

כללי ברירת דין בעניינים מסחריים בקהילייה האירופית

ד"ר תליה איינהורן*

א. הצגת הבעיה

מאמר זה עוסק בכללי ברירת דין שפותחו במשפט הקהילייה האירופית בעניין מעבר טובין בשוק הפנימי. כללים אלה מהווים חלק מכללי ברירת הדין בעניינים מסחריים, להם נוקקים בתי-משפט, מכוח דין או מכוח הסכם בין מדינות אשר יש לו תוקף במשפט הפנימי, בעניינים הנוגעים למשפט מסחרי פרטי או ציבורי שמעורב בהם יסוד זר¹. בעולם שבו החלות ההדדית בין מדינות, במיוחד בנושאי סחר, הולכת וגדלה, חייב בית-המשפט לא פעם להתחשב בדינים של מדינה אחרת, גם כשמדובר ביחסים משפטיים בין פרטים. כך הוא הדבר למשל, כאשר דינה של מדינת היצוא מטילים אמברגו על יצוא מוצרים שונים למדינות שלישיות, או לחילופין כאשר קיים איסור או הגבלת יבוא, איסור יצוא של טובין שהם רכוש תרבותי של מדינת היצוא, אמנות למניעת כפל מס, שאלות הנוגעות לסוכסידיות ליצוא וכיו"ב נושאים רבים ומגוונים. במשפט הבינלאומי הפרטי המסורתי קובעת שיטת המשפט הפנימית, על-פי כללי ברירת הדין שלה, את שיטת המשפט לפיה יידון העניין כולו על-ידי בית-המשפט. כאן לעומת זאת אנו מדברים על כללי התערבות (Eingriffsnormen) בדמות נורמות של המשפט המסחרי הזר שמתערבות בזכויות ובחובות פרטיות. ניתן לדמות כללים אלה לזאבים הפורצים לתוך מערכות המשפט הפנימיות ומפירים את הרמונית העדר השוררת בהן². תחום התערבותם של הכללים מוגבל לבעיה מוגדרת המתעוררת במהלך הדין המשפטי³.

- * מרצה בבית-הספר למשפטים של המכללה למינהל.
המחברת מבקשת להודות ל-Prof. Dr. U. Drobniq, מנהל מכון מקס פלנק למשפט בינלאומי פרטי ומשפט השוואתי בהמבורג, על הצעת הנושא כמו גם על עצותיו המועילות.
- 1 Siehr, Kurt, "Auslaendische Eingriffsnormen in inlaendischen Wirtschaftskollision-
srecht", *RabelsZ* 52 (1988), pp. 41-103, at pp. 45-47, 102
הדין בעניינים מסחריים וההבדל בינם לבין הכללים המקובלים בתורת המשפט הבינלאומי הפרטי ניתן למצוא, בנוסף למאמר זה, גם אצל:
Schnyder, Anton K., *Wirtschaftskollision-*
srecht, Zuerich: Schulthess 1990; Drobniq, Ulrich, "Das Profil des Wirtschaftskol-
lisionsrechts", *RabelsZ* 52 (1988), pp. 1-7; Basedow, Juergen, "Wirtschaftskol-
lisionsrecht", *RabelsZ* 52 (1988), pp. 8-40.
- 2 Drobniq, לעיל הערה 1.
3 שם, בע' 7.

כדי להמחיש את הדברים נעיין בדוגמה הבאה⁴: אלברטו נאשם בכיתום־משפט באיטליה בניסיון למכור ספגטי שיוצר בגרמניה מקמח חיטה רגיל, תוך הפרת החוק האיטלקי המתיר מכר אטריות שיוצרו מקמח חיטה קשה (Durum) בלבד. להגנתו טוען אלברטו שספגטי מסוג זה מותר למכירה בגרמניה. המדינות החברות התחייבו כאמנת רומא (האמנה שעל־פיה הוקמה הקהילייה הכלכלית האירופית) לאפשר מעבר חופשי של טובין בקהילייה. במיוחד מסתמך אלברטו על סעיף 30 לאמנה. סעיף זה אוסר על הגבלת המעבר החופשי של טובין בקהילייה באמצעות הגבלות כמותיות ואמצעים שווי ערך להגבלות כאלה. לטענתו, זכותו למכור את הספגטי הגרמני באיטליה ואין השופט יכול להרשיע אותו עוד על־פי החוק האיטלקי. הנה כי כן מדובר בדיון שמתנהל על־פי המשפט המהותי וגם סדרי הדין של מערכת המשפט האיטלקית, ובכל זאת בשאלה המרכזית אין זה ברור עוד כיצד על השופט להחליט. האם עליו ליישם את החוק הגרמני המתיר את המכר, או לפסוק על־פי החוק האיטלקי האוסר אותו? למדינות החברות בקהילייה שיטות משפט שונות והדינים לא אוחדו⁵, במשפט האיטלקי אין הפניה למשפט הגרמני, ואולם כפי שנראה לאמנת רומא השפעה ניכרת על השאלה שבפנינו.

ב. נקודת המוצא — פסק־הדין בעניין “Cassis de Dijon”

עובדות המקרה: תקנה גרמנית קבעה שליך פירות חייב להכיל לכל הפחות 25% אלכוהול. Rewe Zentral AG (להלן — “Rewe”), חברה גרמנית גדולה העוסקת ביבוא טובין מהמדינות החברות האחרות, עתרה לבית־המשפט בגרמניה נגד הרשות, שאסרה עליה את יבוא הליקר הצרפתי המיוצר מענבי שועל המכיל רק 15%–20% אלכוהול. לטענת Rewe היווה האיסור על היבוא אמצעי שווה ערך להגבלה כמותית, שיש בו כדי למנוע מעבר חופשי של טובין.

בית־המשפט הגרמני הפנה אל בית־המשפט של הקהילייה האירופית, על־פי ההליך הקבוע בס' 177 לאמנת רומא, את השאלתא הבאה: האם חקיקה הקובעת תכולת מינימום לאלכוהול, ואשר בעקבותיה נמנע היבוא של מוצרים מקובלים במדינות החברות האחרות, הינה אמצעי שווה ערך להגבלה כמותית (ועל כן אסור על־פי סעיף 30 לאמנה)?

בית־המשפט קבע שני עקרונות באמצעותם ניתן לקבוע את תוקפם של דינים המגבילים את הסחר בטובין:

(א) עקרון הסבירות — יש להשלים עם קיומן של הגבלות על מעבר טובין בתוך הקהילייה, הנובעות מפערים בין החוקים של המדינות, הנוגעים לשיווק המוצרים

4 הדוגמה מבוססת בעיקרה על *Case 407/85 3 Glocken GmbH v. Unita Sanitaria Locale Centro-Sud* (1988) ECR 4233.

5 פרט לכללי ברירת הדין הנוגעים לחביות הנובעות מחוזה. אלה אוחדו בעמל של כ־20 שנה באמנה האירופית בדבר המשפט הנוגע לחביות הנובעות מחוזה, OJ 1980 L 266/1.

6 *Case 120/78 Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein*, (1979) ECR 649.

הנידונים, במידה שאלה חיוניות כדי להבטיח דרישות מחייבות (מנדטוריות) של המדינות, במיוחד ככל שמדובר בנושאי פיקוח פיסקלי, ההגנה על בריאות הציבור, הגינות בעסקות מסחריות והגנת הצרכן. הגבלות כאלה לא תהוונה אמצעים שווי ערך להגבלה כמותית.

(ב) עקרון ההכרה ההדדית — אין בנמצא נימוק תקף שבכוחו להצדיק דין שמגביל מסחר במשקאות אלכוהוליים, ובלבד שאלה יוצרו ושווקו על-פי דין באחת המדינות החברות.

בית-המשפט דחה את הטענה המוזרה של ממשלת גרמניה שהתערבה בהליך, שההגבלה במקרה זה היתה מוצדקת בהיותה חיונית להגנת בריאות הציבור (כך!). כאשר להגנת הצרכן — נפסק, שדי יהיה בשימוש בתוויות מתאימות שתתארגנה נכונה את תכולת האלכוהול במשקה.

אמת היא שבעקרון הסבירות כשלעצמו לא היה חידוש⁷, ושביית-המשפט בסופו של דבר הסתמך עליו בלבד בהחלטתו; מאחר שגרמניה לא יכלה להצביע על דרישות מנדטוריות שיצריקו את הפער בין דיני המדינות, היא היתה חייבת לאפשר את יבוא הליקר. עקרון ההכרה ההדדית היה למעשה לא יותר מאשר "אוביטר דיקטום"⁸.

בכל זאת נחשבת החלטת בית-המשפט בעניין "Cassis de Dijon" בצדק לפסיקת המפתח בכל הנוגע לחופש המעבר של טובין בקהילייה. היתה זו הפעם הראשונה בה דן בית-המשפט בחוק מדינתי שלא הפלה בין מוצרים מיובאים למוצרים מתוצרת מקומית, אלא היה ישים במידה שווה (equally applicable) לכל המוצרים. בית-המשפט קבע שגם דינים מסוג זה, ככל שהם מהווים אמצעים שווי ערך להגבלות כמותיות על הסחר בטובין, אסורים על-פי סעיף 30. חשיבותו הנוספת של פסק-הדין גובעת מהרחבת רשימת הקטגוריות של הגבלות מותרות. בית-המשפט הכיר בכך שכנוסף לאותן קטגוריות שנמנו במפורש בסעיף 36 — רשימה סגורה שהתפרשה על דרך הצמצום⁹ — ניתן להכיר גם על-פי סעיף 30 עצמו בהצדקה למנוע מעבר חופשי של טובין, וזאת כשמדובר ב"דרישות מחייבות" של המדינות. בכך הפעיל בית-המשפט "עקרון סבירות" (rule of reason) לגבי הפרשנות של סעיף 30.

לענייננו היו להחלטה שתי השלכות חשובות:

(א) עקרון ההכרה ההדדית, ה"אוביטר דיקטום" של פסק-הדין, הניח את התשתית

7 בית-המשפט אימץ למעשה את החלטתו הקודמת בעניין "Dassonville" — case 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* (1974) ECR 837 שם נקבע שבהעדר הסדר של הקהילייה, המבטיח את ההגנה על אינטרס מסוים (באותו ענין — בהגנת הצרכן), מוסמכות המדינות החברות למנוע יבוא טובין באמצעות אמצעים שווי ערך להגבלות כמותיות, ובלבד שאלה יבטיחו אותו אינטרס, ראה: Barents, Rene, "New Developments in Measures having Equivalent Effect", *C.M.L.Rev.* 18 (1981), pp. 271–303, at pp. 273, 284–285.

8 Barents, לעיל הערה 7, בע' 292.

9 בית-המשפט דחה פרשנות שתאפשר תוספת אינטרסים ציבוריים שלא נמנו בסעיף 36 במפורש. ראה: Kapteyn, P.J.G./ VerLoren van Themaat, P. *Introduction to the Law: the European Communities*, 2nd ed., Deventer: Kluwer/ Graham & Trotman, 1989, בע' 392 והעניינים המנויים בה"ש 185 שם.

לכלל ברירת דין, יציר משפט הקהילייה, המחייב את בית-המשפט המדינתי ליישם את הדין הזר של המדינה החברה בה יוצרו ושוקו המוצרים, בעת שהוא בא לפרש את סעיף 30. בכך פתח בית-המשפט פתח רחב ביותר להחלת דין זר במקום דין מקומי, כמעט בכל מקום שהדין המקומי נמצא מפריע למעבר החופשי של טובין בקהילייה.

(ב) עקרון הסבירות נדרש כדי לקבוע את הסייגים להחלת הדין הזר. כל עוד היה מדובר במספר מצומצם יחסית של דינים מקומיים מפלים ניתן היה להסתפק בסייגים שנמנו בסעיף 36, כדי למנוע את החלת הדין הזר במקרים המתאימים. ואולם כעת כאשר כמעט כל תקן וכל דרישה מדינתית נעשו מועמדים להידחות מפני דינים זרים, נוצר הצורך בעקרון סבירות. תוכן העיקרון: ככל ש"פערים בין חוקי המדינות" מייצגים "דרישות מחייבות" שלהן, אין בית-המשפט יכול עוד להתגבר על הפער באמצעות החלת הדין הזר ולחייב מעבר חופשי של טובין. על פערים אלה ניתן להתגבר רק באמצעות התאמה (הרמוניזציה) של חוקי המדינות על-פי סעיף 100 לאמנת רומא.

ג. יישום כלל ברירת הדין על-פי *Cassis de Dijon* לגבי מעבר חופשי של טובין

בית-המשפט המדינתי, בכואו להחליט בשאלת תוקפו של דין המגביל יבוא טובין ממדינה חברה אחרת, צריך, על-פי פסיקת בית-המשפט של הקהילייה, לבדוק האם דין זה הינו אמצעי שווה ערך להגבלה כמותית על היבוא. כל דין שמפריע, במישורין או בעקיפין, בפועל או בכוח, לסחר הבין-קהילייתי — כשרותו מוטלת בספק. תיתכנה כאן שתי אפשרויות:

(א) הדין המגביל מפלה בין מוצרי יבוא למוצרים מתוצרת מקומית — דין כזה לא ייחשב לאמצעי שווה ערך להגבלה כמותית רק אם מתקיימים לגביו שני התנאים המצטברים הבאים:

(אא) ניתן להוכיח שנועד להגן על המוסר הציבורי, תקנת הציבור, בטחוננו, בריאותו או אחד הנושאים האחרים הנזכרים בהוראות המילוט (escape clauses) הכלולות בסעיף 36¹⁰. זוהי כאמור רשימה סגורה.

(בב) הדין תואם את המטרה שהוא אמור להשיג (כלומר: הכרחי ומכביד מעט ככל האפשר) (מה שקרוי בלעז — פרופורציוני), ואינו משמש ליצירת אפליה שרירותית או הגבלה מוטווית על הסחר בין המדינות החברות.

(ב) הדין המגביל ישים במידה שווה למוצרים מיובאים ולמוצרים מתוצרת מקומית — גם במקרה זה ניתן להצדיק את ההגבלה על היבוא באמצעות הוראות סעיף 36. ואולם בית-המשפט יוכל להכשיר אותה גם לאור הלכת "*Cassis de Dijon*". ראשית, עליו ליישם את עקרון ההכרה ההדדית — אם הטובין יוצרו ושוקו על-פי דין באחת המדינות החברות, קיימת חזקה שיש להרשות את היבוא. שנית, עליו לבחון האם קיימים פערים בין חוקי המדינות המצדיקים את נקיטת האמצעי כדי להגביל יבוא העלול לפגוע ב"דרישות המחייבות". גם במקרה זה יותרו רק אמצעים התואמים את מטרת ההגנה על אותן דרישות (פרופורציוניים).

המשפט הזר מתערב כמשפט המדינתי בשני השלבים: בשלב הראשון מיישם בית-המשפט את כלל ברירת הדין בעת שהוא בוחן אם הטובין יוצרו ושווקו על-פי דין במדינה חברה אחרת. היתה התשובה חיובית – הוא מחויב עקרונית להחיל את הדין הזר. גם בשלב השני מעורב יסוד זר. יש לברר אם קיימים פערים בין דיני המדינות החברות, ובאילו מידה נעשתה התאמת דינים, שהרי אם בוטלו הפערים בין הדינים אין עוד מדינה יכולה להסתמך על "דרישותיה המחייבות" כדי להגביל את יבוא הטובין באמצעות המשפט המדינתי.

ד. הקשר בין התאמת הדינים בקהילייה לכלל ברירת הדין

1. התאמת דינים – מהי?

דינים אינם נוצרים כחלל ריק. הם משקפים את תפיסת העולם של החברה בה נחקקו, את סדרי העדיפויות שלה, אופיה התרבותי וערכיה. איחוד הדינים של המדינות החברות נראה על-כן כמשימה שמעבר להישג היד. התאמת הדינים היא משימה צנועה יותר. מטרתה – לאפשר את התחלחה של פעילות עסקית במסגרת המשפטית של מדינה חברה אחת, ואת המשכה – במסגרת המשפטית של מדינה חברה אחרת. התאמת הדינים אמורה היתה להתבצע באמצעות ס' 100 לאמנת רומא. על-פי סעיף זה, בנוסחו המקורי, הוסמכה המועצה¹⁰, כשהיא פועלת פה אחד על-סמך הצעה של הנציבות, להתקין הנחיות להתאמת הוראות שנקבעו בחוק, תקנה או הוראה מנהלית במדינות החברות, ומשפיעה באופן ישיר על ההקמה או התפקוד של השוק המשותף. סעיף 100 משתמש לצורך זה במונח "קירוב הדינים" (approximation of laws), ללמדנו שאין כוונה ליצור משפט קהיליתי מאוחד. הוכחה נוספת לכך היא השימוש בהנחיות (directives) שנקבעו בס' 100 כמכשיר להשגת ההתאמה. ההנחיה, על-פי סעיף 189 לאמנה, מסתפקת בקביעת המטרה אותה על המדינות החברות להגשים באמצעות אותה חקיקה, שנראית להן כמועילה ביותר לשם כך במערכת המשפט הפנימית.

2. הגישה ההתחלתית לשאלת ההתאמה

מידת הצורך בהתאמת דינים בקהילייה קשורה קשר הדוק בשאלת פירושו של סעיף 30.

10 ראה למשל את פסיקת בית-המשפט בעניינים הבאים: Case 113/80 *Commission v. Ireland*: ("jewellery and souvenirs"), (1981) ECR 1625; Case 6/81 *Industrie Diensten Groep v. Bule* (1982) ECR 707.

10 הנציבות, מועצת השרים (או המועצה), הפרלמנט ובית-המשפט הינם המוסדות העיקריים של הקהילות האירופיות. על המוסדות ותפקידיהם ראה למשל:

Wyatt, Derrick/Dashwood, Allen *European Community Law* 3rd ed., London: Sweet & Maxwell 1993, pp. 19–51; Lasok, D./Bridge, J.W. *Law and Institutions of the European Communities* 5th ed., London: Butterworths 1991, pp. 213–322.

את סעיף 30 ניתן היה מלכתחילה לפרש בשני אופנים: (i) פירוש צר¹¹, לפיו נאסרו בו רק אותן הגבלות על מעבר חופשי של טובין, שמטילות המדינות החברות באמצעות דינים שמפלים בין מוצרים מקומיים למוצרים מיובאים. כשהדברים אמורים בדינים שהינם ישימים במידה שווה לכל המוצרים יש להמתין עד שתבצע התאמת דינים על-פי סעיף 100. (ii) פירוש רחב, על-פי סעיף 30 אוסר את כל מיני הדינים שממציאות המדינות כדי להכשיל את המעבר החופשי של טובין, בין שהם מפלים ובין אם לאו. הנציבות עצמה נטתה תחילה לפירוש הצר וגם חיברה את הנחיה 70/50 ברוח זו¹². על-פי הנחיה זו נתפסו דינים לא מפלים ברשת האיסור של סעיף 30 רק אם לא תאמו את המטרה אותה היו אמורים להשיג, כלומר שלא היו הכרחיים או שהיו מכבידים מעל לנדרש. הצרה היא בכך שהן התעשיות והן הביורוקרטיה בכל מדינה מקבלות כחפץ לב הסדרת שוק (regulation), שתבטיח את הגנת התוצרת המקומית באמצעים שונים ומשונים – תקינה, מפרטים טכניים, קביעת גג או רצפה למחיר מוצרים, וכל כיוצא באלה הגבלות על היבוא. התעשיות המקומיות מגינות על עצמן באופן זה מפני תחרות, ואילו הביורוקרטיה מבקשת להבטיח לעצמה תמיכה פוליטית. פירוש זה של סעיף 30 הטיל על הנציבות משימה בלתי אפשרית של התאמת שורה ארוכה של דינים.

3. השפעת הלכת Cassis de Dijon

הגבלת היבוא שנידונה בעניין זה היתה ישימה במידה שווה לכל סוגי המוצרים. גם בגרמניה גופה לא ניתן היה לייצר ולשווק ליקר פירות בעל תכולת אלכוהול הנופלת מ-25%, אף שזה מותר היה בצרפת למשל. בכל זאת לא נרתע בית-המשפט מלקבוע כי האמצעי פסול על-פי סעיף 30. היתה זו כאמור הפעם הראשונה בה פסל בית-המשפט במפורש אמצעי כזה, והיתה לכך השפעה מיידית. הנציבות מיהרה להנחות את המדינות החברות כי עליהן להחיל בתחום השיפוט שלהן את עקרון ההכרה ההדדית, גם בהעדר התאמת דינים, וכי מעתה ואילך יתרכזו מוסדות הקהילייה רק בתיאומם של אותם דינים (חוקים, תקנות, תקנים, מגבלות אדמיניסטרטיביות) עליהן אין בית-המשפט יכול להתגבר, מחמת מטריית ההגנה הסוככת עליהן באמצעות הוראות המילוט (escape clauses) של סעיף 36 מחד, ו"הדרישות המחייבות" של סעיף 30 מאידך¹³. בסופו של

11 לדין בגישה זו ראה:

Gormley, Laurence W. *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC – The Theory and Application of Articles 30 – 36 of the EEC Treaty* Amsterdam: North-Holland 1985, pp. 13–14; Kommers, Daniel/ Waelbrock, Michael, *Legal Integration and the Free Movement of Goods*, in: Cappelletti, Mauro/ Seccombe, Monica/ Weiler, Joseph (eds.) *Integration Through Law* vol. 1, book 3, Berlin: Walter de Gruyter 1986, pp. 165–227, at pp. 205–210.

12 Commission Directive 70/150 of 22.12.1969, OJ L 13/29 of 19.1.1970 (Spec. ed. 1970-I, p. 17).

13 Commission communication of 20.12.1979, OJ C 256/2 of 3.10.1980. ראה דיון אצל Barents, *לעיל הערה 7*, בע' 296–299.

חשבון, הרחיב בית-המשפט מאוד את תחולתו של סעיף 30 על חשבון סעיף 100¹⁴, והכביד על זאב ההגנה על התוצרת המקומית להופיע בלבוש הכבשה של הסדרה מוצדקת של סחר החרוץ, אף בהעדר התאמת דינים¹⁵.

4. התאמת הדינים על-פי סעיף 100

למרות הקלת העומס עדיין נותרו בפני הנציבות בעיות לא מעטות בבואה להתאים את הדינים. להתאמה על-פי סעיף 100 נדרשה הסכמה פה אחד של מועצת השרים, משמע — כל מדינה יכלה להטיל וטו ולעצור את כל התהליך בהבל פה. כתוצאה מכך השקיעו משרתי ציבור ומומחים שעות עבודה אין ספור שהביאו לאימוצן של הנחיות בודדות על-ידי מועצת השרים, כ-10 מידי שנה¹⁶. גרוע מכך, רבות מההנחיות שאומצו עסקו בהיבט טכני צר זה או אחר של המוצר המוגמר, וכך אף אם כאותו היבט נעשתה התאמת דינים עדיין לא ניתן היה לסחור במוצר בכללותו באופן חופשי. לא זו אף זו — הפעילות במדינות החברות בנושא הסדרת, רוצה לומר הגבלת, הסחר בטובין גדלה מאוד, במיוחד ככל שהדברים היו אמורים ב"דרישות המחייבות" שלהן. בהקשר זה ראויות לציון הגנת הצרכן והגנת הסביבה, שני תחומים שחשיבותם עלתה כתודעת הציבור. תפוקתן של המדינות בייצור הגבלות הדביקה ואף עלתה בהרבה על תפוקתן של מוסדות הקהילייה בהתאמת הדינים¹⁷.

האמת ניתנת להיאמר, שחלק מהפעילות החקיקתית בא לתת מענה לצרכים של ממש, כמו למשל הגנת הצרכן. גם לא ניתן להעלות על הדעת, שמוצרים שונים יגיעו לשוק בלא תקינה הולמת. כך הוא למשל כשהדברים אמורים בכלי רכב. הוא משווק רק לאחר שרשות מנהלית קבעה, שיוצר והורכב באופן התואם את כל החוקים והתקנות הנוגעים לעניין. לכל מדינה חברה יש סוללה של תקנים, תקנות וחוקים כאלה שאי-אפשר להשתחרר מהם במחי יד. כל עוד אין התאמת דינים נאלצים היצרנים לייצר גרסאות שונות לאותו המוצר עבור כל מדינה חברה. כך למשל, בכל המעליות בבלגיה חייב להיות כפתור "עצור". כפתור כזה אסור בתכלית באנגליה¹⁸.

Currall, Julian, Article 30–36 and Art. 100 EEC, *Yearbook of European Law* 4 14
(1984), pp. 169–203, at p. 184.

המטפורה לקוחה מתוך מאמר המנחה את פסק-הדין בעניין *Cassis de Dijon* והשלכותיו: 15
Dashwood, Allen "The Cassis de Dijon Line of Authority" *In Memoriam J.D.B. Mitchell*, London: Sweet & Maxwell 1983, pp. 145–161, at p. 159.

Pelkmans, Jacques "The New Approach to Technical harmonization and standardization" *Journal of Common Market Studies* 25 (1987), pp. 249–269, at p. 251; 16
Heller, Thomas/ Pelkmans, Jacques, *The Federal Economy: Law and Economic Integration and the Positive State — The USA and Europe Compared in an Economic Perspective*, in: Cappelletti/ Seccombe/ Weiler (eds.), *supra* n. 11, Vol. 1, Book 1, pp. 245–412, at p. 357.

Pelkmans, לעיל הערה 16, בע' 251. 17

Hine, R.C. *The Political Economy of European Trade* New-York: Harvester 18
Wheatsheaf 1983, p. 68.

בדרך זו לא ניתן ליצרנים לנצל את היתרון הגדול שהשוק המשותף היה אמור להעניק להן. פיצול השוק בין המדינות החברות משתקף באופן הטוב ביותר באספקלרית המחירים. מחקרים בנושא זה הצביעו על כך, שהפער שהיה קיים בין המחירים (לפני מס), של אחוז ניכר ממוצרי הצריכה במדינות החברות השונות גדל במידה ניכרת, ובמקרים מסוימים גדל אף ביותר מ-100%.¹⁹

בעת ביצוע התאמה יכולה הנציבות לבחור בין "התאמה מוחלטת" (total harmonization) לבין "ברירת התאמה" ("optional harmonization"). בהתאמה מוחלטת ניתנת הנחיה על-פיה על המדינות החברות להחליף את הדין הקיים בהן בזה שנבחר על-ידי מועצת השרים בהמלצת הנציבות. אמת היא שההחלפה מתבצעת על-ידי המדינות בתוך משפטן הפנימי, ואולם למדינות לא נותר מרחב לשיקול-דעת. עליהן לאמץ את ההנחיה כפי שניתנה. מעתה יוכלו טובין התואמים את ההנחיה לנוע באופן חופשי בקהילייה, ואין עוד אפשרות להגביל את המעבר על-פי סעיף 30 וגם לא על-פי סעיף 36. בטובין לא תואמים, לעומת כן, לא ניתן עוד לסחור כלל.

ב"ברירת התאמה" מאמצת מועצת השרים מערכת כללים ותקנים. טובין תואמים מורשים לנוע באופן חופשי בקהילייה, ואולם כל מדינה חברה מוסמכת לאמץ מערכת נוספת של כללים ותקנים. ליצרן ניתנת הברירה לייצר טובין התואמים את דרישותיה של הקהילייה בכללותה, או, לחילופין, את אלה של מדינתו. מה דינם של טובין מהסוג השני? מחד גיסא ניתן לומר שהיצרן שבחר לייצר לפי תקן מדינתו ויתר על הזכות לשווק את המוצר ביתר המדינות, אם תקן זה מקל יותר מהתקן הקהילייתי. יתר על כן, היתר יבוא של מוצרים התואמים תקן נחות עלול להביא ל"אפליה נגדית" (reverse discrimination) נגד מוצרי מדינת היבוא הצריכים לעמוד בתקן מחמיר יותר. מאידך גיסא ניתן לומר שאיסור היבוא עומד בניגוד לעיקרון ההכרה הדדית ושהשיקול המרכזי בכל מקרה צריך להיות עידוד התחרות וחופש המעבר של טובין, ולא ההשלכה שיש לכך על יצרן זה או אחר במדינת היבוא. פסיקת בית-המשפט מצביעה על כך שאכן ניתן לשווק מוצרים אלה בשווקי יתר המדינות החברות, אף כי בכפוף להגבלות המצויות בסעיף 30 ו-36 לאמנה²⁰. אמת, פסקי-הדין הוכרעו על יסוד העובדות בכל מקרה. כך למשל, בעניין Cremonini and Vrankovic²¹ ההנחיה אפשרה מפורשות יבוא מוצרים לא תואמים; בעניין Commission v. Germany (milk substitutes)²², תקנה בתחום מדיניות החקלאות המשותפת איפשרה למדינות החברות לשמור על הדינים

19 Hine, לעיל הערה 18, בע' 63. מחיר פיצול השוק נידון גם על-ידי Pinder, John, *Enhancing the Community's Economic and Political Capacity: Some Consequences of Completing the Common Market*, in: Bieber, Roland/ Dehousse, Renaud/ Pinder, John/ Weiler, Joseph H.H. (eds.): 1992: *One European Market?* Baden-Baden: Nomos 1988, pp. 35-53, at pp. 45-47.

20 ראה למשל case 815/79 Cremonini and Vrankovic (1980) ECR 3583; case 76/86 *Commission v. Germany (Milk substitutes)* (1989) ECR 1021.

21 שם, שם.

22 שם, שם.

שלהן. סעיף 5 לתקנה דרש מהמדינות החברות לעמוד בהתחייבויותיהן על-פי הסעיפים הכלליים של האמנה. סעיף זה נתפרש על-ידי היועץ המשפטי (Advocate General) כדרישה לעמוד גם בהתחייבויות על-פי סעיף 30, בה לא עמדה גרמניה במקרה זה. בית-המשפט, מבלי להתייחס לסעיף 5, בדק את איסור היכוא על-פי סעיפים 30 ו-36. השאלה חוזרת ומתעוררת ביתר תוקף במקום שמדינה חברה הפכה את מערכת הדינים שהקהילייה תיקנה במסגרת "ברירת התאמה" למערכת מחייבת ליצרנים המקומיים, מעין התאמה מוחלטת מקומית. האם במקרה זה תוכל המדינה החברה לאסור יכוא מוצר שיוצר, במסגרת ברירת ההתאמה, בהתאם לדיני המדינה החברה בה יוצר? במקרה זה ניתן לטעון כי "ברירת התאמה" אמורה להיתפס כצעד בדרך ל"התאמה מוחלטת" במקום שזו אינה אפשרית עדיין, ומשום כך מדינה שביצעה את הצעד הנוסף בדרך להתאמה המוחלטת איננה חייבת עוד להתיר יכוא של מוצרים אחרים. מאידך יש להודות שקשה יהיה ליישב תוצאה זו עם חובת ההכרה הדדית שנקבעה בעניין *Cassis de Dijon*²³.

לכל שיטת התאמה מעלות וחסרונות²⁴. ההתאמה המוחלטת מצטיירת כאידיאלית מבחינת המעבר החופשי של טובין ומקרכת את הגשמת אידיאל השוק המאוחד. חסרונותיה: ההליך להשגתה איטי ומייגע, במיוחד על-פי סעיף 100 הדורש הסכמה פה אחד של מועצת השרים להנחיה שעומדים לאמץ. יש בה גם סכנה שמוצרים חדשניים המבוססים על טכנולוגיות חדשות לא יצליחו לחדור לשוק, מאחר שהם לא יתאמו את התקנות והתקנים הקיימים. חשש נוסף הוא שחברות גדולות תשתלטנה על ניסוח התקנים האחידים ובכך תמנענה תחרות.

בברירת התאמה יש יותר גמישות. היא איננה מערערת את שוק המוצרים הקיים, יש יותר מקום לחדשנות טכנולוגית, ליצרנים ניתן זמן להיערך, אם רצונם בכך, לייצר מוצרים שתואמים את הדרישות האחידות בקהילייה, ומפעלים הנתונים בקשיים כלכליים אינם חייבים לשאת בהוצאות נוספות כדי להתאים את עצמם לתקנים אחרים. ואולם גם שיטה זו אינה נקייה מחסרונות. כאשר הופעלה לגבי כלי רכב נתברר שהיצרנים בקהילייה העדיפו להרכיב רכבים אשר לפחות באופן חלקי תאמו את התקנים המדינתיים. התוצאה היתה שברירת ההתאמה חידקה את פיצול השוק. דווקא יצרנים ממדינות לא חברות העדיפו לייצר כלי רכב התואמים את תקני הקהילייה וכך לנצל את יתרונות התאמת הדינים²⁵.

5. לקראת איחוד השוק הפנימי

הרצון להשלים את איחוד השוק הפנימי עד 31.12.1992 הביא ליצירת כלים חדשים שיקלו על התאמת הדינים מחד גיסא, ומאידך גיסא ישרו את ההכרה ההדדית בתוקים,

23 ראה Gormley, לעיל הערה 11, בע' 236-237. כך למשל, לפי דעתו ניתן לאסור יכוא כלי רכב (עבורם בחרה הנציבות בברירת התאמה), רק במידה שהמדינה החברה המסרבת להתיר את היכוא תוכיח שהמכונת איננה עומדת בתקן הבטיחות הנדרש בה.

24 Currall, לעיל הערה 14, בע' 178-179.

25 שם, בע' 180-181.

תקנות, תקנים וכיו"ב של המדינות החברות השונות. תוק איחוד אירופה (Single European Act), שנחתם על-ידי המדינות החברות ב-1986, הוסיף את סעיפים 100א ו-100ב לאמנת רומא. במקביל הודיעה הנציבות למדינות החברות על "גישה חדשה להתאמה טכנית ותקינה"²⁶. נספח II להודעה כלל הנחיה לדוגמה להתאמת מוצרים. מטרת הגישה החדשה היתה להימנע מהתאמת דינים ככל האפשר, במקום שזו עדיין נדרשת. ס' 100א בא לפשט את ההליך — מועצת השרים יכולה לקבל החלטות ברוב מיוחס במקום פה אחד, והיא אף יכולה לפעול באמצעות תקנות (regulations) במקום הנחיות. התקנות מהוות חלק אינטגרלי ממשפט הקהילייה (להבדיל ממשפט המדינות החברות), ולהן, על-פי סעיף 189 לאמנה, תחולה ישירה במדינות²⁷. ניתן להתגבר באמצעותן על בעיית אי-חיקת הנחיות לתוך המשפט הפנימי²⁸.

על-פי סעיף 100א(3) מחריבת הנציבות, בעת שהיא דנה בהצעות להתאמת דינים הנוגעים לשאלות בריאות, בטיחות, איכות הסביבה והגנת הצרכן, לקחת כאמת מידה "רמת הגנה גבוהה". פירושו של דבר, שבנושאים אלה הדרישה להכרה הדדית לא תביא, בניגוד לנטייה המקובלת, למכנה משותף מינימלי.

סעיף 100א(4) מתיר למדינות החברות להמשיך ליישם הוראות שלהן ככל שמדובר בנושאים הנזכרים בסעיף 36 או בהגנת איכות הסביבה/סביבת העבודה. סעיף זה חוקק כדי לאזן את ההסתפקות ברוב מיוחס. בסעיף כלול הליך המאפשר בקרה של הנציבות, ואף של בית-המשפט, על האמצעים הננקטים על-ידי המדינות במסגרת זו, כדי להבטיח שאלה יהיו תואמים (פרופורציוניים) ולא יצרו הגבלות לא מכסיות חדשות²⁹. עם זאת, קיים חשש שמעיף זה יחזור ויביא לפיצול השוק.

6. סעיף 100ב — חזרה לכלל ברירת הדין

סעיף 100ב נחקק כדי לטפל במצב שיווצר בסוף 1992, כאשר איחוד השוק הפנימי טרם הושלם. על-פי סעיף 100ב(1) תכין הנציבות, יחד עם המדינות החברות, רשימה של הדינים שטרם הוחתמו על-פי סעיף 100א. או אז מוסמכת מועצת השרים, ברוב מיוחס, להחליט שדינים שהינם תקפים במדינה חברה אחת חייבים להיחשב על-ידי המדינות החברות כשקולים לאלה הקיימים בהן. זוהי חזרה על כלל ברירת הדין, שמחייב את

26 O.J C 136/2 of 4.6.1985. לדיון בגישה החדשה לשאלת התאמת הדינים ראה: Vignes, Daniel "The Harmonization of National Legislation and the EEC" *E.L.Rev.* 15 (1990), pp. 358-374.

27 לבחינת החסרונות הנובעים מאובדן הריבונות המדינתית לגבי הבטחת בטיחות הצרכן ראה: Micklitz, Hans-W. "Perspectives on a European Directive on the Safety of Technical Consumer Goods," *C.M.L.Rev.* 23 (1986), pp. 617-640 at pp. 638 ff. עם זאת המחבר מודה כי אין להפריז בדאגתן של המדינות החברות להגנת בטיחותו של הצרכן עד כה לא התעוררה שום מחלוקת בין מדיניות הבטיחות במדינות השונות למדיניות הבטיחות הקהילית.

28 בעניין זה ראה: Weiler, Joseph H.H. *The White Paper and the Application of Community Law*, in: 1992: *One European Market?* *supra* n. 19, pp. 337-358.

29 Kapteyn/ VerLoren van Themaat, לעיל הערה 9, בע' 474-475.

בית-המשפט של מדינת היבוא הדין כזה שכא לפניו, להיזקק לשיטת משפט זרה של מדינה חברה אחרת. בסעיף 100ב לא נקבעה הגבלת זמן, אשר על כן, מוסמכת מועצת השרים להכריז על שקילות דינים בכל מועד שלאחר 1.1.93.

על-פי סעיף 100ב(2), יחול סעיף 100א(4), על דרך ההיקש, גם על עקרון ההכרה ההדדית הגלום בסעיף 100ב(1). כך הובטחה למעשה הנצחת הפערים הנובעים מהוראות המילוט של סעיף 36 בתוספת ההגנה על איכות הסביבה/סביבת העבודה. אי-אפשר, עם זאת, להתעלם מההיגיון שביסוד ההוראה. הצהרת שקילות של אמצעים מדינתיים מעוררת את בעיית ההשלכה שתהיה לה על אותן מדינות שלהן תקנים מחמירים יותר בכל הנוגע לבריאות, בטיחות וכיו"ב. אף אם אין בכוחה למנוע שום מדינה מלחייב את יצרניה לעמוד בתנאים מחמירים, היא עלולה לרוקן תקנים אלה מחשיבותם המעשית. קשה להניח שמדינות תפלינה את התעשייה המקומית לרעה. מאחר שלא היתה כוונה לגרום לכך שמדינות תקלנה בדרישות מסוג זה, היה הצורך להשאיר את סעיף 100א(4) על כנו גם כשהדברים אמורים בסעיף 100ב³⁰.

כלל ברירת הדין שבסעיף 100ב חוק מזה שמצאנו בהלכת "Cassis de Dijon", שכן מנוסח הסעיף עולה שלאחר הכרזת שקילות על-ידי מועצת השרים אין עוד מדינה יכולה להסתמך על "דרישותיה המחייבות" (פרט לרשימה הסגורה הנזכרת בסעיף 36 וכן לאיכות הסביבה/סביבת העבודה) כדי למנוע יבוא טובין שיוצרו על-פי הדינים השקולים ממדינה חברה אחרת. לפער בין הדינים אין עוד נפקות.

ה. תחומי המשפט בהם ייזקק בית-המשפט לכללי ברירת הדין

1. משפט מנהלי

"Cassis de Dijon" עצמו הוא מקרה לדוגמה. בסופו של עניין נאלץ בית-המשפט הגרמני להתעלם מתקנה גרמנית שמנעה מיבואן — Rewe Zentral — את שיווקו של ליקר צרפתי שתאם את התקן הצרפתי, וליישם במקומה את הדין הצרפתי. אכן נראה שהמשפט המנהלי מועד לייצר מקרים רבים מסוג זה, באשר הסדרת סחר החוץ נעשית בעיקרו של דבר באמצעים אדמיניסטרטיביים. פסיקת בית-המשפט לגבי חקיקת משנה עסקה בהסדרת רשימת תרופות מוכרות שהתשלום עבורן נעשה מתוך קרנות ציבוריות³¹, רישוי יבוא מזון לבהמות שהותנה בהמצאת תעודות רשמיות, המעידות כי עבר טיפול להשמדת סלמונלה במדינת היצוא³², והוראה שמנעה מאזרח גרמני לשחרר מהמכס הגרמני תרופה שקנה בבית-מרקחת בצרפת לשימוש עצמי. מאחר שלא היה רוקח בעצמו סירבו שלטונות המכס הגרמני לאפשר לו לייבא את התרופה באופן אישי.

Smith, Hans/ Herzog, Peter E.: *A Commentary on the EEC Treaty*, para. 3–566.17. 30

Case 238/82 *Duphar BV v. Netherlands* (1984) ECR 523 31

Case 251/78 *Denkavit Futtermittel GmbH v. Minister fuer Ernaehrung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen (Health measures relating to animal feeding-stuffs)* (1979) ECR 3369. 32

בית-המשפט של הקהילייה קבע, בין היתר, כי רכישת תרופה בבית-מרקחת במדינה חברה אחרת מבטיחה את הצרכן במידה השקולה לזו הנדרשת להבטחתו על-פי הדין הגרמני.³³

בצד התקיפה של הסדרים משפטיים על-ידי פרטים וחברות כמישור המשפט המנהלי, קיים גם מספר רב של תקנות, צווים ותקנים שמוחקפים ישירות על-ידי הנציבות, התובעת את המדינה המנסה להגביל את היבוא באמצעותם בפני בית-המשפט של הקהילייה.³⁴

2. משפט פלילי

במקרים כאלה משמש סעיף 30 כמגן מפני אישום הנוגע לדין המסדיר ענייני סחר. הנאשם טוען שהדין האוסר את הפעילות העסקית במדינתו אוסר את מה שהותר במדינה חברה אחרת, ומשום כך הוא מהווה אמצעי שווה ערך להגבלה כמותית על היבוא. אם הוא מצליח בטענתו התוצאה היא שהוראת חוק של המדינה נסוגה בפני דין של מדינה אחרת.

מקרים מסוג זה התעוררו בקשר לקיום מסחר בימי א'³⁵, החלוקה בלוקסמבורג של עלוני פרסומת שהודיעו על הנחות במבצע מכירות בבלגיה,³⁶ איסור על מכירת משקאות אלכוהוליים מבלי לציין שמדובר ב"ליקר"³⁷ ומכר באיטליה של פסטה עשויה מחיטה רגילה במקום חיטה קשה.³⁸

3. משפט פרטי

(א) דיני חדים

ניקח את הרוגמה הבאה: חוזה מכר טובין על-פיו מתחייב המוכר לייצא לאיטליה מוצרי קוסמטיקה מתוצרת גרמניה. הטובין נושאים על גבי האריזה תוויות עם שמות הוויטמינים שהם מכילים. הקונה האיטלקי מסרב לקבל את הטובין, מאחר שהם אינם תואמים את הוראות המשפט האיטלקי הדורש שטובין כאלה: (i) ישאו ציון של שם היבואן

Case 215/87 *Schumacher v. Hauptzollamt Frankfurt-am-Main-Ost* (1989) ECR 617. 33

Case 178/84 *Commission v. Germany (Purity requirement for beer)* (1987) ECR 1227; Case 154185R *Commission v. Italy (Re importation of foreign motor vehicles)* (1985) ECR 1753; Case 302/86 *Commission v. Denmark (Re disposable beer cans)* (1988) ECR 4607. 34

Case 145/88 *Torfaen Borough Council v. B & O plc* (1989) ECR 3851. 35
ראה למשל: Mortelmans, Kamiel "Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition" *C.M.L.Rev.* 28 (1991), pp. 115-136, at p. 119, n. 7.

Case C-362/88 *GB-INNO-BM v. Confederation du commerce Luxembourgeois* (1990) ECR 667. 36

Case 27/80 *Fietje (mandatory description of alcoholic beverages)* (1980) ECR 3839. 37

Case 407/85 3 *Glocken GmbH v. Unita Sanitaria Locale Centro-Sud* (1988) ECR 4233. 38

האיטלקי או הספק, וכן (ii) יצינו את האיכות והכמות של כל רכיב הנזכר על גבי האריזה (במקרה שלנו – הוויטמינים). בהסכם נכללה תניה על-פיה התחייב המוכר לספק טובין שיתאמו את דרישות המשפט האיטלקי. המוכר מגיש תביעה לאכיפת החוזה, על סמך דיני מדינת היצוא. הוא טוען שהתקנה האיטלקית הסותרת אותם מהווה אמצעי שווה מהווה אמצעי שווה ערך להגבלה כמותית על היבוא³⁹.

(ב) חבות במוצרים פגומים – נזיקין

נניח כי בהוראת חוק של מדינה א' נקבע, שכאשר מוצר פגום מזיק לאדם באותה מדינה יהיה הנזיק זכאי לפיצוי על-פי סכום הפיצויים הגבוה יותר שהיה משתלם לו על-פי שיטת המשפט של מדינת המקור של המוצר (מדינה ב') או על-פי שיטת המשפט של מדינה א'. בהנחה שהפיצויים במדינה ב' גבוהים יותר, יוכלו יצרנים במדינה ב' לטעון, במקרה שתוגש נגדם תביעת פיצויים, כי עליהם לשאת בהוצאות גדולות יותר מהיצרנים במדינה א', ושהוראת החוק הנידונה היא אמצעי שווה-ערך להגבלה כמותית על היבוא ועל כן פסולה.

הנחית מועצת השרים הנוגעת למוצרים פגומים⁴⁰ קובעת, שהחבות על-פי ההנחיה הינה בגדר דין כופה אשר אין הצדדים יכולים להתנות עליו בהסכם ביניהם. ואולם ההנחיה קובעת רק את רצפת החבות. כל מדינה רשאית להמשיך לקיים את דיניה המחמירים יותר, שהיו קיימים במועד בו פורסמה ההנחיה (קרי: יולי 1985), לגבי הזכויות שהם מעניקים לנפגעים. משום כך לא החליפו הוראות ההנחיה את המשפט המדינתי.

ו. תוכנם של כללי ברירת הדין

מהדיון עד כה עולים הקווים המנחים הבאים:

1. שאלת התאמת טובין לדיניה של מדינה חברה אחרת צריכה להיקבע על-פי דיניה של אותה מדינה.

2. בהעדר "דרישות מחייבות" (חריג "עקרון הסבירות"), שיכולות לבוא לידי ביטוי רק כאשר יש פערים בין הדינים המדינתיים הנוגעים לעניין, ובהעדר הצדקה על-פי סעיף 36, על דינים של ה-*lex fori* לפנות את מקומם לדינים של מדינת המקור של המוצר⁴¹. משמע, שבמקרים רבים יכריע בית-המשפט בשאלה על-פי דיניה של המדינה החברה שהיא מדינת המקור של הטובין. כפי שראינו, שאלת ההתאמה היא שאלה מרכזית המתעוררת בהיבטים שונים של המשפט הפרטי וגם הציבורי של מדינת היבוא,

Case C-150/88 *Kommandügesellschaft Eau de Cologne & Parfumerie Fabrik* 39
Glockengasse No. 4711 v. Provide Srl (1991) 1 CMLR 715.

Council Directive 85/374 OJ L 210/29 of 7.8.1985 40

Roth, Wulf-Henning, "Der Einfluss des Europäeischen Gemeinschaftsrechts auf das 41
Internationale Privatrecht — 2. Ernst-Rabel-Vorlesung-1990", *RabelsZ* 55 (1991),
pp. 623–673 at pp. 664–665.

ולעיקרון זה, על כן, השלכות מרחיקות לכת על המשפט הפנימי של המדינות החברות.
 3. חשיבות מיוחדת יש לייחס לתחולת כללי ברירת הדין בעניינים מסחריים במסגרת המשפט הציבורי – המשפט המנהלי ואף הפלילי – של המדינות החברות. במשפט בינלאומי פרטי מסורתי קיימת אנוכיות מדינתית בכל הנוגע להוראות של המשפט הציבורי.⁴²

4. כללי ההתערבות, קרי: הנורמות של המשפט הזר המתערבות בהליך המשפטי, אינם בהכרח הוראות דין כופה. הן יכולות להתיר את מה שנאסר במדינה החברה, או לאסור את מה שהותר.⁴³

5. במקום שהטובין יוצאו ממדינה חברה שלישית, השונה מהמדינה החברה בה יוצרו, הרי לפחות ככל שהדברים אמורים באישורים שונים לגבי טיבם וטבעם של המוצרים יש להתחשב בדיניה של מדינת היצוא. בעיות כאלה מתעוררות במיוחד במקרים של יבוא מקביל (parallel imports), בהם קשה, מסיבות מובנות, להמציא תעודות מקור. במקרים כאלה על רשויות מדינת היבוא לקבל תעודות שהוצאו על-ידי רשויות מדינת היצוא, המאשרות שבעת שיובאו למדינת היצוא, תאמו הטובין את הדינים שלה. יתירה מזאת, ההלכה בעניין *Cassis de Dijon* חלה במידה שווה של היגיון בין אם הטובין יוצרו בהתאם לדינים ולתקנים של מדינה חברה זו או אחרת.⁴⁴ טובין שתואמים את דיניה של מדינה חברה כלשהי צריכים, באופן עקרוני, להיות טובים דיים גם עבור המדינות החברות האחרות. ואכן כבר נטען שאת הדרישה שהטובין יוצרו ושווקו על-פי דיניה של מדינה חברה אחת יש לקרוא כ"יוצרו או שווקו".⁴⁵

ז. טובין ממדינות שלישיות

1. טובין שמצויים כבר במחזור הסחר החופשי בקהילייה:
 מרגע היבוא ואילך טובין כאלה זכאים ליחס זהה לזה שנותנים לטובין ש"יוצרו ושווקו על-פי דין" בקהילייה. משום כך, הרישוי בצרפת של מכונית לאדה משומשת (מתוצרת רוסיה), שרכש אזרח צרפתי במוסך בלגי בעת שביקר שם, תלוי בכך שימציא אישורים

42 סעיף 7(1) לאמנת רומא בדבר המשפט הנוגע לחבריות הנובעות מחוזה משקף שינוי גישה בעניין זה. הביטוי "אנוכיות מדינתית" שאול מ"Lando, Ole, "The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations", *C.M.L.Rev.* 24 (1987), pp. 159–214, at p. 213. באשר ליישום משפט ציבורי במשפט הבינלאומי הפרטי ובענייני סחר ראה Siehr, לעיל הערה 1, בע' 75–76.

43 Siehr, לעיל הערה 1, בע' 42–44.

44 *Case 59/82 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft* בעניין *Weinvertriebs GmbH* (1983) ECR 1217. במקרה זה יוצר באיטליה וורמוט שתאם את התקן הגרמני, אף כי לא את התקן האיטלקי. גרמניה ניסתה למנוע את היבוא בטענה שהוורמוט לא יוצר על-פי דיני איטליה. בית המשפט דחה את הטענה.

45 Gormley, לעיל הערה 11, בע' 47–49. ראה גם *Case 220/78 Robertson* (1982) ECR 2349, שם הסתמכו רק על כך שהטובין שווקו על-פי דין.

שמנפיקות הרשויות בבלגיה ומכילים את האינפורמציה הדרושה לרשויות הרישוי בצרפת. אין הבדל אם המכונית יוצרה ברוסיה או בבלגיה⁴⁶. הדבר עולה גם בכיורר מסעיף 9 (2) לאמנת רומא, הקובע שהוראות פרק 2 (כדבר הביטול של הגבלות כמותיות בין המדינות החברות, סעיפים 30–37) של נושא זה יחולו על טובין שיוצרו במדינות החברות ועל טובין שיובאו ממדינות שליטיות ומצויים במחזור הסחר החופשי של הקהילייה.

הדברים אינם פשוטים לגמרי. בעניין אחד⁴⁷ קבע בית-המשפט תחילה את העיקרון הכללי, שככל שהדברים אמורים במעבר חופשי של טובין בתוך הקהילייה, מוצרים שמצויים במחזור הסחר החופשי נטמעים באופן מוחלט ובשלמות בטובין שיוצרו במדינות החברות. ואולם בית-המשפט הוסיף עוד, שהמערכת שיצרה אמנת רומא גורמת שיישום עקרונות הסחר החופשי מותנה בקיומה של מדיניות מסחרית משותפת. ההטמעה האמורה תוכל לקבל תוקף מלא רק כאשר הטובין המיובאים לתוך הקהילייה יהיו כפופים לאותם דיני מכס בפרט ודיני סחר בכלל בכל המדינות החברות. בית-המשפט הגביל את זכותן של המדינות החברות להתערב באופן חד-צדדי במעבר החופשי של הטובין, אך קבע שמותר למדינה חברה לדרוש הצהרה בדבר מקורם של הטובין. בית-המשפט הכיר בנחיצותו של המידע הן למדינה החברה, כדי שתוכל לקבוע את האמצעים שהיא מוסמכת לנקוט בתחום על-פי האמנה בתחום המדיניות המסחרית שלה, והן לנציבות, כדי שתוכל להחליט אם להשתמש בסמכותה לפקח על יבוא טובין מסוג זה על-פי סעיף 115 לאמנה (סעיף ביטחה [safeguard clause], העוסק בהטיית סחר וקשיים כלכליים).

ברור כי יישום הלכת "Cassis de Dijon" יביא לכך שטובין ממדינות שליטיות יעשו את דרכם לתוך הקהילייה דרך המדינות אשר להן ההגבלות החלשות ביותר על יבוא אותו סוג טובין, וזאת אף מבלי שתידרש שום מידה של הדדיות בנושאי מדיניות סחר מאותה מדינה. משום כך הוצע לקבוע שטובין ממדינות שליטיות לא ייהנו מהלכת "Cassis de Dijon"⁴⁸. דעה זו נדחתה על-ידי מלומדים אחרים⁴⁹, וגם, כאמור לעיל, לא מצאה תימוכין בפסיקת בית-המשפט של הקהילייה האירופית. יתר על כן, בעוד שהסכמי סחר הדדיים זוכים להעדפה במדינות רבות, הרי התועלת הכלכלית נצמחת למדינות קודם כל מעצם הפחתת מגבלות הסחר שלהן עצמן⁵⁰.

Case 406/85 *Procureur de la Republique v. Gofette and Gilliard* (1987) ECR 2525. 46

Case 41/76 *Criol, nee Donckerwolcke v. Procureur de la Republique* (1976) ECR 47

1921. בעניין זה היה מדובר באריגי טקסטיל סינתיטי שיוצאו לבלגיה מצרפת, אך יוצרו בלבנון.

White, Eric L., "In Search of the Limits to art. 30 of the EEC Treaty" *C.M.L.Rev.* 26 48 (1989), pp. 235–280, at p. 263.

Van Voorst tot Voorst, B.J.M.I van Dam, J.S. וכן Gormley, "Leveil הערה 11, בע' 47; וכן "Europe 1992: Free Movement of Goods in the Wider Context of a Changing Europe" *C.M.L.Rev.* 25 (1988), pp. 693–709, at p. 704. 49

Petersmann, Ernst-Ulrich *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg: University Press Fribourg Switzerland, and Oxford: Westiew Press Boulder 1991, pp. 239–240. 50

לסיכום, טוביך שיובאו ממדינות שלישיות ומצויים במחזור הסחר החופשי בקהילייה נהנים אפוא מאותו כלל ברירת דין שחל על מוצרים שמקורם במדינות החברות. על היצואנים ממדינות שלישיות לזכור עם זאת שלא כל מוצר ניתן להכניס לשוק דרך המדינה הנחה ביותר. ראינו שקיימת שורה של עניינים — אלה שנוגעים לדרישות המחייבות של המדינות החברות או אלה הנוכרים בסעיף 100א (4) — לגביהם ניתן לכל מדינה להמשיך להחזיק בדרישותיה היותר מחמירות.

תוצאה זו חשובה במיוחד למדינות, בהן ישראל, אשר להן הסכם סחר חופשי עם הקהילייה. סעיף 3 להסכם הסחר החופשי עם ישראל אוסר אף הוא, בדומה לסעיף 30 לאמנת רומא, על הטלת הגבלות כמותיות ואמצעים שווי ערך להגבלות כאלה על יבוא טובין בין ישראל לקהילייה. על-פי פסיקת בית-המשפט של הקהילייה יש לסעיף זה תוקף ישיר במדינות החברות⁵⁰. אשר על כן יכול יבואן להסתמך עליו בפני בתי המשפט במדינות החברות כדי לחייב את הרשויות שם לכבד את ההתחייבות להתיר יבוא חופשי של טובין. אף אם לא יזכה סעיף 3 הנ"ל לפירוש רחב כזה שניתן לסעיף 30⁵⁰, עדיין נשארים שערי הקהילייה פתוחים בפני הטובין הישראליים במידה רבה יותר מאשר בפני הטובין של מדינות אחרות שאין להן הסכם כזה.

2. משמעות הכללים לגבי מוצרים מיובאים ממדינות שלישיות:

הייתכן שבת-משפט במדינות החברות ישעו גם לדינים של מדינות שלישיות כשהדברים אמורים בטובין המיובאים מהן? נראה שאמנת המרחב הכלכלי האירופי (EEA) — (European Economic Area) — יש בכוחה ליצור חבות כזו, מאחר שמטרתה להתאים את דיני מדינות EFTA (European Free Trade Area) — אוסטריה, פינלנד, נורווגיה, שוודיה, איסלנד. שוויצריה, שהיתה גם-כן חברה ב-EFTA, לא אשררה את אמנת ה-EEA), ומדינות הקהילייה האירופית החתומות עליה, כדי ליצור בסופו של דבר שוק משותף גדול יותר. לעומת-זאת, ככל שהדברים אמורים בהסכם הכללי בדבר תעריפים ומכסים — GATT — נראה שהמסקנה הפוכה. הגמישות הרבה שיש בהוראות ההסכם והאפשרויות הרחבות הנתונות למדינות שהינן צד להסכם לגרוע מהתחייבויותיהן על-פיו, גוררות את המסקנה שההסכם אינו מחייב את בתי-המשפט של המדינות שחתמו עליו להחיל את כלל ברירת-הדין⁵⁰. שאלה קשה יותר מעוררים הסכמי הסחר החופשי, דוגמת זה שנחתם עם ישראל. מחד ניתן לטעון שהסכמים אלה לא שמו להם למטרה את התאמת הדינים, ומשום כך, לפחות במבט ראשון, נראה שאין לומר שהם מחייבים את בתי-המשפט במדינות החברות להחיל את דיניה של המדינה שהיא צד

50 ראה פסיקת בית-המשפט של הקהילייה לגבי הסכם הסחר החופשי של הקהילייה עם פורטוגל בעניין *Case 104/81 Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* (1982) ECR 3641.

50 *Case 270/80 Polydor v. Harlequin Record Shops* (1982) ECR 329 וכן הלכת *Kupferberg*, לעיל הערה 50.

50 בהקשר זה ראה את הנמקות בית-המשפט של הקהילייה לאי-מתן תוקף ישיר להוראות סעיף XI להסכם GATT בעניין: *Case 21-24/72 International Fruit Co. v. Produktschap* (1972) ECR 1219.

להסכם כזה במקום הדינים שלהן, כדי לאפשר מעבר חופשי של טובין, כל אימת שאלה תואמים את דיניה של אותה מדינה. ואולם האם תוצאה זו מוצדקת לגופו של עניין? הסכמים אלה כשם כן הם – הסכמי סחר חופשי, ונועדו לשחרר את הסחר בטובין מכל ההגבלות שאין להן צידוק ענייני. צידוק ענייני כזה יכול להמצא בהוראות הדומות לסעיף 36 המצויות בהסכמי הסחר החופשי⁵⁰, או בפערים בין דיני המדינה השלישית לדיני המדינות החברות, ככל שאלה תיוניים להבטחת דרישות מחייבות של המדינות החברות. סביר להניח שכלל שמדובר בהסכמי סחר חופשי יש מקום להכיר בפערים רבים יותר המצדיקים את אי-החילת הדין הזה⁵⁰. עם זאת, אין לשלול את יישומו של כלל ברירת-הדין שנקבע בעניין "Cassis de Dijon" לגבי הסכמים אלה. ההגיון הטמון בו עומד בתוקפו גם לגבי הסכמים אלה. בהקשר זה יש לזכור שסחר בינלאומי איננו מתבצע בחלל ריק. יצירת מכשולים לסחר חוץ – דוגמת טיפול 'Poitiers' לטובין יפניים, דרישה מיצרנים במדינות אחרות להגביל מרצון את היצוא [VER – Voluntary Export Restraints] וכיו"ב – ואימוץ דינים שמגינים על תוצרת הארץ פוגעים בראש ובראשונה באותה מדינה המפעילה את אמצעי המגן. הם פוגעים ביצוא של אותה מדינה ומעוררים תעשיות לא יעילות על חשבון התעשיות היעילות⁵¹. משום כך, יתכן שמדיניות מסחרית משותפת לכל המדינות החברות, שתבטל את העניין שיש למדינות שלישיות לתעל את היצוא דרך המסלול הליברלי ביותר, תביא לקהילייה פחות תועלת מכפי שניתן היה לחשוב מלכתחילה. דברים אלה תקפים אף ביתר שאת לגבי השימוש שראוי לעשות בהסכם הסחר החופשי בבתי-המשפט בישראל⁵¹.

ח. הרחבת כללי ברירת הדין בעניינים מסחריים לתחומים נוספים

של משפט הקהילייה

ראינו כי במשפט הקהילייה התפתחו כללי ברירת דין מיוחדים בכל הנוגע למעבר חופשי של טובין. האם ניתן ליישם כללים אלה גם לתחומים נוספים של משפט הקהילייה, כדוגמת מעבר חופשי של שירותים, או הזכות של בני הלאום של מדינה חברה אחת לייסד מקום עסק קבוע במדינה חברה אחרת (right of establishment)? שאלה זו מצריכה מחקר מעמיק, ואולם ניתן כבר היום למצוא סימנים המעידים שהדבר אפשרי, לפחות ככל שהדברים אמורים בסחר חופשי בשירותים⁵².

50 סעיף 11 להסכם הסחר החופשי עם ישראל, כתיב-אמנה 1972, כרך 28 בע' 381.
 51 בית-המשפט של הקהילייה בעניין Kupferberg, לעיל הערה 50, הביע אכן את דעתו שעקב המטרות השונות של אמנת רומא מחד גיסא והסכמי הסחר החופשי מאידך גיסא יש מקום לפרש באופן שונה סעיפים זהים מבחינה מילולית.
 51 Clements, Kenneth W./ Sjaastad, Larry A. *How Protection Taxes Exporters* London: Trade Policy Research Centre 1984.
 51 על כך ראה בהרחבה Einhorn, Talia *The Role of the Free Trade Agreement between Israel and the EEC: The Legal Framework for Trading with Israel between Theory and Practice* Baden-Baden: Nomos 1994. הספר עומד לצאת לאור ב-1994.
 52 Roth, Wulf-Henning, לעיל הערה 41, בע' 665.

ט. השורה התחתונה — משמעותם הכלכלית של הכללים

לסיכום הדיון בשאלת פיתוחם של כללי ברירת הדין בעניינים מסחריים, יהיה זה מן המועיל לעמוד על משמעותם הכלכלית, שכן בה נעוצה כל חשיבותם.

נחזור איפוא להלכת "Cassis de Dijon" ונשאל מה באמת הטריד את ממשלת גרמניה בסוגיית היבוא של ליקר פירות בעל תכולת אלכוהול של 15%? החשש העיקרי של ממשלת גרמניה אכן הובע במפורש במסכת טענותיה בפני בית-המשפט של הקהילייה⁵³. גרמניה טענה, שלא ניתן יהיה להגביל את ביטול דרישות המינימום הקבועות במדינות החברות למוצרי יבוא בלבד. כדי לאפשר את הישרדותה של התעשייה המקומית יהיה צורך לבטל את ההגבלות גם לגביה, שאם לא כן תיווצר כאן אפליה מסוג חדש, לטובת היבוא ולרעת הטובין מייצור מקומי. בטווח הארוך יאלצו המדינות החברות להתיישר לפי המכנה המשותף המינימלי, קרי: בכל נושא תהיה חובה לאמץ את הדינים של אותה מדינה שלה המדיניות המקילה ביותר באותו עניין.

חשש דומה ביטא גם היועץ המשפטי Mancini של בית-המשפט של הקהילייה, בעניין הפסטה המיוצרת מחיטה קשה⁵⁴. היועץ המשפטי, שתמך בדרישתה של ממשלת איטליה לשמר את איסור השיווק של פסטה מסוגים אחרים באיטליה, קרא לבית-המשפט שלא לטמון את ראשו בחול. החובה שהיתה מוטלת במשפט האיטלקי ביטאה את המדיניות החקלאית של הקהילייה במשך 20 שנה. כלכלתה של דרום איטליה, המבוססת במידה רבה על גידול החיטה הקשה, מועמדת כאן בסכנה, ומדיניותה של הקהילייה עצמה, ככל שהדברים אמורים בחיטה קשה, עתידה לעבור זעזוע המשול לרעידת אדמה. בית-המשפט של הקהילייה דחה את טענותיו של היועץ המשפטי. בית-המשפט הצביע על מחקרים סטטיסטיים על-פיהם היתה דווקא עליה בצריכת מוצרי פסטה מחיטה קשה במדינות חברות נוספות, אף בהעדרו של האיסור על שיווק מוצרים מחיטה אחרת. מכאן הסיק בית-המשפט שהחשש שהביעה איטליה בדבר חיסולו של הענף אינו מבוסס בעליל.

קשה להעריך עד כמה העניין אכן ברור. השאלה נשארת בעינה אם גם בהעדרו של השוק המקומי הגדול ובלא הסובסידיות ושאר התמיכות הממשלתיות לחקלאים בדרום איטליה, יישאר חששה של ממשלת איטליה מחוסר בסיס. מאידך ייתכן שאמצעים כלכליים חדשים — אף שאלה, אליבא דהיועץ המשפטי, לא יראו את אורו של היום בעתיד הנראה לעין — יביאו להתפתחותה של כלכלה יעילה וטובה יותר.

דבר הנראה ברור בהרבה במצב העניינים הנוכחי הוא, שניתן לצפות להתפתחות על-פיה מרכז הכובד של הייצור וכן היבוא ממדינות שלישיות יעבור לאותן מדינות אשר להן מערכת משפטית ליברלית יותר. דבר זה יכול להביא מצידו לתחרות בין שיטות המשפט השונות של המדינות החברות⁵⁵. בה במידה שיש בכוחן של מדינות להציע

53 Cassis de Dijon, לעיל הערה 6, בע' 656-657.

54 Case 407/85 3 *Glocken GmbH v. Unita Sanitaria Locale Centro-Sud* (1988) ECR 4233 — לעיל הערה 38.

55 התפתחות זו נצפתה על-ידי Everling, Ulrich, Probleme der Rechtsangleichung zur

סביבה כלכלית נוחה יותר לתעשייה ומסחר, כך יש ביכולתן להציע גם סביבה משפטית תומכת.

את תוצאת הכללים קשה עדיין לצפות. האם הם אכן יביאו לאימוץ המכנה המשותף המינימלי ולכן ליצירה של גרסה נוספת ל"דילמת האסיר"⁵⁵, כלומר שהמדינות החברות תהיינה חייבות לשתף פעולה ולקבוע מדיניות מוסכמת בכל תחום שבו תרצינה להימנע מדרישות מינימום?

לחילופין, האם בית-המשפט יציב מחסום בפני הורדת התקנים בנושאים שונים? האם כללי ברירת הדין השונים, בין שאלה הכללים המיוחדים לעניינים מסחריים ובין שהם הכללים המקובלים של המשפט הבינלאומי הפרטי המסורתי, יכולים לשמש למטרה זו?⁵⁶ על-פי הניסיון שהצטבר עד כה ניתן לומר, כי בית-המשפט הקפיד על שמירת רמה גבוהה של תקנים בכל הנוגע לשוק התרופות⁵⁷, אך הסיר מגבלות רבות בתחום שוק מוצרי המזון, לפחות ככל שהדברים אמורים במידע שניתן למסור לצרכנים, לדעת בית-המשפט, באמצעות תוויות מתאימות על המוצרים⁵⁸.

Verwirklichung des europaischen Binnenmarktes, in: *Festschrift Ernst Steindorf*, לעיל הערה Roth; Berlin: Walter de Gruyter 1990, pp. 1155–1173, at pp. 1171–1173 Reich, Norbert "Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC .41 Law" *C.M.L.Rev.* 29 (1992), pp. 861–896.

55 "דילמת האסיר" היא דוגמה הלכותה מתורת המשחקים למצב חברתי שבו ללא שיתוף פעולה ימצאו שני הצדדים מפסידים: ראובן ושמעון — שותפים לפשע — נתפסים. פרקליט המחוז אומר לכל אחד מהם לחוד: תפסתי אתכם ויש לי די ראיות כדי לשלוח אתכם לבית-הסוהר לשנה. אבל, אם אתה לברך תודה בביצוע פשע שעונשו 10 שנות מאסר אעשה אתך עסקה: אתה תשב בכלא 3 חודשים ושותףך — 10 שנים. אם שניכם תרדו — ישב כל אחד מכם 5 שנים. מה יעשה ראובן? האם עליו להודות ולקוות ל-3 חודשים? גרוע מכך, אם שמעון יודה והוא לא — ישב הוא 10 שנים. התוצאה היא שכאשר שניהם פועלים באופן אנוכי הם יישבו 5 שנים. לעומת זאת, אם ישתפו פעולה, יסיימו את עונשם בתוך שנה.

סיטואציות רבות בחיי החברה והכלכלה דומות ל"דילמת האסיר". היד הנעלמת של הכלכלה אינה מצליחה תמיד להביא למקסום התועלת הפרט, ואינטרס עצמי יכול להביא לעולם נטול שיתוף פעולה, זיהום, מיליטריזם ואיכות חיים ירודה. תפקיד הממשלה או הכנסת (ע"י חקיקה) במצבים אלה הוא לדאוג שאנשים וחברות יפעלו מתוך שיתוף, וזאת על-ידי אסטרטגיה של הבטחת דבר תמורת דבר. Rawls, John *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard 1972, p. 269. על ההשלכות הכלכליות ראה: Samuelson, Paul A., Nordhaus, William D. *Economics* 13th ed., New-York: McGraw Hill, 1989, pp. 631–633 המחיטטי: Luce, Duncan R./Raiffa, Howard *Games and Decisions*, New York: Wiley: 1957, pp. 94–102.

56 ראה דיון בשאלה זו על-פי כללי ברירת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי במדינות החברות אצל Reich, Norbert לעיל הערה 55, בע' 879–881.

57 Hancher, Leigh "The European Pharmaceutical Market: problems of partial harmonization" *E.L.Rev.* 15 (1990), pp. 9–33; Hancher, Leigh, "Creating the Internal Market for Pharmaceutical Medicines — an Echternach Jumping Procession?" *C.M.L.Rev.* 28 (1991), pp. 821–853.

58 von Heydebrand u.d. Lasa, Hans-Christoph "Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community: Has the Court of Justice Got it Wrong?" *E.L.Rev.* 16 (1991), pp. 391–415.

מספרים שכאשר ביקשו מנציגי המדינות החברות השונות לכתוב מחקר על הפיל, חזר האנגלי עם מאמר על ציד פילים בקניה, הצרפתי — עם מתכון למרק פילים, הגרמני חיבר מבוא לשיטות מיון של יונקים תוך התייחסות מיוחדת לשאלת מקומו של הפיל בשיטות השונות, האיטלקי כתב על חיי האהבה של הפיל, והדני — עד כמה נלעג הפיל הדני בהשוואה לפיל השוודי (השוויצרי, לו בחרה שוויצריה להצטרף לקהילייה, היה בוודאי כותב על שוויצריה והשוויצרים...). מה שנותר כעת לראות הוא האם כתוצאה מפיתוחם של הכללים החדשים לברירת הדין נגיע למצב בו נאלץ את האיטלקים לחבר שיטות מיון לפילים, ואת יתר בני הקהילייה לאכול מרק פילים ממתכון שיצא מהמטבח האנגלי, או שמא כל מדינה חברה תוכל לנצל את יתרונה היחסי באופן הטוב ביותר. בינתיים ניתן לומר רק דבר אחד בוודאות, והוא — שמערכות חדשות של דינים מייצרות מידה גבוהה של אי־ודאות, ושאי־ודאות זו היא המחיר שיש לשלם בעת שמנסים להגיע למטרה הרצויה.