FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 19. september 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. I den foreliggende sag har Tribunale di Genova (Italien) i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 anmodet om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 7, 30, 85, 86 og 90. Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Merci convenzionali porto di Genova SpA (herefter benævnt »Merci«) og Siderurgica Gabrielli SpA (herefter benævnt »Siderurgica«). Sagsøgeren har under sagen nedlagt påstand om erstatning som følge af tab ved forsinkelsen med levering af et parti stål, samt tilbagebetaling af beløb betalt for tjenesteydelser i Genovas havn, som sagsøgeren anser for urimelige. Sagen stiller især den forelæggende ret over for spørgsmålet, om den italienske lovgivning, for så vidt angår bestemmelserne om havnearbejde i italienske havne, er forenelig med EØF-Traktaten, og om de relevante bestemmelser i Traktaten har direkte virkning.

Retlige og faktiske omstændigheder

2. Artikel 110 i »Codice della navigazione« (den italienske sølov, herefter benævnt »søloven«) bestemmer, at alt havnearbejde [1] i italienske havne er forbeholdt »compagnie portuali«, som er selskaber, hvori havnearbejderne er sammensluttet (herefter benævnt »havneselskaberne«).

Dette monopol er beskyttet ved sølovens artikel 1172, hvorefter det er strafbart at lade havnearbejde udføre af havnearbejdere, som ikke er tilsluttet et havneselskab. I henhold til artikel 152 og 156 i »Regolamento navigazione marittima« (det italienske søfartsregulativ, herefter benævnt »søfartsregulativet«), som vedrører opførelsen af havneselskabernes medlemmer i et register, herunder slettelse herfra, skal havnearbejdere opfylde en række betingelser, bl.a. skal de være italienske statsborgere [2].

I henhold til sølovens artikel 111 er tilrettelæggelsen af havnearbejde for tredjemands regning i italienske havne overdraget til »imprese portuali« (herefter benævnt »havnevirksomhederne«), som normalt er privatretlige selskaber, som helt eller overvejende

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — I henhold til sølovens artikel 108 omfatter havnearbejde »lastning, losning, omladning, oplagring og håndtering af varer og andet materiel i havnen«.

2 — Artikel 152, stk. 2, og artikel 156, stk. 6. Dette krav gælder også for losarbejdere, jf. søfartsregulativets artikel 194.

ejes af havnemyndighederne. Det skal bemærkes, at i henhold til sølovens artikel 111, sidste stykke, og de ovennævnte bestemmelser, må disse havnevirksomheder til udførelsen af havnearbejde for tredjemands regning kun anvende de ovennævnte havneselskaber og de dertil knyttede havnearbejdere.

I henhold til sølovens artikel 112 og søfartsregulativets artikel 202 og 203 fastsætter havnemyndighederne de tariffer og øvrige betingelser, som gælder for havneselskabernes udførelse af havnearbejde og for havnevirksomhedernes tilrettelæggelse af havnearbejde for tredjemands regning.

3. Siderurgica, sagsøgte i hovedsagen, købte i Hamburg den 2. december 1988 et parti brasiliansk stål til en værdi af ca. 6 mia. LIT og fik det transporteret ad søvejen til Genova. Selv om det skib, som stålet blev fragtet på, var udstyret til det, kunne skibets besætning på grund af den italienske lovgivning ikke selv losse ved ankomsten til Genovas havn mellem den 22. og 23. december 1988. I henhold til sølovens artikel 111 måtte Siderurgica rette henvendelse til havnevirksomheden Merci, som i Genovas havn har fået overdraget at tilrettelægge havnearbejde med almindeligt gods for tredjemands regning. For sin del måtte Merci på grund af nævnte bestemmelses sidste stykke anvende havneselskabet i Genovas havn, Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova (herefter benævnt »Compagnia«) og de hertil knyttede havnearbejdere, med henblik på den egentlige udførelse af havnearbejdet, dvs. losningen og den videre transport af det omhandlede parti stål i havnen.

Efter losningen lod Merci måneder hengå, inden stålet blev leveret til Siderurgica, og forhindrede også, at Siderurgica selv afhentede det.

4. Præsidenten for Tribunale di Genova afsagde på Siderurgica's begæring den 10. april 1989 et dekret, som pålagde Merci straks at levere det omhandlede parti stål. Merci påkærede den 28. april 1989 dekretet til den forelæggende ret, Tribunale di Genova. Under sagen har Siderurgica nedlagt påstand om, dels erstatning for det påførte tab, dels tilbagebetaling af beløb som selskabet hævder med urette at have betalt for ikke ønskede eller påtvungne tjenesteydelser[3]. Med hensyn til tabet har Siderurgica gjort gældende, at selskabet på grund af den manglende levering midlertidigt måtte indstille sin produktion og ikke kunne opfylde sine ordrer på forarbejdede produkter. Selskabet led desuden et stort tab ved, at stålet i flere måneder ikke kunne gøres til genstand for omsætning. Da Merci i mellemtiden har leveret stålet til Siderurgica, vedrører hovedsagen ikke længere dekretet om at

3 — Siderurgica blev nemlig nægtet ret til selv at losse stålet ved hjælp af skibets besætning og kraner.

foretage levering, men alene Siderurgica's påstand om erstatning og tilbagebetaling.

5. Merci har for den forelæggende ret gjort gældende, at det ikke driver sin virksomhed med egne ansatte, men ifølge italiensk lovgivning har pligt til at anvende ansatte, som stilles til rådighed af Compagnia, der har eneret på håndtering af varer i Genovas havn. Desuden har det gjort gældende, hvilket i øvrigt ikke er bestridt, at det ikke kunne levere stålet til Siderurgica på grund af en række strejker iværksat af havneselskabets ansatte. Det var derfor midlertidigt umuligt for selskabet at opfylde sine forpligtelser, og det kan derfor ikke ifalde ansvar for eventuelle tab på grund af den forsinkede levering. Merci gør desuden gældende, at selskabet ikke kan drages til ansvar for de beløb, som Siderurgica anser for urimelige. Beløbene blev opkrævet for det udførte havnearbejde. Beløbene var beregnet på grundlag af de tariffer, som havnemyndighederne havde fastsat, og som Merci som havnevirksomhed havde pligt til at anvende i henhold til sølovens artikel 112 og søfartsregulativets artikel 203.

Siderurgica har hertil gjort gældende, at den af Merci påberåbte italienske lovgivning strider mod EØF-Traktatens artikel 90, 86, 85 og 37, og at den nationale ret skal undlade at anvende nationale retsforskrifter, som strider mod fællesskabsretten. Dette indebærer i denne sag, at Merci er ansvarlig for den forsinkede levering af varerne og det derved påførte tab samt pligtig at tilbagebetale de beløb, som med urette blev betalt for havnearbejde.

6. Selv om Merci har påberåbt sig den italienske lovgivning for at begrunde sin adfærd, deler Merci Siderurgica's opfattelse af, at denne lovgivning, for så vidt som havneselskaberne derved tillægges et monopol (sølovens artikel 110), er uforenelig med fællesskabsretten[4]. Merci har anført, at denne uforenelighed (i det mindste i teorien) nok begrunder påstanden om erstatning for den forsinkede levering, men *ikke* påstanden om tilbagebetaling af de beløb, som Siderurgica har betalt for de påtvungne, ikke ønskede tjenesteydelser i havnen, fordi Merci selv ikke har opnået en berigelse ved at udføre disse tjenesteydelser.

De præjudicielle spørgsmål og Domstolens kompetence

7. Efter at have fået forelagt sagen har Tribunale di Genova anmodet Domstolen om at besvare to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 7, 30, 85, 86 og 90:

»1) Tillægger bestemmelserne i EØF-Traktatens artikel 90 samt forbuddene i

4 — Det skal dog bemærkes, at ifølge Merci er sølovens artikel 111, hvorefter selskabet har fået overdraget at tilrettelægge havnearbejde for tredjemands regning, ikke genstand for den foreliggende sag. Jf. afsnit 9 nedenfor.

samme Traktats artikel 7, 30, 85 og 86 på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin — når varer fra en EF-medlemsstat indføres ad søvejen til en anden EF-medlemsstat — private, der er omfattet af Fællesskabets retsorden, rettigheder, som medlemsstaterne har pligt til at respektere, såfremt en virksomhed og/eller et havneselskab, hvis arbejdsstyrke alene består af indenlandske statsborgere, har eneret på — efter bindende tariffer — at udføre lastning og losning af varer i indenlandske havne, selv om arbejdet kan udføres med skibets eget udstyr og besætning, eller

2) må en virksomhed og/eller et havneselskab, hvis arbejdsstyrke alene består af indenlandske statsborgere, og som har eneret på — efter bindende tariffer — at laste og losse varer i indenlandske havne, antages at være en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, jf. EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2, og hvor en anvendelse af bestemmelserne i artikel 90, stk. 1, og forbuddene i Traktatens artikel 7, 30, 85 og 86 kan hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, der er betroet dem?«

8. Inden jeg beskæftiger mig med disse spørgsmål, vil jeg en passant bemærke, at selv om hovedsagens parter som anført overvejende er enige om, at den omhandlede italienske lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten [5], er Domstolen ikke desto mindre kompetent til at besvare de stillede spørgsmål i medfør af EØF-Traktatens artikel 177. Det tilkommer nemlig den nationale retsinstans at bedømme, om de retsspørgsmål, tvisten giver anledning til, er relevante, og om en præjudiciel afgørelse er nødvendig, for at retten kan afsige dom [6]. Domstolen kan kun erklære sig inkompetent, såfremt hovedsagen ikke længere verserer [7], eller såfremt de stillede spørgsmål savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [8]. Imidlertid verserer der en hovedsag, og spørgsmålene har forbindelse med sagens realitet og dennes genstand. At sagens parter er enige om besvarelsen af de stillede spørgsmål, vil ikke sige, at den forelæggende ret ikke kan være i tvivl om den korrekte fortolkning af fællesskabsretten, og at den derfor ikke har behov for Domstolens fortolkning [9].

5 — Der er kun uenighed om de følger, som denne uoverensstemmelse har for Merci med hensyn til tilbagebetalingen af de beløb, Siderurgica har betalt for tjenesteydelser i havnen.

6 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia mod Novello, Sml. s. 3045, præmis 14 og 15, og af 21.4.1988, sag 338/85, Pardini, Sml. s. 2041, præmis 8. Se også Domstolens kendelse af 26.1.1990, sag C-286/88, Falciola, Sml. I, s. 191, grund 7.

7 — Jf. den i fodnote 6 nævnte Pardini-dom, præmis 9.

8 — Dom af 16.6.1981, sag 126/80, Salonia mod Poidomani og Giglio, Sml. s. 1563, præmis 6, og den i note 6 nævnte Falciola-kendelse, grund 8.

9 — Som det fremgår af det til Domstolen indgivne indlæg, finder Kommissionen også, at den omhandlede italienske lovgivning strider mod fællesskabsretten. Det fremgår ikke tydeligt af hvilken grund, Kommissionen ikke har anlagt sag for Domstolen vedrørende denne lovgivning i henhold til EØF-Traktatens artikel 169. Som generaladvokat Darmon bemærkede i sit forslag til afgørelse i sagen Leclerc mod Au blé vert, vil en procedure i henhold til artikel 169 medføre, at der vil blive foretaget en undersøgelse »in concreto« og ikke en »abstrakt konformitetskontrol« i medfør af artikel 177 (Sml. 1985, s. 1, jf. s. 16).

9. Den forelæggende ret anmoder Domstolen om at fortolke EØF-Traktatens artikel 7, 30, 85 og 86, sammenholdt med artikel 90. Det er ubestrideligt, at den italienske lovgivning [10] indrømmer både havneselskabet Compagnia og havnevirksomheden Merci eksklusive rettigheder efter artikel 90, stk. 1. Merci har i sit indlæg til Domstolen anført, at det i sølovens artikel 110 omhandlede monopol på havnearbejde er overdraget til havneselskaberne og ikke til havnevirksomheder som Merci selv. Havnevirksomhederne må derimod respektere dette monopol på grund af sølovens artikel 111, sidste stykke.

Jeg vil ikke bestride det sidste punkt. I modsætning til det af Merci hævdede [11], og det som man ud fra de præjudicielle spørgsmåls utilstrækkelig klare ordlyd kunne foranlediges til at antage [12], må man ikke glemme, at den foreliggende sag ikke alene vedrører Compagnia's monopol i henhold til sølovens artikel 110, men også Merci's eneret til i henhold til sølovens artikel 111, at tilrettelægge havnearbejde med almindeligt gods for tredjemands regning [13]. Der er med andre ord to med hinanden snævert forbundne monopoler: havneselskabet Compagnia har det første, som vedrører den faktiske *udførelse* af havnearbejde, som kun Merci, for så vidt der er tale om havnearbejde med almindeligt gods, skal respektere, *og* det andet monopol, som havnevirksomheden Merci har på *tilrettelæggelsen* af havnearbejde *for tredjemands regning*, som udføres af Compagnia, og som brugerne af Genovas havn er underlagt. I den foreliggende sag må man nødvendigvis tage begge monopoler i betragtning.

10. Det fremgår allerede af Domstolens dom af 30. april 1974, Sacchi [14] og på ny af dom af 19. marts 1991, Frankrig mod Kommissionen [15], og af 18. juni 1991, ERT [16], at en medlemsstats tildeling af et monopol til en virksomhed efter artikel 90, stk. 1, kun er forenelig med Traktaten, såfremt »den måde, hvorpå et sådant monopol er opbygget og udøves, ikke griber ind i Traktatens bestemmelser«. Det må derfor undersøges, om den måde, hvorpå Compagnia's og Merci's monopoler er opbygget og udøves, tilsidesætter de i det præjudicielle spørgsmål nævnte artikler (artikel 7, 30, 85 og 86) eller disse artiklers bestemmelser, sammenholdt med andre af Traktatens bestemmelser (artikel 48, 52 og 59). Jeg vil nu gennemgå disse artikler. Først artikel 7, 48, 52 og 59 i sammenhæng med en mulig forskelsbehandling

10 — Jf. sølovens artikel 110, 111, 112 og 1172.

11 — Jf. fodnote 4.

12 — Spørgsmålene nævner nemlig udtrykkeligt kun monopolet på lastning og losning af varer, dvs. Compagnia's monopol. Efter min opfattelse fremgår det dog klart af resten af forelæggelseskendelsen, at der i den foreliggende sag ikke kun er tale om Compagnia's monopol.

13 — Det er ubestridt, at i henhold til sølovens artikel 111 er tilrettelæggelsen af havnearbejde for tredjemands regning overdraget til en række virksomheder. Det er imidlertid ikke blevet bestridt, at Merci er den eneste virksomhed, som i Genovas havn har fået en sådan tilladelse med hensyn til *almindeligt gods*. For så vidt angår containere gælder der et andet monopol, som er overdraget havnevirksomheden Terminal contenitori di Genova.

14 — Dom i sag 155/73, Sml. s. 409, præmis 14.

15 — Dom i sag C-202/88, Sml. I, s. 1223, præmis 22.

16 — Dom i sag C-260/89, Sml. I, s. 2925, præmis 12.

på grundlag af nationalitet, derefter artikel 85 og 86 i sammenhæng med en mulig overtrædelse af konkurrencereglerne, og endelig artikel 30 i forhold til en eventuel begrænsning i samhandelen inden for medlemsstaterne.

Tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet

11. Som allerede nævnt stiller søfartsregulativets artikel 152 og 156, som vedrører havneselskaber som Compagnia, krav om, at man skal være italiensk statsborger for at kunne være medlem, og for så vidt angår havnevirksomheder som Merci, bestemmer sølovens artikel 111, sidste stykke, at disse virksomheder med henblik på udførelsen af havnearbejde kun kan anvende de nævnte havneselskabers medlemmer. Er dette nationalitetskrav foreneligt med Traktaten?

Som Kommissionen med rette har anført, kan det ikke fastslås på grundlag af sagens oplysninger, om havnearbejdernes udførelse af tjenesteydelser inden for rammerne af et havneselskab skal anses for arbejde udført i et underordnelsesforhold eller som selvstændigt arbejde [17]. Dette spørgsmål har imidlertid kun ringe betydning i denne sag, fordi et nationalitetskrav som det i den italienske lovgivning fastsatte er uforeneligt med fællesskabsretten, uanset om havnearbejderne er arbejdstagere efter EØF-Traktatens artikel 48, eller om de som medlemmer af havneselskabet er selvstændige, som efter EØF-Traktatens artikel 52 etablerer sig i en medlemsstat, eller om de efter EØF-Traktatens artikel 59 kommer til denne medlemsstat for at udføre tjenesteydelser. EØF-Traktatens artikel 7 forbyder nemlig inden for Traktatens anvendelsesområde al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet. Dette forbud er for arbejdstageres vedkommende konkretiseret i EØF-Traktatens artikel 48, stk. 2, og for selvstændiges vedkommende i EØF-Traktatens artikel 52 og 59, og forbuddet er anerkendt som en af Traktatens grundlæggende bestemmelser. Uanset om der er tale om arbejdstagere eller selvstændige forhindrer nationalitetskravet i den foreliggende sag andre medlemsstaters borgere i at udføre havnearbejde i Genovas havn.

Som det fremgår af hovedsagens faktiske omstændigheder, hindrer dette krav også andre tjenesteydere ud over havnearbejdere i at udføre havnearbejde i de italienske havne. I denne sag måtte det tyske rederi, som for Siderurgica's regning havde transporteret det omhandlede parti stål fra Hamburg til Genova, ikke selv losse partiet, selv om skibet var udrustet til det. Dette er også i strid med EØF-Traktatens artikel 59.

12. I henhold til EØF-Traktatens artikel 48, stk. 3, artikel 56, stk. 1, og artikel 66, sammenholdt med artikel 56, stk. 1, kan diskriminerende begrænsninger i henholdsvis arbejdskraftens frie bevægelighed, etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser begrundes ud fra hensynet til den

17 — Merci har anført, at havnearbejderne ikke er arbejdstagere, men medlemmer af havneselskaberne. Selskabet udelukker ikke, at havneselskaberne også har ansat arbejdstagere.

offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed. Desuden bestemmer EØF-Traktatens artikel 48, stk. 4, artikel 55, første punktum, og artikel 66, sammenholdt med artikel 55, første punktum, at bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed, etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser ikke finder anvendelse på ansættelser i den offentlige administration eller på virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

Nationalitetskravet i den italienske lovgivning tilsigter imidlertid ikke at beskytte den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Betingelsen har ikke et formål af almindelig interesse, men skal blot fremme de italienske havnearbejderes individuelle interesser. Det kan derfor ikke begrundes ud fra ovennævnte hensyn. Der er heller ikke tale om ansættelser i den offentlige administration, som omhandlet i artikel 48, stk. 4 [18], eller udøvelse af offentlig myndighed efter artikel 55 [19], da Domstolen har anlagt en strikt fortolkning af disse begreber.

13. Med hensyn til overtrædelsen af forbuddet mod forskelsbehandling skal det endelig bemærkes, at ifølge Domstolens praksis har de nævnte bestemmelser direkte virkning [20]. Sammenholdt med disse bestemmelser, som har direkte virkning, har EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, det også [21].

Overtrædelse af Traktatens konkurrenceregler

14. Selv om EØF-Traktatens artikel 85 og 86 ganske vist vedrører virksomheders adfærd og ikke de af medlemsstaterne ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er staterne ifølge Domstolens praksis ikke desto mindre i henhold til Traktatens artikel 5, stk. 2, forpligtet til »ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse... af fællesskabsreglerne... samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virk-

18 — Jf. f.eks. med hensyn til begrebet »ansættelser i den offentlige administration« dom af 17.12.1980 (sag 149/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3881, præmis 9 ff.), hvoraf det fremgår, at der er tale om et begrænset antal stillinger, »der indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, som skal sikre statens eller de andre offentlige kollektive enheders almene interesser« (præmis 10).

19 — Jf. f.eks. med hensyn til begrebet »udøvelse af offentlig virksomhed« dom af 21.7.1974 (sag 2/74, Reyners mod Belgien, Sml. s. 631, præmis 42 ff.), hvorefter der er tale om former for virksomhed, »der i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig virksomhed« (præmis 54).

20 — Med hensyn til EØF-Traktatens artikel 7, jf. f.eks. dom af 28.6.1978 (sag 1/78, Patrick Christopher Kenny mod Insurance Officer, Sml. s. 1489, præmis 12), og af 2.2.1988 (sag 24/86, Vincent Blaizot m.fl. mod Université de Liège m.fl., Sml. s. 379, præmis 35). For så vidt angår EØF-Traktatens artikel 48, jf. f.eks. dom af 4.12.1974 (sag 41/74, Yvonne van Duyn mod Home Office, Sml. s. 1337, præmis 4-8), og af 15.10.1986 (sag 168/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2945, præmis 7). Vedrørende EØF-Traktatens artikel 52, jf. f.eks. dom af 21.6.1974 (sag 2/74, Reyners mod Belgien, Sml. s. 631, præmis 30 og 32), og af 27.9.1988 (sag 81/87, The Queen mod H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, Sml. s. 5483, præmis 15). Med hensyn til EØF-Traktatens artikel 59, jf. f.eks. dom af 3.12.1974 (sag 33/74, Van Binsbergen mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Sml. s. 1299, præmis 18-27), og af 13.12.1989 (sag C-49/89, Société Corsica Ferries France mod Direction générale des douanes françaises, Sml. s. 4441, præmis 10).

21 — Dette har Domstolen udtrykkeligt fastslået i Sacchidommen (se fodnote 14) i forbindelse med artikel 90 og 86. Jeg kan ikke se nogen grund til, at dette ikke også skulle være tilfældet ved andre bestemmelser med direkte virkning. Jf. bl.a. D. Wyatt og A. Dashwood: *The Substantive Law of the EEC*, London 1987, s. 524. Jf. også allerede nævnte M. Waelbroeck: »Le droit de la Communauté économique européenne«, bind 4, *Concurrence*, Bruxelles, 1972, s. 86 og 87.

somheder gældende konkurrenceregler« [22]. For så vidt angår virksomheder, som medlemsstaterne har tildelt et monopol, er EØF-Traktatens artikel 5, andet afsnit, nærmere gennemført i EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1 [23].

Er der i den foreliggende sag tale om en national lovgivning, som i strid med EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, kan ophæve den tilsigtede virkning af EØF-Traktatens artikel 85 og 86?

15. Det fremgår af Domstolens praksis vedrørende artikel 90, stk. 1, og artikel 85 eller 86's anvendelse på foranstaltninger truffet af det offentlige, at artikel 90 vedrører enhver indgriben fra myndighedernes side over for de i artiklen omhandlede virksomheder, uanset om dette består i at gøre en virksomheds praksis, som er forbudt efter artikel 85 eller artikel 86, bindende [24], eller tilskynder den [25], eller gør den uundgåelig [26], eller tillægger virksomheder kompetence til at foretage markedsregulering i stedet for offentlige myndigheder [27]. Denne praksis bygger især på en betragtning om, at såfremt myndighederne griber ind på denne måde samtidig med, at virksomhederne (faktisk) handler på en af de i artikel 85 eller 86 omhandlede måder, påvirker det konkurrencen på fællesmarkedet på tilsvarende måde som en virksomhed, som handler uafhængigt af myndighederne. Det fremgår desuden af praksis, at det ikke kræves, at virksomhedens adfærd — som »udløser«, at artikel 90, stk. 1, og artikel 85 eller artikel 86 finder anvendelse — nødvendigvis skal gå forud for myndighedernes indgriben, men at det kan ske efterfølgende, supplerende eller være en uundgåelig følge heraf [28].

16. Jeg vil først i relation til artikel 86 undersøge spørgsmålet, om den omhandlede nationale lovgivning påtvinger en sådan konkurrencebegrænsende adfærd, tilskynder den eller gør den uundgåelig [29]. I den forbindelse bør to spørgsmål undersøges: For det første om Merci og/eller Compagnia har foretaget handlinger, som selv uafhængigt af enhver indgriben fra staten er misbrug af en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, hvorved samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes, og for det andet, om den omhand-

22 — Jf. f.eks. dom af 16.11.1977 (sag 13/77, GB-INNO-BM mod ATAB, Sml. s. 2115, præmis 33), af 29.1.1985 (sag 231/83, Cullet mod Leclerc, Sml. s. 305, præmis 16), af 21.9.1988 (sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16), af 11.4.1989 (sag 66/86, Ahmed Saeed, Sml. s. 803, præmis 48) og den i fodnote 16 nævnte ERT-dom, præmis 35.

23 — Jf. f.eks. de i den foregående fodnote nævnte domme, GB-INNO-BM mod ATAB, præmis 32, Ahmed Saeed, præmis 50, og ERT, præmis 36.

24 — Dette var f.eks. tilfældet i dom af 4.3.1988 (sag 30/87, Bodson mod SA Pompes funèbres, Sml. s. 2479), hvoraf det fremgår, at en kommunal myndighed handler i strid med artikel 90, stk. 1, såfremt den forpligter virksomheder med en dominerende stilling til at kræve særligt høje priser for deres tjenesteydelser.

25 — Dette er f.eks. tilfældet i Ahmed Saeed-dommen (se fodnote 22), hvori det udtales, at myndigheders godkendelse af prisaftaler, som er i strid med artikel 85, stk. 1, strider mod artikel 5 og efter omstændighederne artikel 90.

26 — ERT-dommen (fodnote 16) vedrører også denne gruppe af foranstaltninger. Deraf fremgår det, at en medlemsstat overtræder EØF-Traktatens artikel 90 og 86, når den indrømmer en virksomhed en eneret, og derved bringer virksomheden i en situation, hvor den overtræder artikel 86. Dom af 23.4.1991 (sag C-41/90, Höfner og Elser mod Macrotron, Sml. I, s. 1979).

27 — Jf. Van Eycke-dommen (fodnote 22), hvori Domstolen dog fastslog, at denne situation ikke forelå i denne sag.

28 — Jf. f.eks. de i fodnote 24, 26 og 27 citerede domme. Se i øvrigt mit forslag til afgørelse, fremsat den 16.10.1991 i de forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene og Koniklijke PTT og PTT-Post BV mod Kommissionen.

29 — Jeg lader den særlige situation, hvor en lovgivning tillægger virksomheder kompetence til at fastsætte regler, ude af betragtning.

lede nationale lovgivning tilskynder til et sådant misbrug, påtvinger det eller gør det uundgåeligt.

Hvad angår det første punkt, skal jeg først henvise til, at der ikke kan være tvivl om, at såvel Merci som Compagnia er virksomheder efter artikel 86 (og 85) [30], og der er efter det første præjudicielle spørgsmåls beskrivelse af de faktiske forhold heller ikke tvivl om, at Merci's og Compagnia's handlinger i medfør af den italienske lovgivning påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

Der kan heller ikke være tvivl om, at både tilrettelæggelsen af havnearbejde for tredjemands regning og udførelsen heraf, jf. sølovens artikel 108 [31], er omfattet af artikel 86 (og 85). Som Rådet gentagne gange har udtalt [32], skal der sondres mellem havnearbejde og søtransport (selv om havnearbejdet er accessorisk). Selv hvis havnearbejde skulle henføres under søtransport, fandt de almindelige konkurrenceregler i artikel 85 og 86 anvendelse på området forud for ikrafttrædelsen af forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22. december 1986 [33] [34].

17. I henhold til EØF-Traktatens artikel 86 er en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes. I den aktuelle sag er det relevante marked for Merci's vedkommende markedet for tilrettelæggelse af havnearbejde med almindeligt gods for tredjemands regning i Genovas havn. For Compagnia's vedkommende er der tale om markedet for udførelsen af dette havnearbejde.

Det tilkommer naturligvis den nationale ret at afgøre, om disse markeder kan anses for en væsentlig del af fællesmarkedet. Det fremgår imidlertid af sagen, at Genovas havn i betragtning af *omfanget* af det havnearbejde med almindeligt gods, som tilrettelægges for tredjemands regning og udføres, er en af de vigtigste havne i Fællesskabet og den vigtigste havn i Italien. Desuden har havnens brugere på grund af dens beliggenhed og infrastruktur ofte *ikke* andet valg end at benytte Genovas havn. Dette er efter min mening stærke indicier for, at begge de nævnte markeder er af tilstrækkelig betydning til at kunne anses for en væsentlig del af fællesmarkedet. Markederne er i øvrigt snævert forbundet, da de vedrører det samme havnearbejde.

Det kan ikke bestrides, at Merci har en dominerende stilling på markedet for havnearbejde for fremmed regning, dvs. det indtager en stilling, »som sætter en virksomhed i

30 — Begrebet virksomhed er altid blevet fortolket vidt. I den i fodnote 26 citerede dom i sagen Höfner mod Elser blev den tyske »Bundesanstalt für Arbeit« selv anset for en virksomhed, fordi denne myndighed som en selvstændig enhed udførte en økonomisk aktivitet i form af arbejdsformidling.

31 — Jf. fodnote 1.

32 — Jf. meddelelse af 19.3.1985 (EFT C 212) og præamblerne til forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22.12.1986 (EFT L 378) og forordning (EØF) nr. 3975/87 af 14.12.1987 (EFT L 374).

33 — Forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22.12.1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af Traktatens artikel 85 og 86 på søtransport (EFT L 378, s. 4).

34 — Vedrørende en analog situation på lufttransportområdet, se præmis 32 og 33 i den i fodnote 22 nævnte Ahmed Saeed-dom.

stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne«[35].

Det kan heller ikke bestrides, at Compagnia har en dominerende stilling på markedet for den faktiske udførelse af havnearbejde. Det forhold, at der som i den foreliggende sag ikke er konkurrence på disse markeder som følge af administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, er på ingen måde til hinder for, at artikel 86 finder anvendelse[36]. I ERT-dommen[37] udtalte Domstolen, at en virksomhed, som ved lov er tillagt et monopol, kan anses for at have en dominerende stilling efter Traktatens artikel 86.

18. Har Merci og/eller Compagnia handlet på en sådan måde, at det udgør misbrug af en dominerende stilling efter artikel 86? Som allerede nævnt vil jeg først undersøge Merci's og Compagnia's adfærd uafhængigt af den omhandlede nationale lovgivning.

I henhold til artikel 86, *stk. 2, litra a)*, kan misbrug bestå i direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser. Priser og betingelser anses for urimelige, såfremt de er væsentligt dårligere for forbrugeren end de priser og betingelser, som den pågældende kunne have opnået, såfremt der havde foreligget en normal og tilstrækkeligt effektiv konkurrence[38].

Det tilkommer også her den nationale ret at vurdere, om Compagnia og/eller Merci har påtvunget urimelige priser eller andre urimelige forretningsbetingelser for havnearbejdet. Det skal dog bemærkes, at Domstolen allerede ved flere lejligheder har fastslået, at en virksomhed, som havde et faktisk eller retligt monopol, havde påtvunget urimelige priser eller betingelser[39]. I den foreliggende sag kan der være tale om urimelige priser eller andre urimelige forretningsbetingelser, når et havneselskab over for en havnevirksomhed og/eller en havnevirksomhed over for havnens brugere kræver betaling for tjenesteydelser, som ikke ønskes[40], eller endog for ikke udførte tjenesteydelser, eller når de tariffer, priserne er beregnet på grundlag af, slet ikke står i forhold til de

35 — Jf. f.eks. dom af 9.11.1983 (sag 322/81, Michelin, Sml. s. 3461, præmis 30), og af 3.10.1985 (sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 16).

36 — Jf. f.eks. dom af 13.11.1975 (sag 26/75, General Motors, Sml. s. 1367, præmis 9) og den allerede citerede GB-INNO-BM-dom, præmis 34, og CBEM-dommen, præmis 16.

37 — Se fodnote 22.

38 — Jf. dom af 14.2.1978 (sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 249). Det fremgår af den ovennævnte General Motors-doms præmis 12, at priser er urimelige, når de er for høje i forhold til den præsterede ydelses økonomiske værdi (se også præmis 250 i United Brands-dommen).

39 — Jf. den i fodnote 14 nævnte Sacchi-doms præmis 17, den i fodnote 36 nævnte General Motors-doms præmis 11 og 12, og dom af 11.11.1986 (sag 226/84, British Leyland mod Kommissionen, Sml. s. 3263, præmis 27), hvori der henvises til General Motors-dommen.

40 — Som det fremgår af de ovennævnte faktiske omstændigheder (afsnit 3) blev Siderurgica i realiteten påtvunget det havnearbejde, Merci tilrettelagde for Siderurgica, og hvis faktiske udførelse Compagnia stod for. Siderurgica ville nemlig selv losse stålpartiet og selv udføre transporten.

tjenesteydelser, som faktisk er udført[41]. Det fremgår af de foreliggende oplysninger, at det omhandlede havnearbejde ikke alene kan udføres til en meget lavere pris end den, som Compagnia kræver af Merci, og som Merci kræver af havnens brugere, men at dette faktisk også sker i andre europæiske havne[42]. Tariffernes komplicerede karakter gør det imidlertid i praksis umuligt at afgøre hvilke kriterier, der er anvendt ved beregningen af prisen for en operation. Dette kan også være et indicium for, at der ikke er forbindelse mellem de reelle omkostninger ved en tjenesteydelse og den fakturerede pris[43].

Desuden skal det bemærkes, at, som det fremgår af Bodson-dommen, det også er i strid med EØF-Traktatens artikel 86, at koncessionerede virksomheder anvender urimelige priser, hvilket også gælder i tilfælde af, at tarifferne er fastlagt af de myndigheder, som har meddelt koncessionen[44]. Denne omstændighed kan dog medføre, at de i fællesskabsretten fastsatte sanktioner ikke vil blive taget i anvendelse over for den pågældende virksomhed.

19. I henhold til EØF-Traktatens artikel 86, *stk. 2, litra b*), kan misbrug af en dominerende stilling også bestå i begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne. Som Kommissionen og Siderurgica har anført, er der klart tale om sådant misbrug, når et havneselskab, som har monopol på udførelsen af havnearbejde, nægter — selv om det er for at beskytte arbejdspladsen — at anvende moderne teknologi og derved betragteligt forøger de omkostninger, som for havnevirksomheden er forbundet med havnearbejde og derved for havnens brugere, hvilket forårsager lange ventetider, før arbejdet kan udføres[45].

20. Endelig skal bemærkes, at i medfør af artikel 86, *stk. 2, litra c*), kan misbrug af en dominerende stilling også bestå i anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen[46]. Dette ser ud til at være tilfældet i denne sag, hvor Merci efter forhandlinger og ved »undtagelser« fra tarifferne beregner en fordelagtigere pris i for-

41 — Siderurgica har i den forbindelse henvist til en undersøgelse foretaget af F. Lauria: »Le Compagnie portuali nel diritto interno e comunitario«, Edizione Giuffré, Milano, 1981, og det af Genovas havnemyndigheds »Comitato sezione lavoro« i en rapport af 23.7.1987 fastslåede: »... ansætter man grundomkostningen for arbejdet til 100, udgør de tillæg, som hertil skal lægges for at nå den endelige omkostning, indtil 1 194,26% (sic! !)«. (Jf. Siderurgica's indlæg s. 12).

42 — Kommissionen henviser i den forbindelse til en undersøgelse foretaget af Marconsult SpA i 1990 vedrørende tilrettelæggelsen af arbejdet med og omkostninger ved omladning af *containere* i de vigtigste europæiske havne. Det fremgår f.eks. af undersøgelsen, at omkostninger ved en omladning af en enhed i Antwerpens havn lå mellem 110 000 og 116 000 LIT, mellem 180 000 og 200 000 LIT i Hamburg, Marseille og Neapel, og mellem 230 000 og 250 000 LIT i Venedig, Barcelona og Livorno, mens omkostningerne ved en omladning af en enhed i Genovas havn andrager 270 000 LIT.

43 — I den ovennævnte rapport af 23.7.1987, jf. fodnote 41, udarbejdet af Genovas havnemyndigheds »Comitato sezione lavoro« er følgende anført: »Den tarifordning, som gælder for udførelsen af havnearbejde i Genovas havn, har altid været berygtet for sin indviklede karakter og uigennemskuelighed, og for at det aldrig på forhånd kan afgøres, hvor meget en tjenesteydelse endeligt kommer til at koste« (jf. Siderurgica's indlæg, s. 12).

44 — Jf. den i fodnote 24 nævnte dom af 4.5.1988.

45 — Jf. herom Kommissionens indlæg, s. 38, og Siderurgica's indlæg, s. 15.

46 — Jf. præmis 87-91 i den i fodnote 35 nævnte dom i sagen Michelin mod Kommissionen, hvor Domstolen fandt, at der ikke forelå misbrug omfattet af artikel 86, stk. 2, litra c), fordi det ikke var godtgjort, at en forskelsbehandling af forhandlerne indbyrdes af denne art var en følge af anvendelsen af forskellige kriterier, og at den ikke kunne begrundes med retmæssige kommercielle overvejelser (præmis 90).

hold til visse af havnens brugere ved at nedsætte tillæggene og kompensere denne nedsættelse ved at beregne mere i forhold til andre brugere, uden at det er objektivt begrundet[47]. Denne praksis lettes ved, at de gældende tariffer er indviklede og uigennemskuelige.

21. Af det foregående kan der efter min opfattelse udledes stærke indicier for, at den nationale ret kan fastslå, at ved at have påtvunget urimelige salgspriser og kontraktbetingelser har såvel Merci som Compagnia misbrugt de monopoler, som de på en væsentlig del af fællesmarkedet er indrømmet ifølge italiensk lovgivning, idet Compagnia har misbrugt sin dominerende stilling til at nægte at anvende moderne teknologi, og idet Merci har misbrugt sin dominerende stilling til over for visse handelspartnere at have anvendt vilkår, som er forskellige fra de vilkår, som anvendes over for disses konkurrenter.

22. Det må derfor undersøges, om disse misbrug af dominerende stilling efter artikel 86 — for så vidt som den nationale ret anser dem for at foreligge — påtvinges, tilskyndes eller er uundgåelige i medfør af den nationale lovgivning. Det mener jeg ikke, der kan være megen tvivl om. Merci's og Compagnia's tariffer og andre forretningsbetingelser, der antages at være urimelige, er nemlig kun mulige, hvis ikke uundgåelige, på grund af den nationale lovgivning, og de tilskyndes, for ikke at sige at de gøres bindende, af havnemyndighederne i medfør af deres kompetence i henhold til national lovgivning[48]. De andre former for misbrug er også kun mulige på grund af denne lovgivning. Uden sit monopol på udførelse af havnearbejde i henhold til italiensk lovgivning havde Compagnia ikke kunnet tillade sig ikke at anvende moderne teknologi. Også for så vidt angår den ulige behandling af handelspartnere, gælder det, at dette kun var muligt for Merci på grund af selskabets monopol og på grund af, at de tariffer, myndighederne har fastsat, er komplicerede og uigennemskuelige.

Det følger heraf, at der også her er stærke indicier for, at der ved den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning er fastsat eller opretholdt foranstaltninger, som strider mod EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. Da artikel 90, stk. 1, sammenholdt med en umiddelbart anvendelig traktatbestemmelse, f.eks. artikel 86, har direkte virkning[49], betyder dette, at privatpersoner — såfremt den nationale ret er enig i det — kan påberåbe sig de nævnte bestemmelser direkte over for den pågældende medlemsstat og naturligvis direkte kan gøre krav gældende over for Merci og Compagnia på grund af deres misbrug.

47 — Dette fremgår af rapporten af 23.7.1987 udarbejdet af Genovas havnemyndighed »Comitato sezione lavoro« (se Siderurgica's indlæg s. 13).

48 — Jf. afsnit 2.

49 — Jf. den i fodnote 14 citerede Sacchi-dom, præmis 18.

23. Det næste spørgsmål bliver derfor, om den nationale lovgivning i den foreliggende sag også strider mod artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 85.

I henhold til *artikel 85* er alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, uforenelige med fællesmarkedet og forbudt.

Som jeg allerede har bemærket (afsnit 16), kan der ikke være tvivl om, *at* Merci og Compagnia er virksomheder efter artikel 85, *at* artiklen finder anvendelse på udførelsen og tilrettelæggelsen af havnearbejde, og, som det fremgår af de præjudicielle spørgsmål, *at* handelen mellem medlemsstater i den foreliggende sag kan påvirkes af den pågældende lovgivning og de i medfør heraf udstedte retsakter. I ERT-dommen understregede Domstolen dog, at EØF-Traktatens artikel 85 forudsætter, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale eller bedre: et kartel [50].

24. Det fremgår ikke af de for Domstolen foreliggende oplysninger, at havnevirksomheden Merci og havneselskabet Compagnia har indgået aftaler. På den anden side kan det ikke udelukkes, vel snarere tværtimod, at der foreligger samordnet praksis, som tilskyndes, fremmes eller gøres uundgåelig af den nationale lovgivning. Domstolen har nemlig defineret samordnet praksis som »en form for koordinering mellem virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde«. Desuden har Domstolen fastslået, at »selv om parallel adfærd ikke i sig selv kan sidestilles med en samordnet praksis, kan den dog udgøre et vigtigt indicium herfor, når den fører til konkurrencevilkår, som ikke svarer til de vilkår, der... er normale på markedet« [51].

Disse sager vedrørte virksomheder, som konkurrerede direkte med hinanden. Det ligger dog fast, at også vertikale karteller, dvs. karteller mellem virksomheder, som ikke står i direkte konkurrence og dermed også sådanne virksomheders samordnede praksis, er omfattet af artikel 85, for så vidt som de begrænser konkurrencen i forhold til tredjemand. Det tilkommer her den nationale ret at bedømme, om Merci og Compagnia bevidst har foretaget samordnet praksis, der, ligesom det ovenfor blev fastslået ved undersøgelsen af de enkelte virksomheders misbrug, er konkurrencebegrænsende. At den samordnede praksis blev inspireret eller nødvendiggjort af den omhandlede nationale lovgivning, er i den for-

50 — Jf. den i fodnote 16 nævnte ERT-doms præmis 29. Se også generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 23.1.1991 i samme sag, Sml. 1991 I, s. 2939, afsnit 32.

51 — Dom af 14.7.1972 (sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. s. 151, præmis 64 og 66). Se også dom af 16.12.1975 (forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 191).

bindelse ingen undskyldning (men er dog en faktor, som kan tages i betragtning i forbindelse med, at der pålægges bøder). Derimod har det den følge, at private kan anfægte den nationale lovgivning i medfør af artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 85. I forbindelse med artikel 85 har artikel 90, stk. 1, nemlig direkte virkning.

Overtrædelse af forbuddet i EØF-Traktatens artikel 30

25. Ifølge Domstolens faste praksis må enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet, betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner efter EØF-Traktatens artikel 30[52]. Er det tilfældet med hensyn til de her omhandlede monopoler på havnearbejde? Ifølge Kommissionen er artikel 30 ikke relevant for den foreliggende sag, fordi de nævnte monopoler — i det mindste i lyset af de oplysninger, Kommissionen er bekendt med — ikke medfører, at markedsføringen af indførte produkter på det italienske marked vanskeliggøres i forhold til indenlandske produkter. Siderurgica gør derimod gældende, at monopolerne og de urimelige priser på tjenesteydelser i havnen først og fremmest har betydning for indførte varer, og at monopolerne må anses for bestemmelser for handelen efter artikel 30.

52 — Dom af 11.7.1974 (sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5).

Det kan fremgå af de for Domstolen foreliggende oplysninger, at Merci's og Compagnia's monopoler faktisk medfører urimelige priser og mangelfulde tjenesteydelser, og at importen af varer med oprindelse i andre medlemsstater derved fordyres og vanskeliggøres. Dette er tilstrækkeligt til, at artikel 30 finder anvendelse. Som jeg imidlertid ser det, kan virkningen ikke tilskrives selve den nationale lovgivning, men de handlinger som Merci og Compagnia i henhold til denne lovgivning foretager inden for deres monopoler. Dette betyder efter min mening, at det snarere er artikel 90, sammenholdt med artikel 85 og 86, end artikel 30, som finder anvendelse.

EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2

26. EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2, bestemmer, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, *i det omfang* anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Undtagelsen fra Traktatens bestemmelser med hensyn til disse virksomheder finder dog ikke anvendelse, såfremt udviklingen af samhandelen derved påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om Merci og Compagnia er virksomheder, der har fået

overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og i bekræftende fald, om anvendelsen af navnlig EØF-Traktatens artikel 7, 85 og 86 hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Er dette tilfældet, og er også de andre betingelser i artikel 90, stk. 2, opfyldt, da må det efter min mening i forhold til de i den foregående del af forslaget behandlede punkter antages, at en national lovgivning, som foreskriver, tilskynder eller nødvendiggør disse virksomheders handlinger, *der er tilladte efter artikel 90, stk. 2*, alligevel ikke strider mod artikel 90, stk. 1, sammenholdt med Traktatens øvrige bestemmelser.

27. Det skal først bemærkes, at begrebet »virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« har en specifik fællesskabsretlig betydning. Domstolen har i praksis altid fortolket begrebet snævert[53]. Det kræves, at en offentlig myndighed har overdraget virksomheden at udføre den pågældende aktivitet[54], og at aktiviteten er nødvendig af hensyn til den almene interesse[55]. Det fremgår af den omhandlede nationale lovgivning, at myndighederne har overdraget både havnevirksomhederne og havneselskaberne at udføre den aktivitet, de beskæftiger sig med. Dette betyder dog ikke, at disse aktiviteter er af almindelig økonomisk interesse efter artikel 90, stk. 2. Selv om driften af en havn som sådan utvivlsomt er en aktivitet af almindelig økonomisk interesse, kan dette efter min mening ikke siges om havneselskabernes og havnevirksomhedernes virksomhed, som består i at udføre og tilrettelægge havnearbejde, herunder for tredjemands regning. Havnearbejde omfatter lastning, losning, omladning og oplagring af varer. Såfremt sådanne arbejdsfunktioner henhører under begrebet tjenesteydelser af almindelig interesse, da kan næsten alle former for økonomisk virksomhed henføres under begrebet[56]. Under dette begreb falder efter min mening, sådan som det også fremgår af de i fodnote 55 citerede domme, kun virksomhed, som direkte er til gavn for samfundet.

Selv hvis det antages, at havnearbejdet er tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er det ikke godtgjort, at overholdelsen af Traktatens bestemmelser, navnlig artikel 7, 85 og 86, er uforenelig med udøvelsen af den offentlige opgave, dvs. at det er uundgåeligt at overtræde Traktatens regler for at udføre den særlige opgave[57]. Derudover skal det også fremgå, at det ikke strider mod Fællesskabets interesse at anvende undtagelsen fra Traktaten.

53 — Jf. f.eks. dom af 27.3.1974 (sag 127/73, BRT mod SABAM, Sml. s. 313, præmis 19).

54 — Jf. den i foregående fodnote nævnte BRT mod SAMBAM-dom, præmis 20, dom af 2.3.1983 (sag 7/82, GVL mod Kommissionen, Sml. s. 483, præmis 29-32), og den i fodnote 22 nævnte Ahmed Saeed-dom, præmis 55.

55 — Jf. den i fodnote 22 nævnte Ahmed Saeed-dom, præmis 55. Som virksomhed af almindelig økonomisk interesse har Domstolen hidtil bl.a. anset følgende former for virksomhed: at en vigtig vandvej holdes sejlbar (sag 10/71, Müller mod Luxembourg, Sml. 1971, s. 165), vandforsyning (sag 96/82, IAZ International Belgium mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 3369), levering af tjenesteydelser på området for telekommunikation (sag 41/83, Italien mod Kommissionen, Sml. 1985, s. 873) og fjernsynsudsendelser (sag 15/73, Sacchi mod Italien, Sml. 1974, s. 409).

56 — Dette synes også at være Tribunale amministrativo regionale's opfattelse, som i en dom af 21.12.1988 vedrørende havneselskaber udtalte: »det må kunne udelukkes, at de nationale bestemmelser vedrørende havneselskaber har tilsigtet at overdrage udførelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse.« (*Foro It.* 89, parte 3, s. 98).

57 — Jf. den i fodnote 26 nævnte Höfner og Elser-dom, præmis 24 samt den i fodnote 35 nævnte CBEM-dom, præmis 17.

28. Med hensyn til artikel 90, stk. 2, udtalte Domstolen i en dom af 14. juli 1971, at bestemmelsen ikke havde direkte virkning, da »anvendelsen af denne regel indebærer... en bedømmelse af de krav, der følger dels af den særlige opgave, som de pågældende virksomheder har fået overdraget, dels af hensynet til Fællesskabets interesse« [58]. Med hensyn til den første betingelse har dette dog ikke i senere domme forhindret Domstolen i at udtale, at det påhviler den nationale ret at undersøge, om en virksomhed, som påberåber sig bestemmelserne i artikel 90, stk. 2, for ikke at anvende Traktatens bestemmelser, faktisk har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse [59]. Som allerede bemærket anser jeg dette for usandsynligt i denne sag. Hvis man alligevel antager, at virksomhederne i den foreliggende sag har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, kan de kun påberåbe sig undtagelsen i artikel 90, stk. 2, såfremt de for den nationale ret godtgør, hvilke konkrete hensyn af almindelig økonomisk interesse, der præcis er tale om, og hvilken betydning det kan få for deres adfærd [60]. Dette er f.eks. ikke tilfældet med hensyn til de af myndighederne godkendte tariffer, når tariffernes struktur ikke er gennemskuelig, hvilket som allerede nævnt synes at være tilfældet i denne sag [61].

På grundlag af retspraksis kan jeg derfor kun konkludere, at det tilkommer den nationale ret at undersøge, om en virksomhed, som påberåber sig undtagelsen i artikel 90, stk. 2, faktisk har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse i ordets fællesskabsretlige betydning. Er dette tilfældet, da at bedømme om og i hvilket præcist omfang, hensyn af almen interesse tvinger virksomhederne til at handle i strid med bestemmelserne i EØF-Traktatens artikel 7, 85 eller 86. Dette betyder, at de pågældende virksomheder har bevisbyrden, og at de for den nationale ret må godtgøre, at de yderligere betingelser i artikel 90, stk. 2, er opfyldt.

Kommer den nationale ret til det resultat, at de yderligere betingelser faktisk er opfyldt (hvilket jeg i den foreliggende sag anser for meget usandsynligt), da kan den — med hensyn til det andet kriterium i det indledningsvis i dette afsnit anførte citat (vedrørende spørgsmålet om den af medlemsstaten overdragne opgave og udførelsen heraf påvirker samhandelen på en måde, som strider mod Fællesskabets interesse) — hvis den ønsker det, kontakte Kommissionen for at få besvaret dette spørgsmål og — analogt med det som Domstolen har fastslået med hensyn til anvendelsen af artikel 85 og 86 [62] — for at få oplysninger om de økonomiske og retlige omstændigheder, som vil sætte den i stand til at afgøre spørgsmålet.

58 — Jf. den i fodnote 55 nævnte Müller-dom, præmis 13-16.

59 — Jf. den i fodnote 14 nævnte Sacchi-dom, præmis 18, den i fodnote 53 nævnte BRT mod SABAM-dom, præmis 22, den i fodnote 35 nævnte CBEM-dom, præmis 17, og den i fodnote 22 nævnte Ahmed Saeed-dom, præmis 55, 56 og 57.

60 — Jf. den i fodnote 22 nævnte Ahmed Saeed-dom, præmis 56.

61 — Ibidem, præmis 57.

62 — Jf. dom af 28.2.1991 (sag C-234/89, Delimitis mod Henninger Bräu, Sml. I, s. 935, præmis 53).

Sammenfatning

29. På grundlag af de foregående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) a) Nationale bestemmelser, hvorefter de i artikel 90, stk. 1, omhandlede virksomheder, som skal udføre eller tilrettelægge havnearbejde, herved er forpligtet til at beskæftige havnearbejdere, der er statsborgere i den pågældende medlemsstat, er uforenelige med EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 7, artikel 48 eller artikel 52 og 59, og kan ikke begrundes ud fra hensynet til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed og heller ikke i medfør af hensynet til ansættelser i den offentlige administration eller udøvelsen af offentlig myndighed. De nævnte traktatbestemmelser har direkte virkning.

b) Nationale bestemmelser, som tilskynder, tvinger eller uundgåeligt foranlediger en i artikel 90, stk. 1, omhandlet virksomhed til at misbruge en dominerende stilling, den indtager på en væsentlig del af fællesmarkedet, eller at udøve en samordnet praksis med en anden virksomhed, et misbrug eller en adfærd, som for havnearbejde, der ønskes udført, men som undertiden endog ikke udføres, at anvende urimelige priser eller andre urimelige forretningsbetingelser, eller at begrænse afsætningen eller den tekniske udvikling til skade for forbrugerne, eller at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, er uforenelige med EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86 eller artikel 85.

Sammenholdt med artikel 86 eller artikel 85 har artikel 90, stk. 1, direkte virkning.

2) Virksomheder, som skal udføre eller tilrettelægge havnearbejde, hvorved forstås lastning, losning, omladning og oplagring af varer i havnen, kan ikke normalt antages at være virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, jf. EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2, dvs. tjenesteydelser, som direkte er til gavn for samfundet. Det tilkommer den nationale ret at fastslå dette konkret. Såfremt den nationale ret måtte nå frem til et andet resultat, tilkommer det endvidere de berørte virksomheder

at bevise for den nationale ret — såfremt de ønsker at påberåbe sig undtagelsesbestemmelsen i artikel 90, stk. 2 — hvilke konkrete hensyn til almenvellet, der bevirker, at de nødvendigvis må handle i strid med EØF-Traktatens artikel 7, 85 og 86. Kun såfremt der også kan føres bevis herfor ved den nationale ret, og det desuden bevises, i givet fald efter at der er taget kontakt til Kommissionen, at betingelsen i artikel 90, stk. 2, sidste punktum, også er opfyldt, kan det antages, at nationale bestemmelser svarende til de ovenfor under 1 a) og b) beskrevne, alligevel ikke er i strid med artikel 90, stk. 1, sammenholdt med en af de ovenfor under 1 a) og b) nævnte traktatbestemmelser.«