FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 22. januar 1998 *

I — Indledning

1. I denne sag er Domstolen endnu en gang blevet anmodet om at bedømme, om den italienske havnelovgivning er i samklang med traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser. Den præjudicielle forelæggelse angår selskaber med eksklusive rettigheder i to af Italiens førende middelhavshavne, hvor søtransportvirksomheder skal benytte sig af selskabernes tjenester ved fortøjning. Det er navnlig gjort gældende, at den betaling, som opkræves for tjenesterne, er i strid med fællesskabsretten.

II — Sagens retlige og faktiske omstændigheder

A — *Den faktiske baggrund og den nationale sag*

2. Corsica Ferries France SA (herefter »Corsica Ferries« eller »sagsøgeren«) er en fransk søtransportvirksomhed, der siden den 1. januar 1994 har drevet linjefart med transport af varer og passagerer mellem visse havne på Korsika og bl.a. de italienske havne La Spezia og Genova. Selskabet anvender 4 »roll-on roll-off« færger [1], som fører Panamas flag, og som er tidschartret af et selskab, Tourship Ltd med hjemsted på Jersey [2].

3. I perioden fra den 1. januar 1994 til den 29. februar 1996 (herefter »den relevante periode«) måtte Corsica Ferries i henhold til søretlige bestemmelser betale Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl og Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl [3] henholdsvis 669 838 425 ITL og 188 472 802 ITL som betaling for fortøjningsarbejde i forbindelse med, at selskabets færger anløb havnene i Genova og La Spezia. Da sagsøgeren anså forpligtelsen til at benytte sig af fortøjningsarbejderne for at være i strid med fællesskabsretten, blev betalingerne foretaget med

1 — Færgerne er altså moderne bilfærger, som man kan køre direkte om bord på i bil ved rejsens begyndelse og af ved rejsens afslutning.

2 — Tourship Ltd og Corsica Ferries kontrolleres begge af Tourship SA, der er et selskab med hjemsted i Luxembourg.

3 — De to grupper benævnes herefter for nemheds skyld kollektivt »fortøjningsarbejderne«. Enkeltvis benævnes de henholdsvis »fortøjningsarbejderne i Genova« og »fortøjningsarbejderne i La Spezia«.

* Originalsprog: engelsk.

det forbehold, at kravene blev anset for ulovlige og eventuelt senere ville blive tilbagesøgt.

4. Den 2. juli 1996 anlagde Corsica Ferries sag ved Tribunale di Genova (Genova byret, herefter »den nationale ret«) på grundlag af artikel 633 ff. i Codice di procedura civile (den italienske civilproceslov, herefter »civilprocesloven«) med påstand om, at fortøjningsarbejderne skulle pålægges at betale de ovenfor nævnte beløb, og at Ministero dei Trasporti e della Navigazione (Trafik- og Søfartsministeriet) in solidum med de sagsøgte skulle pålægges at betale det samlede beløb med rente. Sagsøgeren gjorde gældende, at opkrævningen af beløbene var uberettiget, eftersom virksomheden ikke havde anmodet om at benytte sig af fortøjningsarbejderne, og at de opkrævede beløb var i strid med fællesskabsbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser. Sagsøgeren anførte, at taksterne for fortøjningsarbejdet i realiteten var obligatoriske, uanset at disse ikke var fastsat på grundlag af bindende national lovgivning. Sagsøgeren hævdede også, at havnemyndighederne ved at godkende de af fortøjningsarbejderne fastsatte takster åbnede mulighed for, at disse kunne misbruge deres eksklusive rettigheder i de pågældende havne, og at havnemyndighederne dermed var ansvarlige for overtrædelsen af traktatens artikel 85 og 86.

5. Den nationale ret fastslog som følger:

a) Rådets forordning (EØF) nr. 4055/86 af 22. december 1986 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på søtransportområdet mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande [4], som fortolket af Domstolen i dommen i sagen Corsica Ferries [5], indeholder ikke bestemmelser om registreringen af de fartøjer, transportvirksomheden benytter, og det flag, de fører.

b) Det følger af fællesskabsretten, at selv beløb, der opkræves obligatorisk i henhold til lov som vederlag for en tjenesteydelse, skal stå i et rimeligt forhold til omkostningerne ved den faktisk præsterede tjenesteydelse [6].

c) National lovgivning, der pålægger virksomheder at anvende tjenesteydelser fra en lokal virksomhed, der er indehaver af en eneret, udgør en indførselshindring [7].

4 — EFT L 378, s. 1 (herefter »forordningen fra 1986«).

5 — Sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. 1994 I, s. 1783, præmis 29.

6 — Der henvises til Domstolens dom i de forenede sager C-71/91 og C-178/91, Ponente Carni og Cispadana Costruzioni, Sml. 1993 I, s. 1915.

7 — Der henvises som støtte for dette forslag til Domstolens dom i de forenede sager C-277/91, C-318/91 og C-319/91, Ligur Carni m.fl., Sml. 1993 I, s. 6621 (herefter »Ligur Carni-dommen«).

d) En medlemsstat overtræder forbudsbestemmelserne i Fællesskabets konkurrenceregler, såfremt en virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranledige til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug [8].

e) Fællesskabsretten indeholder et princip om, at medlemsstaterne er erstatningsansvarlige for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staterne [9].

6. Den nationale ret har også konstateret, for det første, at en søtransportvirksomhed, som er etableret i en medlemsstat, og som driver linjefart med en anden medlemsstat, udbyder tjenesteydelser, »som i sagens natur er grænseoverskridende«, og for det andet, at fortøjningsarbejderne er virksomheder i henhold til traktatens artikel 90, stk. 1, idet de af den offentlige forvaltning er indrømmet eneret til at udføre det obligatoriske fortøjningsarbejde i Genovas og La Spezias havne, »der som områder udgør væsentlige dele af fællesmarkedet«.

B — *Den nationale rets kendelse*

i) De relevante nationale retsforskrifter

7. Den nationale ret beskriver fortøjningsarbejdet (l'attività di ormeggio) som bestående i at »et skib, som ankommer i havnen, fastgøres til anlægspladsen ved hjælp af reb og tove« [10]. Den nationale ret påpeger, at den italienske Codice della navigazione (sølov) [11] ikke indeholder nærmere bestemmelser herom, da det blot hedder i artikel 116, stk. 4, at »de personer, der udfører fortøjningsarbejde, falder ind under den personalegruppe, som udfører havnearbejde«. Den nationale ret anfører dog, at artikel 208-214 i Regolamento di Esecuzione al Codice di Navigazione (søfartsregulativet, herefter »det nationale regulativ«) indeholder visse

8 — Der henvises til sag C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, Sml. 1991 I, s. 5889 (herefter »Porto di Genova-dommen«).

9 — Den nationale ret henviser til de forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. 1991 I, s. 5337 og de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame, Sml. 1996 I, s. 1029.

10 — Det bestrides kraftigt i de indlæg, som er indgivet til Domstolen, og navnlig i fortøjningsarbejdernes indlæg (se punkt 38 nedenfor), at denne beskrivelse skulle være dækkende.

11 — Kongeligt dekret nr. 337 af 30.3.1942.

bestemmelser om fortøjningsarbejderne. Ifølge forelæggelseskendelsen indeholder

»de nævnte gennemførelsesbestemmelser, der er administrativt fastsat ... en opregning af de tekniske og faglige kvalifikationskrav for fortøjningsarbejdere, der er optaget i de hertil bestemte registre, havnedirektørens beføjelser i relation til den pågældende tjeneste og de nærmere regler om, hvorledes arbejdet skal udføres«.

Den nationale ret finder det hverken i henhold til lov- eller forvaltningsforskrift obligatorisk at anvende fortøjningsarbejderne og anfører, at »i henhold til artikel 212 i gennemførelsesbestemmelserne til søloven fastsættes taksterne af chefen for afdelingen«, »dvs. af havnemyndigheden« [12].

8. Fortøjningstjenesten udbydes af en enkelt virksomhed både i Genovas havn og i La Spezias havn. Den nationale ret anfører, at gruppen af fortøjningsarbejdere i Genova blev oprettet ved afgørelse nr. 759 af 1. juni 1953 fra bestyrelsesformanden for Consorzio autonomo del porto di Genova (det uafhængige konsortium for Genovas havn, herefter »CAP«), som herved godkendte bestemmelserne om fortøjning og loskastning af fartøjer. I henhold til artikel 13, stk. 1, i afgørelse nr. 2 af 1. marts 1972 fra bestyrelsesformanden for CAP er »benyttelse af ydelserne fra fortøjningspersonalet i forbindelse med fortøjning og loskastning af skibe *fakultativ*«, men artikel 13, stk. 2, bestemmer ikke desto mindre følgende: »Såfremt et skib ikke anmoder om ydelser fra fortøjningspersonalets side, må fortøjningen *udelukkende foretages af personalet om bord*« [13]. Det er således ifølge den nationale ret i realiteten obligatorisk at anvende fortøjningsarbejderne i Genova. Derimod anfører den nationale ret, for så vidt angår havnen i La Spezia, at det for skibe på over 500 tons er obligatorisk at anvende fortøjningsarbejderne i La Spezia i henhold til artikel 2 i afgørelse nr. 20 af 16. juli 1968 fra Capo del Compartimento Marittimo di La Spezia (chefen for La Spezia havnedistrikt) [14].

9. Den nationale ret anfører for så vidt angår »chefen for afdelingens« og »havnemyndighedens« fastsættelse af taksterne for fortøjningsarbejde i henhold til det nationale regulativs artikel 212 (jf. ovenfor, punkt 7), at der ikke »i loven er ... defineret de kriterier, som myndigheden skal lægge til grund ved fastsættelsen af taksterne«, og at taksterne »undertiden fastsættes ... på grundlag af aftaler, der indgås mellem virksomheder inden for området, og de sættes derefter i

12 — Som det vil fremgå senere, er der uenighed i de forskellige indlæg for Domstolen om, hvem som er virkelig ansvarlig for fastsættelsen af taksterne; se punkt 49 og 50 nedenfor.

13 — Bestemmelserne er citeret i forelæggelseskendelsen med de markerede fremhævninger.

14 — Eneretten for gruppen af fortøjningsarbejdere i La Spezia fremgår også af artikel 25 i afgørelse nr. 20, som med henvisning til sølovens artikel 1174 forbyder fortøjningsarbejde, der ikke udføres af »personalet, som har til opgave at foretage fortøjning«.

kraft ved en retsakt fra den offentlige forvaltning« [15].

ii) De præjudicielle spørgsmål

10. Henset til, at fortøjningsarbejderne er tildelt eksklusive rettigheder, og at det er obligatorisk at anvende deres tjenester, samt til den måde, hvorpå taksterne for deres arbejde fastsættes og opkræves, vurderede den nationale ret umiddelbart, at de pågældende bestemmelser samt praksis »kan begrænse samhandelen og udvekslingen af tjenesteydelser inden for Fællesskabet og foranledige de virksomheder, der er indehavere af sådanne rettigheder, til at udnytte deres dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug og til skade for samhandelen mellem medlemsstaterne, idet omkostningerne overvæltes på virksomheder, der udfører transport mellem medlemsstaterne«. Den nationale ret besluttede derfor at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende spørgsmål i medfør af traktatens artikel 177:

»1) Skal traktatens artikel 30 fortolkes således, at den er til hinder for, at det i henhold til bestemmelser og/eller administrativ praksis i en medlemsstat ikke er tilladt, at søtransportvirksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, lader deres fartøjer, der ankommer til og/eller afsejler fra havnen i førstnævnte medlemsstat, lægge til eller fra kaj, medmindre de benytter tjenesteydelser, som en lokal virksomhed leverer i henhold til en eneret med hensyn til udførelse af fortøjnings- og loskastningsarbejde, og de til den pågældende virksomhed betaler beløb, der endog ikke står i rimeligt forhold til den faktiske omkostning ved de leverede ydelser?

2) Er Rådets forordning (EØF) nr. 4055/86 af 22. december 1986, sammenholdt med traktatens artikel 59, til hinder for en bestemmelse i en medlemsstat, hvorefter det er obligatorisk at benytte en fortøjningstjeneste, og der herved over for søtransportvirksomheder, der er etableret i andre medlemsstater — i forbindelse med deres skibes ankomst til og afsejling fra førstnævnte medlemsstat — anvendes takster, der ikke er fastsat ved lov, men på grundlag af et administrativt skøn?

3) Er traktatens artikel 3, 5, artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 85 og artikel 86, til hinder for bestemmelser og/eller administrativ praksis i en medlemsstat, hvorved en virksomhed, der er etableret i den pågældende stat, indrømmes eneret til at udføre fortøjningstjeneste, således at den nævnte tjenesteydelse er obligatorisk, at der kan opkræves beløb, der ikke står i rimeligt forhold til den faktiske omkostning ved tjenesteydelserne, at der anvendes takster, som er fremkommet ved aftaler og/eller et administrativt skøn, og at taksterne er forskellige fra havn til havn, selv om der er tale om ens ydelser?«

15 — Den nationale ret henviser som et eksempel til afgørelse nr. 1074 af 12.8.1991 fra bestyrelsesformanden for CAP.

III — Indlæg

11. Corsica Ferries, fortøjningsarbejderne, Den Italienske Republik og Kommissionen har afgivet skriftlige og mundtlige indlæg.

IV — Formaliteten

12. Såvel fortøjningsarbejderne som Italien har i deres skriftlige indlæg rejst tvivl om, hvorvidt den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling. De anfører, at forelæggelseskendelsen ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger om de faktiske omstændigheder, særlig for så vidt angår de tjenester, som fortøjningsarbejderne leverer, og de relevante nationale bestemmelser, og at Domstolen derfor ikke kan give et brugbart svar på de præjudicielle spørgsmål. Italien henviser til Domstolens afgørelse i Banchero-sagen [16] og understreger, at det er særlig vigtigt med en detaljeret beskrivelse af den retlige og faktiske baggrund, når de forelagte spørgsmål angår komplicerede sammenhænge, her angående anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. Fortøjningsarbejderne gør også gældende, at den nationale ret har givet en ensidig og kunstig beskrivelse af den retlige og faktiske baggrund for sagen, eftersom hovedsagen er anlagt af Corsica Ferries som en summarisk procedure uden kontradiktion i henhold til civilproceslovens artikel 633. Fortøjningsarbejderne hævder, at de i national ret foreskrevne betingelser for at anvende denne procedure, navnlig at de krævede beløb skal kunne bestemmes med sikkerhed, ikke er opfyldt i den foreliggende sag, eftersom Corsica Ferries rent faktisk har modtaget visse tjenesteydelser, uanset hvad der måtte menes om størrelsen af den betaling, som er opkrævet herfor. Selv om Domstolen skulle besvare de præjudicielle spørgsmål til Corsica Ferries' fordel, vil dette således ikke betyde, at den nationale ret kan træffe bestemmelse om tilbagebetaling af de betalte beløb. Fortøjningsarbejderne hævder, at de forelagte spørgsmål formentlig ikke har betydning for løsningen af den nationale sag, og i særdeleshed at Transport- og Søfartsministeriet, selv om Corsica Ferries skulle få medhold i sine påstande om fællesskabsretten, ikke i medfør af Domstolens praksis om medlemsstaternes erstatningsansvar kan blive pålagt at tilbagebetale *alle* de beløb, som Corsica Ferries har måttet betale [17].

13. Derimod finder Kommissionen, at den præjudicielle forelæggelse kan antages til realitetsbehandling. Ifølge Kommissionen har Domstolen allerede i præmis 12 i Corsica Ferries-dommen principielt antaget, at der kan forelægges præjudicielle spørgsmål under en summarisk procedure som foreskrevet i civilproceslovens artikel 633. Kommissionen anførte under retsmødet, at Domstolen under alle omstændigheder på

16 — Sag C-157/92, Sml. 1993 I, s. 1085.

17 — Se ovenfor, fodnote 9.

grundlag af de indlæg, som er blevet indgivet, råder over tilstrækkelige oplysninger til at besvare de forelagte spørgsmål på en brugbar måde. Corsica Ferries anførte for sin del under retsmødet, at forelæggelseskendelsen indeholder en tilstrækkelig beskrivelse af sagens retlige og faktiske sammenhæng.

14. Her må det med Kommissionen antages, at det følger af det princip, som Domstolen fastslog i præmis 12 i Corsica Ferries-dommen, at der kan forelægges præjudicielle spørgsmål under en summarisk procedure som den i civilproceslovens artikel 633 foreskrevne. Jeg deler den opfattelse, generaladvokat Van Gerven gav udtryk for i sit forslag til afgørelse i Corsica Ferries, hvorefter »den tankegang, der begrunder præjudicielle sager« [18], som stadigt fastholdt af Domstolen, er, at proceduren er »grundlaget for et samarbejde mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, hvorved Domstolen kan forsyne de nationale retsinstanser med de fællesskabsretlige fortolkningselementer, der er nødvendige for, at disse retsinstanser kan træffe afgørelse i de sager, der indbringes for dem« [19].

15. Domstolen antog så tidligt som i 1971 i sagen Politi mod Italien [20] og bekræftede tre år senere i Birra Dreher-sagen [21], at der kan forelægges præjudicielle spørgsmål under procedurer uden kontradiktion. Disse afgørelser blev truffet i en periode, hvor Domstolen havde en mere liberal og fleksibel holdning til forelæggelser i medfør af traktatens artikel 177. Spørgsmålet, om en national ret kan forelægge præjudicielle spørgsmål uden forudgående kontradiktorisk behandling, involverer et principspørgsmål, men Domstolen har aldrig antydet, at den skulle have ændret standpunkt. I Simmenthal-sagen udtalte Domstolen for første gang, at det kunne »være i den gode retsplejes interesse«, at det præjudicielle spørgsmål først forelægges, »efter at der har fundet en kontradiktorisk retsforhandling sted« [22]. Domstolen har dog også fastholdt, at det »alene [tilkommer] den nationale ret at afgøre, om dette er nødvendigt« [23]. Derimod bekræftede Domstolen igen i præmis 12 i Corsica Ferries-dommen, som vedrørte en præjudiciel forelæggelse fra Tribunale di Genova under en sag anlagt af Corsica Ferries i medfør af artikel 633 i civilprocesloven, at artikel 177

»... ikke forudsætter, at den procedure, hvorunder den nationale ret formulerer præjudicielle spørgsmål, er kontradiktorisk, selv om det dog kan være i den gode retsplejes interesse, at der finder en kontradiktorisk retsforhandling sted«.

18 — Forslag til afgørelse, punkt 9.

19 — Se f.eks. forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. 1990 I, s. 3763, præmis 33.

20 — Sag 43/71, Sml. 1971, s. 319, org. ref.: Rec. s. 1039, præmis 3 og 4.

21 — Sag 162/73, Birra Dreher, Sml. 1974, s. 201, præmis 2 og 3.

22 — Sag 70/77, Simmenthal, Sml. 1978, s. 1453, præmis 10. Se også Ligur Carni-dommen, anført ovenfor i fodnote 7, præmis 15 og 16 samt punkt 12, 13 og 14 i generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse.

23 — Se henholdsvis Simmenthal- og Ligur Carni-dommen, anført ovenfor, præmis 11 og 16.

Med denne udtalelse er der ikke længere tvivl om, at der kan forelægges præjudicielle spørgsmål i forbindelse med nationale procedurer uden kontradiktion.

16. Det følger dog ikke automatisk heraf, at forelæggelser indgivet i forbindelse med nationale procedurer uden kontradiktion altid kan antages til realitetsbehandling. Domstolen har som følge af visse specielle problemer identificeret en række situationer, hvor den ikke anser sig for beføjet til at besvare de forelagte spørgsmål. Det er relevant i forhold til den foreliggende sag, at Domstolen i de senere år, med generaladvokat Jacobs' ordvalg i forslaget til afgørelse i Leur-Bloem-sagen, »har lagt større vægt på at give en besvarelse i overensstemmelse med sagens faktiske omstændigheder og derfor har stillet strengere krav om, at de nationale retter klart beskriver den retlige og faktiske sammenhæng, som forelæggelsen vedrører« [24].

17. Efter min opfattelse bør en national domstol, når den overvejer, hvorvidt den skal forelægge præjudicielle spørgsmål i forbindelse med procedurer uden kontradiktion, huske på, at det ofte først er, når den anden part høres, at den nøjagtige faktiske og retlige sammenhæng kan fastlægges. Når der forelægges præjudicielle spørgsmål uden kontradiktion, vil sagsøgte desuden først få mulighed for at præsentere sit syn på sagen for EF-Domstolen, hvilket indebærer en reel risiko for, at denne part både rejser faktiske spørgsmål og spørgsmål om national ret, som ikke er omfattet af den nationale sag. Det giver anledning til store vanskeligheder for Domstolen. Domstolen fremhævede i 1979 i Union laitière Normande-sagen, at »nødvendigheden af at nå til en hensigtsmæssig fortolkning af fællesskabsretten [fordrer], at de retlige rammer for den udbedte fortolkning fastlægges« [25]. Domstolen gentog dette to år senere, da den i sagen Irish Creamery Milk Suppliers Association udtrykkeligt blev spurgt, om det var en korrekt anvendelse af artikel 177 at forelægge et fortolkningsspørgsmål, inden sagens faktum var fastslået [26]. Domstolen gentog sine udtalelser fra Union Laitière Normande-sagen og fastslog [27]:

»Ud fra dette synspunkt kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at sagens faktum er fastslået, og at rent nationale retsspørgsmål er afklarede inden forelæggelsen for Domstolen, således at denne kan tage alle faktiske og retlige elementer, som kan have betydning for dens fortolkning af fællesskabsretten, i betragtning.«

24 — Se det fælles forslag til afgørelse i sag C-28/95, Leur-Bloem, og sag C-130/95, Bernd Giloy: Domstolen afsagde to domme den 17.7.1997, se henholdsvis Sml. I, s. 4161, og Sml. I, s. 4291.

25 — Sag 244/78, Union Laitière Normande, Sml. 1979, s. 2663, præmis 5.

26 — Forenede sager 36/80 og 71/80, Sml. 1981, s. 735, præmis 6 og 7.

27 — Jf. ovenfor, præmis 6.

18. Domstolen fortsatte dog med at fremhæve følgende:

»Disse hensyn begrænser imidlertid på inden måde den skønsbeføjelse, som tilkommer den nationale ret, der som den eneste har direkte kendskab til sagens omstændigheder og de af parterne fremførte argumenter, og som har ansvaret for den afgørelse, der skal træffes, og følgelig bedst er i stand til at bedømme, på hvilket stadium af retsforhandlingerne den har behov for en præjudiciel afgørelse fra Domstolen.«

19. Det er Domstolens afgørelse i Telemarsicabruzzo-sagen [28], der, som det blev påpeget af generaladvokat Lenz i Bosman-sagen [29], er det accepterede vendepunkt, hvorefter Domstolen stiller større krav om en fuld beskrivelse af den faktiske og retlige sammenhæng. I Telemarsicabruzzo-sagen valgte Domstolen tilsyneladende at følge generaladvokat Gulmann's forslag om en »noget mere restriktiv holdning« [30]. Domstolen nøjedes således ikke med at gentage nødvendigheden af, at den nationale ret beskriver den »faktiske og retlige sammenhæng«; Domstolen tog det videre skridt at konstatere, at det var ufornødent at besvare det præjudicielle spørgsmål. I perioden på fem år siden denne afgørelse har Domstolen ikke sjældent ved kendelse fastslået, at der ikke var anledning til at besvare forelæggelser fra nationale retter [31]. I Banchero-kendelsen, som Italien henviser til, gentog Domstolen sin velkendte udtalelse, at »det for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål« [32].

20. Kort sagt, det forhold, at en præjudiciel forelæggelse kan antages til realitetsbehandling, betyder ikke, at Domstolen altid vil kunne besvare de forelagte spørgsmål. Jeg må dog understrege, at der henset til formålet med artikel 177 må foreligge ekstraordinære omstændigheder for, at Domstolen afviser at

28 — Forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Sml. 1993 I, s. 393. Bernard og Sharpston har dog for nylig i en omfattende artikel »The Changing Face of Article 177 References« (1997) 34 CMLRev., s. 1113 til 1171, konstateret, at det var sag C-286/88, Falciolo, Sml. 1990 I, s. 191, som er den egentlige kilde til den senere udvikling i Domstolens praksis angående dens beføjelser i henhold til artikel 177.

29 — Sag C-415/93, Bosman m.fl., Sml. 1995 I, s. 4921, punkt 73 i forslaget til afgørelse.

30 — Jf. ovenfor, fodnote 28, forslaget til afgørelse, punkt 20.

31 — Se også f. eks. sag C-386/92, Monin Automobiles, Sml. 1993 I, s. 2049, sag C-378/93, La Pyramide, Sml. 1994 I, s. 3999, sag C-458/93, Saddik, Sml. 1995 I, s. 511, sag C-257/95, Bresle, Sml. 1996 I, s. 233, sag C-307/95, Max Mara, Sml. 1995 I, s. 5083, sag C-326/95, Banco de Fomento e Exterior, Sml. 1996 I, s. 1385, sag C-2/96, Sunino og Data, Sml. 1996 I, s. 1543, sag C-101/96, Italia Testa, Sml. 1996 I, s. 3081, sag C- 191/96, Modesti, Sml. 1996 I, s. 3937, sag C-196/96, Lahlou, Sml. 1996 I, s. 3945, og sag C-66/97, Banco de Fomento e Exterior, Sml. 1997 I, s. 3757.

32 — Jf. ovenfor, præmis 4 i kendelsen.

besvare forelagte spørgsmål [33]. Domstolen omformulerer ofte de forelagte spørgsmål, således at den kan besvare de relevante fællesskabsretlige spørgsmål, og søger at supplere de oplysninger, den nationale ret giver, på grundlag af de indlæg, som parterne, Kommissionen (og til tider andre fællesskabsinstitutioner) eller medlemsstaterne har afgivet [34].

21. Domstolen antog i Corsica Ferries-sagen, at de i forelæggelseskendelsen »fremstillede faktiske omstændigheder« kunne suppleres med oplysninger fra de »skriftlige og mundtlige indlæg, der er afgivet for Domstolen« [35]. Generaladvokat Van Gerven [36] foreslog dog, i lyset af den utilstrækkelige fremstilling af den nationale retlige ramme, og eftersom proceduren i henhold til civilproceslovens artikel 633 skal angå et bestemt beløb, at Domstolen alene skulle besvare de spørgsmål, der angik den påståede forskelsbehandling i taksterne, som blev anvendt i Genovas havn. Domstolen fulgte i det store og hele hans forslag [37]. I den foreliggende sag har de omfattende skriftlige indlæg, særlig sagsøgtes indlæg, forsynet Domstolen med udførlige oplysninger om fortøjningsarbejdet og de relevante italienske bestemmelser. Det er vanskeligt at udelukke, at beslutningen om at forelægge spørgsmålene uden kontradiktion har bidraget til den usikkerhed vedrørende faktum og retsregler, som således foreligger for Domstolen.

22. Eftersom Domstolen i princippet er bundet af den nationale rets fremstilling [38], opstår en vanskelig situation, når det fremgår af indlæggene til Domstolen, at forelæggelseskendelsen muligvis indeholder en mangelfuld eller endog forkert fremstilling af de relevante retsregler. Hvis den nationale rets fremstilling er mangelfuld på væsentlige punkter, må Domstolen besvare de forelagte spørgsmål på et egentlig hypotetisk eller teoretisk grundlag. Domstolen har dog med rette altid afvist at besvare rent hypotetiske spørgsmål [39].

23. I den foreliggende sag er det åbenbart, at de to første spørgsmål angår problemet om, hvorvidt de fastsatte takster er i overens-

33 — Se til støtte for dette synspunkt dommen i sag C-105/94, Celestini, Sml. 1997 I, s. 2971, præmis 22. I mit forslag til afgørelse i denne sag gav jeg udtryk for den opfattelse, at Domstolen »... kun skal afvise at besvare forelagte spørgsmål under ekstraordinære omstændigheder, når det er helt klart, at der ikke kan gives en rigtig brugbar besvarelse«.

34 — Se f.eks. sag C-334/95, Krüger, Sml. 1997 I, s. 4517, præmis 23.

35 — Præmis 13.

36 — Se punkt 11 og punkt 36, nr. 1), i forslaget til afgørelse.

37 — Domstolen delte Kommissionens opfattelse, hvorefter den nationale sag var af et begrænset omfang, og den udtalte derfor, at det kun var nødvendigt at besvare spørgsmålet om den angiveligt diskriminerende sats.

38 — Se sag C-352/95, Phyteron International, Sml. 1997 I, s. 1729, præmis 11-14.

39 — Se f. eks. sag 126/80, Salonia, Sml. 1981, s. 1563, præmis 6, og Bosman-dommen, anført ovenfor i fodnote 28, præmis 59.

stemmelse med traktatens artikel 30 og 59. Disse spørgsmål følger af sagsøgerens krav i hovedsagen om at få tilbagebetalt alle de beløb, som er betalt til fortøjningsarbejderne. De sagsøgte gør efter min opfattelse med nogen ret gældende, at de er berettiget til en vis betaling, eftersom de har leveret visse ydelser til sagsøgeren, og at dennes krav derfor ikke opfylder kravene for at anvende proceduren ifølge civilproceslovens artikel 633. Det synes imidlertid at fremgå af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret kan give sagsøgeren medhold, hvis grundlaget for at opkræve de pågældende beløb er i strid med fællesskabsretten. Om en sådan afgørelse er i strid med italiensk procesret, er et spørgsmål, som må afgøres efter den pågældende medlemsstats materielle ret og procesregler.

24. Efter min opfattelse kan således alle de spørgsmål, der er forelagt af den nationale ret i den foreliggende sag, antages til realitetsbehandling og bør besvares af Domstolen, med undtagelse af de punkter, hvor jeg som angivet ovenfor — på grund af modstridende oplysninger i de indlæg, der er afgivet til Domstolen — ikke finder oplysningerne i forelæggelseskendelsen tilstrækkelige. Jeg vil også anbefale, at Domstolen ved besvarelsen af de forelagte spørgsmål henleder opmærksomheden på de særlige vanskeligheder, der opstår i relation til proceduren i artikel 177 som et effektivt samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, når en national ret forelægger præjudicielle spørgsmål uden kontradiktion og i forbindelse med summariske procedurer.

V — Gennemgang

A — *Det første spørgsmål*

i) Indledning

25. Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om det navnlig i lyset af Ligur Carni-dommen er i strid med traktatens artikel 30, at søtransportvirksomheder, som er etableret i andre medlemsstater, og som lader deres fartøjer anløbe italienske havne, i henhold til italiensk lovgivning eller andre bestemmelser skal benytte de lokale fortøjningsarbejdere. Selv om det ikke er udtrykkeligt formuleret, indgår der et andet spørgsmål i dette spørgsmål, nemlig om den lokale virksomheds monopol kombineret med kravet om betaling af »beløb, der endog ikke står i rimeligt forhold til den faktiske omkostning ved de leverede ydelser« (»versando a detta impressa corrispettiva anche sproporzionati rispetto al costo effettivo dei servizi resi«), er i strid med artikel 30.

ii) Indlæg

26. Sagsøgeren gør gældende, at selskabet som følge af fortøjningsarbejdernes monopol

må betale betydelig beløb for levering af tjenesteydelser, der er af ringe eller ingen værdi eller nytte. Sagsøgeren påberåber sig Ligur Carni-dommen til støtte for den opfattelse, at eftersom det anvender sine færger til at transportere varer fra Korsika i Frankrig til Italien, indebærer fortøjningsarbejdernes eksklusive rettigheder, at indførsel fra en anden medlemsstat gøres »dyrere og vanskeligere«; sagsøgeren hævder derfor, at de omtvistede nationale bestemmelser udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, der er i strid med traktatens artikel 30 [40].

27. Fortøjningsarbejderne anfører, at det ville undergrave den sondring, som bør forefindes mellem anvendelsesområdet for på den ene side artikel 30 og på den anden side artikel 59, hvis artikel 30 kunne finde anvendelse på nationale bestemmelser, som ikke har til formål at regulere varehandelen, og som ikke har andet end helt uvisse, usikre eller indirekte virkninger på de frie varebevægelser. Fortøjningsarbejderne henviser til dommene og generaladvokat Lenz' og Léger's forslag til afgørelse i henholdsvis Peralta-sagen og sagen Centro Servizi Spediporto til støtte for den opfattelse, at bestemmelser om transportydelser ikke alene som følge af, at den pågældende transportydelse angår varer, kan anses for at falde inden for anvendelsesområdet for artikel 30 [41]. De anfører, at udgiften til de tjenesteydelser, de leverer, ikke udgør mere end 0,05% af de samlede omkostninger for et indført produkt. Subsidiært gør de gældende, at selv om artikel 30 i princippet skulle finde anvendelse, bør Domstolen anvende sin Keck og Mithouard-retspraksis [42] og fastslå, at de omtvistede bestemmelser ikke har til formål at regulere samhandelen og hverken faktisk eller retlig gør nogen forskel mellem indførte og indenlandske produkter.

28. Ej heller Kommissionen finder artikel 30 anvendelig. Kommissionen henviser bl.a. i sit skriftlige indlæg til præmis 24 og 41 i henholdsvis Peralta- og Centro Servizi Spediporto-dommene, herunder navnlig til Domstolens konstatering af, at formålet med en lovgivning, som »ikke indeholder nogen sondring på grundlag af de transporterede varers oprindelse«, ikke »er at regulere varehandelen med de øvrige medlemsstater, og at de restriktive virkninger, den vil kunne medføre for de frie varebevægelser, er alt for usikre og indirekte til, at den i loven fastsatte

40 — Selv om Corsica Ferries ikke i den foreliggende sag har nævnt det, kan det også gøres gældende, at de nationale bestemmelser er i strid med artikel 34 om foranstaltninger med tilsvarende virkning som udførselsrestriktioner, eftersom sagsøgeren formentlig også har transporteret italienske eksportvarer på bilfærgerne i den relevante periode.

41 — Se henholdsvis sag C-379/92, Peralta, Sml. 1994 I, s. 3453, og sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. 1995 I, s. 2883. Fortøjningsarbejderne henviser særligt til punkt 40 i generaladvokat Leger's forslag til afgørelse i sagen Centro Servizi Spediporto, hvor han erklærer sig for enig med generaladvokat Lenz' udtalelse i punkt 51 i hans forslag til afgørelse i Peralta-sagen, at afgrænsningen bør bygge på det princip, at »samtlige de situationer, hvori hindringen for varebevægelser fremgår som en blot og bar afspejling af den hindring, der er skabt for den frie udveksling af tjenesteydelser«, må anses for omfattet af traktatens artikel 59.

42 — Forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. 1993 I, s. 6097.

forpligtelse kan betragtes som en foranstaltning, der er egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne«.

iii) Analyse

29. Jeg er enig med Kommissionen og fortøjningsarbejderne. Spørgsmålet, om artikel 30 er anvendelig på en national foranstaltning, beror selvfølgelig ikke på, om foranstaltningen i større eller mindre grad har virkninger for samhandelen. Det fremgår af Domstolens retspraksis, at der ikke er nogen bagatelgrænse for anvendelsen af artikel 30 [43]. Ikke desto mindre har Domstolen både før og efter afgørelsen i Keck og Mithouard-sagen stadigt fastholdt, at bestemmelser, der gælder uden forskel for indenlandske og indførte produkter, må have en protektionistisk virkning, for at der skal foreligge en hindring for samhandelen som omhandlet i artikel 30. Dette fremgår f.eks. af dommene i Peralta- og Centro Servizi Spediporto-sagerne, som angik bestemmelser, der vedrørte såvel sø-som landtransportvirksomheder, men som fandt anvendelse uden hensyn til de transporterede varers oprindelse. Uanset at disse regler havde visse indirekte følgevirkninger for omkostningerne ved transport af indførte varer, fandt Domstolen, at reglerne i princippet ikke kunne falde ind under anvendelsesområdet for artikel 30. Jeg mener, at principperne fra denne retspraksis kan anvendes i den foreliggende sag. En almen pligt til at anvende tjenesteydelser fra lokale fortøjningsarbejdere, når en transportvirksomhed, uanset i hvilket land denne er etableret, lader et af sine skibe anløbe en italiensk havn, kan i princippet ikke anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion.

30. Jeg mener, at Corsica Ferries' analogi til den forpligtelse, der blev pålagt transportører af ferskt kød i Ligur Carni-sagen, er fejlagtig. Der er ikke andre ligheder, end at formålet med de omtvistede bestemmelser i den foreliggende sag, ligesom i Ligur Carni-sagen, er at forbeholde leveringen af tjenesteydelser for visse tjenesteydere. De omtvistede regler i Ligur Carni-sagen vedrørte en helt speciel italiensk regional ordning: Transport af kød fra det lokale slagteri til det endelige bestemmelsessted skulle enten overlades til en lokal transportvirksomhed eller udføres af den erhvervsdrivende, som havde indført kødet til kommunen (enten fra andre dele af Italien eller fra andre medlemsstater) mod betaling af »et vist beløb til den koncessionerede virksomhed« [44]. Domstolen anså denne bestemmelse for at være en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, »når den bevirker, at indførsel af varer med oprindelse i andre

43 — Se f.eks. sag 16/83, Prantl, Sml. 1984, s. 1299, hvori Domstolen konstaterede, at det, for at artikel 30 skal kunne anvendes, ikke er nødvendigt, at foranstaltningen er af en art, der mærkbart påvirker samhandelen.

44 — Se Ligur Carni-dommen, anført ovenfor, præmis 36.

medlemsstater bliver dyrere og vanskeligere« [45]. Derimod finder de omtvistede bestemmelser i den foreliggende sag almindelig anvendelse, og som Kommissionens repræsentant med rette påpegede under retsmødet, gælder reglerne ikke blot for transport af visse varer. Reglerne finder anvendelse, *hver gang* et skib anløber en italiensk havn, *uanset om der senere foretages transport af varer*. Reglerne finder anvendelse som følge af, at søtransportvirksomhederne anvender de italienske havne, og deres betydning for omkostningerne ved indførsel af varer er således helt tilfældig. Jeg mener derfor, at Corsica Ferries' anbringende om, at pligten til at anvende fortøjningsarbejderne falder ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 30, må forkastes.

31. Sagsøgeren hævder desuden, at den uforholdsmæssigt høje takst for fortøjningsarbejdet er til større ulempe for indførte produkter, eftersom der er flere indførte end indenlandske produkter, som transporteres til Italien ad søvejen. Sådanne virkninger kan i teorien føre til, at artikel 30 finder anvendelse [46], men den nationale ret har ikke gjort nogen bemærkning om størrelsen af de beløb, som fortøjningsarbejderne opkræver for deres arbejde. Jeg mener derfor ikke, at Domstolen har tilstrækkelige oplysninger til, at den kan besvare denne del af det første spørgsmål.

32. Af de ovenfor anførte grunde er det min opfattelse, at nationale bestemmelser som de, der er tale om i denne sag, ikke er i strid med traktatens artikel 30.

B — *Det andet spørgsmål*

33. Med sit andet spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om fortøjningsarbejdernes eneret, i kombination med den angiveligt skønsmæssige takstfastsættelse, udgør en utilladelig hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser på søtransportområdet. Jeg mener ikke, at den måde, hvorpå taksterne fastsættes — uafhængigt af spørgsmålet, om fortøjningsarbejdernes eneret er forenelig med traktatens artikel 59 — kan udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, selv om takstfastsættelsen selvfølgelig kan forværre virkningerne af de hindringer, som måtte foreligge i forbindelse med eksistensen af enerettighederne. Corsica Ferries har imidlertid også henvist til, at opkrævningen af uforholdsmæssige beløb kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 90 sammenholdt med artikel 59. Eftersom den

45 — Jf. ovenfor, præmis 38.

46 — I sag 31/67, Stier, Sml. 1965-1968, s. 511, org. ref.: Rec. s. 347, som dog angik en sag vedrørende en intern afgiftsordning, udtalte Domstolen, at medlemsstaterne ikke kan pålægge varer »... afgifter af en sådan størrelse, at den frie varebevægelse på det fælles marked for disse varers vedkommende bringes i fare« (Sml. 1965-1968, s. 514). I sag C-47/88, Kommissionen mod Danmark, Sml. 1990 I, s. 4509, udtalte Domstolen med henvisning til Stier, at »et sådant indgreb i de frie varebevægelser [må] bedømmes i lyset af de almindelige regler i traktatens artikel 30 ff.«; jf. præmis 13.

nationale ret ikke har rejst dette spørgsmål i forbindelse med sit tredje spørgsmål, finder jeg det hverken passende eller nødvendigt, at Domstolen omtaler dette i sin besvarelse [47].

ii) Spørgsmålet om forskelsbehandling

i) Anvendelsesområdet for den frie udveksling af tjenesteydelser

34. Som Domstolen fastslog i Corsica Ferries-sagen, har Rådet med vedtagelsen af forordningen fra 1986 [48] truffet bestemmelse om, at princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser i traktatens artikel 59 også skal finde anvendelse inden for søtransport mellem medlemsstaterne [49]. Hertil kommer, at sagsøgeren som et selskab med hjemsted i Frankrig, der kontrolleres af et selskab med hjemsted i Luxembourg, og som leverer tjenesteydelser i Italien, åbenbart falder inden for det personelle anvendelsesområde for traktatens artikel 59 og artikel 1 i forordningen fra 1986 [50].

35. I modsætning til den tidligere Corsica Ferries-sag synes de omtvistede regler i den foreliggende sag ikke at give anledning til åbenlys eller skjult forskelsbehandling i strid med traktatens artikel 59 og artikel 9 i 1986-forordningen. Pligten til at benytte fortøjningsarbejderne i Genovas havn gælder for alle søtransportvirksomheder, og i La Spezias havn skal alle skibe på over 500 tons anvende fortøjningsarbejderne i La Spezia. Alligevel har sagsøgeren gjort gældende, at der er flere nationale end udenlandske transportvirksomheder, som ejer fartøjer, der ikke behøver benytte fortøjningsarbejdernes tjenester [51]. Selv om reglerne i La Spezias havn på denne måde muligvis er indirekte diskriminerende, mener jeg ikke, at Corsica Ferries kan påberåbe sig en sådan eventuel forskelsbehandling. En virksomhed som sagsøgerens, der anvender store moderne bilfærger, kan ikke sammenlignes med en hypotetisk gruppe af konkurrerende nationale transportvirksomheder, der anvender fartøjer på under 500 tons. Eftersom den nationale ret ikke har omtalt sagsøgerens italienske konkurrenter, kan denne sammenligning efter min opfattelse ikke besvare det forelagte spørgsmål. Tærsklen på 500 tons kan heller ikke uden videre sammenlignes med de fiskeri-bevarelsesforanstaltninger, som var omhandlet i sagen Kommissionen mod Irland, hvor »den irske fiskerflåde næppe

47 — Sagsøgeren har i sit skriftlige indlæg vedrørende det andet spørgsmål også nævnt, at opkrævningen af uforholdsmæssige beløb, som kan henregnes til de italienske offentlige myndigheder, desuden kan udgøre en overtrædelse af traktatens artikel 9 og 12. Eftersom alene den nationale ret har beføjelse til at beslutte, hvilke spørgsmål der skal forelægges Domstolen, må sagsøgerens forsøg på at påberåbe traktatens artikel 9 og 12 åbenbart afvises: Se f. eks. sag 44/65, Hessische Knappschaft, Sml. 1965-1968, s. 137, org. ref.: Rec. s. 1191, på side 970, og forenede sager C-134/91 og C-135/91, Kerafina, Sml. 1992 I, s. 5699, præmis 16, såvel som punkt 13 i generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse af 2.10.1997 i sag C-309/96, Annibaldi, Sml. I, s. 7493, på s. 7495.

48 — Forordning nr. 4055/86, anført ovenfor i fodnote 4.

49 — Se navnlig præmis 26.

50 — I henhold til artikel 1, stk. 4, omfatter »søtransport« bl.a. »søtransport inden for Fællesskabet«; dvs. »befordring af passagerer og gods med skib mellem en havn i en medlemsstat og en havn eller et off-shore anlæg i en anden medlemsstat«.

51 — Corsica Ferries hævdede under retsmødet, uden at det blev bestridt, at alle de fartøjer, som er omfattet af undtagelsen, ejes af italienske statsborgere eller virksomheder og anvendes enten til lokale cabotagetjenester eller til fiskeri.

[omfattede] både« af den pågældende størrelse [52]. Corsica Ferries må sammenholdes med italienske transportvirksomheder, der anvender fartøjer af tilsvarende størrelse som bilfærgerne. Eftersom sådanne italienske virksomheder er underkastet de samme takster som sagsøgeren, foreligger der ingen direkte eller indirekte forskelsbehandling.

37. Desværre er det netop for så vidt angår fortøjningstjenestens karakter, at den ensidige beskrivelse af situationen for den nationale ret, som afspejles i forelæggelseskendelsen, viser sig mest tydeligt. Ifølge Corsica Ferries består fortøjningsarbejdet i al væsentlighed i at fastgøre og frigøre et fartøj ved hjælp af de dertil indrettede liner og kabler (se ovenfor, punkt 7) og går derfor ikke ud over at modtage tovene fra skibet og fastgøre disse til fortøjningspillerne på kajen og vice versa.

iii) Foreligger der en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser?

38. Det er et helt andet billede, som tegnes i indlægget fra fortøjningsarbejderne. De bestrider kraftigt sagsøgerens forenklede beskrivelse. De hævder, at ydelsen udgør en ud af tre tekniske nautiske tjenester, som udføres i havne, og som er grundlæggende for sikkerheden på havneområdet, og som desuden omfatter alle kendetegnene for en offentlig tjenesteydelse [53]. De omtaler særligt følgende aspekter:

36. Det må herefter undersøges, om fortøjningsarbejdernes enerettigheder alligevel kan anses for at udgøre en ikke-diskriminerende hindring for transportvirksomheder som sagsøgerens ret til frit at levere søtransporttjenesteydelser til og fra italienske havne.

i) ordentlig fortøjning af skibet til kajen, herunder fastgørelse af skibet til fortøjningspillerne

ii) sikring af, at det fortøjede fartøj forbliver på kajpladsen under hele opholdet i havnen og, i særdeleshed, når skibets passagerer og varer lastes og losses

a) Fortøjningstjenesten

52 — Sag 61/77, Sml. 1978, s. 417, præmis 70.

53 — Ifølge denne opfattelse er de andre to tjenester losning og slæbebådsarbejde.

iii) indgriben, når det er nødvendigt at ændre eller forstærke fartøjets fortøjning, navnlig når det på grund af ændrede vejrforhold må flyttes til en anden kajplads

Denne kan anmode fortøjningsarbejderne om at yde andre tjenester, navnlig i tilfælde af farlige vejrforhold i havnen.

iv) sikring af, inden fartøjet kaster los, at der er fri passage ud af havnen og, såfremt der er hindringer, at fjerne disse, inden ankeret lettes, og

39. På grund af min holdning til spørgsmålet, om der foreligger en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, er det ikke nødvendigt for mig at tage stilling til disse modstridende beskrivelser. Det ville heller ikke være passende. Det må den nationale ret tage stilling til. Det er klart, at det i mangel af fællesskabsretlig harmonisering på området udgør et lovligt politisk mål for medlemsstaterne at træffe foranstaltninger med henblik på at beskytte menneskers liv og sundhed, såvel som miljøet, mod de farer, der kan opstå ved uansvarlig eller uagtsom fortøjning og loskastning af skibe, navnlig i store og travle havne som Genova og La Spezia [54]. Det er selvfølgelig den nationale ret, der må tage stilling til, om dette mål nås eller bedst nås ved at tildele fortøjningsarbejderne enerettigheder.

v) samarbejde fuldt ud med fartøjets besætning, når fartøjet forlader havnen, og indtil det når åbent hav.

b) Indlæg

40. Sagsøgeren gør i al væsentligt gældende, at eftersom det er et fransk selskab, der

Fortøjningsarbejderne påpeger, at disse tjenester må ydes 24 timer i døgnet, 365 dage om året og under tilsyn fra de pågældende søfartsmyndigheder, navnlig havnemesteren.

54 — Det første skridt mod udviklingen af en fællesskabspolitik blev taget af Kommissionen med udstedelsen af en meddelelse den 24.2.1993 med titlen »Mod en Fælles Maritim Sikkerhedspolitik«, se KOM(93) 66 endel.

driver søtransportvirksomhed mellem Korsika og Italien, udgør pligten til at benytte sig af fortøjningsarbejdernes tjenester en restriktion, som hindrer dets ret til fri udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser, da det i franske havne er valgfrit, om man vil benytte sig af sådanne tjenester. Fortøjningsarbejderne henviser særligt til generaladvokat Elmer's forslag til afgørelse i sagen Job Centre, hvor han anfører, at den Keck og Mithouard-retspraksis, som Domstolen har udviklet for så vidt angår artikel 30, ligeledes kan anvendes i henseende til traktatens artikel 59 [55]. Eftersom de omtvistede regler ikke har til formål at regulere udvekslingen af tjenesteydelser, og eftersom virkningerne af reglerne opstår i Italien og berører alle udbydere af søtransporttjenester på samme måde, er de ikke til hinder for leveringen af disse tjenesteydelser og falder derfor uden for anvendelsesområdet for artikel 59. Kommissionen er stort set enig i denne opfattelse [56].

ningsmedlemmer og den moderne udrustning, som findes på deres veludstyrede bilfærger, til at fortøje deres færger, men hævder ikke, at eksistensen af de lokale fortøjningsarbejderes enerettigheder i sig selv udgør en hindring for retten til frit at levere grænseoverskridende fortøjningstjenesteydelser i italienske havne. Den hindring, der påberåbes, angår i stedet levering af søtransporttjenesteydelserne og består i al væsentligt i det retlige eller faktiske forbud for søtransportvirksomheder mod at besørge fortøjningen af deres skibe og navnlig de øgede omkostninger, som pligten til at benytte sig af de lokale fortøjningsarbejdere indebærer.

c) Analyse

41. Det må først bemærkes, at den eventuelle hindring i den foreliggende sag ikke berører selve fortøjningstjenesterne. Corsica Ferries gør gældende, at selskabet har ret til at anvende deres egne kvalificerede besæt-

42. Ifølge Domstolens faste retspraksis kræver »traktatens artikel 59 ... ikke blot afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser« [57]. Det er vanskeligt at formulere en objektiv definition af den type af nationale foranstaltninger, der kan være sådanne »restriktioner«. I den nyligt afsagte dom i sagen Reisebüro Broede formulerede Domstolen forbuddet som omfattende

55 — Sag C-111/94, Job Centre, Sml. 1995 I, s. 3361, punkt 27 i forslaget til afgørelse.

56 — Ifølge Kommissionen berører de øgede omkostninger, som de omstridte regler kan give anledning til, ikke virksomheder fra andre medlemsstater anderledes, end de berører italienske søtransportvirksomheder.

57 — Se f.eks. sag C-76/90, Säger, Sml. 1991 I, s. 4221, præmis 12, og sag C-398/95, SETTG, Sml. 1997 I, s. 3091, præmis 16.

enhver »restriktion [der] — også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater — ... kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende« [58].

43. Sagerne Säger og Reisebüro Broede angik nationale regler i en medlemsstat, hvor tjenesteyderen ønskede at levere en særlig ydelse, men hvor dette var forbudt, såfremt tjenesteyderen ikke besad særlige kvalifikationer, som der ikke blev stillet krav om i den medlemsstat, hvor tjenesteyderen var etableret. Det er klart, at sådanne regler, selv om de ikke er diskriminerende, kan udgøre hindringer for den frie udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser. Som Domstolen konstaterede i Reisebüro Broede-dommen, kan disse regler gøre det umuligt at levere tjenesteydelsen i værtsmedlemsstaten, eftersom den udenlandske tjenesteyder kun midlertidigt udfører aktiviteter i denne stat [59]. Ligeledes kan det hindre adgangen til det relevante marked, når det som i Säger-sagen pålægges den tjenesteyder, der forbliver i sin egen medlemsstat, at opnå en tilladelse fra destinationsmedlemsstaten, som kun indrømmes, såfremt tjenesteyderen er i besiddelse af et særligt (nationalt) diplom i denne stat. Nationale tjenesteydere har større muligheder for at tilpasse deres aktiviteter til sådanne krav. Således var der i SETTG-sagen ikke tvivl om de skadelige virkninger af den græske lovbestemmelse, ifølge hvilken udenlandske turistførere, som på midlertidigt grundlag ville udøve selvstændig erhvervsvirksomhed i Grækenland, skulle have et specielt ansættelsesforhold [60]. Med Domstolens ordvalg i Alpine Investments-dommen »påvirker [sådanne regler] ... direkte adgangen til at udføre tjenesteydelser i de andre medlemsstater« og »er derfor egnet til at hindre udvekslingen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne« [61].

44. Jeg mener, at de foranstaltninger, som der er tale om i den foreliggende sag, ligger meget nærmere de regler, der blev behandlet i Peralta-sagen. Deres betydning for den frie udveksling af tjenesteydelser er for fjerntliggende og indirekte til direkte at kunne berøre adgangen til markedet for levering af søtransporttjenester. Kravet om at benytte sig af de lokale fortøjningsarbejdere gør ikke leveringen af den pågældende tjenesteydelse, nemlig søtransporten, afhængig af andre betingelser end den obligatoriske brug af en accessorisk tjenesteydelse. I mangel af yderligere oplysninger herom fra den nationale ret mener jeg ikke, at der i den foreliggende sag er tale om en »hindring« som omhandlet i traktatens artikel 59 [62].

58 — Se f.eks. nævnte sag C-3/95, Sml. 1996 I, s. 6511 (herefter »Reisebüro Broede-dommen«), præmis 25.

59 — Se ovenfor, punkt 27.

60 — Anført ovenfor i fodnote 57: Se navnlig dommens præmis 17 og 18 samt punkt 27 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse.

61 — Sag C-384/93, Sml. 1995 I, s. 1141, præmis 38.

62 — Selv om den nationale ret skulle nå frem til, at fortøjningsarbejdernes aktiviteter er af en ren rutinemæssig karakter, er der ingen grund til at tro, at virkningerne heraf — hvilket i så fald skulle klassificeres som uforholdsmæssige omkostninger — skulle være mere byrdefulde for udenlandske end for nationale søtransportvirksomheder.

45. I lyset heraf finder jeg det unødvendigt at undersøge, om den påståede hindring kan begrundes.

C — *Det tredje spørgsmål*

i) Indledning

46. Den forelæggende rets tredje spørgsmål angår spørgsmålet, om traktatens artikel 85, sammenholdt med artikel 5, eller artikel 86, sammenholdt med artikel 90, stk. 1, kan finde anvendelse i den foreliggende sag. For det første ønsker den nationale ret oplyst, om traktatens artikel 85, sammenholdt med artikel 5, er til hinder for en national lovgivning, som pålægger brugerne af havne at betale en takst for fortøjningsarbejde, der er fastsat ved aftale mellem alle de individuelle medlemmer af en national forening for fortøjningsarbejdere. For det andet ønsker den nationale ret oplyst, om det er i samklang med artikel 86, sammenholdt med artikel 90, stk. 1, at der i henhold til nationale bestemmelser ikke alene findes et faktisk og retligt monopol på leveringen af havnefortøjningstjenesteydelser, men at det også er tilladt, at de individuelle indehavere af koncessionerne i havne af en sådan størrelse og betydning for Fællesskabets samhandel som havnene i Genova og La Spezia opkræver takster, der er uforholdsmæssigt høje i forhold til de faktiske omkostninger for det præsterede fortøjningsarbejde, og som desuden varierer fra havn til havn. Da den nationale ret konstaterer, at »de kriterier, myndigheden skal lægge til grund ved fastsættelsen af taksterne«, ikke er »defineret« i loven, og da det gøres gældende, at taksterne er udtryk for en konkurrencebegrænsende aftale mellem de forskellige udbydere af fortøjningstjenester i Italien, må jeg indlede med at beskrive de for Domstolen anførte diametralt forskellige opfattelser af, hvorledes taksterne fastsættes; disse opfattelser fremgår alene af indlæggene til Domstolen.

ii) Bestemmelserne om fastsættelsen af fortøjningstaksterne

47. Ifølge den nationale ret (se punkt 9 ovenfor) fastsætter den kompetente administrative myndighed undertiden fortøjningstaksterne og sætter dem i kraft som »aftaler, der indgås mellem virksomheder inden for området«. Sagsøgeren er helt enig i denne beskrivelse. Ifølge sagsøgeren blev den omtvistede aftale indgået den 26. juli 1990 mellem ANGOPI (foreningen af fortøjningsarbejdere) og Comita Utenza Portuale (repræsentanter for visse foreninger af virksomheder, som bruger havnetjenester) [63]. Ifølge Corsica Ferries anmodede aftaleparterne den 20. september 1990 Ministro della Marina Mercantile (ministeren for handelsflåden) om »straks at vedtage de foranstalt-

63 — Corsica Ferries anfører i sit skriftlige indlæg, at de brugere af havnene, som har indgået aftalen, består af søtransportagenter, speditører og repræsentanter for skibsredere. Efter Corsica Ferries' opfattelse har de uforholdsmæssige takster kun lille betydning for disse brugere, eftersom taksterne i realiteten alene berører søtransportvirksomheder.

ninger, som er nødvendige for at sikre overholdelsen af aftalen«. Den 15. maj 1991 besvarede ministeren henvendelsen ved at anføre, at fastsættelse af taksterne skulle ske ved aftale mellem udbyderne af fortøjningsarbejdet [64]. Corsica Ferries gør derfor gældende, at de italienske myndigheder i hvert fald i den relevante periode faktisk fralagde sig deres beføjelser i henhold til artikel 212 i den nationale lovgivning samt begrænsede sig til at godkende og sætte de takster i kraft, som blev fastlagt ved privat aftale.

48. Fortøjningsarbejderne, Italien og Kommissionen bestrider i deres indlæg for Domstolen denne beskrivelse. Fortøjningsarbejderne hævder, at taksterne vedtages af Ministero dei Trasporti e della Navigazione såvel direkte som gennem dets forskellige decentraliserede organer. Ministeriet træffer ved beslutning afgørelse om rammen (il modello organizzativo) for fastsættelsen af taksterne i hver italiensk havn på grundlag af antallet af fortøjningsvirksomheder, det udstyr, der må anskaffes for udførelsen af tjenesten såvel som den almindelige offentlige interesse i en fuldstændig fortøjningstjeneste. Det gøres gældende, at denne fremgangsmåde er fuldt gennemsigtig og objektiv, eftersom både fortøjningsarbejderne og alle grupper af brugere af havnene deltager i de diskussioner, der går forud for fastsættelsen af taksterne. Lov nr. 160/89 af 5. maj 1989 (herefter »1989-loven«) indeholder et antal bestemmelser om søtransport og koncessioner [65]. Fortøjningsarbejderne gør gældende, at der i henhold til artikel 9 i 1989-loven er fastlagt et objektivt »omkostninger-plus«-system for fastsættelse af taksterne, nemlig et system, hvor taksterne i al væsentlighed fastsættes på grundlag af fartøjets bruttotonnage, med en vis rabat for hyppige brugere af havnefaciliteterne, f.eks. bilfærgevirksomheder som Corsica Ferries. Formålet med »omkostninger-plus«-systemet er at fordele omkostningerne til at opretholde en fuldstændig fortøjningstjeneste forholdsmæssigt mellem de forskellige brugere af havnen [66]. Principperne for dette system var i den relevante periode fastlagt i forskellige ministerielle cirkulærer [67]. Tilsyneladende er afgørelse nr. 1453 af 20. oktober 1994 fra Genovas CAP og afgørelse nr. 231 af 27. september 1994 fra chefen for La Spezias havnedistrikt i samklang med bestemmelserne i disse cirkulærer og indeholder således et system for fastlæggelsen af taksterne [68].

49. På grund af den store uoverensstemmelse mellem oplysningerne om proceduren for

64 — Se telegram nr. 5201974 (herefter »telegrammet«), som er tilføjet som et bilag til sagsøgerens skriftlige indlæg.

65 — GURI nr. 103 af 5.5.1989.

66 — Det anføres, at den anvendte matematiske formel omfatter samtlige omkostninger ved fortøjningsarbejdet, herunder lønninger fastsat i overensstemmelse med den nationale minimumsløn, hvortil kommer adskillige påstået objektive justeringsfaktorer.

67 — Nemlig cirkulære nr. 95/1990 og nr. 98/1991 fra Ministeriet for Handelsflåden, som senest er ophævet ved cirkulære nr. 8/1994 af 29.9.1994.

68 — Ifølge Kommissionens skriftlige indlæg var taksten i Genovas havn i henhold til bekendtgørelse nr. 1453 for fartøjer på mellem 0 og 250 tons mindst 30 000 ITL og taksten for fartøjer mellem 80 001 og 90 000 tons højst 2 631 000 ITL.

takstfastsættelsen i henholdsvis Corsica Ferries', de øvrige parter i sagens og Kommissionens indlæg forelagde Domstolen sagsøgeren et skriftligt spørgsmål om, hvorvidt sagsøgerens beskrivelse var forenelig med de andre parters for så vidt angår 1989-loven. I svaret anførte Corsica Ferries i alt væsentligt, at den relevante bestemmelse (artikel 9, stk. 7, i 1989-loven) kun vedrører cabotagetjenester og i al fald ikke giver Ministro delle Marina Mercantile beføjelser til at vedtage regler om fælles nationale takster. Desuden påpegede Corsica Ferries, at der ikke er vedtaget nogle retslige foranstaltninger med henblik på at gennemføre 1989-loven for så vidt angår søtransport, eftersom ministerielle cirkulærer ikke har bindende virkning i italiensk ret [69]. Sagsøgeren gør gældende, at de generelle kriterier for at fastsætte taksterne, der er anført i de pågældende cirkulærer, blot er udtryk for arbitrære administrative afgørelser eller ulovlige aftaler, som er blevet godkendt og sat i kraft af offentlige myndigheder.

50. Corsica Ferries' beskrivelse af cirkulærernes retsvirkninger i det skriftlige svar på Domstolens spørgsmål blev udtrykkeligt bestridt af repræsentanten for Italien under retsmødet. Denne gjorde gældende, at 1989-loven og cirkulærerne uanset Corsica Ferries' kritik er relevante for den foreliggende sag. Repræsentanten for den italienske regering anførte, at fortøjningstaksterne for cabotage i henhold til de pågældende cirkulærer også omfatter søtransport; med andre ord anvendes cirkulærerne i praksis, som om de var retligt bindende.

iii) Domstolens kompetence

51. Domstolen har ikke i medfør af proceduren i artikel 177 beføjelse til at løse denne beklagelige tvist vedrørende reglerne om proceduren for takstfastsættelsen. Domstolen kan derfor efter min opfattelse ikke give et endeligt svar på det tredje spørgsmål. Ikke desto mindre er sammenhængen mellem spørgsmålet og tvisten for den nationale ret klar; hvis sagsøgerens beskrivelse af proceduren for takstfastsættelsen er rigtig, er Italien tydeligvis ansvarlig for de eventuelle overtrædelser af konkurrencereglerne, som måtte følge heraf, medmindre disse overtrædelser kan begrundes ifølge artikel 90, stk. 2. Den nationale ret skulle derfor kunne give sagsøgeren i hovedsagen medhold og træffe afgørelse om tilbagebetaling af de erlagte beløb. Det er imidlertid mildt sagt foruroligende, at Domstolen ikke har fået en beskrivelse fra den nationale ret af de nationale retlige og administrative bestemmelser, der tilsyneladende er relevante. Jeg skal dog alligevel kort omtale de fællesskabsretlige principper, som vil være relevante for den nationale rets vurdering af Corsica Ferries' krav om tilbagebetaling baseret på EF-konkurrenceretten.

69 — Corsica Ferries nævner til støtte herfor den italienske Forfatningsdomstols dom af 1.6.1995, GURI af 1.6.1995. Selv om sagsøgeren anerkender, at artikel 9, stk. 7, giver Ministro della Marina Mercantile beføjelse til at fastsætte takster, såfremt de relevante økonomiske operatører ikke kan blive enige herom, påpeger sagsøgeren, at dette kun kan ske, efter at forslaget er forelagt for det relevante parlamentsudvalg, hvilket ikke har fundet sted i den foreliggende sag.

iv) Analyse

a) Konkurrencereglernes anvendelse

52. Den nationale ret har i forelæggelseskendelsen beskrevet en række relevante faktiske omstændigheder. For det første har retten konstateret (hvad der næppe kan rejses tvivl om), at Corsica Ferries udbyder tjenesteydelser, som »i sagens natur er grænseoverskridende«. Fortøjningsarbejderne hævder, at taksterne ikke har en sådan betydning for omkostningerne ved at udføre søtransportvirksomhed, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes. Hvis Italien kan anses for ansvarlig for på landsbasis at håndhæve lokale konkurrencebegrænsende aftaler, mener jeg ikke, at den potentielle virkning heraf kan anses for bagatelagtig, blot fordi den yderligere udgift for hver enkelt søtransportvirksomhed er relativ ringe [70]. Under alle omstændigheder afhænger anvendelsen af traktatens konkurrenceregler ikke af, hvorvidt der kan påvises en faktisk virkning på konkurrencen. En potentiel virkning er tilstrækkelig og kan dårligt udelukkes i denne sag [71].

53. For det andet er det gjort gældende, at de fleste koncessionsindehavere, som udbyder fortøjningstjenester i de italienske havne, i hvert fald tilsyneladende har koordineret deres standpunkter vedrørende opkrævningen af takster gennem deres brancheforening ANGOPI. Fortøjningsarbejderne bestrider den nationale rets beskrivelse, hvorefter taksterne opkræves på grundlag af aftaler mellem fortøjningsarbejderne, som godkendes af søfartsmyndighederne. Efter deres opfattelse optræder udbyderne af fortøjningstjenesterne kun samlet, når de deltager i den gennemsigtige og objektive administrative procedure for takstfastsættelse, der gennemføres under tilsyn af den relevante minister. Det er selvfølgelig den nationale ret, som endeligt må afgøre, om der i havnene i Genova og La Spezia foreligger en konkurrencebegrænsende aftale mellem virksomheder [72] som omhandlet i artikel 85 eller en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder (f.eks.

70 — De beløb, som sagsøgeren søger tilbagebetalt under hovedsagen (se punkt 3 ovenfor) kan næppe anses for ubetydelige.

71 — Se f.eks. sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211, på s. 216, org. ref.: Rec. s. 337, på s. 359, og senest sag C-55/96, Job Centre Coop, Sml. 1997 I, s. 7119, præmis 36 (herefter »Job Centre II-dommen«).

72 — Som den nationale ret udtrykkelig nævner, er både fortøjningsarbejderne i Genova og i La Spezia virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1. Det er min opfattelse, at de også skal anses for virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 85 og 86, idet artikel 90 vedrører »virksomheder, som [medlemsstaterne] indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder«, og hermed anvender et grundlæggende begreb, der ikke er forskelligt fra det, som anvendes i artikel 85 og 86. Den nationale rets konstatering er blot udtryk for det faktum, at fortøjningsarbejderne selvfølgelig har fået tildelt visse eksklusive rettigheder af søfartsmyndighederne i Genovas og La Spezias havn. Jeg mener, at fortøjningsarbejdernes henvisning under retsmødet til sag C-343/95, Cali & Figli, Sml. 1997 I, s. 1547, er fejlagtig. I denne sag fastslog Domstolen, at en obligatorisk miljøovervågningstjeneste i oliehavnen Genova-Multedo ikke udgjorde økonomisk virksomhed, der kunne begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, eftersom miljøovervågningsarbejde er »en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet« og derfor »som følge af sin art, sit formål og de regler, det er undergivet, således er knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse« (se præmis 22 og 23). Uanset at det hævdes i den foreliggende sag, at fortøjningsarbejdet udføres af fortøjningsarbejderne som en opgave af almindelig interesse, mener jeg ikke, at dette er tilstrækkeligt til at fratage arbejdet dets i sagens natur økonomiske karakter.

ANGOPI og Comita Utenza Portuale). Kun såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, opstår det andet spørgsmål, om Italien bærer et ansvar for de konkurrencebegrænsende virkninger af denne aftale eller vedtagelse [73].

54. Den nationale ret har endelig konstateret for så vidt angår den eventuelle anvendelse af artikel 86, at fortøjningsarbejdernes eksklusive rettigheder indebærer, at de har en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet. I denne henseende finder jeg det tilstrækkeligt at anføre, at Domstolen i dommene i sagen Porto di Genova og Corsica Ferries udtalte, for så vidt angår lovbestemte monopoler på henholdsvis havnearbejde og lodstjenester i Genovas havn, at »i betragtning af bl.a. omfanget af handelen i denne havn og dens betydning i forhold til den pågældende medlemsstats samlede import og eksport ad søvejen, kan dette marked anses for en væsentlig del af det fælles marked« [74]. Jeg formoder, at den italienske retsplejelov giver parterne mulighed for at diskutere dette i forbindelse med en kontradiktorisk proces. Hvis fortøjningsarbejderne imidlertid har misbrugt deres dominerende stilling, kan Italien, som har tildelt dem disse retlige monopoler, eventuelt bære et ansvar.

b) Artikel 85

55. Principperne for medlemsstaternes ansvar for at tilsidesætte traktatens artikel 85 er nu fastslået med sikkerhed. Domstolen har senest i sagen Sodemare m.fl. [75] bekræftet, at »det fremgår ... af fast retspraksis, at traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger — selv ikke i form af love eller administrative bestemmelser — som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler« [76]. Groft sagt er der to forskellige måder, hvorpå medlemssta-

73 — Det tredje præjudicielle spørgsmål i denne sag angår Italiens ansvar for eventuelt konkurrencebegrænsende adfærd og berører derfor ikke spørgsmålet om fortøjningsarbejdernes samtidige potentielle ansvar for denne adfærd, hvis det antages, at de udøver den på eget initiativ. Et sådant ansvar opstår selvfølgelig ikke, hvis fortøjningsarbejderne faktisk som følge af de italienske regler på området har pligt til at anvende de konkurrencebegrænsende takster, der er sat i kraft af de relevante italienske søfartsmyndigheder: Se f.eks. den nylige afgørelse i de forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, hvori Domstolen (i præmis 33) fastslog, at »såfremt virksomhederne pålægges en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder traktatens artikel 85 og 86 *ikke anvendelse*« (min fremhævelse); Se også Retten i Første Instans' afgørelse i sag T-387/94, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1996 II, s. 961, præmis 60 og 61. Det bemærkes, at generaladvokat Tesauro i sit forslag til afgørelse af 18.12.1997 har foreslået, at Domstolen forkaster den appel, som en af sagsøgerne (Somaco) har indbragt for Domstolen i sagen Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen; se sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen.

74 — I mit forslag til afgørelse af 9.10.1997 i sag C-163/96, Anklagemyndigheden mod Raso m.fl., gav jeg (i punkt 55) udtryk for den opfattelse, at monopol på formidling af midlertidig beskæftigelse i La Spezias havn — som anført af den nationale ret i forelæggelseskendelsen — kunne udgøre en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked.

75 — Sag C-70/95, Sml. 1997 I, s. 3395.

76 — Jf. ovenfor, præmis 41.

terne kan tilsidesætte deres forpligtelser i henhold til artikel 85 og artikel 5. For det første kan de foreskrive eller foranledige, at to eller flere virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder enes om konkurrencebegrænsende adfærd, eller de kan forstærke virkningerne af sådan adfærd. For det andet kan de fratage deres egne regler deres karakter af lovgivning ved at delegere beføjelsen til at træffe afgørelse til private økonomiske aktører.

56. I den foreliggende sag er det ubestridt, at de omtvistede takster i det mindste formelt blev vedtaget af de kompetente søfartsmyndigheder i Genovas og La Spezias havn. Sagsøgerens hovedanbringende er, at disse myndigheder blot automatisk godkender de takster, som fastsættes ved indbyrdes forståelse enten mellem medlemmerne af ANGOPI eller mellem denne forening og repræsentanter eller repræsentative sammenslutninger af andre brugere af havnene. Jeg har allerede nævnt, at der ikke er enighed om denne påstand. Der er for Domstolen blevet henvist til forskellige ministerielle cirkulærer, som uanset deres retlige betydning i italiensk offentlig ret dog i hvert fald må have påvirket havnemyndighederne, da disse fastsatte fortøjningstaksterne. Det er selvfølgelig muligt, at de nævnte myndigheder — uanset cirkulærerne — automatisk eller i det store og hele blot godkender de forud ved konkurrencebegrænsende aftaler fastsatte takster. Den nationale ret har imidlertid ikke udtalt sig om disse cirkulærer — som sagsøgeren vel at mærke ikke har påberåbt sig til støtte for sin påstand for den nationale ret — og under disse omstændigheder kan jeg ikke på grundlag af de oplysninger, der foreligger for Domstolen, konkludere, at Italien har overtrådt artikel 85, sammenholdt med artikel 5, for så vidt angår de decentraliserede havne- eller søfartsmyndigheders opkrævning af takster for fortøjningsarbejdet. Denne konklusion kan forekomme noget glansløs, men jeg kan kun henvise til nærværende forslags leitmotif: manglen på en tilfredsstillende beskrivelse af de faktiske og retlige omstændigheder for at kunne give en brugbar afgørelse. Sagsøgeren har valgt at rejse komplicerede spørgsmål vedrørende påståede konkurrencebegrænsende aftaler og et muligt misbrug af en dominerende stilling inden for rammerne af en national procedure, som hverken giver mulighed for at høre modparten, eller for at de relevante retlige og faktiske omstændigheder fastlægges. Da sagsøgerens repræsentant under retsmødet blev spurgt om anledningen til dette valg, henviste han til de sagsbehandlingstider, der gælder for kontradiktoriske procedurer i Italien — et argument, som stemmer dårligt overens med det grundlæggende juridiske krav om en retfærdig proces. For at være mere præcis tillagde generaladvokat Gulmann i sit forslag til afgørelse i Telemarsicabruzzo-sagen det særlig betydning, at faktum beskrives nøjagtigt i konkurrencesager. I modsætning til sagerne Meng [77], Reiff [78] og Dip m.fl. [79] mangler nævnte forudsætninger i denne sag.

77 — Sag C-2/91, Sml. 1993 I, s. 5751.

78 — Sag C-185/91, Sml. 1993 I, s. 5801.

79 — Forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, DIP m.fl., Sml. 1995 I, s. 3257.

c) Artikel 86

57. Sagsøgeren gør gældende, at Italien bærer ansvaret for, at fortøjningsarbejderne i havnene i Genova og La Spezia misbruger deres dominerende stilling. De påberåber sig navnlig dommen i sagen Porto di Genova og anfører, at misbruget kommer til udtryk på to måder. For det første påtvinges Corsica Ferries nogle tjenesteydelser, som er unødvendige, og for det andet er de takster, der opkræves for disse uønskede tjenester, uden forbindelse med omkostningerne ved de faktisk ydede tjenester, hvilket understreges af det faktum, at taksterne på uforklarlig vis er forskellige fra havn til havn. Sagsøgeren hævder, at taksterne ikke alene er fastsat på grundlag af de totale omkostninger ved at opretholde en permanent fortøjningstjeneste, men at de også inkluderer flere andre »supplerende« elementer, f.eks. en afgift på 1% for teknisk assistance fra ANGOPI til de enkelte fortøjningsvirksomheder og en afgift på 1% til en »forsikringsfond«. Det hævdes også, at taksterne ikke anvendes på et fuldt objektivt grundlag, idet der findes en tilsyneladende uigennemsigtig rabatordning. Corsica Ferries hævder, at fortøjningsarbejderne uundgåeligt foranlediges til dette misbrug på grund af de rettigheder, der indrømmes dem i de omtvistede italienske bestemmelser. Herudover anføres det, at fortøjningsarbejderne ikke er omfattet af undtagelsen i traktatens artikel 90, stk. 2, da fortøjningstjenesteydelserne ikke kan betragtes som værende af »almindelig økonomisk interesse«.

58. Ikke overraskende benægter fortøjningsarbejderne støttet af Italien, at der skulle foreligge misbrug. For så vidt angår det forhold, at de opkrævede takster overstiger de faktiske omkostninger ved den præsterede ydelse, påberåber de sig traktatens artikel 90, stk. 2, og anfører, at taksterne er nødvendige for, at fortøjningsvirksomhederne kan udbyde en fuldstændig fortøjningstjeneste. At taksterne er forskellige fra havn til havn, beror på de lokale omstændigheder, som formlen for beregningen af taksterne inkluderer som justeringsfaktorer, når den beregner taksterne. Under retsmødet blev det anført, at Corsica Ferries ikke har været udsat for misbrug af en dominerende stilling fra fortøjningsarbejdernes side, da virksomheden indrømmes en af de største rabatter. Kommissionen tog under retsmødet udtrykkeligt forbehold for sin stilling for så vidt angår spørgsmålet om rabat på de offentliggjorte takster, men anførte i øvrigt, at det forhold, at der er brugere af havnene, som deltager i proceduren for fastsættelsen af taksterne, skulle kunne garantere, at de fastsatte takster ikke er urimelige. Kommissionen anførte dog, at det i sidste ende er den nationale ret, som må bedømme, hvorvidt taksterne er uforholdsmæssige, når der tages hensyn ikke blot til de faktiske omkostninger ved fortøjningstjenesteydelserne til virksomheder som Corsica Ferries, men også til omkostningerne ved at opretholde den fuldstændige fortøjningstjeneste.

59. Der er ingen tvivl om, at den blotte omstændighed, at en medlemsstat skaber en dominerende stilling ved tildeling af en eksklusiv ret, ikke i sig selv kan anses for at

være i strid med traktatens artikel 86 [80] og at »en medlemsstat [kun] overtræder ... forbuddene [i artikel 86 og artikel 90, stk. 1], såfremt den pågældende virksomhed ved sin blotte udøvelse af den eneret, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug« [81]. Da medlemsstaterne således i mangel af specielle fællesskabsregler har ret til at skabe lovbestemte monopoler, er det eneste spørgsmål i den foreliggende sag, om havnemyndighedernes vedtagelse af de takster, der anvendes over for Corsica Ferries, er udtryk for et misbrug af fortøjningsarbejdernes dominerende stilling, *som Italien bærer et ansvar for.*

60. Eftersom fællesskabsretten ikke på nuværende tidspunkt er til hinder for, at Italien tildeler fortøjningsarbejderne i de italienske havne eksklusive rettigheder, skulle det påståede misbrug bestå i, at de takster, der opkræves, overstiger de faktiske omkostninger ved tjenesten plus en rimelig fortjenstmargen. Jeg har personligt svært ved at se, hvorledes den blotte omstændighed, at prisen for en tjeneste, som ifølge national ret er fastsat på tilfredsstillende vis, er for høj, gennem Corsica Ferries' sagsanlæg på grundlag af lovens artikel 633 kan føre til, at alle de betalte beløb skal betales tilbage. Jeg skal dog i overensstemmelse med det ovenfor i afsnit IV anførte gå ud fra, at den nationale ret vil finde, at enhver opkrævning af takster, som er udtryk for misbrug, skal føre til fuldstændig tilbagebetaling [82].

61. Det gøres gældende i den foreliggende sag, at den matematiske formel for beregning af taksterne inkluderer et element ud over de faktiske omkostninger og profit, og at dette beløb skal dække omkostningerne ved at opretholde en fuldstændig fortøjningstjeneste. Efter min opfattelse beror spørgsmålet, om dette ekstra element er i overensstemmelse med traktatens artikel 86, på, hvorvidt den pågældende tjeneste kan anses for at være »af almindelig økonomisk interesse« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 90, stk. 2. Ifølge Domstolens faste retspraksis må, når »det drejer sig om en bestemmelse, som under visse omstændigheder tillader en fravigelse af traktatens regler ... fastlæggelsen af de virksomheder, der kan påberåbe sig den, ske ud fra en snæver fortolkning« [83]. I sagen Porto di Genova antog Domstolen, at havnearbejde ikke har en sådan almindelig økonomisk

80 — Se f.eks. Domstolens dom i Job Centre II-sagen, anført ovenfor i fodnote 71, præmis 31.

81 — Jf. ovenfor.

82 — I sag C-177/78, Pigs and Bacon Commission, Sml. 1979, s. 2161, antog Domstolen, at når en afgift er opkrævet i strid med fællesskabsretten, opstår der principielt en ret til tilbagesøgning, men »det tilkommer ... den nationale ret i hvert enkelt tilfælde under anvendelse af de nationale regler at afgøre, om og i hvilket omfang den erlagte afgift kan søges tilbage ...«; se præmis 25 såvel som sag C-222/82, Apple and Pear Development Council, Sml. 1983, s. 4083, hvori Domstolen i præmis 41 udtalte, at »det påhviler ... den nationale domstol på grundlag af national lovgivning at tage stilling til, om og i hvilket omfang afgiften skal betales tilbage, samt om og i hvilket omfang kravet på tilbagebetaling skal nedsættes under hensyn til de direkte fordele, som den pågældende afgiftspligtige har haft af det nævnte organs virksomhed [som gav anledning til opkrævning af afgiften]«.

83 — Se sag 127/73, BRT, Sml. 1974, s. 313, præmis 19, og sag C-242/95, GT-Link, Sml. 1997 I, s. 4449, præmis 50.

interesse, at det adskiller sig fra andre af erhvervslivets aktiviteter [84], og i GT-Link-sagen fastslog Domstolen, at driften af en trafikhavn ikke vedrørte udførelsen af en »tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse« [85]. I denne sag gøres det imidlertid gældende, at de nationale regler har til formål at sikre opretholdelsen af en fuldstændig fortøjningstjeneste af hensyn til sikkerheden i havnen. Som Domstolen fastslog i BRT-dommen, »tilkommer [det] ... den nationale dommer at undersøge, om en virksomhed, som — til støtte for en fravigelse af traktatens regler — henviser til bestemmelserne i artikel 90, stk. 2, faktisk af medlemsstaten har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« [86]. Det er min opfattelse, at hvis den nationale ret skulle fastslå, at den relevante italienske søfartsmyndighed har tildelt fortøjningsarbejderne en sådan opgave, ville det som omhandlet i artikel 90, stk. 2, hindre opfyldelsen heraf, såfremt forbuddet i artikel 86 skulle finde anvendelse på det yderligere element i takstberegningen, som dækker omkostningerne ved at opretholde en fuldstændig fortøjningstjeneste til enhver tid og over for alle brugere af havnene i Genova og La Spezia. Det ville derfor ikke være uforeneligt med artikel 86, sammenholdt med artikel 90, stk. 1, at inkludere et sådant element i taksterne.

VI — Forslag til afgørelse

62. I lyset af det foregående foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Tribunale di Genova således:

»1) Traktatens artikel 30 er ikke til hinder for nationale bestemmelser eller administrativ praksis i en medlemsstat, som uden forskel afskærer såvel indenlandske søtransportvirksomheder som søtransportvirksomheder etableret i andre medlemsstater fra at lade deres fartøjer lægge til kaj eller kaste los ved ankomst eller afrejse fra havne i den førstnævnte medlemsstat, medmindre de benytter de tjenesteydelser, der udbydes af fortøjningsarbejdere med lovbe-

84 — Jf. ovenfor, præmis 27. Generaladvokat Van Gerven havde påpeget, at »såfremt sådanne arbejdsfunktioner henhører under begrebet tjenesteydelser af almindelig interesse, da kan næsten alle former for økonomisk virksomhed henføres under begrebet«, se punkt 27 i hans forslag til afgørelse.

85 — Jf. ovenfor, se navnlig præmis 52.

86 — Jf. ovenfor, præmis 22.

stemte eksklusive rettigheder, som kræver, at søtransportvirksomhederne for ydelserne betaler en pris, der ikke svarer til de faktiske omkostninger ved de præsterede tjenesteydelser.

2) Rådets forordning (EØF) nr. 4055/86 af 22. december 1986 sammenholdt med traktatens artikel 59 er ikke til hinder for, at en medlemsstat pålægger alle søtransportvirksomheder, uanset hvilken medlemsstat de er etableret i, når deres fartøjer besejler medlemsstatens havne, at benytte de tjenesteydelser, som udbydes af fortøjningsarbejderne med eksklusive rettigheder i disse havne.

3) En medlemsstat, der indrømmer en virksomhed en eksklusiv ret til at udbyde fortøjningstjenester på et marked, som udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, og til at opkræve obligatoriske takster, der ikke svarer til de faktiske omkostninger ved de præsterede tjenesteydelser, tilsidesætter ikke artikel 86 sammenholdt med traktatens artikel 90, stk. 1, såfremt der ikke foreligger et specielt misbrug, og navnlig ikke blot som følge af, at de opkrævede takster inkluderer et element, der skal dække omkostningerne ved at opretholde en fuldstændig indenlandsk fortøjningstjeneste.

4) På grund af manglende oplysninger om de faktiske omstændigheder fra den nationale ret er det ikke muligt at besvare det tredje spørgsmål angående en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, sammenholdt med artikel 5.«