FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 17. marts 1992 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Den europæiske handelsflådes vanskeligheder giver Domstolen anledning til som svar på det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt den ved to kendelser afsagt af Arbeitsgericht Bremen, at tydeliggøre statsstøttebegrebet efter EØF-traktatens artikel 92, stk. 1. Lige så vigtigt dette spørgsmål er med hensyn til dets praktiske følger, lige så vanskeligt er det at afgrænse denne artikels anvendelsesområde.

2. Under den mundtlige forhandling har visse intervenienter henvist til det væsentlige fald i registreringen af skibe under medlemsstaternes flag og den stigende udflagning. Dette velkendte fænomen, »bekvemmelighedsflaget«, er ligeledes omhandlet i sag C-286/90 (Poulsen og Dina Navigation), i forbindelse med hvilken den mundtlige forhandling fandt sted den 21. januar 1992.

3. Den foreliggende sag viser indbyrdes modstridende tvingende hensyn. Udflagning af skibe tilhørende fællesskabsrederier indebærer dels, at det bliver muligt for disse rederier uden begrænsninger at hyre sømænd, der er statsborgere i tredjelande, og således nedbringe deres lønomkostninger, dels, at medlemsstaternes skatteprovenu forringes. Beskæftigelsen af sømænd fra Fællesskabet viser således en faldende tendens [1]. Det kan i øvrigt ikke udelukkes, at reduktionen af fællesskabsflåden får tydelige følger for effektiviteten af den internationale politik til begrænsning af fangstkvoterne i fiskerisektoren, som Fællesskabet deltager i, da mange tredjelande ikke har underskrevet de med henblik herpå afsluttede internationale overenskomster. Endelig passer tilstedeværelsen på samme skib af sømænd, der modtager meget forskellige hyrer, selv om de undertiden udfører samme funktioner, dårligt med målet for eller i det mindste ånden i Fællesskabets socialpolitik, også selv om de sømænd, der er statsborgere i tredjelande, ikke har bopæl i en af medlemsstaterne.

4. Uanset den politiske og sociale baggrund rejser den foreliggende sag vanskelige retlige problemer, som jeg må undersøge nærmere efter en gennemgang af de væsentligste fakta i sagen.

5. Sloman Neptun Schiffahrts AG (herefter benævnt »Sloman Neptun«), et rederi med hjemsted i Bremen, har registreret et skib i det tyske internationale skibsregister [2]. Da rederiet ønskede at ansætte en filippinsk radiofficer (forelæggelseskendelse i sag C-72/91) og fem andre filippinske sømænd (forelæggelseskendelse i sag C-73/91), anmodede det om bedriftsrådets godkendelse. Bedriftsrådet nægtede sin godkendelse med den begrundelse, at den hyre, der blev tilbudt disse sømænd, var 20% lavere end hyren for tyske sømænd, og at ansættelse af

* Originalsprog: fransk.

1 — Ifølge de tal, Seebetriebsrat har fremlagt under den mundtlige forhandling, var 49 000 tyske statsborgere beskæftiget inden for skibsfartssektoren i 1971. I 1990 er tallet kun ca. 13 800.

2 — Dette register blev indført ved siden af det nationale register ved forbundslov af 23.3.1989, BGBl. I, s. 550.

arbejdstagere, der aflønnes til »den lavere hyre, som gælder i hjemlandet«, ville forstyrre freden på arbejdspladsen.

6. For Arbeitsgericht Bremen, som fik forelagt tvisten, gjorde bedriftsrådet gældende, at den ordning, ifølge hvilken registrering i det tyske internationale skibsregister fandt sted, udgjorde statsstøtte efter EØF-traktatens artikel 92, stk. 1. Bedriftsrådet henviste navnlig til § 21, stk. 4, i Flaggenrechtsgesetzes (flagloven), som ændret ved artikel 1, nr. 2, i forbundsloven om indførelse af et supplerende skibsregister for skibe, der sejler i international fart under det tyske forbundsflag, af 23. marts 1989 [3], og hvori det hedder: »Arbejdsforhold for besætningsmedlemmer, som er beskæftiget på et handelsskib, der er indført i det internationale skibsregister, og som ikke har bopæl eller varigt ophold i indlandet, er ... ikke undergivet tysk ret ... blot fordi skibet fører det tyske forbundsflag.«

7. Den forelæggende ret har derfor forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål for at kunne tage stilling til foreneligheden af den tyske lov om indførelse af et supplerende skibsregister for skibe, der sejler i international fart under det tyske forbundsflag, med EØF-traktatens artikel 92 og 117, for så vidt denne lov gør det muligt ikke at anvende de tyske kollektive overenskomster på sømænd, der er statsborgere i tredjelande og ikke har bopæl i tyskland, hvorved disse underkastes mindre gunstige arbejds- og lønvilkår [4].

8. Jeg vil straks gå over til at behandle spørgsmålet om artikel 117. Ifølge de bemærkninger, der blev fremført af bedriftsrådets befuldmægtigede under den mundtlige forhandling, indeholder denne bestemmelse en negativ forpligtelse for medlemsstaterne — nemlig til ikke at anfægte den eksisterende sociale beskyttelse — som er tilstrækkelig præcis og ubetinget til, at en enkeltperson kan påberåbe sig den for en national ret. Til støtte for denne opfattelse henvises der til Domstolens dom i Defrenne III-sagen [5]. Der synes især at være tale om ordet »hovedsagelig« i dommens præmis 19, der indledes som følger:

»i modsætning til bestemmelserne i artikel 117 og 118, som *hovedsagelig* er programerklæringer ...« [6].

9. Lad det være sagt med det samme, at en sådan modsætningsslutning forekommer mig hasarderet. Generaladvokat Capotorti havde i øvrigt i sit forslag til afgørelse i denne sag givet sin mening til kende med hensyn til den manglende direkte virkning af såvel artikel 117 som artikel 118:

»En første omstændighed at bemærke ved disse to bestemmelser er, at ingen af dem indeholder en *grundsætning*, der kan bruges som retningslinje. Efter min mening må der for artikel 117's vedkommende snarere tales om en *målsætning*; det bekræftes af ordlyden af artiklens andet stykke, hvor indholdet af første stykke sammenfattes med ordene 'en sådan udvikling'. Endnu mindre kan der tales om en grundsætning med direkte virkning, idet bestemmelsen udtrykkeligt fremhæver nødvendigheden af fællesskabs- og nationale

3 — BGBl. I, s. 550.

4 — Mindstelønnen i Tyskland fastsættes ikke ved lov, men gennem kollektive overenskomster.

5 — Dom af 15.6.1978, sag 149/77, Sml. s. 1365.

6 — Min fremhævelse.

fremgangsmåder for opnåelsen af det tilstræbte mål: Både artikel 117 og artikel 118 synes klart at forudsætte en gradvis udvikling, og til forskel fra artikel 119 fastsætter de ikke nogen frist, inden for hvilken målet skal nås« [7].

10. I øvrigt findes der i Domstolens praksis ingen henvisning til, at artikel 117 skulle have nogen form for direkte virkning. Ganske vist kan en negativ forpligtelse, der påhviler en medlemsstat, såfremt den derved forbudte adfærd er tilstrækkelig nøjagtigt angivet, umiddelbart påberåbes af en borger for en national ret [8]. Men forpligtelsen til ikke at forringe den bestående sociale situation synes på grund af dens generelle karakter at være for unøjagtig til, at der kan tillægges den direkte virkning. Hvorledes skal man bedømme det, når det drejer sig om at stille artikel 117 op mod en særlig lovgivningsforanstaltning, der ændrer en medlemsstats sociale system? Udgør en nedsættelse af virksomhedernes sociale bidrag med henblik på at fremme bekæmpelsen af arbejdsløsheden, ledsaget af en forringelse af visse sociale ydelser, en foranstaltning, der strider mod denne negative forpligtelse, som bedriftsrådet ser i artikel 117? Jeg skal vogte mig for at påstå dette.

11. Den omtvistede lov skal derfor efter min opfattelse alene efterprøves på grundlag af artikel 92, stk. 1.

12. Den første vanskelighed i denne forbindelse synes at ligge i støttens finansiering. Som regel forholder det sig således, at de midler, som den støttede virksomhed eller industrisektor modtager, eller som disse fritages fra at bruge, stammer fra eller er tiltænkt staten. Ganske vist giver den tyske regering i den foreliggende sag afkald på indkomstskat på grund af de filippinske sømænds meget lave hyre. Disse er nemlig øjensynligt, selv om de ikke har bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, principielt underlagt denne skat, idet de har indkomster, der stammer fra dette land. I lighed hermed modtager socialsikringsorganisationerne mindre bidrag, end hvis disse sømænd fik udbetalt en hyre svarende til de tyske kollektive overenskomster.

13. Men man kan ikke opfatte hovedsagen gennem bisagen. Den væsentligste del af finansieringen af den pågældende særlige ordning stammer nemlig fra arbejdstagerne selv, som accepterer en hyre, der andrager mindre end 20% af den hyre, som udbetales til tyske sømænd. Den tyske stats og de tyske socialsikringsinstitutioners eventuelle indtægtstab er blot en følge af denne situation. Tabet kunne i givet fald retfærdiggøres ved »dette systems karakter eller forvaltning« [9], da det er ganske sædvanligt, at skat og sociale bidrag beregnes på grundlag af arbejdstagerens løn.

14. Skulle man beslutte sig for alene at bedømme den foreliggende sag ud fra tabet af »statslige« indtægter, ville man komme til det forbavsende resultat, at man af tyske arbejdsgivere ville kræve socialsikringsbidrag, som var ude af proportion med den udbetalte hyre, og af de filippinske arbejdstagere ville kræve indkomstskat, som var ude af proportion med hyren.

7 — Sml. 1978, s. 1365, på s. 1381.

8 — Jf. f.eks. punkt 10 i generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i sag C-200/90, Dansk Denkavit og P. Poulsen Trading, der blev fremsat den 30.1.1992, vedrørende den direkte virkning af artikel 33 i sjette momsdirektiv, som forbyder indførelse af afgifter, der har karakter af omsætningsafgifter, Sml. 1992 I, s. 2217, på s. 2231.

9 — Dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 33.

15. Efter bedriftsrådets opfattelse vedrører den pågældende »støtte« ikke alene virksomhedernes sociale byrder, men ligger i overensstemmelse med sin natur i lønvilkårene for de berørte sømænd, som er langt ringere end mindstelønnen efter de tyske kollektive overenskomster.

16. Således finansieres »støtten« i den foreliggende sag hovedsagelig med private midler.

17. Ganske vist har Domstolen i fast praksis ofte henvist til, at

»Artikel 92 [omfatter] enhver statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, uden at der er anledning til at sondre mellem, om støtten ydes direkte af staten eller gennem offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger til at forvalte støtten« [10].

18. Domstolen har imidlertid aldrig klart taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en foranstaltning, som bevirker en nedbringelse af bestemte virksomheders omkostninger, kan betragtes som støtte, når der ikke er tale om noget økonomisk bidrag fra staten eller fra noget af staten oprettet eller udpeget organ til forvaltning af støtteordningen.

19. I sagen om den italienske tekstilindustri [11] blev nedsættelsen af de sociale byrder, som normalt påhviler arbejdsgiverne i tekstilsektoren, båret af socialsikringsinstitutionerne, og Domstolen har udtalt, at

»da de midler, som det drejer sig om, hidrører fra de obligatoriske bidrag, som lovgivningen i staten foreskriver, og da de ... bestyres og fordeles i henhold til denne lovgivning, må de betragtes som støtte, der ydes ved hjælp af statsmidler i artikel 92's forstand, endog selv om de bliver administreret af institutioner, der ikke henhører under den offentlige myndighed« [12].

20. I sagen Steinike og Weinlig [13] havde en ved forbundslov oprettet Fond til Fremme af Afsætningen af Tyske Landbrugs-, Skovbrugs- og Levnedsmiddelindustriprodukter (Absatzförderungsfonds der deutschen Land-, Forst-und Ernährungswirtschaft) til opgave gennem en af den finansieret og kontrolleret myndighed, kaldet »Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft«, at fremme afsætningen og udnyttelsen af tyske produkter [14].

21. Domstolen har i denne dom udtalt:

»ved anvendelsen af artikel 92 skal der imidlertid især tages hensyn til *virkningerne* af støtten for de virksomheder eller producenter, som begunstiges, og ikke til situationen for de institutioner, som fordeler og forvalter støtten« [15].

22. Ifølge Domstolens dom af 30. januar 1985 i sagen Kommissionen mod Frankrig [16]

10 — Jf. f.eks. dom af 30.1.1985, sag 290/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 439, præmis 14, jf. ligeledes dom af 22.3.1977, sag 78/76, Steinike og Weinlig, Sml. s. 595, af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 12, og af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 219, præmis 35.

11 — Ovennævnte sag 173/73; jf. ligeledes dom af 25.6.1970, sag 47/69, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 73, org. ref.: Rec. s. 487.

12 — Præmis 35.

13 — Nævnt ovenfor i note 10.

14 — Dommens præmis 1.

15 — Præmis 21, min fremhævelse.

16 — Nævnt i note 10.

finansierede Caisse nationale de crédit agricole på grundlag af sit driftsoverskud en »solidaritetsstøtte« til fordel for de dårligst stillede landbrugere. I dommen hedder det:

»Artikel 92 i traktaten omfatter ... en støtte, der som den omhandlede solidaritetsstøtte er blevet vedtaget og finansieret af et offentligt organ og kun kan iværksættes med godkendelse fra det offentlige, og som desuden ydes efter regler, der svarer til de regler, der gælder for tildeling af statsstøtte ...« [17].

23. I Domstolens dom af 13. juli 1988 i sagen Frankrig mod Kommissionen [18] drejede det sig om en industriel moderniseringsfond (Fonds industriel de modernisation, FIM), som var oprettet af den franske regering, og som bidrog til finansiering af virksomhederne ved lån ydet til lavere satser end markedssatsen. Midlerne til denne fond stammede fra provenuet af kontiene for industriel udvikling (comptes de développement industriel, »Codevi«), private opsparingskonti med meget kort opsigelse, som var fritaget for indkomstskat. Domstolen har fastslået, at ifølge betragtningerne til Kommissionens beslutning, som ikke anfægtedes af den franske regering,

»indebar kombinationen af skattefritagelsen for Codevi-kontiene og konverteringen af Codevi-provenuet til FIM-lån, at der ydedes en rentegodtgørelse for de låntagende virksomheder til skade for statens skatteindtægter« [19].

24. I dommen i sagen Grækenland mod Kommissionen [20] har Domstolen anført, at rentegodtgørelsen for eksportvirksomheder var indført af Den Hellenske Republik »via Den Græske Nationalbank, og at sidstnævnte herved handlede under statens direkte tilsyn«, og at »bankerne udbetaler rentegodtgørelsen eller tilstiller Den Græske Nationalbank dokumentation for valutaindkøb, som herefter foretager udbetalingen« [21]. Domstolen har heraf udledt, at der er tale om støtte efter artikel 92, stk. 1.

25. Selv om andre domme i det væsentlige synes at lægge vægt på, om der foreligger en adfærd, der kan tilskrives staten, må det fastslås, at der selv i disse sager var et mellemled mellem »de afgiftspligtige« — dvs. arbejdstagerne, forbrugerne eller de erhvervsdrivende i almindelighed, som i sidste ende finansierer støtten — og støttemodtagerne.

26. I sagen Kommissionen mod Italien [22] vedrørende lageromkostninger for sukker blev der i den støtte til sukkerroeproducenterne, som disse skulle modtage i henhold til en fællesskabsforordning, indeholdt et beløb til finansiering af en særlig fond, der skulle gøre det muligt at refundere de berørte sukkerroeproducenter en del af deres lageromkostninger. Indeholdelsen i støtten og den særlige fond var indført ved brancheaftaler mellem sukkerindustriens og sukkerroeavlernes organisationer. Domstolen udtalte, at

»de italienske myndigheders intervention rent faktisk ikke har været begrænset til at give Udligningsfonden beføjelse til at handle som befuldmægtiget for parterne i branche-

17 — Præmis 15.
18 — Dom af 13.7.1988, sag 102/87, Sml. s. 4067.
19 — Præmis 5.
20 — Nævnt ovenfor i note 10.
21 — Præmis 13.
22 — Dom af 24.4.1980, sag 72/79, Sml. s. 1411.

aftalerne. Aftalerne indeholder nemlig forskellige elementer, som intet har at gøre med en overenskomst, der frit er afsluttet mellem private organisationer. Således har landbrugsministeren konstateret, at aftalen er indgået, og at den under hensyn til de omstændigheder, under hvilke den er indgået, har virkning 'erga omnes'; for så vidt angår aftalen vedrørende produktionsåret 1977/1978, findes der foran denne konstatering en præambel, hvorom ministeren erklærer, at dens tekst udgør en integrerende del af aftalen; aftalerne træder i kraft på tidspunktet for vedtagelsen af de af CIP [23] trufne gennemførelsesforanstaltninger; ved aftalerne oprettes en 'paritetisk sammensat kommission', hvis formand er en repræsentant for ministeren, og som skal fremme iværksættelsen af aftalens bestemmelser og fastsætte visse gennemførelsesregler« [24],

og udledte heraf at:

»afslutningen og iværksættelsen af brancheaftalerne, Udviklingsfonden for Sukkers virksomhed og de af CIP og landbrugsministeren vedtagne retsakter er så snævert indbyrdes forbundne, at det er umuligt at adskille dem fra hinanden. Det må altså nødvendigvis fastslås, at brancheaftalerne er en del af en række foranstaltninger, der tilsigter at støtte den italienske sukkerindustri, og som den italienske regering har ansvaret for« [25].

27. I sagen Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen [26] vedrørende præferencetariffen for naturgas til nederlandske væksthusgartnerier har Domstolen, selv om Gasunie er et privatretligt selskab, fastslået, at

»for det første ... [besidder] den nederlandske stat direkte eller indirekte 50% af aktierne og råder over halvdelen af pladserne i bestyrelsen, som bl.a. skal fastsætte de tariffer, der skal anvendes. For det andet skal de af Gasunie anvendte tariffer godkendes af Økonoministeriet, hvilket, uanset hvorledes denne kompetence udøves, giver den nederlandske regering mulighed for at forhindre en tarif, som den ikke billiger. Endelig har Kommissionens henvendelser til den nederlandske regering om ændring af tariffen for gartneriet to gange fået tilslutning fra Gasunie og Landbouwschap [27]. Det var for det første tilfældet efter Kommissionens beslutning 82/73, som senere blev ændret, og anden gang efter beslutning 85/215, som anfægtes under denne sag« [28],

for derefter at udtale, at:

»de nævnte oplysninger viser, betragtet i deres helhed, at Gasunie ved fastsættelsen af gastarifferne på ingen måde handler selvstændigt, men handler under de offentlige myndigheders kontrol og efter deres direktiver. Det er følgelig fastslået, at Gasunie ikke kunne fastsætte denne tarif uden at tage hensyn til det offentliges krav« [29],

23 — Det Interministerielle Prisudvalg.

24 — Præmis 23.

25 — Præmis 24.

26 — Nævnt ovenfor i note 10; jf. ligeledes Domstolens nylige dom af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433, præmis 11-14.

27 — Repræsentant for gartnerierne.

28 — Præmis 36.

29 — Præmis 37.

og at

»denne konstatering er tilstrækkelig til at konkludere, at fastsættelsen af den omtvistede tarif er et resultat af *den nederlandske stats adfærd* og følgelig kan falde under begrebet statsstøtte i den i traktatens artikel 92 forudsatte betydning« [30].

28. Den foreliggende sag er særegen derved, at der ikke findes et af staten oprettet eller udpeget mellemled mellem dem, der finansierer »støtten«, nemlig sømænd, der er statsborgere i tredjelande, og de begunstigede, nemlig de tyske rederier.

29. I sagen Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor [31] har generaladvokat VerLoren van Themaat anført:

»... det kan meget vel tænkes, at også ydelse af ikke ubetydelige økonomiske fordele gennem medlemsstaterne, som imidlertid ikke selv finansierer støtten, falder ind under denne artikel. Man kan i denne forbindelse forestille sig tarifnedsættelser, som el-værker eller transportvirksomheder ifølge medlemsstaternes bestemmelser skal yde bestemte virksomheder eller varer (uden godtgørelse af udgifterne)« [32].

30. Dog bør Domstolens dom i Van Tiggelesagen [33] vedrørende et mindsteprissystem for genever nævnes. Heri har Domstolen udtalt, at

»uanset hvilken definition der skal gives begrebet støtte ... følger det af selve affattelsen af bestemmelsen [34], at en foranstaltning, der er kendetegnet ved, at den fastsætter mindstepriser for salg i detailleddet med henblik på at begunstige vareforhandleren, og som udelukkende er til byrde for forbrugerne, ikke kan udgøre en støtte i den i artikel 92 forudsatte betydning« [35].

Domstolen har heraf udledt, at

»de fordele, som et sådant indgreb i prisdannelsen medfører for vareforhandleren, ydes nemlig ikke, hverken direkte eller indirekte, ved hjælp af statsmidler i den i artikel 92 forudsatte betydning« [36].

31. Det tilsvarende spørgsmål vedrørende tilskudsbegrebet i GATT-koden vedrørende subsidier og udligningstold, som er en udløber af aftalen om fortolkning og anvendelse af artikel VI, XVI og XXIII i GATT [37], er hidtil ikke blevet klart besvaret. Således har G. Horlick, R. Quick og E. Vermulst [38] udtalt:

»In 1960 a Working Party on Subsidies stated:

'The GATT does not concern itself with such action (subsidies) by private persons

30 — Præmis 38, min fremhævelse.

31 — Dom af 13.10.1982, forenede sager 213/81, 214/81 og 215/81, Sml. s. 3583.

32 — Forslag til afgørelse, Sml. 1982, s. 3583, på s. 3606.

33 — Dom af 24.1.1978, sag 82/77, Sml. s. 25.

34 — EØF-traktatens artikel 92.

35 — Præmis 24.

36 — Præmis 25.

37 — Underskrevet den 12.4.1979 efter afslutningen af Tokyo-runden.

38 — »Government Actions against Domestic Subsidies, an Analysis of the International Rules and an Introduction to United States Practice«, *Legal Issues of European Integration*, 1986, s. 1, på s. 9.

acting independently of their governments except insofar as it allows importing countries to take actions under other provisions of the Agreement' [39].

Such actions under other provisions of the agreement could be countervailing duties according to article VI. A Working Party on Antidumping and Countervailing duties stated shortly thereafter:

'A large majority of the experts considered that it (the term subsidy) covered only subsidies granted by governments and semi-governmental bodies. Three experts considered that the word should be interpreted in a wider sense and felt that it covered all subsidies, whatever their character and whatever their origin, including also subsidies granted by private bodies'« [40].

32. J.-F. Beseler og A.-N. Williams har i deres værk, *Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law* [41], bemærket følgende:

»The problem is important. If a subsidy were to be equated with all forms of government intervention in the economy, this would lead, in the last resort, to the potential countervailability of any kind of state intervention, whether financial or merely regulatory, for example price controls of pollution standards.

The United States authorities appear to assimilate all forms of government intervention with subsidies.

Neither Article VI nor Article XVI of the GATT contain precise guidelines on the subject. However, the Illustrative List of export subsidies repeatedly uses such terms af 'provision', 'delivery', 'exception, remission' or 'grant' by governments. The last item of the list, number '1' expressly refers to 'any other charge on the public account constituting an export subsidy ...' These references clearly imply that a financial contribution by the state is an indispensable prerequisite of a subsidy« [42].

33. Fællesskabets og De Forenede Staters opfattelse synes således at være vidt forskellige på dette punkt.

34. Ifølge amerikansk ret er det nemlig muligt at indføre antisubsidieafgifter i forbindelse med subsidier ydet af private midler [43], selv om de amerikanske myndigheder, som det fremgår af teorien, kun gør forsigtig brug af denne mulighed [44]. G. Horlick, R. Quick og E. Vermulst hæfter sig dog i ovennævnte artikel ved, at der, for at man kan betegne den pågældende foranstaltning som subsidie, skal være tale om et statsligt indgreb, også selv om midlerne stammer fra private kilder. De udtaler således:

»In between assistance provided by the government and subsidies by private companies one could locate subsidies, provided by private companies at the order of the

39 — GATT, BISD, Supp. 9, afsnit 12, s. 192 (1961).
40 — A.st., afsnit 34, s. 200.
41 — London, Sweet and Maxwell, 1986.
42 — S. 123.
43 — Afsnit 303 i Tariff Act 1930, afsnit 701 (a) (i) (b) i Trade Agreements Act 1979.
44 — G. Horlick, R. Quick og E. Vermulst, a.st., s. 31.

government. It is this government-mandated type of assistance that the phrase 'required by government action' intends to cover. A good example of this practice can be found in the 1982 *Certain Steel Products from Spain Case*, in which the ITA found that the Spanish government had directed banks to lend certain funds to exporting companies in Spain at preferential rates and found this to confer a countervailable subsidy« [45].

35. Kommissionen har derimod i en afgørelse af 18. april 1985 [46] givet klart udtryk for sin mening om dette spørgsmål og erklæret: »I den internationale handel er subsidier frem for alt kendetegnet ved et finansielt bidrag fra de offentlige myndigheder. Dette fremgår bl.a. af litra l) i listen over eksempler på subsidier. Af denne liste, der er knyttet som bilag til forordning (EØF) nr. 2176/84 [47], fremgår det klart, at det er en nødvendig betingelse for, at der kan være tale om subsidier, at der foreligger en byrde for statskassen. Det ville være overdrevet at ligestille andre foranstaltninger end dem, der indebærer en byrde for statskassen, med subsidier. Dette ville i yderste fald bevirke, at ethvert offentligt indgreb i økonomien ville blive betegnet som subsidier, uanset om det var på beskatningsområdet eller endog ved hjælp af regler, f.eks. ved indførelse af kontrol med priser eller forureningsnormer.«

36. Denne principielle holdning fra Kommissionens side bekræftes i øvrigt af Domstolens praksis. I dommen i sagen Fediol mod Kommissionen [48] har Domstolen som svar på sagsøgerens anbringende om, at subsidiebegrebet ikke nødvendigvis indebærer en byrde for statskassen, henvist til den liste over eksempler på eksportsubsidier, som er indeholdt i bilaget til forordning nr. 2176/84, og udtalt:

»I sidste afsnit i listen betegnes 'enhver anden byrde for statskassen' som eksportsubsidieydelser som omhandlet i artikel XVI i GATT« [49].

Domstolen har heraf udledt, at

»det fremgår såvel af indholdet af denne generelle bestemmelse som af de andre eksempler i listen, at begrebet eksportsubsidier af fællesskabslovgiver er blevet opfattet således, at det nødvendigvis forudsætter en direkte eller indirekte økonomisk byrde for de offentlige myndigheder« [50].

37. Domstolen skal således tage stilling til en vanskelighed, som på et andet område er blevet behandlet udførligt inden for rammerne af GATT.

38. Generaladvokat Mancini henviste i øvrigt i sit forslag til afgørelse i sagen Fediol mod Kommissionen til støtte for det synspunkt, som Domstolen i sidste instans bekræftede, til »det indhold, som det beslæg-

45 — A.st., s. 32.

46 — Kommissionens afgørelse 85/239/EØF af 18.4.1985 om afslutning af antisubsidieproceduren vedrørende importen af sojakager med oprindelse i Argentina (EFT L 108, s. 28); jf. ligeledes Kommissionens afgørelse 85/233/EØF af 16.4.1985 om afslutning af antisubsidieproceduren vedrørende importen af sojakager med oprindelse i Brasilien (EFT L 106, s. 19, punkt 12.3).

47 — Forordning af 23.7.1984 om beskyttelse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, EFT L 201, s. 1.

48 — Dom af 14.7.1988, sag 187/85, Sml. s. 4155.

49 — Præmis 11.

50 — A.st.

tede begreb støtte har i henhold til traktaten, der — dette bør man ikke glemme — er en folkeretlig aftale«. Han udtalte videre, at efter hans opfattelse er støtte »også efter artikel 92 ... en statslig foranstaltning, der har indvirkning på de midler, det offentlige råder over, og som har til formål at begunstige bestemte virksomheder eller former for produktion« [51].

39. Kommissionen har under den mundtlige forhandling til støtte for sit synspunkt om, at den i den foreliggende sag omhandlede foranstaltning er en støtte efter artikel 92, stk. 1, som eksempel nævnt en af en medlemsstat indført afgift på køb af visse produkter, som skal indbetales til en fond, som videreformidler de pågældende beløb til en bestemt virksomhed. En sådan foranstaltning er efter Kommissionens opfattelse en støtte efter artikel 92, stk. 1.

40. Efter min opfattelse bør der i betragtning af sagens fakta vælges et mere ekstremt eksempel. Lad os forestille os en statslig foranstaltning, ifølge hvilken enkeltpersoner — forbrugere, arbejdstagere, handelsselskaber eller enhver anden kategori privatpersoner — skal betale et beløb til en bestemt virksomhed eller industrisektor. Efter min mening kræver det praktiske formål med artikel 92, nemlig at opretholde *lige konkurrencevilkår* for konkurrerende erhvervsdrivende, at man betegner en sådan foranstaltning som støtte. Ved »statslig« karakter i artikel 92, stk. 1's forstand tænkes der mere på den myndighed, der står bag foranstaltningen — staten og de instanser, der er oprettet af staten — og som således forstyrrer de normale markedsvilkår, end det organ eller den person, der finansierer støtten. Staten får bl.a. sine indtægter fra privatpersoner gennem direkte eller indirekte skatter og afgifter, og når alt kommer til alt er det borgerne og de erhvervsdrivende, der uanset arten og antallet af mellemled på en mere eller mindre diffus måde finansierer støtten. Jeg er af samme opfattelse som Domstolen, der i ovennævnte dom i Steinike og Weinlig-sagen [52] har udtalt følgende:

»... skal der imidlertid især tages hensyn til *virkningerne* af støtten for de virksomheder eller producenter, som begunstiges« [53].

Der skal således ikke tages særligt hensyn til midlernes oprindelse.

41. Når en virksomhed begunstiges af en dispensation, der er en følge af en bestemt statslig adfærd, uanset hvorfra finansieringen hidrører, påvirkes konkurrencevilkårene, og traktatens artikel 92 og 93 skal således anvendes.

42. Havde den tyske regering oprettet en særlig fond finansieret ved lovpligtige bidrag indeholdt i de lønninger, som udbetales til sømænd, der er statsborgere i tredjelande, en fond, der havde til opgave at finansiere de tyske rederiers investeringer, ville man ikke have bestridt, at en sådan foranstaltning var omfattet af artikel 92 og 93. Det forekommer mig ikke at være afgørende, at der ikke i den foreliggende sag er noget mellemled.

51 — Forslag til afgørelse, Sml. 1988, s. 4155, på s. 4173.

52 — Nævnt ovenfor i note 10.

53 — Præmis 21, min fremhævelse.

43. Foranstaltningens »statslige« karakter bør efter min opfattelse kun have noget at gøre med, hvem der er ansvarlig for støtten. Med andre ord kan man spørge, om den indførte støtte er en følge af *en adfærd, der kan tilskrives staten*? I sagen Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen [54] har Domstolen, selv om Gasunie er et privat selskab, som den nederlandske regering har aktier i, omhyggeligt beskrevet den indflydelse, den nederlandske regering kan have på Gasunie's beslutninger vedrørende tariffastsættelsen [55]. Undertiden er der simpelt hen tale om foranstaltninger indført ved love eller administrative forskrifter. I den foreliggende sag er den foranstaltning, der eventuelt kan betegnes som støtte, en følge af en forbundslov, og spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en adfærd, der kan tilskrives staten, rejser sig overhovedet ikke.

44. I forbindelse med dette punkt bør man i øvrigt ikke hæfte sig ved foranstaltningens fakultative karakter. Når foranstaltningen er en følge af en *bestemt adfærd*, som en medlemsstat frivilligt har vedtaget, er den omstændighed, at den omtvistede bestemmelse åbner en mulighed, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at artikel 92, stk. 1, ikke finder anvendelse. Markedsstrukturen og den stærke konkurrence i Fællesskabet kan nemlig føre til, at næsten alle de virksomheder, der kan nyde godt af fordelen, faktisk vil udnytte den mulighed, der således gives dem, for at nedbringe deres produktionsomkostninger. Støtte til etablering af virksomheder i et bestemt geografisk område har heller ikke obligatorisk karakter, og det er ikke lettere på forhånd nøjagtigt at udpege de begunstigede. Men det bestrides ikke, at sådanne foranstaltninger udgør støtte.

45. Domstolens dom i Van Tiggele-sagen [56] kan uden tvivl forklares ved den særlige karakter af prisreglerne, som i øvrigt er uforenelige med EØF-traktatens artikel 30, når de — f.eks. i form af fastsættelse af bestemte mindstepriser — kan vanskeliggøre afsætningen af indførte varer. Ligeledes er det uden tvivl prisreglernes generelle karakter, der gør, at de faktisk betragtes som støtte, bortset fra under særlige omstændigheder [57]. Jeg vil senere komme ind på det så omtalelige spørgsmål om almindelige foranstaltninger.

46. Denne sag giver således ved udviklingen af de fællesskabsretlige støttebestemmelser anledning til at påbegynde en sideløbende udvikling af antisubsidieretten, der vil gøre det muligt for Kommissionen i lighed med de amerikanske myndigheder at kæmpe mere effektivt mod foranstaltninger, der påvirker Fællesskabets handelsinteresser. Som H. Lesguillons har understreget efter at have erindret om Kommissionens holdning i ovennævnte sag Fediol mod Kommissionen [58], er »Kommissionen på en måde begrænset af bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 92 og 93 og sin egen vurdering af medlemsstaternes støtte til deres virksomheder og ligeledes af fællesskabssystemerne for virksomhedsstøtte. Det er generelt nødvendigt med en vis konsekvens«.

47. Såfremt støtten kan finansieres direkte af privatpersoner, kan mange statslige bestemmelser, såfremt de giver visse virksomheder eller industrisektorer mulighed for at nedbringe deres produktions- eller markedsføringsomkostninger, i givet fald betegnes som støtte. Den tyske regering har under den

54 — Nævnt ovenfor i note 10.

55 — Jf. præmis 36, som er citeret i punkt 27 ovenfor.

56 — Nævnt ovenfor i note 33.

57 — Som f.eks. fastsættelse af priser på et niveau, der begunstiger visse produkter til skade for konkurrerende produkter.

58 — *Dumping, subventions et autres mesures de défense commerciale*, Ferlex Éditions, 1989, bind 1, s. 841 og 842.

mundtlige forhandling nævnt eksemplet med en lovgivning, ifølge hvilken ikke alle virksomheder underkastes lovbestemmelser vedrørende beskyttelse mod afskedigelse og medbestemmelse i virksomheder. Efter min opfattelse er det her, kriteriet »støttens selektivitet« [59] spiller ind, når der skal sondres mellem disse almindelige foranstaltninger og støttebegrebet. Denne betingelse er udtrykkeligt omhandlet i artikel 92, stk. 1, hvori det kræves, at støtten skal begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner«.

48. Der er tale om et meget omtåleligt spørgsmål, som Domstolen hidtil ret sjældent har taget stilling til. I dommen af 10. december 1969 i sagen Kommissionen mod Frankrig [60] har Domstolen forkastet det argument, at en præferencesats for rediskontering ved udførsel ikke kan betegnes som støtte, med den begrundelse, at den anvendes på alle nationale varer, som eksporteres [61]. Domstolen har ligeledes i en traktatbrudssag mod Italien [62] givet Kommissionen medhold i, at en skattefinansiering af en del af arbejdsgiverbidragene, således at arbejdsgiverbidragene til sygesikringsordningen nedsættes mere for kvindelige end for mandlige lønmodtagere, hvorved visse dele af produktionen i Italien, i hvilke der i særlig grad anvendes kvindelig arbejdskraft, begunstiges, må betragtes som støtte. Generaladvokat Rozès har i sit forslag til afgørelse i denne sag anført:

»Under hensyn til, at skattefinansieringen af arbejdsgiverbidragene til sygesikringsordningen var tænkt at skulle omfatte *alle* sektorer i den italienske økonomi, accepterede Kommissionen imidlertid, at den ordning, som var indført ved lov nr. 33 af 23. februar 1980, kun var en første etape og var af så generel karakter, at den ikke faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 92, stk. 1, bortset fra bestemmelsen om, at arbejdsgiverbidraget for kvindelige lønmodtagere blev nedsat med et forholdsvis større beløb. Den begunstigede nemlig visse af de sektorer, der er særligt aktive i samhandelen mellem medlemsstaterne, og i hvilke der i særlig grad anvendes kvindelig arbejdskraft, hvorfor der forelå en med fællesmarkedet uforenelig støtte« [63].

49. I sagen Kommissionen mod Irland [64] har Kommissionen indtaget det standpunkt, at regeringsforanstaltninger til fordel for hele den indenlandske produktion til forskel fra indførte varer har en alt for generel karakter til at være omfattet af artikel 92, stk. 1. Generaladvokat Capotorti har dog i sit forslag til afgørelse i denne sag indtaget det modsatte standpunkt og om artikel 92 anført:

»Denne bestemmelse er flere gange blevet fortolket, som om ordene 'visse virksomheder eller visse produktioner' havde en meget snæver betydning, eller med andre ord, som om det alene var støtten til enkelte sektorer, der blev erklæret for en med fællesmarkedet uforenelig statsstøtte. Denne fortolkning er efter min opfattelse forkert. Det vil herved være tilstrækkeligt at nævne, at man mellem de former for støtte, der erklæres forenelige eller muligvis forenelige med fællesmarkedet (stk. 2 og 3 i artikel 92), finder forskellige former for støtte, der afgjort ikke gælder

59 — Et udtryk, der bl.a. anvendes af A. Mattera i *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 1990, 2. udg., s. 67.

60 — Forenede sager 6/69 og 11/69, Sml. 1969, s. 143, org. ref.: Rec. s. 523.

61 — Præmis 21.

62 — Dom af 14.7.1983, sag 203/82, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2525.

63 — Forslag til afgørelse, Sml. 1983, s. 2525, på s. 2533.

64 — Dom af 24.11.1982, sag 249/81, Sml. s. 4005, på s. 4015.

enkelte sektorer (f.eks. støtte, hvis formål er at råde bod på skader, der er forårsaget af naturkatastrofer, og støtte, der er nødvendig for at opveje alvorlige økonomiske ulemper for en medlemsstat); det ses ikke, hvorfor det skulle være nødvendigt udtrykkelig at nævne sådanne former for støtte, hvis den generelle regel om forenelighed i stk. 1 i den omhandlede artikel kun handlede om støtte til enkelte sektorer. Går man lidt ud over ordlyden af artikel 92, finder jeg det i al fald velbegrundet at antage, at der findes et almindeligt princip, hvorefter offentlig støtte til national produktion er forbudt, medmindre man da vil acceptere det meningsløse resultat, at støtte til enkelte sektorer er forbudt, mens støtte i videre omfang er tilladt« [65].

50. Jeg deler denne opfattelse, men vil dog som C. Quigley [66] bemærke, at »the dividing line between general aids and general measures of economic policy may be rather obscure«. Jeg finder, at det bør undersøges, om der foreligger en bestemt faktor, der gør det muligt at betegne en generel foranstaltning som støtte. En gennemlæsning af Domstolens domme får mig til at hælde til den opfattelse, at den eneste grundlæggende forudsætning for anvendelsen af artikel 92, stk. 1, er, at foranstaltningen ifølge sin natur har *karakter af en undtagelse* i forhold til opbygningen af det almindelige system, den udgør en del af.

51. Dette er efter min opfattelse den retssætning, hvorpå Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Frankrig [67] støttes; Domstolen har i denne dom betragtet indførelsen af en *præferences*ats for rediskontering ved udførsel som støtte. Undtagelsen ligger her i, at der er fastsat en særlig sats, som er lavere end den sats, der generelt finder anvendelse.

52. Det samme gælder Domstolens dom af 14. juli 1983 i sagen Kommissionen mod Italien [68], hvor Kommissionen har gjort gældende, at støtten består i en *større nedsættelse* af arbejdsgiverbidragene til sygesikringsordningen for kvindelige arbejdstagere. I dommen om den italienske tekstilsektor har Domstolen på tilsvarende måde fastslået, at den pågældende foranstaltning »delvis skal fritage virksomhederne inden for en særlig industrisektor for de pekuniære byrder, som følger af en *normal* anvendelse af det *almindelige* sociale forsorgssystem, uden at denne fritagelse berettiges ved dette systems karakter eller forvaltning« [69].

53. Henvisningen til muligheden af at retfærdiggøre fritagelsen ved systemets »karakter eller forvaltning« viser tydeligt, at det er nødvendigt at fastslå, om den omtvistede bestemmelse på en måde er en undtagelse i forhold til »den retlige normalitet«.

54. Domstolens praksis vedrørende statens kapitalinteresser i privatretlige virksomheder viser også klart, at dette kriterium er anvendt. Det er nemlig erhvervelsen af kapitalinteresser på betingelser, der ikke gælder for private investorer, der i så fald betragtes som støtte [70]. I det »klassiske« tilfælde, hvor staten indrømmer en virksomhed en form for støtte eller et lån til præferencesatser, er der ligeledes tale om en undtagelse, enten fordi det ikke er de offentlige myndigheders

65 — Forslag til afgørelse, Sml. 1982, s. 4005, på s. 4024.

66 — »The Notion of a State Aid in the EEC«, *European Law Review*, bind 13, 1988, s. 243, på s. 245.

67 — Forenede sager 6/69 og 11/69, nævnt ovenfor i note 60.

68 — Nævnt ovenfor i note 62.

69 — Sag 173/73, nævnt ovenfor i note 9, præmis 33, mine fremhævelser.

70 — Jf. vedrørende Domstolens seneste praksis på dette punkt dommen af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433.

natur at finansiere privatpersoner, eller fordi betingelserne for foranstaltningen ikke svarer til markedsbetingelserne.

55. Der er ingen tvivl om, at denne henvisning til støttens karakter af en undtagelse støtter sig på politiske og filosofiske forestillinger om statens rolle og grænserne for dens økonomiske virksomhed. Dette kan ikke undre, da formålet med artikel 92 er at underkaste de af statens indgreb, som går længere end til fastsættelsen af almindelige rammeforskrifter for økonomisk virksomhed, navnlig på det fiskale og sociale område, Fællesskabets kontrol. Begrebet undtagelse gør det efter min opfattelse lettere at sondre mellem støtte og disse almindelige økonomiske og socialpolitiske foranstaltninger, end hvis man blot identificerer de særlige begunstigede.

56. Som M.-J. Sussman [71] har udtalt om subsidiebegrebet i de amerikanske gennemførelsesbestemmelser til GATT, forholder det sig nemlig således, at:

»No government benefit is used by every citizen; all accrue to specific sectors. For example, paved roads are mainly used only by vehicle drivers, and in developing countries, large portions of the population may gain little from such benefits; government support of employee training, such as the United States provides, accrues only to industries that have such programs; and government provision of copper at prices just slightly above cost is a benefit which accrues only to users and consumers of copper« [72].

57. Det er ganske vist meget let at pege på særlige begunstigede, når støtten har form af betaling af et kapitalbeløb til denne eller hin bestemte virksomhed. Men når der er tale om en generel foranstaltning, viser dette kriterium dog også, hvor utilstrækkeligt det er, idet selv generelle foranstaltninger, som anført af ovennævnte forfatter, altid alene kommer nogle til gode. Tilsvarende kan man med hensyn til en undtagelsesbestemmelse til fordel for f.eks. eksportvirksomheder ikke på forhånd fastslå, nøjagtig hvem de begunstigede er. I et sådant tilfælde må støtten efter min opfattelse kunne karakteriseres ved selve sin karakter af undtagelse.

58. Sondringen mellem anvendelsesområdet for artikel 92 og 93 på den ene side og artikel 99-102 på den anden side er bestemt ikke let. Jeg mener, at en foranstaltning har karakter af undtagelse, når den ikke kan anvendes på alle de virksomheder og industrisektorer, som *ifølge systemets natur og opbygning* kunne tænkes at blive begunstiget.

59. Eksemplet i Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Frankrig [73] belyser denne problemstilling. Fastsættelsen af en rediskonteringssats for *alle* franske produkter, uanset om de er bestemt til eksport eller ej, er en generel foranstaltning, som efter min opfattelse ikke kan betragtes som støtte, ej heller selv om denne sats er mere fordelagtig end den, der anvendes i andre medlemsstater. Sådanne konkurrencefordrejninger over for virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, kan undgås ved anvendelse af EØF-traktatens artikel 99-102. Men når præferencesatsen alene gælder eksporterede

71 — »Countervailing Duties and the Specificity Test: an Alternative Approach to the Definition of 'Bounty or grant'«, *Law and Policy in International Business*, 1986, bind 18, s. 475.

72 — S. 505.

73 — Forenede sager 6/69 og 11/69, nævnt ovenfor i note 60.

produkter, betyder det derimod, at eksportvirksomhederne får en fordel på den pågældende stats marked. Da denne fordel påvirker handelen mellem medlemsstater, udgør den en støtte efter artikel 92, stk. 1.

60. I Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Italien [74] gives et andet eksempel på dette. Det er den større nedsættelse af arbejdsgiverbidragene *alene for kvindelige arbejdstagere*, der begunstiger de italienske virksomheder, som hovedsagelig beskæftiger kvindelig arbejdskraft. Kommissionen har i denne sag erkendt, at en lige stor nedsættelse af arbejdsgiverbidragene ville have ført til, at artikel 92 ikke fandt anvendelse på foranstaltningen.

61. Visse forfattere anvender her begrebet »forskelsbehandling« [75]. Hvis jeg ikke tager fejl, er dette begreb flertydigt i sammenhæng med støtte, idet forskelsbehandlingen nødvendigvis indebærer, at der findes virksomheder eller produkter i samme situation, dvs. som er konkurrenter, der ikke er omfattet af den omtvistede foranstaltning. I det foreliggende tilfælde kan en støtte efter min opfattelse faktisk forbeholdes visse virksomheder eller produkter, når der i den pågældende medlemsstat ikke findes konkurrerende virksomheder eller produkter. Alligevel fordrejer støtten ved at afvige fra det, der ville være den normale anvendelse af det pågældende system, konkurrencen til skade for de i andre medlemsstater etablerede virksomheder. Efter min opfattelse er det ikke nødvendigt at fastslå, at der finder »forskelsbehandling« sted i den pågældende medlemsstat, hvilket ville forudsætte en bekræftelse af, at der findes konkurrerende produkter eller virksomheder. Endnu engang forekommer det mig, at det alene kræves, at foranstaltningen har karakter af en undtagelse.

62. Som tidligere nævnt forhindrer det kriterium, at der skal være tale om undtagelser, at sådanne fiskale eller sociale foranstaltninger, som er generelle i den forstand, at alle virksomheder i den pågældende medlemsstat kan nyde fordel af dem, som f.eks. fastsættelse af arbejdsgiverbidrag eller skat af overskud på et bestemt niveau, betragtes som støtte. Når omfanget af virksomhedernes fiskale og sociale forpligtelser i en medlemsstat er mærkbart mindre end i andre medlemsstater, kan denne situation, som ubestrideligt påvirker konkurrencen, løses ved anvendelse af EØF-traktatens artikel 99-102. Med andre ord kan den generelle fordel, som denne eller hin nationale retsforskrift medfører, ikke vurderes på grundlag af artikel 92, stk. 1; for at kunne anvende denne bestemmelse må man fastslå, at der foreligger *en yderligere fordel* som følge af undtagelser fra de sociale eller fiskale bestemmelser. Dette har Domstolen efter min opfattelse givet udtryk for i dommen i sagen Italien mod Kommissionen [76], hvori den har fastslået, at

»... i øvrigt indeholder traktaten i artikel 99-102 regler vedrørende fjernelse af de forvridninger, som typisk følger af uoverensstemmelser mellem skattesystemerne og de sociale sikringsordninger i de forskellige medlemsstater, under hensyntagen til strukturvanskelighederne inden for visse industrisektorer; derimod kan den ensidige ændring af en bestemt faktor i produktionsomkost-

74 — Nævnt ovenfor i note 62.

75 — J. Carbajo i: C. Blumann, »Les aides nationales dans la Communauté européenne«, *Publications de l'université de Tours*, 1987, s. 12.

76 — Sag 173/73, nævnt ovenfor i note 9.

ningerne i en medlemsstats økonomiske sektor forstyrre den bestående ligevægt« [77].

63. Man møder den samme problemstilling i forbindelse med subsidiebegrebet i GATT-koden vedrørende subsidier og udligningstold. J.-F. Beseler og A.-N. Williams [78] bemærker herom:

»the effects of measures of a general nature *on international trade* are difficult or even impossible to determine since they tend to be mitigated or counterbalanced by other macro-economic factors, such as, for example, the variation in exchange rates or the level of taxation influenced by the measures in question. In any case, any attempt to call a measure of a general nature a subsidy would be absurd because, ignoring that the policies of all modern states imply, to varying degrees, some financial intervention of the government, it would make countervailable large sections of social and economic policy«.

64. Disse forfattere bemærker videre:

»The Community, though not having specifically mentioned this criterion in its own legislation, has therefore consistently argued in GATT that sector specificity is an indispensable requirement of any domestic subsidy« [79].

65. Kommissionen har i sin afgørelse af 16. april 1985 [80] bemærket: »Statens finansielle indgreb har altid udgjort et af de vigtigste instrumenter i den økonomiske og sociale politik. For så vidt som virkningerne af et sådant indgreb gør sig generelt gældende, er der ikke tale om konkurrencefordrejning på nationalt plan. Foranstaltninger, som generelt anses for at være af samfundsmæssig interesse, såsom oprettelse eller forbedring af nationale systemer vedrørende infrastruktur, uddannelse, offentlig sundhed eller transport, har ingen sådanne forvridende virkninger. Enhver konkurrencefordrejning forudsætter, at der finder forskelsbehandling sted til fordel for de grupper, der falder ind under de pågældende ordninger. I forbindelse med eksportsubsidier finder der forskelsbehandling sted mellem den del af produktionen, der går til hjemmemarkedet, og den del, der eksporteres. Derimod kendetegnes de indenlandske subsidier ved, at de ydes for at give visse virksomheder en fordel« [81].

66. Det synes dog, som om specificitetskriteriet for Kommissionen i givet fald kan tage form af en undtagelse fra en regels generelle anvendelighed. Således har Kommissionen i sin afgørelse vedrørende importen af sojakager med oprindelse i Argentina [82] med hensyn til den eksisterede forskel i eksportafgifterne for sojaprodukter for det første fastslået: »Det fremgår klart af bestemmelserne i GATT og Fællesskabets bestemmelser, i nærværende sag som anført i bilaget til forordning nr. 2176/84, at byrden for statskassen omfatter de offentlige myndigheders afkald på skatter eller andre beløb, som en skatteyder skylder. Kommissionen bemærker imidlertid, at situationen i det foreliggende tilfælde ikke indebærer et sådant afkald, men snarere indebærer, at der ikke skabes en ny afgiftsforpligtelse. Hvis man imidlertid generelt gik over til at kvalificere enhver sådan

77 — Præmis 38 og 39.

78 — A.st., s. 138, jf. ligeledes ovennævnte afgørelse 85/233/EØF, punkt 7.3.

79 — EØF-memorandum i sagen European Steel Products, GATT, dok. nr. SCM/35 af 21.10.1982, citeret af Beseler og Williams, a.st., s. 138, punkt 32.

80 — Afgørelse 85/233, nævnt ovenfor i note 46.

81 — A.st., punkt 7.3.

82 — Afgørelse 85/239, nævnt ovenfor i note 46.

form for ikke-skabelse af afgifter som subsidier, ville det svare til, at det forhold, at en offentlig myndighed beskatter visse personer eller produkter, men fritager andre, skulle betragtes som værende en finansiel støtte til de sidstnævnte« [83]. Kommissionen har dog erkendt, at »det er et spørgsmål, om ovenstående ræsonnement også ville gælde i det tilfælde, hvor en ny skatteforpligtelse var *den generelle regel* og manglende indførelse af en sådan forpligtelse *en undtagelse fra denne generelle ordning*« [84].

67. Domstolen har ligeledes anvendt undtagelseskriteriet i sin dom i sagen Fediol mod Kommissionen [85], hvori det hedder, at

»der med begrebet byrde ikke alene sigtes til tilfælde, hvor staten udbetaler midler, men også tilfælde, hvor staten giver afkald på et afgiftsprovenu ved at indføre *en undtagelse til en generel afgiftsregel*« [86],

og at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at

»den argentinske stat ... har givet afkald på et provenu, den *ellers* ville have opnået i kraft af den *almindelige* afgiftsordning« [87].

68. Det kriterium, som jeg foreslår Domstolen at lægge til grund for så vidt angår støtte, er således helt konsistent med det kriterium, som Domstolen i sin praksis anvender med hensyn til støttebegrebet.

69. Amerikansk ret vakler noget på dette punkt. International Trade Administration, som forvalter antisubsidieretten, anvender en »specificity test«, som i almindelighed defineres således: »The relevant inquiry under it is whether the benefit is bestowed upon a specific sector of the economy or is available generally to any similarly situated potential beneficiary. If the benefit is targeted to a specific sector, it is a countervailable bounty or grant. If it is made generally available to all similarly situated sectors, it is considered to be a valid non-countervailable government program, even if it has the incidental effect of encouraging exports« [88]. Denne »test« er imidlertid blevet forkastet af Court of International Trade i dommen Cabot Corporation v. United States [89] til fordel for en undersøgelse, som alene vedrører virkningerne af de omtvistede foranstaltninger.

70. Denne dom vurderes forskelligt i den amerikanske juridiske litteratur [90]. Således bemærker M.-J. Sussman [91]: »If a 'bounty or grant' is defined for the purpose of the countervailing duty law solely by its effects, then a subsidy will be found whenever there is a difference between the cost of

83 — Sammesteds, punkt 7.4.

84 — Sammesteds, mine fremhævelser.

85 — Nævnt ovenfor i note 48.

86 — Præmis 11, mine fremhævelser.

87 — Præmis 16.

88 — Ovennævnte artikel af M.-J. Sussman, nævnt i note 71, s. 478. Dette kriterium betegnes undertiden »principle of general availability«; jf. L.-A. Cameron og G.-C. Berg, »The U. S. Countervailing Duty Law and the Principle of General Availability«, *Journal of World Trade Law*, bind 19, nr. 5, s. 497.

89 — 620 F. Supp. 722, 730-33, CIT (1985).

90 — Imod: M.-J. Sussman, a.st., for: J.-L. Panzarella, »Is the Specificity test generally applicable?« i: *Law and Policy in International Business*, 1986, bind 18, s. 417; med hensyn til et andet, mere matematisk kriterium, som bygger på forholdet mellem de pågældende virksomheders fortjeneste og deres andel i BNP, se ovennævnte redegørelse af L.-A. Cameron og G.-C. Berg, s. 505.

91 — A.st., s. 497.

production of an imported good and its cost of production in the absence of a particular government or private benefit bestowed on the producer. Under this definition, virtually every act of government is a subsidy, including such things as the construction and maintenance of roads and the provision of police and armies.«

71. Court of International Trade har imidlertid udelukket »public goods« fra dette støttebegreb og udtalt: »Governments provide many such goods and services because of the inability of the price system to effectively provide these goods which tend to be indivisible and collectively consumable by all citizens whether they pay for them or not ... A public good provided by government benefits society in a collective manner. It is not conferred upon any specific enterprise or industry« [92].

72. Det er givet ikke nødvendigt her at bestemme, hvilken artikel blandt artikel 99-102, der er mest velegnet som grundlag for afskaffelsen af de konkurrencefordrejninger, der følger af medlemsstaternes fiskale og sociale systemer. Som D. Vignes har udtalt i 1973 [93], »er det med hensyn til den omstændighed, at artikel 101 i Fællesskabets fjortenårige levetid kun sjældent er blevet påberåbt og aldrig har dannet hjemmel for nogen fællesskabsakt, et spørgsmål, om ikke der er tale om en uheldig bestemmelse, der bygger på en fejlagtig analyse«. Og dog synes selve ordlyden af denne bestemmelse at tage sigte på generelle nationale foranstaltninger, hvis »forskelle ... forvansker konkurrencevilkårene på fællesmarkedet og derved fremkalder en fordrejning«. Allerede i 1956 blev der i Spaak-rapporten sondret mellem de generelle fordrejninger, der beroede på de særlige træk ved medlemsstaternes sociale og fiskale lovgivning, hvis indflydelse på virksomhedernes omkostninger »normalt blev udlignet ved de almindelige handelsbetingelser, navnlig valutakursen« [94], og de særlige fordrejninger, der specielt vedrører en bestemt økonomisk sektor i en medlemsstat. Sidstnævnte falder ind under artikel 101. Det må dog konstateres, at Domstolen hidtil ikke har fastlagt denne artikels anvendelsesområde i sine domme. Artiklen har, som anført af D. Vignes, muligvis en særlig rækkevidde inden for artikel 100's bredere anvendelsesområde. Den manglende anvendelse af artikel 101 beror muligvis på, at de situationer, som ifølge Spaak-rapporten falder ind under denne bestemmelse (»fordrejninger til fordel for eller til skade for bestemte industrisektorer eller bestemte virksomhedstyper«, eller »forskelle i kostpriser, som kunstigt indføres mellem virksomheder, som ellers kan være præget af de samme økonomiske eller tekniske kendetegn«), i dag vil blive betragtet som støtte efter artikel 92, stk. 1.

73. Jeg skal nu drøfte anvendelsen i den foreliggende sag af »undtagelseskriteriet«, som efter min opfattelse kan udledes af Domstolens samlede praksis.

74. Spørgsmålet er vanskeligt. Udgør den pågældende foranstaltning en undtagelse fra en generel regel? Den tyske regering har gjort gældende, at før indførelsen af det

92 — 620 F. Supp. 722, 731-32, nr. 8, CIT (1985).

93 — J. Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, s. 195.

94 — Delegationschefernes rapport til udenrigsministrene, Bruxelles, den 21.4.1956, s. 60.

supplerende register havde artikel 30 i ikrafttrædelsesloven til Bürgerliches Gesetzbuch allerede gjort det muligt i sådanne tilfælde at undlade at anvende tysk ret. Denne mulighed er bekræftet ved en dom afsagt af Bundesarbeitsgericht den 24. august 1989 [95]. Også ifølge folkeretten er der, som bemærket af regeringen, mulighed for i et sådant tilfælde at undlade at anvende flagstatens lovgivning. Der henvises navnlig til artikel 5, stk. 1, i konventionen om det åbne hav af 29. april 1958 og artikel 6 i konventionen af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser [96]. Loven om indførelse af det supplerende register blev kun vedtaget for at klarlægge situationen, idet de tyske rederier, i hvert fald indtil ovennævnte dom afsagt af Bundesarbeitsgericht, ikke var sikre på, at de kunne undlade at anvende national ret, og idet de under alle omstændigheder havde foretrukket at indregistrere deres skibe i stater, der ikke var medlemmer af Fællesskabet.

75. Disse bemærkninger er vigtige. Lad det straks være sagt, at den pågældende foranstaltning efter min opfattelse ikke har karakter af nogen undtagelse. Det drejer sig alene om en bestemmelse, der fastlægger grænserne for anvendelsen af tysk ret, eller nærmere bestemt om en bestemmelse, der, når sagen har udenlandske aspekter, gør det muligt for borgerne at vælge, hvilken lov der skal gælde for deres aftaler. Som den tyske regering — efter min opfattelse med rette — har anført, kan en medlemsstat, når dens retsregler finder anvendelse, kun *inden for disse retsregler* tillade særlige undtagelsesforanstaltninger, der da er omfattet af EØF-traktatens artikel 92 og 93. Situationen her er den samme som for fællesskabsvirksomheder, der beslutter at lægge deres produktion i tredjelande, hvor lønomkostningerne er lavere. Man ville ikke finde på at betragte lovgivningen i en medlemsstat, der giver sådanne virksomheder tilladelse til ikke at anvende de nationalretlige lønbestemmelser, som værende omfattet af EØF-traktatens artikel 92. Det særlige ved den foreliggende sag er, at virksomhederne inden for søtransport kan komme til at beskæftige arbejdstagere, der er statsborgere i tredjelande, og som ikke har bopæl i en af medlemsstaterne og derfor ikke er forpligtet til at ansøge om opholdstilladelse i en af disse stater.

76. Det har i denne forbindelse ingen betydning, at den tyske lovgiver har fundet det hensigtsmæssigt at oprette et supplerende register for at pege på denne mulighed. Denne reform er nemlig i betragtning af ovennævnte dom afsagt af Bundesarbeitsgericht ingen undtagelse i forhold til en tidligere retstilstand, hvorefter flagstatens ansættelsesret skulle anvendes.

77. Ifølge Domstolens praksis synes en ændring i forhold til en tidligere retstilstand i øvrigt ikke at være et afgørende kriterium. Ganske vist har Domstolen i sagen Italien mod Kommissionen [97] udtalt, at

»man ved anvendelsen af artikel 92, stk. 1, nødvendigvis [må] gå ud fra konkurrencesituationen i fællesmarkedet, før den omtvistede foranstaltning blev vedtaget« [98],

95 — Der Betrieb 1990, s. 1666.
96 — Henholdsvis BGBl. 1972 II, s. 1089, og EFT L 266, s. 1.
97 — Sag 173/73, nævnt ovenfor i note 9.
98 — Præmis 36.

men dette synes at være sket for at efterprøve, om den pågældende foranstaltning påvirker handelen mellem medlemsstaterne [99].

78. Som Domstolen har fastslået i sin dom i sagen Grækenland mod Kommissionen [100]:

»Det er ... uden betydning, at rentegodtgørelsen i sammenligning med den tidligere ordning for eksportkreditter er økonomisk neutral for så vidt angår den hellenske eksports konkurrencedygtighed, og at Kommissionen ikke har grebet ind over for den tidligere ordning, idet den nugældende ordning bedømt separat *begunstiger visse virksomheder*« [101].

79. Man kan heller ikke lægge de hensigter til grund, som den tyske lovgiver har givet udtryk for ved indførelsen af dette supplerende register. Dels afviger dette som tidligere nævnt ikke fra den tidligere retstilstand på det punkt, der interesserer os, dels har Domstolen i sine afgørelser ikke hæftet sig ved »hensigten med de omhandlede interventioner« [102], men defineret støttebegrebet »i kraft af deres virkninger« [103]. I den eneste sag [104], i hvilken Domstolen har taget hensyn til, at de omstridte bestemmelser ifølge den pågældende regering udgør en del af en helhed af foranstaltninger til fordel for visse erhvervsdrivende, har denne regering, efter at have underrettet Kommissionen om de pågældende bestemmelser i henhold til artikel 93, stk. 3, for Domstolen bestridt, at der var tale om støtte efter artikel 92, stk. 1 [105]. Domstolen har herefter betegnet den omtvistede foranstaltning som støtte, navnlig med den begrundelse, at foranstaltningen blev gennemført efter samme regler som normal statsstøtte.

80. Det er efter min opfattelse væsentligt at undersøge, om der findes en generel regel, ifølge hvilken flagstatens ansættelsesret skal finde anvendelse på de arbejdsaftaler, sømænd, der er statsborgere i tredjelande, og som ikke har bopæl i flagstaten, indgår.

81. Såfremt dette ikke er tysk rets løsning, er det heller ikke løsningen i henhold til den internationale privatret, der gælder mellem medlemsstaterne. Således tillader Romkonventionen, at parterne i en arbejdsaftale vælger, hvilken lov aftalen skal være underkastet (artikel 3, stk. 1, og artikel 6, stk. 1), forudsat arbejdstageren ikke berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i den lov, som ville finde anvendelse i mangel af et lovvalg. Denne lov kan ifølge artikel 6, stk. 2, være enten loven i det land, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde, eller loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbejdstageren, er beliggende, eller loven i et andet land, som arbejdsaftalen har en nærmere tilknytning til. Herefter er det efter min opfattelse, såfremt dette er tilfældet, ikke urimeligt at antage, at en filippinsk sømands arbejdsaftale, som er affattet på spansk, indgået på Filippinerne, og hvis genstand er ansættelse på et skib, som sejler mellem Sydøstasien og Tyskland, således at arbejdstageren under ingen omstændigheder kan have bopæl i Tyskland, er underkastet filippinsk ret.

99 — Jf. præmis 37-45.
100 — Nævnt ovenfor i note 10.
101 — Præmis 10, min fremhævelse.
102 — Sag 173/73, nævnt ovenfor i note 9, præmis 27.
103 — Sammesteds.
104 — Sag 290/83, nævnt ovenfor i note 10.
105 — Sammesteds, præmis 11-15.

82. I artikel 8 i det af Kommissionen den 2. august 1989 forelagte forslag til Rådets forordning om oprettelse af et EF-skibsregister samt om søgående skibes brug af EF-flaget [106] hedder det:

»Aflønning, arbejdstid og øvrige arbejdsvilkår for søfarende, som ikke er statsborgere i en medlemsstat, om bord på skibe optaget i EUROS, skal være i overensstemmelse med ILO-henstilling nr. 109 om løn, arbejdstid om bord og bemanding [107] fra 1958, medmindre der indgås kollektive lønoverenskomster med de i artikel 9 omhandlede organisationer.«

Artikel 9, stk. 1, indeholder følgende bestemmelse:

»hvis EF-skibsejere, som har registreret de skibe, de ejer eller driver, i EUROS, beskæftiger søfarende, som ikke er statsborgere i en medlemsstat, kan sådanne søfarende kun ansættes i henhold til kollektive lønoverenskomster indgået med fagforbund eller lignende organisationer i det land, hvor de har bopæl.«

83. Det bemærkes med interesse, at Kommissionen den 13. december 1991 har fremlagt et ændret forslag til denne forordning [108]. I henvisningerne er artikel 92, stk. 3, litra d), nu anført ved siden af EØF-traktatens artikel 84, stk. 2; men dette skyldes muligvis indføjelsen af en ny artikel 18, ifølge hvilken medlemsstaterne til arbejdsgiverne kan tilbagebetale indkomstskat fra søfarende, der har skattemæssigt hjemsted i en medlemsstat, af lønninger modtaget for et arbejde, de udfører som besætningsmedlemmer på et skib, der er registreret i EUROS. En sådan foranstaltning udgør uomtvisteligt støtte, hvilket i øvrigt fremgår af de nye betragtninger 17-20 i det ændrede forslag.

84. Ganske vist hedder det i det oprindelige forslags artikel 9, stk. 3, at kollektive lønoverenskomster med de repræsentative organisationer for søfarende, der er statsborgere i et tredjeland, er omfattet »af gældende ret i den medlemsstat, hvor skibet er registreret, eller, hvis dette udtrykkeligt er fastsat i overenskomsten, i en anden medlemsstat«, mens det i det ændrede forslags artikel 15, stk. 3, hedder: »Sådanne kollektive lønoverenskomster er omfattet af gældende ret i den medlemsstat, hvor skibet er registreret, eller, hvis dette udtrykkeligt er fastsat i overenskomsten, i en anden medlemsstat« (i den franske version: »de tout autre Etat«) [109]. Selv i den første udgave af forslaget er anvendelsen af en medlemsstats sømandslovgivning alene af interesse, såfremt mindstelønnen fastsættes autoritativt ved lov, således at der skal tages hensyn til den i de kollektive overenskomster. Det forholder sig noget anderledes, når mindstelønnen — som f.eks. i tysk ret — fastsættes i aftaler mellem arbejdsmarkedets parter.

106 — KOM(89) 266 endelig udg. (EFT C 263, s. 11).

107 — I hvilken der ifølge den belgiske regering er fastsat en mindstehyre på 286 USD pr. måned.

108 — KOM(91) 483 endelig udg. (EFT 1992 C 19, s. 10).

109 — Her skal det vel i den franske version hedde: »tout autre Etat membre«, således som det utvetydigt fremgår af den italienske og tyske version.

85. Således er det ifølge forslaget til forordning ikke obligatorisk at anvende de lønvilkår, der er fastsat i de i flagstaten gældende kollektive overenskomster.

86. For så vidt angår de løsninger, der er fremherskende i medlemsstaternes interne ret, må det fastslås, at visse af dem tillader, at flagstatens ret ikke anvendes, også selv om der ikke er foreskrevet oprettelse af et supplerende register.

87. I græsk ret er det f.eks. i artikel 25, stk. 2, i den borgerlige lovbog fastsat, at i mangel af et valg truffet af parterne »finder den ret anvendelse, som under de givne omstændigheder passer til aftalen«. Retten støtter sig herved på kriterier som sømandens nationalitet, stedet for aftalens indgåelse og opfyldelse, det sprog, aftalen er affattet på, rederiets hjemsted og skibets flag, uden at sidstnævnte faktor er afgørende [110].

88. Efter irsk ret afhænger det af, om sømanden er forhyret i Irland, om irsk lovgivning vedrørende løn finder anvendelse, hvilket således gør det muligt at udelukke anvendelsen af denne ret på sømænd, som er statsborgere i tredjelande og ikke har bopæl i Fællesskabet.

89. Efter britisk ret finder Employment Protection (Consolidation) Act af 1978 og Wages Act af 1986, som giver arbejdstagerne forskellige rettigheder, navnlig vedrørende aflønning, ikke anvendelse på sømænd, der er statsborgere i tredjelande og som arbejder på skibe, der sejler under Det Forenede Kongeriges flag, men ikke har bopæl i Det Forenede Kongerige. Disse sømænd skal ikke betale til socialsikringen [111].

90. Det er i de medlemsstater, der ikke har et andet eller et internationalt flag, eller ifølge hvis ret det ikke er tilladt at anvende udenlandske lønbestemmelser på sømænd, der sejler på skibe, der fører deres flag, at beskæftigelse af sømænd, der ikke stammer fra Fællesskabet, *er forbudt eller stærkt begrænset.*

91. Således hedder det i artikel 10 den belgiske lov af 5. juni 1928 om reglerne for ansættelsesaftaler for skibsfarten, at forhyring af sømænd »undtagen i tilfælde af force majeure skal finde sted blandt de personer, der er optaget i handelsflådens sammenslutning af sømænd«. For at blive registreret i sammenslutningen skal vedkommende i henhold til kongelig anordning af 9. april 1965 have bopæl i Belgien (artikel 7, stk. 1). Medmindre andet er bestemt i internationale aftaler kan udlændinge kun registreres i sammenslutningen, såfremt der ikke er belgiske ansøgere, og såfremt de har bopæl i Belgien.

92. I spansk ret er det ved Ley Orgánica nr. 7 af 1. juli 1985 om udlændinges rettigheder og friheder i Spanien [112] og ved artikel 30-33 i kongelig anordning nr. 1119 af 26.

110 — Efeteio Piræus 868/1980, EN 1981, s. 47, Areios Pagos 102/1961, Efeteio Athen 1238/1976, NOB 1976, s. 807, Efeteio Piræus 142/1983, EN 1983, s. 180, Efeteio Piræus 852/1983.

111 — Artikel 87-98 i Social Security (Contribution) Regulations 1979 (Statutory Instrument 1979, nr. 591), som ændret ved Social Security (Contributions) (Mariners) Amendment Regulations 1982 (Statutory Instrument 1982, nr. 206).

112 — BOE nr. 158 af 3.7.1985.

maj 1986 [113] med forbehold af de af Spanien ratificerede internationale konventioner forbudt virksomhederne at ansætte udenlandske lønmodtagere, såfremt disse ikke på forhånd har fået tilladelse til at arbejde i Spanien. Ifølge artikel 1.5, stk. 2, i vedtægten for arbejdstagere [114] udgør skibet ved arbejde til søs det formodede arbejdssted, som antages at ligge i den administrative kreds, hvori dets hjemhavn er beliggende.

93. For at blive ansat som sømand kræves det efter italiensk ret, at vedkommende er opført i registeret over søfarende som »gente di mare« [115]. Denne optagelse er med forbehold af forpligtelserne ifølge fællesskabsretten forbeholdt italienske statsborgere [116].

94. I Portugal er adgangen til »inscrição marítima«, som gør det muligt at blive ansat som sømand og opnå den relevante tilladelse, ligeledes forbeholdt portugisiske statsborgere, idet fællesskabsforpligtelserne og forpligtelserne i henhold til de af Portugal ratificerede internationale konventioner dog skal opfyldes [117].

95. Mange medlemsstater har i lighed med Forbundsrepublikken Tyskland indført et flag nr. 2, hvis formål ikke alene er at tillade afgørelse af lønspørgsmål efter udenlandsk ret for så vidt angår sømænd, der er statsborgere i tredjelande. Et flag nr. 2 gør det f.eks. muligt at beskæftige et større antal sømænd. Dette gælder det supplerende franske register for de franske områder i Sydpolarhavet og Antarktis, som undertiden benævnes »Kerguelen-flaget« [118], eller Luxembourgs offentlige søfartsregister, som blev oprettet ved lov af 9. november 1990 [119]. Dets betydning består undertiden i de skattemæssige lempelser, der indrømmes rederier, hvis skibe sejler under dette flag. Dette gælder f.eks. skibe, der er indregistreret i et oversøisk britisk område [120].

96. Denne korte undersøgelse af den nuværende situation i medlemsstaterne viser, at anvendelsen af flagstatens ret på lønvilkårene i arbejdsaftaler for sømænd, der er statsborgere i tredjelande og ikke har bopæl i flagstaten, på ingen måde kan betragtes som generel regel. Retsforskrifter, som indskrænker sig til at anvende et andet lands ret, har således ikke karakter af undtagelser i forhold til det, der kan kaldes »den retlige normalitet«.

97. Den forstyrrende virkning, som en medlemsstats fiskale eller sociale lovgivning kan have på konkurrencen inden for Fællesskabet, en virkning, der kan fjernes ved en harmonisering af disse retsforskrifter, kan efter min opfattelse være en følge af såvel de materielle bestemmelser i lovgivningen som af de bestemmelser, der regulerer dens

113 — BOE nr. 140 af 12.6.1986.

114 — Lov nr. 8 af 10.3.1980, BOE nr. 64 af 14.3.1980.

115 — Artikel 427 i Regolamento per la navigazione marittima; artikel 115 og 118 i cod. nav.

116 — Artikel 119 i cod. nav.

117 — Decreto-lei nr. 104/89, DR nr. 80 af 6.4.1989.

118 — Décret nr. 87-190 af 20.3.1987.

119 — Mém. A 1990, s. 808; af 54 skibe, som sejler under dette flag, stammer 51 fra Belgien, hvilket sandsynligvis skyldes muligheden for på denne måde at omgå den belgiske lov af 5.6.1928.

120 — Section 56 (1) i Merchant Shipping Act 1988; ligeledes: Merchant Shipping Act 1988 (Cayman Islands) Order 1988 (Statutory Instrument 1988, nr. 1841), Merchant Shipping Act 1988 (Isle of Man) Order 1989 (Statutory Instrument 1989, nr. 679), Merchant Shipping Act 1988 (Bermuda) Order 1989 (Statutory Instrument 1989, nr. 1334) og Merchant Shipping Act 1988 (Bermuda) Order 1991 (Statutory Instrument 1991, nr. 1703).

anvendelsesområde, såfremt sidstnævnte ikke har karakter af undtagelser i forhold til de regler, der fremgår af systemets »natur eller opbygning«.

98. Jeg kommer derfor til det resultat, at EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, skal fortolkes således, at den ikke finder anvendelse på retsforskrifter som dem, jeg her har gennemgået.

99. En sidste bemærkning. Skulle Domstolen beslutte ikke at følge mit forslag til afgørelse, må Kommissionen fastslå, om denne støtte påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og om den fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen.

100. I mellemtiden må de tyske retsforskrifter, der ikke er anmeldt i henhold til artikel 93, stk. 3, ikke længere anvendes.

101. Jeg skal i denne sammenhæng erindre om, at det ifølge Domstolens nylige dom i sagen Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires [121] tilkommer de nationale retter

»over for de borgere, som kan påberåbe sig, at bestemmelsen er tilsidesat, (at) sikre, at der drages alle konsekvenser heraf i henhold til national ret, såvel med hensyn til gyldigheden af de retsakter, der er udstedt til gennemførelse af støtteforanstaltningerne, som med hensyn til tilbagesøgning af den finansielle støtte, der er tildelt i strid med den omhandlede traktatbestemmelse eller i givet fald i strid med foreløbige forholdsregler« [122].

102. Følgelig foreslår jeg Domstolen at besvare det forelagte spørgsmål således:

»1) EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, omfatter ikke en national lov, hvorved der indrømmes frit valg med hensyn til, hvilken lov der skal anvendes på arbejds- og lønvilkårene i de arbejdsaftaler, som indgås mellem et rederi og en sømand, som er statsborger fra et tredjeland, og som ikke er bosat på nogen af medlemsstaternes område.

2) Forpligtelserne efter EØF-traktatens artikel 117 er ikke tilstrækkeligt præcise og ubetingede til at kunne påberåbes af private ved de nationale domstole.«

121 — Dom af 21.11.1991, sag C-354/90, Sml. I, s. 5505.
122 — Præmis 12.