FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY
föredraget den 9 oktober 1997 *

Innehåll

I — Inledning ..... I - 536

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 536

A — Tillämplig lagstiftning före Porto di Genova-målet ..... I - 536

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

C — Den allmänna italienska lagstiftningen om förmedling av arbetskraft ..... I - 539

D — Den relevanta italienska hamnlagstiftningen ..... I - 540

III — Faktiska omständigheter och förfarandet vid den nationella domstolen ..... I - 543

IV — Inledande synpunkter ..... I - 545

V — Bedömning av den första frågan ..... I - 545

A — Tillämpningen prima facie av artikel 59 i fördraget ..... I - 545

B — Den möjliga tillämpningen av artiklarna 30 och 48 i fördraget ..... I - 549

C — Begränsningen av friheten att tillhandahålla terminalföretagstjänster ..... I - 550

i) Yttranden från parter och medlemsstater ..... I - 550

ii) Bedömning ..... I - 551

D — Rättfärdigande ..... I - 553

i) Diskriminering på grund av nationalitet ..... I - 553

ii) Rättfärdigande av den formellt likabehandlande begränsningen ..... I - 554

VI — Den andra och den tredje frågan ..... I - 556

A — Inledning ..... I - 556

B — Den tredje frågan ..... I - 557

* Originalspråk: engelska.

i) Den principiella tillämpningen av artikel 86 ..... I - 557

ii) Medlemsstaternas ansvar och villkoren i artikel 90.1 ..... I - 559

iii) Det påstådda missbruket i det förevarande fallet ..... I - 564

C — Den andra frågan ..... I - 567

VII — Förslag till avgörande ..... I - 568

I — Inledning

1. Domstolen är i detta mål om förhandsavgörande ombedd att återigen granska frågan huruvida aspekter i den lagstiftning som reglerar verksamheten i italienska hamnar är förenliga med gemenskapsrätten. I målet Merci Convenzionali Porto di Genova [1] fastslog domstolen att artikel 90.1 i fördraget, jämförd med artiklarna 30, 48 och 86 i fördraget, hindrade regler enligt vilka den exklusiva rättigheten att organisera hamnverksamhet i italienska hamnar beviljades företag som var etablerade i Italien och enligt vilka dessa enbart skulle anlita tjänster från hamnbolag bestående av enbart italienska hamnarbetare. Förevarande begäran om förhandsavgörande gäller frågan huruvida en ny, exklusiv rättighet, som enbart avser tillhandahållandet av tillfällig hamnarbetskraft och som beviljats en ombildad variant av dessa hamnbolag, är förenlig med gemenskapsrätten.

1 — Dom av den 10 december 1991 i mål C-179/90 (REG 1991, s. I-5889; svensk specialutgåva, häfte 11, nedan kallat målet Porto di Genova).

II — Tillämpliga bestämmelser

2. De nationella lagbestämmelserna är komplexa. För att underlätta förståelsen av den gällande hamnlagstiftningen kommer jag inledningsvis att beskriva de lagbestämmelser som gällde före domen i målet Porto di Genova. Därefter kommer jag att bedöma de relevanta aspekterna av domstolens dom i det målet mer i detalj, innan jag beskriver den allmänna nationella lagstiftningen om förmedling av arbetskraft. Slutligen kommer jag att sammanfatta de relevanta bestämmelserna i den nya hamnlagstiftningen, som Italien huvudsakligen antog till följd av målet Porto di Genova.

A — *Tillämplig lagstiftning före Porto di Genova-målet*

3. De framträdande dragen i lagstiftningen före målet Porto di Genova kan beskrivas på följande sätt. Såsom framgår av förhandlingsrapporten i målet Porto di Genova förvaltades och reglerades italienska hamnar, för det första, av offentliga hamnmyndigheter

(då som nu). [2] Arbetstagare som anställts för hamnverksamhet bildade, för det andra, enligt artikel 110 i Codice della navigazione [3] (sjöfartslag), bolag eller grupper (compagnie portuali, nedan kallade hamnbolag) som utgjorde egna juridiska personer men var underställda tillsyn av hamnmyndigheten. All "lastning, lossning, omlastning, lagring och allmän hantering av varor och annan egendom ..." förbehölls, enligt artikel 110 i sjöfartslagen, sådana hamnbolag. Detta monopol förstärktes genom artikel 1172 i sjöfartslagen, i vilken det föreskrevs straffrättsliga påföljder för den som för hamnverksamhet använde en hamnarbetare som inte var knuten till ett hamnbolag. [4] För det tredje var det enligt artiklarna 150, 152 och 156 i Regolamento per la Navigazione Marittima (sjöfartsförordning) [5] obligatoriskt att registrera hamnarbetare som var anställda av hamnbolag i vederbörliga tillfälliga eller permanenta register, för vilket det krävdes italienskt medborgarskap.

4. Artikel 111 i sjöfartslagen bemyndigade de relevanta hamnmyndigheterna att bevilja koncession för "organisation av hamnverksamhet för tredje mäns räkning ...". De företag som beviljades sådan koncession var i regel privata företag (imprese portuali, nedan kallade hamnföretag) som tillhandahöll tjänster, vilket bland annat innefattade hamnverksamhet i italienska hamnar åt tredje män som nyttjade hamnarna. [6] Hamnföretagen kunde enbart anlita den arbetskraft som tillhandahölls av hamnbolagen. [7] Avgifterna och andra villkor för de tjänster som utfördes av hamnbolagen fastställdes, i enlighet med artikel 112 i sjöfartslagen och artikel 203 i förordningen, av de relevanta hamnmyndigheterna. [8]

5. Förenligheten av det ovan beskrivna regelsystemet med gemenskapsrätten ifrågasattes i Porto di Genova-målet.

2 — REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5891. Den offentliga regleringen av hamnar är ett fenomen som troligen återfinns i de flesta, om inte alla, medlemsstater och som inte i sig kan betraktas som oförenligt med gemenskapsrätten.

3 — Kunglig förordning nr 337 av den 30 mars 1942.

4 — Se punkt 2 i generaladvokat van Gervens förslag till avgörande; REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5905.

5 — Kungörelse nr 328 av republikens president av den 15 februari 1952, nedan kallad förordningen.

6 — Det framgår av den förklaring av den italienska lagstiftningen som den nationella domstolen har givit i den promemoria som bifogats begäran om förhandsavgörande (nedan kallad promemorian) att hamnmyndigheterna hade möjlighet att tillåta andra bolag att bedriva hamnverksamhet under hamnkaptenens tillsyn. Det framgår av svaret på en fråga som ställdes vid den muntliga förhandlingen att sådana tillstånd beviljades i enlighet med artikel 68 i samma lag och att de företag som Silvano Rasos medåtalade företrädde vid den nationella domstolen alla hade ett sådant tillstånd.

7 — Skyldigheten för koncessionshavare enligt artikel 111 i lagen förefaller bara ha gällt tillhandahållandet av arbetskraft eller arbetskraftsintensiva tjänster.

8 — Det bör anmärkas att vid tidpunkten för målet Porto di Genova ägdes hamnbolaget i Genuas hamn helt av den offentliga myndighet som förvaltade hamnen. Den myndigheten fastställde således de avgifter som det egna dotterföretaget debiterade; se punkt 2 i generaladvokat van Gervens förslag till avgörande, REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5906.

B — *Porto di Genova-målet*

6. I målet Porto di Genova importerade ett italienskt företag, Siderurgica, ett parti stål från Tyskland i ett chartrat fartyg. [9] Trots att fartyget var utrustat så att den egna besättningen skulle kunna lossa lasten, förbehöll sjöfartslagen sådan hamnverksamhet åt det relevanta hamnbolaget i Genuas hamn, det vill säga Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova (nedan kallat Compagnia) [10]. I enlighet med sjöfartslagen tvingades således Siderurgica att anlita det relevanta hamnföretaget, Merci convenzionali porto di Genova (nedan kallat Merci), för att lossa sitt stål. Merci var i sin tur tvunget att anlita Compagnias tjänster.

7. Leveransen av godset blev emellertid försenad på grund av en serie strejker som berörde Compagnias arbetsstyrka. Siderurgica sökte till sist ersättning för den därigenom orsakade skadan samt återbetalning av de avgifter som hade uttagits för det obligatoriska, men oönskade, anlitandet av Compagnias hamnarbetare. Tribunale di Genova ansåg att tvisten [11] väckte frågan huruvida de italienska reglerna var förenliga med gemenskapsrätten och hänsköt därför två frågor till domstolen.

8. Domstolens beslut förenar två beståndsdelar. För det första hade principen om icke diskriminering på grund av nationalitet i artikel 7 i EEG-fördraget (nu artikel 6 i EG-fördraget) uttryckligen tillämpats på arbetstagare genom artikel 48 i fördraget. I detta syfte tolkade domstolen det gemenskapsrättsliga begreppet "arbetstagare" såsom omfattande en person som "... samtidigt som denne är knuten till företaget genom ett anställningsförhållande är knuten till andra arbetstagare genom sammanslutning". [12] För det andra ansåg den att Merci och Compagnia hade en dominerande ställning på marknaden avseende "organisationen av hamnverksamhet för tredje mans räkning ... och bedrivandet av denna verksamhet" i Genuas hamn, vilket i målet "[kunde] betraktas som en väsentlig del av den gemensamma marknaden". [13] Efter att ha hänvisat både till sina tidigare avgöranden i målen Höfner och Elser [14] och ERT [15] samt till

9 — Se förhandlingsrapporten, REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5892.

10 — Se punkt 3 i generaladvokat van Gervens förslag till avgörande, REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5906.

11 — Parterna var i själva verket överens om att den italienska lagstiftningen var oförenlig med gemenskapsrätten. Som generaladvokat van Gerven påpekade i fotnot 5 i sitt förslag till avgörande var parterna endast oense om "de konsekvenser oförenligheten får för Merci i fråga om återbetalning av de belopp som Siderurgica erlagt för tillhandahållandet av hamntjänsterna"; se REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5906.

12 — Domen i målet Porto di Genova, punkt 13.

13 — Ibidem, punkt 15.

14 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90 (REG 1991, s. I-1979).

15 — Dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89 (REG 1991, s. I-2925).

ordalydelsen i artikel 86 a, b, och c, uttalade domstolen avseende det möjliga missbruket av den dominerande ställningen att det "av omständigheterna som beskrivits av den nationella domstolen ... [föreföll] som att de företag som åtnjöt exklusiva rättigheter i enlighet med de förfaranden som fastställts i de nationella reglerna i fråga därför är föranledda att antingen begära betalning för tjänster som inte efterfrågats, debitera oproportionerliga priser, vägra att använda modern teknik, vilket innebär ökade kostnader för verksamheten och förlängd genomförandetid, eller att ge vissa kunder rabatt och samtidigt kompensera dessa genom en ökning av avgifterna för andra kunder". [16] Således fann domstolen "att en medlemsstat skapar en situation som strider mot artikel 86 i fördraget när den antar regler av sådant slag som de som är i fråga vid den nationella domstolen, vilka kan påverka handeln mellan medlemsstaterna ...". [17] Den meddelade därför den nationella domstolen att: [18]

"Artikel 90.1 i EG-fördraget, jämförd med artiklarna 30, 48 och 86 i fördraget, utgör hinder för att en medlemsstat tillämpar bestämmelser som tvingar ett företag som är etablerat i denna stat, och som har erhållit ensamrätt att organisera hamnverksamheten, att vid verksamhetens bedrivande anlita ett hamnbolag som uteslutande anställer nationella arbetstagare."

16 — Domen i målet Porto di Genova, punkt 19.

17 — Se punkt 20.

18 — Se punkt 24.

C — *Den allmänna italienska lagstiftningen om förmedling av arbetskraft*

9. Den italienska arbetsmarknaden omfattas av ett system med obligatorisk arbetsförmedling som sköts av offentliga arbetsförmedlingar (sezioni circoscrizionali per l'impiego). De senare regleras främst genom lag nr 264 av den 29 april 1949 (nedan kallad 1949 års lag), i vilken artikel 11.1 förbjuder andra att agera som arbetsförmedlare. Artikel 1.1 och 1.2 i lag nr 1369 av den 23 oktober 1960 (nedan kallad 1960 års lag) innehåller ett straffsanktionerat förbud för företagsledare att avtala med förmedlare eller underleverantörer om tillhandahållande av arbetskraft eller anförtro sådana personer eller tredje män utförandet av särskilda uppgifter. Syftet med reglerna är "en önskan att skydda arbetstagare så att de inte utnyttjas och så att deras rättigheter inte försvagas till följd av en uppdelning mellan den faktiska arbetsgivaren och den person som formellt betecknas som arbetsgivare, men som i själva verket bara är en mellanhand". [19] Det förevarande målet rör de särskilda regler om förmedling av arbetskraft som är tillämpliga inom hamnsektorn. Bristande efterlevnad av de reglerna kan emellertid i enlighet med 1960 års lag leda till straffrättsliga påföljder för de ansvariga.

19 — Se punkt 3 i generaladvokat Elmers förslag till avgörande inför domen av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre (REG 1995, s. I-3361). I punkt 39 i hans senare förslag till avgörande av den 15 maj 1997 i mål C-55/96, Job Centre COOP. a. r. l. en voie de constitution (nedan kallat Job Centre II), där frågan hade väckts huruvida det system som inrättades genom 1949 och 1960 års lagar var förenligt med olika fördragsbestämmelser, uttalade generaladvokat Elmer att det är logiskt att betrakta förbudet mot tillhandahavande av tillfällig arbetskraft enligt 1960 års lag som en del av det offentliga monopolet på arbetsförmedling, som inrättats genom 1949 års lag, även om han accepterade att ett slutligt fastställande av syftet med nationella bestämmelser är en fråga för den nationella domstolen.

D — *Den relevanta italienska hamnlagstiftningen*

10. Den nya nationella lagstiftning som avses i begäran om förhandsavgörande i det förevarande målet innefattar lag nr 84 av den 28 januari 1994 (nedan kallad 1994 års lag), som ändrar den tillämpliga hamnlagstiftningen. [20] Som svar på en fråga som ställdes vid den muntliga förhandlingen uppgav emellertid ombudet för de tilltalade i det nationella målet, utan att bli motsagd av den italienska regeringen på denna punkt, att de ändringar som infördes genom 1994 års lag bara kodifierade bestämmelserna i vissa provisoriska förordningar som den italienska regeringen antog år 1992 efter domen i målet Porto di Genova, som genom upprepade förlängningar gällde fram till antagandet av 1994 års lag. Trots att det är den nationella domstolen som skall avgöra den faktiska tidsmässiga tillämpligheten av bestämmelserna i 1994 års lag, är det i detta fall rimligt att anta att motsvarande regler gällde under större delen av den period som är aktuell i de åtal som är anhängiga vid den nationella domstolen. [21]

11. De nya reglerna begränsar huvudsakligen de före detta hamnbolagens monopol till tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft. Det förefaller emellertid enligt artikel 27.8 i 1994 års lag som att de föregående monopolen, som inrättades med stöd av artiklarna 110 och 111 i sjöfartslagen, skulle avskaffas först den 19 mars 1995.

12. Det krävs vanligtvis ett tillstånd från hamnmyndigheten [22] för att bedriva "hamnverksamhet", vilket definieras i artikel 16.1 i 1994 års lag som innefattande "lastning, lossning, omlastning, lagring och allmän hantering av varor och annan egendom inom hamnområdet ...". Enligt artikel 16.6 skall "tillståndets längd grundas på det driftsprogram som företaget ingivit eller sammanfalla med koncessionen, om företaget även är innehavare av koncession enligt artikel 18 ...". [23] I artikel 16.7 anges att antalet tillstånd som beviljas skall fastställas "med utgångspunkt i de krav som hamndriften och trafiken ställer samt med beaktande av att en maximal konkurrens inom sektorn skall säkerställas".

13. Artikel 18 medger att exklusiv koncession tillfälligt beviljas för "de statsägda områdena och kajerna inom hamnområdet till de företag som avses i artikel 16.3 i syfte

20 — *GURI*, nr 21 av den 4 februari 1994. Enligt den information som kommissionen givit i sitt skriftliga yttrande trädde 1994 års lag i kraft den 19 april 1994.

21 — Se vidare punkt 17 nedan.

22 — Det är emellertid av väsentlig betydelse för det förevarande målet att de ombildade hamnbolagen undantas från detta krav. Se punkt 16 nedan.

23 — Både sådana företag som beviljats tillstånd (nedan kallade hamnföretag med tillstånd) och de företag som beviljats koncession att driva utsedda hamnterminaler enligt artikel 18, som behandlas i nästa punkt, skall således föras in i registret.

att bedriva hamnverksamhet, med undantag för statsägda fastigheter som används av de offentliga myndigheterna när dessa utför uppgifter som hänför sig till sjöfart och hamnverksamhet ...". [24] Artikel 18.2 medger förbehållande av "driftszoner inom hamnen för hamnverksamhet som bedrivs av företag som inte innehar koncession". I artikel 18.6 anges följande tre grupper av villkor som ett företag som beviljas koncession enligt artikel 18.1 måste uppfylla: "[Det] skall a) tillsammans med sin ansökan inge en verksamhetsplan som syftar till att öka hamnens trafik och lönsamhet, understödd av vederbörliga garantier i form av exempelvis kontanta medel; b) innehа vederbörlig teknisk utrustning och organisatoriska faciliteter av sådant slag att det kan möta kraven på en fortlöpande och integrerad produktions- och driftscykel för företaget självt och för tredje män, bland annat ur säkerhetssynpunkt; c) ha lämplig bemanning för den verksamhetsplan som avses i a) ovan."

14. Sammanfattningsvis fortsätter de nya reglerna, såsom uppgivits i den nationella domstolens promemoria, "att tillåta att det parallellt förekommer företag med tillstånd och företag som har koncession vilka teoretiskt sett bedriver verksamhet i samma hamnområden". Likväl får ett terminalföretag i dagsläget inte bara använda sin egen arbetskraft utan skall ha bemanning som är "lämplig för den verksamhetsplan" för vilken det beviljats koncession. Att erhålla arbetskraft från hamnföretag med tillstånd är inte tillåtet.

15. Det uttryckliga undantag från det allmänna förbudet mot privat arbetsförmedling enligt 1960 års lag, som begäran om förhandsavgörande hänför sig till, finns i artikel 17 i 1994 års lag, som måste jämföras med artiklarna 21.1 och 23.3 i denna lag. I artikel 17.1 anges följande:

"När de anställda hos [hamnföretagen med tillstånd] som avses i artikel 16, inräknat dem som är anställda enligt villkor om 'tillfällig rörlighet' i den mening som avses i artikel 23.3, [25] inte räcker till för att möta driftskrav kan de sagda företagen, med undantag från artikel 1 i lag nr 1369/60 av den 23 oktober 1960, be de bolag eller kooperativ som avses i artikel 21.1 b i denna lag att tillhandahålla den arbetskraft som är nödvändig

24 — Innehavarna av sådana koncessioner kallas nedan av praktiska skäl terminalföretag.

25 — De anställda hos hamnbolagen som inte behövs vid bolagens ombildning i enlighet med artikel 21 och som inte på annat sätt har anställts av hamnföretag med tillstånd och terminalföretag skall tydligen behållas av de ombildade bolagen enligt ett system för tillfällig anställning. Detaljerna i systemets funktion skall fastställas i en förordning, men domstolen har inte tagit del av någon sådan förordning.

för att tillhandahålla rena arbetsprestationer." [26]

Enligt artikel 21 i 1994 års lag skulle hamnbolagen, som tidigare innehade monopol med stöd av artikel 110 i lagen [27], ombildas före den 18 mars 1995 till endera av två bolagsformer, nämligen: [28]

"a) ett bolag eller ett kooperativ av det slag som avses i avdelning V och VI i volym 5 i civilrättslagen, vilket skall bedriva hamnverksamhet på konkurrensmässiga villkor;

b) ett bolag eller ett kooperativ av det slag som avses i avdelning V och VI i volym 5 i civilrättslagen, vilket skall tillhandahålla tjänster inklusive, med avvikelse från artikel 1 i lag nr 1369 av den 23 oktober 1960, rena arbetsprestationer till och med den 31 december 1995." [29]

16. Av de yttranden som inkommit till domstolen, och särskilt av de svar som Italiens ombud gav på de frågor som ställdes vid den muntliga förhandlingen, förefaller det som om båda formerna av ombildade bolag enligt artikel 21.1 i 1994 års lag får bedriva hamnverksamhet för vilken andra företag har beviljats tillstånd enligt artikel 16 i 1994 års lag (eller artikel 68 i sjöfartslagen). Följaktligen kan ett ombildat bolag, såsom det som för närvarande är verksamt i La Spezias hamn, som har ombildats i enlighet med artikel 21.1 b) både konkurrera med sådana

26 — I de hamnar där inte några bolag eller kooperativ har ombildats i enlighet med artikel 21.1 b i 1994 års lag (som det snart skall redogöras för) bemyndigas, såsom kommissionen har påpekat i sin skriftliga inlaga, de behöriga hamnmyndigheterna, enligt artikel 17.2, att verka för bildandet, återigen med undantag från artikel 1 i 1960 års lag, av en förening för hamnarbete (una associazione del lavoro) som skall hantera variationer i trafiken och garantera att hamnverksamheten är så effektiv som möjligt och från vilken terminalföretag kan söka tillfällig arbetskraft. Det förevarande målet, som avser La Spezias hamn, rör emellertid en situation där det, framför allt på grundval av information som framkommit vid den muntliga förhandlingen, förefaller som att ett hamnbolag har ombildats enligt artikel 21.1 b. Den nationella domstolens uttryckliga utelämnande av någon hänvisning till ordalydelsen i artikel 17.2 i sin promemoria talar otvivelaktigt starkt för att någon förening för hamnarbete inte finns i La Spezia.

27 — Se punkt 3 ovan.

28 — Nedan kallade de ombildade företagen.

29 — Av uppgifter som kommissionen och Italien lämnat som svar på en skriftlig fråga från domstolen förefaller det som om fristen den 31 december 1995 ursprungligen utsträcktes till den 30 september 1996 genom förordning nr 322/96 av den 17 juni 1996. Vidare har artikel 17 i 1994 års lag enligt lag nr 647 av den 23 december 1996 (*GURI*, Serie generale, nr 303 av den 28 december 1996) ersatts av en ny artikel 17 som numera styr varaktigheten av undantaget från förbudet mot privat arbetsförmedling som föreskrivs i artiklarna 17 och 21.1 i 1994 års lag. I avvaktan på en ändring av 1960 års lag, som enligt uppgift nu övervägs, möjliggör den nya bestämmelsen bildandet, på initiativ av de behöriga hamnmyndigheterna, av ett frivilligt kooperativ (un consorzio volontario) i varje hamn, bestående av befintliga hamnföretag med tillstånd, terminalföretag och ombildade bolag. Då ett sådant kooperativ har bildats kan hamnmyndigheten, som undantag från 1960 års lag, bevilja en eller flera av kooperativets presumtiva medlemmar att tillhandahålla tillfälliga arbetsprestationer till andra medlemmar. För det fall att något sådant kooperativ inte bildas möjliggör den nya bestämmelsen upprättandet av en exklusiv "agentur" för att tillhandahålla tillfälliga arbetprestationer (l'Agenzia per l'erogazione de mere prestazioni di mano d'opera). I avvaktan på inrättandet av antingen ett sådant kooperativ eller agentur förefaller likväl artikel 17.2 för obegränsad tid förbehålla de ombildade bolagen ensamrätten att avvika från bestämmelserna i 1960 års lag om tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft i hamnar.

företag som dem som är representerade av de tilltalade i det nationella målet och samtidigt åtnjuta en exklusiv rättighet avseende tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft till dessa företag. Den senare rättigheten kan, åtminstone enligt den tolkning av 1960 års lag som föreslagits av åklagarmyndigheten i det nationella målet, utsträckas till att som underleverantör tillhandahålla arbetsintensiva tjänster i hamnar. Slutligen framgår det, särskilt av de muntliga yttranden som avgivits inför domstolen, att ett sådant bolag som ombildats enligt artikel 21 b fanns i La Spezia under åtminstone större delen av den period (se punkt 17 nedan) som de åtal som är anhängiga vid den nationella domstolen avser. [30]

III — Faktiska omständigheter och förfarandet vid den nationella domstolen

17. Prövningen i sak vid Pretura circondariale di La Spezia (nedan kallad den nationella domstolen) gäller ett åtal mot Silvano Raso och hans medåtalade (nedan kallade de tilltalade), som gemensamt har anklagats för olika överträdelser av artiklarna 1 och 2 i 1960 års lag. [31] Enligt åtalet som väcktes den 31 oktober 1995 innefattar de enskilda påstådda brotten följande: "a) tillhandahållande av arbetstagare, som är medlemmar i kooperativ som har tillstånd artikel 68 i sjöfartslagen att utföra tjänster för terminalföretaget La Spezias container-terminal, 'enligt arbetsavtal'; b) användande av arbetstagare som 'tillhandahållits' av sagda tillåtna kooperativ" under perioden från den 9 juli 1990 till den 31 maj 1994. [32]

18. I sin begäran om förhandsavgörande anser den nationella domstolen att den tillämpning som hävdas av åklagaren "av bestämmelserna i den sagda artikel 1 i lag nr 1369/60 på avtalsförhållandena mellan terminalföretaget (som huvudman) och utomstående företag (som entreprenörer) skulle

30 — Vid den muntliga förhandlingen hävdade de tilltalade vid den nationella domstolen att det ombildade bolaget i La Spezia faktiskt var verksamt som terminalföretag.

31 — De tilltalade är ställföreträdare för terminalföretaget och fem andra bolag och kooperativ vars verksamhet har ifrågasatts i åtalet. Enligt information som domstolen erhöll vid den muntliga förhandlingen hade de alla ursprungligen tillstånd att bedriva hamnverksamhet enligt artikel 68 i lagen men erhöll senare tillstånd enligt artikel 16 i 1994 års lag (och antagligen även motsvarande bestämmelser i de provisoriska förordningar som föregick antagandet av den lagen). Terminalföretaget, La Spezias container-terminal (nedan för enkelhets skull kallad LSCT), som Silvano Raso företräder, har beviljats terminalkoncession med stöd av artikel 18 i 1994 års lag.

32 — Varaktigheten av denna period (nedan kallad den relevanta perioden) framgår vid en granskning av akten. Kommissionen hävdar att domstolen i syfte att besvara den första frågan borde utgå ifrån att perioden började i maj 1994, eftersom det är den närmast följande månaden efter ikraftträdandet av 1994 års lag. Eftersom 1994 års lag i praktiken kodificerar bestämmelserna i de tidigare provisoriska förordningarna (se punkt 10 ovan) förefaller detta förslag vara rimligt, oaktat det faktum att den delen av den relevanta perioden (nästan ett och ett halvt år) faktiskt föregår domen i målet Porto di Genova.

ställa krav på terminalföretaget att ha en 'vertikal' organisation som försäkrar att användarna har tillgång till hela den uppsättning tjänster ..." som de kan tänkas erfordra. Trots att den nationella domstolen varken kommenterar de finansiella återverkningarna av en sådan organisation för terminalföretagen eller för deras kunder, urskiljer den följande konsekvenser: "... ett: tillträde till marknaden skulle nekas utomstående företag och två: den befintliga dominerande ställningen skulle ytterligare förstärkas ...". [33]

19. Utan att ha avgjort huruvida 1960 års lag "kan tolkas som ett förbud mot samarbete mellan terminalföretag och andra företag med tillstånd som inte är terminalföretag än dem som avses i artikel 17 i lag nr 84/94, nämligen ombildade före detta hamnbolag", uppger den nationella domstolen likväl att om den tolkningen skulle vara riktig skulle det leda till de två konsekvenser som citerades i det föregående stycket. Den nationella domstolen anger att "... La Spezias hamn är den främsta containerhamnen i Medelhavet, och företaget La Spezias container-terminal hanterar cirka 70 procent av de containrar som anländer och lämnar hamnen. Användarna av La Spezias container-terminal är också befraktare och rederier från olika medlemsstater i Europeiska unionen". Den beslutade således att hänskjuta följande frågor till domstolen enligt artikel 177 i fördraget:

"1) Strider det mot artikel 59 i fördraget att det i italienska bestämmelser uppställs ett förbud för företag, som har fått koncession för en hamnterminal, att anlita tjänster från andra företag — som inte är före detta hamnbolag eller hamnsammanslutningar — för att tillhandahålla sådana tjänster som utförs åt en användarkrets i vilken även företag från andra medlemsstater ingår, vilket dessutom innebär att företaget som har hamnkoncessionen, enligt de italienska bestämmelserna, är skyldigt att självt tillhandahålla samtliga tjänster som kan efterfrågas av dem som använder hamnterminalen, vilket riskerar att göra det svårare för andra företag som har tillstånd att bedriva verksamhet i hamnen än sådana som avses i artikel 21.1 b i lag nr 84/94 att få tillträde till marknaden för att tillhandahålla olika tjänster?

2) Strider det mot artikel 90.1 i EG-fördraget, jämförd med artikel 86, att tillämpa nationella bestämmelser som (på grund av den verkan som dessa bestämmelser har på marknaden, det vill säga dels att andra företag än det som har terminalkoncessionen — vilka inte är före detta hamnbolag eller hamnsammanslutningar — är förhindrade att tillhandahålla hamntjänster åt intresserade användare, dels att företaget som har

33 — Den nationella domstolen hänvisar i detta avseende, utan närmare förklaring, till målet Porto di Genova.

terminalkoncessionen är skyldigt att tillhandahålla all hamnverksamhet och samtliga hamntjänster som efterfrågas vid terminalen och dels att en användare inte har möjlighet att anlita tjänster av andra företag än dem som koncessionshavaren har valt ut) ger upphov till en marknadsuppdelning, som innebär att användaren får ingå avtal enbart med det företag som har terminalkoncessionen, avseende samtliga tjänster som användaren har behov av när denne anlöper en hamn i vilken koncessionshavaren eller koncessionshavarna har en dominerande ställning på marknaden i den mening som avses i artikel 86 i fördraget?

3) Strider det — oavsett hur ovanstående frågor skall besvaras — mot artiklarna 59 och 90 i EG-fördraget, jämförda med artikel 86, att tillämpa nationella bestämmelser som innebär att det enbart är ett företag som bedriver verksamhet i hamnen som får tillhandahålla tjänster som är begränsade till att enbart avse tillhandahållande av arbetskraft åt andra företag som bedriver verksamhet i denna hamn, i synnerhet företag som har koncession för en hamnterminal?"

IV — Inledande synpunkter

20. Skriftliga yttranden har inkommit från de tilltalade, republikerna Italien och Frankrike, Förbundsrepubliken Tyskland, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och kommissionen, vilka alla utom Tyskland och Förenade kungariket även har avgivit muntliga yttranden.

V — Bedömning av den första frågan

21. Den första frågan rör i sak uteslutande frågan huruvida den nationella lagstiftning som hänvisar terminalföretag i italienska hamnar till att enbart nyttja tjänster från en underentreprenör (det vill säga ombildade bolag) vid tillhandahållandet av terminalföretagstjänster åt hamnanvändare är förenlig med artikel 59 i fördraget. Oaktat de tvivel som har uttryckts avseende relevansen av artikel 59 för de faktiska omständigheterna i tvisten som är anhängig vid den nationella domstolen är det lämpligt att beakta den möjliga tillämpningen av den artikeln innan de andra hänskjutna frågorna besvaras, eftersom åtalet som är anhängigt vid den nationella domstolen skall ogillas om domstolen finner att en sådan restriktion är oförenlig med artikel 59.

A — *Tillämpningen prima facie av artikel 59 i fördraget*

22. Den första frågan inriktar sig på de begränsande effekterna av förbudet för terminalföretag att anskaffa tillfällig arbetskraft

annat än från ombildade bolag. Även om denna inskränkning härrör lika mycket från 1960 års lag som 1994 års lag följer det, enligt min uppfattning, av den uttryckliga hänvisningen i den nationella domstolens första fråga till artikel 21.1 b i 1994 års lag att den vill att domstolen inriktar sin bedömning på 1994 års lag.

23. I detta avseende hänvisar den nationella domstolen, såsom angivits i punkt 18 ovan, särskilt till följderna av förbudet för terminalföretagens möjligheter att tillhandahålla "tjänsterna i sin helhet" åt sina kunder.

24. De tilltalade hävdar att 1960 års lag utgör en inskränkning av terminalföretagens frihet att tillhandahålla sina tjänster åt de rederier som använder hamnen. Genom att förhindra terminalföretag att anlita specialisttjänsterna från ett hamnföretag med tillstånd tvingas de anpassa sig vertikalt. Det har hävdats att en sådan anpassning skulle medföra förlust av de fördelar som följer av storskalighet och yrkeskunnande som beror på att de, avseende vissa tjänster som efterfrågas av användare, såsom lossning eller montering av containrar, kan anlita tjänster från ett specialistföretag som verkar i hamnen. De tvingas bära den ökade kostnaden för att anställa arbetskraft för att själva kunna tillhandahålla sådana tjänster. De tilltalade hävdar att ett enda avtal med ett terminalföretag som anlitar underleverantörer vore det effektivaste sättet att utföra de många tjänster som ett hamnföretag erfordrar. Ansvaret för förluster kan enklare fördelas. Det är enligt de tilltalades mening tillräckligt att de italienska bestämmelserna begränsar möjligheten för terminalföretag att tillhandahålla tjänster till rederier som är etablerade i andra medlemsstater för att fastställa att artikel 59 i fördraget är tillämplig. [34]

25. Både Italien och kommissionen påpekar att samtliga företag som är inblandade i det nationella målet är italienska. Det enda tänkbara gränsöverskridande inslaget i de tjänster som LSCT tillhandahålls av de företag som representeras av Silvano Rasos medåtalade är den hypotetiska möjligheten att den exklusiva karaktären av det undantag från 1960 års lag som de ombildade bolagen givits skulle förhindra ett icke italienskt företag att tillhandahålla sådana tjänster. Om domstolen emellertid skulle anse att ett sådant inslag i princip vore tillräckligt för att artikel 59 skulle vara tillämplig, hävdar kommissionen i andra hand att det skall betraktas som oförenligt med den artikeln att förbehålla de ombildade bolagen, som alla är italienska, undantag från de allmänna bestämmelserna i 1960 års lag.

34 — För att hävda denna princip gentemot den egna medlemsstaten har de tilltalade särskilt hänvisat till domen av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141).

26. Utan att avgöra vilken nationell lag som är tillämplig anser den nationella domstolen att det i det förevarande målet är lämpligt att anta att tjänsterna i fråga kan anses omfattas av förbudet i artikel 1 i 1960 års lag. Den fråga som följaktligen bör beaktas, åtminstone avseende artikel 59 i fördraget, är huruvida den kombinerade effekten av ett förbud, såsom det i 1960 års lag, och ett exklusivt undantag därifrån, såsom det som beviljas enbart italienska bolag i 1994 års lag, utgör en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster.

27. Enligt min uppfattning är Italiens och kommissionens invändningar avseende relevansen av artikel 59 för omständigheterna i det nationella målet missriktade. Genom att lägga tonvikten på friheten att tillhandahålla arbetsförmedlingstjänster i hamnar, som enligt de relevanta nationella bestämmelserna förbehålls de ombildade bolagen, behandlar deras invändningar inte den verkliga begränsning som den nationella domstolen har urskilt (se särskilt punkt 22 ovan); nämligen den begränsning som påverkar terminalföretagens verksamhet och, i förlängningen den verksamhet som hamnföretag med tillstånd bedriver, genom att tillhandahålla hamntjänster till kunder, varav många är rederier etablerade i andra medlemsstater. Av handlingarna i målet framgår det att inte någon av de tilltalade någonsin har sökt etablera sig som förmedlare av tillfällig eller annan arbetskraft. LSCT hävdar i stället att man, genom att leja ut utförandet av särskilda uppgifter till andra företag med tillstånd, har eftersträvat att tillhandahålla sina terminalanvändare den mest effektiva terminalföretagstjänsten. Upprätthållande av de ombildade bolagens monopol skulle förhindra en samarbetsform som hittills har visat sig utgöra ett effektivt sätt att bedriva den hamnverksamhet för vilken de har tillstånd.

28. Det är följaktligen just frågan om huruvida beviljandet av ett monopol för tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft till förmån för vissa (med nödvändighet nationella) hamnföretag är förenligt med artikel 59 i fördraget som är central för den första frågan i den förevarande begäran om förhandsavgörande. Frågan avseende förenligheten med gemenskapsrätten uppstår på grund av monopolets inverkan på möjligheten för sådana företag som de tilltalade att tillhandahålla tjänster åt inhemska och utländska användare av italienska hamnar, vilka har tillstånd att utföra sådana tjänster; särskilt mot bakgrund av det faktum att dessa företag kan utsättas för konkurrens från de företag som innehar monopolet. Eftersom Silvano Rasos medåtalade faktiskt har åtalats vid den nationella domstolen för samarbete med LSCT vid den senares tillhandahållande av allsidiga tjänster åt sina kunder, är det enligt min åsikt lämpligt att koncentrera sig på terminalföretagens situation enligt de ifrågasatta nationella bestämmelserna, vilket den nationella domstolen faktiskt har gjort i sin begäran om förhandsavgörande. Om situationen för Silvano Rasos medåtalade, som alla företräder

italienska bolag som har åtalats för olagligt samarbete med LSCT, som också är ett italienskt bolag, betraktades enskilt skulle det faktiskt vara svårt, åtminstone för tillämpningen av artikel 59, att urskilja en konkret gemenskapsrättslig dimension.

29. I målet Procureur du Roi mot Debauve uttalade domstolen att "fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster inte är tillämpliga på verksamheter som till alla väsentliga delar är begränsade till en enda medlemsstat", [35] och det är "... den nationella domstolen som utifrån de faktiska omständigheterna skall avgöra om detta är fallet". [36] I det förevarande målet har den nationella domstolen grundat sin uppfattning om förekomsten av en tillräcklig gemenskapsaspekt på det faktum att många av användarna av tjänsterna i fråga är företag som är etablerade i andra medlemsstater än Italien. Kommissionens ombud påstod vid förhandlingen att det inte var möjligt att fastställa nationaliteten på användarna av LSCT:s tjänster. Domstolen har uttalat att när en gränsöverskridande aspekt väl förekommer är mottagarens bestämda nationalitet inte relevant. [37] Med beaktande av den nationella domstolens uppfattning om LSCT:s kunders icke italienska nationalitet skulle vidare den tillämpning av de nationella bestämmelserna som eftersträvas av åklagaren även kunna påverka icke italienska hamnanvändare. [38]

30. Det stämmer att i målet Höfner och Elser, där "tvist [förelåg] mellan tyska rekryteringskonsulter och ett tyskt företag angående rekrytering av en tysk medborgare", fann domstolen, som hänvisade till målet Procureur du Roi mot Debauve, inte "... någon koppling till någon av de situationer som avses i gemenskapsrätten". Den slutsatsen kunde inte "avfärdas på grund av det faktum att ett avtal som slutits mellan rekryteringskonsulterna och det berörda företaget ger en *teoretisk möjlighet* att söka tyska kandidater bosatta i andra medlemsstater eller medborgare i andra medlemsstater". [39]

35 — Domen av den 18 mars 1980 i mål 52/79 (REG 1980, s. 833; svensk specialutgåva, häfte 4), punkt 9.

36 — Ibidem.

37 — Se dom av den 14 november 1995 i mål C-484/93, Svensson och Gustavsson (REG 1995, s. I-3955, nedan kallat målet Svensson och Gustavsson), där domstolen, tvärtemot generaladvokat Elmers uttryckliga rekommendation, inte betraktade det faktum att klagandena vid den nationella domstolen vid den aktuella tidpunkten var medborgare i ett tredje land, som något hinder för deras möjlighet att åberopa artikel 59 för att ifrågasätta en luxemburgsk bestämmelse om räntesubvention som i praktiken bara gällde lån som tagits i banker i Luxemburg.

38 — I dom av den 7 maj 1997 i de förenade målen C-321/94— C-324/94 Pistre m. fl. (REG 1997, s. I-2343) ogillade domstolen, visserligen med avseende på artikel 30 i fördraget, invändningen att artikeln inte var tillämplig på ett åtal mot ett franskt bolag i Frankrike för att olagligen ha märkt vissa franska varor avsedda för försäljning på den franska marknaden såsom härrörande från en viss fransk bergsregion. Domstolen uttalade (punkt 44) att, "[ä]ven om det är riktigt att tillämpningen av en nationell bestämmelse som faktiskt inte har något samband med import av varor inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 30 i fördraget ... kan man likväl inte bortse från den senare artikeln endast av det skälet att alla omständigheter i det konkreta mål som är anhängiggjort vid den nationella domstolen inskränker sig till en enda medlemsstat". Även under dessa omständigheter ansåg domstolen (punkt 45) att "[t]illämpningen av en nationell bestämmelse i ett sådant fall kan nämligen även medföra verkningar för den fria rörligheten av varor mellan medlemsstaterna, särskilt då bestämmelserna i fråga gynnar saluföringen av varor med inhemskt ursprung till förfång för importerade varor".

39 — Punkterna 38 och 39 (min kursivering).

I det förevarande fallet är emellertid, såsom den nationella domstolen har uppgivit, en betydande andel av dem som använder hamnen, och särskilt LSCT:s tjänster, etablerade i andra medlemsstater.

31. När det gäller det faktum att samtliga tilltalade i det förevarande målet är italienska bolag, ger domstolens senare praxis klart stöd för uppfattningen att en person kan åberopa artikel 59 i fördraget gentemot sin egen medlemsstat. Detta framgår senast av målen Alpine Investments, [40] Corsica Ferries [41] och Sodemare. [42] I målet Corsica Ferries fastslog domstolen, fastän den då behandlade omfattningen av friheten att tillhandahålla sjötransporttjänster enligt förordning nr 4055/86, [43] att "[i] ett fall såsom det som är anhängiggjort vid den nationella domstolen tillhandahåller ett företag, som är etablerat i en medlemsstat och som driver linjetrafik som omfattas av förordning nr 4055/86 till en annan stat, dessa tjänster, på grund av deras egen natur, till bland annat personer som är etablerade i den senare staten". [44] I målet Sodemare, som gällde tillhandahållande av tjänster i ålderdomshem, fastslog domstolen att "ett företag kan åberopa rätten att fritt tillhandahålla tjänster gentemot den stat där företaget är etablerat, när tjänsterna utförs åt mottagare som är etablerade i en annan medlemsstat ...". [45]

32. Därav följer enligt min uppfattning att ett terminalföretag som är etablerat i en medlemsstat och som regelbundet tillhandahåller hamntjänster till kunder som är etablerade i åtminstone en annan medlemsstat kan åberopa artikel 59 i fördraget gentemot nationella regler som begränsar dess möjligheter att fritt tillhandahålla sådana tjänster. Det är därför nödvändigt att undersöka huruvida bestämmelserna i fråga i det förevarande målet innebär en sådan begränsning.

B — *Den möjliga tillämpningen av artiklarna 30 och 48 i fördraget*

33. Trots att inte någon fråga har hänskjutits i det förevarande målet avseende tillämpningen av artikel 30 i fördraget, vill jag inte förbise domstolens uppfattning i målet Porto di Genova på den punkten. Domstolen hänvisade till den nationella domstolens

40 — Fotnot 34 ovan, särskilt punkt 30 i domen.

41 — Dom av den 17 maj 1994 i mål C-18/93 (REG 1994, s. I-1783).

42 — Dom av den 17 juni 1997 i mål C-70/95 (REG 1997, s. I-3395).

43 — Rådets förordning (EEG) nr 4055/86 av den 22 december 1986 om tillämpning av principen om frihet att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land (EGT L 378, svensk specialutgåva, område 7, volym 3, s. 145). Jag håller med om den åsikt som uttrycktes av generaladvokat van Gerven i punkt 16 i hans förslag till avgörande i målet Porto di Genova att "hamnarbete måste särskiljas från sjötransport i egentlig bemärkelse ..."; se REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5913. Enligt min uppfattning borde samma distinktion vara tillämplig mutatis mutandis på utförandet av hamntjänster och sjötransporttjänster.

44 — Punkt 30. Det skall anmärkas att artikel 1.1 i förordningen uttryckligen anger att "[f]rihet att utföra sjötransporter mellan medlemsstater och tredje land skall gälla för medborgare i medlemsstater med hemvist i en annan medlemsstat än den person för vilken sjötransporten utförs".

45 — Punkt 37. I fallet betraktades emellertid alla mottagare av tjänsten, fastän de i viss utsträckning inte var italienska, såsom etablerade i Italien där tjänsterna tillhandahölls, se punkt 39.

konstaterande "... eftersom lossningen av varorna kunde ha utförts till en lägre kostnad av fartygets besättning innebar det obligatoriska anlitandet av de tjänster som utfördes av de två företag som åtnjöt exklusiva rättigheter ökade kostnader och kunde därför, på grund av sin inverkan på varornas pris, påverka importen". [46] Domstolen hänvisade i sitt svar till den nationella domstolen till artikel 90.1 "jämförd med artiklarna 30, 48 och 86 i fördraget". Artikel 30 hade angivits i den nationella domstolens frågor, men det var artikel 48 som fick störst utrymme i domen. Eftersom jag menar att den begränsande inverkan på import som systemet för tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft i italienska hamnar enligt 1994 års lag har på sin höjd är spekulativ, anser jag inte att artikel 30 aktualiseras i det förevarande fallet. [47]

34. Trots att detta inte berörs i begäran om förhandsavgörande är det inte så enkelt att bortse från den möjliga tillämpningen av artikel 48 i fördraget. Det faktum att 1994 års lag kräver dels ombildning av före detta hamnbolag, som i egenskap av kooperativ bestående av italienska arbetstagare uteslutande var italienska, dels att ombildade bolag, terminalföretag och hamnföretag med tillstånd skall ge förtur åt hamnarbetare som tidigare var anställda av hamnbolagen, kan enligt min mening mycket väl innebära att den överträdelse av artikel 48 som domstolen konstaterade i målet Porto di Genova fortfarande består. Det är emellertid den nationella domstolens sak att fastställa, i enlighet med domstolens rättspraxis, huruvida artikel 48 fortfarande överträds och den eventuella relevansen av en sådan överträdelse för åtalet som är anhängigt vid den nationella domstolen.

C — *Begränsningen av friheten att tillhandahålla terminalföretagstjänster*

i) Yttranden från parter och medlemsstater

35. Det förhållandet att terminalföretag hindras från att använda de tjänster som tillhandahålls av andra hamnföretag med tillstånd enbart av den anledningen att dessa tjänster är arbetsintensiva innebär, enligt de tilltalade, en begränsning av tillhandahållandet av hamntjänster både för terminalföretagen och de andra hamnföretagen med tillstånd, eftersom det faktiskt föranleder de förstnämnda att på ett oekonomiskt sätt utöka sin verksamhet (och arbetsstyrka) för att kunna tillhandahålla en fullständig uppsättning

46 — Punkt 22.

47 — Se i detta avseende dom av den 14 juli 1994 i mål C-379/92, Peralta (REG 1994, s. I-3453), punkt 23—25.

hamntjänster till användare samtidigt som det berövar de sistnämnda en viktig källa till möjligt arbete. [48] Att inskränkningen är skenbart objektiv och icke diskriminerande hindrar den inte från att vara oförenlig med artikel 59 i fördraget enligt de tilltalade, eftersom medlen för att gynna det ändamålet i hamnsektorn är oproportionerliga och motverkar den angivna logiken i reformeringen av den sektorn i Italien, som är att gynna ökad specialisering och lägga ut verksamhet på underleverantörer. Enligt deras uppfattning skulle en strikt tillämpning av den befintliga lagstiftning som är tillämplig på hamnsektorn, särskilt nationella konkurrensregler avseende terminalföretags möjliga missbruk av sin nyckelställning vid tillhandahållande av hamntjänster och skyddslagstiftning, såsom den avseende minimilön och socialförsäkring för hamnarbetare, räcka för att säkerställa att syftet med 1960 års lag tillgodoses i den sektorn. Att förbehålla ombildade bolag, som sannolikt består av personer av italiensk nationalitet, arbete skulle slutligen kunna utgöra indirekt diskriminering på grund av nationalitet.

36. Italien hänvisar, med stöd av Tyskland, till att marknaden för uthyrning av arbetskraft är känslig. Vid förhandlingen hävdade dess ombud att behovet av att skydda hamnarbetare från utnyttjande till följd av ständiga variationer i tillgången på arbete gör det berättigat att vidta särskilda åtgärder avseende tillhandahållandet av tillfällig hamnarbetskraft. Särskilt i domen i målet Webb fastställdes det att medlemsstaterna kan begränsa friheten att tillhandahålla arbetsförmedlingstjänster. [49] Frankrikes ombud hävdade, samtidigt som denne medgav att vissa skyddsåtgärder kan vara berättigade, att beviljandet av ett monopol av ett sådant slag som i det förevarande fallet utgjorde en diskriminerande och oberättigad åtgärd. Italiens ombud hävdade emellertid att ett sådant monopol utgjorde ett ändamålsenligt sätt att skydda hamnarbetares rättigheter, eftersom de ombildade bolagen enligt italiensk rätt både kunde vara kooperativa föreningar bestående av hamnarbetare och kommersiella företag.

ii) Bedömning

37. Det allmänna italienska arbetsförmedlingssystemet som inrättats genom 1949 och 1960 års lagar har aldrig tillämpats inom hamnsektorn. Faktum är att det ursprungliga monopol som hamnföretagen gavs genom de

48 — De hänvisar även till den indirekta begränsningen av användarnas rätt att erhålla alla de hamntjänster som de erfordrar från ett ställe. De möjliga ogynnsamma konsekvenserna för tjänstemottagarna av en begränsning som inverkar på tillhandahållandet av tjänsterna i fråga kan enligt min åsikt inte åberopas av tjänsteutövaren för att fastställa en överträdelse av artikel 59 i fördraget, om de inte också påverkar utövandet av den egna verksamheten. I exempelvis det ovannämnda målet Svensson och Gustavsson var det således klart att den inskränkning som härrörde från de ifrågasatta luxemburgska reglerna och som påverkade tillhandahållandet av lån från banker som inte var etablerade i Luxemburg till kunder bosatta i Luxemburg även menligt inverkade på friheten för kärandena vid den nationella domstolen att motta banktjänster. Eftersom jag i det förevarande fallet anser att begränsningen av att förmedla arbetskraft annat än från ombildade bolag inverkar menligt på tillhandahållandet av terminalföretagstjänster, är det inte nödvändigt att särskilt undersöka relevansen av den möjliga begränsningen av rätten för icke italienska användare av de italienska hamnarna att fritt motta hamntjänster.

49 — Dom av den 17 december 1981 i mål 279/80 (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva, häfte 6).

bestämmelser som sammanfattades i avsnitt II ovan nu har ersatts med ett nytt monopol, som innehas av de ombildade tidigare monopolinnehavarna och omfattar tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft till terminalföretag och hamnföretag med tillstånd. Till skillnad från de tidigare hamnföretagen, som inte kunde bedriva hamnverksamhet själva utan var tvungna att anförtro allt sådant arbete åt hamnbolagen, är det nya monopolet bara tillämpligt när terminalföretag inte kan tillhandahålla tjänster med enbart sina egna hamnarbetare. En närmare granskning av detaljerna i det nya systemet avslöjar emellertid att begränsningarna enligt den gamla hamnlagstiftningen delvis har bibehållits i 1994 års lag, om än i modifierad form.

38. Terminalföretagen skall till att börja med ha "lämplig" bemanning i förhållande till den angivna verksamhetsplanen. I detta avseende är det, såsom kommissionen påpekar i sin skriftliga inlaga, anmärkningsvärt att fram till den 31 december 1996 fordrades det enligt artikel 23.3 i 1994 års lag att både terminalföretag och hamnföretag med tillstånd, liksom de ombildade bolagen, med förtur skulle anställa hamnarbetare som tidigare varit anställda av de före detta hamnbolagen, men som inte hade återanställts permanent vid ombildningen av dessa bolag, närhelst tjänster blev lediga.

De hamnarbetare som inte anställdes på annat sätt skulle anställas av de ombildade bolagen i enlighet med ett tillfälligt system vars detaljer fastställdes genom en ministerförordning. Slutligen skall både hamnföretag med tillstånd och terminalföretag först anlita den arbetskraft som finns tillgänglig enligt det tillfälliga systemet innan de kan erhålla tillfällig arbetskraft från de ombildade bolagen enligt artikel 17.1.

39. Innebär denna ordning ett hinder för friheten att tillhandahålla tjänster? Eftersom den påverkar ett terminalföretag i LSCT:s ställning menar jag att så är fallet. LSCT hävdar rätten att erbjuda hamnanvändare (som i denna analys avser användare som är etablerade i andra medlemsstater) ett fullständigt sortiment av hamntjänster, det vill säga det vill leja ut vissa arbetsintensiva delar av sitt sortiment till andra hamnföretag som själva får tillhandahålla sådana tjänster direkt åt användarna. 1994 års lag förbjuder terminalföretag och olika hamnföretag med tillstånd att samarbeta i detta syfte. Samarbetet är avsett att möjliggöra för terminalföretaget att erbjuda slutanvändaren en tjänst som kan anpassas till hamnens behov över tiden och

till behovet av att använda arbetskraft effektivt och att på så sätt tillhandahålla tjänsterna till lägre kostnad för hamnanvändaren. Om likvärdiga tjänster utfördes av de ombildade bolagen till lägre kostnad eller om högre kostnad kompenserades av högre kvalitet kan det antas att terminalföretaget skulle välja att anlita dessa. Det är det förhållandet att terminalföretaget inte har någon valmöjlighet som enligt min mening utgör inskränkningen. Det skall slutligen anmärkas att det enbart är de ombildade bolagen som är berättigade att utföra tjänster direkt åt både slutanvändare och mellanled i leveranskedjan. Hamnföretag med tillstånd är däremot fria att utföra tjänster åt slutanvändare men inte åt mellanled. Jag har emellertid redan sagt att denna inskränkning är begränsad till en medlemsstat och inte i sig omfattas av artikel 59 i fördraget. [50] Ett terminalföretags ställning är emellertid en annan. Det vägras rätten att anlita egenhändigt valda tillfälliga arbetstjänster när den utformar sitt sortiment för slutanvändare.

40. Eftersom jag anser att bestämmelserna utgör en begränsning av terminalföretags frihet att utföra hamntjänster åt användare från andra medlemsstater, är det nödvändigt att undersöka huruvida denna begränsning kan vara befogad.

D — *Rättfärdigande*

i) Diskriminering på grund av nationalitet

41. I det förevarande fallet har Frankrike hävdat, med andrahandsstöd på denna punkt från kommissionen, att begränsningen i fråga är diskriminerande på grund av nationalitet eftersom de ombildade bolagen är italienska. Om detta var fallet skulle de italienska bestämmelserna naturligtvis bara kunna vara berättigade på de grunder av allmänt intresse som anges i artikel 56.1 i fördraget, såsom de tillämpas på friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 66 i detsamma. Som domstolen har uttalat vid upprepade tillfällen, omfattar sådana grunder inte ekonomiska syften. [51]

42. Jag anser inte att Frankrikes uppfattning i frågan om diskriminering är riktig. Såsom jag redan har angivit (se punkt 28 ovan) avser det väsentliga spörsmålet som väcks i den första frågan inte om de ombildade bolagens monopol är förenligt med gemenskapsrätten, utan i stället dessas sidoeffekt på det fria tillhandahållandet av hamntjänster för i

50 — Se särskilt punkt 28 ovan.

51 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet Svensson och Gustavsson, punkt 15.

synnerhet terminalföretag. [52] Någon begränsning för icke italienska företag att söka koncession som terminalföretag finns inte i artikel 18 i 1994 års lag. Således kan monopolet i fråga potentiellt påverka både nationella och icke nationella koncessionshavare på samma sätt och kan därför enligt min mening inte betraktas som diskriminerande.

ii) Rättfärdigande av den formellt likabehandlande begränsningen

43. Domstolen har konsekvent uttalat att icke diskriminerande begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster får införas i strävan att uppnå ett allmänt intresse "... som är berättigade av hänsyn till allmänintresse" och där bestämmelserna i fråga "... omfattar alla personer eller företag som utövar en verksamhet inom den statens territorium, i den mån detta allmänintresse inte redan skyddas genom de bestämmelser som den som tillhandahåller en tjänst omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad". [53] Denna princip har även tillämpats på inskränkningar för en tjänsteutövare som införts av dennes ursprungsstat. [54] Eftersom jag är av åsikten att de ombildade bolagens monopol skulle kunna begränsa friheten att tillhandahålla icke nationella användare hamntjänster, är det nödvändigt att bedöma om något tvingande allmänintresse som erkänts av gemenskapsrätten skulle kunna berättiga inskränkningen.

44. Jag skall inledningsvis påpeka att jag inte anser att den begränsning av terminalföretagens verksamhet som görs genom det monopol som de ombildade bolagen har tilldelats kan motiveras med hänvisning till allmänintresset bakom systemet med offentliga arbetsförmedlingar i Italien. Jag anser att en jämförelse av de ursprungliga hamnbolagens och de ombildade bolagens hamnarbetsmonopol visar att det inte skulle vara ändamålsenligt att jämföra de arbetsförmedlingsregler som är tillämpliga inom hamnsektorn i Italien med det allmänna arbetsförmedlingssystem som inrättades genom 1949 och 1960 års lagar. Som generaladvokat Elmer påpekar i sitt förslag till avgörande i målet Job Centre II är det systemet, till skillnad från de ombildade bolagens monopol, grundat på ett obligatoriskt system för arbetsförmedling som bedrivs av offentliga arbetsförmedlingar. [55] Även om domstolen inte har erhållit mycket information om de ombildade bolagens beskaffenhet står det vidare klart — frånsett sannolikheten att förtursreglerna (som beskrivits ovan), som styr återanställningen av hamnarbetare som tidigare var anställda av hamnbolagen, i hög grad medverkar till att vidmakthålla den överträdelse av artikel 48 i fördraget som domstolen konstate-

52 — Detta spörsmål måste särskiljas från den möjliga överträdelsen av artikel 48 i fördraget, till vilken jag hänvisade i punkt 34 ovan, och den mer hypotetiska möjligheten att etableringsfriheten i Italien för företag från andra medlemsstater som är specialiserade på tillhandahållandet av sådan arbetskraft begränsas, om de ombildade bolagen beviljas monopol på tillhandahållandet av tillfällig hamnarbetskraft.

53 — Se domen i det ovan i fotnot 49 nämnda målet Webb, punkt 17.

54 — Se exempelvis det ovannämnda målet Alpine Investments och resonemanget i punkt 31 ovan.

55 — Punkt 11 i förslaget till avgörande; se även fotnot 19 ovan.

rade i domen i målet Porto di Genova [56] — att de kombinerade kommersiella och kooperativa syftena för dessa företag tydligt skiljer dem från offentliga arbetsförmedlingar. Italien har likväl hävdat att ett mer allmänt syfte att skydda arbetstagare motiverar 1994 års lag. Trots att ett sådant syfte skulle kunna godtas i gemenskapsrätten, håller jag inte med om att det är tillämpligt i det förevarande fallet.

45. Italien hävdar att domstolen i målet Webb erkände att verksamhet som omfattar tillhandahållande av arbetskraft är "känslig". [57] Domstolen ansåg således att det var ett legitimt politiskt val som medlemsstaterna hade att kräva tillstånd för att få "hyra ut arbetskraft på deras territorium för att kunna vägra att bevilja tillstånd om det finns anledning att anta att denna verksamhet kan skada förhållandena på arbetsmarknaden eller om den ifrågavarande arbetskraftens intressen inte tillgodoses i tillräcklig utsträckning". [58] Domstolen har även senare, i målet Guiot, utpekat "socialt skydd för arbetstagare inom byggnadsindustrin" som skyddsvärt "på grund av de särskilda villkoren inom denna sektor". [59] Gemenskapsrätten godtar således att skyddet av arbetstagares rättigheter kan utgöra ett tvingande allmänintresse. I det förevarande fallet har emellertid domstolen inte någon information om hur och i vilken utsträckning det monopol som företagen har tjänar till att främja skyddet av hamnarbetare, annat än en allmän hänvisning till den kooperativa beskaffenheten hos de ombildade bolagen.

46. Domstolen har genomgående ansett att de begränsande verkningarna av formellt likabehandlande nationella bestämmelser för personer som tillhandahåller tjänster "skall säkerställa uppnåendet av det uppställda ändamålet och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det syftet". [60] Även om verkningarna av de ombildade bolagens monopol således på ett allmänt plan kunde främja skyddet av hamnarbetare, tyder den information som domstolen har tillgång till inte på att monopolet skulle vara antingen oundgängligt för uppnåendet av ett sådant förstärkt skydd eller, såsom de tilltalade har hävdat, att samma skyddsnivå inte kunde uppnås genom mindre ingripande åtgärder. [61] Under omständigheterna måste det åvila den nationella domstolen att bedöma den bevisning som parterna ingivit avseende rättfärdigandet av inskränkningen.

56 — I detta avseende räcker det att påminna om att alla de hamnarbetare som var anställda av de före detta hamnbolagen var italienska medborgare och att det är denna grupp av hamnarbetare som åtnjuter förtur till anställning enligt de nya reglerna; se punkt 34 ovan.

57 — Ovannämnt, punkt 18 i domen.

58 — Ibidem, punkt 19.

59 — Dom av den 28 mars 1996 i mål C-272/94 (REG 1996, s. I-1905).

60 — Se exempelvis dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007), punkt 15.

61 — Det kanske kan vara till hjälp för den nationella domstolen att påpeka att det i förfarandet vid domstolen inte har påstått att hamnarbetare som tidigare var anställda av hamnbolagen och som sedemera återanställts av terminalföretag eller hamnföretag med tillstånd skulle ha lidit rättsförlust på grund av detta.

47. Sammanfattningsvis anser jag att monopolets tillämpning på terminalföretags verksamhet, såsom LSCT: s, utgör en otillåten begränsning av friheten att tillhandahålla hamntjänster inom gemenskapen som strider mot artikel 59 i fördraget, om det inte kan visas att monopolet är oundgängligt för att skydda hamnarbetare i italienska hamnar.

VI — Den andra och den tredje frågan

A — *Inledning*

48. Om domstolen inte håller med om mitt förslag till svar på den första frågan, blir det nödvändigt för den att bedöma de spörsmål som väcks i den andra och tredje frågan, som avser en kombination av artiklarna 86 och 90.1 i fördraget å ena sidan och artiklarna 59, 86 och 90 å andra sidan.

49. I sin promemoria koncentrerar sig den nationella domstolen både på det allmänna förbudet mot arbetsförmedlingsverksamhet i 1960 års lag och undantaget därifrån för de ombildade bolagen, som finns i 1994 års lag. Den vill — med hänvisning till det obestridda faktumet att hamnföretagen med tillstånd, vilka representeras av Silvano Rasos medåtalade, tillhandahöll LSCT ett antal tjänster — i huvudsak veta huruvida gemenskapsrätten hindrar att nationell rätt tolkas så att den faktiskt förbjuder samarbete mellan ett terminalföretag och hamnföretag med tillstånd. Den andra frågan inriktar sig på ett tänkbart missbruk av det monopol som terminalföretagen har tilldelats genom 1994 års lag avseende användningen av vissa hamninrättningar, vilket kunde härröra från tillämpningen av en extensiv tolkning av artiklarna 1 och 2 i 1960 års lag, varigenom de är förhindrade att erhålla tillfällig arbetskraft från andra hamnföretag än ombildade bolag. Den tredje frågan är däremot mer konkret inriktad på möjligheten att oundvikligt missbruk uppkommer till följd av beviljandet av monopol, enligt 1994 års lag, till de ombildade bolagen, vilka även utövar hamnverksamhet och till och med kan vara terminalföretag i vissa italienska hamnar — såsom är fallet i La Spezia. Eftersom syftet med klagomålet som ledde till det åtal som är anhängigt vid den nationella domstolen enligt min uppfattning rimligtvis kan antas ha rört skyddet av det monopol som innehas av det ombildade bolaget i La Spezia, delar jag den uppfattning som uttryckts av de tilltalade vid förhandlingen att ett svar på den tredje frågan skulle vara av större betydelse såvitt avser detta förfarande.

50. Det bör emellertid påpekas att åtalet mot de tilltalade inte — åtminstone inte direkt — gäller någon påstådd överträdelse av de ombildade bolagens monopol utan snarare en möjlig överträdelse av 1960 års lag. Således delar jag inte helt kommissionens

uppfattning att den andra frågan är strikt hypotetisk och inte alls behöver besvaras. Om domstolen skulle finna att ett monopol såsom det som innehas av de ombildade bolagen vore oförenligt med gemenskapsrätten, skulle det konstaterandet inte på egen hand förhindra att en tolkning av nationell rätt tillämpades, enligt vilken det slags samarbete mellan terminalföretag och hamnföretag med tillstånd som är föremål för prövning vid den nationella domstolen vore oförenligt med artiklarna 1 och 2 i 1960 års lag. Ett konstaterande att den exklusiva rättigheten för ombildade bolag att avvika från 1960 års lag vore oförenlig med gemenskapsrätten skulle emellertid ha betydelse för huruvida inskränkningen av rätten för terminalföretag att anlita andra hamnföretag med tillstånd för utförande av arbetsintensiva hamntjänster vore förenligt med gemenskapsrätten. Även om jag enbart kommer att bedöma den tredje frågan mer ingående, återkommer jag senare kort till den andra frågan.

B — *Den tredje frågan*

51. Konsekvensen av den obligatoriska ombildningen av hamnbolagen enligt 1994 års lag är de facto att de ombildade bolagen åtnjuter ett monopol på tillhandahållande av tillfällig arbetskraft. [62] Om den tolkning av 1960 års lag som förespråkas av åklagaren i det nationella målet upprätthålls, kommer dessutom det monopolet även att utsträckas till tillhandahållande av alla arbetsintensiva tjänster i dessa hamnar. Jag anser således att kommissionen har rätt när den omformulerar den tredje frågan så att den inriktas på de ombildade bolagens ställning. Den nationella domstolen vill huvudsakligen veta om den berörda medlemsstaten kan ha överträtt artikel 86 i fördraget genom inrättandet av ett sådant monopol till förmån för de ombildade bolagen. I detta avseende förefaller den nationella domstolens ytterligare hänvisning till artikel 59 i den tredje frågan överflödig. Om artikel 59 inte skulle vara självständigt tillämplig, såsom jag har föreslagit, anser jag inte att den kan vinna kraft av att kombineras med artiklarna 86 och 90. [63]

i) Den principiella tillämpningen av artikel 86

52. Artikel 86 i fördraget är bara tillämplig på företag som har en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Det föreligger

62 — Det förefaller inte som om de offentliga arbetsförmedlingarna som är etablerade med stöd av 1949 års lag är verksamma inom hamnsektorn.

63 — Det har inte i inlagorna till domstolen påståtts att tillhandahållandet av tillfälliga hamnarbetare utgör "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" i den bemärkelse som avses i artikel 90.2 i fördraget. Den bestämmelsen kan mot bakgrund av domstolens avgörande i målet Porto di Genova (se punkt 27) och generaladvokat van Gervens mer rättframma åsikt (se punkt 27 i hans förslag till avgörande, REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5919) inte heller vara tillämplig.

inte något tvivel om att begreppet "företag" omfattar företag som har både en kooperativ och en kommersiell funktion, såsom de ombildade bolagen. [64]

53. Det är för det första nödvändigt att fastställa huruvida 1994 års lag ger de ombildade bolagen en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Det förefaller inte som om det finns något särskilt förhållande eller någon förbindelse mellan de ombildade bolag som är verksamma i olika italienska hamnar. Det skall således bedömas huruvida det ombildade bolaget som är verksamt i hamnen i La Spezia kan sägas ha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86.

54. Den relevanta produktmarknaden skall först fastställas i enlighet med de kriterier som domstolen har fastställt i sin rättspraxis. [65] Det är för den relevanta produktmarknaden centralt att fastställa huruvida det finns konkurrerande eller utbytbara produkter eller tjänster. [66] I det förevarande fallet får bara de ombildade bolagen tillhandahålla tillfällig arbetskraft i italienska hamnar, eftersom italiensk rätt inte tillåter arbetsgivare i hamnar som har fast anställda att konkurrera med dessa företag. Med andra ord kan inte andra potentiella tillhandahållare av hamnarbetare lagligen ersätta de ombildade bolagens tjänster med sina egna. Således fastställs omfattningen av den relevanta marknaden genom lag. För att artikel 86 skall vara tillämplig är emellertid inte dominans på en viss marknad i sig tillräckligt. I målet Höfner och Elser uttalade domstolen att "ett företag som innehar ett lagstadgat monopol *kan* anses ha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 ...". [67] Därav följer att, för att artikel 86 faktiskt skall vara tillämplig, den nationella domstolen måste finna att monopolet som tilldelats det ombildade bolaget i La Spezias hamn omfattar en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

55. Den nationella domstolen har i detta avseende redan funnit att La Spezia är den ledande containerhamnen i Medelhavet. Fastän Italiens ombud vid förhandlingen antydde att betydelsen av hamnen i Genua kunde ha underskattats, har det inte hävdats att den nationella domstolens uppfattning om betydelsen av hamnen i La Spezia skulle vara helt oriktig. Med reservation för den domstolens behörighet att slutligt fastställa huruvida marknaden i fråga utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden är följaktligen, enligt min mening, betydelsen av La Spezias hamn såsom containerterminal för gemenskapshandeln i princip tillräcklig för att den ställning som innehas av det ombildade bolaget avseende tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft i hamnen skall vara väsentlig, i den mening som avses i

64 — I domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, punkt 21, uttalade domstolen till exempel att "begreppet företag innefattar varje enhet som utövar ekonomisk aktivitet, oavsett enhetens rättsliga status och sättet den finansieras på ...". Den uttalade även uttryckligen att "arbetsförmedling är en ekonomisk aktivitet".

65 — Se exempelvis dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207), särskilt punkt 11, och av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461), punkt 23—28.

66 — Se exempelvis domarna i de ovannämnda målen United Brands mot kommissionen samt Michelin mot kommissionen, punkterna 22 respektive 37, och dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951), punkt 19.

67 — Punkt 28 (min kursivering).

artikel 86 i fördraget. Denna bedömning påverkas enligt min mening inte av det annars viktiga faktumet att 1994 års lag, till skillnad från de regler som tidigare var tillämpliga enligt sjöfartslagen, tillåter (eller för ett sådant terminalföretag såsom LSCT tvingar) de potentiella kunderna till de tillfälliga arbetsförmedlingstjänster som enbart ombildade bolag erbjuder att anställa en arbetsstyrka som passar deras egna behov. Jag anser därför att den exklusiva ställning som 1994 års lag ger ett ombildat bolag, såsom det som är verksamt i en hamn av den storlek och betydelse i frakttermer som den i La Spezia, med reservation för den nationella domstolens konstaterande av alla relevanta fakta, kan utgöra en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

56. Jag har redan ansett att den inskränkning i friheten att tillhandahålla hamntjänster inom gemenskapen som följer av det monopol som tilldelats de ombildade bolagen kan omfattas av artikel 59 i fördraget. [68] Med beaktande av betydelsen av La Spezias hamn anser jag även att varje missbruk av det ombildade bolaget i den hamnen av den dominerande ställning det åtnjuter skulle påverka handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 86. Det skall under alla omständigheter påpekas att det inte måste visas att det ifrågasatta missbruket faktiskt har påverkat sådan handel i den mening som avses i artikel 86 utan i stället, såsom domstolen konsekvent har uttalat, "är det tillräckligt att fastställa att beteendet kan ha en sådan verkan". [69]

ii) Medlemsstaternas ansvar och villkoren i artikel 90.1

57. Artikel 86 i fördraget rör enbart företagens beteende. Domstolens rättspraxis visar emellertid att medlemsstaterna under vissa omständigheter kan vara ansvariga för överträdelser av gemenskapens konkurrensrätt till följd av företags agerande. I detta avseende fastslog domstolen i målet Porto di Genova att "enbart skapandet av en dominerande ställning genom att bevilja exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 90.1 i fördraget strider inte i sig mot artikel 86". [70] Den uttalade samtidigt att en medlemsstat skulle göra sig skyldig till överträdelse av dessa bestämmelser om det företag som tilldelats monopolet antingen skulle missbruka sin dominerande ställning

68 — Se punkt 22—32 ovan.

69 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, punkt 32. Generaladvokat Jacobs ansåg faktiskt i sitt förslag till avgörande i det målet (punkt 48) att artikel 86 till och med kunde vara tillämplig i helt interna situationer. Vad avser tillämpningen av artikel 86 har domstolen således att göra med "det klandrade uppträdandets samtliga konsekvenser i fråga om konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden ..."; se dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen (REG 1974, s. 223), punkt 33.

70 — Punkt 16.

genom att enbart utöva sina exklusiva rättigheter eller om de rättigheter som beviljats är sådana att de skapar en situation där det föranleds att utöva sådant missbruk. Det är således nödvändigt att bedöma omfattningen av dessa villkor för att fastställa huruvida sådan lagstiftning som 1994 års lag kan anses uppfylla dem.

58. I sitt yttrande har Förenade kungariket anfört att det är svårt att tillämpa domstolens dom i målet Porto di Genova och särskilt uttalandet i punkt 20 "att en medlemsstat skapar en situation som strider mot artikel 86 i fördraget när den antar regler av sådant slag som de som är föremål för prövning vid den nationella domstolen". Förenade kungariket har hävdat att det inte framgår av punkt 19 i domen i målet Porto di Genova vilken statlig åtgärd som stred mot artiklarna 86.1 och 90, eftersom det inte fanns någon uppenbar koppling mellan skapandet av monopolet och de missbruk som angavs av domstolen. [71] Förenade kungariket har följaktligen föreslagit att det tillvägagångssätt som har föreslagits av domstolen avseende tillämpningen av artiklarna 5 och 85 i fördraget på bestämmelser som antagits av medlemsstaterna, nämligen att det måste föreligga ett klart orsakssamband mellan den ifrågasatta nationella åtgärden och de inblandade företagens uppträdande, även skall tillämpas när den möjliga kombinerade tillämpningen av artiklarna 90.1 och 86 beaktas. Vidare har det gjorts gällande att domstolen enbart borde anse att beviljandet av en exklusiv rättighet strider mot artiklarna 90.1 och 86 när missbruket är en oundviklig konsekvens av beviljandet. När missbruket emellertid enbart härrör från uppmuntran från medlemsstaten i fråga menar Förenade kungariket att det på sin höjd kan vara handlingen att uppmuntra eller förleda, snarare än beviljandet av den exklusiva rättigheten, som utgör den otillåtna statliga åtgärden.

59. Jag godtar att det finns en skillnad mellan, å ena sidan, situationer där innehavaren av en exklusiv rättighet ges en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och antingen genom enbart utövandet av de exklusiva rättigheter som den beviljats inte kan undgå att missbruka sin ställning eller är tvingad eller uppmuntrad av den relevanta medlemsstatens åtgärd att utöva sådant missbruk, och å andra sidan, situationer där den nationella åtgärden enbart ger innehavaren en ställning som kan missbrukas, men inte direkt framtvingar eller uppmuntrar missbruk.

60. För att på detta sätt begränsa omfattningen av medlemsstaternas ansvar har jag medvetet använt domstolens formuleringar i den engelska versionen av domarna i målen Höfner och Elser [72] respektive Frankrike mot kommissionen, [73] eftersom vissa av de svårigheter som anförs av Förenade kungariket vid tolkningen av domen i målet Porto di Genova enligt min uppfattning skulle kunna

71 — Det relevanta stycket i punkt 19 i domen anges i punkt 8 ovan. Sammanfattningsvis omfattade de påstådda missbruken: i) begäran om betalning för icke efterfrågade tjänster; ii) debitering av oproportionerliga priser; iii) den ogynnsamma kostnaden och tidsmässiga konsekvenser av att vägra använda modern teknik; iv) tillämpning av ett diskriminerande rabattsystem.

72 — Ovannämnt, punkt 29.

73 — Dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88 (REG 1991, s. I-1223), punkt 56.

tillskrivas de olika formuleringarna på engelska, inledningsvis i domen i målet ERT och senare i domen i målet Porto di Genova, vid hänvisning till domen i målet ERT. [74]

61. Syftet med denna åtskillnad är ansvarsfördelning. Eftersom artikel 90.1 tillåter medlemsstater att bevilja "exklusiva rättigheter" utgör inte denna åtgärd i sig missbruk i fördragets mening, oavsett de bakomliggande faktiska ekonomiska förhållandena. En åtskillnad görs således mellan skapandet av den exklusiva rättigheten och "åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna ... 85 till 94". När ett missbruk för vilket medlemsstaten inte är ansvarig uppstår, skall således de skadelidande söka gottgörelse hos det dominerande företaget, i enlighet med artikel 86 i fördraget som har direkt effekt. Utan en sådan åtskillnad skulle medlemsstaterna faktiskt vara skyldiga att rättfärdiga beviljandet av exklusiva rättigheter, fastän domstolen i sin rättspraxis konsekvent har uttalat att enbart skapandet av en dominerande ställning genom beviljandet av sådana rättigheter inte som sådant är oförenligt med artikel 86. [75] Att påföra medlemsstaterna en sådan skyldighet skulle strida mot syftet med artikel 90.1 vilket, såsom domstolen har upprepat vid ett flertal tillfällen, är att förhindra medlemsstaterna att anta eller bibehålla åtgärder som fråntar gemenskapens konkurrensregler deras effektivitet. [76]

62. Samtidigt som denna åtskillnad i princip kan verka klar är dess exakta tillämpning i praktiken inte enkel. Domarna i målen Höfner och Elser samt Porto di Genova har kritiserats för att de inte definierar "vilka faktorer som gör det möjligt att särskilja *en situation som med nödvändighet leder till missbruk* från en situation som å andra sidan inte har den effekten". [77] Enligt min uppfattning är målet Höfner och Elser ett av de, med nödvändighet, ovanliga fall där beskaffenheten av den exklusiva rätt till arbetsförmedling som beviljades Bundesanstalt für Arbeit (federal arbetsmyndighet) i Tyskland i praktiken var sådan att enbart dess beviljande försatte innehavaren i den icke avundsvärda ställning i vilken det var omöjligt att undvika missbruk av rättigheten. [78] Om den skulle ha insisterat på utövandet av sitt monopol i situationer där den var uppenbart oförmögen att möta efterfrågan, åtminstone avseende förmedling av företagsledare, skulle ett konstaterande av missbruk ha varit nästan

74 — I domen i målet ERT hänför sig domstolen således i den engelska versionen (punkt 37) till "... en situation i vilken [ett] företag *föranleds* att överträda artikel 86 ...", [*is led*] medan den i målet Porto di Genova (punkt 17 i den engelska versionen av domen) anger punkt 37 i sin dom i målet ERT som stöd för en formulering av den relevanta principen såsom avseende förhållanden under vilka det dominerande företaget *"förmås"* [*"is induced"*] missbruka sin dominerande ställning (min kursivering). I exempelvis den franska versionen av dessa domar används samma formulering, "est amenée", i båda punkterna.

75 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, punkt 29. Se även i detta avseende den uppfattning som generaladvokat Jacobs gav uttryck för i punkt 43 i sitt förslag till avgörande.

76 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet ERT, punkt 35.

77 — Se generaladvokat Tesauros förslag till avgörande inför domen av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533), punkterna 11 och 12, där det även i fotnot 11 i hans förslag till avgörande bland annat hänvisas till den kritik som framförts av L. Gyselen i hans rättsfallsreferat avseende målet Porto di Genova, *CML Rev* 1228 (1992); se särskilt s. 1238— 1241.

78 — Som ovannämnde L. Gyselen (s. 1240), träffande anmärkte: "[M]an kan lätt förstå, hur, i denna gestaltning, förekomsten av monopolmakt och 'missbruket' av denna makt blir ett och hur den sanna källan till missbruket ligger i förekomsten och inte i utövandet av monopolmakten."

oundvikligt. Situationen komplicerades något av det faktum att Bundesanstalt frivilligt antydde att den var beredd "att tolerera viss verksamhet från rekryteringskonsulter avseende företagsledare". [79] Domstolen ansåg likväl att ett oundvikligt missbruk faktiskt hade inträffat, åtminstone avseende företagsledarrekrytering, eftersom Bundesanstalt "uppenbarligen inte kunde tillfredsställa den rådande efterfrågan på marknaden för sådan verksamhet och privata företags faktiska bedrivande av sådan verksamhet omöjliggörs genom bibehållandet av lagregler enligt vilka sådan verksamhet är förbjuden och brist på efterlevnad av förbudet medför att de berörda avtalen ogiltigförklaras". [80]

63. De ifrågavarande monopolrättigheterna i målet Porto di Genova var inte av samma slag som dem som berördes i målen Höfner och Elser. Domstolen ansåg likväl att kopplingen mellan de ifrågavarande italienska åtgärderna och de missbruk den urskilde räckte för att göra medlemsstaten ansvarig. [81] Jag anser att det, särskilt av punkterna 18 och 19 i domen i målet Porto di Genova (se punkt 8 ovan), framgår att domstolen ansåg att missbruket, fastän det skenbart utövades av de berörda hamnbolagen och företagen, härrörde direkt från monopolrättigheter som beviljats enligt den italienska lagstiftningen. I detta avseende anser jag att det är särskilt anmärkningsvärt att domstolen, när den i punkt 19 i domen hänvisade till de rättigheter som beviljats, fastställde att företagen i fråga *"på grund av detta"* föranleds till missbruket i fråga (min kursivering). Domstolen delade således till synes generaladvokat van Gervens uppfattning att detta missbruk "... blir möjligt, om än inte oundvikligt, på grund av den nationella lagstiftningen och underlättas, även om det inte är obligatoriskt, av hamnmyndigheten genom den behörighet den tilldelats genom den nationella lagstiftningen". [82] Olyckligtvis föreligger en väsentlig skillnad mellan oundvikligt och möjligt missbruk av lagstadgade monopol. Få skulle bestrida att en medlemsstat är skyldig till det förstnämnda, men kan kanske anse att ansvaret för den sistnämnda typen av missbruk skall åvila det dominerande företaget.

64. Målen Höfner och Elser samt Porto di Genova belyser ett angreppssätt där domstolen inte bara ser till de rättsliga bestämmelser enligt vilka den exklusiva rättigheten beviljas utan även bedömer de faktiska konsekvenserna av innehavarens utövande av denna rättighet. Detta angreppssätt medför rättsliga

79 — Domen i målet Höfner och Elser, punkt 9. Enligt generaladvokat Jacobs förmenande (punkt 45 i hans förslag till avgörande) kunde Bundesanstalt ha dragit större nytta av sina befogenheter att under vissa omständigheter ge organisationer eller andra personer i uppdrag att bedriva arbetsförmedling för enskilda yrkesgrupper eller personer.

80 — Ibidem, punkt 31.

81 — Missbruken räknas upp av domstolen i punkt 19 i domen, som citeras i punkt 8 ovan och sammanfattas i fotnot 71 ovan.

82 — Se punkt 22 i hans förslag till avgörande i målet Porto di Genova (REG 1991, s. I-5889, i synnerhet s. I-5916).

svårigheter. Domstolen har sällan tillgång till tillräckliga fakta för att själv kunna bilda sig en säker uppfattning om komplexa överväganden av ekonomisk, social och rättslig art i en medlemsstat. När nationella domstolar tillämpar artikel 90.1 i fördraget och medlemsstaternas regeringar överväger att bevilja exklusiva rättigheter, kommer de rimligtvis att förvänta sig att domstolen ger klar principiell vägledning i sina domar. Samtidigt som bestämmelsen uttryckligen ger medlemsstaterna rätt att bevilja "särskilda eller exklusiva rättigheter" ålägger den medlemsstaterna att inte vidta eller bibehålla någon "*åtgärd*" som strider mot vissa regler i fördraget (min kursivering). Enligt min mening avser förbudet i första hand "åtgärder". Räckvidden och effekten av "åtgärder" skall naturligtvis ses i sitt sammanhang. Samtidigt anser jag att domstolen, vid tillämpningen av artikel 90.1, borde urskilja någon åtgärd som klart leder till en överträdelse av fördragets konkurrensartiklar eller, för att använda den formulering som föreslagits av Förenade kungariket, "nationella regler som de facto ofrånkomligen är kopplade till det lagstadgade monopolet".

65. Jag anser inte att något allmänt prov kan utformas för att i förväg fastställa förekomsten av en sådan koppling. Däremot kommer det att, i vägledningen av nationella domstolar i varje enskilt fall, vara nödvändigt att bedöma de ifrågasatta nationella reglernas inverkan under föreliggande ekonomiska och faktiska omständigheter.

66. Enligt min mening ger domen i målet Centre d'insémination de la Crespelle mot Coopérative de la Mayenne [83] (nedan kallat målet La Crespelle) stöd för det synsätt jag just föreslagit. La Crespelle avsåg frågan huruvida det franska systemet med regionala semineringscentrum, där varje centrum åtnjöt ett monopol avseende seminering av djur inom sitt tilldelade geografiska område, var förenligt med artiklarna 5, 86 och 90.1 i fördraget. Det påstådda missbruket bestod huvudsakligen i att semineringscentrumen debiterade uppfödare orimliga priser, särskilt när de senare efterfrågade sperma från andra centrum. Domstolen formulerade frågan såsom huruvida sådant påstått missbrukande beteende kunde ses som "den *direkta följden* av den nationella lagen". [84] Samtidigt som den noterade att den franska lagstiftningen tillät inseminеringscentrumen att debitera uppfödare "de extra kostnader som [val av sperma från andra centrum] medförde", ansåg domstolen att "... uppgiften att beräkna dessa kostnader" inte utgjorde en åtgärd som skulle "föranleda centrumen att debitera oproportionerliga kostnader och därigenom missbruka sin dominerande

83 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-323/93 (REG 1994, s. I-5077).

84 — Ibidem, punkt 20 (min kursivering). På Irland ifrågasattes ett liknande regionalt semineringsmonopol i målet O'Neill mot The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General [1995] ICLR 494 (High Court). Sökanden hade nekats licens att tillhandahålla en omfattande semineringstjänst på grund av att ministerns policy var att bara bevilja en sådan licens för vart och ett av de nio områden som landet hade indelats i. O'Neill ville få fastställt att det regionala monopolsystemet var oförenligt med bland annat artiklarna 85, 86 och 90 i fördraget. Domaren Budd vägrade att bifalla yrkandet eftersom han, vid en noggrann granskning av domstolens rättspraxis, särskilt målen Höfner och Elser och La Crespelle, inte ansåg det styrkt att de exklusiva licensinnehavarna hade missbrukat sin dominerande ställning som en direkt följd av att de hade beviljats licens eller att de, genom att enbart utöva sina exklusiva rättigheter, var oförmögna att undvika sådant missbruk; se [1995] ICLR 494, s. 548—556. Denna dom ändrades den 14 maj 1997 av Supreme Court på en rent nationell rättslig grund.

ställning". [85] Därav följer enligt min uppfattning att det inte är tillräckligt för att en överträdelse av artikel 90.1 i fördraget, jämförd med artikel 86, skall uppstå att den som enligt nationell rätt innehar en exklusiv rättighet på grund av sin därav följande dominans kan utöva missbruk, om inte monopolsystemet i sig tvingar eller starkt uppmuntrar missbruket genom att vara direkt knutet till och ansvarigt för det.

iii) Det påstådda missbruket i det förevarande fallet

67. Det är lämpligt att först notera att den nationella domstolen vad avser den tredje frågan inte har urskilt något särskilt missbruk som det ombildade bolaget i La Spezias hamn anklagas för. [86] Däremot har olika påståenden framförts i de yttranden som ingivits. Frankrike har således anfört att det de facto förekommer ett missbruk närliggande det i målet Porto di Genova, medan de tilltalade och kommissionen har nämnt olika tänkbara missbruk. Med beaktande av den behörighetsfördelning som finns mellan domstolen och nationella domstolar i förfaranden enligt artikel 177 är det naturligtvis den nationella domstolen som skall fastställa huruvida något av de påstådda missbruken faktiskt har ägt rum.

68. På grundval av den information som domstolen har erhållit förefaller det inte som om det monopol som beviljats de ombildade bolagen i La Spezias hamn är sådant att enbart dess utövande eller genomförande, genom åtal i de brottmål som är anhängiga vid den nationella domstolen, i sig kan anses utgöra ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget som Italien är ansvarig för. Den omorganisation av italienska hamnar som följde på domen i målet Porto di Genova tillät terminalföretag och hamnföretag med tillstånd att anställa egen arbetskraft. Det är bara tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft som förbehålls de ombildade bolagen. Oavsett de övertygande ekonomiska argument som framförts av de tilltalade i deras skriftliga yttranden avseende den påstådda större effektivitet som ett system som tillät terminalföretag att välja sina egna underleverantörer skulle ha i italienska hamnar i förhållande till det nuvarande exklusiva systemet för förmedling av tillfällig arbetskraft, förefaller det mig som om enbart en medlemsstats beviljande av en exklusiv rättighet att förmedla sådan arbetskraft inte i sig kan anses oförenligt med gemenskapsrätten.

85 — Domen i målet La Crespelle, punkterna 20 och 21. Fastän generaladvokat Gulmann i sitt förslag till avgörande i målet La Crespelle ansåg att ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 skulle uppstå, om betalning krävdes för fiktiva utgifter, ansåg han inte att risken för missbruk var av sådan natur att den skulle göra rätten att begära betalning för extrautgifter i sig oförenlig med medlemsstatens skyldigheter enligt fördraget (se punkt 36). Tvärtom ansåg han att "[d]et inte [fanns] något i de franska reglerna som skulle föranleda centrumen att agera på det sättet" (se punkt 43). Om oberättigade extrautgifter debiterades skulle således det berörda centrumet ensamt vara potentiellt ansvarigt enligt artikel 86.

86 — I begäran om förhandsavgörande i målet Porto di Genova beskrev den nationella domstolen vissa omständigheter som skulle kunna utgöra missbruk av särskilt Compagnia: se punkt 19 i domen och punkt 18 i generaladvokat van Gervens förslag till avgörande. I det förevarande fallet är det, å andra sidan, enbart i den andra frågan som den nationella domstolen hänför sig (se punkt 49 ovan) till ett möjligt missbruk hos LSCT av dess ställning som terminalföretag i La Spezias hamn.

För att missbruk som kunde tillskrivas staten skulle förekomma i det förevarande fallet skulle det därför, med ett undantag, behöva höra samman med det faktiska genomförandet av det ändrade regelsystemet som infördes genom 1994 års lag.

69. De ifrågavarande kategorierna av möjligt missbruk kan för enkelhetens skull beskrivas i termer av tillräcklighet och lämplighet med avseende på de tjänster som tillhandahålls av de ombildade bolagen och kostnaderna för deras tjänster. Jag skall separat avhandla lämpligheten i att tillåta de ombildade bolagen att även konkurrera med terminalföretag och hamnföretag med tillstånd avseende utförandet av hamntjänster. Fastän det är denna sista aspekt av systemet, som inrättades genom 1994 års lag, som mer än någon annan aspekt särskiljer det förevarande fallet från målet Porto di Genova, skall jag inledningsvis beakta de två första breda kategorierna av möjligt missbruk som nämnst ovan, vilka erinrar om omständigheterna i det tidigare målet.

70. Avseende de två första kategorierna hävdar de tilltalade att det faktum att det samarbete som ifrågasatts i åtalet i det nationella målet uppstod över huvud taget tyder på att de olika tillåtna hamnföretagen i La Spezia kan tillhandahålla både billigare och kvalitativt bättre tjänster åt LSCT än de ombildade bolagen. Det har även hävdats att det ombildade bolaget inte kan tillgodose efterfrågan. Dessa påståenden har inte, åtminstone inte direkt, motsagts av Italien. Även om det är den nationella domstolen som slutligen skall fastställa deras sanningshalt, kan följande synpunkter ges som stöd.

71. Domstolen har inte informerats om huruvida bestämmelserna i artiklarna 112 i sjöfartslagen och 203 i förordningen (se punkt 4 ovan), genom vilka hamnmyndigheten faktiskt fastställde avgifterna, har bibehållits genom 1994 års lag. Den har heller inte underrättats om huruvida det nu förekommer några bestämmelser eller regler som tvingar det ombildade bolaget att använda den moderna utrustning som åtminstone Compagnia i Genuas hamn inte ville använda. I detta avseende skall det erinras om att de ombildade bolagen är tvungna att återanställa så många som möjligt av de hamnarbetare som tidigare var anställda hos hamnbolagen och att tidigare arbetsvanor således kan fortsätta. Domstolen har praktiskt taget inte någon information om kapaciteten hos det ombildade bolaget i La Spezias hamn att tillgodose efterfrågan, frånsett vissa hänvisningar till uppsägningar som nyligen skett bland sådana företag som gjordes av det ombud som företrädde Italien vid förhandlingen. [87] Om tillgången på arbetskraft skulle vara otillräcklig, skulle den otillräckligheten enligt min mening behöva gå så långt som i målet Höfner och Elser för att

87 — Det ombildade bolaget kan fortfarande ha tillräckligt många anställda, på permanent eller tillfällig basis, för att snabbt kunna tillfredsställa efterfrågan på arbetskraft från terminalföretag eller hamnföretag med tillstånd, närhelst den uppstår och på icke diskriminerande grund. Domstolen har emellertid inte erhållit någon information avseende det system med tillfällig anställning som avses i artikel 23 i 1994 års lag; se fotnot 25 och punkt 38 ovan.

aktualisera statens ansvar. Liknande överväganden skulle vara tillämpliga på antydda brister i fråga om vederbörligen utbildad personal eller lämplig utrustning. Den nationella domstolen skulle sammanfattningsvis behöva finna ett direkt orsakssamband mellan missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, vars förekomst den slutligen skall fastställa, och de rättigheter som beviljats de ombildade bolagen genom 1994 års lag.

72. Jag är i vart fall övertygad om att den mest stötande aspekten, hos ett regelsystem såsom det som inrättats genom 1994 års lag, vid en konsekvent tillämpning av artiklarna 90.1 och 86 i fördraget, måste vara den dubbla roll som de ombildade bolagen beviljats. Det förefaller mig oundvikligt att ett bolag, som inte bara beviljats en exklusiv rättighet att tillhandahålla tillfällig arbetskraft utan som samtidigt har tillåtits, tydligen utan att ens behöva uppfylla de normala kraven i artiklarna 16 och 18 i 1994 års lag, att konkurrera med terminalföretag och hamnföretag med tillstånd på marknaden för tillhandahållande av hamntjänster, kommer att tvingas eller känna sig starkt uppmuntrat att missbruka sin dominerande ställning. Det ombildade bolagets ställning är särskilt privilegierad när man vet att dess monopolmakt förstärks i den enda situation där dess tjänster efterfrågas av terminalföretag. Det senare har sin egen bemanning och kommer, utom vid hög efterfrågan, normalt att kunna betjäna hamnanvändare utan att anlita det ombildade bolaget. När hög efterfrågan uppstår i hamnen kommer tillgång på tillfällig arbetskraft att vara nödvändig för att terminalföretaget skall kunna tillhandahålla tjänster till alla sina kunder, eftersom det inte får använda någon outnyttjad arbetskraft hos hamnföretag med tillstånd. Samtidigt har den som har monopol på tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft frihet att tillhandahålla tjänster direkt och i konkurrens med terminalföretaget. Felet i systemet består i att ena delen av marknaden är kontrollerad, medan den andra är fri. Rent principiellt kan således det ombildade bolaget sätta ett pris för hamnanvändaren som är detsamma eller lägre än det som gäller för terminalföretaget. [88] Det senare kommer att tvingas att erbjuda tjänsten till självkostnadspris eller därunder för att kunna konkurrera. Om det ombildade bolaget också kunde förhandla om ett högre pris för slutanvändaren än det som debiteras terminalföretaget, skulle det ha möjlighet att undanhålla tjänster (det har förmodligen frihet att göra det) och ändå göra en vinst på terminalföretagets bekostnad, som inte skulle kunna söka tillfällig arbetskraft någon annanstans.

73. Den privilegierade ställning som det ombildade bolaget åtnjuter enligt 1994 års lag påminner enligt min mening om den som hade tilldelats innehavaren av det grekiska radio- och televisionsmonopolet i målet ERT. I det målet fann domstolen att "artikel 90.1 i fördraget förbjuder beviljandet av

88 — Det skall emellertid anmärkas att domstolen inte har erhållit någon information om det pris som det ombildade bolaget i La Spezias hamn faktiskt uttagit, eller metoden för dess beräkning. Till exempel har domstolen således inte informerats (såsom anmärkts i punkt 71 ovan) om huruvida artikel 112 i lagen och artikel 203 i förordningen fortfarande är tillämpliga eller är tillämpliga i ändrad form: se punkt 4 och fotnot 8 ovan.

en exklusiv rättighet till sändningar, när de rättigheterna är benägna att skapa en situation i vilken det företaget förleds att överträda artikel 86 i fördraget genom en diskriminerande sändningspolicy som favoriserar de egna programmen". [89]

företaget som beviljats den exklusiva rättigheten.

C — *Den andra frågan*

74. På grundval av den information som domstolen har erhållit anser jag att sådan nationell lagstiftning som 1994 års lag, som beviljar ett företag den exklusiva rättigheten att tillhandahålla andra företag som tillåts utföra hamntjänster åt hamnanvändare tillfällig arbetskraft, på villkor som fritt fastställs av det företaget, i en hamn av den storlek och betydelse i handelstermer som La Spezias, direkt skulle kunna tvinga eller starkt uppmuntra företaget som har denna rättighet att överträda artikel 86 i fördraget. Sådant tvång eller sådan uppmuntran uppstår när det företag som är innehavare även de jure eller de facto ges undantag från de vanliga nationella regler som styr beviljandet av tillstånd avseende tillhandahållande av hamntjänster till hamnanvändare att utföra sådana tjänster åt sig själv i konkurrens med andra företag, som har beviljats tillstånd i enlighet med de ovannämnda nationella reglerna men som bara får anlita tillfällig arbetskraft från

75. Av de skäl som angivits särskilt i punkt 67—74 ovan anser jag att ett sådant system med exklusiv förmedling av tillfällig arbetskraft som det som inrättats genom 1994 års lag i italienska hamnar är oförenligt med artikel 90.1 jämfört med artikel 86 i fördraget. Ett sådant synsätt skulle, om det accepterades av domstolen, enligt min mening inte i sig ifrågasätta det principiellt förenliga i att bevilja undantag från ett generellt förbud i nationell lagstiftning, såsom det avseende privat arbetsförmedling enligt 1960 års lag i Italien. Det skulle däremot, under omständigheterna i det förevarande målet, enligt min mening hindra både italienska myndigheter och ombildade bolag från att själva åberopa exklusiviteten i det undantag som ges i 1994 års lag, särskilt gentemot ett terminalföretag som önskar utföra hamntjänster på samma konkurrensmässiga villkor som det ombildade bolaget, med förbehåll förstås för rätten för de vederbörliga italienska myndigheterna att säkerställa att alla de företag som ges undantag följer de relevanta bestämmelserna i italiensk arbetsskyddslagstiftning. Jag anser således inte att det i det förevarande målet är nödvändigt att behandla de spörsmål som väcks i den andra frågan, för att kunna ge ett användbart svar till den nationella domstolen.

89 — Den ovannämnda domen, punkt 37. Domstolen uttalade på liknande sätt, i punkt 51 i domen i målet Frankrike mot kommissionen, nämnt i fotnot 73 ovan, att om en ekonomisk aktör fick i uppgift att typgodkänna utrustning som skulle användas av denne själv och dennes konkurrenter skulle det "innebära" att aktören gavs "en uppenbar fördel framför sina konkurrenter".

VII — Förslag till avgörande

76. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan föreslår jag att följande svar ges på de frågor som hänskjutits av Pretura circondariale di La Spezia:

1) Avseende den första frågan föreslår jag följande svar:

Artikel 59 i fördraget hindrar nationell lagstiftning som förbjuder ett företag som fått tillstånd att driva en hamnterminal att ta i anspråk tjänster från andra företag som tillåts bedriva verksamhet i hamnar, med undantag för sådana ombildade hamnbolag som var i fråga i mål C-179/90 Merci Convenzionali Porto di Genova, för att tillhandahålla hamntjänster åt hamnanvändare som är etablerade i andra medlemsstater, om det inte kan fastställas att beviljandet av en sådan exklusiv rättighet till de berörda ombildade bolagen är nödvändigt och lämpligt för att skydda hamnarbetare i italienska hamnar.

I vart fall är nationella regler — som å ena sidan förbehåller sådana ombildade bolag, som alla tidigare var etablerade som hamnbolag i den berörda medlemsstaten och bara anställde hamnarbetare som var medborgare i den staten, tillhandahållandet av tillfällig arbetskraft och å andra sidan nu tvingar dessa företag att med förtur återanställa dessa hamnarbetare — diskriminerande på grund av nationalitet gentemot icke italienska hamnarbetare som vill söka anställning i italienska hamnar. De är således oförenliga med artikel 48 i fördraget om de inte är befogade på någon av de icke ekonomiska grunder som anges i artikel 48.3.

2) Om domstolen inte skulle hålla med om det ovan avgivna förslaget avseende den första frågan, föreslår jag att den inte besvarar den

andra frågan utan i stället besvarar den tredje frågan enligt följande:

Artikel 90.1 i fördraget, jämförd med artikel 86 i fördraget, hindrar nationella regler enligt vilka ett företag som tillåts bedriva hamnverksamhet för hamnanvändares räkning beviljas en exklusiv rättighet, på villkor som det har frihet att fastställa, att tillhandahålla tillfällig arbetskraft åt andra företag som har tillstånd att tillhandahålla liknande hamntjänster åt användare av en hamn av den storlek och betydelse för handeln inom gemenskapen som hamnen i La Spezia i Italien.