FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 25. marts 1999 *

Indledning

1. Denne præjudicielle anmodning drejer sig om, hvorvidt nationale bestemmelser, hvorefter kun autoriserede havnearbejdere må udføre havnearbejde i nærmere fastlagte havneområder, er forenelige med fællesskabsretten. Ifølge den forelæggende ret er lønskalaerne for autoriserede havnearbejdere — der i henhold til en kollektiv overenskomst skal anvendes af alle virksomheder — ikke rimelige i forhold til de lønskalaer, der gælder for ikke-autoriserede havnearbejdere. Endvidere har ikke-autoriserede havnearbejdere ret til at udføre en del af de ydelser, der er forbeholdt de autoriserede havnearbejdere.

Set ud fra et rent økonomisk synspunkt kan situationen i Gents havn sammenlignes med den situation, der var baggrunden for Domstolens dom af 10. december 1991 i sagen Merci convenzionali porto di Genova [1], der vedrørte visse italienske havne. Efter min opfattelse er denne sammenligning imidlertid ikke holdbar set ud fra et juridisk synspunkt.

De relevante nationale bestemmelser

2. Artikel 1 i den belgiske lov af 8. juni 1972 om havnearbejde [2] (herefter »loven af 1972«) indeholder et forbud mod at lade foretage havnearbejde i havneområder af andre arbejdere end autoriserede havnearbejdere.

3. Begreberne havnearbejde og havneområder er defineret i de kongelige anordninger, der er udstedt til gennemførelse af loven af 5. december 1968 om kollektive overenskomster og paritetiske udvalg [3]. De paritetiske udvalg og underudvalg er sammensat af et lige antal repræsentanter fra arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer. De nævnte udvalg har til opgave at medvirke ved udarbejdelsen af kollektive overenskomster, der henhører under deres kompetence. Efter anmodning fra det berørte paritetiske udvalg kan de kollektive overenskomster ved kongelig anordning gøres præceptive, hvorefter de finder anvendelse på samtlige arbejdsgivere og -tagere, der henhører under det paritetiske udvalg, som har affattet den pågældende overenskomst.

* Originalsprog: spansk.

1 — Sag C-179/90, Sml. I, s. 5889, herefter »Merci-dommen«.

2 — *Moniteur belge* af 8.8.1972, s. 8826.

3 — *Moniteur belge* af 15.1.1969, s. 267.

4. Den kollektive overenskomst af 20. februar 1979, som finder anvendelse på Gents havn, blev gjort præceptiv ved kongelig anordning af 11. maj 1979[4]. I overenskomsten er det fastsat, at arbejdskontrakter om udførelse af havnearbejde er undtaget fra det skriftlighedskrav, som i almindelighed gælder for arbejdskontrakter.

5. Artikel 1 i den kongelige anordning af 12. januar 1973 om oprettelse af et paritetisk havneudvalg og om udvalgets benævnelse og kompetence[5] (herefter »den kongelige anordning af 1973«) definerer havnearbejde som: »enhver form for håndtering af varer, der transporteres af søgående skibe, af skibe, der besejler indre vandveje, af jernbanevogne eller lastbiler, og accessoriske ydelser vedrørende sådanne varer, uanset om det pågældende arbejde udføres i dokområder, på indre vandveje, på kajområder eller i virksomheder, som importerer, eksporterer eller transitforsender varer, samt enhver form for håndtering af varer, der af søgående skibe eller af skibe, der besejler indre vandveje, transporteres til eller fra industrivirksomheders kajområder«.

6. Artikel 3 i loven af 1972 bestemmer: »Betingelserne og de nærmere regler for at blive autoriseret havnearbejder fastsættes af kongen efter udtalelse fra det paritetiske udvalg, der er kompetent med hensyn til det pågældende havneområde.« For så vidt angår Gents havn er de nærmere betingelser om alder, vandelskrav, helbred samt faglige kvalifikationskrav til de berørte personer fastlagt i kongelig anordning af 21. april 1977 om betingelserne og de nærmere regler for at blive autoriseret havnearbejder i Gents havneområde[6] (herefter »den kongelige anordning af 1977«).

I henhold til artikel 3, stk. 2, i den kongelige anordning af 1977 skal det paritetiske underudvalg tage hensyn til behovet for arbejdskraft.

7. Artikel 4 i loven af 1972 bestemmer, at arbejdsgivere, der fremmer eller billiger havnearbejde i strid med loven eller de kongelige anordninger, ifalder bøde.

Faktiske omstændigheder

8. De faktiske omstændigheder i hovedsagen, således som de fremgår af forelæggelseskendelsen, kan sammenfattes som følger.

4 — *Moniteur belge* af 28.6.1979, s. 7378.

5 — *Moniteur belge* af 23.1.1973, s. 877.

6 — *Moniteur belge* af 10.6.1977, s. 7760.

9. SMEG er et belgisk selskab, der driver en kornoplagringsvirksomhed på havneområdet i Gent, således som dette er defineret i artikel 1 i den kongelige anordning af 1973 og i artikel 2 i den kongelige anordning af 12. august 1974 om oprettelse af paritetiske underudvalg for havne og om udvalgenes benævnelse og kompetence samt fastsættelse af antallet af medlemmer [7].

10. Selskabets virksomhed består dels i lastning og losning af kornskibe, dels i oplagring af korn for tredjemands regning. Varerne ankommer og afsendes med skib, tog eller lastbil.

11. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder lod Jean Claude Becu, SMEG's daværende direktør, otte ikke-autoriserede havnearbejdere udføre havnearbejde på havneområdet i Gent.

12. På samme tidspunkt lod Annie Verweire, NV Adia Interim's daværende forretningsfører, fem ikke-autoriserede havnearbejdere udføre havnearbejde på havneområdet i Gent.

13. Det er ubestrideligt, at i medfør af definitionen af havnearbejde, således som den er formuleret i artiklerne i ovennævnte kongelige anordninger, falder det af SMEG udførte havnearbejde ind under loven af 1972 om havnearbejde.

14. Det står fast og er ubestridt, at SMEG har ladet ikke-autoriserede havnearbejdere udføre havnearbejde på havneområdet i Gent i den omtvistede periode, selv om dette havnearbejde i henhold til loven af 1972 kun må udføres af autoriserede havnearbejdere.

15. Anklagemyndigheden (Openbaar Ministerie) har rejst tiltale for overtrædelse af loven af 1972 mod Jean Claude Becu og Annie Verweire samt de selskaber, de bestyrer (jf. punkt 7 ovenfor). Retten (Correctionele Rechtbank) frikendte Jean Claude Becu og Annie Verweire, og lod selskaberne udtræde af sagen, eftersom der ikke fandtes at være grundlag for en retssag mod dem.

Med henvisning til EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86, stk. 2, litra a), samt sagens akter, hvoraf det fremgår, at SMEG betalte arbejderne en timeløn på 667 BEF, selv om minimumslønnen for en havnearbejder er 1 335 BEF, fandt retten, at sådanne forskelle i aflønningen var urime-

7 — *Moniteur belge* af 10.9.1974, s. 11020.

lige som følge af, at selv løbende vedligeholdelsesarbejder, der blev foretaget på SMEG's område, skulle udføres af autoriserede havnearbejdere.

De præjudicielle spørgsmål

16. Anklagemyndigheden ankede dommen til Hof van Beroep, Gent, som fandt det nødvendigt i henhold til traktatens artikel 177 at forelægge Domstolen to præjudicielle spørgsmål, inden den traf endelig afgørelse i sagen. Spørgsmålene lyder som følger:

»1) Kan EF-traktatens artikel 90, stk. 1, jf. artikel 7, 85 og 86, på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin tillægge fællesskabsborgere, dvs. fysiske og juridiske personer, rettigheder, som medlemsstaterne har pligt til at respektere, i tilfælde, hvor lastning og losning i havneområder navnlig af varer, der ad søvejen indføres fra en medlemsstat til en anden medlemsstats område, og havnearbejde generelt udelukkende må udføres af 'autoriserede havnearbejdere', hvorved bemærkes, at de nærmere betingelser og fremgangsmåden for anerkendelse fastsættes af kongen efter udtalelse fra det paritetiske udvalg, der er kompetent for det pågældende havneområde, og at der skal anvendes særlige tariffer for dette arbejde, selv om arbejdet også kunne udføres af almindelige (dvs. ikke-autoriserede havne-) arbejdere?

2) Må autoriserede havnearbejdere som omhandlet i artikel 1 i loven af 8. juni 1972, der har en eksklusiv ret til at udføre havnearbejde i de nærmere i lovgivningen fastlagte havneområder, anses for at have fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i henhold til EF-traktatens artikel 90, stk. 2, og for ikke længere at kunne opfylde deres særlige opgaver, såfremt artikel 90, stk. 1, og forbudsbestemmelserne i artikel 7, 85 og 86 finder anvendelse på dem?«

Det første spørgsmål

17. Således som det første spørgsmål er formuleret, drejer det sig udelukkende om, hvorvidt EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 6 [8], 85 og 86, skaber subjektive rettigheder, som kan påberåbes direkte af borgerne i Den Europæiske Union eller, sagt på en anden måde

8 — Tidligere artikel 7 i traktaten om Den Europæiske Union.

og med et fast udtryk, om disse bestemmelser har »direkte virkning«.

18. Med hensyn til indholdet af spørgsmålet, vil svaret, som den belgiske regering med rette har bemærket i sit indlæg, blive abstrakt, og det vil ikke kunne sige noget om bestemmelsernes betydning for hovedsagen. Under disse omstændigheder vil spørgsmålet, om de konkrete nationale bestemmelser er forenelige med traktaten, kunne behandles i forbindelse med besvarelsen af det andet spørgsmål.

19. Man kan også omformulere spørgsmålet, således som Domstolen gjorde det i Merci-dommens præmis 8. Reelt ønsker den nationale ret oplyst, dels om de pågældende traktatbestemmelser har direkte virkning, dels om situationen i havneområdet i Gent er forenelig med dem. På grund af sagens særlige omstændigheder foretrækker jeg dog den første løsning, hvilket giver mig mulighed for at give en mere overskuelig fremstilling af sagen.

20. Desuden mener jeg ikke — af grunde, som jeg kommer ind på senere (se punkt 26 nedenfor) — at afgørelsen i hovedsagen kræver en fortolkning af traktatens artikel 6.

21. Når dette er sagt, volder det ikke større problemer at besvare den belgiske rets første spørgsmål. I henhold til Domstolens faste praksis »fremkalder [forbudsbestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86] umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domstole skal beskytte« [9]. I det omfang artikel 90, stk. 1, udvider anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige konkurrenceregler, og navnlig for artikel 85 og 86, til også at omfatte offentlige virksomheder og virksomheder, der nyder særlige eller eksklusive rettigheder, skal den nationale ret anvende dem ud fra identiske kriterier. Dette gælder uanset at artikel 90, stk. 1 (»medlemsstaterne afstår fra ... at træffe eller opretholde ...«), er formuleret på en sådan måde, at man kunne forledes til at tro, at det forbud, bestemmelsen indeholder, er af en særlig juridisk karakter og forskellig fra karakteren af forbudsbestemmelserne i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 (» ... er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt ...«), og uanset at artikel 90, stk. 1, pålægger Kommissionen en særlig kontrolforpligtelse, som de to andre bestemmelser ikke indeholder [10].

Domstolen har, i forbindelse med sager om misbrug af dominerende stilling, anerkendt en sådan fortolkning, idet den har udtalt, at »traktatens artikel 86, også inden for rammerne af artikel 90, har direkte virkning og

9 — Se bl.a dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT, Sml. s. 51, præmis 16, af 10.7.1980, sag 37/79, Marty, Sml. s. 2481, præmis 13, af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 45, af 18.3.1997, sag C-282/95 P, Guérin automobiles mod Kommissionen, Sml. I, s. 1503, præmis 39, og kendelse af 16.9.1997, sag 59/96 P, Koelman mod Kommissionen, Sml. I, s. 4809, præmis 43.

10 — Artikel 90, stk. 3, bestemmer: »Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.«

medfører rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte« [11]. Der er ingen grund til, at dette ikke også skulle gælde for artikel 85 [12].

22. Efter min opfattelse er svaret på Hof van Beroeps første spørgsmål derfor, at traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 85 og 86, skaber rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte.

Det andet spørgsmål

23. Med det andet spørgsmål ønsker den nationale domstol oplyst, om de autoriserede havnearbejdere må betragtes som en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse og, i bekræftende fald, om udførelsen af disse særlige opgaver kan begrunde, at forbudsbestemmelserne i artikel 85 og 86 samt artikel 90, stk. 1, ikke bringes i anvendelse over for disse arbejdere.

11 — Se dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 18, og af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 57, samt Merci-dommen, præmis 23.

12 — Se i denne retning punkt 24 i Walter Van Gerven's forslag til afgørelse i Merci-sagen, Sml. 1991 I, s. 5917.

Den forelæggende ret har henvist til lighedspunkterne mellem nærværende sag og den sag, der var baggrunden for den dom, Domstolen afsagde den 10. december 1991 i Merci-sagen. Dette er grunden til, at det vil være relevant at tage den sag som udgangspunkt for min vurdering.

Sagen om Genovas havn

24. Den præjudicielle anmodning fra Tribunale di Genova drejede sig om, hvorvidt det monopol på udførelse af havnearbejde, som visse italienske havnevirksomheder havde i Italien, var foreneligt med EØF-traktaten. Monopolet var beskyttet ved strafsanktioner. Domstolen fastslog, at traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 30, 48 og 46, er til hinder for, at en medlemsstat anvender en regel, hvorefter en i denne medlemsstat etableret virksomhed skal benytte et havneselskab bestående udelukkende af indenlandske havnearbejdere til udførelse af havnearbejde. På baggrund af de foreliggende oplysninger fastslog Domstolen endvidere, at disse havneselskaber ikke kunne antages at have fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i den i artikel 90, stk. 2, forudsatte betydning.

25. Der er åbenbare forskelle mellem den aktuelle situation i Gents havn og den daværende situation i Genovas havn.

26. For det første stilles der efter de belgiske bestemmelser, men ikke efter de italienske, intet krav om nationalitet. Bortset fra den forelæggende rets henvisning til traktatens artikel 7 (skal være artikel 6), som sikkert skyldes, at retten har kopieret sit spørgsmål efter det spørgsmål, som Tribunale di Genova i sin tid stillede, tyder hverken de pågældende nationale bestemmelser, akterne, som var vedlagt forelæggelseskendelsen, eller indlæggene fra de forskellige parter på, at kravene til havnearbejdere i Gent indebærer nogen form for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Det forekommer derfor irrelevant at vurdere sagen i relation til traktatens artikel 6 og, af de samme grunde, artikel 48.

27. For det andet, og som påpeget af den nationale domstol, definerer de pågældende bestemmelser kun, hvad der forstås ved erhvervet som havnearbejder, og de etablerer et monopol på udførelsen af alt havnearbejde. Der overføres ingen særlige eller eksklusive rettigheder til virksomheder eller selskaber.

28. På trods af disse forskelle er der ingen tvivl om, at de to situationer giver samme resultat, eftersom de åbner mulighed for urimelige priser for udførelsen af samme ydelse i en bestemt havn.

29. Under disse omstændigheder mener jeg, det er nødvendigt først at præcisere, hvilke retlige principper der kan udledes af Merci-dommen, før det kan fastlægges, i hvilket omfang det eller de kan anvendes i den foreliggende sag.

30. Man kan måske udlede af Merci-dommens præmis 8-24, at det i tre henseender er uforeneligt med traktaten at opretholde eksklusive rettigheder til fordel for en bestemt virksomhed.

31. For det første fastslog Domstolen, at de pågældende bestemmelser vedrørende havnen i Genova, hvorved en medlemsstat forbeholder sine egne statsborgere retten til at arbejde i en i samme medlemsstat hjemmehørende virksomhed, i sig selv er uforenelige med traktatens artikel 48.

32. For det andet bemærkede Domstolen, at sådanne bestemmelser tilskyndede de virksomheder, som havde fået tildelt eksklusive rettigheder, til at misbruge deres dominerende stilling, hvilket medførte en overtrædelse af artikel 86, eftersom handelen mellem medlemsstaterne herved blev påvirket.

33. For det tredje udtalte Domstolen, at nationale bestemmelser, der medfører misbrug af en dominerende stilling, som kan påvirke samhandelen mellem medlemssta-

terne, normalt er uforenelig med traktatens artikel 30 — hvorefter kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle restriktioner med tilsvarende virkning er forbudt — idet sådanne bestemmelser gør en indførsel mere byrdefuld og dermed hindrer importen af varer fra andre medlemsstater. Endvidere påpegede Domstolen, at »det fremgår af de af den nationale ret beskrevne omstændigheder, at varerne kunne være losset billigere ved hjælp af skibets udstyr. At losningen skulle ske via de to virksomheder, som er tildelt eksklusive rettigheder, medførte derfor yderligere omkostninger, som på grund af deres påvirkning af varernes pris kunne påvirke indførslen« [13].

34. Dette citat kan næsten overføres direkte til denne sag. Det fremgår af den nationale domstols bemærkninger, at håndteringen af varerne kunne være foretaget billigere ved hjælp af ikke-autoriseret arbejdskraft. Når man derfor er tvunget til at anvende autoriseret arbejdskraft, fordi denne har eksklusive rettigheder, medfører det yderligere omkostninger, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

35. I hvilket omfang kan Domstolens betragtninger i Merci-sagen anvendes analogt i nærværende sag?

13 — Merci-dommen, præmis 22.

36. Som jeg tidligere har nævnt, er der i den foreliggende sag ikke noget, der tyder på, at udøvelsen af arbejde, der er omfattet af eksklusive rettigheder, er underlagt et nationalitetskrav. Argumenterne med udgangspunkt i artikel 48 er derfor ikke relevante i den foreliggende sag.

37. Dette synes imidlertid ikke at være tilfældet for så vidt angår de andre argumenter. Det må derfor undersøges, om synspunkterne vedrørende artikel 86 kan anvendes i den foreliggende sag. Med andre ord skal det undersøges, om de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag — som det blev fastlagt i Merci-dommen — kan siges at være en overtrædelse af forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling. Er det tilfældet, skal det vurderes, om de pågældende nationale bestemmelser tillige er en overtrædelse af traktatens artikel 30, eftersom de hindrer varernes frie bevægelighed. Endelig skal forholdet til artikel 85 vurderes, om ikke andet så fordi den national ret har bedt om det.

Er konkurrencereglerne overtrådt?

38. Såvel Kommissionen som den belgiske regering har anført, at de fællesskabsretlige konkurrenceregler ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, eftersom de autoriserede havnearbejdere ikke kan anses for at være en »virksomhed« i traktatens forstand.

39. De regler, som Hof van Beroep har anmodet om en fortolkning af, er indeholdt i traktatens tredje del, afsnit V, kapitel 1, der omhandler konkurrencereglerne, 1. afdeling, der har overskriften »Regler for virksomhederne«. Endvidere er bestemmelserne i artikel 85 og 86 udtrykkeligt rettet til virksomheder. De indeholder et forbud mod »aftaler mellem *virksomheder*«, »vedtagelser inden for sammenslutninger af *virksomheder*«, og mod »en eller flere *virksomheders* misbrug af en dominerende stilling«. Tilsvarende indeholder artikel 90, stk. 1, et forbud for medlemsstaterne mod, »for så vidt angår offentlige *virksomheder* og *virksomheder*, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder«, at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, navnlig de i artikel 6 og 85-94 nævnte.

For at kunne anvende bestemmelserne i artikel 85, 86 og 90 er det således uomgængeligt, at hindringen for den frie konkurrence skal skyldes en eller flere virksomheder.

40. På dette sted må det præciseres, hvilken adfærd der i den foreliggende sag kan betegnes som konkurrenceforvridende. Såfremt man antager, at der reelt er tale om virksomheder, til hvilken af de i henhold til traktaten forbudte former for handlinger skal de faktiske omstændigheder så henføres?

41. Efter min mening kan situationen i Gents havn kun rent hypotetisk antages at være udtryk for, at en virksomhed med særlige eller eksklusive rettigheder misbruger en dominerende stilling. Jeg mener derfor ikke, at artikel 85 finder anvendelse i den foreliggende sag.

42. Lønnen for de autoriserede havnearbejdere er efter forhandlinger fastsat ved overenskomster indgået mellem repræsentanter for arbejdsgiverne og arbejdstagerne. I denne sammenhæng kan det hævdes, at der er tale om overenskomster, som direkte eller indirekte fastsætter priser eller andre forretningsbetingelser, og at de derfor er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, litra a). Disse overenskomster ville imidlertid være forholdsvis uskadelige, hvis de ikke var forbundet med de præceptive bestemmelser, hvorefter havnearbejde kun må udføres af behørigt autoriserede havnearbejdere, og således tillagde resultatet af overenskomstforhandlingerne bindende virkning erga omnes.

43. Faktisk skaber de nationale bestemmelser særlige eller eksklusive rettigheder for de autoriserede havnearbejdere som helhed, der kan give dem en dominerende stilling, som de fællesskabsretlige konkurrenceregler ville finde anvendelse på, såfremt det antoges, at disse arbejdere som helhed udgør en virksomhed. Af denne grund mener jeg, det er hensigtsmæssigt endnu en gang at præcisere rækkevidden af det forelagte spørgsmål: Det er kun artikel 86, sammenholdt med artikel 90, stk. 1 og 2,

der er relevante i den foreliggende sag. Lad mig gentage, at disse bestemmelser kun finder anvendelse, såfremt den retsstridige adfærd udøves af virksomheder.

Begrebet »virksomhed« i EF's konkurrenceregler

44. Første gang Domstolen tog stilling til spørgsmålet om definitionen af begrebet »virksomhed«, var i dom af 22. marts 1961 [14], hvor den fastslog, at begrebet virksomhed i traktatens forstand er identisk med begrebet en fysisk eller juridisk person, og derfor kan flere selskaber, som har forskellig juridisk status, ikke udgøre en enkelt virksomhed i traktatens forstand, endog selv om disse selskaber danner en økonomisk fuldt ud gennemført sammenslutning [15]. I dom af 13. juli 1962 i sagen Klöckner-Werke og Hoesch mod Den Høje Myndighed [16] fastholdt Domstolen anvendelsen af lignende kriterier, selv om den indfører en væsentlig økonomisk dimension i definitionen. Domstolen udtalte, at der »ved en virksomhed må forstås en sammenfatning af en række personelle, materielle og immaterielle faktorer til en enhed, der er et selvstændigt retssubjekt, og med hvilket der varigt forfølges et bestemt økonomisk formål« [17]. I begge situationer har Domstolen villet understrege vigtigheden af det formelle kriterium om status som uafhængig juridisk person, for at der kan sondres mellem et datterselskab og dettes moderselskab. De to omtalte sager vedrørte den finansielle ordning for stål, som var indført af Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab.

45. Også for så vidt angår harmoniseringen af de sociale bestemmelser inden for transportsektoren har Domstolen foretrukket en fortolkning, som lægger vægt på den pågældende enheds retlige og organisatoriske uafhængighed. I denne sammenhæng dækker begrebet virksomhed »et selvstændigt retssubjekt, uanset dets retlige form, som varigt udøver transportvirksomhed, og som har retten til at tilrettelægge og kontrollere førernes og andre medlemmer af det medfølgende personales arbejde« [18].

46. En sådan definition forekommer mig dog at være uanvendelig, da hverken den sammenhæng, hvori den blev givet, eller de formål, den forfulgtes med fortolkningen, var de samme som sagsgenstanden i den foreliggende sag [19].

47. Det var netop inden for rammerne af konkurrenceretten, at den første definition af begrebet virksomhed i domspraksis alle-

14 — Forenede sager 42/59 og 49/59, SNUPAT mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 247, org. ref.: Rec. s. 101.

15 — Rec. s. 151 in fine og s. 152.

16 — Forenede sager 17/61 og 20/61, Sml. 1954-1964, s. 331, org. ref.: Rec. s. 615. Se ligeledes dom af samme dag i sag 19/61, Mannesmann mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 333, org. ref: Rec. s. 675, baseret på et identisk juridisk grundlag.

17 — Dommen i sagen Klöckner-Werke og Hoesch mod Den Høje Myndighed, Rec. s. 646.

18 — Dom af 2.10.1991, sag C-7/90, Vandevenne m.fl., Sml. I, s. 4371, præmis 9.

19 — Det er derfor ikke overraskende, at Retten i Første Instans ved fortolkningen af artikel 85 foretrak at centrere affattelsen af begrebet omkring økonomien fremfor det konkrete juridiske forhold. Se i denne retning Rettens dom af 10.3.1992, sag T-11/89, Shell mod Kommissionen, Sml. II, s. 757, præmis 311 og 315.

rede blev givet i 1984. Domstolen udtalte i forbindelse med et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af en fællesskabsretlig retsregel vedrørende fritagelse for kategorier af eneforhandlingsaftaler, at »begrebet virksomhed i en konkurrenceretlig kontekst [skal] forstås som en økonomisk enhed i relation til den pågældende aftale, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer« [20].

Senere har Domstolen udtalt, hvilket minder om en standard-kontraktbestemmelse, at i relation til konkurrencereglerne »omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde« [21].

Inden for konkurrenceområdet forskydes det karakteristiske element ved definitionen således fra kriterier om uafhængighed til begrebet enhed ud fra et økonomisk synspunkt. Som jeg vil redegøre nærmere for senere, skal retssubjektet ikke desto mindre samtidig nyde en vis grad af uafhængighed af overvejende økonomisk karakter.

48. Domstolen har ved anmodninger om fortolkning af begrebet »enhed, der udøver en økonomisk virksomhed«, i højere grad skullet udtale sig om karakteren af den økonomiske virksomhed end begrebet enhed. Af denne grund har hovedproblemet i de for Domstolen indbragte sager været at afgøre, hvorvidt visse former for virksomhed, såsom arbejdsformidling [22], administration af den offentlige socialsikring [23], kontrol og overvågning af luftrummet [24] og forvaltning af en ordning om supplerende, frivillig alderdomsforsikring [25], hidrørte fra offentlige myndigheders prærogativer eller ej.

49. Jeg mener imidlertid ikke, at der er tvivl om, at det omtvistede havnearbejde er af økonomisk karakter. Økonomisk virksomhed er enhver form for virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet [26]. Havnearbejderne tilbyder mod vederlag tjenesteydelser, som består i udførelse af forskellige havnearbejder: lastning, losning, omladning og oplagring. Problemet er, om disse havnearbejdere kan betragtes som en enhed, der kan være underlagt Fællesskabets konkurrenceregler.

50. Den eneste dom fra tidligere praksis, som kan give en ledetråd i denne sag, er efter min mening Domstolens dom af

20 — Dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm Gerätebau, Sml. s. 2999, præmis 11.

21 — Se med hensyn til begrebet virksomhed i artikel 85 og 86 dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Poucet og Pistre, Sml. I, s. 637, præmis 17, af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Sml. I, s. 43, præmis 18, og af 16.11.1995, sag C-244/94, FPSA m.fl., Sml. I, s. 4013, præmis 14.

22 — Jf. Höfner og Elser-dommen.

23 — Jf. Poucet og Pistre-dommen.

24 — Jf. SAT Fluggesellschaft-dommen.

25 — Jf. dommen i sagen FPSA m.fl.

26 — Jf. dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7.

18. juni 1998 i sagen Kommissionen mod Italien [27], hvor Domstolen fastslog, at Den Italienske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktatens artikel 5 og 85 ved at tillade vedtagelsen af en tarif, der skulle være bindende for alle toldklarerere. Fra denne dom gengiver jeg kun de for den foreliggende sag relevante omstændigheder.

51. Den italienske regering havde anført, at artikel 85 ikke var anvendelig i den pågældende sag, da en toldklarerer, selv om han er en selvstændig erhvervsdrivende, der udøver et liberalt erhverv i lighed med en advokat, en landmåler eller en tolk, dog ikke kan anses for en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85, idet de tjenesteydelser, han udfører, er af intellektuel art, og idet udøvelsen af hans erhverv kræver autorisation og indebærer, at visse betingelser skal overholdes. Traktaten sondrer i øvrigt mellem selvstændige erhvervsdrivende og virksomheder, således at det ikke nødvendigvis er enhver selvstændig aktivitet, der udøves inden for rammerne af en virksomhed. Desuden mangler det nødvendige organisatoriske element, dvs. at der foreligger personlige, materielle og immaterielle elementer, som varigt er knyttet til forfølgelsen af et bestemt økonomisk formål.

52. Domstolen kunne uden videre fastslå, at den virksomhed, som toldklarererne udøver, er af økonomisk karakter. For så vidt angår den anden betingelse om, at de berørte personer skal være tilstrækkeligt uafhængige og skal kunne betragtes som en enhed, fastslog Domstolen, at en toldklarerer bærer de økonomiske risici, der er forbundet med denne virksomhed, og i tilfælde af uligevægt mellem udgifter og indtægter skal han selv bære underskuddet. Som følge heraf kan »den omstændighed, at virksomhed som toldklarerer er intellektuel, kræver autorisation og kan udøves, uden at der foreligger materielle, immaterielle og menneskelige elementer, ikke udelukke den fra anvendelsesområdet for EF-traktatens artikel 85 og 86« [28].

53. Det er denne overtagelse af økonomiske risici, som giver en erhvervsdrivende de kendetegn, som gør, at han bliver en selvstændig økonomisk enhed og dermed må antages at være en virksomhed. Begrebet virksomhed kræver med andre ord som et minimum, at der eksisterer et konkret centrum, hvortil økonomiske beslutninger kan henføres.

54. Det er grunden til, at lønmodtagere ikke er virksomheder. Som hjælpeorganer udgør de sammen med virksomheden en økonomisk enhed [29].

55. I denne henseende mener jeg, det er vigtigt at fremhæve denne selvstændighed i

27 — Sag C-35/96, Sml. I, s. 3851.

28 — Sml. I, s. 3896, præmis 38.

29 — Se dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73 og 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 539.

enhver definition af begrebet virksomhed i relation til traktatens konkurrenceregler. Betydningen af begrebet i henhold til de nationale lovgivninger kan kun tjene som et supplerende indicium for Domstolen. Det samme gælder negative afgrænsninger i henhold til national lovgivning. Det vil sige, at en enhed, som udøver økonomisk virksomhed, ikke ophører med at være en virksomhed i henhold til Fællesskabets konkurrenceregler, blot fordi den nationale lovgivning ikke tillægger den denne status. Det er således ikke tilstrækkeligt, at et retsforhold er kvalificeret som en arbejdskontrakt i henhold til en bestemt retsorden, til at det bringes uden for anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige bestemmelser, der gælder for virksomheder. På samme måde som det gør sig gældende for så vidt angår definitionen af begrebet virksomhed, er det ydelsens reelle indhold og konkrete kendetegn og ikke dens retlige form, der er afgørende.

56. Ordningen for de autoriserede havnearbejdere i Gents havn indeholder visse særegenheder, som bevirker, at der ikke er tale om et typisk arbejdsforhold. For det første er der tale om dagarbejdere, der er knyttet til en arbejdsgiver gennem en arbejdskontrakt, som omhandlet i de nationale bestemmelser og indgået for korte eller endog meget korte perioder. Endvidere er indgåelsen af disse kontrakter ikke underlagt et krav om skriftlighed (se punkt 4 ovenfor).

Disse to forhold kan efter min mening ikke i sig selv bevirke, at kvalificeringen som arbejdskontrakt, som efter belgisk lov anvendes på sådanne kontrakter, ikke holder i relation til den foreliggende sag, og heller ikke medfører, at de nærmest må betegnes som uafhængige tjenesteydelser.

På baggrund af de oplysninger, som foreligger for Domstolen, kan man ikke gå ud fra, at havnearbejderne i Gents havn enkeltvis kan antages at handle på en sådan måde, at de har en formodning om, at der findes et konkret centrum, hvortil økonomiske beslutninger kan henføres. Selv om de tilbyder deres tjenesteydelser til forskellige aftagere, modtager de ordrer fra disse og har ingen erhvervsrisiko. Under disse omstændigheder kan det konkluderes, at havnearbejderne ud fra et socialt synspunkt udøver en form for virksomhed, hvis funktion adskiller sig fra en hvilken som helst anden tjenesteydelsesvirksomhed [30]. Begrebet arbejdstager forudsætter således, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger. Det er netop, hvad Domstolen udtalte med hensyn til italienske havnearbejdere [31]. Der er intet i denne sag, som gør det muligt at nå til en anden konklusion for så vidt angår belgiske havnearbejdere.

57. Man bør ikke forveksle spørgsmålet om, hvorvidt havnearbejderne individuelt

30 — Se i denne henseende generaladvokat Jacob's forslag til afgørelse i de forenede sager C-67/96, C-115/97, C-116/97, C-117/97 og C-219/97, Albany International m.fl., dom af 21.9.1999, Sml. I, s. 5751, 6025, 6121.

31 — Merci-dommen, præmis 13.

kan betragtes som arbejdstagere, med spørgsmålet om, hvorvidt disse havnearbejdere som helhed optræder som en enhed i økonomisk henseende og dermed må betragtes som en virksomhed, der er underlagt konkurrencereglerne. Dette ville f.eks. være tilfældet, hvis arbejdstageren, samtidig med at være i et underordnelsesforhold i forhold til virksomheden, var knyttet til de andre arbejdstagere i kraft af en sammenslutning [32].

58. Imidlertid må det konstateres, at forelæggelseskendelsen ikke indeholder oplysninger, der peger i retning af, at der er tale om en sammenslutning mellem havnearbejderne. Under disse omstændigheder anmodede Domstolen de parter, der gav møde, om at besvare et spørgsmål skriftligt. Domstolen anmodede dem om at redegøre for, hvorledes havnearbejderne i Gents havn konkret har valgt at organisere sig med henblik på at tilbyde deres ydelser, indgå kontrakter vedrørende disse ydelser og udføre dem. Særligt ønskede Domstolen oplyst, om havnearbejderne har en fælles ledelsesstruktur eller forvaltning, eller om de har dannet en sammenslutning eller interesseorganisation med henblik på at udføre det bestilte arbejde eller kunne bringe eventuelle disciplinære sanktioner i anvendelse.

Det fremgår af svarene fra den belgiske regering og repræsentanten for SMEG, at der ikke eksisterer nogen organisation, i det mindste ikke formelt, mellem de autoriserede havnearbejdere, som sigter på at regulere udbuddet af ydelser, indgåelsen af kontrakter eller udførelsen af ydelserne. De autoriserede havnearbejdere råder over ad hoc-arbejdsformidlingskontorer for at kunne fremme udbuddet af deres ydelser og indgåelsen af deres kontrakter. Disse kontorer henhører imidlertid under den offentlige arbejdsformidling (Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling).

Det lader heller ikke til, at havnearbejderne har stiftet eller påtænker at stifte et organ, som skal lede eller forvalte udførelsen af de ydelser, som de er pålagt at udføre. Når de faktisk er medlemmer af en fagforening som alle andre arbejdere, er deres deltagelse i ledelsen eller administrationen af fagforeningen begrænset til, at de kan vælge de delegerede, som skal repræsentere dem i de paritetiske udvalg og underudvalg. De paritetiske organer har ligeledes til opgave at udøve disciplinære beføjelser, i det omfang de går ud over rammerne for et individuelt arbejdsforhold, hvor disciplinærbeføjelsen er overladt til arbejdsgiveren.

59. Uden at bestride de faktiske forhold, således som de lige er blevet beskrevet, har repræsentanten for SMEG i sit skriftlige svar gjort opmærksom på en række aftaler og skjulte former for praksis, som giver et helt andet billede af, hvorledes udførelsen af havnearbejdet er organiseret i Gents havn.

60. Det tilkommer ikke Domstolen inden for rammerne af en præjudiciel anmodning

32 — Ibidem.

at efterprøve rigtigheden af oplysninger som dem, der er fremført af SMEG's repræsentant, når de hverken vedrører omstændigheder, der er indeholdt i forelæggelseskendelsen, eller falder inden for de retlige rammer i hovedsagen. Jeg mener derfor ikke, det er nødvendigt at tage hensyn til dem ved besvarelsen af den belgiske domstols spørgsmål.

61. Da jeg ikke er stødt på omstændigheder, der kan medføre, at det retsforhold, som led i hvilket havnearbejderne udfører deres ydelser, ikke udelukkende kan betegnes som et »arbejds«-forhold, eller at der eksisterer en form for sammenslutning, der kan anses for at være en virksomhed i henhold til EF's konkurrenceregler, må jeg konkludere, at disse regler ikke kan finde anvendelse i den foreliggende sag.

Forslag til afgørelse

62. Af de anførte grunde foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som er forelagt af Hof van Beroep, Gent, således:

»1) EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 85 og 86, skaber rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte.

2) Gennemgangen af sagen har intet frembragt, der kan medføre, at det retsforhold, som led i hvilket de autoriserede havnearbejdere udfører deres arbejde i havneområdet i Gent, ikke udelukkende kan betegnes som et 'arbejds'-forhold, eller at der eksisterer en form for sammenslutning, der kan anses for at være en virksomhed i henhold til EF's konkurrenceregler. EF-traktatens artikel 85, 86 og artikel 90, stk. 1, finder derfor ikke anvendelse.«