FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MICHAEL B. ELMER

fremsat den 15. maj 1997 *

Indledning

1. I denne sag er Domstolen blevet anmodet om at besvare nogle spørgsmål om forholdet mellem forskellige bestemmelser i traktaten og den italienske lovgivning om forbud mod privat arbejdsformidling og mod leje af midlertidig arbejdskraft. Disse spørgsmål svarer i realiteten til dem, som blev forelagt Domstolen i sag C-111/94, Job Centre [1] (herefter »Job Centre I«), i hvilken sag jeg fremsatte forslag til afgørelse den 8. juni 1995.

2. Domstolen valgte dengang at afvise sagen under henvisning til manglende kompetence, idet den fandt, at Tribunale civile e penale di Milano, der under den italienske ordning med frivillig retspleje (giurisdizione volontaria) havde forelagt spørgsmålene, ikke udøvede en judiciel funktion. Domstolen henviste bl.a. til, at det først er, når der anlægges sag til prøvelse af et afslag på at godkende vedtægterne, at der er tale om udøvelse af en judiciel funktion.

3. Efter at Tribunale civile e penale di Milano har afvist at godkende vedtægterne for Job Centre COOP. a r.l. under stiftelse (herefter »Job Centre«), har Job Centre klaget til Corte di Appello di Milano, der har forelagt Domstolen en række spørgsmål, som har til formål at sætte den i stand til at træffe afgørelse i klagesagen.

4. Der er herefter ikke noget formalitetsproblem i sagen, om hvis realitet Domstolen herefter kan træffe afgørelse.

5. Den nære sammenhæng mellem denne sag og Job Centre I gør det i og for sig muligt for mig i vidt omfang at henvise til det, som jeg anførte om sagens realitet i mit tidligere forslag til afgørelse. Jeg har imidlertid bl.a. på baggrund af den mundtlige forhandling i denne nye sag fundet det hensigtsmæssigt i stedet at udarbejde et nyt selvstændigt forslag, som også inddrager visse nye oplysninger og Domstolens nyeste praksis.

* Originalsprog: dansk.

1 — Jf. dom af 19.10.1995, Sml. I, s. 3361.

Den nationale lovgivning

6. Formidling og anden virksomhed som mellemmand mellem udbud og efterspørgsel af lønnet arbejde er efter artikel 11, stk. 1, i den italienske lov nr. 264 af 29. april 1949 (herefter »1949-loven«) forbudt for andre end den offentlige arbejdsformidling, selv om virksomheden udføres gratis. Forskellige bureauer organiseret under det italienske Arbejdsministerium har således eneret på at foretage arbejdsformidling i Italien [2].

Arbejdsgivere må i almindelighed ikke foretage ansættelser uden om arbejdsformidlingen. Der gælder dog undtagelser fra denne regel, bl.a. for stillinger som ledere og arbejdstagere, der udvælges på baggrund af offentlige udvælgelsesprøver, samt hushjælpere [3]. Oprindelig havde arbejdsgivere kun muligheden for over for arbejdsformidlingen at angive, hvilke kvalifikationer mv. arbejdstageren skulle opfylde (»richiesta numerica«), hvorefter arbejdsformidlingen anviste arbejdstageren, som udvalgtes efter objektive kriterier, bl.a. under hensyn til den pågældendes familiemæssige og økonomiske forhold, længden af ledighedsperioden mv. Ved artikel 25, stk. 1, i lov nr. 223 af 23. juli 1991 er der dog tillige åbnet mulighed for, at arbejdsgiveren kan udvælge den arbejdstager, han ønsker at ansætte, ud fra en liste opstillet af arbejdsformidlingen (»richiesta nominativa«).

Arbejdsgivere med mere end 10 ansatte (ledelse og lærlinge undtaget) skal i øvrigt reservere (for tiden) 12% af nyansættelserne til arbejdstagere, der er blevet ledige som følge af deres tidligere arbejdsgiveres konkurs mv., eller som har været arbejdsløse i mere end to år.

Formidling af arbejde i strid med disse regler og ansættelse af arbejdstagere uden om arbejdsformidlingen er efter 1949-loven sanktioneret med strafferetlige eller administrative sanktioner. Endvidere kan domstolene på begæring af »il pubblico ministero« (en myndighed med særlige opgaver inden for civilprocessen og strafferetsplejen) erklære arbejdskontrakter, der er indgået i strid med reglerne, for ugyldige inden for en frist på et år fra ansættelsen.

2 — Visse erhverv (navnlig forlystelses- og hotelbranchen, bagerier og skibsfart) er undergivet særskilt regulering med forskellige særlige kontorer til anvisning af arbejde.

3 — For landbrugssektoren findes regler i lov nr. 83 af 11.3.1970.

7. Artikel 1, stk. 1 og 2, i lov nr. 1369 af 23. oktober 1960 (herefter »1960-loven«) fastsætter følgende:

»Virksomhedsledere må ikke give udførelsen af rene arbejdsydelser ved hjælp af arbejdskraft, der er ansat og aflønnet af entreprenøren eller af mellemmanden, i entreprise eller underentreprise eller andet, heller ikke til kooperative selskaber, uanset arten af arbejdet eller tjenesteydelsen, som ydelserne vedrører.

Virksomhedsledere må heller ikke betro mellemmænd, hvad enten disse er ansatte, tredjemænd eller selskaber, selv om der er tale om kooperative selskaber, arbejde, der skal udføres på akkord af arbejdstagere, der er ansat og aflønnet af sådanne mellemmænd.«

Overtrædelse af disse regler medfører straffe-retlige sanktioner, og retligt anses lejeren af arbejdskraften ifølge lovens artikel 1, stk. 5, i enhver henseende som arbejdsgiver.

8. Den italienske regering har under den mundtlige forhandling i denne nye sag erkendt, at nogle oplysninger, som den afgav under den mundtlige forhandling i sagen Job Centre I, ikke var rigtige. Den italienske regering har nu erklæret, at de forbud, der er indeholdt i artikel 1, stk. 1 og 2, i 1960-loven, tillige omfatter en italiensk virksomheds udleje af midlertidig arbejdskraft til en virksomhed i en anden medlemsstat og en udenlandsk virksomheds udleje af midlertidig arbejdskraft til en virksomhed etableret i Italien.

Sagens faktiske omstændigheder

9. Job Centre er et kooperativt selskab under stiftelse med hjemsted i Milano, Italien, og med en selskabskapital på 1 300 000 LIT, svarende til for tiden ca. 670 ECU. Kooperativet har efter vedtægternes artikel 4, litra c) og d), bl.a. følgende formål:

»c) Oprettelse af et permanent kontor, der til selskabsdeltagerne eller tredjemænd, der eventuelt måtte være interesserede heri — gratis når der er tale om selskabsdeltagere og tredjemænd, der er arbejdstagere — skal indsamle, lagre, behandle, udvælge og levere den størst mulige mængde oplysninger om efterspørgsel og udbud af arbejde på arbejdsmarkedet i Italien og Fællesskabet med henblik på at bringe arbejdsgivere og arbejdstagere i kontakt med hinanden.

d) Oprettelse af et kontor, der finder frem til og udvælger italiensk eller udenlandsk personale til italienske eller udenlandske arbejdsgivere, der er interesserede i at ansætte dette personale.«

10. Job Centre indgav i overensstemmelse med artikel 2330, stk. 3, i den italienske Codice civile ansøgning til Tribunale civile e penale di Milano om godkendelse af selskabets vedtægter. Efter denne bestemmelse træffer Tribunale, når det er konstateret, at et selskabs vedtægter opfylder de i loven fastsatte betingelser, efter høring af il pubblico ministero bestemmelse om, at selskabet skal indføres i registret. Artikel 2331, stk. 1, fastsætter, at selskabet (først) opnår status som juridisk person, når det er indført i registret.

11. Ved afgørelse af 18. december 1995 — efter Domstolens afvisning ved dommen i Job Centre I af at besvare de forelagte spørgsmål — afviste Tribunale civile e penale di Milano at behandle ansøgningen om godkendelse af vedtægterne med den begrundelse, at Job Centres formål var i strid med italiensk lovgivning.

12. Job Centre har i medfør af artikel 2330, stk. 4, i Codice civile påklaget denne afgørelse til Corte di Appello di Milano og nedlagt påstand om, at dens ansøgning om godkendelse af vedtægterne imødekommes.

De præjudicielle spørgsmål

13. Corte di Appello di Milano har ved kendelse af 30. januar 1996 udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan de italienske bestemmelser i artikel 11, stk. 1, i lov nr. 264 af 29. april 1949 og artikel 1, stk. 1, i lov nr. 1369 af 23. oktober 1960 med de deri indeholdte forbud mod en hvilken som helst virksomhed, der består i formidling og/eller mellemkomst mellem udbud og efterspørgsel af arbejde mellem andre end de i disse bestemmelser nævnte offentlige institutioner, antages at være bestemmelser om udøvelse af offentlig myndighed, jf. EF-traktatens artikel 66, sammenholdt med dens artikel 55, når henses til den offentlige karakter, der ved den italienske lov er givet disse bestemmelser, for så vidt som de er opstillet til beskyttelse af arbejdstagerne og den nationale økonomi?

2) Må de nævnte nationale bestemmelser med den generelle regulering, de er udtryk for, antages at være i strid med de fællesskabsretlige principper, der ligger bag nævnte traktats artikel 48, 49, 59, 60, 62, 86 og 90, og som vedrører arbejdsretten, det frie økonomiske initiativ, den frie bevægelighed for personer, det frie udbud af og den frie efterspørgsel efter arbejdsydelser og

tjenesteydelser, den frie og loyale konkurrence mellem erhvervsdrivende og forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling?

3) Såfremt den nævnte italienske lovgivning om arbejdsformidling og midlertidig beskæftigelse antages at udgøre en overtrædelse af de nævnte fællesskabsretlige principper, spørges det, om den italienske stats dømmende myndigheder og forvaltning skal anse sig for forpligtet til at anvende disse principper og således til at anerkende, at offentlige og private institutioner og virksomheder kan udøve virksomhed bestående i formidling mellem udbud og efterspørgsel af arbejde og midlertidig levering af arbejdskraft under forudsætning af, at denne virksomhed udøves under iagttagelse af de gældende bestemmelser om arbejdsforholdet og obligatorisk social sikring af arbejdstagerne og er underkastet den i loven fastsatte kontrol?«

gelighed efter bestemmelserne om virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i traktatens artikler 48, stk. 4, 55 og 66.

Dernæst ønsker den forelæggende ret en vurdering af en ordning med arbejdsformidling som den italienske i forhold til reglerne i traktatens artikel 90, stk. 1, der for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, pålægger medlemsstaterne at afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, sammenholdt med artikel 86, der forbyder virksomheder at misbruge en dominerende stilling.

Reglerne om fri bevægelighed

14. Spørgsmålene fra den forelæggende ret kan opdeles i to grupper.

For det første anmoder den forelæggende ret Domstolen om at fortolke traktatens artikel 48 om arbejdskraftens frie bevægelighed og artiklerne 59 og 60 om den frie udveksling af tjenesteydelser i relation til arbejdsformidling mv. Kun i det omfang disse regler finder anvendelse, bliver der anledning til at tage stilling til, om arbejdsformidling mv. er undtaget fra den frie bevæ-

15. Job Centre har gjort gældende, at forbuddene i artikel 11, stk. 1, i 1949-loven og artikel 1, stk. 1 og 2, i 1960-loven strider mod traktatens artikler 48, 52 og 59. Disse bestemmelser strider efter Job Centres opfattelse mod traktatens artikel 48, fordi den offentlige arbejdsformidlings manglende evne til at tilfredsstille efterspørgslen særligt rammer arbejdstagere fra andre medlemsstater, og fordi forbuddet mod udleje af midlertidig arbejdskraft fratager disse arbejdstagere et væsentligt middel til at få fodfæste på det italienske arbejdsmarked. Den italienske lovgivning er endvidere i strid med traktatens artikel 52, idet den forhindrer virksomheder fra andre medlemsstater i at etablere

sig i Italien. Job Centre har herved henvist til, at medlemmerne af det kooperativ, der er under stiftelse, bl.a. tæller en tysk og en fransk virksomhed. Endelig er de forbud, der er indeholdt i den italienske lovgivning, undtagelsesfrie. De afskærer derfor italienske virksomheder fra at udbyde tjenesteydelser i de øvrige medlemsstater i form af arbejdsformidling eller udleje af midlertidig arbejdskraft, hvorfor bestemmelserne efter Job Centres opfattelse tillige strider mod traktatens artikel 59.

16. Den italienske, den tyske og den norske regering samt Kommissionen har gjort gældende, at traktatens artikler 48, 52 og 59 ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Job Centre er en italiensk virksomhed, der ønsker at etablere sig i Italien. Der er derfor ikke den nødvendige forbindelse mellem omstændighederne i sagen og de situationer, der er reguleret i de nævnte bestemmelser i traktaten. Kommissionen har under den mundtlige forhandling fremhævet, at den relevante bestemmelse er traktatens artikel 52, eftersom der er tale om virksomhedsetablering, men at der ikke er fremkommet tilstrækkelige oplysninger til at tage stilling til, om denne bestemmelse er anvendelig i den foreliggende sag, og at dette spørgsmål i øvrigt ikke er rejst af den forelæggende ret.

17. Jeg har vanskeligt ved at se, hvordan traktatens artikel 48 om arbejdskraftens frie bevægelighed kan være relevant i den foreliggende sag. Job Centre er jo ikke en arbejdstager, men et selskab, som efter vedtægterne vil skulle drive virksomhed med arbejdsformidling mv. At der blandt selskabets stiftere er arbejdstagere, kan ikke gøre nogen forskel i så henseende, idet selskabet, når det er stiftet og skal udøve sin virksomhed, vil være en selvstændig juridisk person.

18. Der er heller ikke oplyst noget, som kan begrunde, at Job Centre selvstændigt eller ud fra overdragelses- eller repræsentationssynspunkter skulle kunne gøre de rettigheder gældende, som arbejdstageren eventuelt måtte få, når der til sin tid måtte være sket formidling. Det kan vel ikke udelukkes, at de forbud, der er indeholdt i artikel 11, stk. 1, i 1949-loven og artikel 1, stk. 1 og 2, i 1960-loven, vil kunne gøre det vanskeligere for arbejdssøgende fra andre medlemsstater at få adgang til det italienske arbejdsmarked. Der er imidlertid tale om helt generelle ordninger, der finder anvendelse uden forskelsbehandling. Der er således ikke noget, der tyder på, at det offentlige arbejdsformidlingsmonopol ikke opfylder forpligtelsen i artikel 5 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet [4], hvorefter en statsborger i en medlemsstat, der søger beskæftigelse i en anden medlemsstat, dér skal have den samme bistand som den, arbejdsformidlingen i denne stat yder sine egne statsborgere, der

4 — EFT 1968 II, s. 467, org. ref.: JO L 257, s. 2, som ændret senest ved Rådets forordning (EØF) nr. 2434/92 af 27.7.1992 om ændring af anden del af forordning (EØF) nr. 1612/68 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, EFT L 245, s. 1.

søger beskæftigelse. Endvidere er virkningerne af det forbud mod udleje af midlertidig arbejdskraft, der er indeholdt i 1960-loven, efter min opfattelse så generelle og så usikre, at de ikke er egnede til at udgøre en hindring for den frie bevægelighed af arbejdskraft som omhandlet i traktatens artikel 48 [5]. Forbuddet rammer således ikke bestemte grupper af arbejdstagere, og det forhindrer heller ikke arbejdstagere fra andre medlemsstater i på anden måde at få adgang til det italienske arbejdsmarked.

19. Umiddelbart kunne det forekomme mere relevant at drøfte den virksomhed, Job Centre efter sine vedtægter skal udøve, i forhold til reglerne om den frie udveksling af tjenesteydelser i traktatens artikler 59 og 60. Artikel 11, stk. 1, i 1949-loven forbyder generelt andre end det offentlige monopol at udøve arbejdsformidling, hvilket medfører, at en virksomhed som Job Centre afskæres fra at drive virksomhed i Italien og dermed også fra at tilbyde sine tjenesteydelser til arbejdssøgende og arbejdsgivere i andre medlemsstater.

20. Hvad angår reglerne i 1960-loven om udlejning af midlertidig arbejdskraft, oplyste den italienske regering under retsmødet i Job Centre I, at italiensk lovgivning ikke er til hinder for, at en virksomhed, der er etableret i Italien, udlejer midlertidig arbejdskraft til arbejdsgivere i andre medlemsstater. Som nævnt ovenfor har den italienske regering imidlertid under retsmødet i den foreliggende sag erkendt, at de oplysninger, som den afgav under retsmødet i Job Centre I, og som den ikke berigtigede efter retsmødet, er urigtige, idet forbuddet i 1960-lovens artikel 1, stk. 1 og 2, rettelig tillige omfatter en sådan aktivitet.

21. Selv om den italienske lovgivning i lyset af de nu foreliggende oplysninger i højere grad er til hinder for eksport af tjenesteydelser, end der var grundlag for at antage efter de oplysninger, den italienske regering afgav i Job Centre I, er det fortsat min opfattelse, at traktatens artikel 59 ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Der er nemlig tale om et generelt forbud mod udøvelsen af en bestemt erhvervsaktivitet i forhold til virksomheder, som enten er etableret eller er i færd med at etablere sig på den pågældende medlemsstats område, og som ønsker at udøve denne aktivitet.

22. Som anført i pkt. 27 i mit forslag til afgørelse i Job Centre I bekræftes denne opfattelse efter min mening af Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 34 om kvantitative udførselsrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning. Efter Domstolens faste praksis er traktatens artikel 34 nemlig ikke til hinder for et nationalt forbud mod produktion af en given vare, selv om eksport af den pågældende vare

5 — Der kan herved henvises til Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 30, hvorefter bestemmelser, der alene har en indirekte og usikker indvirkning på de frie varebevægelser, falder uden for forbuddet i denne bestemmelse, jf. dom af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 24.

herved umuliggøres [6]. Artikel 34 tager således »sigte på nationale foranstaltninger, hvis formål eller virkning særlig er at hindre eksporthandelen og dermed skabe forskelsbehandling mellem handelen på hjemmemarkedet i en medlemsstat og dens eksporthandel, hvorved der sikres den pågældende medlemsstats indenlandske produktion eller hjemmemarked en særlig fordel« [7].

23. Jeg skal endvidere henvise til Domstolens nylige afgørelse i Gebhard-sagen [8]. Denne sag omhandlede en tysk advokat, der udøvede erhvervsvirksomhed i Italien, der var rettet dels mod tysksprogede personer, dels mod italiensksprogede personer i Tyskland og Østrig. Aktiviteterne indebar således et eksportelement. Gebhard blev af det italienske advokatråd nægtet ret til at bruge titlen »avvocato« og blev endvidere frataget retten til at udøve erhvervsvirksomhed i 6 måneder for at have anvendt denne titel. Domstolen fastslog i dommens præmis 28, at denne situation var omfattet af traktatens artikel 52 om etableringsretten og ikke artikel 59, idet Gebhard på vedvarende og stabil måde udøvede erhvervsvirksomhed i Italien.

24. Det anførte er efter min opfattelse i overensstemmelse med Domstolens afgørelse i Alpine Investments-sagen [9]. Denne sag vedrørte nationale regler, der forbød en bestemt form for markedsføring, nemlig såkaldt »cold calling«, af et i øvrigt fuldt lovligt »produkt«, nemlig en finansiel tjenesteydelse. Forbuddet var generelt og havde hverken som formål eller virkning at give indenlandske virksomheder en fordel frem for tjenesteydere fra andre medlemsstater. Når Domstolen alligevel fandt, at artikel 59 fandt anvendelse, hænger det efter min opfattelse sammen med, at der ikke var tale om en generel regulering af, hvilke ydelser der lovligt kunne produceres på den pågældende medlemsstats område, men derimod om regulering af markedsføringen i en anden medlemsstat af en lovligt produceret ydelse. I et sådant tilfælde er der ikke længere tale om vilkår for virksomhedsetablering, men derimod om vilkårene for eksport af en lovligt fremstillet tjenesteydelse.

25. Det er således min opfattelse, at det i den foreliggende sag er etableringsreglerne i traktatens artikel 52 og ikke tjenesteydelsesreglerne i artikel 59, der er relevante, uanset at Job Centre ifølge vedtægterne påtænker at eksportere sine tjenesteydelser til de øvrige medlemsstater. Denne eksport er nemlig betinget af, at virksomheden overhovedet etableres. Forbuddene i 1949-loven og 1960-loven er til hinder herfor, indtil det måtte blive fastslået, at disse hindringer

6 — Jf. eksempelvis dom af 8.11.1979, sag 15/79, Groenveld, Sml. s. 3409.

7 — Jf. senest dom af 24.3.1994, sag C-80/92, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1019, præmis 24.

8 — Jf. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Sml. I, s. 4165.

9 — Jf. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Sml. I, s. 1141.

strider mod traktatens artikel 52. En antagelse af, at artikel 59 var anvendelig, ville endvidere føre til, at virksomhederne i rent interne situationer, hvor artikel 52 derfor ikke var anvendelig, kunne anfægte sådanne generelle interne forbudsregler under henvisning til, at de pågældende bestemmelser forhindrede dem i at gennemføre eksport af tjenesteydelser. En sådan retsstilling ville efter min opfattelse ikke harmonere med traktatens system.

26. Den forelæggende ret har ikke anmodet Domstolen om en fortolkning af traktatens artikel 52. Det fremgår imidlertid klart af de forelagte spørgsmål, at formålet hermed er at opnå Domstolens bistand til at få afklaret, hvorvidt bestemmelserne i 1949-lovens artikel 11, stk. 1, og 1960-lovens artikel 1, stk. 1 og 2, er forenelige med de grundlæggende fællesskabsretlige regler om fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser. I lyset af den samarbejdsånd, der ligger til grund for forelæggelsesproceduren i traktatens artikel 177, finder jeg derfor, at Domstolen også bør give en fortolkning af traktatens artikel 52 [10].

27. Det fremgår af præmis 37 i den nævnte Gebhard-dom [11], at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet.

28. Et generelt forbud mod privat arbejdsformidling og mod udleje af midlertidig arbejdskraft som det, der er indeholdt i 1949-loven og 1960-loven, udgør en absolut hindring for, at private virksomheder kan udøve denne form for virksomhed i Italien. Der er således efter min opfattelse tale om foranstaltninger, som materielt er omfattet af traktatens artikel 52, og som strider mod denne bestemmelse, medmindre de fire betingelser i Gebhard-dommen er opfyldt.

29. Efter Domstolens faste praksis finder artikel 52 imidlertid ikke anvendelse på forhold, som er rent interne, og som derfor ikke har nogen forbindelse med de situationer, som fællesskabsretten tager sigte på [12]. En italiensk statsborgers etablering af virksomhed i Italien er således ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 52.

10 — Jf. herved dom af 13.7.1994, sag C-130/92, OTO, Sml. I, s. 3281, præmis 14, og den i note 8 nævnte Gebhard-dom, i hvilken Domstolen fandt, at den relevante bestemmelse var traktatens artikel 52 og derfor besvarede de forelagte spørgsmål i lyset af denne bestemmelse, uanset at de forelagte spørgsmål ikke omfattede traktatens artikel 52.

11 — Jf. note 8.

12 — Jf. dom af 16.11.1995, sag C-152/94, Van Buynder, Sml. I, s. 3981, præmis 12, og af 20.4.1988, sag 204/87, Bekaert, Sml. s. 2029.

30. Efter traktatens artikel 52 omfatter etableringsretten bl.a. retten til at oprette agenturer, filialer eller datterselskaber. Det må efter min opfattelse kunne udledes heraf, at artikel 52 kun finder anvendelse, såfremt der er en væsentlig forbindelse mellem en eller eventuelt flere virksomheder eller personer fra den pågældende medlemsstat og den enhed, der etableres i en anden medlemsstat.

31. Job Centre har i den foreliggende sag henvist til, at to af kooperativets medlemmer er den tyske virksomhed Adia og den franske virksomhed Ecco. Det er imidlertid ikke nærmere oplyst, hvori disse virksomheders deltagelse består, og navnlig, hvilken indflydelse de har på driften af Job Centre. Jeg mener derfor ikke, at der i den foreliggende sag er tilstrækkelige oplysninger til at kunne tage stilling til, om der foreligger etablering i traktatens forstand.

32. Det er på denne baggrund min opfattelse, at Domstolen bør besvare spørgsmålene vedrørende reglerne om den frie bevægelighed med, at traktatens artikler 52 og 59 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en medlemsstat forbyder etablering på sit område af en virksomhed, som påtænker at udøve arbejdsformidlingsvirksomhed og at foretage midlertidig udlejning af arbejdskraft, når der ikke er en væsentlig forbindelse mellem en eller eventuelt flere fysiske eller juridiske personer fra en anden medlemsstat og den pågældende virksomhed.

Forholdet til traktatens artikel 90, sammenholdt med artikel 86

33. Job Centre har gjort gældende, at eneretten til arbejdsformidling er i strid med traktatens artikel 90, sammenholdt med artikel 86, idet den offentlige arbejdsformidling ikke er i stand til at leve op til markedets behov. Job Centre har i den forbindelse anført, at arbejdsmarkedet i en moderne økonomi er særdeles opdelt og forskelligartet, hvorfor der er behov for en række specialydelser. Selv de mest effektive offentlige arbejdsformidlinger kan derfor højst tilfredsstille 25-30% af efterspørgslen. Det fremgår af en undersøgelse foretaget af den italienske nationalbank, at det italienske arbejdsformidlingsmonopol højst formidler 5% af samtlige ansættelser. Job Centre har endvidere henvist til en rapport, udarbejdet af Bureau International du Travail [13], hvori det anbefales at revidere ILO-konvention nr. 96 fra 1949, således at det tillades private virksomheder at drive arbejdsformidling og vikarbureauer.

34. Den italienske regering har anført, at udøvelse af arbejdsformidlingsvirksomhed ikke kan antages at være omfattet af traktatens konkurrenceregler, idet der ikke er tale om en økonomisk aktivitet. Den italienske regering har endvidere henvist til, at det italienske arbejdsformidlingsmonopol i perioden juni 1995 — juni 1996 formidlede over 1 million kontakter mellem arbejdstagere og arbejdsgivere. Dette tal omfatter dog

13 — Jf. *Le rôle des agences d'emploi privées dans le fonctionnement des marchés du travail*, Conference international du Travail, Genève, 1994.

ud over anvisning i form af »richiesta numerica« og »richesta nominativa«, jf. ovenfor i pkt. 3, også tilfælde, hvor arbejdstageren og arbejdsgiveren selv har etableret den fornødne kontakt og efterfølgende informeret monopolet herom.

35. Kommissionen samt den tyske og den norske regering har anført, at eneretten til arbejdsformidling må bedømmes på grundlag af de retningslinjer, der kan udledes af Domstolens afgørelse i Höfner og Elser-sagen [14], samt at det italienske forbud mod udlejning af midlertidig arbejdskraft ikke omfattes af traktatens konkurrenceregler, eftersom der er tale om et generelt forbud. Kommissionen har under den mundtlige forhandling tilføjet, at det i den foreliggende sag er muligt uden nogen konkret undersøgelse af monopolets effektivitet at fastslå, at det ikke er i stand til at tilfredsstille efterspørgslen på markedet. Dette følger af selve markedets struktur, der er kendetegnet ved at være dels meget stort, dels meget forskelligartet. På et sådant marked vil intet monopol kunne tilfredsstille den samlede efterspørgsel, hvorfor der foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikler 90, jf. 86.

36. Jeg skal først fremhæve, at traktatens artikel 90, stk. 1, kun finder anvendelse, såfremt en eller flere virksomheder tildeles særlige eller eksklusive rettigheder. 1949-loven tildeler utvetydigt det offentlige monopol en eneret til at udøve arbejdsformidling. Den umiddelbare betingelse for at anvende traktatens artikel 90, stk. 1, er således opfyldt.

37. Den nævnte betingelse for anvendelse af traktatens artikel 90, stk. 1, synes på den anden side ikke umiddelbart opfyldt for så vidt angår forbuddet i artikel 1, stk. 1 og 2, i 1960-loven mod udleje af midlertidig arbejdskraft. Dette forbud er helt generelt, idet Den Italienske Republik efter det oplyste ikke selv tilbyder udlejning af midlertidig arbejdskraft eller har tildelt enkelte virksomheder særlige rettigheder til at udføre sådanne tjenesteydelser. Baggrunden for reglerne i 1960-loven skulle efter det oplyste være et ønske om at beskytte arbejdstagere mod udnyttelse og svækkelse af deres rettigheder som følge af, at der foretages en opsplitning mellem den reelle arbejdsgiver og en person, som formelt betegnes som arbejdsgiver, men som i realiteten blot er en mellemmand.

38. Job Centre har anført, at det primære formål med 1960-loven er at udelukke enhver form for privat arbejdsformidling, og at forbuddet i 1960-loven derfor er uadskilleligt forbundet med det offentlige arbejdsformidlingsmonopol.

14 — Jf. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Sml. I, s. 1979.

39. Såfremt det reelle formål med forbuddet i 1960-loven er at beskytte den eneret, der efter 1949-loven er tildelt det offentlige arbejdsformidlingsmonopol, vil det efter min opfattelse være nærliggende at betragte dette forbud mod udleje af midlertidig arbejdskraft som en del af den samlede monopolordning. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at tage stilling til, hvad der er det reelle formål med forbuddet i 1960-loven, idet der er tale om et spørgsmål om fortolkning af national ret.

40. For anvendelsen af traktatens artikel 86, hvortil artikel 90, stk. 1, bl.a. henviser, er det en betingelse, at der foreligger en »virksomhed« i konkurrenceretlig forstand. Domstolen har imidlertid allerede i den ovennævnte Höfner og Elser-sag [15] fastslået, at et offentligt organ, der udfører arbejdsformidling, opfylder denne betingelse. Domstolen udtalte således følgende i dommens præmis 20-23:

»I betragtning af det anførte må det undersøges, om et offentligt arbejdsanvisningskontor ... kan anses for en virksomhed i den i EØF-traktatens artikel 85 og 86 forudsatte betydning. (præmis 20)

Herved bemærkes, at inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed. (præmis 21)

Den omstændighed, at arbejdsformidlingsvirksomhed normalt er overdraget offentlige kontorer, kan ikke påvirke denne virksomheds økonomiske karakter. Arbejdsformidlingsvirksomhed har ikke altid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige enheder. Denne konstatering gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere. (præmis 22)

Heraf følger, at en enhed som et offentligt arbejdsanvisningskontor, der udøver arbejdsformidlingsvirksomhed, kan betegnes som virksomhed med henblik på anvendelse af fællesskabskonkurrencereglerne. (præmis 23)«

41. Det fremgår heraf, at det afgørende er, om der er tale om udøvelse af en økonomisk aktivitet, og at arbejdsformidlingsvirksomhed opfylder denne betingelse. Domstolens konklusion er generel, hvorfor der ikke synes at være grundlag for at sondre mellem forskellige former for virksomhed og forskellige erhvervsgrene. Dette harmonerer i øvrigt med, at arbejdsformidlingsvirksomhed

15 — Jf. note 14.

i vore dage også drives eller vil kunne drives på kommerciel basis i forhold til en række grupper af arbejdstagere [16].

42. Domstolens dom i Poucet-sagen [17] ændrer efter min opfattelse ikke denne retstilstand. Denne afgørelse, der i øvrigt ikke vedrørte arbejdsformidling, er udtrykkeligt baseret på de kriterier, der fremgår af Höfner og Elser-dommen, hvortil der henvises i præmis 17. Når Domstolen i den pågældende sag fandt, at administration af obligatoriske sociale sikringsordninger ikke var omfattet af traktatens artikel 86, var det netop, fordi der efter Domstolens opfattelse ikke var tale om en økonomisk aktivitet i konkurrenceretlig forstand. Domstolen lagde herved bl.a. vægt på, at de organer, der administrerede ordningerne, der forfulgte et socialt formål og var baseret på solidaritetsprincippet, ikke havde mulighed for at påvirke bidragenes størrelse, midlernes anvendelse eller ydelsernes størrelse, og at der var tale om obligatoriske ordninger [18]. Ordningerne kunne derfor i uændret form vanskeligt tænkes udbudt på kommercielt grundlag.

43. Også arbejdsformidling kan efter min opfattelse indeholde et større eller mindre element af social indsats, der efter omstændighederne vil kunne gøre det umuligt eller i det mindste uhensigtsmæssigt, at sådan virksomhed drives kommercielt. Et klart eksempel er kriminalforsorgens indsats for at få indsatte prøveløsladt til et liv i frihed, hvor de f.eks. med vilkår om tilsyn, om at underkaste sig afvænningsbehandling mod spiritus- eller stofmisbrug mv., kan klare sig selv uden at begå ny kriminalitet. Denne indsats kræver ressourcer af både økonomisk og menneskelig karakter, hvis den skal lykkes [19]. Også inden for det almindelige sociale arbejde gøres der en betydelig og vigtig indsats for at få bistandsklienter ind på det almindelige arbejdsmarked.

44. Man må også være opmærksom på, at det offentlige i visse medlemsstater bekoster uddannelse og eventuelt yder løntilskud for at få langtidsledige, ungdomsarbejdsløse og andre arbejdsløse bragt i arbejde. Det offentlige må nødvendigvis kunne sikre sig, at de offentlige midler, der anvendes som led i sådanne aktiveringsforløb, anvendes bedst muligt, og at aktiveringen lykkes.

16 — Dette er formentlig baggrunden for, at hovedparten af medlemsstaterne enten aldrig har ratificeret eller inden for de senere år har opsagt den del af ILO-konvention nr. 96 af 1949, der forbyder udøvelse af privat arbejdsformidling. Konventionens andet kapitel, hvorefter erhvervsdrivendes arbejdsformidling mod betaling gradvist skal afskaffes, er efter det oplyste tiltrådt af Belgien, Frankrig, Irland, Italien, Spanien og Luxembourg. Finland, Tyskland og Sverige har opsagt konventionen.

17 — Jf. dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160-91, Poucet og Pistre, Sml. I, s. 637.

18 — Afgørelsen bør sammenholdes med dommen af 16.11.1995, sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m.fl., Sml. I, s. 4013, hvor Domstolen fandt, at administrationen af en frivillig pensionsordning, der byggede på et kapitaliseringsprincip, og hvor de ydelser, som ordningen gav ret til, udelukkende afhang af de indbetalte bidrag samt af de økonomiske resultater af forvaltningsorganets investeringer, var en økonomisk virksomhed omfattet af traktatens artikel 86.

19 — Et andet spørgsmål er, i hvilket omfang sådanne opgaver egner sig til privatisering i den forstand, at deres udførelse efter udbud overlades til private firmaer mod betaling fra det offentlige.

45. Det er endvidere en betingelse for anvendelsen af traktatens artikel 86, at der foreligger en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked. Domstolen fastslog i præmis 28 i Höfner og Elser-dommen [20], at en virksomhed, som har et lovbestemt monopol, indtager en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86, og at en medlemsstats område, som dette monopol omfatter, udgør en væsentlig del af det fælles marked.

46. Den omstændighed, at der skabes en sådan dominerende stilling ved tildeling af en eneret som omhandlet i artikel 90, stk. 1, er imidlertid efter fast praksis ikke i sig selv uforenelig med traktatens artikel 86 [21].

47. Traktatens artikel 90, stk. 1, pålægger derimod medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af artikel 86. En medlemsstat overtræder denne forpligtelse, såfremt den virksomhed, der har fået tildelt en eneret, ved at udøve eneretten foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug [22].

48. Efter traktatens artikel 86, litra b), kan misbrug bl.a. bestå i begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne, og Domstolen fastslog i præmis 31 i Höfner og Elser-dommen [23], at en medlemsstat handler i strid med denne bestemmelse, når det organ, som den har indrømmet en eneret, åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet for en bestemt form for tjenesteydelser, i Höfner og Elser-sagen formidling af ledere, og når private selskabers faktiske udøvelse af en sådan formidling umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne virksomhed.

49. En medlemsstat tilsidesætter således sine forpligtelser efter traktatens artikler 90, stk. 1, jf. 86, såfremt den opretholder et lovbestemt monopol, der åbenbart ikke er i stand til at tilfredsstille forbrugernes efterspørgsel, dvs. de arbejdssøgendes og arbejdsgivernes efterspørgsel efter arbejdsformidlingsydelser.

50. Som anført af Kommissionen under den mundtlige forhandling er markedet for arbejdsformidlingsydelser dels meget stort, dels meget forskelligartet. Det er derfor nærliggende at antage, at de enkelte former for ydelser hverken fra et aftagersynspunkt eller

20 — Jf. note 14.

21 — Jf. dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 18, af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 11, og præmis 29 i den i note 14 nævnte Höfner og Elser-dom.

22 — Jf. dom af 14.12.1995, sag C-387/93, Banchero, Sml. I, s. 4663, præmis 51, og præmis 26 og 29 i den i note 14 nævnte Höfner og Elser-dom.

23 — Jf. note 14.

fra et udbydersynspunkt nødvendigvis vil være substituerbare, og at de derfor ikke vil tilhøre samme marked. Afgrænsningen af det relevante produktmarked tager efter fast praksis udgangspunkt i forbrugernes synspunkt. Produkter, der i forbrugernes øjne i henseende til pris, anvendelsesformål og øvrige karakteristika er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og derfor kun vanskeligt kan substitueres med andre produkter, anses for at tilhøre samme produktmarked. På grundlag af disse kriterier har Domstolen bl.a. fastslået, at øl solgt gennem detailhandelen og gennem offentlige udskænkningssteder ikke tilhører samme produktmarked, og at dæk til nye køretøjer og udskiftningsdæk heller ikke tilhører samme produktmarked [24]. Kan udbyderne af en bestemt ydelse hurtigt tilpasse deres organisation til også at udbyde en anden type tjenesteydelser, vil det relevante produktmarked dog kunne bestå af begge disse ydelseskategorier, uanset at de fra et forbrugersynspunkt ikke er substituerbare [25].

51. Den i pkt. 30 nævnte rapport fra Bureau International du Travail [26] sondrer mellem 16 forskellige kategorier af arbejdsformidlingsvirksomhed, herunder traditionel arbejdsformidling i form af mellemmandsvirksomhed [27], vikarbureauer, der må anses omfattet af forbuddet i 1960-loven [28], formidling af ledere og andre særligt efterspurgte arbejdstagere [29], karriererådgivning samt personaleudvælgelse ved hjælp af personlige interviews og forskellige former for tests. Det fremgår af den nævnte rapport, at der i de medlemsstater, hvor disse aktiviteter er lovlige, findes et stort og stadigt stigende antal virksomheder inden for de enkelte kategorier [30]. Som eksempel kan nævnes, at der i 1992 i Det Forenede Kongerige var 3 500 virksomheder, der udøvede traditionel arbejdsformidling i form af mellemmandsvirksomhed og i Frankrig 5 011 vikarbureauer. Det fremgår endvidere af rapporten, at årsagen til denne vækst bl.a. skal søges i krav om øget fleksibilitet på arbejdsmarkedet, ændrede krav til arbejdstagernes kvalifikationer, en øget tendens til, at virksomhederne lader tredjemænd udføre forskellige funktioner, de private udbyderes evne til at finde kandidater, som passer til den enkelte arbejdsgivers behov, hvilket sikrer en hurtigere integrering af nye

24 — Jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, og af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin, Sml. s. 3461.

25 — Jf. dom af 21.2.1973, sag 6/72, Continental Can, Sml. s. 215.

26 — Jf. s. 13-22.

27 — Ydelserne i denne kategori består typisk i at sætte arbejdstagere og arbejdsgivere i forbindelse med hinanden og foretage en udvælgelse af de bedst egnede kandidater. Udbyderne vil kunne være specialiseret inden for bestemte brancher eller en bestemt kategori af arbejdstagere. Jf. i det hele den i note 13 nævnte rapport, s. 13.

28 — Det fremgår af s. 15 i den i note 13 nævnte rapport, at vikarbureauet typisk fremtræder som arbejdsgiver i forhold til den arbejdstager, som midlertidigt stilles til rådighed for en tredjemand. Det fremgår endvidere, at vikarbureauerne udgør den største kategori af de private arbejdsformidlingsvirksomheder såvel i henseende til omsætning som i henseende til antal.

29 — En virksomhed, der forudsætter en høj grad af ekspertise i henseende til udvælgelsesmetoder, vurdering af kvalifikationer og forhandlingsteknik samt et indgående kendskab til markedet og de ordregivende virksomheder, jf. s. 18 i den i note 13 nævnte rapport.

30 — Jf. rapportens s. 25 ff.

arbejdstagere, og en stigende tillid på markedet til privat arbejdsformidling.

52. Det må antages, at hver af de i rapporten nævnte kategorier vil udgøre et separat marked, idet de forskellige ydelser tilfredsstiller forskellige behov hos aftagerne. Den mere traditionelle arbejdsformidling i form af mellemmandsvirksomhed tilfredsstiller således arbejdsgivernes og de arbejdssøgendes behov for at blive bragt i forbindelse med hinanden. Ydelser i form af personaleudvælgelse indebærer herudover en prøvning af de enkelte ansøgere og udvælgelse af en enkelt kandidat og løser dermed en opgave, som arbejdsgiveren ikke har ment selv at kunne løse tilfredsstillende, eller som den pågældende ønsker at købe sig til. Formidling af virksomhedsledere omfatter ofte en opsøgende virksomhed i forhold til egnede lederemner, mens vikarbureauvirksomhed sigter mod at tilfredstille aftagernes midlertidige behov for egnet arbejdskraft, hvilket typisk indebærer en forudgående prøvning af de arbejdstagere, der er tilknyttet bureauet, og et kendskab til den enkelte arbejdsgivers behov.

53. Endvidere må den enkelte ydelseskategori antages ofte at kunne opdeles i en række delmarkeder, hvor udbyderne er specialiseret i at tilfredsstille de enkelte sektorers særlige behov. Effektiv arbejdsformidling vil nemlig i en række tilfælde forudsætte, at udbyderen kender udviklingstendenserne i de enkelte sektorer og derfor har en fornemmelse af arbejdsgivernes nuværende og fremtidige behov. Arbejdskraft udgør i dag en betydelig omkostning og indebærer ofte en betydelig investering i form af uddannelse. Kravene til formidlerens kendskab til den individuelle arbejdsgiver stiger endvidere i takt med formidlerens deltagelse i selve udvælgelsesprocessen. Det må endvidere tages i betragtning, at den samlede efterspørgsel dels består af de arbejdssøgende, dels af arbejdsgiverne, og at disse to grupper ikke nødvendigvis har samme behov.

54. På et sådant stort og forskelligartet marked, der som følge af den økonomiske og samfundsmæssige udvikling er underkastet store forandringer, må det som anført af Kommissionen anses for udelukket, at en enkelt udbyder vil være i stand til at tilfredsstille hele markedets behov, uanset hvor effektiv den pågældende end måtte være. Det vil således næppe være praktisk muligt for en enkelt virksomhed at disponere over den ekspertise og de ressourcer, der er nødvendige for at tilfredsstille den samlede efterspørgsel.

55. Markedets forskelligartethed betyder imidlertid også, at man ved vurderingen af, om et offentligt monopol er i stand til at tilfredsstille efterspørgslen, ikke kan behandle alle former for arbejdsformidlingsydelser på samme måde. Man bør således efter min opfattelse foretage en selvstændig undersøgelse af de enkelte markeder og delmarkeder, hvori det samlede marked for arbejdsformidlingsydelser kan opdeles. Det kan således

ikke udelukkes, at et statsligt arbejdsformidlingsmonopol er i stand til at tilfredsstille efterspørgslen efter traditionelle arbejdsformidlingsydelser i relation til eksempelvis ufaglært arbejdskraft, hvor kravene til formidlerens forudgående kendskab til den enkelte arbejdstager og arbejdsgiver er mindre, mens dette måske ikke er tilfældet for så vidt angår edb-programmører eller superbrugere, ingeniører, jurister eller andet højt uddannet personale eller i relation til udvælgelse og formidling af ledere, der forudsætter et indgående kendskab til virksomheden og den enkelte kandidats kvalifikationer.

56. Det må tilkomme den nationale ret, der har et mere fyldestgørende kendskab til monopolets funktion og forholdene på det pågældende arbejdsmarked, at foretage den endelige vurdering af, i hvilket omfang det italienske arbejdsformidlingsmonopol er i stand til at tilfredsstille efterspørgslen på de enkelte markeder og delmarkeder, der udgør det samlede overordnede marked for arbejdsformidlingsydelser.

57. Efter traktatens artikel 90, stk. 2, undtages virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, fra bl.a. forbuddet i traktatens artikel 86, såfremt anvendelsen heraf retligt eller faktisk hindrer de pågældende virksomheder i at opfylde de særlige opgaver, som er betroet dem. Som Domstolen fastslog i præmis 25 i Höfner og Elser-dommen [31], er disse betingelser ikke opfyldt i relation til et offentligt arbejdsformidlingsmonopol, der åbenbart ikke er i stand til et tilfredsstille efterspørgslen.

58. Endelig er det en betingelse for anvendelsen af traktatens artikler 90, jf. 86, at det konstaterede misbrug kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Domstolen fastslog i Höfner og Elser-dommen [32], at denne betingelse ikke kun er opfyldt, hvis den adfærd, der må karakteriseres som et misbrug, faktisk har påvirket handelen. Det er tilstrækkeligt, at det bevises, at den omhandlede adfærd kan have en sådan virkning, og denne betingelse er bl.a. opfyldt, når private selskabers virksomhed med arbejdsformidling kan omfatte andre medlemsstaters statsborgere eller områder [33]. Dette vil kunne være tilfældet i den foreliggende sag, hvor arbejdsformidling både vil kunne tænkes at finde sted i forhold til arbejdstagere og arbejdsgivere i andre medlemsstater. Endvidere afskærer forbuddet i 1949-loven generelt virksomheder i andre medlemsstater fra at udstrække deres aktiviteter til Italien [34].

31 — Jf. note 14.

32 — Jf. præmis 32 i den i note 14 nævnte dom.

33 — Jf. præmis 33 i den i note 14 nævnte Höfner og Elser-dom.

34 — Der kan herved henvises til den i note 21 nævnte Corbeau-dom, hvor Domstolen fandt, at det belgiske postmonopol var omfattet af traktatens artikel 90 også i et tilfælde, hvor det konkrete brud på monopolet, der havde giver anledning til hovedsagen, vedrørte en belgisk statsborgers omdeling af post i Liège-området.

59. Den forelæggende ret ønsker endelig oplyst, om traktatens artikler 90, stk. 1, jf. 86, har direkte virkning, hvilket spørgsmål må besvares bekræftende. Det fremgår således af Domstolens praksis, at de nævnte bestemmelser kan påberåbes af borgerne for de nationale retter, der følgelig er forpligtede til at tilsidesætte enhver national foranstaltning, der er uforenelig hermed [35].

60. Den anden gruppe af de forelagte spørgsmål bør således efter min opfattelse besvares med, at en medlemsstat, som har overdraget en eneret til arbejdsformidling til en offentlig virksomhed, tilsidesætter traktatens artikler 90, stk. 1, jf. 86, når den skaber en situation, hvor den pågældende virksomhed nødvendigvis foranlediges til at overtræde traktatens artikel 86, hvilket er tilfældet, når:

— den offentlige arbejdsformidling åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser, hvilket må vurderes selvstændigt i forhold til hvert enkelt marked og delmarked, hvori dette samlede overordnede marked kan opdeles, og

— den faktiske udøvelse af arbejdsformidlingsvirksomhed, som ønskes udøvet af private virksomheder, umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne form for virksomhed.

Forslag til afgørelse

61. Jeg skal på denne baggrund foreslå Domstolen at besvare de stillede spørgsmål således:

1) EF-traktatens artikler 52 og 59 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en medlemsstat forbyder etablering på sit område af en virksomhed, som påtænker at udøve arbejdsformidlingsvirksomhed og at foretage midlertidig udlejning af arbejdskraft, når der ikke er en væsentlig forbindelse mellem

35 — Jf. f.eks. den i note 21 nævnte Corbeau-dom og dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Sml. I, s. 5889.

en eller eventuelt flere fysiske eller juridiske personer fra en anden medlemsstat og den pågældende virksomhed.

2) En medlemsstat, som har overdraget en eneret til arbejdsformidling til en offentlig virksomhed, tilsidesætter traktatens artikler 90, stk. 1, jf. 86, når den skaber en situation, hvor den pågældende virksomhed nødvendigvis foranleddiges til at overtræde traktatens artikel 86, hvilket er tilfældet, når:

— den offentlige arbejdsformidling åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser, hvilket må vurderes selvstændigt i forhold til hvert enkelt marked og delmarked, hvori dette samlede overordnede marked kan opdeles, og

— den faktiske udøvelse af arbejdsformidlingsvirksomhed, som ønskes udøvet af private virksomheder, umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne form for virksomhed.