FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 14. juli 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Spørgsmålet om, hvorvidt statslige retsforskrifter, der regulerer private virksomheders adfærd, er forenelige med traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85, stk. 1, har i de seneste år været genstand for adskillige præjudicielle afgørelser, og det vækker fortsat stor interesse på grund af de principper, det berører.

De af Kammergericht Berlin (sag C-2/91) og Arrondissementsrechtbank Arnhem (sag C-245/91) forelagte spørgsmål, hvorved problemet på ny rejses — denne gang med hensyn til henholdsvis tyske og nederlandske retsforskrifter, der forbyder forsikringsvirksomheder og forsikringsformidlere at indrømme særlige godtgørelser af enhver art til kunderne — giver Domstolen lejlighed til yderligere at afklare problemstillingen, særlig med hensyn til den forbindelse, der skal bestå (og eventuelt om der overhovedet skal bestå en sådan forbindelse) mellem statslige forskrifter af denne art og borgernes adfærd, for at det kan antages, at retsforskrifterne strider mod de fællesskabsretlige konkurrenceregler.

2. Jeg skal først redegøre for den nationale retlige baggrund for sag C-2/91, idet jeg henleder opmærksomheden på, at det spørgsmål, der er forelagt af den nationale ret, alene vedrører *sygeforsikring* og *retshjælpsforsikring*, selv om forbuddet mod afståelse af provision nu gælder for alle forsikringsbrancher [1].

Hvad angår *sygeforsikring* blev det her omhandlede forbud fastsat ved anordning af 5. juni 1934 udstedt af Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung (det daværende tyske forsikringstilsyn), for så vidt angår *retshjælpsforsikring* blev forbuddet, der oprindelig var blevet indført ved anordning af 24. januar 1967, opretholdt ved forordning af 17. august 1982 udstedt af Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (det tyske forsikringstilsyn). Denne forordning vedrører hele skadesforsikringsområdet. Det skal tillige understreges, at forordningen af 1982 forbyder »en hvilken som helst direkte eller indirekte økonomisk fordel i forbindelse med de ydelser, der er omhandlet i forsikringsaftalen, herunder særlig enhver afståelse af provision«, mens anordningen af 1934 kun indeholdt et forbud mod »under nogen form at indrømme særlige godtgørelser«.

* Originalsprog: italiensk.

1 — Der findes tre sæt bestemmelser på området, nemlig anordning af 8.3.1934, der vedrører livsforsikringsbranchen, og hvorved en anordning af 10.8.1923 blev ophævet og erstattet, anordning af 5.6.1934 om sygeforsikring samt endelig forordning af 17.8.1982, der vedrører alle skadesforsikringer, og hvorved alle de tidligere anordninger vedrørende særlige sektorer i øvrigt blev ophævet og erstattet: ulykkes- og ansvarsforsikring (anordning af 14.5.1924), tingsforsikring (anordning af 8.3.1934) og retshjælpsforsikring (anordning af 24.1.1967).

Disse bestemmelser er udstedt med hjemmel i § 81, stk. 2, tredje punktum, i Versicherungsaufsichtsgesetz (lov om tilsyn med forsikringsselskaber, herefter benævnt »VAG«) af 6. juni 1931, den tidligere § 64 i Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen (lov om private forsikringsselskaber) af 12. maj 1901. Denne bestemmelse, hvorefter den kompetente myndighed »generelt eller inden for enkelte forsikringsområder [kan] forbyde forsikringsselskaberne og formidlere af forsikringsaftaler at yde særlige godtgørelser under nogen form«, blev indsat i loven af 1901 ved en ændringslov af 19. juli 1923 og blev derefter optaget i VAG af 1931. Det skal tilføjes, at overtrædelse af de bestemmelser, der er fastsat i medfør af den netop nævnte lovbestemmelse, kan straffes med bøde i medfør af VAG's § 144a, stk. 1, nr. 2).

Tilsynsmyndigheden har benyttet den hjemmel, der er tillagt den ved ovennævnte § 81, til allerede den 10. august 1923, altså straks efter indførelsen af bestemmelsen, at indføre det her omhandlede forbud inden for livsforsikringsbranchen.

3. Det skal ligeledes understreges, at aftaler af samme indhold som de omtvistede statslige regler var blevet indgået mellem *livsforsikringsvirksomhederne*, allerede inden disse regler blev fastsat. Særlig skal jeg erindre om Heidelberg-aftalen af 1900, der blev indgået mellem de fire største selskaber inden for sektoren, »antirabataftalen« af 1911, hvori størstedelen af forsikringsselskaberne (stadig inden for livsforsikringsbranchen) deltog, samt endelig de såkaldte »retningslinier« af 1919, på grundlag af hvilke de pågældende virksomheder forelagde regeringen et egentligt lovforslag, der førte til den nævnte ændring af VAG i juli 1923 og til udstedelsen af ovennævnte anordning af 10. august samme år.

For fuldstændighedens skyld skal jeg ligeledes nævne den såkaldte »Wiesbadener Vereinigung« af 1978, en aftale, der er indgået af repræsentanter for samtlige sammenslutninger i forsikringsbranchen. Denne aftale indeholder, således som det også fremgår af Amtsgericht Tiergarten's kendelse, et forbud mod hel eller delvis afståelse af provision i forbindelse med alle former for forsikringer. Der er således tale om en aftale, hvori samtlige forsikringsselskaber deltager, og som fastsætter det her omhandlede forbud for alle formidlere, herunder selvstændigt virkende formidlere. Aftalen er dog først indgået efter udstedelsen af de statslige retsforskrifter, der ligger til grund for denne sag.

4. Herefter går jeg over til sag C-245/91, der omhandler en regulering af stort set samme indhold som de ovenfor omhandlede tyske regler. Artikel 16, stk. 1, i Wet Assurantiebemiddelingsbedrijf af 7. februar 1991 (lov om forsikringsformidling, herefter benævnt »WABB«), der i det væsentlige svarer til artikel 16 i Wet Assurantiebemiddeling af 1952 (lov om forsikringsformidlingsvirksomhed herefter benævnt »WAB«), indeholder følgende bestemmelse: »Det er forbudt i forbindelse med en forsikring direkte eller indirekte at indrømme, afstå eller give tilsagn om provision, godtgørelse af provision eller enhver anden fordel, hvis værdi kan opgøres i penge, til andre end den formidler, til hvis forsikringsbestand forsikringen hører«.

Overtrædelse af denne regel kan straffes med hæfte eller bøde i medfør af Wet op de economische delicten (lov om overtrædelse af erhvervsreguleringslovgivningen).

5. Hvad angår de faktiske omstændigheder i hovedsagerne, er disse enkle og ubestridte. W. Meng (sag C-2/91) driver selvstændig virksomhed som økonomisk rådgiver og er tiltalt for overtrædelse af de her omhandlede regler ved til sine kunder at have afstået den provision, han modtog fra forsikringsselskaberne i forbindelse med seks aftaler, hvoraf tre vedrørte sygeforsikring og tre retshjælpsforsikring. Ohra (sag C-245/91) er sat under tiltale for at have givet tilsagn om og/eller tilbudt kreditkort til kunder, der indgår forsikringsaftaler.

For de to nationale retter har både W. Meng og Ohra påberåbt sig, at de pågældende nationale regler er retsstridige i medfør af de fællesskabsretlige konkurrenceregler. Kammergericht og Arrondissementsrechtbank har derfor fundet det hensigtsmæssigt at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen, i det væsentlige med anmodning om en afgørelse af, om de pågældende bestemmelser er forenelige med traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85, stk. 1. Den nederlandske domstol har ligeledes spurgt, om svaret på dette spørgsmål afhænger af, om forbuddet mod at indrømme godtgørelser, hvis værdi kan opgøres i penge, alene vedrører formidlere eller også forsikringsselskaber, der benytter formidlere, eller om det tillige gælder for selskaber, der indgår forsikringsaftaler direkte med publikum (de såkaldte »direct writers«).

6. Spørgsmålene vedrører således problematikken om forholdet mellem Fællesskabets konkurrenceregler og nationale retsforskrifter om virksomhedernes udøvelse af økonomiske aktiviteter, altså regler, der — principielt — er udstedt til varetagelse af almene hensyn, men som har konkurrencebegrænsende virkninger. Spørgsmålet er, om de førstnævnte kan være til hinder for anvendelsen af de sidstnævnte? Og hvis svaret er bekræftende, da på hvilke betingelser?

I denne forbindelse har Domstolen stedse fastholdt, at nationale reguleringer af erhvervsmæssig virksomhed falder uden for det materielle anvendelsesområde for artikel 85 og 86. Sidstnævnte bestemmelser er nemlig (*ratione personae*) rettet til virksomhederne og ikke til medlemsstaterne og tilsigter (*ratione materiae*) at beskytte konkurrencefriheden og ikke at begrænse medlemsstaternes beføjelser inden for den økonomiske politik, idet andre bestemmelser i traktaten finder anvendelse på disse beføjelser.

På den anden side har Domstolen gentagne gange fastslået, at »artikel 85 og 86, sammenholdt med traktatens artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler« [2].

Disse udtalelser er fuldt ud overensstemmende. Selv om det nemlig er rigtigt, at artikel 85 og 86 vedrører konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhedernes side, er forholdet tillige det, at medlemsstaterne ikke må tillade virksomhederne at unddrage sig disse forbud ved at give dem et »blåt stempel« i form af en hjemmel i statslige retsfor-

2 — Senest dom af 28.2.1991, sag C-332/89, Marchandise, Sml. I, s. 1027, præmis 22.

skrifter. Hvis det ikke forholdt sig således, ville artikel 85 og 86 miste deres indhold. *Det pålægges følgelig staterne ikke at ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler.*

7. Selv om dette princip er ganske klart formuleret, kan man ikke sige det samme vedrørende forpligtelsens indhold og de kriterier, der skal lægges til grund ved afgørelsen af, i hvilke tilfælde det er overtrådt. Med andre ord: Hvilke er de »foranstaltninger«, der kan ophæve den tilsigtede virkning af artikel 85, og hvorledes skal man konkret fastlægge kriteriet »den tilsigtede virkning«?

Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål finder jeg det hensigtsmæssigt først og fremmest at gennemgå hovedpunkterne i retspraksis på området, dvs. vedrørende anvendelsen af traktatens konkurrenceregler på statslige retsforskrifter, der ganske vist ikke indgår i den konkurrenceretlige regulering [3], men ikke desto mindre indvirker på konkurrenceforholdene [4].

Retspraksis

8. Som bekendt lagde Domstolen grunden til sin praksis på dette område med dommen sagen INNO mod ATAB [5], hvor der var tale om en belgisk bestemmelse, der pålagde detailhandlere i forbindelse med salg af forarbejdede tobaksvarer at overholde den pris, der var angivet på banderolen, og som var fastsat af producenten eller importøren [6].

Efter at have erindret om, at medlemsstaterne i medfør af artikel 5, stk. 2, »afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare«, udtalte Domstolen, at »skønt artikel 86 således retter sig til virksomheder, følger det dog af traktaten, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse« (præmis 31), og nåede derefter frem til den

3 — Det siger sig selv, at eventuelle konflikter mellem fællesskabsretten og nationale konkurrenceregler skal afgøres på grundlag af grundsætningen om fællesskabsrettens forrang (jf. den velkendte dom af 13.2.1969, sag 14/68, Wilhelm, Sml. 1969, s. 1, org. ref.: Rec. s. 1, samt dom af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79, 2/79 og 3/79, Giry og Guerlain, Sml. s. 2327) hvori Domstolen fastslog, at »samtidig anvendelse af den nationale konkurrenceret kun kan tillades i det omfang, den ikke skader den ensartede anvendelse i hele fællesmarkedet af de fællesskabsretlige konkurrenceregler og den fulde virkning af de retsakter, der udstedes i henhold til disse regler« (præmis 16)).

4 — Det er helt klart, at en så vid definition kan omfatte enhver form for statslige retsforskrifter. I betragtning kan således komme både bestemmelser fastsat ved lov og på anden måde, der indgår i forvaltningsretten, og som til varetagelse af offentlige interesser regulerer virksomhedernes aktiviteter, først og fremmest alle bestemmelser om markedsregulering, herunder fastsættelse af priser og tariffer, miljøbestemmelser, bestemmelser om økonomiske forhold og valutaforhold mv. samt bestemmelser om skatter og afgifter, reguleringer af arbejdsmarkedet og social sikring mv.

5 — Dom af 16.11.1977, sag 13/77, Sml. s. 2115. Det skal dog nævnes, at Domstolen allerede tidligere havde fået forelagt dette problem i sagen Deutsche Grammophon, der blev afgjort ved dom af 8.6.1971 (sag 78/70, Sml. 1971, s. 125, org. ref.: Rec. s. 487). Domstolen, der skulle tage stilling til foreneligheden af en national regulering af ophavsrettigheder med artikel 5, stk. 2, og artikel 85, stk. 1, begrænsede sig dog ved denne lejlighed til at fastslå, at såfremt udøvelsen af denne ret »ikke falder ind under de kontraktformer eller former for samordnet praksis, der er omhandlet i nævnte bestemmelse, er det imidlertid nødvendigt for en besvarelse af det stillede spørgsmål at undersøge, om udøvelsen af den pågældende beskyttelsesret ikke er i strid med andre traktatbestemmelser, navnlig bestemmelserne om de frie varebevægelser« (præmis 7).

6 — Som det vil erindres, gjorde INNO, der krævede sig fritaget fra pligten til i detailsalg at overholde en bindende salgspris, der i realiteten var fastsat af tobaksvareproducenterne og tobaksvareimportørerne, gældende, at den nationale regel om prisfastsættelsen kun tilsyneladende indgik i et beskatningssystem, mens den i realiteten måtte forstås som en national konkurrenceregel, der beskyttede en aftale. INNO sluttede heraf, at det i det foreliggende tilfælde måtte anses for ulovligt, at staten »pålagde private virksomheder at udvise en adfærd, som ville være i strid med artikel 85 eller 86, dersom den statslige regulering ikke fandtes«.

konklusion, at »medlemsstaterne ikke [kan] træffe foranstaltninger, der gør det muligt for private virksomheder at unddrage sig de i traktatens artikler 85-94 indeholdte begrænsninger« (præmis 33).

I denne sag drog Domstolen dog ingen konsekvenser af fastsættelsen af dette princip, idet den lagde til grund, at »en national foranstaltning, der gør det lettere at misbruge en dominerende stilling, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, [under alle omstændigheder] normalt vil være uforenelig med artiklerne 30 og 34, som forbyder kvantitative ind- og udførselsrestriktioner samt enhver foranstaltning med tilsvarende virkning« (præmis 35).

9. I dommen sidestillede Domstolen således den tilsigtede virkning med i medlemsstaternes forpligtelse til ikke at fastsætte forskrifter, der gør det muligt for virksomhederne at unddrage sig forbuddene i artikel 85 og 86. Fastlæggelsen af dette princip kan dog ikke ses uafhængigt af de faktiske forhold i sagen, hvoraf det klart fremgår, at udstedelsen af den omtvistede bestemmelse var sket efter, at der var indgået aftaler, der stred mod artikel 85, og skyldtes initiativ fra et parlamentsmedlem, der samtidig var sekretær for en af de sammenslutninger, der var deltagere i aftalen. Nødvendigheden af ikke at ophæve den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne ved udstedelse af bestemmelser, der gør det muligt for virksomhederne at unddrage sig forbuddene i artikel 85 og 86, skal følgelig ses i denne sammenhæng.

De principper, der blev fastslået i INNO-dommen, som gav anledning til en livlig debat i den juridiske litteratur, efterlod tvivl om, hvorvidt a) den tilsigtede virkning kun ophæves, når virksomhederne udviser en adfærd, som ligger til grund for udstedelsen af den omtvistede statslige retsakt, eller som er en følge heraf (i så tilfælde vil den pågældende foranstaltnings tilblivelse eller den omstændighed, at den har fremmet indgåelsen af en aftale, være af særlig betydning), eller hvorvidt b) den tilsigtede virkning ophæves i alle tilfælde, hvor indholdet af den statslige foranstaltning kunne være gjort til genstand for en aftale, der strider mod artikel 85, stk. 1 (dvs. at virksomhederne bringes i en situation, som de ikke uden at handle i strid med artikel 85 selv kunne have bragt sig i).

10. Den retspraksis, der fulgte umiddelbart efter dommen i sagen INNO mod ATAB, synes snarest at bekræfte den første antagelse. Domstolen fandt nemlig i flere afgørelser, særlig vedrørende nationale pris- og tarifreguleringer, at sådanne regler ikke gav anledning til noget problem vedrørende foreneligheden med traktatens artikel 5 og 85 [7], men at de i stedet skulle bedømmes efter artikel 30.

I denne henseende skal jeg særlig nævne dommen i Van de Haar-sagen [8], hvori der var tale om en national retsforskrift af samme art som den belgiske bestemmelse, der lå til grund for INNO mod ATAB-sagen. I denne dom fastslog Domstolen dog, at »selv om medlemsstaterne ikke må træffe foranstaltninger, der gør det muligt for private

7 — Jf. dom af 24.1.1978, sag 82/77, Van Tiggele, Sml. s. 25 (vedrørende en mindsteprisordning), af 18.10.1979, sag 5/79, Buys, Sml. s. 3203 (vedrørende en prisstopordning), af 29.11.1983, sag 181/82, Roussel, Sml. s. 3849 (vedrørende en ordning med bindende priser), og af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar, Sml. s. 523 (vedrørende regler om godtgørelse af betaling for lægemidler gennem de sociale sikringsorganer).

8 — Dom af 5.4.1984, forenede sager 177/82 og 178/82, Sml. s. 1797. Jf. i samme retning dom af 2.7.1987, sag 188/86, Lefèvre, Sml. s. 2963 (vedrørende en priskontrolordning for detailsalg af oksekød).

virksomheder at unddrage sig kravene i traktatens artikel 85, hører denne artikel til de konkurrenceregler, der 'gælder for virksomhederne', og har følgelig til formål at regulere private virksomheders adfærd på fællesmarkedet. Den skal følgelig ikke tages i betragtning ved bedømmelsen af, om en lovgivning af en art som den, der er genstand for hovedsagen, er forenelig med fællesskabsretten« (præmis 24).

Det fremgår følgelig af Van de Haar-dommen, sammenholdt med de principper, der er fastslået i INNO mod ATAB-dommen, at bedømmelsen af statslige retsforskrifter på baggrund af artikel 5, artikel 3, litra f), og artikel 85, stk. 1, afhænger af forholdet mellem disse foranstaltninger og en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhedernes side.

11. Domstolens praksis i den følgende tid synes, i hvert fald ved første øjekast, at udvikle sig i to forskellige retninger.

Den første retning, hvori Domstolen fastslår nødvendigheden af, at der findes en forbindelse — og præciserer dennes beskaffenhed — mellem den statslige retsforskrift og virksomhedernes konkurrencebegrænsende adfærd, omfatter dommene i sagerne BNIC mod Clair [9] og BNIC mod Aubert [10], »Nouvelles Frontières« [11] og Ahmed Saeed [12] samt dommen i sagen Vlaamse Reisbureaus [13]. Der er i øvrigt tale om de eneste domme, hvori Domstolen på grundlag af artikel 5, stk. 2, sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 85, stk. 1, har fastslået, at de omtvistede forskrifter var retsstridige.

12. I BNIC mod Clair-dommen fandt Domstolen i sin stillingtagen til en national retsforskrift, hvorved virkningerne af en aftale, der var indgået inden for en erhvervsorganisation, blev udvidet til at gælde andre erhvervsdrivende, at aftalen var en aftale mellem virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, og at udstedelsen af en offentlig retsakt, der havde til formål at tillægge aftalen bindende virkning for tredjemand, »ikke kan unddrage aftalen fra anvendelsen af artikel 85, stk. 1« (præmis 23).

Som følge heraf fastslog Domstolen, uden udtrykkeligt at udtale sig om den omtvistede statslige foranstaltning, blot, at den pågældende aftale fortsat faldt ind under forbuddet i artikel 85, stk. 1.

13. Bedømmelsen af en statslig foranstaltning, hvorved virkningerne af en aftale udvides til at gælde tredjemand, blev nærmere fastslået i sagen »Nouvelles frontières«, hvori Domstolen gjorde det klart, at medlemsstaternes pligt til ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af konkurrencebestemmelserne, blandt andet tilsidesættes, »for så vidt en medlemsstat fremtvinger eller begunstiger karteller, der strider mod artikel 85, eller forlener disse med større gennemslagskraft« [14] (præmis 72).

9 — Dom af 30.1.1985, sag 123/83, Sml. s. 391.

10 — Dom af 3.12.1987, sag 136/86, Sml. s. 4789.

11 — Dom af 30.4.1986, forenede sager 209/84-213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425.

12 — Dom af 11.4.1989, sag 66/86, Sml. s. 803.

13 — Dom af 1.10.1987, sag 311/85, Sml. s. 3801.

14 — I den senere afsagte dom i sagen BNIC mod Aubert af 3.12.1987 — om et tilfælde, der fuldstændig svarede til det, der havde givet anledning til afsigelsen af den allerede omtalte dom i sagen BNIC mod Clair — udtalte Domstolen efter at have fastslået, at aftalen mellem virksomhederne fortsat ramtes af forbuddet i artikel 85, stk. 1, at en statslig foranstaltning, der udstrækker gyldigheden af sådanne bestemmelser til at omfatte tredjemand, for sit vedkommende er uforenelig med artikel 5 og 85.

På denne måde nåede Domstolen frem til den konklusion, at »medlemsstaterne ikke uden at overtræde deres forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 5, sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 85, navnlig stk. 1, kan godkende luftfartstakster og derved forlene disse med større gennemslagskraft, når det ... er blevet fastslået, at de pågældende takster er resultatet af en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis, der strider mod artikel 85« [15] (præmis 77).

14. Særlig omtale fortjener sagen Vlaamse Reisbureaus, hvori der var tale om en national retsforskrift, der forbød rejsebureauer helt eller delvis at afstå deres provision til kunderne. Efter at have fastslået, at der fandtes et system af aftaler, hvis indhold var blevet optaget i den omtvistede retsforskrift, fandt Domstolen, at denne omdannelse af en rent kontraktlig forpligtelse til en lovmæssig forpligtelse forstærkede virkningerne af allerede eksisterende aftaler.

Det nye i denne dom består i, at Domstolen ikke længere kræver, at både aftalen og den statslige retsforskrift skal foreligge i det øjeblik, hvor tvisten opstår. I den konkrete sag var det på ingen måde godtgjort, at aftalen, der var indgået i 1963, endnu var i kraft på det tidspunkt, da sagen opstod. Domstolen fandt det tilstrækkeligt, at aftalen lå til grund for den pågældende foranstaltning, hvilket umiddelbart fremgik af den *kongelige anordning* af 1966, hvori det hed, at rejsebureauet var forpligtet til »at overholde det *aftalte* forbud mod at dele de modtagne provisioner med kunderne«.

Selv om Domstolen formelt støttede sin afgørelse på tanken om en foranstaltning, der forstærker virkningerne af en aftale, synes den dog at have anerkendt, at den tilsigtede virkning af artikel 85 også ophæves, når den statslige foranstaltning ved at inkorporere aftalens indhold træder i stedet for denne og kodificerer den. I samme henseende kunne man også tale om en foranstaltning, der, allerede fordi den træder i stedet for tidligere aftaler, har gjort det overflødigt for de pågældende erhvervsdrivende selv at udvise konkurrencebegrænsende adfærd.

15. Det sidstnævnte resultat bygger en form for bro til den anden retning inden for Domstolens praksis, en retning, som — under påberåbelse af INNO mod ATAB-dommen — efter visse kommentatorers opfattelse ikke kræver en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhedernes side.

Jeg hentyder her til dommen i Leclerc-sagen af 10. januar 1985 [16], hvori der var tale om en national lov, der gav forlæggere og importører af bøger ret til selv at fastsætte bindende detailsalgspriser.

I betragtning af, at den omtvistede foranstaltning ikke havde til formål at tvinge forlæggere og detailhandlere til at indgå aftaler eller til andre former for adfærd, der var forbudt i medfør af artikel 85, stk. 1, rejste Domstolen faktisk spørgsmålet om, hvorvidt »en national lovgivning, hvorefter virksomheders adfærd af den ifølge artikel 85, stk. 1,

15 — Inden for samme område har Domstolen truffet afgørelse i den allerede citerede dom af 11.4.1989, Ahmed Saeed, hvori den fastslog, at »luftfartsmyndighedernes godkendelse af aftaler om billetpriser, der er i strid med artikel 85, stk. 1, ikke er forenelig med fællesskabsretten og navnlig traktatens artikel 5. Det følger ligeledes heraf, at luftfartsmyndighederne skal afstå fra at træffe enhver foranstaltning, der kan anses for en tilskyndelse til luftfartsselskaberne til at indgå aftaler om billetpriser, der er i strid med traktaten« (præmis 49).

16 — Sag 229/83, Sml. s. 1.

forbudte art gøres overflødig ved at gøre forlæggere [eller importører] af bøger ansvarlige for frit at fastsætte bindende detailsalgspriser, skader den tilsigtede virkning af artikel 85 og således er i strid med traktatens artikel 5, stk. 2« (præmis 15).

Domstolen rejste således, i øvrigt uden at angive nogen løsning, spørgsmålet om, hvorvidt den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne også ophæves af en national retsforskrift — som i dette tilfælde havde virkninger svarende til dem, der tidligere fulgte af et aftalekompleks mellem de erhvervsdrivende inden for sektoren — der giver de berørte erhvervsdrivende til opgave at fastsætte bindende priser i detailleddet og således gør konkurrencebegrænsende adfærd af den art, der er forbudt ved artikel 85, stk. 1, overflødig.

16. Et første svar på dette spørgsmål findes allerede i dommen i sagen Cullet mod Leclerc af 29. januar 1985 [17]. I denne dom fastslog Domstolen, at den pågældende ordning »ikke [har] til formål at pålægge leverandører og detailhandlere at indgå aftaler eller udvise andre former for adfærd, jf. traktatens artikel 85, stk. 1«, og understregede herefter, at ordningen tværtimod »overlader det ... til de offentlige myndigheder at fastsætte priserne på grundlag af en række faktorer af forskellig art«. Endelig tilføjede Domstolen, at en af de faktorer, der skulle lægges til grund, var »den af leverandørerne fastsatte overtagelsespris ...«, og at dette ikke »i sig selv indebærer, at en ordning som den omtvistede ikke kan anses for en statslig ordning, og ... heller ikke [kan] ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler« (præmis 17).

Disse afgørelser viser *modsætningsvis*, at den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne meget vel kan blive ophævet, når den pågældende regulering, ved at overlade det til de erhvervsdrivende selv at foretage markedsreguleringen, mister sin statslige karakter, men ikke, når ansvaret herfor fortsat påhviler de offentlige myndigheder [18].

17. Den indtil nu omhandlede retspraksis afsluttes endelig med dommen i Van Eyckesagen [19], hvori Domstolen »kodificerede« de to retninger, der er tale om, idet den fastslog, at den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne særlig kan ophæves, når en medlemsstat »enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddele-

17 — Sag 231/83, Sml. s. 305.

18 — Den samme opfattelse ligger til grund for retspraksis ved USA's højesteret, der ikke rejser indvendinger mod retsforskrifter, der hjemler en aktiv kontrol fra statens side (jf. f.eks. dommen i sagen Bates mod State Bar of Arizona, 97 U. S. 2691, 1977), mens den anser foranstaltninger, der udelukkende overlader det til de erhvervsdrivende at regulere markedet, for stridende mod forfatningen (jf. f.eks. dommen i sagen Goldfarb mod Virginia State Bar, 421 U. S., 1975, der underkendte en regulering, der overlod det til advokatsamfundet at fastsætte minimumshonorarer).

19 — Dom af 21.9.1988, sag 267/86, Sml. s. 4769. I denne sag var der tale om en statslig foranstaltning vedrørende skattefritagelse for afkastet af opsparingsindskud. Foranstaltningen var truffet i en sektor, inden for hvilken der fandtes aftaler mellem banker, der netop havde til formål at begrænse forrentningen af sparekonti. Domstolen fandt det dog ikke godtgjort, at bestemmelserne havde »til formål at foreskrive eller fremme indgåelse af nye aftaler eller iværksættelse af ny praksis«, eller at den »helt eller delvist havde gentaget indholdet af aftaler indgået mellem erhvervsdrivende, og forpligtet eller tilskyndet disse til at sikre overholdelsen heraf« (præmis 18). Domstolen udelukkede desuden, at den omstændighed, at selve reguleringen var blevet fastsat efter forudgående samråd med repræsentanter for den pågældende sektor, kunne berøve ordningen dens statslige karakter (præmis 19).

gere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention« [20] (præmis 16).

Samlede betragtninger over retspraksis

18. Den gennemgang af retspraksis, jeg har foretaget indtil nu, giver på den ene side ikke mulighed for at udelukke, at teorien om den tilsigtede virkning kan finde anvendelse også i andre tilfælde end dem, der er omhandlet i Van Eycke-sagen, men viser på den anden side efter min opfattelse overordentlig klart, at statslige foranstaltninger, der har en objektiv konkurrencebegrænsende virkning, ikke alene af denne grund kan bedømmes efter artikel 3, litra f), artikel 5 og artikel 85 [21].

I praksis [22] har Domstolen hidtil gjort ulovligheden af de omtvistede nationale foranstaltninger betinget af, at der består en relevant forbindelse mellem selve foranstaltningen og den konkurrencebegrænsende adfærd, der kan lægges virksomhederne til last, hvilket indebærer, at den tilsigtede virkning af artikel 85 ophæves, når to forudsætninger er opfyldt, nemlig

— at der består en aftale, der strider mod artikel 85, stk. 1, og

— at der findes en statslig retsforskrift, der foreskriver eller fremmer aftalen eller forstærker dens virkninger.

Ganske vist kræves disse betingelser ikke opfyldt i det tilfælde, som hidtil kun har været omtalt principielt, hvori en medlemsstat overlader ansvaret for at træffe afgørelser, der griber ind på det økonomiske område, til private erhvervsdrivende, men netop kun for så vidt medlemsstaten gennem en sådan delegation *fratager sin egen regulering dens statslige karakter.*

I denne henseende bliver det spørgsmål, som allerede blev rejst af generaladvokat Capotorti i forslaget til afgørelse i Van Tiggele-sagen [23] nemlig om »det ikke er utilstrækkeligt at begrænse sig til den formelle betragtning af den karakter af offentlig retsakt, som staten kan tillægge (og i det foreliggende tilfælde har tillagt) beslutninger fra organer, som er pålagt at udøve funktioner af offentlig interesse på det økonomiske område«. En bekræftende besvarelse af dette spørgsmål, som jeg kan tilslutte mig, bygger på, at sådanne afgørelser kan betragtes på baggrund af artikel 3, litra f), artikel 5 og artikel 85, når de organer, der har fået bemyndigelse til at træffe dem, er således sammensat, at der i virkeligheden kommer til

20 — Den samme formulering er blevet gentaget i senere domme, hvori den af Domstolen foretagne gennemgang har klarlagt, at ingen af disse betingelser var opfyldt, og at de pågældende reguleringer ikke kunne kritiseres ud fra det her omhandlede synspunkt (jf. dom af 24.1.1991, Alsthom Atlantique, sag C-339/89, Sml. I, s. 107, præmis 11, og af 28.2.1991, sag C-332/89, Marchandise, jf. ovenfor, præmis 22). Jf. også dom af 19.3.1982, sag C-60/91, Morais, Sml. I, s. 2085, præmis 11 og 12, hvori Domstolen end ikke efterprøvede, om den omstridte foranstaltning faldt ind under en af de angivne kategorier, hvilket skyldtes, at den ikke kunne påvirke handelen mellem medlemsstater og følgelig ikke kunne frembringe virkninger, der kunne sammenlignes med virkningerne af en aftale, der var uforenelig med artikel 85, stk. 1.

21 — Særlig betydningsfulde i denne henseende er de allerede nævnte domme i sagerne Van de Haar og Leclerc.

22 — Jeg henviser her til dommene »Nouvelles frontières«, BNIC mod Aubert, Ahmed Saeed og Vlamse Reisbureaus, hvori Domstolen netop fandt de omtvistede nationale foranstaltninger retsstridige.

23 — Forslag til afgørelse af 13.12.1977, sag 82/77, Sml. 1978, s. 42, særlig s. 48.

at foreligge en »vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder« eller endog en samordnet praksis. Det skal endvidere understreges, at dette synspunkt blev påberåbt af parterne og/eller rejst af Domstolen i sager, hvori *den ordning, der fulgte af den omtvistede foranstaltning, havde virkninger, som svarede til dem, der tidligere var fulgt af et kompleks af aftaler mellem erhvervsdrivende inden for sektoren* [24].

Afslutningsvis forekommer det mig, at den omtalte retspraksis kan sammenfattes som følger: Der er kun fare for, at den tilsigtede virkning af konkurrencereglerne ophæves, når der er tale om statslige retforskrifter, der gør det muligt for private virksomheder at *unddrage sig* de i artikel 85 omhandlede forpligtelser, idet der således er tale om foranstaltninger, som åbenbart medfører en unddragelse, enten fordi de a) giver retlig dækning for former for adfærd, som ellers ville være forbudt, eller fordi de b) gør sådanne former for adfærd overflødige ved at overlade det til de pågældende erhvervsdrivende selv at regulere markedet, hvilket har til følge, at disse erhvervsdrivendes adfærd grundlæggende kan opfattes som en adfærd udvist af virksomheder i artikel 85's forstand.

De omtvistede foranstaltninger betragtet på grundlag af retspraksis

19. Jeg skal indledningsvis anføre, at selv om de tilfælde, der er omhandlet i denne retspraksis, bidrager til at skabe et tilstrækkelig klart referencesystem, men ikke kan betragtes som udtømmende, finder jeg det dog hensigtsmæssigt først og fremmest at undersøge, om de foranstaltninger, der anfægtes af W. Meng og Ohra, falder ind under et af disse tilfælde.

a) *Sag C-2/91*

Jeg skal straks anføre, at der i Meng-sagen ikke foreligger omstændigheder, der fratager de i denne sag omhandlede foranstaltninger deres statslige karakter. Forbuddet mod afståelse af provision er nemlig fastsat af Bundesaufsichtsamt, en administrativ myndighed under Finansministeriet, der er bemyndiget til at fastsætte regler, der særlig skal forbyde en adfærd, som er egnet til at skade forbrugernes interesser. Det skal desuden understreges, at repræsentanterne for forsikringsselskabernes organisationer alene opfordres til at deltage i udarbejdelsen af denne myndigheds afgørelser, men ikke selv fastsætter indholdet af disse [25].

20. Jeg går herefter over til en bedømmelse af den foreliggende sag på grundlag af det andet tilfælde, der er omtalt i retspraksis, dvs. at det forudsættes, at der foreligger en vis relevant forbindelse mellem den omtvistede foranstaltning og konkurrencebegrænsende former for adfærd fra private virksomheders side.

I denne henseende vil jeg først og fremmest udelukke, at de her omhandlede forskrifter tilsigter at *pålægge eller fremme indgåelse af nye aftaler*. Jeg er desuden meget betænkelig

24 — Dette var faktisk tilfældet, ikke blot i Van Tiggele-dommen, men tillige i dommene i sagerne Leclerc og Van Eycke. Et lignende forhold lå til grund for sagen INNO mod ATAB.

25 — I denne forbindelse erindrer jeg om, at Domstolen i den ovenfor citerede dom i Van Eycke-sagen har fastslået, at den statslige karakter af bestemmelser ikke kan drages i tvivl blot på grund af, at disse er blevet indført efter samråd med repræsentanter for sammenslutninger inden for den pågældende sektor (præmis 19).

ved at tilslutte mig Kommissionens opfattelse, hvorefter retsforskrifterne har *forstærket virkningerne af allerede eksisterende aftaler* på den måde, som er omtalt af Domstolen i sagen Vlaamse Reisbureaus [26], hvor der var tale om en national retsforskrift, der forbød rejsebureauer helt eller delvis at afstå deres provision til kunderne. Jeg erindrer her om, at Domstolen ganske vist i sagen Vlaamse Reisbureaus fastslog, at omdannelsen af en rent aftalemæssig forpligtelse til en lovmæssig forpligtelse må anses for at forstærke af virkningerne af allerede eksisterende aftaler, men dette skete — naturligvis — først efter, at Domstolen havde fastslået, at der forelå et aftalesystem, hvis indhold var blevet optaget i de statslige retsforskrifter.

I det foreliggende tilfælde er forholdet anderledes af den enkle grund, at der, som det fremgår af sagens akter, aldrig inden for de pågældende forsikringsbrancher (syge- og retshjælpsforsikring) har eksisteret aftaler mellem virksomheder, idet sådanne som allerede nævnt kun har været indgået inden for livsforsikringsbranchen.

Kommissionen har dog anført, at de her omhandlede foranstaltninger har forstærket virkningerne af aftalerne inden for livsforsikringsbranchen, for så vidt som de ved at udstrække forbuddet mod afståelse af provision til at gælde andre forsikringsbrancher har udvidet disses anvendelsesområde. Efter min opfattelse kan denne konstruktion kun anvendes på det foreliggende tilfælde, hvis forbuddet mod afståelse af provision var blevet indført samtidigt inden for alle forsikringssektorer. Med andre ord kan man højst lægge til grund, at der er sket en forstærkelse af virkningerne af allerede eksisterende aftaler i tilfælde, hvor de nationale foranstaltninger, hvori indholdet af en aftale mellem livsforsikringsvirksomheder er optaget, og som derfor er trådt i stedet for denne, ikke kun bevirker, at forbuddet bliver gældende for samtlige erhvervsdrivende inden for denne sektor, men på samme tid udvider det til at gælde de erhvervsdrivende inden for andre, beslægtede sektorer.

Men når den påståede »udvidelse« til beslægtede sektorer — set i forhold til det tidspunkt, hvor forbuddet blev indført i livsforsikringssektoren — er sket 11 år efter for så vidt angår sygeforsikringsbranchen og næsten 44 år efter for så vidt angår retshjælpsforsikringsbranchen, synes denne opfattelse at være lidet overbevisende. Den netop omtalte omstændighed gør det nemlig åbenbart, at bestemmelserne fra 1934 (om sygeforsikring) og 1967 (om retshjælpsforsikring) ikke kan have forstærket virkningerne af en aftale, der alene vedrørte livsforsikringsbranchen, og som — pr. definition — var ophørt med at eksistere fra det øjeblik, hvor den blev »erstattet« af de statslige forskrifter, hvori indholdet blev optaget, dvs. fra den 10. august 1923. Det ville i det mindste være besynderligt at hævde, at de pågældende foranstaltninger har forstærket virkningerne af en aftale, som for længst var ophørt på det tidspunkt, hvor forskrifterne blev fastsat.

21. Alt i alt må det erkendes, at der ikke er nogen væsentlig forbindelse mellem de pågældende forskrifter og de aftaler, der blev truffet mellem livsforsikringsselskaberne. Hvad der derimod kan hævdes, er, at disse aftaler ligger til grund for det forbud mod afståelse af provision, der oprindelig alene

26 — Ovennævnte dom af 1.10.1987.

blev fastsat for livsforsikringsbranchen, men senere, om end gradvis, blev udvidet til at gælde for samtlige forsikringsbrancher.

Det kan med sikkerhed antages, at virksomhederne i de øvrige forsikringsbrancher har »skubbet på« for at få vedtaget det allerede i livsforsikringsbranchen eksisterende forbud, men dette er i hvert fald ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at de omtvistede foranstaltninger har forbindelse med en konkurrencebegrænsende adfærd, der er forbudt efter traktatens artikel 85. I øvrigt er forsikringssektoren ikke som sådan et homogent marked, og særlig har livsforsikringsbrancen så specielle og særlige træk i forhold til de øvrige forsikringsbrancher, at eksistensen af en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomheder, der opererer i denne branche, ikke i sig selv er afgørende for og heller ikke et indicium for handlemåderne og interesserne hos de virksomheder, der virker i andre brancher.

b) *Sag C-245/91*

22. For så vidt angår Ohra-sagen skal jeg straks bemærke, at der hverken i forelæggelseskendelsen eller i Ohra's indlæg omtales nogen aftale af den art, der kræves efter ovennævnte retspraksis.

De aftaler mellem forsikringsselskaber og mellem selskaberne og formidlerne, hvis eksistens er understreget af Ohra i besvarelsen af de af Domstolen stillede spørgsmål, viser sig således allerede for en umiddelbar betragtning at være uden nogen som helst betydning for den i sagen omhandlede statslige forskrift [27] eller i hvert fald uden sammenhæng med denne, idet man klart ikke kan anse en brancheetisk regel, der »for alle tilfældes skyld« henleder opmærksomheden på indholdet af § 16 i WABB for en konkurrencebegrænsende adfærd, der er forbudt ved artikel 85.

Spørgsmålet om statslige foranstaltninger, der ikke har sammenhæng med konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomheders side, kan være retsstridige

23. Når dette er sagt, er det klart, at den omstændighed, at de pågældende foranstaltninger ikke kan henføres under nogen af de kategorier, der er opstillet af Domstolen, og at de mere i almindelighed ikke har nogen forbindelse med en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhederne i sektoren, ikke fører frem til et endeligt svar på det problem, vi her beskæftiger os med.

Det må nemlig nærmere undersøges, om den pligt, der påhviler medlemsstaterne til ikke at ophæve den tilsigtede virkning af de konkurrenceregler, der er rettet til de private virksomheder, kan være tilsidesat i andre tilfælde end de ovenfor nævnte — og i givet fald inden for hvilke grænser — også ved en statslig regulering, der ikke har forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd, der er forbudt efter fællesskabsretten. Særlig dette aspekt er blevet drøftet efter genoptagelsen af den mundtlige forhandling, som netop har givet parterne og samtlige medlemsstater lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger om dette særlige punkt.

Problemet består naturligvis i det væsentlige i at *fastslå, om en statslig regulering ophæver den tilsigtede virkning af artikel 85* — og

27 — Dette er tilfældet for aftaler, der som fremhævet af Kommissionen, falder ind under anvendelsesområdet for reglerne om gruppefritagelser.

derfor er ulovlig — *allerede fordi den frembringer en virkning, der svarer til virkningen af en aftale, der er forbudt efter artiklen.*

24. Jeg skal straks anføre, at den snævre fortolkning, der må anlægges i det foreliggende tilfælde, viser, at denne opfattelse savner retligt grundlag.

Medlemsstaternes pligt til ikke i praksis at gøre de konkurrenceregler, der er rettet til de private virksomheder, uvirksomme støttes på traktatens artikel 5, stk. 2, der opstiller »en generel forpligtelse for medlemsstaterne, hvis konkrete indhold i det enkelte tilfælde afhænger af traktatens bestemmelser« [28] og følgelig i det foreliggende tilfælde af artikel 85. Heraf følger, at man ikke kan betragte statslige foranstaltninger som retsstridige på grundlag af en sådan bestemmelse — selv om foranstaltningerne har en virkning, der svarer til virkningen af en aftale mellem virksomheder, der er forbudt i medfør af artikel 85, stk. 1 — når der ikke foreligger nogen som helst, blot indirekte, forbindelse med en konkurrencebegrænsende adfærd, der kan lægges virksomhederne til last.

Efter min opfattelse kan artikel 3, litra f), som i en del af den juridiske litteratur tillægges en grundlæggende rolle, heller ikke ændre problemstillingen. I bestemmelsen nævnes nemlig blot et af Fællesskabets mål, der er »præciseret i flere af traktatens bestemmelser om konkurrencereglerne« [29]. Og det er sikkert ikke tilfældigt, at man i artikel 3 taler om gennemførelsen af denne målsætning »under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne traktat«. Dette betyder, at bestemmelserne om fri konkurrence — som en målsætning, der er nævnt i artikel 3 — skal udstedes og følgelig også skal afgrænses *under de i traktaten nævnte betingelser.* Hvis man antog andet, ville det være det samme som at betragte de materielle konkurrenceregler som overflødige. Artikel 3 ville da være tilstrækkelig til at regulere ethvert forekommende tilfælde.

Derimod står det fast, at på samme måde som den i artikel 3, litra a), omhandlede målsætning skal gennemføres i de efterfølgende materielle bestemmelser (artikel 9-12, artikel 30-37 og artikel 95), kan den i artikel 3, litra f), omhandlede målsætning kun gennemføres på de betingelser, der indeholdes i de materielle bestemmelser i artikel 85-94 og, hvad særlig angår medlemsstaternes adfærd, i artikel 90 (om offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder) samt artikel 92-93 (om statsstøtte).

25. Da en »generel forpligtelse [for medlemsstaterne] ifølge EØF-traktatens artikel 5 ... ikke kan påberåbes i sagen« [30] i mangel af en særlig bestemmelse, og da artikel 3, litra f), alene er udtryk for et princip eller en målsætning, der senere specificeres i artikel 85-94, kan der kun gribes ind over for eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger af statslige foranstaltninger, der er rettet til private virksomheder, for så vidt de bringer den tilsigtede virkning af artikel 85 i fare, og hvis der er tale om overtrædelse af forbud, der er rettet til virksomhederne i selve artikel 85, stk. 1.

28 — Ovennævnte dom af 8.6.1971, Deutsche Grammophon, præmis 5.

29 — Jf. bl.a. den allerede anførte dom i INNO mod ATAB-sagen, præmis 29.

30 — Kendelse af 30.9.1987, Brother, sag 229/86, Sml. s. 3757, særlig s. 3763.

Som Domstolen endnu en gang har understreget i dommen i cellulose-sagen [31], er det ikke tilstrækkeligt at bevise, at virksomhedernes adfærd er konkurrencebegrænsende, når der blot kan være tale om resultatet af en parallel adfærd. Det skal derimod bevises, at der til grund for adfærden ligger en samordning. Dette bekræfter endeligt, at artikel 85 langtfra forbyder en konkurrencebegrænsende virkning i sig selv, men har til formål at ramme de midler, som virksomhederne benytter til at opnå den, dvs. aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. For så vidt angår statslige retsforskrifter forekommer det mig som følge heraf i endnu mindre grad at være muligt at ramme disses eventuelle og indirekte konkurrencebegrænsende virkning, når denne virkning ikke på nogen måde er forbundet med adfærd fra virksomhedernes side og i sidste instans med artikel 85, dvs. hvis virkningen ikke på en eller anden måde direkte eller indirekte dækker over — aktuel og ikke blot eventuel — adfærd fra virksomheders side.

I modsat fald måtte man støtte den statslige retsforskrifts påståede retsstridighed alene på artikel 3, litra f), sammenholdt med artikel 5, stk. 2. Naturligvis for artikel 3, litra f)'s vedkommende forstået ikke som et mål, der skal gennemføres under de i traktaten omhandlede bestemmelser, men som et grundlæggende og selvstændigt princip, som konkurrencereglerne tjener til udfyldning af. En sådan fortolkning forekommer usandsynlig, når man lægger vægt på traktatens systematik, og den ville klart rejse et ikke uvæsentligt problem vedrørende betydningen af et sådant princip for borgernes retsstilling. Man må nemlig ikke glemme, at det i det foreliggende tilfælde er en borger, der for en national ret har påberåbt sig en subjektiv retsstilling, der efter hans opfattelse er tillagt ham ved fællesskabsretten, men nægtet ham ved national lovgivning. Efter min opfattelse må det imidlertid udelukkes, at der kan tillægges artikel 3, litra f), umiddelbar retsvirkning, selv sammenholdt med artikel 5.

26. På grundlag af retspraksis vedrørende artikel 90 og særlig udtalelserne i dommen i RTT-sagen [32], hvorefter en konkurrencebegrænsende national foranstaltning ikke må bringe offentlige virksomheder og virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, i en situation, som disse virksomheder ikke selv ville kunne bringe sig i ved selvstændige handlinger uden at tilsidesætte bestemmelserne i traktatens artikel 86, er det desuden under sagen, bl.a. af den spanske regering, blevet gjort gældende, at dette ligeledes bør gælde for private virksomheder, idet intet kan begrunde, at disse underkastes en anden ordning end den, der gælder for de i artikel 90, stk. 1, omhandlede virksomheder.

Der skal således tages stilling til, om der indholdsmæssigt er tale om samme forpligtelser i henhold til artikel 5, stk. 2, og artikel 90, stk. 1.

I denne henseende skal jeg bemærke, at forskellen mellem de ordninger, som de pågældende virksomheder er underlagt, beror på selve eksistensen af en bestemmelse, nemlig artikel 90, stk. 1, der udtrykkelig pålægger medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de

31 — Dom af 31.3.1993, Ahlström m.fl. mod Kommissionen, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 og C-129/85, Sml. I, s. 1307.

32 — Dom af 13.12.1991, sag C-18/88, Sml. I, s. 5941, præmis 20.

indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, at afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med konkurrencereglerne, mens man af artikel 5 alene kan udlede en pligt til ikke at ophæve den tilsigtede virkning af disse bestemmelser.

At traktatens forfattere har truffet dette valg — der faktisk kan begrundes med beskaffenheden af bestemmelserne om eksklusive rettigheder (for så vidt som de griber ind i selve markedsstrukturen) samt de særlige interesser, staterne fortsat har inden for den offentlige sektor (altså i deres egenskab af erhvervsdrivende) — kan drøftes på videnskabeligt plan, men det er dog et faktum, at denne regulering er optaget i traktaten og under alle omstændigheder er et valg, der er truffet af lovgivningsmyndigheden og ikke af de dømmende myndigheder. Dette gælder så meget mere i et system som det fællesskabsretlige, der hviler på en kompetencefordeling mellem medlemsstaterne og Fællesskabet. Her kan også henvises til bestemmelserne i traktatens artikel 101 og 102, der klart forudsætter, at der findes lovlige statslige konkurrencebegrænsende foranstaltninger, idet der dog kan tages skridt til at ophæve dem fra Kommissionens og medlemsstaternes side.

27. Efter disse principielle betragtninger kan jeg ikke undlade at fremhæve, at den modsatte opfattelse, der er gjort gældende under sagen, hvor tiltalende den end er, savner hjemmel og blot kan betragtes som et diskussionsoplæg.

I øvrigt frembyder en løsning, der alene bygger på den konkurrencebegrænsende virkning af en national regulering, en række ulemper, idet Domstolen kunne blive tvunget til at tage stilling til enhver national foranstaltning i forbindelse med erhvervsmæssig virksomhed [33], samt især på grund af den retsusikkerhed, der ville blive resultatet heraf for borgerne med hensyn til at bedømme, hvilke statslige foranstaltninger der var uforenelige med konkurrencereglerne.

Selv i tilfælde af, at kontrollen med disse former for foranstaltninger alene var marginal og begrænset til en efterprøvelse af forskriftens »indre sammenhæng« — dvs. en efterprøvelse af, om de midler, der tages i brug, står i rimeligt forhold til de forfulgte almene interesser — kunne dog allerede muligheden for en efterprøvelse af, om lovgivers valg har været berettiget af almene hensyn, og først og fremmest om disse hensyn vejer tungere end de konkurrencebegrænsende virkninger af den omtvistede regulering, føre til vilkårlige resultater, hvis der ikke på forhånd var fastlagt kriterier for, hvad der skulle anses for retmæssigt.

I alle tilfælde ville der være tale om en kunstig konstruktion, der kunne indebære en række risici, som medlemsstaterne og Kommissionen indgående har redegjort for under sagen.

28. Det er klart, at en løsning, der alene bygger på en forbindelse mellem en statslig retsforskrift og konkurrencebegrænsende adfærd fra borgernes side, kan forekomme utilfredsstillende, idet det ikke er udelukket, at eksistensen af en aftale mellem virksomheder i visse tilfælde kan være et rent formelt kriterium.

33 — Da selve det forhold, at man regulerer markedet, pr. definition fører til en begrænsning af konkurrencen, er det nemlig sjældent, at statslige foranstaltninger til regulering af erhvervslivet ikke har konkurrencebegrænsende virkninger.

Dette kan være tilfældet, hvis (og kun hvis) en statslig foranstaltning har fordrejet konkurrenceforholdene på markedet på en måde, der i det væsentlige er i overensstemmelse med de pågældende erhvervsdrivendes ønsker. Herom kan jeg kun sige dels, at borgernes indflydelse på tilblivelsen af retsregler er et almindeligt fænomen i de moderne retssystemer, og dels at det på ingen måde er let at efterprøve, om (og i hvilket omfang) statslige retsforskrifter faktisk svarer til borgernes ønsker, der for øvrigt meget vel kan være overensstemmende med den offentlige interesse, der forfølges af lovgiver.

29. Derimod kan der tænkes tilfælde, hvori det vil være rigtigere at antage, at en statslig foranstaltning ikke er i strid med fællesskabsretten, til trods for at der består en forbindelse med virksomhedernes adfærd i den forstand, som også er blevet understreget af den franske regering, at en sådan forbindelse ganske vist nødvendigvis skal foreligge, men ikke altid er tilstrækkelig til at begrunde en overtrædelse af artikel 85.

Det står fast, at forbindelsen med en aftale mellem virksomheder kan vise sig at være et rent formelt kriterium. Men dette betyder strengt taget kun, at man som statslige foranstaltninger, der strider mod fællesskabsretten, kun bør anse sådanne foranstaltninger, som traktatens forfattere udtrykkeligt har angivet i artikel 90 og 92-93, og ikke andre. Jeg mener dog, at bestræbelserne i retspraksis på også at betragte foranstaltninger, der fremmer, tilskynder til eller nødvendigvis medfører en tilsidesættelse af de bestemmelser, der er rettet til virksomhederne, bør bedømmes efter fortjeneste, og at den mindre stringente fortolkning kun er tilsyneladende og altid viser sig at være resultatet af en systematisk fortolkning, i kraft af hvilken reglerne betragtes i deres indbyrdes sammenhæng. Dette forudsætter naturligvis, at man ikke går for langt og i en retspraksis, der udvikler sig gradvis, ikke taber det normative aspekt af syne, idet dette danner grundlaget og genstanden for den strenge fortolkning, som må kræves, hvilket allerede fremgår af en gennemlæsning af traktaten.

30. I hvert fald finder jeg ikke, at den holdning, Domstolen hidtil har indtaget, kan friholde foranstaltninger, der alene har til hensigt at sætte konkurrencereglerne ud af spillet.

I denne forbindelse må det være på sin plads at understrege, at de tilfælde, hvori det måtte være nødvendigt at benytte artikel 3, litra f), artikel 5, og artikel 85 med henblik på at erklære en national retsforskrift, der har de samme virkninger som en aftale, der er forbudt i medfør af artikel 85, retsstridig, må antages at udgøre en »restgruppe«. Størstedelen af den »konkurrencebegrænsende« erhvervsregulering griber nemlig ind i reglerne for det fælles marked, set i forhold til artikel 30 eller 59, i den forstand, at en statslig foranstaltning, »som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, normalt vil være uforenelig med artiklerne 30 og 34« [34].

Domstolen har som allerede nævnt faktisk også under prøvelsen af nationale reguleringer af priser og tariffer, hvis forenelighed med konkurrencereglerne er blevet bestridt, fundet, at disse foranstaltninger skulle bedømmes på grundlag af artikel 30 [35]. Det

34 — Ovennævnte dom af 16.11.1977, INNO mod ATAB, præmis 35.

35 — Jf. f.eks. ovennævnte domme i sagerne Van Tiggele, Buys, Roussel og Duphar samt tillige dommen i INNO-sagen og i et vist omfang dommen i Leclerc-sagen.

er da også klart, at artikel 30, som også fremhævet i den juridiske litteratur [36], gør det muligt at nå til det samme resultat på en måde, der er overensstemmende med traktatens bestemmelser.

Der kræves nemlig ikke nogen særlig konstruktion for at anvende artikel 30 eller 59, da der er tale om bestemmelser, som er rettet til medlemsstaterne, og som skal fortolkes strengt. De muliggør også en efterprøvelse af den pågældende statslige foranstaltning på grundlag af klare og præcise kriterier.

31. De af W. Meng og Ohra anfægtede bestemmelser ville f.eks. meget vel kunne forelægges Domstolen til prøvelse i medfør af artikel 59, hvis forudsætningerne herfor forelå, dvs. hvis der var tale om et grænseoverskridende element, hvilket imidlertid ikke er tilfældet i de foreliggende sager. Det er nemlig ikke udelukket, at de omtvistede nationale regler giver det tyske og det hollandske marked en sådan struktur, at de gør adgangen til disse vanskeligere for forsikringsformidlere og forsikringsselskaber, der er etableret i andre medlemsstater.

De nederlandske retsforskrifter, der er omtvistet i Ohra-sagen, er da også blevet behandlet i Kommissionen, som dog nåede til den konklusion, at der var tale om en regulering, der kunne begrundes i hensynet til beskyttelsen af forbrugerne i forhold til den frie adgang til at udføre tjenesteydelser. Kommissionen har dog særlig under retsmødet anført, at det af akterne i sagen klart fremgår, at Ohra-sagen alene angår en rent intern situation, eftersom der er tale om et nederlandsk forsikringsselskab, der gennem annoncer i den nederlandske presse har meddelt, at det vil indrømme bestemte fordele til nederlandske forbrugere, der tegner forsikring mod risici, der er beliggende på nederlandsk område.

32. Det er dog blevet understreget, at statslige foranstaltninger falder uden for traktatens anvendelsesområde, når de ikke udgør en hindring for samhandelen som omhandlet i artikel 30 (eller artikel 59), men blot kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Dette kan særlig være tilfældet med reguleringer af tariffer og priser, der begrænser sig til at fastsætte prisstop i detailleddet, men i øvrigt ikke griber ind i fastsættelsen af importprisen.

Under hensyn til, at artikel 30 finder anvendelse, hvis detailprisen fastsættes på et sådant niveau, at afsætningen af importerede varer bliver vanskeligere end afsætningen af indenlandske varer, er der dog tale om rent interne situationer, der som sådanne kun i meget specielle tilfælde kan indebære en *mærkbar* påvirkning af handelen mellem medlemsstater, således som det kræves ifølge artikel 85, stk. 1.

Da disse tilfælde er marginale, vil jeg dog i forhold til det resultat, der søges opnået, anse de eventuelle negative konsekvenser — således som de er blevet fremstillet under sagens behandling — for at være for tungtvejende til, at det bør antages, at alle statslige retsforskrifter, der har virkninger svarende til en aftale, som er forbudt efter artikel 85, som udgangspunkt skal betragtes som uforenelige

36 — Jf. f.eks. Ulrich, State intervention and EEC competition law, *World competition*, 1990, s. 79 ff.

med traktatens konkurrenceregler, medmindre de naturligvis er begrundet i almene hensyn.

33. Afslutningsvis er jeg således af den opfattelse, at artikel 5, stk. 2, sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 85, stk. 1, ikke kan danne grundlag for en vurdering af, om en statslig foranstaltning er retmæssig, hvis der ikke foreligger nogen forbindelse med en konkurrencebegrænsende adfærd fra private erhvervsdrivendes side, heller ikke selv om foranstaltningen i sig selv og objektivt har en virkning, der svarer til virkningen af en aftale, der er forbudt i medfør af artikel 85.

34. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor Domstolen at besvare de spørgsmål, der er stillet af henholdsvis Kammergericht Berlin og Arrondissementsrechtbank Arnhem i de to sager, som følger:

a) *i sag C-2/91*

»Bestemmelserne i traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for — i tilfælde, hvor der ikke består en forbindelse med en virksomhedsadfærd, der er forbudt ved artikel 85, stk. 1 — at anvende statslige retsforskrifter, der, som i det foreliggende tilfælde, forbyder forsikringsformidlere inden for sygeforsikrings- og retshjælpsforsikringsbranchen helt eller delvis at afstå deres provision.«

b) *i sag C-245/91*

»Bestemmelserne i traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for — i tilfælde, hvor der ikke består en forbindelse med en virksomhedsadfærd, der er forbudt ved artikel 85, stk. 1 — at anvende statslige retsforskrifter, der i forbindelse med indgåelse af en forsikringsaftale forbyder at indrømme, afstå eller give tilsagn om provision, godtgørelse af provision eller andre fordele, hvis værdi kan opgøres i penge, til andre personer end de formidlere, til hvis portefølje forsikringen hører.«