FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY
fremsat den 9. oktober 1997 *

Indhold

I — Indledning ..... I - 536

II — Retlige omstændigheder ..... I - 536

A — De retlige omstændigheder før Porto di Genova-dommen ..... I - 536

B — Porto di Genova-sagen ..... I - 538

C — Den almindelige italienske lovgivning om formidling af arbejdskraft ..... I - 539

D — Den relevante italienske havnelovgivning ..... I - 540

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for den nationale ret ..... I - 543

IV — Indlæg ..... I - 545

V — Første spørgsmål ..... I - 545

A — Prima facie anvendelse af traktatens artikel 59 ..... I - 545

B — Eventuel anvendelse af traktatens artikel 30 og 48 ..... I - 549

C — Begrænsning af friheden til at levere en terminalkoncessionshavers ydelser ... I - 550

i) Parternes og medlemsstaternes indlæg ..... I - 550

ii) Gennemgang ..... I - 551

D — Berettigelse ..... I - 553

i) Forskelsbehandling på grund af nationalitet ..... I - 553

ii) Berettigelsen af den ikke-diskriminerende begrænsning ..... I - 554

VI — Andet og tredje spørgsmål ..... I - 556

A — Indledning ..... I - 556

B — Tredje spørgsmål ..... I - 557

* Originalsprog: engelsk.

i) Principiel anvendelse af artikel 86 ..... I - 557

ii) Medlemsstatens ansvar og kravene i artikel 90, stk. 1 ..... I - 559

iii) De påståede misbrug i den foreliggende sag ..... I - 564

C — Andet spørgsmål ..... I - 567

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 568

I — Indledning

1. I denne præjudicielle sag anmodes Domstolen om atter at undersøge foreneligheden med fællesskabsretten af visse dele af den lovgivning, som arbejde i italienske havne er underkastet. I sagen Merci convenzionali porto di Genova [1] fastslog Domstolen, at EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med traktatens artikel 30, 48 og 86, er til hinder for bestemmelser, som tillægger en i Italien etableret virksomhed eneret på at udføre havnearbejde i italienske havne og forpligter virksomheden til at lade arbejdet udføre af et havneselskab, der udelukkende beskæftiger italienske arbejdstagere. De præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en ny enerettighed, der er indrømmet en ændret udgave af disse havneselskaber, og som alene vedrører levering af midlertidig arbejdskraft, er forenelig med fællesskabsretten.

1 — Dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Sml. I, s. 5889, herefter »Porto di Genova«-sagen.

II — Retlige omstændigheder

2. De nationale lovbestemmelser er indviklede. For at gøre det lettere at forstå den nuværende havnelovgivning skal jeg først beskrive de lovbestemmelser, der var gældende før Porto di Genova-dommen; derefter skal jeg ret detaljeret behandle de relevante dele af Domstolens dom i Porto di Genova-sagen, før jeg går over til at beskrive den almindelige nationale lovgivning om formidling af arbejdskraft. Endelig skal jeg sammenfatte de relevante bestemmelser i den nye havnelovgivning, som Italien har vedtaget navnlig som følge af Porto di Genova-dommen.

A — *De retlige omstændigheder før Porto di Genova-dommen*

3. Hovedpunkterne i den lovgivning, der var gældende før Porto di Genova-dommen, er følgende. For det første var (og er) italienske havne bestyret af offentlige havnemyndigheder, hvilket fremgår af retsmøderapporten

i Porto di Genova-sagen [2]. Ifølge artikel 110 i Codice della navigazione [3] (herefter »sølo-ven«) var de personer, som var ansat til at udføre havnearbejde, for det andet sammen-sluttet i selskaber eller grupper (herefter »havneselskaber«), der havde status som selvstændige juridiske personer, men var underkastet havnemyndighedens tilsyn. Ifølge sølovens artikel 110 var alt arbejde med »lastning, losning, omladning, oplagring og håndtering af varer og andre goder ...« forbeholdt sådanne havneselskaber. Dette monopol blev styrket ved sølovens artikel 1172, hvorefter det er strafbart at lade havnearbejde udføre af havnearbejdere, som ikke er tilsluttet et havneselskab [4]. I henhold til artikel 150, 152 og 156 i Regolamento per la Navigazione Marittima (det italienske søfartsregulativ) [5] skulle havnearbejdere, som er ansat af havneselskaber, for det tredje opføres i midlertidige eller permanente regi-stre, hvilket forudsatte, at de var italienske statsborgere.

4. I henhold til sølovens artikel 111 kunne havnemyndighederne overdrage »tilrettelæg-gelsen af havnearbejde for tredjemands regning ...«. Koncessionshaverne var i almin-delighed private virksomheder (»imprese portuali«, herefter »havnevirksomheder«), som leverede tjenesteydelser til brugerne af italienske havne, herunder tilrettelæggelse og udførelse af havnearbejde for tredjemands regning [6]. Havnevirksomheder måtte kun anvende arbejdskraft, der blev stillet til rådighed af havneselskaberne [7]. I henhold til sølovens artikel 112 og regulativets artikel 203 fastsatte havnemyndighederne de tariffer og øvrige betingelser, som gjaldt for havneselskabernes udførelse af havnear-bejde [8].

5. Ovennævnte ordnings forenelighed med fællesskabsretten blev bestridt i Porto di Genova-sagen.

2 — Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5891. Offentlig forvaltning af havne er et fænomen, som man sandsynligvis finder i de fleste, om ikke alle, medlemsstaterne og kan i sig selv ikke betragtes som uforenelig med fællesskabsretten.

3 — Kongeligt dekret nr. 337 af 30.3.1942.

4 — Se punkt 2 i generaladvokat Van Gerven's forslag til afgø-relse, Sml 1991 I, s. 5889, særlig s. 5905.

5 — Republikkens præsidents dekret nr. 328 af 15.2.1952, herefter »regulativet«.

6 — Det fremgår klart af den nationale rets redegørelse for den italienske lovgivning, som findes i det memorandum, der er vedlagt forelæggelseskendelsen (herefter »memorandum-met«), at havnemyndighederne kunne tillade andre virksom-heder at udføre arbejde i havne under havnekaptajnens tilsyn. Det fremgår af svaret på et spørgsmål stillet under retsmødet, at sådanne tilladelser blev givet i medfør af samme lovs artikel 68, og at de virksomheder, der var repræsenteret af Silvano Raso's medtiltalte i hovedsagen, alle havde en sådan tilladelse.

7 — Koncessionshavernes forpligtelse i henhold til sølovens artikel 111 vedrørte tilsyneladende alene arbejdskraftinten-sive arbejder eller tjenesteydelser.

8 — Det skal bemærkes, at på tidspunktet for begivenhederne i Porto di Genova-sagen var havneselskabet i Genovas havn fuldt ud ejet af den offentlige myndighed, som forvaltede havnen. Det vil sige at havnemyndigheden faktisk fastsatte de tariffer, som myndighedens eget datterselskab opkrævede. Se punkt 2 i generaladvokat Van Gerven's forslag til afgø-relse, Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5906.

B — *Porto di Genova-sagen*

6. Siderurgica, et italiensk selskab, indførte via Genovas havn et parti stål med oprindelse i Tyskland på et chartret fartøj [9]. Selv om fartøjet var udstyret således, at dets egen besætning kunne losse varerne, var sådant havnearbejde ifølge søloven forbeholdt det pågældende havneselskab i Genovas havn, nemlig Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del Porto di Genova (herefter »Compagnia«) [10]. Derfor måtte Siderurgica i medfør af søloven anmode Merci convenzionali porto di Genova, den pågældende havnevirksomhed (herefter »Merci«), om at tilrettelægge losningen af stålet. For sin del måtte Merci også gøre brug af Compagnia.

7. Leveringen af varerne blev imidlertid forsinket på grund af en række strejker blandt Compagnia's ansatte. Siderurgica krævede til sidst erstatning for det herved forvoldte tab og tilbagebetaling af de gebyrer, som var opkrævet for den ikke ønskede, men påtvungne anvendelse af Compagnia's havnearbejdere. Tribunale di Genova fandt, at tvisten [11] rejste et spørgsmål om de italienske reglers forenelighed med fællesskabsretten og forelagde derfor Domstolen to præjudicielle spørgsmål.

8. Domstolens afgørelse var baseret på to forhold. For det første er det i traktatens artikel 48 udtrykkeligt bestemt, at det forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der er fastsat i EØF-traktatens artikel 7 (nu EF-traktatens artikel 6), finder anvendelse på arbejdstagere. I denne forbindelse fortolkede Domstolen det fællesskabsretlige begreb »arbejdstager« som omfattende en person, som »... samtidig med at [han befinder] sig i et underordnelsesforhold til virksomheden — er knyttet til de andre arbejdstagere i kraft af en sammenslutning« [12]. Domstolen fandt for det andet, at Merci og Compagnia indtog en dominerende stilling på markedet for så vidt angår »tilrettelæggelsen af havnearbejde ... for tredjemands regning og udførelsen heraf« i Genovas havn, som med henblik på sagen »kan ... anses for en væsentlig del af det fælles marked« [13]. Med hensyn til det eventuelle misbrug af denne dominerende stilling fastslog Domstolen under henvisning til såvel sine tidligere afgørelser i sagerne Höfner og Elser [14] og ERT [15] som bestemmelserne i artikel 86, litra a), b) og c), at det

9 — Se retsmøderapporten, Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5892.

10 — Se punkt 3 i generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse, Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5906.

11 — Faktisk var parterne enige om, at den italienske lovgivning var uforenelig med fællesskabsretten. Som påpeget af generaladvokat Van Gerven i fodnote 5 i forslaget til afgørelse, var der kun uenighed mellem parterne om »de følger, som denne uoverensstemmelse har for Merci med hensyn til tilbagebetalingen af de beløb, Siderurgica har betalt for tjenesteydelser i havnen«; se Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5908.

12 — Porto di Genova-dommen, præmis 13.

13 — A.st., præmis 15.

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

15 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, Sml. I, s. 2925.

fremgår »af de af den nationale retsinstans nærmere beskrevne omstændigheder ... at de virksomheder, som i henhold til de pågældende nationale bestemmelser er indrømmet eksklusive rettigheder, derved er foranlediget til enten at kræve betaling for ikke ønskede tjenesteydelser, fakturere uforholdsmæssigt høje priser eller vægre sig mod at indføre moderne teknologi, hvilket medfører højere udgifter til operationerne og kræver længere tid til at udføre dem, eller også at yde prisnedsættelser til visse brugere og udligne dem gennem en forhøjelse af de priser, der faktureres andre brugere« [16]. På denne baggrund fastslog Domstolen, »... at en medlemsstat skaber en situation i strid med traktatens artikel 86, når den udsteder bestemmelser som de af den forelæggende ret forelagte, da disse bestemmelser ... kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne ...« [17]. Domstolen besvarede derfor den nationale rets spørgsmål således: [18]

»EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 30, 48 og 86, er til hinder for bestemmelser i en medlemsstat, som tillægger en i den pågældende stat etableret virksomhed eneret på at udføre havnearbejde og forpligter virksomheden til at lade arbejdet udføre af et havneselskab, der udelukkende beskæftiger indenlandske arbejdstagere.«

16 — Porto di Genova-dommen, præmis 19.

17 — Se præmis 20.

18 — Se præmis 24.

C — *Den almindelige italienske lovgivning om formidling af arbejdskraft*

9. Det italienske marked for formidling af arbejdskraft er underkastet en obligatorisk formidlingsordning, der forvaltes af offentlige arbejdsformidlingskontorer (»sezioni circoscrizionali per l'impiego«), som først og fremmest reguleres af lov nr. 264 af 29. april 1949 (herefter »1949-loven«), i hvis artikel 11, stk. 1, det forbydes andre at optræde som formidlere af arbejde. Ifølge artikel 1, stk. 1 og 2, i lov nr. 1369 af 23. oktober 1960 (herefter »1960-loven«) er det under strafansvar forbudt enhver virksomheds ledelse at indgå aftaler med mellemmænd eller underleverandører om fremskaffelse af arbejdskraft eller at overlade udførelsen af bestemte arbejdsopgaver til sådanne personer eller tredjemænd i det hele taget. Formålet med reglerne er »... at beskytte arbejdstagere mod udnyttelse og forringelse 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« [19]. Den foreliggende sag vedrører de specifikke arbejdsformidlingsregler, der finder anvendelse i havnesektoren. Manglende overholdelse af disse regler kan endog medføre de i 1960-loven fastsatte sanktioner over for den ansvarlige.

19 — Se punkt 3 i generaladvokat Elmer's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361. Generaladvokat Elmer har i punkt 39 i sit senere forslag til afgørelse fremsat den 15.5.1997 i sag C-55/96, Job Centre under stiftelse (herefter »Job Centre II-sagen«), hvor spørgsmålet om forenelighed af den ordning, der er fastsat ved 1949-loven og 1960-loven, med forskellige traktatbestemmelser rejses, erklæret, at det er nærliggende at betragte dette forbud mod udlejning af midlertidig arbejdskraft, der er fastsat i 1960-loven, som en del af den samlede monopolordning for offentlig formidling, der er fastsat i 1949-loven. Generaladvokat Elmer accepterer dog, at det tilkommer den nationale ret at tage stilling til nationale loves formål.

D — *Den relevante italienske havnelovgivning*

10. Den nye nationale lovgivning, der henvises til i forelæggelseskendelsen i den foreliggende sag, omfatter lov nr. 84 af 28. januar 1994 (herefter »1994-loven«) om ændring af havnelovgivningen [20]. Men i et svar på et spørgsmål stillet under retsmødet har advokaten for de tiltalte i hovedsagen, uden at blive modsagt på dette punkt af den befuldmægtigede, der repræsenterer Italien, påpeget, at de ved 1994-loven indførte ændringer blot er en kodificering af reglerne i visse hastedekreter, der blev vedtaget af den italienske regering i 1992 efter Porto di Genova-dommen, og som på grund af flere på hinanden følgende forlængelser var i kraft indtil ikrafttrædelsen af 1994-loven. Selv om det tilkommer den nationale ret at fastslå den faktiske tidsmæssige rækkevidde af reglerne i 1994-loven, er det med henblik på den foreliggende præjudicielle sag rimeligt at antage, at tilsvarende regler var gældende i størstedelen af den periode, der er omfattet af de forhold, for hvilke der er rejst tiltale i hovedsagen [21].

11. Hovedsagelig medfører de nye bestemmelser en begrænsning af de tidligere havneselskabers monopol, således at dette kun omfatter levering af midlertidig arbejdskraft. Det fremgår dog tilsyneladende af artikel 27, stk. 8, i 1994-loven, at de allerede eksisterende monopoler, som var etableret i henhold til sølovens artikel 110 og 111, først skulle ophæves med virkning fra den 19. marts 1995.

12. Normalt kræves der tilladelse fra havnemyndighederne [22] for at udføre »havnearbejde«, som i artikel 16, stk. 1, i lov af 1994 er defineret som »arbejde med losning, lastning, omladning, oplagring og håndtering af varer og andre goder, der udføres på havnens område ...«. I henhold til artikel 16, stk. 6, »er tilladelsens gyldighedsperiode baseret på det af virksomheden fremlagte arbejdsprogram eller, såfremt den godkendte virksomhed også er koncessionshaver i henhold til artikel 18, svarer tilladelsens gyldighedsperiode til koncessionens gyldighedsperiode ...« [23]. I artikel 16, stk. 7, hedder det, at antallet af tilladelser fastsættes »med henblik på at havnen fungerer og trafikken afvikles bedst muligt, ligesom der skal sikres mest mulig konkurrence inden for området«.

13. I artikel 18 bestemmes, at individuelle virksomheder kan meddeles midlertidig tilladelse i form af enekoncessioner på »de statsejede områder og kajerne i havneområdet til

20 — GURI nr. 21 af 4.2.1994. Ifølge oplysninger afgivet af Kommissionen i dens skriftlige indlæg trådte 1994-loven i kraft den 19.4.1994.

21 — Se endvidere punkt 17 nedenfor.

22 — De omdannede havneselskaber er dog fritaget fra dette krav, hvilket har betydning for den foreliggende sag. Se punkt 16 nedenfor.

23 — Således skal såvel sådanne godkendte virksomheder (herefter »virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde«) som virksomheder, der er meddelt koncession i henhold til artikel 18 på terminalarbejde i visse havne, jf. punkt 13, optages i registret.

de i artikel 16, stk. 3, omhandlede virksomheder med henblik på udførelse af havnearbejde, bortset fra de statsejede bygninger, der anvendes af offentlige forvaltninger, når de udfører de hverv, der er knyttet til søfarts- og havnevirksomhed« [24]. Ifølge artikel 18, stk. 2, skal der reserveres »arbejdszoner i havneområdet, hvor andre ikke-koncessionerede virksomheder kan udføre havnearbejde«. I artikel 18, stk. 6, er der fastsat tre rækker betingelser, som skal opfyldes af en virksomhed, der har fået koncession i henhold til artikel 18, stk. 1: Virksomheden »a) skal med ansøgningen fremsende et aktivitetsprogram ledsaget af relevante garantier, som kan have form af indeståelser, med henblik på at øge havnens trafikmængde og produktivitet; b) skal være i besiddelse af tilstrækkeligt teknisk udstyr og tilstrækkelige organisatoriske midler til bl.a. fra et sikkerhedssynspunkt at kunne opfylde kravene om en uafbrudt og integreret produktion og funktionsmetoder for sig selv og tredjemand; c) skal have den nødvendige arbejdsstyrke til at gennemføre det under a) ovenfor omhandlede aktivitetsprogram«.

14. De nye regler skal altså, som nævnt i den nationale rets memorandum, »fortsat give mulighed for samtidig tilstedeværelse af godkendte virksomheder og koncessionerede virksomheder, som teoretisk arbejder inden for samme havneområder«. Men en terminalkoncessionshaver har nu ikke alene ret til at anvende sin egen arbejdskraft, men er faktisk også forpligtet til at have en arbejdsstyrke, der »svarer til det aktivitetsprogram«, på grundlag af hvilket koncessionen er meddelt. Terminalkoncessionshaveren må ikke skaffe havnearbejdere fra virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde.

15. Den udtrykkelige undtagelse fra det generelle forbud i henhold til 1960-loven mod privat formidling af arbejdskraft, hvortil der henvises i forelæggelseskendelsen, er indeholdt i artikel 17 i 1994-loven sammenholdt med lovens artikel 21, stk. 1, og artikel 23, stk. 3. I artikel 17, stk. 1, hedder det:

»Såfremt det personale, der er ansat af [de virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde], hvortil der henvises i artikel 16, herunder det personale, der er ansat i henhold til ordningen om 'midlertidig beskæftigelse', jf. artikel 23, stk. 3 [25], ikke er tilstrækkeligt til at udføre det krævede arbejde, kan virksomhederne selv som en undtagelse fra artikel 1 i lov nr. 1369/60 af 23. oktober 1960 anmode de i lovens artikel 21, stk. 1, litra b), omhandlede selskaber og andelsselskaber om den nødven-

24 — Indehaverne af sådanne koncessioner vil herefter for nemheds skyld blive betegnet som »terminalkoncessionshavere«.

25 — Ansatte i havneselskaber, som bliver overflødige ved disse selskabers omdannelse i medfør af artikel 21, og som ikke er ansat af virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, eller terminalkoncessionshavere, skal øjensynlig fortsætte i de omdannede selskaber efter en ordning om midlertidig ansættelse. De nærmere regler for denne ordnings anvendelse skal fastsættes ved dekret. Domstolen har dog ikke kendskab til noget sådant dekret.

dige arbejdskraft med henblik på udførelsen af rene arbejdsydelser« [26].

Ifølge artikel 21 i 1994-loven skulle havneselskaberne, som tidligere havde monopol i henhold til sølovens artikel 110 [27], inden den 18. marts 1995 omdannes til en af følgende to former for selskaber, nemlig [28]:

»a) et selskab eller et andelsselskab som omhandlet i femte bog, afsnit V og VI, i codice civile, med henblik på udførelse af havnearbejde på konkurrencevilkår

b) et selskab eller et andelsselskab som omhandlet i femte bog, afsnit V og VI, i codice civile, med henblik på udførelse af tjenesteydelser, herunder, som en undtagelse fra artikel 1 lov nr. 1369/60 af 23. oktober 1960, af rene arbejdsydelser indtil den 31. december 1995« [29].

16. Det fremgår af indlæggene for Domstolen, navnlig af de svar, der er givet af Italiens befuldmægtigede på spørgsmål stillet under retsmødet, at begge former for omdannede selskaber i henhold til artikel 21, stk. 1, i 1994-loven må udføre havnearbejde, som andre virksomheder har tilladelse til at udføre i henhold til artikel 16 i 1994-loven (eller sølovens artikel 68). Følgelig kan et omdannet selskab som det, der for tiden opererer i La Spezias havn, og som er omdannet i medfør af artikel 21, stk. 1, litra b), både

26 — I de havne, hvor der ikke er noget omdannet selskab eller andelsselskab i henhold til artikel 21, stk. 1, litra b), i 1994-loven (som jeg straks skal behandle), er de pågældende havnemyndigheder, som påpeget af Kommissionen i dens skriftlige indlæg, i henhold til artikel 17, stk. 2, bemyndiget til — igen som en undtagelse fra artikel 1 i 1960-loven — at fremme etableringen af en havnearbejdssammenslutning (»una associazione del lavoro«). Denne sammenslutning skal absorbere udsvingene i arbejdsmængden og sikre havnens maksimale effektivitet, og terminalkoncessionshavere kan anmode sammenslutningen om at få anvist midlertidig arbejdskraft. Den foreliggende sag, der vedrører havnen i La Spezia, vedrører imidlertid en situation, hvor der bl.a. på grundlag af de oplysninger, Domstolen fik forelagt i retsmødet, tilsyneladende er tale om et havneselskab, der er omdannet i medfør af artikel 21, stk. 1, litra b). I hvert fald tyder den nationale rets udtrykkelige undladelse af at henvise til artikel 17, stk. 2, i sit memorandum også stærkt på, at der ikke findes nogen havnearbejdssammenslutning i La Spezia.

27 — Se punkt 3 ovenfor.

28 — Herefter »de omdannede selskaber«.

29 — Det fremgår af oplysninger, som Kommissionen og Italien har givet som svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen, at fristen den 31.12.1995 i første omfang blev forlænget til 30.9.1996 ved lovdekret nr. 322/96 af 17.6.1996. Endvidere er artikel 17 i 1994-loven i medfør af lov nr. 647 af 23.12.1996 (GURI, Serie generale, nr. 303 af 28.12.1996) blevet erstattet af en ny artikel 17, som for tiden bestemmer varigheden af den undtagelse fra forbuddet mod privat formidling af arbejdskraft, der er fastsat i artikel 17 og artikel 21, stk. 1, i 1994-loven. Indtil den ændring af 1960-loven, som tilsyneladende er under overvejelse, giver den nye bestemmelse mulighed for på initiativ af de pågældende havnemyndigheder at etablere et frivilligt andelsselskab (»corsorzio volontario«) ved hver havn omfattende de eksisterende virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, terminalkoncessionshavere og omdannede selskaber. Såfremt der oprettes et sådant andelsselskab, kan havnemyndigheden give et eller flere af andelsselskabets potentielle medlemmer tilladelse til som en undtagelse fra 1960-loven at stille midlertidig arbejdskraft til rådighed for andre medlemmer. Oprettes der ikke et sådant andelsselskab, giver den nye bestemmelse mulighed for at etablere et eksklusivt »kontor«, der har til formål at stille midlertidig arbejdskraft til rådighed (»Agenzia per l'erogazione di mere prestazioni di mano d'opera«). Men indtil der oprettes enten et sådant andelsselskab eller et sådant kontor indebærer den nye artikel 17, stk. 2, at de omdannede selskaber uden tidsbegrænsning bevarer eneretten til at fravige 1960-loven med hensyn til formidling af midlertidig arbejdskraft i havne.

konkurrere med virksomheder som dem, der repræsenteres af de tiltalte i hovedsagen, om levering af tjenesteydelser til havnebrugere, og samtidig have eneret til at stille midlertidig arbejdskraft til rådighed for disse virksomheder. Sidstnævnte ret kan, i det mindste ifølge den fortolkning af 1960-loven, som anklagemyndigheden i hovedsagen anvender, omfatte retten til at udføre arbejdskraftintensive tjenesteydelser i havne som led i en underleverandøraftale. Endelig fremgår det, navnlig af de mundtlige indlæg for Domstolen, at der fandtes et sådant omdannet artikel 21, litra b)-selskab i La Spezia i hvert fald i størstedelen af den periode (se punkt 17 nedenfor), som tiltalen i hovedsagen vedrører [30].

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for den nationale ret

17. I hovedsagen for Pretura circondariale di La Spezia (herefter »den nationale ret«) er Raso og hans medtiltalte (herefter »de tiltalte«) hver for sig og i fællesskab anklaget for at have begået forskellige overtrædelser af artikel 1 og 2 i 1960-loven [31]. Ifølge tiltalen af 31. oktober 1995 omfatter de påståede lovovertrædelser henholdsvis: »a) formidling 'i henhold til arbejdsaftaler' af arbejdstagere, som er medlemmer af andelsselskaber, der i medfør af nævnte artikel 68 i søloven er behørigt bemyndiget til at udføre tjenesteydelser for terminalkoncessionshaveren La Spezia Container Terminal; b) anvendelse af terminalkoncessionshaverne af arbejdstagere, som er 'stillet til rådighed' af de nævnte godkendte andelsselskaber« i perioden fra 9. juli 1990 til 31. maj 1994 [32].

18. I forelæggelseskendelsen har den nationale ret anført, at anklagemyndighedens påstand om, at »bestemmelserne i nævnte artikel 1 i lov nr. 1369/60 finder anvendelse på kontraktforholdet mellem terminalkoncessionshaveren (som ordregiver) og eksterne virksomheder (som kontrahenter) ville medføre, at terminalkoncessionshaveren skulle

30 — I retsmødet blev det nemlig hævdet af tiltalte i hovedsagen, at det omdannede selskab i La Spezias havn faktisk drev virksomhed som terminalkoncessionshaver.

31 — De tiltalte er egentlig repræsentanterne efter loven for terminalkoncessionshaveren og fem andre selskaber og andelsselskaber, hvis virksomhed er blevet anfægtet af anklagemyndigheden. Ifølge oplysninger, som blev fremlagt for Domstolen i retsmødet, havde de alle oprindelig tilladelse til at udføre havnearbejde i medfør af solovens artikel 68, men fik derefter tilladelser i medfør af artikel 165 i 1994-loven (og formentlig også i medfør af de tilsvarende bestemmelser i de hastedekreter, der blev udstedt før denne lovs ikrafttræden). Terminalkoncessionshaveren La Spezia Container Terminal (herefter »LSCT«), som Raso repræsenterer, har fået koncession på terminalen i medfør af artikel 18 i 1994-loven.

32 — Varigheden af denne periode (herefter »den relevante periode«) fremgår af sagens akter. Kommissionen har hævdet, at Domstolen bør betragte maj 1994, nemlig måneden efter ikrafttrædelsen af 1994-loven, som den afgørende del af den relevante periode, når den besvarer de forelagte spørgsmål. Da 1994-loven faktisk kodificerer reglerne i de tidligere hastedekreter (se punkt 10 ovenfor), forekommer dette forslag at være fornuftigt, selv om en del af den relevante periode (næsten halvandet år) faktisk ligger før Porto di Genova-dommen.

indføre en 'vertikal' organisation, der kan sikre brugerne adgang til samtlige de tjenesteydelser ...«, de måtte have behov for. Selv om den nationale ret ikke kommenterer de økonomiske konsekvenser af en sådan organisation for terminalkoncessionshaverne og disses kunder, peger den dog på følgende konsekvenser: »... for det første, at eventuelle eksterne virksomheder får ikke adgang til markedet, og for det andet, at den eksisterende dominerende stilling vil blive yderligere styrket ...« [33].

19. Selv om den nationale ret endnu ikke har afgjort, om 1960-loven »kan fortolkes som et forbud mod samarbejde mellem terminalkoncessionshavere og godkendte virksomheder, der ikke er terminalkoncessionshavere, bortset fra dem, der henvises til i artikel 17 i lov nr. 84/94, nemlig tidligere havneselskaber, der har antaget en ny form«, har retten ikke desto mindre udtalt, at såfremt denne fortolkning er korrekt, vil de to i punkt 18 nævnte konsekvenser blive til virkelighed. Den nationale ret oplyser, at »... La Spezias havn er den vigtigste havn i Middelhavet for så vidt angår containertrafik, og at selskabet La Spezia Container Terminal håndterer ca. 70% af havnens containertrafik. La Spezia Container Terminal's kunder er også afskibere og rederier i forskellige EU-medlemsstater«. Derfor har den nationale ret i medfør af traktatens artikel 177 forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er traktatens artikel 59 til hinder for italienske bestemmelser, hvorefter en virksomhed, som har koncession på at udføre havneterminalarbejde, ikke må benytte sig af andre virksomheder — bortset fra de tidligere havneselskaber og -sammenslutninger — med henblik på levering af tjenesteydelser, der også leveres til kunder, som er borgere fra andre medlemsstater, hvilket i øvrigt indebærer, at terminalvirksomheden i henhold til de italienske bestemmelser er forpligtet til selv at tilbyde alle de tjenesteydelser, brugere af havneterminalen kan anmode om, og at adgangen til markedet for enkelte tjenesteydelser leveret af virksomheder, som må operere i havnen, men som ikke er blandt dem, der er opregnet i artikel 21, stk. 1, litra b), i lov nr. 84/94, herved kan hindres?

2) Er EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86, til hinder for nationale bestemmelser, der (på grund af deres virkninger på markedet indebærer dels, at andre virksomheder end terminalvirksomhederne — bortset fra de tidligere havneselskaber og -sammenslutninger — er afskåret fra at levere tjenesteydelser på havneområdet til interesserede brugere, dels forpligter terminalvirksomheden til at kunne

33 — I denne forbindelse henviser den nationale ret uden videre forklaringer til Porto di Genova-dommen.

udføre alle de transaktioner og tjenesteydelser i havnene, der kræves af en terminalvirksomhed, og endelig, at brugerne ikke må lade sådanne tjenesteydelser udføre af en af dem selv valgt anden virksomhed end terminalvirksomheden) tilvejebringer en sådan markedssituation, at brugeren alene må have et kontraktforhold med terminalvirksomheden med hensyn til hele den række af tjenesteydelser, som kan kræves leveret i forbindelse med anløb af en havn, hvor terminalvirksomheden(erne) indtager en dominerende stilling på markedet som omhandlet i traktatens artikel 86?

3) Er EF-traktatens artikel 59 og 90, sammenholdt med artikel 86, til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter kun virksomheder, som opererer i havneområdet, over for andre virksomheder, der opererer i havnen, og navnlig terminalvirksomhederne, må levere tjenesteydelser, der kun omfatter levering af arbejdskraft?«

IV — Indlæg

20. De tiltalte, Den Italienske Republik, Den Franske Republik, Forbundsrepublikken Tyskland, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Bortset fra Tyskland og Det Forenede Kongerige har de også alle afgivet mundtlige indlæg.

V — Første spørgsmål

21. Det første spørgsmål vedrører hovedsagelig foreneligheden, dog kun med traktatens artikel 59, af den nationale lovgivning, som forhindrer terminalkoncessionshavere i italienske havne i at gøre brug af tjenesteydelser fra andre underleverandører end omdannede selskaber, når de leverer terminalkoncessionshaverydelser til havnens bruger. Trods den tvivl, der er ytret med hensyn til artikel 59's relevans for hovedsagen, bør spørgsmålet om artiklens potentielle anvendelse behandles, før de øvrige spørgsmål besvares, da tiltalen i hovedsagen vil være formålsløs, såfremt Domstolen finder en sådan begrænsning uforenelig med artikel 59.

A — *Prima facie anvendelse af traktatens artikel 59*

22. Det første spørgsmål fokuserer på de restriktive virkninger af forbuddet mod, at terminalkoncessionshavere benytter sig af

anden midlertidig arbejdskraft end den, der leveres af omdannede selskaber. Selv om denne begrænsning følger lige så meget af 1960-loven som af 1994-loven, fremgår det efter min opfattelse af den nationale rets udtrykkelige henvisning i første spørgsmål til artikel 21, stk. 1, litra b), i 1994-loven, at den nationale ret ønsker, at Domstolen fokuserer på 1994-loven.

23. I denne forbindelse henviser den nationale ret som nævnt i punkt 18 ovenfor særlig til konsekvenserne af forbuddet for terminalkoncessionshaveres mulighed for at levere »alle tjenesteydelser« til deres kunder.

24. De tiltalte har gjort gældende, at 1960-loven begrænser terminalkoncessionshaveres frihed til at levere deres tjenesteydelser til de rederier, der anvender havnen. Ved at forhindre terminalkoncessionshavere i at anvende de specialiserede tjenesteydelser, der tilbydes af virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, tvinges terminalkoncessionshaverne til at integrere vertikalt. Det hævdes, at en sådan integration vil medføre fortabelse af de fordele (stordriftsfordel og professionalisme), der er forbundet med at kunne gøre brug af ydelserne fra de specialiserede virksomheder, der arbejder i havnen, med henblik på at udføre visse opgaver, som brugerne kræver, som f.eks. frigørelse og fastgørelse af containere; de tvinges til at afholde ekstraomkostningerne ved at ansætte det personale, der er nødvendigt for selv at udføre disse opgaver. De tiltalte har gjort gældende, at de mange tjenesteydelser, en havnebruger har brug for, kan leveres mest effektivt gennem en enkelt kontrakt med en terminalkoncessionshaver, som benytter sig af underleverandører. Dette gør det lettere at placere ansvaret for tab. Efter de tiltaltes opfattelse finder traktatens artikel 59 anvendelse alene af den grund, at de italienske regler begrænser terminalkoncessionshavernes levering af ydelser til rederier, der er etableret i andre medlemsstater [34].

25. Såvel Italien som Kommissionen har påpeget, at alle de virksomheder, der er involveret i hovedsagen, er italienske. Det eneste tænkelige grænseoverskridende element i de ydelser, der leveres til LSCT af de selskaber, der repræsenteres af Raso's medtiltalte, er fuldstændig teoretisk. Det drejer sig nemlig om muligheden af, at en ikke-italiensk virksomhed kan forhindres i at levere sådanne ydelser i betragtning af den eksklusive karakter af undtagelsen fra 1960-loven til fordel for de omdannede selskaber. Finder Domstolen imidlertid, at et sådant forhold principielt er tilstrækkeligt til at gøre artikel 59 anvendelig, vil Kommissionen hævde, at den omstændighed, at kun de omdannede selskaber, som alle er italienske, kan drage fordel af undtagelsen fra de almindelige bestemmelser i 1960-loven, bør anses for uforenelig med artikel 59.

34 — Til støtte for dette argument over for deres egen medlemsstat har de tiltalte bl.a. påberåbt sig dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141.

26. Den nationale ret har uden at tage endelig stilling til, hvilken national lovgivning der finder anvendelse, anført, at det i den foreliggende sag bør antages, at de ydelser, der er tale om, kan betragtes som omfattet af forbuddet i artikel 1 i 1960-loven. Det spørgsmål, der opstår, er følgelig, i hvert fald for så vidt angår traktatens artikel 59, om den kombinerede virkning af et forbud som det, der er fastsat i 1960-loven, og en eksklusiv undtagelse derfra som den, der alene er fastsat for italienske selskaber i 1994-loven, udgør en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser.

27. Efter min opfattelse har Italien og Kommissionen uret, når de bestrider artikel 59's relevans for hovedsagen. Ved at fokusere på friheden til at formidle arbejdskraft i havne, en frihed, der efter de relevante nationale regler er forbeholdt de omdannede selskaber, underkender de den reelle begrænsning, som den nationale ret har peget på i forelæggelseskendelsen (se navnlig punkt 22 ovenfor), nemlig begrænsningen af terminalkoncessionshavernes og følgelig også de til havnearbejde godkendte virksomheders ret til at levere havneydelser til kunder, hvoraf mange er rederier fra andre medlemsstater. Det fremgår klart af sagsakterne, at ingen af de tiltalte nogensinde har søgt at etablere sig som formidler af midlertidig eller anden arbejdskraft. I stedet har LSCT gjort gældende, at virksomheden ved at give specifikke opgaver i underentreprise til andre godkendte virksomheder har søgt at stille de mest effektive ydelser, en terminalkoncessionshaver kan tilbyde, til rådighed for brugerne af terminalen. En håndhævelse af de omdannede selskabers monopol vil udelukke en form for samarbejde, der hidtil er blevet betragtet som et effektivt middel til udførelse af deres godkendte havnearbejde.

28. Derfor er det centrale punkt i det første præjudicielle spørgsmål, om det er foreneligt med traktatens artikel 59 at indrømme et monopol på formidling af midlertidig arbejdskraft til visse (nødvendigvis nationale) havneselskaber. Spørgsmålet om monopolets forenelighed med fællesskabsretten opstår på grund af de konsekvenser, dette har for leveringen af havneydelser til nationale og ikkenationale brugere af italienske havne, der foretages af virksomheder som de tiltalte, der har fået tilladelse til at levere sådanne ydelser. Spørgsmålet er navnlig aktuelt, fordi disse virksomheder kan komme til at konkurrere med de virksomheder, der har monopolet. Eftersom Raso's medtiltalte i hovedsagen faktisk er tiltalt for at have samarbejdet med LSCT i dennes omfattende servicering af kunderne, er det efter min opfattelse korrekt at fokusere på terminalkoncessionshavernes situation efter de anfægtede nationale regler, hvilket den nationale ret faktisk også har gjort i forelæggelseskendelsen. Hvis situationen for Raso's medtiltalte, der alle repræsenterer italienske selskaber, der er tiltalt for

ulovlig samarbejdsvirksomhed med LSCT, et andet italiensk selskab, betragtes isoleret, er det vanskeligt at finde en konkret fællesskabsretlig dimension, i hvert fald i relation til artikel 59.

29. Domstolen har i dommen i sagen Debauve m.fl. fastslået, at »traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser ikke kan anvendes på aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat« [35], hvilket »afhænger af konstateringer af faktiske forhold, som det tilkommer den nationale ret at foretage« [36]. I den foreliggende sag har den nationale ret taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et tilstrækkeligt grænseoverskridende element på grundlag af det forhold, at mange af kunderne til de pågældende ydelser var virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater end Italien. I retsmødet har Kommissionens befuldmægtigede hævdet, at det ikke er muligt at fastslå nationaliteten af kunderne til LSCT's ydelser. Domstolen har fastslået, at når der først foreligger et grænseoverskridende element, har modtagernes nøjagtige nationalitet ingen betydning [37]. På baggrund af den nationale rets konstatering, hvorefter LSCT's kunder ikke havde italiensk nationalitet, ville anvendelsen af de af anklagemyndigheden påberåbte nationale regler endvidere potentielt berøre ikke-italienske brugere af havnen [38].

30. Ganske vist fandt Domstolen i Höfner og Elser-sagen, hvor »tvisten [var] mellem tyske ansættelseskonsulenter og en tysk virksomhed vedrørende ansættelse af en tysk statsborger« under henvisning til dommen i Debauve m.fl., at der ikke var noget »tilknytningsmoment til nogen af de situationer, der omhandles i fællesskabsretten«, en konklusion, der ikke »kan ... ændres af, at en kontrakt indgået mellem ansættelseskonsulenterne og virksomheden indeholder en *teoretisk mulighed* for, at der kan søges efter tyske ansøgere, som er bosat i andre medlemsstater, eller statsborgere i disse stater« [39].

35 — Dom af 18.3.1980, sag 52/79, Sml. s. 833, præmis 9.

36 — A.st.

37 — Se dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, (herefter »Svensson og Gustavsson-dommen«), i hvilken Domstolen trods generaladvokat Elmer's udtrykkelige indstilling ikke fandt, at det forhold, at sagsøgerne i hovedsagen på det pågældende tidspunkt var statsborgere i et tredjeland, kunne fratage dem deres ret til under henvisning til artikel 59 at anfægte en luxembourgsk bestemmelse om rentetilskud, som i realiteten var betinget af, at lånet var optaget i banker etableret i Luxembourg.

38 — I dom af 7.5.1997, forenede sager C-321/94, C-322/94, C-323/94 og C-324/94, Pistre m.fl., Sml. I, s. 2343, har Domstolen, ganske vist i forbindelse med traktatens artikel 30, forkastet argumentet om, at artiklen ikke kunne anvendes på en sag rejst i Frankrig mod et fransk selskab, som var tiltalt for i strid med loven at have sat mærkater på visse varer, der skulle markedsføres i Frankrig, hvorpå et bestemt fransk bjergområde var angivet som oprindelsessted. Domstolen fastslog (i præmis 44), at »selv om anvendelsen af en national foranstaltning, som faktisk ikke har nogen forbindelse med import af varer, ikke falder ind under traktatens artikel 30 ... kan der imidlertid ikke ses bort fra denne bestemmelse, alene fordi samtlige relevante elementer i den konkrete sag, der foreligger for den nationale domstol, findes inden for en enkelt medlemsstat«. Selv i en sådan situation fandt Domstolen (i præmis 45), at »... anvendelsen af den nationale foranstaltning også kunne have betydning for de frie varebevægelser mellem medlemsstater, bl.a. når den omhandlede foranstaltning indebærer en fordel for markedsføringen af varer fra den pågældende stat i forhold til importerede varer«.

39 — A.st., præmis 38 og 39 (min fremhævelse).

Men i den foreliggende sag er, som den nationale ret har udtalt, en stor del af brugerne af havnen og navnlig af LSCT's ydelser etableret i andre medlemsstater.

31. Hvad angår den omstændighed, at alle de tiltalte i den foreliggende sag er italienske selskaber, støtter Domstolens nyere praksis på overbevisende måde det synspunkt, at en person kan påberåbe sig traktatens artikel 59 over for sin egen medlemsstat, jf. senest dommene i sagerne Alpine Investments [40], Cosica Ferries [41] og Sodemare [42]. I Corsica Ferries-dommen fastslog Domstolen, ganske vist i forbindelse med rækkevidden af den frihed til at udveksle tjenesteydelser på søtransportområdet, der er fastsat i forordning nr. 4055/86 [43], at »i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede udbyder virksomheden, der er etableret i én medlemsstat, og som driver regelmæssig linjetrafik med en anden af forordning nr. 4055/86 omfattet stat, disse tjenesteydelser netop i kraft af deres beskaffenhed navnlig til personer, der er etableret i den anden stat« [44]. I sagen Sodemare m.fl., som vedrørte ydelser præsteret på hjem for ældre, udtalte Domstolen, at »retten til fri udveksling af tjenesteydelser kan påberåbes af en virksomhed over for den stat, hvor virksomheden er etableret, når tjenesteydelserne præsteres til modtagere, der er etableret i en anden medlemsstat ...« [45].

32. Efter min opfattelse følger det heraf, at en terminalkoncessionshaver etableret i én medlemsstat, som ofte leverer havneydelser i hvert fald til kunder etableret i andre medlemsstater, under henvisning til traktatens artikel 59 kan anfægte nationale bestemmelser, som begrænser terminalkoncessionshaverens mulighed for frit at levere sådanne ydelser. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om de regler, der er tale om i den foreliggende sag, indebærer en sådan begrænsning.

B — *Eventuel anvendelse af traktatens artikel 30 og 48*

33. Selv om ingen af de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag vedrører anvendelsen af traktatens artikel 30, skal jeg dog omtale Domstolens bemærkninger hertil i Porto di Genova-sagen. Domstolen henviste her til den nationale rets konklusion,

40 — Fodnote 34 ovenfor, særlig præmis 30.

41 — Dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Sml. I, s. 1783.

42 — Dom af 17.6.1997, sag C-70/95, Sml. I, s. 3395.

43 — Rådets forordning (EØF) nr. 4055/86 af 22.12.1986 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på søtransportområdet mellem medlemsstater og mellem medlemsstater og tredjelande, EFT L 378, s. 1. Jeg er enig med generaladvokat Van Gerven, som i punkt 16 i sit forslag til afgørelse i Porto di Genova-sagen har udtalt, at »der [skal] sondres mellem havnearbejde og søtransport ...«; se Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5913. Efter min opfattelse bør der mutatis mutandis på samme måde sondres mellem levering af havneydelser og søtransportydelser.

44 — Præmis 30. Det skal bemærkes, at det i forordningens artikel 1, stk. 1, udtrykkeligt hedder: »Fri adgang til at udføre søtransport mellem Fællesskabets medlemsstater samt mellem medlemsstater og tredjelande gælder for statsborgere i medlemsstaterne, såfremt de er hjemmehørende i en anden medlemsstat end den person, for hvem søtransport udføres.«

45 — Præmis 37. I denne sag betragtedes alle modtagerne af ydelserne, selv om nogle af dem var udlændinge, som havende bopæl i Italien, hvor ydelserne blev præsteret, jf. præmis 39.

»... 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« [46]. I sin besvarelse af den nationale rets spørgsmål henviste Domstolen til artikel 90, stk. 1, »sammenholdt med artikel 30, 48 og 86 [i traktaten]«. Artikel 30, men ikke artikel 48, var nævnt i den nationale rets spørgsmål. Men det var især artikel 48, der blev behandlet i dommen. Da jeg finder, at de restriktive virkninger af ordningerne i henhold til 1994-loven om formidling af midlertidig arbejdskraft i italienske havne på indførsler i bedste fald må betragtes som formodninger, er jeg af den opfattelse, at den foreliggende sag ikke rejser noget spørgsmål vedrørende artikel 30 [47].

34. Det er ikke helt så let at udelukke en mulig anvendelse af traktatens artikel 48, selv om forelæggelseskendelsen er tavs på dette punkt. De kombinerede virkninger af, at 1994-loven både indeholder bestemmelse om omdannelse af tidligere havneselskaber, som i kraft af deres karakter af andelsselskaber bestående af italienske arbejdstagere alle var italienske virksomheder, og bestemmelser om, at omdannede selskaber, terminalkoncessionshavere og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, først og fremmest skal ansætte de havnearbejdere, der tidligere var ansat i havneselskaberne, kan efter min opfattelse meget vel indebære en faktisk videreførelse af den tilsidesættelse af artikel 48, som Domstolen påviste i Porto di Genova-dommen. Efter Domstolens praksis tilkommer det imidlertid den nationale ret dels at afgøre, om artikel 48 stadig tilsidesættes, og dels hvilken betydning, om nogen, en sådan eventuel tilsidesættelse kan have for hovedsagen.

C — *Begrænsning af friheden til at levere en terminalkoncessionshavers ydelser*

i) Parternes og medlemsstaternes indlæg

35. De tiltalte har gjort gældende, at når terminalkoncessionshavere forhindres i at gøre brug af ydelser leveret af andre virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, blot fordi ydelserne er arbejdskraftintensive, er der tale om en begrænsning af friheden til at levere havneydelser for såvel terminalkoncessionshaverne som de øvrige virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, da dette forhold nemlig forleder førstnævnte til på en uøkonomisk måde at udvide deres aktiviteter (og arbejdsstyrke) med henblik på at kunne tilbyde kunderne et komplet sæt havneydelser, men samtidig

46 — Præmis 22.

47 — Se i denne forbindelse dom af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 23, 24 og 25.

fratager sidstnævnte en værdifuld kilde til potentielt arbejde [48]. Begrænsningens tilsyneladende objektive og ikke-diskriminerende formulering er efter tiltaltes opfattelse ikke tilstrækkelig til at gøre den forenelig med traktatens artikel 59, da de midler, der benyttes til at fremme dette mål i havnesektoren, står i misforhold til og er i strid med den erklærede baggrund for reformen af Italiens havnesektor, nemlig at fremme specialisering og indgåelse af underleverandørkontrakter. De tiltalte finder, at en streng anvendelse af den gældende lovgivning vedrørende havnesektoren, navnlig nationale konkurrenceregler, der skal forhindre eventuelle misbrug fra terminalkoncessionshavernes side af deres centrale stilling for så vidt angår levering af havneydelser, og den beskyttende arbejdsmarkedslovgivning vedrørende f.eks. havnearbejderes mindsteløn og social sikring, er tilstrækkelig til at sikre, at de mål, der ligger til grund for 1960-loven opfyldes i havnesektoren. Endelig kan det forhold, at arbejde forbeholdes omdannede selskaber, som ifølge deres natur sandsynligvis består af personer af italiensk nationalitet, udgøre en indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet.

36. Italien har med støtte fra Tyskland henvist til den følsomme karakter af markedet for formidling af arbejdskraft. I retsmødet har den italienske befuldmægtigede anført, at nødvendigheden af at beskytte havnearbejdere mod tilsidesættelse af deres rettigheder som følge af de naturlige udsving i arbejdsmængden, berettiger til særlige foranstaltninger vedrørende levering af midlertidig havnearbejdskraft. Navnlig i Webb-dommen anerkendes det, at medlemsstaterne kan begrænse friheden til at tilbyde arbejdskraftformidling [49]. Frankrigs befuldmægtigede har erkendt, at visse beskyttende foranstaltninger kan være berettigede, men har gjort gældende, at indrømmelsen af et monopol af den type, der er tale om i den foreliggende sag, er en diskriminerende og uberettiget foranstaltning. Italiens befuldmægtigede har imidlertid anført, at i betragtning af de efter italiensk lov omdannede selskabers specielle karakter (de er både kooperative sammenslutninger af havnearbejdere og handelsvirksomheder) er et sådant monopol et egnet middel til at sikre beskyttelsen af havnearbejderes rettigheder.

ii) Gennemgang

37. Den almindelige italienske ordning for formidling af arbejdskraft, der blev indført ved lovene af 1949 og 1960, er aldrig blevet anvendt på havnesektoren. Det oprindelige monopol, som havneselskaber havde i

48 — De har også påberåbt sig den heraf følgende begrænsning af kundernes ret til at modtage alle de havneydelser, de har brug for, fra én kilde. De eventuelle negative følger for sådanne tjenesteydelsesmodtagere af en begrænsning i leveringen af de pågældende ydelser kan efter min opfattelse ikke påberåbes af leverandøren af ydelserne som bevis på, at traktatens artikel 59 er tilsidesat, medmindre den også skader leverandørens egen virksomhed. Det var f.eks. i Svensson og Gustavsson-sagen, a.st., klart, at den begrænsning i långivningen fra banker, der ikke var etableret i Luxembourg, til kunder bosiddende i Luxembourg, som var en følge af de anfægtede luxembourgske foranstaltninger, også begrænsede sagsøgerne i hovedsagens frihed til at modtage bankydelser. Da jeg i den foreliggende sag finder, at den begrænsning, der forhindrer andre end de omdannede selskaber i at formidle arbejdskraft, skader terminalkoncessionshaverens mulighed for at levere ydelser, finder jeg det ikke nødvendigt særskilt at undersøge betydningen af den eventuelle begrænsning af den ret, som udenlandske brugere af italienske havne har til frit at modtage havneydelser.

49 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Sml. s. 3305.

medfør af de i afsnit II ovenfor sammenfattede bestemmelser, er nemlig nu blevet erstattet af et nyt monopol til fordel for omdannede udgaver af de tidligere monopolhavere, som dækker levering af midlertidig arbejdskraft til terminalkoncessionshavere og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde. Til forskel fra tidligere havnevirksomheder, som ikke selv kunne udføre havnearbejde, men måtte overlade alt det egentlige havnearbejde til havneselskaber, gælder det nye monopol således kun, når terminalkoncessionshavere ikke kan levere deres ydelser alene gennem deres egne havnearbejdere. En nærmere gennemgang af detaljerne i den nye ordning afslører dog, at restriktionerne i henhold til den tidligere havnelovgivning til en vis grad er blevet opretholdt, om end i ændret form, i 1994-loven.

38. For det første skal terminalkoncessionshaverne have ansat en arbejdsstyrke, der »passer« til det aktivitetsprogram, de har fremlagt. Hvad dette angår er det, som Kommissionen påpeger i sit skriftlige indlæg, bemærkelsesværdigt, at artikel 23, stk. 3, i 1994-loven indtil den 31. december 1996 krævede, at både terminalkoncessionshavere og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, samt de omdannede selskaber, når der var ledige stillinger, først og fremmest skulle ansætte de havnearbejdere, der tidligere arbejdede for de tidligere havneselskaber, men som ikke var blevet fast genansat ved omdannelsen af de nævnte selskaber.

For det andet skulle de havnearbejdere, der havde været ansat i de tidligere havneselskaber, men som ikke havde fundet nyt arbejde andre steder, ansættes af de omdannede selskaber i henhold til en midlertidig ordning, som nærmere skulle fastsættes ved ministerielt dekret. Endelig skulle såvel virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, som terminalkoncessionshavere først benytte den arbejdskraft, der måtte være til rådighed efter den midlertidige ordning, førend de kunne anmode de omdannede selskaber om at stille midlertidig arbejdskraft til rådighed i henhold til artikel 17, stk. 1.

39. Udgør disse ordninger en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser? Det mener jeg, at de gør, da de berører en terminalkoncessionshaver i LSCT's position. LSCT kræver ret til at tilbyde havnebrugerne (som i denne gennemgang forstås som brugere, der er etableret i andre medlemsstater) en fuldstændig pakke af havneydelser. Det vil sige at LSCT ønsker at give forskellige meget arbejdskraftintensive dele af pakken i underentreprise til andre virksomheder, der som LSCT selv har tilladelse til at levere sådanne ydelser direkte til brugerne. 1994-loven forbyder terminalkoncessionshaveren og de forskellige virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, at samarbejde med henblik herpå. Den kooperative ordning har til formål at gøre det muligt for terminalkoncessionshaveren at tilbyde den endelige bruger en ydelse, som kan tilpasses havnens

varierende behov og opfylder kravet om at udnytte arbejdskraften effektivt, således at havnens brugere får tilbudt ydelserne til en billigere pris. Hvis de tilsvarende ydelser blev leveret af de omdannede selskaber til en lavere pris, eller hvis der blev kompenseret for en højere pris med højere kvalitet, må det formodes, at terminalkoncessionshaveren ville vælge disse ydelser. Efter min opfattelse er det afskæringen af terminalkoncessionshaverens ret til frit at vælge, der udgør en begrænsning. Endelig skal jeg erindre om, at kun de omdannede selskaber har ret til at levere ydelser både direkte til de endelige brugere og til mellemmænd i forsyningskæden. Virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, kan derimod frit levere ydelser til endelige brugere, men ikke til mellemmænd. Men jeg har allerede påpeget, at denne begrænsning, da den kun vedrører en enkelt medlemsstat, ikke er omfattet af traktatens artikel 59 [50]. Terminalkoncessionshaverens stilling er imidlertid en anden. Terminalkoncessionshaveren nægtes nemlig ret til at ansætte midlertidig arbejdskraft efter eget valg, når pakken til de endelige brugere sammensættes.

40. Da jeg finder, at reglerne udgør en begrænsning af terminalkoncessionshaveres frihed til at levere havneydelser til brugere fra andre medlemsstater, må det undersøges, om begrænsningen er berettiget.

D — *Berettigelse*

i) Forskelsbehandling på grund af nationalitet

41. I den foreliggende sag har Frankrig, der subsidiært støttes af Kommissionen på dette punkt, hævdet, at de omdannede selskaber er italienske, hvorfor den pågældende begrænsning udgør en forskelsbehandling på grund af nationalitet. Er dette tilfældet, er de italienske foranstaltninger naturligvis kun berettigede, såfremt de er begrundet i de almene hensyn, der er omhandlet i traktatens artikel 56, stk. 1, som i henhold til traktatens artikel 66 finder anvendelse på den frie udveksling af tjenesteydelser. Som Domstolen gentagne gang har fastslået, omfatter sådanne begrundelser ikke økonomiske hensyn [51].

42. Jeg mener ikke, at Frankrig har ret i spørgsmålet om forskelsbehandling. Som jeg allerede har nævnt (se punkt 28 ovenfor), er det væsentlige i det første spørgsmål ikke forenligheden med fællesskabsretten af de omdannede selskabers monopol, men derimod dets virkninger længere nede i forsyningskæden, hvor det påvirker navnlig terminalkoncessionshaveres frie levering af

50 — Se navnlig punkt 28 ovenfor.

51 — Se f.eks. ovennævnte Svensson og Gustavsson-dom, præmis 15.

havneydelser [52]. I henhold til artikel 18 i 1994-loven kan udenlandske virksomheder frit ansøge om terminalkoncessioner. Det pågældende monopol berører således potentielt såvel nationale som udenlandske koncessionshavere på samme måde og kan derfor efter min opfattelse ikke betragtes som diskriminerende.

ii) Berettigelsen af den ikke-diskriminerende begrænsning

43. Domstolen har stedse fastslået, at der kan indføres ikke-diskriminerende begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser, som tjener et politisk mål, der »... er begrundet i almenvellet«, når de pågældende bestemmelser »... påhviler enhver person eller enhver virksomhed, der udøver en aktivitet på denne stats område, i det omfang disse interesser ikke varetages i kraft af bestemmelser, som tjenesteyderen er undergivet i denne medlemsstat, hvor han er etableret« [53]. Dette princip er også blevet anvendt over for begrænsninger, som pålægges en tjenesteyder af oprindelsesmedlemsstaten [54]. Da jeg finder, at de omdannede selskabers monopol potentielt begrænser friheden til at levere havneydelser til udenlandske brugere, må det vurderes, om der er noget tvingende hensyn til almenvellet, der anerkendes af fællesskabsretten, som kan begrunde begrænsningen.

44. Jeg skal for det første fastslå, at jeg ikke finder, at den begrænsning af terminalkoncessionshavernes aktiviteter, der skyldes de omhandlede selskabers monopol, kan begrundes under henvisning til den almindelige politik, der er grundlaget for det offentlige arbejdsformidlingssystem i Italien. Jeg finder, at en sammenligning mellem de oprindelige havneselskabers og de omdannede selskabers monopol på havnearbejde viser, at det ikke vil være rigtigt at sammenligne de arbejdskraftformidlingsregler, der gælder i den italienske havnesektor, med det almindelige arbejdsformidlingssystem, der blev indført ved lovene af 1949 og 1960. Som anført af generaladvokat Elmer i hans forslag til afgørelse i Job Centre II-sagen, bygger sidstnævnte system i modsætning til de omdannede selskabers monopol på en lovpligtig arbejdsformidlingsordning, der forvaltes af offentlige arbejdsformidlingskontorer [55]. Selv om der kun er fremlagt få oplysninger vedrørende karakteren af de omdannede selskaber for Domstolen, er det endvidere klart, også hvis man ser helt bort fra muligheden af, at ovennævnte regler om, at det først og fremmest er de havnearbejdere, der tidligere har været ansat i havneselskaberne, der skal genansættes, i høj grad er med til at fortsætte den tilsidesættelse af traktatens artikel 48, som Domstolen har

52 — Dette spørgsmål må ikke forveksles med den mulige tilsidesættelse af traktatens artikel 48, som jeg henviste til i punkt 34 ovenfor, og den mere teoretiske mulighed, at de omdannede selskabers monopol på levering af midlertidig havnearbejdskraft begrænser den potentielle frie etableringsret i Italien for virksomheder fra andre medlemsstater, som har specialiseret sig i formidling af denne form for arbejdskraft.

53 — Se bl.a. Webb-dommen, der er nævnt i fodnote 49, præmis 17.

54 — Se f.eks. ovennævnte dom i sagen Alpine Investments og min redegørelse i punkt 31 ovenfor.

55 — Punkt 11 i forslaget til afgørelse; se også fodnote 19 ovenfor.

påpeget i Porto di Genova-dommen [56], at disse selskabers kombinerede kommercielle og kooperative formål adskiller dem væsentligt fra offentlige arbejdsformidlingskontorer. Alligevel har Italien hævdet, at 1994-loven har et mere generelt arbejderbeskyttelsessigte, der gør loven berettiget. Selv om et sådant mål muligvis kan anerkendes efter fællesskabsretten, er jeg ikke enig i, at det gælder i den foreliggende sag.

45. Italien har gjort gældende, at Domstolen i Webb-dommen anerkendte den »ømtålelige« karakter af virksomhed, som omfatter udlejning af arbejdskraft [57]. Følgelig fandt Domstolen, at medlemsstaterne kunne vælge den politik at gøre »... udlejning af arbejdskraft på deres område betinget af en bevilling, som kan nægtes, såfremt der er grund til at frygte, at en sådan virksomhed vil skade forholdene på arbejdsmarkedet, eller at arbejdstagernes interesser ikke vil blive tilgodeset i tilstrækkeligt omfang« [58]. I den nyere Guiot-dom har Domstolen også peget på »det almene hensyn til at yde arbejdstagerne i byggebranchen en social beskyttelse« som en tvingende grund »på grund af de særlige forhold i denne branche« [59]. I fællesskabsretten anerkendes det således, at beskyttelse af arbejdstagerrettigheder kan udgøre et tvingende politisk krav. I den foreliggende sag har Domstolen dog, bortset fra en generel henvisning til de omhandlede selskabers kooperative karakter, ingen oplysninger om, hvorledes og hvorvidt disse selskabers monopol tjener til at fremme havnearbejderes beskyttelse.

46. Domstolen har konsekvent fastslået, at den restriktive virkning for tjenesteydere af nationale regler, som anvendes på alle uden forskel, »skal være egnet til at nå det mål, der forfølges med reglerne, og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at målet nås« [60]. Selv om virkningen af de omdannede selskabers monopol således generelt kan forbedre havnearbejdernes beskyttelse, er der intet i de foreliggende oplysninger, der viser, at monopolet er enten nødvendigt for at opnå en sådan øget beskyttelse eller, som hævdet af de tiltalte, at det samme beskyttelsesniveau ikke kan opnås ved mindre restriktive midler [61]. Under disse omstændigheder tilkommer det den nationale ret at vurdere de beviser, som parterne har fremlagt med hensyn til begrænsningens berettigelse.

56 — I denne forbindelse skal jeg alene anføre, at alle de havnearbejdere, der var ansat af de tidligere havneselskaber, var italienske statsborgere, og at det er denne kategori af havnearbejdere, der har fortrinsret til beskæftigelse efter de nye regler; se punkt 34 ovenfor.

57 — A.st., præmis 18.

58 — Præmis 19.

59 — Dom af 28.3.1996, sag C-272/94, Sml. I, s. 1905.

60 — Se f.eks. dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 15.

61 — Det vil muligvis hjælpe den nationale ret at vide, at det ikke under sagens behandling for Domstolen er blevet anført, at havnearbejdere, der tidligere var ansat i havneselskaberne og derefter blev genansat af terminalkoncessionshavere eller virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, har fået deres rettigheder begrænset som følge heraf.

47. Kort sagt er jeg af den opfattelse, at medmindre det kan godtgøres, at monopolet er nødvendigt for beskyttelsen af havnearbejdere i italienske havne, er monopolets håndhævelse over for terminalkoncessionshavere som f.eks. LSCT en utilstedelig begrænsning af friheden til at levere havneydelser inden for Fællesskabet, der er i strid med traktatens artikel 59.

VI — Andet og tredje spørgsmål

A — *Indledning*

48. Såfremt Domstolen ikke er enig i mit forslag til besvarelse af det første spørgsmål, må den tage stilling til de problemer, der rejses i det andet og tredje spørgsmål, og som vedrører en sammenholdelse af henholdsvis traktatens artikel 86 og artikel 90, stk. 1, og af traktatens artikel 59, 86 og 90.

49. Den nationale ret fokuserer i sit memorandum såvel på det generelle forbud mod virksomhed som arbejdskraftformidler i henhold til 1960-loven som på den undtagelse til fordel for de omdannede selskaber, der er fastsat i 1994-loven. Den nationale ret ønsker under henvisning til den fastslåede kendsgerning, at virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, og som er repræsenteret ved Raso's medtiltalte, har leveret en række ydelser til LSCT, i det væsentlige afklaret, om fællesskabsretten vil være til hinder for, at den nationale lovgivning fortolkes således, at et samarbejde mellem en terminalkoncessionshaver og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, faktisk forbydes. Det andet spørgsmål drejer sig således om, hvorvidt en bred fortolkning af artikel 1 og 2 i 1960-loven, som forhindrer terminalkoncessionshavere i at skaffe midlertidig arbejdskraft fra andre havnevirksomheder end omdannede selskaber, fører til, at de misbruger det monopol, der er meddelt dem ved 1994-loven om anvendelse af visse havnefaciliteter. Det tredje spørgsmål fokuserer derimod mere konkret på muligheden af, at der uundgåeligt opstår et misbrug som følge af, at 1994-loven har givet monopol til omdannede selskaber, som også udfører havnearbejde, og som endog i visse italienske havne kan være terminalkoncessionshavere — hvilket påstås at være tilfældet i La Spezia. Da det efter min opfattelse er rimeligt at formode, at formålet med den klage, der førte til anlæggelsen af hovedsagen, vedrører beskyttelsen af det omdannede selskabs monopol i La Spezias havn, kan jeg tilslutte mig det synspunkt, der på tiltaltes vegne blev givet udtryk for i retsmødet, nemlig at en besvarelse af det tredje spørgsmål vil have afgørende betydning for så vidt angår hovedsagen.

50. Det må dog erindres, at strafforfølgning af de tiltalte ikke vedrører — i hvert fald ikke direkte — en påstået overtrædelse af de omdannede selskabers monopol, men snarere en potentiel overtrædelse af 1960-loven. Jeg

er derfor ikke helt enig med Kommissionen i, at det andet spørgsmål er rent hypotetisk og ikke kræver nogen stillingtagen. Skulle Domstolen finde et monopol som det, de omdannede selskaber har, uforeneligt med fællesskabsretten, vil denne konklusion ikke i sig selv udelukke anvendelse over for terminalkoncessionshavere og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, af en fortolkning af den nationale lovgivning, ifølge hvilken den form for samarbejde mellem parterne, der er tale om i hovedsagen, er uforenelig med artikel 1 og 2 i 1960-loven. Men fastslås det, at de omdannede selskabers eneret til at fravige 1960-loven er uforenelig med fællesskabsretten, må dette nødvendigvis i væsentlig grad påvirke foreneligheden med fællesskabsretten af begrænsningen af terminalkoncessionshavernes ret til at anmode andre virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, om at levere arbejdskraftintensive havneydelser. Selv om jeg derfor kun vil gennemgå det tredje spørgsmål i detaljer, skal jeg senere kort vende tilbage til det andet spørgsmål.

B — *Tredje spørgsmål*

51. Den faktiske konsekvens af den lovpligtige omdannelse af havneselskaber i medfør af 1994-loven er, at de omdannede selskaber har monopol på formidling af midlertidig arbejdskraft [62]. Endvidere vil dette monopol, såfremt den fortolkning af 1960-loven, som anklagemyndigheden i hovedsagen har lagt til grund, bekræftes, også komme til at omfatte leveringen af alle arbejdskraftintensive ydelser i de pågældende havne. Jeg finder derfor, at Kommissionen har ret i at omformulere det tredje spørgsmål således, at det fokuserer på de omdannede selskabers stilling. Den nationale ret ønsker i det væsentlige afklaret, om den pågældende medlemsstat ved at meddele de omdannede selskaber monopol tilsidesætter traktatens artikel 86. Den nationale rets yderligere henvisning til artikel 59 i det tredje spørgsmål er i denne forbindelse tilsyneladende overflødig. Hvis artikel 59 ikke i sig selv finder anvendelse, hvilket jeg som nævnt mener, at den gør, finder jeg ikke, at artiklen vil stå stærkere ved at blive sammenholdt med artikel 86 og 90 [63].

i) Principiel anvendelse af artikel 86

52. Traktatens artikel 86 finder alene anvendelse på virksomheder, der har en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf. Der er ingen tvivl om, at

62 — Tilsyneladende opererer de offentlige arbejdsformidlingskontorer, der er etableret i henhold til 1949-loven, ikke i havnesektoren.

63 — I indlægget for Domstolen er det ikke hævdet, at udlejning af midlertidige havnearbejdere udgør en tjenesteydelse »af almindelig økonomisk interesse« i den i traktatens artikel 90, stk. 2's forstand. I lyset af Domstolens afgørelse i Porto di Genova-sagen (se præmis 27) eller generaladvokat Van Gerven's noget skarpere formulerede holdning (se punkt 27 i hans forslag til afgørelse i samme sag) taler for, at denne bestemmelse finder anvendelse.

begrebet »virksomhed« omfatter virksomheder, der i lighed med de omdannede selskaber både spiller en kooperativ og en kommerciel rolle [64].

53. Det må først afgøres, om 1994-loven giver de omdannede selskaber en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf. Der består tilsyneladende ikke noget særligt forhold eller nogen forbindelse mellem de omdannede selskaber, der opererer i forskellige italienske havne. Det må derfor overvejes, om det omdannede selskab i La Spezias havn kan siges at indtage en dominerende stilling i artikel 86's forstand.

54. Det relevante varemarked bør først identificeres på grundlag af de i Domstolens praksis fastsatte kriterier [65]. Det afgørende for det relevante varemarked er, om der findes konkurrerende eller substituerbare varer eller tjenesteydelser [66]. I den foreliggende sag må alene de omdannede selskaber levere midlertidig arbejdskraft i italienske havne, da italiensk lovgivning ikke giver arbejdsgivere for fastansat arbejdskraft mulighed for at konkurrere med disse selskaber. Med andre ord kan potentielle leverandører af havnearbejdere ikke lovligt sætte deres egne tjenesteydelser i stedet for det omdannede selskabs. Rækkevidden af det relevante marked er således fastlagt ved lov. For at traktatens artikel 86 kan påberåbes, er det dog ikke tilstrækkeligt, at der er dominans på et bestemt marked. Domstolen har således i dommen i sagen Höfner og Elser fastslået, at »en virksomhed, som har et lovbestemt monopol, *kan* anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 ...« [67]. Heraf følger, at for at artikel 86 faktisk kan finde anvendelse, må den nationale ret finde, at det omdannede selskabs monopol i La Spezias havn udgør en væsentlig del af fællesmarkedet.

55. Den nationale ret har allerede fastslået, at La Spezia er den førende containerhavn ved Middelhavet. Selv om Italiens befuldmægtigede i retsmødet har ladet forstå, at man herved faktisk undervurderer Genovahavnens stilling, er det ikke blevet påstået, at den nationale rets bedømmelse af La Spezias betydning er grundlæggende forkert. Følgelig finder jeg, med forbehold af den nationale rets kompetence til i sidste instans at afgøre, om det pågældende marked udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, at La Spezias havns betydning for handelen inden for Fællesskabet som en containerterminal principielt er tilstrækkelig vigtig til, at det omdannede selskabs stilling med hensyn til levering af midlertidig arbejdskraft i den pågældende havn har væsentlig karakter i traktatens

64 — I ovennævnte Höfner og Elser-dom har Domstolen f.cks. fastslået, at »begrebet virksomhed [omfatter] enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde ...«. Det hedder også udtrykkeligt, at »arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed«; præmis 21.

65 — Se f.eks. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, navnlig præmis 11, og af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 23-28.

66 — Se f.eks. ovennævnte domme i sagerne United Brands mod Kommissionen og Michelin mod Kommissionen, henholdsvis præmis 22 og 37, samt dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 19.

67 — Præmis 28 (min fremhævelse).

artikel 86's forstand. Denne vurdering påvirkes efter min opfattelse ikke af den i andre sammenhænge relevante kendsgerning, at 1994-loven i modsætning til de tidligere regler i henhold til søloven giver de potentielle kunder til de arbejdsformidlingsydelser, som det omdannede selskab har eneret til at tilbyde, mulighed for (eller i tilfælde af en terminalkoncessionshaver som LSCT pligt til) at have en arbejdsstyrke ansat, der svarer til deres egne behov. Jeg finder derfor, at det monopol, som 1994-loven giver et omdannet selskab som det, der opererer i en havn af La Spezias størrelse og med La Spezias betydning målt i fragtmængde, med forbehold af den nationale rets konklusioner med hensyn til de relevante omstændigheder, er egnet til at give den en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet i traktatens artikel 86's forstand.

56. Jeg har allerede anført, at den begrænsning af friheden til at levere havneydelser inden for Fællesskabet, der er en følge af det monopol, der indrømmes omdannede selskaber, kan være omfattet af traktatens artikel 59 [68]. I betragtning af La Spezias havns betydning finder jeg også, at et eventuelt misbrug fra La Spezias omdannede selskabs side af den dominerende stilling, det indtager, vil påvirke handelen mellem medlemsstaterne i artikel 86's forstand. Det må under alle omstændigheder erindres, at det ikke er nødvendigt at godtgøre, at det anfægtede misbrug faktisk har påvirket handlen mellem medlemsstater, for at kunne anvende artikel 86, idet det nemlig, som Domstolen konsekvent har fastslået, »er tilstrækkeligt, at det bevises, at den omhandlede adfærd kan have en sådan virkning« [69].

ii) Medlemsstatens ansvar og kravene i artikel 90, stk. 1

57. Traktatens artikel 86 vedrører alene virksomheders adfærd. Af Domstolens praksis fremgår det imidlertid, at medlemsstater under visse omstændigheder kan gøres ansvarlige for tilsidesættelser af Fællesskabets konkurrencelovgivning som følge af virksomheders aktiviteter. Domstolen fastslog i Porto di Genova-dommen, at »den blotte omstændighed, at der skabes en sådan dominerende stilling ved tildeling af eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1, ikke i sig selv er uforenelig med artikel 86« [70]. Domstolen fastslog dog også, at en medlemsstat overtræder disse bestemmelser, såfremt den virksomhed, der har fået monopol, ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling, eller såfremt rettighederne

68 — Se punkt 22-32 ovenfor.

69 — Se bl.a. Höfner og Elser-dommen, præmis 32. Generaladvokat Jacobs havde faktisk i sit forslag til afgørelse i denne sag anført (punkt 48), at artikel 86 efter hans opfattelse endog kunne finde anvendelse i sager, der var opstået på grundlag af en rent indenlandsk situation. Med hensyn til artikel 86's anvendelse skal Domstolen således tage stilling til »den påklagede adfærd i alle dens konsekvenser for konkurrencen inden for fællesmarkedet ...«, se dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 33.

70 — Præmis 16.

må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug. Det er derfor nødvendigt at undersøge rækkevidden af disse betingelser for at fastslå, om en lovgivning som f.eks. 1994-loven kan anses for at opfylde dem.

58. Det Forenede Kongerige har i sit indlæg gjort gældende, at det er vanskeligt at anvende Domstolens dom i Porto di Genova-sagen, navnlig konstateringen i præmis 20 af, at »en medlemsstat skaber en situation i strid med traktatens artikel 86, når den udsteder bestemmelser som de af den forelæggende ret forelagte«. Det Forenede Kongerige har anført, at det ikke klart fremgår af præmis 19 i Porto di Genova-dommen, hvilke bestemte statslige foranstaltninger der var i strid med artikel 86, stk. 1, og artikel 90, da der ikke var nogen tydelig forbindelse mellem monopolets dannelse og de af Domstolen nævnte misbrug [71]. Det Forenede Kongerige har følgelig foreslået, at Domstolens konklusion med hensyn til anvendelsen af traktatens artikel 5 og 85 over for medlemsstaternes foranstaltninger, nemlig at der skal være en klar og direkte årsagsforbindelse mellem den anfægtede statslige foranstaltning og de pågældende virksomheders adfærd, også bør lægges til grund, når man overvejer en eventuel samlet anvendelse af artikel 90, stk. 1, og artikel 86. Det Forenede Kongerige har endvidere anført, at Domstolen kun bør fastslå, at indrømmelsen af en eksklusiv rettighed er i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, såfremt misbruget er en uundgåelig følge af dens tildeling. Såfremt misbruget blot er resultatet af en tilskyndelse fra den pågældende medlemsstats side, har Det Forenede Kongerige derimod anført, at det højst er tilskyndelsen eller opmuntringen, og ikke tildelingen af den relevante eksklusive rettighed, der udgør den ulovlige nationale foranstaltning.

59. Jeg accepterer, at der kan sondres mellem den situation, hvor den virksomhed, der har fået tildelt en eksklusiv ret, kommer til at indtage en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, som kan berøre handel mellem medlemsstater, og enten ved sin blotte udøvelse af rettighederne ikke kan undgå at misbruge sin stilling eller tvinges eller opmuntres af den pågældende medlemsstat til at misbruge sin stilling, og den situation, hvor den nationale foranstaltning blot sætter virksomheden i en situation, hvor den kan misbruge sin stilling, men ikke direkte tvinger eller tilskynder virksomheden til misbrug.

60. Ved denne afgrænsning af rækkevidden af medlemsstaternes ansvar har jeg bevidst taget mit udgangspunkt i den ordlyd, som Domstolen har anvendt i den engelske udgave af dommen i henholdsvis sagerne Höfner og Elser [72] og Frankrig mod Kommissionen [73], da nogle af de af Det Forenede Kongerige påberåbte vanskeligheder ved at fortolke Porto di Genova-dommen efter min opfattelse kan tilskrives, at den ordlyd, som Domstolen har valgt i den engelske udgave

71 — Den relevante del af dommens præmis 19 er nævnt i punkt 8 ovenfor. De påståede misbrug, der var tale om, kan rekapituleres således: i) krav om betaling for ikke ønskede tjenesteydelser; ii) fakturering af uforholdsmæssigt høje priser; iii) negative omkostningsmæssige og tidsmæssige følger af vægring ved at indføre moderne teknologi; iv) diskriminerende prisnedsættelsespolitik.

72 — Præmis 29.

73 — Dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Sml. I, s. 1223, præmis 56.

af først ERT-dommen og siden Porto di Genova-dommen i en henvisning til ERT-dommen, er forskellig [74].

61. Formålet med sondringen er at placere ansvaret. Da medlemsstaterne i henhold til artikel 90, stk. 1, har mulighed for at indrømme »eksklusive rettigheder«, udgør en sådan foranstaltning ikke i sig selv et misbrug i traktatens forstand, uanset hvilken økonomisk realitet foranstaltningen bygger på. Der sondres således mellem skabelsen af den eksklusive rettighed og »foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i [artikel 85-94] nævnte«. Følgelig er der ingen tvivl om, at ofrene for et misbrug, som en medlemsstat ikke er ansvarlig for, må anlægge sag mod den dominerende virksomhed i medfør af traktatens artikel 86, som har direkte virkning. Uden denne sondring ville medlemsstaterne nemlig skulle begrunde indrømmelsen af eksklusive rettigheder trods Domstolens faste praksis, hvorefter den blotte omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af en eneret, ikke i sig selv er uforenelig med artikel 86 [75]. At pålægge medlemsstaterne en sådan forpligtelse vil være i strid med artikel 90, stk. 1's formål, der, som Domstolen ved talrige lejligheder har fastslået, er at forhindre medlemsstaterne i at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af Fællesskabets konkurrenceregler [76].

62. Selv om denne sondring måske i princippet er helt klar, er den ikke let at anvende i praksis. Höfner og Elser-dommen og Porto di Genova-dommen er således blevet kritiseret for ikke at fastlægge, »hvilke forhold der gør det muligt at sondre mellem en *situation, der nødvendigvis medfører misbrug*, og en situation, som ikke medfører dette« [77]. Efter min opfattelse er Höfner og Elser-sagen en af de nødvendigvis få sager, hvor den eneret til arbejdsformidling, der er tillagt den tyske Bundesanstalt für Arbeit, har en sådan karakter, at blot den omstændighed, at eneretten er indrømmet, i praksis sætter den virksomhed, der har fået tillagt eneretten, i den lidet misundelsesværdige situation, at den ikke kan undgå at misbruge eneretten [78]. Havde Bundesanstalt således insisteret på at udøve eneretten under omstændigheder, hvor den helt åbenbart ikke var i stand til at opfylde efterspørgslen, i hvert fald ikke hvad angår formidling af arbejde for virksomhedsledere, ville Bundesanstalt næsten ikke have kunnet undgå at blive dømt for misbrug.

74 — Således henviser Domstolen i den engelske udgave af ERT-dommen (præmis 37) til »... a situation in which [an] undertaking *is led* to infringe Article 86 ...«, mens Domstolen i Porto di Genova-dommen (præmis 17 i den engelske udgave) henviser til præmis 37 i ERT-dommen som støtte til formuleringen af det pågældende princip, nemlig at der er omstændigheder, hvor den dominerende virksomhed »*is induced* to abuse its dominant position« (mine fremhævelser). I f.eks. den franske udgave af disse domme benyttes samme ordlyd, nemlig »est amenée« i begge præmisser. (O.a.: I den danske udgave af dommen er der benyttet omskrivninger, nemlig henholdsvis »... når disse rettigheder kan bringe virksomheden i en situation, hvor den overtræder artikel 86« og »... såfremt rettighederne [skaber] en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug«).

75 — Se bl.a. Höfner og Elser-dommen, præmis 29. Se i øvrigt i denne forbindelse de synspunkter, som generaladvokat Jacobs har fremført i punkt 43 i sit forslag til afgørelse.

76 — Se bl.a. ovennævnte ERT-dom, præmis 35.

77 — Se generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i sag C-320/91, Corbeau, Sml. 1993 I, s. 2533, punkt 11 og 12. Endvidere henviser generaladvokat Tesauro i fodnote 11 i forslaget til afgørelse bl.a. til den kritik, som L. Gyselen har fremsat i sine kommentarer til Porto di Genova-dommen i CML Rev 1992, s. 1228, særlig s. 1238-1241.

78 — Som ovennævnte L. Gyselen med rette har bemærket på s. 1240, »[O]ne can easily see how in this configuration, the existence of monopoly power and the 'abusive' exercise of this power become one and how the true root of the abuse lies with the existence, not with the exercise, of the monopoly power«.

Situationen kompliceres noget af, at Bundesanstalt frivilligt anførte, at den var rede til »at tolerere visse former for ansættelsesrådgivningsvirksomhed med hensyn til virksomhedsledere« [79]. Domstolen fandt ikke desto mindre, at der faktisk havde fundet et uundgåeligt misbrug sted, i hvert fald for så vidt angår formidling af erhvervsledere, idet Bundesanstalt »... åbenbart ikke [var] i stand til at dække efterspørgslen på markedet for denne form for tjenesteydelser, og når private selskabers faktiske udøvelse af en sådan formidling umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne formidlingsvirksomhed og bestemmer, at kontrakter indgået som led heri er ugyldige« [80].

63. De monopolrettigheder, der var tale om i Porto di Genova-sagen, var ikke af samme art som dem, der er involveret i Höfner og Elser-sagen. Alligevel fandt Domstolen, at den forbindelse, der var mellem de pågældende italienske foranstaltninger og det misbrug, som Domstolen pegede på, var tilstrækkelig til at gøre medlemsstaten ansvarlig [81]. Jeg mener, at det fremgår, navnlig af præmis 18 og 19 i Porto di Genova-dommen (se punkt 8 ovenfor), at Domstolen var af den opfattelse, at misbruget, selv om det tilsyneladende var havneselskabet og havnevirksomheden, der stod bag, var en direkte følge af monopolrettigheder indrømmet i medfør af den relevante italienske lovgivning. Jeg finder det i denne forbindelse særlig bemærkelsesværdigt, at Domstolen i dommens præmis 19, hvor der henvises til de indrømmede rettigheder, udtaler, at de pågældende virksomheder »*derved* er foranlediget til« at begå de misbrug, der er tale om (min fremhævelse). Domstolen har således formodentlig tilsluttet sig generaladvokat Van Gerven's synspunkt, der går ud på, at disse misbrug er »... mulige, hvis ikke uundgåelige, på grund af den nationale lovgivning, og de tilskyndes, for ikke at sige at de gøres bindende, af havnemyndighederne i medfør af deres kompetence i henhold til national lovgivning« [82]. Desværre er der en væsentlig forskel mellem uundgåelige og mulige misbrug af monopoler efter loven. De færreste vil bestride en medlemsstats ansvar for den første type misbrug, men mange vil nok være af den opfattelse, at ansvaret for den sidstnævnte type misbrug bør placeres hos den dominerende virksomhed.

64. Höfner og Elser- og Porto di Genova-sagerne illustrerer en holdning hos Domstolen, der går ud over de lovbestemmelser, hvorved eneretten indrømmes, og indebærer en bedømmelse af de praktiske konsekvenser af enerettens udøvelse. Denne holdning giver anledning til problemer ud fra et retligt

79 — Höfner og Elser-dommen, præmis 9. Generaladvokat Jacobs havde dog anført (punkt 45 i forslaget til afgørelse), at Bundesanstalt under visse omstændigheder kunne have gjort mere rundhåndet brug af sin kompetence til at lade organisationer eller andre personer udføre arbejdsformidlingsvirksomhed for individuelle erhvervsgrupper eller persongrupper.

80 — Præmis 31.

81 — Misbrugene er angivet af Domstolen i dommens præmis 19, som nævnes i punkt 8 ovenfor, og sammenfattes i fodnote 71 ovenfor.

82 — Se punkt 22 i forslag til afgørelse i Porto di Genova-sagen, Sml. 1991 I, s. 5889, særlig s. 5916.

synspunkt. Domstolen har sjældent et tilstrækkeligt faktuelt grundlag til selv med nogen sikkerhed at danne sig et indtryk af komplekse økonomiske, sociale og retlige forhold i en medlemsstat. Nationale retter vil, når de anvender traktatens artikel 90, stk. 1, og medlemsstaternes regeringer vil, når de overvejer at indrømme enerettigheder, med en vis rimelighed forvente at finde klare, principielle retningslinjer i Domstolens domme. Ved nævnte artikel 90, stk. 1, får medlemsstaterne udtrykkeligt ret til at indrømme »særlige eller eksklusive rettigheder«, men samtidig hedder det, at medlemsstaterne skal afstå fra at træffe eller opretholde »*foranstaltninger*«, som er i strid med visse traktatbestemmelser (min fremhævelse). Efter min opfattelse er forbuddet derfor først og fremmest rettet mod »foranstaltninger«. Rækkevidden og virkningen af »foranstaltninger« kan naturligvis ikke analyseres uden at tage hensyn til konteksten. Ikke desto mindre finder jeg, at Domstolen ved anvendelsen af artikel 90, stk. 1, bør søge at identificere en foranstaltning, der klart fører til tilsidesættelse af traktatens konkurrenceregler, eller, for at bruge den af Det Forenede Kongerige foreslåede formulering, »nationale regler, som de facto er uløseligt forbundet med det ved lov fastsatte monopol«.

65. Jeg mener ikke, at der kan formuleres et generelt kriterium for, hvorledes det på forhånd kan fastslås, at der foreligger en sådan forbindelse. I stedet vil det i hvert enkelt tilfælde være nødvendigt ved vejledningen af de nationale retter at vurdere virkningen af anfægtede nationale regler under hensyntagen til den økonomiske og faktiske baggrund for reglerne.

66. Efter min opfattelse støtter dommen i Centre d'Insémination de la Crespelle-sagen [83] (herefter »La Crespelle-dommen«) den holdning, jeg her har givet udtryk for. La Crespelle-dommen vedrørte forenelighed med traktatens artikel 5 og 86 og artikel 90, stk. 1, af det franske system med regionale centre for kunstig inseminering, hvor hvert center har monopol på inseminering af dyr inden for det geografiske område, det har fået tildelt. Det hævdede misbrug bestod navnlig i inseminationscentrenes opkrævning af eksorbitante priser hos avlerne, navnlig når avlerne anmodede centrene om at skaffe sæd fra andre produktionscentre. Domstolen fandt, at det spørgsmål, der skulle undersøges, var, om den praksis, der hævdedes at udgøre et misbrug, kunne betragtes som »... en *direkte følge* af loven« [84]. Domstolen bemærkede, at den franske lovgivning gav inseminationscentrene ret til at forlange, at opdrættere »betaler de supplerende omkostninger, der følger af [valget af sæd fra andre centre]«, men fandt alligevel ikke, at fastsættelsen af disse omkostninger »[foranledigede dem] til at opkræve uforholdsmæssigt store beløb og således misbruge deres dominerende

83 — Dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Sml. I, s. 5077.

84 — A.st., præmis 20 (min fremhævelse). I Irland blev et tilsvarende regionalt monopol på kunstig inseminering anfægtet i sagen O'Neil mod The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General (1995), ICLR 494 (High Court). Sagsøgeren var blevet nægtet tilladelse til at tilbyde et fuldstændigt kunstigt inseminationsprogram, da det var ministerens politik kun at give én sådan tilladelse i hvert af de ni områder, som staten var blevet inddelt i. O'Neil nedlagde påstand om anerkendelse af, at det regionale monopolsystem var i strid med bl.a. traktatens artikel 85, 86 og 90. Dommer Budd tog ikke denne påstand til følge, da han efter en grundig gennemgang af Domstolens praksis, bl.a. Höfner og Elser-dommen og La Crespelle-dommen, ikke fandt, at indehaverne af enerettighederne havde misbrugt den dominerende stilling, der kunne betragtes som den direkte følge af de tilladelser, de havde fået meddelt, eller at de pågældende ved blot at udøve deres enerettigheder var ude af stand til at undgå sådanne misbrug; se (1995) ICLR 494, s. 548 556. Supreme Court omstødte denne dom den 14.5.1997 på et rent nationalretligt grundlag.

stilling« [85]. Heraf følger efter min opfattelse, at det ikke er tilstrækkeligt til at fastslå tilsidesættelse af traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86, at den virksomhed, der har fået tildelt en eneret i henhold til national lovgivning, i kraft af den resulterende dominans sættes i en situation, hvor den kan begå misbrug, medmindre monopolsystemet i sig selv tvinger eller kraftigt tilskynder til misbruget ved at være direkte forbundet med og i høj grad ansvarlig for misbruget.

de facto-misbrug i lighed med det misbrug, der er påvist ved dommen i Porto di Genova-dommen, mens de tiltalte og Kommissionen har hentydet til flere andre potentielle misbrug. På baggrund af kompetencefordelingen mellem Domstolen og nationale retter i præjudicielle sager i henhold til artikel 177 tilkommer det naturligvis den nationale ret at afgøre, om de påståede misbrug faktisk har fundet sted.

iii) De påståede misbrug i den foreliggende sag

67. Jeg skal først bemærke, at den nationale ret i forbindelse med det tredje spørgsmål ikke har peget på noget specifikt misbrug, som lægges det omdannede selskab i La Spezias havn til last [86]. Derimod er der fremsat forskellige påstande i indlæggene. Således har Frankrig gjort gældende, at der foreligger et

68. På grundlag af de oplysninger, der foreligger for Domstolen, finder jeg ikke, at det monopol, der er indrømmet det omdannede selskab i La Spezias havn, er af en sådan art, at dets blotte udøvelse eller håndhævelse gennem den straffesag, der er tale om i hovedsagen, i sig selv kan anses for at udgøre et misbrug i traktatens artikel 86's forstand, som Italien er ansvarlig for. Den reorganisering af de italienske havne, der fulgte efter Porto di Genova-dommen, gjorde det muligt for terminalkoncessionshavere og virksomheder, der havde tilladelse til at udføre havnearbejde, at ansætte deres egen arbejdskraft. Alene leveringen af midlertidig eller lejlighedsvis arbejdskraft er forbeholdt de omdannede selskaber. Trods de overbevisende økonomiske argumenter fremført af de tiltalte i deres skriftlige indlæg vedrørende den påståede større effektivitet, der er forbundet med et system, hvorefter terminalkoncessionshavere i italienske havne har ret til at vælge deres egne underleverandører, i forhold til de nuværende system med eneret til at formidle midlertidig arbejdskraft, forekommer det mig ikke, at den blotte omstændighed, at en medlemsstat meddeler eneret til formidling af sådan arbejdskraft, i sig selv

85 — La Crespelle-dommen, præmis 20 og 21. Selv om generaladvokat Gulmann i sit forslag til afgørelse i La Crespelle-sagen havde den opfattelse, at det ville være en tilsidesættelse af artikel 86, hvis der blev opkrævet betaling for fiktive udgifter, fandt han ikke, at misbrugrisikoen var af en sådan art, at retten til at kræve betaling for supplerende omkostninger i sig selv var i strid med medlemsstatens forpligtelser i medfør af traktaten (se punkt 36). Han fandt tværtimod, at »der [intet er] i de franske regler, der foranlediger centrene til en sådan handlemåde« (se punkt 43). Hvis der blev opkrævet betaling for uberettigede omkostninger, var det pågældende center således alene potentielt ansvarlig i henhold til artikel 86.

86 — I forelæggelseskendelsen i Porto di Genova-sagen beskrev den nationale ret visse omstændigheder, der kunne udgøre et misbrug navnlig fra Compagnia's side: se præmis 19 og punkt 18 i generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse. I den foreliggende sag er det derimod alene i forbindelse med det andet spørgsmål, at den nationale ret henviser (se punkt 49 ovenfor) til et eventuelt misbrug fra LSCT's side af stillingen som terminalkoncessionshaver i La Spezias havn.

kan betragtes som uforenelig med fællesskabsretten. Hvis der foreligger et misbrug fra statens side i den foreliggende sag, må misbruget med en enkelt undtagelse bestå i den faktiske anvendelse af det ændrede system, der er indført ved 1994-loven.

69. De kategorier af potentielt misbrug, der er tale om i den foreliggende sag, kan for nemheds skyld beskrives bredt som et spørgsmål om tilstrækkeligheden og egnetheden af de ydelser, der tilbydes af det omdannede selskab, og omkostningerne ved ydelserne. Jeg vil behandle hensigtsmæssigheden af at tillade de omdannede selskaber også at konkurrere med terminalkoncessionshavere og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, om levering af havneydelser, særskilt. Selv om det er dette sidstnævnte aspekt af det ved 1994-loven etablerede system, der mere end noget andet adskiller den foreliggende sag fra Porto di Genova-sagen, skal jeg i første omgang behandle de to førstnævnte af ovennævnte brede kategorier af potentielt misbrug, som minder om omstændighederne i Porto di Genova-sagen.

70. Angående de første to kategorier har de tiltalte anført, at den omstændighed, at det samarbejde, der anfægtes i straffesagen, overhovedet har fundet sted, viser, at forskellige virksomheder med tilladelse til at udføre havnearbejde i La Spezia er i stand til at tilbyde LSCT billigere og bedre ydelser end det omdannede selskab. De tiltalte har også hævdet, at det omdannede selskab ikke kan opfylde efterspørgslen. Disse påstande er ikke, i hvert fald ikke direkte, blevet modsagt af Italien. Selv om det i sidste instans tilkommer den nationale ret at tage stilling til påstandenes rigtighed, kan følgende bemærkninger måske være til hjælp.

71. Domstolen har ikke fået oplyst, om sølovens artikel 112 og regulativets artikel 203 (se punkt 4 ovenfor), i medfør af hvilke havnemyndighederne faktisk fastsætter tarifferne, er blevet bevaret i 1994-loven. Domstolen har heller ikke fået oplyst, om der nu gælder bestemmelser eller regler, som tvinger det omdannede selskab til at benytte det moderne udstyr, som i hvert fald Compagnia i Genovas havn tilsyneladende var uvillig til at benytte. I denne forbindelse må det erindres, at omdannede selskaber er forpligtet til at genansætte så mange som muligt af de havnearbejdere, der tidligere var ansat af havneselskaberne, således at tidligere tiders arbejdspraksis eventuelt fortsætter. Domstolen besidder så godt som ingen oplysninger om, hvorvidt det omdannede selskab i La Spezias havn kan opfylde efterspørgslen, bortset fra visse udtalelser, som Italiens befuldmægtigede fremkom med under retsmødet vedrørende afskedigelser, der i den senere tid har fundet sted blandt sådanne selskaber [87]. Hvis udbuddet af arbejdskraft findes utilstrækkeligt, finder jeg, at utilstrækkeligheden mindst skal have det omfang, den havde i Höfner og Elser-sagen, hvis den skal være ansvarspådragende for staten. Noget tilsvarende gør sig

87 — Det omdannede selskab beskæftiger muligvis stadig tilstrækkelig mange arbejdere i varige eller midlertidige stillinger til hurtigt at kunne opfylde efterspørgslen efter arbejdskraft fra terminalkoncessionshavere og virksomheder med tilladelse til at udføre havnearbejder, så snart efterspørgslen opstår, og på et ikke-diskriminerende grundlag. Domstolen har dog ingen oplysninger om den ordning med midlertidig beskæftigelse, der henvises til i artikel 23 i 1994-loven; se fodnote 25 og punkt 38 ovenfor.

gældende for enhver påstand om, at der ikke er tilstrækkeligt uddannet personale eller egnet udstyr. Kort sagt, skal den nationale ret være overbevist om, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem eventuelle misbrug i traktatens artikel 86's forstand, som Domstolen måtte fastslå tilstedeværelsen af, og de rettigheder, der tillægges det omdannede selskab ved 1994-loven.

72. Under alle omstændigheder er jeg overbevist om, at det, der i forbindelse med den samlede anvendelse af traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86 er mest betænkeligt ved et regelsystem som det, der er indført ved 1994-loven, må være den dobbelte rolle, der tillægges omdannede selskaber. Jeg finder ikke, man kan komme uden om, at et selskab, der ikke alene har fået eneret til at levere midlertidig arbejdskraft, men som samtidig har tilladelse til, øjensynligt endda uden at skulle opfylde de normale krav i artikel 16 og 18 i 1994-loven, at konkurrere med terminalkoncessionshavere og virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, på markedet for levering af havneydelser, vil være tvunget eller føle en kraftig tilskyndelse til at misbruge sin dominerende stilling. Det omdannede selskabs stilling er særlig privilegeret, når henses til, at dets monopolrettigheder styrkes i den eneste situation, hvor terminalkoncessionshaveren har brug for dens ydelser. Terminalkoncessionshaveren har sin egen arbejdsstyrke og vil, undtagen i tilfælde af kraftig efterspørgsel, normalt være i stand til at betjene havnens brugere uden hjælp fra det omdannede selskab. Når der opstår spidsbelastninger i havnen, er det afgørende, at terminalkoncessionshaveren har adgang til midlertidig arbejdskraft, såfremt virksomheden skal betjene alle sine kunder, da det ikke er tilladt at anvende eventuelle havnearbejdere, der ikke er ansat i de virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde. Samtidig kan den virksomhed, der har monopol på formidling af midlertidig arbejdskraft, frit levere ydelser direkte og i konkurrence med terminalkoncessionshaveren. Fejlen ved dette system er, at en del af markedet er kontrolleret, mens den anden del er fri. Rent principielt kan det omdannede selskab således fakturere havnens bruger en pris, der er lig med eller lavere end den pris, selskabet opkræver hos terminalkoncessionshaveren [88]. Terminalkoncessionshaveren vil være tvunget til at fakturere sine ydelser til kostpris eller derunder for at kunne konkurrere. Hvis det omdannede selskab også frit kan forhandle sig frem til en pris hos den endelige bruger, der er højere end den pris, der opkræves af terminalkoncessionshaveren, vil selskabet kunne tilbageholde ydelser (det går jeg ud fra, at selskabet frit kan gøre) og stadig få ordren på bekostning af terminalkoncessionshaveren, som ikke kan skaffe midlertidig arbejdskraft andre steder.

73. Efter min opfattelse kan den privilegerede stilling, som det omdannede selskab har i medfør af 1994-loven, sammenlignes med den stilling, som det græske radio- og fjernsynsmonopol havde i ERT-sagen. I ERT-dommen fastslog Domstolen, at »traktatens artikel 90, stk. 1, er til hinder for, at en med-

88 — Jeg skal dog bemærke, at Domstolen ikke har nogen oplysninger om de faktiske priser, der opkræves af det omhandlede selskab i La Spezias havn, eller om beregningsmetoden. F.eks. har Domstolen således ikke fået oplyst (jf. punkt 71 ovenfor), om sølovens artikel 112 og regulativets artikel 203 stadig finder anvendelse, eller finder anvendelse i en ændret form. Se punkt 4 og fodnote 8 ovenfor.

lemsstat indrømmer en eneret til retransmission af fjernsynsprogrammer til en virksomhed, som har eneret på at udsende egne programmer, når disse rettigheder kan bringe virksomheden i en situation, hvor den overtræder artikel 86 på grund af en diskriminerende programpolitik, som favoriserer dens egne programmer« [89].

74. På grundlag af de oplysninger, Domstolen råder over, finder jeg, at en national lovgivning som 1994-loven, som giver én virksomhed eneret til at formidle midlertidig arbejdskraft på vilkår, som den pågældende virksomhed frit kan fastlægge, til andre virksomheder med tilladelse til at udføre havnearbejde for havnens brugere i en havn af La Spezias størrelse og betydning i handelsmæssig henseende, direkte kan tvinge eller kraftigt tilskynde eneretsindehaveren til at tilsidesætte traktatens artikel 86. En sådan tvang eller tilskyndelse vil opstå, når den virksomhed, der har eneretten, også som en retlig eller faktisk undtagelse fra de almindelige nationale regler om meddelelse af tilladelser til at levere havneydelser til havnebrugere, har tilladelse til selv at levere sådanne ydelser i konkurrence med andre virksomheder, som er blevet behørigt godkendt i henhold til ovennævnte nationale regler, men som kun må leje midlertidig ekstern arbejdskraft fra den virksomhed, der har eneretten.

C — *Andet spørgsmål*

75. Bl.a. af de grunde, jeg har anført i punkt 67-74 ovenfor, finder jeg, at et system med eneret til at formidle midlertidig arbejdskraft som det system, der er etableret i de italienske havne i henhold til 1994-loven, er uforeneligt med traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. Dette synspunkt vil, såfremt det tiltrædes af Domstolen, efter min opfattelse ikke i sig selv rejse tvivl om den principielle forenelighed med traktaten af undtagelser fra et generelt, nationalt forbud efter loven, som det forbud, der er fastsat i henhold til 1994-loven mod privat arbejdsformidling i Italien. Tiltrædes mit synspunkt, vil det derimod efter min opfattelse forhindre de italienske myndigheder eller de omdannede selskaber selv i under de omstændigheder, der er tale om i den foreliggende sag, at påberåbe sig den eneret, der følger af undtagelsen i henhold til 1994-loven, navnlig over for en terminalkoncessionshaver, der ønsker at levere havneydelser under de samme konkurrencemæssige vilkår som det omdannede selskab selv. Dette må dog naturligvis ikke anfægte de kompetente italienske myndigheders ret til at kontrollere, at alle de virksomheder, der er omfattet af undtagelsen, overholder de relevante bestemmelser i den italienske lovgivning til beskyttelse af arbejdskraften. Følgelig finder jeg det ikke nødvendigt i den foreliggende sag at behandle de problemer, der rejses i det andet spørgsmål, for at kunne give den nationale ret et nyttigt svar.

89 — Præmis 37. Tilsvarende har Domstolen i præmis 51 i dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, som er nævnt i fodnote 73 ovenfor, fastslået, at det at give en virksomhed den opgave at typegodkende udstyr, som virksomheden selv og dens konkurrenter skal anvende, »er det samme som« at give virksomheden »en åbenbar fordel over for konkurrenterne«.

VII — Forslag til afgørelse

76. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Pretura circondariale di La Spezia således:

1) Det første spørgsmål foreslår jeg besvaret som følger:

»EF-traktatens artikel 59 er til hinder for en national lovgivning, som forhindrer en virksomhed med koncession på en havneterminal i med henblik på at levere havneydelser til havnebrugere etableret i andre medlemsstater at anvende arbejde udført af andre virksomheder med tilladelse til at operere i havne bortset fra de omdannede udgaver af den type havneselskab, der er tale om i sagen Merci convenzionali porto di Genova (sag C-179/90), medmindre det godtgøres, at indrømmelsen af en sådan eneret til de pågældende omdannede selskaber er nødvendig og egnet til at sikre beskyttelsen af havnearbejdere i italienske havne.

Under alle omstændigheder er nationale bestemmelser, der dels forbeholder sådanne omdannede selskaber, som alle tidligere var etableret som havneselskaber i den pågældende medlemsstat og kun beskæftigede havnearbejdere med medlemsstatens nationalitet, formidlingen af midlertidig havnearbejdskraft, og dels nu tvinger disse selskaber til først og fremmest at genansætte de pågældende havnearbejdere, udtryk for forskelsbehandling på grund af nationalitet mod udenlandske havnearbejdere, der ønsker at søge arbejde i italienske havne. Følgelig er sådanne nationale bestemmelser uforenelige med traktatens artikel 48, medmindre de kan begrundes med en af de ikke-økonomiske grunde, der er fastsat i artikel 48, stk. 3.«

2) Såfremt Domstolen ikke kan tilslutte sig ovennævnte forslag til besvarelse af det første spørgsmål, vil jeg ikke foreslå, at Domstolen giver et specifikt

svar på det andet spørgsmål, men i stedet, at det tredje spørgsmål besvares således:

»EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med traktatens artikel 86, er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter kun en virksomhed, der har tilladelse til at udføre havnearbejde på havnebrugeres vegne, på betingelser, som virksomheden selv kan fastsætte, må formidle midlertidig arbejdskraft til andre virksomheder, der har tilladelse til at levere tilsvarende havneydelser til brugere af en havn, der har den italienske La Spezia-havns størrelse og betydning for handelen inden for Fællesskabet.«