

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

fremsat den 15. juni 1995 *

1. I disse sager har Nederlandenes Høge Raad anmodet om en præjudiciel afgørelse af spørgsmål, som falder i to grupper. Spørgsmålene i den første gruppe drejer sig om, hvorvidt Høge Raad er forpligtet til under en appelsag at tage stilling til nogle fællesskabsretlige spørgsmål, som ikke er blevet rejst for de foregående instanser, også selv om det vil være i strid med nationale processuelle regler, at Høge Raad tager stilling til spørgsmålene. Selv om de præjudicielle spørgsmål er rejst inden for det specielle område, som udgøres af traktatens konkurrenceregler, giver de anledning til generelle overvejelser med hensyn til vekselvirkningen mellem fællesskabsretten og medlemsstaternes retssystemer. Spørgsmålene i den anden gruppe drejer sig om, hvorvidt en obligatorisk erhvervstilknyttet pensionsordning er forenelig med traktatens konkurrenceregler.

2. De relevante nationale retsregler er de samme i de to sager. I henhold til artikel 2, stk. 1, i den nederlandske lov af 29. juni 1972 om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsordning (herefter »pensionsloven«) kan vedkommende minister — efter anmodning herom fra en eller flere organisationer af erhvervsudøvende, som er repræsentative for

erhvervsgruppen, og efter en høringsprocedure — gøre tilslutning til en af de erhvervsudøvende oprettede pensionsordning obligatorisk for én eller flere bestemte grupper af de erhvervsudøvende. I henhold til lovens artikel 2, stk. 2, kan en sådan ordning indebære, a) at der oprettes en erhvervspensionsfond, eller b) at de erhvervsudøvende pålægges en forpligtelse til at indgå en forsikringsaftale enten med erhvervspensionsfonden eller med en godkendt forsikringsgiver efter eget valg, eller c) en kombination af disse to muligheder for forskellige led i ordningen. I artikel 2, stk. 3, stilles der krav om, at de organisationer, som anmoder om, at der indføres en obligatorisk ordning, etablerer en juridisk person, som skal have ansvaret for pensionsordningens gennemførelse som en erhvervspensionsfond eller skal føre tilsyn med, at medlemmerne efterkommer deres forpligtelse til at være forsikret. I artikel 2, stk. 4, bestemmes det — for det tilfælde, at tilslutning til ordningen gøres obligatorisk — at enhver, der udøver det pågældende erhverv som selvstændig erhvervsdrivende eller som lønmodtager, skal efterkomme de for ordningen gældende bestemmelser. Undladelse af at efterkomme bestemmelserne udgør en lovovertrædelse, som efter artikel 27 straffes med bøde. Desuden kan pensionsfonden eller den juridiske person, der skal føre tilsyn, i medfør af lovens artikel 31 udstede pålæg om betaling af skyldige bidrag. Et sådant betalingspålæg kan tvangsfuldbyrdes.

3. Formålet med de kollektive ordninger er ifølge pensionslovens motiver — som gengi-

* Originalsprog: engelsk.

vet i forelæggelsesdommene — at gøre det muligt »at tilpasse indtægten efter den erhvervsaktive alder på en sådan måde, at den afspejler det stigende almindelige indtægtsniveau«, »at lade yngre erhvervsudøvende bidrage til de højere udgifter til ydelserne til ældre erhvervsudøvende gennem en ordning med tekniske gennemsnitspræmier eller varianter heraf«, og »at sørge for tilde-
ling af pensionsrettigheder for år, som ligger forud for ordningens ikrafttræden«. Det ville kun være muligt at nå dette mål gennem en kollektiv ordning, hvis »i princippet alle, der hører til den pågældende erhvervsgræn, ind-
drages heri«.

4. I 1978 oprettede fysioterapeuterne en erhvervspensionsordning, som omfattede en særlig fond, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (herefter »pensionsfonden«). I artikel 4, stk. 1, i pensionsfondens vedtægter bestemmes det, at enhver fysioterapeut eller »heilgymnast«, som opfylder de betingelser for medlemskab af fonden, der nærmere er fastsat i pensionsregulativet, er medlem af fonden. I henhold til vedtægternes artikel 4, stk. 2, er medlemmerne underkastet bestemmelserne i fondens vedtægter, i pensionsregulativet og i andre regulativer, som udstedes i medfør af vedtægterne.

5. I pensionsregulativets artikel 2, stk. 1, defineres de personer, der er tilsluttet ordningen, som »enhver fysioterapeut, der udøver erhverv som fysioterapeut i Nederlandene og endnu ikke har nået pensionsal-

deren«. Derefter udelukkes visse grupper af fysioterapeuter, herunder ifølge artikel 2, stk. 1, litra a), fysioterapeuter, som »udelukkende arbejder i et ansættelsesforhold, i kraft af hvilket den i Algemene Burgerlijke Pensioenwet (den almindelige nederlandske lov om pension til offentligt ansatte) fastsatte ordning eller en anden pensionsdækning, som mindst kan sidestilles med ordningen i henhold til dette regulativ, er gældende, såfremt de pågældende — under overholdelse af de administrative bestemmelser herom i artikel 25, stk. 3 — skriftligt tilkendegiver ønske herom over for fonden«.

6. Den 31. marts 1978 udstedte staatssecretaris van Sociale zaken i medfør af pensionslovens artikel 2, stk. 1, en bekendtgørelse, hvorved tilknytning til ordningen blev obligatorisk. Bekendtgørelsen indeholdt en undtagelse svarende til den, der er opstillet i pensionsregulativets artikel 2, stk. 1, litra a).

7. Fonden har opstillet følgende kriterier for anvendelsen af pensionsregulativets artikel 2, stk. 1, litra a):

»1. Den pågældende skal udelukkende være beskæftiget i et ansættelsesforhold, i kraft af hvilket der opnås en i det mindste lige så omfattende pensionsdækning.

2. Pensionsdækningen skal gælde for:

a) ...

b) alle de pågældende erhvervsudøvende, der er ansat i anpartsselskabet.«

8. Med virkning fra henholdsvis den 1. januar 1988 og den 1. april 1989 indgik J. N. C. van Veen og J. van Schijndel aftale med Delta Lloyd om deres egen pensionsordning. Pensionsfonden afslog imidlertid at fritage dem fra det obligatoriske medlemskab, da den pensionsdækning, der var tale om, ikke opfyldte kravet om, at den skulle gælde for alle fysioterapeuter, der er ansat hos en bestemt arbejdsgiver (herefter »kollektivitetskravet«). De anlagde hver for sig sag i første instans ved vedkommende Kantonrechter (som ikke gav J. N. C. van Veen medhold, men gav J. van Schijndel dom efter påstanden). Derefter blev sagerne indbragt for Rechtbank, Breda, som frifandt pensionsfonden for de fremsatte krav i begge sager. Derefter blev afgørelserne indanket for Hoge Raad, som kun kan tage stilling til retsspørgsmål (som kassationsinstans).

9. For underinstanserne gjorde J. M. C. van Veen og J. van Schijndel til støtte for deres påstande om fritagelse for det obligatoriske medlemskab gældende, at kollektivitetskravet savnede hjemmel i nederlandsk ret. Hoge Raad tilsluttede sig imidlertid under kassationsanken det standpunkt, som Rechtbank havde indtaget, nemlig at kollektivitetskravet var i overensstemmelse med den nederlandske lovgivning. For Hoge Raad gjorde kassationsappellerne dog et nyt anbringende gældende, som hverken var blevet fremført for Kantonrechter eller Rechtbank, nemlig at pensionsloven, eller i det mindste anvendelsen af pensionsloven på den af fysioterapeuterne etablerede pensionsordning, er i strid med EF-traktatens artikel 3, litra f), og artikel 5, 85, 86 og 90. Kassationsappellerne gjorde gældende, at disse traktatbestemmelser efter deres karakter må indebære, at Rechtbank skulle have givet dem medhold i kravene på grundlag af bestemmelserne, også selv om disse ikke var blevet påberåbt for førsteinstansen.

10. Dette nye anbringende rejser et betydningsfuldt processuelt spørgsmål for Hoge Raad. Efter nederlandsk ret kan nye anbringender således kun gøres gældende under en kassationsanke, hvis de udelukkende vedrører retsspørgsmål, dvs. ikke kræver en stillingtagen til faktiske omstændigheder. Efter Hoge Raad's opfattelse opfylder kassationsappellerne nye anbringende ikke dette krav, da det støttes på faktiske forhold og omstændigheder, som Rechtbank ikke har taget stilling til. Det kan heller ikke hævdes, at anbringendet lå til grund for de fremsatte krav, men at Rechtbank ikke tog stilling til det.

11. Efter Hoge Raad's opfattelse kan kassationsappellanterne heller ikke påberåbe sig den nederlandske civilproceslovs artikel 48, hvorefter retten af egen drift skal supplere de retlige anbringender, parterne har gjort gældende. Hoge Raad finder nemlig, at princippet om, at en domstol ikke aktivt må gribe ind i procesførelsen i sager vedrørende civilretlige rettigheder og forpligtelser, som parterne frit disponerer over, medfører, at domstolen, når den har inddraget nye retlige anbringender, dog hverken må gå ud over afgrænsningen af tvisten eller må lægge andre faktiske forhold eller omstændigheder til grund end dem, der er fremført af den part, hvis anbringender suppleres. I den konkrete sag ville Rechtbank være gået ud over afgrænsningen af tvisten, hvis den af egen drift havde taget stilling til de fællesskabsretlige spørgsmål. For Kantonrechter anfægtede J. N. C. van Veen og J. van Schijndel således ikke pligten til at være tilsluttet pensionsordningen, men afslaget på at fritage dem fra forpligtelsen i medfør af pensionsregulativets artikel 2, stk. 1, litra a). Herefter er Hoge Raad af den opfattelse, at kassationsappellanterne har accepteret, at pensionsloven af 29. juni 1972 er bindende, og at den indførte pensionsordning er obligatorisk.

12. På denne baggrund har Hoge Raad anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»A)

1) Skal en national domstol under behandlingen af en borgerlig sag vedrørende

civilretlige rettigheder og forpligtelser, som parterne frit disponerer over, anvende bestemmelserne i artikel 3, litra f), og artikel 5, 85, 86 og/eller 90 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, selv om den part i sagen, som har interesse i, at de anvendes, ikke har påberåbt sig dem?

2) Såfremt spørgsmål 1) i princippet skal besvares bekræftende, gælder dette da også, såfremt domstolen herved må se bort fra princippet om, at den ikke aktivt griber ind i procesførelsen, idet den a) må gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, og/eller b) må lægge andre faktiske forhold og omstændigheder til grund end dem, som den part i sagen, der har interesse i anvendelsen af traktatbestemmelserne, har fremført til støtte for sin påstand?

3) Såfremt også spørgsmål 2) skal besvares bekræftende, kan de i spørgsmål 1) nævnte traktatbestemmelser da påberåbes for første gang for en national kassationsdomstol, såfremt a) der ifølge de for denne gældende processuelle regler kun må fremføres nye anbringender under kassationsanken, såfremt de er af rent retlig art — dvs. ikke kræver en undersøgelse af faktiske omstændigheder og gælder under alle omstændigheder — og b) påberåbelsen af bestemmelserne også kræver en undersøgelse af faktiske omstændigheder?

- B)
- 4) Skal en erhvervspensionsfond — som alle eller én eller flere bestemte grupper af erhvervsdrivende er forpligtet til at være tilsluttet i henhold til og i medfør af Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (WVD) med de retsfølger, der er knyttet hertil ved denne lov, og som ... gengivet [ovenfor] — på baggrund af det ... skitserede formål med loven anses for at være en virksomhed i den betydning, dette udtryk anvendes i traktatens artikel 85, 86 eller 90?
- 5) Hvis spørgsmålet besvares bekræftende, er forpligtelsen til at være tilsluttet den under 3.1, B), nævnte erhvervspensionsordning for fysioterapeuter da en af en medlemsstat truffet foranstaltning, som medfører, at de for virksomheder gældende konkurrenceregler mister deres effektive virkning, eller er dette kun tilfældet under visse omstændigheder, og i sidstnævnte fald under hvilke?
- 6) Såfremt det foregående spørgsmål skal besvares benægtende, kan andre omstændigheder da føre til, at forpligtelsen er uforenelig med traktatens artikel 90, og i bekræftende fald hvilke?»

13. Hoge Raad har anført, at spørgsmålene under B) kun opstår, hvis Hoge Raad som følge af Domstolens besvarelse af spørgsmålene under A) er forpligtet til at tage stilling til appellanternes anbringender vedrørende fællesskabsretten.

De processuelle spørgsmål

14. Den første gruppe af spørgsmål [under A)] kan beskrives som »processuelle« spørgsmål, idet »processuel« dog i så fald anvendes i meget vid forstand som reglerne om anvendelse af retsmidler mod afgørelser og om domstolens kompetence. Hovedproblemet i de foreliggende sager er fællesskabsrettens indvirkning på processuelle forhold i denne vide forstand, således som de er reguleret i medlemsstaternes retssystemer.

15. Strukturen i disse tre »processuelle« spørgsmål bygger på en forudsætning om, at en kassationsappel kun kan gå ud på at anfægtet en urigtig retsanvendelse, der er foretaget af den instans, der har truffet den indankede afgørelse. Eftersom det retlige anbringende i de konkrete sager ikke blev fremført af parterne for de foregående instanser, opstår der spørgsmål om, hvorvidt disse instanser af egen drift kunne eller skulle have inddraget anbringendet, idet de i modsat fald ikke kan have foretaget en urigtig retsanvendelse. I overensstemmelse hermed går Hoge Raad's første spørgsmål ud på, om en national domstol, der behandler civile

sager, af egen drift skal anvende nærmere angivne traktatbestemmelser, herunder om konkurrenceforhold, når parterne ikke har påberåbt sig dem. Det andet spørgsmål er kun stillet for det tilfælde, at spørgsmål 1) i princippet skal besvares bekræftende. Det går ud på, om det samme må gælde, selv hvis den nationale domstol herved må se bort fra det i national ret gældende princip om, at den ikke aktivt griber ind i procesførelsen ved at tage stilling til anbringender, som rækker ud over de af parterne fremsatte krav, og som kræver, at der inddrages yderligere faktiske forhold til støtte for disse anbringender. I bekræftende fald ønsker Hoge Raad med spørgsmål 3) oplyst, om parterne da for første gang for en kassationsdomstol kan påberåbe sig de pågældende traktatbestemmelser, selv om domstolen derved vil være tvunget til at se bort fra processuelle regler, som afskærer fremsættelse af nye anbringender, der kræver en undersøgelse af faktiske forhold. Efter min opfattelse skal spørgsmål 1) og 2) under ét besvares benægtende, og som følge heraf er det ikke nødvendigt at besvare spørgsmål 3).

16. I de foreliggende sager er der rejst spørgsmål, som svarer til dem, der er forelagt i Peterbroeck-sagen¹, hvori Cour d'appel de Bruxelles har anmodet EF-Domstolen om en præjudiciel afgørelse af, om en national domstol skal undlade at anvende en processuel bestemmelse i national ret, som afskærer den fra at tage stilling til et fællesskabsretligt spørgsmål, en af sagens parter har rejst efter udløbet af fristen herfor. Jeg fremsatte forslag til afgørelse i Peterbroeck-sagen den 4. maj 1994. Derefter blev den mundtlige forhandling genåbnet, og et yderligere retsmøde

blev afholdt sammen med retsmødet i de her foreliggende sager den 4. april 1995.

17. I mit forslag til afgørelse af 4. maj 1994 i Peterbroeck-sagen indtog jeg det standpunkt, at fællesskabsretten ikke er til hinder for den i sagen omhandlede nationale bestemmelse. Dette nåede jeg frem til på baggrund af, at det »længe har været fastslået i Domstolens praksis, at når der ikke er udstedt fællesskabsbestemmelser, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af rettigheder i henhold til fællesskabsretten, som har direkte virkning, men disse regler skal opfylde to betingelser: De må ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt² eller uforholdsmæssigt vanskeligt³ at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden«⁴. Da ingen af de anbringender, som faldt ind under en række undtagelser i belgisk ret, kunne sammenlignes med det anbringende, Peterbroeck havde fremsat, og da den tidsfrist, der var gældende efter de belgiske regler, ikke kunne anses for at være urimelig, nåede jeg frem til, at de belgiske regler opfyldte de betingelser, EF-Domstolen har opstillet.

2 — Jf. f.eks. dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12, og af 25.7.1991, sag C-208/90, Emmott, Sml. I, s. 4269, præmis 16. Jf. ligeledes dom af 1.4.1993, forenede sager C-31/91 — C-44/91, Lageder m.fl., Sml. I, s. 1761, præmis 27, 28 og 29.

3 — Jf. den i note 2 nævnte dom i San Giorgio-sagen, præmis 14, og dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 43.

4 — Punkt 17 i forslaget til afgørelse.

1 — Sag C-312/93, forslag til afgørelse af 4.5.1994.

18. Disse betingelser skal skabe en balance mellem på den ene side hensynet til den autonomi, medlemsstaterne har ved fastlæggelsen af processuelle bestemmelser, og på den anden side nødvendigheden af at sikre en effektiv beskyttelse af rettigheder i medfør af fællesskabsretten ved de nationale domstole. Betingelserne er i overensstemmelse med afgørelser i andre sager, hvori Domstolen har lagt større vægt på hensynet til fællesskabsrettens virkning og en passende retsbeskyttelse for borgerne, jf. særlig *Simmenthal*- og *Factortame*-sagerne.

en national bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten, skulle henvises til forfatningsdomstolen — hvilket ville indebære en langvarig, kompliceret og bekostelig procesførelse — ville afholde borgerne fra at søge at gennemtvinge deres rettigheder efter fællesskabsretten⁶. Desuden ville fællesskabsretten, selv i tilfælde, hvor dette ikke måtte afholde borgerne fra at søge at gennemtvinge deres rettigheder, ikke blive anvendt, mens en sådan sag verserede⁷.

19. I *Simmenthal*-dommen⁵ fandt Domstolen, at en national ret, som inden for sin kompetence skulle anvende fællesskabsretlige bestemmelser, havde pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud uden at afvente, at en modstridende national bestemmelse blev ophævet ved lov eller underkendt af den italienske forfatningsdomstol. Det er klart, at denne dom er af afgørende betydning for fællesskabsretsordenens integritet. Som fællesskabsretten er opbygget ved traktaten, skal den gennemføres ved de nationale domstole, og hver enkelt national domstol skal således kunne gennemføre enhver fællesskabsretlig regel inden for det retsområde, der hører under domstolens kompetence. Hvis kun forfatningsdomstolen havde beføjelse til at tilsidesætte en national bestemmelse, der strider mod fællesskabsretten, ville dette uden tvivl være en væsentlig hindring for anvendelsen af fællesskabsretten og for beskyttelsen af rettigheder efter fællesskabsretten ved de italienske domstole. Et krav om, at hver eneste sag, der rejser spørgsmål om, hvorvidt

20. Også i *Factortame*-sagen⁸ var der et påtrængende behov for, at Domstolen traf foranstaltning til at afhjælpe en utilstrækkelig beskyttelse i national ret af rettigheder efter fællesskabsretten. I *Factortame*-sagen havde sagsøgerne i en begæring om domstolsprøvelse anmodet om en efterprøvelse af, om nogle lovbestemmelser i Det Forenede Kongerige var forenelige med fællesskabsretten. *Divisional Court of the Queen's Bench Division* besluttede at anmode EF-Domstolen om en præjudiciel afgørelse. Samtidig fremsatte sagsøgerne begæring om en foreløbig forholdsregel i form af, at anvendelsen af de omtvistede bestemmelser blev udsat. En afgørelse herom, som blev truffet af *Divisional Court*, blev imidlertid ophævet af *Court of Appeal* med den begrundelse, at domstolene i Det Forenede Kongerige ikke havde beføjelse til at udsætte anvendelsen af love ved en afgørelse om en foreløbig forholdsregel, og at de ikke under behandlingen af en

6 — Jf. generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse i *Simmenthal*-sagen, Sml. s. 653.

7 — A.st. s. 656.

8 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Sml. I, s. 2433.

5 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

begæring om domstolsprøvelse havde beføjelse til at udstede pålæg over for »the Crown« (dvs. over for staten eller Kronen). Herefter anmodede House of Lords EF-Domstolen om en præjudiciel afgørelse, og Domstolen udtalte, at en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne regel.

21. Afgørelsen i Factortame-sagen gav naturligvis anledning til en politisk debat, men set under en juridisk synsvinkel var den hverken epokegørende eller endog overraskende, hvilket også fremgik af de engelske dommers reaktioner⁹. Det er klart, at den judicielle beskyttelse af rettigheder i medfør af fællesskabsretten ville være utilstrækkelig eller endog illusorisk, hvis Divisional Court — i tiden indtil retten kunne træffe sin endelige afgørelse efter at have indhentet en præjudiciel afgørelse fra EF-Domstolen — ikke kunne træffe en foreløbig forholdsregel for at forhindre, at den part, der fremsatte begæring om forholdsreglen, led uoprettelig skade. Det er også værd at bemærke, at de engelske domstole efter dette tidspunkt antog at have beføjelse til at udstede pålæg over for »the Crown« i sager af samme art, også selv om de ikke vedrørte rettigheder efter fællesskabsretten¹⁰.

22. Såvel i Simmenthal-som i Factortame-sagen var det således nødvendigt, at EF-Domstolen traf afgørelse for at sætte de nationale domstole — for hvilke der forskriftsmæssigt var blevet fremført krav, som støttedes på fællesskabsretten — i stand til effektivt at udføre de opgaver, de har fået pålagt i henhold til den ved traktaten indførte ordning.

23. Den foreliggende sag adskiller sig klart fra både Simmenthal- og Factortame-sagen, og der er efter min opfattelse ingen grund til at udvide de principper, der blev fastslået i de to sager, til også at beskytte parter, der ikke har fremført krav på forskriftsmæssig måde i henhold til retsordener, som giver dem passende adgang hertil. Jeg kan derfor tilslutte mig det standpunkt, som alle de medlemsstater, der har afgivet skriftlige indlæg, er gået ind for, dvs. Frankrig, Tyskland, Nederlandene og Det Forenede Kongerige (som også alle var repræsenteret under den mundtlige forhandling), og det standpunkt, Irland og (i Peterbroeck-sagen) Belgien har fremført. Spanien og Grækenland indtog dog et andet standpunkt under retsmødet. Den spanske regering anførte, at en national domstol om nødvendigt af egen drift må være forpligtet til at tage stilling til fællesskabsretlige spørgsmål, uanset om nationale processuelle regler måtte være til hinder herfor. Til støtte herfor henviste regeringen til a) fællesskabsrettens forrang, b) princippet om fællesskabsrettens effektive virkning og c) hensynet til en ensartet anvendelse af fællesskabsretten. Den græske regering gjorde tilsvarende synspunkter gældende. Jeg skal i det følgende behandle disse argumenter i den angivne rækkefølge.

⁹ — Jf. Lord Bridge of Harwich's votum i Regina mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Limited and Others [1991] AC 603, særlig s. 658; *Common Market Law Review* 1990, s. 375.

¹⁰ — Jf. House of Lord's afgørelse i sagen M. mod Home Office [1994] 1 AC 377.

Fællesskabsrettens forrang

24. Efter min opfattelse indebærer fællesskabsrettens forrang ikke, at en national domstol under alle omstændigheder skal undlade at anvende processuelle regler, som forhindrer, at et fællesskabsretligt spørgsmål rejses på et bestemt stadium af sagens behandling. Det, som princippet om fællesskabsrettens forrang stiller krav om i første række, er, at der skal gælde en almindelig regel om, at en fællesskabsbestemmelse skal have forrang i tilfælde, hvor der for en national domstol opstår en konflikt mellem en materiel nationalretlig bestemmelse og en materiel bestemmelse i fællesskabsretten. Det må være klart, at fællesskabsretten vil miste sin betydning, hvis en sådan regel ikke opstilles.

25. Men med hensyn til processuelle regler kræver fællesskabsrettens forrang ikke, at der ses bort fra reglerne under alle omstændigheder, således at fællesskabsretten kan inddrages på ethvert stadium af sagens behandling. Som det vil være fremgået af gennemgangen af Domstolens praksis, er det tilstrækkeligt, at de nationale processuelle regler giver borgerne en faktisk adgang til at gennemtvunge deres rettigheder.

26. Det er ganske vist korrekt, at der skal tages hensyn til den almene interesse i, at fællesskabsretten anvendes korrekt, ligesom der skal tages hensyn til parternes interesser.

Den fremgangsmåde, Domstolen konsekvent har fulgt i årenes løb, gør det dog nærliggende at antage, at det, der er tilstrækkeligt til at tilgodese almenhedens interesser i denne henseende, netop svarer til, hvad der fremgår af de omtalte principper, der har fastslået, nemlig dels, at de nationale domstole skal drage omsorg for at gennemtvunge rettigheder efter fællesskabsretten, når de påberåbes for nationale domstole under overholdelse af nationale procesretlige bestemmelser, dels at det kun er nødvendigt at undlade at anvende nationale regler, når de gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at få fællesskabsretlige rettigheder gennemtvunget. Desuden kan det i anden række bemærkes, at fællesskabsinteressen også kan varetages af Kommissionen, hvadenten det drejer sig om at få konkurrencereglerne — som er dem, der er påberåbt i de foreliggende sager — overholdt, eller mere generelt om at sørge for, at medlemsstaterne opfylder deres forpligtelser efter fællesskabsretten, om nødvendigt ved at benytte traktatens artikel 169.

27. Hertil kommer, at hvis man indtog det standpunkt, at nationale procesretlige regler altid skulle vige for fællesskabsretten, ville dette — som det vil fremgå af det følgende — i alt for vidt omfang undergrave etablerede principper, der ligger til grund for medlemsstaternes retssystemer. Det ville være mere vidtgående end nødvendigt for at opnå en effektiv retsbeskyttelse. Det kunne også opfattes som et indgreb i proportionalitetsprincippet og, i vid forstand, subsidiaritetsprincippet, som netop afspejler den balance,

Domstolen gennem mange år har søgt at nå frem til på dette område. Det ville også i vidt omfang give anledning til anomalier, da virkningen ville være at yde større beskyttelse for rettigheder, som ikke i kraft af, at der er tale om fællesskabsrettigheder, i sig selv har større vægt end rettigheder efter national ret. Det kan f.eks. næppe hævdes, at den ret, de to kassationsappellanter påberåber sig til selv at vælge, hvilken forsikringsordning de vil være tilsluttet, skulle være mere betydningsfuld eller have krav på større beskyttelse end f.eks. en sagsøgers ret til at opnå erstatning for personskade.

28. Ved at anerkende dette undervurderer man ikke betydningen af, at de nationale domstole gennemtvinger fællesskabsretten, eller at de i henhold til traktatens artikel 5 har pligt til at gennemføre fællesskabsbestemmelserne fuldt ud og at gennemtvinge de rettigheder, borgerne har efter fællesskabsretten. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen BP Supergas¹¹, bør de nationale domstole anlægge en vid fortolkning af betingelsen om, at krav i henhold til fællesskabsretten skal stilles på lige fod med krav, der støttes på national ret. Desuden vil EF-Domstolen gribe ind for at sikre, at fællesskabsretten får virkning i tilfælde, hvor særlige nationale regler er til hinder for at udøve rettigheder efter fællesskabsretten, jf. ud over dommene i sagerne Simmenthal og

Factortame også dommene i sagerne Johnston¹², Emmott¹³ og Marshall II¹⁴.

29. Til grund for den ordning, der er indført ved traktaterne, ligger der imidlertid en forudsætning om, at hensynet til effektiviteten og en hensigtsmæssig domstolsbeskyttelse normalt kan tilgodeses ved hjælp af nationale retsmidler. Således har Domstolen f.eks. i Rewe-sagen¹⁵, udtalt, at

»der ganske vist ved traktaten er skabt et antal muligheder for direkte søgsmål, som private i påkommende tilfælde kan rejse for Domstolen, men at det ikke har været meningen at skabe andre søgsmålmuligheder ved de nationale domstole med henblik på gennemførelsen af fællesskabsretten end dem, som findes i national ret. Den retsbeskyttelsesordning, som er gennemført ved traktaten, og som navnlig kommer til udtryk i artikel 177, indebærer derimod, at enhver søgsmålstype, som findes i national ret, skal kunne anvendes til sikring af overholdelsen af de fællesskabsregler, som har direkte virkning, under de samme formalitetsbetingelser og efter de samme regler for sagens videre behandling, som gælder, når der er tale om at sikre overholdelsen af national ret«.

12 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Sml. s. 1651.

13 — A.st., jf. note 2.

14 — Dom af 2.8.1993, sag C-271/91, Sml. I, s. 4367.

15 — Dom af 7.7.1981, sag 158/80, Sml. s. 1805.

11 — Dom af 6.7.1995, forslag til afgørelse af 9.3.1995, sag C-62/93, Sml. I, s. 1883.

30. Til grund for denne antagelse ligger en tankegang om, at man i en retsstat vil indrette det nationale retssystem således, at loven efterkommes, og at borgerne har en passende retsbeskyttelse. EF-Domstolen vil derfor kun i undtagelsestilfælde skulle skride ind for at sikre, at fællesskabsretten gennemføres fuldt ud.

Fællesskabsrettens effektive virkning

31. Dette fører mig frem til det andet argument, den spanske regering har fremført under henvisning til behovet for at sikre, at fællesskabsretten får virkning efter sin hensigt. I denne forbindelse skal det først nævnes, at en korrekt gennemførelse af retsreglerne ikke nødvendigvis indebærer, at der ikke kan gælde begrænsninger for deres anvendelse. Hensynet til, at reglerne anvendes i fuldt omfang, skal efter omstændighederne opvejes over for andre forhold som hensynet til retssikkerheden, hensynet til god forvaltningsskik og hensynet til en velordnet og hensigtsmæssig retspleje. I de enkelte retssystemer opstilles der normalt forskellige begrænsninger, som — hvis sagsøgeren ikke udviser den fornødne omhu — vil føre til, at han ikke får medhold i kravet eller en del af kravet. Herunder hører tidsfrister for indledning og afslutning af forskellige faser i en administrativ procedure eller en sag for domstolene, begrænsninger i retten til at fremsætte krav med tilbagevirkende kraft, regler om begrænsninger i adgangen til at fremsætte nye krav, om begrænsninger af, hvilke appelgrunde der kan benyttes, og om, hvilke forhold domstolene kan inddrage i sagen af egen drift.

32. I sager for EF-Domstolen vil en part også kunne blive udsat for, at en sag eller en appel afvises som for sent anlagt eller iværksat, eller at han afskæres fra at fremføre bestemte krav eller anbringender, som ville være af betydning i sagen. Helt bortset fra tidsfristerne for de forskellige søgsmålsformer i henhold til traktaterne og statutterne gælder der væsentlige begrænsninger i adgangen til at udvide sagens genstand eller til at gøre nye anbringender gældende i de senere stadier af sagens behandling. Genstanden for et direkte søgsmål fastlægges principielt i den stævning, der indgives til Domstolen, eller, hvis der er tale om en sag, som Kommissionen anlægger i henhold til artikel 169, i Kommissionens begrundede udtalelse. Hertil kommer, at en sagsøger i henhold til procesreglementets artikel 38, stk. 1, skal give en kort fremstilling af søgsmålsgrundene i stævningen. I procesreglementets artikel 42, stk. 2, bestemmes det, at »nye anbringender ... ikke [må] fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne«. Domstolen vil kun under ganske særlige omstændigheder inddrage et forhold i sagen af egen drift.

33. Spørgsmålet om, hvorvidt en national domstol kan inddrage et retsspørgsmål, som parterne ikke har rejst, kan bero på, hvilken søgsmålsform der er tale om. Det kan således være fristende at hævde, at der grundlæggende kan sondres mellem to fundamentalt forskellige processuelle opfattelser i medlemsstaterne, nemlig stort set mellem de kontinentaleuropæiske retssystemer på den ene side og det engelske, det irske og det skotske

på den anden side. Opfattes forholdet på denne måde, antages en domstol inden for de kontinentaleuropæiske retssystemer at kende loven (»*jure novit curia*« eller »*curia novit legem*«). Den skal anvende de relevante retsregler på de faktiske forhold, således som parterne forelægger dem for domstolen (»*da mihi factum, dabo tibi jus*«), og om nødvendigt vil den med henblik herpå foretage sin egen undersøgelse af retstilstanden. Efter det engelske, det irske og det skotske system spiller domstolen derimod en mindre aktiv eller endog en passiv rolle. Retsplejen er normalt baseret på en forudsætning om, at domstolen ikke har noget selvstændigt kendskab til loven, at den for så vidt er afhængig af, hvad parternes advokater fremfører, og at dens funktion udelukkende er at foretage en bedømmelse ud fra, hvad parterne har fremført. Som en af de juridiske forfattere har formuleret det, er det måske »det mest opsigtsvækkende forhold i engelsk retspleje, at maksimen '*curia novit legem*' aldrig har været og ikke er en del af engelsk ret«¹⁶.

34. Sådanne kontraster mellem forskellige kategorier af retssystemer viser sig ofte ved en nærmere undersøgelse at være overdrevne, og det foreliggende forhold er ingen undtagelse. Selv med hensyn til civile sager, hvor kontrasten er mindst urigtig — mens den kun viser sig i ringe omfang i straffesager eller for forvaltningsdomstole, hvor der gælder andre principper — kan sondringen mellem de to opfattelser næppe opretholdes. Som de to opfattelser er stillet over for hinanden i det foregående, er det nærliggende at

antage, at domstolene i de kontinentaleuropæiske retssystemer kan eller endog skal inddrage et retligt anbringende, parterne ikke har gjort gældende, i sagen af egen drift, mens en »*common law*«-domstol ikke vil gøre det. I praksis er forholdet et andet. En kontinentaleuropæisk domstol kan ganske vist inddrage et nyt retligt anbringende i sagen, men herved må den ikke gå ud over sagens genstand som afgrænset ved hjælp af de krav, parterne har fremsat. Parterne råder over sagen (»*dominus litis*«). Den må heller ikke i almindelighed inddrage nyt processtof, hvorved nye faktiske forhold bliver relevante. Dette er netop retstilstanden i civile sager i Nederlandene ifølge den redegørelse, Hoge Raad har givet i forelæggelsesdommen¹⁷, og den synes at være den samme i mange andre retssystemer. Hertil kommer, i en række retssystemer, at en domstol, hvis den inddrager et nyt anbringende, vil eller skal opfordre parterne til at fremsætte deres bemærkninger hertil, således som en engelsk domstol ville gøre det. På den anden side er der intet, der afskræker en engelsk domstol fra at inddrage et retligt anbringende i sagen, som parterne ikke har gjort gældende. En indgående, retssammenlignende undersøgelse af en engelsk domstols og f.eks. en fransk domstols opfattelse på dette punkt vil vise, at forskellene ikke er store¹⁸.

35. Desuden vil en engelsk domstol som enhver anden naturligvis af egen drift rejse spørgsmål vedrørende ufravigelige rets-

17 — Jf. ovenfor under punkt 11.

18 — Jf. Jolowicz, »*Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law*« i *Multum non multa: Festschrift für Kurt Lipstein* (1980), s. 79.

16 — Mann, »*Fusion of the Legal Professions*«, *Law Quarterly Review* 1977, s. 367, særlig s. 369.

grundsætninger. I århundreder har man i engelsk ret af denne grund afslået at gennemtvinge retsstridige aftaler. I en nyere afgørelse udtrykkes retstilstanden således:

»Når det er åbenbart, at en retshandel er ulovlig, vil en domstol nægte at gennemtvinge den, uanset om forholdet gøres gældende, om nogen af parterne rejser spørgsmålet og endog selv om det for første gang rejses for en appelinstans. Grunden hertil er, at retsvæsenet (the Queen's Courts) ikke må benyttes til at få retsstridige aftaler gennemtvunget, uanset hvad parterne måtte ønske ...«¹⁹.

36. Selv inden for det engelske retssystem vil det omfang, hvori en domstol vil gribe ind og vil rejse spørgsmål af egen drift, imidlertid være forskelligt efter den foreliggende sammenhæng: Det kan afhænge f.eks. af, hvilken søgsmålsform der er tale om (civile sager, straffesager, sager for forvaltningsdomstole), på hvilket trin i instansfølgen sagen behandles (første instans, appel af retsspørgsmål og faktiske spørgsmål, appel alene af retsspørgsmål), og hvilken retsinstans der er tale om (»court« eller »tribunal«).

37. En retssammenlignende undersøgelse af opfattelserne i medlemsstaternes domstole viser, at der kan forekomme yderligere forskelle mellem staternes retssystemer. Det er

åbenbart, at der ikke findes en fælles opfattelse af, hvad der skal betragtes som ufravigelige retsgrundsætninger (moyens d'ordre public). Hvis man ville pålægge alle nationale domstole en forpligtelse til at anvende fællesskabsretten af egen drift, ville det — selv om det måske ikke ville være umuligt at gennemføre i praksis i noget retssystem — dog medføre forstyrrelser, som ville være af forskelligt omfang i det enkelte retssystemer, men som sandsynligvis ville være betydelige i dem alle. Det ville også være vanskeligt at afgøre, om en sådan behandling af fællesskabsretten skulle gælde for hele fællesskabsretten eller kun for dele af den og i så fald for hvilke dele af den.

38. Både af principielle og praktiske grunde bør resultatet derfor være, at en national domstol kun af egen drift skal anvende en bestemmelse i fællesskabsretten i tilfælde, hvor den også af egen drift ville være forpligtet til at anvende en tilsvarende bestemmelse i national ret. Det må erkendes, at dette kan føre til, at fællesskabsrettens anvendelse bliver uensartet, men dette er, som vi har set, en konsekvens af, at de nationale retssystemer ikke er ensartede.

39. Dette resultat bekræftes, hvis man ser nærmere på reglerne for appelsager og særligt kassationsappelsager. I appelsager gælder der normalt begrænsninger for appellantens eller indstævntes adgang til at gøre nye anbringender gældende, som medfører en udvidelse af sagen. Hvis der ikke fandtes

19 — Bank of India mod Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J. N. Patel [1982] 1 *Lloyd's Reports* 427 per Bingham J, på s. 429.

sådanne begrænsninger, ville appellsagen skifte karakter, således at den blev til en fornyet behandling af hele sagen.

40. Dette gælder specielt i kassationsappelsager i medlemsstaterne, da kassationsinstansen normalt kun kan efterprøve, om den foregående instans i sin afgørelse har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse, således at der ikke er anledning til, at hverken parterne eller retten inddrager nye retsspørgsmål.

41. Der gælder ofte strenge begrænsninger for adgangen til at gøre anbringender gældende, som ikke er blevet fremført for de foregående instanser. Mens f.eks. den tyske Bundesgerichtshof og den franske Cour de cassation har forholdsvis fri adgang til at inddrage nye anbringender af egen drift, skal kassationsdomstolene i Belgien, Spanien, Italien og Nederlandene i princippet kun tage stilling til de anbringender, parterne har fremført. Med begrænsede undtagelser har den belgiske Cour de cassation end ikke ret til at inddrage anbringender, der støttes på ufravigelige retsgrundsætninger.

42. Desuden er der i EF-Domstolens procesreglement opstillet en lignende begrænsning, idet ingen af parterne i tilfælde af appel af afgørelser, der er truffet af Retten i Første Instans, må foretage nogen ændring af sags-

genstanden, som den har foreligget for Retten²⁰. Også her kan der ganske vist gælde en undtagelse, idet Domstolen i givet fald kan efterprøve en ufravigelig procesforudsætning, som Retten ikke har taget stilling til²¹. Men denne undtagelse må være klart afgrænset, hvis appelsystemet skal fungere efter hensigten.

43. Hvis vi herefter går over til at se på de nederlandske regler, der er tale om i de foreliggende sager, mener jeg ikke, at de gør det uforholdsmæssigt vanskeligt for en sagsøger at gennemtvinge sine rettigheder efter fællesskabsretten. Formålet med reglerne er kun at sikre en velordnet og hensigtsmæssig retspleje ved at forhindre sagsøgeren i at foretage en efterfølgende udvidelse af sagens genstand, således som den er afgrænset i stævningen, og i at fremføre nye anbringender under kassationsanken, som rækker ud over sagens genstand og vil kræve en ny stillingtagen til faktiske omstændigheder. Det kan også nævnes, at med forbehold af disse begrænsninger stiller de nederlandske regler ikke specielt store krav til parterne. I den nederlandske civilproceslovs artikel 48 bestemmes det således, at retten om nødvendigt af egen drift skal supplere de retlige anbringender, parterne har gjort gældende.

44. Da de nederlandske regler synes at yde en passende beskyttelse for rettigheder efter

20 — Artikel 113, stk. 2, og artikel 116, stk. 2.

21 — Lenaerts, »The Development of the Judicial Process in the European Community after the Establishment of the Court of First Instance« i *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. I, Book 1 (1990), s. 53-113, på s. 109.

fællesskabsretten, må det være tilstrækkeligt, at de nationale domstole, når de anvender reglerne, behandler anbringender på grundlag af fællesskabsretten på samme måde, som de behandler tilsvarende anbringender på grundlag af national ret.

krav, der kan stilles, at de nationale retsmidler og processuelle regler giver en passende retsbeskyttelse ²².

Andre argumenter

Den ensartede anvendelse af fællesskabsretten

45. Den tredje indvending, den spanske regering har fremført, er, at et sådant standpunkt vil føre til, at fællesskabsrettens anvendelse ikke bliver ensartet. I medlemsstater, hvis processuelle regler er mindre strenge, vil man eventuelt gennemføre fællesskabsretten, selv om parterne ikke har foretaget sig det fornødne for at varetage deres interesser. En vis grad af uensartethed med hensyn til gennemførelsen af fællesskabsretten er imidlertid uundgåelig, når der ikke er udstedt harmoniserede bestemmelser om retsmidler, processuelle forhold og tidsfrister. Som et nærliggende eksempel kan nævnes, at en sagsøger overskrider fristen for at indgive administrativ klage eller for at anlægge sag, og at han dermed afskæres fra at gøre kravet gældende på grund af fristoverskridelsen. Sådanne tidsfrister kan være forskellige fra land til land, og de kan også bero på retsmidlets særlige karakter. Det kan ikke i fuldt alvor hævdes, at fællesskabsretten af hensyn til dens ensartede gennemførelse skulle kræve, at man så bort fra alle tidsfrister for krav i henhold til fællesskabsretten. Når der ikke er udstedt harmoniserede bestemmelser, er det eneste

46. Jeg skal endelig tage stilling til en række andre argumenter, der er fremført under sagen. For det første kan traktatens artikel 177 — som jeg har omtalt det i punkt 44 i mit forslag til afgørelse af 4. maj 1994 i Peterbroeck-sagen — ikke påberåbes til støtte for at hævde, at en national domstol altid skal have adgang til af egen drift at inddrage et fællesskabsretligt spørgsmål, som parterne ikke har rejst. Ved artikel 177 er der kun indført en ordning, hvorefter en national domstol, for hvilken der forskriftsmæssigt er rejst et fællesskabsretligt spørgsmål, kan opnå en afgørelse af spørgsmålet fra EF-Domstolen. Mens artikel 177 er til hinder for at anvende processuelle regler, som afskærer en national domstol fra at opnå en præjudiciel afgørelse under sådanne omstændigheder, tages der i artiklen ikke stilling til det forudgående spørgsmål om, hvilke betingelser der gælder for, at et sådant spørgsmål rejses for den nationale domstol.

47. For det andet kan det nævnes, at Hoge Raad's første spørgsmål støttes på en forud-

22 — Jf. dom af 12.6.1980, sag 130/79, Express Dairy Foods, Sml. s. 1887, præmis 12.

sætning om, at de for retten verserende sager vedrører »civilretlige rettigheder og forpligtelser, som parterne frit disponerer over«. Kassationsappellanterne har hævdet, at der hermed indirekte henvises til den nederlandske definition af ufravigelige retsregler, dvs. regler, som man ikke efter parternes valg kan anvende eller se bort fra. De har kritiseret denne forudsætning fra Hoge Raad's side, idet de har anført, at fællesskabsreglerne, som har forrang for national ret, må betragtes som ufravigelige retsregler, som retten skal inddrage i sin bedømmelse af egen drift. De kan ikke anvendes efter parternes valg.

48. Af de allerede nævnte grunde mener jeg ikke, at det følger af princippet om fællesskabsrettens forrang, at alle fællesskabsregler skal indrømmes en særlig status for så vidt angår nationale processuelle regler. Den almene fællesskabsinteresse i at opretholde fællesskabsretsordenens integritet og i at fastholde en passende beskyttelse af borgernes rettigheder efter fællesskabsretten kan tilgodeses i fornødent omfang ved hjælp af de principper, Domstolen allerede har opstillet.

49. Jeg vil dog ikke udelukke muligheden for, at der kan være omstændigheder, hvorunder en national domstol vil være forpligtet til at inddrage en fællesskabsbestemmelse, som parterne ikke har påberåbt sig, også selv om det vil betyde, at domstolen skal gå ud over sagens genstand, som denne er afgrænset i form af parternes krav. En national

domstol vil således være forpligtet til ikke at gennemtvinge en aftale, som klart er ulovlig i henhold til traktatens artikel 85. En sådan situation kan opstå, hvis f.eks. en part i en prisaf tale, som klart er i strid med traktatens artikel 85, kræver erstatning for en anden aftaleparts misligholdelse af aftalen, og modparten undlader at påberåbe sig artikel 85. I så fald kan den nationale domstol uden tvivl inddrage artiklen i sin bedømmelse, og dette bør den også gøre. Men eftersom det med sikkerhed kan antages, at ingen domstol vil gennemtvinge en disposition, som er klart ulovlig i henhold til national ret — heller ikke selv om parterne ikke har påberåbt sig ulovligheden — kræver det ikke andet end en anvendelse af ikke-diskriminationsprincippet at nå til dette resultat. Når der er tale om et ulovligt forhold i relation til traktatens artikel 85 og 86, er der endvidere den sikkerhed for, at fællesskabsinteressen tilgodeses, at Kommissionen altid kan skride ind.

50. I de foreliggende sager opstår der ingen spørgsmål af denne karakter. Hvis ingen af parterne havde valgt at påberåbe sig fællesskabsretten, ville ingen almen fællesskabsinteresse kræve, at den nationale ret rejste komplicerede spørgsmål om fællesskabets konkurrenceregler uanset parternes ønsker. Den eneste fællesskabsinteresse, der gør sig gældende i de foreliggende sager, er interessen i en passende retsbeskyttelse, og dette hensyn er efter min opfattelse blevet tilgodeset.

51. Endelig adskiller de foreliggende sager sig klart fra Duijnstee-sagen²³, hvori Domstolen som svar på et spørgsmål fra Hoge Raad fandt, at en national ret ifølge Bruxelles-konventionens artikel 19²⁴ på embeds vegne skal erklære sig inkompetent i alle tilfælde, hvor retten fastslår, at en ret i en anden kontraherende stat er enekompetent i henhold til konventionens artikel 16, uanset at en national retsplejebestemmelse i forbindelse med en kassationsanke begrænser rettens prøvelse til de anbringender, parterne har gjort gældende. Domstolen fandt²⁵, at konventionen — der har til formål at fastlægge kompetencen i borgerlige sager for retterne i de kontraherende stater — må antages at gælde forud for modstående nationale bestemmelser. Konventionens artikel 19 må dermed indebære en særlig forpligtelse for de nationale domstole til at rejse kompetence-spørgsmålet af egen drift under særlige omstændigheder, og en national bestemmelse, som afskærer en domstol herfra, må være i strid med konventionens udtrykkelige bestemmelser.

52. Herefter skal det første og det andet præjudicielle spørgsmål, den nationale ret har forelagt, efter min opfattelse besvares med, at i sager som dem, der er indbragt for de nationale domstole i de foreliggende sager, stiller fællesskabsretten ikke krav om, og den giver heller ikke beføjelse til, at en national domstol tilsidesætter nationale processuelle regler — som finder anvendelse uden forskel på krav, der støttes på national ret og på fællesskabsretten — hvorefter den nationale dom-

stol afskæres fra at anvende fællesskabsbestemmelser, som parterne ikke har påberåbt sig, i tilfælde hvor en anvendelse af bestemmelserne ville kræve, at domstolen gik ud over sagens genstand, eller at den tog stilling til faktiske omstændigheder, parterne ikke har fremført. Da det tredje spørgsmål kun er stillet for det tilfælde, at det andet spørgsmål besvares bekræftende, er det ikke nødvendigt at besvare det.

De materielretlige spørgsmål

53. Med Hoge Raad's fjerde, femte og sjette spørgsmål ønskes det oplyst, om den af fysioterapeuterne oprettede pensionsordning og specielt forpligtelsen til at være tilsluttet ordningen er forenelig med traktatens konkurrenceregler. Eftersom disse forhold ikke blev forelagt for Kantonrechter, tog denne instans ikke stilling til de faktiske omstændigheder i denne forbindelse. I Hoge Raad's forelæggelsesdomme henvises der kun til pensionslovens formål og til retsvirkningerne af, at en ordning gøres obligatorisk, jf. min omtale heraf i punkt 2 og 3.

54. Det er Domstolens faste praksis²⁶, at

»en opfyldelse af kravet om en fortolkning af fællesskabsretten, som er relevant for den

23 — Dom af 15.11.1983, sag 288/82, Sml. s. 3663.

24 — »En ret i en kontraherende stat, for hvilken der som det væsentligste indbringes en retsvist, der i medfør af artikel 16 henhører under en i en anden kontraherende stat beliggende rets enekompetence, skal på embeds vegne erklære sig inkompetent.»

25 — Jf. særlig præmis 14.

26 — Kendelse af 9.8.1994, sag C-378/93, La Pyramide, Sml. I, s. 3999, præmis 14. Jf. også dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393.

pågældende nationale retsinstans, forudsætter, at denne klargør den faktiske og retlige baggrund for de forelagte spørgsmål eller i hvert fald redegør for de muligheder med hensyn til faktum, som danner grundlag for spørgsmålene ...«.

Dette gælder specielt på et område som det konkurrenceretlige, hvor de retlige og faktiske omstændigheder typisk er komplicerede²⁷. Grunden til, at Hoge Raad ikke har kunnet beskrive den faktiske og retlige baggrund for dette aspekt af sagen, er naturligvis netop, at de konkurrenceretlige spørgsmål ikke er indgået i forhandlingerne for de nationale domstole.

55. For det tilfælde, at Hoge Raad — i modsætning til, hvad jeg er nået frem til — skulle være forpligtet til at behandle det konkurrenceretlige aspekt i sagerne, vil jeg mene, at Domstolen først bør tage stilling hertil, efter at den faktiske og retlige baggrund for tvisten er blevet præciseret nærmere. I dette forslag til afgørelse skal jeg derfor kun rent foreløbigt tage stilling til den nationale rets fjerde præjudicielle spørgsmål på grundlag af de oplysninger om pensionsfonden, der er givet i de skriftlige indlæg. Med det fjerde spørgsmål ønsker Hoge Raad oplyst, om en erhvervspensionsfond, som er etableret i medfør af pensionsloven, og som alle eller én eller flere bestemte grupper af erhvervsudøvende er forpligtet til at være tilsluttet, må

anses for at udgøre en virksomhed i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i EF-traktatens artikel 85, 86 eller 90. Spørgsmålet skal efter min opfattelse besvares benægtende.

56. Kassationsappellanterne har henvist til Domstolens dom i Höfner-sagen²⁸ til støtte for en vid fortolkning af begrebet virksomhed, således at det også omfatter pensionsfonden. I Höfner-dommen nåede Domstolen frem til, at et offentligt arbejdsformidlingskontor skulle betragtes som en virksomhed med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86. Domstolen udtalte²⁹:

»Herved bemærkes, at inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed.

Den omstændighed, at arbejdsformidlingsvirksomhed normalt er overdraget offentlige kontorer, kan ikke påvirke denne virksomheds økonomiske karakter. Arbejdsformidlingsvirksomhed har ikke altid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige

28 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Sml. I, s. 1979.

29 — Præmis 21 og 22.

27 — Jf. dommen i Telemarsicabruzzo-sagen, præmis 7.

enheder. Denne konstatering gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere.«

57. Retsstillingen med hensyn til socialsikringsordninger er imidlertid mere kompliceret. Pensionsordninger findes i mange forskellige udformninger, lige fra statslige sociale sikringsordninger til private, individuelle ordninger, der administreres af forsikringsselskaber. Selv om der kan forekomme konkurrence mellem sådanne ordninger (hvilket fremgår af, at der i Det Forenede Kongerige er adgang til, at private pensionsordninger til dels kan træde i stedet for den statslige sociale sikringsordning), må det være klart, at det ikke har været hensigten, at Fællesskabets konkurrenceregler skal gælde for statslige sociale sikringsordninger. Vanskeligheden ligger i at indplacere mellemkategorier som dem, de foreliggende sager drejer sig om. I sine initiativer på pensionsområdet har Kommissionen anerkendt, at der findes en lang række forskellige ordninger, og den har også erkendt, at man må respektere medlemsstaternes beslutninger på pensionsområdet, når man vil arbejde for at give adgang til forvaltning af pensionskasser i andre medlemsstater, for at ophæve begrænsningerne med hensyn til investering af pensionskassensmidler, og for at give adgang til at være tilsluttet pensionsordninger i andre lande³⁰. Det kan specielt nævnes, at Kommissionen i betragtningerne til et

ændret forslag af 26. maj 1993³¹ — hvori der fremsættes en række forslag om adgang til forvaltning i andre medlemsstater og om ophævelse af investeringsrestriktioner — udtrykkeligt omtaler, at der er behov for en yderligere afklaring med hensyn til medlemskab af pensionskasser på tværs af landegrænserne for at tage hensyn til forskellene mellem pensionskasserne og for ikke at gribe ind i driften af pensionskasser med obligatorisk medlemskab³².

58. Domstolen har allerede haft lejlighed til at tage stilling til rækkevidden af traktatens konkurrenceregler i forbindelse med ordninger, der falder ind under denne mellemkategori, i sin dom i sagerne Poucet og Pistre³³. Domstolen fandt, at begrebet virksomhed i traktatens artikel 85 og 86's forstand ikke omfattede institutioner, som administrerede forsikringsordninger, der ydede dækning af udgifter ved sygdom og barsel for selvstændige erhvervsdrivende, der ikke var beskæftiget inden for landbruget, samt pensionsforsikringsordninger for håndværkererhvervene. Ordningerne forfulgte et rent socialt formål, de havde ikke til formål at indtjene overskud, og de byggede på solidaritetsprincippet. De skulle yde forsikringsdækning for alle de tilsluttede, uanset deres formueforhold eller deres helbredstilstand på tidspunktet for tilslutningen til ordningen.

59. Med hensyn til ordningen vedrørende forsikring mod udgifterne ved sygdom og

30 — Jf. Kommissionens arbejdsdokument af 23.10.1990 om gennemførelse af det indre marked for private alderspensioner i tilknytning til private pensionsordninger (arbejdsdokumentet er fremlagt som bilag til Kommissionens skriftlige indlæg i sag C-244/94). Jf. også Kommissionens forslag af 21.10.1991 til Rådets direktiv om forvaltnings- og investeringsfrihed for pensionskasser, 91/C 312/04, EFT C 312, s. 3, som ændret den 26.5.1993, 93/C 171/11, EFT C 171, s. 13.

31 — Jf. note 30.

32 — Sidste betragtning.

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

barsel kom solidaritetsprincippet til udtryk ved, at der skete en fordeling af indtægterne, idet medlemmernes bidrag var fastsat i forhold til deres indtægter ved erhvervsvirksomhed (invalidepensionister og andre pensionister var fritaget for bidragsbetaling), mens ydelserne var de samme for alle. Med hensyn til pensionsforsikringen kom solidariteten til udtryk ved, at pensionsydelse blev finansieret ved hjælp af bidrag fra de erhvervsaktive medlemmer, og at pensionsrettighederne ikke afhang af størrelsen af de indbetalte bidrag. Der skete også en vis indbyrdes udligning mellem de forskellige ordninger. Tilslutning til ordningerne var obligatorisk, og dette var af væsentlig betydning for den økonomiske ligevægt mellem ordningerne.

60. Administrationen af ordningerne var undergivet statslig kontrol, og de organer, der havde til opgave at administrere ordningerne, havde ingen mulighed for at påvirke bidragenes eller ydelsestørrelserne.

61. Domstolen fandt, at administrationen af ordningerne havde en rent social funktion og ikke udgjorde en økonomisk virksomhed. De administrerende organer var dermed ikke virksomheder, således som dette begreb er defineret i dommen i Höfner-sagen³⁴.

62. Selv om den pensionsfond, der er tale om i de foreliggende sager, på visse punkter adskiller sig fra de pensionskasser, Poucet- og Pistre-sagerne drejede sig om, har den dog de samme væsentlige kendetegn, som Domstolen lagde vægt på i Poucet- og Pistre-sagerne. Det er ubestrideligt, at fonden udfører en rent social funktion. Den er oprettet af fysioterapeuterne som erhvervs-gren, og tilslutning til ordningen er efter anmodning herom fra de erhvervsudøvende gjort obligatorisk ved en ministeriel bekendtgørelse, som er udstedt i medfør af pensionsloven. Som allerede nævnt har pensionsloven til formål at sikre, at indtægterne efter den erhvervsaktive alder afspejler det stigende almindelige indtægtsniveau, at lade yngre erhvervsudøvende bidrage til de højere udgifter til pensionsydelserne til de ældre, og at sørge for tildeling af pensionsrettigheder for år, som ligger forud for ordningens ikrafttræden. Pensionsfonden skal ikke tilstræbe at opnå overskud. Dens bestyrelse, som ikke modtager honorar, men kun får udgifter godtgjort (artikel 7 i fondens vedtægter), sammensættes udelukkende af personer, som er tilsluttet ordningen (vedtægternes artikel 5).

63. Det fremgår desuden af oplysningerne i pensionsfondens skriftlige indlæg, at ordningen indebærer en væsentlig grad af solidaritet mellem de tilsluttede, ud over hvad der normalt kan forventes af kommercielle ordninger. Principielt opkræves der således faste bidrag, og der udbetales faste pensionsbeløb. Dette gælder, uanset hvornår en person er blevet tilsluttet ordningen og uanset den pågældendes helbredstilstand på tilslutningstidspunktet. Desuden indrømmes der pensionsrettigheder med tilbagevirkende kraft for medlemmer, som allerede udøvede erhverv som fysioterapeuter, da ordningen trådte i

34 — Jf. note 28.

kraft. Det kan også nævnes som et mindre væsentligt forhold, at forsikringsdækningen fortsætter uden bidragsbetaling i tilfælde af, at en tilsluttet person mister sin erhvervs-evne.

64. På denne baggrund vil jeg mene, at fonden har flere lighedspunkter med en socialsikringsinstitution end med en kommerciel forsikringsinstitution, og at ordningen i sig selv i højere grad er beslægtet med en socialsikringsordning end med en kommerciel pensionsordning, selv på kollektivt grundlag. De tilsluttede indbetaler bidrag til en fond, og de modtager ikke en kommerciel tjenesteydelse. Efter min opfattelse handler pensionsfonden i relation til de tilsluttede derfor ikke som en virksomhed, men som en social institution, som de erhvervsudøvende har overladt det til at sørge for administrationen af deres pensionsordninger.

65. Dette må gælde, selv om ordningen er funderet, dvs. at pensionerne finansieres ved hjælp af opsamlede beløb og ikke ved hjælp af løbende bidrag. Pensionsfonden har på overbevisende måde argumenteret for, at opbygning af betydelige reserver er nødvendig, hvis en pensionsordning, som ikke er statsfinansieret, skal kunne opretholde pensionernes reelle værdi i perioder med høj inflation. At pensionskasser er betydende investorer på kapitalmarkederne er også baggrunden for de initiativer, Kommissionen har taget med hensyn til administration af pensionskasser og pensionskasseinvesteringer i andre medlemsstater, men det er ikke en afgørende omstændighed ved afgørelsen af, om en pensionskasse i forhold til sine medlemmer optræder som en virksomhed i konkurrenceretlig forstand.

Forslag til afgørelse

66. Sammenfattende skal jeg foreslå, at Domstolen giver følgende besvarelse af Hoge Raad's første og andet spørgsmål, idet det ikke er påkrævet at besvare de øvrige spørgsmål.

»I sager som dem, der er indbragt for de nationale domstole i de foreliggende præjudicielle sager, stiller fællesskabsretten ikke krav om, og den giver heller ikke beføjelse til, at en national domstol tilsidesætter nationale processuelle regler — som finder anvendelse uden forskel på krav, der støttes på national ret og på fællesskabsretten — hvorefter den nationale domstol afskæres fra at anvende fællesskabsbestemmelser, som parterne ikke har påberåbt sig, i tilfælde hvor en anvendelse af bestemmelserne ville kræve, at domstolen gik ud over sagens genstand, eller at den tog stilling til faktiske omstændigheder, parterne ikke har fremført.«