FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 27. oktober 1993 *

Indhold

I — Sagens baggrund ..... I - 1213

II — Finder EKSF-traktaten eller EØF-traktaten anvendelse? ..... I - 1218

III — Hvilke artikler i EKSF-traktaten finder her anvendelse? ..... I - 1221

A — EKSF-traktatens artikel 4 ..... I - 1221

B — EKSF-traktatens artikel 60 ..... I - 1225

C — EKSF-traktatens artikel 65 ..... I - 1228

D — EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7 ..... I - 1231

IV — Har de omhandlede traktatbestemmelser direkte virkning? ..... I - 1232

A — Kan bestemmelser i EKSF-traktaten overhovedet have direkte virkning? .. I - 1233

B — De kriterier, der skal anvendes vedrørende EKSF-traktatbestemmelsers direkte virkning ..... I - 1236

C — Undersøgelse af de pågældende EKSF-traktatbestemmelsers direkte virkning ..... I - 1237

V — De nationale retters hjemmel og/eller pligt til at tilkende erstatning i anledning af tilsidesættelse af ovennævnte traktatbestemmelser ..... I - 1243

A — Undersøgelse af det fællesskabsretlige grundlag for retten til erstatning ved tilsidesættelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler ..... I - 1243

B — Detaljerede bestemmelser for et erstatningssøgsmål på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretlige bestemmelser ..... I - 1251

VI — Betydningen for de nationale retter af en beslutning vedtaget af Kommissionen i en analog konkurrencesag ..... I - 1260

A — Kommissionens og de nationale retters rolle i forbindelse med håndhævelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler ..... I - 1261

B — I hvilket omfang er de nationale retter på grund af faktiske og/eller retlige omstændigheder bundet af en kommissionsbeslutning? ..... I - 1263

* Originalsprog: nederlandsk.

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, Commercial Court (herefter benævnt »den forelæggende ret«), har i denne sag i medfør af EKSF-traktatens artikel 41 og EØF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af konkurrencereglerne i EKSF-og EØF-traktaterne. Forelæggelsen sker i anledning af en sag anlagt af H. J. Banks & Co. Ltd (herefter benævnt »Banks«) angående et erstatningskrav mod British Coal Corporation (herefter benævnt »British Coal«), hvorunder Banks gør gældende, at der er sket en tilsidesættelse af bestemmelser i henholdsvis EKSF-traktaten og EØF-traktaten.

Af hensyn til en korrekt behandling af de præjudicielle spørgsmål finder jeg det nødvendigt først at skitsere den temmelig komplekse baggrund for sagen.

I — Sagens baggrund

2. Banks er et privat selskab, der producerer kul ved hjælp af (bl.a.) udvindingsmetoder med åbne brud på grundlag af licenser, som selskabet har fået tildelt af British Coal. British Coal er et ved lov oprettet selskab, der ejes fuldt ud af den britiske stat, og som i henhold til Coal Industry Nationalisation Act 1946 (herefter benævnt »CINA 1946«) har ejendomsretten til langt den største del af det ubrudte kul i Storbritannien [1]. Det har en lovhjemlet forpligtelse til, med udelukkelse af alle andre (medmindre andet er foreskrevet i CINA 1946), at forarbejde og udvinde kul i Storbritannien [2]. Det skal endvidere sørge for en effektiv udvikling af kulminedriften [3]. I henhold til CINA 1946 kan British Coal give andre licens til udvinding af kul, enten uden eller på visse betingelser [4]. Normalt afgav British Coal licenser på et af følgende to grundlag: a) en licens på royaltybasis (herefter benævnt »royaltylicens«), hvorefter licenshaveren betaler en royalty pr. ton produceret kul og kan videresælge disse kul uden nogen begrænsninger; og b) en licens på royaltyfri basis (herefter benævnt »royaltyfri licens«), hvorefter licenshaveren i henhold til den pågældende licensaftale skal sælge og levere kul til British Coal til en bestemt pris. Denne sidste licenstype udstedes nu ikke længere af British Coal [5].

Den vigtigste aftager af kul i Det Forenede Kongerige er elproduktionssektoren (»Elec-

1 — British Coal hed i 1946 stadig »National Coal Board«. Ifølge Coal Industry Act 1987 blev navnet ændret til British Coal Corporation.

2 — Hjemmelen findes i section 1(1)(a) i CINA 1946. Af de tal, som Kommissionen gengiver i sin beslutning af 23.5.1991 (se nedenfor, punkt 3), fremgår, at den samlede kulproduktion i Det Forenede Kongerige i 1989-1990 var på ca. 96 mio. tons, hvoraf British Coal producerede omkring 93 mio. tons (dvs. ca. 97%). Der henvises tillige til nedenstående punkt 23.

3 — Section 1(1)(b) i CINA 1946.

4 — Section 36 i CINA 1946.

5 — Stadigvæk ifølge de tal, der er gengivet i den i fodnote 2 nævnte beslutning fra Kommissionen, androg den samlede kulproduktion på grundlag af licenser i 1989/1990 ca. 3 mio. tons.

tricity Supply Industry«, herefter benævnt »ESI«). Denne sektor blev privatiseret fra 1. april 1990. Siden dette tidspunkt er de vigtigste elproducenter, og dermed de vigtigste kulaftagere i England og Wales, National Power plc og PowerGen plc (herefter benævnt henholdsvis »National Power« og »PowerGen«). Kort tid inden privatiseringen, i 1989-1990, forhandlede British Coal med begge disse foretagender om kontrakter vedrørende levering af kul (herefter benævnt »kulleveringskontrakterne«), ifølge hvilke British Coal i et vist antal år (fra 1.4.1990 til 31.3.1993) sikredes salg af bestemte mængder kul til faste priser.

3. Netop disse kulleveringskontrakter førte til, at der blev indledt en procedure for Kommissionen og derefter anlagt sag ved Retten i Første Instans, sager som i mange henseender er beslægtet med den problematik, der er til behandling i sagen for den forelæggende ret. Den 28. marts 1990 indsendte National Association of Licensed Opencast Operators (herefter benævnt »NALOO«), som Banks er medlem af, og Federation of Small Mines of Great Britain (herefter benævnt »FSMGB«) en officiel klage til Kommissionen [6]. Deri anførte de: i) at British Coal havde misbrugt sin dominerende stilling som leverandør af kul, der var bestemt til elproduktion, ved i kulleveringskontrakterne at fastsætte bestemmelser til gunst for sig selv (navnlig vedrørende mængde og pris), hvilket havde skadelige følger for konkurrenterne, dvs. de små kulproducenter, der opererede på licens (påstået tilsidesættelse af EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7); ii) at de pågældende elproducenter, National Power og PowerGen, misbrugte deres dominerende stilling ved at diskriminere medlemmerne af de klagende sammenslutninger i forhold til British Coal ved indkøb af kul (påstået tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86); og iii) at de aftaler, på grundlag af hvilke British Coal gav andre licens til at udvinde kul, og navnlig royaltybeløbet, indebar en tilsidesættelse af EKSF-traktatens artikel 60 og 65 og, såfremt denne sidstnævnte bestemmelse ikke skulle finde anvendelse, af EØF-traktatens artikel 85.

I oktober-november 1990 gav British Coal sammen med ESI og den britiske regering NALOO og FSMGB et tilbud med henblik på at finde en løsning på klagen. Tilbuddet bestod bl. a. i, at British Coal ville nedsætte den royalty, der skulle betales i henhold til royaltylicenserne, til 5,50 UKL for de første 50 000 tons, og til 6,00 UKL for hvert følgende ton. NALOO og FSMGB afslog begge tilbuddet, men British Coal nedsatte alligevel royaltyen med tilbagevirkende kraft fra den 1. april 1990.

6 — Den 5.6.1990 fulgte endnu en klage fra South Wales Small Mines Association (SWSMA), der angik det samme.

Den 23. maj 1991 vedtog Kommissionen en beslutning (herefter benævnt »beslutningen«) [7]. Deri gøres udtrykkeligt opmærksom på, at det kun er situationen i England og Wales, der blev undersøgt, efter ikrafttrædelsen af kulleveringskontrakterne den 1. april 1990 mellem British Coal på den ene side og National Power og PowerGen på den anden side [8]. I beslutningen kommer Kommissionen til den konklusion: i) at EKSF-traktatens artikel 60 og 65 ikke finder anvendelse, og de dele af klagen, der støttes herpå, derfor afvises [9]. Ifølge Kommissionen vedrører artikel 60 kun sælgernes prispolitik, og den finder ikke anvendelse, når en royalty pålægges ved produktion [10], mens artikel 65 ikke finder anvendelse på kulleveringskontrakterne mellem British Coal og National Power og PowerGen, da de to sidstnævnte virksomheder ikke er virksomheder efter EKSF-traktatens artikel 80 [11]; ii) at klagen vedrørende EKSF-traktatens artikel 63 og artikel 66, stk. 7, samt EØF-traktatens artikel 85 og 86 er berettiget, for så vidt angår situationen efter den 1. april 1990, da kulleveringskontrakterne trådte i kraft [12]; iii) at, såfremt tilbuddet fra den britiske stat fra oktober 1990 vedrørende købsbetingelser omsættes til kontrakter af National Power og PowerGen, ville der ikke længere eksistere nogen forskelsbehandling mellem de licenshavende kulproducenter og British Coal, og klagen — i det omfang den havde støtte i EKSF-traktatens artikel 63 og artikel 66, stk. 7, og EØF-traktatens artikel 85 og 86 — ville ikke længere være gyldig og ville derfor blive afvist [13]; og endelig, iv) med hensyn til klagen i henhold til EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7, vedrørende de royaltyafgifter, som forlangtes af British Coal, at de nye royaltysatser, som blev foreslået af den britiske stat den 24. oktober 1990, og som derefter blev indført af British Coal med tilbagevirkende kraft fra den 1. april 1990, ikke er urimeligt høje, således at også dette klagepunkt ikke længere har nogen gyldighed og derfor må afvises.

4. Den 9. juli 1991 anlagde NALOO i medfør af EKSF-traktatens artikel 33 sag for Retten i Første Instans med påstand om annullation af beslutningen, for så vidt den vedrører NALOO's klage over den royalty, der var betalt i henhold til royaltylicenserne, og de beløb, som British Coal betalte i henhold til de royaltyfrie licenser. Denne sag blev registreret som sag T-57/91, og den verserer nu for Rettens Anden Afdeling. I stævningen gør NALOO bl. a. gældende, at Kommissionen undlod at tage hensyn til eller undlod at tage behørigt hensyn til den dokumentation og det relevante bevismateriale, som NALOO havde fremlagt, og at Kommissionen ikke har anvendt EKSF-traktaten korrekt. NALOO har endvidere ved Retten nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at genoptage sin undersøgelse af den royalty, der skal betales i henhold til royaltylicenserne, og de kulpriser, der er betalt i henhold til de royaltyfrie

7 — Beslutningen blev ikke offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Den er udformet som et brev stilet til NALOO, FSMGB og til SWSMA, og det er på Kommissionens vegne underskrevet af næstformand Sir Leon Brittan.

8 — Dette er både anført i første afsnit i beslutningen (ikke nummereret) og i afsnit 79.

9 — Afsnit 80 i beslutningen.

10 — Afsnit 47 i beslutningen.

11 — Afsnit 69 i beslutningen.

12 — Afsnit 81 i beslutningen.

13 — Afsnit 82 i beslutningen. I afsnit 67 i beslutningen anfører Kommissionen, at grundlaget for beslutningen er den antagelse, at disse kontrakter skal fjerne forskelsbehandlingen mellem British Coal og de licenstagende miner, og at Kommissionen forbeholder sig ret til at genoptage sagen, såfremt det skulle vise sig, at der ikke er grundlag for denne antagelse.

licenser. Retten gav den 30. januar 1992 British Coal tilladelse til at indtræde som intervenient i sagen. Ved kendelse af 14. juli 1993 udsatte Rettens præsident sagen i første instans i henhold til artikel 47, stk. 3, i EKSF-statutten for Domstolen, indtil Domstolen har afsagt dom i nærværende sag.

5. Efter Kommissionens beslutning har forskellige licenshavende kulproducenter, herunder Banks, anlagt erstatningssag mod British Coal ved den forelæggende ret. Kravene er baseret på, at der foreligger en tilsidesættelse af EKSF-traktatens artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og artikel 66, stk. 7. Banks gør i hovedsagen navnlig gældende, at British Coal har tilsidesat ovennævnte bestemmelser med hensyn til de royaltybeløb, som er udbetalt til selskabet i henhold til royaltylicenser, og med hensyn til de købesummer, som er betalt til selskabet i henhold til royaltyfrie licenser. Det anføres, at de af British Coal i royaltylicenserne fastsatte royalties ligger på et alt for højt niveau, således at Banks ikke har mulighed for at opnå et rimeligt overskud, mens British Coal betalte et urimeligt lavt beløb for kul, der blev leveret i henhold til royaltyfrie licenser. Da ovennævnte artikler i EKSF-traktaten ifølge Banks har direkte virkning, er selskabet af den opfattelse, at bestemmelserne medfører rettigheder for det, som den forelæggende ret skal beskytte ved at tilkende det erstatning. Såfremt British Coal's opfattelse er korrekt — nemlig at EKSF-traktaten ikke finder anvendelse på udvinding af ubrudte kul eller på de licenser, der udstedes hertil — anmoder Banks om at måtte gøre gældende, at EØF-traktatens artikel 85 og 86 finder anvendelse i den konkrete sag. Banks' erstatningskrav vedrører perioden 1986-1991.

British Coal gør derimod for den forelæggende ret navnlig gældende: i) at EKSF-traktaten ikke finder anvendelse på den foreliggende problematik; ii) at British Coal's adfærd ikke er i strid med EKSF-traktatens artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 eller artikel 66, stk. 7; iii) at disse bestemmelser ikke har direkte virkning i engelsk ret og ikke medfører rettigheder og pligter i privatretlige forhold, samt at alene Kommissionen, i det mindste som førsteinstans, har hjemmel til at afgøre, hvorvidt de anførte bestemmelser er blevet tilsidesat; og iv) at såfremt ovennævnte bestemmelser har direkte virkning, er dette kun tilfældet efter en kommissionsbeslutning og/eller efter at alle de procedurer, der er fastlagt i de anførte bestemmelser, er blevet gennemført, og/eller at alle de muligheder,

som Banks råder over i henhold til EKSF-traktaten, er udtømt.

6. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at i betragtning af de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde, er en forelæggelse på et tidligt stadium af sagen den bedste måde til at skabe klarhed over de relevante processuelle og materielretlige spørgsmål samt til at begrænse omkostningerne og spare tid. Retten har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Finder EKSF-traktatens artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og/eller artikel 66, stk. 7, anvendelse med hensyn til licenser til udvinding af ubrudt kul samt med hensyn til de heri fastsatte royalty- og betalingsbetingelser?

2) Såfremt spørgsmål 1) besvares benægtende,

i) finder EØF-traktatens artikel 85 og 86 da anvendelse på de i spørgsmål 1) anførte forhold?

ii) påvirker EØF-traktatens artikel 232, stk. 1, besvarelsen af spørgsmål i)?

3) Har EKSF-traktatens artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og/eller artikel 66, stk. 7, direkte virkning, der medfører rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte?

4) Har nationale retter i medfør af fællesskabsretten hjemmel og/eller pligt til at tilkende erstatning i anledning af tilsidesættelse af de anførte artikler i EKSF-traktaten (eller i EØF-traktaten) for tab, der er opstået som følge heraf?

5) I hvilket omfang (om overhovedet) afhænger besvarelsen af spørgsmål 3) og 4) af:

i) en forudgående afgørelse truffet af Kommissionen, og/eller

ii) at de retsmidler (om nogen) i relation dertil i henhold til EKSF-traktaten er udtømt, og/eller

iii) at de skridt eller procedurer, der er anført i de relevante bestemmelser, er blevet gennemført?

6) I hvilket omfang er en national ret bundet af en beslutning, som Kommissio-

nen har vedtaget i anledning af en klage, som sket ved dens beslutning af 23. maj 1991:

i) for så vidt angår de faktiske omstændigheder, som lagt til grund i Kommissionens beslutning; og

ii) for så vidt angår Kommissionens fortolkning af EKSF-traktatens bestemmelser?«

II — Finder EKSF-traktaten eller EØF-traktaten anvendelse?

7. Det første problem, Domstolen stilles over for, er spørgsmålet om, hvorvidt udvinding af ubrudt kul i princippet snarere falder ind under EKSF-traktatens anvendelsesområde end under EØF-traktatens anvendelsesområde, og derfor om det er EKSF-traktatens artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og artikel 66, stk. 7, frem for EØF-traktatens artikel 85 og 86, der eventuelt finder anvendelse på licenser til udvinding af disse kul og på de royalty-og betalingsbetingelser, der er fastsat i licenserne. Inden jeg vil undersøge, om de anførte bestemmelser finder anvendelse i det foreliggende tilfælde (se nedenfor, punkt 10 ff.), vil jeg først undersøge spørgsmålet om, hvorvidt EKSF-traktaten i princippet finder anvendelse på de produkter og dertil hørende aktiviteter og forretninger, som sagen for den nationale ret drejer sig om.

8. Svaret på dette spørgsmål ligger i EØF-traktatens artikel 232, stk. 1. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»Denne traktats bestemmelser ændrer ikke bestemmelserne i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, navnlig ikke medlemsstaternes rettigheder og forpligtelser, beføjelserne for dette Fællesskabs institutioner og reglerne i den nævnte traktat om, hvorledes fællesmarkedet for kul og stål skal fungere.«

Ved at indsætte denne bestemmelse har EØF-traktatens forfattere tydeligvis villet hindre retskonflikter i forbindelse med afgrænsning af EØF-traktatens anvendelsesområde i forhold til EKSF-traktatens [14]. I realiteten betyder EØF-traktatens artikel 232, stk. 1, en bekræftelse af princippet »lex specialis derogat legi generali« [15]. Som Domstolen udtalte i Gerlach-dommen, følger det af denne bestemmelse,

»at uanset EØF-traktaten gælder reglerne i EKSF-traktaten og de til gennemførelse

14 — Det samme formål har EØF-traktatens artikel 232, stk. 2, hvori er fastsat, at bestemmelserne i EØF-traktaten ikke berører bestemmelserne i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Atomenergifællesskab.

15 — Samtidig indeholder bestemmelsen en undtagelse fra det folkeretlige princip »lex posterior derogat priori«: jf. C. Vedder, »Artikel 232«, i Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, Beck, s. 1, nr. 1.

heraf udstedte bestemmelser fortsat, for så vidt angår fællesmarkedet for kul og stål« [16].

På den anden side følger det også af bestemmelsen, at for så vidt bestemte spørgsmål ikke er reguleret i EKSF-traktaten eller dens gennemførelsesbestemmelser, *kan* EØF-traktatens bestemmelser eller dens gennemførelsesbestemmelser godt finde anvendelse, selv om det drejer sig om produkter, der i princippet falder ind under EKSF-traktatens anvendelsesområde. I dommen Deutsche Babcock Handel har Domstolen bekræftet, at artikel 232, stk. 1, tillige har denne anden funktion:

»Denne bestemmelse må allerede efter sin ordlyd fortolkes således, at i det omfang et forhold ikke er reguleret i EKSF-traktatens bestemmelser eller i forskrifter udstedt med hjemmel i denne, finder EØF-traktaten og gennemførelsesbestemmelserne dertil anvendelse på varer, der omfattes af EKSF-traktaten.« [17]

Jeg tilføjer straks, at EKSF-traktaten på det konkurrenceretlige område indeholder en lang række specielle bestemmelser, hvoraf nogle få vil blive behandlet senere, således at når det gælder sager, hvori de konkurrenceretlige spørgsmål er de centrale, mister en subsidiær anvendelse af EØF-bestemmelserne i vidt omfang deres betydning [18].

9. Det er også tilfældet her. Efter min opfattelse er licenser til at udvinde ubrudt kul og de deri fastsatte betingelser vedrørende royalties eller salgspriser absolut omfattet af EKSF-traktaten. Artikel 80 i EKSF-traktaten lader ikke herske nogen tvivl om, at begge parter i hovedsagen, Banks og British Coal, er virksomheder, som er omfattet af EKSF-traktaten: »Ved virksomhed forstås i denne traktat virksomheder, der på de i artikel 79, stk. 1, nævnte områder udøver en *produktionsvirksomhed inden for kul-og stålsektoren* (...)« [19]. Af Vloeberghs-dommen fremgår, at brydning (eller udvinding) af kul naturligvis falder ind under begrebet »produktionsvirksomhed inden for kulsektoren«, som omhandlet i ovennævnte definition, og dette *uanset* om denne aktivitet er defineret i nomenklaturen i bilag I til EKSF-traktaten. Domstolen udtalte nemlig i den dom med hensyn til begrebet virksomhed i artikel 80, at

»*bortset fra udvinding* betragter traktaten kun de aktiviteter som produktionsvirksomhed, som den udtrykkelig anerkender som sådanne;

16 — Dom af 24.10.1985 (sag 239/84, Gerlach, Sml. s. 3507, præmis 9).

17 — Dom af 15.12.1987 (sag 328/85, Deutsche Babcock Handel, Sml. s. 5119, præmis 10).

18 — Jf. E.-U. Petersmann, »Artikel 232«, i Von der Groeben-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, IV, Baden-Baden, Nomos, 1991, s. 5715-5716.

19 — Min egen fremhævelse. I artikel 79, stk. 1, i EKSF-traktaten er fastsat, for hvilke nationale områder EKSF-traktaten finder anvendelse.

til besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt aktivitet hører til 'produktionsvirksomhed', skal der tages udgangspunkt i definitionerne i nomenklaturen i traktatens bilag I« [20].

Udvinding eller brydning af kul hører således utvivlsomt til »produktionsvirksomhed« efter EKSF-traktatens artikel 80 [21], naturligvis under den forudsætning, at det drejer sig om »brændselsstoffer« som anført i traktatens bilag I. Dette sidstnævnte er ubestrideligt, da der i bilaget, hvori er givet en definition af udtrykkene »kul« og »stål«, som er omfattet af EKSF-traktaten (jf. EKSF-traktatens artikel 81), først og fremmest under pos. 3100 er anført stenkul, dvs. den type kul, der produceres i Storbritannien. Den britiske regerings argument om, at *ubrudt* kul ikke kan anses for at være sådanne produkter, fordi de pr. definition endnu ikke kan bringes i handelen i medlemsstaterne, og der derfor ikke kan eksistere noget fælles marked for dem, kan ikke ændre dette. For sagen er den, at i dommen i sagen Société des Fonderies de Pont-à-Mousson fastslog Domstolen utvetydigt, at anvendelsen af udtrykkene »produktionsvirksomhed« og »produkt« som omhandlet henholdsvis i artikel 80 i EKSF-traktaten og i traktatens bilag I, punkt 1, ikke alene kan begrænses til fremstillingen af genstande, som er beregnet til at blive bragt på markedet [22]. Af systemet i EKSF-traktatens bilag I, som under overskriften »Jern og stål« nævner en lang række produkter, der ofte forarbejdes til teknisk set forskellige produkter, udledte Domstolen i ovennævnte dom, at også »et halvfabrikat, der på en vis måde kun eksisterer midlertidigt«, er omfattet af EKSF-traktaten [23]. Også ubrudte stenkul, der er bestemt til at blive sorteret og eventuelt vasket med henblik på salg, (og som i den forstand kun eksisterer midlertidigt), er derfor et produkt som er omfattet af EKSF-traktatens bilag I. I øvrigt indrømmer den britiske regering selv i sine skriftlige indlæg, at de betingelser, på hvilke der meddeles licens til udvinding af ubrudte kul, i visse tilfælde kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne med de pågældende kul eller deraf afledede produkter [24].

20 — Dom af 14.7.1961 (forenede sager 9/60 og 12/60, Vloeberghs, Sml. 1954-1964, s. 261, jf. s. 262, org. ref.: Rec. s. 391, jf. s. 422 og 423) (min fremhævelse). Jf. allerede den betydning, som generaladvokat Lagrange i sagen Société des Fonderies de Pont-à-Mousson tillægger udtrykket »produktionsvirksomhed« i EKSF-traktatens artikel 80, nemlig »alt det, som omfatter den samlede fremstillingscyklus for det mest forarbejdede produkt, fra udvinding af råstoffet til det forarbejdningsstadium, der anses for at være det endelige«: sag 14/59 (Sml. 1954-1964, s. 153, org. ref.: Rec. 1959, s. 493).

21 — Se endvidere forslag til afgørelse fra generaladvokat Roemer i de forenede sager 9/60 og 12/60, hvori han udtaler, at det af bilag I til EKSF-traktaten fremgår »at også på området for stenkul tales der om 'produktionsvirksomhed', endda også ved brunkul, selv om der ikke sker nogen forarbejdning her, men der udelukkende brydes et råstof. Brydning af stenkul er i sig selv således 'produktionsvirksomhed' i traktatens forstand«: (Sml. 1954-1964, s. 261, org. ref.: Rec. 1961, s. 441 og 442).

22 — Dom af 17.12.1959 i sag 14/59 (Sml. 1954-1964, s. 153, jf. s. 154, org. ref.: Rec. s. 445, navnlig s. 470).

23 — Ibid. (org. ref.: Rec. s. 472).

24 — Jeg anser det ikke for nødvendigt at gå nærmere ind på de to øvrige argumenter, som den britiske regering fremfører for at påvise, at ubrudte kul ikke udgør produkter som omhandlet i EKSF-traktatens bilag I: i) det første argument om, at dette skulle følge af, at de råstoffer, der er omhandlet i OEEC's kode nr. 4190, er udelukket fra beskrivelsen i bilag I, kan ikke bruges, da den omhandlede kode ifølge note 1 i bilaget kun vedrører »andre ikke andetsteds nævnte råstoffer til fremstilling af *rå jern og stål*« og således ikke fast brændsel, hvorunder stenkul; ii) det andet argument, der er hentet fra en meddelelse, som Kommissionen i 1986 har givet vedrørende fortolkningen af begreberne »stenkul« og »brunkul« i bilag I til EKSF-traktaten (meddelelse 86/C254/02, EFT C 254, s. 2) kan efter min opfattelse heller ikke holde. Efter min opfattelse kan det ikke af den omstændighed, at Kommissionen har besluttet at anse visse former for fast brændsel, der produceres i Spanien, som stenkul i henhold til ovennævnte bilag, udledes, at Kommissionen dermed udelukkede, at disse stenkul i ubrudt stand ikke var noget produkt efter EKSF-traktatens bilag I.

III — Hvilke artikler i EKSF-traktaten finder her anvendelse?

10. I sine spørgsmål nævner den forelæggende ret fire bestemmelser i EKSF-traktaten, nemlig artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og artikel 66, stk. 7, og problemet er, hvilke af disse bestemmelser der finder anvendelse på licenser til at udvinde ubrudte kul og på de i licenserne fastsatte royalty- og betalingsbetingelser. Jeg vil nu behandle hver enkelt af disse bestemmelser i rækkefølge samt de argumenter, der er fremsat for eller imod deres anvendelse.

A — *EKSF-traktatens artikel 4*

11. De omtalte afsnit af artikel 4 i EKSF-traktaten lyder som følger:

»I overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat ophæves og forbydes følgende inden for Fællesskabet som uforeneligt med fællesmarkedet for kul og stål:(...)

b) forholdsregler eller fremgangsmåder, som medfører en forskelsbehandling af producenter, købere eller forbrugere, navnlig med hensyn til pris- eller leveringsbetingelser og transporttariffer, samt forholdsregler og fremgangsmåder, der hindrer køberens frie valg af leverandør;
(...)

d) restriktive fremgangsmåder, der tilsigter opdeling eller udnyttelse af markederne.«

Om anvendelsen af denne traktatbestemmelse på nærværende sag er meningerne meget delte. Ifølge Banks er fremgangsmåder, der medfører forskelsbehandling og begrænsninger med hensyn til produktion af kul, herunder meddelelse af licenser til udvinding af kul, omfattet af ovennævnte bestemmelser. British Coal og den britiske regering gør derimod gældende, at artikel 4, litra d), ikke kan finde anvendelse alene, men kun sammenholdt med de andre artikler i EKSF-traktaten, som der henvises til i de præjudicielle spørgsmål. Også Kommissionens opfattelse går i den retning: EKSF-traktatens artikel 4, litra d), skal efter Kommissionens opfattelse sammenholdes med de øvrige traktatbestemmelser og er ikke i sig selv tilstrækkelig præcis og fuldstændig til at finde anvendelse på de licenser, der her er tale om.

12. Hvad skal man mene herom? Der er sikkert ingen tvivl om, at artikel 4 er af grundlæggende betydning for EKSF-traktaten. Det følger allerede af EKSF-traktatens artikel 2, som gør gennemførelsen af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskabs formål afhængig af »oprettelsen af et fælles

marked på de i artikel 4 fastsatte betingelser« [25]. Domstolen har fra sine allerførste domme, i sagerne 1/54 og 2/54, understreget den afgørende betydning af EKSF-traktatens artikel 4 (og tillige artikel 2 og 3). Det drejer sig om »grundlæggende bestemmelser, hvorved Fællesskabets fælles marked og fælles formål er oprettet« [26].

Desuden giver Domstolens praksis adskillige holdepunkter til besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt artikel 4 i EKSF-traktaten i sig selv kan anvendes, eller om det kun kan ske — som man ville kunne udlede af en bestemt fortolkning af ordlyden — »i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat«.

13. Den første væsentlige afgørelse i den forbindelse er dommen Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises. Skønt Domstolen indrømmede, at en del af de i artikel 4 nævnte fremgangsmåder også er omfattet af andre bestemmelser i EKSF-traktaten, understregede den på grundlag af traktatens artikel 84, at [27]:

»De i disse tekster indeholdte bestemmelser har derfor samme bindende virkning; de må ikke bruges mod hinanden, men skal derimod betragtes i indbyrdes sammenhæng for at nå frem til den korrekte anvendelse.« [28]

Efter at Domstolen havde gjort opmærksom på den grundlæggende betydning, som artikel 4 (og artikel 2 og 3) har inden for rammerne af EKSF-traktaten, udtalte den:

»Af samme grund er bestemmelserne i artikel 4 i sig selv tilstrækkelige, og de finder umiddelbart anvendelse, når de ikke er gentaget andetsteds i traktaten.

Når artikel 4's bestemmelser derimod er nævnt, gentaget eller nærmere fastsat andre steder i traktaten, skal de regler, der angår én og samme bestemmelse, betragtes som en helhed og anvendes under ét.« [29]

25 — Der henvises ligeledes udtrykkeligt til artikel 4 i adskillige andre bestemmelser i EKSF-traktaten: f. eks. traktatens artikel 58, stk. 2, artikel 60, stk. 1 (se nedenfor, punkt 17), artikel 66, stk. 2, andet afsnit, artikel 86, andet afsnit, artikel 88, tredje afsnit, og artikel 95, første og tredje afsnit.

26 — Domme af 21.12.1954 (sag 1/54, Frankrig mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 1, org. ref.: Rec. s. 7, på s. 23, og sag 2/54, Italien mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 5, org. ref.: Rec. s. 73, på s. 90). Domstolen bekræftede dette bl. a. i dom af 23.4.1956 (forenede sager 7/54 og 9/54, Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises, Sml. 1954-1964, s. 21, på s. 23, org. ref.: Rec. s. 53, på s. 91); se tillige nyere dom af 18.3.1980 (forenede sager 154/78, 205/78, 206/78, 226/78-228/78, 263/78 og 264/78, 39/79, 31/79, 83/79 og 85/79, Valsabbia, Sml. s. 907, præmis 82).

27 — I henhold til denne artikel skal der ved ordene »denne traktat« i EKSF-traktaten forstås: »som sigtende til bestemmelserne i traktaten og dens bilag, i tillægsprotokollerne og i konventionen om overgangsbestemmelserne«.

28 — Dom i sagen Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises, anført i fodnote 26 (org. ref.: Rec. på s. 91).

29 — Dom i sagen Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises (Sml. 1954-1964, s. 23, org. ref.: Rec. s. 91).

Domstolen har gentagne gange bekræftet denne fortolkning af EKSF-traktatens artikel 4. Det skete navnlig i de domme, der blev afsagt den 21. og 26. juni 1958 i en sag, der var anlagt af virksomheder og sammenslutninger af virksomheder med påstand om annullation af forskellige bestemmelser i beslutning nr. 2/57 fra Den Høje Myndighed [30]. I disse domme anførte Domstolen endvidere udtrykkeligt, at EKSF-traktatens artikel 4 »altid« skal overholdes, da den bl.a. fastlægger Fællesskabets grundlæggende målsætning, at bestemmelserne i denne artikel har »tvingende karakter«, og at de »er tilstrækkelige i sig selv, er umiddelbart anvendelige, når de ikke er gentaget i nogen bestemmelse i traktaten.« [31]

14. Vejledende for spørgsmålet om forholdet mellem artikel 4 og andre, mere specielle bestemmelser i EKSF-traktaten er endvidere Geitling-dommen og udtalelse 1/61. I førstnævnte sag forkastede Domstolen udtrykkeligt det anbringende, at EKSF-traktatens artikel 65 på grund af lex specialis-virkningen skulle udelukke anvendelsen af artikel 4, *litra b)*:

»Traktatens artikel 4, litra b) og artikel 65 regulerer — hver inden for sit anvendelsesområde — forskellige aspekter af erhvervslivet.

Disse to artikler hverken udelukker eller ophæver hinanden, de tjener tværtimod til at gennemføre Fællesskabets formål, de supplerer derfor hinanden i så henseende.

I visse tilfælde kan deres bestemmelser dække kendsgerninger, der berettiger en samtidig og sammenfaldende anvendelse af de nævnte artikler.« [32]

Domstolen besluttede faktisk, at den i den pågældende sag omtvistede bestemmelse i en aftale om salgskontorer, der var indgået mellem kulproducenter, ikke kunne hæves i henhold til EKSF-traktatens artikel 65, stk. 2, og at den endvidere kunne give anledning til forskelsbehandling som omhandlet i artikel 4, litra b).

30 — Den Høje Myndigheds beslutning nr. 2/57 af 26.1.1957 om en finansiel ordning, som skal sikre en regelmæssig skrotforsyning på det fælles marked, (JO nr. 4 af 28.1.1957). I denne beslutning indførte Den Høje Myndighed en række udligningsordninger for skrot i henhold til EKSF-traktatens artikel 53.

31 — Domme af 21.6.1958 (sag 8/57, Groupement des Hauts Fourneaux et Aciéries belges, Sml. 1954-1964, s. 105, på s. 106, org. ref.: Rec. s. 223, på s. 242, og sag 13/57, Wirtschaftsvereinigung Eisen-und Stahlindustrie m.fl., Sml. 1954-1964, s. 109, org. ref.: Rec. s. 259, på s. 288), domme af 26.6.1958 (sag 9/57, Chambre Syndicale de la Sidérurgie Française, Sml. 1954-1964, s. 113, org. ref.: Rec. s. 363, på s. 382, sag 10/57, Société des Anciens Etablissements Aubert et Duval, Sml. 1954-1964, s. 117, org. ref.: Rec. s. 399, på s. 417, sag 11/57, Société d'Electro-Chimie, d'Electro-Métallurgie et des Aciéries Electriques d'Ugine, Sml. 1954-1964, s. 119, org. ref.: Rec. s. 435, på s. 454 og sag 12/57, Syndicat de la Sidérurgie du Centre-Midi, Sml. 1954-1964, s. 121, org. ref.: Rec. s. 471, på s. 491 og 492).

32 — Dom af 20.3.1957 (sag 2/56, Geitling, Sml. 1954-1964, s. 41, på s. 42, org. ref.: Rec. s. 9, på s. 44).

I udtalelse 1/61 — hidtil den eneste udtalelse, hvor Domstolen gik nærmere ind på EKSF-traktatens artikel 4, litra d) — undersøgte Domstolen bl. a., om et forslag fra Den Høje Myndighed og Det Særlige Ministerudvalg om ændring af EKSF-traktatens artikel 65 var foreneligt med artikel 4, litra d). Om rækkevidden af artikel 4, litra d), fastslog Domstolen først,

»at dette forbud åbenbart har til formål at hindre, at virksomhederne gennem en restriktiv praksis opnår en stilling, som sætter dem i stand til at fordele eller udnytte markederne;

at denne forbudsbestemmelse er af meget streng karakter og er kendetegnende for det regelsæt, der indføres ved traktaten;

at artikel 65, som indeholder gennemførelsesbestemmelserne for ovennævnte princip, i stk. 1 fastsætter rækkevidden af det generelle forbud ved navnlig at forbyde aftaler, der har til formål at fastlægge eller bestemme priserne, at begrænse eller styre produktionen osv. og at fordele markederne, produkterne, aftagerne eller forsyningskilderne« [33].

Af sin analyse af den undtagelsesbestemmelse, som EKSF-traktatens artikel 65, stk. 2, første afsnit, litra c), indeholder fra det i artikel 65, stk. 1, nærmere præciserede forbud, udledte Domstolen derefter, at førstnævnte bestemmelse »fastsætter et objektivt kriterium, der muliggør en vurdering af de tilfælde, hvor et kartel under alle omstændigheder ville være uforeneligt med forbuddet i artikel 4, litra d)« [34]. Muligheden for undtagelse fra de i artikel 65, stk. 2, første afsnit, litra c), fastsatte betingelser, som var fastsat i det udkast, der var forelagt Domstolen til udtalelse, betød derfor efter Domstolens opfattelse en tilsidesættelse af forbuddet i artikel 4, litra d).

15. Af denne praksis udleder jeg følgende med hensyn til EKSF-traktatens artikel 4's status og dens forhold til andre, mere specielle traktatbestemmelser. For det første skal bestemmelsen, da den ligesom EKSF-traktatens artikel 2, 3 og 5 indeholder grundlæggende målsætninger for Det Europæiske Kul-og Stålfællesskab, *altid* overholdes: Domstolen udtaler udtrykkeligt, at *alle* de bestemmelser, altså også artikel 4, *er bindende*. Desuden har Domstolen for så vidt angår artikel 4 utvetydigt udtalt, at artiklen i sig selv er tilstrækkelig, og at den derfor er *umiddelbart anvendelig*, når den ikke er gentaget i nogen anden bestemmelse i traktaten. Med andre ord, såfremt artikel 4 dækker situationer, der ikke er nærmere reguleret i en anden traktatbestemmelse, har bestemmelsen en *selvstændig* virkning. Endelig gælder, at såfremt bestemmelserne i artikel 4 er gentaget i en anden bestemmelse i EKSF-traktaten, er artikel 4 på ingen måde underordnet sådanne bestemmelser, men den

33 — Udtalelse 1/61 af 13.12.1961 (Sml. 1954-1964, s. 265, org. ref.: Rec. s. 509, på s. 519).

34 — Udtalelse 1/61, s. 266 (org. ref.: Rec. s. 519).

har *samme bindende kraft,* og den skal betragtes og anvendes i sammenhæng, dvs. sammen med de pågældende bestemmelser. Sagt på en anden måde: også med hensyn til traktatbestemmelser, der gennemfører eller præciserer omfanget af de forbud, der er indeholdt i artikel 4, spiller artikel 4 fortsat en *supplerende rolle.*

16. Da jeg herefter kommer til den konklusion, at der i det konkrete tilfælde også er andre, mere specielle traktatbestemmelser, især EKSF-traktatens artikel 65 og artikel 66, stk. 7, der finder anvendelse — men ikke traktatens artikel 60 — må det af ovenstående udledes, at der tilkommer artikel 4 en supplerende virkning for så vidt angår de i denne sag omhandlede kuludvindingslicenser og de deri fastsatte betingelser inden for artikel 65 og artikel 66, stk. 7's anvendelsesområde, mens den uden for dette område har en selvstændig virkning.

B — *EKSF-traktatens artikel 60*

17. Finder EKSF-traktatens artikel 60 anvendelse i denne sag? Bestemmelsens stk. 1 lyder:

»Hvad angår priser er alle fremgangsmåder, som strider mod artikel 2,3 og 4 forbudt, navnlig:

— illoyal konkurrence, i særdeleshed rent midlertidige og rent lokalt begrænsede prisnedsættelser, der sigter på at opnå en monopolstilling inden for det fælles marked

— forskelsbehandling, som indebærer, at en sælger på det fælles marked anvender ulige vilkår for forretninger af samme art, navnlig afhængigt af købernes nationalitet.

Den Høje Myndighed kan ved beslutninger, som træffes efter, at der er indhentet udtalelse fra Det Rådgivende Udvalg og Rådet, angive de fremgangsmåder, der skal omfattes af dette forbud.«

Også her står der to anbringender over for hinanden. Banks fastholder, at artikel 60 skal fortolkes vidt og ikke kun finder anvendelse på priser og prislister, men tillige på salgsbetingelser og anden praksis, som har indflydelse på priserne. Royaltyfrie licenser (se ovenfor, punkt 2) har ifølge Banks en sådan indflydelse på salgspriserne. I modsætning til det resultat, Kommissionen nåede frem til i sin beslutning, er Banks af den opfattelse, at artikel 60 ikke kun vedrører dominerende sælgeres prispolitik, men tillige prisbetingelser, der tager sigte på en forskelsbehandling eller på udnyttelse af markedet til fordel for en dominerende køber. Også royaltylicenser (ibid.), anføres det, er omfattet af artikel 60,

da royaltyen økonomisk og juridisk er ubrydeligt knyttet sammen med udgiften til kul og derfor får indflydelse på og indgår som et led i den af licenstageren eller licensgiveren fastsatte salgspris for kul.

Ifølge British Coal, den britiske regering og Kommissionen finder EKSF-traktatens artikel 60 derimod ikke anvendelse på licenser til udvinding af ubrudte kul eller på royalties, der opkræves i forbindelse med udvindingen af disse. Bestemmelsen vedrører kun kulsælgernes pris, anføres det, og har derfor på ingen måde noget at gøre med de royalties, der betales til British Coal eller købesummer, der betales af British Coal. Det fremgår også af placeringen af artikel 60 i EKSF-traktaten og af den sekundære fællesskabsret.

18. Efter min opfattelse er der ikke — hverken i traktatbestemmelsens formål, kontekst, system eller ordlyd — tilstrækkelig støtte for den meget vide fortolkning af artikel 60, som Banks går ind for. For så vidt angår *formålet* anførte generaladvokat VerLoren van Themaat — på grundlag af en sammenligning med bestemmelsens amerikanske inspirationskilder [35] — i sit forslag til afgørelse i Bertoli-sagen følgende: Meningen med denne bestemmelse er inden for kul- og stålsektoren, der overvejende består af et fåtal af dominerende virksomheder,

»at beskytte de små virksomheder mod overgreb af prispolitisk karakter fra et fåtal af dominerende virksomheders side eller mod virksomheder, der besad et monopol, altså mod metoder, der tillod disse sidste at befæste deres dominerende stilling. Formålet er altså at hindre, at nogle få virksomheder ved deres praksis begrænser konkurrencen« [36].

Såfremt formålet ikke giver noget svar på den nøjagtige rækkevidde af artikel 60, er dette i hvert fald tilfældet med *konteksten*. Af artiklens placering i kapitel V, der omhandler priser, fremgår nemlig, at den tager sigte på illoyal praksis og forskelsbehandling med hensyn til priser hos *sælgerne* i modsætning til EKSF-traktatens artikel 63, der har til formål at regulere *købernes* diskriminerende praksis med hensyn til priser, mens traktatens artikel 61 og 62 vedrører de indgreb, som Den Høje Myndighed kan foretage i prisniveauet ved hjælp af minimums-og maksimumspriser eller udligningsordninger mellem virksomhederne.

Med hensyn til det i artikel 60 fastsatte *system* har Domstolen i sag 1/54 og sag 2/54 anført, at forholdet mellem artiklens stk. 1 og stk. 2 er som mellem »formål og middel« [37]. I stk. 1 forbydes priser, der udgør

35 — Nemlig Clayton Act 1914 og Robinson-Patman Act 1936.

36 — Forslag til afgørelse i sag 8/83, Bertoli, (Sml. 1984, s. 1665, på s. 1666). Det forklarer ifølge generaladvokaten også, hvorfor der i EØF-traktaten ikke findes nogen bestemmelse, der svarer til artikel 60 i EKSF-traktaten. De fleste erhvervssektorer, der er omfattet af EØF-traktaten, havde i 1958 ikke den samme karakter af et fåtal af dominerende virksomheder.

37 — Dommene er anført i fodnote 26 (sag 1/54, org. ref.: Rec. s. 20, og sag 2/54, org. ref.: Rec. s. 88). Lidt senere understregede Domstolen, at reglerne i stk. 2 er et velegnet middel til offentliggørelse: EKSF-traktaten anser dem »som et velegnet middel til at opnå de i stk. 1 anførte mål« (org. ref.: Rec. hhv. s. 25 og s. 92).

»illoyal konkurrence og forskelsbehandling« [38], mens stk. 2 fastsætter et system med obligatorisk offentliggørelse af prislister og salgsbetingelser. Af den redegørelse, som Domstolen i de samme domme kom med, og som senere er blevet gentaget i Rumi-dommen, om hvordan reglerne om offentliggørelse i artikel 60, stk. 2, virker, fremgår, at det kun er *adfærd i forbindelse med salg*, der henvises til:

»Denne obligatoriske offentliggørelse har til formål 1) så vidt muligt at hindre forbudt adfærd, 2) at give køberne mulighed for at skaffe sig nøjagtige prisoplysninger og for at deltage i kontrollen med, at der ikke sker forskelsbehandling, 3) at give virksomhederne adgang til præcise oplysninger om konkurrenternes priser, således at de får mulighed for at gennemføre en tilpasning.« [39]

Endelig tyder også *ordlyden* af denne bestemmelse på, at traktatens forfattere kun havde *sælgere* for øje: i) stk. 1, første led, forbyder midlertidige og rent lokalt begrænsede prisnedsættelser, der sigter på at opnå en monopolstilling, et forbud der kun har mening, såfremt det anvendes på sælgerne; ii) stk. 1, andet led, pålægger udtrykkeligt sælgerne et forbud mod på det fælles marked at anvende ulige vilkår for forretninger af samme art; og iii) stk. 2 fastsætter bestemmelser for den obligatoriske offentliggørelse af prislister, dvs. ifølge Domstolen »de priser, til hvilke virksomhederne erklærer sig villige til at sælge deres produkter« [40], og salgsbetingelser, der anvendes af virksomhederne på det fælles marked [således litra a)]. Også af bestemmelserne i den sekundære fællesskabsret, som Den Høje Myndighed har fastsat i medfør af henholdsvis EKSF-traktatens artikel 60, stk. 1 [41], og artikel 60, stk. 2 [42], fremgår, at artikel 60 kun vedrører sælgernes adfærd med hensyn til pris.

Af alt dette konkluderer jeg, at der med artikel 60 tilstræbes en aktiv konkurrence på kul- og stålmarkedet ved at hindre, at et fåtal af dominerende virksomheder ved fastsættelsen af deres salgspriser anvender illoyal konkurrence, navnlig prisnedsættelser (stk. 1, første led), eller forskelsbehandling

38 — Dom i sag 1/54 (org. ref.: Rec. s. 23) og sag 2/54 (org. ref.: Rec. s. 91).

39 — Citatet stammer fra dom af 12.7.1979 (sag 149/78, Rumi, Sml. s. 2523, præmis 10), dom i sag 1/54 (org. ref.: Rec. s. 24) og i sag 2/54 (org. ref.: Rec. s. 92). Domstolen tilføjede i begge de sidstnævnte domme, at offentliggørelse kun er et af de midler, der er fastsat i EKSF-traktaten, til at nå de nævnte mål, og at de i sig selv er utilstrækkelige til at sikre, at de faktisk bliver realiseret.

40 — Dommene i sag 1/54 (org. ref.: Rec. s. 26) og i sag 2/54 (org. ref.: Rec. s. 94).

41 — EKSF-traktatens artikel 60, stk. 1 in fine (se teksten i punkt 17) giver Den Høje Myndighed mulighed for ved beslutninger at angive de fremgangsmåder, der skal omfattes af forbuddet i stk. 1. Den Høje Myndighed har benyttet sig heraf i beslutning 30/53 af 2.5.1953 om de fremgangsmåder, som i henhold til traktatens artikel 60, stk. 1, er forbudt inden for det fælles marked for kul og stål (JO 1953 nr. 6, s. 109), siden ændret ved beslutning 1/54 af 7.1.1954 (JO 1954 nr. 1, s. 217), ved beslutning 19/63 af 11.12.1963 (JO 1963 nr. 187, s. 2969), ved beslutning 72/440/EKSF af 22.12.1972 (EFT 1972, 28.-30.12., s. 27) og ved beslutning 1834/81/EKSF af 3.7.1981 (EFT L 184, s. 7). Den adfærd, der efter beslutningens artikel 2, 4, 5 og 6 er forbudt i henhold til artikel 60, stk. 1, er i alle tilfælde *sælgernes* adfærd med hensyn til pris.

42 — Se bl. a. den af Kommissionen nævnte beslutning 4/53 fra Den Høje Myndighed af 12.2.1953 om vilkårene for offentliggørelse af prislister og salgsbetingelser anvendt af virksomheder inden for kul-og jernmalmindustrien (JO 1953 nr. 2, s. 3), ændret ved beslutning 22/63 af 11.12.1963 (JO 1963 nr. 187, s. 2975), ved beslutning 19/67 af 21.6.1967 (JO 1967 nr. 124, s. 2429) og ved beslutning 72/442/EKSF af 22.12.1972 (EFT 1972, 28.-30.12., s. 32).

mellem forskellige aftagere, der har ensartede forhold (stk. 1, andet led), med henblik på monopoldannelse. Det er en anden hypotese end den, der foreligger i sagen for den nationale ret. I den sag giver en part, der allerede har et monopol, produktionslicenser til andre virksomheder, hvor licenstager enten skal betale en produktionsafhængig royalty, og hvor der således ikke sker noget køb eller salg mellem parterne, eller skal sælge produkterne til en bestemt pris til licens*giver*, hvor salget således ikke sker fra den dominerende virksomhed. EKSF-traktatens artikel 60 omhandler ikke sådanne situationer. Men som det vil blive forklaret i det følgende, kan disse situationer alligevel være omfattet af traktatens artikel 65 og artikel 66, stk. 7.

ner og alle former for samordnet praksis, som har til formål direkte eller indirekte at hindre, begrænse eller fordreje den normale konkurrence på det fælles marked, er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

a) fastsættelse eller bestemmelse af priser

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder, produkter, aftagere eller forsyningskilder.«

C — *EKSF-traktatens artikel 65*

19. Procesdeltagerne er heller ikke enige om, hvorvidt EKSF-traktatens artikel 65 finder anvendelse på licenser til udvinding af ubrudt kul og de i den forbindelse gældende royalty- og betalingsbetingelser. Jeg gengiver her bestemmelsens stk. 1:

Banks og Kommissionen er af den opfattelse, at artikel 65 finder anvendelse i det konkrete tilfælde. Licenser til udvinding af kul er efter deres opfattelse aftaler mellem virksomheder som omfattet af denne bestemmelse, da de kan hindre, begrænse eller fordreje den normale konkurrence. Kommissionen tilføjer, at listen i artikel 65 over de nævnte arter af aftaler ikke er ment som udtømmende.

British Coal og den britiske regering gør derimod gældende, at de omtvistede licenser ikke er omfattet af EKSF-traktatens artikel 65. Ifølge British Coal styrker sådanne licenser pr. definition konkurrencen og kan derfor ikke forbydes i henhold til ovennævnte

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for virksomheders organisatio-

artikel. Endvidere vil en sammenligning med Kommissionens praksis med hensyn til EØF-traktatens artikel 85 bekræfte, at forbuddet i artikel 65 ikke omfatter detaljerne i de vilkår, der ligger til grund for en aftale, og navnlig ikke royalty- eller betalingsbestemmelser i en licens.

20. Ifølge selve ordlyden finder forbudsbestemmelsen i EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, anvendelse på »alle aftaler mellem virksomheder«, dvs. mellem virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 80 (se ovenfor, punkt 9). Det kan ikke benægtes, at såvel Banks som British Coal, der beskæftiger sig med kulproduktion henholdsvis som privat virksomhed og som offentlig virksomhed, er omfattet af denne vide definition. Endvidere er den i artikel 65, stk. 1, nævnte liste over forbudte aftaler på ingen måde begrænset, som Kommissionen med rette anfører. En licens til at udvinde ubrudt kul må derfor anses for at være en aftale mellem virksomheder, der i princippet er omfattet af denne bestemmelse.

Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 65, stk. 1, i princippet kan anvendes, er ganske vist uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende aftaler også rent faktisk *er i strid med* det forbud, der er fastsat i bestemmelsen: hertil kræves nemlig bevis for, at licenserne og royalty- og betalingsbetingelserne i disse licenser direkte eller indirekte kan medføre, at den normale konkurrence på det fælles marked hindres, begrænses eller fordrejes.

21. For så vidt angår sidstnævnte spørgsmål vil jeg gerne gøre tre bemærkninger. For det første finder British Coal's argument om, at de omhandlede licenser styrker konkurrencen, og at de derfor pr. definition ikke falder ind under forbuddet i artikel 65, stk. 1, ikke nogen støtte i Domstolens praksis i konkurrencesager. Af retspraksis om licenser til udnyttelsen af industriel og kommerciel ejendomsret fremgår tværtimod, at EØF-traktatens artikel 85 uden tvivl *principielt* finder anvendelse på sådanne licenser, men at foreneligheden heraf med forbuddet i artikel 85, stk. 1, er afhængig af en række særlige faktorer [43]. Når man derfor antager, at en virksomhed som British Coal's meddelelse af licenser medfører en vis konkurrence på det britiske kulmarked, hindrer det ikke, at de betingelser, hvorunder licenserne udstedes, kan medføre en af artikel 65, stk. 1, forbudt konkurrence*fordrejning*.

Det fører mig frem til den anden bemærkning: British Coal's anbringende om, at forbuddet i artikel 65, stk. 1, ikke omfatter

43 — Navnlig det pågældende produkts særlige art (i særdeleshed det forhold, at det endnu ikke forhandles i en bestemt medlemsstat), samt tillige de nærmere bestemmelser i de omstridte licenser (navnlig om det er åbne eksklusivlicenser eller eksklusive licenser). Se dom af 8.6.1982 (sag 258/78, Nungesser, Sml. s. 2015, præmis 53 ff.).

størrelsen af royaltysatser og betalingstakster, kan heller ikke accepteres [44]. Det, det drejer sig om i forbindelse med dette forbud, er, at bestemmelserne i en aftale mellem virksomheder, der er omfattet af EKSF-traktaten, ikke, hverken direkte eller indirekte, må medføre forstyrrelse af konkurrencen på det fælles marked for kul og stål. Jeg kan dog godt forestille mig, at hvis der pålægges en urimeligt høj royaltytakst som betingelse for en royaltylicens, eller hvis der fastsættes en urimeligt lav aftagerpris for kul, der udvindes under en royaltyfri licens, kan dette medføre, at den normale konkurrence i hvert fald indirekte hindres, begrænses eller fordrejes. En urimeligt høj royalty eller en urimeligt lav aftagerpris vil nemlig kunne afskrække licenstagere fra at udvinde mere kul og/eller ansøge om nye licenser, eller — på grund af en for lav forrentning — fra at foretage nye investeringer. Bestemmelserne kan i så fald betyde en begrænsning af eller kontrol med produktionen eller investeringerne som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, litra b). Alt dette skal naturligvis bedømmes på baggrund af de samlede faktiske omstændigheder i sagen.

En tredje og sidste bemærkning: Anvendelsen af EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, påvirkes ikke af, at de faktiske omstændigheder i sagen for den nationale ret eventuelt tillige er omfattet af EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7 (og vice versa). Domstolen har nemlig allerede for så vidt angår forholdet mellem EØF-traktatens artikel 85 og 86 udtalt, at disse artikler under nærmere bestemte omstændigheder kan finde anvendelse samtidig. Jeg tænker her på Hoffman-La Roche-dommen, hvor Domstolen udtalte sig om, hvorvidt eksklusive forsyningsaftaler, som var blevet påtalt af Kommissionen i medfør af EØF-traktatens artikel 86, eventuelt faldt ind under EØF-traktatens artikel 85, særlig stk. 3:

»at kontrakter af denne art kan falde ind under artikel 85, særlig artikel 85, stk. 3, udelukker imidlertid ikke, at artikel 86 kan finde anvendelse, idet denne bestemmelse udtrykkeligt omfatter situationer, som åbenbart udspringer af kontraktforhold« [45].

Domstolen bekræftede dette synspunkt i Ahmed Saeed-dommen, hvor den bl.a. behandlede spørgsmålet om, hvorvidt anvendelse af en luftfarttakst kunne udgøre misbrug af en dominerende stilling, når anvendelsen af denne takst sker ifølge en aftale

44 — Jeg kan i øvrigt ikke indse, hvordan det af de af British Coal anførte betragtninger og bestemmelser i Kommissionens forordning (EØF) nr. 2349/84 af 23.7.1984 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af patentlicensaftaler (EFT L 219, s. 15), og af Kommissionens forordning (EØF) nr. 556/89 af 30.11.1988 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af knowhow-licensaftaler (EFT 1989 L 61, s. 1), kan udledes, at EØF-traktatens artikel 85 ikke omfatter størrelsen af de beløb, der skal betales ifølge aftalerne.

45 — Dom af 13.2.1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 461, præmis 116). Domstolen tilføjede, at det derfor står Kommissionen frit for »at gennemføre proceduren i henhold til artikel 85 eller i henhold til artikel 86, navnlig under hensyn til arten af de gensidige forpligtelser og kontrahenternes konkurrencemæssige stilling på det eller de pågældende markeder.«

mellem to virksomheder, der som sådan er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1:

»Herved er det ikke udelukket, at en aftale mellem to eller flere virksomheder blot udgør den formelle bekræftelse af en økonomisk realitet, der er kendetegnet ved, at det er lykkedes en virksomhed i en dominerende stilling at gennemtvinge, at andre virksomheder anvender de omhandlede priser. I et sådant tilfælde kan artikel 85 og 86 fuldt ud anvendes samtidigt.« [46]

Også Retten har antaget denne holdning i Tetra Pak-dommen [47]. Jeg ser ingen overbevisende grund til ikke at behandle forholdet mellem EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, og artikel 66, stk. 7, analogt.

D — *EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7*

22. Den forelæggende ret spørger endelig, om EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7, finder anvendelse i denne sag. Bestemmelsen lyder:

»Hvis Den Høje Myndighed finder, at offentlige eller private virksomheder, som på markedet for et af de produkter, der hører under dens kompetence, indtager eller erhverver en retligt eller faktisk dominerende stilling, hvorved de på en væsentlig del af det fælles marked unddrages en egentlig konkurrence, benytter denne stilling til formål i strid med denne traktat, retter den alle egnede henstillinger til disse virksomheder for at forhindre, at de udnytter deres stilling til disse formål. Efterkommes henstillingerne ikke på tilfredsstillende måde inden for en passende frist, fastsætter Den Høje Myndighed ved beslutninger, som udstedes i samråd med den pågældende regering, og i henhold til de i artikel 58, 59 og 64 omhandlede sanktioner, de priser og salgsbetingelser, den pågældende virksomhed skal anvende, eller opstiller fabrikations-eller leveringsprogrammer, som den skal udføre.«

Alle procesdeltagerne ved Domstolen, bortset fra den britiske regering, er af den opfattelse, at disse bestemmelser finder anvendelse på licenser til udvinding af ubrudt kul og på de deri fastsatte royalty-og betalingsbetingelser. British Coal tilføjer dog, at der skal fremlægges bevis for, at der er tale om en dominerende stilling og misbrug, for at denne bestemmelse kan finde anvendelse. Den britiske regering anfører derimod, at artikel 66, stk. 7, kun finder anvendelse, såfremt Kommissionen når til det resultat, at en virksomhed indtager en dominerende stilling på markedet for et af de produkter, der er omfattet af EKSF-traktaten, og den britiske regering gentager, at her hører ubrudt kul

46 — Dom af 11.4.1989 (sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m. fl., Sml. s. 803, præmis 37).

47 — Dom af 10.7.1990 (sag T-51/89, Tetra Pak, Sml. II, s. 309, præmis 21). I denne dom undersøgte Retten i særdeleshed spørgsmålet om, hvorvidt en eksisterende gruppefritagelse var forenelig med EØF-traktatens artikel 86.

ikke hjemme. Denne bestemmelse, anfører den britiske regering, finder ikke anvendelse på licenser til udvinding af ubrudt kul, da der mangler en tilstrækkelig tilknytning mellem de nærmere bestemmelser, der gælder for udstedelsen af licenserne, og de betingelser hvorunder kullene bringes på markedet.

23. Jeg kan på dette punkt fatte mig i korthed. At ubrudt kul faktisk er produkter, der er omfattet af EKSF-traktaten, blev påvist ovenfor (i punkt 9). Det er ligeledes klart, at British Coal er en virksomhed, der hører hjemme i den i artikel 66, stk. 7, anførte kategori »offentlige ... virksomheder«. Endvidere tyder alle de oplysninger, som Domstolen er i besiddelse af, på, at British Coal kan betegnes som en virksomhed med en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked som omhandlet i ovenstående bestemmelse: British Coal er nemlig den største kulproducent i Det Forenede Kongerige (ifølge beslutningen var British Coal i 1989/1990 ansvarlig for 97% af kulproduktionen i Det Forenede Kongerige) og var den største leverandør af kul til den elproducerende sektor (i samme periode over 90%), hvilket utvivlsomt hænger sammen med British Coal's rettigheder i henhold til loven (jf. ovenfor, punkt 2), nemlig at British Coal har fået ejendomsretten til størstedelen af det ubrudte kul i Storbritannien og har fået en eksklusiv forarbejdnings-og udvindingsret til disse kul.

EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7, finder derfor anvendelse på British Coal, selv om alene det, at virksomheden indtager, eller at den erhverver en dominerende stilling, eller at den har en eneret, ikke i sig selv kan betragtes som en ulovlig ophævelse af konkurrencen [48]. For at der i den konkrete sag kan foreligge en tilsidesættelse af denne bestemmelse, kræves der derfor bevis for, at British Coal ved meddelelsen af licenser og fastsættelsen af royalty- og betalingsbetingelser i den forbindelse gør brug af sin dominerende stilling på en måde, der er i strid med EKSF-traktatens formål, f. eks. ved, at virksomhedens fremgangsmåder betyder en forskelsbehandling eller begrænsninger som omhandlet i henholdsvis artikel 4, litra b) og d), i EKSF-traktaten [49].

IV — Har de omhandlede traktatbestemmelser direkte virkning?

24. Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret at få oplyst, om EKSF-traktatens artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og/eller artikel 66, stk. 7, har direkte virkning i den forstand, at de medfører rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte. Igen er der for Domstolen fremført to modstridende synspunkter. Banks og Kommissionen går ind for, at Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens direkte virkning anvendes konse-

48 — Dom af 5.10.1988 (sag 53/87, CICRA, Sml. s. 6039, præmis 15) (i forbindelse med EØF-traktatens artikel 86).

49 — Jf. om anvendelse af EØF-traktatens artikel 86, domme af 5.10.1988 (sag 53/87, CICRA, nævnt i den foregående fodnote, præmis 16, og sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211, præmis 9). Domstolen udtalte i den forbindelse om udnyttelsen af en eneret for så vidt angik indehaveren af henholdsvis en mønsterbeskyttet model og et mønster til karosseridele, at de kan være forbudt i henhold til artikel 86, såfremt de fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f. eks. fastsætter *urimeligt høje priser* på reservedele.

kvent på EKSF-traktaten, hvorved man når frem til, at (næsten) alle de af den forelæggende ret anførte bestemmelser finder direkte anvendelse. British Coal og den britiske regering udelukker derimod enhver direkte virkning af EKSF-traktaten, bortset fra de tilfælde hvor traktatens bestemmelser selv udtrykkelig foreskriver det. British Coal støtter primært sin argumentation på forskellen mellem EØF- og EKSF-traktaten, således som den fremgår af en generel analyse af sidstnævnte traktat og den rolle, som i den forbindelse skulle være tildelt Kommissionen. Subsidiært gør British Coal gældende, ligesom tilfældet er med den britiske regering, at de pågældende bestemmelser i EKSF-traktaten ikke er tilstrækkeligt præcist formulerede og ubetingede til, at de kan have direkte virkning.

A — *Kan bestemmelser i EKSF-traktaten overhovedet have direkte virkning?*

25. British Coal's argumentation går ud på, at EKSF-traktaten i almindelighed ikke kan tillægges direkte virkning, fordi den på en række punkter adskiller sig fundamentalt fra EØF-traktaten, navnlig for så vidt angår den — i EKSF-sammenhæng meget mere betydningsfulde — rolle, som Kommissionen har. Jeg er fundamentalt uenig i disse synspunkter af følgende grunde. Udgangspunkt for enhver analyse af fællesskabsretlige bestemmelsers direkte virkning er efter min opfattelse *fællesskabsretsordenens enhed*. I sin udtalelse 1/91 har Domstolen helt utvetydigt understreget denne enhed, der går på tværs af de forskellige fællesskabstraktater, under henvisning til Van Gend & Loos-dommen [50]:

»I fast retspraksis har Domstolen henvist til, at der ved *EF's traktater* er indført en ny retsorden, i forhold til hvilken medlemsstaterne på stadigt større områder har begrænset deres nationale beføjelser, og hvis retssubjekter ikke blot er staterne, men også disses borgere (...). De væsentligste kendetegn ved den herved skabte fællesskabsretsorden er først og fremmest dens forrang i forhold til medlemsstaternes retssystemer samt den direkte virkning af en række bestemmelser, der gælder for medlemsstaternes borgere og for staterne selv.« [51]

Netop denne enhed i fællesskabsretsordenen har fået Domstolen til fra først af [52] i utallige domme at tilstræbe den størst mulige sammenhæng [53] ved fortolkningen af EØF- og EKSF-bestemmelserne. Jeg skal i den forbindelse blot nævne kendelsen i sagen Camera Care, hvor Domstolen med hensyn

50 — Dom af 5.2.1963 (sag 26/62, Van Gend & Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org. ref.: Rec. s. 1).

51 — Udtalelse 1/91 af 14.12.1991 (Sml. I, s. 6079, præmis 21) (min fremhævelse).

52 — Denne indstilling fremgår navnlig allerede af dommen af 13.6.1958 (sag 9/56, Meroni, Sml. 1954-1964, s. 97, på s. 98, org. ref.: Rec. s. 9, på s. 28), hvor Domstolen udtalte, at en part kan påberåbe sig de annullationsgrunde, der er opregnet i EKSF-traktatens artikel 33, for at påvise, at en generel beslutning, der ligger til grund for den individuelle beslutning, som han anfægter, lider af retlige mangler, og yderligere fandt et argument i, at der forelå en analogi med EØF-traktatens artikel 184 og Euratom-traktatens artikel 156.

53 — Jf. den udtrykkelige henvisning til »traktaternes ... indbyrdes sammenhæng« i dom af 22.2.1990 (sag C-221/88, Busseni, Sml. I, s. 495, præmis 16).

til opgavefordelingen mellem Kommissionen og Domstolen vedrørende foreløbige forholdsregler tog udgangspunkt i en i EKSF-sammenhæng afsagt kendelse i sagen National Carbonising Company [54]; Foto-Frost-dommen, hvor Domstolen søgte en tilknytning til EKSF-traktaten i forbindelse med spørgsmålet om Domstolens kompetence i medfør af EØF-traktatens artikel 177 til at erklære en fællesskabsinstitutions retsakt for ugyldig [55]. Busseni-dommen, hvor Domstolen fandt inspiration i EØF-traktaten til støtte for sin fortolkningskompetence i medfør af EKSF-traktatens artikel 41 [56]; den parallel, som Domstolen i Francovich-dommen trak mellem EØF-traktatens artikel 5 og EKSF-traktatens artikel 86 som støtte for den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne, til at betale erstatning for tilsidesættelse af fællesskabsretten [57]; og af særlig interesse for den foreliggende sag, Domstolens ubegrænsede anvendelse i Busseni-dommen af sin retspraksis vedrørende ikke-inkorporerede direktivers mulige direkte virkning på henstillinger i henhold til EKSF-traktaten [58].

Navnlig af sidstnævnte dom fremgår, at Domstolen ikke har nogen som helst vanskeligheder ved at overføre kriterierne for den direkte virkning til EKSF-bestemmelserne. Når Domstolen tager et sådant skridt vedrørende bestemmelser i den afledte fællesskabsret — og endda vedrørende bestemmelser i traktatretten, nedfældet i Fællesskabets associerings-eller samarbejdsaftaler med tredjelande [59] — kan jeg ikke indse, hvorfor man ikke så meget desto mere kan tage det samme skridt for så vidt angår EKSF-traktatbestemmelser, som dog er bestemmelser nedfældet i en *fællesskabstraktat*.

I øvrigt fører en anvendelse af kriterierne i Van Gend & Loos-dommen på EKSF-traktaten, som Domstolen aldrig har gjort udtrykkeligt, til samme resultat. De kendetegn, som i denne dom ansås for at være afgørende for spørgsmålet om direkte virkning, er nemlig fælles for EØF- og EKSF-traktaten, hvor jeg specielt kan nævne: i) de to traktaters parallellitet for så vidt angår formål, navnlig med hensyn til etablering af et fælles marked og oprettelse af fælles institutioner [60], hvortil kommer, at det af præamblen til EKSF-traktaten fremgår, at også denne traktat retter sig direkte til Europas befolkninger, om end kun på det begrænsede

54 — Kendelse af 17.1.1980 (sag 792/79 R, Camera Care, Sml. s. 119, grund 20, hvor Domstolen i EØF-sammenhæng anser de samme »principper for Fællesskabets struktur« for at finde anvendelse som dem, der gælder for EKSF-traktaten i overensstemmelse med kendelsen i sagen National Carbonising Company: kendelse af 22.10.1975 (sag 109/75 R, National Carbonising Company, Sml. s. 1193, grund 8).

55 — Dom af 22.10.1987 (sag 314/85, Foto-Frost, Sml. s. 4199). I den i fodnote 53 anførte Busseni-dom indrømmede Domstolen, at den med ovennævnte dom »i alt væsentligt [har] bragt retspraksis i overensstemmelse med den udtrykkelige bestemmelse i EKSF-traktatens artikel 41«: præmis 14 i den pågældende dom.

56 — Busseni-dommen, anført i fodnote 53, præmis 9-17.

57 — Dom af 19.11.1991 (forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m. fl., Sml. I, s. 5357, præmis 36). Domstolen henviser i den forbindelse til sin dom afsagt i EKSF-sammenhæng i sag 6/60 (Humblet, Sml. 1954-1964, s. 207, org. ref.: Rec. 1960, s. 1125).

58 — Busseni-dommen, præmis 21: det er nemlig ifølge Domstolen, »retsakter, der har den samme beskaffenhed, idet de indebærer en forpligtelse for adressaten med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader til denne at vælge de midler, der er egnede til at nå dette mål«. I præmis 22 og 23 gentager Domstolen sin faste EØF-praksis vedrørende direktivers direkte virkning.

59 — Se navnlig dom af 30.9.1987 (sag 12/86, Demirel, Sml. s. 3719, præmis 14), og af 31.1.1991 (sag C-18/90, Kziber, Sml. I, s. 199, præmis 15).

60 — Ifølge EKSF-traktatens artikel 1 er Det Europæiske Kul-og Stålfællesskab »baseret på et fælles marked, fælles målsætning og fælles institutioner«. Denne fælles målsætning er nærmere beskrevet i EKSF-traktatens artikel 2, en bestemmelse der har stor lighed med EØF-traktatens artikel 2.

kul- og stålmarked [61]; ii) de institutionelle rammers supranationale karakter for begge traktaters vedkommende [62], hvor det er bemærkelsesværdigt, at der ved oprettelsen af EKSF blev tilkendt borgerne i medlemsstaterne en vis (om end hovedsagelig kontrollerende og rådgivende) rolle gennem repræsentationen i Europa-Parlamentet og Det Rådgivende Udvalg [63]; iii) og ikke mindst, den rolle som i begge traktater er tildelt Domstolen gennem den præjudicielle procedure (henholdsvis EØF-traktatens artikel 177 og EKSF-traktatens artikel 41), hvis underliggende fælles målsætning blev understreget af Domstolen i Busseni-dommen [64].

Endelig er der, som det fremgår af ovenstående (punkt 13) præcedens i ældre EKSF-retspraksis, hvor Domstolen har truffet beslutning om direkte virkning — om end i andre udtryk, nemlig »umiddelbar anvendelighed« (»applicabilité immédiate«) — af en EKSF-traktatbestemmelse, i det konkrete tilfælde artikel 4. Helt fra Det Europæiske Kul- og Stålfællesskabs begyndelse har en væsentlig del af teorien i øvrigt støttet den direkte virkning af EKSF-traktatbestemmelserne [65], et standpunkt der blev overtaget af Bundesgerichtshof i sin dom af 14. april 1959 [66], der blev påberåbt såvel af British Coal som af den britiske regering, navnlig i forbindelse med spørgsmål 4.

26. De forskelle mellem systemerne i EKSF- og EØF-traktaten, som British Coal peger på, er reelle, men de opvejer dog på ingen måde ovennævnte fælles principper og kendetegn. Det er således rigtigt, at EKSF-traktaten kun foreskriver en delvis integration — begrænset til kul-og stålsektoren — mens EØF-traktaten vedrører så at sige hele økonomien i medlemsstaterne, og at Kommissionen inden for rammerne af EKSF-traktaten, således som Domstolen indrømmede i Busseni-dommen [67], spiller en meget mere udtalt rolle end i EØF-traktaten. Heroverfor står ganske vist *for det første*, at mange bestemmelser i EKSF-traktaten er

61 — Ifølge den femte betragtning i præamblen til EKSF-traktaten har statsoverhovederne »sat sig for at erstatte århundreders rivalisering med en sammenslutning af deres væsentlige interesser, ved gennem oprettelse af et økonomisk fællesskab at nedlægge den første grundsten til et videregående og uddybet fællesskab mellem befolkninger, der i lange tider har været splittet af blodige stridigheder, og at skabe det institutionelle grundlag, der kan være retningsgivende for en fremtidig fælles skæbne«.

62 — I den forbindelse finder jeg teksten i EKSF-traktatens oprindelige artikel 9 af særlig betydning, idet medlemmerne herved af Den Høje Myndighed blev pålagt at afholde sig fra enhver handling, som er uforenelig med deres hvervs supranationale karakter, og som forpligtede hver deltagerstat til at respektere denne supranationale karakter.

63 — Se henholdsvis artikel 20 og 18 i EKSF-traktaten.

64 — Busseni-dommen, se fodnote 53, præmis 13: nemlig »nødvendigheden af at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten, og nødvendigheden af med henblik herpå at etablere et effektivt samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter«.

65 — Se allerede W. F. Bayer, »Das Privatrecht der Montanunion«, *Rabels Zeitschrift*, 1952, (325), s. 329. Der var dog divergerende meninger herom. For en god oversigt over teorien og en stærk argumentation for direkte virkning henvises til K. Ballerstedt, *Übernationale und nationale Marktordnung. Eine montanrechtliche Studie*, Tübingen, Mohr, 1955, s. 12-16.

66 — *B. G. H. Z.*, nr. 30, s. 74; tillige offentliggjort i *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, s. 1176, og i en engelsk oversættelse i *Common Market Law Reports*, 1963, s. 251. Bundesgerichtshof udtaler i denne dom, at »die Bestimmungen des Montanunionvertrages (...) auch für die in Art. 80 MUV bezeichneten Unternehmen unmittelbar verbindliches Recht sind«.

67 — Se Busseni-dommen, præmis 15, hvor Domstolen indrømmer, at »selv om de nationale retter efter EKSF-traktatens ordning vedrørende fordeling af kompetence til Fællesskabets myndigheder og navnlig til Kommissionen, sjældnere har lejlighed til at anvende denne traktat og retsakter udstedt med hjemmel i den og derfor til at tage stilling til fortolkningen af den (...)«.

mere detaljerede end EØF-traktaten (derfor kaldes førstnævnte også for »traité-loi«, den anden for »traité cadre« eller »traité de procédure«) [68], og at mange af disse bestemmelser i modsætning til størstedelen af bestemmelserne i EØF-traktaten (som, bortset fra konkurrencebestemmelserne, navnlig er rettet til medlemsstaterne), er adfærdsnormer rettet til virksomhederne. I den forstand egner mange af bestemmelserne i EKSF-traktaten sig endda bedre til (horisontal) direkte virkning end bestemmelserne i EØF-traktaten (se nedenfor, punkt 28 ff.).

For det andet med hensyn til Kommissionens kompetence inden for rammerne af EKSF-traktaten: Kompetencen er navnlig af udøvende karakter og skal især tjene til at sikre, at virksomheder, der er omfattet af EKSF-traktaten, overholder de pågældende fællesskabsbestemmelser (se f. eks. artikel 66, stk. 7: jf. nedenstående punkt 34). Sagt på en anden måde, Den Høje Myndighed er snarere en overvågende instans, der skal gennemtvinge en nøje overholdelse af (ofte i sig selv tilstrækkelig klare) traktatbestemmelser, end en administrativ myndighed med vidtrækkende politiske beføjelser. At den rolle, som den derved har fået tildelt, ikke er noget gyldigt argument mod direkte virkning, fremgår i øvrigt allerede af Van Gend & Loos-dommen, hvor Domstolen udtrykkeligt afviste det argument, at »den omstændighed, at traktaten i de nævnte bestemmelser giver Kommissionen og medlemsstaterne mulighed for at indstævne en stat, som ikke har opfyldt sine forpligtelser, for Domstolen, indebærer ikke, at det skulle være umuligt for private i givet fald at gøre disse forpligtelser gældende for den nationale dommer« [69].

B — *De kriterier, der skal anvendes vedrørende EKSF-traktatbestemmelsers direkte virkning*

27. Af ovenstående fremgår, at kriterierne for den direkte virkning, som blev udviklet i forbindelse med EØF-traktaten, også skal finde anvendelse i fuldt omfang på EKSF-traktaten. Disse kriterier er velkendte; i Hurd-dommen af 15. januar 1986 resumerede Domstolen dem således:

»For at en bestemmelse kan frembringe direkte virkninger i forholdet mellem medlemsstaterne og deres retsundergivne, kræves det ifølge Domstolens faste praksis, at den pågældende bestemmelse er klar og ubetinget samt ikke er undergivet noget skøn vedrørende sin gennemførelse.« [70]

68 — Udtrykkene stammer fra P. Reuter, *Organisations européennes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970,2. udgave, s. 188. Denne forskel i, hvor detaljerede bestemmelserne er, kan utvivlsomt bl. a. forklares ved, at kul-og stålmarkeder er markeder med en enkelt eller et fåtal af dominerende virksomheder, som i sin tid spillede en central rolle i de nationale økonomier: jf. P. J. G. Kapteyn og P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities* (ed. W. Gormley), Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation, 2. udgave, 1988, s. 29.

69 — Van Gend & Loos-dommen, nævnt i fodnote 50, på s. 380 (org. ref.: Rec. s. 24 og 25).

70 — Dom af 15.1.1986 (sag 44/84, Hurd, Sml. s. 29, præmis 47).

Ser man nærmere efter, indeholder Domstolens praksis en række nuanceforskelle i formuleringen af disse betingelser [71], som dog især mærkes i retspraksis vedrørende direktivers direkte virkning [72]. I sin nyere praksis, navnlig Frankovich- og Marshall II-dom-mene, giver Domstolen endvidere udtryk for en vid fortolkning af ovennævnte betingelser: selv den omstændighed, at medlemsstaterne råder over en lang række alternativer til at nå det i et direktiv foreskrevne resultat [73], er ifølge Domstolen ikke til hinder for, at det kan have direkte virkning, såfremt indholdet af de rettigheder, der ved direktivet tildeles private »kan fastslås med tilstrækkelig sikkerhed alene på grundlag af direktivets bestemmelser« [74].

Begge fænomener bekræfter efter min mening den særdeles praktiske karakter af »direkte-virkning-prøven«. En fællesskabsretlig bestemmelse har direkte virkning, såfremt og i det omfang den i sig selv er *tilstrækkelig let gennemførlig* til at kunne anvendes af retten. At bestemmelsen er utvetydig, præcis, ubetinget, fuldstændig eller perfekt, og at der ikke skal foretages et skøn i forbindelse med gennemførelsen, er i den forbindelse kun facetter af et og samme kendetegn, som bestemmelsen skal være i besiddelse af, nemlig det, at den skal kunne anvendes af retten på en konkret sag [75].

C — *Undersøgelse af de pågældende EKSF-traktatbestemmelsers direkte virkning*

28. Hermed er jeg nået frem til undersøgelsen af den direkte virkning af de EKSF-traktatbestemmelser, der er anført af den forelæggende ret. For så vidt angår EKSF-traktatens *artikel 4, litra d)*, kan jeg i den forbindelse allerede finde støtte i de ovenfor (punkt 13) nævnte domme Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises og dommene af henholdsvis 21. og 26. juni 1958. Denne domspraksis viser utvetydigt, at bestemmelserne i artikel 4 allerede i sig selv er »tilstrækkelige, og de finder

71 — Somme tider taler Domstolen om et »klart« og »præcist« forbud eller påbud, »hvortil der ikke er knyttet noget forbehold om, at staterne kan gøre dets ikrafttræden afhængig af en positiv intern retsakt eller af en intervention fra Fællesskabernes organer«. Se f. eks. dom af 19.6.1973 (sag 77/72, Capolongo, Sml. s. 611, præmis 11) (om EØF-traktatens artikel 13, stk. 2). Sammenlign med formuleringen af dommen af 16.6.1966 (sag 57/65, Lütticke II, Sml. 1965-1968, s. 199, org. ref.: Rec. s. 293, på s. 302).

72 — Domstolen stiller her som krav, at bestemmelserne »ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise«, for at de kan påberåbes af private for den nationale ret: dom af 19.1.1982 (sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25); se vedrørende nyere stadfæstelser bl. a. dom af 23.4.1991 (sag C-297/89, Ryborg, Sml. I, s. 1943, præmis 37), og af 30.5.1991 (forenede sager C-19/90 og C-20/90, Karella og Karellas, Sml. I, s. 2691, præmis 17). Også i nye domme ses der nuanceforskelle: Domstolen taler således i dom af 25.7.1991 (sag C-345/89, Stoeckel, Sml. I, s. 4047, præmis 12) om »tilstrækkelig præcis og ubetinget«, mens det i dom af 24.3.1992 (sag C-381/89, Syndesmos, Sml. I, s. 2111, præmis 39) og af 31.3.1992 (sag C-200/90, Dansk Denkavit, Sml. I, s. 2217, præmis 17), omtaler en direktivbestemmelse, som er »klar, præcis og ubetinget«. I de ældre domme af 22.9.1983 (sag 271/82, Auer, Sml. s. 2727, præmis 16) og af 15.12.1983 (sag 5/83, Rienks, Sml. s. 4233, præmis 8) nævner Domstolen »utvetydige, fuldstændige, præcise og ubetingede forpligtelser«, der »ikke levner plads for et skøn«.

73 — I Francovich-dommen drejede det sig om en vis skønsmargen, som direktiv 80/987/EØF (se referenceerne nedenfor i fodnote 100) gav medlemsstaterne med hensyn til de metoder, der kunne bruges for at fastsætte en garanti til arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens samt med hensyn til begrænsning af dette beløb.

74 — Francovich-dommen, anført i fodnote 57, præmis 17, endvidere anvendt i præmis 18-22; dom af 2.8.1993 (sag C-271/91, Marshall II, Sml. I, s. 4367, præmis 37).

75 — Se tillige T. C. Hartleys synspunkter, *The foundations of European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 2. udgave, 1988, s. 195, og langt tidligere P. Pescatore, »The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law«, *European Law Review*, 1983, (155), s. 177.

umiddelbart anvendelse«, med andre ord de har direkte virkning, såfremt bestemmelsen ikke er gentaget andetsteds i traktaten. De forbudsbestemmelser, der er indeholdt i artiklen, navnlig i litra b) og d), er ganske rigtigt, som Domstolen har bemærket (ovenfor, punkt 14 og 13), »af meget streng karakter« og »er tilstrækkelige i sig selv«.

29. Det forekommer mig heller ikke, at der er overbevisende indvendinger mod, at EKSF-traktatens *artikel 60, stk. 1*, har direkte virkning, selv om denne bestemmelse, som det fremgik af ovenstående (punkt 18), ikke finder anvendelse i hovedsagen. Bestemmelsen siger ikke andet end, at den med hensyn til sælgernes prisadfærd *præciserer* de forbud, der allerede er fastsat i artikel 4, på en klar og ubetinget måde. Det følger af selve ordlyden af artikel 60, stk. 1, at »hvad angår priser« er »alle fremgangsmåder, som strider mod artikel 2, 3 og 4« forbudt, hvortil er knyttet to konkrete former, der er omfattet af forbuddet, nemlig illoyal konkurrence, der i særdeleshed gennem rent midlertidige og rent lokalt begrænsede prisnedsættelser sigter på at opnå en monopolstilling inden for det fælles marked, og forskelsbehandling, hvor en sælger på det fælles marked anvender ulige vilkår for forretninger af samme art, navnlig afhængigt af købernes nationalitet. I modsætning til det, som British Coal anfører, ændres den direkte virkning ikke af, at artikel 60, stk. 1, i slutningen, giver Den Høje Myndighed kompetence til (den »*kan* (...) angive«) ved beslutninger at angive de fremgangsmåder, der skal omfattes af forbuddet i stk. 1 [76]. Domstolen har i sag 1/54 og 2/54 udtrykkelig bekræftet, at rækkevidden af ovennævnte forbud ikke er afhængig deraf:

»Artikel 60, stk. 1, forbyder *direkte og udtrykkeligt* visse fremgangsmåder; Den Høje Myndighed har beføjelser til at definere disse nærmere, men må ikke tillade nogen undtagelser fra disse forbud.« [77]

30. Når man anvender kriterierne for direkte virkning på EKSF-traktatens *artikel 65, stk. 1*, kan det efter min opfattelse ikke benægtes, at der også her er tale om en tilstrækkelig let gennemførlig bestemmelse. Det forbud, der er fastsat ved bestemmelsen, er nemlig affattet i særdeles kraftige vendinger, det er klart, ubetinget og er ikke undergivet noget skøn vedrørende sin gennemførelse. Den betydelige lighed mellem denne bestemmelse og EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 — Domstolen har selv i sin tid erkendt, at de to artikler »hviler på de samme tanker« [78] — gør det næsten til en selvfølge, at den faste praksis med hensyn til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, som Domstolen har udviklet siden BRT I-dommen,

76 — At Kommissionen har gjort brug af denne kompetence fremgår af den i fodnote 41 nævnte beslutning 30/53.

77 — Dom i sag 1/54, org. ref.: Rec. s. 24, og sag 2/54, org. ref.: Rec. s. 92.

78 — Dom af 18.5.1962 (sag 13/60, Geitling, Sml. 1954-1964, s. 317, org. ref.: Rec. s. 165, på s. 201).

også gælder for EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1. I denne dom udtalte Domstolen, at:

»Da forbuddene i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 ifølge selve deres natur er egnede til at skabe umiddelbare virkninger i forholdet mellem private, fremkalder de nævnte artikler umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte.« [79]

31. Alligevel støder man ved nærmere læsning af fortsættelsen af artikel 65 på et problem, som giver British Coal og den britiske regering væsentlig støtte for, at artikel 65, stk. 1, ikke har direkte virkning. I *artikel 65, stk. 4, andet afsnit*, er det nemlig bestemt, efter at det først i det første afsnit er blevet fastsat, at aftaler eller vedtagelser, der er forbudt i medfør af artiklens stk. 1, uden videre er ugyldige og ikke kan påberåbes ved nogen domstol i medlemsstaterne:

»Under forbehold af adgang til at indbringe søgsmål for Domstolen har alene Den Høje Myndighed kompetence til at udtale sig om overensstemmelsen mellem de nævnte aftaler eller vedtagelser og bestemmelserne i denne artikel.«

79 — Dom af 30.1.1974 (sag 127/73, BRT I, Sml. s. 51, præmis 16). For senere bekræftelser se bl. a. dom af 10.7.1980 (sag 37/79, Marty, Sml. s. 2481, præmis 13), af 28.2.1991 (sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 45); se tillige Rettens dom nævnt i fodnote 47 (sag T-51/89, Tetra Pak, præmis 42).

Hvad skal man mene om dette? Forstår man ved dette afsnit en henvisning til hele artikel 65, og derfor også til anvendelsen af forbuddet i stk. 1, så ser det ganske rigtigt ud som om, der ikke kan være tale om, at sidstnævnte bestemmelse kan have direkte virkning. Det fører dog til det lidet tilfredsstillende resultat, at selv om de af artikel 65, stk. 1, forbudte aftaler eller vedtagelser *uden videre* er ugyldige og ikke kan påberåbes ved nogen national domstol, har *alene* Den Høje Myndighed kompetence til at fastslå, at sådanne aftaler er i strid med »bestemmelserne i denne artikel« og således også med stk. 1.

Som Kommissionen er jeg af den opfattelse, at en sådan fortolkning ikke må være den fremherskende. Inden jeg går nærmere ind på dette spørgsmål, vil jeg først afvise et argument, som fremføres af modstanderne af den direkte virkning af artikel 65, stk. 1. De mener nemlig, at artikel 65, stk. 4, andet afsnit, af traktatens forfattere forsætligt er formuleret på denne måde for at hindre, at nationale retters frie anvendelse af artikel 65, stk. 1, skulle bringe den ensartede anvendelse af EKSF-traktaten i fare. Selv om denne frygt kunne være begrundet i begyndelsen, er der dog ingen grund til det længere efter Busseni-dommen, eller i hvert fald ikke mere grund til det end med hensyn til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Som sagt (ovenfor, punkt 25) udtalte Domstolen i denne dom i analogi med EØF-traktatens artikel 177, at den kompetence i præjudicielle sager, som er blevet tildelt Domstolen ved EKSF-traktatens artikel 41, ikke kun gælder

prøvelsen af gyldigheden, men tillige fortolkningen [80]. Den ensartede anvendelse af artikel 65, stk. 1, ved de nationale retter kan derfor sikres ved at forelægge præjudicielle fortolkningsspørgsmål for Domstolen.

32. For at forstå den nøjagtige rækkevidde af den enekompetence, der ved EKSF-traktatens artikel 65, stk. 4, er tildelt Den Høje Myndighed, skal man huske på den sondring, der foretages i EØF-konkurrenceretten, navnlig på baggrund af artikel 9 i Rådets forordning nr. 17 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [81], som fortolket i Domstolens praksis. Det drejer sig om en sondring mellem på den ene side *kartelmyndighedernes* — dvs. Kommissionen og, såfremt den ikke har indledt en procedure i henhold til forordning nr. 17, de nationale kartelmyndigheder — kompetence til i medfør af henholdsvis artikel 9, stk. 2, og artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17 at anvende artikel 85, stk. 1, og artikel 86 [82], og på den anden side de nationale *domsmyndigheders* [83] kompetence, »ved hvilke forbuddene i artikel 85 og 86 påberåbes under en civil retssag« [84]. Kompetencen hos de domsmyndigheder, som ifølge BRT I-dommen ikke må betegnes som »medlemsstaternes myndigheder« som nævnt i artikel 9 i forordning nr. 17, »til at anvende de fællesskabsretlige bestemmelser særlig i sådanne sager, følger af disse bestemmelsers umiddelbare virkning« [85]. Denne retlige kompetence kan ifølge Domstolen ikke berøres af artikel 9, da det »ville være at fratage borgerne rettigheder, som hjemles dem ved selve traktaten« [86].

33. Det er på baggrund af denne sondring i EØF-konkurrenceretten og af hensyn til

80 — Dom anført i fodnote 53. Efter at have understreget den fælles målsætning med den præjudicielle procedure, som er indeholdt i EKSF-traktatens artikel 41 og EØF-traktatens artikel 177 (se ovenfor, punkt 27), udtalte Domstolen i præmis 16: »Det ville således være i strid med traktaternes formål og indbyrdes sammenhæng, at Domstolen ved retsforskrifter med hjemmel i EØF-og Euratom-traktaterne har kompetencen til i sidste instans at fastlægge disse reglers indhold og anvendelsesområde, således som det fremgår af de enslydende bestemmelser i henholdsvis EØF-traktatens artikel 177 og Euratom-traktatens artikel 150 og til hermed at sikre en ensartet anvendelse af reglerne, medens den kompetence ved retsforskrifterne inden for EKSF-traktatens område, alene skulle være tillagt de mange nationale retter, der vil kunne anlægge forskellige fortolkninger, idet Domstolen da ville være uden beføjelser med henblik på at sikre en ensartet fortolkning af disse retsforskrifter.« Selv om Busseni-sagen kun vedrørte fortolkningen af en retsakt vedtaget i henhold til EKSF-traktaten, nemlig en henstilling fra Kommissionen, omfatter Domstolens dom helt klart også selve EKSF-traktatbestemmelserne; dette fremgår navnlig af præmis 9, 15 og 16.

81 — Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

82 — For så vidt angår anvendelsen af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, har Kommissionen derimod en enekompetence, dvs. at de nationale *kartelmyndigheder* er udelukket: jf. artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17.

83 — Med undtagelse af »de retter, som i visse medlemsstater særlig har til opgave at anvende den nationale lovgivning vedrørende konkurrence eller at kontrollere lovligheden af forvaltningsmyndighedernes anvendelse heraf«, som ligestilles med medlemsstaternes kartelmyndigheder: se BRT I-dommen, præmis 19.

84 — BRT I-dommen, præmis 14.

85 — BRT I-dommen, præmis 15.

86 — Ibid., præmis 17. Der kan her drages en parallel til retspraksis vedrørende statsstøtte: som Domstolen erkendte i dommen Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires (dom af 21.11.1991, sag C-354/90, Sml. I, s. 5505, præmis 14), adskiller den enekompetence, som i henhold til artikel 92 og 93 i EØF-traktaten er forbeholdt Kommissionen ved afgørelsen af, om en støtteordning eventuelt er i strid med det fælles marked, fundamentalt fra den rolle, som de nationale domstole skal spille ved beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne kan udlede af det i artikel 93, stk. 3, sidste punktum, indeholdte forbud (for medlemsstaten til inden afslutningen af proceduren i medfør af artikel 92 at gennemføre de planlagte støtteforanstaltninger): Indtil Kommissionens endelige beslutning foreligger, skal de beskytte borgernes rettigheder ved en eventuel forkert fortolkning af forbuddet.

nødvendigheden af, at der er sammenhæng mellem fortolkningen af EKSF-og EØF-traktaten, samt for at opnå den bedst mulige retsbeskyttelse af virksomhederne, at EKSF-traktatens artikel 65, stk. 4, skal forstås. Første afsnit vedrører den kompetence, som for de *nationale retter* følger af den direkte virkning af artikel 65, stk. 1, til i en civil retssag, hvori disse bestemmelser påberåbes, at påpege det deri nedlagte forbud og uden videre at fastslå den dermed forbundne ugyldighed [87]. Det andet afsnit, hvor der kun meddeles Den Høje Myndighed kompetence til at udtale sig om »overensstemmelsen« mellem en aftale og »bestemmelserne i denne artikel«, vedrører derimod *Fællesskabets kartelmyndigheds* kompetence til at anvende bestemmelserne i artikel 65 ud fra et konkurrence*politisk* synspunkt, dvs. for så vidt anvendelsen indebærer en skønsmæssig bedømmelse. En sådan skønsmæssig bedømmelse foreligger, når der meddeles dispensation fra konkurrenceforbuddet i artikel 65, stk. 2, (samt når der pålægges bøder eller tvangsbøder, som omhandlet i artikel 65, stk. 5). Kompetencen til at meddele en sådan dispensation (og pålægge disse bøder eller tvangsbøder) tilkommer i henhold til artikel 65, stk. 4, alene Den Høje Myndighed, idet de nationale kartelmyndigheder, men også de nationale retter, er udelukket herfra, da bestemmelserne i artikel 65, stk. 2 (og stk. 5) ikke har direkte virkning [88].

Jeg kommer derfor til den konklusion, at bestemmelsen i artikel 65, stk. 4, andet afsnit, ikke hindrer den direkte virkning af EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, og den deraf følgende kompetence hos de nationale domstole til at erklære de af denne bestemmelse forbudte aftaler for ugyldige.

34. Herefter er der tilbage at undersøge, om EKSF-traktatens *artikel 66, stk. 7*, har direkte virkning eller ej. Også herom er der strid mellem procesdeltagerne ved Domstolen. Banks og Kommissionen gør gældende, at der foreligger direkte virkning, mens British Coal og Det Forenede Kongerige gør gældende, at det modsatte er tilfældet. De to sidstnævnte parters argumentation mod direkte virkning er i hovedtræk ens. Den går ud på, at i modsætning til EØF-traktatens artikel 86, hvor der er tale om »misbrug«, skulle anvendelsen af EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7, være afhængig af, at det af Kommissionen blev fastslået, at der foreligger en fremgangsmåde »til formål i strid med

87 — Sammenlign med den analoge bestemmelse i EØF-traktatens artikel 85, stk. 2, hvori er bestemt, at de aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, ingen retsvirkning har. I dommen i sagen Brasserie de Haecht udtalte Domstolen om denne bestemmelse, at »ved siden af Kommissionens eventuelle indgriben i form af de i artikel 87 nævnte forordninger og direktiver er givet de dømmende myndigheder kompetence til i medfør af den *direkte virkning* af artikel 85, stk. 2, at ramme de forbudte aftaler og vedtagelser ved konstatering af deres ugyldighed«. Domstolen udtaler i den forbindelse: »medens den første metode frembyder den fornødne smidighed til, at der kan tages hensyn til hver sags særlige træk, giver det andet stykke i artikel 85, hvis formål er en streng håndhævelse af et vigtigt forbud, ifølge sin karakter ikke dommeren mulighed for at gribe ind med samme smidighed«: dom af 6.2.1973 (sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, præmis 4 og 5) (min fremhævelse).

88 — En afgørelse om fritagelse kræver naturligvis, at det først af Den Høje Myndighed fastslås, at den pågældende aftale er omfattet af forbuddet i artikel 65, stk. 1. Deraf kan der opstå strid med de nationale domstole om kompetencen, hvilket er velkendt i EØF-retten: Herom mere i afsnit 56 ff.

denne traktat«. Artikel 66, stk. 7, skulle især gælde spørgsmålet om, hvorledes Kommissionen skal optræde i en sådan situation. Den britiske regering bemærker endvidere, at mens EØF-traktatens artikel 86 udtrykkeligt bestemmer, at »misbrug« af en dominerende stilling er »forbudt«, undlades disse termer i EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7.

35. Det er ubestrideligt, at der er nævneværdige redaktionelle forskelle mellem EØF-traktatens artikel 86 og EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7. I sidstnævnte bestemmelse lægges der ganske rigtigt især vægt på, hvorledes Den Høje Myndighed skal optræde, idet den har pligt til, i tilfælde af at en virksomhed gør brug af en dominerende stilling til formål, der er i strid med EKSF-traktaten, at rette de nødvendige henstillinger til virksomheden og, såfremt disse ikke efterkommes, at træffe forholdsregler for at opnå, at den pågældende virksomhed ikke udnytter sin stilling til disse formål. EØF-traktatens artikel 86 pålægger derimod direkte virksomhederne et forbud mod at misbruge en dominerende stilling på det fælles marked eller en væsentlig del heraf.

Alligevel vinder efter min opfattelse argumenterne for, at artikel 66, stk. 7, har direkte virkning. For det første spiller argumentet, der kunne finde støtte i artikel 65, stk. 4, andet afsnit (ovenfor, punkt 31), trods understregningen af Den Høje Myndigheds beføjelser, ingen rolle: artikel 66, stk. 7, nævner intetsteds noget om, at Den Høje Myndighed har *ene*kompetence til at gribe ind over for misbrug af en dominerende stilling.

For det andet er artikel 66, stk. 7, skrevet i klart sprog, og bestemmelsen opregner nøje de betingelser, der gælder for dens anvendelse: det kræves, at i) det er offentlige eller private virksomheder, ii) at de retligt eller faktisk indtager eller erhverver en dominerende stilling på markedet for et af de produkter, der falder ind under EKSF-traktaten, hvorved de på en væsentlig del af det fælles marked unddrages en egentlig konkurrence, iii) at de benytter denne stilling til formål i strid med EKSF-traktaten. I denne henvisning til traktatens formål ligger formentlig også en henvisning til EKSF-traktatens artikel 4, som har direkte virkning, således at det er klart, at den i litra b) og d), i denne artikel forbudte forskelsbehandling eller de forbudte forholdsregler eller fremgangsmåder samt begrænsende aktiviteter i forbindelse med opdeling eller udnyttelse af markederne, falder ind under den af artikel 66, stk. 7, forbudte adfærd. Dette kaster i høj grad nyt lys på den britiske regerings argument om, at artikel 66, stk. 7, i modsætning til EØF-traktatens artikel 86, ikke er formuleret som et forbud mod misbrug af en dominerende stilling.

Jeg finder det afgørende, at artikel 66, stk. 7, ikke giver Kommissionen megen (om nogen) skønsmargen. Dens bedømmelse af, om der foreligger en tilsidesættelse, er underkastet præcise kriterier, og det, Kommissionen skal gøre for at fjerne det truende eller aktuelle

misbrug, er nøjagtigt beskrevet (en henstilling, og såfremt denne ikke efterkommes, en beslutning). Der er ikke tale om nogen skønsmæssige, præciserende eller dispenserende beføjelser: der er kun tale om en *anvendelses*kompetence, hvor Kommissionen højst, når den vedtager en beslutning, har valget mellem at fastsætte priser og salgsbetingelser og at fastlægge produktions- eller leveringsprogrammer. At det ikke hindrer den direkte virkning, i hvert fald ikke med den vide fortolkning, som Domstolen har givet den i Francovich-dommen og i Marshall II-dommen (ovenfor, punkt 27), forekommer mig indlysende.

V — De nationale retters hjemmel og/eller pligt til at tilkende erstatning i anledning af tilsidesættelse af ovennævnte traktatbestemmelser

A — *Undersøgelse af det fællesskabsretlige grundlag for retten til erstatning ved tilsidesættelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler*

36. Af de problemer, der foreligger i den konkrete sag, er det fjerde spørgsmål fra den forelæggende ret uden tvivl det mest principielle. Jeg skal lige gentage det: Har nationale retter i medfør af fællesskabsretten hjemmel og/eller pligt til at tilkende erstatning i anledning af tilsidesættelse af de anførte artikler i EKSF-traktaten (eller i EØF-traktaten) for tab, der er opstået som følge heraf? Tre bemærkninger forekommer mig nødvendige, før jeg begynder på undersøgelsen af dette spørgsmål. *For det første*: I det følgende går jeg på grundlag af det, jeg har fastslået tidligere (ovenfor, punkt 8 og 9), ud fra, at det kun er EKSF-traktaten, der finder anvendelse i denne sag. Min undersøgelse vedrører derfor ikke EØF-traktatens artikel 85 og 86, selv om jeg mener, at resultaterne af en sådan undersøgelse alligevel kunne anvendes på dem. *For det andet*: Jeg vil udelukkende koncentrere min analyse om spørgsmålet vedrørende erstatning for tilsidesættelse af fællesskabsretlige bestemmelser med direkte virkning. I ovenstående er jeg nemlig kommet til den konklusion, at alle de bestemmelser i EKSF-traktaten, som er anført af den forelæggende ret, kan påberåbes direkte. *For det tredje*: Jeg vil kun koncentrere mig om spørgsmålet vedrørende en virksomheds ansvar ved tilsidesættelse af traktatbestemmelser med direkte virkning. Problematikken omkring statens ansvar ved overtrædelse af traktatbestemmelser med direkte virkning, navnlig de nærmere bestemmelser for erstatningskrav i forbindelse med borgernes tab som følge af national lovgivning, der er i strid med fællesskabstraktater, bliver ikke behandlet her. Dette spørgsmål er til behandling i to andre sager, der verserer for Dom-

stolen, nemlig de forenede sager C-46/93 og C-48/93 [89].

37. Jeg gennemgår meget kort procesdeltagernes standpunkter ved Domstolen, hvor der også er store forskelle for så vidt angår dette spørgsmål. Banks gør gældende, bl.a. på baggrund af Francovich-dommen [90], at ovennævnte erstatningskrav finder støtte i fællesskabsretten. Ved tilsidesættelse af traktatbestemmelser med direkte virkning må der ifølge Banks være mulighed for at kræve erstatning ved de nationale domstole. Det anføres, at tilkendelse af erstatning navnlig er vigtig i forbindelse med håndhævelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler, især da det afholder virksomhederne fra retsstridig adfærd. Også Kommissionen henviser til Francovich-dommen og udleder deraf, at den nationale ret på grundlag af henholdsvis EØF-traktatens artikel 5 og EKSF-traktatens artikel 86 har pligt til at tilkende erstatning;

da Domstolen i den anførte dom accepterede erstatningspligten for så vidt angår bestemmelser i et direktiv, der ikke havde direkte virkning, må denne pligt så meget desto mere gælde ved tilsidesættelse af en traktatbestemmelse med direkte virkning.

Meget mere tilbageholdende er British Coal og den britiske regering. Førstnævnte indrømmer, at den nationale ret i tilfælde af tilsidesættelse af EØF-traktatens bestemmelser med direkte virkning må tilkende erstatning efter samme regler, som dem der gælder for rent nationalretlige tvister; men da ingen af de omhandlede bestemmelser i EKSF-traktaten har direkte virkning, ville der ikke kunne være tale om det i denne sag. Ifølge Det Forenede Kongeriges regering følger det af Domstolens faste praksis, at det tilkommer den nationale ret inden for rammerne af dens eget retssystem og under hensyntagen til de konkrete omstændigheder at bedømme, om tilsidesættelsen af en traktatbestemmelse, der har direkte virkning, skal betyde, at der idømmes erstatning. Det anføres, at nogle af de af den forelæggende ret anførte bestemmelser dog ikke har direkte virkning og derfor ikke medfører nogen rettigheder, således at den nationale ret hverken har kompetence eller pligt til at tilkende erstatning ved tilsidesættelse af disse bestemmelser.

38. Findes der et fællesskabsretligt grundlag for den nationale rets hjemmel eller pligt til

89 — I sag C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) har Bundesgerichtshof forelagt en række præjudicielle spørgsmål om denne problematik i anledning af et erstatningskrav fra et fransk bryggeri, Brasserie du Pêcheur SA, mod de tyske myndigheder på grund af tab som følge af den tyske Biersteuergesetz, hvis »Reinheitsgebot« af Domstolen i dom af 12.3.1987 (sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1227) blev fundet i strid med EØF-traktatens artikel 30. I sag C-48/93 (Factortame) har High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål om samme problematik. Disse spørgsmål blev rejst i anledning af krav fra en lang række selskaber og private mod Det Forenede Kongeriges myndigheder om erstatning for det tab, de har lidt som følge af Merchant Shipping Act 1988, hvor Domstolen har fundet en række bestemmelser i strid med EØF-traktaten (dom af 25.7.1991, sag C-221/89, Factortame II, Sml. I, s. 3905, og af 4.10.1991, sag C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4585).

90 — Dommen er nævnt i fodnote 57.

at tilkende erstatning ved tilsidesættelse af en traktatbestemmelse med direkte virkning? Lad mig straks minde om, at ifølge fast praksis er

»de retsundergivnes adgang til ved de nationale retsinstanser at påberåbe sig traktatens umiddelbart anvendelige bestemmelser udtrykker alene, hvad der er retssikkerhedsgarantiens mindstemål, og er ikke i sig selv tilstrækkelig til at sikre en fuldstændig gennemførelse af traktaten« [91].

En fællesskabsretlig traktatbestemmelses direkte virkning er derfor efter Domstolens mening et udgangspunkt, men det er ikke noget endepunkt blandt de instrumenter, som er til rådighed for fællesskabsretten med henblik på dens gennemførelse i fuldt omfang og den dertil nødvendige retsbeskyttelse. I årenes løb har Domstolen, foruden opfordringer til de nationale lovgivere og regulerende myndigheder om at overholde deres forpligtelser i henhold til fællesskabsretten [92], navnlig gjort det klart, hvilken rolle de nationale retter skal spille med den hjemmel de har, så fællesskabsretlige bestemmelser kan få fuld virkning. Denne rolle ligger især på området for *retsbeskyttelse*. Om den enkelte nationale ret udtrykker Domstolen det således i Simmenthal-dommen: »Denne virkning gælder ligeledes for enhver dommer, der inden for sin kompetence har til opgave som organ i en medlemsstat at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten« [93]. Grundlaget for denne forpligtelse er i henhold til fast praksis, således som det er resumeret i Factortame I-dommen, EØF-traktatens artikel 5:

»Ifølge Domstolens praksis er det i medfør af det i traktatens artikel 5 angivne princip om samarbejde medlemsstaternes nationale retter, der skal sikre de retsundergivne den

91 — Domme af 26.2.1991 (sag C-120/88, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 621, præmis 10, sag C-119/89, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 641, præmis 9, og sag C-159/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 691, præmis 10). Se endvidere dom af 20.3.1986 (sag 72/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1219, præmis 20) og af 15.10.1986 (sag 168/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2945, præmis 11). Også i Emmott-dommen om praksis vedrørende direktivers direkte virkning erkendte Domstolen, at det her kun drejer sig om en minimumsgaranti: dom af 25.7.1991 (sag C-208/90, Sml. I, s. 4269, præmis 20).

92 — Dette især gennem traktatbrudssager: den fortsatte eksistens af nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretlige regler, skaber nemlig en tvetydig situation mht. de retsundergivnes rettigheder og pligter, hvilket er i strid med retssikkerheds-og retsbeskyttelsesprincipperne. Det er så en opgave for de nationale eller regionale lovgivende eller regulerende myndigheder at afhjælpe denne situation og at give fællesskabsretten sin fulde virkning: se bl. a. de domme, der er nævnt i den foregående fodnote, af 26.2.1991, Kommissionen mod Italien, præmis 11, Kommissionen mod Spanien, præmis 10, og Kommissionen mod Grækenland, præmis 11, dom af 21.6.1988 (sag 257/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3249, præmis 12). Også for så vidt angår *sanktionerne* retter Domstolen sig til de nationale lovgivere og regulerende myndigheder. Når en fællesskabsordning ikke hjemler specielle sanktioner, er medlemsstaterne i henhold til EØF-traktatens artikel 5 forpligtet til at »træffe alle foranstaltninger, som er egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft«: dom af 21.9.1989 (sag 68/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2965, præmis 23).

93 — Dom af 9.3.1978 (sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 16).

retsbeskyttelse, som følger af fællesskabsretten direkte virkning (...).« [94]

Den nøjagtige rækkevidde af denne retsbeskyttelsespligt, der påhviler den nationale ret, vil jeg undersøge om et øjeblik. Jeg vil først nævne, at ovennævnte samarbejdsprincip gælder ubegrænset i EKSF-sammenhæng: artikel 86 i EKSF-traktaten indeholder nemlig, som Domstolen udtalte i Francovich-dommen (jf. punkt 25), en »tilsvarende bestemmelse« [95], da det bortset fra nogle få nuanceforskelle indeholder en pligt, der er identisk med pligten i EØF-traktatens artikel 5 vedrørende loyalt samarbejde for de stater, der deltager i Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, og dermed for de dømmende organer i disse stater.

39. Domstolen har til stadighed præciseret de forpligtelser, der påhviler de nationale retter for så vidt angår den retsbeskyttelse, der er nødvendig i forbindelse med en gennemført anvendelse af fællesskabsretten. De største milepæle i den forbindelse er Simmenthal-, Factortame I-og Francovich-dommene.

I Simmenthal-dommen udtalte Domstolen:

»at enhver national ret inden for sin kompetence har pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud og til at beskytte de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter fællesskabsreglen« [96].

I Factortame I-dommen anvendte Domstolen denne praksis på nationale bestemmelser af processuel karakter:

»(...) fællesskabsrettens fulde virkning ville blive begrænset lige så meget, hvis en national retsregel kunne forhindre en ret, der har fået forelagt en tvist, som skal afgøres efter fællesskabsretten, i at træffe foreløbige forholdsregler med henblik på at sikre den fulde virkning af den retsafgørelse, der skal træffes om eksistensen af de rettigheder, der gøres krav på efter fællesskabsretten. Heraf følger, at en retsinstans, som under disse omstændigheder ville have truffet foreløbige forholdsregler, hvis den ikke var kommet i konflikt med en national retsregel, er forpligtet til at tilsidesætte denne regel.« [97]

I Francovich-dommen tog Domstolen så endelig det afgørende skridt ved ud fra EØF-traktatens system og grundlæggende principper (se nedenfor, punkt 40) at udlede, at »der følger således af selve traktatens system et

94 — Dom af 19.6.1990 (sag C-213/89, Factortame I, Sml. I, s. 2433, præmis 19). Se for tidligere bekræftelser domme af 16.12.1976 (sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, præmis 12), dom af 27.2.1980 (sag 68/79, Just, Sml. s. 501, præmis 25), af 27.3.1980 (sag 61/79, Denkavit Italiana, Sml. s. 1205, præmis 25), domme af 10.7.1980 (sag 811/79, Ariete, Sml. s. 2545, præmis 12, og sag 826/79, Mireco, Sml. s. 2559, præmis 13). Se i øvrigt allerede dommen af 19.12.1968 (sag 13/68, Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553, org. ref.: Rec. s. 631, på s. 645).

95 — Francovich-dommen, præmis 36.

96 — Simmenthal-dommen, nævnt i fodnote 93, præmis 21.

97 — Factortame I-dommen, nævnt i fodnote 94, præmis 21.

princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten« [98]. Domstolen udtaler nemlig:

»Fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat.« [99]

40. At de omtvistede fællesskabsbestemmelser i Francovich-dommen var fastsat i et direktiv [100] og af Domstolen efter en indgående analyse ikke blev fundet direkte anvendelige [101], kan naturligvis ikke være noget argument for at nægte erstatning ved tilsidesættelse af traktatbestemmelser *med direkte virkning*. Ligesom Kommissionen anser jeg tværtimod det argument, at der foreligger direkte virkning, så meget desto stærkere. I Foster-dommen accepterede Domstolen i øvrigt i et tilfælde med en direktivbestemmelse med direkte virkning, at en privat over for staten (i meget vid betydning: se nedenfor, punkt 41) kan gøre et erstatningskrav gældende på grund af tilsidesættelse af en sådan bestemmelse [102].

Man kan dog stille sig selv det spørgsmål, hvorledes Francovich-dommens værdi som præcedens er for så vidt angår krav, som en privat (eller en virksomhed) gør gældende mod en anden privat (eller virksomhed) om erstatning for det tab, som førstnævnte har haft som følge af sidstnævntes tilsidesættelse af en traktatbestemmelse, der også har direkte virkning i forholdet mellem borgerne. Det fremgår nemlig af dommen, at Domstolen klart har erkendt, at det

»er et princip i fællesskabsretten, at *medlemsstaterne* er forpligtet til at erstatte tab,

98 — Francovich-dommen, nævnt i fodnote 57, præmis 35.

99 — Francovich-dommen, præmis 33. I præmis 34 tilføjede Domstolen, at »det er *navnlig* nødvendigt, at der består en adgang til at gøre erstatningskrav gældende mod en medlemsstat i tilfælde, hvor fællesskabsrettens fulde virkning afhænger af, at der træffes foranstaltninger fra medlemsstatens side, således som i denne sag« (det drejede sig om manglende gennemførelse af et direktiv) »og hvor private derfor ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger«.

100 — Nemlig Rådets direktiv 80/987/EØF af 20.10.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23).

101 — Se præmis 10-27 i Francovich-dommen. Det blev anført, at Domstolen fastslog, at bestemmelserne ikke havde direkte virkning, da den ønskede at udvikle et retsmiddel mod en medlemsstats undladelse af at efterkomme fællesskabsretlige direktiver, som var uafhængigt af kravet om direkte virkning. På den måde ville Domstolen forsøge at komme uden om de problemer, der er knyttet til direktivernes ikke-horisontale virkning. Se J. Steiner, »From direct effects to *Francovich*: shifting means of enforcement of Community law«, *European Law Review*, 1993, (3), s. 9. Se tillige C. W. A. Timmermans, »La sanction des infractions au droit communautaire«, i *La sanction des infractions au droit communautaire*, 15. FIDE-kongres i Lissabon, II, 1992, s. 24, hvori bemærkes, at det retsmiddel, der blev udviklet i Francovich-dommen, på en vis måde er en erstatning for læren om den direkte virkning.

102 — Dom af 12.7.1990 (sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 22 og domskonklusionen).

som er forvoldt private som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne« [103].

41. Dette spørgsmål må efter min mening besvares bekræftende, om end det skal bemærkes, at Domstolen i den foreliggende sag vil kunne komme uden om det efter en gammelkendt recept. For som det fremgik ovenfor (punkt 2) er forholdet jo det, at British Coal er et ved lov oprettet selskab, som ejes 100% af den britiske stat, og at det har en række lovmæssigt definerede rettigheder og opgaver, herunder et principielt monopol på forarbejdning og udvinding af kul i Storbritannien. I den forstand falder det uden tvivl ind under det meget vide begreb »stat«, som Domstolen har udviklet i sin praksis vedrørende direktivers direkte virkning, nemlig

»et organ som — uanset sin retlige organisationsform — ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne« [104].

En sådan løsning vil jeg dog på ingen måde anbefale Domstolen. Den ville kunne medføre, at der stadig ville kunne herske tvivl om, hvorvidt der eksisterer eller ikke eksisterer et fællesskabsretligt grundlag for erstatningssager i forbindelse med *private virksomheders* tilsidesættelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler, der først og fremmest gælder for disse virksomheder. Endvidere forekommer sondringen mellem stat og privat mig at være så usikker og vanskelig at håndtere, i hvert fald inden for industrier som kul-og stålindustrier, hvor indgriben fra offentlige myndigheder antager alle mulige former, at det ikke forekommer tilrådeligt at anvende det her i analogi med retspraksis vedrørende direktivers direkte virkning.

42. At dommen i Francovich-sagen også har værdi som præcedens for denne sag følger efter min opfattelse af den principielle måde, på hvilken Domstolen i præmis 31 og 32 udleder princippet om statens ansvar af »traktatens *opbygning* og dens grundlæggende principper« [105]:

»Indledningsvis bemærkes, at der ved EØF-traktaten er indført en særlig retsorden, som er integreret i medlemsstaternes retssystemer, og som skal anvendes af deres retsinstanser.

103 — Francovich-dommen, præmis 37 (min fremhævelse).

104 — Foster-dommen, nævnt i fodnote 102, præmis 20. Retsstillingen for det statslige foretagende i denne sag, British Gas Corporation, kunne i øvrigt på det tidspunkt, da sagen blev behandlet for den nationale ret, i høj grad sammenlignes med British Coal's. British Gas Corporation havde i henhold til Gas Act 1972 (som afløste Gas Act 1948, den lov hvormed gasindustrien i Det Forenede Kongerige blev nationaliseret) monopol på gasforsyningen i Storbritannien samt en række dermed beslægtede opgaver. Først senere, ved Gas Act 1986, blev denne industri privatiseret: jf. punkt 3 i mit forslag til afgørelse i Foster-sagen, (Sml. I, s. 3327 og 3328).

105 — Jf. Francovich-dommen, præmis 30. Fremhævelsen i denne og i den herefter anførte præmis er min egen.

Retssubjekterne herfor er ikke blot medlemsstaterne, men også disses statsborgere. Fællesskabsretten pålægger således ikke blot borgerne forpligtelser, men giver dem også rettigheder, som dermed bliver en del af de rettigheder, der som helhed tilkommer borgerne. Disse rettigheder består ikke blot, når de udtrykkeligt er indrømmet i traktaten, men også, når traktaten pålægger *private*, medlemsstaterne eller Fællesskabets institutioner entydige forpligtelser (...)

Endvidere bemærkes, at det efter Domstolens faste praksis påhviler de nationale retter, som led i deres forpligtelse til at anvende fællesskabsretten inden for deres kompetenceområde, at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og at beskytte de rettigheder, som denne tillægger private (...).«

Disse generelle principper *anvendes* derefter af Domstolen på den situation, hvor en medlemsstat tilsidesætter fællesskabsretten og dermed påfører private et tab (præmis 33 og 34) [106]. Da fællesskabsbestemmelserne nemlig kun har fuld virkning, såfremt private kan kræve, at staten betaler erstatning herfor, følger princippet om statens ansvar ifølge Domstolen »således af selve traktatens system« [107]. Selv henvisningen til EØF-traktatens artikel 5 nævnes kun som et *supplerende* grundlag for statens ansvar (»har *endvidere* hjemmel i«) [108].

43. Det generelle grundlag for statens erstatningsansvar, som Domstolen fastslog i Francovich-dommen, gælder i lige så høj grad, såfremt en *privat* tilsidesætter en forpligtelse, der i henhold til fællesskabsretten påhviler ham, og derved påfører en anden privat et tab. Situationen er i så fald den, som Domstolen også anfører i den ovenfor citerede præmis 31 i Francovich-dommen (og forud for den allerede i Van Gend & Loos-dommen [109]), nemlig tilsidesættelse af en rettighed, som tilkommer en borger som modstykke til en forpligtelse, som fællesskabsretten pålægger en anden borger. Også i det tilfælde ville fællesskabsretten blive hindret i at få fuld virkning, såfremt førstnævnte private eller virksomhed ikke havde mulighed for at opnå erstatning fra den part, som tilsidesættelsen af fællesskabsretten kan tilregnes. Det gælder naturligvis så meget desto mere, såfremt tilsidesættelsen vedrører en fællesskabsbestemmelse med direkte virkning. Domstolen har om dette allerede i Simmenthal-dommen bemærket, at sådanne bestemmelser er

»en umiddelbar kilde til rettigheder og forpligtelser *for alle, som de vedrører*, hvad enten det drejer sig om medlemsstater eller

106 — Se ovenfor, punkt 37 og fodnote 86.
107 — Francovich-dommen, præmis 35.
108 — Francovich-dommen, præmis 36.
109 — Van Gend & Loos-dommen, org. ref.: Rec. 1963, s. 23.

om private, som er parter i de retsforhold, der henhører under fællesskabsretten« [110].

At EØF-traktatens artikel 85 og 86 falder ind under de fællesskabsretlige bestemmelser med direkte virkning for borgerne har længe været kendt (navnlig siden BRT I-dommen, jf. ovenfor, punkt 30). Af ovenstående del af mit forslag til afgørelse fremgår, at det samme gælder for EKSF-traktatens artikel 4, artikel 65, stk. 1, og artikel 66, stk. 7. Når en virksomhed, der er omfattet deraf, tilsidesætter disse bestemmelser, kan denne tilsidesættelse i henhold til argumentationen i Francovich-dommen tilregnes virksomheden, og den må gøres ansvarlig for det tab, som skyldes dens overtrædelse af fællesskabsretten.

44. På et område som konkurrenceretten taler i øvrigt yderligere andre stærke argumenter for en mulighed med rødder i fællesskabsretten for virksomheder til at få kompensation for det tab, som de påføres, ved, at andre virksomheder ikke overholder deres fællesskabsretlige forpligtelser. Jeg vil kun nævne to af dem.

For det første er tilkendelse af en sådan ret til at få erstatning *det logiske resultat af de pågældende bestemmelsers horisontale, direkte virkning*: Simmenthal-og Factortame I-dommene (ovenfor, punkt 39) giver nemlig ingen løsning, når en national ret ikke stilles over for en national ved lov eller administrativt fastsat bestemmelse, som retten kan lade ude af betragtning, men over for en privatretlig situation, hvori en eller flere virksomheder tilsidesætter en konkurrenceregel, og tredjemand derved påføres tab. Den eneste hensigtsmæssige måde, på hvilken den nationale ret under disse omstændigheder kan håndhæve de tilsidesatte fællesskabsretlige bestemmelser med direkte virkning, er ved at give skadelidte oprejsning gennem en erstatning. Selv en annullation af det mellem parterne gældende retsforhold — som fællesskabsretten skaber direkte grundlag for [111] — magter ikke at erstatte det tab, som tredjemand (allerede) er blevet påført.

Desuden tilkommer der en sådan erstatningsbestemmelse en vigtig rolle, når *de fællesskabsretlige konkurrencebestemmelser skal gøres lettere gennemførlige*, så meget mere som Kommissionen, der skal værne om disse bestemmelser, selv indrømmer, at den er henvist til de nationale retters medvirken

110 — Simmenthal-dommen, præmis 15 (min fremhævelse).

111 — EØF-traktatens artikel 85, stk. 2; EKSF-traktatens artikel 65, stk. 4.

ved håndhævelsen af disse bestemmelser [112]. Private erstatningssager har i øvrigt også længe i De Forenede Stater vist sig hensigtsmæssige i forbindelse med håndhævelsen af de føderale antitrustregler [113].

en virksomhed som følge af, at en anden virksomhed tilsidesætter en fællesskabsretlig konkurrencebestemmelse med direkte virkning.

B — *Detaljerede bestemmelser for et erstatningssøgsmål på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretlige bestemmelser*

45. Jeg konkluderer af ovenstående, at retten til erstatning for det tab, der påføres, ved, at en virksomhed tilsidesætter fællesskabsbestemmelser med direkte virkning, har støtte i selve den fællesskabsretlige retsorden. I medfør af de nationale retters pligt til at sikre fællesskabsretten fulde virkning og til at beskytte de rettigheder, der er tilkendt borgerne, har de nationale retter derfor pligt til at tilkende erstatning for tab, som påføres

46. Når ovennævnte ret til skadeserstatning kan støttes på fællesskabsretlige bestemmelser, har dette to vigtige konsekvenser. For det første tillkommer det derved Domstolen at forklare de *detaljerede bestemmelser* for de pågældende erstatningssøgsmål nærmere. Jeg vil straks komme ind på denne problematik. Selv om den forelæggende ret kun har forelagt Domstolen det principielle spørgsmål om den retlige forpligtelse til at tilkende erstatning, anser jeg det for at være praktisk i forbindelse med behandlingen af sagen ved den nationale ret først at minde om de betingelser, som den oprejsning, den nationale ret ifølge Domstolen skal give den private, skal opfylde (se nedenfor, punkt 48). Derefter vil jeg undersøge, om der kan drages lære af Domstolens praksis, navnlig i forbindelse med EØF-traktatens artikel 215 vedrørende de specielle ansvarsbetingelser i konkurren-

112 — Se Kommissionen, *Trettende rapport om konkurrencepolitikken* , 1984, Bruxelles-Luxembourg, s. 147-149, nr. 217 og 218, *Fjortende rapport om konkurrencepolitikken*, 1985, nr. 47, s. 59, og navnlig *Femtende rapport om konkurrencepolitikken* , 1986, s. 52-55, nr. 38-43. Se tillige svar fra Kommissionen på skriftlig forespørgsel nr. 519/72, (EFT 1973 C 67, s. 54) og, af nyere dato, svar fra hr. Andriessen på Kommissionens vegne på skriftlig forespørgsel nr. 1935/83 (EFT 1984 C 144, s. 14). Det anføres, at det af en intern undersøgelse fremgår, at omkring halvdelen af de klager, der er rettet til Kommissionen i anledning af tilsidesættelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, kunne færdigbehandles på grundlag af en rent juridisk analyse og derfor kunne behandles behørigt af de nationale domstole og retter: *Femtende rapport om konkurrencepolitikken* , s. 54, nr. 40. Med henblik på dette har Kommissionen for nylig udarbejdet en vigtig »meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86« (EFT 1993 C 39, s. 6).

113 — Private har i De Forenede Stater ret til en tredobbelt erstatning for tab påført ved tilsidesættelse af de føderale anti-trustlove (såkaldt »treble damages«). Både for Sherman Act og for Clayton Act gælder, at enhver privat »injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws (...) shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee«. Se i den forbindelse, med adskillige henvisninger: Ph. Areeda og L. Kaplow, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*, Boston-Toronto, Little, Brown & Company, fjerde udgave, 1988, s. 83, nr. 146 ff.

cesager for så vidt angår elementerne tab og erstatning (se nedenfor, punkt 49 ff.).

Ikke mindre væsentligt, forekommer det mig, er den anden konsekvens. I betragtning af fællesskabsrettens *forrang* finder den praksis, der er udviklet i Simmenthal- og Factortame I-dommene (se ovenfor, punkt 39) også anvendelse her. Med andre ord, den nationale retsinstans skal undlade at anvende national lov, når den står i vejen for fuld udnyttelse af de fællesskabsretlige erstatningsregler som defineret af Domstolen. Det vil navnlig sige, at de af Domstolen formulerede ansvarsbetingelser betyder, »at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes, i det omfang de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne« [114].

47. Begge punkter illustrerer det betydelige fremskridt, som det fællesskabsretlige grundlag for de omhandlede erstatningssøgsmål indebærer for fællesskabsrettens udvikling. Forholdet er det, at man i lang tid er gået ud fra, at krænkelse af EKSF-eller EØF-traktaternes konkurrenceregler *udelukkende* kan anfægtes for de nationale retter på grundlag af de privatretlige bestemmelser, der finder anvendelse, og at de begrænsninger, der gælder i den forbindelse, derfor gælder i fuldt omfang for håndhævelsen af konkurrencereglerne [115]. Det behøver ingen nærmere begrundelse, at en henvisning til national lov, selv om det i visse henseender giver kraftig støtte til fællesskabsretten [116], indeholder reelle farer for den ensartede og derfor hensigtsmæssige anvendelse af disse retsregler, såfremt for mange detaljerede regler overlades til den nationale ret [117]. Den ensartede anvendelse af fællesskabsretten er nemlig ifølge Domstolen i Zuckerfabrik-dommen »et grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden« [118].

Ved at give erstatningssøgsmål i anledning af tilsidesættelse af fællesskabsretlige (konkurrence)regler støtte i selve fællesskabsretten skabes der i øvrigt en større vekselvirkning

114 — Simmenthal-dommen, præmis 17.

115 — Se f. eks. rapporten *Skadesoprejsning som følge af tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 85 og 86*, Samling af artikler i serien Konkurrence, nr. 1, Kommissionen, Bruxelles, 1966, s. 5. Dette sidste var også Bundesgerichtshof's opfattelse i dens (i fodnote 66) nævnte dom af 14.4.1959, men netop derfor var det en af grundene til, at Domstolen, selv om den som sagt (se den samme fodnote) anerkendte den direkte virkning af EKSF-traktatens artikel 60, stk. 1, alligevel ikke ville give det nogen privatretlige følger; det ville føre til, at bedømmelsen ville være forskellig i de forskellige medlemsstater, hvad der netop er i strid med målsætningen om ligebehandling i EKSF-traktaten. Mht. kritik af denne dom henvises bl. a. til J. L. Janssen Van Raay, »Een beslissing van het Bundesgerichtshof over E. G. K. S.-recht«, *Nederlands Juristenblad*, 1960, (437), s. 444-445.

116 — Navnlig i det omfang der kan findes støtte i medlemsstaternes allerede eksisterende processuelle og materielretlige retsbeskyttelsesordning til håndhævelse af de fællesskabsretlige bestemmelser.

117 — Hullerne og svaghederne i den nationale ret rammer i så fald tillige håndhævelsen af fællesskabsretten. Disse farer er gentagne gange blevet påpeget: se bl. a. J. Bridge, »Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States«, *European Law Review*, 1984, (28), s. 31 og 32, D. Curtin, »The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders«, i *Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr. Justice T. F. O'Higgins*, Dublin, Butterworth, (33), s. 34. Se tillige C. W. A. Timmermans, »La sanction des infractions au droit communautaire«, anført i fodnote 101, s. 21.

118 — Dom af 21.2.1991 (forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen og Zuckerfabrik Soest, Sml. I, s. 415, præmis 26).

mellem fællesskabsretten og den nationale lovgivning, hvor forholdet før i tiden var det, at fællesskabsretten var helt afhængig af håndhævelsesmulighederne i den nationale ret [119].

1. Fællesskabsretlige minimumsnormer for den oprejsning, som de nationale retter skal sørge for

48. Domstolen har i Francovich-dommen udtrykkelig bekræftet, at i tilfælde af et erstatningskrav i medfør af fællesskabsretten, skal følgerne af det påførte tab afhjælpes »efter nationale erstatningsregler« [120]. Domstolen udtaler nemlig:

»Så længe der ikke er udstedt EF-regler på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte procesreglerne for søgsmål med henblik på at sikre den fulde beskyttelse af borgernes rettigheder efter fællesskabsretten (...)« [121]

Dermed stadfæster Domstolen en fast praksis, der i mangel af fællesskabsretlige harmoniseringsforanstaltninger henviser til medlemsstaternes nationale ret i forbindelse med udøvelsen af rettigheder, der er tilkendt i henhold til fællesskabsretten [122]. Trods dette udgangspunkt ses der i Domstolens praksis en tydelig tendens til at opstille en række *minimumsnormer*, som de nationale bestemmelser skal opfylde. Jeg nævner her de vigtigste.

— For det første har Domstolen erkendt, at retten til et effektivt søgsmål mod retsakter, der er i strid med fællesskabsretlige bestemmelser — med andre ord muligheden for en effektiv domstolskontrol — er et generelt princip i fællesskabsretten [123]. Skønt fællesskabsretten ikke selv har villet skabe andre søgsmålsmuligheder med henblik på gennemførelsen af fællesskabsretten end de retsmidler, der allerede findes i national ret, betyder den

119 — Jf. J. Bridge, artikel anført i fodnote 117, s. 29.

120 — Francovich-dommen, præmis 42. Allerede i dommen af 22.1.1976 (sag 60/75, Russo, Sml. s. 45, præmis 9) (min tilføjelse og fremhævelse) havde Domstolen udtalt, at såfremt et sådant tab (påført af en producent) »er opstået som følge af en overtrædelse af fællesskabsretten, påhviler det den pågældende stat i forholdet til skadelidte at påtage sig de heraf følgende konsekvenser *på grundlag af de nationale retsregler om statens erstatningsansvar*«.

121 — Ibid. Domstolen henviser på dette punkt bl. a. til dom i sag 33/76, Rewe, nævnt i fodnote 94, og dom af 7.7.1981 (sag 158/80, Rewe, Sml. s. 1805).

122 — Se allerede den i fodnote 94 anførte dom Salgoil (Sml. 1965-1968, s. 553, org. ref.: Rec. s. 645) samt de deri nævnte domme: Rewe, præmis 5, Comet, præmis 15, Ariete, præmis 12, og Mireco, præmis 13. Se endvidere dom af 9.7.1985 (sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 17).

123 — Se dom af 15.5.1986 (sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18) (i præmis 20 omtaler Domstolen »princippet om en effektiv domstolsprøvelse«), og af 15.10.1987 (sag 222/86, Heylens, Sml. s. 4097, præmis 14). Dette krav følger nemlig ifølge Domstolen i ovennævnte domme af de forfatningsmæssige traditioner, som alle medlemmerne har til fælles, og det er tillige indeholdt i artikel 6 og 13 i den europæiske menneskerettighedskonvention.

fællesskabsretlige retsbeskyttelsesordning, at »enhver søgsmålstype, som findes i national ret, skal kunne anvendes til sikring af overholdelsen af de fællesskabsregler, som har direkte virkning, under de samme formalitetsbetingelser og efter de samme regler for sagens videre behandling, som gælder, når der er tale om at sikre overholdelsen af national ret« [124].

— Dernæst må de materielle og de formelle betingelser (herunder således kompetenceregler og procedureregler), som de nationale retssystemer indeholder for så vidt angår krav, der følger af fællesskabsretten, ikke være ringere end dem, der gælder for lignende nationale søgsmål, og de må ikke være af en sådan karakter, at de i praksis gør udøvelsen af de rettigheder, som den fællesskabsretlige retsorden giver, umulig [125]. I Francovich-dommen har Domstolen udtrykkelig anvendt denne praksis på »de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab«, med den præcisering, at de nationale bestemmelser ikke må være udformet således »at de i praksis gør det umuligt eller *urimeligt vanskeligt* at opnå erstatning« [126].

— Dernæst må de nationale bevisregler ikke i praksis gøre det umuligt eller urimeligt vanskeligt at få den oprejsning, som kræves gennem fællesskabsretten, navnlig ved, at der gennem formodninger eller bevisregler pålægges de retsundergivne en urimelig tung bevisbyrde, eller gennem særlige begrænsninger med hensyn til bevisets form, som f. eks. udelukkelse af ikke-skriftlige bevismidler [127].

— De af den nationale ret fastsatte *frister for sagsanlæg*, inden for hvilke et retskrav, der støttes på fællesskabsretten, skal gøres gældende, og hvor overskridelse medfører, at kravene bortfalder, skal være rimelige [128]. De kan i hvert fald ikke påberåbes af en medlemsstat mod en borger, når medlemsstaten ikke har over-

124 — Dom i sag 158/80, Rewe, anført i fodnote 121, præmis 44.

125 — Disse krav om »ligebehandling« og »praktisk mulighed« blev allerede udviklet af Domstolen i ovennævnte Rewe-og Comet-domme: Rewe-dommen, præmis 5, og Comet-dommen, præmis 13 og 16. Se endvidere de i fodnote 94 nævnte domme: Just, præmis 25, Denkavit Italiana, præmis 25, Ariete, præmis 12, Mireco, præmis 13, dom af 9.11.1983 (sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12) samt Emmott-dommen, nævnt i fodnote 91, præmis 16. Den selvstændige betydning af det andet krav fremgår af præmis 17 i San Giorgio-dommen. Deri præciserede Domstolen, at kravet om ligebehandling ikke skal forstås således, at det begrunder indførelse af foranstaltninger, når det hverken for den pågældende overtrædelse af fællesskabsretten, *eller for en analog overtrædelse af national ret*, er muligt at opnå oprejsning (i det konkrete tilfælde tilbagebetaling af uforskyldte afgifter).

126 — Francovich-dommen, præmis 43 (min fremhævelse). Det skal bemærkes, at denne dom ikke gentager kravet om direkte virkning, som findes i den i den foregående fodnote anførte retspraksis.

127 — Jf. den praksis, som Domstolen har udviklet med hensyn til krav om tilbagebetaling af afgifter, der blev opkrævet i strid med fællesskabsretten: San Giorgio-dommen, præmis 14, og dom af 24.3.1988 (sag 104/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1799, præmis 7).

128 — Rewe-dommen, nævnt i fodnote 94, præmis 5, Comet-dommen, præmis 17, og Emmott-dommen, præmis 17.

holdt den pågældende fællesskabsretsbestemmelse [129].

— Fællesskabsretten er dog ikke til hinder for, at den nationale domstol i henhold til national ret overvåger, at beskyttelsen af de rettigheder, der er sikret ved Fællesskabets retsorden, ikke udarter sig til en ugrundet berigelse af rettighedshaveren [130].

De kriterier, som Domstolen har udviklet i den forbindelse, er nemlig ifølge EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, bygget på »almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer«, og de gælder derfor for alle former for ansvar uden for kontraktforhold [131].

2. Ensartede ansvarskrav ved overtrædelse af fællesskabsretten

49. Især for så vidt angår de detaljerede bestemmelser for en erstatningssag er retspraksis stadig langt fra færdigudviklet. Alligevel kan der af Domstolens praksis, navnlig om Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold i medfør af EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, allerede udledes en række principper. At ovennævnte retspraksis også gælder for den foreliggende problematik, mener jeg ikke, der kan være nogen tvivl om.

Inden jeg går nærmere ind herpå, vil jeg gerne bemærke følgende om Francovich-dommens værdi som præcedens for det foreliggende spørgsmål. Skønt værdien som præcedens, som sagt, ubetinget omfatter selve princippet om Fællesskabets ansvar (se ovenfor, punkt 42 og 43), gælder dette efter min mening ikke ubetinget for de ansvars*betingelser*, der er udviklet i dommen. Det følger af Domstolens nuancerede stillingtagen i denne dom: Den udtalte udtrykkeligt, at »medens princippet om statens ansvar således følger af fællesskabsretten, afhænger betingelserne for, at der kan kræves erstatning på dette grundlag, af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet« [132], og begrænsede sig derefter til ansvarsbetingelserne i det hypotetiske tilfælde, at en medlemsstat ikke opfyldte en forpligtelse, der var den pålagt i medfør af EØF-traktatens artikel 189, stk. 3, til at

129 — Se Emmott-dommen, præmis 23 og 24, samt domskonklusionen, for så vidt angår situationen vedrørende et direktiv, der endnu ikke er blevet behørigt inkorporeret i national ret af en medlemsstat.

130 — Domstolen fastslog navnlig dette i skattesager, hvor der skulle tages hensyn til den mulighed, at en virksomhed havde indregnet uretmæssigt opkrævede afgifter i sine priser og havde overvæltet dem på aftagerne. Se følgende domme: Just, præmis 26 og 27, Denkavit Italiana, præmis 26 og 28, Ariete, præmis 13, og Mireco, præmis 14.

131 — Som generaladvokat Mischo allerede bemærkede i sit forslag til afgørelse i Francovich-sagen, er det i øvrigt ikke ønskeligt, at fællesskabsinstitutionernes ansvar i tilfælde af tilsidesættelse af fællesskabsretten skulle være reguleret af helt andre detailbestemmelser end dem vedrørende nationale myndigheders (eller privates) ansvar for overtrædelse af samme fællesskabsret: (Sml. 1991 I, s. 5396, punkt 71), med henvisning til dom af 27.9.1988 (forenede sager 106/87-120/87, Asteris, Sml. s. 5515, præmis 18).

132 — Francovich-dommen, præmis 38.

træffe alle de nødvendige foranstaltninger for at nå det i et direktiv fastsatte resultat [133].

50. I sin domspraksis vedrørende EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, har Domstolen ud fra de generelle principper, som er fælles for medlemsstaternes retssystemer, udledt, at et fællesskabsretligt ansvar forudsætter, at tre betingelser er opfyldt: det drejer sig om, at der er indtrådt et tab, at der er årsagsforbindelse mellem det påberåbte tab og modpartens adfærd, samt at modpartens adfærd er retsstridig [134]. Disse ansvarsbetingelser gælder efter min opfattelse ubetinget ved søgsmål i anledning af overtrædelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler med direkte virkning. Jeg vil behandle dem enkeltvis.

51. *At der er indtrådt et tab.* Den part, der gør ansvar gældende, skal bevise, at han har lidt et tab. Elementet »tab« nævnes ganske vist ikke i Francovich-dommen under betingelserne for statens ansvar [135], højst sandsynligt fordi kravet om tab i de sager naturligvis var opfyldt (nemlig den konkursramte arbejdsgivers manglende udbetaling af arbejdstagernes løn), og det præciseres knap nok i Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens artikel 215. Alligevel kan der fra denne retspraksis hentes følgende elementer. For det første skal der være tale om, at der *faktisk er indtrådt et økonomisk tab* [136]. Et tab på et rent spekulativt grundlag er derfor ikke tilstrækkeligt [137], selv om det, da et søgsmål kan indledes på grundlag af et foreliggende ansvar, er tilstrækkeligt med »umiddelbart forestående og med tilstrækkelig sikkerhed påregnelige skader, selv om tabet endnu ikke kan opgøres nøjagtigt« [138]. Ifølge Domstolen kan det nemlig »vise sig nødvendigt at indbringe sagen for Domstolen, så snart skadens årsag er sikker, for at undgå skader af endnu større omfang«, hvilket »bekræftes af de regler, der gælder i medlemsstaternes retsordener, hvoraf de fleste, om ikke alle, anerkender erstatningssager angående en fremtidig, men dog tilstrækkelig sikker skade« [139].

133 — Se præmis 39 og 40 i Francovich-dommen: disse betingelser er ifølge Domstolen tre forskellige: i) det af direktivet fastsatte resultat skal indeholde tilkendelse af rettigheder til private, ii) indholdet af disse rettigheder skal kunne fastlægges på grundlag af direktivets bestemmelser, og iii) der skal været årsagssammenhæng mellem tilsidesættelsen af den pligt, der påhviler staten, og det tab, de skadelidte personer har lidt.

134 — Dette har længe været fast praksis: Se allerede dom af 28.4.1971 (sag 4/69, Lütticke, Sml. s. 73, org. ref.: Rec. s. 325, præmis 10), jf. tillige dom af 14.1.1987 (sag 281/84, Zuckerfabrik Bedburg, Sml. s. 49, præmis 17).

135 — Se den i fodnote 133 gengivne præmis 40 fra Francovich-dommen.

136 — Det er fast praksis: se bl. a. dom af 2.7.1974 (sag 153/73, Holtz & Willemsen, Sml. s. 675, præmis 7), af 4.3.1980 (sag 49/79, Pool, Sml. s. 569, præmis 7) og af 8.12.1987 (sag 50/86, Grands Moulins de Paris, Sml. s. 4833, præmis 7).

137 — Jf. dom af 14.7.1967 (forenede sager 5/66, 7/66 og 13/66, Kampffmeyer m. fl., Sml. 1965-1968, s. 381, på s. 389, org. ref.: Rec. s. 317, på s. 343), hvor Domstolen viser sig tilbageholdende med hensyn til »det tab, som påberåbes under henvisning til tabt fortjeneste, hviler på et i det væsentlige spekulativt grundlag«.

138 — Dom af 2.6.1976 (forenede sager 65/74-60/74, Kampffmeyer, Sml. s. 711, præmis 6), af 2.3.1977 (sag 44/76, Milch-, Fett- und EierKontor, Sml. s. 393, præmis 8), af 29.1.1985 (sag 147/83, Binderer, Sml. s. 257, præmis 19), og i sag 281/84, Zuckerfabrik Bedburg, nævnt i fodnote 134, præmis 14. Disse domme er i overensstemmelse med tidligere retspraksis. Domstolen fastslog således allerede i dommen af 15.7.1963 (sag 25/62, Plaumann, Sml. 1954-1964, s. 411, på s. 414 og 415, org. ref.: Rec. s. 197, på s. 224), at en sagsøger i stævningen kan nedlægge påstand om at få fastslået det eventuelle tab, som følger af den anfægtede retsakt, og under de skriftlige og mundtlige retsforhandlinger kan præcisere tabet og anslå tabets størrelse.

139 — Kampffmeyer-dommen, nævnt i den foregående fodnote, præmis 6.

For det andet skal der ved *beregningen* af det tab, der skal ydes erstatning for — som det blev præciseret i den for nyligt af Domstolen afsagte dom Mulder og Heinemann — medmindre der foreligger særlige omstændigheder, som berettiger en anden bedømmelse, tages hensyn til den tabte fortjeneste [140]. I samme dom pålagde Domstolen skadelidte en tabsbegrænsningspligt. Den erkender nemlig, at medlemsstaternes retssystemer har et princip til fælles, hvorefter skadelidte skal søge at begrænse skadens omfang, da han ellers selv må bære tabet [141]. Ved beregningen af tabet skal der i hvert fald i medfør af ovennævnte (punkt 48) forbud mod ugrundet berigelse tages hensyn til en eventuel overvæltning af tabet på den klagende virksomheds salgspriser [142].

Domstolen har også udtalt sig om *metoder til opgørelse af tab*: i dommen Société Anonyme des Laminoirs fastslog den, at når den eneste mulige metode til opgørelse af det tab, der er forårsaget af en tjenstlig fejl, er at forestille sig situationen, som den ville have været, såfremt fejlen ikke havde bestået, må retsinstansen »under anvendelse af de udspørgningsmetoder, der normalt anvendes ved økonomiske undersøgelser, gøre det muligt at nå frem til acceptable omtrentlige tal på et tilstrækkeligt pålideligt grundlag« [143].

Endelig med hensyn til *beviset* for tabet har Domstolen fastslået, at for så vidt angår medlemsstaternes retssystemer vedrørende ansvar uden for kontraktforhold »gælder det generelt i medlemsstaternes retssystemer, at retten frit bedømmer alle de bevismidler, som forelægges den under sagen« [144].

52. *Årsagsforbindelse mellem overtrædelse og tab*. Både den praksis, der er udviklet vedrørende EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, og praksis i forbindelse med Francovich-dommen [145] stiller krav om, at der skal være årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af fællesskabsretten og den skadelidte persons tab. Domstolen har i øvrigt ikke præciseret denne betingelse om årsagsforbindelse nærmere. Dog udtalte Domstolen i Dumortier Frères-dommen, at såfremt skaden (i det konkrete tilfælde lukningen af en virksomhed), selv om den blev fremskyndet på grund af den pågældende tilsidesættelse af fællesskabsretten (ingen restitution), ikke var en *direkte følge af den pågældende retsstridige adfærd*, så foreligger der ikke noget ansvar. Medlemsstaternes fælles principper, som EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, henviser til, kan derfor ifølge Domstolen ikke påberåbes »til støtte for en forpligtelse til at genoprette enhver, *nok så*

140 — Dom af 19.5.1992 (forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder og Heinemann, Sml. I, s. 3061, præmis 26, og mit forslag til afgørelse, Sml. I, s. 3122, punkt 47).

141 — Mulder og Heinemann-dommen, præmis 33, og mit forslag til afgørelse, Sml. I, s. 3122, punkt 49.

142 — Se domme af 4.10.1979 (henholdsvis sag 238/78, Ireks-Arkady, Sml. s. 2955, præmis 14, forenede sager 241/78, 242/78 og 245/78-250/78, DGV, Sml. s. 3017, præmis 15, forenede sager 261/78 og 262/78, Interquell Stärke-Chemie, Sml. s. 3045, præmis 17, og forenede sager 64/76 og 113/76, 167/78 og 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier Frères, Sml. s. 3091, præmis 15).

143 — Dom af 9.12.1965 (forenede sager 29/63, 31/63, 36/63, 39/63-47/63, 50/63 og 51/63, Société Anonyme des Laminoirs m.fl., Sml. 1965-1968, s. 135, på s. 136, org. ref.: Rec. s. 1123, på s. 1159).

144 — Dom af 6.10.1982 (sag 261/78, Interquell Stärke-Chemie, Sml. s. 3271, præmis 11).

145 — Se præmis 40 i Francovich-dommen, sammenfattet i fodnote 133.

fjern, skadelig følge af en retsstridig retsforskrift« [146]. Det falder i tråd med retspraksis vedrørende Fællesskabets ansvar i medfør af EKSF-traktatens artikel 40. Domstolen har her gentagne gange fastslået, at der kun kan være tale om et ansvar, når sagsøgeren fremlægger bevis for en *direkte årsagsforbindelse* (»un lien immédiat de cause à effet«) mellem den anfægtede tjenstlige fejl og det forårsagede tab [147].

53. *Den anfægtede adfærds retsstridighed.* På dette punkt kan jeg her fatte mig i korthed. For at kravet i det konkrete tilfælde er opfyldt, er det tilstrækkeligt, at en virksomhed tilsidesætter bestemmelser med direkte virkning i fællesskabsrettens konkurrenceregler. Der kan her ikke være tale om noget gunstigere kriterium for den, der tilsidesætter bestemmelserne, som det var tilfældet i Domstolens behandling af artikel 215-sager med henblik på bedømmelsen af myndighedernes udøvelse af vide skønsmæssige beføjelser, nemlig at der skulle foreligge en »tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private« [148]. De pågældende konkurrencebestemmelser pålægger nemlig virksomhederne nøjagtigt bestemte pligter, der har direkte virkning, og som modsvares af, at der tilkendes private rettigheder (jf. ovenfor, punkt 43) [149]. Såfremt der objektivt set foreligger en tilsidesættelse af en sådan bestemmelse, kan der kræves erstatning i henhold til fællesskabsretten, uden at bestemmelser i den nationale ret i den forbindelse kan påberåbes som fritagelsesgrund. Som Domstolen fastslog i Dekker-dommen [150] med hensyn til det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF [151] om »ligebehandling af mænd og kvinder«, kan de i fællesskabsrettens konkurrenceregler fastsatte forbud ikke gøres afhængige af, om der foreligger bevis for skyld, eller om der mangler enhver *fritagelsesgrund*. Forbuddene tjener til at garantere, at der ikke sker konkurrencefordrejning, og sikre den frie konkurrence mellem de virksomheder, der virker på det fælles marked, hvor det kommer an på virkningen af den forbudte adfærd og ikke på formålet med adfærden [152].

54. *Erstatning og rente.* Specielt med hensyn til spørgsmålet om erstatning viser nyere

146 — Dumortier Frères-dommen, præmis 21.

147 — Se Vloeberghs-dommen, der er anført i fodnote 20, (Sml. 1954-1964, s. 261, org. ref.: Rec. 1961 s. 451), dom af 12.7.1962 (sag 18/60, Worms, Sml. 1954-1964, s. 323, org. ref.: Rec. s. 400, på s. 401), for nyligt stadfæstet i dom af 30.1.1992 (forenede sager C-363/88 og C-364/88, Finsider m. fl., Sml. I, s. 359, præmis 25), i dommens præmis 45 gentager Domstolen, at der skal foreligge bevis for, at det er en tilstrækkelig kvalificeret fejl, der direkte er årsagen til det påberåbte tab.

148 — Jf. dom af 25.5.1978 (forenede sager 83/76 og 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HNL, Sml. s. 1209, præmis 4), Mulder og Heinemann-dommen, præmis 12.

149 — Også i Francovich-dommen forelå der en krænkelse, her dog fra statens side, af en nøje angivet pligt til at inkorporere det pågældende direktiv inden for en fastsat frist. Derfor var der heller ikke i denne sag anledning til at anvende det ovenfor i teksten nævnte mildere kriterium i forbindelse med myndighedernes skønsmæssige beføjelser i EØF-traktatens artikel 215.

150 — Dom af 8.11.1990 (sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 19 ff.).

151 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 om gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

152 — Også her gælder det derfor, at konkurrencebestemmelsernes praktiske betydning svækkes stærkt, såfremt det var nødvendigt med et bevis for skyld: jf. Dekker-dommen, præmis 24. Tilfældet er noget helt andet med spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om forsæt eller uagtsomhed som betingelse for pålæggelse af en bøde: se, i EØF-sammenhæng, artikel 15 i forordning nr. 17.

retspraksis en række interessante udviklinger. For så vidt angår anvendelsen af EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, erkendte Domstolen i ovennævnte dom Mulder og Heinemann, at størrelsen af den erstatning, som Fællesskabet skal betale, skal svare til det tab, som det har forårsaget [153]. Dermed tilkendegav Domstolen klart, at erstatningen skal være *fuldstændig*, dvs. den skal tjene til at genoprette det formuetab, der er forårsaget ved den retsstridige adfærd (såkaldt *restitutio in integrum*) [154]. I Domstolens praksis har dette princip i øvrigt allerede været gældende som underforstået. Det fremgår af den faste praksis vedrørende anordning af foreløbige forholdsregler, hvor præsidenten kun anser økonomisk tab for at være alvorligt og uoprettelig (og derfor for at undgå dette anordner foreløbige forholdsregler) »såfremt det ikke afhjælpes *fuldt ud*, selv om sagsøgeren får medhold i hovedsagen« [155]. Det fremgår også af Domstolens faste praksis siden 1979 — dengang den i henhold til principper, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, nåede frem til, at den »anerkender i almindelighed rentekrav« — hvorefter der af erstatningsbeløbet skal betales morarente fra afsigelsen af den dom, hvori erstatningen er fastsat [156].

I den forbindelse skal også nævnes retspraksis vedrørende erstatning som sanktion for tilsidesættelse af ovennævnte (punkt 53) direktiv 76/207. I Von Colson og Kamanndommen udtalte Domstolen, at selv om der i direktivet ikke er fastsat bestemte sanktionsformer, skal sanktionen alligevel være egnet til at sikre en faktisk og hensigtsmæssig retlig beskyttelse og have en afskrækkende virkning, hvilket medfører, at såfremt en medlemsstat har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbuddet i direktivet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne erstatning i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab, og ikke kun være symbolsk [157]. I den for nylig afsagte dom Marshall II præciserede Domstolen i den forbindelse, i en situation hvor der var tale om opsigelse på grund af forskelsbehandling, at:

»Når der anvendes en erstatning som foranstaltning for at nå ovennævnte mål (dvs. fak-

153 — Mulder og Heinemann-dommen, præmis 34.

154 — Allerede af den retssammenlignende analyse, som generaladvokat Capotorti foretog i Dumortier-sagen, fremgik, at det er et generelt princip, som er fælles for medlemsstaternes retsordener: se forslag til afgørelse i de forenede sager 64/76 og 113/76, 167/78 og 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier (Sml. 1982, s. 1756-1758, punkt 4). Generaladvokaten udledte af sin retssammenlignende analyse, at der inden for Fællesskabet eksisterer en tilstrækkelig klar og generel tendens til ved fastsættelsen af erstatning i tilfælde af ansvar uden for kontraktforhold også at tage hensyn til den indflydelse, som udefrakommende omstændigheder, f. eks. en valutanedskrivning eller en devaluering, kan udøve efter tidspunktet for den skadevoldende hændelses indtræden.

155 — Kendelse af 19.12.1990 (sag C-358/90 R, Compagnia Italiana Alcool, Sml. I, s. 4887, grund 26) (min fremhævelse). Se tillige kendelse af 26.9.1988 (sag 229/88 R, Cargill, Sml. s. 5183, grund 17; af 23.5.1990 (sag C-51/90 R og sag C-59/90 R, Comos-Tank m.fl. Sml. I, s. 2167, grund 24) og af 25.10.1990 (sag C-257/90 R, Italsolar, Sml I, s. 3941, grund 15).

156 — Ireks-Arkady-dommen, præmis 20, DGV-dommen, præmis 22, Interquell Stärke-Chemie-dommen, præmis 23; Dumortier Frères-dommen, præmis 25. Udtrykkelig stadfæstet i dommen Mulder og Heinemann, præmis 35.

157 — Dom af 10.4.1984 (sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 23 og 24), gentaget i Dekkerdommen, der er nævnt i fodnote 150, præmis 23, og i Marshall II-dommen, nævnt i fodnote 74, præmis 18. Ifølge Domstolen giver direktivet tværtimod et frit valg mellem forskellige løsninger, der er egnet til at gennemføre dets målsætning.

tisk chance-lighed), skal denne være passende i den forstand, at den i overensstemmelse med de gældende nationale retsforskrifter gør det muligt *fuldt ud* at kompensere det faktisk lidte tab som følge af en afskedigelse, der er udtryk for forskelsbehandling.« [158]

Af denne pligt til at betale fuld erstatning udledte Domstolen ydermere to vigtige principper med hensyn til de *detaljerede bestemmelser*, efter hvilke der skal udbetales erstatning. For det første anså den ikke et lovmæssigt loft for erstatningen for at være en korrekt gennemførelse af direktiv 76/207, »da erstatningsbeløbet på forhånd begrænses til et niveau, som ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med kravet om faktisk chance-lighed ved en passende erstatning for det lidte tab som følge af en afskedigelse, der er udtryk for forskelsbehandling« [159]. For det andet svarede Domstolen bekræftende på spørgsmålet om, hvorvidt erstatningens hovedsum skal forrentes fra den dag, da den ulovlige forskelsbehandling fandt sted, til tidspunktet for udbetaling af erstatningen. Det »er tilstrækkeligt at fastslå, at fuld erstatning for det lidte tab, som følge af en afskedigelse, der er udtryk for forskelsbehandling, ikke kan være uafhængig af faktorer, så som tidens forløb, der i realiteten kan nedsætte erstatningens værdi. Tilkendelse af rente i overensstemmelse med de gældende nationale retsforskrifter må derfor anses som en væsentlig erstatningskomponent, der gør det muligt at genskabe en reel ligebehandling.« [160]

Jeg mener, at denne praksis i sin helhed finder anvendelse for så vidt angår tilsidesættelse af fællesskabsretlige konkurrenceforbud. Som det nemlig er sagt ovenfor (punkt 53), er sigtet med disse forbud at garantere et system uden konkurrencefordrejning og med fri konkurrence mellem de virksomheder, der opererer på det fælles marked, hvor der skal betales fuld erstatning ved overtrædelse af disse bestemmelser.

VI — Betydningen for de nationale retter af en beslutning vedtaget af Kommissionen i en analog konkurrencesag

55. I den forelæggende rets femte og sjette spørgsmål (se punkt 6 om formuleringen af spørgsmålene) sættes problemet med forholdet mellem Kommissionens rolle som kartelmyndighed i EKSF-traktatens system og de nationale retters rolle til behandling.

158 — Marshall II-dommen, præmis 26 (min tilføjelse og fremhævelse).

159 — Marshall II-dommen, præmis 30.

160 — Marshall II-dommen, præmis 31. I præmis 32 og punkt 1 i domskonklusionen svarede Domstolen derfor på det stillede spørgsmål, at artikel 6 i direktiv 76/207 »er til hinder for, at erstatningen for det tab, som er påført en person som følge af en afskedigelse, der er udtryk for forskelsbehandling, begrænses ... ved, at der ikke tilkendes renter med henblik på at erstatte den erstatningsberettigedes tab som følge af den tid, der går indtil den faktiske udbetaling af det tilkendte erstatningsbeløb«.

For så vidt angår femte spørgsmål følger svaret af undersøgelsen vedrørende det tredje og fjerde spørgsmål: Det blev fastslået, at artikel 4, artikel 65, stk. 1, og artikel 66, stk. 7, var bestemmelser med direkte virkning, og at de nationale retter i medfør af fællesskabsretten har pligt til at tilkende erstatning med henblik på så vidt muligt at opnå fuld oprejsning for de parter, hvis rettigheder er blevet tilsidesat. Gennemførelsen af de skridt eller de procedurer, der er angivet i de pågældende traktatbestemmelser, og udtømningen af eventuelle andre retsskridt, der er fastsat i EKSF-traktaten — navnlig muligheden for at indbringe sagen på grund af passivitet, som er indeholdt i EKSF-traktatens artikel 35 — er ikke noget forudgående krav til dette. Det ville i øvrigt betyde, at de ovennævnte bestemmelser mistede deres direkte virkning, og at de nationale retter samtidig mistede den dertil knyttede forpligtelse til at beskytte borgernes rettigheder [161].

56. Det sjette spørgsmål er vanskeligere. Heri ønsker den forelæggende ret oplysninger om, hvorvidt en kommissionsbeslutning i konkurrencesager har bindende virkning i forholdet til de nationale retter, og om det gælder såvel den i beslutningen foretagne analyse af de faktiske omstændigheder, som den juridiske fortolkning, som Kommissionen fremsætter heri for så vidt angår EKSF-traktatens bestemmelser. For at få et rigtigt svar på dette er det efter min opfattelse nødvendigt at henvise til Domstolens praksis om henholdsvis Kommissionens og de nationale retters rolle i forbindelse med håndhævelsen af fællesskabsretlige konkurrenceregler. Selv om denne praksis vedrører EØF-traktatens konkurrenceregler, finder den alligevel efter min mening fuldt ud anvendelse på EKSF-traktatens konkurrenceregler, i betragtning af ligheden mellem reglerne i EKSF-traktaten og EØF-traktaten på dette område (se ovenfor, punkt 30-35), samt når henses til den nødvendige sammenhæng, der skal være ved anvendelse af disse bestemmelser.

A — *Kommissionens og de nationale retters rolle i forbindelse med håndhævelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler*

57. Domstolen har gentagne gange udtalt sig om opgavefordelingen mellem Kommissionen og de nationale retter ved håndhævelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler [162]. Senest og mest systematisk er dette kommet til udtryk i Delimitis-dommen:

»I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at Kommissionen er ansvarlig for gennemførelsen og fastlæggelsen af den fælles konkurrencepolitik. Kommissionen har beføjelse til, under Rettens og Domstolens kontrol, at træffe individuelle beslutninger i henhold til de gældende forordninger om proceduren herfor samt til at udstede fritagelsesforordninger. Denne opgave

161 — Jf. den i fodnote 86 nævnte dom Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires, navnlig præmis 16.

162 — Se navnlig Brasserie de Haecht-dommen, nævnt i fodnote 87, navnlig præmis 4-12, samt de i fodnote 79 nævnte domme BRT I, præmis 15-23, og Marty, præmis 13-14.

indebærer nødvendigvis komplekse økonomiske vurderinger, navnlig ved afgørelsen af, om en aftale er omfattet af artikel 85, stk. 3. I henhold til artikel 9, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, (...) har alene Kommissionen beføjelse til at træffe beslutninger om anvendelsen af artikel 85, stk. 3.

Kommissionen har derimod ikke en eksklusiv kompetence til at anvende artikel 85, stk. 1, og artikel 86. I denne henseende deler den sin beføjelse til at anvende disse bestemmelser med de nationale retter. Som fastslået af Domstolen i dom af 30. januar 1974 (sag 127/73, BRT, Sml. s. 51) har artikel 85, stk. 1, og artikel 86 umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte.« [163]

Den i det foregående afsnit beskrevne kompetence, der er delt mellem Kommissionen og de nationale retter, kan ved en konkret anvendelse af fællesskabsretlige konkurrenceregler give anledning til afgørelser, der er i strid med hinanden. Domstolen udtalte om dette i Delimitis-dommen:

»I denne forbindelse skal der tages hensyn til, at der er risiko for, at de nationale retter kan træffe afgørelser, der er i strid med de beslutninger, Kommissionen har truffet eller har til hensigt at træffe vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 1, og artikel 86 samt artikel 85, stk. 3. Sådanne indbyrdes modstridende afgørelser ville være i strid med det almindelige retssikkerhedsprincip og bør således undgås, når de nationale retter træffer afgørelse vedrørende aftaler eller praksis, som fortsat kan gøres til genstand for en kommissionsbeslutning.« [164]

Domstolen gav derfor den nationale dommer det råd — »for at forene hensynet til på den ene side at undgå indbyrdes modstridende afgørelser og på den anden side den nationale rets forpligtelse til at træffe afgørelse vedrørende den i sagen nedlagte påstand om, at aftalen er ugyldig« — at tage følgende forhold i betragtning:

— Såfremt det *klart* fremgår, at betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, ikke er opfyldt, og såfremt der derfor næppe er risiko for, at Kommissionen træffer anden afgørelse, kan den nationale ret fortsætte sin behandling af sagen og træffe afgørelse om den omtvistede aftale. Tilsvarende gælder, såfremt aftalen utvivlsomt er uforenelig med artikel 85, stk. 1,

163 — Delimitis-dommen, nævnt i fodnote 79, præmis 44 og 45.

164 — Delimitis-dommen, præmis 47.

og den under hensyn til fritagelsesforordningerne og Kommissionens hidtidige beslutningspraksis under ingen omstændigheder kan opnå fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3 [165].

— Såfremt den nationale ret på baggrund af Kommissionens praksis for regeludstedelse og vedtagelse af beslutninger finder, at aftalen eventuelt i henhold til artikel 85, stk. 3, kan opnå fritagelse ved udstedelse af en beslutning, eller at der er fare for modstridende afgørelser i forbindelse med anvendelsen af artikel 85, stk. 1, og artikel 86, kan den nationale ret beslutte at udsætte sagen eller at træffe foreløbige forholdsregler i overensstemmelse med de nationale processuelle regler. Den nationale ret har inden for grænserne af de nationale processuelle regler mulighed for at rette forespørgsel til Kommissionen vedrørende en eventuel procedure, som denne institution eventuelt har indledt, og vedrørende den sandsynlige udgang af sagen. På samme betingelser kan den nationale ret, såfremt den konkrete anvendelse af artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 medfører særlige vanskeligheder, rette henvendelse til Kommissionen for at få oplysninger om de økonomiske og retlige omstændigheder, som Kommissionen kan meddele [166].

— *I alle tilfælde* kan den nationale ret udsætte behandlingen af sagen og anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse i medfør af EØF-traktatens artikel 177 [167].

Kommissionen har helt overtaget disse principper i sin seneste »meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86« [168]. I punkt 45 erklæres ganske vist, at meddelelsen ikke finder anvendelse på konkurrencereglerne i EKSF-traktaten, men forskellen er, ifølge det af Kommissionen under retsmødet fremførte, kun anlagt af hensyn til de processuelle forskelle, der (navnlig fordi forordning nr. 17 kun gælder for sager i medfør af EØF-traktaten) er mellem bestemmelserne i EØF-traktaten og EKSF-traktaten. Det hindrer dog ikke, tilføjede Kommissionen, at meddelelsen mutatis mutandis også finder anvendelse på bestemmelserne i EKSF-traktaten.

B — *I hvilket omfang er de nationale retter på grund af faktiske og/eller retlige omstændigheder bundet af en kommissionsbeslutning?*

58. Procesdeltagernes meninger er her endnu en gang meget delt. I den ene ende af spektret står Banks, der gør gældende, at en kom-

165 — Delimitis-dommen, præmis 50. I præmis 51 minder Domstolen om, at der kun kan udstedes en fritagelsesbeslutning for en aftale, hvis den er anmeldt, eller hvis den er fritaget for anmeldelse.

166 — Delimitis-dommen, præmis 52 og 53. Domstolen tilføjer, at Kommissionen i medfør af EØF-traktatens artikel 5 har pligt til et loyalt samarbejde med domstolene i medlemsstaterne.

167 — Delimitis-dommen, præmis 54.

168 — Se referencen i fodnote 112.

missionsbeslutning hverken retligt eller faktisk er bindende for de nationale retter; i den anden ende står British Coal, der anser en beslutning for at være bindende, såvel ud fra et retligt som et faktisk synspunkt. Den britiske regerings og Kommissionens synspunkter ligger derimellem. Regeringen fastholder, at en beslutning fra Kommissionen for så vidt angår faktiske omstændigheder — f.eks. når det fastslås, at en bestemt prisadfærd er i strid med EKSF-traktatens kapitel V — er bindende for de nationale retter. De nationale retter er dog ikke bundet af den fortolkning af EKSF-traktaten, som Kommissionen udvikler i beslutningen som led i sin argumentation, selv om parterne kan påberåbe sig den til støtte for deres anbringender, og retterne kan tage hensyn til denne fortolkning. Kommissionen gør endelig gældende, at selv om dens beslutninger for så vidt angår retlige eller faktiske forhold ikke er bindende for de nationale retter, har disse dog heller ikke kompetence til at annullere en sådan beslutning. De nationale retter skal endvidere for at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten forsøge at respektere beslutninger fra Kommissionen i konkurrencesager og, om nødvendigt gennem et præjudicielt spørgsmål til Domstolen, gøre alt, hvad der er nødvendigt, for at undgå risiko for modstridende afgørelser.

59. Svaret skal efter min mening være nuanceret. Udgangspunktet er den sondring, som Domstolen foretog i Delimitis-dommen (se ovenfor, punkt 57) mellem Kommissionens *ene*kompetence til i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, (i EKSF-sammenhæng: EKSF-traktatens artikel 65, stk. 2) at erklære, at forbuddet i artikel 85, stk. 1, (henholdsvis artikel 65, stk. 1) ikke finder anvendelse, og den kompetence, som Kommissionen *deler* med de nationale domstole, til at anvende artikel 85, stk. 1, og artikel 86 (henholdsvis EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, og artikel 66, stk. 7). Det betyder konkret, at såfremt Kommissionen i medfør af ovennævnte enekompetence erklærer, at det i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, eller i EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, indeholdte forbud ikke finder anvendelse, er den nationale domstol bundet af denne *fritagelses* beslutning. Kun såfremt Kommissionen tilbagekalder den pågældende beslutning, eller retsakten annulleres af Domstolen, bortfalder den bindende virkning [169].

60. Situationen er en helt anden, når Kommissionen ved en administrativ skrivelse eller endog ved en negativattest [170] meddeler, at den ikke har planer om at skride ind mod bestemte aftaler i medfør af artikel 85, stk. 1, (henholdsvis EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1) eller omvendt, træffer en beslutning,

169 — Jf. forslag til afgørelse fra den udpegede generaladvokat, dommer Kirschner, i sag T-51/89 (Tetra Pak, Sml. 1990 II, s. 345 og 346, punkt 104), som med rette i medfør af Domstolens praksis vedrørende forordning nr. 67/67/EØF tilføjer, at de nationale domstole fortsat er kompetente til at fortolke en gruppefritagelsesforordning (der i øvrigt har direkte virkning), for at undersøge, om en aftale er omfattet heraf eller ikke. Faren for modstridende afgørelser kan i så fald modvirkes ved præjudicielle sager.

170 — Se herom forslag til afgørelse fra generaladvokat Reischl i Marty-sagen (Sml. 1980, s. 2507), og det i den foregående fodnote anførte forslag til afgørelse fra den udpegede generaladvokat Kirschner i Tetra Pak-sagen, ibid.

hvori det fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af denne artikel. For så vidt angår det første hypotetiske tilfælde, har Domstolen i »parfume«-sagerne fastslået, at sådanne administrative skrivelser

»er ikke til hinder for, at de nationale retter, for hvilke de pågældende aftalers uforenelighed med artikel 85 gøres gældende, efter de foreliggende omstændigheder kan anlægge en anden vurdering af de pågældende aftaler« [171],

men tilføjer dog:

»Selv om den i sådanne skrivelser tilkendegivne opfattelse ikke binder de nationale retter, er den dog et forhold, som disse kan tage i betragtning ved deres prøvelse af, om de pågældende aftaler eller den pågældende adfærd strider mod artikel 85.« [172]

Mere indviklet, men ikke fundamentalt forskelligt derfra, er situationen i det andet hypotetiske tilfælde, når Kommissionen ved beslutning fastslår, at der er sket en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 (eller EØF-traktatens artikel 86, eller de dertil svarende bestemmelser i EKSF-traktaten). Strengt taget er en sådan beslutning på grund af dens natur kun bindende for dem, som den udtrykkelig er rettet til [173]. Alligevel må der efter min opfattelse tillægges en sådan beslutning en større betydning end ovennævnte administrative skrivelser og negativattester.

Det fremgår først og fremmest af dommen i Foto-Frost-sagen, som fastslår, at de nationale retter ikke har hjemmel til at annullere en fællesskabsretlig retsakt, og forbeholder denne kompetence for Domstolen, eventuelt i anledning af et af den pågældende domstol forelagt præjudicielt spørgsmål [174]. Dernæst medfører pligten til at samarbejde, som henholdsvis EKSF-traktatens artikel 86 og EØF-traktatens artikel 5 pålægger de nationale retter (og som udtrykkeligt omfatter institutionernes retsakter), for de nationale retter pligt til af hensyn til Fællesskabet så vidt muligt at begrænse risikoen for, at der afsiges dom, der er i modstrid med en af Kommissionen udstedt beslutning, der anfægtes eller bestrides ved de nationale retter. Som organ, der har til opgave at håndhæve de fællesskabsretlige konkurrenceregler, og som til dette formål råder over specialiserede tjenestegrene, har Kommissionen nemlig mange års erfaring, således at der til Kommissionens udtalelser er knyttet en vis,

171 — Dom af 10.7.1980 (forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain, Sml. s. 2327, præmis 13), dom i Martysagen, nævnt i fodnote 79, præmis 10, i sag 99/79 (Lancôme, Sml. 1980, s. 2511, præmis 11) og endnu en gang i dom af 11.12.1980 (sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775, præmis 11).

172 — Ibid.

173 — Om individuelle EKSF-beslutninger, se EKSF-traktaten, artikel 14, sammenholdt med artikel 15, stk. 2. Om EØF-beslutninger, se EØF-traktatens artikel 189, stk. 4.

174 — Foto-Frost-dommen, nævnt i fodnote 55. Se tillige den i samme fodnote nævnte Busseni-dom, præmis 14.

om end ikke obligatorisk, autoritet. Det siger dog sig selv, at der ikke må lægges tredjemand hindringer i vejen for at indbringe udtalelser, som Kommissionen er nået frem til i en sådan beslutning, for de nationale retter [175].

61. Såfremt den nationale ret efter parternes argumentation faktisk når til den konklusion, at Kommissionens faktiske og/eller retlige konstateringer ikke er korrekte eller ikke er tilstrækkelige, eller såfremt den i det mindste har alvorlig tvivl herom [176], kan følgende handlemåde på grundlag af Delimitis-dommen (se ovenfor, punkt 57) anbefales. Når det drejer sig om resultater, der ikke indgår i den endelige afgørelse, og som derfor ikke ligger til grund for Kommissionens argumentation, står det retten frit for at have en anden opfattelse: muligheden for modstridende afgørelser og et dertil knyttet indgreb i retssikkerhedsprincippet er i så fald yderst ringe [177]. Drejer det sig derimod om resultater, der har indflydelse på den endelige afgørelse, som Kommissionen er nået frem til, kan det anbefales retten at udsætte sagen i henhold til de nationale processuelle bestemmelser og indhente de nødvendige oplysninger hos Kommissionen eller direkte at indgive en anmodning om en præjudiciel afgørelse til Domstolen om henholdsvis den pågældende beslutnings gyldighed og fortolkningen af de omhandlede fællesskabsretlige konkurrenceregler.

Sammenfatning

62. Jeg foreslår herefter Domstolen at besvare spørgsmålene som følger:

1) Licenser til at udvinde ubrudt kul og de deri fastsatte betingelser vedrørende royalties eller salgspriser er omfattet af EKSF-traktatens bestemmelser. EKSF-traktatens artikel 4, artikel 65, stk. 1, og artikel 66, stk. 7, finder anvendelse i den konkrete sag, men ikke traktatens artikel 60.

175 — Det gælder naturligvis ikke for adressaten for Kommissionens beslutning eller for personer, om hvem det uden videre kan fastslås, at de er direkte og individuelt berørt af den: for dem er der kun den mulighed, såfremt de ønsker at anfægte lovligheden af de i beslutningen fastslåede faktiske eller retlige omstændigheder, at indlede et annullationssøgsmål i medfør af EØF-traktatens artikel 173.

176 — Jf. den betingelse, som Domstolen i Zuckerfabrik-dommen, der er nævnt i fodnote 118, stiller for, at den nationale ret kan udsætte fuldbyrdelsen af en national administrativ retsakt, der er udstedt i medfør af en fællesskabsforordning: Zuckerfabrik-dommen, præmis 23 og 33 samt punkt 2 i domskonklusionen.

177 — Det drejer sig i så fald i øvrigt om resultater, som ikke ved søgsmål kan påstås annulleret, da de ikke var nødvendige som begrundelse for og som støtte for domskonklusionen (som omhandlet i Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens artikel 190. Se herom mit forslag til afgørelse af 29.6.1993 i sag C-137/92 P, BASF, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 15-17). Jf. Rettens dom af 17.9.1992 (sag T-138/89, NBV og NVB, Sml. II, s. 2181, præmis 31).

2) EKSF-traktatens artikel 4, artikel 65, stk. 1, og artikel 66, stk. 7, har direkte virkning.

3) De nationale retter har i medfør af fællesskabsretten i princippet pligt til at tilkende erstatning for tab som følge af tilsidesættelse af en konkurrencebestemmelse i EKSF-traktaten, der har direkte virkning.

4) De nationale retter er ikke bundet af en kommissionsbeslutning, hvori Kommissionen anvender EKSF-traktatens artikel 65, stk. 1, og/eller artikel 66, stk. 7. I medfør af den i EKSF-traktatens artikel 86 fastsatte samarbejdspligt skal de dog så vidt muligt begrænse risikoen for afgørelser, der er i strid med Kommissionens beslutning. Kommer disse retter til den konklusion at, eller er de alvorligt i tvivl om hvorvidt, de konstateringer vedrørende retlige og/eller faktiske omstændigheder, som har indflydelse på Kommissionens endelige beslutning, er korrekte eller er tilstrækkelige, anbefales det dem at udsætte sagen i henhold til de nationale processuelle regler, og i så fald at indhente de nødvendige oplysninger hos Kommissionen og/eller indgive anmodning om en præjudiciel afgørelse til Domstolen henholdsvis om gyldigheden af den pågældende beslutning og om fortolkningen af de omhandlede konkurrenceregler i fællesskabsretten.