FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO
fremsat den 27. juni 1989 *

Høje Domstol.

1. Nærværende forelæggelseskendelse vedrører fortolkningen af visse aspekter i ordningen vedrørende begrænsning af eksporten af stålrør fra Fællesskabet til USA. Den omhandlede ordning fremgår af forskellige dokumenter af såvel international som fællesskabsretlig karakter; herudover kræver de spørgsmål, den nationale ret har anmodet om en besvarelse af, en analyse af visse elementer i disse tekster og de faktiske forhold. Jeg anser det derfor for formålstjenligt — også selv om det vil gøre fremstillingen lidt tungere — først at give en kort redegørelse for de faktiske omstændigheder og især for hovedtrækkene i de relevante bestemmelser.

2. Den 7. januar 1985 indgik EØF og USA i form af en brevveksling et arrangement, hvorefter eksporten af stålrør fra Fællesskabet begrænses på visse betingelser. Arrangementet, som i det væsentlige trådte i stedet for det tidligere arrangement fra 1982, satte, i det mindste for en tid, punktum for en lang og hård diskussion, som var kulmineret i november 1984, da den amerikanske regering dekreterede totalt forbud mod import af rør fremstillet i Fællesskabet [1].

Det forlig, der blev indgået ved aftalen af 7. januar 1985 (som oprindelig skulle gælde indtil den 31. december 1986, men herefter blev forlænget til september 1989), er baseret på, at der åbnes mulighed for eksport af indtil 7,6% af det anslåede forbrug af stålrør i USA fra Fællesskabet. Dette tal repræsenterer en forhøjelse i forhold til det tidligere gældende loft på 5,9%. I loftet på 7,6% indgår et andet loft på 10% (af det anslåede forbrug i USA) af en særlig type stålrør, som anvendes under olieefterforskning (Oil country tubular goods, herefter benævnt »OCTG«).

Det fastslås desuden i pkt. 7 i brevvekslingen (som er godkendt ved Rådets forordning nr. 59/85 af 9. januar 1985 [2]), at eksporten er betinget af, at der anvendes en ordning med udførselstilladelser, som skal fastlægges i en senere fællesskabsforordning.

I overensstemmelse med denne bestemmelse udstedte Rådet den 9. januar 1985 forordning nr. 60/85 [3]. Den tredje betragtning til denne forordning lyder således:

»for at sikre en praktisk forvaltning bør de mængder, hvortil Fællesskabet har begrænset eksporten, fordeles mellem medlemsstaterne; der bør i den forbindelse fastsættes en

* Originalsprog: italiensk.

1 — For en nærmere gennemgang af aftalen fra 1982 og følgerne heraf henvises navnlig til: 1) I. Pogany, »Steel wars« vs »Star wars«: the impact of voluntary export restraints on the GATT, i *Current issues in international business law*, 1988. 2) M. K. Levine, *Inside international trade policy formulation, A history of the 1982 US-EC steel arrangements*, 1985. 3) F. Benyon og J. Bourgeois, The European Community-United States steel arrangement, *Common Market Law Review*, 1984.

2 — EFT L 9, s. 1.

3 — EFT L 9, s. 13.

fordelingsnøgle; det er derefter medlemsstaternes opgave at fordele de mængder, de således har fået tildelt, mellem virksomhederne ved anvendelse af objektive kriterier«.

I den fjerde og den femte betragtning fastslås det, at:

»ved anvendelse af fællesskabsbegrænsninger, der er baseret på en fordeling mellem medlemsstaterne på sådanne betingelser, vil begrænsningernes fællesskabskarakter kunne bevares;

fordelingen mellem medlemsstaterne af de samlede udførselsmuligheder inden for arrangementet bør baseres på de traditionelle handelsmønstre«.

I artikel 2 i forordning nr. 60/85 fastslås det, hvilke lofter der gælder for eksporten af henholdsvis stålrør i almindelighed og OCTG-rør (som anført ovenfor henholdsvis 7,6% og 10%).

Artikel 3 bestemmer dernæst, at »Kommissionen fordeler Fællesskabets kvantitative eksportlofter... i overensstemmelse med bilag III«. Med hensyn til stålrør fastsættes Tysklands kvote i bilag III til 2,82% (af det anslåede forbrug i USA). Italien får tildelt en kvote på 2%, og de øvrige medlemsstater mindre kvoter (Frankrig: 0,93%, Grækenland: 0,52%, Belgien: 0,48%, Det Forenede Kongerige: 0,40%, Nederlandene: 0,28%, Luxembourg: 0,17%, Danmark og Irland: 0%). Med hensyn til OCTG-rør angives det i bilag III, at »fordelingen mellem medlemsstaterne fastsættes af Rådet... inden den 31. januar 1985«. Rådet fastsatte imidlertid først den 6. august 1985 — efter en række nye uoverensstemmelser mellem USA og Fællesskabet — fordelingen af kvoterne for OCTG-rør ved forordning nr. 2355/85 [4].

Bestemmelserne om udførselstilladelser findes i artikel 5 i forordning nr. 60/85. Som vi har set, var det allerede i den forudgående brevveksling bestemt, at der skulle indføres en sådan ordning. I artikel 5, stk. 2, bestemmes det navnlig, at:

»Tilladelserne udstedes efter følgende kriterier:

— de i denne forordning fastsatte regler, og især dem der vedrører den mængde, som Kommissionen har tildelt i henhold til artikel 3, skal overholdes;

— virksomhedernes traditionelle eksportmønstre skal overholdes, idet der tages hensyn til de i denne forordning fastlagte principper om begrænsning samt eventuelt til nye rørproducenters situation;

— de traditionelle eksportmønstre over for USA i løbet af året skal overholdes;

4 — EFT L 222, s. 1.

— eksportmulighederne i henhold til denne forordning skal udnyttes og forvaltes bedst muligt;

— eventuelle nye muligheder, der i givet fald måtte være til stede i henhold til denne forordning, skal udnyttes bedst muligt.

...«

Opmærksomheden henledes på, at artikel 5, stk. 2, senere er blevet ændret ved Rådets forordning nr. 3686/87 af 8. december 1987[5]. Anden og tredje betragtning til denne forordning lyder således:

»der er etableret økonomiske forbindelser mellem fællesskabsvirksomheder og deres datterselskaber i Amerikas Forenede Stater, idet der til sidstnævnte fra fællesskabsvirksomhederne leveres rørhalvfabrikata til fremstilling af rør; ved fordelingen af fællesskabskvoten mellem medlemsstaterne som anført i bilag III til ovennævnte forordning er der taget hensyn til den særlige situation for sådanne virksomheder, der har et datterselskab i USA;

kriterierne for fordeling af tilladelserne må udformes således, at der tages hensyn til denne særlige situation; listen over kriterier for medlemsstaternes udstedelse af tilladelser bør derfor udvides med et kriterium vedrørende tilfældet med fællesskabsvirksomheder, der har et datterselskab i Amerikas Forenede Stater, og som til dette leverer rørhalvfabrikata til fremstilling af færdige rør«.

Af disse grunde er artikel 5, stk. 2, andet led, i forordning nr. 60/85 blevet afløst af følgende bestemmelse:

»— virksomhedernes traditionelle eksportmønstre skal overholdes, idet der tages hensyn til de i denne forordning fastlagte principper for begrænsning og eventuelt til situationen for nye rørproducenter og virksomheder, der i De Forenede Stater har et datterselskab, hvortil de leverer rørhalvfabrikata til fremstilling af rør«.

3. Ved udstedelsen af udførselstilladelser i medfør af forordning nr. 60/85 lagde Forbundsrepublikken Tyskland navnlig kriteriet »traditionelle eksportmønstre« i artikel 5, stk. 2, andet led, til grund. Årene 1979-1984 valgtes som referenceperiode. Før de tyske myndigheder gik i gang med fordelingen, havde de imidlertid fra deres samlede kvote (2,82% af forbruget i USA) trukket en kvote på 20 000 t, som blev tildelt Hoesch, for at dette selskab kunne levere OCTG-rør til et datterselskab i Texas.

Den 13. maj 1985 ansøgte Bergrohr de tyske myndigheder om udførselstilladelser for en samlet mængde på 35 378 t stålrør for at kunne opfylde en kontrakt med en amerikansk virksomhed. På grundlag af Bergrohrs tidligere eksport havde selskabet efter de tyske myndigheders beregninger kun kunnet opnå tilladelse til udførsel af 3 308 t i årene 1985 og 1986. Da denne kvote alle-

5 — EFT L 346, s. 26.

rede var blevet opbrugt til rør, hvis udførsel var blevet forhindret efter den amerikanske regerings udstedelse af et totalt importforbud den 30. november 1984, blev Bergrohrs ansøgning afslået.

Selskabet har imidlertid under en sag til prøvelse af denne afgørelse gjort gældende, at det efter en gennemgribende ændring af selskabs- og virksomhedsstrukturen burde have været betragtet som en »ny rørproducent«, jfr. artikel 5, stk. 2, andet led, i forordning nr. 60/85. Selskabets status som ny producent burde navnlig have været anerkendt ud fra følgende synspunkter:

— opførelse (påbegyndt i 1981 og afsluttet i 1983) af et nyt anlæg i Dillingen i samarbejde med Dillinger Hüttenwerke;

— forhøjelse af selskabskapitalen fra 7,5 mio. til 30 mio. DM, hvoraf Dillingers andel udgjorde 50%;

— udpegelse af et nyt tilsynsråd med en repræsentant for Dillinger som formand;

— en betydelig udvidelse af produktionskapaciteten fra 250 000 t i det hidtidige anlæg til 650 000-850 000 t, alt efter udnyttelsen af anlægget;

— specialisering, således at anlægget i Dillingen takket være en ny teknik kunne fremstille et nyt produkt, nemlig store rør med en vægtykkelse på over 25 mm.

Ifølge Bergrohr ville en anerkendelse af selskabet som »ny rørproducent« have bevirket, at det kunne have fået tilladelse til at udføre større mængder end dem, selskabet fik tildelt på grundlag af kriteriet »traditionelle eksportmønstre« alene.

4. For de tyske domstole opstod foruden spørgsmålet om anerkendelse af Bergrohr som »ny rørproducent« spørgsmålet om, hvorvidt det havde været lovligt at tildele Hoesch den særlige mængde på 20 000 t. Bergrohr havde nemlig anfægtet Hoeschs ret til denne særlige mængde, idet selskabet var af den opfattelse, at også disse 20 000 t burde have været fordelt mellem de virksomheder, der havde indgivet ansøgning, efter de fælles kriterier for udstedelsen af udførselstilladelser i forordning nr. 60/85.

Retterne i første og anden instans besvarede disse to spørgsmål forskelligt. Da Bundesverwaltungsgericht, som sagen herefter blev indbragt for, fandt, at sagens udfald afhang af en nærmere fortolkning af den omhandlede ordning, udsatte den sagen og forelagde Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Kan 'nye rørproducenter', jfr. artikel 5, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 60/85 af 9. januar 1985 (EFT L 9, s. 13) også være virksomheder, der ganske vist allerede hidtil har fremstillet stålrør, men som — i

samme selskabsform og med samme firmanavn — har gennemgået en betragtelig selskabsretlig og økonomisk ændring, bl. a. gennem optagelse af en ny selskabsdeltager, en væsentlig kapitalforhøjelse og en betragtelig forøgelse af kapaciteten gennem opførelse af et nyt produktionsanlæg?

b) Såfremt spørgsmål a) besvares bekræftende, er det da til hinder for at anerkende en sådan virksomhed som en ny rørproducent, at de omstændigheder, der begrunder denne egenskab, allerede er indtruffet, længere tid før eksportbegrænsningerne trådte i kraft, men i dette tidsrum ikke er blevet benyttet til at gennemføre eksport til USA?

c) Såfremt spørgsmål b) besvares benægtende, efter hvilke synspunkter skal 'situationen' for en sådan ny rørproducent da bedømmes inden for det skøn over fordelingen, de nationale myndigheder har fået tillagt i henhold til artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 60/85?

2) Kan det af afsnit II i den rådsafgørelse, der blev vedtaget efter skriftlig procedure den 29. december 1984, om godkendelse vedrørende forhandlinger om indgåelse af et arrangement med De Forenede Stater om eksport af stålrør i henhold til de i afsnit I anførte retningslinjer og om fordeling af den samlede kvote på 7,6% af det amerikanske marked i henhold til afsnit II (nr. 17 i den månedlige oversigt over retsakter, som er vedtaget ved skriftlig procedure, december 1984), enten alene eller sammenholdt med artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 60/85, udledes, at Forbundsrepublikken Tyskland var forpligtet eller berettiget til for årene 1985 og 1986 forlods at tildele en bestemt producent en særmængde på 20 000 t af sin eksportkvote på 2,82%?«

5. Med det første præjudicielle spørgsmåls første led har den forelæggende ret anmodet Domstolen om en fortolkning af begrebet »ny rørproducent«.

Idet der henvises til de mere udtømmende oplysninger i retsmøderapporten, skal jeg i den forbindelse erindre om, at Hoesch, den tyske regering og den italienske regering er af den opfattelse, at virksomheder kun kan anses for »nye rørproducenter« i to tilfælde: når der er tale om nyoprettede virksomheder, der fremstiller stålrør, og når der er tale om allerede eksisterende virksomheder, der arbejder inden for andre sektorer, og som for første gang påbegynder en produktion af stålrør.

De har anført, at det følger af ordlyden af den relevante bestemmelse, at en »ny rørproducent« kun kan være en producent, som ikke tidligere har fremstillet stålrør. Denne fortolkning trænger sig imidlertid navnlig på, når henses til bestemmelsens *ratio*. Hensigten med at fordele udførselstilladelserne mellem virksomhederne i den en-

kelte medlemsstat er nemlig at fastholde den bestående konkurrencesituation, for så vidt som den tjener til at »fastfryse« strukturen i eksporten af stålrør til USA; reglen om overholdelse af de »traditionelle eksportmønstre« er derfor hovedreglen, og den eneste undtagelse herfra — nemlig reglen om »nye rørproducenter« — skal fortolkes restriktivt. Kriteriet »traditionelle eksportmønstre« er i øvrigt også rimeligt, idet de opofrelser, virksomhederne må vise som følge af kontingentordningen, fordeles ligeligt, og økonomisk velbegrundet, idet de virksomheder, som i de foregående år har opnået de bedste resultater på det amerikanske marked, får tildelt større kvoter.

Kun en virksomhed, som falder ind under en af de to ovenfor nævnte kategorier, og som *ikke* tidligere har kunnet opbygge en referencemængde, kan altså betegnes som en »ny rørproducent«. Derimod ville det være i modstrid med bestemmelsens karakter af en undtagelse og — mere generelt — med formålet, som er ikke at ændre de allerede eksisterende virksomheders stilling, at anerkende, at allerede eksisterende producenter kan opnå denne status, når de har gennemgået en økonomisk-juridisk omstrukturering, også selv om der er tale om gennemgribende ændringer. I øvrigt vil en prøvelse af, om de ændringer, der er sket, i det konkrete tilfælde er tilstrækkelige til, at det må konkluderes, at der er tale om en »ny rørproducent«, kræve undersøgelser, hvis udfald er uvist, og som er så komplicerede, at de vil være uforenelige med kravet om, at de omhandlede udførselstilladelser skal kunne udstedes hurtigt og enkelt.

6. Jeg finder ikke denne argumentation overbevisende.

For det første bygger den på den præmis, at formålet med fordelingen af udførselstilladelserne i henhold til forordningens artikel 5 som hovedregel og med ganske få undtagelser er, at virksomhederne bevarer deres position i samhandelen med USA for så vidt angår stålrør. Denne præmis synes ikke velbegrundet.

For så vidt som den er til hinder for det frie økonomiske initiativ og konkurrencefriheden, må en ordning, der indebærer begrænsninger i den internationale samhandel, i princippet ikke begrænse virksomhedernes handlefrihed mere, end det er strengt nødvendigt for at kunne gennemføre ordningen.

Aftalen med USA indebærer imidlertid i kraft af, at der indføres et fællesskabsloft for eksporten, som igen er opdelt i lofter for de enkelte medlemsstater, allerede en klar og mærkbar begrænsning i de pågældende virksomheders handlefrihed. Ordningen har altså ifølge sin natur en negativ indflydelse på den samlede udvikling inden for sektoren. Den er ikke desto mindre velbegrundet på baggrund af de langvarige uoverensstemmelser, som har været karakteristiske for forretningsforbindelserne mellem EØF og USA på stålområdet. Det må derfor antages, at hvis aftalen om begrænsninger ikke var blevet indgået, og de amerikanske producenter stadig var i vanskeligheder, ville samhandelen over Atlanterhavet i hvert fald inden for denne sektor have udviklet sig i en retning, der ville være endnu mere ugunstig for de europæiske virksomheder.

Dette vil sige, at de kvantitative begrænsninger, som Fællesskabet har accepteret, er den »pris«, der må betales for at sikre, at den

europæiske stålindustri fortsat kan afsætte sine produkter — omend i meget mindre omfang. Men som jeg har anført, *betyder dette ikke, at man ud over de kvantitative restriktioner må acceptere andre markedsregulerende faktorer, som ikke er forudset i aftalen, og som navnlig ikke er nødvendige for dens gennemførelse.*

7. Det er navnlig klart, at det ikke er nødvendigt for aftalens gennemførelse, at der i det væsentlige sker en »fastfrysning« af eksporten til USA fra *hver enkelt* stålvirksomhed i Fællesskabet.

Aftalen fastsætter nemlig *makro-økonomiske* og ikke *mikro-økonomiske* begrænsninger. Den fastsætter lofter og foreskriver, at der skal indføres udførselstilladelser for at sikre overholdelsen heraf. Fordelingen af disse tilladelser mellem medlemsstaterne og dernæst mellem virksomhederne er et rent internt problem, som er helt uden interesse for den amerikanske modpart.

På det mikro-økonomiske plan medfører »fastfrysningen« af de europæiske virksomheders stilling på markedet desuden, at nogle virksomheder opnår en privilegeret stilling, og at initiativ og fornyelse hæmmes.

Den opfattelse, som her forkastes, fører altså til begrænsninger i det private initiativ og i konkurrencefriheden, som ikke har udtrykkelig hjemmel i nogen af de relevante bestemmelser, og som i hvert fald ikke er hensigtsmæssige set fra et forvaltningsmæssigt synspunkt.

Desuden har den negative økonomiske følgevirkninger, som forekommer endnu mere skadelige og urimelige i betragtning af, hvor længe begrænsningen af eksporten har varet. Ordningen, som blev indført i 1982 og genforhandlet i 1985, er nemlig — som jeg har anført — i sin nuværende form blevet forlænget indtil september 1989. Og som Kommissionen har bekræftet under den mundtlige forhandling, forekommer det under de nuværende omstændigheder sandsynligt, at den forlænges yderligere.

Der er derfor ingen grund til at antage, at udførselstilladelserne principielt skal fordeles på en sådan måde, at eksportvirksomhederne bevarer deres stilling på markedet. Heraf følger, at kriteriet om overholdelse af »traditionelle eksportmønstre« ikke nødvendigvis — i modsætning til hvad den tyske regering, den italienske regering og Hoesch har anført — har karakter af en hovedregel, mens reglen om den »nye rørproducent«, som skal fortolkes restriktivt, er den eneste undtagelse fra denne regel. Specielt med hensyn hertil bemærkes, at en restriktiv fortolkning af denne regel faktisk ville være det samme som næsten fuldstændig at udelukke muligheden for at tage hensyn til en »ny rørproducent«. Det er nemlig tvivlsomt, om en ny virksomhed kan opstå, eller om en virksomhed, der tidligere har arbejdet på andre markeder, kan komme ind på et sådant marked.

8. Det fremgår af systematikken i artikel 5, at kriteriet om overholdelse af de traditionelle eksportmønstre ikke er den eneste regel, der skal følges.

Som Domstolen har anført i dommen af 17. marts 1987, Mannesmann-Röhrenwerke AG (333/85, Sml. s. 1381), skal medlemssta-

terne, når de udsteder udførselstilladelser inden for rammerne af det fastsatte loft,

»overholde nogle kriterier, der ganske vist er objektive, men hvis anvendelse indebærer en vis skønsmargen, og hvis vægt kan bestemmes ved at *sammenholde kriterier af forskellig art*« (min fremhævelse).

Denne dom fastslår, hvad der i øvrigt allerede tilstrækkelig klart fremgår af ordlyden af artikel 5, stk. 2, nemlig at de omhandlede tilladelser udstedes af de nationale myndigheder på grundlag af en skønsmæssig vurdering af en *helhed af kriterier.*

Blandt disse kriterier har kriteriet »traditionelle eksportmønstre« en *statisk* karakter. Men selv om dette kriterium har særlig betydning på grund af dets praktiske anvendelighed i forbindelse med forvaltningen af ordningen, må det ikke desto mindre — uanset om der er tale om en »ny rørproducent« eller ej — bringes i overensstemmelse med overvejelserne vedrørende de aspekter, som hænger sammen med markedets dynamiske karakter. Der henvises navnlig til de sidste to led i artikel 5, stk. 2, hvor det præciseres, at der ved udstedelsen af tilladelserne også skal tages hensyn til, at eksportmulighederne i henhold til forordningen skal *udnyttes og forvaltes bedst muligt.* Disse overvejelser er inspireret af vurderinger, som kan defineres således, at de har at gøre med en effektiv fordeling og ikke blot opretholdelse af den eksisterende stilling på markedet.

Naturligvis kan den samtidige anvendelse af disse kriterier også føre til de samme resultater. Det kan nemlig vise sig, at det er i overensstemmelse med det mål at opnå den bedst mulige forvaltning af det nationale loft at give den virksomhed, som også tidligere har eksporteret mest og derfor har vist den største konkurrencedygtighed, tilladelse til en større eksport.

Anvendelsen af disse kriterier kan imidlertid også føre til forskellige resultater. For eksempel kan det vise sig at være formålstjenligt at nedsætte de største »traditionelle eksportørers« kvoter forholdsmæssigt for at forøge kvoten til en virksomhed, som har opnået en særlig fordelagtig og eventuelt langvarig kontrakt om levering af rør til USA.

Det er netop i disse tilfælde, hvor den nationale myndighed skal foretage komplicerede vurderinger af omstændigheder, der ikke er entydige, at den skønsmargen, Domstolen har givet den, og hvis vægt, som allerede nævnt, »kan bestemmes ved at sammenholde kriterier af forskellig art«, kommer ind i billedet.

Overholdelsen af »de traditionelle eksportmønstre« er — selv om der ses bort fra henvisningen til de »nye rørproducenter« — derfor ikke som hævdet i det væsentlige det eneste kriterium, man skal rette sig efter. Udstedelsen af udførselstilladelser sker efter en undersøgelse af sammenhængen, hvorunder man må tage sin tilflugt til konkurrerende kriterier, og der også tages hensyn til den økonomiske effektivitet ved foretagelsen af den skønsmæssige vurdering.

Dette bekræfter, hvad jeg tidligere principielt har anført, nemlig at overholdelsen af de traditionelle eksportmønstre er *et af de midler*, der i henhold til artikel 5 skal tages i betragtning, når det skal fastslås, hvorledes tilladelserne skal fordeles, og ikke *formålet* med selve fordelingen.

9. I lyset af disse betragtninger må det også afvises, at begrebet »ny rørproducent« — som den eneste undtagelse fra et stort set udtømmende generelt kriterium — skal fortolkes restriktivt.

Således som artikel 5 som helhed logisk er opbygget, skal henvisningen til »ny rørproducenter« ikke forstås som en undtagelse, men som et klart udtryk for et særligt tilfælde, hvor vurderinger af statisk karakter må bringes i overensstemmelse med omstændigheder, der hænger sammen med markedets dynamik. Med andre ord har fællesskabslovgiver på den ene side generelt bestemt, at de nationale myndigheder altid skal overveje, om der eventuelt er nye faktorer i udviklingen på markedet, som er relevante for den bedst mulige forvaltning af eksportmulighederne, og har på den anden side specielt pålagt myndighederne at tage hensyn til et særligt tilfælde af markedsudvikling, nemlig det, at der kommer en »ny rørproducent« ind på markedet.

Af denne udtrykkelige bestemmelse må følge, at når et sådant tilfælde indtræffer, er medlemsstaternes skønsmargen mindre. Disse kan nemlig ikke uden en rimelig begrundelse foretage en fordeling af tilladelserne, hvoraf det fremgår, at der ikke er taget hensyn til de »nye rørproducenters« situation.

Denne udtrykkelige bestemmelse opfylder desuden kravet om, at *ratio* skal være tilstrækkelig klar. I disse tilfælde er der nemlig ikke sket noget nyt i markedets *måde at fungere på* (som i eksemplet med virksomheden, som tidligere indtog en ubetydelig stilling, hvad eksporten angik, men som har skaffet sig en ny stor ordre), men en ændring i selve markedets *struktur*. Det er grunden til, at de nationale myndigheder rent logisk — som jeg har anført — ikke kan se helt bort fra en sådan udvikling, selv om de kan tage stilling til betydningen heraf ved fordelingen af tilladelserne efter et skøn, som dog skal begrundes.

Den præcise henvisning til »nye rørproducenter« i artikel 5, stk. 2, andet led, forstærker derfor forventningerne hos de virksomheder, hvis stilling på markedet har ændret sig som følge af strukturændringer. Den indebærer en anerkendelse såvel af den økonomiske betydning, som en sådan udvikling utvivlsomt har, som af de betydelige vanskeligheder, ændringer af denne art møder på et marked som det omhandlede. Disse vanskeligheder hænger sammen med de store omkostninger i forbindelse med sådanne projekter og med den betydelige investeringsrisiko.

Men hvis dette er grunden til, at der specielt er givet regler om det tilfælde, hvor der er tale om »nye rørproducenter«, kan det bruges som et yderligere argument mod den restriktive fortolkning, hvorefter dette begreb må begrænses til helt nye virksomheder eller til virksomheder, som tidligere opererede på andre markeder.

Hvis det, der ifølge forordningen skal tages i betragtning, er en strukturel ændring af markedet, må det nemlig anerkendes, at der

økonomisk set sker en sådan ændring ikke blot, når en »newcomer« kommer ind på markedet, men også når en virksomhed, der allerede er inde på markedet, ved hjælp af meget store investeringer radikalt ændrer sin selskabs- og virksomhedsstruktur, idet den lægger en ny strategi for afsætningen og når op på en produktionskapacitet, som ikke kan sammenlignes med dens tidligere kapacitet.

Efter sådanne ændringer forekommer det indlysende, at markedsstrukturen ikke længere er den samme som før. Den radikale ændring, der er sket, har nemlig ført til, at der er kommet en *ny deltager i konkurrencen*, og dermed er der sket en væsentlig ændring i forholdet mellem de konkurrerende virksomheder med hensyn til gennemslagskraften på markedet.

Det vil derfor ikke være rimeligt at antage, at ændringer af dette omfang ikke falder ind under begrebet »ny rørproducent« i den pågældende forordning; sådanne ændringer har nemlig i det mindste samme indflydelse på markedsstrukturen som en ændring, der skyldes, at en virksomhed, som tidligere producerede andre varer, er kommet ind på markedet.

Det må, som Kommissionen med rette har anført, også understreges, at afgrænsningen mellem de tilfælde, hvor der sker en radikal ændring af selskabs- og virksomhedsstrukturen og de tilfælde, hvor en ny virksomhed kommer ind på markedet, og der altså er tale om et andet retssubjekt, er vanskelig, ja endog umulig at foretage. Ændringer som dem, Bergrohr har foretaget i det foreliggende tilfælde, og som nødvendigvis indebærer store økonomiske forpligtelser, kan meget vel give anledning ikke blot til en omstrukturering af virksomheden og selskabet, men også til oprettelsen af et egentligt datterselskab. I sidstnævnte tilfælde, som ikke i det væsentlige er forskelligt fra det førstnævnte, er der ingen tvivl om, at der foreligger et andet retssubjekt, som ikke kan nægtes status som »ny rørproducent«.

Det ville imidlertid hverken være rimeligt eller i overensstemmelse med den rette fortolkning af forordningens bestemmelser *udelukkende* at lade udstedelsen af tilladelser til større eksport være afhængig af, om der juridisk og formelt foreligger en anden virksomhedsform, og ikke af, om der er sket materielle ændringer på markedet. Dette ville ikke blot være i strid med logikken i forordningen, men også virke *diskriminerende*, idet situationer, som set ud fra et økonomisk synspunkt i det væsentlige er ens, ville blive behandlet forskelligt.

Ifølge den tyske regering ville det dernæst indebære komplicerede undersøgelser, som de nationale myndigheder i hvert fald ikke kan foretage inden for de korte frister, der er fastsat i fællesskabsbestemmelserne om udstedelsen af tilladelserne, hvis man også tillagde virksomheder, som radikalt har ændret struktur, status som »nye rørproducenter«.

Denne betragtning forekommer mig heller ikke at være afgørende. Frem for alt synes det ikke at frembyde virkelige vanskeligheder at fastslå, om der er tale om en »ny rørproducent« i sager af den type, som der er

tale om her. De ændringer, Bergrohr har foretaget, er så omfattende og udtalte, at det forekommer ubestrideligt, at der er sket en ændring i markedsstrukturen.

Mere generelt skal det bemærkes — som Domstolen har bekræftet i dommen i sagen Mannesmann-Röhrenwerke — at det er forordningen selv, der pålægger de nationale myndigheder at udstede tilladelserne på grundlag af en skønsmæssig vurdering af flere forskellige kriterier. Som vi har set, er der nogle af disse kriterier, som indebærer, at der skal tages hensyn til økonomiske faktorer, som hænger sammen med dynamikken på det pågældende marked, og som bestemt ikke er lettere at tage stilling til end det, vi beskæftiger os med her.

Alt dette taget i betragtning er det min opfattelse, at begrebet »ny rørproducent« i artikel 5, stk. 2, andet led, i forordning nr. 60/85 omfatter de tilfælde, hvor en virksomhed, som allerede fremstiller stålrør, ved at ændre virksomheds- og selskabsstruktur udvider sin produktionskapacitet betydeligt og herved ændrer sin stilling på det pågældende marked væsentligt i forhold til de konkurrerende virksomheder.

10. Da jeg har besvaret det første spørgsmåls første led bekræftende, må jeg nu gå over til at undersøge det følgende led.

I den forbindelse har den nationale ret anført, at de ændringer, som kan begrunde, at Bergrohr anerkendes som »ny rørproducent«, er sket cirka et år, før aftalen om begrænsning af eksporten trådte i kraft. Den forelæggende ret har derfor rejst spørgmålet, om denne omstændighed i det foreliggende tilfælde er til hinder for, at selskabet betragtes som en »ny rørproducent«.

Hertil bemærkes, at samme ret har fremhævet, at ændringerne af virksomheden først blev fuldført kort tid før indgåelsen af aftalen mellem EØF og USA, og at der normalt bør gives en virksomhed, som fuldstændig har ændret sin produktionsstruktur, en vis frist til at omsætte ændringerne i en virkelig økonomisk aktivitet og dermed også i nye eksportmønstre. Bergrohr har navnlig understreget, at indkøringsfasen til et projekt, som er baseret på en omstrukturering af produktionsmidlerne, på det pågældende marked er cirka halvandet år.

Selv om de nye anlæg i det foreliggende tilfælde var blevet færdige, før aftalen mellem EØF og USA blev indgået, er disse anlægs kapacitet derfor først virkelig slået igennem på et senere tidspunkt. Virksomhedens status som »ny rørproducent« er således først indtrådt, efter at eksportbegrænsningerne trådte i kraft. Der er derfor ingen grund til ikke at lade artikel 5, stk. 2, andet led, finde anvendelse i dette tilfælde.

Det må imidlertid præciseres, at den endelige vurdering af dette aspekt skal foretages af den nationale ret. Denne skal navnlig undersøge, om ændringerne af virksomheden virkelig er sket, kort tid før aftalen trådte i kraft, og om de derfor først har ført til konkrete resultater på et senere tidspunkt.

11. Med det første spørgsmåls tredje led har den nationale ret bedt Domstolen om at oplyse, om der, selv om de nationale myndigheder har en vis skønsmargen ved tildelingen af udførselstilladelser, alligevel kan angives kriterier, der skal overholdes ved vurderingen af en »ny rørproducents« situation med henblik på fordelingen af tilladelserne mellem de pågældende virksomheder.

I den forbindelse bemærkes, at medlemsstaterne i medfør af den tredje betragtning til forordning nr. 60/85 er forpligtet til at anvende *objektive kriterier*, når de fordeler de mængder, der er tildelt dem, mellem virksomhederne.

Når der skal tages hensyn til en »ny rørproducents« situation, skal de nationale myndigheder normalt sørge for, at der er et rimeligt forhold mellem de fornyelser, der er foretaget, og de tilladelser, der udstedes som følge heraf. Det ville nemlig ikke være acceptabelt, hvis betydelige ændringer i virksomheden ikke virkelig blev anerkendt ved udstedelsen af tilladelserne.

For at sikre dette rimelige forhold skal de nationale myndigheder tage hensyn til en række faktorer af objektiv karakter såsom udvidelse af produktionskapaciteten, forskelle i konkurrencedygtigheden samt de konkrete perspektiver i forbindelse med udnyttelsen af de tilladelser, der er ansøgt om. De skal også tage hensyn til de andre ansøgervirksomheders økonomiske stilling, disses eksport i referenceperioden og perspektiverne i forbindelse med udnyttelsen af tilladelserne.

Det er klart, at denne helhedsbedømmelse stadig har skønsmæssig karakter. Da den bygger på en vurdering af objektive omstændigheder, skal den ikke desto mindre under alle omstændigheder være tilstrækkeligt begrundet og kan derfor undergives kontrol.

Jo større betydning der konkret tillægges den »nye rørproducents« situation ved fordelingen af tilladelserne, jo større vil den forholdsmæssige nedsættelse af de kvoter, der tildeles de »traditionelle eksportører«, naturligvis være. Disse har imidlertid ikke noget krav på at få udstedt tilladelser i henhold til forordningen; de kan kun have visse forventninger, da de må gøre sig klart, at der foruden kriteriet »traditionelle eksportmønstre« også er andre kriterier, der skal anvendes; navnlig kan de tilladelser, de har ret til i kraft af deres tidligere eksport, indskrænkes, når der opstår nye faktorer, som kan få indflydelse på markedets funktion eller struktur.

De nationale myndigheder er altså ved vurderingen af en »ny rørproducents« situation med henblik på udstedelsen af udførselstilladelser i henhold til forordning nr. 60/85 forpligtet til at tage en række objektive faktorer i betragtning ved udøvelsen af det skøn, forordningen giver dem. Herved skal de sikre sig, at der er et rimeligt forhold mellem de ændringer, der er foretaget af den virksomhed, som anerkendes som »ny rørproducent«, og de tilladelser, der tildeles den, og de skal desuden tage hensyn til alle de faktorer, som er egnede, når det drejer sig om at vurdere de andre ansøgervirksomheders situation.

12. Med det andet spørgsmål har den nationale ret bedt Domstolen om at fastslå, om der findes et retsgrundlag, hvorefter de tyske myndigheder var forpligtet eller berettiget til forlods at give Hoesch udførselstilladelser for en mængde på 20 000 t af den nationale kvote.

I forelæggelseskendelsen har den nationale ret givet udtryk for stærk tvivl om, hvorvidt der findes et sådant retsgrundlag.

Derimod er den tyske regering, den italienske regering, Hoesch og navnlig Kommissionen af den opfattelse, at det klart fremgår af alle de retsakter, der finder anvendelse, at der er fastsat en speciel kvote til fordel for denne virksomhed.

Lad mig straks fastslå, at tildelingen af en sådan ekstra kvote til Hoesch ville udgøre en undtagelse fra de kriterier, der gælder for udstedelsen af tilladelserne til alle de andre virksomheder i Fællesskabet; som sådan må den derfor være udtrykkelig fastsat i en retsakt, der har retsvirkning i den pågældende medlemsstats retsorden.

Det er imidlertid helt klart, at den relevante forordning — forordning nr. 60/85 — ikke indeholder nogen bestemmelse herom.

Der er heller ikke grundlag for den opfattelse, som navnlig Kommissionen har gjort gældende, hvorefter der er blevet fastsat en sådan ekstra kvota i den efterfølgende forordning nr. 3686/87, som har ændret ordlyden af artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 60/85. Denne ændring udtrykker ifølge Kommissionen blot, hvad der, om jeg så må sige, »in nuce« fulgte af den tidligere formulering af artikel 5, stk. 2.

Først og fremmest skal jeg anføre, at det trods adskillige gennemlæsninger ikke er lykkedes mig at finde netop den bestemmelse, som Kommissionen påberåber sig til støtte for lovligheden af at tildele Hoesch en særlig kvote på 20 000 t, heller ikke i forordning nr. 3686/87. Denne forordning indeholder nemlig blot en *generel* henvisning til situationen for de »*virksomheder*, der har et datterselskab i USA« (se anden og tredje betragtning og artikel 1), uden at der nævnes en bestemt virksomhed i Fællesskabet. Desuden fastsættes der i forordningen yderligere et kriterium ud over dem, der allerede er fastsat i artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 60/85, for så vidt angår udstedelsen af tilladelser *i hele Fællesskabet*, mens det — hvis man ser på problemet med den fornødne opmærksomhed — i det foreliggende tilfælde drejer sig om at fastslå, om der *i forbindelse med fordelingen af den tyske kvote* findes en undtagelsesbestemmelse, som forpligter eller berettiger de tyske myndigheder til forlods at tildele Hoesch 20 000 t, så meget desto mere som også andre europæiske virksomheder kunne eller kan have datterselskaber i USA, herunder utvivlsomt Bergrohr, som det fremgår af forelæggelseskendelsen.

I hvert fald er forordningen nr. 3686/87 en forordning, som *ændrer* den allerede eksisterende ordning; den ændrer ordlyden af artikel 5, stk. 2, ud fra følgende betragtning: »listen over kriterier for medlemsstaternes udstedelse af tilladelser bør derfor *udvides* med et kriterium vedrørende tilfældet med fællesskabsvirksomheder, der har et datterselskab i Amerikas Forenede Stater«.

Som bekendt har ændringer af retsforskrifter imidlertid ikke virkning ex tunc, undtagen i undtagelsestilfælde.

Desuden viser den omstændighed, at det har været nødvendigt at ændre forordning nr. 60/85 for også at tage højde for tilfældet med virksomheder, der har datterselskaber i USA, at dette tilfælde ikke tidligere var omfattet af forordningen.

Fra et generelt retsvidenskabeligt såvel som fra et fællesskabsretligt synspunkt forekommer det ikke særlig velovervejet, når Kommissionen påstår, at senere ændringer afklarer, eller om man vil, bekræfter regler, som ikke tidligere var udtrykkelig fastsat, for så vidt som dette ville være en let udvej, hvis man vil omgå princippet om, at love ikke må have tilbagevirkende kraft, og ville føre til en klar tilsidesættelse af retssikkerheden og legalitetsprincippet. Jeg skal i øvrigt erindre om, at Domstolen for nylig med rette har forkastet en lignende opfattelse, idet den fandt, at fastsættelsen af regler om et nyt tilfælde ved hjælp af en ændring af en forordning forudsætter, at der ikke allerede kan anses for at være givet regler om dette tilfælde i tiden før en sådan ændring[6].

13. Med hensyn til arrangementet mellem EF og USA må det dernæst anføres, at der heller ikke i denne aftale er en speciel bestemmelse, som tildeler Hoesch en ekstra kvote.

Jeg skal desuden erindre om, at Domstolen har udtalt, at

»en bestemmelse i en aftale indgået af Fællesskabet med et tredjeland må anses for umiddelbart anvendelig, når der af dens ordlyd samt aftalens formål og karakter kan udledes en klar og præcis forpligtelse, hvis opfyldelse og retsvirkninger ikke er betinget af, at der udstedes yderligere retsakter«[7].

Disse betingelser er ikke opfyldt i denne sag. Som jeg har anført, er der ikke nogen bestemmelse i aftalen — heller ikke en bestemmelse, der har karakter af en programerklæring — som omhandler en forpligtelse til at tildele Hoesch en særlig kvote.

Det kan naturligvis ikke benægtes, at garantien for, at Hoesch kunne levere rør til sit amerikanske datterselskab i et omfang, der, som det fremgår af de fremlagte dokumenter, i alt synes at udgøre cirka 85 000 t, har været en af forudsætningerne for, at fællesskabsloftet blev forhøjet fra 5,9% til 7,6% af det anslåede forbrug i USA. Denne leverance synes derfor, som den nationale ret i øvrigt også har anført, virkelig at være et af de grundlæggende elementer i aftalen med USA.

Dette aspekt — som i hvert fald ikke fremgår af aftalen, men alene af dokumenterne og retsforhandlingerne i sagen — har imidlertid ikke noget at gøre med det andet pro-

6 — Jfr. dom af 28. februar 1989, Cargill, 201/87, Sml. s. 489.

7 — Dom af 30. september 1987, Demirel, 12/86, Sml. s. 3719.

blem om *fordelingen på medlemsstaterne* af hele den særlige kvote (på cirka 85 000 t), som blev tildelt Hoesch; denne fordeling kunne eventuelt føre til, at der blev tildelt Hoesch en særlig mængde på 20 000 t *af den tyske kvote.*

Dette særlige problem er ikke blevet løst og kunne heller ikke løses inden for rammerne af aftalen, eftersom det forhold, hvori disse 85 000 t skulle fordeles mellem medlemsstaterne, var et *rent internt* problem for Fællesskabet.

Den nationale ret har imidlertid netop rejst spørgsmålet om retsgrundlaget for denne fordeling. Retten ønsker oplyst, om der findes en bestemmelse, der finder anvendelse i den nationale retsorden, hvoraf det fremgår, at der som et resultat af denne fordeling forlods kan eller skal tildeles Hoesch 20 000 t af den kvote, der er tildelt Forbundsrepublikken Tyskland. En sådan bestemmelse — som under alle omstændigheder ikke findes — kunne imidlertid heller ikke rent logisk indgå i aftalen med USA, da den vedrører et rent internt fællesskabsretligt aspekt.

14. I virkeligheden — og det er det sidste punkt, der skal undersøges — er fordelingen på de forskellige medlemsstater af den særlige kvote til Hoesch kun udtrykkelig nævnt i Rådets afgørelse af 29. december 1984 angående godkendelse af, at der indledes forhandlinger om en aftale med De Forenede Stater om eksport af stålrør.

I denne afgørelse, hvorved Kommissionen bemyndiges til at forhandle arrangementet efter nærmere bestemte retningslinier, findes en erklæring fra den tyske regering, som lyder således:

»The German Government has indicated that it would be prepared, in order to reach a common position, to take a part of the exception which had been initially foreseen in the context of related parties for Hoesch (65,000 tonnes out of 85,000 tonnes) in its share in the burden sharing on condition that the other Member States were prepared to take 20,000 tonnes on their quotas. In this case the burden sharing would be as follows:

B	0,48
DK	—
D	2,82
GR	0,52
F	0,93
I	2,00
L	0,17
NL	0,28
UK	0,40
Total	7,60«

Tallene i den ovenfor omtalte »burden sharing« er de samme som tallene i bilag III til forordning nr. 60/85. Desuden henvises der i den tyske regerings erklæring faktisk til en mængde på 20 000 t, der skal forbeholdes Hoesch af den tyske kvote (2,82%) på grundlag af en forholdsmæssig nedsættelse af de andre staters respektive kvoter.

Kan det gøres gældende, at dette er tilstrækkeligt til, at der er et *passende fællesskabsretligt grundlag* for at antage, at de ty-

ske myndigheder var forpligtet eller berettiget til at tildele Hoesch en særlig kvote på 20 000 t, således som den nationale ret har spurgt om?

Efter min mening kan svaret kun være benægtende, medmindre man vil se bort fra legalitetsprincippet. Det følger af overvejelser, som dels hænger sammen med den nævnte rådsafgørelses art, dels med betydningen og indholdet af den tyske regerings erklæring, som er gengivet ovenfor.

For det første må det erindres — som det er blevet erkendt under retsmødet — at ovennævnte afgørelse er en afgørelse »sui generis«, dvs. en retsakt, som ikke falder ind under en af de kategorier, der er nævnt i Traktatens artikel 189; det er altså en retsakt, som ikke er bindende, og som ikke har de samme retsvirkninger som afgørelser i snæver forstand [8].

For det andet indgår afgørelsen, for så vidt som den udgør en bemyndigelse til at indlede forhandlinger, som et forberedende led i den procedure, der fører til indgåelsen af en folkeretlig aftale. Indholdet af denne aftale kan meget vel være forskelligt fra de retningslinier, der forinden er givet for forhandlingerne. Disse kan ændres senere under forhandlingerne. Dette er i øvrigt sket i dette tilfælde. Rådet havde nemlig i en afgørelse af 24. november 1984 givet Kommissionen en anden bemyndigelse til at forhandle, hvori der var et særligt punkt, »levering til datterselskaber i USA af halvfabrikata«, som ikke blev gentaget i bemyndigelsen af 29. december.

Hvis man ser bort fra retsvirkningerne af en sådan forberedende retsakt i forholdet mellem institutionerne, må det anses for udelukket, at den kan have nogen som helst bindende virkning for medlemsstaterne og privatpersoner. Principielt er det kun den endelige retsakt, som afslutter den pågældende procedure, som er bindende. Det er i øvrigt grunden til, at det anerkendes, at det generelt kun er endelige retsakter, der kan anfægtes, og ikke også forberedende retsakter.

For det tredje må det præciseres, at rettigheder, bemyndigelser eller forpligtelser inden for Fællesskabet ifølge legalitetsprincippet skal have hjemmel i en retsakt, som efter fællesskabsretsordenen har bindende virkning. Det er derfor kun retsakterne i deres endelige affattelse, der kan danne hjemmel. Der kan derimod ikke tillægges interne retsakter, som er blevet til under Fællesskabets lovgivningsprocedure, nogen normativ betydning og heller ikke nogen værdi i forbindelse med en fortolkning.

Dette fremgår i øvrigt af Domstolens faste praksis, hvorefter:

»... sådanne ensidige erklæringer (som er optaget i Rådets forhandlingsprotokol under det indledende arbejde) ikke [kan] påberåbes ved fortolkningen af fællesskabsbestemmelser, da den objektive rækkevidde af regler, der er vedtaget af de fælles institutioner, ikke kan ændres gennem forbehold eller indvendinger, som medlemsstaterne måtte formulere under deres udarbejdelse« [9].

8 — Jfr. Joliet *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, 1983, s. 184.

9 — Jfr. dom af 30. januar 1985, Kommissionen mod Danmark, 143/83, Sml. s. 427, præmis 13.

Domstolen udtalte sig i samme retning, da den statuerede, at:

»... en bestemt fortolkning på grundlag af en rådserklæring ikke kan give anledning til en anden fortolkning end den, som fremgår af selve ordlyden (af den pågældende retsakt)« [10].

I det foreliggende tilfælde kan man derfor ikke støtte sig på indholdet af den tyske regerings erklæring, som fremgår af Rådets forhandlingsprotokol fra det møde, hvor bemyndigelsen til at indlede forhandlinger blev vedtaget. Der må snarere henvises til indholdet af de retsakter, der blev vedtaget senere, efter at forhandlingerne var afsluttet. Som jeg har anført, er disse retsakter de eneste, der har fuld retsvirkning; det drejer sig om forordning nr. 59/85, som godkender indgåelsen af aftalen mellem EØF og USA, og forordning nr. 60/85, som indeholder de bestemmelser, der er nødvendige for gennemførelsen af arrangementet inden for Fællesskaberne. Som jeg allerede har understreget, indeholder ingen af de to forordninger en bestemmelse om, at der skal tildeles Hoesch en særlig kvote på 20 000 t, der skal tages af den tyske kvote. Desuden har situationen heller ikke ændret sig efter vedtagelsen af forordningen nr. 3686/87.

For det fjerde må det fastslås, at Rådets afgørelse og den tyske regerings erklæring i forbindelse hermed — som det er blevet bekræftet under retsmødet — ikke er blevet offentliggjort. Selv om det anerkendes, at der er tale om retsakter, der har en vis retlig betydning, må det derfor i hvert fald udelukkes, at indholdet af disse kan gøres gældende over for de berørte parter. Det er nemlig:

»... et grundlæggende princip i Fællesskabets retsorden, at en retsakt fra en offentlig myndighed ikke kan gøres gældende overfor de retsundergivne, førend disse har fået lejlighed til at få kendskab til den« [11].

Endelig er det for det femte — i modsætning til hvad der er blevet hævdet under retsforhandlingerne — ikke rigtigt, at spørgsmålet om at tildele Hoesch en særlig kvote med henblik på levering til dets amerikanske datterselskab er blevet endeligt afgjort ved Rådets afgørelse af 29. december 1984. Det fremgår af de af Kommissionen fremlagte dokumenter, som bl. a. omfatter en righoldig brevveksling mellem de tyske myndigheder, fællesskabsmyndighederne og de amerikanske myndigheder, at:

— de særlige leverancer til Hoeschs amerikanske datterselskab i hvert fald indtil juli 1985 ikke er blevet garanteret i det krævede omfang (amerikanerne har navnlig gentagne gange beklaget sig over den manglende levering af 42 000 t OCTG-rør);

— spørgsmålet om fordeling af den særlige mængde, Hoesch fik tildelt, på de andre medlemsstaters kvoter er hverken blevet løst ved den omtalte afgørelse eller ved forordning nr. 60/85 (navnlig har økonomiministeren i Forbundsrepublikken Tyskland ved skrivelse af 5. februar 1985 til Rådet af industriministre

10 — Jfr. dom af 23. februar 1988, Kommissionen mod Den Italienske Republik, 429/85, Sml. s. 843, præmis 9.

11 — Jfr. dommene af 25. januar 1979, Racke, 98/78, Sml. s. 69, præmis 15, og Decker, 99/78, Sml. s. 101, præmis 3.

i Fællesskabet anført, at der stadig skulle tages stilling til, på hvilken måde den særlige mængde til Hoesch på 20 000 t skulle fordeles på medlemsstaterne; han fremsatte også to forskellige forslag til løsninger og fastslog, at den nævnte mængde i hvert fald var klart utilstrækkelig i forhold til de tyske behov);

— en endelig løsning af disse to spørgsmål synes først at være blevet fundet, da Rådet den 6. august 1985 vedtog forordning nr. 2355/85, som — om end med en vis forsinkelse — supplerede bilag III til forordning nr. 60/85 og fastlagde »the burden sharing« mellem medlemsstaterne, for så vidt angik OCTG-rør.

I betragtning af disse forhold kan man efter min opfattelse i hvert fald ikke gøre gældende, at Rådets nævnte afgørelse af 29. december 1984 — selv når der ses bort fra dens retlige betydning — har givet præcise og udtømmende regler om den mængde, der skal forbeholdes Hoesch til særlige leverancer, eller om den måde, hvorpå der skal tages hensyn til denne samlede mængde inden for de lofter, der er tildelt hver enkelt medlemsstat.

Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at der ikke findes nogen bestemmelse om, at der skal tildeles Hoesch en særlig mængde på 20 000 t inden for rammerne af den tyske kvote, og at der i hvert fald ikke findes nogen bestemmelse, som kan gøres gældende over for de andre virksomheder.

Under disse omstændigheder forekommer det mig, at de parter, som har foreslået, at den nationale rets andet spørgsmål besvares bekræftende, i virkeligheden har bedt Domstolen om at tillægge viljesytringer eller hensigtserklæringer, som udelukkende er afgivet som led i beslutningsprocessen ved institutionerne, lovskraft, frem for at støtte sig på en korrekt fortolkning af de gældende bestemmelser. Hvis man anerkendte, at sådanne viljesytringer og hensigtserklæringer er juridisk bindende, ville det være det samme som at anerkende, at såvel de offentlige myndigheder som de retsundergivne ikke blot er undergivet lovens objektive indhold, men også dispositioner af rent politisk karakter, som ikke er blevet nedfældet i en typisk normativ retsakt. Jeg er ikke i tvivl om, at dette resultat ville være uforeneligt med den grundlæggende retssikkerhedsfunktion, som er begrundelsen for det legalitetsprincip, som findes i de nuværende nationale retsordener og i fællesskabsretsordenen.

Herefter skal jeg foreslå, at den nationale rets spørgsmål besvares således:

»1) a) Begrebet 'ny rørproducent' i artikel 5, stk. 2, andet led, i forordning nr. 60/85 omfatter det tilfælde, hvor en virksomhed, som allerede fremstiller stålrør, ved at ændre virksomheds- og selskabsstruktur udvider sin produk-

tionskapacitet betydeligt og herved ændrer sin stilling på det pågældende marked væsentligt i forhold til de konkurrerende virksomheder.

b) Det er ikke til hinder for anerkendelsen af en virksomhed som 'ny producent', at de ændringer, der er sket i virksomheds- og selskabsstrukturen, er afsluttet på et tidspunkt, inden aftalen om begrænsninger af eksporten mellem EØF og USA trådte i kraft, på betingelse af, at disse ændringer først har ført til reelle eksportmuligheder til USA, efter at aftalen trådte i kraft. Den nationale ret har kompetencen til i det konkrete tilfælde at afgøre, om denne betingelse er opfyldt.

c) De nationale myndigheder er ved vurderingen af en 'ny rørproducents' situation med henblik på udstedelsen af udførselstilladelser i henhold til forordning nr. 60/85 forpligtet til at tage en række objektive faktorer i betragtning ved udøvelsen af det skøn, forordningen giver dem. Herved skal de sikre sig, at der er et rimeligt forhold mellem de ændringer, der er foretaget af den virksomhed, som anerkendes som 'ny rørproducent', og de tilladelser, der tildeles den, og de skal desuden tage hensyn til alle de faktorer, som er egnede, når det drejer sig om at vurdere de andre ansøgervirksomheders situation.

2) Efter de nugældende fællesskabsbestemmelser findes der ikke noget retsgrundlag, hvorefter myndighederne i Forbundsrepublikken Tyskland er forpligtet eller berettiget til forlods at udstede udførselstilladelser til Hoesch for en særlig mængde på 20 000 t rør af den tyske kvote.«