Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
WAHL
föredraget den 5 juni 2014[1]

Mål C-270/13

Iraklis Haralambidis
mot
Calogero Casilli

(Begäran om förhandsavgörande av Consiglio di Stato (Italien))

”Fri rörlighet för arbetstagare — Uppgifter som ankommer på ordföranden för en hamnmyndighet — Artikel 45.4 FEUF — Villkor avseende nationalitet — Begreppet ”offentlig tjänst” — Myndighetsutövning — Uppgifter som utövas med hänsyn till allmänintresset — Befogenheter som utövas sporadiskt eller under exceptionella omständigheter”

1. Omfattas uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet av begreppet ”offentlig tjänst” i den mening som avses i artikel 45.4 FEUF och får medlemsstater således begränsa detta uppdrag till deras egna medborgare och därmed avvika från bestämmelsen om fri rörlighet för arbetstagare? Detta är i huvudsak vad Consiglio di Stato (Italien) har önskat få klarhet i genom de hänskjutna tolkningsfrågorna.

2. Domstolen har redan behandlat begreppet ”offentlig tjänst” i ett flertal mål i vilka talan väckts vid den, både mål om förhandsavgöranden och mål om fördragsbrott. Ett antal av domstolens avgöranden, särskilt de tidigare, är ganska kortfattade och klargör inte i någon större utsträckning vissa aspekter som – enligt min uppfattning – är av stor betydelse för bedömningen av huruvida ett visst uppdrag i en medlemsstats offentliga förvaltning omfattas av tillämpningsområdet för artikel 45.4 FEUF eller inte.

3. Förevarande mål ger således domstolen en möjlighet att finslipa och förtydliga begreppet ”offentlig tjänst” – ett begrepp vars tillämpningsområde och betydelse endast, som jag ska försöka förklara i detta förslag, kan bedömas genom att se till själva existensberättigandet av artikel 45.4 FEUF.

1 — Originalspråk: engelska.

I – **Tillämpliga italienska bestämmelser**

4. I artikel 38.1 and 38.2 i lagdekret nr 165 av den 30 mars 2001 ”Allmänna bestämmelser för organisationen av arbetet inom den offentliga förvaltningen” [2] i den version som var i kraft vid tidpunkten för händelserna i målet föreskrevs följande:

”1. [EU-]medlemsstaternas medborgare ska ha tillgång till uppdrag inom den offentliga förvaltningen som inte avser direkt eller indirekt utövande av offentlig makt, och inte gäller skydd för nationens intresse.

2. Ett dekret av ordföranden för ministerrådet … ska fastställa de uppdrag och uppgifter som endast italienska medborgare får utföra, samt de tvingande villkor som gäller för tillgång till uppdrag för de medborgare som avses i punkt 1.”

5. Det aktuella dekretet av ordföranden för ministerrådet antogs den 7 februari 1994. [3] I artikel 1.1 b i detta dekret föreskrivs att de uppdrag inom den offentliga förvaltningen till vilka tillgång inte kan ges utan italienskt medborgarskap inbegriper ”de högsta förvaltningsuppdragen inom de perifera strukturerna i den offentliga förvaltningen, inbegripet självständiga förvaltningsorgan i de offentliga icke-ekonomiska enheterna i provinser, kommuner och regioner, samt Banca d’Italia”.

6. Enligt beslutet om hänskjutande är hamnmyndigheter en särskild typ av offentligt organ, som lyder under lag nr 84 av den 28 januari 1994, ”Omarbetning av hamnbestämmelserna” (”lag nr 84/1994”). [4]

7. Genom artikel 6.1 i lag nr 84/1994 inrättas en hamnmyndighet i hamnen Brindisi, och på andra platser, och denna hamnmyndighet ges följande uppgifter:

”a) Ledning, programmering, koordinering och kontroll av hamnoperationer och andra kommersiella och industriella aktiviteter i hamnar, med behörighet att reglera och förordna, inbegripet avseende säkerhet mot risker för olyckor relaterade till sådana aktiviteter och hälsan i arbetet…,

b) Ordinarie och extra underhåll av gemensamma områden inom hamnområdet …

c) Tilldelning och kontroll av aktiviteter i syfte att, mot ersättning, tillhandahålla tjänster av allmänintresse … till hamnanvändare … definierade i dekret av ministern för infrastruktur och transport.

8. Enligt artiklarna 6.2–6.4 i lag nr 84/1994, är hamnmyndigheten en offentligrättslig juridisk person och åtnjuter en administrativ självständighet, i enlighet med bestämmelserna i artikel 12 i samma lag, samt en självständighet med hänsyn till budget och ekonomi, inom vissa gränser. Hamnmyndighetens tillgångar och ekonomiska ledning styrs av en räkenskapsförordning som har godkänts av transport- och sjöfartsministern, enligt överenskommelse med finansministern. Hamnmyndighetens räkenskaper kontrolleras av den italienska revisionsrätten.

9. Enligt artikel 7 i lag 84/1994 gäller följande:

”1. Hamnmyndighetens ledningsorgan är: a) ordföranden, b) hamnkommittén, c) generalsekreteraren, d) revisionsgruppen.

2 — Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (GURI nr 106 av den 9 maj 2001, ordinarie tillägg nr 112).

3 — ”Förordning om tillgång för EU-medlemsstaternas medborgare till uppdrag inom offentlig förvaltning” (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174, Regolamento recante norme sull’accesso dei cittadini degli Stati membri dell’Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche) (GURI No 61 of 15 March 1994) (GURI nr 61 av den 15 mars 1994).

4 — _ Legge 28 gennaio 1994, n. 84, Riordino della legislazione in materia portuale (GURI nr 28 av den 4 februari 1994, ordinarie tillägg nr 21).

2. Ordförandens [och övriga medlemmar i hamnens ledningsorgans] ersättning finansieras av hamnmyndigheten och fastställs av hamnkommittén inom de maximala gränser som fastställs genom dekret av ministern för transport och sjöfart …”

10. I punkt 3 i samma bestämmelse anges att transport- och sjöfartsministern genom dekret kan förordna om att ordföranden ska avsättas och att hamnkommittén ska upplösas under vissa omständigheter.

11. I artikel 8.1 och 8.2 i lag nr 84/1994 föreskrivs att ordföranden för hamnmyndigheten ska utses genom dekret av transport- och sjöfartsministern, enligt överenskommelse med den berörda regionen, från en grupp av tre kvalificerade experter inom området transport och hamnekonomi som har utsetts av de relevanta organen i den behöriga provinsen, staden och handelsgruppen. Ordförandens mandat är fyra år och kan förnyas en gång. Vederbörande representerar hamnmyndigheten.

12. Enligt artikel 8.3 i samma lag har hamnmyndighetens ordförande följande uppgifter:

”a) att utföra ordförandeskapet i hamnkommittén,

b) att till hamnkommittén framställa den treåriga verksamhetsplanen för antagande,

c) att till hamnkommittén framställa hamnplaneringen för antagande,

d) att till hamnkommittén framställa utkast till beslut om budgetuppskattning och ändringar av detta, balansräkning och generalsekreterarens ersättning, samt införlivandet av personalavtal avseende det tekniska och operativa sekretariatet,

e) att till hamnkommittén föreslå utkast till beslut om de i punkt 6.5 nämnda koncessionsavtalen,

f) att säkerställa koordinering av den verksamhet som utövas i hamnen av de olika offentliga myndigheterna, såväl som koordinering och kontroll av de aktiviteter som är föremål för licenser och koncessionsavtal, samt hamntjänster

…

h) att förvalta de kustområden som utgör statlig egendom i området [där den utövar sin behörighet], i enlighet med tillämplig lagstiftning, genom att efter att ha hört hamnkommittén utöva de uppdrag som föreskrivs i artiklarna 36–55 och 68 i den [italienska] sjöfartslagen [5] samt reglerna för införlivande av dessa bestämmelser.

i) att utöva de behörigheter som hamnmyndigheten har enligt artikel 16 [6] och 18 [7] och att, efter att ha hört hamnkommittén, tilldela de tillstånd och koncessionsavtal som föreskrivs i dessa artiklar när dessa har en varaktighet som inte överstiger fyra år och fastställa beloppet för de avgifter som ska erläggas …,

l) att främja inrättandet av en fackförening för hamnarbetarna …,

m) att säkerställa farbarhet i hamnområdet samt schaktnings- och underhållsarbeten på havsbottnen … vid omedelbara behov och akuta situationer, genom att fatta bindande beslut …,

5 — Dessa bestämmelser i den italienska sjöfartslagen avser koncessionsavtal eller användning av kustområden som utgör statlig egendom (artiklarna 36–55) och övervakning av hamnaktiviteter (artikel 68).

6 — Artikel 16 i lag nr 84/1994 avser ”hamnoperationer och hamntjänster”.

7 — Artikel 18 i lag nr 84/1994 avser ”tilldelning av koncessionsavtal för [hamn-] områden och kajer.

n) att framställa förslag angående avgränsningen av frizoner, efter att ha hört sjöfartsmyndigheten och de berörda lokala myndigheterna.

n-bis) att utöva varje annan behörighet som denna lag inte har gett de övriga ledningsorganen inom hamnmyndigheten.”

13. Enligt artikel 12 i lag nr 84/1994 ska hamnmyndigheten stå under tillsyn av transport- och sjöfartsministern. I synnerhet ska ordförandens och hamnkommitténs beslut godkännas av denna minister när de avser a) godkännande av uppskattad budget, eventuella ändringar av denna och balansräkningen, och b) rekrytering avsekretariatet för teknisk och operativ personal. Vidare kräver de ovan under a) nämnda besluten även godkännande av finansministern. Den italienska revisionsrätten ska även övervaka vissa delar av hamnmyndighetens verksamhet.

II – **Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna**

14. Iraklis Haralambidis, en grekisk medborgare, utnämndes till ordförande för hamnmyndigheten i Brindisi (Italien) av den italienska ministern för infrastruktur och transport genom dekret av den 7 juni 2011, som utfärdades efter utfallet av ett i lag föreskrivet förfarande.

15. Därefter väckte en av de övriga kandidaterna till utnämningen, Calogero Casilli, en italiensk medborgare, talan vid Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sede di Lecce (nedan kallad TAR Puglia) (den regionala förvaltningsdomstolen i Puglia, Lecce-avdelningen) och yrkade att nämnda ministerdekret skulle upphävas. Calogero Casilli gjorde gällande att Iraklis Haralambidis inte kunde utnämnas till ordförande för hamnmyndigheten i Brindisi, eftersom italienskt medborgarskap var ett tvingande villkor för detta offentliga uppdrag.

16. TAR Puglia biföll Calogero Casillis talan och upphävde, genom dom av den 26 juni 2012 det ministerdekret genom vilket Iraklis Haralambidis utnämnts.

17. Iraklis Haralambidis överklagade TAR Puglias dom till Consiglio di Stato. Iraklis Haralambidi anförde att om de tillämpliga nationella bestämmelserna skulle tolkas så att italiensk nationalitet var ett krav för att utnämnas till det aktuella uppdraget, var dessa bestämmelser oförenliga med artikel 45.4 FEUF.

18. Då Consiglio di Stato hyste tvivel beträffande huruvida de tillämpliga italienska bestämmelserna var förenliga med unionsrätten, beslutade den att vilandeförklara målet och till domstolen hänskjuta följande frågor för ett förhandsavgörande:

”1. Med hänsyn tagen till att undantaget enligt artikel 45.4 FEUF inte förefaller vara av betydelse i detta mål [– utnämning av en medborgare i en annan medlemsstat till ordförande för en hamnmyndighet, som är en juridisk person som har ställning som offentligrättsligt organ –] eftersom undantaget avser ... anställning i offentlig tjänst (som i det aktuella fallet ... inte föreligger) och då förtroendeuppdraget som ordförande för hamnmyndigheten – likväl – kan betecknas som anställning i vid mening, ... innebär den undantagsregel enligt vilken nämnda uppdrag endast får innehas av italienska medborgare diskriminering på grund av nationalitet vilket är förbjudet enligt nämnda artikel 45 FEUF?

2. Kan uppdraget som ordförande för en italiensk hamnmyndighet, i det fall det innehas av en medborgare i en annan medlemsstat, annars anses omfattas av etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF och följande artiklar och innebär i så fall förbudet enligt det nationella regelverket mot att en icke italiensk medborgare innehar nämnda uppdrag diskriminering på grund av nationalitet, det vill säga kan denna omständighet anses utgöra något av de undantag som medges i nämnda artikel 51 FEUF?

3. För det andra, kan uppdraget som ordförande för en italiensk hamnmyndighet, i det fall det innehas av en medborgare i en annan medlemsstat, anses vara tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i direktiv 2006/123/EG[8]? Är det då av betydelse även för detta mål att nämnda direktiv inte ska tillämpas på hamntjänster och – om så inte är fallet – innebär då förbudet enligt det nationella regelverket mot att en medborgare i en annan medlemsstat innehar nämnda uppdrag, diskriminering på grund av nationalitet?

4. För det tredje ... kan uppdraget som ordförande för en italiensk hamnmyndighet, i det fall det innehas av en medborgare i en annan medlemsstat, förutsatt att det inte kan anses hänföras till ovannämnda situationer, rent generellt i enlighet med artikel 15 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [stadgan], betraktas som en rättighet som härrör från gemenskapsmedborgarens rätt att ”arbeta, etablera sig samt tillhandahålla tjänster i varje medlemsstat”, även oberoende av de branschspecifika bestämmelserna i dels artiklarna 45, 49 och följande artiklar FEUF, dels direktiv [2006/123] om tjänster på den inre marknaden? Strider således förbudet enligt det nationella regelverket mot att en medborgare i en annan medlemsstat innehar nämnda uppdrag mot det lika allmänna förbudet mot diskriminering på grund av medborgarskap enligt artikel 21.2 i stadgan?”

19. Skriftliga yttranden har i förevarande mål inkommit från Iraklis Haralambidis, Calogero Casilli, Autorità Portuale di Brindisi, från den italienska, den spanska och den nederländska regeringen samt från kommissionen.

20. Den 12 februari 2014 begärde domstolen vissa förtydliganden från den italienska regeringen avseende betydelsen av vissa bestämmelser i italiensk rätt och bad samtidigt de parter som närvarade vid förhandlingen att fokusera sina muntliga yttranden till den hänskjutande domstolens första två frågor. Den italienska regeringen svarade på begäran om förtydligande den 27 februari 2014.

21. Den italienska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen som hölls den 26 mars 2014.

III – **Bedömning**

A – *Omformulering av tolkningsfrågorna*

22. Den hänskjutande domstolen har genom sina fyra frågor i huvudsak önskat få klarhet i huruvida en nationell bestämmelse enligt vilken endast nationella medborgare får utnämnas till ordförande för en hamnmyndighet är förenlig med unionsrätten.

23. Innan jag påbörjar min rättsliga bedömning anser jag att det är viktigt att placera förevarande mål i sitt korrekta rättsliga sammanhang i syfte att vederbörligen omformulera de hänskjutna frågorna. I detta syfte ska jag göra fyra inledande anmärkningar.

24. För det första omfattar lydelsen av begäran om förhandsavgörande en hänvisning till flera bestämmelser i EU:s primärrätt (artiklarna 45 och 49 och följande artiklar FEUF, samt artiklarna 15 och 21.2 i stadgan) och i sekundärrätten (bestämmelser i direktiv 2006/123), som bestämmelser som kan vara oförenliga med den aktuella nationella bestämmelsen.

25. Som anges i inledningen till detta förslag står det enligt min uppfattning klart att nyckelbestämmelsen i unionsrätten i det aktuella målet är artikel 45 FEUF.

8 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, s. 36).

26. Trots de tvivel som dels den hänskjutande domstolen, dels den italienska regeringen har uttryckt, anser jag att ordföranden för en hamnmyndighet kan definieras som en arbetstagare i den mening som avses i artiklarna 45–48 FEUF.

27. Enligt domstolens fasta praxis kan begreppet ”arbetstagare” inte tolkas olika beroende på vilka nationella bestämmelser eller principer som är tillämpliga i de olika medlemsstaterna, utan är ett självständigt unionsrättsligt begrepp.[9] Vidare ska detta begrepp tolkas brett, så att det omfattar varje person som utför verkligt och faktiskt arbete, med undantag av arbete som utförs i så liten omfattning att det framstår som marginellt och sidoordnat. Kännetecknet för ett anställningsförhållande är att en person under en viss tid mot ersättning utför arbete åt en annan person under dennes ledning.[10]

28. Som den spanska regeringen och kommissionen har gjort gällande tycks ordföranden för en hamnmyndighet uppfylla dessa krav. En person som utnämns till detta uppdrag igår ett avtalsförhållande med den hamnmyndighet som, för det arbete som denna person utför regelbundet under en viss period (en fyra-årsperiod som kan förnyas en gång), betalar ersättning till vederbörande. Ersättningsbeloppet fastställs i förväg och är kopplat till ersättningen för ett jämförbart uppdrag på hög nivå inom den offentliga förvaltningen, inom de gränser som de behöriga ministrarna har fastställt.

29. Trots att ordföranden innehar en verkställande funktion inom den enhet som anställer honom, och således åtnjuter ett relativt brett utrymme för skönsmässig bedömning med hänsyn till det faktiska utövandet av sitt uppdrag, omfattas han av tillsyn. I synnerhet har ministern för infrastruktur och transport (som ibland agerar i överenskommelse med finansministern eller andra offentliga myndigheter) behörigheter avseende ledning, tillsyn och i förekommande fall sanktioner beträffande ordföranden för en hamnmyndighet.

30. Ordföranden för en hamnmyndighet utses inte bara av ministern för infrastruktur och transport (enligt överenskommelse med den behöriga regionala myndigheten), utan kan också avsättas av denna minister. Detta är möjligt när de omständigheter som anges i artikel 7.3 i lag nr 84/1994 föreligger och, mer allmänt, när avsättandet blir nödvändigt för att säkerställa en god förvaltning av hamnmyndigheten, med stöd av den underförstådda behörighet som regeringen har i denna fråga enligt de italienska domstolarnas praxis.[11]

31. Vidare ska vissa av de nyckelbeslut som fattas av ordföranden, eller den hamnkommitté som han leder, också godkännas av regeringen, enligt artikel 12 i lag nr 84/1994. Den behöriga ministerns befogenheter tycks dessutom gå ännu längre än så. Som den italienska regeringen har påpekat, har möjligheten att en ordförande för en hamnmyndighet medvetet skulle bortse från de instruktioner som den behöriga ministern gett honom i Consiglio di Statos praxis beskrivits som otänkbar. Consiglio di Stato har, i detta sammanhang, understrukit det förtroende som måste finnas mellan ordföranden för en hamnmyndighet och den behöriga ministern.[12] Det kan således inte förnekas att ordföranden för en hamnmyndighet är underordnad den behöriga ministern, även om detta förhållande till viss del är begränsat och främst innebär en tillsyn i efterhand.

9 — Se, bland annat, dom av den 14 juni 2012 i mål C-542/09, kommissionen mot Nederländerna (REG 2012, s. I-0000), punkt 68, och dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. I-2121), punkt 16.

10 — Se, bland annat, dom av den 28 februari 2013 i mål C-544/11, Petersen (REG 2013, s. I-0000), punkt 30, och domen i målet Lawrie-Blum (ovan fotnot 9), punkterna 16 och 17.

11 — Se, särskilt, Consiglio di Statos dom av den 13 maj 2013, Sezione IV, nr 2596, Ciani c. Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, punkt 4.4.1.

12 — Ibidem, punkt 4.6.

32. Omvänt är det uppenbart att uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet saknar de drag som typiskt sett är knutna till idén om en oberoende tillhandahållare av tjänster, det vill säga ett större handlingsutrymme avseende valet av vilket arbete och vilka uppgifter som ska utföras, det sätt på vilket detta arbete eller dessa uppgifter ska genomföras, arbetstider och arbetsplats samt beträffande valet av den egna personalen. [13]

33. Sammanfattningsvis kan det konstateras att ordföranden för en hamnmyndighet är i ett anställningsförhållande av sitt eget slag med staten som, i tillämpliga delar liknar det som domstolen undersökte i målet Danosa. [14] I det målet angav domstolen att en ledamot i ett privat bolags ledningsorgan skulle betraktas som en arbetstagare i den mening som avses i direktiv 92/85/EEG. [15]

34. Jag anser således att den situation som målet vid den nationella domstolen avser ska prövas mot bakgrund av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för arbetstagare. Närmare bestämt är den fria rörligheten för arbetstagare (såsom den garanteras genom artikel 45.1–45.3 FEUF) och undantaget från denna (i artikel 45.4), bestämmelser som kommer att ge ett svar i förevarande mål.

35. Likväl – och nu kommer jag till min andra inledande anmärkning – är jag övertygad om att de bestämmelser som föreskrivs i artiklarna 45.4 och 51 FEUF, trots deras olika lydelser, ska tolkas på samma sätt. Som generaladvokaterna Mayras [16] och Mancini [17] på ett övertygande sätt har anfört, beror olikheten i innehållet i de båda bestämmelserna på att de situationer som avses i dessa är olika. Båda bestämmelserna har emellertid samma syfte, nämligen att tillåta medlemsstaterna att göra undantag från den grundläggande princip som förbjuder diskriminering på grund av nationalitet inom den inre marknaden, genom att till sina egna medborgare reservera utövandet av viss verksamhet som utförs i allmänhetens intresse av individer som, för detta ändamål, har tillskrivits vissa maktbefogenheter. Följaktligen anser jag gällande tolkningen av artikel 45.4 FEUF att hänsyn ska tas inte bara till domstolens praxis som avser denna bestämmelse utan även, i tillämpliga delar, till de principer som föreskrivs i domstolens praxis avseende artikel 51 FEUF, vilken i realiteten har utvecklats på ett mycket liknande sätt. [18]

36. För det tredje är, som kommissionen med rätta har påpekat i sina yttranden, de övriga unionsrättsliga bestämmelser till vilka den nationella domstolen har hänvisat, antingen inte tillämpliga på målet vid den nationella domstolen eller, under alla omständigheter, överflödiga för bedömningen av det aktuella målet. Inledningsvis anges det uttryckligen i artikel 2.2 d i direktiv 2006/123 att direktivet inte ska tillämpas på ”[t]jänster på transportområdet, inbegripet hamntjänster, som omfattas av avdelning V i EG-fördraget”. Således skulle även om man betraktade ordföranden för en hamnmyndighet som en tillhandahållare av tjänster, tillämpligheten av direktiv 2006/123 vid första påseendet förefalla utesluten. Vidare tycks inte de båda bestämmelser i stadgan som den hänskjutande domstolen har nämnt tillföra några ytterligare aspekter av oförenlighet, utöver dem som kan följa av

13 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 1989 i mål C-3/87, Agegate (REG 1989, s. I-4459), punkt 36. Se även dom av den 13 februari 2014 i mål C-596/12, kommissionen mot Italien (REG 2014, s. I-0000), punkt 16 och följande punkter, och *e contrario* dom av den 27 juni 1996 i mål C-107/94, Asscher (REG 1996, s. I-3089), punkt 26.

14 — Dom av den 11 november 2010 i mål C-232/09, Danosa (REG 2010, s. I-11405), punkterna 38–51.

15 — Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6 s. 3).

16 — Förslag till avgörande i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631), punkt 665.

17 — Förslag till avgörande i mål 307/84, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 1725), punkt 1731.

18 — Se i detta hänseende, i juridisk doktrin, Dashwood, A., m.fl., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland: 2011 (6e upplagan), s. 569; Mortelmans, K.J.M., ”The Functioning of the Internal Market: The Freedoms', in Kapteyn, P.J.G. m.fl., *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer International, Alphen aan den Rhijn: 2008 (4e upplagan), s. 575–784, på s. 731, och Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford: 2007 (4e upplagan), s. 520.

tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare.[19] Både artikel 15, som avser ”[f]ritt yrkesval och rätt att arbeta” och artikel 21.2 i stadgan, som förbjuder diskriminering på grund av nationalitet inom EU-fördragens tillämpningsområde, föreskriver principer som uttryckligen eller underförstått omfattas av artikel 45 FEUF.

37. För det fjärde vill jag slutligen omedelbart understryka att domstolen konsekvent har antagit en funktionell definition av de uppdrag som utgör offentlig tjänst i den mening som avses i artikel 45.4 FEUF.[20] Vad som verkligen är relevant enligt denna bestämmelse är inte utnämningen till uppdraget eller dess rättsliga ställning, dess organiska kopplingar till de offentliga myndigheterna[21] eller dess ställning inom den offentliga förvaltningen,[22] utan snarare dess faktiska art, ansvar och funktioner.[23]

38. Således kan domstolen i förevarande mål inte på ett abstrakt plan avgöra huruvida uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet, med stöd av artikel 45.4 FEUF, får begränsas till medlemsstaternas medborgare. Domstolen kan endast pröva, och avgöra, huruvida detta är möjligt beträffande uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet som omfattas av italienska lagar i det konkreta fallet. Det är nämligen tänkbart att bedömningen av förenligheten av nationell bestämmelse i en annan medlemsstat som gäller ett liknande uppdrag skulle kunna leda fram till en annan slutsats, i den mån detta uppdrags art, ansvar och funktioner skiljer sig från de som prövas i förevarande fall. Detta innebär emellertid inte att de principer som den rättsliga bedömningen i förevarande mål grundar sig på skulle vara annorlunda i framtida mål.[24]

39. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att de fyra av Consiglio di Stato hänskjutna frågorna kan prövas tillsammans och omformuleras enligt följande: ”Är en nationell bestämmelse enligt vilken endast medborgare i medlemsstaten får utnämnas till uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet, och utöva sådana uppgifter som anges i artikel 8.3 i lag nr 84/1994 förenlig med artikel 45 FEUF?”

B – *Prövning av tolkningsfrågorna*

40. Innan jag anger skälen till varför jag anser att Consiglio di Statos tolkningsfråga, i omformulerad lydelse, ska besvaras nekande, ska jag kortfattat erinra om domstolens relevanta praxis och, samtidigt, försöka vidareutveckla de principer som den omfattar, i hopp om att ytterligare klargöra den korrekta tolkningen av artikel 45.4 FEUF.

41. Den fria rörligheten för personer, och i synnerhet arbetstagare, utgör en av unionens grundläggande principer. Enligt artikel 45.2 FEUF innebär den att all diskriminering, oavsett art eller omfattning, av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet ska avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor.[25]

19 — Se artikel 52.2 i stadgan.

20 — Se domen i målet 307/84, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 17), punkt 12 och generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-290/94, kommissionen mot Grekland (REG 1996, s. I-3285), punkt 21.

21 — Den omständigheten att en person som innehar denna funktion är anställd av en privatperson eller privaträttslig juridisk person, leder inte i sig till att artikel 39.4 EG inte är tillämplig så länge det är klarlagt att personen, med hänsyn till viss verksamhet, representerar de offentliga myndigheterna. Se dom av den 30 september 2003 i mål C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (REG 2003, s. I-10391), punkt 43.

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 1974 i mål 152/73, Sotgiu (REG 1974, s. 153), punkt 5, och domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 17), punkt 11.

23 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-3207), punkt 28, och domen i målet 307/84, kommissionen mot Frankrike, punkt 12.

24 — Se särskilt övervägandena nedan i punkterna 46–62.

25 — Se, bland annat, dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike (REG 1974, s. 359), punkterna 43 och 44, och dom av den 5 december 2013 i mål C-514/12, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betrieb (REG 2013, s. I-0000), punkt 23.

42. I artikel 45.4 FEUF preciseras emellertid att bestämmelserna i denna artikel inte ska tillämpas på anställning i offentlig tjänst. Som undantag från en allmän princip ska denna bestämmelse emellertid tolkas restriktivt eller, som domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast, ”ges en tolkning som begränsar dess räckvidd till vad som är absolut nödvändigt för att tillvarata de intressen som denna bestämmelse tillåter att medlemsstaterna skyddar”. [26]

43. Enligt fast rättspraxis ska begreppet ”offentlig tjänst” i den mening som avses i den bestämmelsen tolkas och tillämpas enhetligt inom hela Europeiska unionen. Medlemsstaterna kan följaktligen inte skönsmässigt avgöra begreppets innebörd. [27] Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att begreppet offentlig tjänst gäller anställningar som förutsätter att det från de anställdas sida finns en ”särskild solidaritet” med staten samt att de ömsesidiga rättigheter och skyldigheter föreligger vilka utgör grunden för medborgarskapet. [28]

44. Domstolen har emellertid aldrig utvecklat begreppet ”särskild solidaritet” med staten. Domstolen har endast angett att två mycket strikta [29] villkor måste vara kumulativt uppfyllda för att ett uppdrag ska omfattas av ”offentlig tjänst”. Uppdraget ska innefatta direkt eller indirekt myndighetsutövning och fullgörande av arbetsuppgifter som har till mål att skydda statens och annan offentlig verksamhets allmänna intressen. [30] Domstolen har även tillagt att trots uppfyllandet av dessa villkor skulle ett undantag från förbudet om diskriminering inte vara motiverat om offentlig makt endast utövas sporadiskt eller motsvarar en alltför liten del av arbetsuppgifterna. [31]

45. Domstolens praxis ger således en trestegsbedömning för tillämpningen av artikel 45.4 FEUF. Innan jag undersöker dessa tre steg mer detaljerat, vill jag kort behandla begreppet ”särskild solidaritet”, eftersom detta enligt min uppfattning belyser bestämmelsens själva existensberättigande. Detta begrepp utgör, som sådant, den bakgrund mot vilken de principer som härrör från domstolens praxis ska tolkas och tillämpas.

1. Begreppet ”särskild solidaritet”

46. Begreppet särskild solidaritet är tillämpligt på uppdrag som – staten på ett befogat sätt kan anse – omfattar uppgifter som, på grund av deras inneboende karaktärsdrag, endast personer som är knutna till staten genom inte bara ett enkelt anställningsförhållande utan även nationalitet, bäst kan utföra. Det bakomliggande antagandet är att en person allmänt sätt har starkare känslor av lojalitet, tillit och hängivenhet gentemot det land där vederbörande, dennes familj har sina rötter. Är inte de huvudsakliga rättsliga principerna för att fastställa en persons nationalitet blodsband (”*ius sanguinis*”) eller territorium (”*ius soli*”)? I avsaknad av sådana kopplingar av *sanguis* och *solum* kan – enligt detta synsätt – en person vara mindre villig, eller helt enkelt mindre kapabel, att under alla omständigheter utföra sina uppgifter på ett sådant sätt att vederbörande helt fullgör uppgiften i allmänhetens intresse.

47. Denna person kan vara mindre *villig* exempelvis på grund av att uppdragstagaren kan vara tvungen att sätta samhällets eller statens intressen före sina egna, trots den omständigheten att det – under vissa omständigheter – inte kan vara lätt att göra detta. Detta skulle i synnerhet kunna vara fallet med personer som tillhör medlemsstatens väpnade styrkor - eller polis.

26 — Se, bland många andra, domen i målet Lawrie-Blum (ovan fotnot 9), punkt 26 och dom av den 16 juni 1987 i mål 225/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2625), punkt 7.

27 — Se dom av den 30 september 2003 i mål C-47/02, Anker and Others (REG 2003, s. I-10447), punkt 57 och där angiven rättspraxis.

28 — Ibidem, punkt 58 och där angiven rättspraxis.

29 — Se domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 23), punkt 33 och där angiven rättspraxis.

30 — Se, bland annat, dom av den 26 maj 1982 i mål 149/79, kommissionen mot Belgien (REG 1980, s. 3881), punkt 10, och kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 20), punkt 2.

31 — Se domen i målet Anker m.fl. (ovan fotnot 27), punkterna 63 och 64, och domen i målet Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (ovan fotnot 21), punkterna 44 och 45.

48. Personen kan vara mindre *kapabel*, exempelvis på grund av att medborgare som berörs av utövandet av de offentliga befogenheter som han har tillskrivits kan ha svårt att erkänna denna person som någon som agerar för statens räkning och i statens intresse.[32] För att ge ett exempel, kan en person som inte är medborgare i staten anses vara otillräckligt representativ för det landet för att ha tillträde till uppdrag högst upp i regeringen. På samma sätt kan en person som saknar starka band till de sociala, politiska och kulturella aspekterna av det samhälle i vilket han måste utöva sin offentliga tjänst av vissa medborgare inte betraktas som ”en av dem”. Detta kan få till följd att denna persons handlande för statens räkning, som till och med kan få allvarliga konsekvenser för dess medborgare, kommer att ges en minskad nivå av legitimitet och godkännande. Detta kan, bland annat, vara fallet beträffande medlemmar av den nationella domarkåren.

49. Gemenskaperna bildades emellertid just i syfte att komma över dessa tider av ”*Blut und Boden*”. Dessutom är vare sig medlemsstaterna som suveräna enheter, eller deras medborgare, idag vad de var vid den tidpunkt då gemenskaperna bildades.[33]

50. För det första sker en betydande förändring av statens roll, i) i samhället, och ii) i ett internationellt sammanhang. När det gäller det förstnämnda är det uppenbart att vad medborgare förväntar sig att staten ska göra för dem, och hur, förändras snabbt i samhället. Under de senaste årtiondena, har trenden tydligt gått mot privatisering och utläggning på entreprenad av uppgifter som tidigare var strikt reserverade för myndigheterna.[34] När det gäller det sistnämnda, har rättsvetenskapsmän på senare tid understrukit att begreppet suveränitet, i dagens globaliserade värld, där stora delar av de suveräna staternas konstitutionella behörigheter antingen har överförts till överstatliga organisationer eller de facto utövas i olika internationella fora,[35] inte kan förstås som samma traditionella begrepp som användes förr.[36]

51. För det andra har även begreppet medborgarskap genomgått betydande förändringar. Med den ökade rörligheten av arbetstagare (och mer allmänt av personer) inom Europeiska unionen, har den solidaritet som en stat historiskt sett har förväntat sig av sina medborgare, om inte urholkats, åtminstone blivit föremål för en konceptuell förändring inom Europeiska unionen. Vidare omfattar EU-fördragen, sedan Maastricht-fördraget, unionsmedborgarskap som ett koncept som är åtskilt från medborgarskap i en medlemsstat och som existerar parallellt med detta. Som domstolen slog fast i sin viktiga dom i målet Grzelczyk, ”[är s]tällningen som unionsmedborgare … nämligen avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare så att de medborgare som befinner sig i samma ställning ska kunna få samma behandling i rättsligt hänseende, oberoende av deras nationalitet och med förbehåll för de uttryckliga undantag som föreskrivs i det avseendet”.[37] Med andra ord har, för att återge vad generaladvokaten Jacobs angav i sitt förslag till avgörande i målet Konstantinidis,[38] varje unionsmedborgare nu rätt att säga ”civis europaeus sum” och åberopa denna ställning för att motsätta sig varje överträdelse av hans grundläggande rättigheter och – vill jag tillägga – varje oskälig och omotiverad diskriminering grundad på nationalitet inom Europeiska unionen.

32 — Det ska påpekas att den italienska regeringen, enligt min mening med rätta, framförde detta argument vid förhandlingen.

33 — Se, i detta sammanhang, den nyligen förda diskussionen om möjligheten att erhålla medborgarskap enbart genom förmögenhet i vissa stater.

34 — Intressant nog leder denna utveckling inte bara till ökad inblandning av privata medborgare och företag i den statliga verksamheten, utan ger även upphov till en märkbar ökning av handel mellan regeringarna på den internationella scenen. Se Dettmer, O., “Unbundling the nation state — Countries have started to outsource public services to each other” ,14(2014) *The Economist* [publicerad den 8 februari 2014].

35 — Sand I.J., ‘From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society’ 2007 *Scandinavian Studies in Law*, s. 273–298, s. 275.

36 — Se, bland annat, Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe — Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration*, Cambridge University Press, Cambridge: 1999; MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford: 1999.

37 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), punkt 31.

38 — Mål C-168/91, Konstantinidis (REG 1993, s. I-1191), punkt 46.

52. Artikel 45.4 FEUF ska följaktligen tolkas mot bakgrund av nuvarande förhållanden. [39]

53. Det är mot bakgrund av dessa överväganden som jag nu mer detaljerat kommer att diskutera den trestegsbedömning som nämnts i punkterna 44 och 45 ovan.

2. Trestegsbedömningen vid tillämpning av artikel 45.4 FEUF

54. När det gäller det första steget, avseende myndighetsutövning, har domstolen för närvarande inte slagit fast någon entydig definition av denna term. Ett antal faktorer kan dock utläsas från rättspraxis, inbegripet – av de skäl som har angetts ovan – den faktor som avser utövande av verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 51 FEUF.

55. För det första är det säkert att dessa termer inbegriper *imperium*-makt, [40] det vill säga de högsta lagstiftande, verkställande, domstols- och militära befogenheter som är inneboende i begreppet suverän makt och vilka staterna utövar genom vissa organ eller individer. [41] För det andra är det enligt min uppfattning ostridigt att dessa termer också omfattar befogenheter som ofta anges med termen *potestas*, [42] som betyder alla de befogenheter som inbegriper förmågan att anta bindande rättsakter oberoende av (eller trots) viljan hos den som de riktar sig till och som garanteras genom tvång och straff. [43] För det tredje är det även uppenbart att själva förekomsten av någon befogenhet av myndighetskaraktär (det vill säga av en annan karaktär än det som privata individer har) inte, i motsats härtill, automatiskt kan anses inbegripa offentlig makt. Uppdrag som i huvudsak avser utförandet av administrativa uppgifter eller utövandet av tekniska funktioner [44] och som inte inbegriper något utrymme för skönsmässig bedömning eller beslutsbefogenheter [45] omfattas inte av detta begrepp.

56. Det ska erkännas att det finns en gråzon mellan dessa kategorier, i vilken det inte alltid är så lätt att fastställa huruvida den offentliga makt som är kopplad till ett visst offentligt uppdrag är sådant att den omfattas av tillämpningsområdet för artikel 45.4 FEUF. Jag anser att endast en bedömning från fall till fall som beaktar alla de utmärkande egenskaperna hos de befogenheter och verksamheter som är kopplade till ett visst uppdrag kan göra det möjligt för den som ska tolka det att avgöra detta.

57. Den ”kompass” som enligt min uppfattning anger rätt riktning till den som ska tolka uppdraget kan inte, som jag har nämnt ovan, vara något annat än frågan huruvida det föreligger objektiva skäl för en stat att anse att endast personer som är kopplade till den genom nationalitet, med största sannolikhet, skulle vara mer villiga eller kapabla att utföra de uppgifter som ett visst uppdrag innebär. De faktorer som, enligt min uppfattning, kan vara särskilt relevanta i detta hänseende omfattar följande: i) den utövade verksamhetens närhet eller koppling till den verksamhet som utövas i förhållande till de ovannämnda *imperium*- eller *potestas*-befogenheterna, ii) huruvida uppdraget inbegriper handläggning

39 — Mot denna bakgrund vill jag påstå att de slutsatser som drogs, i ett mycket gammalt mål, avseende tillämpligheten av (vad som nu är) artikel 45.4 FEUF kanske inte längre har prejudikatsvärde. Exempelvis skulle jag inte i dagens läge inte instämma med vad domstolen ansåg vara en korrekt tillämpning av denna bestämmelse i punkt 8 i dess dom av den 17 december 1980 i mål 149/79, kommissionen mot Belgien (REG 1982, s. 1845).

40 — För detta uttryck, se även generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande i de förenade målen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 och C-61/08, kommissionen mot Belgien m.fl. (REG 2011, s. I-4105), punkt 97.

41 — ”Nu är uttrycken för den högsta makten följande: Att instifta och upphäva lagar. Att besluta om krig och fred, att döma i alla tvister, antingen själv eller genom domare som utsetts av honom, att utse alla domare, ministrar och rådgivare” (Thomas Hobbes, *De Cive* (of the citizen), [1642] Kapitel VI, § XVIII)

42 — Se, för den allmänna betydelsen av denna term, Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia: 1953, s. 640.

43 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (ovan fotnot 21), punkt 42, och i målet Anker m.fl. (ovan fotnot 21) punkt 61.

44 — Se, analogt, dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. I-4035), punkt 13, av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), punkterna 39 och 40, och dom av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-10219), punkt 40.

45 — Jämför domen i målet 225/85, kommissionen mot Italien (ovan fotnot 26), punkt 9. Se även, analogt, dom av den 24 maj 2011 i mål C-50/08, kommissionen mot Frankrike (REG 2011, s. I-4195), punkt 76, och domen i målet Reyners, punkterna 51–53.

av frågor som omfattar skydd för medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen,[46] iii) den ansvarsnivå[47] som utövandet av dessa befogenheter innebär, beträffande anställningstid, eller av ledning av tillsynsuppgifter,[48] iv) oberoende av huruvida dessa befogenheter, i det moderna samhället, till deras art[49] eller typiskt sett[50] anses utövas av statliga myndigheter, v) de långtgående eller tvärtom begränsade verkningar som den verksamhet som uppdraget innebär kan få för andra individer, och vi) huruvida de rättsakter eller åtgärder som uppdragstagaren vidtar medför omedelbara och direkta rättsliga konsekvenser i förhållande till andra individer, eller huruvida de endast är av underordnad eller förberedande karaktär.[51]

58. Den föregående punkten förtjänar förmodligen viss ytterligare förklaring. Ett *indirekt* deltagande i utövandet av offentlig makt kan också, under vissa omständigheter, anses tillräckligt för att uppfylla kraven i begreppet ”offentlig tjänst”.[52] Detta indirekta deltagande kan emellertid inte vara så avlägset[53] att – enligt min uppfattning – kopplingen mellan det faktiska utövandet av offentlig makt och uppdragsinnehavarens bidrag till detta utövande förefaller svag eller obetydlig.[54]

59. När det väl har fastställts att det aktuella uppdraget omfattar deltagande i utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.4 FEUF, ska det dock – som ett andra steg – kontrolleras att denna makt tilldelats med hänsyn till allmänintresset. Det ska med andra ord fastställas huruvida den person som innehar den offentliga tjänsten ska utföra uppgifter i samhällets intresse, i motsats till att utföra uppgifter i ett privat intresse.

60. Detta villkor är således inte uppfyllt i de fall då staten tilldelar en individ eller en enhet särskilda befogenheter eller fördelar – mot ekonomisk ersättning, eller under alla omständigheter i fall av ett bilateralt förhållande – vilket den personen eller enheten kan använda för egna intressen eller för ett begränsat antal individers intressen. Dessutom instämmer jag med den italienska regeringen i det att detta villkor inte heller är uppfyllt när den offentliga makten ska utövas i ett för staten enbart ekonomiskt eller industriellt intresse. Med andra ord är det intresset för staten som samhälle som är relevant enligt artikel 45.4 FEUF och inte intresset för staten när den agerar som en vanlig aktör på marknaden.

61. Slutligen, och detta är det tredje steget i bedömningen, är det för att artikel 45.4 FEUF ska vara tillämplig nödvändigt att utövandet av denna offentliga makt som beviljas i det allmännas intresse inte endast är tillfällig, och inte endast utgör en liten del av den övergripande verksamhet som utövas av den person som innehar det aktuella uppdraget. Domstolen har slagit fast att användning av den offentliga makt som föreskrivs i artikel 45.4 FEUF av personer som inte är medborgare i den aktuella medlemsstaten som endast är sporadisk eller av undantagskaraktär inte kan undergräva de intressen

46 — Se artikel 346.1 FEUF.

47 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 1991 i mål C-4/91, Bleis (REG 1991, s. I-5627), punkt 6.

48 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet 149/79, kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 38), punkterna 8 och 11, och domen i målet 225/85, kommissionen mot Italien (ovan fotnot 26), punkt 9. Se även, analogt, domen i målet kommissionen mot Portugal (fotnot 43), punkt 41.

49 — Jämför generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i målet Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (ovan fotnot 21), punkt 83.

50 — Se domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 23), punkt 27, och domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 38), punkt 12.

51 — Se, analogt, domen i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 43), punkt 36 och där angiven rättspraxis.

52 — Se ovan i fotnot 28 nämnda rättspraxis.

53 — Jämför domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 23), punkt 31.

54 — Se, exempelvis, analogt, dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), punkterna 37 och 38, och domen i målet Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (ovan fotnot 44), punkterna 47 och 48.

som denna bestämmelse är avsedd att skydda. Ett uppdrag kan således endast omfattas av artikel 45.4 FEUF när myndighetsutövningen i det allmännas intresse utgör huvudfunktionen för uppdraget, [55] eller åtminstone är avsedd att inträffa regelbundet. [56] Enligt min uppfattning ska proportionalitetsprincipen spela en avgörande roll i detta hänseende. [57]

62. Det är mot bakgrund av dessa principer som jag nu kommer att pröva huruvida artikel 45.4 FEUF är tillämplig på uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet som utövar sådana funktioner som dem som föreskrivs i italiensk lag.

3. Tillämpligheten av artikel 45.4 FEUF på det aktuella målet

63. Iraklis Haralambidis, Autorità Portuale di Brindisi, den italienska regeringen och kommissionen har gjort gällande att artikel 45.4 FEUF inte är tillämplig i målet vid den nationella domstolen. De har i betonat att det uppdraget i huvudsak kräver ledarskaps- och tekniska kvalifikationer och att utövandet av offentliga befogenheter i den mening som avses i artikel 45.4 FEUF endast inträffar i enstaka fall. Artikel 45.1–45.3 skulle således utgöra hinder för en nationell bestämmelse som kräver italienskt medborgarskap för att utnämnas till ordförande för en hamnmyndighet.

64. Omvänt har Calogero Casilli samt den spanska och den nederländska regeringen gjort gällande att uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet tveklöst faller inom ramen för begreppet ”offentlig tjänst” i den mening som avses i artikel 45.4 FEUF. De har hävdat att den offentliga makt som de personer som innehar det uppdraget har är relativt omfattande och att den måste anses utövas i det allmännas intresse.

65. Jag ska nu undersöka de befogenheter som italiensk lag tillskriver uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet enligt den ovan illustrerade trestegsbedömningen. Som jag kommer att visa kan de flesta av de befogenheter som ordföranden för en hamnmyndighet har inte anses utgöra offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.4 FEUF. Dessutom förefaller inte ens de befogenheter som kan omfattas av denna definition utövas i samhällets intresse, utan enbart i hamnmyndighetens specifika ekonomiska intresse, eller är avsedda att endast utövas sporadiskt eller under exceptionella omständigheter.

66. Det ska omedelbart påpekas att det är uppenbart att alla de befogenheter som ordföranden för en hamnmyndighet har, enligt italiensk rätt, inte är den som staten normalt sett beviljar sina högsta verkställande, militära och rättsliga organ. Den är inte heller nära kopplad till denna suveräna makt.

67. Utövandet av ordförandens funktioner omfattar visserligen allmänt sett en hög ansvarsnivå och innebär ett relativt brett utrymme för skönsmässig bedömning. Det är även ostridigt att ordförandens verksamhet ofta utövas genom administrativa rättsakter, vilka omedelbart medför rättsliga verkningar för dem de riktar sig till. Endast en liten del av denna verksamhet förefaller emellertid omfatta verkligt beslutsfattande och när den gör det avser den sällan antagande av rättsakter som kan verkställas utan hjälp av polisen eller det nationella rättsväsendet. [58]

68. När det gäller de uppgifter som anförtros ordföranden för en hamnmyndighet enligt artikel 8.3 a, b, c, d, e och n i lag nr 84/1994, ska det påpekas att ordföranden endast tilldelats en befogenhet att lägga fram förslag till hamnkommittén. Utan att ifrågasätta att ordföranden för detta organ har en roll som är viktig och central, kvarstår det faktum att hamnkommittén är sammansatt av flera medlemmar och

55 — Se generaladvokaten Lenzs förslag till avgörande i målet Lawrie-Blum, s. 2136.

56 — Se ovan i fotnot 29 nämnda rättspraxis.

57 — Jämför generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande i målet kommissionen mot Belgien m.fl., punkt 140 och följande punkter.

58 — För betydelsen av denna omständighet se, analogt, domen i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 43), punkt 44, och domen i målet C-50/08, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 44), punkt 93.

ordföranden ges inget särskilt företräde i förhållande till de övriga medlemmarna (såsom vetorätt). Under alla omständigheter förefaller dessa akter (till exempel hamnmyndighetens preliminära budget, balansräkning och treåriga operationsplan) endast vara programorienterade och medför den största delen av deras rättsliga verkningar inom den enhet som antar dem.

69. När det gäller de uppgifter som anges i artikel 8.3 f och l i lag nr 84/1994, ska det påpekas att de är löst definierade och förefaller omfatta främst befogenheter avseende samordning och främjande av verksamhet som slutligen ska utövas av andra myndigheter eller organ.

70. Visserligen utövar ordföranden för en hamnmyndighet beslutsfattande och verkställande befogenheter i samband med de uppgifter som han anförtrotts genom artikel 8.3 h, i och m i lag nr 84/1994.

71. Efter närmare undersökning tror jag inte att utövandet av dessa befogenheter är tillräckligt för att uppfylla de *mycket strikta* villkoren i artikel 45.4 FEUF. För det första anser jag att de befogenheter som beviljas i samband med utfärdande av tillstånd och koncessioner för användning av vissa hamnområden eller för att utöva viss verksamhet inom hamnområdet, i huvudsak, är jämförbar med dem som utövas av privata företag som utövar en industriell eller kommersiell verksamhet. I synnerhet kan de rättsakter som ordföranden för en hamnmyndighet antar i detta sammanhang, trots den omständigheten att de har formen av administrativa rättsakter och rör statligt ägd egendom, från ett ekonomiskt perspektiv, liknas vid leasingavtal eller avtal om uthyrning av egendom som kan slutas mellan privata företag.[59] För det andra är det huvudsakliga mål som ordföranden eftersträvar när han utför sina uppgifter i detta hänseende – som den italienska regeringen har påpekat – att säkerställa en effektiv och vinstbärande användning av statens egendom som förvaltas av hamnmyndigheten. Med andra ord är den ”polstjärna” som leder ordförandens verksamhet i detta avseende det finansiella och ekonomiska intresset för den myndighet som han är ordförande för, snarare än samhällets mer allmänna intresse.

72. Enligt min uppfattning har emellertid ordföranden för en hamnmyndighet två uppgifter, som innebär befogenheter avseende tvång i förhållande till medborgare och som förefaller utövas inte bara i hamnmyndighetens eget intresse, utan även i samhällets intresse. Jag syftar för det första på den befogenhet som ges i artiklarna 54 och 55 i den italienska sjöfartslagen (till vilken det hänförs i artikel 8.3 h i lag 84/1994), att besluta om ett förordnande om att en person som olagligen har ockuperat ett område inom det statligt ägda kustområdet ska återupprätta status quo inom en viss tidsperiod och, för det fall detta förordnande inte följs, på eget initiativ vidta ett sådant återställande på gärningsmannens bekostnad. För det andra hänför jag till uppgiften att säkerställa farbarhet i hamnområdet samt schaktnings- och underhållsarbeten på havsbottnen avseende vilka ordföranden för en hamnmyndighet har befogenhet att, vid omedelbara behov och akuta situationer, fatta bindande beslut.

73. Det står emellertid klart att dessa befogenheter inte gäller de huvudfunktioner som ordföranden för en hamnmyndighet har. De utgör snarare en relativt liten del av hans övergripande verksamhet. Vidare har den italienska regeringen bekräftat att de är avsedda att utövas endast sporadiskt eller under exceptionella omständigheter. Mer allmänna och långtgående befogenheter avseende kontroll och tvång inom hamnmyndighetens område utövas av behöriga polisstyrkor, och i synnerhet av Capitanerie di Porto Guardia Costiera (den italienska kustbevakningen). Dessutom kräver genomförandet av varje annan akt som antagits av ordföranden för en hamnmyndighet assistans av dessa polisstyrkor och, i förekommande fall, ingripande av en domare.

59 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2007 i mål C-174/06, CO.GE.P (REG 2007, s. I-9359), punkterna 31–35.

74. Slutligen förefaller artikel 8.3 n bis i lag nr 84/1994 ange en ”uppsamlingsbestämmelse”.[60] Vid en övergripande bedömning av lag nr 84/1994 ser jag emellertid ingen sådan befogenhet som skulle kunna uppfylla kraven i artikel 45.4 FEUF.

75. Slutligen förefaller uppdraget som ordförande för en hamnmyndighet vara ett uppdrag där den större delen av de uppgifter som omfattas av detta uppdrag och, under alla omständigheter, de känsliga befogenheter som är kopplade till detta, är av teknisk och administrativ karaktär. I grunden förefaller det avgörande kriteriet för att utföra detta uppdrag vara kompetens och erfarenhet på områdena transport, ekonomi och personalhantering. Jag kan inte se några skäl till varför en medlemsstat rimligen skulle anse att endast medborgare i denna stat, med största sannolikhet, skulle vara tillräckligt kapabla och villiga att utföra de uppgifter som detta uppdrag omfattar. Med andra ord kan jag inte se vilket mervärde en anknytning avseende nationalitet skulle kunna tillföra till själva genomförandet av de funktioner som genom lag tillskrivs ordföranden för en hamnmyndighet.

IV – **Förslag till avgörande**

76. Med hänsyn till vad som har anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar Consiglio di Statos frågor på följande sätt:

Artikel 45 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att endast medborgare i medlemsstaten får utnämnas till ordförande för en hamnmyndighet och utöva sådana funktioner som anges i artikel 8.3 i lag nr 84/1994 av den 28 januari 1994, ”Omarbetning av hamnbestämmelserna” (Legge 28 gennaio 1994, n. 84, Riordino della legislazione in materia portuale).

60 — I artikel 8.3 n bis i lag nr 84/1994 föreskrivs att ”ordföranden för en hamnmyndighet har till uppgift att utöva alla andra befogenheter [som hamnmyndigheten beviljat] som denna lag inte anförtror de övriga ledningsorganen inom hamnmyndigheten”.