

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE FREMSAT DEN 1. JULI 1971

Høje Ret.

Sagens oprindelse ligger temmelig langt tilbage.

Ved en traktat om kanalisering af Mosel, som blev undertegnet i Luxembourg den 27. oktober 1956 indgik Forbundsrepublikken Tyskland, Den franske Republik og storhertugdømmet Luxembourg en meget indviklet aftale, hvori de forpligtede sig til at gøre Moselfloden mellem Thionville og Koblenz sejlbar for skibe af en vis tonnage, således at disse skibe på de i traktatens bilag anførte betingelser kunne sejle fra Lorraine til Atlanterhavet.

Undertegnelsen af traktaten og dens gennemførelse indebar, at den luxembourgske regering skulle anlægge en eller flere havne ved Mosel på det stykke af floden, som danner grænse mellem Storhertugdømmet og Forbundsrepublikken, og som var omfattet af allerede eksisterende, meget gamle internationale aftaler, som jeg om lidt skal vende tilbage til.

Problemet om havnene på den luxembourgske bred af Mosel blev løst ved lov af 22. juli 1963 om oprettelse og drift af en flodhavn ved Merttert.

De væsentligste bestemmelser i loven lyder som følger:

1. Der anlægges en flodhavn ved Mosel i området ved Merttert; havnens nøjagtige udstrækning fastsættes ved ministeriel anordning.

2. Anlæg og drift overdrages et selskab, hvori staten er deltager (og som senere fik navnet Société du port fluvial de Merttert). Den luxembourgske stat overdrager vederlagsfrit selskabet det nødvendige areal og

bidrager med 5 millioner francs til tilvejebringelsen af dets stiftelseskapital. Uanset hvilken del af kapitalen den luxembourgske stat deltager med, udnævner den luxembourgske regering mindst halvdelen af direktionen (Conseil d'administration) og halvdelen af tilsynsrådet (college des commissaires).

3. Endelig bestemmer lovens artikel 12, at oprettelse, anlæg eller drift af nogen havn, af losse- og lastekajer ved Mosel er betinget af en tilladelse fra regeringen, som gives efter høring af det før nævnte havneselskab, og at dette selskab også høres ved udøvelsen af den besigtigelsesret, som tilkommer Storhertugdømmets regering på grundlag af internationale overenskomster om anlæg af havne eller kajer på den tyske moselbred.

Den sidstnævnte artikel i loven af 1963 viste sig efterhånden utilstrækkelig og blev præciseret og udvidet ved en lov fra 1968.

Denne lov indeholder to artikler:

— Artikel 1 ændrer den oprindelige artikel 12 og bestemmer især, at tilladelse til drift af havne eller kajer udenfor det område, som selskabet société du Merttert har fået tildelt, kan være ledsaget af restriktive betingelser især vedrørende naturen, oprindelsen eller bestemmelsessted og mængden af de varer, som skal losses eller lastes.

— Artikel 2 i loven af 1968 føjer en artikel 13 til loven af 1963, idet der bestemmes, at dels den, som driver en havn eller kaj uden tilladelse, dels den, der har en tilladelse, men ikke overholder betingelserne eller begrænsningerne i denne tilladelse, kan straffes.

Det er de sidstnævnte bestemmelser, der er den direkte årsag til den sag, som den lu-

xembourgske ret har forelagt Domstolen i medfør af Rom-traktatens artikel 177.

Et luxembourgsk familieforetagende, J. P. Hein, havde i mange år haft et firma, der foretog opmudring af Mosel.

Da kanaliseringen blev gennemført, faldt grundlaget for firmaets virksomhed selvfølgelig bort.

Herefter forsøgte det at »omstille sig«, som man siger i dag.

Efter vedtagelsen af loven af 1963 anmodede firmaet Hein myndighederne om tilladelse til at udvide en kaj, som det havde ved Bech-Kleinmacher, for at kunne drive en vis forretningsvirksomhed der.

Firmaet fik forskellige midlertidige tilladelser dels før og dels efter den 14. juli 1965, det tidspunkt hvor havnen i Mertert blev taget i brug.

Endelig gav de luxembourgiske myndigheder den 17. februar 1967 firmaet Hein tilladelse til at benytte kajen, dog kun til strengt begrænsede formål:

1. der skulle være tale om forretninger for firmaet Heins egen regning og ikke for andre;
2. forretningerne skulle være af følgende art: »blosning af sand, skærver, grus og ral fra grusgrave eller stenbrud, som firmaet (Hein) skal knuse eller sortere på stedet og lastning af disse varer efter knusning og sortering«.

I 1968 erfarede havneforvaltningen i Trier i Tyskland og Mertert i storhertugdømmet Luxembourg med nogle ugers mellemrum, at firmaet Hein havde benyttet sin havn til transaktioner med kul.

På ordet »kul« reagerede de to havneforvaltninger, som gamle stridsheste fordum

reagerede på lyden af trompeternes signal til angreb.

Først anmeldte Trier-havneforvaltningen (hvilket viser, at der ikke blot er tale om en konflikt mellem luxembourgere) og siden Mertert-havneforvaltningen firmaet Hein til Procureur d'Etat de Luxembourg (anklagemyndigheden) under henvisning til artikel 13 i loven af 1968.

Ved dom fra tribunal correctionnel de Luxembourg (kriminalret) af 20. februar, stadfæstet ved dom fra Cour Supérieur de justice du Grand-Duché af 15. februar 1971, statuerede de luxembourgiske retter, at:

1. det findes godtgjort, at tiltalte har overtrådt bestemmelserne i loven af 22. juli 1963 som ændret ved loven af 26. juni 1968.

2. afgørelsen af skyldsspørgsmålet og idømmelsen af straf vil imidlertid være at udsætte indtil De europæiske Fællesskabers Domstol har truffet en afgørelse af følgende spørgsmål, der stilles i henhold til Rom-traktatens artikel 177:

- a) »giver fællesskabsretten private, som er undergivet national ret, direkte rettigheder på det her omhandlede område i almindelighed og på det område, der reguleres af den luxembourgiske lov af 22. juli 1963 om oprettelse og drift af en flodhavn ved Mosel, som ændret ved lov af 26. juni 1968, i særdeleshed;

- b) såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende hvorvidt og i hvilket omfang er bestemmelserne i de ovennævnte love da uforenelige med Rom-traktatens tekst og ånd eller med forordninger eller andre retsakter, som er udstedt af de ifølge traktaten kompetente organer.«

Kommissionen og i endnu stærkere grad Storhertugdømmet har udtrykkeligt be-

stridt, at forelæggelsen for Domstolen er korrekt, og har anmodet denne om at afvise at behandle de to spørgsmål:

- det første, fordi det er for upræcist til at Domstolen kan besvare det,
- det andet, fordi Domstolen ikke er kompetent til at afgøre, om en national lov stemmer overens med traktaten.

A — Med hensyn til det andet spørgsmål, er det rigtigt, at Domstolen ikke er kompetent til at besvare det, således som det er affattet.

Det er imidlertid ikke første gang, at Domstolen støder på sådanne vanskeligheder og hidtil har den altid overvundet dem uden nogen formalisme og med vilje til tillidsfuldt samarbejde med de nationale retter. Domstolen har i lignende tilfælde fastslået, at også mangelfuldt formulerede spørgsmål reelt er anmodninger om en fortolkning af fællesskabsbestemmelser, der skal sætte den nationale ret i stand til at anvende disse korrekt og slutte mest muligt heraf (jf. især Domstolens dom af 21. 10. 1970 — *Lesage* — *Recueil*, s. 861).

Jeg foreslår, at Domstolen indtager samme standpunkt i denne sag, uanset den luxembourgske ret ikke har præciseret, hvilke fællesskabsretlige bestemmelser, der ønskes fortolket, hvorved Domstolens opgave yderligere vanskeliggøres; hermed kommer jeg til efterprøvelsen af, om det første spørgsmål kan behandles.

B — Hvad angår det første spørgsmål, er det naturligvis beklageligt, at den luxembourgske ret ikke klarere har præciseret, hvilke bestemmelser i Rom-traktaten eller den afledede ret, det er, den ønsker at få fortolket og klarlagt rækkevidden af.

I sagen efter traktatens artikel 177 kan Domstolen nemlig kun fortolke fællesskabsretten for at hjælpe den nationale ret med at afgøre den sag, som verserer for den.

Det er imidlertid klart, at den nationale ret har bedst mulighed for at fastslå, hvilke fællesskabsbestemmelser, den har brug for, og at den letter både Domstolens og sin egen opgave ved helt nøjagtigt at anføre disse.

Men bør Domstolen afvise at behandle det stillede spørgsmål på grund af dets manglende præcision?

Der er to grunde til, at jeg ikke mener det:

1. Det må fremhæves, at der må tages stærke forbehold over for den luxembourgske rets afgørelse med hensyn til dens formulering, men at den ud fra et fællesskabsretligt synspunkt fortjener den største ros for de almene betragtninger, som der ligger til grund for den.

Uden at det findes nødvendigt udtrykkeligt at nævne det, er dens udgangspunkt nemlig det princip, at også i strafferetlig henseende kan en senere udstedt national retsregel fortrænges af Rom-traktaten eller den afledte fællesskabsret.

Det bør her ikke glemmes, at Cour supérieure de justice du Luxembourg var den første højesteret i medlemsstaterne, som ved dom af 14. juli 1954 bekræftede fællesskabsrettens forrang.

Denne betragtning bør efter min mening medtages ved afgørelsen af, hvor langt Domstolen kan strække sig i sin bestræbelse på gennem fortolkning at kunne behandle spørgsmålet.

2. Ved denne fortolkning er det efter min opfattelse muligt ret nøje at afgrænse de bestemmelser i traktaten, hvis fortolkning den luxembourgske ret har brug for til sagens afgørelse. Jeg vil forsøge at påvise dette for Domstolen.

II

For at udskille de spørgsmål, hvis fortolkning den luxembourgske ret har behov for,

må der inden for sagens rammer naturligvis foretages en vis »sigtning«, af og til endog en direkte »arkæologisk grundgravning«. Jeg skal desangående fremsætte de fire følgende indledende bemærkninger:

A — Første bemærkning

Domstolen skal i det foreliggende tilfælde bedømme bestemmelserne i Rom-traktaten, eventuelt den heraf afledte fællesskabsret.

Dette forenkler problemet, idet Domstolen ved, hvilke komplicerede spørgsmål, der inden for rammerne af EKSF-traktaten kan opstå i forbindelse ved overenskomsterne om kanaliseringen af Mosel og deres anvendelse, og Domstolen kender de uoverensstemmelser, der har været herom¹.

Men den luxembourgske ret har kun forelagt og kunne i øvrigt kun forelægge Domstolen spørgsmål vedrørende EØF-traktaten.

B — Anden bemærkning

De internationale overenskomster om Mosel bør efter min opfattelse holdes uden for sagen, selv om de luxembourgske love af 1963 og 1968 i større eller mindre grad er afledt heraf.

Nogle af disse overenskomster er meget gamle.

Som bekendt fik Preussen ved slutakten til Wienerkongressen alle øst for Mosel, Sûre og Our beliggende dele af hertugdømmet Luxembourg, bortset fra byen Vianden.

Den 26. juni 1816 blev Luxembourgs grænser fastlagt ved en i Aachen indgået overenskomst mellem kongen af Nederlan-

dene i denne egenskab af storhertug af Luxembourg og kongen af Preussen.

Artikel 27 i denne overenskomst indfører, hvad man sædvanligvis benævner det tysk-luxembourgske »condominium« over grænsefloden Mosels løb. Artiklen bestemmer nemlig: Overalt hvor bække, floder og vandløb udgør grænser, skal de tilhøre begge stater i fællesskab . . . men det påhviler dog hver stat alene at vedligeholde de på dens side beliggende bredder. Der må ikke uden de to regeringsers medvirken og samtykke gøres nogen ændring i flodens løb eller breddernes nuværende tilstand eller bevilges nogen koncession eller nogen »vandudledning«.

Overenskomsten indeholder i i hvert fald én artikel, nemlig artikel 29, visse senere indførte bestemmelser om havne.

Men de nævnte internationale aftaler har efter min opfattelse ingen direkte indflydelse på anvendelsen af Rom-traktaten.

Det drejer sig nemlig om overenskomster mellem medlemsstater fra før traktatens ikrafttræden, og de falder derfor ikke ind under artikel 234, som kun omhandler overenskomster mellem en eller flere medlemsstater og tredjelande.

Domstolen har desuden i dom af 27. februar 1962 (Kommissionen mod regeringen for Den italienske Republik, Sml. 1954—1964, s. 287) fastslået, at selv når en traktat som GATT binder medlemsstaterne indbyrdes og disse med tredje-stater, så »går dog EØF-traktaten, på de områder, den dækker, forud for de overenskomster, som er sluttet mellem medlemsstaterne før dens ikrafttræden, heriblandt de inden for GATT-overenskomsten indgåede.«

¹ — Jf. herved: Recueil de la navigation intérieure et rhénane, 1957, p. 147; Centre pour l'étude scientifique des transports de Rotterdam: Le régime relatif à la navigation de la Moselle, étude collective, 1960; Scholtens, in Revue néerlandaise »Verkeers«, no. 4, 1960, p. 200—215.

Jeg tror, at det samme så meget desto mere gælder for overenskomster som de netop nævnte, som er afsluttet alene mellem medlemsstater eller stater, i hvis rettigheder medlemsstater er indtrådt.

Det foruroligede mig noget, da den luxembourgiske regerings repræsentant forleden anførte, at Aachen-traktaten var en »politisk« overenskomst om fastlæggelse af grænser, hvorfor den ikke har kunnet påvirkes af Rom-traktatens ikrafttræden.

Hvis dette udsagn skulle tages bogstaveligt, er det klart overdrevent, som følgende med overlæg nærmest absurde eksempel viser: mange fredstraktater indeholder ved siden af territoriale bestemmelser forpligtelser af handelspolitisk art (mestbegunstigelsesklauter osv.). Ingen ville komme på den tanke, at disse økonomiske eller handelspolitiske bestemmelser stadig skulle gælde efter EØF-traktatens ikrafttræden, fordi de i samme traktater indholdte territoriale bestemmelser stadig er virksomme.

Uanset arten af de traktater, som er afsluttet inden Rom-traktaten, så går dennes bestemmelser på de områder, den regulerer, forud for førstnævnte traktaters bestemmelser om samme spørgsmål.

Det er i øvrigt, fordi de har anerkendt dette generelle princip om Rom-traktatens forrang, at denne traktats forfattere har brugt en særlig artikel, artikel 233, til visse tidligere overenskomster mellem medlemsstaterne, hvoriblandt de ovennævnte overenskomster dog ikke findes.

Om nødvendigt, skal jeg altså fremhæve dette princip om Rom-traktatens forrang på de områder, den dækker, for de internationale overenskomster, som tidligere var afsluttet mellem medlemsstaterne.

Men er det nødvendigt i denne sag?

Det tror jeg ikke.

Den luxembourgiske ret har ikke opfattet det som et problem.

Desuden har Wiener-traktatens artikel 109, som Aachen-traktaten kun er en gennemførelsesbestemmelse til, og artikel 29, stk. 2, i overenskomsten om kanaliseringen af Mosel opstillet et forbud mod forskelsbehandling, som er fuldtud i overensstemmelse med de forpligtelser, som medlemsstaterne påtog sig ved undertegnelsen af EØF-traktaten.

Under disse omstændigheder tror jeg ikke, at det er absolut nødvendigt, at Domstolen kommer ind på spørgsmålet om de tidligere overenskomsters eventuelle indflydelse på Rom-traktaten.

C — Tredje bemærkning

Min tredje bemærkning vedrører et spørgsmål, som blev rejst af firmaet Hein og Kommissionen under de mundtlige retsforhandlinger. Der er tale om, hvorvidt Domstolen i det foreliggende tilfælde kan nøjes med at fortolke bestemte forskrifter i traktaten eller om den også må fortolke en tekst i den afledte fællesskabsret, nemlig Rådets forordning nr. 1017/68.

Jeg finder som Kommissionen, at denne fællesskabsforordning ikke kommer i betragtning i sagen, men jeg erkender gerne, at denne løsning ikke ligger lige for.

Denne forordning om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje angiver i artikel 1, at den ikke blot omfatter egentlige transportvirksomheder, men også »støtteerhvervene på transportområdet«. Her kan der opstå det spørgsmål, hvorvidt havnevirksomheder falder ind under kategorien »støtteerhvervene på transportområdet«.

Jeg tror af to grunde ikke, at dette er tilfældet:

— for det første fordi udtrykket »støtteerhvervene på transportområdet« almindeligvis har en ret snæver betydning i den

specielle færdselsterminologi: toldklarerer-, opsamlings- og depotvirksomheder;

- for det andet frem for alt fordi forordning nr. 1017/68 ville få højst ulogiske følger for virksomheder, der driver havn.

Forordningen kan gælde kun for flodtransport. Hvis man nemlig ville anvende den på havne, ville alene flodhavne falde ind under den, mens havne, der både var flod- og søhavne, kun ville omfattes af den for en del af deres virksomhed, som kun vanskeligt kan udskilles.

Jeg mener derfor, at Domstolen i nærværende sag kun skal fortolke traktatens bestemmelser.

D — Fjerde bemærkning

Dette fører mig direkte til min sidste bemærkning: hvilke bestemmelser i traktaten er det, der skal fortolkes, for at den luxembourgske ret kan opnå den ønskede klarhed? Uden tvivl artikel 90, som var den eneste, hvis indhold og omfang blev diskuteret af Størhertugdømmets regering, Kommissionen og Müller-Hein m. fl.

Men bør ikke også endnu en af traktatens artikler, nemlig artikel 37, fremdrages?

Jeg stiller dette spørgsmål, fordi jeg mener, at der med rette kan spørges, hvorvidt et monopol, selv om det er begrænset til benyttelse af en meget lille del af en stats floder, falder ind under anvendelsesområdet for artikel 37, dersom et sådant monopol, uanset hvor begrænset det er, kombineres med et autorisationssystem, der gælder for hele det offentlige flodareal, og som giver de offentlige myndigheder så vidtgående beføjelser som artikel 12 i den luxembourgske lov af 22. juli 1963, som ændret ved loven af 1968.

Efter nærmere eftertanke og — sagt lige ud — ikke uden en vis tøven tror jeg ikke, at Domstolen behøver at fortolke traktatens artikel 37. Jeg skal herfor anføre to grunde:

a) Hvor vidtgående en beføjelse Domstolen end har til at udtrække de spørgsmål af de nationale retters forelæggelser, som disse faktisk ønsker at stille, kan Domstolen dog ikke gå så vidt som til at prøve spørgsmål, som den nationale ret helt sikkert ikke ønskede at få afgjort (jf. hertil dom af 6. 5. 1971, Cadillon).

I denne sag er det, når der henses til begrundelsen i forelæggelsesdommen, klart, at den luxembourgske ret kun har forelagt Domstolen spørgsmål, der vedrører den luxembourgske lovs forenelighed med bestemmelserne i kap. I, afsnit I i traktatens tredje del om konkurrencepolitik og ikke med bestemmelserne i traktatens anden del.

b) Men først og fremmest er det klart, at société du port de Mertert ikke udgør et organ, gennem hvilket den luxembourgske stat »de jure . . . kontrollerer, leder eller øver mærkbar indflydelse på indførsel eller udførslerne mellem Medlemsstaterne«; bestemmelserne i de internationale overenskomster om ikke-forskelsbehandling, som jeg nævnte før, er tilstrækkeligt bevis herfor.

Det eneste mulige tilbageværende spørgsmål med hensyn til anvendelsen af artikel 37 er, om dette organ de facto spiller en sådan rolle.

En bedømmelse heraf er meget vanskelig. Ifølge visse presseinformationer skal oprettelsen og driften af denne havn, hvis underskud foruroliger de luxembourgske skatteydere, hovedsagelig have bevirket, at den tyske og belgiske jernbanetrafik er blevet fremmet. Hvordan det så end forholder sig, ville en afgørelse af et sådant spørgsmål forudsætte en sådan prøvelse af de faktiske omstændigheder, som Domstolen ikke er beføjet til at foretage inden for rammerne af artikel 177.

Diskussionen kan derfor kun angå artikel 90.

I så henseende mener jeg, at man på baggrund af de overvejelser, der gøres i forelæggelsesdommens begrundelse, kan udlede de tre følgende spørgsmål af kendelsen:

1. Er et selskab med statsdeltagelse, som er stiftet ved lov, hvor staten deltager i kapitalen, og i hvis ledelse staten i henhold til national lov har særlige beføjelser, en af artikel 90 omfattet virksomhed?
2. Dersom det første spørgsmål besvares bekræftende: Under hvilke omstændigheder skal en sådan virksomhed, når den opretter og driver en flodhavn, betragtes som en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i den i artikel 90, stk. 2, forudsatte forstand?
3. Gælder artikel 90, stk. 2, umiddelbart?

III

Det første af de således udformede spørgsmål bør efter min opfattelse besvares bekræftende.

Artikel 90 vedrører nemlig i sin helhed generelt offentlige virksomheder eller offentlige eller private virksomheder, som staterne giver særlige eller eksklusive rettigheder.

Artikel 90, stk. 2, indeholder en særordning for de af disse virksomheder, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler.

Begrebet offentlig virksomhed, som er udledt af de angelsaksiske begreber »public corporation« eller »public enterprise« er mere et økonomisk end juridisk begreb, og det ville til trods for, at der er arbejdet meget med spørgsmålet, især under kollokvier-

ne i Bruxelles i 1963 og i Brügge i 1969, være farligt at definere det almengyldigt på fællesskabsplan allerede i dag.

En sådan definition kan først udledes lidt efter lidt af Domstolens praksis, som fra sag til sag efterhånden vil aftegne begrebets konturer, såvel som det under Domstolens kontrol vil kunne udledes af forordninger, direktiver og beslutninger fra Fællesskabet.

Spørgsmålet er efter min opfattelse relativt let løst, hvad angår et sådant selskab, som det, der blev stiftet ved den luxembourgske lov af 1963.

Ganske vist tror jeg ikke, at statens selskabsdeltagelse i sig selv er tilstrækkeligt til at gøre selskabet til en offentlig virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 90.

Der findes nemlig tilfælde, hvor statsdeltagelse i et selskab ikke ipso facto gør dette til en offentlig virksomhed.

Men et sådant selskab må efter min mening betragtes som en offentlig virksomhed, når der ud over det offentliges deltagelse gør sig to andre faktorer gældende.

1. Selskabet skal være stiftet ved en ensidig øvrighedsakt — i nærværende sag en lov. Selskabets oprettelse forudsætter ganske vist en kontrakt mellem kapitalindskyderne, men den ensidige retsakt fra det offentlige er grundlaget for denne kontrakt, hvis bestemmelser i mange tilfælde ville være ulovlige uden den ensidige retsakt.

2. Statens deltagelse i virksomhedens ledelse er uafhængig af størrelsen af dens del af kapitalen. Dette er efter min opfattelse et væsentligt kriterium. Når antallet af statens repræsentanter i ledelsen af et selskab, hvori staten deltager, ikke er afhængigt af den indskudte kapitalens størrelse eller af særlige klausuler i selskabskontrakten, men af en ensidig retsakt fra offentlige myndigheder, så er der ikke tale om en privat virksomhed, hvori staten blot deltager økonomisk eller

om et andet offentligretligt organ, men om en offentlig virksomhed efter traktatens artikel 90. Det offentligretlige organ handler ikke alene som aktionær, men også i kraft af dets »imperium«. Dette er tilfældet for det selskab, som den luxembourgske ret skal tage stilling til. Ifølge loven af 1963 udnævner staten mindst halvdelen af direktionen og tilsynsrådet og fortsætter med at udnævne disse, selv om dens deltagelse i kapitalen forandrer sig betydeligt som følge af en forøgelse eller formindskelse af kapitalen.

Lad mig tilføje, at det selskab, som den luxembourgske ret skal tage stilling til, ikke blot synes at være en offentlig virksomhed, men en virksomhed, som i hvert fald inden for et vist område har fået indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder.

Unden synderlig tøven vil jeg foreslå, at Domstolen kender for ret, at et selskab med statsdeltagelse, som er stiftet ved lov, hvor staten deltager i kapitalen, og i hvis ledelse staten har særlige beføjelser i henhold til national lov, er en i traktatens artikel 90 omhandlet virksomhed.

IV

Jeg tror, at det andet spørgsmål kræver en præcisering af artikel 90, stk. 2.

Medens man kan sige, at artiklens første stykke indeholder de principper, som gælder for alle offentlige virksomheder, indeholder stykke 2 særlige bestemmelser for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

Som det fortræffeligt er udtrykt, (Drago-rapporten ved Bruxelles-kollokviet fra marts 1973), »falder begrebet offentlig virksomhed ikke sammen med begrebet tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, men der er fælles områder«.

Efter min opfattelse er det netop på et af disse »fælles områder«, at en offentlig virksomhed, der har fået overdraget at drive en havn, under visse omstændigheder befinder sig.

Som alle deltagerne i kollokvierne i Bruxelles og Brugge understregede, er begrebet tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse meget omfattende, og dette synes at være grunden til, at traktatens forfattere har foretrukket det for det i visse lande anvendte mere traditionelle men antageligt snævrere begreb, service public économique eller service public à caractère industriel et commercial.

Jeg mener, at en virksomhed, som har fået overdraget at drive en flodhavn, udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, når to betingelser er opfyldt:

a) der skal være tale om en offentlig havn og ikke en havn, der er forbeholdt en eller flere virksomheders behov, måske bortset fra helt ekstreme undtagelser;

b) der skal være tale om en havn, hvis trafik tjener den almindelige økonomiske aktivitet.

Denne præcisering kan ganske vist forekomme unødvendig, hvis man alene har denne luxembourgske sag for øje, eftersom næsten hele flodtrafikken i Luxembourg sker via havnen i Mertert. Jeg mener imidlertid, at denne præcisering har betydning for Domstolens stilling i eventuelt senere sager, dersom der skulle blive forelagt sager f. eks. ved den mere stadigt forøgede aktivitet, som udøves af de virksomheder, der driver havne, forbeholdt de såkaldte »lystsejlere«. Dersom disse to betingelser er opfyldt, mener jeg således, at en virksomhed, der driver en havn, udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

V

Tilbage er det tredje spørgsmål, som kan udledes af den luxembourgske rets kendelse:

nemlig om artikel 90, stk. 2, er direkte anvendelig, og om den i sig selv direkte skaber rettigheder for de retsundergivne, som disse kan påberåbe sig for de nationale domstole.

Medens Kommissionen og den luxembourgske regering er uenige med hensyn til besvarelsen af dette spørgsmål, er de ikke desto mindre enige på et punkt.

De mener nemlig, at de to første stykker af artikel 90 ikke kan skilles fra hinanden, og dersom der gives eller nægtes det ene af stykkerne umiddelbar virkning, gælder det samme nødvendigvis også for det andet.

Jeg deler ikke dette synspunkt. Jeg tror, at disse to stykker indeholder to uafhængige systemer, som, selv om de er indbyrdes forbundet, ikke nødvendigvis har samme retlige rækkevidde.

Stykke 1 indeholder de forpligtelser, som påhviler staterne med hensyn til deres offentlige virksomheder eller de virksomheder, de indrømmer særlige rettigheder.

Stykke 2 pålægger inden for visse nærmere, her fastsatte grænser visse virksomheder forpligtelser. Det drejer sig om virksomheder, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse eller som har karakter af fiskale monopoler.

Følgelig vil den afgørelse, som Domstolen træffer med hensyn til den direkte virkning af artikel 90, stk. 2 — den eneste bestemmelse, som den luxembourgske ret ønsker fortolket — ingenlunde foregribe den afgørelse, som Domstolen en dag måttetræffe, hvad angår spørgsmålet, om artikel 90, stk. 1, har direkte virkning.

Hvad angår artikel 90, stk. 2, tror jeg ikke, at dette stykke opfylder de betingelser, der efter Domstolens praksis kræves, for at en traktatbestemmelse kan have direkte virkning.

Som generaladvokat Gand anførte i sag 57/65 (Lütticke mod Hauptzollamt Saarlouis, Sml. 1965—1968, s. 203), kan betingelser, som ifølge Domstolens praksis stilles, for at en traktatbestemmelse, der oplægger medlemsstaterne en forpligtelse, kan have direkte virkning, i store træk gives således:

1. Forpligtelsen skal være klar
2. Den skal være ubetinget
3. Dens gennemførelse må ikke være betinget af nogen retsakt fra en fællesskabsmyndighed

Efter min mening er det tilstrækkeligt blot at læse artikel 90, stk. 2, for at kunne fastslå, at bestemmelsen ikke opfylder nogen af disse betingelser.

Dette stykke indeholder ganske vist en principiel forpligtelse: de af det omfattede virksomheders pligt til at anvende traktatens bestemmelser, men denne forpligtelse indeholder en vigtig betingelse, idet den kun gælder »i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver«, som er betroet virksomheden.

Endelig afsluttes stykket ved det, man kunne kalde »betingelsens betingelse«: undladelser af at anvende traktatens regler må ikke påvirke udviklingen af samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

Med andre ord: de virksomheder, som omfattes af artikel 90, stk. 2, skal principielt respektere traktaten; de skal imidlertid ikke følge traktatens regler, dersom disse retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de opgaver, de har fået betroet, dog kun i det omfang reglernes tilsidesættelse ikke påvirker samhandelen i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

Det kan virkelig ikke siges, at der her er tale om en klar og ubetinget forpligtelse.

Dens gennemførelse kræver derfor fællesskabsmyndighedernes mellemkomst, hvilket i øvrigt forudsættes i artikel 90, stk. 3.

Hvem andre end disse myndigheder skulle i øvrigt kunne tage stilling til, om foranstalt-

ninger eller adfærd, der strider mod traktatens regler, påvirker udviklingen af samhandelen, og hvorvidt dette sker i et omfang, der strider mod Fællesskabets interesse.

Jeg vil derfor foreslå, at Domstolen kender for ret, at artikel 90, stk. 2, ikke har umiddelbar virkning.

Jeg skal derfor sammenfattende foreslå, at Domstolen kender for ret:

1. Et selskab med statsdeltagelse, som er stiftet ved lov, hvor staten deltager i kapitalen, og i hvis ledelse staten har særlige beføjelser ifølge national lov, er en af traktatens artikel 90 omfattet virksomhed.
2. Har en sådan virksomhed fået overdraget at oprette og drive en offentlig flodhavn, hvis trafik tjener den almindelige økonomiske aktivitet, udfører den tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i den i traktatens artikel 90, stk. 2, forudsatte betydning.
3. Traktatens artikel 90, stk. 2, er ikke umiddelbart anvendelig og kan derfor ikke i sig selv skabe rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte.