



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

L.G. Sundman

# FRIHANDEL OCH MILJÖSKYDD INOM WTO OCH EU

Examensarbete  
20 poäng

Annika Nilsson

Miljörätt

höstterminen 2004

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Presentation av uppsatsen	6
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	8
<b>2 ALLMÄNT OM WTO OCH EU</b>	<b>9</b>
2.1 Världshandelsorganisationen	9
2.2 Europeiska unionen	10
<b>3 FRIHANDEL OCH MILJÖSKYDD INOM WTO</b>	<b>12</b>
3.1 Inledning	12
3.2 Icke-diskriminering	12
3.2.1 Allmänt om artikel III:4 GATT	12
3.2.2 "lagar ... som påverkar intern handel"	13
3.2.3 "varor av samma slag"	15
3.2.4 "mindre förmånlig behandling"	17
3.3 Förbud mot handelshinder	18
3.3.1 Allmänt om artikel XI:1 GATT	18
3.3.2 Närmare om tillämpningsområdet	19
3.4 Artikel III:4 visavi artikel XI:1 GATT	20
3.5 Rättfärdigande av miljöskydds- åtgärder	21
3.5.1 Allmänt	21
3.5.2 Skydd för människor, djur och växter	22
3.5.2.1 Kvalificering till artikel XX (b) GATT	22
3.5.2.2 "nödvändig"	23
3.5.3 Bevarande av uttömliga naturresurser	26
3.5.3.1 Kvalificering till artikel XX (g) GATT	27
3.5.3.2 "avseende"	28
3.5.3.3 "genomförda i samband med"	30

3.5.4	<i>The chapeau</i> - tolkning och tillämpning	31
3.5.4.1	Godtycklig/oberättigad diskriminering och förtäckt inskränkning	31
3.5.4.2	Härledning av proportionalitetsprincip	32
3.5.4.3	<i>The chapeau</i> i ljuset av MEA:s och sedvanerätt	33
3.5.5	Sanitära och fytosanitära åtgärder	35
3.5.5.1	SPS-avtalets tillämpningsområde och ändamål	35
3.5.5.2	SPS-avtalets materiella rekvisit	36
3.5.5.3	SPS-avtalets förhållande till GATT	38
<b>4</b>	<b>FRIHANDEL OCH MILJÖSKYDD INOM EU</b>	<b>39</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>39</b>
<b>4.2</b>	<b>Principen om varors fria rörlighet</b>	<b>39</b>
4.2.1	Allmänt om artikel 28 Romfördraget	39
4.2.2	Förbud mot kvantitativa restriktioner	40
4.2.3	Förbud mot åtgärder med motsvarande verkan	40
4.2.4	Närmare om tillämpningsområdets avgränsning	42
4.2.5	Diskriminerings- och hindersprövning	44
<b>4.3</b>	<b>Rättfärdigande av miljöskydds-åtgärder</b>	<b>45</b>
4.3.1	Introduktion	45
4.3.2	Skydd för människor, djur och växter	45
4.3.3	Miljöskydd som tvingande hänsyn	47
4.3.4	Diskriminerande miljöskyddsåtgärder	48
4.3.5	Proportionalitetsprövning	50
4.3.5.1	Proportionalitetsprincipen <i>sensu latu</i>	50
4.3.5.2	Proportionalitetsprincipen <i>sensu strictu</i>	52
4.3.5.3	Rationalitetsfaktorerna risk och bevisning	53
4.3.5.4	Rationalitetsfaktorn rättsnormer	55
4.3.6	Godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning	56
<b>5</b>	<b>KOMPARATIV ANALYS OCH SLUTSATSER</b>	<b>58</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>58</b>
<b>5.2</b>	<b>Den politiska avvägningen</b>	<b>58</b>
<b>5.3</b>	<b>Den juridiska avvägningen</b>	<b>60</b>
5.3.1	Inledning	60
5.3.2	Komparativ analys av handelsreglerna	60
5.3.3	Miljöskydd kan rättfärdigas	62
5.3.4	Proportionalitetsprövning	63
5.3.5	Godtycklig diskriminering och förtäckt begränsning – proportionalitetsprövning	66
<b>5.4</b>	<b>Slutsatser</b>	<b>66</b>
	<b>REFERENSER</b>	<b>68</b>
	<b>EU: fördrag och dokument</b>	<b>68</b>
	<b>WTO/GATT: fördrag och dokument</b>	<b>68</b>
	<b>Rättsfall från EG-domstolen</b>	<b>68</b>

<b>Yttranden från EG-domstolens General-advokater</b>	<b>70</b>
<b>Rättsfall från WTO:s Överprövningsorgan</b>	<b>71</b>
<b>Rättsfall från WTO-paneler</b>	<b>71</b>
<b>Rättsfall från GATT-paneler</b>	<b>72</b>
<b>Litteratur</b>	<b>73</b>

# Sammanfattning

I stora drag handlar förevarande uppsats om den rättsliga relationen mellan handel med varor och miljöskydd. Men det övergripande syftet med denna uppsats är att utreda rättsläget gällande WTO-medlemmarnas och EU-medlemmarnas autonoma utrymme att införa handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder med avseende på att skydda deras territorium.

För att kunna uppfylla nämnda syfte är ansatsen regelorienterad och metoden främst analytisk/deskriptiv. Sådillvida är utgångspunkten WTO-avtalen, närmare bestämt artikel III:4, XI:1 och XX GATT samt SPS-avtalet. Vad gäller EU är utgångspunkten artikel 28 och 30 Romfördraget. Härutöver har jag även gjort en komparativ analys, som har sin upprinnelse i resultaten från den deskriptiva/analytiska delen.

Med handel avser jag sålunda import av varor. Med handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder menar jag i formell mening sådana som i huvudsak tar sig uttryck i lagar, förordningar och andra offentliga dokument. I materiell mening finns en arsenal av potentiella handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder som kan realiseras genom allt från importförbud, försäljningsåtgärder till kampanjer och information mot miljöfarliga varor.

Inom WTO täcks en medlemsstats unilaterala åtgärder som riktas mot försäljnings- transport- eller användarledet av artikel III:4 GATT. Sådillvida omfattas bl.a. marknadsföringskrav, maximi- och minimipriser, miljömärkning, paketering, produktkrav och återvinningsregler av tillämpningsområdet.

Försäljningsåtgärder är förbjudna om dessa anses vara, inte nödvändigtvis *de jure*, men *de facto* diskriminerande. De får sålunda inte ha en diskriminerande effekt. Denna effekt behöver egentligen inte heller vara faktisk utan det räcker med att den är indirekt eller potentiell, eftersom artikel III:4 syftar till att upprätthålla legitima förväntningar om jämlika konkurrensvillkor för inhemska och importerade varor av samma slag. Just rekvisitet ”varor av samma slag” är centralt härvid.

Det finns bedömningskriterier som kommer till uttryck i praxis som avgör vad som är varor av samma slag. Den kritiska diskussion därvid är huruvida ”risk” (varors risk för skada) skall utgöra ett dylikt kriterium. I praxis har konstaterats att ”risk” inte utgör ett självständigt kriterium. I målet *EC-Asbestos* tillämpades detta riskkriterium tillsammans med andra kriterier och fällde avgörandet för att legitimera ett franskt förbud mot allt slags handhavande med det dödliga ämnet asbests. Inget stöd finns dock för att riskkriteriet inom ramen för stadgandet i fråga kommer att aktualiseras i rena miljöskyddsfall som endast indirekt hotar liv. Åtgärder som kan komma att anses kränka artikel III:4 måste rättfärdigas genom undantagsregler i artikel XX GATT.

Unilaterala handelshinder såsom importförbud och andra kvantitativa restriktioner, vilka inte är vare sig diskriminerande eller protektionistiska täcks och är förbjudna enligt artikel XI:1 GATT. Konkret kan det vara fråga om kvoter, licenser eller åtgärder som tar sikte på produktionsmetoder och produktionsprocesser (PPM-åtgärder). Stadgandet täcker både *de jure* och

*de facto* handelshinder. Prövningen av artikel XI:1 också effektinriktad, och denna effekt behöver inte heller vara faktisk utan det är tillräckligt att åtgärden anses utgöra ett indirekt eller potentiellt handelshinder eftersom syftet är att skydda konkurrensmöjligheterna för importerade varor. En åtgärd som strider mot artikel XI:1 kräver rättfärdigande genom artikel XX GATT.

Inom EU finns motsvarande "frihandelsregel" i artikel 28 Romfördraget. Stadgandet ger uttryck för principen om varors fria rörlighet. Syftet med denna regel är motverka diskriminering mellan inhemska och importerade varor med ändamålet att skapa en för EU-medlemmarna gemensam marknad utan inre gränser. Artikel 28 förbjuder kvantitativa restriktioner såsom införselbud, kvotsystem och importlicenser.

Dessutom förbjuder stadgandet åtgärder med motsvarande verkan såsom produktkrav och försäljningsåtgärder. Sådantillvida gäller, enligt målen *Dassonville* och *Cassis de Dijon*, att åtgärder som förvisso är icke-diskriminerande men som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt har en samhandelshindrande effekt skall vara förbjudna. Det dominerande kriteriet härvid är marknadstillträde. Men genom *Keckdoktrinen* har likabehandlande försäljningsåtgärder exkluderats från tillämpningsområdet för artikel 28.

Följaktligen kan konstateras att "frihandelsreglerna" inom WTO och EU utgör i princip ett hinder mot ett automatiskt införande av unilaterala handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder. Åtgärder som strider mot frihandelsreglerna måste alltså rättfärdigas.

I fråga om WTO-medlemmars rättfärdigandet av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder aktualiseras artikel XX (b) och (g) GATT och i viss mån SPS-avtalet. Artikel XX (b) medger undantag för åtgärder som är "nödvändiga" för att skydda människors, djurs och växters liv och hälsa. SPS-avtalet kompletterar underparagraf (b) genom reglering av sanitära och fytosanitära åtgärder som avser att skydda samma intressen. Artikel XX (g) medger undantag för åtgärder "avseende" bevarande av uttömliga naturresurser om sådana åtgärder är genomförda i samband med restriktioner för inhemsk konsumtion eller produktion.

I inledningsklausulen (*the chapeau*) till artikel XX föreskrivs att åtgärder får inte utgöra godtycklig eller oberättigad diskriminering mellan länder där samma förhållanden råder, eller förtäckt inskränkning av den internationella handeln. Detta innehåll återges i SPS-avtalet.

Vad angår EU-medlemmars rättfärdigande av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder aktualiseras artikel 30 Romfördraget och doktrinen tvingande. Artikel 30 är nästan paradigmatisks med artikel XX GATT i det att den medger undantag för åtgärder som kan rättfärdigas för skydda för människors, djurs och växters liv och hälsa. Dylika åtgärder får inte utgöra godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Doktrinen tvingande hänsyn medger undantag för åtgärder som är nödvändiga för att skydda miljön. Skyddet för miljön kommer också till uttryck genom integrationsprincipen i artikel 6 Romfördraget och genom de miljömål och allmänna miljörättsliga principer i artikel 174 Romfördraget, som EG-domstolen har börjat utnyttja.

Generellt för WTO och EU kan sägas att undantagen för handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder har tolkats extensivt så att miljöskydd omfattas därav.

Av den analys som jag har gjort i uppsatsen har jag kommit fram till en för WTO-medlemmarna och EU-medlemmarna gemensam *ad hoc*-slutsats, eller hypotes om man så vill. Rättfärdigandet av en unilateral handelsrelaterad miljöskyddsåtgärd styrs av en proportionalitetsprövning i vid bemärkelse - proportionalitetsprincipen *sensu latu*. Sätillvida gäller att medlemsstaten får unilateralt bestämma miljöskyddsnivån, vilket följer av praxis men också av försiktighetsprincipen (artikel 5.7 SPS-avtalet och artikel 174 Romfördraget). Den handelsrelaterade miljöskyddsåtgärden måste i enlighet med proportionalitetsprincipen *sensu latu* uppfylla ett ändamålskriterium och/eller ett nödvändighetskriterium. Miljöskyddsåtgärden skall vara effektiv i förhållandet till miljöskyddsmålet. Vidare medför principen krav på existensen av varors skaderisk. Tillämpningen av proportionalitetsprincipen påverkas i övrigt av rationalitetsfaktorer som rättsnormer hämtade från bl.a. multilaterala miljöavtal.

Viss osäkerhet råder både inom WTO och EU kring vilka rättsnormer i övrigt som skall vägas in vid tillämpningen av denna proportionalitetsprincip. Klart är dock att försiktighetsprincipen, som i viss mening är gemensam för både WTO och EU, kommer att påverka jämviktsläget mellan handelsintresset och miljöintresset till fördel för miljöintresset och därmed markera gränsen för medlemsstatens autonoma utrymme att inför handelsrelaterade miljöskydds åtgärder.

Avslutningsvis skall sägas att både WTO och EU tycks lämna sina medlemmar ett tillräckligt stort utrymme för att införa unilaterala handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder för att skydda det egna territoriet. Reservationen mot denna slutsats består i en liten osäkerhet kring om proportionalitetsprincipen *sensu strictu* kan komma att tillämpas. Denna variant av proportionalitetsprincipen innefattar en avvägning mellan handelsmål och miljöskyddsmål samt företagande av nytto-/kostnadsanalyser. Dessa faktorer kan medföra att en medlemsstaten får införa mindre effektiva miljöskyddsåtgärder och mindre handelsrestriktiva åtgärder med resultatet sänkt miljöskyddsnivå. Men trenden tycks dock vara att proportionalitetsprincipen *sensu latu* tillämpas och därmed att medlemsstaterna får bestämma skyddsnivån.

# Förord

Tiden i Lund har varit en av de mest berikande och inspirerande perioderna i mitt liv. Detta beror förstås inte bara på studierna vid den juridiska fakulteten i sig utan också på de goda vänner som jag fick nöjet för att inte säga äran att träffa.

De som jag först vill passa på att tacka är ni som var med mig mer eller mindre ifrån början: Magnus Pettersson, Cecilia Svensson och Joachim Åhman. Jag vill också tacka alla er andra, ni vet vilka ni är.

En speciell tanke vill jag ägna Amalia Alvarez som alltid fanns där, såväl i närvaro som frånvaro.

Jag tackar också min handledare Annika Nilsson och mina andra lärare som under utbildningen har förmedlat intressanta rättsliga insikter.

Examen vill jag tillägna min familj, min mor Barbro, min bror Gert-Owe och min salige far Lars.

L.G. Sundman

Munkfors, oktober 2004



# Förkortningar

AB	Överprövningsorganet (Appellate Body)
CTE	Commission on Trade and Environment
DSU	Dispute Settlement Understanding
ECJ	European Court of Justice
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FAO	Food and Agricultural Organisation
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICJ	International Court of Justice
MEA	Multilateral Environmental Agreement
SPS	Agreement on Sanitary and Phytosanitary measures
VCLT	Vienna Convention on Law of Treaties
WHO	World Health Organisation
WTO	World Trade Organisation

# 1 Inledning

## 1.1 Presentation av uppsatsen

Förevarande uppsats handlar om den rättsliga relationen mellan frihandel och miljöskydd inom ramen för Världshandelsorganisationen (WTO) och Europeiska unionen (EU). Närmare bestämt utreds i vilken utsträckning en medlemsstat kan vidta unilaterala åtgärder i syfte att skydda sitt territorium med avseende på miljön i förhållande till frihandelsintresset. Hur ser rättsläget ut: Kan en medlemsstat införa handelsrestriktioner avseende hälsofarliga kemikalier? Kan en medlemsstat införa importförbud för att bevara den biologiska mångfalden? Kan en medlemsstat vidta andra handelsrelaterade åtgärder för att förhindra växthuseffekter?

Uppsatsen bygger på värdepremisserna att frihandel genererar välfärd och att en god miljö är en förutsättning för välfärden.<sup>1</sup>

Anledningen till att jag har valt att skriva om förhållandet mellan frihandel och miljö är dels mitt intresse för både ekonomi och miljö, dels att den juridiska grundutbildningen inte har gett mig svar på de frågor som jag nu har fått tillfälle att arbeta med. Sätillvida är adressaterna för uppsatsen mig själv, min handledare och mina seminariekollegor samt övriga som skulle kunna ha ett intresse av något slags introduktion i ämnet.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna uppsats är att undersöka i vilken utsträckning medlemsstater i WTO respektive EU kan skydda miljöintresset med avseende på det egna territoriet i förhållande till intresset för fri handel med varor. Annorlunda formulerat: hur ser en medlemsstats autonoma utrymme ut vad gäller införandet av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder? Detta syfte låter sig närmare preciseras genom följande frågor:

1. Hur förhåller sig artiklarna III:4 och XI:1 GATT till artikel XX (b) och (g) GATT? Och vilken funktion fyller WTO-avtalet om sanitära och fytosanitära åtgärder härvid?
2. Hur förhåller sig artikel 28 Romfördraget å ena sidan till artikel 30 Romfördraget och doktrinen tvingande hänsyn å den andra?
3. Finns det några relevanta likheter och skillnader mellan WTO och EU vad gäller svaren på frågorna (1) och (2) ovan?

---

<sup>1</sup> Se bl.a. artikel 2.19 Agenda 21. Med ”välfärd” menar jag dels välstånd mätt i monetära termer, dels välbefinnande mätt i termer av fysisk och psykisk hälsa.

## 1.3 Avgränsningar

Det valda problemområdet är mycket omfattande vilket ställer väsentliga krav på avgränsningar. Uppsatsens fokus ligger på handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder riktade mot importsidan. Sålunda kommer jag inte att diskutera de särskilda problem som gäller export. Jag kommer inte att behandla de särskilda rättsområden som gäller jordbruksprodukter, fiske, tullar eller subventioner. Vidare kommer jag inte heller att behandla vare sig skydd för immateriella rättigheter, eller skydd avseende fri rörlighet för tjänster, kapital och personer.

## 1.4 Metod och material

Ansatsen för denna uppsats är i grunden regelorienterad och metoden är analytisk-deskriptiv.<sup>2</sup> Sätillvida utgår jag från en beskrivning av de i fördragstext eller avtalstext relevanta lagrummen och analyserar dess rekvisit mot bakgrund av relevant praxis och litteratur.

Vad gäller relationen mellan frihandel och miljöskydd inom WTO utgår jag först och främst från 1994 års Allmänna tull- och handelsavtalet (GATT),<sup>3</sup> och Avtalet om sanitära och fytosanitära åtgärder (SPS-avtalet),<sup>4</sup> och Avtalet om upprättandet av Världshandelsorganisationen (WTO-avtalet).<sup>5</sup>

Härutöver tolkar och tillämpar jag praxis från WTO:s Överprövningsorgan, WTO-paneler och äldre GATT-paneler samt bestämd rättslitteratur (se litteraturförteckningen). Överprövningsorganet kan sägas ha tolkningsföreträde vad gäller WTO-rätten eftersom det kan ändra panelers avgöranden med avseende på rättsfrågor. Emellertid äger Överprövningsorganets domar inte prejudikatverkan varför WTO-panelerna, som avgör både sakfrågor och rättsfrågor, inte är skyldiga att följa Överprövningsorganets praxis.<sup>6</sup>

Praxis från GATT-panelerna är inte bindande men fyller fortfarande en funktion gällande legitima förväntningar, vägledning och tolkning av GATT.<sup>7</sup>

I fråga om relationen mellan frihandel och miljöskydd inom EU utgår jag från Romfördraget. Härutöver tolkar och tillämpar jag praxis från EG-domstolen och dithörande yttranden från generaladvokater samt bestämd rättslitteratur (se litteraturförteckningen).

EG-domstolen har tolkningsföreträde avseende EG-rätten och dess domar har prejudikatverkan. EG-domstolen är dock inte bunden av sina egna

---

<sup>2</sup> För denna begreppsanvändning se Westberg.

<sup>3</sup> GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade 1994*. GATT 1994 består av dess föregångare från 1947 och medför inte några förändringar som är relevanta för denna uppsats; av praktiska skäl kallar jag därför detta avtal endast GATT.

<sup>4</sup> SPS-avtalet: *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*.

<sup>5</sup> WTO-avtalet: *The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organisation*. WTO-avtalet trädde i kraft den första januari 1995.

<sup>6</sup> Campbell m.fl., s. 37.

<sup>7</sup> Campbell m.fl., s. 38.

domar, men ändrar sällan sina bedömningar.<sup>8</sup> Generaladvokaternas yttranden utgör bara förslag till domar och är därför inte bindande. Emellertid kan dessa ge god vägledning för tolkning av EG-domstolens tämligen summariska domskäl.<sup>9</sup>

Följaktligen har jag haft goda förutsättningar att kunna uppnå åtminstone rimliga teoretiska slutsatser gällande de frågor som denna uppsats avser att besvara.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad på följande sätt: Kapitel två utgör en bakgrundsbeskrivning av WTO och EU. De kommande kapitlen tre och fyra konstituerar uppsatsens centrala utredning. I kapitel tre beskrivs och analyseras rättsläget avseende utrymmet för handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder inom WTO. I kapitel fyra företas en motsvarande beskrivning och analys av rättsläget avseende EU. Kapitel tre och fyra är på samma sätt men var för sig uppdelade i två större avsnitt där ”frihandelsreglerna” utgör en avdelning och undantagsreglerna för miljöskydd en andra avdelning. Avslutningsvis i kapitel fem görs en komparativ analys av resultaten från kapitel tre och fyra. I kapitel fem dras också centrala slutsatser.

---

<sup>8</sup> Artikel 220 Romfördraget. Bernitz och Kjellgren, s. 66f och 70.

<sup>9</sup> Artikel 222 Romfördraget. Bernitz och Kjellgren, s. 69f.

## 2 Allmänt om WTO och EU

### 2.1 Världshandelsorganisationen

Världshandelsorganisationen (WTO) kan sägas ha sitt ursprung i kollapsen av den internationella handeln under 1930-talet och i katastroferna i och med andra världskriget under 1940-talet. I syfte att framledes skapa välfärd och förhindra krig samlades världsledare både under och efter andra världskriget och drog upp riktlinjer för ett internationellt ekonomiskt system (Bretton Woodssystemet). Ett rättvist ekonomiskt system konstituerat av funktionell integration och interdependens skulle skapa nödvändiga förutsättningar för sådana värden. En del av detta system skulle utgöras av Internationella handelsorganisationen (ITO) som också skulle administrera det i sammanhanget upprättade Allmänna internationella handelsavtalet (GATT 1947).<sup>10</sup>

ITO förverkligades emellertid inte, men GATT existerade *de facto* och tillämpades provisoriskt mellan handlande stater under nästan 50 år. GATT blev inte bara ett avtal utan också en institution och administration. För att genomdriva GATT-avtalet och för att lösa mellanstatliga handelstvister upprättades bl.a. provisoriska paneler.<sup>11</sup>

Som ett led i en handelsliberaliseringsprocess genomförde GATT och dess medlemmar s.k. förhandlingsrundor för att förhandla fram nya avtal och villkor. I konsekvens därmed och som ett resultat av Uruguayrundan upprättades WTO 1995.<sup>12</sup>

WTO kan beskrivas som en mellanstatlig och global organisation. Antalet medlemmar uppgår till 147 stater (och regionala organisationer). Medlemmarna utgörs bl.a. av stora ekonomier som Brasilien, Japan, Indien, Kina, USA och EU inklusive dess medlemsstater.<sup>13</sup>

WTO:s uppgift är att administrera och genomdriva de s.k. WTO-avtalen. Dessa avtal utgörs bl.a. av WTO-stadgan som innehåller övergripande syften och konstitutionella regler avseende organisationens verksamhet,<sup>14</sup> och GATT som materiellt reglerar medlemsstaternas handelsrättsliga relationer.<sup>15</sup>

WTO har ingen lagstiftningskompetens. Traktat och ändringar därav antas på mellanstatlig nivå genom multilaterala förhandlingar och konsensusbeslut grundade på ett slags reciprocitetsprincip.<sup>16</sup> WTO-medlemmarna har dock kommit överens om en ”Ministerkonferens” (Ministerial Confe-

<sup>10</sup> Esty, s. 244ff. Jackson, s. 21; Seth, s. 95-96.

<sup>11</sup> Esty, s. 246. Jackson, s. 399f.

<sup>12</sup> Esty, s. 247. Jackson, s. 399f.

<sup>13</sup> Se WTO:s hemsida: [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>14</sup> Se *The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organisation*, artikel II (Exklusive dess annex kallar jag det för *WTO-stadgan*; inklusive dess annex kallar jag det för *WTO-avtalet*). WTO-avtalet trädde i kraft den första januari 1995.

<sup>15</sup> Se WTO-stadgans annex 1 och *General Agreement on Tariffs and Trade 1994*. GATT 1994 består av dess föregångare från 1947 och medför inte några förändringar som är relevanta för denna uppsats; av praktiska skäl kallar jag därför detta avtal endast GATT.

<sup>16</sup> Se WTO-stadgan.

rence) där alla medlemsstaterna finns representerade och som kan ta bindande konsensusbeslut avseende WTO-avtalen.<sup>17</sup> I enlighet med WTO-stadgan har Ministerrådet upprättat en permanent kommitté för handel och miljö (Committee on Trade and Environment, CTE).<sup>18</sup> CTE har överhuvudtaget inte någon normgivningsmakt utan skall endast avge rekommendationer till lösningar av eventuella problem vad gäller relationen mellan handel och miljö för att främja en hållbar utveckling.<sup>19</sup>

Världshandelsorganisationen har också disponerats med ett tvistelösningssystem – *Dispute Settlement Body*. Tvistelösningssystemets verksamhet regleras i ett särskilt avtal: *Dispute Settlement Understanding* (DSU).<sup>20</sup> Tvistelösningssystemet styrs av det allmänna rådet (General Council) där alla medlemsstater finns representerade. Härutöver konstitueras organet av två rättsliga instanser. Första instans utgörs av provisoriska paneler, som har kompetens att avgöra sak- och rättsfrågor. Andra instans utgörs av det kvasi-permanenta Överprövningsorganet, som endast har kompetens att avgöra rättsfrågor. Avgöranden från paneler och Överprövningsorganet presenteras i rapporter vilka presumeras antagna och som därmed blir ”automatiskt” bindande för de tvistande medlemsstaterna; det allmänna rådet kan dock, men endast i kraft av konsensus, besluta att rapporterna inte skall antas.<sup>21</sup>

WTO-avtalen garanteras endast av parternas goda vilja att uppfylla de folkrättsliga ”legalitetsprinciperna” *good faith* och *pacta sunt servanda*. WTO-medlemmarna är såtillvida förpliktade att upprätthålla WTO-avtalen och inte missbruka de rättigheter och skyldigheter som följer därav.<sup>22</sup> De sanktioner som parterna vid brott mot avtalen löper risk att möta är främst kompensationer och tillfälliga upphävanden av vissa rättigheter.<sup>23</sup> Kompensationer kan dock inte avtvingas utan är frivilliga.<sup>24</sup>

## 2.2 Europeiska unionen

Europeiska unionen (EU) är till skillnad från WTO en regional internationell organisation som genom östutvidgningen år 2004 består av 25 medlemsstater.<sup>25</sup> Liksom WTO har EU sin upprinnelse i freds- och välfärdsvisioner som skall realiseras i kraft av integrationssträvanden.<sup>26</sup>

---

<sup>17</sup> Artikel IV punkt 1 WTO-stadgan.

<sup>18</sup> Artikel IV punkt 7 WTO-stadgan, Se också *Trade and Environment, GATT Ministerial Decision of 14 April 1994* (Decision on Trade and Environment).

<sup>19</sup> Decision on Trade and Environment.

<sup>20</sup> Se *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (m.a.o. *Dispute Settlement Understanding, DSU*). Se också WTO-stadgans annex 2.

<sup>21</sup> Artikel IV punkt 2 och 3 WTO-stadgan, artikel 6 och 17 DSU. Campbell, s. 31f.

<sup>22</sup> Artikel 3.2 DSU; artikel 31.3c och artikel 26 Wienkonventionen om traktaträtt (VCLT). AB report *US-Gasoline*, s. 17; AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 158. Campbell m.fl., s. 80ff. och 326f.

<sup>23</sup> Artikel 22 DSU. Jackson, s. 9, 166 och 380.

<sup>24</sup> Seth, s. 507.

<sup>25</sup> Medlemskapet för de östeuropeiska staterna i fråga trädde i kraft 1 maj 2004. Se Nicefördraget i Official Journal C 80, 2001 och Official Journal L 236, 23 september 2003.

<sup>26</sup> Se ingressen till Maastrichtfördraget och ingressen till Romfördraget. Wiers, s. 9f.

EU grundas på en tullunion och en inre marknad d.v.s. en för medlemsstaterna gemensam marknad utan inre gränser och med gemensamma tullar utåt.<sup>27</sup> Härutöver har EU ställt upp en mängd olika politiska mål såsom att främja ekonomiska och sociala framsteg, en hög sysselsättning, en hög nivå i fråga om miljöskydd och en hållbar utveckling.<sup>28</sup>

EU kan sägas vara en rättsordning *sui generis*. Härmed förstås att unionen rymmer dels en folkrättslig mellanstatlig dimension där bindande beslut tas av medlemsstaterna i konsensus, dels en överstatlig dimension där EU och dess institutioner (såsom rådet, kommissionen och parlamentet) i kraft av Romfördraget har disponerats med normgivningskompetens och präglas av majoritetsbeslut. EG-domstolen som EU:s dömande makt, och dess första instans, är ytterligare ett uttryck för denna överstatlighet.<sup>29</sup>

Inom den överstatliga dimensionen faller exempelvis handelspolitiken och miljöpolitiken.<sup>30</sup> Vad gäller just handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder har EU exklusiv normgivningskompetens. Detta innebär att en medlemsstat endast kan agera i kraft av tillåtelse från EU.<sup>31</sup>

För att garantera EU och Romfördraget har medlemsstaterna att uppfylla den s.k. lojalitetsprincipen i artikel 10 Romfördraget. Sätillvida skall medlemsstaterna *vidta* alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att skyldigheterna enligt Romfördraget fullföljs; medlemsstaterna skall också *avstå* från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås. Av lojalitetsprincipen följer således både en aktivitetsplikt och en passivitetsplikt.

En medlemsstat som bryter mot Romfördraget och lojalitetsprincipen riskerar att bli skadeståndsskyldig.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Se artikel 14 och 23 Romfördraget; EU grundas på de Europeiska gemenskaperna (EG), artikel 1 EU-fördraget. Av praktiska skäl används EU som beteckning också för EG i denna uppsats, med förbehåll för EG-domstolen.

<sup>28</sup> Artikel 2 Maastrichtfördraget och artikel 2 Romfördraget.

<sup>29</sup> Artiklarna 189-245 Romfördraget. Bernitz och Kjellgren, s. 27-30, 40 och 295f. Se artikel 249 Romfördraget som utgör grund för s.k. *sui generis*-rättsakter (förordningar, direktiv och beslut etc.).

<sup>30</sup> Artikel 3-4, 6, 14, 23, 174-175 Romfördraget.

<sup>31</sup> Jans, s. 83f.

<sup>32</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 91.

# 3 Frihandel och miljöskydd inom WTO

## 3.1 Inledning

I ingressen till WTO-stadgan erkänner parterna till WTO-avtalen:

that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to [...] expanding the production of and trade in goods [...], while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so [...].<sup>33</sup>

Härav framgår att ändamålet med Världshandelsorganisationen är ekonomi- och handelsinriktat samtidigt som något slags hänsyn skall tas målet hållbar utveckling och miljöskydd. WTO-medlemmarna söker sålunda härigenom demonstrera en vilja till balansgång mellan frihandel och miljöskydd. De s.k. ”frihandelsregler” som skyddar handelsintressena å ena sidan grundas huvudsakligen på principen National Treatment i artikel III:4 och förbud mot handelshinder i artikel XI:1 GATT. Medel för att uppnå miljöskydd utgörs av undantag från dessa frihandelsregler och finns nedlagda i artikel XX (b) och (g) GATT. I linje härmed finns också Avtalet om sanitära och fytosanitära åtgärder som också söker upprätthålla en balans för en hållbar utveckling.

## 3.2 Icke-diskriminering

### 3.2.1 Allmänt om artikel III:4 GATT

Central för en diskussion kring handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder inom ramen för WTO är artikel III GATT i relevanta delar:

1. [L]aws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, *should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.*<sup>34</sup>

4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party *shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin* in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO-stadgan). Mina parenteser.

<sup>34</sup> Min kursivering och min parentes.

<sup>35</sup> Mina kursiveringar.



Överprövningsorganet har uttalat att artikel III:1 uttrycker en allmän och informerende princip vars fundamentala syfte är att förhindra protektionism. Artikel III förpliktar i sin helhet WTO-medlemmarna att ställa upp jämlika konkurrensvillkor gällande relationen mellan importerade och inhemska produkter. Stadgandet skyddar således förväntningarna om att dessa konkurrensvillkor upprätthålls.<sup>36</sup>

Det materiella innehållet följer vidare av artikel III:4 GATT där den fundamentala principen *National Treatment* (NT-principen) finns nedlagd. Denna princip beskrivs i litteraturen som ett slags icke-diskrimineringsprincip eller likabehandlingsprincip. NT-principen förbjuder att importerade varor behandlas mindre förmånligt än inhemska varor av samma slag *innanför* den nationella gränsen.<sup>37</sup> Överprövningsorganet har förklarat att artikel III:4 skall harmoniera med artikel III:1.<sup>38</sup> Syftet med artikel III:4 kan således sägas vara att eliminera diskriminering och förhindra protektionism.

Det finns också en tolkningsklausul (s.k. *Note Ad*) till artikel III som lyder:

[A]ny law, regulation or requirement [...] which applies to an imported product and to the like domestic product and is [...] *enforced in the case of the imported product at the time or point of importation*, is nevertheless to be regarded as [...] a law, regulation or requirement [...] subject to the provisions of Article III.<sup>39</sup>

Denna tolkningsklausul medför att *alla* åtgärder som tillämpas *vid* den nationella gränsen för att genomdriva *interna* åtgärder kan omfattas av NT-principen, om dessa påverkar konkurrensrelationen mellan inhemska och utländska varor av samma slag.<sup>40</sup>

För att en åtgärd skall anses kränka artikel III:4 GATT måste tre rekvisit vara uppfyllda: 1.) åtgärden skall vara "lagar ... som påverkar intern handel", 2.) de importerade och inhemska produkterna skall vara "varor av samma slag" och 3.) den importerade varan skall vara utsatt för "mindre förmånlig behandling".<sup>41</sup> I de följande tre avsnitten skall närmare utredas vari tillämpningsområdet för artikel III:4 består.

### 3.2.2 "lagar ... som påverkar intern handel"

Det första kriteriet som måste vara uppfyllt för att konkludera ett intrång i artikel III:4 GATT är dess rekvisit "lagar ... som påverkar intern handel" ("laws ... affecting their internal sale"). Enligt stadgandets bokstav omfattas

<sup>36</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 96-98; *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, para. 119-120; *Japan-Alcoholic Beverages II*, s. 16.

<sup>37</sup> Jackson, s. 57. Lal Das, s. 29f. Trachtman m.fl., s. 816f.

<sup>38</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 98.

<sup>39</sup> Min kursivering och mina hakparenteser.

<sup>40</sup> GATT panel report *US-Section 337*, para. 5.10; citeras i GATT Analytical Index, s. 161.

<sup>41</sup> AB report *Korea-Beef*, para. 133.

lagar, förordningar och villkor som påverkar intern försäljning, försäljnings-erbjudanden, köp, transport, distribution, eller användning.

På vilket sätt skall då en WTO-medlems åtgärd påverka den interna försäljningen etc. för att kunna subsumeras under rekvisitet ”lagar ...som påverkar”? Till att börja med indikerar praxis att artikel III:4 täcker i princip alla produktrelaterade regleringar som blir tillämpliga efter det att en produkt har passerat tullen och uppfyllt dess formaliteter. Det har förklarats att stadgandet omfattar inte bara lagstiftning som *direkt* reglerar villkoren för försäljning av varor utan också varje reglering som *kan* medföra en negativ förändring av konkurrensvillkoren mellan inhemska och importerade varor på den inhemska marknaden;<sup>42</sup> med andra ord är det sålunda inte en lagstiftnings faktiska påverkan utan den *potentiella* påverkan på en importerad vara som är det avgörande.<sup>43</sup> Det är heller inte nödvändigt att uppskatta en handelsrelaterad åtgärds effekt i kvantitativa mått.<sup>44</sup>

Fallet *US-Gasoline*, som är ett miljöskyddsfall, visar att regler som fokuserar på subjektiva karakteristika hos producenter och importörer kan träffas av ”lagar ...som påverkar”:

*US-Gasoline* handlade om en av USA införd *Clean Air Act of 1990* (CAA) - en federal förordning om kontroll av gift och annan förorening orsakad av bensin tillverkad i eller importerad till USA. CAA föreskrev att endast bensin av bestämd kvalitet fick säljas i specifika luftförorenade områden i landet fr.o.m. viss tidpunkt. För detta ändamål infördes en bensinstandardförordning som innehöll olika regler för fastställande av gränsvärden för bensin.<sup>45</sup>

Bensinstandardförordningen gav utrymme för dels individuellt fastställda flexibla gränsvärden, dels en av den amerikanska miljömyndigheten fastställd strikt bensinstandard. Beroende av produktionsvolym och tidpunkt för etablering samt på tillförlitligheten hos de produktions- och kvalitetsdata avseende bensin som dessa hade tillgång till, fick inhemska producenter och importörer i olika utsträckning tillämpa bestämda metoder för att fastställa individuellt anpassade gränsvärden. Dessa fastställanderegler ansågs täckas av artikel III:4.<sup>46</sup>

I samband härmed måste frågas huruvida artikel III:4 även omfattar åtgärder som reglerar produktionsmetoder eller tillverkningsprocesser s.k. PPM-åtgärder. Inom ramen för WTO har varken Överprövningsorganet eller någon panel hittills avgjort något miljörettsligt fall avseende PPM-åtgärder med stöd av artikel III:4.<sup>47</sup> Dylåka åtgärder har i stället förbjudits under artikel XI:1 GATT.<sup>48</sup>

I litteraturen framförs emellertid en teori, som bygger på en produkt-/process-distinktion, om att produktrelaterade PPM-åtgärder omfattas av artikel III:4 medan icke produktrelaterade PPM-åtgärder faller utanför.<sup>49</sup>

---

<sup>42</sup> GATT panel report *Italy – Agricultural Machinery*, para. 11-13; citeras i GATT Analytical Index, s. 151.

<sup>43</sup> GATT panel report *US-Section 337*, para. 5.13; citeras i GATT Analytical Index, s. 153.

<sup>44</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 97-98.

<sup>45</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 2-4.

<sup>46</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 4-7.

<sup>47</sup> Wiers, s. 282.

<sup>48</sup> Se AB report *US-Shrimp-Turtles*.

<sup>49</sup> Esty, s. 49-51. Jans, s. 90. Wiers, s. 162 och 276ff. Birnie and Boyle, s. 721f.

Denna teori har sin upprinnelse bl.a. i det icke rättsligt bindande GATT-målet *US-Tuna-Dolphin I*.<sup>50</sup>

Målet *US-Tuna-Dolphin I* handlade om en tvist mellan USA och Mexiko. USA hade genom Marine Mammal Protection Act infört importrestriktioner avseende tonfisk som fångades med fångstmetoder vilka förolyckade delfiner. Panelen tolkade artikel III:4 mot bakgrund av artikel III:1 och *Note Ad* artikel III varvid den slöt sig till att artikel III endast omfattar interna åtgärder som påverkar *produkter som sådana*, medan *Note Ad* artikel III bara täcker åtgärder som tillämpas på produkter som sådana. Därefter poängterade Panelen att även om den amerikanska lagstiftningen hade ansetts reglera försäljning av tonfisk så skulle den inte uppfylla kraven i artikel III:4 eftersom dessa tar sikte på att jämföra produkter som sådana. Den menade att tonfisk som skördades med fångstmetoder som skadade delfiner inte skiljde sig från tonfisk som inte fångades med sådana metoder.<sup>51</sup>

Hypotesen är alltså att åtgärder som reglerar produktionsmetoder eller tillverkningsprocesser faller utanför tillämpningsområdet för artikel III:4 GATT, såvida inte dessa påverkar produkten som sådan eller påverkar dess försäljning eller marknadsföring etc.<sup>52</sup>

Andra konkreta exempel från praxis på åtgärder som har kvalificerat eller kan antas kvalificera för rekvisitet ”lagar ... som påverkar” är: saluförbud, reglering av öppet tider och minimum- och maximumpriser, hinder i form av monopol, produktkrav, marknadsföringskrav samt åtgärder som påverkar intern transport av varor.<sup>53</sup> Härutöver nämner litteraturen regler avseende återvinning samt paketering och miljömärkning av varor.<sup>54</sup> Enligt litteraturen kan de åtgärder som täcks av artikel III:4 i princip sammanfattas som ”försäljningsåtgärder”.<sup>55</sup>

Avslutningsvis kan konstateras att tillämpningsområdet för artikel III:4 GATT är, enligt min mening, extensivt. Det täcker interna försäljningsrelaterade åtgärder vilka direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt snedvrider konkurrensrelationen mellan inhemska och importerade varor till de senares nackdel.

### 3.2.3 ”varor av samma slag”

Det andra rekvisitet som måste vara uppfyllt för att konstatera en kränkning av artikel III:4 GATT är ”varor av samma slag” (”like products”). Av stadgandet framgår att en medlemsstat inte får behandla importerade varor

---

<sup>50</sup> GATT panel report *US-Tuna-Dolphin I*; citeras i GATT Analytical Index, s. 128ff., 150 och 162. Teorin bygger också på fallet *US-Tuna-Dolphin II* (ej publicerad) där omständigheterna i all väsentlighet påminner om det första fallet. Dessa fall blev inte rättsligt bindande under GATT eftersom de inte antogs av parterna.

<sup>51</sup> GATT panel report *US-Tuna-Dolphin I*, para. 5.8-5.17.

<sup>52</sup> Jans, s. 90; Wiers, s. 162 och 276ff. Birnie and Boyle, s. 721f.

<sup>53</sup> GATT Analytical Index, s. 163-169. Vad gäller produktkrav finns särskilda regler härom i WTO-avtalet *Agreement on Technical Barriers to Trade*; p.g.a. avgränsningskäl redogörs inte härför.

<sup>54</sup> Birnie and Boyle, s. 718-719. Vad gäller miljömärkning finns visst stöd i fallet *US-Tuna-Dolphin I*, para. 5.42, och *US-Taxes on Automobiles* (DS31/R, 1994).

<sup>55</sup> Wiers, s. 308.

mindre förmånligt än inhemska varor av samma slag. Men var går gränsen mellan lika och olika slags varor, hur bestäms den?

I WTO:s praxis har uttalats att rekvisitet ”varor av samma slag” skall tillämpas på produkter som befinner sig i något slags konkurrenssituation.<sup>56</sup> Emellertid ger ”samma slag” utrymme för individuella och skönsmässiga bedömningar. För att minska detta skönsmässiga utrymme har anställts vissa bedömningskriterier såsom 1.) varors fysiska beståndsdelar eller karakteristika, 2.) varors slutanvändning, 3.) konsumentpreferenser och 4.) varors tullklassificering.<sup>57</sup>

Listan över bedömningskriterier är emellertid inte uttömmande. Sätillvida har i praxis diskuterats om ”hälsorisk” skulle kunna användas som bedömningskriterium. Panelen i *EC-Asbestos* har hävdat att tillämpandet av ett riskkriterium skulle medföra att undantagsregeln i artikel XX (b) GATT urholkades. Överprövningsorganet har dock intagit en annan hållning och har gjort gällande att ”hälsorisker” som relateras till produkter skall användas för att bedöma likheten mellan varor under artikel III:4. Samtidigt har det förklarats att ”risk” inte skulle kunna utgöra ett självständigt kriterium eftersom det sammanfaller med varors fysiska egenskaper och konsumentpreferenser.<sup>58</sup>

Tillämpningen av samtliga nämnda kriterier var av avgörande vikt i målet *EC-Asbestos*:

*EC-Asbestos* handlade om ett franskt dekret som förbjöd bl.a. import, tillverkning och användning av alla variationer av asbestofibrer och produkter som innehöll asbestos. Syftet med åtgärden var att skydda människors hälsa. Tillfälliga undantag från förbudet tilläts för krysolitasbests som redan existerade såvida inte några substitut fanns därtill. Fråga var om s.k. PCG-fibrer utgjorde ”varor av samma slag” som krysolitasbests. Panelen som i fallet bedömde produkternas egenskaper endast i ljuset av deras slutanvändning fann att produkter innehållande PCG respektive krysolit var ”varor av samma slag”.<sup>59</sup>

Överprövningsorganet underkände panelens analys p.g.a. bristande tillämpning av bedömningskriterier och ”risk”. Härutöver fann Överprövningsorganet att klagandeparten (Kanada) inte hade uppfyllt bevisbördan; Kanada hade inte presenterat tillräcklig bevisning avseende slutanvändningskriteriet och det hade inte presenterat någon bevisning överhuvudtaget avseende konsumentpreferenser.<sup>60</sup>

Av praxis och litteratur framgår i övrigt att skillnader i själva produktionen av varor (t.ex. produktionsmetoder och produktionsvolym) samt produk-

<sup>56</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 99 och 103.

<sup>57</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 101. Härvid hänvisar Överprövningsorganet bl.a. till en rapport från 1970 års *Working Party on Border Tax Adjustments*, BISD 18S/97. Där lades fram liknande kriterier.

<sup>58</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 102, 113 och 122. Trachtman m.fl., s. 859. Korrelationen bedömningskriterierna emellan kan bestå i att fysiska karakteristika, t.ex. en varas storlek, kan begränsa dess slutanvändning medan konsumentpreferenser kan utmana en traditionell användning därav samtidigt som tullklassificering speglar varors fysiska egenskaper. Härutöver kan hälsorisker påverka konsumentpreferenser och konsumentbeteenden.

<sup>59</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 1-4 och 104.

<sup>60</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 115-132, 145.

tionens miljöpåverkan inte kan anställas som kriterier för att bedöma om varor är av samma slag såvida inte dylika faktorer påverkar varorna i sig.<sup>61</sup>

Vad i övrigt gäller tillämpningen av relevanta bedömningskriterier kommer varors likheter att bedömas från fall till fall, och i varje enskilt fall görs en helhet bedömning därav. Kriterierna skall därvid först undersökas vart och ett för sig, för att sedan sammanvägas med all annan relevant bevisning – bevisning som alltså indikerar om och i vilken utsträckning de bestämda varorna befinner sig i något slags konkurrensrelation på given marknad.<sup>62</sup>

Vilken relativ vikt som skall ges de olika kriterierna är osäkert. En skiljaktig ledamot i *EC-Asbestos* menade att ekonomiska kriterier såsom slutanvändning och konsumentpreferenser inte torde kunna uppväga och åsidosätta en produkts dödliga natur.<sup>63</sup> Det är, enligt min mening, inte givet att majoriteten ledamöter i Överprövningsorganet anlade samma betraktelsesätt eftersom den hade uttalat att ”risk” sammanfaller med bl.a. konsumentpreferenser.

### 3.2.4 ”mindre förmånlig behandling”

Det tredje och sista rekvisitet som måste vara uppfyllt för att påvisa en kränkning av artikel III:4 GATT är ”mindre förmånlig behandling” (”less favourable treatment”). Av målet *EC-Asbestos* framgår att ”mindre förmånlig behandling” ger uttryck för den allmänna principen i artikel III:1 GATT:

If there is ”less favourable treatment” of the group of ”like” imported products, there is, conversely, ”protection” of the group of ”like” domestic products. However, a Member may draw distinctions between products which have been found to be ”like”, without, for this reason alone, according to the group of ”like” imported products ”less favourable treatment” than that accorded to the group of ”like” domestic products.<sup>64</sup>

Överprövningsorganet förklarade dock inte hela innebörden härav. Men klart är, enligt min mening, att en diskriminerande behandling av importerade varor i förhållande till inhemska varor utgör en presumtion för protektionism. Panelen i målet *US-Gasoline* påpekade att rekvisitet ”mindre förmånlig behandling” är tillämpligt på varje enskilt fall.<sup>65</sup>

En bensinförordningen i målet *US-Gasoline* gjorde, enligt panelen åtskillnad mellan vissa inhemska producenter och importörer på ett sådant sätt att i allmänhet gynnades inhemsk bensin genom att försäljare som också var producenter tilläts tillämpa individuella gränsvärden medan importörer å andra sidan generellt hade att anpassa sig efter en strikt uniform bensinstandard. Re-

---

<sup>61</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.11.-6.12. (refereras i uppsatsens kapitel 3.3.2 ovan); GATT panel report *US-Tuna-Dolphin I*, para. 5.11-5.13; citeras i GATT Analytical Index, s. 162; Jans, s. 90.

<sup>62</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 102.

<sup>63</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 152.

<sup>64</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 100.

<sup>65</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.10 och 6.14. WTO-panelen citerade GATT panel report *US-Section 337*, para. 5.11. och 5.14.

sultatet av dylik särbehandling blev att importerad bensin tvingades att på det stora hela vara renare än inhemsk, vilket för importörerna medförde extrakostnader.<sup>66</sup>

USA hade argumenterat för att bensinförordningen inte diskriminerade importerad bensin eftersom den strikta standarden grundades på genomsnittet av summan av de individuella gränsvärdena vilka svarade mot genomsnittet för basårets bensinkvalitet. Men panelen menade att ”mindre förmånlig behandling av viss importerad vara inte kunde balanseras mot mer förmånlig behandling av andra importerade varor ...”.<sup>67</sup>

Av det hittills sagda kan konstateras att rekvisitet ”mindre förmånlig behandling” omfattar förbud mot både *de jure* och *de facto* diskriminering; en nationell åtgärd får i princip vara diskriminerande i vare sig utformning eller effekt.<sup>68</sup> Vad gäller relationen mellan *de jure* och *de facto* diskriminering har Överprövningsorganet dock närmare förklarat att:

A formal difference in treatment between imported and like domestic products is thus neither necessary, nor sufficient, to show a violation of Article III:4. Whether or not imported products are treated “less favourably” than like domestic products should be assessed instead by examining whether a measure modifies the conditions of competition in the relevant market to the detriment of imported products.<sup>69</sup>

Härav följer att *de jure* diskriminerande behandling, t.ex. på grundval av nationalitet, skulle kunna vara tillåten om en *de facto* likabehandling vore för handen.<sup>70</sup> Av äldre praxis framgår att det skulle vara tillräckligt att visa att det föreligger en *risk* för diskriminering eller att konkurrensvillkoren *potentiellt* påverkar importerade varor negativt i relation till inhemska varor av samma slag.<sup>71</sup>

## 3.3 Förbud mot handelshinder

### 3.3.1 Allmänt om artikel XI:1 GATT

Utöver icke-diskrimineringsprincipen finns yttermera en för WTO hörnsten nedlagd i artikel XI:1 GATT, med lydelsen:

No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.

---

<sup>66</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.9-6.11. Se uppsatsens kapitel 3.3.2. för genomgång av bensinförordningen i fråga.

<sup>67</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.14.

<sup>68</sup> Jackson, s. 57 och 423ff.

<sup>69</sup> AB report *Korea-Beef*, para. 137.

<sup>70</sup> AB report *Korea-Beef*, para. 134.

<sup>71</sup> GATT panel report ; *EEC-Payments and Subsidies*, para. 137-141; citeras i GATT Analytical Index, s. 156f. *US-Section 337*, para. 5.13; citeras i GATT Analytical Index, s. 153.

Stadgandet är allmänt hållet och syftar enligt ordalydelsen till att förbjuda kvantitativa restriktioner och andra icke tariffära åtgärder avseende import (och export) av varor; stadgandet är alltså ett slags förbud mot handelshinder.<sup>72</sup> I praxis har det förklarats att de grundläggande bestämmelserna i GATT etablerar konkurrensvillkor,<sup>73</sup> och att artikel XI (liksom artikel III GATT) avser att främst skydda konkurrensmöjligheterna för importerade varor.<sup>74</sup> I litteraturen påstås att motivet bakom införandet av artikel XI är att de tullsänkningar som förhandlas fram inom GATT inte skall undermineras genom införandet av andra restriktioner.<sup>75</sup> Synen på kvantitativa restriktioner inom WTO är betydligt strängare än för någon annan form av handels hinder, eftersom sådana restriktioner utgör absoluta hinder.<sup>76</sup>

### 3.3.2 Närmare om tillämpningsområdet

Artikel XI:1 GATT förbjuder sålunda handelshinder som görs gällande i form av kvoter, licenser eller andra åtgärder. I linje härmed undantas från tillämpningsområdet åtgärder av fiskal natur, närmare bestämt tullar, skatter och andra avgifter (vilka bl.a. träffas av artikel III GATT).

I artikel XI:2 GATT finns ytterligare undantag från det allmänna förbudet. Dessa är i huvudsak: restriktioner som är nödvändiga för tillämpning av standarder (som i stället täcks av bl.a. SPS-avtalet), klassificeringsåtgärder eller försäljningsåtgärder gällande den internationella handeln, och restriktioner avseende jordbruks- och fiskprodukter som är nödvändiga för att motverka tillfälliga inhemska överskott.

Av praxis framgår att både *de jure* och *de facto* restriktioner är förbjudna.<sup>77</sup> Det har t.o.m. konstaterats att det inte är nödvändigt att kvoter utgör ett faktiskt importhinder för att kunna omfattas av i artikel XI:1; det är tillräckligt att kvoter innefattar ett *potentiellt* importhinder.<sup>78</sup> Liknande resonemang har följts upp i senare praxis i fråga om importlicenser varvid har förklarats att skönsmässiga eller icke-automatiska licensvillkor täcks av restriktionsförbudet eftersom dylika åtgärder till sin natur fungerar på sådant sätt att import *kan* komma att bli otillåten.<sup>79</sup>

I praxis har också ansetts att existensen av importrestriktioner borde presumeras orsaka hinder inte bara p.g.a. deras direkta inverkan på handeln, utan också därför att de kan leda till ökade transaktionskostnader och osä-

---

<sup>72</sup> Jans, s. 91.

<sup>73</sup> GATT panel report *EEC – Payments and Subsidies*, para. 150; citeras i GATT Analytical Index, s. 289.

<sup>74</sup> WTO panel report *Argentina – Hides and Leather*, para. 11.20-11.21. Härvid hänvisar panelen till AB report *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 16, och AB report *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, para. 119-120 och 127.

<sup>75</sup> Kleen, s. 28.

<sup>76</sup> WTO panel report *Turkey-Textiles and Clothing*, para. 9.63-9.65.

<sup>77</sup> WTO panel report *Argentina – Hides and Leather*, para. 11.20-11.21. Härvid hänvisar panelen till AB report *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 16, och AB report *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, para. 119-120 och 127.

<sup>78</sup> GATT panel report *EEC – Payments and Subsidies*, para. 150; citeras i GATT Analytical Index, s. 289.

<sup>79</sup> WTO panel report *India – Quantitative restrictions*, para. 5.129-5.130. WTO panel report *Korea-Beef*, para. 782.

kerheter som i sin tur kan påverka handelsrelaterade investeringar negativt.<sup>80</sup> Även system för minimipriser avseende importvaror har ansetts kunna vara en icke-tariffär åtgärd som kvalificerar för artikel XI:1.<sup>81</sup> Vidare framgår att det inte spelar någon roll vilken rättslig status en åtgärd har för att kunna subsumeras rekvisitet ”åtgärder”; även icke tvingande statliga åtgärder såsom administrativa riktlinjer avses.<sup>82</sup>

Exempel på miljöskyddsåtgärder som omfattas av artikel XI:1 finns bl.a. genom fallet *US-Shrimp-Turtle*:

I *US Shrimp-Turtle* var fråga om avdelning 609 Endangered Species Act of 1973 (ESA) utgjorde en kränkning av artikel XI GATT. I avdelning 609 (a) ESA gjordes gällande ett importförbud mot räkor som fångades med kommersiella fiskemetoder vilka hade skadlig påverkan på havssköldpaddor. Avdelning 609 (b) föreskrev att importförbudet inte skulle tillämpas på stater som var certifierade. Certifieringen villkorades bl.a. på så sätt att nationer som fångade räkor skulle använda anordningar som exkluderade sköldpaddor (Turtle Excluder Device, TED) som motsvarade de TED:s som amerikanska trålare använde. WTO-panelen fann att handelsembargot mot icke-certifierade stater stred mot artikel XI GATT.<sup>83</sup>

Det skall noteras att i *US-Shrimp-Turtle* var alltså närmare bestämt fråga om en s.k. PPM-åtgärd.<sup>84</sup>

Tillämpningsområdet för artikel XI:1 GATT är följaktligen extensivt.<sup>85</sup> Enligt mitt förmenande omfattar det både kvalitativa och kvantitativa nationella handelshinder som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindrar varors tillträde till en medlemsstats territorium. Det är dessa förhållanden som visar de yttersta gränserna för den enskilda medlemsstaten vad gäller det autonoma utrymmet för införandet av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder.

### 3.4 Artikel III:4 visavi artikel XI:1 GATT

Relationen mellan artikel III:4 och XI:1 GATT är viktig när det kommer till att bestämma en medlemsstats autonoma utrymme för införande av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder. En åtgärd som faller under artikel XI:1 är i princip förbjuden. Men en åtgärd som täcks av artikel III:4 innebär en tyngre bevisbörda för den som åberopar stadgandet vad gäller uppfyllande av bl.a. det relativa rekvisitet ”like products” - ett rekvisit som artikel XI alltså saknar.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> GATT panel report *Japanese measures on Imports of Leather*, para. 47-48, 53, 55; citeras i GATT Analytical Index, s. 288f.

<sup>81</sup> GATT panel report *EEC – Programme of Minimum Import Prices*, para. 4.9; citeras i GATT Analytical Index, s. 293.

<sup>82</sup> GATT panel report *Japan – Trade in Semi-conductor*; citeras i GATT Analytical Index, s. 287.

<sup>83</sup> WTO panel report *US-Shrimp-Turtle*, para. 7.11-7.17.

<sup>84</sup> Angående PPM-åtgärder se genomgången därav under uppsatsen avsnitt 3.2.1.

<sup>85</sup> Birnie and Boyle, s. 700. Jans, s. 91.

<sup>86</sup> Wiers, s. 174.



I princip artikel III:4 och artikel XI:1 reciprokt exklusiva. Men i fall där en nationell åtgärd kombinerar interna åtgärder d.v.s. försäljningsåtgärder med importrestriktioner, kan artikel III:4 och artikel XI:1 komma att tillämpas samtidigt.<sup>87</sup>

## 3.5 Rättfärdigande av miljöskyddsåtgärder

### 3.5.1 Allmänt

Handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder kan komma att kränka artikel III:4 och artikel XI:1 GATT. För sådana kränkningar ges dock möjligheter till rättfärdigande genom vissa allmänna undantag i artikel XX GATT:<sup>88</sup>

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.<sup>89</sup>

Det allmänna syftet med inledningsklausulen till artikel XX, *the chapeau*, är att förhindra missbruk av de olika undantagen.<sup>90</sup> Överprövningsorganet har låtit meddela att WTO-rätten ”inte skall tolkas kliniskt avskilt från den allmänna folkrätten”,<sup>91</sup> och i linje därmed förklarar att *the chapeau* är ett av flera uttryck för den allmänna folkrättens *principle of good faith*. Denna princip kontrollerar staters utövande av rättigheter och förbjuder missbruk därav.<sup>92</sup>

Ändamålen med undantagen (paragraferna (b) och (g)) kan formuleras både negativt och positivt. De får inte tjäna handelspolitiska syften samtidigt

---

<sup>87</sup> Wiers, s. 177.

<sup>88</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 150 och 157; AB report *US-Gasoline*, s. 23.

<sup>89</sup> Artikel XX GATT innehåller egentligen undantag från (a) till (j), om säkerhet m.m., som faller utanför uppsatsens undersökningsområde.

<sup>90</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 151; AB report *US-Gasoline*, s. 22. Överprövningsorganet hänvisar till förarbeten till artikel XX GATT.

<sup>91</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 17. Härvid erkänner Överprövningsorganet den sedvanerättsliga statusen hos de allmänna tolkningsprinciperna såsom de kommer till uttryck i artikel 31 Wienkonventionen om traktaträtt (VCLT); I *Japan-Alcoholic Beverages II*, s. 10, erkänner Överprövningsorganet den sedvanerättsliga statusen hos innehållet i artikel 32 VCLT. Jmf. artikel 3.2 DSU som hänvisar till dessa tolkningsprinciper.

<sup>92</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 158. Jmf. AB report *US-Gasoline*, s. 22.

som de skall försäkra att åtagandena under GATT inte hindrar införandet av åtgärder som syftar till skydd för de uppräknade värdena.<sup>93</sup>

Överprövningsorganet har förklarat att det av förarbetena och språket i inledningsklausulen till artikel XX följer att undantagen konstituerar restriktiva och villkorade undantag från de materiella reglerna i GATT.<sup>94</sup> Emellertid har Överprövningsorganet också deklarerat att ingressen till WTO-stadgan skall påverka tolkningen av WTO-avtalen, däribland GATT. Ingressen till WTO-stadgan framhåller bl.a. hänsyn till miljön och ändamålet *hållbar utveckling*.<sup>95</sup> Detta uttalandet öppnar sålunda för att artikel XX GATT i någon mening omfattar miljöskydd.

Metodologiskt tillämpas artikel XX GATT huvudsakligen genom två steg. Först skall en åtgärd till sin karaktär rättfärdigas provisoriskt genom något av undantagen i underparagraferna, sedan skall åtgärden såsom den tillämpas prövas i relief mot inledningsklausulen.<sup>96</sup>

### 3.5.2 Skydd för människor, djur och växter

Utöver förenlighet med *the chapeau* måste en åtgärd för att kunna rättfärdigas i enlighet med artikel XX (b) GATT uppfylla två krav som har förtydligats i praxis. Åtgärden skall vara dels *ändamålsenligt* utformad för att skydda människors, djurs eller växters liv eller hälsa, dels *nödvändig* i förhållande till dessa skyddsintressen.<sup>97</sup>

#### 3.5.2.1 Kvalificering till artikel XX (b) GATT

Kravet på ändamålsenlighet kan för kontexten sägas vara ett slags kvalificeringskrav för själva tillämpningsområdet för artikel XX (b) GATT.<sup>98</sup> Fråga är hur denna ändamålsenlighet skall bedömas.

I målet *US-Tuna-Dolphin I och II* kvalificerade ett importförbud mot tonfisk, som syftade till att skydda delfiner, för artikel XX (b).<sup>99</sup>

Fallet *Thailand-Cigarettes* gällde ett importförbud mot cigaretter vilket hade ansetts strida mot artikel XI GATT. Panelen, som var överens med parterna och WHO:s experter, accepterade att rökning utgjorde en allvarlig hälsorisk. En åtgärd som hade utformats för att reducera cigarettkonsumtion föll inom tillämpningsområdet för artikel XX (b) eftersom den "kunde anses garantera kvaliteten och en reduktion av kvantiteten såld (...)"<sup>100</sup>

I målet *US-Gasoline* kvalificerade USA:s Bensinförordning för artikel XX (b) eftersom den ansågs vara utformad för att reducera luftförorening i

<sup>93</sup> GATT panel *Thailand-Cigarettes*, para. 73-74; citeras i GATT Analytical Index, s. 525-526 (syftet med artikel XX(b)); AB report *US-Gasoline*, s. 14f. (syftet med artikel XX(g)).

<sup>94</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 157.

<sup>95</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 152-153.

<sup>96</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 118; AB report *US-Gasoline*, s. 21f.

<sup>97</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.20; WTO panel report *EC-Asbestos*, para. 8.184 och 8.195.

<sup>98</sup> Enligt min mening är "ändamålsenlighet" en logisk implikation av "nödvändighet", en åtgärd som är nödvändig för visst mål är *a fortiori* ändamålsenlig för det samma.

<sup>99</sup> GATT panel report *US-Tuna-Dolphin I*, para. 5.24-30; *US-Tuna-Dolphin II*, para. 5.30-5.33.

<sup>100</sup> GATT panel report *Thailand-Cigarettes*; citeras i GATT Analytical Index, s. 522f. Min översättning.

form av bl.a. markozon. Parterna och panelen var överens om att luftföroreningar orsakad av bensinkonsumtion utgjorde hälsorisk för människor, djur och växter.<sup>101</sup>

I *EC-Asbestos* kvalificerade att franskt dekret som var utformat för att förhindra all slags hantering av alla former av asbestos fibrer. Panelen hade förklarat att användningen av ordet ”protection” i artikel XX (b) innefattar existensen av risk och att kvalificeringsprövningen först går ut på att identifiera just denna risk. Överprövningsorganet uttalade i samband därmed att under artikel XX (b) kan risken utvärderas antingen kvantitativt eller kvalitativt.<sup>102</sup>

För kvalificering krävdes vidare att användningen av viss typ av asbestos utgjorde en tillräcklig risk för människors hälsa. Panelen hade ansett, och Överprövningsorganet instämde, att svaren hade etablerat ett *prima facie*-fall enär den vetenskapliga bevisningen *tenderade att visa* att hanteringen av asbestos utgjorde en hälsorisk snarare än tvärtom.<sup>103</sup>

Av denna genomgång följer att kvalificeringsprövningen går ut på att fastställa ett samband mellan skyddsåtgärd och skyddsintresse: dels skall finnas ett slags identitetsrelation mellan lagstiftningens utformning och grunderna i artikel XX (b), dels skall finnas ett kausalsamband mellan produkt och skyddsintresse i form av risk för skada.

Av utredningen följer också att det inte finns något bestämt beviskrav för existensen av risk. Detta styrks av litteraturen där det hävdas att det inte finns något allmänt beviskrav formulerat härvidlag.<sup>104</sup>

I litteraturen påpekas att kvalificeringsprövningen inte är särskilt omfattande och att miljöexperter sällan används.<sup>105</sup> Detta har åtminstone på kvalificeringsstadiet inte inneburit någon nackdel för miljöintresset; både GATT- och WTO-paneler har tolkat undantaget (b) i artikel XX extensivt i det att miljöskydd - skydd för luft och delfiner - har ansetts omfattas av tillämpningsområdet.<sup>106</sup>

### 3.5.2.2 ”nödvändig”

En handelsbegränsande åtgärd måste också vara *nödvändig* för att kunna rättfärdigas. Traditionellt har rekvisitet ”nödvändig” (”necessary”) i artikel XX (b) GATT implicerat ett nödvändighetstest eller en prövning avseende den minst handelshindrande åtgärden (the least trade-restrictive test).<sup>107</sup> Vid en sammanläsning av de tidigare målen *US-Section 337* (avseende artikel XX (d)) och *Thailand-Cigarettes* (avseende artikel XX (b)) framgår att en medlemsstats åtgärd skall i relation till dess ändamål endast anses nödvändig om det inte finns någon alternativ åtgärd som är förenlig med GATT respektive som är mindre oförenlig med GATT och vilken är rimligen till-

<sup>101</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.21.

<sup>102</sup> WTO panel report *EC-Asbestos*, para. 8.184; AB report *EC-Asbestos*, para. 167.

<sup>103</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 157-163; Överprövningsorganet citerar WTO panel report *EC-Asbestos*, para. 8.194.

<sup>104</sup> Osiro, s. 132.

<sup>105</sup> Wiers, s. 184.

<sup>106</sup> Campbell m.fl., s. 212. Jans, s. 92. Osiro, s. 132.

<sup>107</sup> Trachtman m.fl., s. 824f.

gänglig för medlemsstaten och som medlemsstaten därmed kan förväntas tillämpa istället.<sup>108</sup>

Så tillvida var i *Thailand-Cigarettes* fråga om hälsoskydd i form av ett importförbud mot cigaretter som hade ansetts strida mot artikel XI:1. Med avseende på cigaretters kvalitet ansåg panelen att det fanns rimligen tillgängliga alternativa åtgärder i form av icke-diskriminerande innehållsförteckningar och tillsyn kombinerad med förbud mot bara vissa ingredienser; med avseende på en reduktion av cigaretters kvantitet fanns alternativ i marknadsföringsförbud eller monopolbildning därför att dylika åtgärder skulle medföra minskad efterfrågan respektive minskat utbud därav.<sup>109</sup>

I linje med denna tradition har sedermera Överprövningsorganet deklarerat att tillämpningen av nödvändighetstestet skall förstås som ett slags *sammanvägnings- och avvägningsprocess*:

[T]he *weighing and balancing process* we have outlined is comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure which the Member concerned could "reasonably be expected to employ" is available, or whether a less WTO-inconsistent measure is "reasonably available".<sup>110</sup>

Detta förhållningssätt intogs i och med fallet *Korea-Beef* inom ramen för artikel XX (d), och bekräftades sedermera genom målet *EC-Asbestos* gällande artikel XX (b):

[I]n determining whether a suggested alternative measure is "reasonably available", several factors must be taken into account, besides the difficulty of implementation. [T]he "*weighing and balancing process* ... comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure" is reasonably available is the extent the alternative measure "contributes to the realisation of the end pursued."<sup>111</sup>

Viss osäkerhet råder kring vilka faktorer eller variabler som skall sammanvägas inom kontexten för artikel XX (b). I *Korea-Beef* uppräknades tre faktorer som ansågs relevanta: 1.) skyddsvärdets vikt, 2.) de alternativa åtgärdernas effektivitet i förhållande till det skyddsvärda intresset, och 3.) de alternativa åtgärdernas handelshindrande effekt.<sup>112</sup> I *EC-Asbestos* nämnde Överprövningsorganet dessa faktorer, men tillämpade bara de två första.<sup>113</sup> Listan över variabler torde, enligt litteraturen, i någon mån vara öppen.<sup>114</sup>

Ett annat problem är hur dessa faktorer generellt skall bedömas. Utgångspunkten tycks dock stå att finna i skyddsnivån. Överprövningsorganet har i enlighet med tidigare praxis låtit förklara att WTO-medlemmarna har själva rätt att bestämma skyddsnivån på ett för varje given situation adekvat

<sup>108</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 170-171; som hänvisar till AB report *Korea-Beef*, para. 165; GATT panel report *Thailand-Cigarettes*, para. 75, och *US-Section 337*, para. 5.26.

<sup>109</sup> GATT panel report *Thailand-Cigarettes*; Citeras i GATT Analytical Index, s. 523-524. Som jag förstår det leder monopol till minskning av utbud och höjda priser.

<sup>110</sup> AB report *Korea-Beef*, para. 164-166.

<sup>111</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 170 och 172. Mina hakparenteser.

<sup>112</sup> AB report *Korea-Beef*, para. 164. Neuman, s. 211.

<sup>113</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 169-174.

<sup>114</sup> Neumann m.fl., s. 211.

sätt.<sup>115</sup> Vad gäller variabeln ”skyddsvärdets vikt” har Överprövningsorganet låtit förstå att:

the more vital or important the common interests or values pursued, the easier it would be to accept as ”necessary” measures designed to achieve those ends.<sup>116</sup>

Detta uttalande har åtminstone två implikationer, dels är skyddsintressets vikt i någon mening relativ, dels skall vikten bestämmas *in casu*. I *EC-Asbestos* framhölls:

In this case, the objective pursued by the measure is the preservation of human life and health through the elimination, or reduction, of the well-known, and life-threatening, health risks posed by asbestos fibres. The value pursued is both vital and important in the highest degree.<sup>117</sup>

Överprövningsorganet har sålunda konstaterat att människors liv är av yttersta vikt. I litteraturen har denna omständighet tolkats som att Överprövningsorganet har tillskrivit skyddsvärdet för människor en absolut vikt på sådant sätt att människors liv som ändamål inte skall avvägas mot mindre handelsrestriktiva åtgärder.<sup>118</sup>

Nästa steg i sammanvägnings- och avvägningsprocessen blir, i enlighet med *EC-Asbestos*, att beakta faktorn ”de tillgängliga åtgärdernas effektivitet”. Sådantillvida skall ställning tas till huruvida det finns alternativa åtgärder som kan uppnå det av medlemsstaten uppsatta mål men som är mindre handelsrestriktiva än den av medlemsstaten valda. Detta effektivitetskrav torde alltså förstås på sådant sätt att en medlemsstat kan rimligtvis inte förutsättas att anställa en alternativ åtgärd som inte hindrar den risk som den omtvistade åtgärden avser att eliminera.<sup>119</sup> Givet att skyddsvärdet är absolut gäller således att en alternativ åtgärd som är rimligen tillgänglig måste, för att uppnå den valda skyddsnivån, vara minst lika effektiv som den omtvistade åtgärden.<sup>120</sup>

Det kan poängteras att i det konkreta fallet för *EC-Asbestos* var fråga om ett ”importförbud mot asbestos” som ställdes mot den alternativa åtgärden ”kontrollerad användning av asbestos”.<sup>121</sup> Importförbudet kan, enligt litteraturen, ha ansetts ombärligt och därmed nödvändigt på grundval av den genom vetenskaplig bevisning påvisade livsfara asbestos utgjorde. Det var antagligen p.g.a. importförbudets ombärlighet som den tredje variabeln ”åtgärdens handelsrestriktiva effekt” inte fick genomslag i avvägningen.<sup>122</sup>

Det kan, enligt litteraturen, argumenteras för att nödvändighetsrekvisitet i paragraf (b) implicerar ett slags *proportionalitetsprincip*. Variablerna ”alternativa åtgärders effektivitet i förhållande till ambitionsnivån” samt ”alter-

<sup>115</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 168; se också t.ex. GATT panel report *US-Tuna-Dolphin I*, para. 5.27.

<sup>116</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 172-174; AB report *Korea-Beef*, para. 162.

<sup>117</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 172.

<sup>118</sup> Neumann m.fl., s. 213.

<sup>119</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 174.

<sup>120</sup> Neumann m.fl., s. 212f.

<sup>121</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 174-175.

<sup>122</sup> Jmf. Osiro, s. 135.

nativa åtgärders handelshindrande effekt” ger uttryck för proportionalitets-kriterier som att åtgärden skall vara ändamålsenlig och nödvändig.<sup>123</sup>

Den stora frågan är om Överprövningsorganet härvid har infört proportionalitetsprincipen i strikt bemärkelse (*stricto sensu*). Proportionalitetsprin-cipen *stricto sensu* innebär att den rättsliga instansen skulle företa nytto-/kostnadsanalyser och att alternativa skyddsåtgärder som är mindre handels-hindrande och mindre kostsamma för handelsintresset är att föredra. Sådill-vida skulle gälla att miljöskyddsåtgärden måste stå i proportion till han-delsmålet snarare än till miljöskyddsmålet.<sup>124</sup>

Fallet *EC-Asbestos* talar dock mot existensen av proportionalitetsprinci-pen *stricto sensu*. Överprövningsorganet förklarade ju det är upp till med-lemsstaten att välja skyddsnivå.<sup>125</sup> Men i litteraturen utesluts inte att i fall där skyddsintressets vikt är relativ och dess legitimitet ifrågasätts medlemssta-ten kan få utrymmet för införande av miljöskydd inskränkt.<sup>126</sup> Det påpekas också att en medlemsstat kan tvingas att bära tunga administrativa kostnader i implementeringen av t.ex. kontrollsystem i stället för billigare absoluta importförbud.<sup>127</sup>

Det måste ifrågasättas huruvida WTO-paneler är rätt instans att avgöra skyddsintressets vikt i de fall inte konsensus råder därom de tvistande par-terna emellan.<sup>128</sup> Om miljöintresset är av nationell eller lokal karaktär borde rätt instans, enligt min mening, vara den demokratiskt valda folkrepresenta-tionen. Om miljöintresset är av internationell karaktär borde, enligt min me-ning, skyddsintressets vikt snarare fastställas av förhandlande medlemsstater snarare än av en WTO-panel.

### 3.5.3 Bevarande av uttömliga naturresurser

Ett provisoriskt rättfärdigandet av en åtgärd i enlighet med artikel XX (g) GATT omfattar tre rekvisit; dels skall ändamålet/skyddsintresset bakom en åtgärd motsvara ”uttömliga naturresurser”, dels skall åtgärden uppfylla rek-visitet ”avseende”, dels skall åtgärden vara ”genomförd i samband med re-striktioner på inhemsk produktion eller konsumtion”.<sup>129</sup>

Dessa tre krav är kumulativa d.v.s. alla måste vara uppfyllda för att en åtgärd skall kunna rättfärdigas. Första och andra kravet i underparagraf (g) tycks sammanfalla, men Överprövningsorganet har låtit förstå att ”avseende” (i betydelsen ”primarily aimed at”) inte *per se* utgör en tröskel gällande själva kvalificering för tillämpningsområdet.<sup>130</sup>

---

<sup>123</sup> Jmf.: Birnie och Boyle, s. 711. Jans, s. 92. Neumann m.fl., s. 199-204. Osiro, s. 123 och 136ff. Wiers, s. 242.

<sup>124</sup> Neumann m.fl., s. 202-204.

<sup>125</sup> AB report *EC-Asbestos*, para. 168.

<sup>126</sup> Trachtman m.fl., s. 852f. Neumann m.fl., s. 214f. Wiers, s. 242.

<sup>127</sup> Neumann m.fl., s. 207f.

<sup>128</sup> Jmf. Neumann m.fl., s. 213f.

<sup>129</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.35.

<sup>130</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 17-18.

### 3.5.3.1 Kvalificering till artikel XX (g) GATT

Det första rekvisitet ”uttömliga naturresurser” (”exhaustible natural resources”) under (g) medför ett slags kvalificeringsprövning för tillämpningsområdet i sig. Härvidlag prövas om en lagstiftnings skyddsintresse, kan subsumeras under rekvisitet ”uttömliga naturresurser”.<sup>131</sup> Härvid blir det inte bara fråga om en semantisk exercis utan även skyddsintressets legitimitet bedöms.<sup>132</sup>

Vissa WTO-medlemmar har med hänvisning till förarbeten avseende artikel XX (g) försökt göra gällande att rekvisitet ”uttömliga naturresurser” endast avser icke levande och ändliga naturresurser såsom mineraler och olja; dylika resurser skulle skyddas från exploatering och uttömmande genom export. I linje härmed har hävdats att undantaget traditionellt skall tolkas restriktivt.<sup>133</sup> Inte desto mindre har det tolkats extensivt:

I *US-Gasoline* menade panelen att ren *luft* var en uttömlig naturlig resurs eftersom den hade ett värde och kunde förbrukas. Panelen poängterade att det faktum att den uttömlig resursen definierades med avseende på dess kvalitet inte var avgörande. Inte heller kunde faktumet att resursen var förnybar användas som en invändning mot kvalificering.<sup>134</sup>

Genom fallet *US-Shrimp-Turtle* har sedermera gjorts en utförlig evolutiv tolkning av ”uttömliga naturresurser”. Med ansats från bl.a. Brundtlandsrapporten gjorde Överprövningsorganet gällande att ”uttömliga naturresurser” och ”förnybara naturresurser” inte är ömsesidigt uteslutande; levande organismer begåvade med reproduktionsförmåga kan, p.g.a. mänsklig aktivitet, likväl som mineraler och olja anses uttömliga och ändliga.<sup>135</sup>

Vidare har Överprövningsorganet låtit motivera att ”uttömliga naturresurser” skall tolkas i ljuset av WTO-stadgans ingress:

The preamble attached to the *WTO Agreement* shows that the signatories to that agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the *WTO Agreement* – which informs not only GATT 1994, but also the other agreements – explicitly acknowledges “the objective of *sustainable development* (...)”.<sup>136</sup>

Andra rationalitetsfaktorer för den evolutiva tolkningen utgjorde därvid praxis från Internationella domstolen (ICJ) och multilaterala miljökonventioner (MEA:s):

---

<sup>131</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 125-134.

<sup>132</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle* para. 135 och 137. Överprövningsorganet noterade att parterna och en majoritet av världens nationer är parter till CITES, som avser att skydda bl.a. havssköldpaddor.

<sup>133</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 127. WTO panel report *US-Gasoline*, para. 3.60.

<sup>134</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.36-6.37 och 3.59-3.60.

<sup>135</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 128, fotnot 106. Brundtlandsrapporten (World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*), s. 13.

<sup>136</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 129. I fotnot 107 förklarade Överprövningsorganet med hänvisning till bl.a. Brundtlandsrapporten, s. 43, att ”hållbar utveckling” är ett ”allmänt accepterat begrepp som integrerar ekonomisk och social utveckling samt miljöskydd”.

From that perspective [...] we note that the generic term “natural resources” in Article XX (g) is not “static” in its content or reference but rather “by definition, evolutionary”.<sup>137</sup> It is, therefore, pertinent to note that modern international conventions and declarations make frequent references to natural resources as embracing both living and non-living resources.<sup>138</sup>

Överprövningsorganet drog slutsatsen att:

in line with the principle of effectiveness in treaty interpretation [...], measures to conserve exhaustible natural resources, whether *living* or *non-living*, may fall within Article XX(g).<sup>139</sup>

Det skall påpekas att rekvisitet ”uttömliga naturresurser” har även i tidigare praxis ansetts täcka levande resurser som delfiner och fisk (tonfisk, lax och sill).<sup>140</sup>

Vad närmare gäller begreppet ”uttömlig” (”exhaustible”) uppstår fråga om det för kvalificering för undantaget artikel XX (g) GATT krävs att skyddsintresset står under ett hot om upphörande eller utdöende. I *US-Shrimp-Turtle* menade Överprövningsorganet, med hänvisning till *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* (CITES), att vissa arter av havssköldpaddor står under hot om utdöende och påverkas eller kan påverkas av handeln. Dessa havssköldpaddor ansågs vara uttömliga naturresurser i enlighet med artikel XX (g).<sup>141</sup>

I litteraturen har slutsatsen dragits att tröskeln till tillämpningsområdet för artikel XX (g) inte är så hög som ”hot om utdöende”.<sup>142</sup> Var kvalificeringshöjden med precision ligger har jag inte funnit någon kunskap om, men den beror av givetvis av tolkningen av rekvisitet ”uttömliga naturresurser”.

### 3.5.3.2 ”avseende”

En skyddsåtgärd som skall rättfärdigas i enlighet med artikel XX (g) GATT måste vidare uppfylla rekvisitet ”avseende” (”relating to”). I praxis har det låtit sig definieras genom både positiva och negativa kriterier. Överprövningsorganet har upprepat att det skall finnas en *substantiell relation* mellan en medlemsstats åtgärd och det legitima ändamålet att bevara uttömliga na-

<sup>137</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 130, fotnot 109. I fråga om frasen “by definition, evolutionary” citerade Överprövningsorganet ICJ i *Namibia (Legal Consequences) Advisory Opinion* (1971) I.C.J. Rep., p. 31.

<sup>138</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 130. Överprövningsorganet hänvisar till bl.a. artikel 56 United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS), Convention on Biological Diversity (biological resources), Agenda 21 (marine living resources) och Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (living natural resources).

<sup>139</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 131. Mina hakparenteser. För tillämpningen av *principle of effectiveness* hänvisar Överprövningsorganet också till AB report *US-Gasoline*, s. 23. Denna tolkningsprincip utgör sedvanerätt och omfattas av artikel 32 VCLT. Av principen följer huvudsakligen att en traktat inte skall tolkas så att dess ord blir överflödiga, meningslösa eller strider mot traktatens syfte. Linderfalk, s. 326.

<sup>140</sup> GATT report *US-Tuna-Dolphin II*; AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 131, fotnot 115; *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, adopted 1982, BISD 29S/91, och *Canada Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, adopted 1988, BISD 35S/98.

<sup>141</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 132-134.

<sup>142</sup> Wiers, s. 187.



turresurser på sådant sätt att denna skall vara en *nära* och *genuin* eller en *direkt* sådan; relationen får inte vara slumpmässig.<sup>143</sup> Vad detta till fullo innebär står inte alldeles klart, men det blir naturligtvis fråga om något slags ändamålsprövning, som företas *in casu* utifrån åtgärdens struktur och utformning.<sup>144</sup>

I *US-Gasoline* hade Överprövningsorganet bedömt ”avseende”, i linje med tidigare praxis; åtgärden i fråga skulle vara ”främst ägnad åt” bevarande av uttömliga naturresurser. Det poängterade dock att denna tolkning inte utgör fördragstext, men accepterade den eftersom parterna och panelen i fallet hade varit överens därom.<sup>145</sup>

I och med målet *US-Shrimp-Turtle* verkar det dock som om Överprövningsorganet har övergett frasen ”främst ägnad åt”.<sup>146</sup>

Överprövningsorganet noterade i *US-Shrimp-Turtle* att syftet med det amerikanska importförbudet var att påverka länder till att införa ett program avseende användning av fångstmetoden TED. Överprövningsorganet underströk att det fanns villkorade undantag från importförbudet som *klart och direkt relaterade* till bevarandet av havssköldpaddor. Från importförbudet undantogs dels räkror fångade i områden där havssköldpaddor normalt inte förekom, dels räkror som fångades inom certifierade länders jurisdiktion.<sup>147</sup>

Certifiering medgavs för länder inom vars områden det inte förelåg något hot mot havssköldpaddor. Överprövningsorganet bedömde att det på sin höjd endast fanns en *försumbar risk* för skada i dylik miljö. Certifiering medgavs också till länder som antog program för användning av TED inom områden där det var *sannolikt* att havssköldpaddor fanns. Överprövningsorganet vägrade därvid in faktorer som att det var oomtvistat bland parterna och erkänt bland experterna att räkfångst i dylika områden utgjorde en betydande orsak till dödlighet bland havssköldpaddor samt att experter erkände TED som ett *effektivt* verktyg för bevarande av havssköldpaddor.<sup>148</sup>

Överprövningsorganet konstaterade att undantaget i fråga *inte* var *oproportionerligt* vidsträckt utan i princip *rimligt relaterat* till ändamålet; det förelåg sålunda en *substansiell* relation mellan mål och medel.<sup>149</sup>

Intressant härvid är att Överprövningsorganet bedömer den substantiella relationen i termer av ”effektivt”, ”icke oproportionerligt” och ”rimligt” samtidigt som det väger in riskfaktorer. Risknivån tycks vara satt till ”sannolikt”. Dylika begrepp används också i samband med sammanvägnings- och avvägningsprocessen gällande artikel XX (b). Men något nödvändighetstest är det inte fråga om vid det provisoriska rättfärdigandet under artikel XX (g) i *US-Shrimp-Turtle*. Överprövningsorganet utredde inte existensen av alternativa åtgärder, än mindre uppställde krav därpå.

Av *US-Gasoline* framgår också att de olika undantagen i underparagraferna till artikel XX GATT ställer upp olika stränga krav på samband mellan medel och mål. Till skillnad från vad som gäller enligt underparagraf (b) har Överprövningsorganet konstaterat att en skyddsåtgärd enligt underparagraf

<sup>143</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 136-141; AB report *US-Gasoline*, s. 18f.

<sup>144</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 18; AB report *US-Shrimp-Turtles*, para. 135 och 137.

<sup>145</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 18; GATT panel report *Canada Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, adopted 1988, BISD 35S/98, para. 4.6.

<sup>146</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 136-137. Trachtman m.fl., s. 828.

<sup>147</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 138.

<sup>148</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 138-140.

<sup>149</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 141.

(g) inte behöver vara ”nödvändig” i förhållande till dess ändamål.<sup>150</sup> Det blir sålunda (ironiskt nog) svårare att rättfärdiga skydd för människor än för att bevara naturresurser. En faktisk omständighet som vittnar om denna diskrepans är att USA i *US-Gasoline* inte överklagade panelens bedömning att åtgärden ifråga inte uppfyllde rekvisitet ”nödvändig” i artikel XX (b) utan åberopade istället artikel XX (g).<sup>151</sup>

### 3.5.3.3 ”genomförda i samband med”

Det tredje rekvisitet i underparagraf (g) som måste uppfyllas för rättfärdigande är ”genomförda i samband med” (”made effective in conjunction with”). Skyddsåtgärden skall vara genomförd i samband med begränsningar av inhemsk produktion eller konsumtion. Överprövningsorganet har genom *US-Gasoline* och *US-Shrimp-Turtle* förklarat att:

[T]he second clause of Article XX (g) appears to us to refer to governmental measures like the baseline establishment rules *being promulgated or brought into effect together with* restrictions on domestic production or consumption of natural resources. [T]he clause [is] appropriately read as a requirement that the measures concerned impose restrictions, not just in respect of imported gasoline but also with respect to domestic gasoline. The clause is a requirement of *even-handedness* in the imposition of restrictions, in the name of conservation, upon the production or consumption of exhaustible natural resources.<sup>152</sup>

Kriteriet ”even-handedness” skall inte förstås som ett krav på identisk lika-behandling i vare sig formell eller materiell mening.<sup>153</sup>

I *US-Gasoline*, där en Bensinförordning först hade bedömts strida mot artikel III:4 GATT, menade Överprövningsorganet att det inte får föreligga en situation där inte några restriktioner alls påförs inhemska varor samtidigt som restriktioner påförs importerade varor av samma slag. Bensinförordningen uppfyllde detta kriterium.<sup>154</sup>

I litteraturen påpekas att gränsdragningen mellan vilka åtgärder som skall anses uppfylla rekvisitet ”genomförd i samband med” måste dras någonstans mellan extremerna ”identiska restriktioner” och ”inte några restriktioner alls”.<sup>155</sup> Mot bakgrund av *US-Gasoline* verkar det, enligt min mening, som om gränsen ligger närmare ”inte några restriktioner alls”, eftersom den amerikanska åtgärden inte klarade diskrimineringsprövningen under artikel III:4 men klarade *even-handedness*-testet.

---

<sup>150</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 15-18.

<sup>151</sup> AB report *US-Gasoline*; WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.22-6.29

<sup>152</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 20; AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 143. Mina hakparenteser och min kursivering.

<sup>153</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 20.

<sup>154</sup> AB report *US Gasoline*, s. 20-21.

<sup>155</sup> Wiers, s. 190.

### 3.5.4 *The chapeau* - tolkning och tillämpning

#### 3.5.4.1 Godtycklig/oberättigad diskriminering och förtäckt inskränkning

En åtgärd som först har rättfärdigats provisoriskt i enlighet med någon av underparagraferna (b) och (g) i artikel XX GATT måste slutligen uppfylla de normer som *the chapeau* ställer upp.

I enlighet med inledningsklausulen får en åtgärd inte tillämpas på ett sätt som skulle innebära ett medel för *godtycklig* eller *oberättigad diskriminering* mellan länder där samma förhållanden råder, eller en *förtäckt inskränkning* av den internationella handeln. Frasen ”mellan länder där samma förhållanden råder” har tolkats som om att den tar sikte på å ena sidan relationen mellan olika exporterande länder, å den andra mellan exporterande och importerande länder.<sup>156</sup> Användningen av ordet ”tillämpas” implicerar, enligt Överprövningsorganet, både ett formellt och materiellt skydd; en åtgärd får varken *de jure* eller *de facto* göra intrång i inledningsklausulen.<sup>157</sup>

Fallet *US-Gasoline* visar hur Överprövningsorganet har tillämpat *the chapeau* i praktiken:

I *US-Gasoline* hade en amerikansk bensinförordning rättfärdigats provisoriskt under artikel (g). Men under *the chapeau* bedömdes tillämpning av bensinförordningen orsaka *oberättigad diskriminering* och *förtäckt inskränkning* av internationell handel. Anledningen härtill var för det första att USA inte hade undersökt lämpliga alternativa åtgärder såsom samarbete med utländska regeringar och producenter, för att kunna göra individuellt anpassade gränsvärden generellt tillgängliga för importerad bensin på liknande sätt som för inhemsk bensin. Tillgången till individuella gränsvärden hade av USA gjorts beroende av uppvisandet av vederhäftiga data. USA hade i samband därmed presumerat att utländska producenter inte kunde visa upp sådana. Överprövningsorganet menade dock att USA inte hade bevisat att denna presumtion var berättigad. Överprövningsorganet hävdade att USA borde ha varit medvetet om att samarbete under dessa omständigheter var både *lämpligt* och *nödvändigt*.<sup>158</sup>

För det andra hade USA inte tagit hänsyn till de extra kostnader som en tillämpningen av en strikt bensinstandard orsakade importerad bensin och utländska bensinproducenter. USA hade dock tagit ekonomiska och tekniska hänsyn för de inhemska producenternas räkning. Överprövningsorganet gjorde gällande att dylik diskriminering måste ha varit förutsebar och inte bara ouppmärksamman eller oundviklig.<sup>159</sup>

Det var kort sagt två faktorer i *US-Gasoline* som samtidigt utgjorde grund för oberättigad diskriminering och förtäckt inskränkning av den internationella handeln: underlåtelsen att samarbeta internationellt och underlåtelsen att ta ekonomiska/tekniska hänsyn till vissa men inte andra WTO-medlemmar. Överprövningsorganet hade hävdade att termerna ”godtycklig

---

<sup>156</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 23.

<sup>157</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 150 och 160; *US-Gasoline*, s. 22.

<sup>158</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 25-28.

<sup>159</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 25-28.

diskriminering”, ”oberättigad diskriminering” och ”förtäckt inskränkning” kan läsas parallellt eftersom de genererar mening åt varandra.<sup>160</sup>

I målet *US-Shrimp-Turtle* gjordes en distinktion mellan rekvisiten ”godtycklig diskriminering” och ”oberättigad diskriminering”:

Målet *US-Shrimp-Turtle* handlade om ett amerikanskt importförbud mot räkor i kombination med ett villkorat undantag för länder som implementerade sköldpaddsexkluderande fångstverktyg och ansökte om certifiering. Åtgärden i fråga hade ansetts uppfylla rekvisiten i underparagraf (g) Artikel XX. Överprövningsorganet fann sedermera att detta ”ekonomiska embargo” utgjorde både godtycklig och oberättigad diskriminering.<sup>161</sup>

Vad gällde *godtycklig diskriminering* menade Överprövningsorganet främst att den amerikanska certifieringsprocessen inte uppfyllde kraven på ”due process” (rättvis rättegång), öppenhet och förutsebarhet. Processen saknade formella rättsliga möjligheter för ansökande länder att höras; det rådde frånvaro av formella och skriftligt motiverade beslut; det fanns heller ingen möjlighet att överklaga negativa beslut. Överprövningsorganet fann därvid att vissa exporterande länder diskriminerades i förhållande till andra exporterande länder.<sup>162</sup>

Faktorer som vägdes in avseende *oberättigad diskriminering* var den unilaterala tillämpningens tvingande karaktär och dess strikt uniforma effekter. Vidare grundades bedömningen bl.a. på svarandens underlåtenhet att förhandla om bilaterala eller multilaterala avtal avseende skyddsåtgärder som sträckte sig bortom den nationella jurisdiktionen. Dyliga förhandlingar ansågs av Överprövningsorganet vara ett *rimligt alternativ*. Härutöver anmärktes att svaranden hade givit olika länder olika implementeringstider utan att ta hänsyn till dessa länders administrativa och finansiella kostnader. Dessutom ansågs svaranden ha gjort alltför olika ansträngningar i fråga om transferringar av TED-teknologi till olika länder.<sup>163</sup>

I *US-Shrimp-Turtle*, liksom i *US-Gasoline*, var det sammanfattningsvis underlåtenheten att samarbeta och underlåtenheten att ta ekonomiska/teknologiska hänsyn till exportländerna som kvalificerade den unilaterala åtgärden som oberättigad diskriminering.

### 3.5.4.2 Härledning av proportionalitetsprincip

Det måste ifrågasättas om inte Överprövningsorganet har tillämpat ett slags nödvändighetstest eller proportionalitetsprincip inom ramen för *the chapeau* till artikel XX GATT. I litteraturen hävdas att så är fallet, åtminstone i fråga om en åtgärd som först har rättfärdigats provisoriskt genom underparagraf (g).<sup>164</sup>

Överprövningsorganet har beskrivit funktionen med artikel XX som ett slags avvägning mellan rättigheter och skyldigheter.<sup>165</sup> Därvidlag har det hävdats att *the chapeau* är ett uttryck för den folkrättsliga grundsatsen *principle of good faith*, som kräver att medlemsstaternas utövande av rättigheter

<sup>160</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 24.

<sup>161</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 161-176.

<sup>162</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 177-183.

<sup>163</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 171-175.

<sup>164</sup> Trachtman m.fl., s. 854.

<sup>165</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 22; *US-Shrimp-Turtle*, para. 150-151.

skall ske *bona fide* d.v.s. på ett rimligt sätt. Det i sammanhanget riktigt intressanta är Överprövningsorganets referens till följande definition:

A reasonable and bona fide exercise of a right in such a case is one which is *appropriate and necessary* for the purpose of the right (i.e., in furtherance of the interests which the right is intended to protect).<sup>166</sup>

Om Överprövningsorganet faktiskt har anammat ändamålsenlighet och nödvändighet inom kontexten för *the chapeau* skulle det i praktiken, enligt min mening, innebära att det åtminstone implicit har erkänt något slags nödvändighetstest eller proportionalitetsprincip *sensu latu* härvid.<sup>167</sup>

I *US-Gasoline* hade USA genom en bensinförordning gjort gällande individuella och flexibla gränsvärden avseende bensin för inhemska producenter, men en strikt bensinstandard för utländska producenter. Överprövningsorganet anmärkte att USA skulle genom två tillgängliga alternativa åtgärder ha kunnat undvika diskriminering överhuvudtaget. USA kunde antingen ha gjort gällande en strikt bensinstandard för både inhemsk och utländsk bensin, eller flexibla individuella gränsvärdena för såväl inhemska som för utländska bensinproducenter.<sup>168</sup> (WTO-panelen hade noterat att den strikta bensinstandardens utgjorde en mer effektiv åtgärd för uppnåendet av det av USA uppsatta målet ren luft.)<sup>169</sup>

I litteraturen understryks att ett dylikt nödvändighetstest inte kan klassificeras som ett strikt sådant. Motiveringen därtill är att Överprövningsorganet inte ställde upp kravet att det var nödvändigt att USA tillämpade strikt icke-diskriminerande åtgärder utan bara upplyste om möjligheten därtill. Inte heller kan man tolka det som ett proportionalitetstest i strikt mening eftersom det inte handlade om en avvägning mellan handel och miljö; det var som sagts underlåtelse till internationellt samarbete och underlåtelsen att ta ekonomiska/tekniska hänsyn som kvalificerade den amerikanska åtgärden som godtycklig och oberättigad diskriminering.<sup>170</sup>

I *US-Shrimp-Turtle* bestod avvägningen (proportionalitetsprövningen) mellan alternativen att förhandla och att inte förhandla - det var återigen bristen på internationellt samarbete som utgjorde brott mot *the chapeau*; där var sålunda inte heller fråga om ett strikt proportionalitetstest där miljöintresset vägs mot handelsintresset.<sup>171</sup>

### 3.5.4.3 *The chapeau* i ljuset av MEA:s och sedvanerätt

Mot bakgrund av bl.a. Överprövningsorganets bedömning av oberättigad diskriminering i *US-Shrimp-Turtle* kan relevansen av multilaterala miljöavtal (MEA:s) och internationell sedvanerätt diskuteras.<sup>172</sup> Överprövningsor-

<sup>166</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 158, fotnot 156. Överprövningsorganet hänvisar i fotnoten till den folkrättsliga litteraturen. Min kursivering.

<sup>167</sup> Jmf. Neumann m.fl. s. 206. *Sensu latu* är "mitt" begrepp.

<sup>168</sup> AB report *US-Gasoline*, s. 25.

<sup>169</sup> WTO panel report *US-Gasoline*, para. 6.27.

<sup>170</sup> Neumann m.fl., s. 228f. Se även referatet av *US-Gasoline* i uppsatsens föregående avsnitt där internationellt samarbete var "lämpligt" och "nödvändigt".

<sup>171</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 161-176.

<sup>172</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 161-176.

ganet anförde en rapport av WTO:s kommitté för handel och miljö (CTE) vari WTO-medlemmarna har deklarerat:

*[M]ultilateral solutions based on international cooperation and consensus as the best and most effective way for Governments to tackle environmental problems of transboundary or global nature. WTO Agreements and multilateral environmental agreements (MEAs) are representative of efforts of the international community to pursue shared goals, and the development of a mutually supportive relationship between, due respect must be afforded to both.*<sup>173</sup>

WTO-medlemmarna har alltså gett uttryck för att det krävs något slags jämviktssläge mellan WTO-avtalen och MEA:s. I linje härmed hänvisade Överprövningsorganet till olika MEA:s. Av särskild relevans ansågs Princip 12 i Riodeklarationen vara eftersom den hade pekats ut i WTO:s *Decision on Trade and Environment*:<sup>174</sup>

Unilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided. Environmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, *as far as possible*, be based on international consensus.<sup>175</sup>

Frasen ”should, as far as possible” torde öppna för att konsensus eller avtalsslut inte måste uppnås. Överprövningsorganet hade i *US-Shrimp-Turtle*, enligt min tolkning, bl.a. ansett att USA i förhållande till vissa stater inte tillnärmelsevis hade uppfyllt rekvisitet ”as far as possible” i Princip 12 Riodeklarationen; därför förelåg oberättigad diskriminering och därmed kränkning av *the chapeau*.<sup>176</sup>

Även om Riodeklarationen inte är formellt juridiskt bindande så kan det argumenteras för att Princip 12 Riodeklarationen materiellt sett utgör bindande internationell sedvanerätt.<sup>177</sup> Unilaterala handelshinder mot gränsöverskridande miljöproblem skulle således mycket väl kunna vara tillåtna i frånvaro av multilaterala eller bilaterala överenskommelser. Exempelvis Princip 21 i 1972 års Stockholmsdeklaration, vars innehåll utgör internationell sedvanerätt, t.o.m. föreskriver att:

States have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, but at the same time have the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or of areas beyond the limits of national jurisdiction.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 168. Överprövningsorganet hänvisar till Report (1996) of the Committee on Trade and Environment. Överprövningsorganets kursiveringar. Min hakparentes.

<sup>174</sup> *Trade and Environment*, GATT Ministerial Decision, 1994.

<sup>175</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 166-168. Min kursivering. Överprövningsorganet citerade också motsvarande bestämmelser i 2.22 (i) Agenda 21 och Annex 1 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals.

<sup>176</sup> AB report *US-Shrimp-Turtle*, para. 168-176.

<sup>177</sup> Birnie och Boyle, s. 126-128 och 712. Wiers, s. 19 och 269-273.

<sup>178</sup> Birnie och Boyle, s. 104f. och 109-112. Campbell m.fl., s. 216. Shaw, s. 591f. Princip 21 kallas också ”harm-principle” eller ”principle of good neighbourliness” eller *sic utere tuo*,

Teoretiskt finns sålunda inget hinder mot att en suverän stat, såsom USA i fallet *US-Shrimp-Turtle*, inför unilaterala handelshinder för att skydda miljön inom det egna territoriet eller den globala allmänningen.<sup>179</sup>

Det skulle kunna hävdas att artikel XX GATT och bestämda MEA:s, t.ex. princip 12 Riodeklarationen, kan komma att vägas mot Princip 21 Stockholmsdeklarationen (t.ex. multilaterala lösningar visavi unilaterala lösningar).<sup>180</sup>

Den rättsliga relationen mellan WTO-avtalen och MEA:s är emellertid inte oproblematiske. Vilka MEA:s skall anses relevanta inom ramen för WTO? Hur skall WTO-paneler ställa sig till det faktum att alla WTO-medlemmar inte är parter till alla MEA:s? Vilket avtal skall ha företräde i en konkret tolknings-/tillämpningssituation när en normkollision uppstår? Dessa frågor är inte lösta.<sup>181</sup> Detta innebär, enligt min mening, koherens- och rättsäkerhetsproblem för folkkrätten i allmänhet och WTO-rätten i synnerhet.

För att lösa normkollisioner finns förvisso kollisionssnormer. Inom folkkrätten gäller i princip att avtal går före sedvanerätt, och att särskilda avtal har företräde framför allmänna avtal (*lex specialis derogat generalis*) samt att senare ingångna avtal har företräde framför tidigare avtal (*lex posteriori derogat priori*).<sup>182</sup> Men WTO-medlemmarna skulle vara betjänta av att det åtminstone infördes konfliktklausuler i WTO-avtalen för att med större säkerhet kunna förutse normhierarkin.

### 3.5.5 Sanitära och fytosanitära åtgärder

#### 3.5.5.1 SPS-avtalets tillämpningsområde och ändamål

Utöver artikel XX (b) GATT finns ytterligare WTO-avtal som påverkar en medlemsstats autonoma utrymme för tillämpandet av skyddsåtgärder avseende människors, djurs och växters liv och hälsa. *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (SPS-avtalet) är tillämpligt på alla s.k. sanitära och fytosanitära åtgärder, enligt avtalets första artikel.<sup>183</sup>

Definitionen av ”sanitära och fytosanitära åtgärder” (SPS-åtgärder) står att finna i avtalets annex A. Med ”SPS-åtgärder” skall förstås sådana åtgärder som tillämpas för att skydda människor, djur och växter bl.a. från risker som uppkommer genom spridning av växtskadegörare och sjukdomar, och från risker som härrör från tillsatser, föroreningar och gifter i livsmedel.

Vidare framgår av SPS-avtalets annex A att SPS-åtgärder innefattar bl.a. alla relevanta författningar, krav och procedurer som tar sikte på t.ex. slutproduktskriterier, process- och produktionsmetoder (PPM-åtgärder), inspektioner, godkännandeförfaranden, karantänbehandling, förpacknings- och

---

*ut alienum non laedas*. Denna princip upprepas nästan identiskt i Princip 2 Riodeklarationen.

<sup>179</sup> Jmf. Birnie och Boyle, s. 707.

<sup>180</sup> Jmf. Campbell m.fl., s. 216.

<sup>181</sup> Birnie och Boyle, s. 705-707. Marceau, s. 1096ff. Jag ämnar i enlighet med mitt syfte inte att ”lösa” dessa problem.

<sup>182</sup> Artikel 30 VCLT (*lex posteriori*). Marceau, s. 1090-1098. Shaw, s. 96-98.

<sup>183</sup> SPS-avtalet finns på WTO:s hemsida: [www.wto.org](http://www.wto.org).

märkningskrav. Eftersom SPS-avtalet omfattar PPM-åtgärder, till skillnad från artikel III:4 GATT, krävs härvid inte någon distinktion *per se* mellan produkt och produktionsprocess.<sup>184</sup>

I artikel 1 SPS-avtalet stadgas att avtalet skall tillämpas på alla SPS-åtgärder som direkt eller indirekt kan påverka den internationella handeln.

Ingressen till SPS-avtalet framhäver att ändamålet därmed är att förbättra människors och djurs hälsa och att skapa ett multilateralt harmoniserande regelverk, för att motverka den fragmentarisering som har uppstått genom en omfattande användning av bilaterala avtal.<sup>185</sup>

### 3.5.5.2 SPS-avtalets materiella rekvisit

SPS-avtalets centrala materiella bestämmelser återfinns i artiklarna 2, 3 och 5.<sup>186</sup> Enligt artikel 5.6 SPS-avtalet gäller att medlemsstaten skall se till att en SPS-åtgärd *inte är mer handelsbegränsande än vad som krävs för att uppnå en skäligen skyddsnivå*. Härvid får hänsyn tas till vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt. I fotnoten till stadgandet uppställs tre kumulativa kriterier som definierar kravet i fråga: a) det får inte finnas någon annan rimligen tillgänglig åtgärd, b) som kan uppnå den skäligen skyddsnivån och c) som är väsentligt mindre handelsbegränsande. Överprövningsorganet har hävdat att artikel 5.6 innefattar presumtionen att medlemsstaten har rätt att unilateralt välja skyddsnivå.<sup>187</sup>

Artikel 2.2 föreskriver att en åtgärd får bara tillämpas i den utsträckning den är *nödvändig för att skydda* människors, djurs, och växters liv och hälsa. Enligt litteraturen kompletterar detta nödvändighetskrav artikel 5.6 genom att lägga tyngdpunkten på ”tillämpas”.<sup>188</sup>

Av artikel 2.2 följer också att åtgärden skall grundas på vetenskapliga principer och *tillräcklig vetenskaplig bevisning*. I linje härmed förpliktar artikel 5 att åtgärden är *grundad på en riskbedömning*. Medlemsstaten skall bl.a. tillämpa tillgänglig vetenskaplig bevisning, relevanta inspektionskontroller samt ekonomiska, geografiska och ekologiska faktorer. I SPS-avtalet annex A definieras ”riskbedömning” dels som en bedömning av *sannolikheten* för spridandet av växtskadegörare, dels som en bedömning av den *potentiella* negativa effekten som riskbärande livsmedel har på människors eller djurs hälsa. Härvidlag har medlemsstaten också att ta hänsyn till målsättningen att minimera negativa handelseffekter.

En SPS-åtgärd får enligt artikel 2.3 inte utgöra *godtycklig* eller *otillbörlig diskriminering* mellan medlemsstater där likartade förhållanden råder. Åtgärden får heller inte tillämpas på ett sätt som innebär en *förtäckt inskränkning* av den internationella handeln. Detta är, enligt litteraturen, en upprepning av *chapeau* i artikel XX GATT.<sup>189</sup> Panelen i *Australia-Salmon* påstod att artikel 2.3 förbjuder diskriminering av både lika och olika pro-

---

<sup>184</sup> Trachtman m.fl., s. 824.

<sup>185</sup> Jmf. Trachtman m.fl., s. 813ff.

<sup>186</sup> Birnie och Boyle, s. 715f. Lal Das, s. 132f.

<sup>187</sup> AB report *Australia-Salmon*, para. 123 och 204.

<sup>188</sup> Birnie och Boyle, s. 715.

<sup>189</sup> Birnie och Boyle, s. 715. Trachtman m.fl., s. 823.



dukter, t.ex. mellan lax och andra fiskarter.<sup>190</sup> För att uppnå konsekvens skall medlemsstaten, enligt artikel 5.5 SPS-avtalet, undvika att göra *godtycklig eller otillbörlig åtskillnad i de skyddsnivåer* den bedömer skäliga i *olika situationer*. Något test för att avgöra om det är fråga om ”varor av samma slag” görs således inte under SPS-avtalet *per se* - till skillnad från artikel III:4 GATT.<sup>191</sup>

Slutligen är en medlemsstat, i enlighet med artikel 3, villkorligt förpliktad att tillämpa *internationell SPS-standard*. En åtgärd som överensstämmer med internationell standard presumeras vara nödvändig och dessutom förenlig med GATT. Medlemsstaten får tillämpa åtgärder som medför en högre skyddsnivå om dessa kan motiveras vetenskapligt eller att den skäliga skyddsnivån bestäms i enlighet med artikel 5. I litteraturen har stadgandet tolkats som att medlemsstaten endast är förpliktad att *överväga* att anta internationell standard – inte att faktiskt anta.<sup>192</sup>

Från artikel 2.2 och dess krav på tillräcklig vetenskaplig bevisning finns ett *undantag* i artikel 5.7. Undantaget kan tillämpas provisoriskt i de fall den relevanta vetenskapliga bevisningen är otillräcklig. En förutsättning för detta är att det finns tillgänglig relevant information från berörda internationella organisationer.<sup>193</sup>

Överprövningsorganet i *EC-Hormones* menade att artikel 5.7 SPS-avtalet m.m. reflekterar ett slags *försiktighetsprincip*. Av denna försiktighetsprincip följer, enligt Överprövningsorganet, att medlemsstaterna inte bara har rätt att bestämma den egna skäliga skyddsnivån utan att också har rätt att sätta en nivå som är ”mer försiktig” (högre) än internationell standard.<sup>194</sup>

I *EC-Hormones* var fråga om ett av EG utfärdat importförbud avseende kött och köttprodukter som kunde härledas till boskapsdjur och som hade behandlats med vissa hormoner. Överprövningsorganet fann emellertid att EG inte hade uppfyllt kravet på riskbedömning i enlighet med artikel 5.1 SPS-avtalet. Motivering var att EG hade anfört vetenskaplig bevisning som huvudsakligen indikerade att användning av tillväxthormon var säker. I övrigt hade EG inte visat någon vetenskaplig bedömning relaterad till den eventuella cancerrisk som uppstod från kött innehållande restprodukter från vissa hormoner.<sup>195</sup>

EG hävdade emellertid att försiktighetsprincipen utgjorde internationell sedvanerätt, varför det inte krävdes vare sig att alla världens forskare var överens om förekomsten av viss risk eller att WTO-medlemmarna bedömde risken på samma sätt. Överprövningsorganet noterade att försiktighetsprincipens folkrättsliga status var omdebatterad, men valde att inte ta ställning i saken. Överprövningsorganet menade att även om försiktighetsprincipen utgjorde sedvanerätt skulle den inte kunna inskränka SPS-avtalet, särskilt med tanke på att ett slags försiktighetsprincip redan reflekterades i artiklarna 5.7 och 3.3 samt i ingressens sjätte paragraf SPS-avtalet. EG hade dock explicit valt att inte åberopa den i SPS-avtalet nedlagda försiktighetsprincipen.<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> WTO panel report, para. 7.112.

<sup>191</sup> Trachtman m.fl., s. 824.

<sup>192</sup> Birnie och Boyle, s. 716.

<sup>193</sup> Se artikel 3.4 SPS-avtalet som främst nämner Codex Alimentarius-kommissionen, och Kommittén för sanitära och fytosanitära åtgärder.

<sup>194</sup> AB report *EC-Hormones*, para. 124.

<sup>195</sup> AB report *EC-Hormones*, para. 178-208.

<sup>196</sup> AB report *EC-Hormones*, para. 120-124.

Det skall förtydligas att inom den allmänna folkrätten gäller huvudsakligen att internationella avtal har företräde framför sedvanerätt och allmänna rättsprinciper, varför det ur denna synvinkel inte spelade någon roll huruvida försiktighetsprincipen ansågs sedvanerättslig.<sup>197</sup> Mot bakgrund härav och om det menades allvar med att vilja införa SPS-åtgärder framstår det därför, enligt min mening, som mycket besynnerligt att EU inte åberopade försiktighetsprincipen i artikel 5.7 SPS-avtalet

### 3.5.5.3 SPS-avtalets förhållande till GATT

Hur förhåller sig då SPS-avtalet till GATT? I artikel 2.4 SPS-avtalet presumeras att en SPS-åtgärd som uppfyller de relevanta krav som följer av detta avtal också är förenlig med GATT. Av ingressen till SPS-avtalet framgår att WTO-medlemmarna har utformat avtalet för att komplettera tillämpningen av bl.a. artikel XX (b) GATT. Panelen i *EC-Hormones* bekräftade detta. Panelen förklarade att vissa bestämmelser i SPS-avtalet, såsom kravet på tillräcklig vetenskaplig bevisning, är väsentligt strängare än de som följer av artikel XX (b).<sup>198</sup> SPS-avtalets krav på riskbedömning är högre ställda.<sup>199</sup>

Följaktligen gäller att en SPS-åtgärd som är oförenlig med SPS-avtalet antas vara oförenlig med GATT, medan en SPS-åtgärd som är förenlig med GATT inte nödvändigtvis är förenlig med SPS-avtalet. Av processekonomiska skäl har paneler funnit det logiskt att först tillämpa SPS-avtalet och därefter GATT.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> Campbell m.fl., s. 207. Shaw, s. 96.

<sup>198</sup> WTO panel report *EC-Hormones*, para. 8.41.

<sup>199</sup> Wiers, s. 208.

<sup>200</sup> WTO panel report *EC-Hormones*, para. 8.45 och 8. 275.

# 4 Frihandel och miljöskydd inom EU

## 4.1 Inledning

EU har genom Romfördraget uppsatt som mål att upprätta en gemensam marknad och främja en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet. Sådillvida skall EU bl.a. innefatta en gemensam handelspolitik och en miljöpolitik.<sup>201</sup> Vad gäller den gemensamma handelspolitiken har EU exklusiv normgivningskompetens i dess externa relationer d.v.s. i förhållande till tredje land. Vad i övrigt gäller handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder finns i viss utsträckning en konkurrerande eller delad kompetens mellan EU och de enskilda medlemsstaterna. Var skiljelinjen går är inte alldeles klart. Men den enskilde medlemsstaten kan sägas kunna vidta handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder i kraft av tillåtelse från EU.<sup>202</sup>

Av artikel 176 Romfördraget framgår att en medlemsstat får *behålla* eller *införa strängare* skyddsåtgärder för det egna territoriet än de miljö- och hälsoskyddsåtgärder som har antagits av gemenskapen enligt artikel 175 samma fördrag. En förutsättning är då att medlemsstatens åtgärd inte strider mot Romfördraget - däribland principen om varors fria rörlighet i artikel 28.<sup>203</sup>

Om rådet har vidtagit harmoniserande åtgärder för att säkerställa den inre marknaden får en medlemsstat, enligt artikel 95 punkten fyra, *behålla* nationella bestämmelser om dessa grundas på artikel 30 Romfördraget eller avser miljöskydd. Dessutom, enligt punkten fem samma stadgande, får medlemsstaten - om den anser det nödvändigt - *införa* nationella bestämmelser grundade på *nya* vetenskapliga belägg med anknytning till miljöskydd för att lösa problem som är specifikt för just den medlemsstaten.

I det följande skall närmare utredas vari en medlemsstats autonoma utrymme består vad gäller införandet av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder med avseende på varuimport. För detta ändamål skall i tur och ordning redogöras för artikel 28 Romfördraget och artikel 30 Romfördraget samt doktrinen ”tvingande hänsyn”.

## 4.2 Principen om varors fria rörlighet

### 4.2.1 Allmänt om artikel 28 Romfördraget

Artikel 28 Romfördraget ger uttryck för en av EU:s fundamentala principer:<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> Artikel 2 och 3 Romfördraget.

<sup>202</sup> Jans, s. 83f.

<sup>203</sup> Jans, s. 16 och 116ff.

<sup>204</sup> Jmf. 120/78, *Cassis de Dijon*, para. 14.

Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member states.

Detta stadgande utgör ett uttryck för principen om varors fria rörlighet i kraft av generellt förbud mot kvantitativa importhinder och åtgärder med motsvarande verkan. Principens grundläggande syftet är att motverka diskriminering mellan inhemska och importerade produkter och att därigenom skapa en för medlemsstaterna gemensam marknad utan inre gränser.<sup>205</sup>

Föremålet för import är *varor*, vilket framgår av en kontextuell tolkning av artikel 28. Vad som i sin tur menas med ”varor” framgår inte av fördraget. EG-domstolen har emellertid gjort gällande att alla objekt som transporteras över en gräns i kommersiellt syfte faller under artikel 28 oavsett vari transaktionens natur består.<sup>206</sup>

## 4.2.2 Förbud mot kvantitativa restriktioner

Det första rekvisitetet i artikel 28 Romfördraget, ”förbud mot kvantitativa handelsrestriktioner”, har av EG-domstolen tolkats som åtgärder vilka, beroende av omständigheterna, helt eller delvis medför inskränkningar av importen.<sup>207</sup> Enligt litteraturen har rekvisitetet inte orsakat några väsentliga tolkningsproblem; det är fråga om typiska införsel förbud, kvotsystem eller krav på importlicenser o.d.<sup>208</sup>

## 4.2.3 Förbud mot åtgärder med motsvarande verkan

Innebörden av det alternativa rekvisitetet ”åtgärder med motsvarande verkan” i artikel 28 Romfördraget verkar däremot ha föranlett större tolknings- och tillämpningsproblem. Rekvisitetet har prövats i en mängd fall av EG-domstolen och en genom målet *Dassonville* etablerad definition lyder:

All trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.<sup>209</sup>

EG-domstolens definition går under benämningen *Dassonvilleformeln*, och anses vara en extensiv tolkning av artikel 28 Romfördraget.<sup>210</sup> Målet *Cassis de Dijon* utgör ytterligare en utvidgning av tillämpningsområdet; även nationella åtgärder som *tillämpas utan åtskillnad* på inhemska och importerade

---

<sup>205</sup> Artikel 2 och 14 Romfördraget. C-2/90 Generaladvokatens yttrande, para. 16. Bernitz och Kjellgren, s. 183.

<sup>206</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 23-28.

<sup>207</sup> 2/73 *Geddo*, para. 7.

<sup>208</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 184.

<sup>209</sup> 8/74 *Dassonville*, para. 5.

<sup>210</sup> Jans, s. 234f.

varor omfattas av tillämpningsområdet.<sup>211</sup> Sålunda förklaras i litteraturen att åtgärder som förvisso är icke-diskriminerande men likväl har en *samhandelshindrande effekt* skall anses otillåtna enligt artikel 28.<sup>212</sup>

I litteraturen konstateras att alla nationella handelsrelaterade åtgärder, oavsett rättslig form eller innehåll omfattas av artikel 28;<sup>213</sup> det är fråga om lagar, föreskrifter, administrativa åtgärder, administrativ praxis (standarder och procedurer vid offentliga myndigheter) och andra offentliga men icke bindande instrument som rekommendationer, reklam- eller informationskampanjer.<sup>214</sup> Vidare kan det handla om veterinärundersökningar, villkor avseende importlicenser, ansöknings-/tillståndssystem, icke ”objektiva” obligatoriska ursprungsmärkningar, statlig uppmuntran till diskriminering och prisregleringar.<sup>215</sup>

Ur artikel 28, i *Cassis de Dijon*, deducerade EG-domstolen också *principen om ömsesidigt erkännande* varmed förstås att medlemsstaterna skall erkänna varandras standarder för produktion och marknadsföring som ekvivalenta. Implikationen blir att en produkt som är tillverkad i enlighet med lagen i viss medlemsstat inte får nekas marknadstillträde i annan medlemsstat.<sup>216</sup> Även produkter från tredje land som har fått tillträde till marknaden i en EU-medlemsstat i enlighet med dess lagstiftning får inte nekas marknadstillträde i de övriga medlemsstaterna.<sup>217</sup> Från ett miljökonsekvensperspektiv innefattar denna reciprocitetsprincip risken att ett land med lägre miljöskyddsstandard – genom sämre produktkrav – sänker skyddsnivån i ett land som annars har en högre miljöstandard.<sup>218</sup>

EG-domstolen har emellertid också i någon mån inskränkt tillämpningsområdet för artikel 28 Romfördraget genom fallet *Keck*. Därvidlag deklarerade domstolen förvisso att *produktregleringar* d.v.s. tekniska regler avseende en varas beteckning, form, storlek, vikt, sammansättning, presentation, märkning och förpackning skall fortsätta utgöra åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner.<sup>219</sup> Däremot skulle nationella restriktioner gällande *vissa försäljningsåtgärder* inte anses strida mot principen om varors fria rörlighet på det att

those provisions apply to all affected traders operating within the national territory and provided that they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States.<sup>220</sup>

Med ”försäljningsåtgärder” förstås åtgärder som i princip reglerar var, när och till vem en produkt får säljas, marknadsföringsåtgärder och priskontroller.<sup>221</sup> För dylika åtgärder har alltså EG-domstolen ställt upp krav på både

<sup>211</sup> 120/78 *Cassis de Dijon*, para. 15.

<sup>212</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 184.

<sup>213</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 186. Jans, s. 235.

<sup>214</sup> Nilsson, s. 289f. Nilsson hänvisar bl.a. till EU-kommissionens direktiv 70/50 om avskaffandet av åtgärder med motsvarande verkan.

<sup>215</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 188ff.

<sup>216</sup> 120/78 *Cassis de Dijon*, para. 15. Wiers, s. 57.

<sup>217</sup> C-131/93 *Commission v. Germany*, para. 10.

<sup>218</sup> Nilsson, s. 290f.

<sup>219</sup> C-267/91 och C-268/91 *Keck*, para. 15. Min översättning.

<sup>220</sup> C-267/91 och C-268/91, *Keck*, para. 16.

<sup>221</sup> Oliver, s. 794.

formell och materiell likabehandling av inhemska och utländska varor. Med andra ord omfattas icke-diskriminerande försäljningsåtgärder alltså av denna s.k. *Keckdoktrinen* och faller därmed utanför tillämpningsområdet för artikel 28 Romfördraget.<sup>222</sup>

Keckdoktrinen aktualiserades i bl.a. fallet *Bluhme*:

Fallet *Bluhme* gällde tolkning av artikel 28 Romfördraget mot bakgrund av en dansk lagstiftning avseende förbud mot att på ön Läsö inneha och därtill importera andra arter av bi än ”Läsö brunbi”.<sup>223</sup>

EG-domstolen hade på förekommen anledning att ta ställning till huruvida lagen utgjorde en försäljningsåtgärd i enlighet med *Keck*. Eftersom åtgärden tog sikte på bins inneboende karakteristika kvalificerade den inte som sådan. Den danska åtgärden krävde rättfärdigande.<sup>224</sup>

Generaladvokaten hade förklarat att det fanns en karakteristisk skillnad mellan ”Läsö brunbi och en närliggande art - ”golden bee” - varför den danska åtgärden kunde anses vara icke-diskriminerande och tillämplig utan åtskillnad.<sup>225</sup>

Det dominerande kriteriet i samband med *Keck-doktrinen* förefaller inte desto mindre vara *marknadstillträde*; unilaterala åtgärder får till sin natur inte vara sådana att de hindrar varors marknadstillträde.<sup>226</sup> En nationell försäljningsåtgärd som t.ex. förbjuder saluhållning av vissa produkter under alla dagar av året torde strida mot kriteriet marknadstillträde till den grad att den måste omfattas av artikel 28 och kräver rättfärdigande. Stöd för dylik åsikt återfinns i rättslitteraturen.<sup>227</sup>

#### 4.2.4 Närmare om tillämpningsområdets avgränsning

I det följande skall en analys företas av hur tillämpningsområdet för artikel 28 Romfördraget avgränsas.

Fallet *Bluhme* gällde alltså ett danskt förbud mot att på ön Läsö inneha och därtill importera andra arter av bi än ”Läsö brunbi”.<sup>228</sup>

Då importförbudet bara tillämpades på en ytterst begränsad del av det danska territoriet uppstod fråga om förbudet kunde anses ha någon samhandels-hindrande effekt. Enligt domstolen, som tillämpade *Dassonvilleformeln*, hade åtgärden en direkt och omedelbar påverkan på handeln; effekten ansågs inte vara vare sig alltför osäker eller alltför indirekt för att kunna falla utanför tillämpningsområdet för artikel 28 Romfördraget.<sup>229</sup>

---

<sup>222</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 184f. Inom EG-rätten korresponderar, som jag förstår det, diskriminering *de jure*, som är syftesorienterad, med direkt diskriminering och formell likabehandling, medan diskriminering *de facto*, som är effektinriktad, motsvarar indirekt diskriminering och materiell likabehandling.

<sup>223</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 1-2 och 9 .

<sup>224</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 21.

<sup>225</sup> C-67/97 Generaladvokatens yttrande, para. 17-26.

<sup>226</sup> C-267/91 och C-268/91 *Keck*, para. 17; C-67/97 Generaladvokatens yttrande, para. 20.

<sup>227</sup> Oliver, s. 795. Wiers, s. 313f.

<sup>228</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 1-2 och 9 .

<sup>229</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 15-23.

I *Bluhme* antyds att det skulle kunna finnas åtgärder, vars effekter kan anses vara *alltför osäkra* och *alltför indirekta*, som faller utanför tillämpningsområdet för artikel 28 Romfördraget. Både generaladvokater och juridiska författare har diskuterat om stadgandet ger utrymme för något slags *minimis rule*, d.v.s. om det finns en yttre gräns som från tillämpningsområdet skiljer sådana åtgärder vilka inte har någon märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Något stöd för en sådan minimiregel tycks emellertid inte finnas.<sup>230</sup>

I tidigare praxis har EG-domstolen deklarerat att åtgärder med motsvarande verkan inte åtskiljs genom gradskillnader; effekten av en nationell åtgärd behöver inte vara mätbar för att omfattas av artikel 28.<sup>231</sup> Generaladvokaten i *Bluhme* har förklarat att i fråga om *minimis rule* skall man inte blanda ihop kvantitet med kausalitet; effektens storlek är irrelevant.<sup>232</sup> Målet *Preussen Elektra* utgör också ett bra exempel härpå:

Fallet *Preussen Elektra* gällde en nationell åtgärd avsedd att främja användning av elektricitet från förnybara energikällor för att reducera utsläpp av växthusgaser. Lagen föreskrev för nationella el-distributörer en inköpsskyldighet till minimipris avseende en viss andel el från förnybara energikällor inom deras leveransområden.<sup>233</sup>

EG-domstolen bedömde att inköpsskyldigheten av viss andel från en nationell producent minskade möjligheten till import av samma slags produkt på motsvarande sätt från andra medlemsstater. Den tyska regeringen hade därvidlag anfört att eftersom inköpsskyldigheten endast avsåg en obetydlig del av den tyska elkonsumtionen så påverkades inte samhandeln.<sup>234</sup> EG-domstolen fann att åtgärden i fråga åtminstone var potentiellt samhandels-hindrande.<sup>235</sup>

EG-domstolen tog alltså inte ställning till huruvida det existerade någon minimiregel vilket, enligt min mening, kan tas som ytterligare intäkt för att det inte finns någon sådan avseende den samhandelshindrande effektens storlek.

Demarkationskriteriet för tillämpningsområdet för artikel 28 Romfördraget utgörs alltså av det kausala sambandet mellan åtgärden och dess effekt. För att en åtgärd skall falla utanför tillämpningsområdet måste den kausala länken vara ”rent slumpartad”, eller avståndet mellan åtgärd och effekt ”alltför avlägset”. Denna förklaring drar gränsdragningsproblemet till dess yttersta spets. Mot bakgrund av *Dassonville* skulle kunna hävdas att gränsen skall dras någonstans mellan å ena sidan kriterierna ”indirekt” och ”alltför indirekt”, å andra sidan mellan ”potentiellt” och ”ren slump/alltför osäker”. Att exakt bestämma en sådan gräns torde inte lättvindigt låta sig göras. Men viss vägledning i detta hänseende kan fås genom EG-domstolens praxis:

---

<sup>230</sup> C-379/98 Generaladvokatens yttrande, para. 201. Jans, s. 235. Oliver, s. 790-793. Wiers, s. 61f.

<sup>231</sup> 177/82 och 178/82 *Van der Haar*, para. 13; 16/83 *Prantl*, para. 20.

<sup>232</sup> C-67/97 Generaladvokatens yttrande, para. 17-19

<sup>233</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*, para. 1-16 och 27.

<sup>234</sup> C-379/98 Generaladvokatens yttrande, para. 203.

<sup>235</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*, para. 69-71.

Fallet *Peralta* avsåg en unilateral åtgärd, som i kombination med bötesstraff, förpliktade fartyg att inneha viss kostsam utrustning för att vid rengöring ombord kunna reducera utsläpp av vissa kemikalier i vattnet. Fråga var om åtgärden vilken i förlängningen kunde driva upp priserna på import av just sådana kemikalier var förbjuden enligt artikel [28] Romfördraget.<sup>236</sup>

Målet *Centro Servizi Spediporto* gällde en nationell åtgärd som gav befogenhet för en nationell kommitté att avge förslag till taxor för vägtransport av varor. Dyliga avgifter antogs medföra höjda priser på de varor som transporterades.<sup>237</sup>

Domskälens härför uppvisar ett gemensamt mönster: åtgärden syftade inte till att reglera handeln av varor mellan medlemsländerna och åtgärdens handelsrestriktiva effekt var alltför osäker/slumpmässig och alltför indirekt.<sup>238</sup>

Kausalkedjan i detta sammanhang har följande utseende: 1. åtgärdens syfte, 2. åtgärdens effekt på transporten i form av höjda transportkostnader, 3. transportkostnadernas effekt i form av eventuellt höjda produktkostnader, och slutligen 4. produktkostnadernas eventuella samhandelshindrande effekt. Det skall understrykas att åtgärderna i *Peralta* och *Centro Servizi Spediporto* var riktade mot transportledet. En dylik en åtgärd som riktas mot transportledet som i sin tur påför en kostnad på en vara anses alltså alltför slumpmässig och alltför indirekt för att kunna kvalificera den unilaterala åtgärden som ett samhandelshinder i enlighet med artikel 28 Romfördraget. Transportåtgärder torde alltså inte omfattas av dess tillämpningsområde.

## 4.2.5 Diskriminerings- och hindersprövning

*Dassonvilleformeln* och *Cassis de Dijon* medför att unilaterala handelsrelaterade åtgärder skall underkastas ett slags diskrimineringsprövning eller handelshindersprövning:

I Fallet *Wallon Waste* var fråga huruvida Belgien, genom att införa förbud mot bl.a. dumpning av avfall i Vallonien, som härrörde från annan medlemsstat eller från annan region inom Belgien, hade brutit i sina förpliktelser under bl.a. artikel [28] Romfördraget.<sup>239</sup>

EG-domstolen menade att importförbud avseende avfall, oavsett om detta var återvinningsbart eller ej, och oavsett om det kunde bli föremål för återanvändning eller ej, i princip inte fick hindra den fria rörligheten.<sup>240</sup>

Det kan noteras att förbudet i fråga utgör en handelsreglering vilken måste anses vara inte bara samhandelshindrande utan också direkt diskriminerande. Generaladvokaten hade förklarat att den nationella åtgärden var uppenbart tillämplig icke utan åtskillnad och att den utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. Faktumet att åtgärderna inte bara hindrade handeln mellan medlemsstaten utan också hindrade handeln inom medlemsstaten diskvalificerade inte åtgärden från tillämp-

<sup>236</sup> C-379/92 *Peralta*.

<sup>237</sup> C-96/94 *Centro Servizi Spediporto*.

<sup>238</sup> C-379/92 *Peralta*, para. 23-25; C-96/94 *Centro Servizi Spediporto*, para. 40-42.

<sup>239</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 1.

<sup>240</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 24-29.



ningsområdet för artikel 28 Romfördraget.<sup>241</sup> EG-domstolen kan härvid sägas endast ha gjort en diskriminerings-/handelsundersprövning *prima facie* avseende den nationella åtgärden.

Ett annat exempel på handelsundersprövning i enlighet med *Dassonvilleformeln* utgör målet *Toolex*:

Målet *Toolex* gällde tolkning av bl.a. artikel [28] mot bakgrund av ett nationellt generellt förbud mot industriell användning av det kemiska ämnet trikloretylen och regler om möjligheter för individuella undantag under begränsad tid.<sup>242</sup>

EG-domstolen ansåg att det generella förbudet mot användning sannolikt skulle minska importen av det kemiska ämnet i fråga. Undantagsregeln i sig utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan eftersom den ställde upp villkor för dispensansökan.<sup>243</sup>

Generaladvokaten tolkade det som om att reglerna faktiskt begränsade eller helt kunde stoppa importen eftersom lagstiftarens långsiktiga mål var att urfasa användningen av kemikalien i fråga samtidigt som möjligheten till dispens endast var avsedd för en övergångsperiod.<sup>244</sup>

## 4.3 Rättfärdigande av miljöskyddsåtgärder

### 4.3.1 Introduktion

Trots att en handelsrelaterad miljöskyddsåtgärd kan vara förbjuden artikel 28 Romfördraget finns vissa möjligheter att rättfärdiga den. Detta kan ske på två formellt erkända sätt: antingen genom undantagen i artikel 30 Romfördraget eller genom den s.k. doktrinen tvingande hänsyn.

### 4.3.2 Skydd för människor, djur och växter

I Romfördragets artikel 30 finns undantag för nationella åtgärder som syftar till att ge utrymme för införande av skyddsåtgärder avseende bl.a. människor, djur och växter:

The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of [...] *the protection of health and life of humans, animals or plants* [...]. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> C-2/90 Generaladvokatens yttrande, para. 17-20.

<sup>242</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 1-2 och 13-17.

<sup>243</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 34-37.

<sup>244</sup> C-473/98 Generaladvokatens yttrande, para. 54.

<sup>245</sup> Min kursivering. Artikel 30 Romfördraget innehåller också andra typer av skyddsintresen men dessa tas p.g.a. avgränsning inte upp till behandling.

EG-domstolen har deklarerat att det skyddsintresse eller den rättighet i artikel 30 som har högst värde är människors liv och hälsa.<sup>246</sup>

De uppräknade skyddsvärdena faller inte med nödvändighet inom en medlemsstats exklusiva jurisdiktion. Unilaterala åtgärder får endast vidtas i den utsträckning det inte finns gemenskapsrättsliga fullständigt harmoniserade åtgärder på området.<sup>247</sup> I fråga om skyddsnivån har EG-domstolen förklarat att det är upp till medlemsstaten att bestämma graden därav; men hänsyn måste tas till Romfördraget i allmänhet och till principen om varors fria rörlighet i synnerhet.<sup>248</sup>

EG-domstolen har i äldre praxis också fastslagit att artikel 30 Romfördraget utgör ett undantag från den fundamentala principen om varors fria rörlighet och skall därför tolkas restriktivt.<sup>249</sup> I linje härmed får stadgandet endast användas för icke ekonomiska ändamål.<sup>250</sup> Men semantiskt följer också att miljöskydd (som inte avser människor, djur och växter) inte skulle kunna rättfärdigas medelst denna undantagsregel.

I EG-domstolens praxis finns en mängd konkreta exempel på nationella åtgärder som faller inom tillämpningsområdet för artikel 30: importförbud i syfte att skydda biologisk mångfald, importbegränsning av vissa kemikalier och farmaceutiska produkter, restriktioner avseende bekämpningsmedel, saluförbud mot livsmedelstillsatser etc.<sup>251</sup> Av litteraturen framgår också att regleringar avseende jakt- och fångstmetoder i syfte att skydda fauna och flora omfattas därav.<sup>252</sup>

Åtgärder som, enligt en icke entydig rättslitteratur, antagligen inte skulle omfattas av artikel 30 anges vara bl.a. skydd mot vatten-, mark- och luftföroreningar eller åtgärder för att skydda ozon eller för att motverka växthuseffekter. Anledningen därtill skulle vara att dylika skyddsåtgärder endast indirekt skulle utgöra skydd för människor, djur och växter.<sup>253</sup> Men där framförs också åsikter om att miljöintressen skulle kunna omfattas av artikel 30 vad gäller skydd mot bulleremissioner och bekämpningsmedel.<sup>254</sup>

I de båda fallen *Aher-Waggon* och *Preussen Elektra* rättfärdigades åtgärder riktade mot bulleremissioner från flygplan respektive åtgärder för att reducera växthuseffekter med hänvisning till både skydd för människors hälsa och miljön.<sup>255</sup>

---

<sup>246</sup> C-473/98, *Toolex*, para. 38; 104/75 *De Peijper*, para. 15.

<sup>247</sup> 35/76 *Simmenthal*, para. 9-20; 40/82 *Commission v. UK*, para. 32; C-473/98 *Toolex*, para. 25. Harmoniserande direktiv kan finnas på området i fråga som inte desto mindre kan innehålla "luckor" i form av t.ex. minimiregler och bemyndiganden att vidta åtgärder.

<sup>248</sup> 104/75 *De Peijper*, para. 15; 272/80 *Fumicot*, para. 12; 40/82 *Commission v. UK*, para. 32; 174/82 *Sandoz*, para. 16; C-13/91 och C-113/91 *Debus*, para. 13.

<sup>249</sup> 13/78 *Eggers*, para. 30; 174/82 *Sandoz*, para. 22.

<sup>250</sup> Jans, s. 252.

<sup>251</sup> Se bl.a. C-67/97 *Wallon Waste*; C-473/98 *Toolex*; 104/75 *De Peijper*; 272/80 *Fumicot*; 174/82 *Sandoz*; C-42/90 *Bellon*; C-13/91 och C-113/91 *Debus*.

<sup>252</sup> Jans, s. 243. Krämer, s. 140.

<sup>253</sup> Krämer, s. 140ff.

<sup>254</sup> Jans, s. 243.

<sup>255</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*; C-389/96 *Aher-Waggon*.

### 4.3.3 Miljöskydd som tvingande hänsyn

Utöver de undantag som finns uppräknade i artikel 30 Romfördraget har EG-domstolen genom fallet *Cassis de Dijon* skapat ytterligare utrymme för s.k. *tvingande hänsyn*:

Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to marketing of the products in question must be accepted in so far as those *provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements* relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer.<sup>256</sup>

Ett allmänt intresse eller en rättighet som har ett skyddsvärde av sådan dignitet att det kvalificerar som tvingande hänsyn kan alltså rättfärdiga en inskränkning av principen om varors fria rörlighet. Tvingande hänsyn har sin upprinnelse i målet *Dassonville* där EG-domstolen hade förklarat att i avsaknad av gemenskapsordning kan en medlemsstat vidta en åtgärd såvida den är *rimlig*.<sup>257</sup> Litteraturen benämner sedermera detta ställningstagande för *the rule of reason* - ett begrepp som används synonymt med doktrinen tvingande hänsyn.<sup>258</sup>

EG-domstolen avsåg inte att göra listan över tvingande hänsyn uttömmande. Detta bekräftas i senare praxis.<sup>259</sup> I kraft av *Danish Bottles* har EG-domstolen erkänt, och sedermera i *Wallon Waste* bekräftat miljöskydd som ett tvingande hänsyn:

The protection of the environment is, "one of the Community's essential objectives", which may as such justify certain limitations of the principle of the free movement of goods. [I]t must therefore be stated that the protection of the environment is a mandatory requirement which limit the application of Article [28] of the Treaty.<sup>260</sup>

Förutsättningarna för att en medlemsstat med framgång skall kunna åberopa miljöskydd som tvingande hänsyn liknar dem som gäller för artikel 30 Romfördraget på främst två punkter. För det första får det bestämda miljörättsliga området inte vara fullständigt harmoniserat. För det andra måste den nationella åtgärden uppfylla proportionalitetsprincipen.<sup>261</sup>

Det skall framhållas att EG-domstolen inte har benämnt tvingande hänsyn som ett undantag från artikel 28 Romfördraget utan som en inskränkning av dess tillämpningsområde. I litteraturen hävdas dock att tvingande hänsyn utgör i praktiken en utvidgning av artikel 30 Romfördraget. Därför kan miljöskydd som tvingande hänsyn betraktas som ett slags undantag från principen om varors fria rörlighet.<sup>262</sup>

<sup>256</sup> 120/78 *Cassis de Dijon*, para. 8. Min kursivering.

<sup>257</sup> 8/74 *Dassonville*, para. 6.

<sup>258</sup> Jans, s. 247. Wiers, s. 69.

<sup>259</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 198f.

<sup>260</sup> 302/86 *Danish Bottles*, para. 8-9. Miljöskydd som ett grundläggande mål för EG var härvid en upprepning av domskälen i 240/83 *ADBHU*. C-2/90 *Wallon Waste*, para. 29-32.

<sup>261</sup> 120/78 *Cassis de Dijon*; 302/86 *Danish Bottles*; C-2/90 *Wallon Waste*.

<sup>262</sup> Krämer, s. 141. Wiers, s. 100.

### 4.3.4 Diskriminerande miljöskyddsåtgärder

EG-domstolen har i tidigare praxis uttalat att en nationell åtgärd måste vara *tillämplig utan åtskillnad* för att doktrinen tvingande hänsyn överhuvudtaget skall kunna åberopas.<sup>263</sup> Trots detta förefaller det som om att EG-domstolen har låtit rättfärdiga diskriminerande miljöskyddsåtgärder.

I *Wallon Waste* var fråga om ett slags importförbud mot avfall till den belgiska regionen Vallonien. EG-domstolen ansåg att åtgärden kunde rättfärdigas genom tvingande hänsyn och gjorde gällande att den inte var *diskriminerande* på grundval av faktiska omständigheter såsom avfallens natur - avfall karaktär ansågs vara olika beroende av produktion och produktionsplats. EG-domstolen fann också stöd för rättfärdigande i principen att miljöförstöring skall hindras vid källan i artikel 174 Romfördraget (källprincipen).<sup>264</sup>

Generaladvokaten i *Wallon Waste* hade dessförinnan anfört att åtgärden var uppenbart icke tillämplig utan åtskillnad. Det fanns nämligen vissa undantag från importförbudet avseende avfall från andra belgiska regioner - ett förhållande som favoriserade inhemskt producerat avfall i förhållande till avfall från andra medlemsstater.<sup>265</sup> Härvid skall konstateras att diskrimineringsprövningen tog sikte produktens karaktäristika och ursprung.

Generaladvokaten i *Preussen Elektra* har kommenterat målet *Wallon Waste* och påstått att domen i är felaktig, eftersom frågan om en åtgärd tillämpas utan åtskillnad på inhemska och utländska produkter är logiskt sett preliminär och neutral; diskrimineringsprövningen skall ske innan ens doktrinen tvingande hänsyn blir tillämplig. Vidare har han påstått att *Wallon Waste* indikerar att det av miljöhänsyn t.o.m. kan vara önskvärt att införa diskriminerande åtgärder.<sup>266</sup>

Målet *Aher-Waggon* förstärker skälen till att tro att diskriminerande miljöskyddsåtgärder kan rättfärdigas.

I *Aher-Waggon* var fråga om en tysk lagstiftning som föreskrev strängare bullernormer för flygplan än de som följde av ett direktivs minimikrav. Undantag från lagstiftningens strängare krav gjordes för flygplan som var registrerade i landet innan direktivet trädde i kraft. Motsvarande undantag gjordes dock inte för flygplan som endast hade varit registrerade i annan medlemsstat innan direktivets ikraftträdande. Åtgärden som syftade till att minska bulleremissioner ansågs av EG-domstolen kunna vara berättigade av hänsyn till både människors hälsa och miljön. Domstolen konkluderade, efter tillämpning av proportionalitetsprincipen, att åtgärden inte stred mot artikel 28 Romfördraget.<sup>267</sup>

I detta fall är det svårare att komma runt problemet med diskriminering. Den tyska lagstiftningen gjorde nämligen inte bara åtskillnad mellan flygplan på grundval av kriterier avseende tidpunkt och registreringsland utan också mellan flygplan som hade samma slags konstruktion.<sup>268</sup>

<sup>263</sup> 120/78 *Cassis de Dijon*, para. 13-14. 302/86 *Danish Bottles*, para. 6; C-2/90 *Wallon Waste*, para. 34.

<sup>264</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 34-36. Se också Mahmoudi, s. 91.

<sup>265</sup> C-2/90 Generaladvokatens yttrande, s. I-4457 och I-4467.

<sup>266</sup> C-379/98 Generaladvokatens yttrande, para. 228.

<sup>267</sup> C-389/96 *Aher-Waggon*, para. 15 och 19-26.

<sup>268</sup> C-389/96 *Aher-Waggon*.

Värt att notera är att EG-domstolen i *Aher-Waggon* inte formellt tillämpade vare sig artikel 30 Romfördraget eller tvingande hänsyn medan generaladvokaten i fallet endast via en fotnot hade hänvisat till tvingande hänsyn.<sup>269</sup> Detta skulle, enligt min mening, kunna tolkas som om att ”tillämplig utan åtskillnad” som kvalificeringskrav för tvingande hänsyn håller på att urfasas eller t.o.m. som om doktrinen miljöskydd som tvingande hänsyn håller på att förlora betydelse.

Generaladvokaten i *Preussen Elektra* har anfört två argument som stöd för en mer flexibel hållning till tvingande miljöskäl: För det första ger ändringarna genom Amsterdamfördraget uttryck för att miljöfrågorna har blivit allt viktigare, vilket bl.a. framgår av lydelsen och placeringen av integrationsprincipen i artikel 6 Romfördraget. Detta stadgandet föreskriver att miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet, enligt artikel 3 Romfördraget, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. Integrationsprincipen implicerar, enligt generaladvokaten, rättsliga förpliktelser på sådant sätt att Romfördragets bestämmelser om varors fria rörlighet skall tolkas i ljuset därav.<sup>270</sup>

Det andra argumentet som anfördes är att om endast icke-diskriminerande miljöskyddsåtgärder skulle kunna rättfärdigas så skulle själva syftet med en skyddsåtgärd, grundad på t.ex. källprincipen artikel 174 Romfördraget, kunna omintetgöras; miljöskyddsåtgärder kan till sin natur vara sådana att åtskillnader görs p.g.a. arten av och ursprunget till miljöstörens orsaker.<sup>271</sup>

Vidare menade generaladvokaten att det av rättssäkerhetsskäl var nödvändigt att EG-domstolen klargjorde huruvida direkt diskriminerande åtgärder skulle kunna rättfärdigas genom tvingande hänsyn. På denna punkt gick dock inte EG-domstolen honom till mötes:

*Preussen Elektra* gällde alltså en tysk lag som föreskrev en för el-distributörer inköpsskyldighet av viss andel miljövänlig elektricitet härrörande från inhemska energikällor. EG-domstolen noterade att användning av förnybara energikällor utgjorde skydd för inte bara miljön utan också för människor, djur och växter. Domstolen tolkade artikel 28 Romfördraget i relief mot integrationsprincipen och FN:s konvention om klimatförändringar samt Kyotoprotokollet och menade att den nationella åtgärden inte var oförenlig med principen om varors fria rörlighet.<sup>272</sup>

Det är härvid uppenbart att EG-domstolen rättfärdigade en både *de jure* och *de facto* diskriminerande åtgärd. Den kvantitativa inköpsskyldigheten begränsar ju i motsvarande mån inköpsmöjligheterna från utländska energikällor. I litteraturen görs den bedömningen att EG-domstolen i *Preussen Elektra* tillämpade tvingande hänsyn implicit och i enlighet därmed rättfärdigade en klart diskriminerande åtgärd.<sup>273</sup>

Litteraturen framhåller att det råder osäkerhet i hur distinktionen mellan ”tillämplig utan åtskillnad” och ”icke tillämplig utan åtskillnad” förhåller

<sup>269</sup> C-389/96 Generaladvokatens yttrande, para. 20.

<sup>270</sup> C-379/98 Generaladvokatens yttrande, para. 230-232.

<sup>271</sup> C-379/98 Generaladvokatens yttrande, para. 233.

<sup>272</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*, para. 68-81.

<sup>273</sup> Kuhn, s. 372f. Wiers, s. 126.

sig till begreppet ”diskriminering”. Det hävdas att EG-domstolen inte bara jämför ”icke tillämplig utan åtskillnad” med *de jure* diskriminering utan också med *de facto* diskriminering.<sup>274</sup>

Mot bakgrund av den ovan gjorda redogörelsen av ”tillämplig utan åtskillnad” verkar det som om dess tillämpning sammanfaller med EU-kommissionens tolkning av principen om icke-diskriminering. I enlighet med denna princip gäller att jämförbara situationer inte skall behandlas på olika sätt och olika situationer inte skall behandlas på lika sätt, om inte en sådan behandling kan motiveras sakligt.<sup>275</sup>

### 4.3.5 Proportionalitetsprövning

Av den sista meningen i artikel 30 Romfördraget föreskrivs explicit att de nationella åtgärderna inte får innefatta vare sig godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av samhandeln. Implicit av samma mening följer, enligt EG-domstolen, en proportionalitetsprincip som medför att skyddsåtgärderna måste vara rimliga.<sup>276</sup>

Utgångspunkten för EG-domstolen vid en proportionalitetsprövning av miljöskyddsmålen är teleologisk. Först identifierar domstolen det intresse som den nationella åtgärden avser att skydda. Sedan konstaterar den vilka grundläggande mål EG-rätten för kontexten ställer upp. Proportionalitetsprincipen tolkas sedermera i ljuset av dessa gemenskapens mål. Rationalitetsfaktorer som därvidlag vägs in är i huvudsak omständigheterna i det enskilda fallet och rättsnormer i övrigt.<sup>277</sup>

#### 4.3.5.1 Proportionalitetsprincipen *sensu latu*

Inom ramen för artikel 30 har proportionalitetsprincipen i den praktiska tolknings- och tillämpningssituationen uttryckts på bl.a. följande sätt:

[N]ational rules or practices having, or likely to have, a restrictive effect on the importation of products are compatible with the Treaty only to the extent that they are *necessary for the effective protection* of the health and life of humans. A national rule or practice cannot therefore benefit from the derogation provided for [...] if the health and life of humans may be protected *just as effectively by measures which are less restrictive* of intra-Community trade.<sup>278</sup>

Inom ramen för miljöskydd som tvingande hänsyn har proportionalitetsprincipen fått en liknande manifestation:

---

<sup>274</sup> Wiers, s. 116ff.

<sup>275</sup> KOM 2000, s. 18.

<sup>276</sup> Se t.ex. 104/75 *De Peijper*, para. 16-17; 174/82 *Sandoz*, para. 9 och 18; C-13/91 och C-113/91 *Debus*, para. 16.

<sup>277</sup> Detta grundar jag, om inget annat nämns, på fallen C-379/98 *Preussen Elektra*; C-473/98 *Toolex*; C-67/97 *Bluhme*; C-389/96 *Aher-Waggon*; C-2/90 *Wallon Waste*; 302/86 *Danish Bottles*.

<sup>278</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 40. Jmf. C-67/97 *Bluhme*, para. 35, där framhålls begreppen ”necessary” och ”proportionate”. Mina kursiveringar och parenteser.

Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being *necessary in order to satisfy mandatory requirements* relating in particular to the *effectiveness* of [...] the protection [...].<sup>279</sup>

It is also settled case-law that national legislation which restricts or is liable to restrict intra-Community trade *must be proportionate to the objectives pursued* and that those objectives *must not be attainable by measures which are less restrictive* of such trade.<sup>280</sup>

Av denna genomgång framgår att en nationell åtgärd måste vara *nödvändig* för att kunna rättfärdigas. Detta nödvändighetskriterium kräver att finns två lika effektiva skyddsåtgärder så skall det minst handelsrestriktiva alternativet väljas; åtgärden skall såtillvida stå i proportion till skyddsändamålet. Detta förhållningssätt kallas också i litteraturen för nödvändighetstest eller ”the least trade-restrictiv-test”.<sup>281</sup>

Nödvändighetskriteriet implicerar också ett krav på den nationella åtgärdens *ändamålsenlighet*: den nationella åtgärden skall vara anpassad eller lämplig för det uppsatta målet.<sup>282</sup> I litteraturen förklaras ändamålsenligheten i termer av kausalitet; åtgärden skall sannolikt ha en positiv effekt, eller rimligen kunna uppnå sitt legitima syfte.<sup>283</sup>

Denna tolkning av kriterierna ”ändamålsenlighet” och ”nödvändighet” konstituerar det jag benämner proportionalitetsprincipen i extensiv bemärkelse - *sensu latu*. Härav följer det är upp till medlemsstaten att bestämma skyddsnivån (då gemenskapsharmoniserande åtgärder saknas), vilket också, enligt litteraturen, ligger i linje med försiktighetsprincipen.<sup>284</sup>

Ett exempel på tillämpningen av proportionalitetsprincipen *sensu latu* finns i fallet *Aher-Waggon*:

I *Aher-Waggon* hade Tyskland infört gränsvärden avseende tillåtna bulleremissioner från flygplan. EG-domstolen ansåg att tillämpning av gränsvärden utgjorde den mest effektiva och lämpliga åtgärden, eftersom att det i allmänhet var svårt att i någon större utsträckning begränsa bulleremissioner genom att utföra arbeten i närheten av flygplatser annat än till mycket stora kostnader.<sup>285</sup>

I detta fall bedömde EG-domstolen åtgärdens effektivitet genom en nytto-/kostnadsanalys. Det skall noteras att när domstolen reflekterade över alternativa åtgärder tog den hänsyn till de eventuella extra kostnader, eller mindre nytta, som alternativet skulle ha inneburit för miljöskyddsintresset.

<sup>279</sup> 120/78 *Cassis de Dijon*, para. 8. Mina hakparenteser och kursiveringar.

<sup>280</sup> C-389/96 *Aher-Waggon*, para. 20. Jmf. 302/86 *Danish Bottles*, para. 6, och 10-12. Mina kursiveringar.

<sup>281</sup> Jans, s. 256f. Ueda, s. 562.

<sup>282</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 38-40 och 46; C-67/97 *Bluhme*, para. 33-37. Ordet som på engelska används för ”ändamålsenlig” eller ”lämplig” är ”appropriate” och ”suitability”. Se också Bernitz och Kjellgren, s. 108, Jans, s. 255f.

<sup>283</sup> Jans, s. 255f. Snell, s. 50. Ueda, s. 562.

<sup>284</sup> Jans, s. 261f. Jans hänvisar till COM (2000) I. EU-kommissionen för ett analogt resonemang om EU:s rättigheter i förhållande till WTO om bestämmande av skyddsnivån.

<sup>285</sup> C-389/96 *Aher-Waggon*, para. 21.

Ett annat exempel på tillämpning av proportionalitetsprincipen *sensu latu* finns i målet *Toolex*:

*Toolex* handlade om ett generellt förbud mot industriell användning av den hälsofarliga kemikalien trikloretylen i kombination med ett individuellt dispensförfarande. EG-domstolen ansåg att åtgärden var lämplig och proportionerlig eftersom den erbjöd ett ökat skydd för arbetstagarna samtidigt som den tog hänsyn till berörda företags kontinuitet. EG-domstolen poängterade att en önskan att undvika skadeverkningar för företaget på grund av att något alternativ inte finns kan endast motivera att dispens meddelas om detta inte medför oacceptabel exponering av trikloretylen.<sup>286</sup>

Härvid bedömde EG-domstolen avvägningen mellan hälsoskydd och företagets ekonomiska intresse i termer av kontinuitet som proportionerlig. Det skall understrykas att EG-domstolen, enligt min mening, endast noterade kostnadshänsynen för företaget, men var inte beredd att sänka den av medlemsstaten uppsatta skyddsnivån.

I *Bluhme* tillämpade EG-domstolen proportionalitetsprincipen på följande sätt:

I fallet *Bluhme* fann EG-domstolen mot bakgrund av kravet på proportionalitet att upprättandet av skyddsområde för bevarande av "Läsö brunbi" var en lämplig åtgärd i förhållande målet.<sup>287</sup>

Generaladvokaten i *Bluhme* hade anfört att vid tillämpningen av proportionalitetsprincipen skulle den nationella domstolen ta hänsyn till de nationella åtgärdernas begränsade geografiska omfattningen eftersom restriktionerna i utövandet av gemenskapsrättigheterna - den handelsrestriktiva effekten - minskade i motsvarande omfattning.<sup>288</sup>

Följden av en tillämpning av proportionalitetsprincipen *sensu latu* blir att medlemsstatens autonoma utrymme för införande av miljöskyddsåtgärder med avseende på ambitionsnivån blir oinskränkt.

#### 4.3.5.2 Proportionalitetsprincipen *sensu strictu*

Vid åtminstone ett tillfälle har EG-domstolen också tillämpat proportionalitetsprincipen delvis på ett sådant sätt att det inte bara blev en fråga om avvägning mellan alternativa medel utan också mellan de för gemenskapens grundläggande målen: handel och miljö.

I *Danish Bottles* gällde frågan danska regler avseende ett pant- och retursystem varunder alla öl- och läskedrycksflaskor måste vara returnerbara. Det stadgades att användandet av behållarna skulle vara godkända av det danska naturvårdsverket. Det infördes också undantagsregler vilka föreskrev att icke godkända dryckesbehållare, bortsett metallburkar, fick saluhållas för kvantiteter som inte överskred tre tusen hektoliter per år och producent och som såldes av utländska producenter för att prova marknaden.<sup>289</sup>

---

<sup>286</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 46.

<sup>287</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 37.

<sup>288</sup> C-67/97 Generaladvokatens yttrande, para. 35.

<sup>289</sup> C-302/86 *Danish Bottles*, para. 1-3.



Generaladvokaten i *Danish Bottles* hade i detta sammanhang förespråkade det som i litteraturen kallas för ett strikt proportionalitetstest – en tillämpning av proportionalitetsprincipen *sensu strictu*.<sup>290</sup>

There has to be a balancing of interests between the free movement of goods and environmental protection, even if in achieving the balance the high standard of protection sought has to be reduced. The level of protection sought must be a reasonable level.<sup>291</sup>

EG-domstolen följde upp detta resonemang genom praktisk tillämpning:

Inledningsvis bedömde EG-domstolen att retursystemet som sådant var en oumbärlig och nödvändig åtgärd i förhållande till det av den danska regeringen uppsatta målet: att säkra maximal återanvändning av dryckesbehållare. Den handelsrestriktiva effekten därvid ansågs inte vara oproportionerlig.<sup>292</sup>

Däremot ansåg EG-domstolen att den kvantitativa importrestriktionen avseende icke godkända dryckesbehållare, vilken var kopplad till det danska naturvårdsverkets tillståndsprövning, var oproportionerlig. Domstolen noterade att inläppandet av icke godkända behållare på marknaden inte var lika effektivt som godkända behållare vad gällde uppfyllande av miljömålet. Inte desto mindre hävdade domstolen att den handelsrestriktion som den kvantitativa åtgärden medförde drabbade importörer och utländska producenter oproportionerligt stort i förhållande till inhemska producenter.<sup>293</sup>

EG-domstolen kan härvid, enligt min mening, sägas ha hängivit sig åt ett slags nytto-/kostnadsanalys till fördel för frihandelsintresset. Även om det av domskälets bokstav följer att det var skillnaden i behandling av inhemska och utländska producenter som var oproportionerlig, så blev konsekvensen att miljöskyddsåtgärden som sådan var oproportionerlig i förhållande till principen om varors fria rörlighet.<sup>294</sup>

Konsekvensen av en tillämpning av proportionalitetsprincipen *sensu strictu* blir följaktligen att utrymmet för införandet av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder med avseende på ambitionsnivån kan komma att inskränkas. I litteraturen hävdas dock att proportionalitetsprincipen *sensu strictu* inte har följts upp i senare praxis på miljöområden där harmoniserande gemenskapslagstiftning saknas;<sup>295</sup> den har i stället överlåtits på den nationella domstolen.<sup>296</sup>

#### 4.3.5.3 Rationalitetsfaktorerna risk och bevisning

Utöver proportionalitetskriterierna ”nödvändighet” och ”ändamålsenlighet” tillkommer ytterligare rationalitetsfaktorer vilka påverkar tillämpning av proportionalitetsprövningen. Proportionalitetsprincipens ändamålskriterium

<sup>290</sup> Snell, s. 50. Ueda, s. 561ff. Snell kallar det strikta proportionalitetstestet också för ”true proportionality”.

<sup>291</sup> 302/86 Generaladvokatens yttrande, s. 04607ff.

<sup>292</sup> C-302/86 *Danish Bottles*, para. 13.

<sup>293</sup> C-302/86, *Danish Bottles*, para. 17. EG-domstolen gick emellertid vidare för att bedöma huruvida åtgärden kunde rättfärdigas, vilket visar att åtgärden åtminstone *prima facie* stred mot artikel 28.

<sup>294</sup> Jmf. Snell, s. 53.

<sup>295</sup> Jans, s. 258ff. Wiers, s. 79f.

<sup>296</sup> Kuhn, s. 374. Kuhn hänvisar bl.a. till C-124/97 *Läärä* [1999] ECR s. I-6067.

kräver som sagts att det skall finnas ett slags kausalsamband mellan medlemsstatens mål och medel. Detta samband betingas av huruvida handeln med viss produkt utgör en *risk*, *fara* eller *hot* gentemot människor, djur, växter eller miljön i övrigt och att det därmed finns ett behov av skyddsåtgärder.<sup>297</sup>

Det skall klargöras att frågorna huruvida det överhuvudtaget existerar en risk och vilken typ av risk och vilken risknivå som skall anses acceptabel eller oacceptabel är härvid olika frågor. Existensen av risk är en deskriptiv/empirisk fråga och kräver något slags bevisning. Riskacceptans däremot är en normativ fråga som indikerar ambitionsnivån med miljöskyddet och kräver ett politiskt beslutsfattande.<sup>298</sup>

I frånvaro av harmoniserande gemenskapsrätt åtnjuter, som tidigare påpekats, medlemsstaten ett skönsmässigt utrymme att välja miljöskyddsnivå inom ramen för tvingande hänsyn.<sup>299</sup> I fråga om artikel 30 Romfördraget gäller sedan länge att det är upp till medlemsstaten att bestämma graden av skyddsnivå under förutsättning att harmoniserande åtgärder saknas och i den mån det vetenskapliga forskningsläget är osäkert.<sup>300</sup>

Av målet *Sandoz* framgår att vetenskaplig osäkerhet kring riskers kritiska gränser avseende livsmedelstillsetser inte *per se* utgör ett hinder mot att implementera en skyddsåtgärd.<sup>301</sup>

I *Debus* ansåg EG-domstolen att ett visst ämne kunde vara farligt, men att det inte utgjorde en allvarlig hälsorisk. Denna omständighet lades den skyddsinförande medlemsstaten till last.<sup>302</sup>

I senare praxis, *Toolex*, kunde den kritiska gränsen för allvarlig hälsorisk (cancerrisk) inte fastställas. Trots detta menade domstolen att det var tillräckligt att hälsorisken kunde realiserars.<sup>303</sup>

Avseende djurskydd hävdade EG-domstolen i *Bluhme* att skyddsobjektet, "Läsö brunbi" vara skyddsvärd även om det inte fanns någon överhängande fara för dess utdöende. Domstolen menade att även frånvaron av sådan risk kan motivera en skyddsåtgärd eftersom arten kunde vara skyddsvärd p.g.a. vetenskapligt intresse eller intresset att bevara populationen på plats.<sup>304</sup>

I fråga om miljöskydd bedömde EG-domstolen i *Wallon Waste* att import av avfall utgör en reell fara för miljön. p.g.a. Valloniens stora inflöde av avfall och begränsade hanteringskapacitet.<sup>305</sup>

Författare har gjort bedömningen att det generellt krävs att det föreligger en "reell och faktisk fara som hotar ett intresse, liv eller allmän hälsa" för att en skyddsåtgärd skall kunna rättfärdigas.<sup>306</sup>

Hur bedömer då EG-domstolen om det överhuvudtaget föreligger en risk? Av praxis, inom ramen för artikel 30 Romfördraget, framgår att veten-

<sup>297</sup> C-42/90 *Bellon*, para. 14. Jans, s. 244.

<sup>298</sup> Nilsson, s. 304ff.

<sup>299</sup> Jans, s. 261f. Krämer, s. 145. Wiers, s. 115f.

<sup>300</sup> 174/82 *Sandoz*, para. 16; C-42/90 *Bellon*, para. 11; C-473/98 *Toolex*, para. 25. Detta är ett uttryck för försiktighetsprincipen: se Jans, s. 261f.

<sup>301</sup> 174/82 *Sandoz*, para. 17.

<sup>302</sup> C-13/91 och 113/91 *Debus*, para. 22 och 24. EG-domstolen ansåg att det fanns alternativa åtgärder till det uppställda allmänna och absoluta förbudet mot ämnet i fråga.

<sup>303</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 43-45.

<sup>304</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 33-34.

<sup>305</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 31.

<sup>306</sup> Jans, s. 244f. Min översättning.

skapliga bevis utgör ett nödvändigt villkor för att fastställa den risk som produkt utgör för människors liv och hälsa. EG-domstolen har därvid som bedömningsunderlag använt tillgänglig vetenskaplig bevisning från internationell forskning genom bl.a. FN-organen FAO och WHO samt nationell forskning.<sup>307</sup>

Vad gäller miljöhänsyn, som inte grundas på artikel 30 Romfördraget, framgår av EG-domstolens praxis och litteraturen att något krav på vetenskaplig bevisning inte anställs.<sup>308</sup> Vidare påpekas i den rättsliga litteraturen att bevisfrågor skall i dagsläget ses i ljuset av försiktighetsprincipen i artikel 174 Romfördraget. Försiktighetsprincipen innebär bl.a. att det inte krävs att den tillgängliga vetenskapliga bevisningen är vare sig otvetydig eller fullständig.<sup>309</sup>

#### 4.3.5.4 Rationalitetsfaktorn rättsnormer

Även andra rättsnormer - rättsregler och rättsprinciper - vägs in vid rättfärdigandet av en skyddsåtgärd. Dessa normer står att finna i gemenskapens primärrätt: multilaterala miljökonventioner (MEA:s), Romfördraget, EG-domstolens praxis, och sekundärrätt: direktiv och förordningar.

I *Danish Bottles*, där fråga gällde rättfärdigande av ett pant- och retursystem, hänvisade EG-domstolen explicit till Enhetsakten.<sup>310</sup> Generaladvokaten hade därvidlag hänvisat till de miljöpolitiska målen att bevara, skydda och förbättra miljön och att utnyttja naturresurserna varsamt och rationellt samt principen att förebyggande åtgärder bör vidtas, artikel [174] Romfördraget (preventionsprincipen).<sup>311</sup>

Tillämpningen av Enhetsakten med dess miljömål och miljöprinciper kan anses vara ett direkt stöd för införandet av miljöskydd som ett tvingande hänsyn. Anmärkningsvärt är att EG-domstolen tillämpade Enhetsakten trots att den ej hade trätt i kraft vid tidpunkten för anhängiggörandet av målet.<sup>312</sup>

EG-domstolen sökte i *Wallon Waste* stöd för rättfärdigande i principen att miljöförstöring skall hindras vid källan i artikel 174 Romfördraget (källprincipen), och motsvarande principer i Baselkonventionen om farligt avfall. Domstolen förklarade att källprincipen innebär att varje region eller kommunal myndighet skall vidta lämpliga åtgärder för att försäkra att dess eget avfall bli omhändertaget så nära produktionsstället som möjligt för att begränsa transporten av avfall så långt som möjligt.<sup>313</sup>

Såsom jag ser det spelade källprincipen i artikel 174 Romfördraget och Baselkonventionen en direkt avgörande roll för utgången av målet *Wallon Waste* till fördel för miljöintresset.<sup>314</sup>

<sup>307</sup> C-473/98 *Toolex*, para. 42-44. C-42/90 *Bellon*, para. 14 och 17; C-13/91 och 113/91 *Debus*, para. 17.

<sup>308</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*; C-389/96 *Aher-Waggon*; C-2/90 *Wallon Waste*; 302/86 *Danish Bottles*. Krämer, s. 146f.

<sup>309</sup> Krämer, s. 147. Jans, s. 33f., 242 och 262. Jmf. Wiers, s. 68 och 78.

<sup>310</sup> 302/86 *Danish Bottles*, para. 8. Mahmoudi, s. 76.

<sup>311</sup> 302/86 Generaladvokatens yttrande, s. 4607ff.

<sup>312</sup> Mahmoudi, s. 76.

<sup>313</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 34-36. Se också Mahmoudi, s. 91.

<sup>314</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 34-36.

I *Bluhme*, där den unilaterala åtgärden utgjordes av ett förbud mot att på Läsö inneha andra arter än Läsö brunbi, vägde EG-domstolen in i synnerhet principen bevarande *in situ* - artikel 8a Konventionen om biologisk mångfald.<sup>315</sup>

Rättsprincipen ”bevarande på plats” (tillsammans med riskbedömning) var direkt avgörande för utgången i *Bluhme* då EG-domstolen förklarade att den nationella åtgärden konstituerade ett lämpligt medel i förhållande till målet.

Fallet *Toolex* handlade om rättfärdigande av förbud mot industriell användning av viss kemikalie. Därtill fanns en dispensregel knuten som bedömdes lämplig och proportionerlig eftersom den bl.a. ansågs ligga i linje med substitutionsprincipen uttryckt i olika gemenskapsrättsliga direktiv. Substitutionsprincipen föreskriver eliminering eller reduktion av risk medelst utbyte av en farlig substans mot en mindre farlig.<sup>316</sup>

I *Toolex* hade substitutionsprincipen, enligt min mening, åtminstone en relativ påverkan på utgången av proportionalitetsprövningen.

Avslutningsvis skall påminnas om fallet i *Preussen Elektra* där FN:s klimatkonvention och Kyotoprotokollet samt integrationsprincipen i artikel 6 Romfördraget var direkt avgörande till fördel för miljöintresset.<sup>317</sup>

I litteraturen hävdas att tillämpandet av gemenskapens allmänna miljöprinciper är en ny trend inom EG-domstolens praxis vilket kommer att kunna ge miljöintresset företräde framför andra intressen.<sup>318</sup>

### 4.3.6 Godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning

Av sista meningen artikel 30 Romfördraget följer bokstavligen att en nationell skyddsåtgärd som ger uttryck för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna är orättfärdig. Med avseende på dess teleologi har EG-domstolen förklarat att:

[T]he function of the second sentence of Article [30] is to prevent restrictions on trade based on the grounds mentioned in the first sentence from being diverted from their proper purpose and used in such a way as to create discrimination in respect of goods originating in other Member States or indirectly to protect certain national products.<sup>319</sup>

Syftet med lokutionen är alltså att motverka missbruk av grunderna för rättfärdigande.<sup>320</sup> Frågan är dock vad rekvisiten ”godtycklig diskriminering” och ”förtäckt begränsning” innefattar.

---

<sup>315</sup> C-67/97 *Bluhme*, para. 35-37.

<sup>316</sup> C-473/98 *Toolex*, para. s. 46-47.

<sup>317</sup> C 379/98 *Preussen Elektra*, para. 74-81.

<sup>318</sup> Mahmoudi, s. 90.

<sup>319</sup> C-1/90 och C-176/90 *Aragonesa*, para. 20; 40/82 *Commission v. UK*, para. 36; 34/79 *Henn and Darby*, para. 21.

<sup>320</sup> Wiers, s. 78.

I *Commission v. UK* hade Storbritannien infört importförbud avseende kött från fjäderfän under förespeglingen djurskydd. EG-domstolen menade att mot bakgrund av omständigheter som bl.a. påtryckningar från inhemska köttproducenter och *underlåtenhet att i god tid informera* gemenskapens institutioner och berörda medlemsländer utgjorde den brittiska åtgärden en *förtäckt begränsning av handeln*, såvida inte åtgärden i fråga kunde visas vara nödvändig i förhållande till den i detta sammanhang av Storbritannien deklarerade ambitionsnivån för djurskyddet.<sup>321</sup>

Mot bakgrund av *Commission v. UK* verkar prövningen av ”förtäckt begränsning” ta sikte på ett subjektivt moment d.v.s. det uppriktiga eller genuina syftet bakom en nationell åtgärd. I *Fumicot* bedömde EG-domstolen åtgärdens ”godtyckliga” eller ”förtäckta” karaktär mot bakgrund av objektiva omständigheter såsom produkten och åtgärdens effekter:

I *Fumicot* förklarade EG-domstolen att huruvida vissa administrativa åtgärder utgjorde förtäckt begränsning av samhandeln skulle bedömas mot bakgrund av å ena sidan produktens farliga karaktär, å andra sidan av att produkten redan hade varit föremål för ett godkännandeförfarande i annan medlemsstat. Medlemsstaternas myndigheter hade, enligt domstolen, att samarbeta och på förfrågan utge information. Dessutom menade domstolen att icke onödiga administrativa kostnader, vilka belastade en näringsidkare som sålde små mängder av produkten i högre grad än en konkurrent som sålde betydligt större mängder, kvalificerade inte som godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning.<sup>322</sup>

I litteraturen föreslås att ”godtycklig diskriminering” borde förstås så att varje åtskillnad måste kunna rättfärdigas på objektiva grunder, medan ”förtäckt begränsning” anses huvudsakligen motsvara nödvändighetskravet i proportionalitetsprincipen.<sup>323</sup>

Annorstädes i litteraturen hävdas dock att en åtgärd som förvisso uppfyller proportionalitetsprincipen skulle kunna diskvalificeras i kraft av de övergripande kriterierna förbud mot godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln.<sup>324</sup> Något stöd för dylikt påstående finns dock inte i min utredning.

Jag har inte heller funnit stöd för att sista meningen i artikel 30 Romfördraget formellt tillämpas i kontexten för tvingande hänsyn; men naturligtvis får en åtgärd inte utgöra godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln enligt doktrinen tvingande hänsyn; detta följer, enligt min mening, *a fortiori* av att diskriminerande åtgärder måste kunna rättfärdigas objektivt.<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> 40/82 *Commission v. UK*, para. 37-40.

<sup>322</sup> 272/80 *Fumicot*, para. 13-15. Det skall framhållas att EG-domstolen faktiskt började med att fråga om närvaro av ”förtäckt begränsning” för att konkludera frånvaron av både ”godtycklig diskriminering” och ”förtäckt begränsning”, något som åtminstone i en fotnot är värt att kritisera.

<sup>323</sup> Jans, s. 246f. Jmf. Mahmoudi, s. 71.

<sup>324</sup> Wiers, s. 78f.

<sup>325</sup> Jans, s. 246, och Nilsson, s. 312.

# 5 Komparativ analys och slutsatser

## 5.1 Inledning

Den komparativa analysen kommer att bestå i en jämförande analys av den politiska avvägningen mellan handelsintressen och miljöskyddsintressen inom WTO och EU. Med den politiska avvägningen menar jag de rättsregler och avtal och fördrag som bokstavligen är föremål för uppsatsen. Dessutom kommer den komparativa analysen bestå i en jämförande analys av WTO:s och EU:s praxis d.v.s. hur de för uppsatsen relevanta rättsnormer har tolkats och tillämpats i praktiken. Därefter kommer jag dra några slutsatser som gäller hela uppsatsen.

## 5.2 Den politiska avvägningen

Av utredningen i uppsatsens kapitel 2 – 4 följer intressanta likheter och skillnader vad gäller behandlingen av en medlemsstats unilaterala handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder inom WTO respektive EU.

En första reflektion är att det både inom WTO och EU har gjorts liknande politiska avvägningar i de för uppsatsen åberopade traktat och fördrag. Det tydligaste uttrycket härför är att *handelsintresset skyddas genom huvudregler* (inom WTO i kraft av artikel III:4 och XI:1 GATT,<sup>326</sup> och inom EU genom artikel 28 Romfördraget<sup>327</sup>) medan *miljöskyddsintresset skyddas genom undantag* (artikel XX GATT,<sup>328</sup> respektive artikel 30 Romfördraget och doktrinen tvingande hänsyn<sup>329</sup>).

Vad gäller SPS-avtalet finns inte någon indelning i huvudregler och undantag, utan där är stipulerade rättigheter och skyldigheter avseende handeln respektive miljön integrerade.<sup>330</sup> Men den gemensamma nämnaren för GATT-reglerna, SPS-avtalet och Romfördraget står att finna i att det ställs vissa krav på handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder. Dessa krav, som vidare är föremål för den juridiska avvägningen (rättslig tolkning och tillämpning), är indikator på en hierarkiska ordningen där det, enligt min mening, kan argumenteras för att handelsintresset är överordnat miljöintresset.

Men, jag har också funnit att det finns miljörättsliga principer och regler, som påverkar jämviktsläget mellan handel och miljö. En för WTO och EU i viss betydelse gemensam miljörättslig princip är *försiktighetsprincipen* (se artikel 5.7 SPS-avtalet och artikel 175 Romfördraget). Försiktighetsprincipen är en rationalitetsfaktor till fördel för miljöintresset eftersom det av den följer att medlemsstaterna själva får bestämma skyddsnivå och att veten-

---

<sup>326</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.2. och avsnitt 3.3.

<sup>327</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.2.

<sup>328</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.

<sup>329</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.3.

<sup>330</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.6.

skaplig bevisning inte behöver vara otvetydig för rättfärdigandet av miljöskyddsåtgärder.<sup>331</sup>

Jag har i övrigt inte funnit någon ”miljörättslig” norm inom ramen för WTO som formellt uttrycker den politiska avvägningen. WTO-stadgans ingress uttrycker hänsyn till miljö och strävan efter hållbar utveckling liksom Romfördraget. Men ingressen är ingen rättsregel utan ett slags målstadgande.

Överprövningsorganet har emellertid gjort ett uttalande vilket kan tolkas som vore WTO-rätten en del av den allmänna folkrätten.<sup>332</sup> Detta förhållande implicerar att även andra miljörättsliga principer som kommer till uttryck i olika multilaterala miljöavtal (s.k. MEA:s) och internationell sedvanerätt skulle kunna vara rationalitetsfaktorer i den politiska avvägningen mellan handel och miljö inom WTO.

Denna uppsats visar att WTO:s Överprövningsorgan har varit benäget att genom tillämpning av sedvanerättsliga tolkningsprinciper inte bara företa kontextuella och teleologiska tolkningar utan också evolutiva tolkningar av WTO-avtalen; Överprövningsorganet har hämtat stöd från MEA:s bl.a. CITES för att legitimera skydd för havssköldpaddor och den icke bindande Riodeklarationen för att visa vikten av multilaterala lösningar framför unilaterala sådana. Detta reser en mängd komplicerade frågeställningar: Vilka MEA:s är i allmänhet relevanta för den politiska avvägningen? Vilka miljörättsliga principer utgör sedvanerätt? Hur blir normhierarkierna? Är WTO:s tvistlösningsorgan rätt aktör att avgöra dylika frågor? Dessa problem är inte lösta,<sup>333</sup> vilket naturligtvis skapar rättssäkerhetsproblem inom WTO-rätten. Att inte veta vilka rättskällor som är formellt tillämpliga skapar brister i förutsebarhet kring jämviktsläget mellan handel och miljö; ett jämviktsläge som utgör gränsen för medlemsstatens autonoma utrymme att införa handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder.

Inom EU råder inte samma problem, men liknande. Utöver försiktighetsprincipen finns andra rationalitetsfaktorer som manifesterar den politiska avvägningen mellan handel och miljö. Dessa är bl.a. preventionsprincipen, källprincipen och principen att förorenaren betalar i artikel 174 Romfördraget samt integrationsprincipen artikel 6 Romfördraget. Huruvida den enskilde medlemsstaten kan dra nytta av dylika principer i införandet av unilaterala handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder beror dock av EG-domstolens tolkning och tillämpning av Romfördraget.

Som framgått av uppsatsens utredning har EG-domstolen, utöver MEA:s (som tillhör EU:s primärrätt), tillämpat bl.a. både artikel 6 och 174 Romfördraget i viss utsträckning.<sup>334</sup> Denna tillämpning måste man, enligt min mening ställa sig något kritisk till, åtminstone ur rättssäkerhetssynpunkt. Av en bokstavstolkning följer nämligen att det är gemenskapen och dess lagstiftande institutioner och inte de enskilda medlemsstaterna som är adressater för artiklarna 6 och 174. Detta bär vittnesbörd om EG-domstolens dynamis-

---

<sup>331</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.6.2, avsnitt 4.3.5.1 och avsnitt 4.3.5.3.

<sup>332</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.1, avsnitt 3.5.3.1 och avsnitt 3.5.4.3.

<sup>333</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.3.1 (fotnot 138) och avsnitt 3.5.4.3.

<sup>334</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.3.5.4.

ka och pragmatiska hållning,<sup>335</sup> och man skulle t.o.m. kunna tillvita EG-domstolen att den bedriver *legal activism*; såtillvida bedriver domstolen i sammanhanget ett visst mått av politik, å ena sidan på bekostnad av förutsebarhet och varors fria rörlighet å andra sidan till fördel för miljöintresset.<sup>336</sup> Men om detta är en trend betyder det att medlemsstatens autonoma utrymme för unilaterala handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder inte är hotat.

## 5.3 Den juridiska avvägningen

### 5.3.1 Inledning

En konsekvens av att frihandelsintresset skyddas genom huvudregler och miljöintresset genom undantagsregler är att handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder måste rättfärdigas. Detta rättfärdigande kommer till uttryck genom den juridiska avvägningen d.v.s. i kraft av tolkning i Tvistelösningssorganets respektive EG-domstolens praxis. Först jämför jag ”frihandelsreglerna”, sedan jämför jag rättfärdigandet därav d.v.s. ”miljöskyddsreglerna”.

### 5.3.2 Komparativ analys av handelsreglerna

Artikel III:4 GATT kan till sin natur sägas vara relativ i och med att den *förbjuder diskriminerande och protektionistiska ”försäljningsåtgärder”* – den föreskriver likabehandling av importerade varor i förhållande till inhemskt producerade varor av samma slag.<sup>337</sup>

Härav följer att interna handelsrestriktiva – icke-tariffära - miljöskyddsåtgärder som är icke-diskriminerande och icke-protektionistiska skulle vara tillåtna enligt stadgandet. Nationella förbud mot försäljning, transport, distribution, marknadsföring och användning av utländska varor kan alltså enligt stadgandet vara tillåtna. Denna s.k. icke-diskrimineringsprincip skyddar följaktligen inte varors marknadstillträde som sådant, även om det i litteraturen talas om att artikel III:4 GATT är ett slags marknadstillträdesregel.<sup>338</sup>

Det finns också åtminstone en teoretisk möjlighet att stadgandet täcker åtgärder som riktas mot produktionsmetoder och produktionsprocesser (PPM-åtgärder) när sådana påverkar produkten i sig; detta har ej stöd i praxis utan bara i litteraturen.<sup>339</sup>

Trots det extensiva tillämpningsområdet finns, enligt min mening, tämligen goda förutsättningar för en medlemsstat att införa försäljningsrelaterade hälsoskyddsåtgärder, vilket fallet *EC-Asbestos* demonstrerar. Detta beror

---

<sup>335</sup> Bernitz och Kjellgren, s. 47ff. Wiklund, s. 114-121. Den dynamiska och pragmatiska hållningen framgår också i andra sammanhang, så förhållningssättet i sig kanske kan anses förutsebart; men frågan är till fördel för vilket intresse.

<sup>336</sup> Liknande synpunkter framförs i litteraturen i allmänhet om EG-domstolens rättstillämpningsteknik och tolkningsutrymme. Se t.ex. Bernitz och Kjellgren, s. 47ff, och Wiklund, s. 422ff.

<sup>337</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.2.1. Jmf. Wiers, s. 307.

<sup>338</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.2.2. Trachtman m.fl., s. 811ff. Wiers, s. 312 och 314.

<sup>339</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.2.2.



av rekvisitet ”varor av samma slag” där ”risk” utgör ett bedömningskriterium för likhet/olikhet. Sådillvida föreligger en möjlighet att skilja mellan varor som utgör en hälsorisk från varor som inte utgör det. Fråga kvarstår dock om riskkriteriet kommer att användas på samma sätt i fråga om direkta handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder.<sup>340</sup>

*Förbudet mot handelshinder*, artikel XI:1 GATT, är till sin natur absolut på så sätt att det i sin tillämpning inte är avhängigt av att det finns inhemsk produktion eller inhemska varor av samma slag. Artikel XI:1 täcker, till skillnad från artikel III, icke-tariffära åtgärder som kan vara både icke-diskriminerande och icke-protektionistiska. Sådillvida täcks också PPM-åtgärder. Artikel XI verkar dock inte kunna garantera importerade varor ett faktiskt marknadstillträde eftersom det följer av stadgandets bokstav att t.ex. försäljningsåtgärder inte omfattas av tillämpningsområdet. I detta sammanhang kan poängteras att syftet med WTO är inte - till skillnad från EU - att upprätta en gemensam marknad utan inre gränser.<sup>341</sup>

SPS-avtalet täcker sanitära och fytosanitära åtgärder och däribland PPM-åtgärder. Det ställer inte upp något explicit förbud mot handelshinder. Men det omfattar SPS-åtgärder som både direkt och indirekt *påverkar* den internationella handeln.<sup>342</sup>

Vad gäller principen om varors fria rörlighet, artikel 28 Romfördraget, kan sägas att i huvudsak liknar den både artikel III:4 och XI:1 GATT. Artikel 28 är, enligt min mening, både absolut och relativ i sin natur; den anställer förbud mot icke-diskriminerande handelshinder och förbud mot diskriminerande försäljningsåtgärder. Generellt sagt omfattar både artikel 28 och artikel III:4 förbud mot både *de jure* och *de facto* diskriminering.<sup>343</sup> Men, artikel 28 - till skillnad från artikel III:4 - anställer inte rekvisitet ”varor av samma slag” och därtill hörande bedömningskriterier såsom konsumentpreferenser och slutanvändning; inom EU tar diskrimineringsprövningen sikte på nationellt ursprung och produktens karaktäristiska.<sup>344</sup>

Vad gäller åtgärder riktade mot transportledet faller dessa – till skillnad mot artikel III:4 - utanför tillämpningsområdet för artikel 28 eftersom deras samhandelshindrande effekter kan anses vara ”alltför slumpmässiga och alltför indirekta” – ett kriterium som inte används inom WTO.<sup>345</sup>

Det dominerande kriteriet för artikel 28 förefaller dock vara *marknadstillträde*; unilaterala åtgärder får till sin natur inte vara sådana att de hindrar varors marknadstillträde.<sup>346</sup> En nationell försäljningsåtgärd som totalt utesluter en produkt från marknaden kan komma strida mot kriteriet marknadstillträde till graden att den kräver rättfärdigande. Denna syn på marknadstillträdeskravet medför - till skillnad från hur begreppet används inom kontexten för WTO - att varor får faktiskt tillträde till en medlemsstats marknad.<sup>347</sup>

I likhet med artikel XI:1 torde artikel 28 omfatta PPM-åtgärder. I enlighet med principen om ömsesidigt erkännande torde en medlemsstat inte

<sup>340</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.2.3.

<sup>341</sup> Se uppsatsen avsnitt 3.3 och 2.1 samt 2.2.

<sup>342</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.5.1.

<sup>343</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.2.3 och 4.2.5. samt 4.3.4.

<sup>344</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.2.3 med 4.2.3 - 4.2.5.

<sup>345</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.2.4.

<sup>346</sup> C-267/91 och C-268/91 *Keck*, para. 17; C-67/97 Generaladvokatens yttrande, para. 20.

<sup>347</sup> Jmf. Oliver, s. 795. Wiers, s. 313f.

kunna förbjuda import av viss vara p.g.a. vissa produktionsmetoder eller produktionsprocesser om dylika är tillåtna i produktionslandet.<sup>348</sup>

### 5.3.3 Miljöskydd kan rättfärdigas

Inledningsvis skall konstateras att artikel XX (b) GATT och artikel 30 Romfördraget är nästan paradigmatiska. Båda föreskriver undantag för handelsrelaterade skyddsåtgärder avseende människors, djurs och växters liv och hälsa. Artikel XX (g) har också ett undantag för bevarande av naturresurser, vilket artikel 30 saknar. Vidare föreskriver båda artiklarna förbud mot godtycklig diskriminering och förtäckt begränsning av handel mellan medlemsstaterna. Artikel XX har också med ett förbud mot oberättigad diskriminering, vilket artikel 30 också saknar.<sup>349</sup> SPS-avtalet, som ses som ett komplement till artikel XX, föreskriver skydd för människor, djur och växter genom s.k. sanitära och fytosanitära åtgärder. Däri upprepas också förbuden mot godtycklig och tillbörlig diskriminering samt mot förtäckt begränsning. SPS-avtalet ställer härutöver explicit upp krav på bl.a. tillräcklig vetenskaplig bevisning, riskbedömning och hänsyn till internationell standard.<sup>350</sup>

Vidare skall konstateras att undantagen i artikel XX GATT har i praxis tolkats extensivt så att handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder i någon mening omfattas av deras tillämpningsområden *per se*. Denna extension kan, enligt min mening, kopplas till Överprövningsorganets deklaration att WTO-rätten inte skall tolkas kliniskt avskilt från den allmänna folkrätten och dess tillämpning av de sedvanerättsliga tolkningsprinciperna i artikel 31-32 VCLT och artikel 3.2 DSU.<sup>351</sup> Genom EG-domstolens praxis - doktrinen tvingande hänsyn - kan även artikel 30, enligt litteraturen, i praktiken sägas ha utvidgats till att omfatta miljöskydd. Samtidigt ser det ut som om att rättfärdigandet av miljöskydd kan grundas direkt på Romfördraget genom EG-domstolens tillämpning av artikel 6 och 174 Romfördraget samt MEA:s och underlåtenhet att explicit åberopa tvingande hänsyn.<sup>352</sup>

Vad gäller artikel XX (b) GATT har skyddsåtgärder för ren luft ansetts omfatta dess tillämpningsområde; en åtgärd som alltså endast indirekt skyddar de explicit angivna skyddsintressena d.v.s. människor, djur och växter. Analogt torde därför också skydd för t.ex. dricksvatten kunna omfattas. I fråga om artikel XX (g) har Överprövningsorganet gjort en evolutiv tolkning av rekvisitet ”bevarande av uttömliga naturresurser” så att det omfattar både icke levande och levande resurser. För att legitimera miljöskyddsintressen i samband därmed har Överprövningsorganet bl.a. sökt stöd i WTO-stadgans ingress och olika MEA:s.<sup>353</sup>

<sup>348</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.2.3. Jmf. Wiers, s. 128.

<sup>349</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.5.1 och 4.3.2.

<sup>350</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.6.1 och 3.6.2.

<sup>351</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.1. De sedvanerättsliga tolkningsprinciperna är så vitt jag begriper främst bokstavstolkning, kontextuell tolkning och teleologisk tolkning, vilka framgår av artikel 31 VCLT, medan supplementära tolkningsmedel såsom ”principle of effectiveness” impliceras av artikel 32 VCLT. Se Linderfalk, s. 65ff., 112ff., 227, 320-326.

<sup>352</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.5.2.1 och 3.5.3.1 med 4.3.3 och 4.3.4.

<sup>353</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.2.1 och 3.5.3.1.

Undantagen i artikel 30 Romfördraget och doktrinen tvingande hänsyn har tillsammans ett tillämpningsområde, som i likhet med artikel XX GATT, är extensivt. Artikel 30 i strikt mening som direkt uttrycker skydd för flora och fauna kan alltså användas för att skydda den biologiska mångfalden. Härutöver kan artikel 30 anses, med stöd i praxis, omfatta skydd mot bulleremissioner och skydd mot växthuseffekten. Mot bakgrund av doktrinen tvingande hänsyn och EG-domstolens tillämpning av Romfördragets artikel 6 samt sådana MEA:s som utgör gemenskapsrätt råder dock intet tvivel att åtgärder som direkt skyddar miljön och därigenom indirekt människors liv och hälsa kan rättfärdigas; det kan sålunda handla om skydd mot t.ex. vatten-, luft- och markföroreningar.<sup>354</sup>

Sammantaget måste den slutsatsen dras att undantagsreglernas tillämpningsområden *per se* har tolkats extensivt inom både WTO och EU. Medlemsstaterna har därför härigenom stora möjligheter att införa handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder för att skydda sina egna territorier.

### 5.3.4 Proportionalitetsprövning

Grundvalen för rättfärdigandet och den yttersta gränsen för införande av skyddsåtgärder kan, enligt min mening, sägas utgöras av ett slags proportionalitetsprincip. Härvidlag skall jag framföra den pragmatiska tesen att både inom WTO och EU domineras rättfärdigandet av en handelsrelaterad miljöskyddsåtgärd av proportionalitetsprincipen *sensu latu*.<sup>355</sup>

Proportionalitetsprincipen *sensu latu* kan sägas anställa två rationella kriterier – nödvändighet och ändamålsenlighet - som tillsammans utgör ett slags effektivitetskriterium.<sup>356</sup> Detta kriterium anger jämviktsläget mellan handelsintresset och miljöskyddsintresset och markerar därmed den yttersta gränsen för medlemsstatens utrymme för införande av miljöskydd.<sup>357</sup>

Artikel XX GATT har disponerats med rekvisiten att en nationell åtgärd skall vara ”nödvändig” i enlighet med underparagraf (b) samt ”avseende” och ”genomförd i samband med” enligt underparagraf (g) för uppnående av skyddsintressena i fråga. Det skall poängteras att dessa rekvisit ingår i det s.k. provisoriska rättfärdigandet av en skyddsåtgärd. Av WTO:s praxis framgår att nödvändighetsrekvisitet implicerar ändamålsenlighet. Överprövningsorganet har i samband med tillämpningen av nödvändighetsrekvisitet infört ett slags ”sammanvägnings- och avvägningsprocess”. Därvid ingår bl.a. faktorn ”rimligen tillgängliga alternativa åtgärders effektivitet”, som enligt min mening är ett slags ändamålskriterium. Rekvisitet ”avseende” har genom praxis låtit sig förstås att det skall finnas en ”substansiell relation” mellan mål och medel, vilket också är ett uttryck för ändamålsenlighet. SPS-

<sup>354</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.2.1 och 4.3.2.

<sup>355</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.5.2, 3.5.3 och 4.3.5.1.

<sup>356</sup> Enligt min mening är ”ändamålsenlighet” en implikation av ”nödvändighet”, medan motsatta förhållandet inte gäller; en effektiv åtgärd är också nödvändig för att upprätthålla balansen mellan rättigheter och skyldigheter.

<sup>357</sup> Jmf. Ueda, s. 557ff. och Wiers, s. 73.

avtalet artikel 2.2 (som skall läsas tillsammans med artikel 5.6.) föreskriver också ett nödvändighetskrav för SPS-åtgärder.<sup>358</sup>

Motsvarande explicita rekvisit saknas i artikel 30 Romfördraget. EGDomstolen har dock härlett en proportionalitetsprincip som anställer nödvändighets- och ändamålskriterier; doktrinen tvingande hänsyn har begåvats med motsvarande proportionalitetsprincip.<sup>359</sup>

Angående kravet på en åtgärds ändamålsenlighet gäller, både inom WTO och EU, att det skall finnas något slags kausalitet; det ändamålsenliga sambandet mellan mål och medel utgörs av den nationella åtgärdens ”syfte att skydda” och produktens ”risk för skada” om skyddsåtgärden inte införs. Inom både WTO och EU finns exempel på djurskydd som åtminstone talar för att riskkriteriet inte är så högt ställt som ”hot om utdöende”. Men vad gäller artikel XX GATT har jag inte funnit att det skulle finnas ett allmänt formulerat riskkriterium och inte heller ett allmänt krav på vetenskaplig bevisning. SPS-avtalet föreskriver emellertid att för att få införa en SPS-åtgärd skall den vara grundad på ”tillräcklig vetenskaplig bevisning”, ”riskbedömning”, och ”sannolik risk” (för skada).<sup>360</sup>

Inom ramen för artikel 30 Romfördraget gäller generellt att det skall finnas en ”reell fara” och att vetenskaplig bevisning krävs. Doktrinen tvingande hänsyn saknar dock kravet på vetenskaplig bevisning.<sup>361</sup> Artikel 5.7 SPS-avtalet och artikel 174 Romfördraget disponerar också över ett slags försiktighetsprincip som inte kräver att den tillgängliga vetenskapliga bevisningen är otvetydig och fullständig. Denna princip talar till fördel för miljöintresset.<sup>362</sup> Något empiriskt stöd för att försiktighetsprincipen tillämpas inom ramen för artikel XX har jag dock inte funnit. Men att miljöskyddsåtgärden skall vara ändamålsenlig på grundval av risk talar för sig självt som en för miljöintresset fördelaktig omständighet.

Nödvändighetskriteriet i proportionalitetsprincipen *sensu latu* är i princip gemensamt för artikel XX (b) GATT, artikel 30 Romfördraget och doktrinen tvingande hänsyn. Inom kontexten för artikel XX (b) och dess sammanvägnings- och avvägningsprocess gäller i princip att skyddsintressets värde är absolut och att det är upp till medlemsstaten att bestämma skyddsnivån. Vidare skall åtgärden alltså vara nödvändig för att uppnå målet på sådant sätt att finns flera lika effektiva rimligen tillgängliga åtgärder för uppnåendet av målet, så skall det minst handelshindrandet alternativet tillämpas. Denna tolkning av nödvändighetsrekvisitet stämmer väl överens, enligt min utredning, med vad som gäller för artikel 30 Romfördraget och tvingand hänsyn.<sup>363</sup>

Det finns dock vissa frågetecken kring denna tolkning av proportionalitetsprincipen *sensu latu*. Inom ramen för artikel XX (b) reser litteraturen den hypotetiska frågan vad som händer om skyddsvärdets legitimitet skulle komma att ifrågasättas. I sådant fall skulle skyddsvärdet bli relativt och avvägas mot mindre handelshindrande åtgärder, vilket skulle medföra en sänk-

---

<sup>358</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.6.2.

<sup>359</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.5.2.2 och 3.5.3.2 med 4.3.5.1.

<sup>360</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.2.1, 3.5.3.1 och 3.6.2.

<sup>361</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.3.5.1 och 4.3.5.3.

<sup>362</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.6.2 och 4.3.5.3.

<sup>363</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.5.2.2 med 4.3.5.1.

sänkning av miljöskyddsnivån. En dylik bedömning där miljömål avvägs mot handelsmål motsvarar snarare en tillämpning av proportionalitetsprincipen *sensu strictu*.<sup>364</sup> Vad gäller artikel XX (g) GATT vill jag endast i korthet konstatera att jag inte har funnit stöd för att det därvid blir fråga om ett sådant strikt proportionalitetstest.<sup>365</sup>

Inom EU har proportionalitetsprincipen *sensu strictu* kommit till uttryck i praktisk tillämpning, men bara inom ramen för tvingande hänsyn i ett enskilt fall – *Danish Bottles*. I litteraturen påstås att den inte har följts upp i senare praxis på miljöområden där harmoniserande gemenskapslagstiftning saknas; tillämpningen därav har i stället överlåtits på den nationella domstolen.<sup>366</sup>

Det finns fall som visar på en lösare tolkning av proportionalitetsprincipen *sensu latu*. I *Preussen Elektra* tillämpade EG-domstolen ändamålsenlighetskriteriet men inte nödvändighetskriteriet;<sup>367</sup> och i *Wallon Waste* tillämpades inte proportionalitetsprincipen överhuvudtaget, åtminstone inte explicit.<sup>368</sup>

En tillämpning av proportionalitetsprincipen *sensu latu* utan något nödvändighetskriterium men med ett ändamålsenlighetskriterium ligger i linje med det provisoriska rättfärdigandet under artikel XX (g) och dess rekvisit ”avseende”. Detta rekvisit beskrivs alltså som ett krav på en substantiell relation mellan skyddsåtgärd och det legitima skyddsintresset. Denna substantiella relation ikläddes termer, genom fallet *US-Shrimp-Turtle*, som att åtgärden var ett ”effektivt” verktyg för bevarande och ”icke oproportionerlig” i sin geografiska omfattning samt ”rimligt” relaterad till ändamålet. Men därvid var det bara fråga om konstateranden och inte utrönande om det fanns alternativa mindre handelsrestriktiva medel.<sup>369</sup> Således var enkom fråga om ändamålsenlighet.

Nuvarande rättsläge avseende artikel XX (b) och (g) och artikel 30 och tvingande hänsyn torde alltså vara uppfyllandet av proportionalitetsprincipen *sensu latu* i viss utsträckning. Men, en inte oväsentlig skillnad mellan paragraf (b) och (g) artikel XX GATT är nödvändighetskriteriet.<sup>370</sup> På grundval av detta kriterium blir det paradoxalt nog svårare att genom (b) rättfärdiga en hälsoskyddsåtgärd som direkt skyddar liv än att genom (g) rättfärdiga en miljöskyddsåtgärd som på sin höjd indirekt skyddar liv. Samma paradox återfinns faktiskt också inom EU. Jag har inte funnit något fall där nödvändighetskriteriet inom ramen för artikel 30 Romfördraget har utslutits. Men exempel på där nödvändighetskriteriet inte har tillämpats finns i de strikta miljöskyddsfallen *Preussen Elektra* och *Wallon Waste*.<sup>371</sup> I litteraturen hävdas t.o.m. att *Preussen Elektra* ”kan inte tolkas på annat sätt än att en miljöåtgärd i avsaknad av gemenskapsreglering får vara [...] oproportionell vad gäller syftet”.<sup>372</sup>

<sup>364</sup> Se uppsatsen avsnitt 3.5.2.2.

<sup>365</sup> Jmf. uppsatsens avsnitt 3.5.3.2 och 3.5.4.2.

<sup>366</sup> Se uppsatsen avsnitt 4.3.5.2.

<sup>367</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*, para. 72-81.

<sup>368</sup> C-2/90 *Wallon Waste*, para. 29-36. Se också Mahmoudi, s. 84.

<sup>369</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.3.2.

<sup>370</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.2 angående artikel XX (b) och avsnitt 3.5.3 avseende artikel XX (g).

<sup>371</sup> C-379/98 *Preussen Elektra*, para. 72-81. C-2/90 *Wallon Waste*, para. 29-36.

<sup>372</sup> Mahmoudi, s. 92.

### 5.3.5 Godtycklig diskriminering och förtäckt begränsning – proportionalitetsprövning

Inledningsklausulen (*the chapeau*) till artikel XX GATT förbjuder att handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder som utgör godtycklig eller oberättigad diskriminering mellan länder där liknande förhållanden råder, eller förtäckt inskränkning av den internationella handeln. Motsvarande förbud finns i SPS-avtalet. Andra meningen i artikel 30 Romfördraget påminner om *the chapeau*, då det innefattar förbud mot skyddsåtgärder som utgör godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning mellan medlemsstaterna. Doktrinen tvingande hänsyn ställer inte explicit upp dessa krav.<sup>373</sup>

Av uppsatsens utredning framgår att en EU-medlems unilaterala skyddsåtgärd som uppfyller proportionalitetsprincipen *sensu latu* har därigenom objektivt rättfärdigat åtgärden. Härutöver krävs också att EU-medlemsstaten meddelar EU-kommissionen i vidtagandet av unilaterala åtgärder.<sup>374</sup>

Frågan är om man kan göra gällande att en WTO-medlem som har uppfyllt proportionalitetsprincipen *sensu latu* också *ipso facto* har uppfyllt normerna i *the chapeau* och motsvarande normer i SPS-avtalet. Detta är ju förstås först och främst en definitionsfråga beroende av mig som infört begreppet *sensu latu*. Men visst stöd härför finns i litteraturen vad gäller en åtgärd som rättfärdigats provisoriskt under artikel XX (g).<sup>375</sup> I WTO:s praxis har Överprövningsorganet uttryckt sig i termer av nödvändighet och ändamålsenlighet (lämpligt) vid tolkning av *the chapeau*. Det som har ansetts nödvändigt och lämpligt är att försöka upprätthålla likabehandling av länder i det internationella samarbetet innebärande bl.a. att göra genuina ansträngningar i förhandlingar och ta ekonomiska/tekniska hänsyn till exportländerna.<sup>376</sup>

## 5.4 Slutsatser

Det finns många likheter och en del skillnader avseende relationen mellan handel och miljö inom WTO och EU. De övergripande slutsatser som kan dras avseende enskilda medlemsstaters autonoma utrymme att införa handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder för att skydda det egna territoriet är som följer: Principen *National Treatment*, artikel III:4 GATT, ger utrymme för handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder i form av försäljningsåtgärder *per se* såvida dessa är icke-diskriminerande och icke-protektionistiska. Medan handelshinder, oavsett om dessa är likabehandlande eller icke-protektionistiska, *ipso facto* strider mot XI:1 GATT och därmed kräver rättfärdigande.

<sup>373</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.1 och 4.3.1.

<sup>374</sup> Se uppsatsens avsnitt 4.3.6. Se också Campbell m.fl., s. 222.

<sup>375</sup> Trachtman m.fl., s. 854.

<sup>376</sup> Se uppsatsens avsnitt 3.5.4.2.

På liknande sätt fungerar principen om varors fria rörlighet, artikel 28 Romfördraget. Den tillåter icke-diskriminerande miljöskyddsåtgärder i form av olika försäljningsåtgärder. Men den förbjuder samhandelshindrande åtgärder såsom importförbud och produktkrav oavsett om dessa är icke-diskriminerande. Försäljningsåtgärder som är diskriminerande, och handels hinder kräver rättfärdigande.

Grunderna för rättfärdigandet för miljöskyddsåtgärder inom WTO står för WTO-medlemmarna att finna i artikel XX (b) och (g) GATT, och i viss mening i SPS-avtalet. Tillämpningsområdet för undantagsreglerna har i praxis tolkats extensivt och omfattar legitima miljöskyddsintressen.

På motsvarande sätt står grunderna för rättfärdigandet för EU-medlemmarna att finna i undantagsregeln artikel 30 Romfördraget. Detta undantag har tolkats extensivt såtillvida att miljöskydd som tvingande hänsyn i praktiken utgör del av dess tillämpningsområde. Rättfärdigande av miljöskydd tycks också kunna grundas direkt på Romfördraget.

Härvidlag vill jag driva tesen att en WTO-medlem eller EU-medlem kan rättfärdiga en handelsrelaterad miljöskyddsåtgärd genom att uppfylla proportionalitetsprincipen *sensu latu*. Såtillvida gäller att medlemsstaten får själv bestämma miljöskyddsnivån. Den handelsrelaterade miljöskyddsåtgärden måste i enlighet med proportionalitetsprincipen *sensu latu* åtminstone uppfylla ett ändamålskriterium eller ett nödvändighetskriterium. Miljöskyddsåtgärden skall vara effektivt i förhållandet till miljöskyddsmålet. Vidare medför principen krav på existensen av varors skaderisk.

Viss osäkerhet råder både inom WTO och EU kring vilka rättsnormer i övrigt som skall vägas in vid tillämpningen av denna proportionalitetsprincip. Klart är dock att försiktighetsprincipen, som i viss mening är gemensam för både WTO och EU, kommer att påverka jämviktsläget mellan handelsintresset och miljöintresset till fördel för miljöintresset och därmed markera gränsen för medlemsstatens autonoma utrymme att införa handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder.

Avslutningsvis skall sägas att WTO tycks lämna WTO-medlemmarna ett tillräckligt stort utrymme att införa unilaterala handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder för att skydda det egna territoriet. På motsvarande sätt lämnar EU sina medlemsstater ett tillräckligt stort utrymme för införande av handelsrelaterade miljöskyddsåtgärder. Reservationen häremot består i huruvida proportionalitetsprincipen *sensu strictu* kommer att tillämpas. Trenden tycks dock vara att proportionalitetsprincipen *sensu latu* tillämpas och därigenom att medlemsstaterna får bestämma skyddsnivån.

# Referenser

## EU: fördrag och dokument

Romfördraget (Ikraftträdande 1 januari 1958); med de ändringar som tillkommit genom: Enhetsakten (Ikraftträdande 1 juli 1987). Maastrichtfördraget (Ikraftträdande 1 november 1993). Amsterdamfördraget (Ikraftträdande 1 maj 1999). Nicefördraget (Ikraftträdande 1 februari 2003). (cit. Romfördraget)

EU-kommissionen: *Communication on the Application of the Precautionary Principle*, COM (2000) I. (cit. COM (2000) I)

## WTO/GATT: fördrag och dokument

Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures. (Ikraftträdande 1 januari 1995). (cit. SPS-avtalet)

GATT Analytical Index: *Guide to GATT Law and Practice*, 6th Edition Geneva 1994. (cit. GATT Analytical Index)

General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Ikraftträdande 1 januari 1995). (cit. GATT)

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organisation (Ikraftträdande 1 januari 1995). (cit. WTO-stadgan)

Marrakesh Decision on Trade and Environment, Geneva, GATT, 1994. (cit. Decision on Trade and Environment)

Report (1996) of the Committee on Trade and Environment, WT/CTE/1, 12 November 1996, para. 171, Section VII of the General Council to the 1996 Ministerial Conference, WT/MIN(96)/2, 26 November 1996. (cit. Report of CTE)

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (Ikraftträdande 1 januari 1995). (cit. DSU).

## Rättsfall från EG-domstolen

2/73 *Geddo v. Ente Nazionale Risi*, ECR [1973] 00865. (cit. *Geddo*)

8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville*, ECR [1974] 00837. (cit. *Dassonville*)



104/75 Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV, ECR [1976] 00613. (cit. *De Peijper*)

35/76 Simmenthal SpA v. Ministère des finances italien, ECR [1976] 01871. (cit. *Simmenthal*)

13/78 Joh. Eggers Sohn & Co. v. Freie Hansestadt Bremen, ECR [1978] 01935. (cit. *Eggers*)

120/78 Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, ECR [1979] 00649. (cit. *Cassis de Dijon*)

34/79 Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby, ECR [1979] 03795. (cit. *Henn and Darby*)

272/80 Criminal proceedings against Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV, ECR [1981] 03277. (cit. *Fumicot*)

40/82 Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECR [1982] 02793. (cit. *Commission v. UK*)

174/82 Criminal proceedings against Sandoz BV, ECR [1983] 02445. (cit. *Sandoz*)

177/82 och 178/82 Criminal proceedings against Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV, ECR [1984] 01797. (cit. *Van de Haar*)

227/82 Criminal proceedings against Leendert van Bennekom, ECR [1983] 03883. (cit. *Bennekom*)

16/83 Criminal proceedings against Karl Prantl, ECR [1984] 01299. (cit. *Prantl*)

240/83 Procureur de la République v Association de défense des bruleurs d'huiles usagées, ECR [1985] 531. (cit. *ADBHU*)

304/84 Criminal proceedings against Claude Muller and others, ECR [1986] 01511. (cit. *Muller*)

98/86 Ministère Public v. Mathot, ECR [1987] 00809. (cit. *Mathot*)

C-302/86 Commission v. Kingdom of Denmark, ECR [1988] 4607. (cit. *Danish Bottles*)

C-128/89 Commission of the European Communities v Italian Republic, ECR [1990] I-03239. (cit. *Commission v. Italy*)

C-1/90 och C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivia SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, ECR [1991] I-04151. (cit. *Aragonesa*)

C-2/90 Commission v. Kingdom of Belgium, ECR [1992] I-4431. (cit. *Walton Waste*)

C-42/90 Criminal proceedings against Jean-Claude Bellon, ECR [1990] I-04863. (cit. *Bellon*)

C-13/91 och C-113/91, Criminal proceedings against Michel Debus, ECR [1992] I-03617. (cit. *Debus*)

C-267/91 och C-268/91, Bernard Keck and Daniel Mithouard, ECR [1993] I-06097. (cit. *Keck*)

C-131/93 Commission v. Germany, ECR [1994] I-3303. (cit. *Commission v. Germany*)

C-266/96 Corsica Ferries France SA, ECR [1998] I-03949. (cit. *Corsica Ferries France*)

C-389/96 Aher-Waggon GmbH v Bundesrepublik Deutschland, ECR [1998] I-04473. (cit. *Aher-Waggon*)

C-67/97 Anklagemyndighed v. Ditlev Bluhme, ECR [1998] I-8033. (cit. *Bluhme*)

C-473/98 Kemikalieinspektionen v. Toolex Alpha AB, ECR [2000] I-5681. (cit. *Toolex*)

C-379/98 Preussen Elektra Aktiengesellschaft v. Schlesweg Aktiengesellschaft, ECR [2001] I-2099. (cit. *Preussen Elektra*)

## **Yttranden från EG-domstolens Generaladvokater**

Mr Advocate General Sir Gordon, 24 May 1988, 302/86. (cit. Generaladvokatens yttrande)

Mr Advocate General Jacobs, 10 January 1991, C-2/90. (cit. Generaladvokatens yttrande)

Mr Advocate General Cosmas, 15 January 1998, C-389/96 (cit. Generaladvokatens yttrande)

Mr Advocate General Fennelly, 16 June 1998, C-67/97. (cit. Generaladvokatens yttrande)

Mr Advocate General Jacobs, 26 October 2000, C-379/98. (cit. Generaladvokatens yttrande)

Mr Advocate General Mischo, 21 March 2000, C-473/98. (cit. Generaladvokatens yttrande)

## Rättsfall från WTO:s Överprövningsorgan

WT/DS2/AB/R, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. (cit. *US-Gasoline*)

WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages. (cit. *Japan – Alcoholic Beverages II*)

WT/DS18/AB/R, Australia-Measures Affecting the importation of Salmon. (cit. *Australia-Salmon*)

WT/DS26,48/AB/R, EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones). (cit. *EC-Hormones*)

WT/DS58/AB/R, United States – Import of Certain Shrimp and Shrimp Products. (cit. *US-Shrimp- turtles*)

WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R Korea – Taxes on Alcoholic Beverages. (cit. *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*)

WT/DS135/AB/R, EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products. (cit. *EC-Asbestos*)

WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry. (cit. *Canada-Autos*)

WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef. (cit. *Korea-Beef*)

## Rättsfall från WTO-paneler

WT/DS2/R, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. (cit. *US-Gasoline*)

WT/DS18/R Australia-Measures Affecting the importation of Salmon. (cit. *Australia-Salmon*)

WT/DS34/R, Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products. (cit. *Turkey-Textiles and Clothing*)

WT/DS48/R, EC-Measures Affecting Meat and Meat products (Canada), (cit. *EC-Hormones*)

WT/DS58/R, United States – Import of Certain Shrimp and Shrimp Products. (cit. *US-Shrimp-Turtle*)

WT/DS90/R, India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products. (cit. *India – Quantitative Restrictions*)

WT/DS135/R, EC Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products. (cit. *EC-Asbestos*)

WT/DS155/R, Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather. (cit. *Argentina – Hides and Leather*)

WT/DS161/R, WT/DS169/R Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef. (cit. *Korea-Beef*)

## Rättsfall från GATT-paneler

BISD 7S/60 Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery. (cit. *Italy – Agricultural Machinery*)

BISD 25S/68 EEC – Programme of Minimum Import Prices, Licences and Security Deposits for certain Processed Fruits and Vegetables. (cit. *EEC - Programme of Minimum Import Prices*)

BISD 30S/140 Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act. (cit. *Canada – FIRA*)

BISD 31S/94 Japanese measures on Imports of Leather. (cit. *Japanese measures on Imports of Leather*)

BISD 35S/116 Japan – Trade in Semi-conductor. (cit. *Japan – Trade in Semi-conductor*)

BISD 36S/345 US – Section 337 of the Tariff Act of 1930. (cit. *US-section 337*)

BISD 37S/200 Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes. (cit. *Thailand-Cigarettes*)

BISD 37S/86 European Economic Community – Payments and Subsidies to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins. (cit. *EEC – Payments and Subsidies*)

BISD 39S/155, (unadopted), US – Restrictions on Imports of Tuna. (cit. *US-Tuna-Dolphin I*)

DS29/R, (unadopted and unpublished), US - Restrictions on Imports of Tuna. (1994) 33 ILM 843, (cit. *US-Tuna-Dolphin II*)

## Litteratur

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, Marknadsrättsförlaget AB och Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999. (cit. Bernitz och Kjellgren)

Birnie P.W. och Boyle A.E.: *International Law and the Environment*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2002. (cit. Birnie och Boyle)

Campbell, Karen och Cameron, James: *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron May Ltd, London 1998. (cit. Campbell m.fl.)

Esty, Daniel C: *Greening the GATT – Trade, Environment and the Future*, Institute for International Economics, Washington 1994. (cit. Esty)

Jackson, John H: *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge University Press, Cambridge m.fl. 2002. (cit. Jackson)

Jans, Jan H: *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen 2000. (cit. Jans)

Kleen, Peter: *GATT och företaget*, Industriförbundets Förlag AB, Stockholm 1991. (cit. Kleen)

Lal Das, Bhagirath: *The World Trade Organisation – A Guide to the Framework for International Trade*, The Third World Network, Penang 1999. (cit. Lal Das)

Linderfalk, Ulf: *Om tolkningen av traktater*, Studentlitteratur, Lund 2001. (cit. Linderfalk)

Kuhn, Tilman: *Implication of the “Preussen Elektra” Judgment of European Court of Justice on the Community Rules on State Aid and the Free Movement of Goods*, Legal Issues of Economic Integration (28)3: 361-376, 2001. (cit. Kuhn)

Marceau, Gabrielle: *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions – The relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*, Journal of World Trade 35(6): 1081-1131, 2001. (cit. Marceau)

- Marceau, Gabrielle och Trachtman, Joel P: *The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade - A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods*, Journal of World Trade 36(5): 811–881, 2002. (cit. Trachtman m.fl.)
- Neumann, Jan och Türk, Elisabeth: *Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, Journal of World Trade 37(1): 199-233, 2003. (cit. Neumann m.fl.)
- Nilsson, Annika: *Att byta ut skadliga kemikalier. Substitutionsprincipen – en miljörettslig analys*, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1997. (cit. Nilsson)
- Oliver, Peter: *Some Further Reflections on the Scope of Article 28-30*, Common Market Law Review nr. 36, 1999. (cit. Oliver)
- Osiro, Deborah Akoth: *GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation*, Legal Issues of Economic Intergration 29(2): 123-141, 2002. (cit. Osiro)
- Parkin, M., Powell, M., Matthews, K.: *Economics*, tredje utgåvan, Addison Wesley Longman Limited, Essex 1997. (cit. Parkin m.fl.)
- Seth, Torsten: *Tvistlösning i WTO*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000. (cit. Seth)
- Snell, Jukka: *True proportionality and free movement of goods and services*, European Business Law Review, jan/feb 2000. (cit. Snell)
- Ueda, Junko: *Is the Principle of Proportionality the European approach?: A Review and Analysis of Trade and Environment Cases before the European Court of Justice*, European Business Law Review, vol. 14, s. 557-593, 2003. (cit. Ueda)
- Wiers, Jochem: *Trade and Environment in the EC and the WTO*, Europa Law Publishing, Groningen 2003. (cit. Wiers)
- The World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford 1987. (cit. Brundtlandsrapporten)