FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK

fremsat den 18. november 2008 [1]

1. Sächsisches Landessozialgericht har anmodet Domstolen om at afgøre, om et organ som Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft (»MMB«), der leverer forsikringer mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, skal anses for en virksomhed som omhandlet i artikel 81 EF og 82 EF. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om bestemte arbejdsgiveres lovpligtige tilslutning til et organ som MMB [2] i henhold til det tyske retssystem tilsidesætter traktatens bestemmelser, navnlig reglerne vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser.

I — Nationale bestemmelser

2. Bog VII i den sociale lovbog (Sozialgesetzbuch) omhandler lovpligtig ulykkesforsikring (SGB VII) [3]. § 152 i SGB VII, der har overskriften »Ansvarsfordeling«, bestemmer:

»1. Bidrag skal på grundlag af en ansvarsfordeling fastsættes efter udløbet af det kalenderår, i hvilket kravet om bidragene i princippet opstod. En sådan fordeling skal dække kravene fra det foregående år og skal omfatte bidrag, der er nødvendige med henblik på passende henlæggelser. Bortset herfra kan der kun opkræves bidrag med henblik på at oppebære driftskapital.«

3. § 153 i SGB VII, der har overskriften »Beregningsgrundlag«, bestemmer:

»1. Bidrag skal, med forbehold af nedenstående regler, beregnes på grundlag af behovet for midler (ansvar efter fordeling), de forsikredes løn og risikogrupperne.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Et organ som MMB betegnes i tysk ret som arbejdsgiverens ansvarsforsikringsforening. For nemheds skyld vil der i dette forslag indimellem blive henvist til sådanne organer under betegnelsen forsikringsforeninger.

3 — 20.4.2007, BGBl. 2007 I, s. 554.

2. De forsikredes løn udgør grundlaget for bidraget op til det beløb, der udgør deres maksimale årsløn.

3. Der kan være et forskriftsmæssigt minimumsgrundlag for beregningen, med henvisning til minimumsårslønnen for forsikrede, som er over 18 år.

4. Der kan i forbindelse med beregningen af bidrag helt eller delvist ses bort fra ulykkesrisikoen i virksomheden, i det omfang udgifterne til pensioner, ydelse ved dødsfald og godtgørelse

1. er baseret på skader som følge af forsikrede risici i disse virksomheder, såfremt denne skade er ophørt eller er bragt til ophør inden det fjerde år, der går forud for det år, hvori bidragene skal fordeles, eller

2. er baseret på skader som følge af forsikrede risici, der først opstod eller blev synlige inden det fjerde år, der går forud for det år, hvori bidragene skal fordeles.

De samlede udgifter, som i overensstemmelse med første afsnit i dette stykke tildeles virksomheder uden henvisning til graden af ulykkesrisici, kan ikke overstige 30% af de samlede udgifter til pensioner, ydelser ved dødsfald og godtgørelse. Gennemførelsesbestemmelserne fastsættes ved bekendtgørelse.«

4. § 157 i SGB VII, der har overskriften »Risikoskala«, bestemmer:

»1. Virksomheder, der har pligt til at tegne en ulykkesforsikring, skal selvstændigt udarbejde en risikoskala. Denne risikoskala skal præcisere risikogrupper, således at bidragene kan opkræves proportionalt […]

2. Risikoskalaen skal opdeles i takster, med de persongrupper, der er udsat for risici, ud fra en risikosammenligning baseret på de almindeligt godkendte forsikringsprincipper […]

3. Risikogrupperne skal beregnes ud fra forholdet mellem de udbetalte ydelser eller lønnen.

[…]«

5. § 176 i SGB VII, der har overskriften »Tilpasningspligt«, bestemmer, at i det omfang

»1. en arbejdsgiveransvarsforsikringsforenings udgifter til pensionsforsikring er 4,5 gange større end en arbejdsgiveransvarsforsikringsforenings gennemsnitlige udgifter

2. udgifterne i forbindelse med pensionsansvar i en arbejdsgiveransvarsforsikringsforening, der afholder mindst 20% og højest 30% af udgifterne til pensioner, ydelser ved dødsfald og godtgørelse i henhold til § 153, stk. 4, til virksomheder uden henvisning til graden af ulykkesrisikoen, er mere end tre gange større end en arbejdsgiveransvarsforsikringsforenings gennemsnitlige udgifter til pensionsforsikring, eller

3. en arbejdsgiveransvarsforsikringsforenings udgifter til ansvarsforsikring er mere end fem gange større end arbejdsgiveransvarsforsikringsforeningers gennemsnitlige udgifter til ansvarsforsikring,

skal arbejdsgiveransvarsforsikringsforeningerne fordele de overskydende udgifter internt. Såfremt det beløb, der skal betales efter tilpasning i henhold til stk. 1 og 2, overstiger det beløb, som arbejdsgiveransvarsforsikringsforeningen fordeler til virksomheder, uden henvisning til graden af ulykkesrisikoen i henhold til stk. 1 og 2, skal det førstnævnte beløb begrænses til det sidstnævnte beløb.«

II — Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

6. Kattner Stahlbau GmbH (»Kattner«) er et anpartsselskab, som blev oprettet den 13. november 2003. Det indledte driften den 1. januar 2004. Ved afgørelse af 27. januar 2004 meddelte MMB Kattner, at MMB i henhold til lov er det kompetente organ for Kattners ulykkesforsikring. Kattner blev derfor i henhold til § 136 i SGB VII optaget under medlemsnummer 600212360. Denne meddelelse indeholdt også en afgørelse vedrørende Kattners tilslutning til MMB.

7. Ved skrivelse af 1. november 2004 havde Kattner opsagt den lovpligtige tilslutning til MMB med udgangen af 2004. Ifølge forelæg-

gelseskendelsen ønskede Kattner at tegne en privat forsikring, der dækkede de aktuelle risici.

8. Ved afgørelse af 15. november 2004 meddelte MMB Kattner, at MMB i henhold til bestemmelserne i SGB VII var det kompetente lovpligtige ulykkesforsikringsorgan for Kattner. Udmeldelse af forsikringen eller en opsigelse af en lovpligtig forsikring er retligt ikke mulig. Der meddeltes følgelig afslag på fritagelse for medlemskabet. Afgørelsen af 15. november 2004 blev stadfæstet ved afgørelse truffet af MMB den 20. april 2005 samt ved Sozialgericht Leipzigs dom af 21. november 2005.

9. Ifølge forelæggelseskendelsen gjorde Kattner under appelsagen for den forelæggende ret gældende, at virksomhedens lovpligtige tilslutning til MMB er i strid med fællesskabsretten, idet det begrænser dens ret til frit at modtage tjenesteydelser. Kattner fremlagde et tilbud fra en dansk forsikringsvirksomhed, hvorefter denne virksomhed, på de samme betingelser som hos MMB, kan forsikre Kattner i overensstemmelse med tysk lov om ulykkesforsikring mod risici som følge af arbejdsulykker, erhvervssygdomme og ulykker på vej til og fra arbejde. Ydelserne er ligeledes udformet under nøje hensyn til kataloget af ydelser i den lovpligtige tyske ulykkesforsikring (Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung). Kattner har gjort gældende, at »MMB's monopolstilling som udbyder af forsikringer er i strid med artikel 82 EF og artikel 86 EF, idet konkurrencebegrænsningen ikke er begrundet. Tilsvarende gælder for den deraf følgende begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 EF ff. Der foreligger tilsyneladende ikke ufravigelige hensyn til almenvellet, som kan begrunde en monopolstilling for udbydere af tyske ulykkesforsikringer inden for deres respektive områder«.

10. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at der er grundlæggende forskelle på den tyske og italienske lovpligtige ordning for forsikring mod arbejdsulykker, og at Domstolens dom i Cisal-sagen [4] derfor ikke fuldt ud besvarer visse spørgsmål, som er afgørende for den sag, der verserer for den forelæggende ret. Den forelæggende ret har gjort opmærksom på, at det i andet afsnit af sammendraget af dommen i Cisal-sagen fastslås, at »[b]egrebet virksomhed i [artikel 81 EF og artikel 82 EF's] forstand [ikke] omfatter et organ, der ved lov er tillagt forvaltningen af en tvungen forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervssygdomme, når størrelsen af ydelserne og bidragene er undergivet statens kontrol, og den obligatoriske tilslutning, som er kendetegnende for en sådan forsikringsordning, er uundværlig for dennes økonomiske balance, såvel som for gennemførelsen af solidaritetsprincippet, der indebærer, at de ydelser, som er udbetalt til den forsikrede, ikke er proportionale med de bidrag, som den forsikrede har indbetalt […] Et sådant organ udfylder udelukkende en social funktion. Det følger heraf, at dets virksomhed ikke er en økonomisk virksomhed i konkurrencerettens forstand.«

4 — Dom af 22.1.2002, sag C-218/00, Sml. I, s. 691.

11. Den forelæggende ret finder, at det er tvivlsomt, om MMB er »et organ, der ved lov er tillagt forvaltningen af en tvungen forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervssygdomme«. Endvidere er der ifølge den forelæggende ret en væsentlig forskel på den italienske og den tyske ordning bestående i, at Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (herefter »INAIL«), som Cisal-dommen omhandler, er et monopol, hvorimod den tyske lovpligtige ulykkesforsikring har form af et oligopol. Endvidere har den forelæggende ret anført, at MMB ikke er tillagt forvaltningen af en ordning om lovpligtig forsikring mod arbejdsskader og erhvervssygdomme, men forestår derimod selv direkte denne forsikring. Ifølge den forelæggende ret er der en væsentlig lighed mellem strukturen af MMB's »forvaltningsvirksomhed« og strukturen af økonomiske enheder, navnlig forsikringsselskaber.

12. På denne baggrund har Sächsisches Landessozialgericht besluttet at udsætte sagen og ved kendelse af 24. juli 2007 i henhold til artikel 234 EF at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er [MMB] en virksomhed i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 81 EF og 82 EF?

2) Er [Kattners] obligatoriske medlemskab hos [MMB] i strid med fællesskabsretlige bestemmelser?«

III — Retsforhandlinger for Domstolen

13. Kattner, MMB, den tyske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Der er ikke blevet fremsat anmodning om eller afholdt retsmøde.

IV — Formaliteten

14. Der er for Domstolen blevet fremsat en række formalitetsindsigelser vedrørende de af Sächsisches Landessozialgericht forelagte spørgsmål.

15. For det første er MMB og Kommissionen af den opfattelse, at Domstolen kun kan fortolke fællesskabsretten, og at den derfor ikke kan træffe afgørelse vedrørende national ret eller nationale foranstaltningers forenelighed med fællesskabsretten. I den forbindelse er Kommissionen af den opfattelse, at den forelæggende rets første spørgsmål skal omformuleres, da der ønskes en fortolkning af national ret, og da de omstændigheder, der ligger til grund for, at en virksomhed som MMB ifølge den forelæggende ret bør anses for en virksomhed som omhandlet i artikel 81 EF og 82 EF, ikke er angivet. Disse omstændigheder er imidlertid angivet i den materielle del af forelæggelseskendelsen.

16. Det bemærkes indledningsvis, at Domstolen ikke, når den træffer afgørelse i medfør af artikel 234 EF, er kompetent til at anvende fællesskabsreglerne på et konkret tilfælde og følgelig heller ikke til at bedømme en bestemmelse i national ret på grundlag af disse regler. Den kan imidlertid forsyne den nationale retsinstans med alle fortolkningsmomenter vedrørende fællesskabsretten, som kan komme denne instans til nytte ved vurderingen af nævnte bestemmelses virkninger [5].

17. Efter min opfattelse ønsker den forelæggende ret med det første spørgsmål, at Domstolen anvender artikel 81 EF og artikel 82 EF på en konkret sag. Jeg finder derfor, at Domstolen må omformulere det første forelagte spørgsmål [6]. Det første spørgsmål skal følgelig forstås således, at det ønskes oplyst, om virksomhedsbegrebet i artikel 81 EF og artikel 82 EF omfatter et organ som MMB, der udbyder forsikringer mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme. Desuden er jeg af den opfattelse, at de af den forelæggende ret fremlagte oplysninger i forelæggelseskendelsen, som uddybet af Kattner, MMB, den tyske regering og Kommissionen i deres skriftlige indlæg, på tilstrækkelig vis oplyser Domstolen om hovedsagens faktiske og retlige omstændigheder, således at den er i stand til at fortolke Fællesskabets konkurrenceregler i forhold til situationen i den foreliggende sag.

18. Dernæst, for så vidt angår det andet spørgsmål, er Kommissionen af den opfattelse, at den forelæggende ret ikke på tilstrækkelig vis har anført, hvilke fællesskabsbestemmelser den ønsker fortolket af Domstolen.

19. Selv om det andet spørgsmål ganske rigtigt ikke angiver de fællesskabsretlige bestemmelser, der ønskes fortolket, fremgår det klart af forelæggelseskendelsen i sin helhed, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om artikel 49 EF ff. og artikel 82 EF og 86 EF skal fortolkes således, at de udelukker, at en virksomhed som Kattner er undergivet en lovpligtig tilslutning til et organ som MMB.

20. For det tredje er MMB af den opfattelse, at det af Sächsisches Landessozialgericht forelagte spørgsmål ikke kan resultere i et svar, der er »nyttigt« for den forelæggende ret, da dette ikke kan bringe Kattners tilslutning til MMB til ophør. Kattners tilslutning til MMB kan kun blive bragt til ophør ved at annullere eller ændre afgørelsen om tilknytning af 27. januar 2004, hvilket ikke er blevet påberåbt.

21. Det fremgår af fast retspraksis, at den i artikel 234 EF foreskrevne procedure udgør et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter. Under dette samarbejde er den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsaf-

5 — Jf. bl.a. dom af 24.9.1986, sag 37/86, van Gastel mod Rijksdienst and Rijkskas, Sml. s. 3589, præmis 8.

6 — Jf. dom af 26.6.2008, forenede sager C-329/06 og C-343/06, Wiedemann, Sml. I, s. 4635, præmis 45.

gørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag bedst i stand til at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Ikke desto mindre er Domstolen, med henblik på at efterprøve sin egen kompetence, om nødvendigt beføjet til at undersøge, om den fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret har anmodet om, har forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, således at Domstolen ikke foranlediges til at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål. Såfremt det viser sig, at det forelagte spørgsmål klart ikke er relevant for tvistens afgørelse, må Domstolen fastslå, at den ikke kan træffe afgørelse [7].

22. Det fremgår klart af forelæggelseskendelsen, at tvisten i hovedsagen primært vedrører den forpligtelse, der påhviler Kattner til at være tilknyttet MMB, hvilken forpligtelse følger af det nationale retssystem, og at den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne forpligtelse er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Den fortolkning af fællesskabsretten, den forelæggende ret ønsker, er således tilsyneladende afgørende for realiteten og formålet med hovedsagen og er derfor efter min opfattelse ikke åbenbart uden relevans for tvisten afgørelse.

7 — Dom af 21.2.2006, sag C-152/03, Ritter-Coulais, Sml. I, s. 1711, præmis 13-15.

23. De indgivne formalitetsindsigelser skal derfor efter min opfattelse forkastes.

V — Realiteten

A — *Det første spørgsmål*

1. Parternes væsentligste argumenter

24. Kattner har gjort gældende, at det første præjudicielle spørgsmål bør besvares bekræftende, og at en forsikringsforening som MMB skal anses for en virksomhed i henhold til artikel 81 EF og 82 EF.

25. I modsætning til den italienske forsikringsordning, der blev behandlet i Cisal-dommen, er størrelsen af ydelser og bidrag i Tyskland ikke fastsat ved lov, men i henhold til

hver forsikringsforenings vedtægter og regler. Da grundlaget for beregningen af bidragene er fastsat ved lov, er Kattner af den opfattelse, at disse kriterier giver forsikringsforeningerne en stor frihed. Kattner har anført, at lovgiver ikke har nogen indflydelse på en forsikringsforenings krav vedrørende foregående år i henhold til § 152 i SGB VII eller de forsikredes løn. Selv om der er fastsat et loft for de forsikredes løn med henblik på beregningen af bidrag [8], kan dette loft forhøjes i henhold til § 85, stk. 2, nr. 2, i SGB VII af den kompetente forsikringsforening. Alle forsikringsforeningerne i Tyskland har ganske rigtigt benyttet sig af denne mulighed. Endvidere kan forsikringsforeninger, når de beregner bidrag, i henhold til § 153, stk. 3, i SGB VII i det mindste tage hensyn til den årlige minimumsløn. Imidlertid er denne bestemmelse fakultativ. Hertil kommer, at der i henhold til § 161 i SGB VII, da loven ikke fastsætter et minimumsbidrag, er mulighed for at opkræve et ensartet minimumsbidrag, hvilket næsten alle forsikringsforeningerne i Tyskland har benyttet sig af. Kattner har desuden gjort gældende, at det klart følger af ordlyden af § 157 i SGB VII, at fastsættelsen af risikoskalaen udelukkende henhører under den kompetente forsikringsforenings kompetence og kun er genstand for begrænset domstolskontrol. I henhold til § 158 i SGB VII skal den risikoskala, der er fastsat af en forsikringsforening, godkendes af den relevante tilsynsmyndighed. Denne godkendelse er imidlertid rent formel, og der gives kun afslag i meget sjældne tilfælde. Den omstændighed, at yderligere præmier, rabatter og bonusser kan indsamles eller tildeles af en forsikringsforening i overensstemmelse med § 162 i SGB VII, understreger yderligere, at bidragene ikke er undergivet statslig regulering.

8 — F.eks. 57 120 EUR i 2003.

26. Hvad angår de ydelser, der udbetales til de forsikrede, fastsættes størrelsen af disse ydelser primært af forsikringsforeningerne og ikke af lovgiver. Selv om § 26 ff. og § 81 ff. i SGB VII generelt fastsætter de ydelser, forsikringsforeningerne skal udbetale, er der ingen lovbestemt fastsættelse af størrelsen heraf. En forsikringsforening kan f.eks. i overensstemmelse med § 85, stk. 2, i SGB VII forhøje størrelsen af den maksimale årsløn, der anvendes som reference ved udbetalingen af bestemte ydelser.

27. Kattner er af den opfattelse, at den solidaritet, der karakteriserer den tyske ordning, er utilstrækkelig til, at forsikringsforeningerne ikke skal anses for virksomheder som omhandlet i artikel 81 EF ff. I den forbindelse har Kattner for det første i overensstemmelse med Cisal-dommen anført, at en forsikringsordnings sociale formål forstærkes af den omstændighed, at ydelserne udbetales, selv om de skyldige bidrag ikke er blevet indbetalt. Imidlertid er det forhold, at en forsikringsordning har et socialt formål, ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at den omhandlede virksomhed ikke kvalificeres som økonomisk virksomhed. Ifølge Kattner kan denne solidaritet, i mangel af oplysninger om antallet af sådanne ubetalte bidrag, ikke være afgørende. Endvidere kan sådanne ubetalte bidrag opkræves senere. For det andet er Kattner af den opfattelse, at bidragene i overensstemmelse med § 157 i SGB VII i det væsentlige beregnes på grundlag af den faktiske risiko for ulykker, og ikke på grundlag

af generelle kriterier. For det tredje har Kattner gjort gældende, at der i modsætning til situationen i Cisal-sagen, hvor størrelsen af ydelserne er fastsat ved lov i Italien, og sådanne ydelser udbetales uanset de indbetalte bidrag samt resultaterne af forsikringsforeningens investeringer, ikke er nogen risiko for, at ydelser, der udbetales, ikke er dækket af bidrag, da bidragene i henhold til § 152, stk. 1, i SGB VII er fastsat ved fordeling efter udløbet af det kalenderår, i hvilket forpligtelsen til at betale bidrag opstod. For det fjerde har Kattner anført, at fraværet i Cisal-sagen af en direkte forbindelse mellem de bidrag, der blev indbetalt, og de ydelser, der blev udbetalt, var et væsentligt element med henblik på at fastslå, at der forelå solidaritet. Hvad angår forholdet mellem bidrag og ydelser i henhold til det tyske retssystem har Kattner gjort gældende, at der i tysk lov ikke er fastsat en fravigelse af pligten til at betale bidrag, såfremt lønningerne ligger under et bestemt niveau. Endvidere kan forsikringsforeningerne i overensstemmelse med § 161 i SGB VII opkræve et ensartet minimumsbidrag. De fleste forsikringsforeninger har benyttet sig af denne mulighed, således at de kan synkronisere de minimale bidrag og ydelser. Hertil kommer, at et maksimalt bidrag kan foreligge, såfremt der ved beregningen af bidraget bl.a. tages hensyn til den lovbestemte maksimale årsløn. Imidlertid henses der også til den maksimale årsløn, når ydelserne beregnes, således at der sikres proportionalitet mellem bidrag og ydelser. For det femte er Kattner af den overbevisning, at solidaritetsprincippet indebærer, at virksomheder, som har en høj risiko for ulykker, finansieres af de virksomheder, som har en lavere risiko herfor. Imidlertid har Kattner anført, at bestemmelserne om risikotilpasning i Tyskland blot sikrer opretholdelsen af ordningen, i stedet for at sikre solidaritet. Kattner har bemærket, at risikotilpasningen for det første finder sted inden for den samme risikogruppe, og at en tilpasning af de forskellige afdelinger i den samme forsikringsforening eller blandt sådanne foreninger blot har til formål at opretholde ordningen. For det sjette har Kattner hævdet, at da det er muligt at adskille gamle byrder fra senere byder, er det ikke fornødent at opretholde en lovpligtig forsikring med henblik på at dække sådanne gamle byrder, hvis betydning med tiden begrænses.

28. Kattner har yderligere gjort gældende, at måden, hvorpå et organ finansieres, ikke er relevant for kvalificeringen heraf som en virksomhed som omhandlet i artikel 81 EF ff. Imidlertid har Kattner gjort gældende, at selv om bidrag til lovpligtig ulykkesforsikring er fastsat ved fordeling, er der også en grad af kapitalisering i den tyske ordning. Hertil kommer, at forsikringsforeninger i henhold til § 164 i SGB VII med henblik på at sikre indbetalingen af bidrag bl.a. kan opkræve bidrag forud, i løbet af året, for at dække forsikringsbehov. Således adskiller finansieringen af sådanne foreninger sig ikke væsentligt fra et privat forsikringsselskab, som også tager de forudseelige årlige behov i betragtning og beregner bidragene på dette grundlag.

29. MMB, den tyske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at en forsikringsforening som MMB ikke er en virksomhed som omhandlet i artikel 81 EF og 82 EF. De finder, at en sådan forsikringsforening i overensstemmelse med Cisal-dommen ikke udøver en økonomisk aktivitet, men udelukkende forfølger sociale mål og er en del af den sociale sikringsordning i Tyskland. Endvidere

kan arbejdstagere udøve deres rettigheder i henhold til den omhandlede forsikringsordning uafhængig af skyld eller deres arbejdsgivers indbetaling af bidrag. MMB og den tyske regering har understreget, at den omhandlede forsikring ikke udelukker nogen risici. MMB og Kommissionen har også understeget, at den pågældende forsikringsforening i Tyskland ikke har vinding for øje.

30. MMB, den tyske regering og Kommissionen har gjort gældende, at den måde, hvorpå forsikringsbidragene opkræves, og ydelserne udbetales viser, at den pågældende lovpligtige forsikringsordning anvender solidaritetsprincippet.

31. Hvad angår bidragene har MMB anført, at det fremgår af § 150 SGB VII, at alene arbejdsgiveren er ansvarlig for indbetalingen heraf, og ikke arbejdstageren. Den tyske regering har gjort gældende, at i modsætning til private forsikringspræmier, der er baseret på den forsikredes risiko, kan faktorer, der forøger risikoen, f.eks. en arbejdstagers forhistorie med hensyn til sygdom, i henhold til den omhandlede tyske forsikringsordning ikke tages i betragtning i forbindelse med beregningen af de bidrag, der skal indbetales, eller med henblik på at udelukke udbetalingen af ydelser. Ydelser udbetales uafhængig af arbejdsgiverens eller offerets skyld og uafhængigt af indbetaling af bidragene.

32. MMB, den tyske regering og Kommissionen har gjort gældende, at ulykkesforsikringsordningen i Tyskland er finansieret i overensstemmelse med princippet om efterfølgende dækning af krav. Bidrag fra medlemmer af en forsikringsforening beregnes derfor ved at fordele foreningens samlede krav fra det foregående år, herunder nødvendige henlæggelser, blandt medlemmerne. Den tyske regering har anført, at en virksomheds bidrag er baseret på de forsikredes løn, under hensyntagen til risikogruppen for den pågældende virksomheds erhvervsgren. I henhold til § 153, stk. 1, i SGB VII er de enkelte erhvervsgrene inddelt i risikogrupper, der afspejler antallet og graden af ulykkernes alvor i hver erhvervsgren.

33. Ifølge den tyske regering anvender reglerne om bidrag solidaritetsprincippet på tre niveauer. For det første skal hver forsikringsforening udfærdige en risikoskala med risikogrupperne. Virksomheder fra en bestemt erhvervsgren grupperes i et risikofællesskab, uafhængigt af den individuelle virksomheds aktuelle risiko. Ifølge den tyske regering og Kommissionen finder solidaritetsprincippet — eftersom bidragene er baseret på den risikosammenhæng, der foreligger inden for en bestemt erhvervsgren — anvendelse mellem virksomheder fra den samme erhvervsgren. For det andet baserer forsikringsforeninger generelt risikoskalaen for en bestemt erhvervsgren på ulykker af nyere dato, frem for på ældre ulykker, hvorved mange faktorer udelukkes fra risikovurderingen for en bestemt erhvervsgren. Dette solidaritetsprincip opererer derfor mellem erhvervsgrenene inden for en forsikringsforening. For det tredje virker solidaritetsprincippet mellem forsikringsforeningerne. I henhold til § 176 ff. i SGB VII skal den

anden forsikringsforening, såfremt udbetalingerne fra en forsikringsforening overstiger et bestemt beløb, betale det overskydende beløb. I den henseende har MMB anført, at der aktuelt udbetales 500-600 mio. EUR i medfør af § 176 ff. i SGB VII. Den tyske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at det ikke er nødvendigt, at et centralt organ administrerer den omhandlede forsikringsordning med henblik på at sikre, at solidaritetsprincippet overholdes, henset til kompensationsordningen mellem forsikringsforeningerne som fastsat i § 176 ff. i SGB VII.

34. Kommissionen og MMB har understreget den omhandlede tyske forsikringsordnings betydning med hensyn til at forebygge ulykker. Kommissionen har endvidere anført, at den tyske ordning med henblik på forebyggelse tilpasser de bidrag, der skal indbetales, ud fra en bestemt virksomheds tilbøjelighed til ulykker, således at størrelsen af de bidrag, der skal betales, til en vis grad hænger sammen med den forsikrede risiko. Imidlertid har Kommissionen gjort opmærksom på, at sammenhængen mellem bidrag og risiko ikke er fuldstændig, og at Domstolens krav om »direkte proportionalitet« ikke er opfyldt.

35. Hvad angår ydelserne har MMB, den tyske regering og Kommissionen hævdet, at størrelsen af de udbetalte ydelser ikke nødvendigvis er proportional med de forsikredes indkomst. Den tyske regering og MMB har understreget, at over 30% af ydelserne udbetalt af forsikringsforeningerne er naturalydelser til bl.a. forebyggelse af ulykker og godtgørelse af lægeudgifter, som er uafhængige af den forsikredes løn og de indbetalte bidrag. Hvad angår dækning af tabt arbejdsfortjeneste og pension, som afhænger af indkomsten forud for ulykken, har den tyske regering og Kommissionen gjort gældende, at den minimale og maksimale løn, der kan tages i betragtning, er fastsat i § 85 i SGB VII, hvilket indebærer en adskillelse af de indbetalte bidrag og den forsikredes løn.

36. MMB, den tyske regering og Kommissionen har understreget, at den tyske omhandlede ulykkesforsikringsordning er genstand for statslig kontrol. MMB har anført, at den er reguleret ved offentlig ret og er forpligtet til at varetage de opgaver, der påhviler den i henhold til lov. Endvidere kan rettighederne og forpligtelserne vedrørende sociale ydelser i SGB ifølge § 31 i SGB I ikke indføres, ændres eller annulleres, medmindre der er hjemmel i lov. Ifølge MMB, den tyske regering og Kommissionen er ydelserne og betingelserne for udbetaling heraf fastsat ved lov. Ifølge den tyske regering foretages beregningen af bidrag i det væsentlige af forsikringsforeningerne, navnlig fordi disse udfærdiger risikoskalaen. Imidlertid har MMB og den tyske regering gjort gældende, at udfærdigelsen af sådanne skalaer er underlagt det statslige tilsynsorgans udtrykkelige godkendelse. Ifølge den tyske regering skal forsikringsforeningerne, når de udfærdiger sådanne risikoskalaer, overholde loven, navnlig forfatningen, og de skal i overensstemmelse med § 157 i SGB VII udarbejde risikogrupper med henblik på en graduering af bidragene. MMB har anført, at bidragene skal beregnes i

overensstemmelse med § 150 i SGB VII, og at der ikke kan gøres undtagelser for individuelle virksomheder. Hertil kommer, at der er forbud mod indbyrdes konkurrence mellem forsikringsforeningerne.

2. Retlig bedømmelse

37. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om et organ som MMB kan anses for en virksomhed som omhandlet i artikel 81 EF og 82 EF. Det skal bemærkes, at tvisten for den forelæggende ret vedrører spørgsmålet, om Kattner kan opsige sin lovpligtige tilslutning til MMB. Kattner har under proceduren for den forelæggende ret gjort gældende, at MMB's monopolstilling som forsikringsudbyder er i strid med artikel 82 EF og 86 EF.

38. Det fremgår klart af sagsakterne for Domstolen, at arbejdsgivere i Tyskland principielt skal tegne forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme. I forelæggelseskendelsen har den forelæggende ret anført, at den lovpligtige tilslutning til de forskellige arbejdsgiveransvarsforsikringsforeninger i Tyskland er baseret på bestemmelser, der fastsætter hver enkelt forsikringsforenings branchemæssige og geografiske kompetencer.

39. Domstolen har fastslået, at begrebet virksomhed inden for konkurrenceretten omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde [9].

40. I Albany-sagen [10] fastslog Domstolen, idet den opsummerede sin afgørelse i Poucet og Pistre-sagen [11], at virksomhedsbegrebet ikke omfatter organer, der varetager administrationen af visse lovpligtige sociale sikringsordninger, der bygger på et solidaritetsprincip. Ifølge den i Poucet og Pistre-sagen omhandlede syge- og barselsforsikringsordning blev der udbetalt identiske ydelser til alle medlemmerne, selv om bidragene afhang af indkomsten. Alderspensionerne i henhold til alderdomsforsikringsordningen blev finansieret af de arbejdstagere, der var i beskæftigelse. Endvidere afhang de i henhold til lov fastsatte pensionsrettigheder ikke af de bidrag, der var indbetalt til alderdomsforsikringen. Endelig bidrog ordninger, der gav overskud, til finansieringen af ordninger, der havde strukturbetingede økonomiske vanskeligheder. Denne solidaritet indebar nødvendigvis, at de forskellige ordninger måtte administreres af ét organ, samt at medlemskab af disse ordninger var obligatorisk [12].

9 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, og Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 22. Det er endvidere fast retspraksis, at enhver aktivitet, der består i at tilbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er en økonomisk aktivitet. Dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7, og af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 36.

10 — Dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Sml. I, s. 5751.

11 — Dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637.

12 — Jf. præmis 78 i Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10.

41. Domstolen bemærkede endvidere i Albany-sagen, at den i modsætning hertil i dommen i sagen Fédération française des sociétés d'assurance m.fl. [13] fastslog, at et organ uden gevinst for øje, der forvaltede en alderdomsforsikringsordning, der var indført i henhold til lov som en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som byggede på et kapitaliseringsprincip, var en virksomhed som omhandlet i artikel 81 EF ff. Det forhold, at medlemskab af ordningen var frivilligt, at ordningen byggede på et kapitaliseringsprincip, og at ydelserne udelukkende afhang af de betalte medlemsbidrag samt af de økonomiske resultater af forvaltningsorganets investeringer, indebar, at organet udøvede en økonomisk virksomhed i konkurrence med livsforsikringsselskaberne [14].

42. På området for forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme fastslog Domstolen i Cisal-dommen, at et organ, dvs. INAIL, som er tillagt administrationen af en lovpligtig forsikringsordning mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, udfylder en udelukkende social funktion og ikke udøver en økonomisk aktivitet som omhandlet i konkurrenceretten. Domstolen konkluderede, at INAIL ikke udgjorde en virksomhed i henhold til artikel 81 EF og 82 EF [15].

43. Domstolen anførte i forbindelse med konklusionen i Cisal-dommen, at forsikring af arbejdsulykker og erhvervssygdomme længe har været omfattet af den sociale beskyttelse, som en medlemsstat garanterer hele sin befolkning eller dele heraf [16]. Imidlertid fastslog Domstolen, at det forhold, at en forsikringsordning har et socialt formål, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at den omhandlede virksomhed ikke kvalificeres som økonomisk virksomhed [17]. Derfor må forsikringsordningen, ud over at forfølge et socialt mål, anvende solidaritetsprincippet [18]. Da INAIL blev finansieret af bidrag, hvis satser ikke systematisk afhang af den forsikrede risiko, og størrelsen af de udbetalte ydelser ikke nødvendigvis afhang af den forsikredes indkomst, fandt Domstolen, at det forhold, at der ikke var en direkte sammenhæng mellem de indbetalte bidrag og de udbetalte ydelser, indebar solidaritet mellem de højest lønnede arbejdstagere og de, som i betragtning af deres lavere indkomst, ikke ville opnå en passende social dækning, såfremt en sådan sammenhæng forelå [19]. Domstolen fastslog, at den lovpligtige tilknytning, som er kendetegnende for en sådan forsikringsordning, er uundværlig for dennes økonomiske ligevægt såvel som for gennemførelsen af solidaritetsprincippet, der indebærer, at de ydelser, som er udbetalt til den forsikrede, ikke er proportionale med de bidrag, som den forsikrede har indbetalt [20].

44. Domstolen understregede i Cisal-dommen, efter at have bemærket, at den omhandlede italienske ordning anvender solidaritetsprincippet, at størrelsen af ydelserne og bidragene, som udgjorde to væsent-

13 — Dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Sml. I, s. 4013.
14 — Jf. præmis 79 i Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10.
15 — Jf. præmis 32 og 45 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.
16 — Jf. præmis 32 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.
17 — Jf. præmis 37 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, og præmis 86 i Albany-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10. Jf. endvidere dom af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 og C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 118.
18 — Jf. præmis 38 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.
19 — Jf. præmis 39-42 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.
20 — Jf. præmis 44 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.

lige elementer i den ordning, som INAIL forvaltede, var undergivet statslig kontrol [21].

45. Selv om det klart følger af Domstolens praksis, at selve en forsikringsordnings sociale mål er utilstrækkeligt til at udelukke en aktivitet fra at være en økonomisk aktivitet, er jeg af den opfattelse, at et sådant formål ikke desto mindre er en af de relevante faktorer, der kan lægges til grund, for at en bestemt aktivitet er af ikke-økonomisk art. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om den omhandlede lovbestemte ordning om forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme i hovedsagen har et socialt formål.

46. Med forbehold af den forelæggende rets vurdering følger det af § 1 i SGB VII, at formålet med den omhandlede forsikringsordning for det første er med alle midler at hindre arbejdsulykker og erhvervssygdomme samt alle de helbredsmæssige risici i forbindelse med arbejde, og for det andet, i tilfælde af arbejdsulykker og erhvervssygdomme, med alle midler at genoprette den forsikredes helbred og arbejdsevne og at yde økonomisk kompensation til de forsikrede eller dem, de forsørger. Endvidere fremgår det, også med forbehold af den forelæggende rets vurdering, at forsikringen udbydes i henhold til ordningen uanset offerets eller arbejdsgiverens skyld, og uanset om arbejdsgiveren rent faktisk har indbetalt bidragene. Det fremgår tillige af forelæggelseskendelsen, at forsikringsforeningerne administreres i henhold til offentlig ret og ikke har økonomisk vinding for øje.

47. Det skal endvidere undersøges, om den omhandlede tyske forsikringsordning anvender solidaritetsprincippet, og om de væsentlige elementer i denne ordning er underlagt statslig kontrol.

48. Domstolen har i forbindelse med bedømmelsen af, om den sociale sikringsordning anvender solidaritetsprincippet, navnlig fokuseret på størrelsen af de indbetalte bidrag og de udbetalte ydelser i henhold til ordningen. Solidaritetsprincippet er ikke overholdt, hvis de ydelser, der udbetales til de personer, som er dækket af en ordning, er direkte afhængige af de bidrag, de har indbetalt, eller som er indbetalt på deres vegne. Således må en social sikringsordning, der yder forsikringer mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, efter min opfattelse have elementer af omfordeling, der overstiger omfordelingen i private forsikringer [22].

49. Hvad angår satserne for bidrag i den omhandlede tyske ordning lagde Domstolen i Cisal-dommen stor vægt på, at den pågældende italienske forsikringsordning var finansieret af bidrag til en sats, der ikke systematisk

21 — Jf. præmis 44 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.

22 — Jf. i denne retning generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Albany-sagen, punkt 37-82, nævnt ovenfor i fodnote 10. Jf. endvidere generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Cisal-sagen, punkt 50-66, nævnt ovenfor i fodnote 4.

afhang af den forsikrede risiko. Det fremgår af sagsakterne, med forbehold af den forelæggende rets vurdering, at de bidrag, en arbejdsgiver indbetaler i henhold til den omhandlede tyske ordning, ikke udelukkende er beregnet på grundlag af en aktuarberegning af den enkelte virksomheds risiko [23], men i overensstemmelse med bl.a. § 152 og § 153 i SGB VII med henvisning til for det første en forsikringsforenings finansieringsbehov det foregående kalenderår, for det andet de forsikredes løn, og for det tredje risikogruppen for den erhvervsgren, som virksomhederne tilhører.

50. Hertil kommer, at erhvervsgrene i henhold til den omhandlede tyske forsikringsordning er fordelt på risikogrupper, der afhænger af den risikofaktor, der er forbundet med deres aktiviteter, og at bidrag således bl.a. beregnes på grundlag af risikoen for denne erhvervsgren og ikke udelukkende på grundlag af risikoen for en bestemt virksomhed. Oprettelsen af sådanne risikogrupper med henblik på at fastsætte bidragene sikrer efter min opfattelse, at solidaritetsprincippet finder anvendelse mellem virksomheder inden for den samme erhvervsgren. Endvidere fremgår det, med forbehold af den forelæggende rets vurdering, at § 176 i SGB VII fastsætter fordelingen mellem forsikringsforeningerne af en forsikringsforenings omkostninger, der væsentligt overstiger de omhandlede gennemsnitlige omkostninger i tyske forsikringsforeninger. Muligheden for en sådan fordeling skulle sikre, at den omhandlede tyske forsikringsordning indebærer en grad af solidaritet på nationalt plan mellem alle de forsikrede personer i Tyskland.

51. Størrelsen af de bidrag, der indbetales i henhold til den omhandlede tyske forsikringsordning, afhænger heller ikke af den forsikredes indkomst, da bestemte indbetalinger er ensartede, uanset om de bidrag, der er blevet indbetalt på vegne af denne forsikrede person, har været relativt høje eller lave. Uagtet den omstændighed, at den forsikredes indkomst i henhold til § 153 i SGB VII er en faktor ved beregningen af bidrag, har den forelæggende ret i forelæggelseskendelsen anført, at 12,4% af de samlede udbetalinger i 2002 til f.eks. ambulant eller hospitalsbehandling ikke afhang af den forsikredes indkomst.

52. Som Domstolen i denne henseende fastslog i Cisal-dommen, indebærer det forhold, at »der ikke er en direkte sammenhæng mellem de indbetalte bidrag og de udbetalte ydelser […], således solidaritet mellem de højest lønnede arbejdstagere og de, som i betragtning af deres lavere indkomst ikke ville opnå en passende social dækning, såfremt en sådan sammenhæng forelå« [24]. Jeg er endvidere af den opfattelse, at da forsikringsbidrag ikke udelukkende er baseret på den enkelte

23 — Det fremgår dog, at bidragene fra de enkelte virksomheder til en vis grad kan tilpasses ud fra deres ulykkesrate. Det bemærkes, at det fremgår af generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Cisal-sagen, at det gennemsnitlige bidrag for arbejdstagere i henhold til den italienske ordning for forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme blev beregnet som en bestemt procentsats af deres løn. Procentsatsen afhang af den gennemsnitlige risiko ved de aktiviteter, der udøvedes af den virksomhed, hvori de arbejdede. Den således fastsatte procentsats kunne ændres for enkelte virksomheder, hvis disse kunne godtgøre, at deres aktiviteter som følge af f.eks. sikkerhedsforanstaltninger var forbundet med en risiko, der er mindre end gennemsnitsrisikoen på nationalt plan. Se punkt 22 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 4.

24 — Præmis 42.

virksomheds eller en bestemt erhvervsgrens tilbøjelighed til risici, finder solidaritetsprincippet anvendelse mellem arbejdstagere i Tyskland, uanset hvilken aktivitet de udøver.

53. Hvad angår spørgsmålet, om de væsentlige elementer i den omhandlede tyske forsikringsordning er genstand for statslig kontrol, har den forelæggende ret anført, at den minimale og maksimale løn kan fastsættes i en forsikringsforenings egne regler, og at disse tal er relevante, ikke blot for fastsættelsen af bidrag, men også for ydelserne, navnlig pensioner [25]. Det er formentlig også værd at understrege, at selv om dette spørgsmål ikke udtrykkeligt blev rejst i forelæggelseskendelsen, har Kattner gjort gældende, at fastsættelsen af risikoskalaen påhviler den kompetente forsikringsforening og kun er genstand for begrænset domstolskontrol. MMB og den tyske regering har imidlertid gjort gældende, at udfærdigelsen af sådanne skalaer er underlagt det statslige tilsynsorgans udtrykkelige godkendelse.

54. Selv om forsikringsforeningerne i Tyskland naturligvis har et vist råderum til at fastsætte bidragene, og selv om disse foreninger til en vis grad kan påvirke størrelsen af nogle af de udbetalte ydelser, fremgår det, med forbehold af den forelæggende rets vurdering, at den omhandlede fleksibilitet er særligt fastsat ved lov, og at de ovennævnte [26] solidaritetselementer i ordningen opretholdes i en sådan fleksibel ordning. Således er de væsentligste parametre med henblik på at fastsætte de bidrag, der skal indbetales i henhold til den omhandlede tyske forsikringsordning, og arten af de ydelser, der følger af denne ordning, sammen med betingelserne for udbetaling af disse ydelser [27] fastsat ved lov og skal overholdes af forsikringsforeningerne.

55. Jeg er derfor af den opfattelse, at den omhandlede tyske forsikringsordning anvender solidaritetsprincippet, og at de væsentlige elementer i denne ordning er underlagt statslig kontrol. Det er imidlertid nødvendigt at behandle nogle særlige kendetegn ved den omhandlede ordning, som den forelæggende ret har gjort opmærksom på adskiller sig fra andre ordninger, som Domstolen tidligere har behandlet.

56. Den forelæggende ret har i sin forelæggelseskendelse anført, at der i Tyskland, til forskel fra Cisal-sagen, ikke er nogen regel om

25 — Jf. eventuelt modsætningsvist præmis 40 og 41 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.

26 — Jf. præmis 49-52 ovenfor.

27 — Se modsætningsvist præmis 114 i dommen i sagen Pavlov m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 17, hvori Domstolen udtalte, at den omhandlede fond selv »fastsætter bidragene og ydelserne og bygger på et kapitaliseringsprincip. Derfor afhænger fondens ydelser af de økonomiske resultater af de investeringer, fonden foretager […]«.

en øvre grænse for satser for bidrag i forbindelse med høje risici [28].

57. Efter min opfattelse skal de særlige kendetegn ved en social sikringsordning og dennes anvendelse af solidaritetsprincippet vurderes konkret under hensyn til alle de relevante omstændigheder. Det forhold, at der foreligger bestemte kendetegn ved en ordning, som Domstolen i sin tidligere praksis har anset for dokumentation for solidaritetsprincippet, er ikke nødvendigvis afgørende for andre sager. Jeg er af den opfattelse, at den forelæggende rets konklusion for så vidt angår fraværet af et udtrykkeligt [29] loft for bidrag i henhold til den tyske forsikringsordning ikke underminerer eller fjerner de solidaritetselementer, der foreligger i denne ordning [30]. En sådan faktor er kun relevant, såfremt den øver en væsentlig indflydelse på forholdet mellem de indbetalte bidrag og de udbetalte ydelser i henhold til den omhandlede ordning, hvilket medfører, at solidaritetsprincippet rent faktisk ophæves [31]. Dette forhold må den forelæggende ret tage stilling til.

58. Den forelæggende ret er endvidere af den opfattelse, at der er en væsentlig forskel på den italienske forsikringsordning i Cisal-sagen og den omhandlede tyske ordning, der består i, at INAIL er et monopol, hvorimod den tyske lovpligtige ulykkesforsikring har form af et oligopol. Hertil kommer, at MMB's »forvaltningsvirksomhed« i det væsentlige svarer til strukturen i økonomiske enheder, navnlig forsikringsselskaber. MMB »forvalter ikke ordningen, men er en del af ordningen«.

59. Efter min opfattelse kan alene den omstændighed, at en medlemsstat har valgt at uddelegere forvaltningen af en social sikringsordning til et antal forskellige enheder på et erhvervsmæssigt eller geografisk grundlag, ikke i sig selv indebære, at disse enheders aktiviteter er af økonomisk art, når de nødvendige elementer af solidaritet og statslig kontrol foreligger. En anden konklusion ville medføre, at den form for teknisk eller organisatorisk tilrettelæggelse, en medlemsstat vælger med henblik på at administrere en del af dens sociale sikringsordning, tillægges en uforholdsmæssig betydning frem for indholdet af den pågældende ordning.

60. Domstolen fastslog ganske vist i Poucet og Pistre-dommen, at aktiviteterne i en syge-, barsels- og pensionsforsikringsordning i Frankrig, som virkede på et regionalt og erhvervsmæssigt grundlag, ikke var af økono-

28 — Den forelæggende ret har understreget Domstolens udtalelse i præmis 39 i Cisal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, hvorefter »[den italienske] forsikringsordning [finansieres] gennem bidrag, hvis satser ikke er systematisk proportionale med den forsikrede risiko. Det fremgår således af sagen, at satsen ikke kan overstige en vis *øvre grænse*, selv om den udøvede virksomhed indebærer en meget høj risiko, idet finansieringsomkostningerne bæres af alle virksomhederne i samme risikogruppe« (min fremhævelse).

29 — Med forbehold af den forelæggende rets vurdering indeholder § 152 i SGB VII begrænsninger af størrelsen af det bidrag, der kan opkræves, bl.a. fastsætter § 153 i SGB VII de faktorer, der skal tages i betragtning ved beregningen af bidragene.

30 — Jf. præmis 49-52 ovenfor.

31 — Jf. præmis 49-52 ovenfor.

misk art. Desuden fastslog Domstolen i AOK-dommen [32], at aktiviteterne i sygdomsfonde i Tyskland, der var tilrettelagt på regionalt og erhvervsmæssigt grundlag, ikke var af økonomisk art.

61. Ligeledes indebærer den omstændighed, som anført af den forelæggende ret, at de tyske forsikringsforeninger ikke er tillagt forvaltningen af en tvungen forsikringsordning mod arbejdsskader og erhvervssygdomme, men nærmere den direkte levering af sådanne forsikringstjenester [33], ikke, at sådanne aktiviteter bliver af økonomisk art, når de nødvendige elementer af solidaritet og statslig kontrol foreligger.

62. Jeg er derfor af den opfattelse, at det første forelagte spørgsmål bør besvares med, at virksomhedsbegrebet i henhold til artikel 81 EF og 82 EF ikke omfatter organer som MMB, der er tillagt forvaltningen af en social sikringsordning, som er baseret på solidaritetsprincippet, med forbehold af, at alle de i dette forslag til afgørelse nævnte væsentlige elementer i denne ordning er underlagt statslig kontrol, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at fastslå.

B — *Det andet spørgsmål*

63. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, for det første om artikel 82 EF og 86 EF, for det andet om artikel 49 EF ff. skal fortolkes således, at de udelukker en forpligtelse i henhold til en medlemsstats lovgivning, hvorefter arbejdsgivere som Kattner skal tilsluttes et organ som MMB med henblik på forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme.

64. Hvad angår spørgsmålet om fortolkningen af artikel 82 EF og 86 EF fremgår det efter min opfattelse klart af disse bestemmelsers ordlyd, at de finder anvendelse på virksomheders adfærd [34]. Da jeg i forbindelse med den omhandlede tyske ordning er af den opfattelse, at et organ som MMB ikke er en virksomhed, finder jeg ikke, at artikel 82 EF og 86 EF skal fortolkes således, at de udelukker, at en arbejdsgiver som Kattners er underlagt en tvungen tilknytning til et sådant organ.

1. Parternes væsentligste argumenter vedrørende artikel 49 EF ff.

65. Kattner er af den opfattelse, at monopoler på området for tjenesteydelser udgør ikke-diskriminerende hindringer af den frie udvek-

32 — Dom af 16.3.2004, forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, Sml. I, s. 2493.

33 — Den forelæggende ret har i forelæggelseskendelsen anført, at MMB's »aktivitet i det væsentlige omfatter levering, behandling og afvikling af forsikringstjenester«.

34 — Jeg finder ingen grund til at antage, at begrebet »virksomhed« i artikel 86 EF adskiller sig fra det i artikel 81 EF og artikel 82 EF omhandlede.

sling af tjenesteydelser og etableringsfriheden, der kun kan begrundes i tvingende almene hensyn. Kattner har gjort gældende, at det som følge af forpligtelsen til at være tilsluttet en forsikringsforening rent faktisk er umuligt for private forsikringsvirksomheder at konkurrere mod disse foreninger. Endvidere er begrænsningen ikke begrundet i almene tvingende hensyn, da forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme kan leveres af private forsikringsvirksomheder.

66. MMB har gjort gældende, at de tyske forsikringsforeninger ikke kan opfylde målsætningerne fastsat ved lov uden en lovpligtig tilknytning, da de »gode risici« vil gå over til de private forsikringsvirksomheder, mens forsikringsforeningerne eller staten kun vil få de »dårlige risici«. Denne overgang vil underminere den finansielle ligevægt i hele ordningen, da de »dårlige« risici kun kan opnå privat dækning til meget høje præmietakster eller slet ikke vil kunne opnå dækning. Påstanden om, at de private forsikringsvirksomheder kan levere den omhandlede forsikring, tager ikke hensyn til, at sådanne forsikringsvirksomheder eventuelt ikke økonomisk er i stand til at levere det fulde sortiment af tjenester i den aktuelle ordning.

67. Den tyske regering har gjort gældende, at da de omhandlede forsikringsforeninger på baggrund af den udelukkende sociale art af deres aktiviteter ikke er virksomheder, tilsidesætter den kompetente medlemsstat heller ikke bl.a. den frie udveksling af tjenesteydelser ved at pålægge en lovpligtig tilslutning til sådanne sociale sikringsorganer.

68. Kommissionen er af den opfattelse, at den forpligtelse, der påhviler en virksomhed som Kattner til at tilslutte sig en forsikringsforening, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for den frie udveksling af tjenesteydelser. Kun medlemsstaterne er ansvarlige for reglerne vedrørende lovpligtig tilslutning til sådanne sociale sikringsordninger.

2. Retlig bedømmelse

69. Ifølge fast retspraksis begrænser fællesskabsretten ikke medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger, og det tilkommer i

mangel af en harmonisering på fællesskabsplan [35] hver medlemsstat i lovgivningen at fastsætte dels vilkårene for retten eller forpligtelsen til at blive tilsluttet en social sikringsordning, dels de betingelser, som en person skal opfylde for at være berettiget til ydelser [36].

70. Efter min opfattelse har dette ikke den virkning, at sociale sikringsordninger ikke er omfattet af traktatens anvendelsesområde, da medlemsstaterne ikke desto mindre ved udøvelsen af deres kompetence skal overholde fællesskabsretten [37]. Domstolen har udtalt, at visse tjenesteydelsers særlige beskaffenhed ikke kan bevirke, at disse aktiviteter ikke omfattes af det grundlæggende princip om fri udveksling. Følgelig kan den omstændighed, at de i hovedsagerne omhandlede nationale bestemmelser vedrører den sociale sikring, i princippet ikke udelukke anvendelsen af artikel 49 EF og 50 EF [38].

71. Det fremgår af sagsakterne for Domstolen, at en bestemt arbejdsgiver i Tyskland er forpligtet til ikke alene at tegne forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, men også at tegne en sådan forsikring i en bestemt forsikringsforening. Denne forpligtelse, der foreligger i henhold til det tyske retssystem, til at være tilsluttet en bestemt forsikringsforening for at være dækket af en lovpligtig forsikring, må som udgangspunkt have den virkning, at arbejdsgiverens valg af forsikringsudbyder er begrænset, da arbejdsgiveren ikke kan vælge, hvilken forsikringsforening i Tyskland han vil tilslutte sig, og heller ikke kan få en sådan dækning udelukkende fra private forsikringsvirksomheder, der er etableret i Tyskland eller i en anden medlemsstat [39].

72. Som jeg imidlertid har fremhævet ovenfor i min besvarelse af det første spørgsmål, finder jeg, med forbehold af den forelæggende rets vurdering, at den omhandlede tyske forsikringsordning er baseret på solidaritetsprin-

35 — Efter min opfattelse er bestemmelsen om forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme som en del af den sociale sikringsordning ikke harmoniseret i fællesskabsretten. Se bl.a. artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 92/49/EØF af 18.6.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring og om ændring af direktiv 73/239/EØF og 88/357/EØF (tredje skadesforsikringsdirektiv) (EFT L 228, s. 1), der bestemmer, at »[n]ærværende direktiv finder hverken anvendelse på […] de forsikringer og transaktioner eller selskaber og institutioner, som direktiv 73/239/EØF ikke finder anvendelse på, eller på de organer, der er nævnt i artikel 4 i dette«. Ifølge artikel 2, stk. 1, i Rådets første direktiv 73/239/EØF af 24.7.1973 om samordning af de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om adgang til udøvelse af direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring (EFT L 228, s. 3) vedrører dette direktiv ikke »forsikringer, der er omfattet af en lovbestemt social sikringsordning«. Jf. endvidere artikel 3, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/83/EF af 5.11.2002 om livsforsikring (EFT L 345, s. 1). Se imidlertid artikel 2, stk. 3, i direktiv 2002/83, der dog ikke er relevant for den sag, der verserer for den forelæggende ret.

36 — Domstolens dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I, s. 1931, præmis 17 og 18 og den deri nævnte retspraksis.

37 — Jf. Domstolens dom af 12.7.2001, sag C-157/99, Smits og Peerbooms, Sml. I, s. 5473, præmis 45 og 46, hvoraf det klart fremgår, at medlemsstaten, når den udøver sine kompetencer med henblik på at fastsætte »vilkårene for retten eller forpligtelsen til at blive tilsluttet en social sikringsordning […], skal overholde fællesskabsretten« (min fremhævelse).

38 — Jf. i denne forbindelse Kohl-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 20 og 21 og den deri nævnte retspraksis. Jf. endvidere Domstolens dom af 22.5.2003, sag C-355/00, Freskot, Sml. I, s. 5263, præmis 53.

39 — Der skal understreges, at Domstolen ikke råder over oplysninger om, at forpligtelsen til at være tilsluttet en bestemt forsikringsforening blev vedtaget med henblik på forskelsbehandling, eller at den har nogen diskriminerende virkning ud over dem, der følger af selve forpligtelsen. Forpligtelsen til at være tilsluttet en bestemt forsikringsforening sikrer imidlertid, at en forsikring tegnet hos en privat forsikringsvirksomhed kun kan supplere den lovpligtige forsikring.

cippet og indeholder elementer af omfordeling, der overstiger omfordelingen i en privat forsikringsvirksomhed. Jeg er derfor i tvivl om, hvorvidt de private forsikringsvirksomheder ville tilbyde forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme i Tyskland, som indeholder det omhandlede solidaritetselement [40]. Jeg er derfor af den opfattelse, at en lovpligtig tilknytning til en forsikringsforening såsom MMB rent faktisk ikke udgør en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser [41].

73. Såfremt Domstolen imidlertid skulle fastslå, at den lovpligtige tilslutning til en forsikringsforening som MMB udgør en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, må den, inden den træffer afgørelse om, hvorvidt artikel 49 EF ff. udelukker en sådan forpligtelse, undersøge, om dette kan begrundes objektivt. I denne henseende har Domstolen flere gange fastslået, at det ikke kan udelukkes, at en risiko for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt i sig selv kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde en begrænsning af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser [42].

74. Den forelæggende ret har kort i forelæggelseskendelsen anført, at den lovpligtige tilslutning ikke er væsentlig for den omhandlede tyske ordnings finansielle ligevægt eller for anvendelsen af solidaritetsprincippet. Det er imidlertid efter min mening ud fra forelæggelseskendelsen uklart, om den forelæggende rets udtalelse henviser til det manglende behov for lovpligtig tilslutning i henhold til den aktuelle tyske ordning, eller om den forelæggende ret er af den opfattelse, at den lovpligtige forsikring ikke ville være nødvendig, såfremt den aktuelle ordning blev ændret.

75. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at det tilkommer den forelæggende ret, på grundlag af alle de oplysninger, den råder over, at afgøre, om forpligtelsen til at være tilsluttet en forsikringsforening som MMB er nødvendig for den finansielle ligevægt i den aktuelle tyske forsikringsordning mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, eller om der kunne vedtages foranstaltninger, der er mindre indgribende.

40 — Den forelæggende ret har i forelæggelseskendelsen anført, at forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme udbydes af private forsikringsvirksomheder i Belgien, Danmark, Finland og Portugal. Imidlertid drives sådanne private ordninger, med forbehold af den forelæggende rets vurdering, med økonomisk vinding for øje og indeholder ikke det solidaritetselement, der foreligger i den tyske ordning. Endvidere er der i forelæggelseskendelsen, selv om det heri er anført, at Kattner har fremlagt et tilbud fra en dansk forsikringsvirksomhed, ifølge hvilket denne virksomhed kan forsikre Kattner i overensstemmelse med tysk ulykkesforsikringslov mod risiko for arbejdsulykker, erhvervssygdomme eller ulykker på vej til og fra arbejde, med samme vilkår som MMB, og de udbetalte ydelser ville blive fastsat under nøje hensyn til kataloget af ydelser i Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (den tyske lovpligtige ulykkesforsikring), ingen oplysninger om, hvorvidt den danske forsikringsvirksomhed administreres på anden måde end med økonomisk vinding for øje.

41 — Jf. analogt Freskot-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 67 og 68.

42 — Kohl-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 41, og Smits og Peerbooms-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 72, samt dom af 13.5.2003, sag C-385/99, Müller-Fauré, Sml. I, s. 4509, præmis 73, og af 19.4.2007, sag C-444/05, Stamatelaki, Sml. I, s. 3185, præmis 30.

76. På baggrund af alle de ovennævnte overvejelser og med forbehold af den forelæggende rets vurdering er jeg af den opfattelse, at artikel 49 EF ff. skal fortolkes således, at de ikke udelukker, at en arbejdsgiver som Kattner er underlagt en lovpligtig tilslutning til et organ som MMB med henblik på forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme.

VI — Forslag til afgørelse

77. I overensstemmelse hermed skal de forelagte spørgsmål i denne sag efter min opfattelse besvares således:

»1) Virksomhedsbegrebet i henhold til artikel 81 EF og 82 EF omfatter ikke organer som Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft, der er tillagt forvaltningen af en social sikringsordning, som er baseret på solidaritetsprincippet, med forbehold af, at alle de i dette forslag til afgørelse nævnte væsentlige elementer i denne ordning er underlagt statslig kontrol, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at fastslå.

2) Artikel 49 EF ff., artikel 82 EF og 86 EF skal fortolkes således, at de ikke udelukker, at en arbejdsgiver som Kattner Stahlbau GmbH er underlagt en lovpligtig tilslutning til et organ som Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft med henblik på forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme.«