FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 7. maj 1998 *

A — Indledning

1. Denne traktatbrudssag mod Kongeriget Spanien drejer sig om lov nr. 23/1992 af 30. juli 1992 [1] og kongelig anordning nr. 2364/94 af 9. december 1994 om regulering af privat vagtvirksomhed. Ifølge loven kræves det, at de virksomheder, der udøver privat vagtvirksomhed, har »hjemsted i Spanien« [2]. Bestyrelse og direktion skal have bopæl i Spanien. Desuden skal vagtpersonalet have spansk statsborgerskab. Kommissionen anser disse betingelser for hver især at skabe en forskelsbehandling, der strider mod de grundlæggende friheder, nemlig etableringsfriheden, den frie udveksling af tjenesteydelser og arbejdskraftens frie bevægelighed. Den spanske regering har ikke bestridt, at der foreligger en forskelsbehandling; den mener imidlertid, at denne er begrundet i henhold til traktaten.

2. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

1. Det fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser efter traktaten, især efter artikel 48, 52 og 59, ved at opretholde artikel 7, 8 og 10 i lov nr. 23/1992 af 30. juli 1992, idet meddelelse af autorisation for et såkaldt »vagtselskab« til at udøve privat vagtvirksomhed heri er gjort betinget af, at selskabet har hjemsted i Spanien, og at medlemmerne af dets bestyrelse og direktion har bopæl i Spanien, samt at »vagtpersonalet« har spansk statsborgerskab.

2. Kongeriget Spanien pålægges at betale sagens omkostninger.

3. Kongeriget Spanien har nedlagt følgende påstande:

1. Sagen afvises.

2. Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger.

* Originalsprog: tysk.

1 — *Boletín Oficial del Estado* af 4.8.1992.

2 — I lovens artikel 7, stk. 1, litra b), hedder det: »... las empresas de seguridad ... deberán tener la nacionalidad española«.

B — Faktiske omstændigheder

I — *Ubestridte forhold*

4. I lov nr. 23/1992 (herefter »loven«), sammenholdt med kongelig anordning nr. 2364/94 (herefter »anordningen«) er det fastsat, hvilke betingelser der gælder for privat vagtvirksomhed, og hvilket formål virksomheden kan have. I lovens artikel 5, stk. 1, bestemmes det, hvilke tjenesteydelser vagtselskaberne kan udføre. Der er tale om følgende ydelser:

— overvågning og beskyttelse af ejendom, anlæg og begivenheder af forskellig art [3]

— beskyttelse af bestemte personer [4]

— deponering, overvågning og kontrol med penge, værdipapirer og værdigenstande, samt transport og distribution af disse genstande [5]

— installation og vedligeholdelse af overvågnings- og alarmsystemer [6]

— drift af centraler til modtagelse, behandling og overføring af alarmsignaler og videregivelse heraf til ordensmagten samt besvarelse af opkald, som ikke henhører under ordensmagtens ressort [7]

— programmering og bistand i forbindelse med den i loven omhandlede vagtvirksomhed [8].

5. I medfør af lovens artikel 7 kan kun virksomheder, som har fået meddelt autorisation af indenrigsministeren ved optagelse i et register, udføre privat vagtvirksomhed. I henhold til stk. 1, litra b), er *en* af betingelserne for, at et selskab, som beskæftiger vagtpersonale, optages i registret, at selskabet har hjemsted i Spanien [9].

6. I lovens artikel 8 stilles der krav om, at medlemmerne af bestyrelsen og direktionen i de selskaber, der udøver privat vagtvirksomhed, har bopæl i Spanien.

3 — Jf. artikel 5, stk. 1, litra a).
4 — Jf. artikel 5, stk. 1, litra b).
5 — Jf. artikel 5, stk. 1, litra c) og d).
6 — Jf. artikel 5, stk. 1, litra e).
7 — Jf. artikel 5, stk. 1, litra f).
8 — Jf. artikel 5, stk. 1, litra g).
9 — Jf. ovenstående, fodnote 2.

7. I henhold til lovens artikel 10, stk. 1, skal »vagtpersonalet« forinden godkendes af Indenrigsministeriet. Ifølge artikel 10, stk. 3, litra a), er meddelelsen af godkendelse betinget af, at vagtpersonalet er spanske statsborgere. »Vagtpersonale« i lovens forstand er: sikkerhedsvagter, personer, der er ansvarlige for sikkerheden, livvagter, private markbetjente og privatdetektiver. Markbetjente [10] og privatdetektiver [11] kan også udøve selvstændig virksomhed.

8. Ved visse af et vagtselskabs aktiviteter — f.eks. dem, der nævnes i artikel 5, stk. 1, litra e) og g) — er det ikke nødvendigt at anvende »vagtpersonale«. Hvad angår udførelsen af de andre opgaver har virksomhederne ansat såvel »vagtpersonale« som administrativt personale. For sidstnævntes vedkommende gælder nationalitetsbetingelsen ikke.

II — *Kommissionens holdning*

9. Kommissionen har indledningsvis anført, at formålet med søgsmålet ikke er at liberalisere privat vagtvirksomhed. Kommissionen modsætter sig blot den forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som lovgivningen medfører, og som ikke kan begrundes med de formål, de spanske regler har.

1. Etableringsfriheden

10. Bopælskravet for medlemmerne af et vagtselskabs bestyrelse og direktion indebærer en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og er derfor i strid med traktatens artikel 52. Kommissionen har herved henvist til Factortame-dommen [12]. Kravet om, at »selskabet har hjemsted i Spanien« [13], medfører, at etableringsfriheden delvis udelukkes, da et selskab er forhindret i at udøve virksomhed gennem en filial eller et agentur. Nationalitetsbetingelsen for markbetjente og privatdetektiver, der arbejder som selvstændige, er ligeledes i strid med traktatens artikel 52.

2. Den frie udveksling af tjenesteydelser

11. Selskabernes og personalets virksomhed er tjenesteydelser i traktatens artikel 60's forstand. Hjemsteds- og bopælsbetingelsen for

10 — Jf. lovens artikel 18, litra b).
11 — Jf. lovens artikel 19.

12 — Jf. dom af 25.7.1991, sag C-221/89, Sml. I, s. 3905.
13 — Jf. ovenfor, fodnote 2.

at kunne udøve denne virksomhed medfører, at den frie udveksling af tjenesteydelser udelukkes. Kravet om, at »virksomheden har hjemsted i Spanien« [14], og at ledelsen har bopæl i landet, bevirker, at man udelukker alle tjenesteydelser fra dem, der ikke har hjemsted i Spanien.

3. Arbejdskraftens frie bevægelighed

12. De fleste af dem, der beskæftiges af selskabet, er arbejdstagere. Kravet om statsborgerskab for at opnå godkendelse fra Indenrigsministeriet indebærer, at andre medlemsstaters statsborgere helt er afskåret fra beskæftigelse inden for privat vagtvirksomhed. Dette hindrer arbejdskraftens frie bevægelighed.

4. Undtagelserne

a) Traktatens artikel 55 og 66

13. I traktatens *artikel 55*, sammenholdt med *artikel 66*, bestemmes det, at virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, ikke er omfattet af det pågældende kapitel i traktaten (henholdsvis »etableringsretten« og »tjenesteydelser«). Under henvisning til Domstolens praksis [15] har Kommissionen anført, at man ikke kan gå ud fra, at alle vagtselskaber deltager i udøvelse af offentlig myndighed. Beskyttelse af privat ejendom og personer tilgodeser private behov og kan ikke betragtes som udøvelse af offentlig myndighed. De ydelser, som vagtselskaber tilbyder, er ikke af offentlig karakter. De bidrager højst i beskedent omfang til den offentlige sikkerhed. Da vagtselskaberne kun handler inden for privatretlige forhold, har de ikke nogen generel kompetence til at opretholde den offentlige sikkerhed, selv om de i et vist omfang bidrager til at forebygge lovovertrædelser. Offentlige myndigheder har ikke nogen fortrinsret til at opfylde denne opgave. Selv om virksomhederne lejlighedsvis støtter ordensmagten, skal dette ikke nødvendigvis opfattes som udøvelse af offentlig myndighed.

b) Traktatens artikel 56

14. Med hensyn til traktatens artikel 56 har Kommissionen anført, at en forskelsbehand-

14 — Jf. ovenfor, fodnote 2.

15 — Jf. dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, og af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047.

ling kun er begrundet, hvis der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn. Det påhviler medlemsstaten at godtgøre, at der foreligger en sådan trussel. Den virksomhed, som en privatdetektiv eller en markbetjent udøver, kan ikke i sig selv anses for at indebære en sådan trussel. Det samme gælder for så vidt angår forskelsbehandlingen af juridiske personer. Selv om der foreligger en sådan trussel, må en medlemsstat ikke udelukke adgangen til en hel erhvervssektor. Dette er under alle omstændigheder uforholdsmæssigt. Medlemsstaterne skal godtgøre, at en foranstaltning er forholdsmæssig henset til den eventuelle trussel. De grunde, som den spanske regering har fremført, godtgør ifølge Kommissionen ikke dette.

III — *Den spanske regerings standpunkt*

16. *Den spanske regering* har ikke bestridt, at udøvelsen af etableringsfriheden, den frie udveksling af tjenesteydelser og arbejdskraftens frie bevægelighed hindres, men anfører, at den med føje kan påberåbe sig de undtagelser, der er fastsat i traktaten. Privat vagtvirksomhed indebærer udøvelse af offentlig myndighed på grund af formålet med virksomheden, som er at opretholde den offentlige sikkerhed.

c) Traktatens artikel 48, stk. 3 og 4

15. Vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed har Kommissionen anført, at den spanske regering ikke med føje kan beråbe sig hverken *EF-traktatens artikel 48, stk. 3,* eller *EF-traktatens artikel 48, stk. 4.* Personalet i private vagtselskaber har formelt set ikke nogen tjenestemandsstatus og har heller ikke fået overdraget kompetence til at udøve offentlig myndighed med henblik på beskyttelse af offentlige interesser. Kommissionen har i øvrigt her henvist til sin argumentation vedrørende spørgsmålet, om traktatens artikel 55 og 66 kan anvendes.

17. I henhold til lovens artikel 13 er vagtselskaberne berettiget til at beskytte afsidesliggende bebyggelser og industriområder, hvor personer og køretøjer frit færdes, samt til at forlange, at de personer, der opholder sig på offentlige områder, fremviser legitimation. I forbindelse med transport af værdigenstande, der beskyttes, omfatter virksomhedernes aktivitet også offentlige veje og pladser. At private vagtselskaber er forpligtet til at udøve visse hjælpefunktioner for embedsmænd i forbindelse med visse overvågningsopgaver viser, at deres aktiviteter kan berøre borgernes rettigheder og friheder. Det kan derfor forlanges af vagtselskaberne, at de udviser en vis solidaritet over for staten. Gennem autorisationer og godkendelser forbeholder staten sig ret til at udøve kontrol med de midler, der anvendes med henblik på opretholdelse af sikkerhed og orden.

18. Hvad angår de begrundelser for lovgivningen, der bygger på hensynet til den offentlige sikkerhed og orden, har den spanske regering anført, at det påhviler Kommissionen at bevise, at den spanske stat kunne have valgt mindre vidtgående midler. På grund af karakteren af den virksomhed, som de private vagtselskaber udøver, kan den offentlige sikkerhed og orden under visse omstændigheder trues af vagtselskaberne selv, og disse må derfor kontrolleres strengt. Dette kan imidlertid kun ske i fornødent omfang, hvis selskaberne og de fysiske personer har hjemsted i den medlemsstat, hvor de udøver deres virksomhed. Uden et sådant fast hjemsted er det heller ikke muligt at holde en hurtig og direkte kontakt til kunderne. Traktatens artikel 55 må fortolkes i lyset af artikel 56.

19. Endelig har den spanske regering påberåbt sig tvingende almene hensyn. I forbindelse med reguleringen af privat vagtvirksomhed er der visse hensyn, der kræver, at man går særlig forsigtigt frem, for eksempel [16]:

— garanti for, at personer og ejendom beskyttes på tilfredsstillende vis

— angivelse af de muligheder, som borgerne har for at oprette eller benytte sig af vagtvirksomhed, og det grundlag, som vagtselskaberne hviler på

— forebyggelse af lovovertrædelser og bidrag til at opretholde den offentlige sikkerhed

— forhindring af overgreb, manglende regler om godkendelse af produkter, utilstrækkelig uddannelse af vagterne, uregelmæssigheder ved udførelsen af deres opgaver, talrige lovovertrædelser og manglende mindstekrav

— garanti for, at varetagelsen af sikkerheden ikke giver anledning til aggression, tvang, tilsidesættelse af rettigheder eller indtrængen i andre personers retlige sfære og formuesfære.

16 — I den spanske regerings indlæg hedder det ordret:
»a) Garantizar adecuadamente la seguridad de personas y bienes.
b) Articular las facultades que puedan tener los ciudadanos de crear o utilizar los servicios privados de seguridad, con las razones profundas sobre las que se asienta el servicio público de seguridad.
c) Prevención del delito y contribución al mantenimiento de la seguridad pública.
d) Evitar el intrusismo, la falta de normas de homologación de productos, deficiente formación de los vigilantes, irregularidades en su funcionamiento y comisión de numerosas infracciones, así como la ausencia sobrevenida de requisitos esenciales.
e) Garantizar que la defensa de la seguridad no sea ocisión de agresiones, coacciones, desconocimiento de derechos o invasión de las esferas jurídicas y patrimoniales de otras personas«.

20. Desuden skal man varetage beskyttelsen af dem, der modtager tjenesteydelserne, og — mere generelt — beskyttelsen af forbrugerne og den sociale orden. Alt dette er ikke muligt, hvis de grundlæggende friheder, der er fastsat i traktaten, skal finde anvendelse på dette område, uden at der forinden er sket en harmonisering. Endelig tilkommer det ifølge

den spanske regering hver enkelt medlemsstat at fastlægge betingelserne for, at den offentlige orden opretholdes.

21. Hvad angår arbejdskraftens frie bevægelighed har den spanske regering påberåbt sig undtagelsen i EF-traktatens artikel 48, stk. 3, med den begrundelse, at sikkerhedsvagter bærer uniform og er berettiget til at bære våben, samt at de har visse fortrinsrettigheder, som kan berøre borgernes rettigheder og friheder.

C — Stillingtagen

I — *Juridiske personer*

1. Etableringsfriheden

22. Siden udløbet af overgangsperioden har forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet været et umiddelbart gældende, konstitutivt element bag etableringsfriheden [17]. Forbuddet gælder ifølge traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, for fysiske og juridiske personer. Kravet om, at et vagtselskab har »hjemsted« i den spanske stat [18], forhindrer, at et vagtselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, udøver sin virksomhed gennem en filial eller et agentur, der er retlig afhængigt. Kravet er derfor i strid med traktatens artikel 52.

23. Spørgsmålet er, om vagtselskabernes aktiviteter henhører under de undtagelser, der indeholdes i traktatens artikel 55, dvs. om de er fritaget for traktatens regler om etableringsfriheden og bestemmelserne i traktatens artikel 66 om den frie udveksling af tjenesteydelser. I henhold til traktatens artikel 55, stk. 1, er virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, ikke omfattet af kapitlet om etableringsfriheden. I forbindelse med undersøgelsen af dette kriterium må der tages hensyn til for det første, at undtagelsen ikke må gives en rækkevidde, der går ud over det mål, den skal tjene [19], og for det andet, at den kun omfatter den virksomhed, »som i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed« [20].

17 — Jf. dom af 21.6.1974, sag 2/74, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 30 og 32.

18 — Jf. ovenfor, fodnote 2.

19 — Jf. Reyners-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 43.

20 — Jf. Reyners-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 45.

24. Da der ikke eksisterer fællesskabsretlige direktiver om harmonisering af privat vagtvirksomhed, skal vurderingen af, om artikel 55 kan påberåbes, ganske vist foretages for hver enkelt medlemsstat. Herved skal der imidlertid tages hensyn til de »på Fællesskabet beroende begrænsninger i de undtagelser fra etableringsfriheden, som er lovlige efter artikel 55, for at undgå, at medlemsstaterne ved ensidige retsforskrifter ophæver traktatens effektive virkning« [21].

25. Formålet med at oprette og drive et vagtselskab er at sikre, at der på privatretligt grundlag kan udføres opgaver, som består i overvågning og beskyttelse. Den ejendom, der skal bevogtes (fast ejendom og værdigenstande), vil hovedsagelig være privat ejendom. Især bevogtning af rørligt gods kan — sådan som den spanske regering har anført — også ske på offentlige veje og pladser. På samme måde kan vagtopgaver i forbindelse med sportsaktiviteter og kulturelle, politiske eller lignende begivenheder medføre, at opgaverne udføres i offentlige bygninger. Når man skal fastslå, hvilken art vagtselskabets aktivitet er, er disse forhold og spørgsmålet om, hvem der ejer de genstande, som skal bevogtes, imidlertid i sidste ende uden betydning. Det afgørende er, at vagtselskaberne handler på grundlag af et privat initiativ inden for rammerne af kontraktmæssige forhold og herved ikke er udstyret med kompetence til at udøve nogen offentlig myndighed.

26. Retten til at fastslå en persons identitet, f.eks. når denne træder ind i en bygning, er ikke betinget af, at der overdrages vagtselskaberne offentlig myndighed. Disse kan derfor heller ikke betragtes som forvaltere heraf. I den spanske lovgivning om privat vagtvirksomhed sondres der klart mellem de opgaver, der er overdraget vagtselskaberne [22], og dem, der er forbeholdt ordensmagten. Den klare kompetencefordeling fremgår f.eks. af lovens artikel 5, stk. 1, litra f), hvori det bestemmes, at selskaberne kan varetage bestemte overføringsopgaver, »som ikke henhører under ordensmagtens ressort« [23]. Det skal endog undgås, at der ved udøvelsen af funktioner, som ligner hinanden (overføring af alarmsignaler), ved et tilfælde sker overlapninger.

27. Selv om man går ud fra, at vagtselskaberne overtager *hjælpe*funktioner for ordensmagten, så ændrer dette ikke ved, at *hoved*opgaverne er forbeholdt ordensmagten. Sondringen mellem hoved- og hjælpefunktioner er ikke et kvantitativt, men derimod et kvalitativt kriterium. Ud fra beskrivelsen i lovgivningen af de private vagtselskaber må det konkluderes, at netop udøvelsen af offentlig myndighed er forbeholdt ordensmagten. Forskellen i, hvilken grad af kompetence der gives, fremgår f.eks. tydeligt af, at

21 — Jf. dom af 15.3.1988, sag 147/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1637, præmis 8.

22 — Jf. lovens artikel 5.

23 — Originalteksten lyder således: »... cuya realización no sea de la competencia de dichas Fuerzas y Cuerpos«.

når de private vagtselskaber i forbindelse med deres overvågningsopgaver opdager mistænkelige forhold eller personer, er det alene ordensmagten, der må foretage et eventuelt forhør eller endog en eventuel anholdelse [24].

28. Heraf kan sluttes, at de private vagtselskaber ikke deltager »direkte og særligt« i udøvelsen af offentlig myndighed. Undtagelsen i traktatens artikel 55, stk. 1, finder derfor ikke anvendelse i denne sag.

29. Ved undersøgelsen af, om den spanske regering kan påberåbe sig traktatens artikel 56, hvorefter der kan anvendes særlige regler for udlændinge, som »er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed«, må der tages hensyn til følgende: Bestemmelsen indrømmer medlemsstaterne en ret til af de nævnte grunde at udvide særlige regler for udenlandske selvstændige erhvervsdrivende til også at omfatte Fællesskabets borgere. For så vidt bestemmelsen angår fysiske personer er den beslægtet med traktatens artikel 48, stk. 3. Bestemmelsens opbygning og formål giver ikke grundlag for at stille krav om en »virksomheds hjemsted« som betingelse for, at virksomheden frit kan drives.

30. Såfremt en medlemsstat mener, at tvingende almene hensyn kræver regulering af en erhvervssektor, kan den frit foretage en sådan ved hjælp af foranstaltninger, der anvendes uden forskelsbehandling, såfremt disse er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet [25]. Det kan således være et passende middel til at beskytte almene hensyn, at et selskab skal opnå godkendelse for at kunne udøve en bestemt virksomhed [26]. Det er da heller ikke selve godkendelsen af selskaberne eller kontrollen med dem, som Kommissionen har påtalt, og dette er heller ikke genstanden for denne sag. Jeg skal her derfor blot konstatere, at der skal gives den spanske regering ret i, at tvingende almene hensyn begrunder godkendelsen af og kontrollen med virksomhederne. Det er derimod ikke berettiget at bestemme, at et af kravene for at kunne opnå godkendelse er, at »selskabet har hjemsted i Spanien«.

2. Den frie udveksling af tjenesteydelser

31. Min konstatering af, at der foreligger en ubegrundet forskelsbehandling, gælder bestemmelsen om etableringsfriheden. Men den gælder i endnu højere grad også bestemmelserne om den fri udveksling af tjenesteydelser. For kravet om, at en virksomhed skal have fast hjemsted på en medlemsstats område for at kunne udøve sine aktiviteter,

24 — Jf. bl.a. artikel 71, stk. 1, litra d), og artikel 76, stk. 2, i anordningen.

25 — Jf. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37.

26 — Jf. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 42 ff., og af 6.6.1996, sag C-101/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2691, præmis 9, 10 og 11.

er i praksis udtryk for en udelukkelse af retten til fri udveksling af tjenesteydelser [27]. Nationalitetsbetingelsen for vagtselskaberne går endnu videre. Desuden kan en medlemsstat ikke gøre udøvelse af tjenesteydelser på sit område »betinget af, at samtlige krav for etablering er opfyldt, idet de bestemmelser, som skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved ville miste enhver praktisk betydning« [28]. De relevante undtagelser vedrørende etableringsfriheden (traktatens artikel 55) og mulighederne for at begrunde en eventuel forskelsbehandling (traktatens artikel 56) gælder ifølge artikel 66 også for den frie udveksling af tjenesteydelser. De går indholdsmæssigt ikke videre end, når der er tale om etableringsfriheden. Kravet om selskabernes »hjemsted« er derfor også i strid med fællesskabsretten.

II — *Fysiske personer*

1. Etableringsfriheden

a) Bestyrelsesmedlemmernes og direktørernes bopæl

32. Spørgsmålet er, om det bopælskrav, der stilles til medlemmer af bestyrelsen og direktionen i vagtselskaber, skal anses for en indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og derfor strider mod princippet om etableringsfrihed.

33. Det må antages, at en medlemsstats statsborgere normalt opholder sig og har deres bopæl i denne stat, mens andre medlemsstaters statsborgere i første omgang opholder sig og har deres bopæl i deres respektive lande. Et sådant bopælskrav medfører således absolut, at der sker en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet [29]. Andre medlemsstaters statsborgere er nødt til at flytte bopæl til den relevante stat for at opfylde lovgivningens krav i denne stat.

34. Den spanske regering anser betingelsen for at være begrundet; for det første for at kunne udøve den nødvendige strenge kontrol og for det andet ud fra hensynet til den ofte nødvendige direkte kontakt med kunderne.

35. Over for dette skal jeg indvende, at det er muligt at godkende og kontrollere selska-

27 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 52, og i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 31.

28 — Dom af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 17.

29 — Jf. Factortame-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 32.

berne, også uden at bestyrelse og direktion nødvendigvis tager bopæl på medlemsstatens område. Godkendelse af og kontrol med et selskab foretages ret abstrakt over for selskabet og er uafhængig af, hvor det ledende personale har deres bopæl. Netop i forbindelse med etableringsfriheden viser traktatens artikel 54, stk. 3, litra f) — en bestemmelse om fjernelse af hindringerne for etableringsfriheden — at man skal fremme mulighederne for, at ledende personale kan indtræde i de sekundære forretningssteders ledende eller kontrollerende organer [30].

36. Endelig henhører spørgsmålet om, hvorledes kundekontakten knyttes og organiseres, i sidste ende under vagtselskaberne på den ene side og de potentielle kunder på den anden side. Den privatretlige udformning af forretningsforbindelserne berettiger ikke medlemsstaten til i sin lovgivning at opstille et bopælskrav over for en bestemt gruppe ledende personale. Bopælsbetingelsen udgør således en ubegrundet forskelsbehandling og er derfor i strid med princippet om etableringsfriheden.

b) Markbetjentenes og privatdetektivernes statsborgerskab

37. Nationalitetsbetingelsen for de erhvervsaktive, der betegnes som »vagtpersonale«, er, hvad markbetjentene og privatdetektiverne (der ifølge lovgivningen også kan udøve selvstændig virksomhed) angår, udtryk for en direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Betingelsen vil højst kunne være begrundet i henhold til traktatens artikel 55 eller 56. Da hverken markbetjente eller privatdetektiver deltager i udøvelse af offentlig myndighed, er det ikke muligt at påberåbe sig traktatens artikel 55. Og traktatens artikel 56 kan kun bruges som hjemmel til at pålægge selvstændige erhvervsdrivende begrænsninger, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, og som udgår fra farer ved disse personer selv. Således fremgår det f.eks. af artikel 3, stk. 1, i direktiv 64/221 [31], at foranstaltninger til gennemførelse af undtagelsen kun må støttes på de pågældende personers adfærd. Generalpræventive overvejelser kan således ikke begrunde, at man udelukker en hel erhvervssektor ved at opstille et krav om statsborgerskab. Dette krav må derfor anses for at stride mod fællesskabsretten.

30 — Artikel 54, stk. 3, litra f), lyder således: »Rådet og Kommissionen ... lade[r] den gradvise fjernelse af hindringerne for etableringsfriheden inden for hver af de pågældende erhvervsgrene gælde både betingelserne for at oprette agenturer, filialer eller datterselskaber på en medlemsstats område og betingelserne for, at *personale fra hovedvirksomheden kan indtræde i disses ledende eller kontrollerende organer*« (min fremhævelse).

31 — Rådets direktiv 64/221/EØF af 25.2.1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed (EFT 1963-1964, s. 109). I dom af 4.12.1974, sag 41/74, van Duyn, Sml. s. 1337, præmis 15 og punkt 2 i domskonklusionen, erklærede Domstolen artikel 3, stk. 1, i direktiv 64/221 umiddelbart anvendelig.

38. Det samme må gælde med hensyn til spørgsmålet om den frie udveksling af tjenesteydelser.

2. Arbejdskraftens frie bevægelighed

39. Der kan principielt ikke gælde noget andet for arbejdstagere. Idet der stilles en betingelse om statsborgerskab for vagtpersonalet, er andre medlemsstaters statsborgere afskåret fra at få adgang til denne erhvervsgren. En sådan adgangsbetingelse udgør i henhold til traktatens artikel 48, stk. 2, en ulovlig forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere for så vidt angår beskæftigelse, såfremt betingelsen ikke er begrundet efter artikel 48, stk. 3 eller 4.

40. I henhold til artikel 48, stk. 3, tillades de begrænsninger i arbejdskraftens frie bevægelighed, der retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed. Som jeg allerede har antydet i omtalen af traktatens artikel 56, er det kun forhold, der beror på den berørte person selv, som kan begrunde, at undtagelsen anvendes. Således kan retten for medlemsstaternes statsborgere til at rejse ind på en anden medlemsstats område, at opholde sig og bevæge sig dér kun begrænses, såfremt deres tilstedeværelse eller deres adfærd »udgør en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod den offentlige orden« [32]. Det er ikke tilladt at foretage en fuldstændig og abstrakt udelukkelse af en erhvervsgren, hvilket nationalitetsbetingelsen medfører.

41. En administrativ autorisation eller kontrol af, om en person er egnet til at udøve en bestemt virksomhed, kan derimod ikke kritiseres, så længe dette ikke er forbundet med en forskelsbehandling. Den ministerielle godkendelse, som kræves ifølge spansk lovgivning, er derfor principielt uproblematisk set ud fra en fællesskabsretlig synsvinkel. Det ville i denne forbindelse være muligt at undersøge, om ansøgeren opfylder visse forudsætninger — f.eks. om vedkommende besidder de borgerlige rettigheder.

42. Endelig er »ansættelser i den offentlige administration« efter artikel 48, stk. 4, undtaget fra princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed i henhold til artikel 48. Bestemmelsen skal som undtagelse fra princippet fortolkes således [33], at den »begrænses til, hvad der er absolut nødvendigt for at tilgodese de hensyn, som medlemsstaterne kan varetage i henhold til bestemmelsen«. Undtagelsens indhold og grænser skal fastlægges på fællesskabsretligt plan. Ifølge fast retspraksis er der kun tale om ansættelse i den offentlige administration, når stillingerne »indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, som skal sikre statens eller de

32 — Dom af 28.10.1975, sag 36/75, Rutili, Sml. s. 1219, præmis 28, og af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 35.

33 — Dom af 16.6.1987, sag 225/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2625, præmis 7.

andre offentlige kollektive enheders almene interesser« [34].

43. Også selv om de private vagtselskabers aktiviteter indirekte sikkert medvirker til at opretholde den offentlige sikkerhed, der uden tvivl er en af statens almene interesser, kan selskaberne, således som jeg allerede har anført i forbindelse med undersøgelsen af bestemmelserne om etableringsfriheden, principielt ikke udøve offentlig myndighed. Den virksomhed, som selskabernes arbejdstagere udøver, kan derfor ikke strække sig videre end det formål, som arbejdsgiverens selskab har. Artikel 48, stk. 4, kan således ikke begrunde en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet [35].

44. Kommissionens påstande må derfor tages til følge.

Sagens omkostninger

I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Hvis mit forslag følges, har sagsøgte tabt sagen og skal følgelig bære sagens omkostninger.

D — Forslag til afgørelse

45. På grundlag af ovenstående overvejelser foreslår jeg følgende afgørelse:

»1) Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser efter EF-traktaten, især artikel 48, 52 og 59, ved i henhold til artikel 7, 8 og 10 i lov nr. 23/1992 af 30. juli 1992 at gøre meddelelse af autorisation for et såkaldt 'vagtselskab' til at udøve privat vagtvirksomhed betinget af, at selskabet har hjemsted i Spanien, og at medlemmerne af dets bestyrelse og direktion har bopæl i Spanien, samt at 'vagtpersonalet' har spansk statsborgerskab.

2) Kongeriget Spanien betaler sagens omkostninger.«

34 — Jf. dom af 17.12.1980, sag 149/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 3881, præmis 10, og af 2.7.1996, sag C-290/94, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3285, præmis 2.

35 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 36.