FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 24. SEPTEMBER 1980 [1]

Høje Domstol.

I — For nøjagtigt at afgrænse den foreliggende traktatbrudssags genstand må man forklare de omstændigheder, under hvilke Kommissionen har måttet gribe ind.

I 1973 opslog Société Nationale des Chemins de Fer Belges (de belgiske statsbaner) og Société Nationale des Chemins de Fer Vicinaux (de sekundære jernbaners nationale selskab) på banegårdene meddelelser om stillingstilbud,

— det første om stillinger som ufaglærte arbejdere (pålæssere, skinnearbejdere, rangerarbejdere), lokomotivførerelever og signalpassere,

— det andet om en stilling som medhjælper i centralforvaltningens trykkeri i Bruxelles.

Disse annoncer krævede, blandt andre antagelsesbetingelser, belgisk statsborgerskab. Ansættelse skulle ske med eller uden prøve; i visse tilfælde var det bestemt, at der ville blive taget hensyn til »titres prioritaires légaux« [2]. Société Nationale des Chemins de Fer Belges henledte for sit vedkommende ansøgernes opmærksomhed på den »stabile beskæftigelse i en af landets største virksomheder«.

På samme måde offentliggjorde Ville de Bruxelles og Auderghem kommunen i pressen to meddelelser om stillingstilbud,

— den første om stillinger som sygeplejersker og barneplejersker til vuggestuer, arkitekter og tilsynsførende ved materielforvaltningen og for anlæg, natvægtere og — til fastansættelse — gartnermedhjælpere og blikkenslagere,

— den anden om en ansættelsesreserve for stillingen som »specialarbejder« og som »arbejder, B-faglært« (blikkenslager, snedker, elektriker).

I januar 1974 henledte Kommissionen de belgiske myndigheders opmærksomhed på, at den fandt kravet om statsborgerskab i disse stillingstilbud diskriminerende. I april 1977 vendte Kommissionen tilbage til spørgsmålet, idet den gjorde gældende, at netop *disse* stillinger ikke kunne undtages fra reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet under hensyn til den begrænsede rækkevidde, som man efter Domstolens praksis måtte give undtagelsesbestemmelserne i traktatens artikel 48, stk. 4, og i Rådets forordning nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet.

Kommissionen hentydede herved til Domstolens præjudicielle afgørelse af 12. februar 1974 i sagen Sotgiu mod Deutsche Bundespost (Sml., s. 153). Den mente, at arten af de funktioner, der er knyttet til de pågældende stillinger (ingen beslutningsbeføjelse over for

1 — Oversat fra fransk.

2 — Udtrykket angiver, at visse persongrupper, fortrinsvis tidligere modstandsfolk og ansatte i Belgisk Congo, har forrang for andre ansøgere til stillinger i statens tjeneste. O.a.

private, ingen forbindelse med udøvelse af offentlig myndighed), ikke gjorde det muligt at anse dem for omfattet af anvendelsesområdet for artikel 48, stk. 4; navnlig stillinger i offentlige foretagender, der udøver industriel eller kommerciel virksomhed, opfyldte ikke disse kriterier.

Kommissionen gav i en skrivelse undertegnet af generaldirektøren for sociale anliggender den belgiske regering én måned til dels at træffe »øjeblikkelige og hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på, at de kompetente myndigheder og tjenestegrene ... afholder sig fra enhver forskelsbehandling over for 'EF-arbejdstagere', som er uforenelig med fællesskabsretten«, dels at give Kommissionen underretning herom.

Den 15. juli 1977 svarede den belgiske regering blandt andet, at den belgiske forfatnings artikel 6, stk. 2, — hvorefter »belgierne er lige for loven. Alene belgiere har adgang til civile og militære embeder, medmindre andet i særlige tilfælde fastsættes ved lov« — forbød kommunerne at ansætte personer uden belgisk statsborgerskab i tjenestemandsstillinger.

Den 21. november 1978 tilsendte Kommissionen den belgiske udenrigsminister Simonet en skrivelse, undertegnet af næstformand Vredeling, med en ny påmindelse: for at undtagelsen i artikel 48, stk. 4, kan finde anvendelse, må det dreje sig om »ansættelser i den offentlige administration«; i så henseende kan der ikke lægges vægt på arten (offentligretligt eller privatretligt) af ansættelsesforholdet; bestemmelsen omfatter alene stillinger, der enten gør det muligt for indehaveren at træffe beslutninger over for private, eller indebærer opgaver, der »berører nationale interesser og navnlig sådanne, som er knyttet til statens indre og ydre sikkerhed«.

Kommissionen *konstaterede* følgelig, at Belgien havde overtrådt fællesskabsbestemmelserne og ikke havde taget de nødvendige foranstaltninger for at bringe sin lovgivning i overensstemmelse med traktatens artikel 48 og med bestemmelserne i forordning nr. 1612/68.

Det var dog at gå en smule stærkt til værks, eftersom artikel 169 bestemmer, at Kommissionen, hvis den *finder,* at en medlemsstat ikke har overholdt en i medfør af traktaten pålagt forpligtelse, og hvis staten ikke retter sig efter den fremsatte udtalelse, kan indbringe sagen for Domstolen, og det er da denne, som *konstaterer,* at der foreligger traktatbrud, idet staten er forpligtet til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger.

Hvorom alting er, gav Kommissionen Belgien en ny frist på én måned til at fremsætte sine bemærkninger, og hvis dette ikke skete, forbeholdt den sig at fremsætte en begrundet udtalelse.

Efter den 15. januar 1979 at have modtaget et utilfredsstillende svar fra Belgiens faste repræsentant, fremsatte Kommissionen den 2. april 1979 en begrundet udtalelse, hvorefter »kongeriget Belgien ved at kræve eller ved at tillade krav om belgisk statsborgerskab som betingelse for ansættelse i stilling*er* (i offentlige kollektive enheder og offentlige foretagender), der ikke er omfattet af artikel 48, stk. 4, ikke har overholdt

de forpligtelser, der påhviler det i henhold til dels EØF-traktatens artikel 48, dels forordning nr. 1612/68«.

Den 27. september 1979 indbragte Kommissionen sagen for Domstolen og gentog ordlyden af den begrundede udtalelse i påstanden.

II — Her er sagen altså for en gangs skyld ikke indbragt for Domstolen via artikel 177, og man kan undre sig over, at ingen domstol i en medlemsstat, når nu artikel 48, stk. 4, har »direkte« virkning, har forelagt Domstolen præjudicielle spørgsmål på det grundlag, bortset fra den nævnte Sotgiu-sag.

Det er ikke nødvendigt at fremhæve tvistens betydning, både hvad angår fællesskabsrettens principper og de konkrete interesser, som står på spil: at tre medlemsstater har interveneret til støtte for Belgien er vidnesbyrd herom.

I disse stater er visse stillinger kun tilgængelige for statsborgerne. I Frankrig forholder det sig således, at artikel 19 1°) i loven af 28. april 1952 kræver, at ansøgere til kommunale stillinger har haft fransk statsborgerskab i mindst fem år, medmindre de har erhvervet fransk indfødsret ved naturalisation i henhold til artikel 64 i loven om fransk indfødsret.

Ifølge artikel 16 i bekendtgørelse af 4. februar 1959 om almindelige regler om tjenestemandsforhold, »kan ingen udnævnes til en offentlig stilling: 1°) hvis han ikke er fransk statsborger«; dog vedrører denne bestemmelse efter bekendtgørelsens artikel 1 kun tjenestemandsansættelse i en fast stilling for personer, der udnævnes i en grad i hierarkiet i centraladministrationen, styrelser mv. eller statsinstitutioner.

Visse vedtægter for de offentlige foretagender (SNCF, EDF, GDF, RATP), og vedtægterne for de kommunalt ansatte og de offentlige hospitaler kræver udtrykkeligt fransk statsborgerskab som betingelse for fastansættelse i en stilling. Naturaliserede udlændinge kan først efter fem år fra udstedelsen af indfødsretsbeviset udnævnes til »offentlige hverv, der aflønnes af staten« (indfødsretslovens artikel 81).

I Forbundsrepublikken Tyskland forbeholder § 7, stk. 1, nr. 1, i forbundstjenestemandsloven (Bundesbeamtengesetz) tjenestemandsansættelse for statsborgere.

Domstolen fastslog imidlertid i dommen af 4. april 1974, Kommissionen mod Den franske Republik (Sml., s. 360) (præmis 35, Sml., s. 371), at »den omstændighed, at traktatens artikel 48 og forordning nr. 1612/68 er umiddelbart gældende i enhver medlemsstats retsorden, og at fællesskabsretten er af højere gyldighed end den nationale ret, fører til, at disse forskrifter for de involverede parter afføder rettigheder, som de nationale myndigheder må respektere og beskytte, således at enhver modstående bestemmelse i den interne ret hermed gøres uanvendelig«. Følgelig kan selv en bestemmelse af forfatningsretlig karakter ikke gøres gældende over for en EF-statsborger, dersom den er i strid med traktaten eller den afledte fællesskabsret.

III — Man må være præcis på dette område: man må vogte sig for at

sammenblande »stillingerne i offentlige foretagender, der udøver industriel eller kommerciel virksomhed« og f.eks. stillinger hos lokale offentlige kollektive enheder. Det drejer sig ikke om generelt at erklære, at en medlemsstat ikke overholder sine forpligtelser, når den afskærer andre EF-statsborgere end egne statsborgere fra fra adgangen til stillinger i statens, amternes og kommunernes administrationer samt i offentlige institutioner i almindelighed eller i statskontrollerede virksomheder (»régies directes«). Domstolen har selv orienteret sig i denne retning ved at anmode Kommissionen om at fremlægge teksten til de omstridte stillingstilbud.

Det viste sig da, at opslaget fra Société Nationale des Chemins de Fer Vicinaux angik en stilling, ikke som ufaglært arbejder, men som »medhjælper i centralforvaltningens trykkeri«. For sikkerheds skyld fremlagde Kommissionen ligeledes en annonce om opretttelsen af en »ansættelsesreserve« i forsorgskontoret i Bruxelles, navnlig for »tilsynsførende for civile anlægsarbejder ved anlægstjenesten« og »socialassistenter«, samt et opslag med henblik på ansættelse af en underdirektør og af lærere ved musikakademiet i Ville de Bruxelles. De sidstnævnte opslag var imidlertid ikke omfattet af den begrundede udtalelse, og de bør ikke inddrages under sagen, idet man ikke inden for dette område bør lade sig nøje med udtryk som »såsom« eller »osv.«.

Disse stillingers antal er yderligere blevet begrænset under retsforhandlingerne, da Kommissionen, medmindre jeg tager fejl, ikke længere vil påtale stillingsopslagene vedrørende arkitekter, tilsynsførende ved materielforvaltningen, sygeplejersker og barneplejersker i Ville de Bruxelles. Under de mundtlige forhandlinger blev der kun foretaget en fornuftig drøftelse af opslagene fra Société Nationale des Chemins de Fer Belges og af visse stillingsopslag fra Ville de Bruxelles (natvægtere, gartnermedhjælpere og blikkenslagere) og fra Auderghem kommune (specialarbejdere og B-faglærte arbejdere: blikkenslager, snedker, elektriker).

Det er altså helt præcist i forbindelse med disse stillinger, at man må undersøge det traktatbrud, som Belgien er sagsøgt for.

IV — Den væsentligste vanskelighed i den foreliggende sag beror på, at de »direkte anvendelige« fællesskabsbestemmelser er yderst kortfattede.

Traktatens artikel 48, stk. 2, der gentager princippet i artikel 7, stk. 1, fastslår, at den frie bevægelighed »forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes *arbejdstagere* for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår«.

I henhold til stykke 3 (som svarer til stykke 1 i artikel 56 vedrørende de selvstændige erhvervsdrivende) indebærer denne afskaffelse retten til, »med forbehold af de begrænsninger, der retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed, . . . a) at søge faktisk tilbudte stillinger . . .«.

Stykke 4 præciserer, at »bestemmelserne i denne artikel [ikke] gælder for ansættelser i den offentlige administration«.

Man har måske hidtil ikke tilstrækkeligt fremhævet, at den tyske version af sidstnævnte bestemmelse, som også er autentisk, ikke taler om ansættelser i den offentlige administration, men om det »forhold at være beskæftiget« i den offentlige administration eller det at udøve virksomhed (Beschäftigung: jf. ligeledes ordlyden af bilag VII omhandlet i tiltrædelsesaktens artikel 133, 4°): Zulassung zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit). Der vil ikke her kunne tales om en teknisk term, men om et praktisk farvet begreb, der er forskelligt fra udtrykket »faktisk tilbudte stillinger« (tatsächlich angebotene *Stellen),* jf. artikel 48, stk. 3, litra a).

Stykke 4 er i hvert fald ikke nogen gentagelse af stykke 3; det indebærer et supplerende forbehold. Det er grunden til, at Kommissionen må tage fejl, når den hævder, at »frem for alt vil stillinger, der berører statens indre og ydre sikkerhed, være omfattet«, da beskyttelsen af den »offentlige sikkerhed« allerede er omfattet af artikel 48, stk. 3. Det var tanken hos traktatforfatterne, at udelukkelsen fra »ansættelser i den offentlige administration« i forbindelse med denne type stillinger overflødiggjorde de »begrænsninger, der retfærdiggøres af hensynet til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed«, selv om der utvivlsomt eksisterer en vis forbindelse mellem de to udtryk.

Skønt artikel 49 bestemmer, at »så snart denne traktat er trådt i kraft, vedtager Rådet på forslag af Kommissionen og efter høring af Det økonomiske og sociale Udvalg ved udstedelse af direktiver eller forordninger de foranstaltninger, der er nødvendige for gradvis at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed, således som denne er bestemt i foregående artikel«, er der ikke vedtaget nogen retsakt siden Rådets forordning nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 og Rådets direktiv 68/360 af samme dato om afskaffelse af restriktioner for rejse og ophold inden for Fællesskabet for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer.

Tilsvarende er intet direktiv blevet vedtaget med særligt henblik på artikel 48, stk. 4, selv om artikel 56, stk. 2, foreskriver vedtagelse af direktiver om samordning af nationale bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed (Rådets direktiv 64/221 af 25. februar 1964 og ovennævnte direktiv 68/360 er [vedtaget i medfør heraf]).

Som de intervenerende regeringer gør gældende, er det berettiget heraf at slutte, at ingen bestemmelse i traktaten foreskriver harmonisering af de nationale administrative strukturer, bortset fra Kommissionens mulighed for at bruge sine beføjelser i medfør af kapitel 3 i tredje dels afsnit I vedrørende tilnærmelse af lovgivninger (artiklerne 100-102); undtagelsen i artikel 48, stk. 4, vedrører altså den offentlige administration med dennes opbygning i de forskellige medlemsstater. I mangel af EF-harmonisering på området vedrørende statsborgerskab er de forskellige nationale bestemmelser mulige og legitime og vil forblive mulige og legitime, og der vil stadig bestå en ulighed i den behandling, der følger af faktiske forskelle i et ikke-integreret område.

Under overskriften »Adgang til beskæftigelse« (på tysk: Zugang zur Beschäftigung) bestemmer artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 1612/68:

»1. Enhver statsborger i en medlemsstat har uanset bopæl ret til at tage og udøve *lønnet* beskæftigelse på en anden medlemsstats område i over-

ensstemmelse med de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, der gælder for arbejdstagere, der er statsborgere i denne stat.

2. Han har på en anden medlemsstats område navnlig samme fortrinsstilling som statsborgere i denne stat med hensyn til adgangen til ledige stillinger [på tysk: Zugang zu den verfügbaren *Stellen*]«.

Denne gennemførelsesbestemmelse er ikke til stor hjælp for tydningen af artikel 48, stk. 4, og interessen i — ja nødvendigheden af — at træffe fællesskabsforanstaltninger til gennemførelse af artiklen er kun så meget desto større. Det er imidlertid først og fremmest klart, at der ikke er grund til, som Broeksz fra Europa-Parlamentets talerstol foreslog den 17. januar 1972, at foretage en revision af traktatens artikel 48, stk. 4, under henvisning til, at »denne artikel skulle være uforenelig med traktatens ånd«! Medlemsstaterne vil næppe være indstillet på en sådan revision, undtagen for yderligere at understrege bestemmelsens restriktive karakter. Men ét er at »revidere« denne artikel, et andet at udarbejde gennemførelsesbestemmelser.

For mest muligt at begrænse antallet af traktatbrudssager og præjudicielle søgsmål, der efter sagens natur bliver forelagt i spredt orden, burde man i videst muligt omfang løse problemet ved generelle fællesskabsforanstaltninger, idet hver medlemsstat derefter vil fastsætte så præcise regler som muligt for at afgrænse forståelsen af »ansættelser i den offentlige administration« i traktatens forstand.

Kommissionens rolle som forslagsstiller forekommer mig ikke udtømt på dette område, når henses til, at den frie bevægelighed burde have været fuldstændigt gennemført langt før 1980. Der er heller ikke noget, der forhindrer Rådet i — selv om det ikke synes særlig tilbøjeligt til at gøre det for øjeblikket — at anmode Kommissionen om at fremsende et forslag til forordning eller direktiv med henblik på anvendelsen af artikel 48, stk. 4.

Det er så meget mere beklageligt, at Kommissionen erklærer, at den end ikke har til hensigt at udforme forslag dette spørgsmål vedrørende under henvisning til, at et sådant forslag ville være yderst kompliceret på grund af de mange og højst forskelligartede situationer, som begrebet »ansættelser i den offentlige administration« dækker: vanskelighederne er i det mindste lige så store for de nationale domstole og for Domstolen.

For at afgøre de utallige individuelle tvister, som opstår, er man altså nødt til at begrænse sig til en taktik, hvorefter der tages stilling fra tilfælde til tilfælde, selv om en global løsning synes at være påkrævet.

V — Med henblik på positivt at definere anvendelsesområdet for artikel 48, stk. 4, kunne man have været fristet til i første række at anvende kriterier vedrørende den offentligretlige eller den privatretlige karakter af ansættelsesforholdene.

Ifølge motiverne til forslaget til ratifikation af traktaten (dokument nr. III/3660 fra Bundestag, 2. valgperiode 1953, s. 25) »skal begrebet offentlig administration fortolkes indskrænkende. Man bør under ingen omstændigheder ved dette

udtryk forstå ansættelser i offentlige foretagender af industriel og kommerciel karakter«.

E. Wohlfahrt, U. Everling, H. J. Glaesener og R. Sprung præciserer i deres kommentar (1960, s. 160) i afsnittet skrevet af U. Everling, at undtagelsen i artikel 48, stk. 4, for så vidt angår Forbundsrepublikken, omfatter tjenestemænd, funktionærer og arbejdere, og at den offentlige administration omfatter de offentligretlige juridiske personer, navnlig kommunerne.

I sin fremstilling af etableringsretten i fællesmarkedet (Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, s. 46) skriver Everling: »Med hensyn til arbejderne, og altså de ansatte i den offentlige administration, er grænsen klart trukket: alle personer beskæftiget (alle Beschäftigten) i den offentlige administration er undtaget«.

Ifølge Quadri-Monaco-Trabucchi's kommentar (bind I, 1965, s. 391), jf. afsnittet forfattet af professor Levi Sandri, må man ved ordene i artikel 48, stk. 4, forstå ikke blot ansættelser i centraladministrationen (»l'administration directe de l'État«), men også de, der bliver til rådighed hos offentligretlige juridiske personer, som danner den »umiddelbare administration« (»l'administration indirecte«): nationaliserede eller »halv-statslige« offentlige virksomheder eller foretagender, lokale eller landsdækkende kollektive enheder eller hermed forbundne virksomheder på provins- eller kommunalplan. I forbindelse med de sidstnævnte siges det, »at de må være omfattet af denne bestemmelse, trods den industrielle karakter af den udøvede virksomhed, under hensyn til, at de ikke har status som juridiske personer, og at ansættelsesforholdet indgås direkte med det offentlige organ«.

I J. Mégret's kommentar, Le Droit de la CEE (bind III 1973, s. 6), skriver J. V. Louis: »Ifølge den belgiske udenrigsministers svar på et i Parlamentet stillet spørgsmål (ekstraordinær samling 1968, Sénat, Bull. Quest. et Rép., 30. juli 1968 nr. 6, spørgsmål fra Bascour af 27. juni 1968), udtrykker ordene »offentlig administration« den myndighed, der umiddelbart udøves af staten. Omfattet er således ministerierne, de halvstatslige organer og kommunale forvaltninger. Undtagelsen i stykke 4 må altså fortolkes indskrænkende. Det er derfor almindeligt antaget, at den ikke omfatter de offentlige virksomheder af kommerciel, industriel eller finansiel karakter, eller de private institutioner, der har fået overdraget at forvalte en offentlig tjeneste. Adgangen til den offentlige undervisningssektor må reguleres under anvendelse af det samme princip. Man må dog ifølge ministeren også bemærke, at forskellige forhold (kendskab til sproget, sammenlignelige eksamensbeviser) gør, at adgangen til ansættelse i den offentlige undervisningssektor rent faktisk sædvanligvis forbliver forbeholdt statsborgere. Den belgiske regering synes derfor ifølge denne forfatter heller ikke i princippet at udelukke, at den frie bevægelighed kan gælde for visse ansatte under staten, der ikke har status som tjenestemand, der udøver offentlig myndighed (»fonctionnaires d'autorité«).

I Frankrig har Conseil d'État i temmeligt vidt omfang ladet sig inspirere af begrebet mere eller mindre væsentlige opgaver, der indebærer udøvelse af særkompetencen offentlig myndighed, i det mindste når det drejer sig om en kontraktlig arbejdsaftale (de Robert Lafrégeyre, 26. 1. 1923, Recueil, s. 67).

Efter mit forslag til afgørelse af 5. december 1973 afviste Domstolen dog klart i den præjudicielle afgørelse af 12. februar 1974 (Sml., s. 162) forsøget på at drage en sondring, baseret på karakteren af den ansættende institution eller på karakteren af ansættelsesforholdet.

Man må erindre om ordlyden af visse præmisser i denne dom (den tyske version er den autentiske):

»4. Når man tager hensyn til, at princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed og ligestilling inden for Fællesskabet er grundlæggende i traktatens system, kan de *afvigelser*, [tysk tekst: »Ausnahmen«, dvs. undtagelser, på fransk: »dérogations«, som tillades af artikel 48, stk. 4, ikke tillægges en rækkevidde, som går ud over det mål, som denne *undtagelsesbestemmelse* [tysk tekst: »Bestimmung«, på fransk: »clause«] skal tjene;

de interesser, som denne bestemmelse tillader medlemsstaterne at beskytte, fremmes ved muligheden for at begrænse udenlandske statsborgeres adgang [tysk tekst: »Zugang«, på fransk: »admission«] til *visse hverv* i den offentlige administration; . . .

5. Det skal endvidere præciseres, om rækkevidden af den i artikel 48, stk. 4, fastsatte undtagelse kan fastlægges under hensyn til karakteren af retsforholdene mellem arbejdstageren og den administration, hvor han er ansat;

da der ikke er nogen sondring i den nævnte bestemmelse, er det *uden interesse*, om arbejdstageren er *ansat* [tysk tekst: »beschäftigt«, dvs. beskæftiget, på fransk: »engagé«] som arbejder, funktionær eller tjenestemand, og endvidere, *om ansættelsesforholdet henhører under den offentlige ret eller privatretten;*

disse juridiske kriterier er forskellige, alt efter de nationale retssystemer, og kan følgelig ikke yde et fortolkningsbidrag, som kan opfylde fællesskabsrettens krav;

6. Der bør derfor gives det svar på det stillede spørgsmål, at traktatens artikel 48, stk. 4, skal fortolkes således, at undtagelsen i denne bestemmelse udelukkende vedrører adgangen til *stillinger i den offentlige administration* [tysk tekst: »Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung«, på fransk: »des emplois relevant de l'administration publique«], og at karakteren af retsforholdet mellem den ansatte og administrationen *i denne forbindelse er uden betydning; . . .«.*

Endelig indeholder domskonklusionen (Sml., s. 366) [1] følgende af interesse for denne sag:

»Traktatens artikel 48, stk. 4, skal fortolkes således, at *undtagelsen* i denne bestemmelse udelukkende vedrører adgangen til *ansættelser i den offentlige administration* [tysk tekst: »Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung«, på fransk: »des emplois relevant de l'administration publique«]. Karakteren af retsforholdet mellem arbejdstageren og administrationen er i denne forbindelse uden betydning . . .«.

Hvis man tager disse ord efter deres pålydende, følger der heraf, at

1° artikel 48, stk. 4, er en afvigelse eller en undtagelsesbestemmelse,

2° de interesser, hvis beskyttelse retfærdiggør en afvigelse, er tilgodeset ved, at udenlandske statsborgeres adgang til »*visse hverv* i den offentlige administration« eller til »*stillinger* eller ansættelser i den offentlige administration« kan begrænses, men ikke mere vil kunne begrunde diskriminerende forholdsregler vedrørende aflønning eller andre arbejdsbetingelser over for arbejdstagere, når de først én gang har fået ansættelse i administrationens tjeneste; udtrykket »stilling eller ansættelse i den offentlige administration« dækker de betingelser, under hvilke arbejdstageren, efter at være ansat, er beskæftiget fra begyndelsen til slutningen af sin karriere som lønmodtager,

1 — Skal være: 166. O.a.

3° det i denne forbindelse er uden betydning, om retsforholdet henhører under den offentlige ret eller privatretten. Den omstændighed, at tvister vedrørende de pågældende stillinger i visse medlemsstater kan henhøre under forvaltningsdomstolene, hindrer slet ikke, at artikel 48, stk. 4, ikke kan påberåbes, hvis betingelserne for at anvende bestemmelsen ikke er opfyldt.

Kriteriet ses heller ikke at kunne søges i karakteren — økonomisk eller ikke-økonomisk — af det forfulgte formål. Det er ganske vist rigtigt, som den tyske regering har fremhævet, at reglerne om etableringsretten ikke gælder for sammenslutninger som sådan, der dog ved artikel 58 ligestilles med fysiske personer; selskaber, der ikke arbejder med gevinst for øje, er klart undtaget. Men disse selskaber kan selv være arbejdsgivere og have behov for lønmodtagere. Det var tilfældet med Scientology-kirken i Van Duyn-sagen.

I modsætning til det af de intervenerende medlemsstater hævdede tvinges man følgelig ikke til at antage, at enhver stilling, der af den pågældende medlemsstat anerkendes som henhørende under den offentlige administration, faktisk også gør det, ganske uanset af indholdet af den virksomhed, der udøves inden for stillingens rammer. Fastlæggelsen af dette indhold og rækkevidden af dette forbehold bør ikke udelukkende tilkomme medlemsstaterne uden kontrol fra fællesskabsinstitutionerne, navnlig fra Domstolen. At overlade medlemsstaterne suverænt at afgrænse området for den offentlige administration vil resultere i at give de forpligtelser, der for staterne følger af princippet om den frie bevægelighed, dvs. en af de fundamentale friheder i traktaten, en meget forskellig rækkevidde fra stat til stat.

Begrebet »ansættelser i den offentlige administration« kan i denne forbindelse sammenlignes med begrebet »offentlig orden«, hvorom Domstolen ved dom af 28. oktober 1975, Rutili (Sml., s. 231) [1] fastslog følgende:

»27. Dette begreb må imidlertid i fællesskabsretlig sammenhæng og særlig i det omfang, det skal retfærdiggøre en afvigelse fra de grundlæggende principper om arbejdskraftens ligebehandling og den frie bevægelighed, fortolkes *snævert*, således at dets rækkevidde ikke ensidigt kan afgøres af den enkelte medlemsstat uden fællesskabsinstitutionernes kontrol.«

Endvidere er det ganske vist ikke bestemt, at dels de begrænsninger, der retfærdiggøres af hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed (artikel 48, stk. 3), dels undtagelsen i artikel 48, stk. 4, »ikke må udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling«, således som artikel 36 bestemmer i forbindelse med de frie varebevægelser. Dette begreb må dog »ikke drejes bort fra dets egentlige funktion og påberåbes på grund af økonomiske forhold, ligesom det ikke må medføre indgreb i udøvelsen af fagforeningsrettigheder«, hvilket i øvrigt bekræftes af artikel 8 i forordning nr. 1612/68 (som ændret ved Rådets forordning nr. 312/76 af 9. februar 1976):

»1. En arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat og er beskæftiget på

1 — Skal være: 1231. O.a.

en anden medlemsstats område, har ret til ligestilling med hensyn til medlemskab af fagforeninger og udøvelse af fagforeningsrettigheder, herunder valgret samt adgang til administrative eller ledende stillinger i en fagforening; han kan udelukkes fra deltagelse i administration af offentligretlige organer og fra udførelse af offentligretlige erhverv. Han er endvidere valgbar til organer, der repræsenterer arbejdstagerne i virksomhederne«.

Endelig kan det indgreb, som i artikel 48, stk. 4, gøres i de rettigheder, der sikres ved artikel 48, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for den offentlige administrations gnidningsløse funktion »i et demokratisk samfund« (præmis 32 i Rutili-dommen).

Det er ikke det blotte faktum at være beskæftiget i den offentlige administration, som udløser anvendelsen af artikel 48, stk. 4: alene adgangen til *visse* stillinger henhørende under den offentlige administration eller adgangen til *visse* hverv i den offentlige administration er omfattet af denne bestemmelse.

Jeg mener, at formuleringen af Domstolens Sotgiu-dom vedrørende dette spørgsmål vidner om en vis påvirkning fra artikel 55, stk. 1, der bestemmer:

»*Virksomhed* [»Tätigkeiten« på tysk og »activités« på fransk] som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en Medlemsstat, er i den pågældende stat ikke omfattet af bestemmelserne i dette kapitel.«

Kilden til den nævnte bestemmelse findes i et fransk forslag fra 3. januar 1957 med følgende ordlyd:

»Denne artikel finder ikke anvendelse på virksomhed, der blot lejlighedsvis kan indebære udøvelse af en offentlig tjeneste eller et offentligt hverv, eller som er uadskilleligt forbundet med udøvelsen af en offentlig tjeneste, samt sammenslutninger stiftet i henhold til den offentlige ret eller privatretten, der ikke arbejder med gevinst for øje. Denne virksomhed er vedblivende undergivet national lovgivning«.

Delegationschefudvalget blev derefter enigt om fra gennemførelsen af etableringsretten at undtage »virksomhed, udøvet af statens tjenestemænd og af de offentlige myndigheder, som er undergivet staten, samt virksomhed udført af advokater og af personer, som har fået overdraget et offentligt hverv«.

Er det muligt, for nærmere at afgrænse, hvad der skal forstås ved »ansættelser i den offentlige administration« i artikel 48, stk. 4's forstand, ganske simpelt at henvise til denne bestemmelse i artikel 55, stk. 1?

Selv om disse to bestemmelser er beslægtede, har de ikke samme anvendelsesområde. Det kapitel (arbejdskraften), som artikel 48 er en del af, vedrører udelukkende lønmodtageres virksomhed, mens det kapitel (etableringsretten), hvori artikel 55 står, kun vedrører selvstændig erhvervsvirksomhed.

Kommissionen hævder, at det eneste formål, som staterne legitimt kan forfølge, er at forbeholde deres statsborgere de funktioner, hvis karakter indebærer, at deres indehavere deltager i udøvelsen af offentlig myndighed. Dog bemærkede den selv i sit indlæg i Sotgiu-sagen, at en sådan fortolkning ikke tog hensyn til de, klart tilsigtede, forskelle mellem de to bestemmelser; fortolkningen tog desuden heller ikke hensyn til det forhold, at artikel 55 vedrører accessoriske offentlige funktioner, udøvet af

selvstændigt erhvervsdrivende eller medlemmer af de liberale erhverv, dvs. personer, som kun udøver sådanne funktioner lejlighedsvis og på et almindeligvis velafgrænset område, mens artikel 48, stk. 4, vedrører personer, som fuldtids har lønnet beskæftigelse i den offentlige administration.

Kommissionen anerkender for øvrigt, at artikel 48, stk. 4's ordlyd er mindre restriktiv end artikel 55, stk. 1's ordlyd. Selvstændigt erhvervsdrivende behøver ikke at være ansat i offentlig administration, men kan alligevel udøve offentlig myndighed; en arbejdstager kan have en sådan stilling, uden at det nødvendigvis medfører udøvelse af sådanne beføjelser. Omvendt vil selv en lønmodtager, ansat af en privatperson eller et selskab, der enten har fået overdraget at udføre en offentlig tjenesteydelse eller er knyttet hertil, i givet fald, under hensyn til opgavens eller tjenesteydelsens karakter, kunne betragtes som »beskæftiget i den offentlige administration«.

Aflønningens offentlige karakter er imidlertid ikke tilstrækkelig til at kvalificere en ansættelse som »ansættelse i den offentlige administration«.

Det hænder endelig, at staten i visse statskontrollerede industrigrene beskæftiger arbejdere, hvis løn er fastsat på grundlag af den løn, som betales i den samme industrigren i den private sektor. Dette gælder, hvad man i Frankrig f.eks. kalder »det civile personel ved militærinstallationer« eller »arbejderpersonellet ved flådestationer og marineinstallationer«. I disse sektorer enten konkurrerer det offentlige med private virksomheder eller har en monopolstilling over for dem. Ikke desto mindre vil artikel 48, stk. 3, kunne finde anvendelse i dette tilfælde.

Samtidig med at jeg skal vogte mig for at gøre mig til talsmand for, at »Domstolen skal optræde som lovgiver«, for at gentage generaladvokat Warners udtryk i forslaget til afgørelse af 10. juli 1980 i Paschek-sagen, vil jeg lægge vægt på følgende kriterier:

1° Positivt set er det væsentlige for anvendelsen af artikel 48, stk. 4, den administrative *karakter* af den reelt udøvede virksomhed; således henhører en virksomhed i et offentligt foretagende, der forvalter en administrativ ydelse, under artikel 48, stk. 4.

2° Undtagelsen i artikel 48, stk. 4, omfatter i hvert fald stillinger, som har direkte eller indirekte forbindelse med — selv blot lejlighedsvis — udøvelse af særkompetencen offentlig myndighed, der ikke kendes i det privatretlige system (»prérogatives de puissance publique exorbitantes du droit commun«).

3° Negativt set er den blotte, selv direkte, deltagelse i forvaltningen eller udførelsen af en offentlig tjeneste ikke tilstrækkelig til at udelukke en stilling fra det normale anvendelsesområde for artiklerne 48—51. Disse artikler omfatter stillinger i offentlige tjenestegrene af industriel og kommerciel karakter, selv dem, der er betroet nationaliserede offentlige foretagender.

Tilbage står den af de intervenerende regeringer rejste indsigelse om, at det er vanskeligt i Kommissionens tese at forlige udlændinges adgang til en stilling »i den offentlige administration« med den — berettigede — udelukkelse af dem fra overordnede stillinger i hierarkiet: dels følger muligheden for forfremmelse til sådanne stillinger af det i adskil-

lige medlemsstater fastslåede »karriereprincip«, dels begrunder udøvelsen af det ansvar, som disse stillinger indebærer, klart anvendelsen af forbeholdet i artikel 48, stk. 4.

Det forekommer mig, at det er muligt at imødegå dette tungtvejende argument ved at foreslå, at der sondres efter, om det drejer sig om begyndelsen på en karriere, der i reglen indebærer adgang til en stilling med myndighed: i et sådant tilfælde vil udelukkelsen være begrundet straks. Artikel 48, stk. 4, betyder nemlig ikke, at adgangen til ligegyldigt hvilken stilling »i den offentlige administration« falder uden for det i artikel 7 fastsatte forbud mod enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Sidstnævnte artikels stykke 1 giver Rådet hjemmel til at vedtage »forskrifter med henblik på at forbyde sådan forskelsbehandling«. Ligesom stykke 2 i artikel 55 hjemler bestemmelsen således den nævnte institution beføjelse til at »lovgive« på området til sikring af, at lige adgang til de pågældende stillinger kan forliges med beskyttelsen af medlemsstaternes suveræne rettigheder. De nødvendige sondringer vil således kunne opstilles efter de kriterier, som jeg har foreslået, og personer, der, selv i den offentlige administration, har stillinger som »arbejdstagere«, vil blive omfattet af artikel 48, stk. 4, når man blot i bestemmelser vedtaget i medfør af artikel 7 henviser til denne regel.

For øvrigt forekommer ingen af de stillinger, der er omfattet i de definitivt af Kommissionen anfægtede tilbud, at indebære sådanne karrieremuligheder. F.eks. en jernbanearbejder eller en skinnelægger vil, selv med tjenestemandsstatus, ikke have udsigt til at blive generaldirektør.

VI — Anvendelsen af de anførte kriterier på stillingsopslagene fra Société Nationale des Chemins de Fer Belges fører mig til den opfattelse, at statsborgerskabskravet i opslagene er i strid med traktaten.

Denne antagelse bekræftes desuden af Domstolens dom af 4. april 1975 i sagen Kommissionen mod Den franske Republik. Domstolen fastslog i præmis 33 (Sml., s. 371), at »anvendelsen af artiklerne 48 og 51 på transportområdet [altså også på jernbanetransportområdet] er obligatorisk for medlemsstaterne«.

Der kan ikke rokkes ved denne konstatering ved at henvise til, at medlemsstaternes statsborgere, når de én gang er ansat i disse stillinger, kan vælges til administrative eller ledende stillinger i en fagforening (artikel 8, stk. 1 i forordning nr. 1612/68), og at denne valgbarhed indebærer muligheden for at deltage i virksomhedsledelse, i det mindste efter gældende lov i visse medlemsstater.

Selv om jernbanearbejderne i visse medlemsstater er tjenestemænd, og selv om de i tilfælde af krig eller trusler om krig uden videre kan udskrives til tjeneste, er lønmodtagerne inden for banerne heller ikke omfattet af artikel 48, stk. 4.

Trods den offentlige karakter af den tjeneste, der ydes af en virksomhed, som — i medfør af en privatretlig kontrakt — af en kommune har fået overdraget renovationsarbejdet ved hjælp af egne vogne, har Domstolen ikke villet antage (Nehlsen-dommen af 6. 12. 1979, Sml., s. 3639), at disse vogne bruges af andre offentlige myndigheder til offentlige tjenesteydelser, som ikke konkurrerer med professionelle transportører.

For at undgå, at adgangen for andre medlemsstaters statsborgere ledsages af en »status til rabatpris« eller en forværring af de nationale statsborgeres lønforhold, tilføjede Domstolen (præmis 45 i dommen Kommissionen mod Den franske Republik, Sml., 1974, s. 373), at »virkningen af den absolutte karakter af forbudet i artikel 48, stk. 2, ligeledes er i overensstemmelse med det mål, der er optaget i traktatens artikel 117, at sikre egne statsborgere, at de ikke udsættes for ugunstige følger af fremmede statsborgeres tilbud om eller antagelse af mindre fordelagtige arbejds- eller lønvilkår, end der gælder i henhold til den nationale ret, *idet et sådant tilbud eller en sådan antagelse er forbudt*«.

Hvad angår de omtvistede stillinger, der er tilbudt af Ville de Bruxelles og af Auderghem kommune, adskiller de sig på ingen måde fra stillinger i virksomheder eller foretagender, der udøver industriel eller kommerciel virksomhed.

Da der imidlertid her er tale om kommunalforvaltning, må man tage hensyn til en nyere dom, afsagt af Domstolens anden afdeling den 8. marts 1979 i en præjudiciel sag, Lohmann (Sml., s. 854) på grundlag af forslag til afgørelse fra generaladvokat Capotorti.

Hovedsagen vedrørte en tidligere kommunal eller hermed ligestillet tjenestemand i Nederlandene.

I forbindelse med artikel 4, stk. 4, i Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om social sikring af vandrende arbejdstagere, hvorefter forordningen »hverken finder anvendelse på offentlig social og sundhedsmæssig forsorg eller på ordninger til fordel for ofre for krig eller dens følger eller *på særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer*«, udtalte Domstolen (præmis 3, Sml., s. 860), at »denne undtagelse i øvrigt blot er en logisk konsekvens af traktatens artikel 48, stk. 4, som bestemmer, at 'ansættelser i den offentlige administration' ikke er omfattet af reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet«.

Dette præjudikat kan muligvis rejse tvivl om Sotgiu-dommen, for så vidt som denne totalt afviste, at der lægges vægt på den retlige karakter af ansættelsesforholdet eller på arbejdsgiverens status. Hvis nu de stillinger, hvorom der er tale i de omtvistede opslag, skulle være dækket af en særlig ordning om social sikring, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, burde man logisk derfra kunne slutte, at det drejer sig om »ansættelser i den offentlige administration« i artikel 48, stk. 4's forstand.

Dog har kongeriget Belgiens befuldmægtigede hverken bevist eller blot tilbudt at bevise, at de pågældende stillinger henhørte under en særlig ordning, som omhandlet i artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71. Han har følgelig ikke, sådan som det måtte påhvile ham, afkræftet formodningen om den ikke-administrative karakter af de pågældende stillinger.

Det er vel rigtigt, at det ville kunne kræves af ansøgere til kommunale stillinger, at de er indehavere af de *borgerlige* rettigheder (valgret og valgbarhed), jf. artikel 19, 2°, i den franske lov af 28. april 1952, idet de nemlig inden for rammerne af disse stillinger kan have pligt til at deltage i forvaltningen af

offentligretlige organer og i udøvelsen af et offentligretligt hverv.

Andre EF-statsborgere end landets egne statsborgere har imidlertid ikke uden videre disse rettigheder, således at kravet om, at de borgerlige rettigheder består, ville føre til at begrænse adgangen til sådanne stillinger. Men de omtvistede opslag stiller intet krav desangående, der kræves endda ikke besiddelse af en »vandelsattest«.

Jeg foreslår, at Domstolen statuerer, at kongeriget Belgien ved at tillade krav om belgisk statsborgerskab som betingelse for ansættelse i følgende stillinger:

— ufaglærte arbejdere, lokomotivførerelever, signalpassere hos SNCB, natvægtere, gartnermedhjælpere, blikkenslagere ved Ville de Bruxelles, specialarbejdere og B-faglærte arbejdere hos Auderghem kommune

ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler det i medfør af EØF-traktatens artikel 48, stk. 4, og Rådets forordning nr. 1612/68.

Jeg foreslår ligeledes, at kongeriget Belgien pålægges sagens omkostninger.