FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 22. november 1990 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Tribunal de grande instance de Saint-Quentin og Cour d'appel de Mons har forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål om, hvorvidt en national bestemmelse om forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen er forenelig med fællesskabsretten. På grund af lighedspunkterne mellem de nationale retsregler, der er genstand for de to hovedsager, og når henses til, at de nationale domstole i store træk har forelagt samme fællesskabsretlige spørgsmål, skal jeg behandle de to sager i samme forslag.

Faktiske omstændigheder

2. I sag C-312/89 har fagforeningen Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne indgivet en begæring om, at der nedlægges forbud mod, at selskabet Conforama, der sælger møbler og køkkenudstyr, holder åbent om søndagen, og at selskabet idømmes tvangsbøder, indtil forbuddet overholdes. Begæringen støttes på en række bestemmelser i afsnit II, kapitel 1, i den franske code du travail (lov om arbejdsretlige forhold mv.), hvorefter arbejdstagernes ugentlige hviledag principielt skal falde på en søndag (jf. artikel L.221-5 sammenholdt med artikel L.221-2 og L.221-4). Der findes tre undtagelsesbestemmelser fra denne princípielle regel. For det første finder forbuddet ikke anvendelse på en række sektorer, der er udtømmende opregnet i code du travail, såsom restaurationer, hospitaler, aviskiosker mv. (jf. artikel L.221-9). For det andet kan der meddeles fritagelse til virksomheder, hvor personalet arbejder i skiftehold; anvendelsen af denne undtagelsesbestemmelse er i princippet betinget af, at der er indgået en kollektiv overenskomst (jf. artikel L.221-5-1 og L.221-10). Endelig kan de lokale myndigheder efter anmodning og for en begrænset periode meddele fritagelse fra hovedreglen (jf. artikel L.221-5, L.221-7 og L.221-19).

Det er ubestridt, at de sagsøgte i hovedsagen ikke kan påberåbe sig en af de nævnte undtagelsesbestemmelser. De har imidlertid gjort gældende, at forbuddet mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen, jf. code du travail, må antages at være uforeneligt med EØF-Traktatens artikel 30 og artikel 85. Den forelæggende ret, Tribunal de grande instance de Saint-Quentin, har taget påstanden om, at Domstolen forelægges en anmodning om præjudiciel afgørelse, til følge, idet spørgsmålet dog begrænses til en fortolkning af EØF-Traktatens artikel 30. Det præjudicielle spørgsmål lyder således:

»Omfatter begrebet 'foranstaltninger med tilsvarende virkning' som kvantitative indførselsrestriktioner, jf. Traktatens artikel 30,

* Originalsprog: nederlandsk.

et generelt forbud mod beskæftigelse om søndagen af arbejdstagere i en branche som møbelbranchen, når henses til,

1) at denne branche i vidt omfang forhandler importerede varer, bl.a. hidrørende fra EØF-medlemsstater

2) at virksomhederne inden for denne branche har en betydelig del af deres omsætning om søndagen i det tilfælde, hvor de har taget initiativet til at tilsidesætte de nationale retsregler

3) at søndagslukning kan føre til et betydeligt fald i omsætningen og følgelig i importen fra Fællesskabets medlemsstater, og

4) at der ikke i samtlige medlemsstater består en forpligtelse til at lægge arbejdstagernes ugentlige hvileperiode på en søndag?

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, kan de for denne branche særlige kendetegn da antages at opfylde kriterierne i Traktatens artikel 36?«

3. Tiltalte 1 i den anden sag (sag C-332/89) er direktør i selskabet Trafitex, der driver et stormagasin, som tiltalte 2 bestyrer. På grundlag af anklagemyndighedens anklageskrift blev de den 1. juli 1988 af Tribunal correctionnel de Charleroi idømt bøder med forvandlingsstraf af fængsel for at have overtrådt bestemmelserne i den belgiske lov af 16. marts 1971 om arbejdsforhold; den forelæggende ret, Cour d'appel de Mons, skal som appelinstans tage stilling til den afsagte dom.

Artikel 11 i den belgiske lov bestemmer, at det er forbudt at beskæftige arbejdstagere om søndagen. Også denne lov indeholder flere undtagelsesbestemmelser. Ifølge lovens artikel 3, stk. 1, finder forbuddet ikke anvendelse på en række kategorier af arbejdstagere (herunder personer, der er beskæftiget af de offentlige myndigheder, eller i en familievirksomhed, og besætningen på fiskerfartøjer). Lovens artikel 12 ff. indeholder andre undtagelsesbestemmelser, der navnlig vedrører overvågning samt rengøring og vedligeholdelse af erhvervslokaler, skifteholdsarbejde osv. Lovens artikel 13 bestemmer, at der ved kongelig anordning kan oprettes en liste over virksomheder, der må beskæftige arbejdstagere om søndagen, samt over arbejde, der kan udføres af de ansatte om søndagen. De detailforretninger, der ikke ifølge denne liste har tilladelse til at beskæftige deres personale om søndagen, kan ifølge lovens artikel 14, stk. 1, dog beskæftige arbejdstagere om søndagen fra kl. 8.00 til 12.00.

I hovedsagen er der netop rejst tiltale for beskæftigelse af arbejdstagere om søndagen efter kl. 12.00, hvilket er i strid med ovennævnte bestemmelse. De tiltalte har for Cour d'appel gjort gældende, at forbuddet er uforeneligt dels med EØF-Traktatens bestemmelser om frie varebevægelser og fri udveksling af tjenesteydelser, dels med Traktatens artikel 85. Cour d'appel, der

fandt, at de tiltaltes argumenter ikke umiddelbart var ugrundede, har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Er bestemmelserne i artikel 1, artikel 11 og artikel 14, stk. 1, samt artikel 53, 54, 57, 58 og 59 i lov af 16. marts 1971, som navnlig ændret ved lov af 20. juli 1978 og ved kongelig anordning nr. 15 af 23. oktober 1978, i strid med artikel 3, litra f), og artikel 5 samt artikel 30-36, 59-66 og 85 i Rom-Traktaten af 25. marts 1957?«

Spørgsmålet skal forstås således, at den forelæggende ret anmoder Domstolen om en fortolkning af ovennævnte traktatbestemmelser, således at retten kan afgøre, om de omtalte nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten [1].

Fortolkningen af Traktatens artikel 30

4. Den af Domstolens Sjette Afdeling den 23. november 1989 afsagte dom i sag C-145/88, Torfaen Borough Council mod B & Q PLC (herefter benævnt »B & Q-dommen«) [2], er af stor betydning for besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål vedrørende Traktatens artikel 30, som Domstolen nu skal tage stilling til. Cwmbran Magistrates' Court havde spurgt Domstolen, om nationale bestemmelser om forbud mod salg af visse varer om søndagen måtte antages at være i strid med EØF-Traktatens artikel 30. Domstolen kendte for ret:

»Traktatens artikel 30 skal fortolkes således, at det heri fastsatte forbud ikke finder anvendelse på nationale bestemmelser, hvorefter detailforretninger ikke må holdes åbne om søndagen, såfremt de begrænsninger af samhandelen inden for Fællesskabet, der måtte følge heraf, ikke går ud over, hvad der er karakteristisk for bestemmelser af denne art.«

5. Inden jeg går nærmere ind på denne dom, skal jeg henlede opmærksomheden på ligheden mellem de nationale bestemmelser, der var genstand for sag C-145/88, og dem, der ligger til grund for de to nye sager.

Mens der i sag C-145/88 var tale om et principielt forbud mod at drive handel om søndagen, vedrører de nye sager et forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen. Efter min opfattelse er denne forskel ikke af større betydning; da det drejer sig om anvendelsen af Traktatens artikel 30, har de to typer forskrifter næsten samme indflydelse på samhandelen inden for Fællesskabet. I sag C-145/88 havde den forelæggende ret nemlig lagt til grund, at forbuddet mod at drive handel om søndagen havde ført til en nedgang i virksomhedens samlede salg, at ca. 10% af de af virksomheden solgte varer hidrørte fra andre medlemsstater, og at der følgelig måtte forventes en tilsvarende nedgang i importen fra disse medlemsstater. I de to nye sager står de nationale domstole åbenbart over for tilsvarende faktiske omstændigheder. For så vidt angår sag C-312/89, har den forelæggende ret udtrykkeligt fastslået følgende tre forhold: De sagsøgte virker inden for en branche, der i vidt omfang sælger importerede varer, der for en stor del hidrører fra andre

1 — Jf. dom af 20.4.1988 (sag 204/87, Bekaert, Sml. s. 2029, præmis 5), og dom af 7.3.1990 (sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 7 og 8).

2 — Sml. s. 3851.

EØF-lande, denne branches virksomheder har en betydelig del af omsætningen om søndagen, og søndagslukning vil føre til et fald i omsætningen og, som følge heraf, i importen fra andre medlemsstater.

Forelæggelsesdommen i sag C-332/89 indeholder ikke tilsvarende oplysninger, men det fremgår af sagen, at en af Tribunal correctionnel de Charleroi indhentet sagkyndig udtalelse viser, at i perioden september 1986-december 1987 faldt ca. 22% af virksomhedens omsætning om søndagen, og at omsætningen, såfremt virksomheden hver uge skulle holde lukket om søndagen og ikke om tirsdagen, ville falde med ca. 13% [3]. Jeg må yderligere gå ud fra, at omsætningsnedgangen ifølge det af den nationale ret oplyste også omfattede varer importeret fra andre medlemsstater. I modsat fald ville vi stå over for en situation, der som følge af manglende grænseoverskridende element falder 100% inden for en medlemsstats interne marked, hvorfor artikel 30 ikke finder anvendelse [4].

Som vi senere skal se, består der også, for så vidt angår de legitimerende omstændigheder for de respektive nationale bestemmelser, stor lighed mellem de bestemmelser, der var genstand for B & Q-dommen (sag C-145/88), og dem, der nu skal tages stilling til. Herved bliver B & Q-dommen blot så meget desto mere relevant for de foreliggende sager.

6. I B & Q-dommen fastslog Domstolen, at de omtvistede bestemmelser uden forskel fandt anvendelse på importerede og indenlandsk fremstillede varer (præmis 11). Det bemærkes, at bestemmelserne ikke blot fandt anvendelse uden forskel på det formelle plan, men også med hensyn til indholdet, idet det fremgik af forelæggelseskendelsen, at det ikke herved blev vanskeligere at fremstille eller sælge importerede varer end indenlandsk fremstillede varer. Under henvisning til Cinéthèque-dommen [5] fastslog Domstolen, at besvarelsen af spørgsmålet, om sådanne bestemmelser, der er neutrale i forhold til importerede og indenlandsk fremstillede varer, er forenelige med fællesskabsretten, er afhængig af to forhold. Dels skal det afgøres, om bestemmelserne forfølger et i fællesskabsretten anerkendt mål, dels om virkningerne af sådanne bestemmelser ikke går videre end nødvendigt af hensyn til gennemførelsen af det tilsigtede mål (jf. dommens præmis 12) [6]. Herved anerkendte Domstolen indirekte, men utvetydigt at den pågældende foranstaltning umiddelbart var af Dassonville-typen, dvs. at den kunne betegnes som »bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet« [7].

3 — Jf. bilag 2 til de af tiltalte i hovedsagen indgivne indlæg.

4 — Dette princip blev fastlagt generelt (om end i forbindelse med etableringsfrihed) i dommen af 8.12.1987 (sag 20/87, Gauchard, Sml. s. 4879, præmis 11 og 12); for så vidt angår den senere anvendelse af dette princip i forbindelse med fri udveksling af tjenesteydelser, henvises også til dommen af 3.10.1990 (forenede sager C-54/88, C-91/88 og C-14/89, Nino m.fl., Sml. I, s. 3537, præmis 10 og 11).

5 — Dom af 11.7.1985 (forenede sager 60/84 og 61/84, Sml. s. 2605, navnlig præmis 22).

6 — Jeg mener, at denne formulering er mere præcis end den, der er gengivet ovenfor under punkt 4, og som er anvendt i domskonklusionen, hvori der ikke henvises til, hvad der er »nødvendigt«, men alene til »hvad der er karakteristisk for bestemmelser af denne art«. Kriteriet »nødvendighed« har et normativt indhold, som ikke kan tillægges udtrykket »hvad der er karakteristisk«.

7 — Dom af 11.7.1974 (sag 8/74, Sml. s. 837, præmis 5).

Jeg skal hertil fremsætte to betragtninger. I mit forslag til afgørelse i sag C-145/88 foreslog jeg at begrænse rækkevidden af formuleringen i Dassonville-dommen en smule ved på handelsretlige bestemmelser, der er neutrale over for importerede og indenlandsk fremstillede varer, at anvende kriteriet »markedsopdeling«, som anvendes i konkurrencesager[8]. I B & Q-dommen tilsluttede Domstolen sig ikke dette synspunkt, men foretrak indirekte at tage udgangspunkt i Dassonville-kriteriets gennerelle aspekt. Hvis Domstolen nu måtte ønske at gå en anden vej, vil jeg gerne henvise til dette tidligere forslag. Jeg skal her gå ud fra det princip, som Domstolen endeligt har lagt til grund for Dassonville-reglen, og som jeg tager som udgangspunkt for dette forslag. Det betyder ikke, at den markedsopdelende virkning, som kan følge af nationale bestemmelser, hverken kan eller bør tages i betragtning, når der i forbindelse med en undersøgelse af, om en given begrænsning går ud over, hvad der er nødvendigt, skal foretages en afvejning af virkningen af og formålet med de pågældende bestemmelser (jf. punkt 12 nedenfor).

En anden betragtning vedrører følgerne af Dassonville-kriteriet for den forelæggende ret. Selv om det principielt påhviler denne at afgøre, om de pågældende nationale bestemmelser direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan påvirke samhandelen inden for Fællesskabet, er den af Domstolen fastlagte Dassonville-regel også i B & Q-dommen så rummelig, at den også omfatter enhver bestemmelse, der både med hensyn til mål og virkninger indeholder et grænseoverskridende moment. Det fremgår af Domstolens praksis, at selv bestemmelser, som kan udgøre en hindring for importen som følge af en enkelt erhvervsdrivendes adfærd[9], principielt kan henføres under Dassonville-kriteriet[10] eller i det mindste, at Domstolen betragter muligheden herfor som tilstrækkelig for at søge efter legitimerende omstændigheder begrundet i artikel 30 eller 36[11]. Det er kun, når bestemmelserne ikke påvirker markedsføringen af den pågældende vare på det for samhandelen inden for Fællesskabet relevante stadium[12], eller når bestemmelserne ikke vedrører andre former for markedsføring af samme vare[13], eller det er muligt at sælge varen gennem andre kanaler[14], at bestemmelserne ikke er omfattet af artikel 30[15].

7. Da Domstolen i B & Q-dommen har fastslået, at forbuddet efter artikel 30 principielt finder anvendelse på en pligt til at lukke detailforretninger om søndagen, må det samme resultat, når henses til den ovenfor fastslåede lighed (punkt 5), nødvendigvis kunne overføres på det her omhandlede forbud mod at beskæftige arbejdstagere om

8 — Forslag til afgørelse fremsat den 29.6.1989, punkt 13-15 (Sml. s. 3865).

9 — Det gælder ikke i det foreliggende tilfælde, såfremt det for den omhandlede vare måtte vise sig, at den erhvervsdrivende i løbet af ugens øvrige dage fuldt ud får dækning for den omsætning, som han har mistet som følge af forbuddet mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen.

10 — Jf. dom af 16.5.1989 (sag 382/87, Buet, Sml. s. 1235, præmis 7 og 9) samt B & Q-dommen.

11 — Det er klart tilfældet i B & Q-dommen, hvor de legitimerende omstændigheder undersøges i forhold til de eventuelle virkninger for samhandelen inden for Fællesskabet, som *kan følge* af de pågældende nationale bestemmelser; se domskonklusionen.

12 — Dom af 14.7.1981 (sag 155/80, Oebel, Sml. s. 1993, præmis 19 og 20). Se også dom af 25.11.1986 (sag 148/85, Forest, Sml. s. 3449, præmis 19).

13 — Dom af 31.3.1982 (sag 75/81, Blesgen, Sml. s. 1211, præmis 9).

14 — Dom af 11.7.1990 (sag C-23/89, Quietlynn, Sml. I, s. 3059, præmis 11).

15 — Det fremgår af de sidste to eksempler, at Domstolen anerkender, at en erhvervsdrivendes omsætningsnedgang kan opvejes af andre erhvervsdrivendes meromsætning i samme medlemsstat. Domstolen støtter sig her på de simple muligheder, der ligger i de pågældende bestemmelsers *anvendelsesområde* (jf. eksempelvis den i fodnote 12 nævnte Oebeldom, præmis 19), uden at henvise til oplysninger udtrykt i tal, hvilket i øvrigt også ville være vanskeligt i praksis.

søndagen, i det mindste når den nationale ret i begge tilfælde har fastslået, at bestemmelserne potentielt udgør en hindring for importen, jf. Dassonville-kriteriet.

Jeg kan imidlertid ikke lade det blive ved det, da jeg så ville forbigå et væsentligt punkt, som Kommissionen har tillagt stor betydning i sine indlæg. I B & Q-dommen udtalte Domstolen nemlig, at spørgsmålet om, hvorvidt virkningerne af bestemte nationale bestemmelser faktisk ikke går ud over rammerne (sådan som det kræves i dommen, jf. punkt 6 ovenfor) for handelsretlige bestemmelser, der forudsættes begrundet, henhører under de faktiske omstændigheder, som det tilkommer den nationale domstol at tage stilling til (præmis 16).

Kommissionen har fremhævet, at det ikke kan overlades til de nationale domstole at afgøre, om givne bestemmelser er nødvendige og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og har her fremført en række, efter min opfattelse, overbevisende argumenter. Ganske vist tilkommer det ikke Domstolen inden for rammerne af en procedure efter Traktatens artikel 177 at tage stilling til nationale bestemmelsers gyldighed; ikke desto mindre har Domstolen altid fremhævet, at den med henblik på samarbejdet med de nationale retter, jf. denne bestemmelse, er kompetent til at udlede de momenter, der er nødvendige for fortolkningen af fællesskabsretten, således at den nationale ret kan træffe afgørelse i den tvist, som er indbragt for den, i overensstemmelse med fællesskabsreglerne [16]. Kun på denne måde er det muligt at tilgodese hovedformålet med den præjudicielle procedure, nemlig at sikre en ensartet anvendelse i hele Fællesskabet af alle de bestemmelser, der udgør Fællesskabets retsorden, for at undgå, at de tillægges forskellige retsvirkninger alt efter fortolkningen heraf i de forskellige medlemsstater [17].

I forbindelse med den nationale rets undersøgelse af, om nationale bestemmelser er lovlige, betyder det nærmere bestemt, at den forelæggende ret forsynes med tilstrækkelig præcise kriterier til at tage stilling til, om de nationale bestemmelser er i overensstemmelse med fællesskabsretten [18]. Domstolen har i sine domme vedrørende de frie varebevægelser altid overholdt dette princip strengt [19], og jeg vil tillade mig på det stærkeste at anbefale Domstolen fortsat at følge denne linje.

I de foreliggende sager er det ganske vist ikke så nødvendigt at fastlægge præcise kriterier, fordi spørgsmålet efter B & Q-dommens afsigelse nemt kan løses. Selv i enkle tilfælde er det dog nødvendigt at sætte løsningen ind i en generel ramme. Ved ikke at gøre det skabes en risiko for, at der opstår en uoverskuelig kasuistik, som dårligt giver den nationale ret noget holdepunkt.

8. I min søgen efter generelle kriterier skal jeg — i overensstemmelse med argumentationen i B & Q-dommen — først undersøge, hvornår det kan siges, at en national

16 — Jf. f. eks. dom af 13.3.1984 (sag 16/83, Prantl, Sml. s. 1229) og 14.10.1980 (sag 812/79, Burgoa, Sml. s. 2787, navnlig præmis 13).

17 — Jf. f. eks. dom af 20.9.1990 (sag C-192/89, Sevince mod Staatssecretaris van Justitie, Sml. I, s. 3461, præmis 11).

18 — Det forhold, at B & Q-dommen her lader mere end ét spørgsmål stå åbent, illustreres af sag C-304/90, som netop er blevet registreret på Domstolens Justitskontor, og hvori Reading and Sonning Magistrates' Court har forelagt en række detaljerede spørgsmål vedrørende fortolkningen af dommen, navnlig for så vidt angår anvendelsen af proportionalitetskriteriet (jf. det andet præjudicielle spørgsmål i den pågældende sag).

19 — Jf. f. eks. den ovenfor under fodnote 5 nævnte dom af 11.7.1985, Cinéthèque, præmis 22 og 23, og dom af 14.7.1988, (sag 407/85, 3 Glocken m.fl. mod USL Centro Sud mfl., Sml. s. 4233, præmis 12-27). Se også dom af 7.3.1990 (sag C-362/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 667).

lovgivning, der som den, Domstolen her skal tage stilling til, er fuldstændig neutral over for importerede og indenlandsk fremstillede varer, forfølger et mål, der er begrundet i fællesskabsretten, for dernæst at se på spørgsmålet, om de eventuelle hindringer, som de pågældende bestemmelser påfører samhandelen, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt, for at nå det tilsigtede mål.

Det forudsætter en treleddet undersøgelse, nemlig vedrørende spørgsmålet, om det med bestemmelserne forfulgte mål er begrundet (punkt 9, 10 og 11 nedenfor), vedrørende arten af de herved skabte hindringer (punkt 12) og endelig vedrørende nødvendigheden af disse hindringer (punkt 13 og 14).

9. Jeg skal først se på spørgsmålet, om de omhandlede bestemmelser forfølger et mål, der er begrundet i fællesskabsretten. I det for Domstolen anførte er der ikke fra nogen side gjort forsøg på at begrunde bestemmelserne i et af de i artikel 36 nævnte hensyn. Det samme gælder B & Q-dommen. Jeg mener, det er med rette, da det eneste hensyn, som med rimelighed kan påberåbes, er beskyttelsen af den offentlige sundhed. Selv om forbuddet mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen utvivlsomt kommer arbejdstagerne og således »menneskers ... sundhed« til gode, har dette forbud imidlertid på samme måde som forbuddet mod, at selvstændige handlende holder åbent om søndagen, som allerede nævnt et andet formål [20].

Det forholder sig anderledes med de i »Cassis de Dijon«-doktrinen anerkendte »tvingende hensyn« [21]. Beskyttelsen af arbejdsmiljøet (der udtrykkeligt nævnes i Traktatens artikel 100 A) og arbejdstagernes deraf afhængige velfærd kan utvivlsomt anses for tvingende hensyn. Imidlertid er ingen af disse hensyn i sig selv tilstrækkelige, da de som anført af de sagsøgte i sag C-312/89 ikke kan anses for tilstrækkelig begrundelse for, at arbejdstagernes ugentlige hviledag skal lægges på en bestemt dag, nemlig søndag. En bestemmelse, der indeholder et forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen, kan kun være begrundet, såfremt det må antages at være i overensstemmelse med fællesskabsretten, at en medlemsstat vælger et forbud mod at beskæftige arbejdstagere eller holde åbent om søndagen for i videst muligt omfang at sikre borgerne samme hviledag, således at de sammen kan dyrke alle former for ikke-faglige (såsom familiemæssige, religiøse, kulturelle og sportslige) aktiviteter. Det betyder imidlertid, at listen over tvingende hensyn udvides med en ny legitimerende omstændighed.

10. På dette punkt er B & Q-dommen udtryk for en bemærkelsesværdig udvikling. I dommen henvises for det første til Oebeldommen af 1981 [22], hvori Domstolen fastslog — selv om det ikke umiddelbart var i forbindelse med vurderingen af en eventuel legitimerende omstændighed — at det for bagerier og konditorier i Tyskland gældende forbud mod at arbejde inden kl. 4.00 om morgenen

»... i sig selv udgør en berettiget økonomisk- og socialpolitisk regel, der harmonerer med de almeninteresser, som Traktaten forfølger. Dette forbud har til formål at forbedre arbejdsvilkårene inden for et notorisk ømtåleligt område, der i produktionsmæssig hen-

20 — Hvis forbuddet skulle beskytte menneskers sundhed, ville det heller ikke være berettiget at lægge den pligtige hviledag på én og samme dag, jf. det senere i forslaget anførte.

21 — Anvendt første gang i dom af 20.2.1979 (sag 120/78, Rewe, Sml. s. 649, præmis 8).

22 — Dom af 14.7.1981 (jf. fodnote 12).

seende er præget af særlige forhold, såvel med hensyn til produkternes kvalitet som til forbrugernes vaner« (præmis 12).

Derefter anvendte Domstolen denne argumentation i B & Q-dommen, denne gang faktisk i forbindelse med vurderingen af en legitimerende omstændighed, og udtalte:

»Der må anlægges samme synspunkt, for så vidt angår nationale bestemmelser om åbningstider for detailhandelen. Sådanne bestemmelser afspejler nemlig en række politiske og økonomiske valg, idet de har til formål at sikre, at arbejds- og hviletiden tilpasses de særlige sociokulturelle forhold på nationalt eller regionalt plan, som det på fælleskabsrettens nuværende udviklingstrin tilkommer medlemsstaterne at tage hensyn til« (præmis 14) [23].

I denne såvel som i andre domme [24] spores en vis tilbøjelighed hos Domstolen til ud over de »klassiske« legitimerende omstændigheder, der støttes på »Cassis de Dijon«-doktrinen (såsom forbrugerbeskyttelse, god markedsføringsskik og, i forbindelse med disse to hensyn, et gennemskueligt marked, effektiviteten af skattekontrol, miljøbeskyttelse og beskyttelse af arbejdsmiljøet) — hvoraf enkelte i mellemtiden er blevet optaget i EØF-Traktatens artikel 100 A — at anerkende yderligere »tvingende hensyn« og at samle dem, med eller uden de forudgående, under én fællesnævner. Denne fællesnævner kan f.eks. lyde således: alle nationale bestemmelser, hvis vedtagelse indebærer et kulturpolitisk og/eller socialøkonomisk valg, som falder inden for rammerne af de med Traktaten forfulgte almennyttige mål (såsom de i artikel 100 A nævnte) og/eller er tilpasset nationale, regionale, sociokulturelle eller andre særlige hensyn, som det, på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, tilkommer medlemsstaterne at tage stilling til.

Det drejer sig i virkeligheden om — såfremt man tager den rummelige Dassonville-regel som udgangspunkt — bedst muligt at samle de utallige potentielle legitimerende omstændigheder under et generelt, men dog udtømmende udtryk. Af det allerede anførte fremgår det, at et sådant udtryk som følge af de vage begreber, det indeholder, ikke kan anses for en sikker ledetråd. Udtrykket har imidlertid en vis vejledende værdi. Det er f. eks. klart, at fastsættelsen af søndagen som almindelig ugentlig hviledag falder ind under dette udtryk, hvilket i øvrigt svarer til, hvad Domstolen gav udtryk for i B & Q-dommen: Mindstekravet om en ugentlig hviledag er utvivlsomt et politisk valg, som falder i tråd med de i Traktaten anerkendte mål: beskyttelse af arbejdsmiljøet og beskyttelse af menneskers sundhed; at hviledagen skal falde på en søndag, må anses for et valg, der er tilpasset medlemsstatens sociokulturelle særpræg.

11. Vanskeligheden ved at finde en klar ledetråd for de legitimerende omstændigheder gør det så meget vigtigere at fastholde den rigtige kompetencefordeling mellem de nationale retter og Domstolen. I første omgang tilkommer det den nationale ret at afgøre, om specifikke nationale bestemmelser

23 — Se også fortsættelsen af præmissen senere i forslaget under punkt 12.

24 — Jf. bl. a. den ovenfor i fodnote 5 nævnte Cinéthèque-dom af 11.7.1985.

er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og tage stilling til, om de kan støttes på en legitimerende omstændighed, idet Domstolens praksis dog samtidig skal tages i betragtning. Det betyder efter min opfattelse, at så snart en legitimerende omstændighed, der for den nationale ret påberåbes over for en national bestemmelse, ikke er omfattet af et af de af Domstolen udtrykkelig nævnte hensyn, skal retten forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål. Det tilkommer herefter Domstolen at afgøre, om den kan anerkende en påberåbt ny legitimerende omstændighed.

Hvis svaret er bekræftende, har den nationale ret herefter kompetence til at undersøge, om de nationale bestemmelser, således som de er affattet og rent faktisk anvendes, virkelig forfølger det dermed tilsigtede mål, som ifølge Domstolen falder i tråd med Traktaten, eller om de anvendes til et andet formål. Det tilkommer således den nationale ret at tage stilling til, om der skal tages hensyn til klagepunkter som de af de sagsøgte henholdsvis tiltalte i hovedsagerne fremførte vedrørende de omhandlede bestemmelsers manglende konsekvens og sporadiske anvendelse. Såfremt en sådan anvendelse ikke er i strid med bestemmelsernes begrundelse i henhold til fællesskabsretten, er det ikke Domstolens opgave at udtale sig herom.

12. Når de undersøgte nationale bestemmelser kan støttes på legitimerende omstændigheder, skal der herefter tages stilling til arten og omfanget af de begrænsninger, bestemmelserne indebærer. Det fremgår af retspraksis, at Domstolen i forbindelse med fortolkningsspørgsmål fastsætter visse retningslinjer, som den nationale ret skal lægge til grund.

På dette plan skal det først fastslås, at de nationale bestemmelser uden forskel finder anvendelse på importerede og indenlandsk fremstillede varer, og at de ikke gør det vanskeligere at sælge de importerede varer end de indenlandsk fremstillede. Såfremt de nationale bestemmelser hverken formelt eller indholdsmæssigt indebærer en forskelsbehandling, skal det herefter afgøres, om de har »til formål at regulere samhandelen mellem medlemsstaterne« [25]. Bestemmelser om, at forretninger ikke må holde åbent og arbejdstagerne ikke arbejde om søndagen, som med andre ord indeholder en betingelse for udøvelsen af erhvervsmæssig virksomhed, der ikke omfatter en bestemt vare, kan ikke siges at have et sådant formål.

Dog skal det også her undersøges, om bestemmelserne kan have en »utilsigtet« virkning på samhandelen inden for Fællesskabet i den i Dassonville-reglen fastsatte vide betydning af dette begreb. Det er givet tilfældet, hvis bestemmelserne på den ene eller den anden måde begrænser den økonomiske vekselvirkning mellem de nationale markeder inden for Fællesskabet, f.eks. hvis de har den virkning at forstærke afskærmningen af et marked inden for en medlemsstat, hvorved adgangen til det nationale marked bliver vanskeligere (mere omkostningskrævende) eller mindre attraktivt (urentabelt) for producenter eller forhandlere af varer fra andre medlemsstater [26]. Heller ikke dette kan normalt siges at være tilfældet, for så vidt angår

25 — Jf. B & Q-dommen, præmis 14, sidste linje. Dette udtryk optræder også i andre domme, jf. f.eks. den i fodnote 14 nævnte Quietlynn-dom, præmis 11, den i fodnote 1 nævnte Krantz-dom, præmis 11, og den i fodnote 5 nævnte Cinè thèque-dom, præmis 21 (hvori Domstolen fastslog, at det gælder *alle* bestemmelser, der uden forskel finder anvendelse på indenlandsk fremstillede og importerede varer).

26 — I denne forbindelse henvises til min udførlige gennemgang af dette spørgsmål i det i fodnote 8 nævnte forslag til afgørelse i sag C-145/88, punkt 17-25.

et forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen.

13. Alt efter om gennemgangen af bestemmelsernes virkning afslører en større eller mindre begrænsning af samhandelen inden for Fællesskabet, kan det mere eller mindre nemt fastslås, om bestemmelserne »ikke er mere vidtgående end nødvendigt af hensyn til gennemførelsen af det tilsigtede mål, der må være begrundet i henhold til fællesskabsretten«, jf. B & Q-dommen, præmis 12. Således kan bestemmelser, der indebærer en åbenbar opdeling af markederne, selv om den ikke har til formål at regulere samhandelen inden for Fællesskabet, hurtigt gå langt ud over, hvad der er strengt nødvendigt for at nå det med bestemmelserne tilsigtede mål[27].

Bestemmelser som de her omhandlede, som ikke har til formål at regulere handelsstrømmene mellem staterne, og som heller ikke har nogen markedsopdelende virkning, må derimod uden vanskelighed antages at ligge inden for rammerne af, hvad der er nødvendigt.

14. Jeg er således nået til de klassiske af Domstolen fastslåede hensyn til nødvendighed og forholdsmæssighed. Selv om disse to begreber i Domstolens praksis ofte behandles samtidig i forbindelse med en undersøgelse, der er nært knyttet til de konkrete retlige og faktiske omstændigheder[28], er de to begreber ikke sammenfaldende[29]. Nødvendighedskravet indebærer, at to betingelser skal opfyldes. For det første skal de pågældende nationale bestemmelser reelt være relevante i forhold til det tilsigtede mål, idet der med andre ord i det mindste potentielt skal bestå en årsagsforbindelse mellem den trufne foranstaltning og det forfulgte mål; for det andet må der ikke som alternativ til de pågældende bestemmelser findes andre bestemmelser, der er lige så effektive, men som indebærer en mindre begrænsning af handelen mellem medlemsstaterne (kriteriet om det mindst begrænsende alternativ). Ifølge proportionalitetskriteriet kan en foranstaltning, selv om den er relevant og det mindst begrænsende alternativ, dog alligevel være i strid med artikel 30 (og den må derfor opgives eller afløses af mindre effektive bestemmelser), når de hindringer, som den påfører samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke står i et rimeligt forhold til det forfulgte mål.

Jeg mener, at det i B & Q-dommen anvendte kriterium, hvorefter hindringer for samhandelen mellem medlemsstaterne ikke må være mere vidtgående end nødvendigt af hensyn til gennemførelsen af de tilsigtede mål, udtrykker de to ovenfor nævnte aspekter af nødvendighedskriteriet; de restriktive nationale bestemmelser er relevante for det tilsigtede mål, da de er nødvendige for gennemførelsen heraf og således er rettet mod dette mål; de kan ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt af hensyn til dette mål, hvilket indebærer, at der ikke findes mindre restriktive alternative løsninger. Proportionalitetskriteriet er dog ikke omfattet heraf, da

27 — Bestemmelserne kan da eventuelt også betegnes som »skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«, jf. artikel 36, sidste punktum, i hvilket tilfælde det er umuligt at påberåbe sig de i artikel 30 eller artikel 36 nævnte hensyn. Jf. dom af 3.12.1981 (sag 1/81, Pfizer mod Eurim-Pharm Sml. s. 2913), hvori Domstolen fastslog, at artikel 36 er til hinder for, at udøvelsen af en varemærkeret kan fremkalde en kunstig opdeling af markederne inden for Fællesskabet (se også generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i denne sag, navnlig s. 2935).

28 — Jf. f.eks. dom af 20.5.1976 (sag 104/75, de Peijper, Sml. s. 613, præmis 21 og 22), og dom af 8.2.1983 (sag 124/81, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 203, præmis 16). Se også den i fodnote 10 nævnte Buet-dom, præmis 11, 12 og 15.

29 — Se også mit forslag til afgørelse i sagen Gourmetterie van den Burg, dom af 23.5.1990 (sag C-169/89, Sml. I, s. 2143, præmis 8 ff.).

det kan tænkes, at en medlemsstat i henhold til dette kriterium må opgive bestemmelser, selv om de er væsentlige for gennemførelsen af målet og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt.

Betyder det, at Domstolen i B & Q-dommen undlod at tage hensyn til proportionalitetsprincippet og således forlod tidligere praksis? Det mener jeg ikke. Domstolen havde nemlig lige så lidt som i de foreliggende sager brug for proportionalitetskriteriet i sag C-145/88, da det, som i det foreliggende tilfælde, var umiddelbart indlysende, at de af de pågældende nationale bestemmelser forårsagede begrænsninger bestemt ikke var af en sådan art, at medlemsstaterne måtte give afkald på en nødvendig foranstaltning for at nå et berettiget mål. Hvis hindringerne kunne have bragt gennemførelsen af det fælles marked i fare, kunne man alvorligt have rejst spørgsmålet, om hindringerne stod i et rimeligt forhold til det med foranstaltningen forfulgte i sig selv lovlige mål. Jeg mener derfor, at det ikke kan tillægges afgørende betydning, at proportionalitetskriteriet ikke er omtalt i B & Q-dommen, og at dette forhold udelukkende skyldes sagens konkrete omstændigheder, hvoraf det fremgik, at de »eventuelle« hindringer for samhandelen ikke var af al for stort omfang.

For fuldstændighedens skyld skal jeg nævne, at Domstolen selv foretager denne afvejning af målet og hindringerne på grundlag af såvel nødvendigheds- som proportionalitetskriteriet, når den skal fortolke artikel 30 eller artikel 36 i lyset af konkrete nationale bestemmelser, der er beskrevet i et præjudicielt spørgsmål[30]. I tvivlstilfælde kan den nationale ret derfor forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

15. Ved at anvende de foregående betragtninger vedrørende fortolkningen af Traktatens artikel 30 på de her omhandlede nationale bestemmelser er jeg nået til det resultat, *at* bestemmelser om (begrænset) forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen af den art, som Domstolen her skal tage stilling, til ifølge den forelæggende ret kan hindre samhandelen mellem medlemsstaterne i den vide betydning, dette begreb tillægges i Dassonville-dommen, *at* det med disse bestemmelser forfulgte mål — nemlig at arbejdstagernes ugentlige hviledag skal falde på én og og samme dag, dvs. søndag,— kan anses for et mål, der er begrundet i fællesskabsretten, *at* bestemmelserne, der i importmæssig henseende er neutrale, ikke har til formål at regulere handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, og at det heller ikke har vist sig — ligeledes ud fra de af den forelæggende ret anførte — at de heraf forårsagede hindringer for handelen mellem medlemsstaterne Fællesskabet kan bringe gennemførelsen af det fælles marked i fare, og *at* det ikke under de foreliggende omstændigheder kan antages, at hindringerne for samhandelen går ud over, hvad der nødvendigt af hensyn til det tilsigtede mål, eller at de ikke står i et rimeligt forhold hertil.

Jeg mener derfor, at de omhandlede nationale bestemmelser er forenelige med artikel 30.

30 — Jf. de i fodnote 19 nævnte domme.

Fortolkningen af Traktatens artikel 34

16. I forelæggelsesdommen i sag C-332/89 er Domstolen også blevet anmodet om en fortolkning af artikel 34 i forhold til et forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen. Med spørgsmålet ønskes det således afgjort, om et sådant forbud må anses for en traktatstridig, kvantitativ udførselsrestriktion.

For at besvare dette spørgsmål er det tilstrækkeligt at henvise til Domstolens faste praksis vedrørende Traktatens artikel 34. I Groenveld-dommen fra 1979 udtalte Domstolen sig således:

»Denne bestemmelse [artikel 34] tager sigte på nationale foranstaltninger, hvis formål eller virkning særlig er at hindre eksporthandelen og således skabe forskelsbehandling mellem handelen på hjemmemarkedet i en medlemsstat og dens eksporthandel, således at der herved sikres den pågældende medlemsstats indenlandske produktion eller hjemmemarkedet en særlig fordel til skade for produktionen eller handelen i andre medlemsstater. Det er ikke tilfældet med et forbud [som det her foreliggende forbud mod at fabrikanter af kødvarer oplagrer og forarbejder hestekød], der på objektivt grundlag finder anvendelse på fremstillingen af en bestemt type varer uden at sondre efter, om de skal afsættes på hjemmemarkedet eller gå til eksport« (præmis 7).

Denne dom, der senere flere gange er blevet bekræftet af Domstolen[31], udelukker, at handelsretlige bestemmelser, der finder anvendelse uden forskel (eller med andre ord bestemmelser, som hverken har til formål eller til følge særligt at begrænse eksporten), kan anses for uforenelige med artikel 34. Denne løsning må også finde anvendelse på bestemmelser som de her omhandlede, der anvendes uden forskel; vi har nemlig set, at de ikke har til formål at regulere handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, og der er heller intet grundlag for at antage, at de gør det vanskeligere at fremstille eller forhandle varer bestemt til eksport end varer bestemt til hjemmemarkedet.

Fortolkningen af Traktatens artikel 59 ff.

17. Traktatens artikel 59 ff. vedrører den frie udveksling af tjenesteydelser, og i forelæggelsesdommen i sag C-332/89 anmodes Domstolen om at afgøre, om disse bestemmelser er til hinder for et forbud mod at beskæftige arbejdstagere om søndagen. Besvarelsen af dette spørgsmål må efter min opfattelse støttes på Traktatens artikel 60, stk. 1. Bestemmelsen lyder således:

»Som tjenesteydelser i denne Traktats forstand betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, *i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie*

31 — Jf. f.eks. ud over den i fodnote 12 citerede Oebel-dom, dom af 15.12.1982 (sag 286/81, Oosthoek, Sml. s. 4575), dom af 10.3.1983 (sag 172/82, Interhuiles, Sml. s. 555) og dom af 7.2.1984 (sag 237/82, Jongeneel Kaas, Sml. s. 483).

bevægelighed for varer, kapital og personer« (min fremhævelse).

Da det på grundlag af B & Q-dommen må antages, at bestemmelserne, der er genstand for den her foreliggende sag, er handelsretlige bestemmelser, som er omfattet af artikel 30, er der ikke anledning til at anvende bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser.

Fortolkningen af Traktatens artikel 3, litra f), og artikel 5 og 85

18. Endelig skal jeg nu behandle spørgsmålet om en eventuel anvendelse af Traktatens konkurrenceregler på de her omhandlede bestemmelser. I de to sager har sagsøgte henholdsvis tiltalte rejst dette spørgsmål i hovedsagen. Kun den nationale ret i sag C-332/89 har forelagt Domstolen spørgsmålet, idet den tilsyneladende herved har taget hensyn til de tiltaltes argument, hvorefter de anfægtede bestemmelser er »konkurrenceforvridende«, og en medlemsstat, der udsteder eller opretholder sådanne foranstaltninger, tilsidesætter Traktatens konkurrenceregler. I artikel 3, litra f), og artikel 85 er der imidlertid ikke tale om konkurrenceforstyrrende virkning af denne art, idet bestemmelserne ganske vist vedrører opretholdelsen af konkurrencen inden for det fælles marked, men de omfatter et forbud mod aftaler og samordnet praksis mellem *virksomheder*, der kan fordreje konkurrrencen. Der er tilsyneladende ikke tale om sådanne aftaler eller sådan samordnet praksis i den for den forelæggende ret verserende sag.

Ganske vist har Domstolen fastslået, at det fremgår af EØF-Traktatens artikel 3, litra f), sammenholdt med artikel 5 og 85, at principperne i artikel 85 også skal overholdes af medlemsstaterne. Nærmere bestemt har Domstolen kendt for ret, at medlemsstaterne er forpligtet til ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af EØF-Traktatens artikel 85. Det er bl.a. tilfældet, hvis en medlemsstat begunstiger karteller, der strider mod artikel 85 eller forlener dem med større gennemslagskraft [32]. Der er imidlertid intet holdepunkt for at antage, at det gælder de bestemmelser, som de nationale retter skal tage stilling til.

Sammenfatning

19. Jeg skal sammenfattende foreslå, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål således:

32 — Jf. f. eks. dom af 1.10.1987 (sag 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Sml. s. 3801, navnlig præmis 9 og 10).

»I sag C-312/89:

EØF-Traktatens artikel 30 og artikel 36 skal fortolkes således, at det heri indeholdte forbud ikke finder anvendelse på nationale bestemmelser om forbud mod beskæftigelse af arbejdstagere om søndagen, såfremt bestemmelserne, der ikke har til formål at regulere handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, ikke gør det vanskeligere at sælge importerede end indenlandsk fremstillede varer, og heller ikke gør markedet mindre tilgængeligt for importerede varer. I så fald er de af forbuddet følgende hindringer for samhandelen mellem medlemsstaterne ikke mere vidtgående end nødvendigt for at nå det tilsigtede mål, og bestemmelserne er heller ikke urimelige i forhold til dette mål.

I sag C-332/89:

EØF-Traktatens artikel 30 og artikel 36 skal fortolkes således, at det deri indeholdte forbud ikke finder anvendelse på nationale bestemmelser om forbud mod beskæftigelse af arbejdstagere om søndagen, såfremt bestemmelserne, der ikke har til formål at regulere handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, ikke gør det vanskeligere at sælge importerede end indenlandsk fremstillede varer og heller ikke gør markedet mindre tilgængeligt for importerede varer. I så fald er de af forbuddet følgende hindringer for samhandelen mellem medlemsstaterne ikke mere vidtgående end nødvendigt for at nå det tilsigtede mål, og bestemmelserne er heller ikke urimelige i forhold til dette mål. Hverken artikel 59-66 eller artikel 3, litra f), sammenholdt med artikel 5 og artikel 85 finder anvendelse på sådanne bestemmelser.«