KOMMISSIONEN MOD LUXEMBOURG

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 5. marts 1996 *

Indhold

I — Sagens retlige baggrund ..... I - 3211

A — Fællesskabsbestemmelserne ..... I - 3211

B — Domstolens praksis ..... I - 3212

C — Kommissionens indsats ..... I - 3215

D — National ret ..... I - 3217

1) Undervisning i offentlige institutioner ..... I - 3217

2) Forskning med civile formål ..... I - 3217

3) Offentlige sundhedsvæsen ..... I - 3218

4) Société nationale des chemins de fer luxembourgeois (herefter »SNCFL«) (de luxembourgske jernbaner) ..... I - 3218

5) Offentlig transport i og mellem byer ..... I - 3219

6) Post- og telekommunikationsvæsenet ..... I - 3219

7) Distribution af vand, gas og elektricitet ..... I - 3219

II — Afvisningspåstanden ..... I - 3220

III — Traktatbrud ..... I - 3222

A — Domstolens praksis ..... I - 3222

1) Skal retspraksis ændres? ..... I - 3223

2) Bekræfter retspraksis princippet om, at stillingerne skal undersøges enkeltvis? ..... I - 3224

3) Skal de nationale offentlige myndigheder begrunde undtagelsen ab initio i samtlige sektorer, eller skal der sondres alt efter sektor? ..... I - 3226

a) Spørgsmålet om en sondring på grundlag af aktivitetsområderne ..... I - 3227

b) Hovedlinjerne for en sondring på grundlag af sektorer ..... I - 3231

* Originalsprog: fransk.

B — Anvendelsen af den valgte sondring ..... I - 3235

1) En undersøgelse af de af Kommissionens stævning omhandlede aktivitetsområder ..... I - 3235

2) De af sagsøgte anførte anbringender ..... I - 3236

a) Artikel 11 i Storhertugdømmet Luxembourgs grundlov af 17. oktober 1868 ..... I - 3236

b) Artikel 13 i den europæiske bosættelseskonvention ..... I - 3237

c) Artikel 61 i traktaten om oprettelse af Den Økonomiske Union Benelux ..... I - 3239

d) Artikel 2 i protokollen af 25. marts 1957 vedrørende Storhertugdømmet Luxembourg ..... I - 3243

IV — Begæring om frist ..... I - 3245

1. Under denne traktatbrudssag, som Kommissionen har anlagt den 17. december 1993, har den nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Storhertugdømmet Luxembourg har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til EØF-traktatens artikel 48 [1] og artikel 1 og 7 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, ved at opretholde et krav om luxembourgsk statsborgerskab over for arbejdstagere fra andre medlemsstater som betingelse for adgang til stillinger som tjenestemand eller offentligt ansat inden for områderne forskning, uddannelse, sundhed, transport over land, postvæsen og telekommunikation samt vand-, gas- og elektricitetsforsyning [2].

— Storhertugdømmet Luxembourg dømmes til at betale sagens omkostninger.

2. Sagsøgte har på det kraftigste taget til genmæle. Sagsøgte har for det første nedlagt en afvisningspåstand og påstår for så vidt angår sagens realitet frifindelse.

3. Denne sag samt de to øvrige, som Domstolen skal pådømme [3], synes at give den mulighed for at vælge mellem flere løsninger. Såfremt sagen antages til realitetsbehandling,

1 — Stævningen henviser med føje til artikel 48 i EØF-traktaten og ikke til *EF-traktaten*, da de begrundede udtalelser blev afgivet før den 1. november 1993, hvor traktaten om Den Europæiske Union trådte i kraft, og en eventuel tilsidesættelse af de forpligtelser, som følger af artikel 48, skal i princippet vurderes på tidspunktet for de nævnte begrundede udtalelser. Forskellen i formuleringen er rent formel, for så vidt som artikel 48 ikke er ændret. En sådan forskel kunne derimod få konsekvenser for realiteten, såfremt den i stævningen nævnte tekst var blevet ændret.

2 — EFT 1968 II, s. 467.

3 — Jf. særskilte forslag til afgørelse af dags dato i sagerne Kommissionen mod Belgien (sag C-173/94) og Kommissionen mod Grækenland (sag C-290/94).

vil Domstolen skulle gøre status over gældende retspraksis og udlede konsekvenserne heraf, for så vidt angår den undtagelse for arbejdstagernes frie bevægelighed, der er indeholdt i traktatens artikel 48, stk. 4. Hvad angår realiteten opfordrer Storhertugdømmet Luxembourg udtrykkeligt Domstolen til at ændre praksis vedrørende definitionen af begrebet »den offentlige administration«, som er indeholdt i denne bestemmelse og subsidiært, at afvise en undersøgelse sektor efter sektor til fordel for en undersøgelse af de enkelte stillinger.

4. Jeg skal først redegøre for sagens retlige baggrund (I). Derefter undersøges den af Storhertugdømmet Luxembourg fremsatte afvisningspåstand (II), og hvorvidt traktatbrudssøgsmålet er berettiget (III). Endelig undersøges sagsøgtes begæring om en frist (IV).

I — Sagens retlige baggrund

5. Efter en gennemgang af de af Kommissionen påberåbte fællesskabsbestemmelser (A) vil jeg gøre status over Domstolens retspraksis på området (B). På grundlag af denne retspraksis har Kommissionen besluttet at gøre en »systematisk indsats« (C), som har ført til en anfægtelse af forskellige bestemmelser i luxembourgsk ret (D).

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

6. Traktatens artikel 48, stk. 1, 2 og 3, fastslår princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed og det hertil knyttede krav om afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår.

7. I artikel 48, stk. 4, bestemmes:

»Bestemmelserne i denne artikel gælder ikke for ansættelser i den offentlige administration.«

8. I artikel 1 i forordning nr. 1612/68 bestemmes for så vidt angår adgang til beskæftigelse:

»1. Enhver statsborger i en medlemsstat har uanset bopæl ret til at tage og udøve lønnet beskæftigelse på en anden medlemsstats område i overensstemmelse med de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der gælder for arbejdstagere, der er statsborgere i denne stat.

2. Han har på en anden medlemsstats område navnlig samme fortrinsstilling som statsborgere i denne stat med hensyn til adgangen til ledige stillinger.«

9. I artikel 7, stk. 1 og 2, i samme forordning bestemmes for så vidt angår udøvelse af beskæftigelse og ligestilling:

»1. En arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, må ikke på grund af sin nationalitet behandles anderledes på de øvrige medlemsstaters område end indenlandske arbejdstagere med hensyn til beskæftigelses- og arbejdsvilkår, navnlig for så vidt angår aflønning, afskedigelse og, i tilfælde af arbejdsløshed, genoptagelse af beskæftigelse i faget eller genansættelse.

2. Arbejdstageren nyder samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.«

B — *Domstolens praksis*

10. I Sotgiu-dommen [4] af 12. februar 1974 har Domstolen fastslået [5], at: »Når man tager hensyn til, at princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed og ligestilling inden for Fællesskabet er grundlæggende i traktatens system, kan de afvigelser, som tillades af artikel 48, stk. 4, ikke tillægges en rækkevidde, som går ud over det mål, som denne undtagelsesbestemmelse skal tjene.«

11. Domstolen har således anlagt en *snæver* fortolkning af denne bestemmelse [6].

12. Med henblik på at præcisere rækkevidden af undtagelsen har Domstolen tilføjet [7]:

»... da der ikke er nogen sondring i den nævnte bestemmelse, er det uden interesse, om arbejdstageren er ansat som arbejder, funktionær eller tjenestemand og endvidere, om ansættelsesforholdet henhører under den offentlige ret eller privatretten;

disse juridiske kriterier er forskellige, alt efter de nationale retssystemer, og kan følgelig ikke yde et fortolkningsbidrag, som kan opfylde fællesskabsrettens krav.«

4 — Sag 152/73, Sml. s. 153.

5 — Præmis 4.

6 — Jf. ligeledes dom af 16.6.1987, sag 225/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2625, præmis 7.

7 — Ovennævnte Sotgiu-dom, præmis 5.

13. I dom af 17. december 1980, Kommissionen mod Belgien [8], har Domstolen fremhævet [9]:

»... begrebet 'offentlig administration' efter dets betydning i artikel 48, stk. 4 ... må fortolkes og anvendes ensartet i hele Fællesskabet.

...

... afgrænsningen af begrebet 'offentlig administration' i artikel 48, stk. 4's forstand [kan] ikke overlades til medlemsstaternes ganske frie skøn.«

14. Begrebet offentlig administration henhører således under fællesskabsretten.

15. I samme sag, Kommissionen mod Belgien, har Domstolen fastslået [10]:

»Anvendelsesområdet for samme artikels tre første stykker kommer [via artikel 48, stk. 4,] ikke til at omfatte en *række stillinger, der indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, som skal sikre statens eller de andre offentlige kollektive enheders almene interesser.* Sådanne stillinger forudsætter nemlig, at indehaverne føler en særlig solidaritet med staten, og at der består gensidige rettigheder og pligter, som er grundlaget for nationalitetsbåndet.«

16. Der er således anlagt en *funktionel* definition [11] af beskæftigelse i den offentlige administration.

17. Domstolen har således afvist en *organisk* definition af begrebet offentlig administration, idet den understreger, at »... Under disse omstændigheder ville man, hvis man lod undtagelsen i artikel 48, stk. 4, omfatte stillinger, som uanset deres placering under staten eller andre offentlige organer dog ikke indebærer deltagelse i opgaver, der henhører under den egentlige administration, bevirke, at traktatens principper ikke kom til at gælde for et betragteligt antal stillinger, og at der opstod uligheder mellem medlemsstaterne på grund af de forskelle, som karakteriserer dels statsorganisationen, dels organisationen af visse af det økonomiske livs sektorer« [12].

8 — Sag 149/79, Sml. s. 3881.

9 — Præmis 12 og 18.

10 — Præmis 10, min fremhævelse.

11 — En betegnelse, der udtrykkeligt er anvendt i dom af 3.6.1986, sag 307/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1725, præmis 12: »... kriteriet for at anvende traktatens artikel 48, stk. 4, skal være funktionelt ...«.

12 — Ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 11.

18. Den restriktive karakter af undtagelsen i artikel 48, stk. 4, er forstærket af de to kumulative betingelser, som er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed *og* de opgaver, der skal sikre statens eller andre offentlige organers almene interesser. En tidligere dom erstatter konjunktionen »og« med »eller« [13]. Imidlertid er kravet om en kumulation af de to betingelser blevet fastholdt i domme afsagt før og efter denne dom [14]. Storhertugdømmet Luxembourgs påstand, hvorefter de to betingelser efter Domstolens retspraksis er alternativer, synes derfor ikke begrundet.

19. I nævnte dom af 17. december 1980, Kommissionen mod Belgien, bekræftede Domstolen ligeledes undtagelsens restriktive karakter ved at udelukke, at man kan forbyde statsborgere fra andre medlemsstater adgang til samtlige stillinger, som henhører under staten eller offentlige organer med den begrundelse, at den nye stilling, som arbejdstageren kan komme til at bestride som følge af forfremmelse eller forflyttelse, kan indeholde opgaver og ansvarsområder, som henhører under den offentlige administration [15]:

»... det forhold, at artikel 48, stk. 4, ved at omfatte de stillinger, som indebærer udøvelse af offentlig myndighed og tildeling af ansvar for varetagelse af statens almene interesser, gør det muligt for medlemsstaterne ved egnede bestemmelser at forbeholde deres egne statsborgere adgangen til stillinger, som indebærer udøvelse af en sådan myndighed og et sådant ansvar inden for én og samme karriere, tjenestegren eller tjenestegruppe.

... [den] fortolkning ... medfører at statsborgere [fra andre medlemsstater] *udelukkes fra samtlige stillinger i den offentlige administration*. Herved sker der en begrænsning af deres rettigheder, som går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre respekten for de mål, der forfølges af denne bestemmelse ...«.

20. Sammenfattende kan det udledes af Domstolens praksis:

— at nationalitetskravet ikke kan gøres gældende ved adgangen til stillinger, der ikke indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, som skal sikre statens eller de andre offentlige kollektive enheders almene interesser. For så vidt angår disse stillinger, bør princippet om fri bevægelighed for arbejdstagere anvendes

13 — Ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 9.

14 — Ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 12; dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 27, af 30.5.1989, sag 33/88, Allué og Coonan, Sml. s. 1591, præmis 7, samt punkt 12 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse, hvori konjunktionen »og« fremhæves, og dom af 27.11.1991, sag C-4/91, Bleis, Sml. I, s. 5627, præmis 6, *der tydeligt*, ud over ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Belgien, *henviser til ligeledes nævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien, som præcedensskabende hvad angår den kumulative karakter af de to betingelser*.

15 — Præmis 21 og 22, min fremhævelse.

— at nationalitetskravet ej heller kan gøres gældende ved adgangen til stillinger, der fra starten af ikke opfylder de i artikel 48, stk. 4, indeholdte krav, men hvor arbejdstageren som følge af forfremmelse eller forflyttelse vil kunne komme til at få opgaver og ansvarsområder inden for selve den offentlige administration; medlemsstaterne kan kun forbeholde disse opgaver og ansvarsområder for egne statsborgere.

21. Domstolen har allerede udtalt, at følgende stillinger ikke henhører under den i artikel 48, stk. 4, indeholdte undtagelse:

— Postvæsenet: arbejder [16]

— Jernbanerne: rangerarbejder, læssearbejder, lokomotivfører, sporlægger, sporskifter, rengøringsmedarbejder, ufaglært maler, saddelmager, lampist, vikler, nattevagt, rengøringsmedarbejder, kantinemedarbejder, ufaglært værkstedsarbejder [17]

— Kommuner: snedker, gartnermedhjælper, sygeplejerske, barneplejerske, tilsynsførende, sygeplejerske i vuggestuer, elektriker, blikkenslager [18]

— Offentlige hospitaler: sygeplejerske [19]

— Offentlig undervisning: lærerkandidat [20], gymnasielærer [21], universitetslektorer i fremmedsprog [22]

— Forskning med civile formål: forsker [23].

C — *Kommissionens indsats*

22. Nærværende tvist indgår i slutfasen af en »systematisk indsats« fra Kommissionens side på grundlag af meddelelse 88/C 72/02 [24].

16 — Forudsætningsvis i den nævnte Sotgiu-dom, præmis 4, fjerde afsnit.

17 — Dom af 26.5.1982, sag 149/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1845.

18 — A.st.

19 — Nævnte dom i sagen Kommissionen mod Frankrig.

20 — Nævnte Lawrie-Blum-dom.

21 — Nævnte Bleis-dom.

22 — Nævnte Allué og Coonan-dom.

23 — Nævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien.

24 — Fri bevægelighed for arbejdstagerne og adgang til stillinger i den offentlige administration i medlemsstaterne — Kommissionens indsats i forbindelse med anvendelsen af artikel 48, stk. 4, i EØF-traktaten (EFT 1988 C 72, s. 2).

23. Denne indsats havde til formål at fjerne de restriktioner, som var baseret på nationalitet, og som i medlemsstaterne på baggrund af traktatens artikel 48, stk. 4, udelukkede arbejdstagere fra de øvrige medlemsstater fra stillinger i visse bestemte offentlige hverv.

24. Indsatsen skulle primært angå følgende sektorer:

— organer, der har til opgave at forvalte en tjeneste med kommercielt sigte (f.eks. offentlig transport, distribution af elektricitet og gas, luftfartsselskaber og færgeruter, postvæsen og telekommunikation, radio- og tv-selskaber)

— de operationelle dele af det offentlige sundhedsvæsen

— undervisning i offentlige uddannelsesinstitutioner

— forskning med civile formål i offentlige institutioner.

25. Kommissionen har anført, at de opgaver og det ansvar, der karakteriserer stillinger inden for disse områder, generelt ligger for langt uden for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, som defineret af Domstolen. Kun i helt særlige tilfælde kan de anses for omfattet af undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4. Ifølge Kommissionen gælder det for samtlige disse stillinger, at de enten også udøves i den private sektor, hvor artikel 48, stk. 4, ikke finder anvendelse, eller at de også vil kunne udøves i den offentlige sektor uden krav om en bestemt nationalitet.

26. Kommissionen tilkendegav, at den ville meddele de pågældende medlemsstater resultaterne af sine undersøgelser af de udvalgte sektorer og anmode dem om at give statsborgere fra andre medlemsstater adgang til stillinger på disse områder. Kommissionen regnede med medlemsstaternes fulde samarbejde med henblik på så vidt muligt at undgå tvister. Kommissionen forbeholdt sig ret til at anlægge traktatbrudssag, såfremt det viste sig nødvendigt.

27. Efter at have udvekslet synspunkter med medlemsstaterne kunne Kommissionen fastslå, at de fleste af disse havde truffet lovmæssige og/eller administrative foranstaltninger med henblik på at tilpasse deres nationale ret til fællesskabsrettens krav, men at tre medlemsstater hverken havde påbegyndt eller tilendebragt en sådan lovgivningsproces.

28. Kommissionen har følgelig besluttet at anlægge traktatbrudssag mod hver af disse

tre medlemsstater, hvoraf Storhertugdømmet Luxembourg er den ene [25].

D — *National ret*

29. Det fremgår af sagens akter, at der på nedenstående betingelser kræves luxembourgsk statsborgerskab for at få adgang til de i stævningen omhandlede stillinger.

1) Undervisning i offentlige institutioner

30. Undervisningen i børnehaveklassen, underskolen, overbygningen, gymnasiet, teknisk gymnasium og i de højere læreanstalter henhører under Undervisningsministeriet, og hvad angår undervisning på børnehaveklasse- og underskoleniveau henhører den tillige under kommunalforvaltningen.

31. Denne administrations ansatte er primært tjenestemænd og stats- eller kommunalt ansatte. For tjenestemænd og statsansatte kræves der luxembourgsk statsborgerskab i henholdsvis artikel 2 i »loi fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat« (»lov om den almindelige vedtægt for statstjenestemænd«) af 16. april 1979 og i artikel 3 i »loi fixant le régime des employés de l'État« (»lov om regler for statsansatte«) af 27. januar 1972. For tjenestemænd og kommunalt ansatte er denne betingelse nævnt i henholdsvis artikel 2 i »loi fixant le statut général des fonctionnaires communaux« (»lov om almindelig vedtægt for kommunale tjenestemænd«) af 24. december 1985 og i artikel 3 i »règlement grand-ducal portant assimilation du régime des employés communaux à celui des employés de l'État« (»storhertugelig anordning om tilpasning af vilkårene for kommunalt ansatte til vilkårene for statsansatte«) af 26. maj 1975.

32. Som undtagelse bestemmes det i artikel 4 i lov af 11. februar 1974, at undervisningspersonalet ved »Centre Universitaire« i Luxembourg kan have luxembourgsk eller et andet statsborgerskab.

33. I øvrigt kræves der ikke luxembourgsk statsborgerskab i forbindelse med ansættelse af privatansatte og arbejdere i den luxembourgske offentlige undervisningssektor.

2) Forskning med civile formål

34. I artikel 4 i lov af 9. marts 1987 bestemmes, at den pågældende minister kan ansætte forskere, teknisk og administrativt personale ved offentlige institutioner, tjenestegrene

25 — Jf. note 3 for henvisninger til de to øvrige sager.

eller højere læreanstalter eller universiteter, der ved storhertugelig anordning har ret til at udøve sådanne aktiviteter, med henblik på forskning og udvikling. Ansættelsesperioden vil være på højst to år, men kan genforhandles inden for de pågældende opgavers varighed.

35. I medfør af artikel 5 i samme lov kan statsborgere fra andre medlemsstater få adgang til forskningsstillinger i form af uddannelses- og forskningsstipendier i forbindelse med en udstationering fra deres arbejdsgiver eller endelig i form af en privatretlig kontraktansættelse.

36. Inden for rammerne af ovennævnte artikel 4 er de restriktioner, der gælder for statsborgere fra andre medlemsstater, indirekte, idet disse statsborgere kan kun få adgang til forskningsstillinger i det omfang, hvori den offentlige institution eller tjenestegren eller den højere læreanstalt eller det universitet, der ansætter dem, undtagelsesvis ikke stiller krav om luxembourgsk statsborgerskab.

3) Offentlige sundhedsvæsen

37. Samtlige institutioner og tjenestegrene under Sundhedsministeriet, det vil sige »la direction de la Santé«, den medico-socioterapeutiske virksomhed, Statslaboratoriet for sundhed, neuropsykiatrisk statshospital samt statens plejehjem er underlagt de samme regler, som gælder for de øvrige statslige tjenestegrene. Kravet om luxembourgsk statsborgerskab følger af de nævnte bestemmelser i den almindelige vedtægt for statstjenestemænd.

38. »Centre Hospitalier« i Luxembourg er en offentlig institution, der administreres som en privat virksomhed. Der stilles ikke noget krav om luxembourgsk statsborgerskab i forhold til dets personale.

39. Derimod er de sygehuse, som henhører under kommunerne, underlagt samme regler som de statsejede institutioner, og følgelig stilles der ligeledes krav om luxembourgsk statsborgerskab.

4) Société nationale des chemins de fer luxembourgeois (herefter »SNCFL«) (de luxembourgske jernbaner)

40. SNCFL er et offentligretligt organ. I artikel 2 i vedtægten for personalet bestemmes, at adgangen til en stilling som fastansat tjenestemand er betinget af, at ansøgeren er luxembourgsk statsborger. Denne regel kan, »... med undtagelse af tilfælde omfattet af internationale konventioner, kun fraviges, såfremt der ikke er luxembourgske ansøgere

til stillingen, dog betinget af regeringens godkendelse ...«. Den luxembourgske regering understreger, at det samme gælder for adgangen til øvrige stillinger, som ikke er omfattet af vedtægten.

41. Den overenskomst, der gælder for hjælpeansatte, indeholder ligeledes et krav om luxembourgsk statsborgerskab.

5) Offentlig transport i og mellem byer

42. Denne trafik udføres oftest af kommunerne. Følgelig kræves der luxembourgsk statsborgerskab for adgang til stillinger som tjenestemand eller offentligt ansat i medfør af nævnte artikel 2 i lov af 24. december 1985 og artikel 3 i storhertugelig anordning af 26. maj 1975.

43. Som følge af disse regler stiller f.eks. Service d'autobus de la ville de Luxembourg, hvis ansatte primært er tjenestemænd, krav om luxembourgsk statsborgerskab for at få adgang til stillingerne.

6) Post- og telekommunikationsvæsenet

44. Post- og telekommunikationsvæsenet er ved lov af 10. august 1992 blevet omdannet til en »Post- og televirksomhed«.

45. Imidlertid bestemmes det i denne lovs artikel 24, at ansatte i denne virksomhed er underlagt »statut général des fonctionnaires et employés de l'État« (»den almindelige vedtægt for tjenestemænd og øvrige statsansatte«), således at der kræves luxembourgsk statsborgerskab for at få adgang til stillingerne.

46. Statsborgere fra andre medlemsstater kan kun ansættes som privat ansatte eller arbejdere.

7) Distribution af vand, gas og elektricitet

47. På nationalt plan varetages distribution af vand, gas og elektricitet af staten eller af koncessionerede virksomheder såsom Société grand-ducale d'électricité du Luxembourg.

48. På lokalt plan varetages disse tjenester enten af kommunerne eller af kommunesammenslutninger.

49. Som regel er disse funktioner underlagt offentligretlige regler. I medfør af nævnte bestemmelser vedrørende tjenestemænd og

statsansatte samt bestemmelser vedrørende tjenestemænd og kommunalt ansatte gælder således kravet om luxembourgsk statsborgerskab.

50. Hvis de samme funktioner derimod er underlagt privatretlige regler (f.eks. Compagnie grand-ducale d'électricité du Luxembourg), stilles der i princippet ikke noget krav om luxembourgsk statsborgerskab.

II — Afvisningspåstanden

51. Sagsøgte gør gældende, at Kommissionen ikke har givet den en tilstrækkelig lang frist til at rette sig efter de begrundede udtalelser af 14. juli 1992. Den fastsatte frist på fire måneder var åbenbart utilstrækkelig til, at Storhertugdømmet kunne gennemføre de i dette øjemed nødvendige omfattende ændringer af dets grundlov, love og administrative foranstaltninger.

52. I dom af 2. februar 1988, Kommissionen mod Belgien [26], har Domstolen fastslået [27], »... at den administrative procedure har til formål at give den berørte medlemsstat lejlighed til dels at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser dels virkningsfuldt at tage til genmæle over for Kommissionens klagepunkter«.

53. Domstolen udledte heraf [28]:

»Dette dobbelte formål indebærer et krav til Kommissionen om at fastsætte en rimelig frist for medlemsstaterne til at besvare åbningsskrivelsen og *til at efterkomme en begrundet udtalelse eller*, efter omstændighederne, *til at forberede deres forsvar. Ved afgørelsen af, om den fastsatte frist er rimelig, skal der tages hensyn til samtlige konkrete omstændigheder. Meget korte frister* kan således være begrundet i særlige forhold, bl.a. *... når den berørte medlemsstat er på det rene med Kommissionens standpunkt i god tid forud for sagen.*«

54. Storhertugdømmet Luxembourg blev, som de øvrige medlemsstater, den 18. marts 1988, hvor meddelelse 88/C 72/02 blev offentliggjort, underrettet om Kommissionens holdning angående rækkevidden af undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4, for så vidt angår de af stævningen omhandlede områder. Storhertugdømmet Luxembourg havde således fuldt kendskab til denne holdning i næsten tre år, før det modtog de seks åbningsskrivelser af 12. marts 1991, som var fremsendt i medfør af traktatens artikel 169,

26 — Sag 293/85, Sml. s. 305.
27 — Præmis 13.
28 — Præmis 14, min fremhævelse.

og som hver indrømmede modtagerstaten en frist på seks måneder til at fremsætte sine bemærkninger.

55. Allerede den 30. oktober 1990 havde Storhertugdømmet Luxembourg, uafhængigt af noget traktatbrudssøgsmål, fremsat sine bemærkninger til denne indsats over for Kommissionen.

56. Det fik reelt en frist på næsten 14 måneder til at besvare åbningsskrivelserne.

57. I dette svar af 4. maj 1992 anførte det:

»Efter at have gennemgået og undersøgt de af Kommissionen påberåbte argumenter nærmere, har regeringen besluttet at *opretholde det synspunkt, som den meddelte Kommissionen den 30. oktober 1990.*

Den finder, at arbejdstagernes frie bevægelighed allerede i vidt omfang er sikret på de særlige områder, som Kommissionens indsats vedrører« [29].

29 — Min fremhævelse.

58. I »Den luxembourgske regerings stillingtagen«, et yderst velbegrundet dokument, konkluderes det:

»Ethvert af de anførte faktiske og retlige argumenter taler for, at Luxembourg ikke på nuværende tidspunkt skal tage særlige supplerende forholdsregler med henblik på at fremme arbejdstagernes frie bevægelighed i den offentlige administration.«

59. Der gik sytten måneder mellem fremsendelsen af de begrundede udtalelser og indleveringen den 17. december 1993 af stævningen vedrørende et traktatbrud.

60. Den i de begrundede udtalelser fastsatte frist på fire måneder var ikke en »meget kort« frist i den i nævnte dom af 2. februar 1988, Kommissionen mod Belgien, omhandlede betydning, og under hensyntagen til de i sagen givne omstændigheder. Fristen er dobbelt så lang, som den to-måneders frist Kommissionen sædvanligvis indrømmer.

61. På baggrund af en analyse af nævnte dom af 2. februar 1988 må det antages, at en medlemsstat ikke kan gøre gældende, at Kommissionen har indrømmet den en

utilstrækkelig frist, når for det første denne frist var længere end de sædvanligvis indrømmede frister og når for det andet, medlemsstaten har haft fuldt kendskab til Kommissionens standpunkt i næsten tre år forud for sagsanlægget.

62. Desuden har Storhertugdømmet Luxembourg gjort gældende, at fristen på fire måneder ikke var tilstrækkelig til, at det kunne gennemføre de omfattende reformer, det blev anmodet om, skønt det havde besluttet ikke at indlede reformer, med undtagelse af en begrænset foranstaltning vedrørende jernbanerne, som det erklærede sig parat til at foretage og som kunne gennemføres inden for en firemåneders frist.

63. Storhertugdømmet gør på intet tidspunkt gældende, at Kommissionen ikke har givet det tid til at forberede sit forsvar, som er det andet formål med den administrative procedure, og som gør en »rimelig lang frist« berettiget [30]. Imidlertid må det fremhæves, at selv i denne henseende har den sagsøgte stat haft rigelig mulighed for at forberede sine indsigelser.

64. På baggrund af disse betragtninger er jeg af den opfattelse, at den af Kommissionen anlagte sag må antages til realitetsbehandling.

30 — Jf. ovenfor, punkt 51.

III — Traktatbrud

65. Som nævnt indledningsvis har Domstolen mulighed for at vælge flere veje. Der skal træffes et valg i lyset af de foreliggende perspektiver (A). Når dette valg er truffet, skal det i givet fald anvendes på den foreliggende sag under hensyntagen til dennes konkrete omstændigheder (B).

A — *Domstolens praksis*

66. Storhertugdømmet Luxembourg anmoder Domstolen om at ændre hele sin praksis (1). Subsidiært gør det gældende, at denne praksis ikke giver mulighed for at foretage en bedømmelse af hele sektorer, men altid kræver en undersøgelse af hvert enkelt tilfælde (2).

67. Efter min opfattelse bør Domstolen hverken følge sagsøgte på det første eller det andet punkt.

68. Domstolen skal således vælge mellem to logisk mulige følger af sin praksis:

— enten påhviler bevisbyrden vedrørende undtagelsen i artikel 48, stk. 4, de nationale myndigheder *inden for samtlige*

deres virkeområder og således navnlig de af stævningen omhandlede områder

— eller også skal der *sondres* mellem på den ene side de områder, der ikke er typiske for den offentlige administrations særlige virksomhed, hvor de offentlige myndigheder er pålagt en sådan opgave, og på den anden side de områder, der henhører under dens særlige virksomhed, hvor Kommissionen eller en statsborger fra en medlemsstat skal bevise, at en bestemt stilling ikke opfylder betingelserne for at udgøre en stilling inden for den offentlige administration i overensstemmelse med Domstolens praksis (3).

1) Skal retspraksis ændres?

69. Storhertugdømmet Luxembourg fremhæver, at man har ofret den funktionelle fortolkning af begrebet ansættelse i den offentlige administration »... til skade for den institutionelle fortolkning, som en række medlemsstater imidlertid har krævet« [31]. Den luxembourgske regering finder, at den funktionelle fortolkning giver anvendelsesproblemer, »hvorfor den anmoder om, at man vender tilbage til ordlyden i artikel 48, stk. 4, og at det anerkendes, at traktatens forfattere har haft til hensigt at udelukke 'stillinger', det vil sige samtlige stillinger i den offentlige administration og ikke blot en del heraf, fra princippet om arbejdstagernes frie bevægelighed« [32].

70. Den grundlæggende forudsætning for Domstolens gældende praksis ligger i at klassificere begrebet ansættelse i den offentlige administration som et fællesskabsretligt begreb.

71. Denne klassificering er foretaget på grundlag af principperne om fællesskabsrettens enhed og effektivitet, som fra begyndelsen har været retningsgivende for Domstolens fortolkning af fællesskabsretten samt opbyggelsen af Fællesskabets retsorden.

72. En ændring af retspraksis forudsætter, at Domstolen beslutter, at begrebet ansættelse i den offentlige administration henhører under national ret. Arbejdstagernes frie bevægelighed ville således ikke gælde for samtlige stillinger inden for den offentlige administration i den betydning, som dette begreb har fået i medlemsstaternes interne retsordener. Enhver medlemsstat ville ved hjælp af en bred definition af undtagelsen kunne indskrænke anvendelsesområdet for de i traktatens artikel 48 indeholdte grundlæggende principper om arbejdstagernes frie bevægelighed og ligebehandling. Disse grundlæggende principper ville kunne udøves under meget forskellige betingelser fra medlemsstat til medlemsstat og selv inden for samme stat,

31 — Svarskrift, s. 12.

32 — A.st., s. 16.

fra en periode til en anden, afhængig af i hvor høj en grad de offentlige myndigheder måtte mene, at de kan gribe ind. Den retlige kvalificering af stillingen får således en særlig betydning, hvilket Domstolen siden den nævnte Sotgiu-dom har afvist [33].

73. Det er let at forestille sig, i hvilken grad arbejdstagernes frie bevægelighed ville blive påvirket. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at der i en række medlemsstater er flere millioner ansatte i den offentlige sektor i bred forstand.

74. Et sådant tilbageskridt ville ikke være uden følger for Fællesskabets retsorden.

75. Jeg mener ikke, at Domstolen bør tage dette skridt.

2) Bekræfter retspraksis princippet om, at stillingerne skal undersøges enkeltvis?

76. Den af Kommissionen anlagte sag har den særegenhed, at der er foretaget en systematisk undersøgelse af hele sektorer, hvor enten staten eller offentlige institutioner er indblandet.

77. Ifølge sagsøgte skulle Domstolen, navnlig i nævnte domme af 17. december 1980 og 26. maj 1982, Kommissionen mod Belgien, have fastslået princippet om, at der skal foretages en undersøgelse af stillingerne enkeltvis.

78. I dom af 17. december 1980 har Domstolen ganske vist præciseret [34]:

»Det må ... undersøges, om de af stævningen omhandlede stillinger kan knyttes til begrebet 'offentlig administration' ... det er afgørende for rubriceringen, om de pågældende stillinger er eller ikke er typiske for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, når den er blevet overdraget udøvelsen af offentlig myndighed og ansvaret for varetagelsen af statens almene interesser.«

79. Domstolen har gentaget disse betragtninger i dom af 26. maj 1982 [35].

80. Jeg mener imidlertid ikke, at der findes en retspraksis, hvorefter der kræves en undersøgelse af stillingerne enkeltvis.

33 — Præmis 5.

34 — Præmis 12.

35 — Præmis 7.

81. Det bemærkes, at Domstolen i sag 149/79 for første gang skulle give en præcis definition af begrebet ansættelse i den offentlige administration. For at kunne give en sådan definition, var det nødvendigt med en pragmatisk indgangsvinkel. Endvidere anførtes det i stævningen, at Kongeriget Belgien krævede eller tillod krav om »... belgisk statsborgerskab som betingelse for ansættelse i *stillinger*, der ikke er omfattet af traktatens artikel 48, stk. 4 ...« [36]. I lyset af denne formulering *skulle* Domstolen således tage stilling til, hvorvidt de omtvistede »stillinger« var omfattet af artikel 48, stk. 4, eller ej for at kunne fastslå, om der forelå et traktatbrud. Derfor anmodede den i løbet af sagen parterne om at fremkomme med yderligere oplysninger vedrørende den pågældende liste over stillinger, og i afgørelsen af 17. december 1980 om karakteren af de opgaver, der var omfattet af disse stillinger.

82. Når Domstolen i de nævnte tidligere domme kun har vurderet enkelte stillinger og ikke hele områder, er det udelukkende, fordi den var blevet anmodet om en præjudiciel afgørelse, eller der var anlagt en traktatbrudssag omhandlende disse enkelte stillinger.

83. Domstolens indgangsvinkel synes således at være bestemt af den givne sags særlige omstændigheder snarere end af ønsket om at anvende et bestemt fortolkningsprincip.

36 — Dom af 17.12.1980, præmis 1, min fremhævelse.

84. Domstolen har ved at gøre begrebet ansættelse i den offentlige administration til et fællesskabsretligt begreb villet undgå, at arbejdstagernes frie bevægelighed og princippet om ligebehandling fortolkes forskelligt i tid og rum.

85. Ved at fastslå et princip om vurdering af de pågældende stillinger enkeltvis kunne hver medlemsstat imidlertid, for så vidt angår de områder, som er underlagt staten, gøre sin nationale definition af den offentlige administration gældende, så længe hverken Kommissionen eller en statsborger fra en anden medlemsstat har rejst indsigelser mod en eller flere bestemte stillinger.

86. Ved således at støtte sig på bevisbyrdesystemet kunne medlemsstaterne omgå princippet om den frie bevægelighed ved i vid udstrækning at indhylle sig i undtagelsens slør.

87. Det ville så påhvile Kommissionen eller statsborgerne fra andre medlemsstater *under alle omstændigheder* at bevise, at betingelserne for en *undtagelse* fra en af Fællesskabets frihedsrettigheder ikke var opfyldt. Dette ville i det mindste være i strid med reglerne om fortolkning af et princip og dets undtagelse.

88. Domstolens bidrag til gennemførelsen af en af traktatens grundlæggende friheder ville i så fald være påfaldende begrænset i betragtning af den praktiske betydning af placeringen af bevisbyrden.

89. Endelig ville en stat eller dens offentlige institutioner kun være forpligtet til at åbne deres tjenestegrene stilling for stilling som følge af sager anlagt af Kommissionen eller statsborgere fra andre medlemsstater. Det vil sige, at det ville tage årtier at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsretten.

90. Jeg deler således ikke Storhertugdømmet Luxembourgs opfattelse for så vidt angår dets gennemgang af Domstolens praksis.

91. I den foreliggende sag adskiller det anfægtede traktatbrud sig fra tidligere afgjorte sager.

92. Den sagsøgte medlemsstat bebrejdes ikke for at have afskåret adgangen for statsborgere fra andre medlemsstater til bestemte stillinger. Det bebrejdes den, at den forbyder adgangen til samtlige eller hovedparten af stillingerne i ét aktivitetsområde i stedet for at åbne dette område for den frie bevægelighed med forbehold af de udtrykkeligt afgrænsede stillinger, der er omfattet af den i retspraksis indeholdte definition af stillinger i den offentlige administration.

93. Det påståede traktatbrud skyldes således sagsøgtes fejlagtige opfattelse, idet denne har misforstået forskellen mellem et princip og en undtagelse. Som åbningsskrivelserne, de begrundede udtalelser og stævningen alle fremhæver, sikrer Kommissionens undersøgelse af hele sektorer »... medlemsstaterne mulighed for at bevise, at der for en bestemt stilling og imod al forventning er en sammenhæng med den offentlige administrations særlige virksomhed«.

3) Skal de nationale offentlige myndigheder begrunde undtagelsen ab initio i samtlige sektorer, eller skal der sondres alt efter sektor?

94. Selv om en ændring af praksis ikke synes tilrådelig, når anerkendelsen af et princip om en vurdering af stillingerne enkeltvis vil kunne udgøre en væsentlig svækkelse af Domstolens praksis, skal det stadig afgøres, hvad de logiske følger heraf er for de aktivitetsområder, der henhører under staten og de offentlige institutioner.

95. Indledningsvis skal jeg undersøge spørgsmålet om en sondring på grundlag af aktivitetsområderne (a), før jeg giver et forslag til hovedlinjerne i en sådan sondring (b).

a) Spørgsmålet om en sondring på grundlag af aktivitetsområderne

96. Som nævnt ovenfor [37] har Domstolen givet en *funktionel* definition af stillinger henhørende under den offentlige administration.

97. Man kan udlede af en funktionel tilgang til *de enkelte stillinger*, at Domstolens definition af en undtagelse fra den frie bevægelighed skal anvendes ens i forhold til samtlige de offentlige myndigheders aktivitetsområder.

98. I overensstemmelse med reglerne for anvendelse af et princip og en undtagelse herfra bør de offentlige myndigheder ab initio begrunde de påberåbte undtagelser for alle sektorers vedkommende. Statsborgere fra andre medlemsstater bør kun udelukkes fra de stillinger, som de offentlige myndigheder udtrykkeligt har anført som stillinger, der opfylder betingelserne i fællesskabsdefinitionen, med forbehold af de nationale retters og i givet fald Domstolens efterfølgende kontrol.

99. Denne undersøgelse synes tiltrækkende på det logisk juridiske plan, eftersom den fører til et enkelt ræsonnement, der kan anvendes ens for samtlige statens aktiviteter, og eftersom den respekterer såvel den regel, hvorefter undtagelserne skal fortolkes snævert, som den regel, hvorefter den, der påberåber sig undtagelsen, skal godtgøre berettigelsen heraf.

100. Det vil have den fordel, at fællesskabsstatsborgere, hvad enten de kommer fra den pågældende medlemsstat eller en anden, sikres lige adgang til størstedelen af stillingerne i alle de områder, der ligger uden for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, eftersom de i traktatens artikel 48, stk. 4, indeholdte undtagelser er fåtallige.

101. Vedrørende aktivitetsområder, der er særegne for den offentlige administration, er der imidlertid den ulempe, at de pågældende offentlige myndigheder tvinges til at revurdere en lang række undtagelser. På disse aktivitetsområder er antallet af særlige stillinger, der opfylder de retlige betingelser for ansættelse i den offentlige administration, betydeligt og langt større end det antal stillinger, der henhører under princippet om den frie bevægelighed.

37 — Punkt 16 og den dertil hørende note.

102. Et sådant krav i forhold til de offentlige myndigheder er måske ikke udtryk for en hensigtsmæssig juridisk fremgangsmåde.

103. Jeg foreslår således Domstolen ikke at følge denne fremgangsmåde, idet der er en anden mulighed, som består i at sondre sektorvis.

104. Det bemærkes, at Domstolen lige siden den første afgørelse i den nævnte sag, Kommissionen mod Belgien [38], har haft tendens til at foretage en undersøgelse sektorvis:

»Fastlæggelsen af anvendelsesområdet for artikel 48, stk. 4, rejser imidlertid særlige vanskeligheder på grund af det forhold, at det offentlige i de forskellige medlemsstater *har påtaget sig opgaver af økonomisk og social karakter eller deltager i virksomhed, der ikke kan sammenlignes med den offentlige forvaltnings typiske opgaver, men som derimod på grund af deres karakter henhører under traktatens anvendelsesområde*« [39].

105. I forbindelse med hver af de pådømte sager har Domstolen ikke undladt lejlighedsvis, *på sekundært plan*, at rejse spørgsmål om, hvorvidt en *sektors almindelige virksomhed* henhørte under forvaltningens særlige virksomhed. Hvad angår stillinger som sygeplejerske og lærer, har Domstolen f.eks. søgt afklaret, om for det første behandling, som karakteriserer den offentlige hospitalssektor, og for det andet om undervisning, som udgør kernen i den offentlige undervisningssektor, henhørte under forvaltningens særlige virksomhed.

106. Nu opfordres Domstolen udtrykkeligt til at fastslå et traktatbrud for så vidt angår hele sektorer.

107. En sådan påstand forudsætter, for at kunne imødekommes, at Domstolen udtrykkeligt godkender det princip om en undersøgelse af hele områder, som blot i 1980 blev antydet i den førstnævnte dom i sagen Kommissionen mod Belgien.

108. Jeg hælder til en sådan løsning.

109. Jeg foreslår et ræsonnement i to faser.

38 — Præmis 11, min fremhævelse.
39 — Min fremhævelse.

110. Første fase indebærer en *undersøgelse af den pågældende sektors almindelige virksomhed* samt fastlæggelsen af dens konsekvenser for bevisbyrden.

111. Den kan beskrives således:

— Såfremt en sektor henhører under forvaltningens særlige virksomhed, må det antages, at størstedelen af de stillinger, der er omfattet heraf, opfylder kravene i fællesskabsdefinitionen om ansættelse i den offentlige administration. Følgelig betragtes området umiddelbart som værende omfattet af traktatens artikel 48, stk. 4, og Kommissionen eller en statsborger fra en anden medlemsstat skal bevise, at betingelserne for en undtagelse ikke er opfyldt.

— Hvis derimod en sektor ligger langt uden for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, må det antages, at størstedelen af stillingerne omfattet heraf ikke opfylder kravene i fællesskabsdefinitionen. I dette tilfælde betragtes området som henhørende under artikel 48, stk. 1, 2 og 3, det vil sige arbejdskraftens frie bevægelighed og de nationale offentlige myndigheder skal for så vidt angår de pågældende stillinger bevise, at kravene i artikel 48, stk. 4, er opfyldt.

112. Den anden fase indebærer, i tilfælde af tvist vedrørende en bestemt stilling, en *undersøgelse af dennes egentlige indhold*: Den nationale ret eller Domstolen skal, under iagttagelse af bevisbyrdens fordeling, kontrollere, om stillingen indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, som skal sikre statens eller de andre offentlige kollektive enheders almene interesse, i overensstemmelse med Domstolens faste praksis.

113. Jeg vil med det samme undersøge den indsigelse, som man kunne gøre gældende, hvorefter man i en given sektor, ikke uden fiks-fakserier, kan indføre en *formodning for anvendelighed* enten af artikel 48, stk. 1, 2 og 3, eller af artikel 48, stk. 4, afhængig af karakteren af sektorens almindelige virksomhed.

114. I denne henseende er det vigtigt at bemærke, at inden for rammerne af den løsning, hvorefter der udelukkende foretages en undersøgelse af stillingerne enkeltvis og ikke en undersøgelse af hele sektorer, *forudsættes* det nødvendigvis, at artikel 48, stk. 4, umiddelbart finder anvendelse *på samtlige stillinger, uanset under hvilket område* de henhører, *så snart stillingerne henhører under de nationale myndigheders virksomhed.* Ved en sådan formodning er det imidlertid op til disse i første omgang at fastsætte, hvor *undtagelsen* skal gælde, hvilket de kan gøre ved en simpel beslutning om at lade et område være underlagt staten eller en offentlig kollektiv enhed. Denne løsning synes således mere tvivlsom end den, hvor det objektivt fastslås, om virksomheden inden for et bestemt område henhører under administrationens særlige virksomhed eller ej, og at hovedparten af de pågældende stillinger

følgelig svarer til eller ikke svarer til de betingelser, der følger af fællesskabsdefinitionen af den offentlige administration.

115. Endvidere synes det hensigtsmæssigt at erindre om, at Domstolen inden for rammerne af traktatens artikel 30 og 36 allerede på lignende vis har fastslået et ræsonnement i to faser, der indeholder en formodning.

116. Det drejer sig om to afgørelser af 21. marts 1991, Delattre [40], samt Monteil og Samanni [41].

117. Der var i disse sager rejst spørgsmål om, hvorvidt apotekers monopolstilling udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion efter traktatens artikel 30 [42].

118. For at bedømme hvorvidt monopolet kunne begrundes, sondrede Domstolen mellem to typer varer [43], nemlig mellem »lægemidler« og andre produkter, som benævnes »parafarmaceutiske produkter«.

119. For så vidt angår lægemidler fandt Domstolen, under hensyntagen til »produktets og markedets meget specielle karakter« [44], at apotekernes monopol »formodes at udgøre en tilpasset form for beskyttelse af den offentlige sundhed« [45], det vil sige henhørende under undtagelsen i traktatens artikel 36. Efter at have godtaget denne formodning, præciserede Domstolen, at »... der kan føres modbevis med hensyn til visse lægemidler, hvis anvendelse ikke medfører alvorlige farer for den offentlige sundhed, og for hvilke apotekernes monopol er åbenbart uforholdsmæssig ...« [46].

120. For så vidt angår andre produkter udtalte Domstolen derimod, at »— såfremt apotekerne har monopol på salg heraf — [skal] behovet for dette monopol til beskyttelse af den offentlige sundhed eller forbrugerne ... *fastslås i hvert enkelt tilfælde*« [47].

40 — Sag C-369/88, Sml. I, s. 1487.

41 — Sag C-60/89, Sml. I, s. 1547.

42 — Jf. præmis 50 og 51 i Delattre-dommen samt præmis 37 og 38 i Monteil og Samanni-dommen. Domstolens dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097, kan imidlertid for fremtiden udelukke, at et salgsmonopol, for så vidt det angår måden, hvorpå et produkt sælges, ikke falder under anvendelsesområdet for traktatens artikel 30. Denne bemærkning ændrer imidlertid intet ved det faktum, at Domstolen i de to analyserede domme har gjort brug af en formodning inden for rammerne af traktatens artikel 30 vedrørende en af de i denne indeholdte vigtige friheder ved siden af arbejdstagernes frie bevægelighed.

43 — På samme måde foreslår jeg, at der i den nærværende sag sondres mellem to typer virksomhed.

44 — Præmis 54 i Delattre-dommen og præmis 41 i Monteil og Samanni-dommen.

45 — Præmis 56 i Delattre-dommen og præmis 43 i Monteil og Samanni-dommen, min fremhævelse.

46 — A.st.

47 — Præmis 57 i Delattre-dommen og præmis 44 i Monteil og Samanni-dommen, min fremhævelse.

121. For så vidt angår lægemidler har Domstolen således pålagt Kommissionen eller en erhvervsdrivende en omvendt bevisbyrde. Hvad angår de øvrige produkter har den pålagt medlemsstaterne positivt at bevise, at en undtagelse af apotekernes monopol fra varernes frie bevægelighed var begrundet i behovet for at beskytte den offentlige sundhed i medfør af traktatens artikel 36.

122. Ligheden mellem denne gennemgang og den vej, jeg foreslår Domstolen at følge, synes at fjerne en eventuel tvivl.

b) Hovedlinjerne for en sondring på grundlag af sektorer

123. Kommissionens opdeling i nævnte meddelelse 88/C 72/02 udgør en nyttig reference for en sondring på grundlag af de nationale myndigheders aktivitetsområder.

124. Som Kommissionen mener jeg, at de særlige opgaver i den offentlige administration, som udøves af staten og de offentlige kollektive enheder i den i Domstolens praksis fastslåede betydning, primært har tilknytning til forsvaret, den interne sikkerhed, de offentlige finanser, retsvæsenet og udenrigsforhold samt stillinger henhørende under Statsministeriet, regionale eller lokale enheder, andre lignende organer og centralbanker. Inden for disse områder har tjenestegrenenes aktiviteter en særlig forbindelse med en politisk eller dømmende myndighed.

125. Ligesom Kommissionen mener jeg, at andre former for virksomhed derimod ligger langt uden for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, således som denne er defineret af Domstolen. Det drejer sig særligt om organer, der har til opgave at forvalte en tjeneste med kommercielt sigte (offentlig transport over land, luftfartsselskaber og færgeruter, distribution af vand, elektricitet og gas, postvæsen og telekommunikation, radioselskaber etc.) og de operationelle dele af det offentlige sundhedsvæsen, undervisning i offentlige uddannelsesinstitutioner og forskning med civile formål i offentlige institutioner. For hver af disse former for virksomhed skal det bemærkes, at de enten også udøves i den private sektor eller kunne udøves i den offentlige sektor, uden at der stilles krav om luxembourgsk statsborgerskab.

126. Jeg kan ikke tilslutte mig sagsøgtes synspunkt, hvorefter [48]:

»Inden for områder så vigtige som sundhed, undervisning, postvæsen og telekommunika-

48 — Svarskriftet, s. 15.

tion, distribution af vand og gas samt offentlig transport har staten brug for personer, som er fuldt ud solidariske med og ansvarlige over for staten.«

127. Domstolen har således antaget, at »den særlige solidaritet med staten, og det forhold, at der består gensidige rettigheder og pligter, som er grundlaget for nationalitetsbåndet« gælder de stillinger, »der indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, som skal sikre statens eller de andre offentlige kollektive enheders almene interesser« [49]. Størstedelen af stillingerne i de pågældende sektorer svarer imidlertid ikke til definitionen af sådanne stillinger. Der kan således kun stilles krav om statsborgerskab i forbindelse med de stillinger, der opfylder betingelserne i denne definition og ikke for samtlige stillinger i hver sektor.

128. Hvad særligt angår undervisningssektoren har Domstolen flere gange fastslået, at undervisning ikke opfylder betingelserne for dens definition af den offentlige administration [50], for så vidt angår deltagelsen i udøvelsen af offentlig myndighed og sikringen af almene interesser. Hele den pågældende sektor kan således ikke betragtes som værende omfattet af undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4.

129. Storhertugdømmet Luxembourg gør gældende, at [51] »... det er nødvendigt, at lærere har luxembourgsk statsborgerskab, for at de kan videregive de traditionelle værdier, og at kravet herom på grund af statens ringe størrelse er en væsentlig betingelse for bevarelsen af den nationale identitet«.

130. Det tilføjer:

»... man kan ikke forestille sig, at en udenlandsk lærer i underskolen kender tilstrækkeligt meget til det miljø, hvori de luxembourgske børn er opvokset, eller at han kender de nationale skikke, sange, digte mv., som udgør den del af den nationale psykologi, der har betydning på dette undervisningsniveau.

Selv i gymnasiet kan undervisning ikke blot betragtes som en økonomisk aktivitet, hvor viden sælges for en løn.

Også på dette niveau videregives den nationale kultur. Denne opgave kan ikke varetages af en person, som har tilbragt sine første femogtyve eller tredive leveår i et andet land.

49 — Jf. ovenstående, punkt 15.

50 — Nævnte Lawrie-Blum-dom, præmis 27 og 28, Allué og Coonan-dom, præmis 7, og Bleis-dom, præmis 6 og 7.

51 — Svarskrift, s. 9.

Hvis han derimod har tilbragt størstedelen af sin ungdom i det land, hvor han ønsker at blive lærer, har han ingen problemer med at erhverve statsborgerskab. Såfremt han ikke ønsker at tage dette skridt, beviser det, at han ikke har et tilstrækkeligt godt forhold til modtagerlandet, til, at han kan uddanne ungdommen.«

131. Skønt ovennævnte henvisning til Domstolens praksis er tilstrækkelig til at afvise sagsøgtes anbringende, finder jeg det hensigtsmæssigt at fremsætte nogle forsikrende bemærkninger vedrørende de argumenter, der er påberåbt til støtte herfor.

132. Den i traktaten indeholdte frie bevægelighed giver ikke statsborgere fra andre medlemsstater en fordel i forhold til den pågældende stats egne statsborgere. Den giver dem blot adgang til de på dette område eksisterende stillinger, under overholdelse af den hertil knyttede ligebehandling. Den sikrer dem lige muligheder, men ikke sikkerhed med hensyn til resultatet. Statsborgerne fra de øvrige medlemsstater skal på lige fod med medlemsstatens egne statsborgere opfylde de krav, der stilles for ansættelse, navnlig kravene om uddannelse, erfaring og sprogkundskaber [52].

133. For så vidt angår undervisning sikres videregivelsen af et lands traditionelle værdier først og fremmest ved *fastlæggelsen af undervisningsprogrammet*. Denne opgave påhviler i stort omfang de offentlige myndigheder og ikke lærerne selv.

134. Det bemærkes, at ikke alle fag er genstand for en videregivelse af traditionelle værdier. For eksempel har de videnskabelige og tekniske fag, fremmedsprogsundervisning, og sport ikke en sådan funktion. Udelukkende undervisning i modersmålet, litteratur, historie, geografi og samfundsfag bidrager utvivlsomt til at udvikle og bevare den nationale identitet med forbehold for, at programmet udformes i overensstemmelse hermed.

135. I gymnasiet og de højere læreanstalter, hvor lærerne i princippet er fagspecialister, kan Storhertugdømmet Luxembourgs bekymring således kun vedrøre nogle få og ikke alle fag. I forskoleundervisningen og i underskolen, hvor den samme lærer underviser i de fleste fag, synes denne bekymring i højere grad at være berettiget.

136. Men uanset hvilken type undervisning det drejer sig om, kan statsborgere fra andre medlemsstater kun deltage i ansættelsesproceduren, såfremt de har et godt kendskab til det eller de områder, der er relevante for den opslåede stilling, ligesom de i givet fald skal

52 — Vedrørende dette sidste punkt skal jeg fremhæve, at artikel 3, stk. 1, andet afsnit, i forordning nr. 1612/68 forbeholder sig retten til at pålægge »... sprogkundskaber, der kræves af hensyn til den tilbudte stillings særlige karakter«.

have kendskab til landets sprog [53] og/eller andre sprog, som er en forudsætning for undervisning i det pågældende fag.

137. I et tilfælde som Storhertugdømmet Luxembourg synes det således lidet sandsynligt, at en statsborger fra en anden medlemsstat, som ikke har tilbragt sin ungdom og skoletid i Luxembourg, med held kan deltage i en ansættelsesprocedure for lærere, når han ikke behersker luxembourgsk og ikke har studeret de områder, der vedrører landets værdier og kultur. I gymnasiet og på de højere læreanstalter vil det samme gøre sig gældende for undervisningsstillinger inden for sådanne fag. Inden for alle andre områder vil statsborgere fra andre lande ligeledes støde på kravet om sprogkundskaber, dog forudsat at det fordrede kundskabsniveau ikke står i misforhold til det tilstræbte formål [54].

138. I princippet er det udelukkende de statsborgere fra andre medlemsstater, der har tilbragt deres ungdom og skoletid i Storhertugdømmet, eller som i det mindste har boet der i flere år, som vil være i stand til at konkurrere om de stillinger, som falder ind under et eller flere af disse områder. Der kan kun være tale om statsborgere, der fuldt ud er integreret i landet, og som på lige fod med landets egne statsborgere har kendskab til luxembourgsk samt de to øvrige i Luxembourg talte sprog. De er således selv vokset op med dette lands værdier og kultur. Som følge af det stof, hvori der undervises, kan de kun bidrage personligt med videregivelsen af disse værdier ved at undervise i det af de offentlige myndigheder fastsatte undervisningsprogram.

139. At give adgang til undervisningsstillinger udgør således ikke en trussel mod den nationale identitet.

140. Men under alle omstændigheder kan statsborgere fra andre medlemsstater, som udøver en af de i traktaten indeholdte fundamentale friheder, og som i øvrigt opfylder samtlige betingelser for at få adgang til en stilling, ikke, som sagsøgte foreslår, pålægges et krav om erhvervelse af modtagerstatens statsborgerskab.

141. Et sådant krav udgør intet mindre end en tilsidesættelse af den påberåbte frihed.

53 — I Storhertugdømmet Luxembourg er modersmålet i medfør af artikel 1, 2 og 3 i loi du 24 février 1984 sur le régime des langues (lov af 24.2.1984 om sprogordningen) (*Mémorial* A, 1984, s. 196) luxembourgsk, lovgivningssproget er fransk og administrations- og retssproget er fransk, tysk og luxembourgsk.

54 — Dom af 28.11.1989, sag C-379/87, Groener, Sml. s. 3967, præmis 20 og 21.

B — *Anvendelsen af den valgte sondring*

142. Med henblik på at anvende traktatens artikel 48, stk. 4, foreslår jeg, at der foretages en undersøgelse af hele sektorer inden for staten eller de offentlige kollektive enheder, idet der sondres mellem de former for virksomhed, som hører under den offentlige forvaltnings særlige virksomhed, og de som ligger langt uden for denne. I nærværende sag bør der, i lyset af en sådan sondring, foretages en undersøgelse af de af Kommissionens stævning omhandlede områder, med henblik på at udlede samtlige retsfølger hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt Storhertugdømmet Luxembourg har undladt af opfylde sine forpligtelser (1). Før dette punkt afgøres, vil jeg undersøge berettigelsen af de anbringender, hvormed sagsøgte påstår sig frifundet (2).

1) En undersøgelse af de af Kommissionens stævning omhandlede aktivitetsområder

143. Ud fra de nævnte sondringskriterier [55] ligger de seks omtvistede aktivitetsområder langt uden for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed.

144. Det må således antages, at hovedparten af stillingerne inden for disse områder ikke opfylder kravene i fællesskabsdefinitionen af den offentlige administration. Disse områder henhører følgelig umiddelbart under traktatens artikel 48, stk. 1, 2 og 3. Det påhviler således de nationale offentlige myndigheder at bevise, at betingelserne i artikel 48, stk. 4, er opfyldt for så vidt angår de pågældende stillinger.

145. Storhertugdømmet Luxembourg bør således give statsborgere fra andre medlemsstater adgang til de omtvistede sektorer med forbehold af de undtagelser, som falder ind under fællesskabsdefinitionen af den offentlige administration.

146. Det må konstateres, at det ikke er den løsning, der er valgt i den anfægtede nationale lovgivning.

147. Min redegørelse for gældende luxembourgsk ret [56] viser, at for så vidt angår de pågældende sektorer, er kravet om luxembourgsk statsborgerskab reglen, og adgangen for statsborgere fra andre medlemsstater forbliver undtagelsen.

148. Undtagelserne gælder primært for visse institutioner eller for visse typer stillinger.

55 — Ovenstående punkt 124 og 125.

56 — Punkt 30 og de efterfølgende punkter.

149. I lyset af min fortolkning af traktatens artikel 48, stk. 4, er der således grund til at antage, at Storhertugdømmet Luxembourg har undladt at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser, dog i en anden form end den i stævningen anførte, idet dennes generelle formuleringer med urette kan forstås således, at gældende luxembourgsk ret ikke indrømmer undtagelser overhovedet fra kravet om luxembourgsk statsborgerskab.

150. Før jeg når frem til denne konklusion, skal den sagsøgte stats indsigelser over for Kommissionen undersøges.

2) De af sagsøgte anførte anbringender

151. Storhertugdømmet Luxembourg gør fire anbringender gældende, som det anfører bør føre til frifindelse. Første anbringende er baseret på dets grundlov af 17. oktober 1868 (a). De tre øvrige er baseret på traktatbestemmelser, nemlig artikel 13 i den europæiske bosættelseskonvention af 13. december 1955 [57] (b), artikel 61 i traktaten om oprettelse af Den Økonomiske Union Benelux af 3. februar 1958 [58] (c), og artikel 2 i protokollen vedrørende Storhertugdømmet Luxembourg, vedtaget den 25. marts 1957 og medtaget som bilag til EØF-traktaten (d).

a) Artikel 11 i Storhertugdømmet Luxembourgs grundlov af 17. oktober 1868

152. I artikel 11, stk. 2, i den luxembourgske grundlov bestemmes:

»Luxembourgerne er lige for loven; kun de har adgang til stillinger i statens tjeneste, herunder i forsvaret, med undtagelse af særlige tilfælde, der fastsættes ved lov.«

153. Sagsøgte anfører denne bestemmelse som grundlag for de hindringer af juridisk karakter, som det gør gældende.

154. Det anfører imidlertid, at det er bekendt med fællesskabsrettens forrang over medlemsstaternes nationale ret.

155. Her er det tilstrækkeligt at bemærke, at ifølge fast praksis [59] har fællesskabsretten

57 — *Série des traités et conventions européens*, nr. 19.

58 — *Moniteur belge* af 27.10.1960. Jf. ligeledes *Codes Larcier*, bind IV, 1995-udgaven, s. 33.

59 — Kendelse af 22.6.1965, sag 9/65, San Michele mod Den Høje Myndighed, Rec. 1967, s. 35, på s. 37, dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. 1970, s. 235, org. ref.: Rec. s. 1125, præmis 3, og af 13.7.1972, sag 48/71, Kommissionen mod Italien, Sml. 1972, s. 135, org. ref.: Rec. s. 529, præmis 8 og 9.

forrang over alle nationale love, selv grundlove.

156. Følgelig udgør nævnte artikel 11, stk. 2, ikke en hindring for at fastslå, at der foreligger et traktatbrud.

157. Jeg vil under alle omstændigheder fremhæve, at det ikke er udelukket, at det i denne artikel anvendte udtryk »stillinger i statens tjeneste, herunder i forsvaret« kan fortolkes som værende i fuld overensstemmelse med Domstolens definition af den offentlige administration, i hvilket tilfælde der ikke i intern ret vil være behov for en forfatningsmæssig ændring.

b) Artikel 13 i den europæiske bosættelseskonvention

158. Bosættelseskonventionen, der er indgået i Europarådets regi, har til formål at fastsætte fælles regler vedrørende behandlingen af statsborgere fra hver af de kontraherende lande på disse landes områder.

159. Den 1. juli 1995 fandt konventionen anvendelse i ti medlemsstater: Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Irland, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Sverige, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt to tredjelande: Kongeriget Norge og Den Tyrkiske Republik.

160. Den af sagsøgte påberåbte artikel 13 bestemmer, som en undtagelse til den i artikel 10, 11 og 12 omhandlede liberalisering af udøvelsen af økonomisk erhverv:

»en kontraherende part kan forbeholde sine egne statsborgere udøvelsen af offentlige hverv eller virksomhed i forbindelse med statens sikkerhed eller forsvar eller foreskrive særlige betingelser for udlændinges udøvelse af sådan virksomhed«.

161. Den rejser et problem angående forholdet mellem EØF-traktaten og de internationale konventioner, som før den 1. januar 1958 er indgået mellem en eller flere medlemsstater eller et eller flere tredjelande.

162. Disse forhold reguleres i traktatens artikel 234, første afsnit:

»De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før denne traktats ikrafttræden er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne traktat.«

163. Siden Domstolens dom af 27. februar 1962, Kommissionen mod Italien [60], fortolkes denne artikel således:

»... begreberne 'rettigheder' og 'forpligtelser' i artikel 234 henviser for så vidt angår 'rettigheder' til tredjelandes rettigheder, og for så vidt angår 'forpligtelser' til medlemsstaternes forpligtelser; ... en medlemsstat, som påtager sig nye forpligtelser, der strider mod de rettigheder, som er tillagt den ved en tidligere overenskomst, afstår i overensstemmelse med folkerettens principper ipso facto fra at udøve disse rettigheder, i det omfang det er nødvendigt for at opfylde dens nye forpligtelser.«

164. Artikel 234 giver således medlemsstaterne ret til at overholde de underskrevne *forpligtelser* over for tredjelande. Derimod har medlemsstaterne ikke lov til at undvige deres forpligtelser over for Fællesskabet ved at gøre de i en tidligere konvention tillagte *rettigheder* gældende.

165. Artikel 13 i bosættelseskonventionen giver *ret*, i form af en mulighed, til at forbeholde sine egne statsborgere »offentlige hverv eller virksomhed i forbindelse med statens sikkerhed eller forsvar«.

166. Denne bestemmelse kan, selv under forudsætning af, at den skal undergives en videre fortolkning end traktatens artikel 48, stk. 4, derfor ikke anvendes af en medlemsstat, som har underskrevet denne bosættelseskonvention, for at unddrage sig sine fællesskabsretlige forpligtelser.

167. Uanset den i traktatens artikel 234 indeholdte regel, skal artikel 13 i bosættelseskonventionen sammenstilles med samme konventions artikel 25, hvori bestemmes:

»Bestemmelserne i nærværende konvention er ikke til hinder for bestemmelser i nationale lovgivninger, traktater, gensidige eller

60 — Sag 10/61, Sml. 1954-1964, s. 287, org.ref.: Rec. s. 1, på s. 22, min fremhævelse. Jf. ligeledes dom af 14.10.1980, sag 812/79, Burgoa, Sml. s. 2787, præmis 8 og 9, og af 11.3.1986, sag 121/85, Conegate, Sml. s. 1007, præmis 25.

multilaterale aftaler, som er trådt i kraft eller træder i kraft og i medfør af hvilke statsborgere fra et eller flere af de kontraherende lande tildeles en gunstigere behandling« [61].

168. Denne bestemmelse har udtrykkeligt forudsat muligheden for en senere og gunstigere traktat.

169. EØF-traktatens artikel 48, stk. 4, således som Domstolen fortolker den indskrænkende til fordel for arbejdskraftens frie bevægelighed, udgør netop en gunstigere bestemmelse.

170. Bosættelseskonventionens artikel 13 kan følgelig ikke være til hinder for dens anvendelse.

c) Artikel 61 i traktaten om oprettelse af Den Økonomiske Union Benelux (herefter »Benelux-traktaten«)

171. Benelux-traktaten, indgået mellem Kongeriget Belgien, Storhertugdømmet Luxembourg og Kongeriget Nederlandene, har indført »... Den Økonomiske Union, som var forudsat i den i London den 5. september 1944 underskrevne toldkonvention, og som blev præciseret og fortolket i overensstemmelse med den i Haag den 14. marts 1947 underskrevne protokol« [62].

172. I artikel 2, stk. 2, tilføjes:

»[statsborgerne fra hver af de kontraherende parter] behandles [i de andre kontraherende parter] som landets egne statsborgere hvad angår:

...

b) udøvelsen af økonomisk og faglig virksomhed, bl.a. tjenesteydelser

...«.

61 — Min fremhævelse.

62 — Præamblen til Benelux-traktaten, gengivet i J. Karelle og F. de Kemmeter: »*Le Benelux commenté*«, forlaget Bruylant, 1961, s. 57.

173. Artikel 61, stk. 1, indeholder imidlertid en begrænsning af dette princip:

»Som undtagelse til denne traktats artikel 2, andet afsnit, litra b), bevarer hver af de høje kontraherende parter retten til at forbeholde sine egne statsborgere udøvelsen af følgende økonomiske og faglige virksomhed:

a) offentlige hverv, embeder eller stillinger, herunder embedet som notar, advokat og foged

...«

174. I EØF-traktatens artikel 233 bestemmes:

»Bestemmelserne i denne traktat er ikke til hinder for, at de regionale unioner mellem Belgien og Luxembourg og mellem Belgien, Luxembourg og Nederlandene fortsat består og gennemføres, i det omfang disse regionale unioners mål ikke nås ved anvendelsen af denne traktat.«

175. Denne artikel blev indføjet i EØF-traktaten på den belgiske, den luxembourgske og den nederlandske regerings udtrykkelige anmodning, for således at afklare spørgsmålet om forholdet mellem EØF-traktaten og Benelux-traktaten, hvor sidstnævnte endnu var på forhandlingsplanet og skulle erstatte førnævnte toldkonvention af 5. september 1944.

176. Det må ikke glemmes, at det var de tre Benelux-lande, som tog initiativet til genoplivningen af det europæiske samarbejde på mødet i Messina den 1. og 2. juni 1955, hvor udenrigsministrene fra de seks EKSF-medlemslande mødtes og hvor de fremlagde et notat herom. Som følge af dette notat blev det besluttet at afholde regeringskonferencen, som førte til underskrivelsen af Rom-traktaterne den 25. marts 1957.

177. I 1955 var Benelux-Unionen allerede veludviklet inden for rammerne af toldkonventionen af 1944. Benelux-traktaten skulle egentlig kodificere de bestemmelser, som allerede var godkendt i de tidligere akter og uden videre indføre det fælles Benelux-marked på et så fuldstændigt niveau, som EØF-traktaten ikke skulle nå før ti til femten år senere [63].

63 — Jf. baron Snoy og d'Oppuers: »Le Benelux dans la Communauté économique européenne«, *Bulletin trimestriel Benelux*, 1959, nr. 9, s. 8, 9, andet afsnit.

178. Den planlagte Økonomiske Union Benelux skulle således på visse områder vise sig at være mere fremskreden end Det Europæiske Økonomiske Fællesskab.

179. For så vidt angår de tre Benelux-lande, »var det vigtigt at sikre retlige garantier, for at deres fælles integrationsværk ville kunne fortsættes inden for rammerne af det nye Fællesskab og dér blive fuldt ud gennemført« [64].

180. Artikel 233 omhandler »... Benelux-Unionen såvel i sin daværende form som i den form, som ville følge af unionstraktatens indgåelse og ikrafttræden, hvilket rent faktisk kunne betragtes som en forlængelse og fuldendelsen af de eksisterende aftaler« [65].

181. EØF-traktatens forfattere fandt, »... at en regional integration på et mere afgrænset område [forblev] mulig i forbindelse med Det Europæiske Fællesskab i det omfang, at den [ville være] *mere vidtgående* for så vidt angår opfyldelsen af de fastlagte økonomiske og sociale mål« [66]. Under disse omstændigheder »var forholdet mellem de to fællesskaber således ikke parallelle, og Benelux var ikke afhængig af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, men havde derimod en fortrinsret, for så vidt som Benelux var foran Fællesskabet af seks, hvad angår integrationsprocessen« [67].

182. Ønsket om at bevare muligheden for en videreudvikling inden for Benelux forklarer endelig det i EØF-traktatens artikel 233 valgte udtryk »at regionale unioner ... *gennemføres*« [68].

183. Domstolen har i dom af 16. maj 1984, Pakvries, fuldt ud tilsluttet sig denne analyse [69]:

»[traktatens artikel 233] [skal] forhindre, at anvendelsen af fællesskabsretten bevirker, at den regionale union mellem [Kongeriget Belgien, Storhertugdømmet Luxembourg og Kongeriget Nederlandene] opløses, eller at dens udvikling hindres. Artiklen tillader altså de pågældende tre medlemsstater at anvende de efter unionen gældende regler under fravigelse af fællesskabsreglerne *i det omfang, unionen er foran med hensyn til gennemførelsen af fællesmarkedet.*«

64 — G. Rasquin: »Considérations sur l'article 233 du traité CEE (la 'clause Benelux')«, *Revue trimestrielle Benelux*, 1982, nr. 3, s. 57, på s. 59.

65 — J. Karelle og F. de Kemmeter, a.st., s. 58.

66 — A.st., s. 59, min fremhævelse.

67 — A.st.

68 — Min fremhævelse.

69 — Sag 105/83, Sml. s. 2101, præmis 11, min fremhævelse.

184. EØF-traktatens artikel 3, litra c), har til formål, for så vidt angår Fællesskabets grundlæggende mål, at fjerne navnlig hindringer for den frie bevægelighed for personer.

185. Benelux-traktatens artikel 1 præciserer, at Den Økonomiske Union indebærer »*fri bevægelighed for personer*, varer, kapital og tjenesteydelser« [70].

186. Personers frie bevægelighed er således et fælles mål for de to traktater.

187. En snæver fortolkning af en undtagelse fra denne frihed, som undtagelsen for »offentlig administration« i EØF-traktatens artikel 48, stk. 4, nærmer sig mere det fælles mål end en bred fortolkning af de i Benelux-traktatens artikel 61 indeholdte begreber »offentlige hverv, embeder eller stillinger«.

188. Følgelig skal den snævre fortolkning af undtagelsen i EØF-traktatens artikel 48, stk. 4, fastholdes i forholdet mellem samtlige medlemsstater, deriblandt de tre Beneluxlande.

70 — Min fremhævelse.

189. Er der risiko for uoverensstemmelse mellem fortolkningen af begreberne »offentlige hverv, embeder eller stillinger« inden for Benelux-ordningen og Domstolens fortolkning af begrebet »offentlig administration«?

190. Det er der efter min opfattelse ikke.

191. Inden for rammerne af Benelux-traktaten henhører fortolkningen under Collège arbitral (voldgiftskollegium) [71], såfremt tvisten ikke er løst i Comité de ministres (et ministerudvalg) (Benelux-traktatens artikel 44).

192. I artikel 41 i Benelux-traktaten bestemmes:

»Collège arbitral har til opgave at løse tvister, som kan opstå mellem de høje kontraherende parter for så vidt angår anvendelsen af nærværende traktat og de vedtægtsmæssige bestemmelser vedrørende dens mål.«

71 — Benelux-Domstolen, som blev oprettet ved traktaten af 31.3.1965 om oprettelsen af en Benelux-domstol og dennes kompetence (*Codes Larcier*, bind IV, 1995-udgaven, s. 44), har i medfør af denne traktats artikel 6, stk. 1, og artikel 11, stk. 1, udelukkende kompetence til at løse spørgsmål om fortolkning af retlige regler, som omhandlet i traktatens artikel 1, dvs. regler som enten er indført ved en konvention eller ved en beslutning truffet af Comité des ministres.

193. En tvist kan opstå mellem Benelux-landene vedrørende fortolkningen af begreberne »offentlige hverv, embeder eller stillinger«.

194. I det omfang fortolkningen af disse begreber vil kunne anfægte fortolkningen og anvendelsen af EØF-traktatens artikel 48, stk. 4, mener jeg imidlertid, at Benelux-landene bør respektere bestemmelserne i Benelux-traktatens artikel 51, stk. 2, hvori bestemmes:

»... de høje kontraherende parter vedtager at forelægge tvister, som anfægter fortolkningen eller anvendelsen af traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab eller traktaten om oprettelse af Det Europæiske Atomenergifællesskab for den ved disse traktater oprettede Domstol. For så vidt Domstolen erklærer sig inkompetent med hensyn til tvisten, har Collège arbitral i overensstemmelse med nærværende traktats artikel 15 kompetencen.«

195. Ved dette system, hvorefter tvisten forelægges Domstolen, bør enhver risiko for uoverensstemmelser kunne undgås.

196. Det følger af det anførte, at Storhertugdømmet Luxembourgs påberåbelse af Benelux-traktatens artikel 61 ikke er begrundet.

d) Artikel 2 i protokollen af 25. marts 1957 vedrørende Storhertugdømmet Luxembourg

197. I denne artikel bestemmes:

»Ved udarbejdelsen af de i traktatens artikel 48, stk. 3, nævnte forordninger vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed tager Kommissionen, for så vidt angår Storhertugdømmet Luxembourg, hensyn til denne stats særlige befolkningsmæssige situation.«

198. Storhertugdømmet Luxembourg finder, at der, for at bevare dets nationale identitet inden for rammerne af traktatens artikel 48, stk. 4, skal tages hensyn til dets særlige befolkningsmæssige situation. Kravet om

luxembourgsk statsborgerskab skulle være en betingelse sine qua non for bevarelsen heraf [72].

199. Den sagsøgte stat frygter, at der nødvendigvis bliver flere ansøgere til en stilling fra de øvrige medlemsstaters statsborgere end fra luxembourgere.

200. Det skal straks bemærkes, at artikel 2 i protokollen omhandler de af Kommissionen udstedte afledte regler angående den ret, som fællesskabsstatsborgere har til at blive i den medlemsstat, hvori de har arbejdet.

201. Den finder ikke anvendelse på den primære ret i selve traktaten, og den vedrører ikke adgangen til stillinger, uanset om de henhører under den offentlige eller private sektor.

202. Under alle omstændigheder er jeg af den opfattelse, at den af Storhertugdømmet Luxembourg udtrykte bekymring ikke har grund i sagens faktiske omstændigheder.

72 — Svarskrift, s. 20.

203. Som allerede fremhævet for så vidt angår undervisningssektoren [73] gør den frie bevægelighed for personer det blot muligt for statsborgere fra de øvrige medlemsstater at ansøge om de opslåede stillinger på lige fod med landets egne statsborgere.

204. I de omtvistede sektorer kan der for de stillinger, der på grund af deres karakter indebærer en kontakt med offentligheden, stilles krav om kendskab til et, to eller tre af de sprog, der er omfattet af sprogordningen i lov af 24. februar 1984.

205. De offentlige myndigheder kan kun afholde sig fra at stille sprogkrav, som ikke »kræves af hensyn til den tilbudte stillings særlige karakter« i medfør af artikel 3, stk. 1, andet afsnit, i forordning nr. 1612/68 [74].

206. I den nævnte Groener-dom [75] har Domstolen i generelle vendinger fremhævet:

»Det er ikke i strid med EØF-traktaten at føre en politik, som har til formål at beskytte

73 — Punkt 132.
74 — Jf. note 52.
75 — Præmis 19.

og fremme et sprog ... Gennemførelsen af en sådan politik må dog ikke medføre nogen indskrænkning i de grundlæggende friheder, såsom den frie bevægelighed for arbejdstagere. De foranstaltninger, der træffes til gennemførelse af en sådan politik, må derfor ikke stå i misforhold til det tilstræbte formål, og foranstaltningerne må ikke anvendes således, at statsborgere fra andre medlemsstater diskrimineres.«

207. Jeg er af den opfattelse, at de sprogkrav, som lovligt kan stilles i forbindelse med adgangen til en række stillinger på de omtvistede områder, således i de fleste tilfælde kun giver borgere, som er født eller har boet en årrække i Luxembourg, mulighed for at opfylde kravene til opslåede stillinger eller at få adgang til ansættelsesprøver.

208. Det er vanskeligt at forestille sig, at statsborgere fra Storhertugdømmet Luxembourgs tre nabolande, som bor i deres hjemland, pludselig og massivt vil udkonkurrere de luxembourgske statsborgere i ansættelsesprocedurer vedrørende nyoprettede eller ledige stillinger, hvor der af hensyn til de tilbudte stillingers særlige karakter stilles sprogkrav.

209. Under alle omstændigheder mener jeg, at artikel 2 i nævnte protokol ikke kan gøres gældende over for sagsøger.

210. Da ingen af de af Storhertugdømmet Luxembourg påberåbte anbringender er begrundede, forslår jeg Domstolen at fastslå, at der foreligger et traktatbrud som formuleret i mit endelige forslag til afgørelse.

IV — Begæring om frist

211. For det tilfælde at det fastslås, at der foreligger et traktatbrud, har Storhertugdømmet Luxembourg anmodet om at få en lang frist til at efterkomme sine fællesskabsretlige forpligtelser.

212. Det gør gældende, at princippet om tjenestemænds nationalitet er dybt forankret i dets administration, og at en ændring heraf vil føre til særdeles omfattende reformer af såvel grundloven som af anden lovgivning [76].

76 — Svarskrift, s. 18.

213. Denne begæring rejser et spørgsmål om Domstolens kompetence, når den afsiger en traktatbrudsdom.

214. Traktatens artikel 171 angår udelukkende fastslåelsen af et traktatbrud.

215. Domstolen enten »anerkender«, at en medlemsstat har undladt at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser, eller frifinder sagsøgte.

216. Det er givet, at den ikke selv hverken kan bringe overtrædelsen til ophør eller har beføjelse til at udstede påbud.

217. I artikel 171 bestemmes, at det påhviler medlemsstaten »... [at] gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger«.

218. I dom af 5. november 1986, Kommissionen mod Italien [77], har Domstolen udtalt:

»Denne artikel fastsætter ikke nogen frist for, hvornår en dom skal være opfyldt. Der skal imidlertid straks iværksættes foranstaltninger med henblik på at opfylde dommen, og disse skal være gennemført så hurtigt som muligt ...«

219. Domstolen har i øvrigt i de to domme af 10. november 1981, Kommissionen mod Italien [78], angående en begæring om forlængelse af en i den begrundede udtalelse fastsat frist fastslået:

»Domstolen er ikke efter traktatens artikel 169, bortset fra at den fører legalitetskontrol med den begrundede udtalelse, kompetent til at fastsætte en anden frist end den af Kommissionen i nævnte udtalelse i medfør af samme artikel 169 fastsatte. Det tilkommer således Kommissionen, under samme forbehold som nævnt ovenfor, at skønne, om en medlemsstats anmodning herom bør imødekommes.«

220. Jeg mener ikke, at det er Domstolens opgave i traktatbrudssagen på forhånd og generelt at indrømme en frist til den sagsøgte stat til at opfylde den pågældende dom.

77 — Sag 160/85, Sml. s. 3245, præmis 9, min fremhævelse. Fast retspraksis: jf. navnlig dom af 12.2.1987, sag 69/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 773, præmis 8, af 14.1.1988, forenede sager 227/85, 228/85, 229/85 og 230/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1, præmis 11, af 13.7.1988, sag 169/87, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 4093, præmis 14, af 30.1.1992, sag C-328/90, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 425, præmis 6, og af 23.3.1993, sag C-345/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1115, præmis 6.

78 — Sag 28/81, Sml. s. 2577, præmis 6, og sag 29/81, Sml. s. 2585, præmis 6.

221. Kontrollen med dommens opfyldelse påhviler først og fremmest Kommissionen. Hvis den finder, at opfyldelsen ikke er sket inden for de i denne henseende nødvendige frister, kan den anlægge en ny traktatbrudssag, hvori den fastsætter en frist for at svare på åbningsskrivelsen og i sin begrundede udtalelse en frist for at efterkomme dommen.

222. Domstolen kan først senere tage stilling til sagen på grundlag af dens omstændigheder, når den skal undersøge, hvorvidt der foreligger et nyt traktatbrud.

223. Den af Storhertugdømmet Luxembourg indgivne begæring om frist bør følgelig ikke tages til følge.

Forslag til afgørelse

224. På grundlag af det foregående skal jeg foreslå Domstolen at kende for ret:

»1) Storhertugdømmet Luxembourg har undladt at opfyldte sine forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 48 og artikel 1 og 7 i Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, idet det ikke begrænser kravet om luxembourgsk statsborgerskab over for arbejdstagere fra andre medlemsstater til alene at omfatte adgangen til stillinger som tjenestemand eller offentligt ansat, der indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed eller i de funktioner, som skal sikre statens eller de andre offentlige kollektive enheders almene interesse, inden for områderne forskning, uddannelse, sundhed, transport over land, postvæsen og telekommunikation samt vand-, gas- og elektricitetsforsyning.

2) Storhertugdømmet Luxembourg betaler sagens omkostninger.«