FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 28. november 1989 *

Indholdsfortegnelse

A — Faktiske omstændigheder 902

B — Retlig vurdering 903

1. Afgrænsningen af anvendelsesområdet for henholdsvis Traktatens artikel 30 og Traktatens artikel 92 903

2. Foreneligheden af ordningen om den forbeholdte andel med bestemmelserne i EØF-Traktatens artikel 30 906

3. Foreneligheden af ordningen om den forbeholdte andel med direktiv 70/50/EØF 909

4. Eventuelle undtagelser fra forbuddet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning i medfør af EØF-Traktatens artikel 30 910

5. Stillingtagen til præferenceordningen ud fra direktiverne 77/62/EØF og 70/32/EØF 911

6. Har den italienske præferenceordning karakter af en støtte og eventuelle følger heraf 913

C — Forslag til afgørelse 915

Høje Domstol.

A — Faktiske omstændigheder

1. Den sag, jeg i dag skal fremsætte forslag til afgørelse i, vedrører spørgsmålet om, hvorledes den præferenceordning, der er indført i Italien til fordel for Syditalien, skal vurderes i lyset af fællesskabsretten. Denne sag er blot én af flere præjudicielle sager vedrørende de samme faktiske omstændigheder, der for tiden verserer for Domstolen [1]. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse i denne sag kommer fra tribunale amministrativo regionale della Toscana og vedrører fortolkningen af EØF-Traktatens artikler 30, 92 og 93.

2. Sagsøgeren i hovedsagen, Du Pont Nemours SpA (i det følgende benævnt »sagsøgeren«) har ved to særskilte søgsmål, der er blevet forenet af den forelæggende ret, anfægtet foranstaltninger, der var truffet af Unità sanitaria locale nr. 2 i Carrara (i det følgende benævnt »sagsøgte«).

* Originalsprog: tysk.

1 — Sag 310/88 Istituto Behring mod USSL N; sag 311/88, Hoechst Italia mod USSL N 56; sag 351/88 Laboratori Bruneau mod USL R.

3. Sagsøgeren var blevet opfordret til at afgive bud i forbindelse med en bunden licitation i henhold til en bekendtgørelse fra sagsøgte af 15. februar 1986.

4. Den 1. marts 1986 trådte lov nr. 64/86 i kraft, og herved blev anvendelsesområdet for den tidligere indførte præferenceordning til fordel for Italiens sydlige regioner udvidet såvel materielt som personelt. I henhold til loven var også sagsøgte som USL (lokal sundhedsmyndighed) nu forpligtet til at foretage indkøb af mindst 30% af det materiel og de ydelser, det havde behov for, hos virksomheder med faste anlæg og fabrikker i det område, præferenceordningen gælder for, og i hvilket de ønskede produkter skal være fremstillet helt eller delvis.

5. Sagsøgte fastsatte herefter ved afgørelse af 3. juni 1986 aftale- og udbudsvilkår for et indkøb af radiologiske film og væsker, således at der i den herved udfærdigede licitationsbekendtgørelse gennemførtes en opdeling på to grupper leverancer, hvoraf den ene, der omfattede 30% af samtlige produkter, var forbeholdt virksomheder i Mezzogiorno. Denne afgørelse samt en afgørelse, sagsøgte traf den 15. juni 1986, hvorved andelen på 70% blev udbudt, er genstand for tvisten i hovedsagen. Sagsøgeren blev udelukket fra at deltage i licitationen om den resterende andel på 30% med den begrundelse, at selskabet ikke havde produktionsanlæg i Mezzogiorno.

6. Den forelæggende ret har stillet en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, hvorved det må afgøres, om lov nr. 64/86 er forenelig med fællesskabsrettens bestemmelser.

7. Med det første spørgsmål ønskes der en afgørelse af, om artikel 30, hvorefter kvantitative importrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt, er til hinder for anvendelsen af de omtvistede nationale lovbestemmelser. Herudover spørges der, om disse lovbestemmelser kan antages at udgøre »støtte« i den i Traktatens artikel 92 forudsatte betydning, og om det i givet fald alene er Kommissionens opgave at tage stilling til en støttes forenelighed med Fællesskabet, eller om også de nationale retter kan tage stilling hertil.

8. Selskabet Du Pont Nemours Deutschland GmbH har interveneret i sagen til støtte for sagsøgeren; selskabet 3M Italiana SpA har interveneret til støtte for sagsøgte. Begge intervenienter har afgivet indlæg ved Domstolen.

9. Vedrørende sagens faktiske omstændigheder, de relevante lovbestemmelser samt parternes anbringender og argumenter skal jeg henvise til retsmøderapporten.

B — Retlig vurdering

1. *Afgrænsningen af anvendelsesområdet for henholdsvis Traktatens artikel 30 og Traktatens artikel 92*

10. Det vil være hensigtsmæssigt at undersøge, hvorledes anvendelsesområdet for Traktatens artikel 30 på den ene side og Traktatens artikel 92 på den anden side skal afgrænses, idet anvendelsen af én af disse bestemmelser i visse tilfælde udelukker anvendelse af den anden. Det må således afgø-

res, om en af en medlemsstat truffet foranstaltning, der må antages at udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriktion samtidig kan udgøre støtte i den i Traktatens artikel 92 forudsatte betydning. Det kan også være relevant at undersøge, om en foranstaltning — hvis spørgsmålet vendes om — der må anses for statsstøtte, desuden kan behandles efter bestemmelserne om frie varebevægelser og navnlig efter artikel 30.

11. Principielt må udgangspunktet først og fremmest være, at både forbuddet mod kvantitative importrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning og forbuddet ifølge artikel 92 mod støtte, der ydes af staterne, eller ved hjælp af statsmidler, sigter mod ét og samme mål, som er at sikre frie varebevægelser mellem medlemsstaterne på normale konkurrencevilkår [2].

12. Det følger af forbuddet i Traktatens artikel 30 mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner og af forbuddet i Traktatens artikel 92, stk. 1, mod støtte, der fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, at en af en medlemsstat truffet foranstaltning, der kan henføres under én af disse bestemmelser, er retsstridig. En samtidig anvendelse af disse to bestemmelser skulle således retligt føre til det samme resultat, idet begge forbudsbestemmelser indebærer, at den omhandlede nationale foranstaltning må anses for uforenelig med fællesskabsretten.

13. Af proceduremæssige grunde må der imidlertid gennemføres en sondring, idet artikel 30 ubestridt er en bestemmelse, der har direkte virkning, og som i givet fald kan påberåbes af enhver EF-borger ved domstolene i en medlemsstat. Omvendt er Traktatens artikel 92, stk. 1, ikke en bestemmelse, der har direkte virkning, idet det i artiklen indeholdte forbud hverken er absolut eller ubetinget [3], hvilket følger af artiklens stk. 1 og stk. 2, og af bestemmelserne i Traktatens artikel 93. Desuden tilkommer det i henhold til artikel 93 Kommissionen at tage stilling til, om en støtteforanstaltning er forbudt i medfør af artikel 92, stk. 1, eller tilladt i medfør af stk. 2, eller eventuelt forenelig med fællesmarkedet i medfør af artiklens stk. 3. Afgørelsen herom træffer Kommissionen inden for rammerne af den løbende undersøgelse af støtteordningerne.

14. Bestemmelserne i Traktatens artikel 92 og 93 — bortset fra bestemmelsen i artikel 93, stk. 3, sidste punktum — kan kun påberåbes ved de nationale domstole, »hvis de er blevet konkretiseret ved retsakter af almen rækkevidde, jfr. artikel 94, eller ved de beslutninger, som artikel 93, stk. 2, hjemler i særlige tilfælde« [4].

15. Disse forskellige konsekvenser i proceduremæssig henseende indicerer allerede, at disse bestemmelser principielt har forskellige anvendelsesområder. Domstolen har i sag 74/76 udtalt sig om disse afgrænsningsspørgsmål på følgende måde [5]:

2 — Jfr. på linje hermed fra Domstolens tidligere praksis, Domstolens dom af 22. marts 1977, Iannelli & Volpi mod Paolo Meroni, 74/76, Sml. s. 557; Domstolens dom af 10. juli 1985, Kommissionen mod Irland, 17/84, Sml. s. 2375, og Domstolens dom af 5. juni 1986, Kommissionen mod Italien, 103/84, Sml. s. 1759.

3 — Jfr. den i note 2 nævnte sag 74/76, dommens præmisser 11 og 12.

4 — Domstolens dom af 19. juni 1973 i sag 77/72, Capolongo, Sml. s. 611, præmis 6.

5 — Den ovenfor i note 2 nævnte sag 74/76, dommens præmisser 9 og 10.

»hvor udstrakt anvendelsesområdet for artikel 30 end måtte være, omfatter det imidlertid ikke hindringer, som er omhandlet i andre særlige bestemmelser i Traktaten«.

»Ej heller kan den omstændighed, at en ordning med støtte fra staten eller af statsmidler, blot fordi den er til fordel for visse indenlandske virksomheder eller produktioner, udgør en i det mindste indirekte hindring for indførslen af tilsvarende eller konkurrerende varer hidrørende fra andre medlemsstater, i sig selv bevirke, at en støtte som sådan ligestilles med en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion efter betydningen i artikel 30«.

I fortsættelsen i dommen (i præmis 12) hedder det:

»... en så udvidet fortolkning af artikel 30, at denne i sig selv ligestiller en støtte ifølge artikel 92 med en af artikel 30 omfattet kvantitativ restriktion, ville bevirke en ændring af rækkevidden af Traktatens artikler 92 og 93 og ændre den kompetencefordeling, som Traktaten har tilsigtet«.

16. Selv om elementer i denne argumentation tenderer mod at anerkende, at bestemmelserne i Traktatens artikler 92 og 93 har en særlig beskaffenhed i sammenligning med bestemmelserne i artikel 30, må man dog mærke sig den formulering, Domstolen anvender med hensyn til bestemmelsen af en støtte »som sådan«. Det er ifølge Domstolen desuden nødvendigt at sondre mellem bestemmelsernes forskellige anvendelsesområder, »idet der dog tages forbehold for de tilfælde, som samtidig kan være omfattet af to eller flere fællesskabsretlige bestemmelser«

17. Domstolen anerkender i samme dom, at det ved undersøgelsen af en støtteordning er muligt at isolere de betingelser eller elementer, der kan anses som unødvendige for gennemførelsen af dens formål.

»I dette sidstnævnte tilfælde kan det ikke af den kompetencefordeling, som følger af artiklerne 92 og 93 udledes, at disse bestemmelser, hvor der foreligger krænkelse af andre traktatbestemmelser med direkte virkning, ikke kan påberåbes for de nationale retter, blot fordi det pågældende element udgør en gennemførelsesforanstaltning til en støtte« [6].

18. Domstolen har bekræftet og bestyrket denne praksis, idet den har fastslået, at Traktatens artikler 92 og 93 ikke kan være til hinder for en anvendelse af artikel 30, såfremt de omhandlede foranstaltninger kun udgør gennemførelsesforanstaltninger til en støtte, der kan anses som unødvendige for gennemførelsen af dens formål eller for dens forvaltning [7].

19. Såfremt Domstolen således er af den opfattelse, at det er muligt at lægge artikel 30 til grund og anser denne bestemmelse for anvendelig, selv om den omhandlede foranstaltning juridisk set ubestridt er en støtteforanstaltning, må dette gælde så meget desto mere i et tilfælde, hvor en national ordning netop ikke klart kan henføres under den ene eller den anden gruppe foranstaltninger.

20. I Domstolens dom vedrørende den irske reklamekampagne »Buy Irish« fulgte Domstolen ikke den irske regerings argument om den særlige beskaffenhed, Traktatens artikel 92 og 93 har i forhold til Traktatens artikel 30 [8]. Domstolen udtalte derimod, at den

6 — Jfr. den ovenfor i note 2 nævnte sag 74/76, dommens præmis 14.

7 — Jfr. sag 18/84, Sml. 1985, s. 1339, dommens præmis 6.

8 — Jfr. dom af 24. november 1982, Kommissionen mod Irland, sag 249/81, Sml. s. 4005, præmis 16.

omstændighed, at en væsentlig del af reklamekampagnen var blevet finansieret af den irske regering, og den omstændighed, at denne finansieringsform kunne føre til en anvendelse af artiklerne 92 og 93, ikke indebar, at kampagnen som sådan ikke rammes af forbuddene i Traktatens artikel 30 [9].

21. Anvender man nu den argumentation på nærværende sag om regionale præferenceordninger, hvis støttekarakter, bl. a. på grund af dens finansiering via statsmidler og fastlæggelsen af de ydede beløb, er omstridt, må det fastholdes, at bestemmelserne om den forbeholdte andel skal undersøges på grundlag af kriterierne i artikel 30, idet denne undersøgelse netop ikke på forhånd kan udelades, fordi ordningen eventuelt må anses for en støtte.

22. Domstolen har med samme udgangspunkt i anden forbindelse fastslået, at artiklerne 92 og 94 under ingen omstændigheder kan anvendes på en sådan måde, at de modvirker Traktatens bestemmelser om frie varebevægelser [10].

»Den omstændighed, at en national foranstaltning eventuelt kan kvalificeres som støtte i henhold til artikel 92 kan derfor ikke i sig selv bringe foranstaltningen uden for forbuddet i artikel 30« [11].

23. Det må følgelig undersøges, om den italienske ordning om den forbeholdte andel er forenelig med princippet om frie varebevægelser og navnlig med artikel 30. Begrundelsen for den rækkefølge, hvori jeg skal gennemføre denne undersøgelse, er også de muligvis vidtrækkende følger, der beror på, at bestemmelserne i artikel 30 har direkte virkning [12].

2. Foreneligheden af ordningen om den forbeholdte andel med bestemmelserne i EØF-Traktatens artikel 30

24. Som bekendt indeholder artikel 30 et ubetinget, absolut forbud mod kvantitative importrestriktioner samt foranstaltninger med tilsvarende virkning i samhandelen mellem medlemsstaterne. Ifølge Domstolens praksis i Dassonville-sagen [13], en praksis, der siden nævnte dom har ligget fast, skal »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet«, anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner.

25. Også regler, der uden forskel finder anvendelse på indenlandske og indførte varer kan udgøre foranstaltninger med tilsvarende virkning, såfremt de faktisk særligt vedrører indførte varer og vanskeliggør, for ikke at sige umuliggør markedsføring af disse varer. Det er i den foreliggende sag imidlertid ikke nødvendigt at anvende denne vide definition for at fastslå, at ordningen om den forbeholdte andel på grund af dens virkninger

9 — Den i note 8 nævnte sag 249/81, dommens præmis 18.

10 — Jfr. den tidligere i note 7 nævnte sag 18/84, dommens præmis 13, og den i note 2 nævnte sag 103/84, dommens præmis 19.

11 — Jfr. den tidligere i note 2 nævnte sag 18/84, dommens præmis 13, og den i note 2 nævnte sag 103/84.

12 — Domstolen har ganske klart fastslået, at private kan påberåbe sig bestemmelser, der har direkte virkning, ikke blot ved de nationale retter, men også over for alle forvaltningsorganer, herunder kommunale myndigheder, der er forpligtet til at bringe disse bestemmelser i anvendelse. Se herved Domstolens dom af 22. juni 1989, Costanzo, 103/88, Sml. s. 1839.

13 — Domstolens dom af 11. juli 1974, Dassonville, 8/74, Sml. s. 837.

udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning efter betydningen i artikel 30.

26. Den pligt, der er pålagt hele den offentlige administration, herunder regionerne, provinserne, kommunerne, de særlige enheder i bjergområder, selskaber og institutioner, som staten er deltager i eller medejer af, universiteterne og de selvstændige hospitalsinstitutioner, og hvorefter disse ved indkøb skal udbyde en andel på mindst 30% af det materiale, de har behov for, til virksomheder med faste anlæg og fabrikker i de områder, præferenceordningen gælder for, medfører utvivlsomt en klart nedsat efterspørgsel efter indførte varer. Ordningens virkninger er så meget mere indgribende, som andelen på 30% af varer og ydelser skal være opbrugt ved udgangen af finansåret, hvilket medfører, at den forbeholdte andel for at udligne mangelen på visse produkter, der ikke produceres på det område, præferenceordningen gælder for, i andre indkøb kan blive betydelig højere end de oprindeligt fastsatte 30%. Der findes endog en bestemmelse om, at resterende dele af denne kvote skal overføres til det følgende finansår [14].

27. Den økonomiske betydning af ordningen om den forbeholdte andel er blevet yderligere belyst under sagen. Sagsøgerens repræsentant har under henvisning til Kommissionens meddelelse af 24. juli 1989 om de regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter [15] i retsmødet anført, at værdien af de offentlige kontrakter, der er omfattet af den regionale præferenceordning, anslås at ligge mellem 16 og 17 mia. ECU årligt. I den radiografiske sektor bruges der hvert år 210 milliarder LIT, og heraf indkøbes 85% ved offentlige kontrakter.

28. Den franske regerings repræsentant har anført, at Mezzogiorno omfatter 140 000 km², dvs. henved halvdelen af Italiens område, og at 40% af befolkningen bor i dette område.

29. At denne ordning, jeg her skal vurdere, ikke blot teoretisk er en trussel for handelen inden for Fællesskabet, fremgår allerede klart af de forhold, som har givet anledning til tvisten i hovedsagen; de mængder, der skulle indkøbes frit, blev i modstrid med angivelserne i den første licitationsbekendtgørelse senere nedsat med ca. 30%. Sagsøgerne har under skriftvekslingen uden at blive imødegået anført, at dets tyske søsterselskab, der har interveneret i sagen for det sagsøgende selskab, fremstiller fotografisk røntgenmateriel. Efter sagsøgerens opfattelse udnyttes 12% af produktionskapaciteten til produktion til det italienske marked. Det italienske marked er temmelig stort, idet det udgør 18% af det europæiske marked for røntgenmateriale. Samtlige herhenhørende produkter, undtagen de af selskabet 3M fremstillede, indføres.

30. Af disse handelsøkonomiske oplysninger fremgår, at ordningen om den forbeholdte andel som fastlagt ved artikel 17 i lov nr. 64/86 allerede faktisk udgør en hindring for samhandelen.

31. Den omstændighed, at ca. 85% af røntgenmaterialet indkøbes af offentlige sund-

14 — Se meddelelse fra Kommissionen KOM(89) 400 endelig udgave, punkt 38.

15 — Den i note 14 nævnte meddelelse KOM(89) 400 endelig udgave.

hedsforvaltninger, der ved deres indkøb er bundet af ordningen om den forbeholdte andel, viser også klart, at der er tale om betydelige restriktioner for handelen.

32. Den præferenceordning, jeg her skal tage stilling til, er desuden klart diskriminerende. De berørte forvaltningers, organers og institutioners pligt til at dække 30% af deres materielbehov ved indkøb hos producenter med produktionsanlæg i Mezzogiorno bevirker, at varer, der er produceret i udlandet, fuldstændigt afskæres fra at komme i betragtning ved eventuelle leveringsaftaler. Den diskriminerende virkning af ordningen om den forbeholdte andel bliver i kraft af ordningens obligatoriske karakter større end virkningen af sådanne nationale foranstaltninger, der har til formål at fremme køb af indenlandske varer, det være sig statsligt støttede reklamekampagner [16], subsidier [17], skattebegunstigelser [18], favorable kreditvilkår [19] eller en blot og bar forpligtelse til på visse udenlandske produkter at anbringe et mærkat med angivelsen: »Fremstillet i udlandet« [20].

33. Den foreliggende præferenceordning repræsenterer noget andet og mere end en finansiel tilskyndelse til at foretage indkøb på hjemmemarkedet. Ordningen om den forbeholdte andel giver ikke de erhvervsdrivende nogen mulighed for at ændre deres stilling, en mulighed, som i de ovenfor nævnte eksempler stod åben, selv om det var forbundet med visse økonomiske opofrelser.

Det, der skaber problemer, er altså ikke, om der foreligger en forskelsbehandling af udenlandske varer, men den omstændighed, at de italienske producenter, der ikke har produktionsanlæg på det område, som præferenceordningen gælder for, er ofre for denne forskelsbehandling. Disse er nemlig også afskåret fra at opnå leveringsaftaler på samme måde som udenlandske producenter. Denne problematik har ikke før foreligget i en sag for Domstolen.

34. Ved en bedømmelse på grundlag af fællesskabsretten af gyldigheden af den af en medlemsstat fastlagte ordning er det afgørende i første række ordningens virkninger for samhandelen mellem medlemsstaterne. Den omstændighed, at de italienske virksomheder, som forskelsbehandlingen rammer, i givet fald kan blive indirekte berørt af følgerne af denne bedømmelse spiller ingen væsentlig rolle.

35. Den betydning, som ordningen om den forbeholdte andel, selv om den kun anvendes på territorialt begrænset måde, har, er for så vidt angår de økonomiske virkninger og navnlig handelen i Fællesskabet klart større end virkningen af andre foranstaltninger med tilsvarende virkning efter betydningen i artikel 30, hvis anvendelsesområde omfatter hele en medlemsstats område (f.eks. en forpligtelse til på visse souvenirs, der er fremstillet i udlandet, at angive, at de er fremstillet i udlandet [21], eller en foranstaltning gående ud på støtte til kommunale transportvirksomheder til indkøb af elektrisk drevne køretøjer, hvor der i sagen om denne foranstaltning på retsmødets tidspunkt var indgivet to støtteansøgninger [22]. Selv om ikke alle italienske producenter har fordel af

16 — Den tidligere i note 8 nævnte sag 249/81.

17 — Jfr. Domstolens dom af 22. marts 1977i sag 78/76, Steinike og Weinlig mod Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. s. 595, jfr. endvidere den tidligere nævnte sag 103/84.

18 — Domstolens dom af 10. juli 1985 i sag 17/84, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 2375.

19 — Domstolens dom af 11. december 1985 i sag 192/84, Kommissionen mod Republikken Grækenland, Sml. s. 2973.

20 — Domstolens dom af 17. juni 1981 i sag 113/80, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 1627.

21 — Den tidligere nævnte sag 113/80.

22 — Den tidligere nævnte sag 103/84.

ordningen om den forbeholdte andel, står det fast, at de virksomheder, som profiterer heraf, næsten alle er italienske virksomheder.

36. De betydelige handelshindringer, som ordningen om den forbeholdte andel giver anledning til, taler derfor for, at ordningen udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning i betydningen i artikel 30. Afgørende for dette resultat er følgende: for det første størrelsen af det område, som præferenceordningen gælder for, for det andet det store antal forvaltninger, organer og institutioner, som er forpligtet til at følge denne ordning [23]. Endelig er også den andel af den potentielle indkøbsmængde, som de af de af ordningen omfattede erhvervsdrivende slutter kontrakt om, betydelig.

3. *Foreneligheden af ordningen om den forbeholdte andel med direktiv 70/50/EØF*[24]

37. Det er under skriftvekslingen blevet gjort gældende, at den omtvistede ordning anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriktion og følgelig være forbudt, også fordi den udgør en foranstaltning som omhandlet i artikel 2, stk. 3, litra k), i direktiv 70/50.

38. I den forbindelse skal jeg først bemærke, at det er ufornødent at lægge direktivet til grund, når den omtvistede ordning på grundlag af de i retspraksis udviklede kriterier må anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning efter betydningen i artikel 30. Direktivet, der er udstedt med hjemmel i artikel 33, stk. 7, i EØF-Traktaten, opregner en række særligt klare eksempler på foranstaltninger, der er omfattet af artikel 30, men tilsigter ikke at være udtømmende [25].

39. Spørgsmålet om, hvorvidt man af direktivets bestemmelser kan udlede et selvstændigt forbud, der har et særligt, fra forbudet i artikel 30 adskilt anvendelsesområde, rejser to problemer. For det første er direktivet som sådant stilet til medlemsstaterne, således at det ikke uden videre kan tillægges direkte virkning. Desuden følger et generelt forbud mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner i forvejen direkte af Traktatens bestemmelser. For det andet er det udtrykkeligt i betragtningerne til direktivet bestemt, at det ikke finder anvendelse på støtte omfattet af artikel 92 [26]. Direktivet kan derfor ikke anvendes, såfremt den omtvistede ordning har karakter — om end kun delvis — af en støtte.

40. Man kan imidlertid af direktivbestemmelserne udlede visse kriterier, hvorved det kan afgøres, om en national foranstaltning må anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning. Ifølge direktivets artikel 2, stk. 2, omfatter dette bl. a. foranstaltninger, der begunstiger indenlandske varer, eller som giver dem en fortrinsstilling. I artikel 2, stk. 3, angives en række eksempler til illustrering af, hvad bestemmelsen konkret sigter på. Ifølge stk. 3, litra k), skal til foranstaltninger som omhandlet således henreg-

23 — Jfr. det ovenfor under note 26 anførte.

24 — Kommissionens direktiv 70/50/EØF af 22. december 1969, EFT 1970 I, s. 10.

25 — Jfr. forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz i sag 103/84, Sml. 1986, s. 1764.

26 — Næstsidste betragtning til direktivet, EFT L 13 af 19.1.1979, s. 30.

nes bl.a. foranstaltninger, der »skaber hindringer for privatpersoners køb alene ved importerede varer *eller* opfordrer til udelukkende at købe indenlandske varer *eller* påbyder et sådant køb *eller* giver det en fortrinsstilling« [27]. Der er her altså tale om fire muligheder, hvoraf de to sidste er relevante. Ifølge den italienske præferenceordning gives en betydelig del af indenlandske varer nemlig en fortrinsstilling samtidig med, at indkøb af dem er påbudt.

41. En gennemgang af direktivets bestemmelser bekræfter altså, at den omtvistede italienske ordning kan betegnes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion. Af de ovenfor anførte grunde ændres dette resultat ikke ved, at der ikke gives samtlige indenlandske varer af en vis art en fortrinsstilling. Reglerne om præferenceordningen omhandler kun varer, der i det mindste delvis hidrører fra den indenlandske produktion.

4. *Eventuelle undtagelser fra forbuddet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning i medfør af EØF-Traktatens artikel 30*

42. a) De ved EØF-Traktatens artikel 36 værnede interesser, der kan begrunde undtagelser fra forbuddene i EØF-Traktatens artikler 30 og 34 mod kvantitative import- og eksportrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning, angives udtrykkeligt i artikel 36. Denne bestemmelse fastsætter en række undtagelser og skal derfor fortolkes indskrænkende, både når det gælder de forhold, der i hvert enkelt tilfælde begrunder en undtagelse, og når det gælder anvendeligheden af artikel 36 på eventuelle »uomtalte undtagelser«. De i artikel 36 opregnede grunde til at gøre undtagelse kan ikke anvendes på ordningen på den forbeholdte andel, når henses til dens indhold og målsætning. Det er desuden i Domstolens faste praksis fastslået, at artikel 36 ikke indeholder hjemmel til foranstaltninger, som har et økonomisk formål [28].

43. b) Præferenceordningen kan også være begrundet som en »uomgængeligt nødvendig« ordning [29]. En sådan nødvendighed kan bero bl. a. på hensynet til en effektiv skattekontrol, beskyttelse af den offentlige sundhed, god handelsskik og forbruger- eller miljøbeskyttelse.

44. Præferenceordningen kan ikke henføres til en af de nævnte kategorier. Om den eventuelt af andre grunde kan karakteriseres som en uomgængelig nødvendig foranstaltning afhænger af dens formål. Da det ikke kan lægges til grund, at ordningen udelukkende har protektionistisk formål, bør den anses for en regional støtteforanstaltning. Egns- og regionaludvikling er en målsætning, der absolut er anerkendt i Traktaten, hvilket fremgår af EØF-Traktatens artikel 92, stk. 3, litra a), og artikel 130, litra a).

45. Imidlertid må hjemmelen for gennemførelsen af en ved Traktaten tilladt eller tilmed fastlagt målsætning findes i Traktatens bestemmelser, såfremt denne da indeholder udtrykkelige bestemmelser herom. Anvendelsen af en uskreven hjemmel er derfor

27 — Understregningerne er mine.

28 — Jfr. eksempelvis Domstolens dom af 7. februar 1984 i sag 238/88, Duphar BV m. fl. mod den nederlandske stat, Sml. s. 523.

29 — Domstolens dom af 20. februar 1979, Rewe-Zentral AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, »Cassis de Dijon«, 120/78, Sml. s. 649.

udelukket, når de i Traktaten angivne midler giver tilstrækkelig sikkerhed for gennemførelsen af den omhandlede målsætning. Støtteforanstaltninger til fremme af regioners udvikling kan altså ikke anses for uomgængeligt nødvendige foranstaltninger. Desuden består der principielt ingen tvivl om, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig uomgængeligt nødvendige hensyn med henblik på at beskytte den nationale økonomi.

5. *Stillingtagen til præferenceordningen ud fra direktiverne 77/62/EØF*[30] *og 70/32/EØF*[31]

46. Sagsøgeren har gjort gældende, at ordningen er i strid med fællesskabsretten, idet den desuden udgør en overtrædelse af bestemmelserne i Rådets direktiv 77/62 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. Efter sagsøgerens opfattelse gennemføres ved dette direktiv en række højere af Traktaten udledede grundsætninger, herunder forbuddet mod forskelsbehandling af enhver art, hvad enten denne beror på oprindelsen af den vare, der skal indkøbes, eller på det sted hvor en eventuel leverandør er hjemmehørende.

47. Det er korrekt, at hindringer for frie varebevægelser efter betydningen i artikel 30 også er forbudt, når det gælder levering af varer til en stat eller til offentligretlige retssubjekter, samt ved offentlige indkøbsaftaler. De fællesskabsinstitutioner, der har beføjelse til at udstede retsregler, har på grundlag heraf udstedt samordningsdirektiver for også at sikre de frie varebevægelser i forbindelse med offentlige indkøbsaftaler. I betragtningerne til Kommissionens direktiv 70/32 om levering af varer til staten, lokale myndigheder og andre offentlige retssubjekter hedder det:

»... sådanne bestemmelser, der reserverer afsætningsområder for indenlandske varer ..., forhindrer import, der, hvis disse bestemmelser ikke havde foreligget, havde kunnet finde sted, og har dermed samme virkninger som kvantitative importrestriktioner«.

Direktivets anvendelsesområde er fastlagt i artikel 3, stk. 1, litra b), hvoraf det fremgår, at direktivet bl.a. vedrører bestemmelser, »der helt eller delvis forbeholder leverancer for indenlandske varer eller indrømmer disse en fortrinsstilling af anden art eller på visse betingelser, uden at der er tale om støtte i betydningen i Traktatens artikel 92«.

48. Direktiv 77/62 forfølger de samme formål for så vidt angår offentlige indkøb. Af betragtningerne til dette direktiv fremgår, at der desuden skal sikres gennemskuelighed i fremgangsmåderne ved offentlige indkøb for at gøre det muligt bedre at overvåge, om forbuddet mod hindringer for frie varebevægelser overholdes.

49. Det er imidlertid uklart, om der ifølge sidstnævnte direktivs artikel 26, der er én af direktivets afsluttende bestemmelser, er indført en undtagelse for så vidt angår den omtvistede præferenceordning. I artiklen hedder det:

»Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af de bestemmelser i den italienske lov nr. 835 af 6. oktober 1950 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nr. 245 af

30 — EFT 1976, L 13, s. 1.
31 — JO 1970, L 13, s. 1.

24.10.1950) med senere ændringer, der er gældende på tidspunktet for direktivets vedtagelse, såfremt disse bestemmelser er forenelige med Traktaten.«

50. Det er for en fortolkning, hvorefter denne bestemmelse også kan udgøre en undtagelse fra grundsætningerne om frie varebevægelser, gjort gældende, at de ordninger, der bestod forud for den nuværende ordning om den forbeholdte andel, efter direktivets egne ord ikke berøres af direktivet. Den ændring af denne bestemmelse, der blev indført ved direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 [32], som på grund af datoen for dets offentliggørelse ikke kan være afgørende i hovedsagen, taler også for, at der er tale om en undtagelse, der fortsat gælder. I artikel 26, stk. 1, hedder det efer ændringen:

»Dette direktiv er ikke til hinder for, at der indtil den 31. december 1992 kan anvendes bestående nationale bestemmelser vedrørende offentlige indkøb, der har til formål at begrænse regionale forskelle og fremme skabelsen af arbejdspladser i udviklingsmæssigt tilbagestående områder og i områder med erhvervsmæssigt tilbagestående områder og i områder med erhvervsmæssig tilbagegang, såfremt de pågældende bestemmelser er forenelige med Traktaten og med Fællesskabets internationale forpligtelser.«

51. De italienske regler om en præferenceordning nævnes ikke længere udtrykkeligt i bestemmelsen. Ordningen vil i det højeste efter bestemmelsens nyaffattelse kunne anses for en national regel, der har til formål at begrænse regionale forskelle.

32 — EFT L 127 af 20. 5. 1988, s. 1.

52. Det efter min mening afgørende bliver, at ordene »såfremt de pågældende bestemmelser er forenelige med Traktaten« allerede fandtes i den første affattelse og blev optaget med et tilsvarende indhold i den ændrede tekst. Af de anvendte udtryk fremgår, at *Traktatens* grundsætninger og herunder navnlig grundsætningerne om frie varebevægelser uanset eventuelle undtagelser i *direktivet* fortsat fuldtud er gyldige. Den i artikel 17 i italiensk lov nr. 64/86 fastlagte præferenceordnings uforenelighed med bestemmelserne i artikel 30 kan altså ikke være omfattet af den ved direktivet fastsatte undtagelse.

53. Domstolen har i sag 216/84 [33] og 76/86 [34] skullet tage stilling til retsspørgsmål, som frembød lignende problemer. De sagsøgte medlemsstater påberåbte sig en undtagelsesbestemmelse i et direktiv som grundlag for en national lovgivning, der medførte hindringer for handelen i Fællesskabet. Allerede i disse to sager forkastede Domstolen den argumentation, der blev fremført. Den udtalte, at en undtagelsesbestemmelse kun kan danne grundlag for opretholdelse af nationale bestemmelser, såfremt EØF-Traktatens almindelige regler overholdes.

54. Selv om præferenceordningen således ikke kan være fællesskabsretligt begrundet efter de i direktiv 77/62 fastlagte undtagelser, står det dog tilbage at undersøge, om det påvirker den omtvistede ordnings gyldighed, at den eventuelt må antages at have karakter af en støtte.

33 — Domstolens dom af 23. februar 1988 i sag 216/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 793, præmis 22.

34 — Dom af 11. maj 1989, Kommissionen mod Tyskland, sag 76/86, Sml. s. 1021, præmis 23.

55. Som det fremgår af det, jeg har anført vedrørende forholdet mellem Traktatens artikel 30 og artikel 92, kan en national bestemmelse, der er uforenelig med Traktatens artikel 30 og altså i strid med fællesskabsretten, ikke blive retmæssig, fordi den har visse træk til fælles med en støtte.

6. *Har den italienske præferenceordning karakter af en støtte og eventuelle følger heraf*

56. Imod argumentet om, at det synspunkt, at den omtvistede italienske lovbestemmelse er en bestemmelse om støtte taler følgende.

En støtteforanstaltning karakteriseres først og fremmest ved at være en foranstaltning om støtte, der ydes af en stat eller ved hjælp af statsmidler. Den italienske regering har ganske vist påpeget, at i kraft af præferenceordningen afsluttes indkøbsaftalerne sædvanligvis til priser, der ligger over de priser, der skulle være betalt, såfremt aftalerne blev indgået i en åben licitation. Den højere pris betales af staten, idet udbyderne er offentligretlige institutioner eller i al fald organer, som staten er deltager i.

57, Sagsøgerens repræsentant har imidlertid i retsmødet erklæret, at de lokale sundhedsforvaltninger er selvstændige enheder, der for så vidt angår de udgifter, de afholder, ikke er afhængige af staten. Desuden kan man ikke lægge til grund, at selskaber, der drives efter markedsøkonomiske principper, og som staten kun er deltager i med en vis andel, finansieres af staten.

58. Hvis der skal foreligge en støtte efter betydningen i artikel 92, kræves det desuden, at i al fald de enkelte støttebeløb kan fastlægges. Dette lader sig ofte ikke gøre, idet beregningen af den merpris, der er betalt, ofte kun kan gennemføres ved en teoretisk sammenligning af en aftale, der indgås under fri konkurrence, og indkøbsaftaler, der afsluttes i henhold til ordningen om den forbeholdte andel. Det er desuden ikke absolut sikkert, at der faktisk betales en merpris. Betaling af en merpris er heller ikke det eneste formål med ordningen om den forbeholdte andel, der også alene i kraft af forpligtelsen til at indkøbe varer, der i al fald delvis er fremstillet på det område, præferenceordningen gælder for, skal sikre produktionsenhedernes fortsatte beståen og dermed beskæftigelsen. Bestemmelser, der ti år igennem har indebåret anvendelse af en præferenceordning, har desuden haft til formål og til følge, at nye industrier er blevet skabt, hvilket ingenlunde er ensbetydende med, at de ikke er rentable, hvorfor det er muligt, at de i de omhandlede regioner fremstillede produkter udbydes på markedet til absolut konkurrencedygtige priser.

59. Og så endelig en sidste bemærkning vedrørende ordningen om den forbeholdte andel efter en bedømmelse af den som en støtte og dens forhold til artikel 30. Ifølge retspraksis kan som tidligere nævnt dele af en støtte være forbudt som stridende mod bestemmelserne i artikel 30, når det med støtten tilsigtede formål kan realiseres på en mindre indgribende måde. Det må afgjort være muligt at bidrage til udviklingen af en region ved foranstaltninger, der virker mindre restriktivt for varebevægelserne i Fællesskabet[35]. Støtteforanstaltninger til fordel for regioner er i og for sig ifølge de kriterier og

35 — Jfr. eksempelvis de af Kommissionen som fællesskabsretsmæssige bedømte stotteforanstaltninger i lov 64/86, Kommissionens beslutning af 2. marts 1988, EFT L 143 af 10. 6. 1988, s. 37.

inden for rammerne af de begrænsninger, der er fastsat i EØF-Traktaten, lovlige. Sådanne støtteforanstaltninger kan således i medfør af Traktatens artikel 92, stk. 3, litra a), anses for forenelige med fællesmarkedet. Men støtteforanstaltninger, der hviler på disse bestemmelser, må ligge inden for de fællesskabsretlige rammer og ikke gå imod Fælleskabets mål og formål. Kommissionen har for at muliggøre en koordinering af støtteordninger med regionale formål fastlagt en række principper, der må lægges til grund for vurderingen af en regional støttes gyldighed. Disse principper er blevet offentliggjort i form af en meddelelse [36].

60. Støtteforanstaltninger med regionale formål vil også kunne være hjemlet ved Traktatens artikel 130, litra a). Her er der imidlertid udtrykkeligt tale om gennemførelsen af et af Fællesskabets mål, og derfor kan alene fællesskabsaktioner eller i al fald sådanne aktioner, som Fællesskabet har godkendt, komme i betragtning.

61. Vedrørende følgerne af vurderingen af fællesskabsretsstridigheden af ordningen om den forbeholdte andel og navnlig de følger, som den forelæggende ret må drage heraf, er det ikke af større betydning, om den omtvistede foranstaltning har karakter af en støtte. Den omvistede bestemmelse vil nemlig højst kunne anses for en støtte, der ikke er tilladt. Den vil alt efter sit indhold og formål være en støtte, der eventuelt kan godkendes i medfør af Traktatens artikel 92, stk. 3, litra a).

62. Vurderingen af, om en national støtteforanstaltning er forenelig med fællesmarkedet henhører ikke under de nationale retters kompetence. Kommissionen har som den institution, der varetager undersøgelsen af støtteordningerne, desuden ikke givet den omtvistede ordning sin godkendelse som en støtteordning [37]. Selv om den italienske regering fristmæssigt gav underretning om det lovforslag, der senere blev til lov nr. 64/81, har Kommissionen, efter hvad den under sagen har anført, ikke på noget tidspunkt indledt undersøgelsesproceduren for støtte med henblik på bestemmelsen om indførelse af præferenceordningen. Holder man sig til disse kendsgerninger, er der her ingen plads for anvendelse af Traktatens artikel 93, stk. 3, sidste punktum, hvorefter den pågældende medlemsstat ikke må gennemføre den påtænkte foranstaltning, før Kommissionen har truffet endelig beslutning. Den retsstridighed, hvormed en foranstaltning, der er truffet under tilsidesættelse af denne bestemmelse er behæftet, og som også de nationale retter og forvaltningsmyndigheder skal tage i betragtning, berører i den sammenhæng, der er den eneste relevante i denne sag, ikke ordningen om den forbeholdte andel.

Sagens omkostninger

63. De udgifter, der er afholdt af den italienske regering og af Kommissionen, kan ikke godtgøres. Sagens behandling ved Domstolen udgør i forhold til hovedsagens parter et led i hovedsagen. Det tilkommer den nationale ret at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

36 — Kommissionens meddelelse om støtteordninger med regionale formål, EFT C 31 af 3. 2. 1979, s. 9.

37 — Jfr. Kommissionens beslutning af 2. marts 1988, EFT 1988, L 143, s. 37, II. 3 og det forbehold, Kommissionen tidligere har taget ved sin stillingtagen til lov nr. 64/86, EFT C 259 af 29. 9. 1987, s. 2.

C — Forslag til afgørelse

64. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra den forelæggende ret på følgende måde:

»1) Ordningen om den forbeholdte andel ifølge italiensk lov nr. 64/86 må antages at udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, jfr. EØF-Traktatens artikel 30. De nationale domstole og forvaltningsgrene bør derfor i deres virksomhed lægge til grund, at denne ordning er i strid med fællesskabsretten.

2) Undtagelsen ifølge artikel 26 i direktiv 77/62 EØF indebærer ikke, at ordningen om den forbeholdte andel er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

3) Ordningen om den forbeholdte andel har ikke karakter af en støtteordning. Selv om det antages, at der er tale om en støtte, har dette ikke nogen direkte betydning for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.«