domstolen var farget av datidens politiske situasjon. Dommen er fra 1984, bare et drøyt tiår etter den første oljekrisen i 1973, og bare fem år etter den andre oljekrisen i 1978-79. En mulig forklaring er at EU-domstolen hadde særlig forståelse for den irske regjeringens bekymringer, samtidig som man vegret seg for å overprøve en medlemsstat på et så politisk sensitivt område.⁸¹

EU-domstolens etterfølgende praksis tyder imidlertid på avgjørelsen i *Campus Oil* neppe kan avfeies som et særtilfelle. Bare få år etter at dommen ble avsagt aksepterte domstolen i *Nertsvoederfabriek Nederland*⁸² regler som påla nederlandske slakterier å levere avfall fra slakt av fjærkre til bestemte virksomheter med spesiell tillatelse til å motta og behandle dette avfallet. EU-domstolen fant at reglene utgjorde et eksportforbud,⁸³ men kom til at ordningen kunne begrunnes i helsemessige hensyn. Dette til tross for at ordningen innebar at de sertifiserte virksomhetene ble fullstendig skjermet fra konkurranse fra andre medlemsstater. Tilsvarende godtok domstolen i *Evans Medical* at et avslag på søknad om å få importere et legemiddel kunne begrunnes i hensynet til å beskytte den nasjonale eneproduzenten fordi denne ble ansett nødvendig for å opprettholde en sikker forsyning.⁸⁴

Avgjørelsene *Alpine Investments*, *Campus Oil*, *Nertsvoederfabriek Nederland* og *Evans Medical* viser etter min mening at EU-domstolen under visse omstendigheter kan godta delvis eller indirekte proteksjonistiske hensyn. Dette synes særlig å være tilfellet der bestemte virksomheter oppfyller en allmennyttig funksjon i medlemslandet. På samme måte aksepterte EU-domstolen i *Sass* at hensynet til å opprettholde nærforsyningen kunne begrunne beskyttelsen av lokale virksomheter i isolerte strøk.⁸⁵ Et fellestrekk ved disse sakene er at de berørte medlemsstatene anså at det forelå et *statlig ansvar* for å sikre sine borgere henholdsvis et raffineri på territoriet, en ordning for avfallshåndtering, en sikker forsyning av legemidler, og nærforsyningen av dagligvarer i isolerte strøk. En mulig forståelse av avgjørelsene er at EU-

⁷⁹ Snell (2002) s. 175

⁸⁰ *Campus Oil* (premiss 16)

⁸¹ I denne retning *Weatherill* (1993) s. 403-404

⁸² Sak C-118/86 *Anklagemyndigheden mod Nertsvoederfabriek Nederland BV*

⁸³ *ibid* premiss 11

⁸⁴ *Evans Medical* (premiss 37)

⁸⁵ Sak C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mod TK-Heimdienst Sass GmbH* (premiss 32-34). Se også *Bull* (2002) s. 74



domstolen anså de økonomiske hensynene som et utilsiktet resultat av den ordningen medlemsstatene hadde valgt for å oppfylle dette ansvaret.

4.4 Oppsummering

Som det følger av de foregående avsnittene, er den helt klare hovedregel at hensynet til private økonomiske interesser ikke utgjør legitime begrunnelser for handelsrestriksjoner. I en rekke avgjørelser har domstolen avvist medlemsstatenes begrunnelser knyttet til staten som markedsregulator, som helt eller delvis fremstår som utslag av proteksjonisme.⁸⁶ Domstolens avvising av slike hensyn omfatter alle typer private aktører,⁸⁷ og synes å gjelde uavhengig av økonomisk sektor og rettsområde. EU-domstolen har også uttalt at det samme er utgangspunktet for de mer spesifikke proteksjonistiske hensynene som bygger på et ønske om å beskytte en enkelt privat virksomhet.⁸⁸ I tillegg har domstolen avvist medlemsstatenes forsøk på å beskytte nasjonale virksomheter gjennom skattelovgivningen. Både forsøk på å gi innenlandske aktører en konkurransefordel, og ønsket om å utligne utenlandske aktørers fordeler gjennom kompensasjonsbeskatning, har blitt avvist av EU-domstolen som illegitime økonomiske hensyn.⁸⁹

Som nevnt innledningsvis er EU-domstolens prinsipielle avvising av proteksjonistiske hensyn forankret i grunnprinsippene om det felles indre marked. Det indre marked er basert på prinsippet om frihandel, og har dermed som *målsetting* å øke konkurransen. Dette vil uunngåelig medføre utfordringer for noen nasjonale aktører, mens andre vil dra fordeler av et større marked. Med andre ord er slike konkurransevidringer en *ønsket* virkning av markedsintegrasjonen, også der det medfører vanskeligheter for nasjonale aktører. Dersom medlemsstatene skulle kunne begrunne handelsrestriksjoner med henvisning til slike negative virkninger, ville det medføre at man gjorde unntak fra markedsintegrasjonen med det samme den begynte å gi realøkonomiske utslag.⁹⁰

Forbudet mot slike hensyn fremstår som naturlig også fra et institusjonelt synspunkt. Gjennom EU-traktaten og EØS-avtalen har henholdsvis medlemsstatene og avtalepartene påtatt seg en forpliktelse til å arbeide for et felles europeisk marked med like vilkår for alle aktører. Nasjonale myndigheter kan dermed sies å ha oppgitt kompetansen til å føre denne type økonomisk politikk, og kan derfor ikke regulere sine nasjonale markeder med virkemidler som strider mot de fellesskapsrettslige reglene om fri bevegelighet. Dette utgjør grunnsteinen i det fellesskapsrettslige prosjektet om et indre marked, og det er derfor ikke overraskende at EU-domstolen følger en streng linje ved å nekte medlemsstatene å ta økonomiske og administrative hensyn i sin rolle som markedsregulatorer.

⁸⁶ Se for eksempel sak 7/61 Kommissjonen mot Italia, sak 288/83 Kommissjonen mot Irland, Verkooijen, Finalarte og Portugaia Construções.

⁸⁷ For eksempel bønder i Kommissjonen mot Italia og Kommissjonen mot Irland, bygg- og anleggsvirksomheter i Finalarte og Portugaia Construções, leietakere av båtplasser i Ciola, hjemmehørende aksjeselskaper i Verkooijen og reiseselskaper i Ergasias

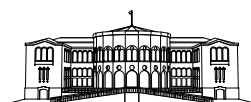
⁸⁸ Evans Medical (premiss 36)

⁸⁹ For eksempel Verkooijen (premiss 47-48) og sak C-294/97 Eurowings Luftverkehrs AG mot Finanzamt Dortmund-Unna (premiss 43-44). Se også Ståhl (2006) s. 146

⁹⁰ Snell (2005) s. 48-49



Utenfor denne hovedregelen faller markedsregulering basert på sosioøkonomiske hensyn som beskyttelse av arbeidstakeres sosiale rettigheter og forbrukerhensyn. Slike hensyn - som skiller seg klart fra tradisjonelle næringsinteresser - har EU-domstolen funnet grunn til å akseptere. I tillegg må man gjøre et unntak fra hovedregelen for beskyttelse av foretak som anses å oppfylle et statlig ansvar. I disse tilfellene synes EU-domstolen å akseptere at beskyttelsen av foretaket mot europeisk konkurranse er en naturlig følge av medlemsstatens organisering av den aktuelle sektoren.



5. BESKYTTELSE AV OFFENTLIGE ØKONOMISKE INTERESSER - VELFERDSSTATEN OG DE FIRE FRIHETER

5.1 Innledning

Som det fremgår av punkt 4, har EU-domstolen tradisjonelt slått ned på helt eller delvis proteksjonistiske hensyn. Disse hensynene har det fellestrekk at staten opptrer som markedsregulator i det øyemed å verne private aktørers økonomiske interesser mot utenlandsk konkurranse. EU-domstolen har imidlertid også gitt forbudet anvendelse på lovgivningshensyn som knytter seg til medlemsstatenes inntekter, utgifter og administrative byrde. Slike begrunnelser bygger typisk på budsjettmessige avveininger knyttet til det *offentliges økonomiske stilling*.

Offentlige økonomiske interesser er ofte nært knyttet til den nasjonale velferdsstaten, da budsjettmessige hensyn naturligvis er sentrale for opprettholdelsen av velferdsstatens funksjoner. Den nasjonale velferdsstatsmodellen berøres imidlertid ikke alltid av reglene om fri bevegelse, ettersom nasjonale velferdstiltak som ikke utgjør ”økonomisk aktivitet” faller utenfor anvendelsesområdet for reglene om de fire friheter.⁹¹ I mangel av harmonisering på fellesskapsplan, ligger kompetansen til å utforme regelverk hos medlemsstatene. Det er i utgangspunktet nasjonale myndigheter som avgjør hvilket velferdsnivå som skal tilbys borgerne, og medlemslandenes skattenivå, organisering av helsevesenet, trygdeordninger etc. er som utgangspunkt rent nasjonale anliggender. Der medlemsstaten holder seg innenfor denne kompetansen, er det ikke noe i veien for at økonomiske og administrative betraktninger ligger til grunn for velferdstiltakene.⁹²

EU-domstolen har imidlertid fastholdt at denne kompetansen ikke må utøves på en måte som innebærer restriksjoner på den frie bevegelse.⁹³ I de sakene hvor domstolen har funnet at dette er tilfelle, blir medlemsstatenes begrunnelser følgelig avgjørende, og forbudet mot økonomiske og administrative hensyn aktualiseres. Den nasjonale velferdsstatsmodellen står imidlertid i et vanskelig forhold til fellesskapsrettens regler om rettferdiggjøring av handelsrestriksjoner. Mens EU-samarbeidet bygger på et prinsipp om solidaritet mellom medlemslandene,⁹⁴ innebærer velferdsstatsmodellen en grunntanke om solidaritet *innenfor nasjonalstatens grenser*. Den nasjonale velferdsstatsmodellen utgjør i et fellesskapsrettslig perspektiv en siste enklave for rent nasjonale tiltak, og står dermed i et visst spenningsforhold til EU-reglene om fri bevegelse.⁹⁵ I tillegg har velferdsstaten naturligvis begrensede ressurser. Dette medfører at beslutninger om innhold og organisering av velferdsstaten uunngåelig vil være knyttet til økonomiske og administrative betraktninger, og modellen står dermed i et problematisk forhold til forbudet mot økonomiske og administrative hensyn. Som

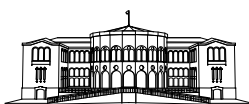
⁹¹ Davies (2002) s. 39

⁹² Se blant annet sak C-336/96 Ægtefællerne Gilly mot Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin (premiss 48), Terhoeve (premiss 44) og Duphar (premiss 17). Se også Bullen (2005) s. 504-505

⁹³ For eksempel Kohll (premiss 17-19). I samme retning Davies (2002) s. 30-31

⁹⁴ TEU artikkel 3 (3. avsnitt)

⁹⁵ Davies (2002) s. 38



Davies skriver: "(...) however dismissive the Court of Justice may be about economics, money does matter, and does limit what an authority can reasonably do."⁹⁶

Sosialpolitikken er også et område hvor EU-samarbeidet har høstet kritikk. Blant annet har det blitt hevdet at den Europeiske Union lider av et "sosialt underskudd", ved at disse rettsområdene har blitt forsømt til fordel for frimarkedsprinsipper.⁹⁷ I mangel på en felleskapsrettslig harmonisering kan man forvente at EU-domstolen vil vegre seg for å overprøve medlemsstatenes vurderinger på dette området. Ifølge Barnard utgjør disse spørsmålene "...sensitive socio-cultural issues..." hvor medlemsstatene bør tilegnes en særlig stor skjønnsmargin. Et vidtrekkende forbud mot økonomiske og administrative hensyn fremstår følgelig som vanskelig å opprettholde der medlemsstaten opptrer som økonomisk aktør i et velferdsstatsperspektiv.

EU-domstolens vurderinger av de økonomiske interessene knyttet til velferdsstaten synes å variere noe i funksjon av type lovgivningshensyn. Av den grunn finner jeg det hensiktsmessig å fremstille analysen av domstolens praksis i tre deler. Først vil jeg i punkt 5.2 se på hensynet til å begrense statens utgifter. Deretter vil jeg behandle hensynet til kontroll med utgiftene i punkt 5.3. Endelig vil jeg i punkt 5.4 analysere domstolens avgjørelser vedrørende hensynet til å øke eller sikre statens inntekter.

5.2 Hensynet til å begrense statens utgifter - besparelshensyn

5.2.1 Rettslig utgangspunkt og prinsipielle betraktninger vedrørende et vidtgående forbud

I flere saker har EU-domstolen blitt stilt overfor begrunnelser for handelsrestriksjoner som bygger på hensynet til å begrense offentlige utgifter. Felles for disse begrunnelsene er at de bygger på en grunnleggende erkjennelse av at staten har begrensede midler, og at det til tider er nødvendig å begrense utgiftspostene i offentlige budsjetter. Slike begrunnelser skiller seg dermed fra de lovgivningshensynene som springer ut av medlemsstatenes behov for økonomisk styring, der essensen er statens ønske om kontroll med hvilke utgifter den pådrar seg. Sistnevnte type har således en mer administrativ karakter, og vil bli behandlet i punkt 5.3.

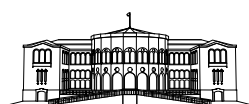
Utgangspunktet er at hensynet til statens utgifter ikke kan begrunne handelsrestriksjoner. Dette har EU-domstolen fastholdt i flere avgjørelser. I *Kranemann* anførte den tyske regjering at en refusjonsordning for reiseutgifter måtte begrenses til innenlandsreiser fordi det ville koste staten for mye å refundere også utenlandsreiser. Dette besparelshensynet ble avvist av domstolen som et økonomisk hensyn som ikke kunne begrunne handelsrestriksjoner. På samme måte ble budsjettmessige hensyn avvist som begrunnelser for forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn i avgjørelsene *De Weerd*⁹⁸ og *Jørgensen*.⁹⁹ Videre avviste EU-domstolen i *Duphar* det

⁹⁶ Davies (2005) s. 49

⁹⁷ Om denne debatten se Katrougalos (2004)

⁹⁸ De Weerd (premiss 35-37)

⁹⁹ Jørgensen (premiss 37-42)



budsjettmessige hensynet til å redusere den nasjonale trygdekassens utgifter som et illegitimt hensyn.¹⁰⁰

At hensynet til statens utgifter som utgangspunkt ikke er et legitimt hensyn innenfor EØS-retten synes å ha gode grunner for seg. I lys av EU-samarbeidets ambisiøse målsetting om et felles indre marked, synes det vanskelig å forsvare at retten til fri bevegelighet skal kunne gjøres betinget av de økonomiske konjunktorene i hvert enkelt medlemsland. I tillegg kan det argumenteres med at enhver implementering av fellesskapsrettslig lovgivning medfører et visst ekstraarbeid for forvaltningen, og dermed en merkostnad for nasjonale myndigheter.¹⁰¹ EU-samarbeidets prinsipp om et felles marked bygger på en forutsetning om at frihandel på lang sikt vil veie opp for de økte kostnadene medlemsstatenes forpliktelser uunngåelig medfører på kort sikt.

På den annen side synes en kategorisk avvisning av hensynet til å begrense offentlige utgifter vanskelig å forene med opprettholdelsen av den nasjonale velferdsstatsmodellen slik vi kjenner den. De nasjonale velferdsstatene har begrensede ressurser, og i møte med økende utgifter vil nasjonale myndigheter kunne se seg nødt til å redusere kostnadene.¹⁰² Å forby statene å ta slike lovgivningshensyn, vil av nasjonale myndigheter kunne oppfattes som et unødvendig stort inngrep i nasjonal handlefrihet, og vil i ytterste konsekvens kunne true velferdsstatens eksistens.¹⁰³ Ifølge Barents synes EU-domstolen å ha akseptert at “...*in the case of scarcity, considerations of an economic nature could play a role as well as other aspects.*”¹⁰⁴

En annen innvending mot et vidtgående forbud, er at det ofte foreligger et betydelig element av usikkerhet vedrørende omfanget av offentlige utgifter. Ifølge Bull er det grenser for hvor langt man kan strekke forbudet mot økonomiske og administrative hensyn, ettersom “*EØS-statene [åpenbart ikke kan] være forpliktet til å akseptere at de offentlige utgifter løper løpsk.*”¹⁰⁵

5.2.2 Hensynet til den nasjonale trygdekassens økonomiske likevekt

EU-domstolen har ikke vært *totalt* avvisende til å akseptere hensynet til å begrense offentlige utgifter. Allerede i sakene *de Pejper* og *Denkavit*¹⁰⁶ viste EU-domstolen at forbudet mot økonomiske og administrative hensyn ikke er absolutt når det gjelder beskyttelsen av offentlige økonomiske interesser. I førstnevnte avgjørelse uttaler domstolen:

”Artikel 36 kan navnlig ikke påberåbes til at begrunde en i sig selv nyttig lovgivning eller praksis, men hvis restriktive elementer væsentligst skyldes et ønske om at begrense den administrative byrde eller de offentlige udgifter, medmindre denne byrde eller disse udgifter

¹⁰⁰ Merk at denne avgjørelsen synes delvis fraveket i EU-domstolens avgjørelser *Kohll* og *Decke*

¹⁰¹ Cordewener (2009) s. 1958

¹⁰² Davies (2005) s. 49

¹⁰³ TEU artikkel 3 (1. avsnitt) viser til befolkningens velferd som et overordnet mål med EU-samarbeidet

¹⁰⁴ Barents (1981) side 278-279

¹⁰⁵ Bull (2002) side 579

¹⁰⁶ Sak C-251/78 *Denkavit Futtermittel GmbH* mot Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen



uden nævnte lovgivning eller praksis klart ville overskride grænserne for, hvad der med rimelighed kan forlanges.”¹⁰⁷

Uttalelsene tyder på at EU-domstolen anser hensynet til statens utgifter som irrelevant under normale omstendigheter, men at hensynet kan være legitimt dersom utgiftene blir urimelig store. Domstolens reservasjon i forhold til statens utgifter er interessant sammenlignet med den øvrige praksis vedrørende illegitime økonomiske hensyn. I avgjørelsene som omhandler medlemsstatenes beskyttelse av private næringsinteresser, formulerer EU-domstolen et absolutt forbud mot økonomiske og administrative hensyn.¹⁰⁸ Selv om medlemsstatenes begrunnelser *in casu* ble avvist både i *de Peijper* og *Denkavit*, gir domstolens uttalelser en indikasjon på at hensynet til å begrense offentlige utgifter ikke alltid er illegitimt.

I de parallelle sakene *Kohll* og *Decker* ble domstolen stilt overfor spørsmålet om deler av en medlemsstats sykeforsikringsordning utgjorde en restriksjon på den frie bevegeligheten. Sakene gjaldt den luxemburgske ordningen med forhåndstillatelse som vilkår for refusjon av utgifter til helsetjenester. Kohll, som var luxemburgsk statsborger, hadde fått avslag på sin søknad om forhåndstillatelse til å motta tannlegetjenester i utlandet. Decker var en luxemburgsk statsborger som hadde kjøpt et par briller i Belgia. Han fikk avslag på sin søknad om refusjon for utgiftene med den begrunnelse at han ikke hadde søkt om forhåndstillatelse.

Domstolen fant at ordningen med forhåndstillatelse utgjorde en restriksjon, da kravet om forhåndsgodkjenning utgjorde en forskjellsbehandling av utenlandske tannleger og optikere.¹⁰⁹ Det avgjørende spørsmålet var dermed om ordningen kunne begrunnes i et legitimt hensyn. EU-domstolen, som behandlet sakene i storkammer, tok utgangspunkt i at hensynet til statens utgifter er et økonomisk hensyn som ikke kan begrunne handelsrestriksjoner. Likevel kom domstolen til at man ikke kan utelukke at en risiko for alvorlig inngrep i ”...den sociale sikringsordnings økonomiske likevekt” kan utgjøre et tvingende allment hensyn.¹¹⁰ Domstolen synes med dette å gjøre unntak fra forbudet mot økonomiske og administrative hensyn for beskyttelsen av den nasjonale trygdekassens økonomiske balanse.¹¹¹ At dette hensynet er legitimt er konsekvent fulgt opp i senere avgjørelser fra EU-domstolen, dog med det kvalifikasjonskrav som diskuteres nedenfor i punkt 5.2.4.¹¹² Disse avgjørelsene synes å tyde på at forbudet mot økonomiske hensyn ikke er absolutt når det gjelder å begrense visse offentlige utgifter.

5.2.3 Rekkevidden av unntaket i *Kohll* og *Decker* – på hvilke områder er besparelshensynet relevant?

Aksepten av besparelshensynet i *Kohll* og *Decker* innebærer et vanskelig avgrensingsproblem. Denne problemstillingen ble tatt opp allerede i generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Duphar*. Her avviste generaladvokat Mancini at besparelshensynet kunne

¹⁰⁷ de Peijper (premiss 18)

¹⁰⁸ Se punkt 4

¹⁰⁹ Kohll (premiss 35) og Decker (premiss 36)

¹¹⁰ Kohll (premiss 41) og Decker (premiss 39)

¹¹¹ Snell (2005) s. 43-45

¹¹² Se for eksempel Smits & Peerbooms (premiss 72), Hartlauer (premiss 47), sak C-211/08 Kommisjonen mot Spania (premiss 57) og sak C-512/08 Kommisjonen mot Frankrike (premiss 40 flg.)



utgjøre et tvingende allment hensyn fordi en aksept ville kunne medføre usikre konsekvenser, og dermed være "...særdeles farligt."¹¹³

Selv om saksforholdet i *Kohll* og *Decker* gjaldt en refusjonsordning for utgifter til tannlegetjenester og briller, må det være rimelig klart at unntaket ikke er begrenset til disse trygdeordningene. EU-domstolens aksept av besparelshensynet gjelder for "*sociale sikringsordninger*", som i den engelske og franske versjonen er betegnet som henholdsvis "*the social security system*" og "*le système de sécurité sociale*". Det er noe vanskelig å gi disse begrepene et entydig innhold. Det må imidlertid antas at unntaket som oppstilles i *Kohll* og *Decker* favner videre enn det man på norsk vil omtale som *trygdeordninger*. Dette følger av en rekke senere avgjørelser, der EU-domstolen har drøftet unntaket i *Kohll* og *Decker* i saker som gjelder rett til ordinær sykehusbehandling.¹¹⁴ I *Kommisjonen mot Frankrike* synes EU-domstolen å ha akseptert relevansen av hensynet også ved medisinsk behandling utenfor sykehus.¹¹⁵ Prinsippet i *Kohll* og *Decker* synes dermed å være relevant innenfor de vesentligste deler av helsesektoren.¹¹⁶

I tillegg synes det å følge av EU-domstolens praksis at unntaket vil kunne omfatte ytelser som man i Norge ville ha klassifisert som *sosiale stønadsordninger*.¹¹⁷ Avgjørelsen i *Bidar*¹¹⁸ gjaldt britiske regler om rett til studiestøtte til dekning av levekostnader, og hvilke utenlandske studenter som var berettiget til slik støtte. Den britiske regjeringen argumenterte med at man måtte kunne operere med begrensninger for hvilke utlendinger som skulle ha rett på slik støtte, for å sikre at staten hadde tilstrekkelige midler til å dekke kostnadene ved ordningen.¹¹⁹ Domstolen utviste forståelse for denne argumentasjonen, og aksepterte at britiske myndigheter oppstilte et krav om en viss tilknytning til samfunnet for å unngå at utbetalingene ble en "...urimelig byrde..." for medlemsstaten.¹²⁰ EU-domstolen aksepterte dermed at hensynet til å begrense statens utgifter var et legitimt hensyn også når det gjaldt en studiestøtteordning, dog uten å vise til avgjørelsene i *Kohll* og *Decker*.

På samme måte synes EU-domstolen å ha akseptert hensynet til prohibitive utgifter som begrunnelse for å nekte refusjon for begravellesutgifter i *O'Flynn*.¹²¹ Denne saken gjaldt en behovsprøvd rett til refusjon av begravellesutgifter i Storbritannia. Problemet med ordningen var at refusjon var betinget av at begravelsen fant sted i Storbritannia. O'Flynn var en irsk statsborger bosatt i England som fikk avslag på sin søknad om refusjon av utgifter til en gravferd som hadde funnet sted i Irland. Domstolen fant at kravet om begravelse på britisk territorium var en indirekte forskjellsbehandling av fremmedarbeidere som i utgangspunktet

¹¹³ Generaladvokat Mancinis forslag til avgjørelse i sak 238/82 (avsnitt 7) Merk feil i den danske oversettelsen i andre avsnitt første punktum

¹¹⁴ Se blant annet sak C-368/98 *Abdon Vanbraekel m.fl. mod Alliance nationale des mutualités chrétiennes* (premiss 47), *Smits & Peerbooms* (premiss 72) og sak C-211/08 *Kommisjonen mot Spania* (premiss 57)

¹¹⁵ Sak C-512/08 *Kommisjonen mot Frankrike* (premiss 40 flg.)

¹¹⁶ Tilsynelatende i samme retning *Oliver* (2010) s. 240

¹¹⁷ For eksempel støtte til studier og utdanning, boligstøtte og sosialhjelp

¹¹⁸ Sak C-209/03 *The Queen*, på vegne af: *Danny Bidar mot London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*

¹¹⁹ *ibid* premiss 55

¹²⁰ *ibid* premiss 56

¹²¹ Sak C-237/94 *John O'Flynn mot Adjudication Officer*



utgjorde et brudd på artikkel 7 av Rådsforordning 1612/68 om arbeidskraftens frie bevegelighet innenfor Fellesskapet.¹²²

Som begrunnelse for denne forskjellsbehandlingen hevdet Storbritannia at det ville medført avskrekkende store utgifter og praktiske vanskeligheter dersom refusjon også skulle utbetales der begravelsen hadde funnet sted utenfor Storbritannia.¹²³ Denne begrunnelsen synes problematisk i forhold til forbudet mot økonomiske og administrative hensyn. Ønsket om å unngå utgifter er åpenbart et hensyn av økonomisk karakter, samtidig som anførselen om praktiske vanskeligheter synes å ha en tydelig administrativ side. Likevel valgte EU-domstolen å vurdere om tiltaket oppfylte kravene til proporsjonalitet, og fant at tiltaket ikke var *nødvendig*, da et mindre restriktivt tiltak ville ha gitt samme effekt mot risikoen for å pådra seg avskrekkende store utgifter.¹²⁴

En mulig tolkning av dette er at EU-domstolen i prinsippet aksepterte hensynet til å begrense statens utgifter innenfor en slik stønadsordning.¹²⁵ I så fall er dette et eksempel på at besparelshensynet kan være relevant hensyn også utenfor rene trygdeordninger. Det kan imidlertid ikke utelukkes at EU-domstolen fant det lettere å avvise hensynet etter en konkret vurdering av tiltakets nødvendighet, for på denne måten å unngå det vanskelige spørsmålet om legitimiteten av hensynet som kan sies å ha større politisk slagside. Det kan hevdes at domstolen ”hoppet over gjerdet der det var lavest”, og at man ikke kan ta avgjørelsen i *O’Flynn* til inntekt for at økonomiske og administrative hensyn kan være legitime.

5.2.4 Et alvorlighetskrav for å tillate budsjettmessige hensyn?

I *Kohll og Decker*, samt i den etterfølgende praksis, synes EU-domstolen å operere med et kvalifikasjonskrav for at hensynet til å begrense offentlige utgifter skal kunne begrunne restriksjoner. Ifølge domstolen kreves det en risiko for et ”*alvorlig*” inngrep i den økonomiske balansen. Med andre ord er ikke domstolen villig til å akseptere ethvert mulig inngrep som et relevant hensyn. I tillegg utaler domstolen at det ”*ikke kan utelukkes*” at hensynet kan aksepteres. Sammenlignet med domstolens vanligvis nokså bastante uttrykksmåte¹²⁶ er formuleringen uvanlig forsiktig.¹²⁷ Uttalelsen utgjorde også en betydelig modifisering av generaladvokatens innstilling, der det ble fremholdt at hensynet ”*..naturligvis fortjener beskyttelse i felleskapsrettslig henseende*”.¹²⁸ Dette synes å tyde på en relativt høy terskel for når unntaket kommer til anvendelse.

Et slikt kvalifikasjonskrav for når besparelshensynet kan være relevant, synes å sammenfalle med domstolens uttalelser i de eldre avgjørelsene *de Pejper* og *Denkavit*, der det heter at økonomiske og administrative hensyn er illegitime med mindre kostnadene for medlemsstaten

¹²² ibid premiss 20

¹²³ ibid premiss 27

¹²⁴ ibid premiss 29

¹²⁵ I denne retning Snell (2005) s. 45

¹²⁶ Due (1997) s. 137 in fine

¹²⁷ I samme retning Snell (2005) side 44 som fremholder at de nevnte uttalelsene “...are hardly a ringing endorsement of this ground of justification .”

¹²⁸ Generaladvokat Tesaurus felles forslag til avgjørelse i sak C- 120/95 og sak C-158/96 (avsnitt 53)



”klart” overskrider grensene for det rimelige.¹²⁹ Tilsvarende uttalte EU-domstolen i *Bidar* at medlemsstatene må kunne sikre at stønadsordningen for studenter ikke ble en ”urimelig byrde” for staten.¹³⁰ Disse uttalelsene tyder på at EU-domstolen stiller krav til økonomiske konsekvenser av et visst omfang for at besparelshensynet skal kunne tas i betraktning.

Et slikt kvalifikasjonskrav kan muligens forklare hvorfor EU-domstolen avviste hensynet til det offentlige utgifter i *Kranemann*. Denne saken gjaldt en tysk refusjonsordning for reiseutgifter for studenter som avvirket praksisperiode borte fra hjemstedet.¹³¹ *Kranemann* var jusstudent, og hadde praksis ved et advokatkontor i London. Han fikk avslag på søknad om reisegodtgjørelse, med den begrunnelse at refusjonsordningen bare dekket innenlandsreiser. EU-domstolen fant at denne begrensningen utgjorde en restriksjon på arbeidskraftens frie bevegelighet.¹³² I denne forbindelse ble budsjettmessige hensyn avvist som et illegitimt økonomisk hensyn.¹³³

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor hensynet til å begrense de offentlige utgiftene ble funnet å være relevant i *Kohll* og *Decker*, mens det ble ansett illegitimt i *Kranemann*. En mulig forklaring er at de potensielle utgiftene i *Kranemann* ikke utgjorde en ”alvorlig” risiko for inngrep i trygdeordningens økonomiske balanse. Sammenlignet med saksforholdet i *Kohll* og *Decker*, gjaldt *Kranemann* en trygdeordning av mer begrenset omfang. Dels var størrelsen på utbetalingene beskjedne, og antallet berettigede studenter kan heller ikke ha vært overveldende. De økonomiske konsekvensene av å dekke også utenlandsreiser kan vanskelig sies å innebære en risiko for et ”alvorlig” inngrep i ordningens økonomi. En innvending mot en slik forståelse er imidlertid at domstolen ikke drøfter forholdet til unntaket som oppstilles i *Kohll* og *Decker* i domspremissene i *Kranemann*. Dersom det var den manglende alvorlighetsgraden som var avgjørende for at besparelshensynet ble avvist, burde man kanskje kunne forvente at domstolen hadde uttrykt dette tydeligere.

En annen interessant side ved avgjørelsen i *Kranemann*, er at EU-domstolen, i tillegg til forbudets økonomiske karakter, viser til et annet grunnlag for å avvise den tyske regjeringens begrunnelse. Domstolen uttaler at begrensningen overfor utenlandsreiser uansett ikke var *egnet* til å begrense offentlige utgifter fordi innenlandsreiser i visse tilfeller kunne medføre større utgifter.¹³⁴ Denne ”helgarderingen” kan kanskje tyde på en viss usikkerhet vedrørende spørsmålet om hensynets legitimitet, og illustrerer således vanskelighetene ved å praktisere et alvorlighetskrav for å tillate besparelshensyn. Et slikt vilkår er upresist, og dermed vanskelig å gi et klart rettslig innhold.¹³⁵ Når kvalifiserer slike økonomiske konsekvenser til en risiko for et ”alvorlig” inngrep i trygdeordningens økonomiske balanse? Det kan synes som om domstolen i sin tilbakeholdenhet med å skape presedens for aksept av økonomiske hensyn, i stedet har skapt usikkerhet gjennom et nytt vanskelig avgrensningsspørsmål.

EU-domstolens bruk av ”dobbel hjemmel” for å avvise det budsjettmessige hensynet i *Kranemann* illustrerer også at alvorlighetskravet medfører en glidende overgang fra spørsmålet

¹²⁹ de Pejper (premiss 18)

¹³⁰ *Bidar* (premiss 56)

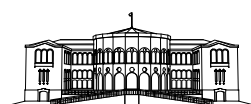
¹³¹ *Kranemann* (premiss 10)

¹³² *ibid* premiss 30

¹³³ *ibid* premiss 34

¹³⁴ *ibid* premiss 35

¹³⁵ Snell (2005) s. 45



om hensynets legitimitet til vurderingen av tiltakets forholdsmessighet. Alvorlighetskravet innfører et kvantitativt element i legitimitetsspørsmålet, som vanligvis er en ren kvalitativ vurdering.¹³⁶ Således kan det hevdes at det hadde vært bedre om domstolen i *Kranemann* hadde akseptert hensynet, men avvist begrunnelsen i proporsjonalitetstesten.

5.2.5 Analogisk anvendelse av prinsippet i *Kohll* og *Decker*?

Et annet spørsmål er om prinsippet i *Kohll* og *Decker* kan gis generell anvendelse på alle velferdsstatens utgifter. Som nevnt synes EU-domstolen i praksis å ha godtatt at besparelshensyn kan være legitime i relasjon til trygde- og stønadsordninger, samt innenfor helsesektoren. Det kan argumenteres med at det samme bør gjelde også for andre offentlige budsjettposter. Det er blitt hevdet at det er vanskelig å begrunne prinsipielt hvorfor unntaket skal være begrenset til akkurat disse offentlige utgiftene.¹³⁷ Den nasjonale velferdsstatsmodellen baserer seg naturligvis ikke bare på sykehus, trygd og sosialstønad, men omfatter også en rekke andre helt eller delvis subsidierte naturalytelser. Gamle hjem, kulturinstitusjoner, transport og utdanning er eksempler på velferdsfunksjoner hvor nasjonale myndigheter er bundet av begrensede ressurser. Ifølge Davies vil en avvisning av hensynet til å begrense offentlige utgifter på disse områdene i ytterste konsekvens kunne medføre at slike velferdsgoder ikke kan opprettholdes: *"There goes solidarity. No discounted swimming passes, no cheap transport for pensioners, no subsidised evening courses."*¹³⁸ Dette taler for å godta hensynet til å begrense velferdsstatens utgifter som et generelt legitimt hensyn.

På den annen side er aksepten av besparelshensyn i *Kohll* og *Decker* relativt forsiktig formulert. Dette kan tolkes som et utslag av EU-domstolens motvilje mot å gjøre for stort innhugg i forbudet mot økonomiske og administrative hensyn. En uforbeholden og generell aksept av besparelshensyn vil nok kunne bli oppfattet som et "carte blanche" for nasjonale myndigheter. Dette taler mot å gi prinsippet analogisk anvendelse på andre budsjettposter.

Problemstillingen vedrørende rekkevidden av prinsippet i *Kohll* og *Decker* var oppe i *Bressol*.¹³⁹ Denne saken gjaldt belgiske regler som satt en øvre grense for antallet ikke-hjemmehørende studenter ved visse studieretninger innenfor høyere utdanning. Domstolen fant at ordningen utgjorde en forskjellsbehandling av utenlandske studenter.¹⁴⁰ Bakgrunnen for denne restriktive ordningen var at en rekke helse- og veterinærfag var åpne studieretninger i Belgia, i den forstand at det ikke var opptakskvoter for antall studenter. Dette medførte en stor tilstrømning av studenter fra Frankrike, der studieadgangen til de aktuelle fagene var begrenset. Belgiske myndigheter var bekymret for at utdanningsinstitusjonenes kapasitet ble overskredet med den følge at kvaliteten på utdannelsene ble forringet, og anførte at dette kunne rettferdiggjøre restriksjonen.

Hensynet fremsto som økonomisk, all den tid kapasiteten og kvaliteten på en utdanning må anses som funksjoner av ressursene som bevilges. Det er dermed vanskelig å se at den belgiske

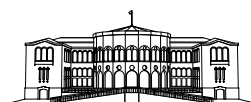
¹³⁶ I.c.

¹³⁷ Generaladvokat Mancinis forslag til avgjørelse i sak 238/82 Duphar (punkt 7) og Gormley (1985) s. 67

¹³⁸ Davies (2005) s. 48

¹³⁹ Sak C-73/08 Nicolas Bressol m.fl. og Céline Chaverot m.fl. mot Gouvernement de la Communauté française

¹⁴⁰ Ibid premiss 44-47



stats anførsel er noe mer enn et ønske om å begrense utgiftene innenfor utdannelsessektoren. I sitt forslag til avgjørelse uttalte generaladvokat Sharpston at unntaket i *Kohll og Decker* var snevert, og at man ikke kunne overføre disse betraktningene fra nasjonale trygdeordninger til andre offentlige budsjetter.¹⁴¹

Til tross for dette godtok EU-domstolen finansieringsmodellen som en fast størrelse, og lot denne stå som en ytre ramme for å vurdere virkningene av en økning i antall studenter ved lærestedene. Deretter kom domstolen til at en kvalitetsforringelse av de aktuelle utdannelsene kunne utgjøre en risiko for et dårligere helsetilbud i den fransktalende delen av Belgia.¹⁴² EU-domstolen åpnet dermed for at kvoteordningen for utenlandske studenter kunne opprettholdes, selv om den konkrete proporsjonalitetsdrøftelsen ble overlatt til den nasjonale domstolen.

Hva gjelder besparelseshensynet viste imidlertid domstolen til at dette ikke hadde vært avgjørende for vedtakelsen av den restriktive regelen, og unngikk dermed å ta stilling til det prinsipielle spørsmålet om rekkevidden av uttalelsene i *Kohll og Decker*.¹⁴³ Argumentasjonen er ikke overbevisende, da det må være opplagt at en økning av studentmassen vil kunne medføre større offentlige utgifter for å opprettholde kvaliteten på utdannelsene.¹⁴⁴ EU-domstolens tilnærming synes å innebære en indirekte aksept av besparelseshensynet, og bærer preg av en omgåelse av det prinsipielle spørsmålet om legitimiteten av besparelseshensyn. Resultatet kan muligens tyde på at domstolen (eller deler av domstolen) ikke ville følge generaladvokaten i at budsjettmessige hensyn bare kan aksepteres på området for nasjonale trygdeordninger, samtidig som man ikke oppnådde full enighet om en aksept av hensynet. Avgjørelsen gir imidlertid ingen sikre holdepunkter.¹⁴⁵ Det synes derfor fortsatt uavklart om hensynet til å begrense statens utgifter kan være et legitimt hensyn også utenfor nasjonale trygdeordningene.

5.3 Hensynet til kontroll med offentlige utgifter – behovet for økonomisk styring

En annen type lovgivningshensyn som er sentral i et velferdsstatsperspektiv, er behovet for kontroll med kostnadene. I flere saker har medlemsstatene søkt å begrunne restriktive tiltak med nødvendigheten av å kunne planlegge ressursbruken i offentlig sektor. Slike hensyn har en åpenbar administrativ og økonomisk karakter, og står prinsipielt i et vanskelig forhold til forbudet mot økonomiske og administrative hensyn. På den andre siden synes slike lovgivningshensyn å ha gode grunner for seg. Behovet for økonomisk styring i offentlig sektor grunner i et ønske om en best mulig allokering av offentlige midler for å forhindre verdispille.

I flere saker har EU-domstolen akseptert nasjonale myndigheters behov for økonomisk styring som et tvingende allment hensyn. *Smits & Peerbooms* gjaldt nederlandske regler om forhåndstillatelse til refusjon for planlagt sykehusbehandling i utlandet. Med henvisning til tidligere praksis, kom domstolen til at kravet om forhåndsgodkjenning utgjorde en restriksjon

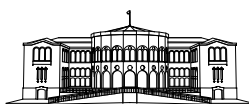
¹⁴¹ Generaladvokat Sharpstons forslag til avgjørelse i sak C-73/08 (avsnitt 89 flg.)

¹⁴² *ibid* premiss 67

¹⁴³ Bressol (premiss 50)

¹⁴⁴ I samme retning Garben (2010) s. 1501 (note 31)

¹⁴⁵ Om forholdet mellom domspremissene og generaladvokatuttalelser i Due (1997) s. 134



på den frie bevegeligheten av tjenester, og det avgjørende ble dermed om ordningen kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn.¹⁴⁶ EU-domstolen godtok at hensynet til kontroll med offentlige utgifter kunne utgjøre et legitimt hensyn, da slike planleggingshensyn både tilgodeså en sikker tilgang til sykehustjenester, og var et middel for å unngå verdispille.¹⁴⁷ Domstolens aksept av dette hensynet synes velbegrunnet. Dersom domstolen hadde fratatt medlemslandene mulighetene for å kreve forhåndstillatelse, kunne det bli umulig for nasjonale myndigheter å avpasse behandlingsskapasiteten etter behovet. En mulig pasientflukt ville dermed kunne innebære en risiko for overkapasitet ved medlemslandets sykehus, samtidig som man måtte refundere pasientenes utgifter til behandling i utlandet.¹⁴⁸ Dette ville medført en uforholdsmessig stor allokering av ressurser til helsesektoren, noe som må sies å utgjøre en samfunnsøkonomisk uheldig situasjon.¹⁴⁹

I samme retning gikk domstolen i *Jørgensen*. Denne saken gjaldt fortolkning av to rådsdirektiv om likebehandling av menn og kvinner. EU-domstolen uttalte at budsjettmessige hensyn som utgangspunkt ikke kan begrunne en forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn. Ifølge domstolen gjelder dette imidlertid ikke hensynet til kontroll med offentlige utgifter.¹⁵⁰ EU-domstolen synes her å anse styringsbehovet som noe annet enn de illegitime budsjettmessige hensynene som har blitt avvist i tidligere praksis.

Det synes etter dette klart at hensynet til kontroll med offentlige utgifter for å unngå sløsing med offentlige midler utgjør et legitimt hensyn. Der hvor slike særlige planleggingshensyn gjør seg gjeldende, må man derfor kunne regne med at medlemsstatene kan begrunne handelsrestriksjoner i behovet for økonomisk styring. Dette synes også fulgt opp av EU-domstolen i nyere praksis.¹⁵¹

5.4 Hensynet til statens inntekter

5.4.1 Hovedregel om provenyehensyn

Når det gjelder hensynet til statens inntekter, er den klare hovedregelen at dette ikke kan utgjøre et legitimt hensyn. Begrunnelser knyttet til statens inntekter har først og fremst blitt anført for EU-domstolen i saker vedrørende nasjonale skatteregimer. Ifølge domstolen er hensynet til medlemsstatens skatteproveny et ”rent økonomisk hensyn” som ikke kan begrunne handelsrestriksjoner, verken under de traktatfestede unntaksreglene eller som tvingende allment hensyn. Hensynet til å unngå tap av skatteinntekter er blitt anført i en rekke forskjellige språklige variasjoner, men hvor essensen er den samme.¹⁵² EU-domstolen (og EFTA-

¹⁴⁶ Smits & Peerbooms (premiss 69-70)

¹⁴⁷ Ibid premiss 77-79. Se også EFTA-domstolen i forente saker E-11/07 og E-1/08 Olga Rindal og Therese Slinning mot staten v/Dispensasjons- og klagenemnda for behandling i utlandet (premiss 78)

¹⁴⁸ I denne retning Snell (2005) s. 50

¹⁴⁹ I denne retning generaladvokat Tesaurus i sitt felles forslag til avgjørelse i sakene C-120/95 Decker og C-158/96 Kohll (avsnitt 59)

¹⁵⁰ Jørgensen (premiss 40)

¹⁵¹ For eksempel sak C-211/08 Kommissjonen mot Spania (premiss 79) og sak C-512/08 Kommissjonen mot Frankrike (premiss 40 flg.)

¹⁵² Bullen (2005) s. 497



domstolen) har avvist disse hensynene, uavhengig av den konkrete formulering.¹⁵³ Et unntak er hensynet til ”...å hindre uthuling av skattegrunnlaget”, som tilsynelatende ble akseptert som et legitimt hensyn i *Safir*.¹⁵⁴ Dette synes imidlertid fraveket i *Bosal Holding*.¹⁵⁵ Det må videre være klart at heller ikke hensynet til å maksimere statens skatteproveny kan utgjøre et legitimt hensyn, etter at EU-domstolen i *Verkooijen* avviste hensynet til å ”..bedre landets økonomi ved at stimulere borgernes investering i selskaper, der har hjemsted i Nederlandene”.¹⁵⁶

EU-domstolens strenge linje vedrørende disse hensynene står i et problematisk forhold til skattepolitikken i høyskatteland. Høyere skatt vil kunne virke som en handelshindring, for eksempel dersom utenlandske aktører avskrekkes fra å etablere seg i slike medlemsstater. I ytterste konsekvens ville dette innebære at høyere skatt utgjør en restriksjon som åpenbart er begrunnet i økonomiske hensyn. I nyere praksis synes imidlertid EU-domstolen å ha løst dette ved å anvende et diskrimineringsbegrep i saker om medlemsstatenes skattepolitikk.¹⁵⁷ Dermed er det bare skatteregler som *forskjellsbehandler* de grenseoverskridende tilfellene som må rettfærdiggjøres. Nøytrale skatteregler – selv om de innebærer et strengere regime enn i andre medlemsland – er lovlige, og trenger ikke å begrunnes i legitime hensyn.

EU-domstolen har slått ned på lovgivningshensyn knyttet til statens inntekter også utenfor området for nasjonale skatteregler. Slike begrunnelser har ofte vært basert på et ønske om å reservere inntekter fra visse aktiviteter til offentlige organer. I *Bond van Adverteerders* uttalte domstolen at det ikke var et legitimt hensyn ”...at sikre, at en national offentligretlig institution modtager samtlige indtægter fra reklameindslag, som spesielt henvender sig til publikum i vedkommende medlemsstat”.¹⁵⁸ I tillegg synes EU-domstolen i flere saker å ha lagt til grunn at hensynet til å kanalisere inntektene fra pengespill til allmenntilgynnsomme formål ikke i seg selv kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse.¹⁵⁹ Inntekts-hensyn synes også avvist i *Kommisjonen mot Portugal*, som omhandlet såkalte golden shares. Her uttalte domstolen at ”...en begrunnelse ud fra hensynet til medlemsstatens almene finansielle interesse...” ikke var tillatt fordi dette utgjorde et økonomisk hensyn.¹⁶⁰ Hensynet til statens inntekter utgjør dermed heller ikke et legitimt hensyn der staten opptrer som markedsaktør.

Denne hovedregelen om legitimiteten av hensynet til statens inntekter, utgjør et naturlig motstykke til utgangspunktet om at hensynet til statens inntekter ikke kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse. På samme måte som for besparelseshensynet, ville en aksept av hensynet til statens inntekter kunne gi medlemsstatene et insentiv til å gjøre unntak fra reglene om de fire friheter. Dette vil således kunne virke hemmende på den europeiske

¹⁵³ For eksempel ICI (premiss 28), *Bosal Holding* (premiss 42) Sak C-464/02 *Kommisjonen mot Danmark* (premiss 45), sak C-196/04 *Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod Commissioners of Inland Revenue* (premiss 49) og sak E-1/04 *Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet* (premiss 33). Se også Bullen (2005) s. 497-498 og Cordewener (2009) s. 1958

¹⁵⁴ Sak C-118/96 *Jessica Safir mod Skattemyndigheten i Dalarnas län, tidligere Skattemyndigheten i Kopparbergs län* (premiss 33)

¹⁵⁵ *Bosal Holding* (premiss 42). Se også Bullen (2005) s. 500-501

¹⁵⁶ *Verkooijen* (premiss 47 og 48)

¹⁵⁷ Bull (2002) s. 579

¹⁵⁸ *Bond van Adverteerders* (premiss 34). Se også Gouda (premiss 29)

¹⁵⁹ For eksempel *Zenatti* (premiss 36), sak C-243/01 *Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl.* (premiss 62) og *Ladbroke* (premiss 75)

¹⁶⁰ Sak C-367/98 *Kommisjonen mot Portugal* (premiss 52)



integrasjonsprosessen. På den annen side er nasjonale myndigheter naturligvis avhengige av inntekter for å oppfylle sine funksjoner på nasjonalterritoriet. Dette skulle tilsi at inntektshensyn på noen områder kunne være legitime, i tråd med utviklingen for hensynene til besparelser og kontroll av offentlige utgifter.

5.4.2 Noen tilgrensende hensyn som er akseptert av EU-domstolen

EU-domstolen har akseptert en rekke hensyn som står i tematisk sammenheng med hensynet til statens inntekter. Hensynet til en *effektiv skattekontroll* var blant de tvingende allmenne hensyn som ble opplistet allerede i *Cassis de Dijon*,¹⁶¹ og ved vedtakelsen av Maastrichttraktaten ble dette hensynet også inntatt i den skrevne derogasjonsbestemmelsen for kapitalbevegelser.¹⁶² I tillegg har EU-domstolen i prinsippet akseptert hensyn som *sammenhengen i det nasjonale skattesystem*,¹⁶³ hensynet til å *hindre skattesvik*¹⁶⁴ og *territorialprinsippet innenfor skatteretten*.¹⁶⁵

EU-domstolen har imidlertid anlagt en streng forholdsmessighetsvurdering av medlemsstatenes begrunnelser som bygger på slike hensyn. Hva gjelder hensynet til sammenhengen i beskatningsordningen, har EU-domstolen i et stort antall avgjørelser avvist medlemsstatenes anførsler av den grunn at det ikke forelå noen ”*direkte forbindelse*” mellom fordelene som innrømmes og skatteplikt.¹⁶⁶ På samme måte har EU-domstolen operert med en streng nødvendighetsvurdering av medlemsstatenes begrunnelser som er basert på hensynet til en effektiv skattekontroll og/eller hensynet til å hindre skattesvik. Her har domstolen vist til at medlemsstatene har flere muligheter til å innhente de nødvendige opplysningene.¹⁶⁷ Ifølge EU-domstolen kan nasjonale myndigheter enten pålegge skatteyteren å fremlegge de nødvendige bevisene, eller så kan medlemsstatene gjennom bistandsdirektivet¹⁶⁸ innhente de nødvendige opplysninger fra andre medlemslands skattemyndigheter.¹⁶⁹ Dette har medført at EU-domstolen har avvist begrunnelser basert på disse hensynene i nærmest alle sakene hvor de er påberopt.¹⁷⁰

Et sjeldent eksempel på at en slik begrunnelse har ført frem er *Kommisjonen mot Italia*, som gjaldt italienske regler om skatt på utbytte. EU-domstolen kom til at reglene utgjorde en restriksjon på den frie bevegelighet av kapital, da de forskjellsbehandlet utenlandske selskaper. I relasjon til Italias forpliktelser etter EØS-avtalen, fant domstolen at reglene var nødvendige for å hindre skattesvik, ettersom bistandsdirektivet ikke er en del av EØS-avtalen.¹⁷¹

¹⁶¹ Cassis de Dijon (premiss 8)

¹⁶² Nå TEUF artikkel 65 (1) litra b

¹⁶³ Sak C-204/90 Hanns-Martin Bachmann mod den belgiske stat (premiss 21 flg.) og sak C-300/90 Kommisjonen mot Belgia (premiss 14 flg.)

¹⁶⁴ For eksempel Cadbury Schweppes (premiss 47)

¹⁶⁵ For eksempel Bosal Holding (premiss 37-41)

¹⁶⁶ For en grundig analyse av denne praksis se Bullen (2005) s. 507-538, Ståhl (2006) s. 149-156 og Cordewener (2009) s. 1969-1976

¹⁶⁷ For eksempel sak C-136/00 Rolf Dieter Danner (premiss 44 flg.) og sak C-334/02 Kommisjonen mot Frankrike (premiss 31 flg.)

¹⁶⁸ Rdir 77/799/EØF

¹⁶⁹ For eksempel Bachmann (premiss 20), sak C-300/90 Kommisjonen mot Belgia (premiss 13) og sak C-422/01 Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) og Ola Ramstedt mot Riksskatteverket (premiss 43)

¹⁷⁰ Ståhl (2006) s. 147-149 og Cordewener (2009) s. 1964-1965 og 1972

¹⁷¹ Sak C-540/07 Kommisjonen mot Italia (premiss 65-75)



En mulig tolkning av denne avgjørelsen er at den er et utslag av EU-domstolens oppfatning av Liechtenstein som et skatteparadis. Avgjørelsen kan imidlertid kritiseres for å være noe unyansert i det de italienske reglene ble funnet å være forholdsmessige også overfor Norge.¹⁷² Dette synes å være resultatet av at domstolen bygger på et delvis uriktig faktisk grunnlag. Den italienske regjering anførte at ingen av EØS-avtalepartene var forpliktet til å avgi opplysninger til italienske skattemyndigheter.¹⁷³ Dette kan muligens være tilfellet i forhold til Liechtenstein, men det synes ikke treffende når det gjelder forholdet til Norge. Den gjensidige skatteavtalen mellom Norge og Italia inneholder en bestemmelse om gjensidig bistand som synes å gi samme muligheter til informasjonsutveksling som bistandsdirektivet.¹⁷⁴ Dette synspunktet ble imidlertid ikke fremmet for EU-domstolen.¹⁷⁵

Prinsippet i *Kommisjonen mot Italia* synes fulgt opp i *Rimbaud*.¹⁷⁶ Her var imidlertid saksforholdet slik at de omtvistede franske reglene om eiendomsavgift bare forskjellsbehandlet selskaper fra tredjeland som ikke hadde inngått avtaler med Frankrike om gjensidig bistand i skattesaker. Problemstillingen vedrørende bilaterale skatteavtaler som ”substitutt” for bistandsdirektivet kom derfor ikke på spissen.¹⁷⁷ Domstolens uttalelser kan imidlertid tyde på at det er de faktiske mulighetene til å innhente opplysninger som avgjør om slike diskriminerende skatteregler er nødvendige for å unngå skattesvik.¹⁷⁸

5.4.3 En begrenset aksept av hensynet til statens inntekter?

Som nevnt over har EU-domstolen godtatt risikoen for et alvorlig inngrep i trygdekassens *økonomiske balanse* som et tvingende allment hensyn. I flere saker har EU-domstolen ansett dette som et legitimt hensyn som kan begrunne tiltak for å begrense offentlige *utgifter*.¹⁷⁹ Den økonomiske balanse beror imidlertid også på velferdsstatens *inntekter*. EU-domstolens formulering synes å vise til et likevektsforhold mellom offentlige inntekter og utgifter. På bakgrunn av dette skulle man kunne tenke seg at unntaket i *Kohll* og *Decker* også omfattet hensynet til å verne om velferdsstatens inntekter.

EU-domstolen synes imidlertid å ha avvist sammenhengen mellom velferdstiltak og offentlige inntekter, med henvisning til at det dreier seg om illegitime økonomiske hensyn i *Danner*. Saken gjaldt finske regler om inntektsskatt, som ga fradragsrett for premier til frivillige pensjonsforsikringsordninger som ble forvaltet av finske institusjoner. Fradrag var imidlertid som hovedregel utelukket for premier betalt til frivillige pensjonsforsikringsordninger som ble

¹⁷² *ibid* premiss 72

¹⁷³ *ibid* premiss 71

¹⁷⁴ Skatteavtalen mellom Norge og Italia artikkel 27. Se også Bullen (2005) s. 553-554 som (før denne avgjørelsen) var av den oppfatning at Norge ikke kan utsette grenseoverskridende aktiviteter for negativ særbehandling av hensynet til en effektiv skattekontroll i større grad enn EU-statene kan seg imellom

¹⁷⁵ Sak C-540707 *Kommisjonen mot Italia* (premiss 71)

¹⁷⁶ Sak C-72/09 *Etablissements Rimbaud SA mot Directeur général des impôts, Directeur des services fiscaux d’Aix-en-Provence* (premiss 7)

¹⁷⁷ *ibid* premiss 52

¹⁷⁸ *ibid* premiss 44

¹⁷⁹ Se punkt 5.2



forvaltet av utenlandske institusjoner.¹⁸⁰ EU-domstolen fant, ikke overraskende, at denne ordningen utgjorde en restriksjon på den frie bevegelighet av tjenester.¹⁸¹ I spørsmålet om ordningen likevel kunne opprettholdes, anførte den intervenierende danske regjering at ordningen kunne begrunnes i hensynet til å opprettholde skattegrunnlaget. Ifølge Danmark ville en likebehandling av hjemmehørende og utenlandske institusjoner i forhold til fradragsrett for forsikringspremier medføre misbruk og skatte-shopping av personer bosatt i høyskatteland, noe som ville være ødeleggende for medlemsstater med et høyt skattenivå. Den danske regjering satt således skatteinntektene i sammenheng med velferdsstaten, ved å vise til at slike inntekter dannet grunnlaget for velferdsordninger.¹⁸² Anførselen ble imidlertid kontant avvist av EU-domstolen med henvisning til hovedregelen om at provenyehensyn er illegitime.

Som påpekt av Davies synes EU-domstolen opptatt av å følge et ”*money trail*”, som fordrer en mer direkte sammenheng mellom velferdstiltak og statens skatteinntekter.¹⁸³ Dette var åpenbart ikke tilfellet i *Danner*. At domstolen ikke aksepterer en slik generell og indirekte sammenheng mellom skatteinntekter og velferdstiltak har gode grunner for seg. Selv om denne sammenhengen åpenbart er reell, er den samtidig så banal at en slik aksept ville bli svært vanskelig for domstolen å håndtere. Medlemsstatene ville jo nærmest alltid kunne påvise en slik sammenheng.

I flere andre avgjørelser har EU-domstolen avvist også mer spesifikke sammenhenger mellom velferdstiltak og offentlige inntekter. Den tidligere nevnte avgjørelsen *Svensson & Gustavsson* gjaldt en luxemburgsk ordning med rentetilskudd til boliglån. Trygdeordningen var betinget av at boliglånet var opptatt i en bank som var etablert i medlemsstaten, og EU-domstolen fant at dette utgjorde en restriksjon på den frie bevegelighet av tjenester.¹⁸⁴ Den luxemburgske regjering argumenterte imidlertid med at finansieringen av rentetilskuddsordningen var avhengig av de skatteinntektene som ble generert av hjemmehørende kredittinstitusjoners utlånsaktivitet.¹⁸⁵ EU-domstolen aksepterte ikke denne begrunnelsen, da den fant at den var basert på ”*økonomiske hensyn*”.¹⁸⁶

I samme retning går avgjørelsen *Kommisjonen mot Italia*, der EU-domstolen tilsynelatende ikke godtok sammenhengen mellom skatteplikten og subsidierte kulturseverdigheter. Saken gjaldt italienske regler som gikk ut på at gunstige honnørbilletter til museer og kulturseverdigheter var forbeholdt hjemmehørende. EU-domstolen fant at slike differensierte priser var en forskjellsbehandling basert på bosted, og at denne ordningen dermed utgjorde en restriksjon i relasjon til TEUF artikkel 49 om fri flyt av tjenester.¹⁸⁷

Den italienske regjeringen søkte å begrunne handelsrestriksjonen med to argumenter. For det første hevdet Italia at det på grunn av de store omkostningene forbundet med forvaltningen av kulturgoder, var umulig å innføre gratis adgang uten hensyntagen til betraktninger av

¹⁸⁰ Sak C-136/00 Rolf Dieter Danner (premiss 5-8)

¹⁸¹ *ibid* premiss 31

¹⁸² *ibid* premiss 53

¹⁸³ Davies (2005) s. 48

¹⁸⁴ *Svensson & Gustavsson* (premiss 12)

¹⁸⁵ *ibid* premiss 13

¹⁸⁶ *ibid* premiss 15

¹⁸⁷ Sak C-388/01 *Kommisjonen mot Italia* (premiss 14-15)



økonomisk art.¹⁸⁸ Med andre ord ville det medføre et for stort inntektstap å utvide de gunstige adgangsprisene også til ikke-hjemmehørende. EU-domstolen fant at dette utgjorde et rent økonomisk hensyn, og avviste derfor anførselen.¹⁸⁹ I tillegg søkte den italienske regjeringen å begrunne forskjellsbehandlingen i hensynet til ”beskatningsordningens sammenheng”.¹⁹⁰ Italias argument var at fordelene for borgere bosatt i de aktuelle kommunene utgjorde et naturlig motstykke til bidraget disse borgerne ytet gjennom skatter og avgifter til de lokale myndighetene. Begrunnelsen fremstår således som et utslag av det såkalte ”free rider”-argumentet, ved at velferdsgoder, i dette tilfellet subsidierte kulturseverdigheter, forbeholdes de som har bidratt til finansieringen gjennom skatteplikten. Dette argumentet ble også avvist av EU-domstolen, med den begrunnelse at det ikke forelå noen ”direkte forbindelse... mellom noen beskatning på den ene side og anvendelse av særpriser for adgang... på den anden side.”

I både *Svensson & Gustavsson* og *Kommisjonen mot Italia* avviste dermed EU-domstolen hensynet til offentlige inntekter som en forutsetning for velferdsgoder, og det til tross for at sammenhengen i disse sakene synes både direkte og plausibel (i motsetning til *Danner*). Domstolens avvisning av dette hensynet er blitt kritisert i den juridiske litteratur.¹⁹¹ Særlig synes synsvinkelen ”beskatningsordningens sammenheng” lite hensiktsmessig for å drøfte forholdet mellom skatteplikt og velferdsgoder. Anførselen om beskatningsordningens sammenheng har sin bakgrunn i EU-domstolens avgjørelse i *Bachmann*, der domstolen godtok sammenhengen mellom fradragsrett og skatteplikt, med andre ord to størrelser innenfor det nasjonale skattesystemet. En mer treffende innfallsvinkel i *Kommisjonen mot Italia* og *Svensson & Gustavsson*, hadde kanskje vært å drøfte i hvilken grad reglene om fri bevegelighet krever en økonomisk solidaritet mellom medlemslandene på dette området, slik EU-domstolen gjorde i *Bidar*.¹⁹² Kanskje ville domstolen uansett kommet til at de differensierte prisene var uforholdsmessige, men man hadde unngått den totale avvisningen av en begrunnelse som fremstår som rimelig. Som Davies uttrykker:

“Money buys things, and it buys services, and governments do both, and if they have less money then there are less things and less services for the people. An effect on their budget is an effect on all those who need public services, and to sneer at economic reasons as if they lacked a moral status is to sneer at welfare, free education, and the capacity for collective action embodied in the state.”¹⁹³

5.4.4 Særlig om inntektshensynet i relasjon til nasjonale spillmonopol

En spesiell variant av inntektshensynet har stått sentralt i flere av EU-domstolens avgjørelser vedrørende nasjonale spillmonopoler. Da slike monopoler nærmest per definisjon utgjør handelsrestriksjoner, har spørsmålet om begrunnelser stått sentralt i en rekke saker. Slike monopoler finnes i de fleste europeiske land, og er ofte delvis begrunnet i et ønske om å kanalisere inntektene fra pengespill til allmenntilgitt formål.¹⁹⁴ I *Schindler* uttalte EU-

¹⁸⁸ ibid premiss 18

¹⁸⁹ ibid premiss 22

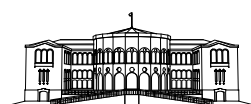
¹⁹⁰ ibid premiss 18

¹⁹¹ Davies (2005) s. 47-49

¹⁹² I samme retning Davies (2005) s. 48-49

¹⁹³ ibid s. 47

¹⁹⁴ Zimmer (2007) s.917



domstolen at selv om slike hensyn ikke i seg selv kan utgjøre en begrunnelse for de nasjonale spillmonopolene, ”...er det ikke uden betydning, at lotterier i væsentligt omfang kan bidrage til finansieringen af velgørende eller almenyttigt arbejde af social, forsorgsmæssig, sportslig eller kulturel art.”¹⁹⁵ I de påfølgende sakene *Zenatti* og *Gambelli* uttalte imidlertid EU-domstolen i tillegg at finansieringen av sosiale aktiviteter bare kan være ”...en ekstra fordel som følge av den gjennomførte restriktive politikk og ikke den egentlige begrunnelse herfor.”¹⁹⁶ Disse uttalelsene er siden videreført i en rekke senere avgjørelser, og EFTA-domstolen har også fulgt opp denne praksis.¹⁹⁷ EU-domstolens og EFTA-domstolen synes med dette å legge til grunn at hensynet ikke i seg selv er et legitimt hensyn som kan begrunne en restriksjon på den frie bevegelse, men at det kan utgjøre et sidehensyn som ikke utelukker andre deler av begrunnelsen for monopolet.¹⁹⁸

En annen mulig tilnærming er at EU-domstolen i disse sakene anså provenyehensynet som en naturlig del av hensynet til å utelukke private profittinteresser fra spillsektoren.¹⁹⁹ Alternativet til at overskuddet fra spillsektoren går til sosiale formål er jo at private parter tjener penger, noe som skaper en risiko for at profittinteressene går på bekostning av å unngå spillegalskap og hindre kriminalitet etc.²⁰⁰ EU-domstolens avgjørelse i *Sjöberg & Gerdin*²⁰¹ kan synes å gi støtte til et slikt syn. I denne saken, som gjaldt et svensk forbud mot reklame for utenlandske pengespill, ble EU-domstolen blant annet forelagt spørsmålet om relevansen av hensynet til statens inntekter fra det nasjonale spillmonopolet.²⁰² Domstolen svarte ikke direkte på spørsmålet fra den foreleggende retten, men vurderte i stedet om hensynet til å utelukke private profittinteresser fra spillsektoren kunne begrunne forbudet.²⁰³ Dette kan tyde på at EU-domstolen så disse to hensynene som to sider av samme sak, og til en viss grad er jo disse hensynene overlappende.²⁰⁴

I alle tilfeller fremstår EU-domstolens praksis om nasjonale spillmonopoler så spesiell at det synes vanskelig å overføre disse betraktningene til andre områder. Rettspraksis fra spillsektoren har sin egen dynamikk som er tilpasset et særegent sakskompleks, og som synes vanskelig overførbar til andre rettsområder. Etter min mening gir disse avgjørelsene derfor ikke grunnlag for å trekke generelle slutninger vedrørende legitimiteten av hensynet til statens inntekter.

5.4.5 Hvorfor kan ikke provenyehensyn unntaksvis aksepteres?

Som jeg har vist i punkt 5.2 til 5.3 har EU-domstolen – til tross for forbudet mot økonomisk og administrative hensyn – utvist en viss forståelse for medlemsstatenes behov for å begrense og kontrollere *utgiftssiden* av offentlige budsjetter. En slik forståelse gjenfinner man imidlertid

¹⁹⁵ Schindler (premiss 60)

¹⁹⁶ Zenatti (premiss 36) og Gambelli (premiss 62)

¹⁹⁷ Sak E-1/06 ESA mot Norge (premiss 36) og Ladbrokes (premiss 46)

¹⁹⁸ Bull (2009) note 34. For en noe annen tilnærming se Zimmer (2007) s. 919.

¹⁹⁹ Dette hensynet var også fremme i Schindler (premiss 57) og Zenatti (premiss 31)

²⁰⁰ Se også Zimmer (2007) s. 919-920

²⁰¹ Forente saker C-447/09 og C-448/08 Otto Sjöberg og Anders Gerdin

²⁰² ibid premiss 27 (spørsmål 3)

²⁰³ ibid premiss 41-45

²⁰⁴ Se imidlertid sak E-3/05 Ladbrokes Ltd. mot Staten v/Kultur- og kirkedepartementet og Staten v/Landbruks- og matdepartementet (premiss 48) der EFTA-domstolen synes å legge til grunn at det å hindre privat profitt er et moralsk ladet hensyn, og dermed vesensforskjellig fra provenyehensynet



ikke når det gjelder *inntektssiden* av offentlige budsjetter. I lys av den begrensede aksepten av hensynet til offentlige utgifter i visse velferdsordninger, fremstår det som noe inkonsekvent at EU-domstolen har avvist hensyn knyttet til finansieringen av disse. Hvorfor er det å begrense offentlige utgifter mer legitimt enn det å bevare inntektene? EU-domstolens argumentasjon i *Kohll* og *Decker* tyder også på at det er den *økonomiske balansen* som er beskyttelsesverdig, da det er dette som er avgjørende for opprettholdelsen av velferdsgodene. Dette burde tilsi at også hensynet til offentlige inntekter - i samme grad som besparelseshensynet - skulle kunne utgjøre et legitimt lovgivningshensyn.

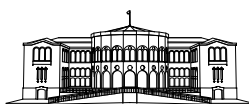
En mulig forklaring på den ulike behandlingen av offentlige inntekter og utgifter, er som nevnt at EU-domstolen synes å anse sammenhengen mellom statens inntekter og velferdsordninger som usikker. Domstolen synes å kreve et "*money trail*", ved at det skal være en påviselig og direkte sammenheng mellom ytelse og motytelse. Dette fremstår imidlertid som vanskelig å forene med den europeiske velferdsstatsmodellen, der prinsippet om solidaritet synes å umuliggjøre en slik direkte sammenheng.

En annen mulig forklaringsmodell kan være at EU-domstolens ulike behandling av offentlige inntekter og utgifter grunner i et politisk valg. De økonomiske utfordringene forbundet med den europeiske velferdsstatsmodellen er et velkjent politisk tema i en rekke medlemsstater. I møte med slike vanskeligheter står nasjonale myndigheter overfor valget mellom å begrense utgiftene eller å øke inntektene. Dette valget er imidlertid på ingen måte politisk nøytralt, men utgjør tvert imot et sentralt motsetningsforhold mellom venstre- og høyresiden i europeisk politikk. Når EU-domstolen har åpnet for en begrenset aksept av den ene løsningen uten en tilsvarende aksept for den andre, kan det være en indikasjon på at domstolen er mer tilbøyelig til å akseptere økonomiske hensyn som bidrar til "*mindre stat*". En slik tendens kan i så fall kritiseres for å utgjøre et betydelig inngrep i medlemsstatenes handlefrihet.

5.4.6 Oppsummering

Som utgangspunkt utgjør også vernet av offentlige økonomiske interesser et illegitimt hensyn i EØS-rettslig forstand. Det kan hevdes at det er naturlig at disse lovgivningshensynene behandles tilsvarende som beskyttelsen av private økonomiske interesser. På samme måte som proteksjonistiske hensyn, kan slike hensyn utgjøre en fristelse for nasjonale myndigheter til å bedre sin egen stats økonomi på bekostning av det indre marked. En full legitimering av slike hensyn ville kunne medføre alvorlige tilbakeslag for den europeiske markedsintegrasjonen. I tillegg kan det også argumenteres med at denne løsningen gir best sammenheng i fellesskapsretten. Dersom hensynet til det offentliges inntekter og utgifter var legitime, ville nasjonale myndigheter som *markedsregulator* måtte avstå fra å se hen til økonomiske hensyn, mens man som *markedsaktør* legitimt kunne ta slike hensyn.

Det finnes imidlertid viktige prinsipielle forskjeller mellom de to situasjonene som kan begrunne en ulik behandling. Analysen av EU-domstolens praksis har vist at den rådende oppfatningen i juridiske teori om forbudet mot økonomiske og administrative hensyn må nyanseres i forhold til offentlige økonomiske interesser. Allerede i avgjørelser fra 70-tallet ble forbudet mot økonomiske og administrative hensyn formulert som *relativt*, sammenlignet med domstolens mer absolutte uttalelser vedrørende beskyttelse av private aktører.



Hva gjelder utgiftssiden av offentlige budsjetter synes EU-domstolen å erkjenne at økonomiske og administrative hensyn kan være legitime i relasjon til nasjonale velferdsgoder. Domstolen viser i sin argumentasjon forståelse for medlemsstatenes behov for å *kontrollere* og *begrense* offentlige utgifter. Selv om rekkevidden av unntaket som oppstilles i *Kohll* og *Decker* fortsatt må anses uavklart, har domstolen skapt et verktøy for å kunne kontrollere relevansen av slike hensyn uten å måtte ty til rettslige fiksjoner. Denne fleksible tilnærmingen til grensedragningen synes hensiktsmessig ved at den skaper rom for å foreta en viss avveining mellom nasjonal politikk og det indre marked.

Bildet kompliseres imidlertid noe av EU-domstolens holdning til inntektssiden av offentlige budsjetter. Til tross for utviklingen vedrørende offentlige utgifter, synes domstolen konsekvent å avvise at provenyehensyn kan være legitime, også der disse er nært knyttet til finansieringen av velferdsgoder.



6. OPPRETHOLDELSE AV RESTRIKTIVE NASJONALE RETTSREGLER SOM BYGGER PÅ ILLEGITIME HENSYN

6.1 Innledning

I de foregående punktene har jeg sett nærmere på et utvalg av EU-domstolens praksis om økonomiske og administrative hensyn, i den hensikt å forsøke å klargjøre grensen mellom legitimt og illegitimt. Analysen har bekreftet påstanden som ble fremmet innledningsvis om at domstolen tradisjonelt har vært skeptisk til å tillate slike hensyn. I visse relasjoner må imidlertid dette forbudet nyanseres. I punkt 6 flyttes fokus fra legitimiteten av det enkelte hensyn, til lovligheten av nasjonale rettsregler som utgjør et inngrep i de fire friheter. Spørsmålet er hvilke konsekvenser det har for lovligheten av en restriksjon at lovgiver faktisk har lagt vekt på illegitime hensyn. Denne problemstillingen omfatter en rekke vanskelige underspørsmål, og rettstilstanden kan i stor utstrekning betegnes som usikker. Artikkelen omfang tillater ikke å gå i dybden på alle disse tilgrensende emnene, og jeg vil derfor konsentrere meg om å belyse noen problemstillinger som synes særlig aktuelle i relasjon til forbudet mot økonomiske og administrative hensyn. Først og fremst vil jeg se på hvordan EU-domstolen vurderer begrunnelser som er sammensatt av flere hensyn, hvorav ett er illegitimt. Som gjennomgangen vil vise, tyder nyere avgjørelser på at det her har vært en viss utvikling i domstolens tilnærming. Deretter vil jeg vurdere om det er et krav at de anførte hensynene faktisk har påvirket lovgivers beslutning. Endelig vil jeg se på den bevismessige betydningen av lovgivers illegitime motiver.

6.2 Rettferdiggjøring av restriksjoner som er begrunnet i flere hensyn

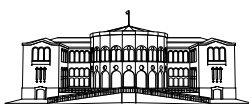
6.2.1 Begrunnelser sammensatte karakter

En nasjonal rettsregel som utgjør et inngrep i den frie bevegelse er som utgangspunkt ulovlig, og kan bare opprettholdes dersom lovgivningen er *begrunnet* i et legitimt hensyn.²⁰⁵ Når EU-domstolen først har fastslått at en nasjonal rettsregel utgjør en restriksjon, vil lovligheten av regelen bero på om restriksjonen kan *rettferdiggjøres*. Dette innebærer at den omstridte rettsregelen må være proporsjonal, dvs. at den må være egnet og nødvendig i relasjon til et legitimt hensyn. I tillegg oppstilles i noen tilfeller et krav om forholdsmessighet i snever forstand.²⁰⁶

Når domstolen anser et økonomisk eller administrativt hensyn som illegitimt, innebærer dette at hensynet ikke kan vektlegges i spørsmålet om rettferdiggjøring av restriksjonen. Forbudet mot økonomiske og administrative hensyn er i dette perspektivet en kvalifikasjonsnorm som avskjærer visse argumenter som irrelevante i vurderingen av rettferdiggjøringen av den omstridte rettsregelen. Dermed skulle man tro at restriksjoner som er begrunnet i et legitimt hensyn kan være lovlige (avhengig av proporsjonalitetsvurderingen), mens en restriksjon som er begrunnet i et illegitimt hensyn automatisk er ulovlig i fellesskapsrettslig forstand.

²⁰⁵ For de traktatfestede derogasjonshjemlene se TEUF artiklene 36, 52 og 65 (1) b in fine, for den domstolsskaptelæren om tvingende allmenne hensyn se for eksempel Ergasias (premiss 21)

²⁰⁶ Se punkt 2.1 med videre henvisninger



Det er imidlertid sjelden at medlemsstatenes begrunnelser for handelsrestriksjoner fremstår som så entydige. Ofte vil restriksjoner være begrunnet eller kunne begrunnes i flere hensyn, hvorav bare ett er illegitimt. Dette kan være fordi flere forhold har blitt vektlagt av lovgiver i vedtakelsesprosessen, typisk slik at rettsregelens utforming er resultatet av et kompromiss mellom flere lovgivningshensyn. Som eksempel kan det vises til den norske lotterilovgivningen som har til formål ”...å sikre at lotterier avholdes i betryggende former under offentlig kontroll, med sikte på å forebygge negative sosiale konsekvenser av lotterier, samtidig som det legges til rette for at lotterier kan være en god inntektskilde for samfunnsnyttig og humanitært arbeid”.²⁰⁷ Her ser man at det norske regelverket for lotterier er begrunnet i flere hensyn, hvorav ett er en form for økonomisk hensyn.

Selv der det kan fastslås at lovgiver på vedtakelsestidspunktet utelukkende bygget på illegitime hensyn, er det ikke uvanlig at medlemsstaten likevel påberoper seg at restriksjonen er egnet og nødvendig for å oppfylle *andre hensyn*. Som følge av disse forholdene er det ofte et sammensatt og omfattende vurderingstema å fastlegge en nasjonal regels *fellesskapsrettslige formål*.²⁰⁸

6.2.2 ”Hovedformåls læren”

I enkelte eldre avgjørelser synes EU-domstolen å operere med en form for ”hovedformåls lære”. Denne læren innebærer at en nasjonal rettsregels fellesskapsrettslige formål fastlegges på bakgrunn av det mest fremtredende hensynet i begrunnelsen. I disse avgjørelsene synes domstolen å legge til grunn at en restriksjon som *hovedsaklig* er begrunnet i et illegitimt hensyn, automatisk vil være ulovlig, med den følge at også de legitime delene av begrunnelsen avvises.²⁰⁹

EU-domstolens avgjørelse i *Duphar* synes å illustrere denne tilnærmingen. Saken gjaldt en nederlandsk refusjonsordning for utgifter til legemidler, som var begrunnet dels i hensyn av økonomisk art, og dels i hensynet til folkehelsen. Om lovligheten av begrunnelsen uttalte EU-domstolen at TEUF artikkel 36

”... vedrører foranstaltninger af ikke-økonomisk art. Bestemmelsen indeholder således ikke hjemmel til en foranstaltning , som især har et budgetmæssigt formål, så som reduktion af en sygeforsikringsordnings udgifter.”²¹⁰

Uttalelsen er interessant sett i lys av generaladvokatens forslag til avgjørelse.²¹¹ I spørsmålet om fastleggelsen av det fellesskapsrettslige formålet ved slike sammensatte begrunnelser, uttalte generaladvokat Mancini at det ikke er avgjørende for legitimiteten av

²⁰⁷ Lotteriloven § 1a

²⁰⁸ Barnard (2009) s. 296

²⁰⁹ I denne retning Oliver (2010) s. 240 som hevder at ”...when the economic purpose is predominant, the measure cannot be justified.”

²¹⁰ Duphar (premiss 23). Se punkt 9.2

²¹¹ Generaladvokat Mancinis forslag til avgjørelse i C-238/82



lovgivningshensynet at de omfatter flere målsettinger, hvorav kun det ene er berettiget.²¹² Generaladvokaten var av den oppfatning at de legitime elementene i begrunnelsen må vurderes isolert, uavhengig av de økonomiske elementene i begrunnelsen, og at refusjonsordningen for legemidler derfor kunne begrunnes i hensynet til folkehelsen.

EU-domstolen, derimot, la til grunn at ordninger som *især* har et illegitimt formål ikke kan rettferdiggjøres, og synes med dette å mene at restriksjoner hvis *hovedformål* er illegitimt automatisk er ulovlige. I strid med generaladvokatens uttalelse, synes domstolen gjennom denne tilnærmingen å forutsette at også de legitime delene av en sammensatt begrunnelse uten videre skal avvises dersom det illegitime hensynet er det mest fremtredende.

I denne retning går også EU-domstolens uttalelser i de tidligere nevnte avgjørelsene *de Pejper* og *Denkavit*. I førstnevnte avgjørelse uttalte domstolen at TEUF artikkel 36 ikke kan brukes til å rettferdiggjøre en rettsregel eller praksis "...hvis restriktive elementer væsentligst skyldes et ønske om at begrense den administrative byrde eller de offentlige udgifter..."²¹³ Domstolen synes med dette å legge til grunn at restriksjoner som i det vesentlige er begrunnet i illegitime hensyn ikke kan rettferdiggjøres. Også her synes uttalelsene å tyde på at domstolen fastlegger en nasjonal rettsregels fellesskapsrettslige formål på bakgrunn av det mest fremtredende hensynet i slike sammensatte begrunnelser.

Et slikt syn synes også å ha fått utslag i EFTA-domstolens tilnærming i den tidligere nevnte avgjørelsen *Fokus Bank*. Saken gjaldt de norske reglene for kildeskatt på utbytte til utenlandske aksjonærer, som domstolen fant at utgjorde en restriksjon på den frie bevegelighet av kapital.²¹⁴ Den norske regjering anførte at ordningen blant annet kunne rettferdiggjøres ut fra hensynet til sammenhengen i det internasjonale skattesystemet. Dette ble imidlertid avvist av EFTA-domstolen, som viste til at lovens forarbeider ga grunnlag for å anta at "...den virkelige hensikten...snarere [var] å beskytte det norske skattegrunnlaget enn å bevare sammenhengen i det internasjonale skattesystemet..."²¹⁵ Ifølge domstolen var det uten betydning om loven også forfulgte andre målsettinger, da den "...iallfall delvis [var] ment å forhindre en reduksjon av skatteinntekter", og restriksjonen kunne derfor ikke rettferdiggjøres.²¹⁶

6.2.3 Svakheter ved hovedformåls læren

Selv om enkelte avgjørelser synes å støtte en slik hovedformåls lære, er det en rekke utfordringer forbundet med denne læren, både praktisk og prinsipielt. Først og fremst synes en slik lære å være vanskelig å praktisere, da den fordrer en vurdering av hvilket hensyn som er det mest fremtredende i rettsregelens begrunnelse. EU-domstolens praksis synes ikke å gi noen videre indikasjoner på hvordan denne sondringen skal foretas. I *Duphar* kom, som nevnt, domstolen til at hovedformålet bak de restriktive sidene ved refusjonsordningen for legemidler var økonomisk, mens hensynet til folkehelsen var underordnet.²¹⁷ I *Campus Oil*, derimot, synes

²¹² ibid avsnitt 4

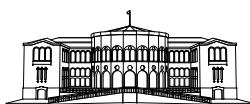
²¹³ de Pejper (premiss 18)

²¹⁴ Fokus bank (premiss 26)

²¹⁵ ibid premiss 33

²¹⁶ l.c.

²¹⁷ Duphar (premiss 23)



EU-domstolen å legge til grunn at det er det sikkerhetspolitiske hensynet som er mest fremtredende, og at de økonomiske hensynene har en sekundær karakter.²¹⁸ Det er ikke lett å forstå hvorfor det økonomiske hensynet ble ansett som hovedformålet i *Duphar*, men ikke i *Campus Oil*.

Fra et mer prinsipielt perspektiv, kan det argumenteres med at EU-retten bør fokusere på *virkning* fremfor *form*. Etter hovedformålslæren skal en sammensatt begrunnelse avvises *i sin helhet* hvis det mest fremtredende hensynet er illegitimt. En slik tilnærming innebærer derfor en risiko for at legitime hensyn blir avvist, uten at man får prøvd om den nasjonale rettsregelen er egnet og nødvendig i relasjon til disse hensynene. Der en nasjonal ordning teoretisk sett kan rettferdiggjøres ut fra et legitimt hensyn, kan det fremstå som formalistisk dersom en uheldig utforming av begrunnelsen automatisk skal utelukke at ordningen står seg. En slik tilnærming vil kunne gi nasjonale myndigheter et insentiv til å vedta likelydende regler med en annen begrunnelse, og på denne måten fremprovosere en ny rettsprosess vedrørende det samme regelverket.²¹⁹ I ytterste konsekvens vil hovedformålslæren dermed kunne undergrave betydningen av en fellende dom over en nasjonal rettsregel.

En streng hovedformålslære vil også kunne stå i veien for en nødvendig rettsavklaring i forhold til *andre medlemsstater* som har lignende regelverk. Dersom den omstridte nasjonale ordningen automatisk anses ulovlig på grunn av et illegitimt hovedformål, får man ikke avgjort om en slik rettsregel kan oppfylle kravene til proporsjonalitet i relasjon til de legitime delene av begrunnelsen. Hensynet til rettsavklaring kan muligens forklare hvorfor EU-domstolen i flere avgjørelser synes å vurdere også andre hensyn enn det som kan sies å ha vært lovgivers hovedformål.

6.2.4 En objektiv vurdering av begrunnelser for handelsrestriksjoner – ”subtraksjonsmodellen”

I flere avgjørelser synes EU-domstolen å legge til grunn en mer objektiv vurdering av begrunnelser for restriksjoner på de fire friheter. Disse avgjørelsene tyder på at vurderingstemaet er hvilke hensyn som objektivt sett *kan* begrunne rettsregelen, uavhengig av hva som har vært viktigst for lovgiver i vedtakelsesprosessen.

EU-domstolens avgjørelser i *van Binsbergen*²²⁰ og *Trummer & Mayer*²²¹ fremstår som eksempler på en slik objektiv tilnærming. I disse avgjørelsene vurderte domstolen om nasjonale regelverk kunne begrunnes i hensyn som ikke engang var påberopt av medlemsstaten. Avgjørelsen i *van Binsbergen* gjaldt et krav om at prosessfullmektiger for nederlandske sosialdomstoler måtte være etablert i Nederland. Det spesielle i saken var at den nederlandske regjering ikke søkte å forsvare ordningen, og unnlot å inngi både muntlig og skriftlig innlegg til EU-domstolen. Likevel valgte domstolen, tilsynelatende av eget initiativ, å vurdere om regelverket kunne forsvares i hensynet til å sikre overholdelsen av faglige og yrkesetiske krav

²¹⁸ *Campus Oil* (premiss 35-36)

²¹⁹ Mathiesen (2010) s. 1036-1037

²²⁰ Sak 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid

²²¹ Sak C-222/97 Sag anlagt af Manfred Trummer og Peter Mayer



til prosessfullmektiger.²²² Dette uventede initiativet til rettfærdiggjøring kan kanskje forklares på bakgrunn av generaladvokatens redegjørelse om lignende regelverk i flere andre medlemsland, slik at behovet for rettsavklaring var særlig stort.²²³ Avgjørelsen synes å tyde på at EU-domstolen ikke anser begrunnelsesspørsmålet begrenset til medlemsstatenes subjektive begrunnelser på vedtakelsestidspunktet.²²⁴

Dette objektive perspektivet har EU-domstolen anlagt også på sammensatte begrunnelser som helt eller delvis er basert på illegitime hensyn. I flere avgjørelser synes domstolens tilnærming til begrunnelsene å kunne forklares med en *subtraksjonsmodell*, hvor man simpelthen ser bort fra de illegitime delene av begrunnelsen, og vurderer proporsjonaliteten av de legitime hensynene. I de tidligere nevnte avgjørelsene *Finalarte* og *Portugaia Construções*, kom domstolen til at klare uttalelser i forarbeidene til den omstridte regelen ikke kunne tillegges avgjørende betydning for om restriksjonen kunne rettfærdiggjøres. Sakene gjaldt en tysk bestemmelse om at utenlandske tjenesteytere som benyttet arbeidskraft fra hjemlandet på oppdrag innenfor bygg- og anleggssektoren i Tyskland, måtte forholde seg til det tyske regimet til vern for arbeidstakere (henholdsvis ferielovgivning og minimumslønn). Det fremgikk av lovforarbeidene at formålet med reglene først og fremst var proteksjonistisk, og dette hensynet ble avvist som et illegitimt økonomisk hensyn i begge sakene.²²⁵ EU-domstolen uttalte imidlertid at lovgivers hensikt, slik den fremgår av forarbeidene, ikke var avgjørende for hva som utgjorde lovens *felleskapsrettslige formål*. Derimot måtte den foreleggende rett undersøke om et annet hensyn, beskyttelsen av fremmedarbeidere, kunne rettfærdiggjøre restriksjonen.²²⁶ Domstolen synes med dette å for åpne for at en ordning kan være egnet og nødvendig for å ivareta et legitimt hensyn, selv om rettsregelen i utgangspunktet var proteksjonistisk motivert.²²⁷

6.2.5 Er hovedformåls læren forlatt?

EU-domstolens objektive tilnærming til rettfærdiggjøring av handelsrestriksjoner i *Finalarte* og *Portugaia Construções*, synes vanskelig å forene med den tidligere omtalte hovedformåls læren. *Wolff & Müller* gjaldt det samme sakskomplekset som de overfor nevnte avgjørelsene. Den foreleggende rett hadde i denne saken opplyst at *hovedformålet* bak den omstridte rettsregelen var beskyttelsen av det nasjonale arbeidsmarkedet - et åpenbart illegitimt hensyn. Likevel bemerket EU-domstolen at restriksjonen kunne begrunnes i hensynet til beskyttelse av fremmedarbeidere.²²⁸ Domstolen synes å forutsette at et illegitimt hovedformål ikke er avgjørende for om restriksjonen kan rettfærdiggjøres, og ser dermed ut til å ta avstand fra hovedformåls læren.

EU-domstolens uttalelser er imidlertid ikke alltid helt entydige. I de tidligere omtalte avgjørelsene *Zenatti* og *Gambelli*, vedrørende det italienske pengespillmonopolet, uttalte domstolen at hensynet til finansieringen av sosiale aktiviteter bare kan være "...en ekstra fordel

²²² van Binsbergen (premiss 14)

²²³ Generaladvokat Mayras' forslag til avgjørelse s. 1318. I samme retning Bull (2002) s. 589 (fotnote 89)

²²⁴ Bull (2002) s. 589

²²⁵ *Finalarte* (premiss 38-39) og *Portugaia Construções* (premiss 25-26)

²²⁶ *Finalarte* (premiss 40-41) og *Portugaia Construções* (premiss 27-28)

²²⁷ I denne retning Bull (2002) s.588, Bull (2009) note 34 og Sejersted m.fl. (2004) s. 319

²²⁸ *Wolff & Müller* (premiss 38)



som følge av den gjennomførte restriktive politikk og ikke den egentlige begrunnelse herfor.”²²⁹ Det er noe uklart hva som ligger i denne uttalelsen. En mulig tolkning er at dersom finansiering av allmenntilgjortige formål utgjør en for stor del av lovgivers hensikt, vil rettferdiggjortoring av restriksjonen være utelukket.²³⁰ Lest på denne måten fremstår uttalelsene som en tilslutning til den tidligere omtalte hovedformålslæren.²³¹

I *Ladbroke*s synes imidlertid EFTA-domstolen å tolke denne avgjørelsen på en annen måte. Her ble det fra saksøkers side anført at forekomsten av et slikt økonomisk hensyn automatisk umuliggjort rettferdiggjortoring av restriksjonen. Denne anførselen ble avvist av domstolen. Med henvisning til den ovenfor siterte passasjen fra *Zenatti*, uttalte EFTA-domstolen at ”...i tilfeller der den nasjonale domstolen finner at ett av hensynene ikke i seg selv kan anses som en saklig begrunnelse for restriksjoner på fri bevegelse, må den nasjonale domstolen like fullt etterprøve om lovgivningen virkelig tjener hensyn som kan rettferdiggjorte lovgivningen.”²³² EFTA-domstolens tilnærming synes her å ligge nært opp til den ovenfor skisserte subtraksjonsmodellen, men tar ikke uttrykkelig stilling til situasjonen der det illegitime hensynet utgjør hovedformålet.

I den tidligere nevnte avgjørelsen *Sjöberg & Gerdin* ble den nasjonale regelen begrunnet i flere lovgivningshensyn, hvorav ett var økonomisk. Den foreleggende rett presiserte at man ønsket svar under forutsetning av at det økonomiske hensynet var *hovedformålet* bak rettsregelen.²³³ EU-domstolen besvarte spørsmålet blant annet med at regelen kunne begrunnes i et annet hensyn, ønsket om å utelukke private profittinteresser fra spillsektoren.²³⁴ Domstolen synes med dette å legge til grunn at selv et viktig økonomisk hensyn - til og med som hovedformål - ikke utelukker rettferdiggjortoring av ordningen.

EU-domstolens nyere praksis, og særlig uttalelsene i *Wolff & Müller* og *Sjöberg & Gerdin*, tyder på at man har gått bort fra den tidligere omtalte hovedformålslæren. Fra å legge avgjørende vekt på rettsregelens subjektive hovedformål i enkelte eldre avgjørelser, synes domstolen nå hovedsaklig å anlegge en objektiv vurdering av hvilke mulige hensyn som kan begrunne restriksjonen. En slik objektiv vurdering har etter min mening de beste grunner for seg. Særlig der den omstridte nasjonale ordningen har likhetstrekk med lovgivning i andre medlemsstater, kan det være hensiktsmessig at EU-domstolen benytter anledningen til å avklare statusen til slike rettsregler i relasjon til alle relevante hensyn.²³⁵ Sammenlignet med den ovenfor omtalte hovedformålslæren, synes denne løsningen å ivareta hensynet til rettsavklaring bedre, noe som igjen vil kunne begrense rettstvistene, både for EU-domstolen og de nasjonale domstoler.

²²⁹ *Zenatti* (premiss 36) og *Gambelli* (premiss 62)

²³⁰ I denne retning *Zimmer* (2007) s. 919

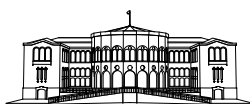
²³¹ I denne retning også generaladvokat *Jacobs* som i sitt forslag til uttalelse i sak C-383/01 uttaler at tilstedeværelsen av et økonomisk formål ikke utgjør en hindring for eksistensen av en begrunnelse dersom ”...den er underordnet [den offentlige interesse]....” (avsnitt 71)

²³² *Ladbroke*s (premiss 47). I denne retning også *Bull* (2009) note 34

²³³ *Sjöberg og Gerdin* (premiss 27, spørsmål 3)

²³⁴ *ibid* premiss 41-45

²³⁵ Se generaladvokat *Mischo*, som i sitt forslag til avgjørelse i forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 - C-54/98 og C-68/98 - C-71/98 redegjør for lignende regelverk i andre medlemsland (avsnitt 37).



6.3 Må hensynet faktisk ha påvirket lovgivers beslutning på vedtakelsestidspunktet?

Som redegjort for i det foregående kapitlet, synes EU-domstolen i en rekke avgjørelser å legge til grunn at rettfærdiggjøring av handelsrestriksjoner beror på en objektiv vurdering av hvilke hensyn som kan rettfærdiggjøre restriksjonen.²³⁶ En mulig tolkning av disse avgjørelsene er at rettfærdiggjøring av restriksjoner er fullstendig løsrevet fra lovgivers opprinnelige hensikt, med den følge at også hensyn som overhodet ikke utgjorde del av lovgivers beslutningsgrunnlag kan rettfærdiggjøre restriksjonen. I ytterste konsekvens innebærer dette synet at medlemsstatenes representanter til og med kan anføre hensyn som den nasjonale lovgiver opprinnelig var negativ til.

Selv om en slik tilnærming til rettfærdiggjøring av handelsrestriksjoner synes å ha gode grunner for seg, kan det fremstå som noe tilfeldig om nasjonale myndigheter skal kunne anføre alle tenkelige hensyn, uten noen sammenheng med de opprinnelige motivene bak rettsregelen. Særlig i foreleggelsessakene, der private som oftest utgjør motparten, vil det kunne oppleves urimelig at medlemsstatene underveis i rettsprosessen nærmest kan trekke en ny begrunnelse ”opp av hatten” for å begrunne en restriksjon som opprinnelig bygget på illegitime hensyn. I tillegg kan en utelukkende abstrakt vurdering åpne for en rekke nye begrunnelser, noe som igjen vil kunne innebære en utvidelse og fordyring av rettsprosessen.

Spørsmålet er om en restriksjon kan rettfærdiggjøres av hensyn som overhodet ikke har vært vektlagt av nasjonale myndigheter. Med andre ord: kan man oppstille et krav om at hensynet faktisk har vært en del av beslutningsgrunnlaget i vedtakelsen av den nasjonale rettsregelen?

Generaladvokat Mancini synes i sitt forslag til avgjørelse i *Duphar* å legge et slikt vilkår til grunn. Som redegjort for ovenfor, anla generaladvokaten en objektiv vurdering av medlemsstatenes begrunnelse, dog med det tilleggsvilkår at ”...*de på avgjørende vis skal have påvirket den nationale lovgivers valg.*”²³⁷ Også Bull synes å oppstille et krav om at hensynene skal ha en viss tilknytning til lovgivers hensikt på vedtakelsestidspunktet, når han hevder at man i den objektive vurderingen må ”...*ta forbehold for de tilfelle der det fremgår at lovgiver ikke har hatt noe ønske om å ivareta det eller de lovlige hensyn som loven objektivt sett (også) er egnet til å ivareta.*”²³⁸ Oliver synes derimot å være av en annen oppfatning. Ifølge Oliver bør lovgivers opprinnelige hensikt ikke tillegges materiell betydning, så lenge restriksjonen objektivt sett oppfyller kravene til egnethet og nødvendighet i relasjon til et annet legitimt hensyn.²³⁹

Rettstilstanden på dette området må sies å være noe usikker. I TEUF artikkel 36 siste punktum²⁴⁰ heter det at selv restriksjoner som kan begrunnes i legitime hensyn ikke må medføre en ”...*skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne*”. EU-domstolen har i noen eldre avgjørelser uttalt at formålet med denne bestemmelsen er å

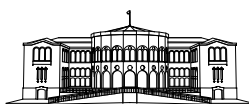
²³⁶ Særlig avgjørelsene i van Binsbergen, Finalarte, Portugaia Construcoes, Wolff & Müller og Sjøberg & Gerdin

²³⁷ Generaladvokat Mancinis forslag til avgjørelse i C-238/82 (avsnitt 4 in fine)

²³⁸ Bull (2002) s. 588

²³⁹ Oliver (2010) s. 225

²⁴⁰ EØS-avtalen artikkel 13 annet punktum



forhindre at handelsrestriksjoner som er begrunnet i legitime hensyn misbrukes til andre formål, nærmere bestemt at de benyttes til å forskjellsbehandle utenlandske produkter eller til å beskytte den innenlandske produksjon.²⁴¹ Etter ordlyden i TEUF artikkel 36 siste punktum, skulle en skjult begrensning av samhandelen medføre at restriksjonen ikke kan rettferdiggjøres. Dette skulle tilsi en absolutt skranke for å akseptere begrunnelser som fremstår som vikarierende motiver.²⁴²

EU-domstolen synes imidlertid ikke alltid å følge en så streng linje. I *Kommisjonen mot Storbritannia* kom domstolen til at det forelå en skjult handelshindring i henhold til denne bestemmelsen.²⁴³ Britiske myndigheter anførte at et innførselsforbud mot fjærkre kunne rettferdiggjøres av hensynet til risiko for smitte av Newcastle-sykdom. EU-domstolen fant imidlertid at det "...egentlige formål ... var ud fra handelsmæssige og økonomiske hensyn at hindre importen af fjærkræprodukter fra andre medlemsstater."²⁴⁴ Domstolen synes med dette å legge til grunn at smitterisikoen var et vikarierende motiv. I stedet for å avvise dette vikarierende motivet i henhold til artikkel 36 siste punktum, prøvde EU-domstolen likevel om det britiske importforbudet var nødvendig for å hindre utbrudd av Newcastle-sykdom. EU-domstolen synes dermed å åpne for at hensyn som objektivt sett er legitime kan begrunne en handelsrestriksjon, til tross for at den egentlige hensikten bak lovvedtaket var illegitim.

I den tidligere nevnte avgjørelsen *Bressol* synes imidlertid EU-domstolen å anlegge et annet perspektiv. I denne saken avviste EU-domstolen at hensynet til å unngå uforholdsmessig store utgifter til finansiering av høyere utdanning kunne rettferdiggjøre en ulik behandling av hjemmehørende og ikke-hjemmehørende studenter. Ifølge domstolen kunne slike betraktninger umulig ha vært avgjørende for de nasjonale myndighetene ettersom finansieringen av høyere utdanning var ordnet gjennom faste beløpsrammer (såkalt "*enveloppe fermée*"), slik at de offentlige utgiftene ikke ville øke som følge av tilstrømmingen av utenlandsstudenter. Dermed hadde ikke "...den finansielle byrde... været en afgørende bevæggrund for vedtagelse af dekretet..." og under "...disse omstændigheder..." kunne ikke hensynet begrunne restriksjonen.²⁴⁵

EU-domstolen synes i *Bressol* å legge til grunn at et hensyn må ha påvirket nasjonale myndigheters beslutning for å kunne rettferdiggjøre en handelsrestriksjon. Avgjørelsen er imidlertid spesiell. For det første synes domstolen å bygge på en uriktig forutsetning om at de nasjonale myndighetene ikke var opptatt av å begrense utgiftene til høyere utdanning. I tillegg fant EU-domstolen at en potensiell forringelse av kvaliteten på utdanningene kunne begrunne restriksjonen. Ved å la finansieringsmodellen stå som en ytre ramme for denne vurderingen, tok domstolen likevel indirekte hensyn til argumentet om å begrense utgiftene. Dette gjør det vanskelig å trekke generelle slutninger fra disse uttalelsene.

²⁴¹ Sak 34/79 Regina mod Maurice Donald Henn og John Frederick Ernest Darby (premiss 21) og sak 40/82 Kommisjonen mot Storbritannia (premiss 36)

²⁴² Oliver (1996) s. 185 og Sjerested m.fl. (2004) s. 319

²⁴³ Sak 40/82 Kommisjonen mot Storbritannia (premiss 40)

²⁴⁴ l.c.

²⁴⁵ Bressol (premiss 49-51)



EU-domstolens avgjørelser synes ikke å gi noe entydig svar på om, og i tilfelle i hvilken grad, et hensyn må ha påvirket lovgivers beslutning for å kunne rettferdiggjøre en handelsrestriksjon. Kanskje er problemstillingen heller ikke så relevant i praksis. Det er vanskelig å se for seg situasjoner hvor en restriksjon er egnet og nødvendig for å oppfylle et legitimt hensyn som nasjonale myndigheter i utgangspunktet var negative eller totalt likegyldige til. Selv om dette skulle være tilfellet, skal det nok sterke holdepunkter til for at EU-domstolen skal avvise medlemsstaters anførte begrunnelser på dette grunnlag.²⁴⁶ I nyere praksis synes EU-domstolen å vurdere mistanker om vikarierende motiver som et spørsmål om hvorvidt restriksjonen utgjør en del av et sammenhengende nasjonalt regelverk.²⁴⁷

6.4 Den bevismessige betydning av en opprinnelig illegitim begrunnelse

Når EU-domstolen først har fastslått at en nasjonal rettsregel utgjør en restriksjon, er det avgjørende for den omstridte regelens legitimitet om den kan rettferdiggjøres. Både i forhold til de skrevne og de uskrevne unntaksreglene er det opp til medlemsstaten å bevise at det foreligger legitime hensyn som rettferdiggjør rettsregelen til tross for dens restriktive karakter.²⁴⁸ Som vist ovenfor synes EU-domstolen å anlegge en objektiv vurdering av medlemsstatenes begrunnelser. Dette tyder på at det avgjørende for lovligheten av den nasjonale rettsregelen er hvilke hensyn som *kan* begrunne restriksjonen, og i mindre grad hvilke hensyn som faktisk lå til grunn for regelen på vedtakelsestidspunktet. Materielt sett har lovgivers opprinnelige motiver derfor mindre betydning der medlemsstaten kan vise til at regelen var egnet og nødvendig for å oppfylle et annet hensyn. Er det da irrelevant om lovgiver har vektlagt illegitime hensyn på vedtakelsestidspunktet?

I *Finalarte* og *Portugaia Construções* fant EU-domstolen at en i utgangspunktet proteksjonistisk motivert regel var begrunnet i *et annet hensyn*, i disse tilfellene beskyttelsen av utstasjonerte arbeidere. På bakgrunn av dette skulle man tro at lovgivers illegitime hensikt dermed var helt uten betydning. I begge sakene uttaler imidlertid domstolen at ”...*lovgivers erklærede hensikt [kan] føre til en mer indgående undersøgelse af de fordele, som arbejdstagerne angiveligt tildeles ved de trufne foranstaltninger.*”²⁴⁹

Domstolens uttalelser tyder på at tilstedeværelsen av illegitime motiver øker bevisbyrden for medlemsstaten hva gjelder det legitime hensynet, og dermed kan føre til en strengere proporsjonalitetstest i denne sammenheng. Det er derfor ikke uten betydning at den opprinnelige begrunnelsen bak en restriksjon var illegitim, da tilstedeværelsen av et illegitimt hensyn i lovgivers opprinnelige begrunnelse forsterker presumsjonen for at restriksjonen er ulovlig.²⁵⁰

²⁴⁶ Mathiesen (2010) s. 1036 og Straetmans (2004) s. 1422

²⁴⁷ Mathiesen (2010) s. 1047-1048

²⁴⁸ Se for eksempel sak Denkavit (premiss 24, Kohll (premiss 52) og sak C-110/05 Kommisjonen mot Italia (premiss 62). I denne retning også Snell (2002) s. 174 og 186, og Oliver (2010) s. 221

²⁴⁹ Finalarte (premiss 42) og Portugaia Construções (premiss 29)

²⁵⁰ Bull (2002) s. 588-589. I samme retning Oliver (1996) s. 188-189 og Sejersted m.fl. (2004) s. 318-319



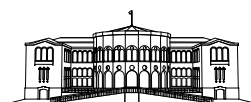
Dette perspektivet kan kanskje forklare EU-domstolens avgjørelse i den ovenfor beskrevne *Kommisjonen mot Storbritannia*.²⁵¹ I denne saken synes EU-domstolen å legge til grunn at det reelle motivet bak den omstridte lovendringen var å beskytte nasjonale fjærkreprodusenter ved å utestenge franske kalkuner fra det britiske markedet i julesesongen.²⁵² EU-domstolen kom videre til at det britiske importforbudet ikke var nødvendig for å hindre risiko for utbrudd av Newcastle-sykdom, og avfeide den britiske regjerings ”føre var”-argumentasjon.²⁵³ Det kan se ut som om EU-domstolen i denne saken anlegger en særlig streng proporsjonalitetsvurdering av det britiske innførselsforbudet. En mulig forklaring er i så fall at den høye terskelen for rettferdiggjøring er et resultat av mistanken om vikarierende motiver.²⁵⁴

²⁵¹ Sak 40/82 *Kommisjonen mot Storbritannia*

²⁵² *ibid* premiss 40

²⁵³ *ibid* premiss 42-44

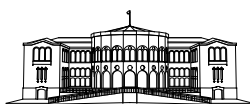
²⁵⁴ I samme retning Oliver (1996) s. 185



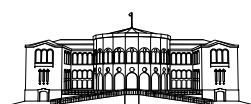
7. KILDER

LITTERATUR

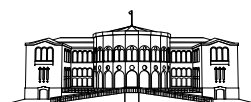
- Barents (1981) Barents, René. *New developments in measures having equivalent effect*. I: Common Market Law Review 18, 1981, s. 271-303
- Barnard (2007) Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. 2. utg. Oxford, 2007
- Barnard (2009) Barnard, Catherine. *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected? I: The Outer Limits of European Union Law*, Oxford 2009 s. 273-305
- Bekkedal (2008) Bekkedal, Tarjei. *Frihet, likhet og fellesskap*. Bergen, 2008
- Buendia Sierra (1999) Buendia Sierra, José Luis. *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*. Oxford, 1999
- Bull (2002) Bull, Henrik. *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo, 2002
- Bull (2009) Bull, Henrik. *Kommentar til EØS-loven I: Norsk lovkommentar nettversjon* (lest og sitert november 2010)
- Bullen (2005) Bullen, Andreas. *EU, EØS og Skatt: De fire friheter og direkte beskatning*, Oslo, 2005
- Cahill (2008) Cahill, Dermot, Niamh Connery og Vincent Power *European Law* Oxford, 2008
- Cordewener (2009) Cordewener, Axel, Georg Kofler og Servaas van Thiel. *The clash between European freedoms and national direct tax law: Public interest defences available to the Member States*. I: Common market law review 46, 2009 s. 1951-2000
- Davies (2002) Davies, Gareth. *Welfare as a Service*. I: Legal Issues of Economic Integration 29(1), 2002, s. 27-40.
- Davies (2005) Davies, Gareth. *'Any Place I Hang My Hat?' or: Residence is the New Nationality*. I: European Law Journal 11, 2005, s. 43-56



- Due (1997) Due, Ole. *Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgjørelser)*. I: Festskrift til Ole Lando, København 1997, s. 125-145
- Fenger (2009) Fenger, Niels. *Article 28 EC and restrictions on use of a legally marketed product*. I: European Law Reporter 10, 2009, s. 326-337
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland. *Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?* I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 123, 2010, s. 247-287
- Garben (2010) Garben, Sacha. *Kommentarer til Bressol*. I: Common Market Law Review 47 (2010) s. 1493-1510
- Gormley (1985) Gormley, Laurence. *Prohibiting restrictions on trade within the EEC*. Haag, 1985
- Hatzopoulos (1998) Hatzopoulos, Vassilis. *Exigences essentielles, imperatives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?* I: Revue Trimestrielle de Droit Européen 34 (2) (1998) s. 192-236
- Hatzopoulos (2000) Hatzopoulos, Vassilis. *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*. I: Common Market Law Review 37, 2000, side 43-82
- Jans (2000) Jans, Jan H. *Proportionality Revisited*. I: Legal Issues of Economic Integration, 2000 s. 239–265
- Kapteyn (1998) Kapteyn, P.J.G og P. VerLoren van Themaat. *Introduction to the Law of the European Communities*. 3. utg. 1998
- Katrougalos (2004) Katrougalos, G.S. *The Economic Constitution of the European Union and the protection of social rights in Europe*. I: Paper for the VI World Congress of International Association of Constitutional Law, Santiago 2004. <http://users.otenet.gr/~gkatr/1.htm> (lest april 2010)
- Landsmeer (1998) Landsmeer, Arie og Martijn van Empel. *The Directive on deposit-guarantee schemes and the directive on investor compensation schemes in view of Case C-233/94*. I: European financial services law 1998, s. 143- 148
- Mathiesen (2007) Mathiesen, Gjermund. *Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter*. I: Jussens venner 2007 s. 80-82



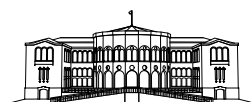
- Mathiesen (2010) Mathiesen, Gjermund. *Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement*. I: Common market law review 47, 2010, s. 1021-1048
- Mattera (1990) Mattera, Alfonso. *Le marché unique européen*, 2. utg. Paris, 1990
- Nielsen (1999) Nielsen, Ruth. *EU-ret*, 2. utg. København, 1999
- Oliver (1996) Oliver, Peter. *Free Movement of Goods in the European Community*, Third Edition, London, 1996
- Oliver (2010) Oliver, Peter. *Free Movement of Goods in the European Union*, Fifth Edition, London, 2010
- Roth (1998) Roth, Wulf-Henning. *Kommentar til Tyskland mot Parlamentet og Rådet*. I: Common Market Law Review 35 (1998) s. 459-479
- Schrauwen (2005) Schrauwen, Annette A.M. In defence of Public Interest: The Rule of Reason; Genesis of a Principle of Law. I: Rule of Reason (Groningen, 2005) s. 3-16
- Sejersted m.fl. (2004) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 2. utg. Oslo, 2004
- Snell (2002) Snell, Jukka. *Goods and Services in EC Law*. Oxford, 2002
- Snell (2005) Snell, Jukka. *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*. I: Rule of Reason (Groningen, 2005) s. 37-56
- Straetmans (2004) Straetmans, Gert. *Kommentarer til sakene Anomar, Gambelli og Lindman*. I: Common market law review 41, 2004, s. 1409-1428
- Ståhl (2006) Ståhl, Kristina og Roger Persson Österman. *EG-skatte rett*. 2. utg. 2006
- Trimidas (2006) Trimidas, Takis. *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006
- Weatherill (1993) Weatherill, Stephen og Paul Beaumont. *EC Law, the Essential Guide to the Legal Workings of the European Community*, London, 1993
- Weatherill (1999) Weatherill, Stephen og Paul Beaumont. *EU Law, the Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3. utgave 1999



- White (1989) White, Eric. *In search of the limits to article 30 of the EEC Treaty*. I: *Common Market Law Review* 26, 1989, s. 235-280
- Zimmer (2007) Zimmer, Hanne og Paulina Dejmek. *A wheel of Fortune for the EEA States or Game Over for National Gaming and Betting monopolies?* I: *Europarättslig tidskrift* 10.4, 2007 s. 902-925

TRAKTATER OG DIREKTIVER

- EFT Traktat om opprettelse af det Europæiske Fællesskab
- TEUF Traktat om den Europeiske Unions funksjonsmåte
- TEU Traktat om den Europeiske union
- EØS-avtalen Avtale om Det europeiske samarbeidsområdet
- ODA Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol
- Skatteavtalen mellom Norge og Italia Overenskomst mellom Regjeringen i Kongeriket Norge og Regjeringen i den Italienske Republikk til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue (vedlegg til St.prp.nr.76 1985-86).
- Rdir 64/221 EØF Rådskolektiv 64/221/EØF av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet i hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen
- Rdir 89/391 EØF Rådskolektiv 89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksettelse av tiltak til forbedring av arbeidstakernes sikkerhet og helse under arbeidet
- EP/Rdir 94/19/EF Europa-Parlaments og Rådets direktiv 94/19/EF af 30. maj 1994 om indskudsgarantiordninger
- Rdir 77/799/EØF Rådets direktiv 77/799/EØF af 19. december 1977 om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden



for området direkte skatter og afgiftsbelastning af
forsikringspræmier.

- EP/Rdir 2004/38/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.
- EP/Rdir/2006/123/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked (tjenestedirektivet)

LOVER OG FORARBEIDER

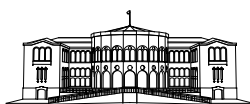
- EØS-loven Lov av 27. november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet
- Lotteriloven Lov av 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier m.v.
- NOU 1999:26 Sammensmelting av tele-, data- og mediesektorene

EU-DOMSTOLEN

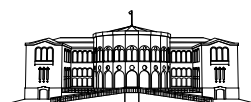
- Sak 7/61 Kommisjonen mot Italia, Sml. dansk utgave 1954-1964 s. 271
- Sak 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Sml. 1974 s. 1299
- Sak 104/75 Adriaan de Peijper, direktør for selskabet Centrafarm B.V, Sml. 1976 s. 613
- Sak 46/76 W. J. G. Bauhuis mod Den Nederlandske Stat, Sml. 1977 s. 5
- Sak C-120/78 Rew-Zentral mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Sml. 1979 I-649
- Sak 251/78 Denkavit Futtermittel GmbH mot Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen, Sml. 1979 s. 3369
- Sak 34/79 Regina mot Maurice Donald Henn og John Frederick Ernest Darby, Sml. 1979 s. 3795



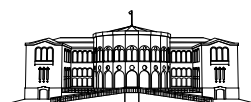
- Sak 27/80 Straffesak mot Anton Adriaan Fietje, Sml. 1980 s. 3839
- Sak C-53/80 Anklagemyndigheden mot Koninklijke Kaasfabriek Eyssen BV., Sml. 1981 s. 409
- Forente saker 55/80 og 57/80 Musik-Vertrieb membran GmbH og K-tel International mot GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, Sml. 1981 s. 147
- Sak 155/80 Straffesak mot Sergius Oebel, Sml. 1981 s. 1993
- Sak 29/82 F. van Luipen en Zn BV til prøvelse af en disciplinærforanstaltning, Sml. 1983 s. 151
- Sak 40/82 Kommissjonen mot Storbritannia, Sml. 1982 s. 2793
- Sak 42/82 Kommissjonen mot Frankrike, Sml. 1983 s. 1013
- Sak 181/82 Roussel Laboratoria BV m.fl. mot den nederlandske stat, Sml. 1983 s. 3849
- Sak 238/82 Duphar BV m.fl. mot den nederlandske stat, Saml. 1984 s. 523
- Sak C-97/83 Straffesak mot CMC Melkunie BV., Sml. 1984 s. 2367
- Sak 72/83 Campus Oil Limited m.fl. mot Ministeren for industri og energi m.fl., Sml. 1984 s. 2727
- Sak 288/83 Kommissjonen mot Irland, Sml. 1985 s. 1761
- Forente saker 60/84 og 61/84 Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération nationale des cinémas français, Sml. 1985 s. 2605
- Sak 205/84 Kommissjonen mot Tyskland, Sml. 1986 s. 3755
- Sak 225/85 Kommissjonen mot Italia, Sml. 1987 s. 2625
- Sak 352/85 Bond van Adverteerders m.fl. mot den nederlandske stat, Sml. 1988 s. 2085



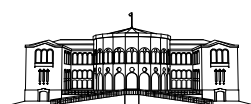
- Sak 118/86 Anklagemyndigheten mot Nertsvoederfabriek Nederland BV, Sml. 1987 s. 2882
- Sak 302/86 Kommissjonen mot Danmark, Sml. 1988 s. 4607
- Sak C-113/89 Rush Portuguesa Ld^a mot Office national d'immigration, Sml. 1990 s. I-1417
- Sak C-180/89 Kommissjonen mot Italia, Sml. 1991 s. I-709
- Sak C-288/89 Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl. mot Commissariaat voor de Media, Sml. 1991 s. I-4007
- Forente saker C-1/90 og C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA og Publivia SAE mod Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, Sml. 1991 s. I-4151
- Sak C-2/90 Kommissjonen mot Belgia, Sml. 1992 s. I-4431
- Sak C-200/90 Dansk Denkavit ApS og P. Poulsen Trading ApS mot Skatteministeriet, Sml. 1992 s. I-2217
- Sak C-204/90 Hanns-Martin Bachmann mot den belgiske stat, Sml. 1992 s. I-249
- Sak C-300/90 Kommissjonen mot Belgia, Sml. 1992 s. I-305
- Sak C-320/91 Straffesak mot Paul Corbeau, Sml. 1993 s. I-2533
- Sak C-17/92 Federación de Distribuidores Cinematográficos mot Estado Español og Unión de Productores de Cine y Televisión, Sml. 1993 s. I-2239
- Sak C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhart Schindler og Jörg Schindler, Sml. 1994 s. I-1039
- Sak C-343/92 M. A. Roks, gift De Weerd m.fl. mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen m.fl., Sml. 1994 s. I-571
- Sak C-324/93 The Queen mot Secretary of State for Home Department, ex parte: Evans Medical Ltd og Macfarlan Smith Ltd, Sml. 1995 s. I-563



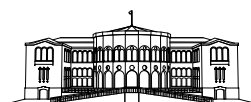
- Sak C-384/93 Alpine Investments BV mot Minister van Financiën, Sml. 1995 s. I-1141
- Sak C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL m.fl. mot Jean-Marc Bosman m.fl., Sml. 1995 s. I-4921
- Sak C-484/93 Peter Svensson og Lena Gustavsson mot Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Sml. 1995 s. I-3955
- Sak C-157/94 Kommissjonen mot Nederland, Sml. 1997 s. I-5699
- Sak C-233/94 Tyskland mot Europaparlamentet og Europarådet, Sml. 1997 s. I-2405
- Sak C-237/94 John O'Flynn mot Adjudication Officer, Sml. 1996 s. I-2617
- Sak C-18/95 Terhoeve mot Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland, Sml. 1999 s. I-345
- Sak C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés, Sml. 1998 s. I-1831
- Sak C-265/95 Kommissjonen mot Frankrike, Sml. 1997 s. I-6959
- Sak C-398/95 Sindesmos ton en Elladi Turistikon ke Taxidiotikon Grafon mot Ypourgos Ergasias, Sml. 1997 s. I-3091
- Sak C-118/96 Jessica Safir mod Skattemyndigheten i Dalarnas län, tidligere Skattemyndigheten i Kopparbergs län, Sml. 1998 s. I-1897
- Sak C-158/96 Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie, Sml. 1998 s. I-1931
- Sak C-187/96 Kommissjonen mot Hellas, Sml. 1998 s. I-1095
- Sak C-264/96 Imperial Chemical Industries plc (ICI) mot Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), Sml. 1998 s. I-4695
- Sak C-266/96 Corsica Ferries France SA mot Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl og Ministero di Transporti e delle Navigazione, Sml. 1998 s. I-3949
- Sak C-336/96 Ægtefællerne Gilly mot Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, Sml. 1998 s. I-2793



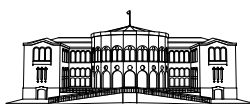
- Forente saker C-369/96 og C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL og Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, Sml. 1999 s. I-8453
- Sak C-389/96 Aher-Waggon GmbH mot Bundesrepublik Deutschland, Sml. 1998 s. I-4473
- Sak C-222/97 Manfred Trummer og Peter Mayer, Sml. 1999 s. I-1661
- Sak C-224/97 Erich Ciola mot Land Vorarlberg, Sml. 1999 s. I-2517
- Sak C-294/97 Eurowings Luftverkehrs AG mot Finanzamt Dortmund-Unna, Sml. 1999 s. I-7447
- Sak C-35/98 Staatssecretaris van Financiën mod B.G.M. Verkooijen, Sml. 2000 s. I-4071
- Forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 - C-54/98 og C-68/98 - C-71/98 Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld^a (C-49/98), Portugaia Construções Ld^a (C-70/98) og Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) mot Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft og Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft mot Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld^a (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ld^a (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) og Santos & Kewitz Construções Ld^a (C-69/98), Sml. 2001 side I-7831
- Sak C-67/98 Questore di Verona mot Diego Zenatti, Sml. 1999 s. I-7289
- Sak C-226/98 Birgitte Jørgensen mot Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg, Sml. 2000 s. I-2447
- Sak C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst Sass GmbH, Sml. 2000 s. I-151
- Sak C-367/98 Kommissjonen mot Portugal, Sml. 2002 s. I-4731
- Sak C-368/98 Abdon Vanbraekel m.fl. mot Alliance nationale des mutualités chrétiennes, Sml. 2001 s. I-5363



- Sak C-157/99 B.S.M. Smits, gift Geraets, mot Stichting Ziekenfonds VGZ og H.T.M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Sml. 2001 s. I-5473
- Sak C-164/99 Portugaia Construções Ld^a, Sml. 2002 s. I-787
- Sak C-184/99 Rudy Grzelczyk mod Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Sml. 2001 s. I-6193
- Sak C-493/99 Kommisjonen mot Tyskland, Sml. 2001 s. I-8163
- Sak C-136/00 Rolf Dieter Danner, Sml. 2002 s. I-8147
- Sak C-168/01 Bosal Holding BV mot Staatssecretaris van Financiën, Sml. 2003 s. I-9409
- Sak C-243/01 Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl., Sml. 2003 s. I-13031
- Sak C-383/01 De Danske Bilimportører mot Skatteministeriet, Told- og Skattestyrelsen, Sml. 2003 s. I-6065
- Sak C-388/01 Kommisjonen mot Italia Sml. 2003 s. I-721
- Sak C-422/01 Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) og Ola Ramstedt mot Riksskatteverket, Sml. 2003 s. I-6817
- Forente saker C-482/01 og C-493/01 Georgios Orfanopoulos m.fl. (C-482/01) og Raffaele Oliveri (C- 493/01) mod Land Baden-Württemberg, Sml. 2004 s. I-5257
- Sak C-315/02 Anneliese Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol, Sml. 2004 s. I-7063
- Sak C-319/02 Petri Manninen, Sml. 2004 s. I-7477
- Sak C-334/02 Kommisjonen mot Frankrike, Sml. 2004 s. I-2229
- Sak C-464/02 Kommisjonen mot Danmark, Sml. 2005 s. I-7929
- Sak C-60/03 Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix, Sml. 2004 s. I-9553



- Sak C-147/03 Kommisjonen mot Østerrike, Sml. 2005 s. I-5969
- Sak C-209/03 The Queen, på vegne af: Danny Bidar mot London Borough of Ealing,
Secretary of State for Education and Skills, Sml. 2005 s. I-2119
- Sak C-445/03 Kommisjonen mot Luxemburg, Sml. 2004 s. I-10191
- Sak C-446/03 Marks & Spencer plc mod David Halsey (Her Majesty's Inspector of
Taxes), Sml. 2005 s. I-10837
- Sak C-109/04 Karl Robert Kranemann mot Land Nordrhein-Westfalen, Sml. 2005 s.
2421
- Sak C-174/04 Kommisjonen mot Italia, Sml. 2005 s. I-4933
- Sak 196/04 Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mod
Commissioners of Inland Revenue, Sml. 2006 s. I-7995
- Sak C-244/04 Kommisjonen mot Tyskland, Sml. 2006 s. I-885
- Sak C-255/04 Kommisjonen mot Frankrike, Sml. 2006 s. I-5251
- Sak C-372/04 The Queen, on the application of Yvonne Watts v Bedford Primary Care
Trust and Secretary of State for Health, Sml. 2006 s. I-4325
- Sak C-110/05 Kommisjonen mot Italia, Sml. 2009 s. I-519
- Sak C-142/05 Åklagaren mot Percy Mickelsson og Joakim Roos, Sml. 2009 s. I-4273
- Sak C-409/06 Winner Wetten GmbH mot Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (dom av
8. september 2010)
- Sak C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft mbH mod Wiener Landesregierung og
Oberösterreichische Landesregierung, Sml. 2009 s. I-1721
- Sak C-540/07 Kommisjonen mot Italia, Sml. 2009 s. I-10983
- Sak C-211/08 Kommisjonen mot Spania (dom av 15. juni 2010)
- Sak C-171/08 Kommisjonen mot Portugal (dom av 8. juli 2010)



Sak C-73/08	Nicolas Bressol m.fl. og Céline Chaverot m.fl. mot Gouvernemnet de la Communauté française (dom av 13. april 2010)
Forente saker C-447/08 og C-448/08	Otto Sjöberg og Anders Gerdin (dom av 8. juli 2010)
Sak 512/08	Kommisjonen mot Frankrike (dom av 5. oktober 2010)
Sak C-72/09	Établissements Rimbaud SA mot Directeur général des impôts, Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence (dom av 28. oktober 2010)

GENERALADVOKATUTTALELSER

Forslag til avgjørelse av generaladvokat Mayras, 13. november 1974 i sak 33/74, Sml. 1974 s. 1299

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat G.F. Mancini, 14. september 1983 i sak 238/82, Sml. 1984 s. 523

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sir Gordon Slynn, 10. april 1984 i sak 72/83, Sml. 1984 s. 2727

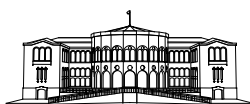
Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs, 10. januar 1991 i sak C-2/90, Sml. 1992 s. I-4431

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs, 19. september 1991 i sak C-2/90, Sml. 1992 s. I-4431

Felles forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tesauro, 16. september 1997 i sak C-120/95 og C-158/96, Sml. 1998 s. I-1831

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mischo, 13. juli 2000 i forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 - C-54/98 og C-68/98 - C-71/98, Sml. 2001 s. I-7831

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs, 27. februar 2003, i sak C-383/01, Sml. 2003 s. I-6065



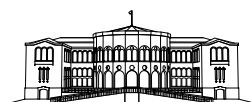
Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Geelhoed, 27. januar 2005, i sak C-109/04, Sml. 2005 s. I-2421

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Maduro, 7. april 2005, i sak C-446/03, Sml. 2005 s. I-10837

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpston, 25. juni 2009 i sak C-73/08 (dom av 13. april 2010)

EFTA-DOMSTOLEN

Sak E-5/96	Ullensaker kommune m.fl. mot Nille AS, REC 1997 s. 30
Sak E-1/04	Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet, REC 2004 s. 11
Sak E-3/05	EFTAs overvåkningsorgan mot Norge, REC 2006 s. 102
Sak E-1/06	EFTAs overvåkningsorgan mot Norge, REC 2007 s. 7
Sak E-2/06	EFTAs overvåkningsorgan mot Norge, REC 2007 s. 163
Sak E-3/06	Ladbrokes Ltd. Mot Staten v/Kultur- og kirke departementet og Staten v/Landbruks- og matdepartementet, REC 2007 s. 86
Forente saker E-9/07 og E-10/07	L'Oréal Norge AS og L'Oréal SA mot Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS, REC 2008 s. 259
Forente saker E-11/07 og E-1/08	Olga Rindal og Therese Slinning v/hjelpeverge Olav Slinning mot Staten v/Dispensasjons- og klagenemnda for behandling i utlandet, REC 2008 s. 320



ISBN 978-82-8196-050-3

ISSN 1890-2537