

GORRISEN FEDERSPIEL KIERKEGAARD

Forenelighed mellem EU- og konkurrenceretten og den i medfør af råstoflovens § 19 fastsatte tonnagegrænse på 2.000 m³

1 Baggrund og opdrag

Vi er af Rohde Nielsen A/S blevet bedt om at komme med en udtalelse i forbindelse med Miljø- og Planlægningsudvalgets behandling af lovforslag L 190 om ændring af lov om råstoffer¹ ("Lovforslaget") og forslaget om ophævelse af § 19 i den gældende råstoflov².

I bemærkningerne til Lovforslaget er ophævelsen af § 19 i råstofloven begrundet med Kommissionens åbningsskrivelse³ samt Konkurrencerådets udtalelse fra 2005 om, at reglerne i § 19 er i strid med EF-traktatens regler om den frie udveksling af tjenesteydelser, henholdsvis har en markedsafskærmende virkning, der hindrer den frie konkurrence på det danske marked for råstofindvinding fra havbunden⁴.

Formålet med dette responsum er at vurdere om råstoflovens § 19 kan oprettholdes i henhold til de forpligtelser, der påhviler den danske stat efter EF-Traktatens artiklerne 43 (om den frie etableringsret) og 49 (om den frie udveksling af tjenesteydelser), herunder særligt en vurdering af råstoflovens § 19, stk. 1's forudsætninger om en tonnagegrænse på 2.000 m³ lastekapacitet, jf. forarbejderne⁵.

¹ L 190/2008-09 fremsat i Folketinget 1. april 2009.

² Lovbekendtgørelse 1025/2008 af lov om råstoffer.

³ Kommissionens åbningsskrivelse af 18. oktober 2006 nr. 2005/4593 om uforenelighed mellem den danske råstoflov og den dermed forbundne forvaltningspraksis og EF-traktatens artikel 49.

⁴ Konkurrencerådets udtalelse af 9. november 2005.

⁵ Bemærkninger til Forslag til Lov om ændring af lov om råstoffer, Lovforslag L 153/1995-96, FT tillæg A, side 3235.

2 Overordnet konklusion

Lovforslaget vil uden varsel ophæve råstoflovens § 19 og dermed tonnagegrænsen på 2.000 m³.

Bemærkningerne til Lovforslaget fremhæver en mulig uforenelighed med EU-retten som begrundelse for ophævelsen af råstoflovens § 19. Efter vor opfattelse er råstoflovens tonnagegrænse ikke i strid med EU-retten. Dette redegøres for i afsnit 4 nedenfor. Tonnagegrænsen er efter vor opfattelse heller ikke konkurrenceskadelig, jf. vore bemærkninger til Konkurrencerådets anbefaling i afsnit 5 nedenfor.

3 Den gældende lovgivning

Formålet med den eksisterende råstoflov er, blandt andet, at sikre, at udnyttelsen af råstofforekomsterne på hav sker som led i en bæredygtig udvikling ud fra en samlet interesseafvejning og vurdering af de samfundsmæssige hensyn under hensyn til blandt andet; (i) råstoffressourcernes omfang og kvalitet, (ii) en sikring af råstoffressourcernes udnyttelse samt erhvervsmæssige hensyn på den ene side, og miljøbeskyttelse, naturbeskyttelse, herunder sandflugtsbekæmpelse og kystsikkerhed, fiskerimæssige interesser, ulemper for skibsfarten samt ændringer i strøm- og bundforhold på den anden side, jf. råstoflovens §§ 1 og 3.

Til opfyldelse af dette formål bestemmer råstoflovens § 19, at der til efterforskning og indvinding af råstoffer på søterritoriet og kontinentalsoklen alene må anvendes indvindingsmateriel, der er godkendt af miljøministeren.

Af forarbejderne⁵ følger, at godkendelse forudsættes tildelt i overensstemmelse med hidtidig praksis, hvorefter indvindingsfartøjer maksimalt må have en individuel lastekapacitet ved transport af sand på 2.000 m³. Dette maksimum begrundes navnlig med *"at begrænse de miljømæssige effekter ved råstofindvinding med store skibe og for at sikre, at alle landets egne kan forsynes med sømaterialer samtidig i kraft af, at der findes et vist antal arbejdende skibe"*.

Hensynene bag tonnageloftet var således dels miljømæssigt og forsyningsikkerhedsmæssigt begrundet, hvor de danske lokale forhold, havnedybder og geografisk spredte behov for forsyninger medfører et behov for en flåde af mindre skibe.

§ 19 godkendelserne skal i medfør af lovens forarbejder⁵ "betragtes som en slags autorisation til, at det enkelte fartøj må indvinde råstoffer på det danske havområde. Godkendelsen kan opsiges med 10 års varsel, jf. den gældende råstoflovs § 24 og lovforslagets § 24, stk. 2 og 4".

4 EU-regulering og det indre marked

4.1 EF-Traktaten

Der gælder efter EF-Traktatens artikel 49 et forbud mod restriktioner, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere, herunder virksomheder i Medlemsstaterne, der er bosat i en anden Medlemsstat end modtageren af den pågældende tjenesteydelse.

Tilsvarende foreskriver EF-Traktatens artikel 43 et forbud mod restriktioner, der hindrer statsborgere, herunder virksomheder i en Medlemsstat, i frit at etablere sig på en anden Medlemsstats område. Forbuddet i artikel 43 gælder dog ikke i det omfang, at etableringsfriheden kan udøves på de vilkår, der i etableringslandets lovgivning er fastsat for dets egne statsborgere/virksomheder.

De to bestemmelser kan omfatte identiske aktiviteter. Hvorvidt artikel 43 eller 49 er rette bestemmelse vurderes på baggrund af, om den pågældende aktivitet udføres i en anden Medlemsstat på varigt grundlag eller på midlertidig basis. Lovforslaget kan vurderes efter begge bestemmelser⁶. Idet forbuddet i artikel 49 er blevet fortolket bredt af EF-Domstolen i forhold til forbuddet i artikel 43, vil nærværende vurdering tage udgangspunkt i EF-Traktatens artikel 49.

4.2 Markedshindring

4.2.1 Nationalitetsdiskrimination (retlig)

Kernen i EF-Traktatens artikel 49 er et forbud mod diskrimination mellem egne virksomheder og virksomheder fra andre Medlemsstater. Heri ligger efter EF-domstolens praksis et forbud mod både retlig og faktisk diskrimination. Det vil i relation til Danmark sige, hvis lovgivningen eksplicit udelukker andre virksom-

⁶ Det følger af EF-Domstolens praksis, at en sådan parallel fortolkning kan anvendes, idet bestemmelserne bygger på de samme principper, nemlig et forbud mod at forskelsbehandle på grund af nationalitet, jf. f.eks. EF-Domstolens dom af 8. april 1978, Sag 48/75, Royer, (Samling af Afgørelser 1976 side 497) præmis 12. Det bemærkes dog, at bestemmelserne ikke kan påberåbes sideløbende, og derfor skal sondres i en eventuel klagesag.

heder end danske, eller hvis lovgivning i sin anvendelse medfører, at kun danske virksomheder kan opnå en ret.

Råstoflovens § 19 og tonnagegrænsen på 2.000 m³ indeholder ingen retlige nationalitetsbestemmelser. Der er således efter loven lige mulighed for danske virksomheder og virksomheder fra andre Medlemslande.

4.2.2 Nationalitetsdiskrimination (faktisk)

Råstofloven § 19's krav om en tonnagegrænse på 2.000 m³ kan være en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, såfremt det reelt kun er danske virksomheder der kan opfylde kapacitetskravet, eller såfremt adgangen til markedet for andre Medlemsstaters virksomheder vanskeliggøres.

Som redegjort for i vort hørings svar af 20. marts 2009 indsendt på vegne af Rohde Nielsen A/S findes der imidlertid inden for Fællesskabet en lang række virksomheder med fartøjer, der har et lasterumfang for transport af sand på maksimalt 2.000 m³. Betingelsen om en lastekapacitet på maksimalt 2.000 m³ udelukker således ikke, at der også kan udføres råstofindvinding i det danske søterritorium med fartøjer ejet af virksomheder i en anden Medlemsstat end Danmark. Tilsvarende er der intet der hindrer danskejede fartøjer med en lastekapacitet, som overstiger den maksimale grænse på 2.000 m³, og som derfor ikke kan opnå godkendelse til indvinding i det danske søterritorium. Tonnagegrænsen i medfør af råstoflovens § 19 udgør således ikke en faktisk diskrimination og er derfor i sit udgangspunkt EU-medholdelig.

4.2.3 EF-Domstolens restriktive fortolkning

Restriktionsforbuddet i EF-Traktatens artikel 49 er blevet fortolket ganske restriktivt af EF-Domstolen. Denne fortolkning medfører, at EF-Traktatens artikel 49 ikke alene forbyder diskrimination som følge af nationalitet, men tillige kræver afskaffelse af enhver restriktion, der kan være til hinder for eller på anden måde *genere*⁷ den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i

⁷ I stedet for "genere" anvender engelske udgaver af dommene "... prohibit, impede or render less advantageous the activities of a provider of services established in another Member State[...]", jf. Dom af 13. december 2007 i Sag C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium m.fl.*, (Samling af Afgørelser 2007, side I-11135), præmis 29. Dette må medføre, at en begrænsning skal have en vis betydning, før den omfattes af forbuddet i artikel 49, jf.

en anden Medlemsstat, hvor tilsvarende tjenesteydelser lovligt leveres, uanset om den pågældende restriktion anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre Medlemsstater⁸. I det følgende vurderes, om denne restriktive fortolkning giver anledning til, at udgangspunktet om, at tonnagegrænsen er EU-medholdelig, konkret må fraviges. Efter vor opfattelse er det ikke tilfældet.

EF-domstolens fortolkning er meget bred og medfører, at der alene kan sættes hindringer i vejen for virksomheder fra andre Medlemsstaters adgang til markedet, såfremt disse; (i) ikke udgør retlig nationalitetsdiskrimination, (ii) ikke udgør faktisk nationalitetsdiskrimination, og (iii) ikke medfører påvirkning af adgangen til markedet. Herudover er det anerkendt, at en Medlemsstat kan indføre restriktioner for den frie adgang til udveksling af tjenesteydelser, uanset at et af de tre nævnte kriterier ikke er opfyldt, når disse er begrundet i almene samfundsmæssige interesser, er egnede til at virkeliggøre formålet, og når restriktionen ikke går videre end nødvendigt til at opfylde det pågældende hensyn⁹.

Som nævnt har tonnagegrænsen til formål at beskytte miljø og sikre råstofforsyningen. Miljømæssige og forsyningssikkerhedsmæssige hensyn udgør en sådan almen samfundsmæssig interesse der, selv hvis EF-domstolen konkret restriktive fortolkning skal lægges til grund, kan begrunde, at der stilles restriktioner for adgangen til et marked. jf. EF-Traktatens artikel 2, samt, indirekte, Domstolens afgørelse i sag C-451/99¹⁰, præmis 86.

Selv i det omfang at en faktisk forskelsbehandling skulle kunne konstateres som følge af råstoflovens § 19, stk. 1, hvilket efter vor opfattelse som nævnt ikke er tilfældet, kan miljøhensyn og hensyn til forsyningssikkerheden medføre en undtagelse til EF-Traktatens artikel 49, uanset at disse hensyn ikke er omfattet af

⁸ Blandt andre; sag C-76/90, *Säger*, præmis 12 samt sag C-275/92, *Schindler*, (Samling af Afgørelser 1994 side I-1039) præmis 43.

⁹ Se blandt andre EF-Domstolens dom af 28. april 2009 i Sag C-518/06, *Kommissionen mod Italien*, præmis 72 samt Dom af 13. december 2007 i Sag C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium m.fl.*, (Samling af Afgørelser 2007, side I-11135), præmis 39.

¹⁰ Domstolen dom af 31. marts 2002 i Sag C-451/99, *Cura Anlagen*, (Samling af Afgørelser, side I-3193). Sagen vedrørte blandt andet en forbrugsafgift, der havde til formål at fordre, at der blev købt biler med lavt brændstofforbrug, som var mindre belastende for miljøet. Hensynet følger direkte af genereladvokat F. G. Jacobs forslag til afgørelse i samme sag, jf. pkt. 83: "En sådan afgift er principielt berettiget af tvingende almene hensyn og virker desuden hensigtsmæssig med henblik på at opfylde de tilsigtede formål [anskaffelse af køretøjer med et lille brændstofforbrug]"

EF-Traktatens artikel 55, jf. artikel 46. Dette synspunkt deles af generaladvokat F. G. Jacobs, som i forslag til afgørelse i sag C-136/00, *Danner*, pkt. 40 udtaler at:

"Med hensyn til spørgsmålet om, hvilke hensyn der kan påberåbes som begrundelse [for en restriktion], finder jeg det uhensigtsmæssigt, at der gælder forskelle hensyn, alt efter om foranstaltningen er diskriminerende (direkte eller indirekte), eller om den indebærer en ikke-diskriminerende restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser. Når det først er blevet anerkendt, at der kan påberåbes andre begrundelser end de i traktaten nævnte, forekommer der ikke at være nogen grund til at anvende én form for begrundelse i forbindelse med diskriminerende foranstaltninger og en anden i forbindelse med ikke-diskriminerende restriktioner. [...] der [findes] almene mål, som ikke er udtrykkeligt nævnt i traktaten [f.eks. beskyttelse af miljøet], og som under visse omstændigheder kan være lige så legitime og lige så tungtvejende som dem, der er nævnt i traktaten. Det bør derfor lægges til grund ved gennemgangen, om det påberåbte hensyn er et legitimt, alment hensyn, og, i bekræftende fald, om restriktionen med rette kan begrundes under hensyn til proportionalitetsprincippet[...] Denne løsning ville være i overensstemmelse med det standpunkt, Domstolen implicit har indtaget i de fleste nyere sager vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser[...]".¹¹

Det vil derfor under en restriktiv fortolkning af artikel 49 være afgørende, hvorvidt kravet til lastekapaciteten er egnet og proportionalt til beskyttelse af miljøhensyn og hensyn til forsyningssikkerheden.

Efter det for os oplyste er graden af et fartøjs miljøbelastning størrelsesrelateret således, at større skibe udsætter havbunden for væsentligt større miljøbelastning end mindre skibe. Dette skyldes, at størrelsen på indvindingsfartøjet har

¹¹ Generaladvokat F.G. Jacobs forslag til afgørelse i Sag C-136/00, *Rolf Dieter Danner*, (Samling af Afgørelser 2002, side I-8150) pkt. 40. Sagen vedrørte det finske skattesystem, og EF-Domstolen tog derfor ikke stilling hertil i sin dom. Domstolen udtaler dog i præmis 56, at "[...] hensyn til at undgå et tab af skatteindtægter ikke [er anført under artikel 46], og ikke kan anses for at være et af de tvingende almene hensyn [...]". I den engelske version er formuleringen: "[...] or a matter of overriding general interest" [min understregning]. Dette indikerer, at artikel 46 ikke bør anses for at være en udtømmende liste af lovlige hensyn.

betydning for størrelsen af indvindingspumper og sugefod samt hvor dybt skibet stikker og skruens dimensionering. Jo større et skib er, desto større er også dets brændstoftanke. Dermed øges risikoen for miljøforurening ved havari tilsvarende. Det må her tages i betragtning, at råstofindvinding ofte udføres i kystnære farvande.

Sikring af forsyningssikkerheden tilsiger også, at der anvendes mindre skibe, således at risikoen for rovdrift af danske råstofressourcer minimeres, og således at hensynet bag § 19 tilgodeses om *"alle landets egne kan forsynes med sømaterialer samtidig i kraft af, at der findes et vist antal arbejdende skibe"*, jf. lovbemærkningerne⁵. Jo større lastekapacitet der tillades, jo mere attraktivt bliver det at udnytte råstofressourcerne kommercielt til eksport, og jo større risiko er der for, at der på sigt ikke vil være det nødvendige beredskab af mindre skibe til at sikre den samfundsbegrundede råstofforsyning til kystsikring, havneudvidelse mv.

Det vil bero på en konkret vurdering, om 2.000 m³ er den miljømæssige og forsyningssikkerhedsmæssige nødvendige og tilstrækkelige kapacitetsgrænse. Lovgiver vil være berettiget til at udføre et vist skøn i denne henseende. En tilsvarende fastsat grænse på 2.000 m³ findes efter det for os oplyste også i andre Medlemsstater (for eksempel i forbindelse med udbud) og medvirker til at skabe en forudsigelighed for virksomhederne. En lastekapacitetsgrænse på eksempelvis 2.000 m³ vil således være EU-medholdelig.

4.3 Krav om individuel materielgodkendelse

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 19, at godkendelsesproceduren kan betragtes som ekstra krav om autorisation til, at det enkelte fartøj må indvinde råstoffer på det danske havområde. Følges den restriktive fortolkning fra EF-Domstolen, vil et krav om autorisation i sig selv kunne udgøre en overtrædelse af de pligter, der følger af EF-Traktatens artikel 49.

I praksis har EF-Domstolen udtalt, at det kan være EU-medholdeligt for en Medlemsstat at kræve, at tjenesteudbydere fra andre Medlemsstater opnår tilladelse til at udøve deres virksomhed i gæstelandet på samme vilkår, som gælder for landets egne virksomheder. Dette gælder, såfremt den pågældende aktivitet efter sin karakter må være underkastet særlig regulering og/eller kontrol¹². I hen-

¹² Sag 279/80 *Webb*, (Samling af Afgørelser 1981, side 3305)

hold til det ovenfor anførte må dette gælde for aktiviteter, der belaster miljøet og medfører en risiko for at skade forsyningssikkerheden.

Den individuelle materielgodkendelse i råstoflovens § 19 vil som redegjort for ovenfor være nødvendig til sikring af opretholdelsen af det miljømæssige og forsyningsmæssige hensyn, der ligger bag lastekapacitetsbegrænsningen på 2.000 m³, og vil efter vor vurdering følgelig være EU-medholdelig.

5 Konkurrenceretlige spørgsmål

Af de almindelige bemærkninger til Lovforslaget fremgår, at en af årsagerne til ophævelsen af råstoflovens § 19 er, at Konkurrencerådet i en begrundet udtalelse har vurderet, at bestemmelsen og den tilknyttede praksis har en markedsafskærmende virkning, som begrænser konkurrencen på det danske marked for råstofindvinding fra havbunden.

Indledningsvist skal det bemærkes, at Konkurrencerådets udtalelse er foretaget i henhold til konkurrencelovens § 2, stk. 5, hvorefter Konkurrencerådet kan henvende sig til en ressortminister med en begrundet udtalelse, såfremt det finder, at offentlig regulering har en mulig skadelig virkning for konkurrencen. Bestemmelsen forpligter ministeren til at besvare en sådan begrundet udtalelse fra Konkurrencerådet, men ministeren er ikke bundet heraf. Efter bestemmelsens ordlyd er det alene et krav, at offentlig regulering *kan have* en skadelig virkning. Det er således tilstrækkeligt, at Konkurrencerådet sandsynliggør en skadelig virkning, uden at det skal bevise, at der rent faktisk *er* en sådan virkning. Det er netop denne hypotetiske skadevirkning, som Konkurrencerådets udtalelse af 9. november 2005 mener at have påvist vedrørende råstoflovens § 19, stk. 1.

Konkurrencerådet baserer sin udtalelse på flere forhold. Vor vurdering tager alene stilling til de rejste problemstillinger vedrørende det toleddede tilladelsessystem i §§ 19 og 20, samt loftet på den individuelle lastekapacitet.

Fastsættelse af maksimal lastekapacitet afskærer adgangen til markedet for konkurrenter, danske såvel som virksomheder i andre EU lande, der ikke har fartøjer, der opfylder denne betingelse. Ikke desto mindre kan en sådan regulering lovligt begrundes i beskyttelsen af almene samfundsmæssige interesser, såsom miljøhensyn og forsyningssikkerheden.

Konkurrencerådet anerkender i vist omfang, at det kan være nødvendigt at fastsætte et maksimum for indvindingsmængden af hensyn til miljøet, idet den foreslår, at man kan "fastsætte vilkår om fx maksimale indvindingsmængder i de områder, hvor det er relevant"¹³. Herefter anbefaler Konkurrencerådet, at vilkår vedrørende mængdebegrænsninger og indvindingsudstyr kan varetages samlet under indvindingstilladelsen i råstoflovens § 20.

Som det tidligere er fremhævet, vil dette ikke være tilstrækkeligt til at sikre den nødvendige miljøbeskyttelse. Dette skyldes, at det i høj grad er selve størrelsen på indvindingsfartøjet, der er afgørende for den miljøbelastning, som fartøjet medfører.

En grænse på lastekapacitet på 2.000 m³, begrundet i miljømæssige og forsyningssikkerhedsmæssige hensyn, vil uanset Konkurrencerådets anbefaling således efter vor opfattelse kunne opretholdes, uden at dette har konkurrenceskadelig virkning.

6 Konklusion

En tonnagegrænse på 2.000 m³, der er miljømæssigt og/eller forsyningssikkerhedsmæssigt nødvendig, er EU-medholdelig.

Den individuelle tonnagegrænse håndhæves objektivt og medfører hverken retlig eller faktisk forskelsbehandling af virksomheder fra andre Medlemsstater. Tilsvarende gælder for det lovmæssige krav om en individuel materielgodkendelse i råstoflovens § 19, stk. 1. Såfremt det måtte vurderes, at kravet om individuel materielgodkendelse og tonnagegrænse skulle udgøre en hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser, vil den, under forudsætning af at tonnagegrænsen objektivt kan begrundes i miljømæssige og/eller forsyningssikkerhedsmæssige hensyn, ikke være i strid med EF-Traktatens artikel 49.

Det følger således, at råstoflovens § 19 og den deraf følgende tonnagegrænse på 2.000 m³ er EU-medholdelig.

Tilsvarende må der kunne ses bort fra Konkurrencerådets udtalelse, såfremt tonnagegrænsen på 2.000 m³ kan begrundes i objektive hensyn til miljøet og

¹³ Konkurrencerådets udtalelse om Konkurrencebegrænsende virkninger af råstoflovens §§ 19 og 20, pkt. 155.

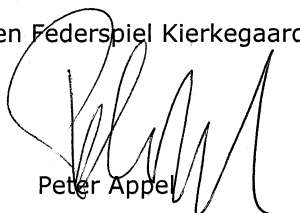
GORRISSEN FEDERSPIEL KIERKEGAARD

forsyningsikkerheden. Dette er særligt tilfældet, hvis det totale loft på ca. 25.000 m³ lastekapacitet ophæves ved behørigt varsel, og der derved skabes adgang for flere markedsdeltagere, hvilket vil øge konkurrencen på det danske marked for indvinding af råstoffer fra havbunden.

Varslet på ophævelsen af den kollektive eneret med det samlede tonnageloft på 25.000 m³ bør være 10 år for at ophævelsen ikke udgør ekspropriation, jf. advokat Henrik Christrups responsa af 15. december 2006 og 19. marts 2009. Hvis der skal ske ændringer af tonnagegrænsen på 2.000 m³, må dette også ske med et 10-årigt varsel svarende til opsigelsesvarslet i § 19 godkendelserne for ikke at udgøre ekspropriation, jf. nævnte responsa.

København 14. maj 2009

Gorrissen Federspiel Kierkegaard



Peter Appel