

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 16. september 1999 *

I — Indledning

1. Nærværende sag giver Domstolen mulighed for at præcisere omfanget af Bosmandommen¹ hvad angår anvendelsen af EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF) i forbindelse med hindringer for arbejdskraftens frie bevægelighed, som ikke udgør en i nationaliteten begrundet forskelsbehandling. Sagen rejser spørgsmål om, hvorvidt den omstændighed, at en arbejdstager, efter selv at have opsagt sin stilling for at arbejde i en anden medlemsstat, fortaber retten til en eventuel fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren skal udbetale i tilfælde af tvungen opsigelse, afskedigelse eller pension, kan udgøre en sådan hindring, når godtgørelsens beløb afhænger af den periode, hvori arbejdstageren uafbrudt har været ansat hos den pågældende arbejdsgiver. Ved undersøgelsen af dette spørgsmål bør flere grundlæggende spørgsmål besvares, navnlig hvorledes man skal definere en ulovlig ikke-diskriminerende hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed; hvorvidt dennes restriktive virkninger afhænger af udøvelsen af retten til fri bevægelighed; hvorvidt den skal påvirke adgangen til en økonomisk virksomhed, eller om den ligeledes

kan skyldes regler for udøvelsen af denne virksomhed; hvorvidt den skal hindre arbejdstagerne i udøvelsen af deres rettigheder eller blot afholde dem herfra eller gøre det vanskeligere for dem; hvorvidt de restriktive virkninger skal være af en vis styrke eller intensitet; hvorvidt dens virkninger skal være direkte eller indirekte; og hvorvidt disse negative virkninger skal være visse eller blot eventuelle. Ved besvarelsen af disse spørgsmål skal der navnlig tages hensyn til det bredere spørgsmål, om nyttig vejledning kan hentes i Domstolens tidligere praksis om frie varebevægelser, bl.a. Keck og Mithouard-dommen², der har begrænset rækkevidden af tidligere afsagte domme.

II — De faktiske og retlige omstændigheder

Den nationale lovgivning

2. De relevante bestemmelser om godtgørelse i § 23 i Angestelltengesetz (den øst-

* Originalsprog: engelsk.

1 — Dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Sml. I, s. 4921.

2 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097, herefter »Keck-dommen«.

rigske funktionærlov, herefter »AngG«) bestemmer følgende:

- »1. Såfremt ansættelsesforholdet har været uafbrudt i tre år, tilkommer der den ansatte en godtgørelse ved ansættelsesforholdets ophør. Godtgørelsen udgør det dobbelte af det vederlag, som tilkommer den ansatte for den sidste måned i ansættelsesforholdet, og forhøjes efter fem års ansættelse til det tredobbelte, efter ti års ansættelse til det firdobbelte, efter femten års ansættelse til det seksdobbelte, efter tyve års ansættelse til det nidobbelte og efter femogtyve års ansættelse til det tolvdobbelte af det månedlige vederlag...

...

7. Medmindre andet bestemmes i AngG's § 23a, består der intet krav på godtgørelse, hvis den ansatte siger op, hvis han fratræder før tiden uden væsentlig grund, eller hvis han selv er skyld i, at han afskediges før tiden.

...«

3. AngG's § 23a fastsætter ligeledes en ret til godtgørelse, såfremt ansættelsesforholdet har været uafbrudt i mindst ti år og er bragt til ophør af den ansatte som følge af,

at denne har nået pensionsalderen (65 år for mænd og 60 år for kvinder), går på førtidspension eller som følge af, at arbejdstageren har hel eller delvis nedsat arbejdsevne. De i henhold til AngG's § 23 og § 23a fastsatte godtgørelsesyndelser er undergivet en fordelagtig skatteordning, således at de af arbejdstagerne modtagne beløb er væsentlig højere end den sædvanlige nettoløn svarende til det antal måneder, på grundlag af hvilke godtgørelsen beregnes.

4. AngG's § 26 fastsætter de omstændigheder, under hvilke en arbejdstager, der fratræder før tiden, ikke mister retten til godtgørelse på ovennævnte betingelser. Som Domstolen har fremhævet i den netop afsagte Gruber-dom, vedrører samtlige begrundelser for ophør enten arbejdsvilkårene i virksomheden eller arbejdsgiverens adfærd, som umuliggør en fortsættelse af arbejdet³.

Det nationale sagsforløb

5. Appellanten i hovedsagen, Volker Graf (herefter »appellanten«), er tysk statsborger. Han har fra den 3. august 1992 været ansat i Østrig hos appelindstævnte, Filzmoser Maschinenbau GmbH (herefter »indstævnte«). Den 29. februar 1996 opsigede han ansættelsesforholdet med virkning fra den 30. april 1996, og den 1. maj 1996 tiltrådte han en stilling hos en virksomhed i Tyskland. Under henvisning til AngG's

³ — Dom af 14.9.1999, sag C-249/97, Sml. I, s. 5295, præmis 32.

§ 23, stk. 1, gjorde appellanten krav på en godtgørelse svarende til to måneders løn, hvilket indstævnte afslog med henvisning til AngG's § 23, stk. 7. Volker Graf anlagde sag ved Landesgericht Wels med påstand om betaling af den omtvistede godtgørelse. Landesgericht Wels fastslog, at påstanden ikke kunne tages til følge, hvorefter Volker Graf ankede sagen til Oberlandesgericht Linz (herefter »den nationale ret«).

6. Ved Landesgericht Wels gjorde appellantens gældende, at en begrænsning af godtgørelseskravet, som indeholdt i AngG's § 23, stk. 7, hovedsagelig rammer vandrede arbejdstagere, som selv siger op for at tage arbejde i en anden medlemsstat, hvilket udgør en indirekte forskelsbehandling og således under alle omstændigheder udgør en uforholdsmæssig økonomisk ulempe, der er egnet til, uden objektiv begrundelse, at begrænse arbejdstagerne i udøvelsen af deres ret til fri bevægelighed. Indstævnte gjorde gældende, at AngG's § 23, stk. 7, ikke medfører forskelsbehandling, eftersom hovedparten af de berørte personer var og er fastboende statsborgere. Endvidere er formålet med bestemmelsen ikke at regulere tilgangen til arbejdsmarkedet, ikke at være en forbudsbestemmelse og ikke at hindre eller afholde arbejdstagere fra at skifte til en arbejdsplads i en anden medlemsstat. Bestemmelsen har derimod to socialpolitiske formål, nemlig at beskytte arbejdstagerne mod opsigelse samt at fremme stabile arbejdsforhold.

7. Landesgericht Wels fastslog, at AngG's § 23, stk. 7, hverken forskelsbehandler efter nationalitet eller indfører nogen hin-

dring for den frie bevægelighed for personer over grænserne, der er mere indgribende end en begrænsning af en tilsvarende indenlandsk mobilitet. Fortabelsen af godtgørelsen medførte konkret ikke en mærkbar ikke-diskriminerende begrænsning af mobilitet — fortabelsen kan ikke sammenlignes med transfergodtgørelserne i Bosman-dommen, som blev sat så højt, at ingen arbejdsgiver kunne betale dem — men var blot et element, der på samme måde som enhver anden fortabelse af sociale sikringsydelser må inddrages i arbejdstagerens samlede overvejelser af økonomiske fordele, inden vedkommende skifter arbejdsplads. Endvidere var enhver restriktiv virkning berettiget i socialpolitiske hensyn, der bestod i at betale ydelser i overgangsperioden for de arbejdstagere, som uventet mister deres arbejde, og at beskytte ældre arbejdstagere ved at pålægge arbejdsgiveren højere omkostninger i forbindelse med disses afskedigelse.

8. I ankesagen anførte appellantens advokat Domstolen i Bosman-dommen ikke havde krævet, at hindringer for den frie bevægelighed skal være mærkbare. Den nationale ret fastslog, at hovedsagelig fastboende statsborgere var berørt af reglen, således at der ikke var nogen indirekte forskelsbehandling af arbejdstagere, som ønskede at rejse for at arbejde i andre medlemsstater. Den fandt det tvivlsomt, at udelukkelse af kravet på godtgørelse ved arbejdstagerens egen opsigelse var nødvendig med henblik på at opfylde de af Landesgericht nævnte socialpolitiske mål. Den bemærkede, at en arbejdstager, på den ene side, ofte enten selv var skyld i opsigelsen eller ikke kunne overraskes af den, og på den

anden side kan have helt legitime grunde til selv at ønske at skifte arbejdsplads. Den var ligeledes i tvivl om, hvilke kriterier der skal finde anvendelse for at identificere ikke-diskriminerende restriktioner for arbejdstageres mobilitet, som henhører under traktaten — i Bosman-dommen fastslog Domstolen, at en arbejdstager ikke må »afskæres fra eller hindres i« at udøve sin grundlæggende ret, men den henviste ligeledes til Kraus-dommen⁴, hvori den definerede enhver national regel, der blot »kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt« at udøve denne frihed, som en hindring.

III — Indlæg for Domstolen

10. Der er indgivet skriftlige og mundtlige indlæg af appellanten, indstævnte, den italienske regering og Kommissionen. Der er ligeledes indgivet skriftlige indlæg af den danske regering, den tyske regering, den østrigske regering og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands regering.

9. På grund af den tvivl, den nationale ret nærer i denne henseende, har den besluttet at udsætte sagen og med henblik på at opnå en præjudiciel afgørelse i henhold til EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

IV — Argumenter og gennemgang

A — *En i nationaliteten begrundet forskelsbehandling*

»Er EF-traktatens artikel 48 til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en arbejdstager, som er statsborger i en medlemsstat, ved sin ansættelses ophør ikke har noget krav på fratrædelsesgodtgørelse, alene fordi han selv har bragt ansættelsesforholdet til ophør ved opsigelse for at udøve lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat?«

11. Appellanten har gentaget sin argumentation, hvorefter AngG's § 23, stk. 7, udgør en i nationaliteten begrundet indirekte forskelsbehandling. Indstævnte, Kommissionen og de medlemsstater, der har indgivet indlæg, er alle af modsat opfattelse. De benægter, at AngG's § 23, stk. 7, har diskriminerende virkning, eftersom den finder anvendelse uden forskel og hovedsagelig berører ansatte, der af egen vilje bringer deres ansættelseskontrakt til ophør uden at forlade Østrig. Endvidere gør flere af dem gældende, at den nationale ret i forelæg-

4 — Dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Sml. I, s. 1663.

gelseskendelsen udtrykkeligt har anført, at denne bestemmelse ikke var udtryk for en indirekte forskelsbehandling.

12. Det er selvindlysende, at AngG's § 23, stk. 7, ikke indeholder nogen i nationaliteten begrundet direkte forskelsbehandling. Den nationale ret har ikke udtalt sig om spørgsmålet om en i nationaliteten begrundet indirekte forskelsbehandling, idet den blot bemærkede, at AngG ikke i særlig grad straffede personer, der rejste fra Østrig for at tage arbejde i andre lande⁵. Der er imidlertid intet bevis for, at denne bestemmelse i praksis primært rammer personer, som ikke er østrigske statsborgere. Derfor skal det her undersøges, hvorvidt § 23, stk. 7, ikke desto mindre udgør en ikke-diskriminerende hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed.

B — *Ikke-diskriminerende hindringer — Argumentation*

13. Subsidiært gør appellanten gældende, at den foreliggende sag kan sammenlignes med Bosman-sagen, eftersom det er uden

betydning, om arbejdstageren lider et økonomisk tab som følge af, at han skifter arbejdsgiver, eller om den nye arbejdsgiver, som i den pågældende sag, er forpligtet til at betale et beløb for at kunne ansætte arbejdstageren. AngG's § 23, stk. 7, udgør derfor en ikke-diskriminerende hindring for den frie bevægelighed. Appellanten har ligeledes rejst spørgsmålet, om de i AngG indeholdte mål — fremme af stabile arbejdsforhold og lettelse af overgangen fra et arbejde til et andet i tilfælde af afskedigelse — kan begrunde en sådan hindring.

14. Hvad angår spørgsmålet, om AngG's § 23, stk. 7, er en ikke-diskriminerende hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, kan de øvrige indlæg opdeles i to grupper. Indstævnte gør gældende, at formålet med artikel 39 EF snarere er at fjerne hindringer for den frie bevægelighed over grænserne end at deregulere⁶ samt at fremme mobiliteten som et mål i sig selv. Alene de foranstaltninger, der retligt eller faktisk gør det umuligt eller helt urimeligt svært at søge arbejde i en anden medlemsstat, forbydes ved artikel 39 EF⁷. Blandt disse foranstaltninger finder man dem, der medfører større vanskeligheder ved udøvelse af en økonomisk virksomhed i en anden medlemsstat end i oprindelses-

6 — Jf. forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Tesouro i sagen Hünermund m.fl. (dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Sml. I, s. 6787) vedrørende formålet med EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF).

7 — Bosman-dommen, præmis 96. Hvad angår etableringsret jf. dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, og af 30.4.1986, sag 96/85, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1475.

5 — Jf. endvidere punkt 22 nedenfor.

medlemsstaten⁸, samt adgangsbetingelser til et erhverv eller en anden økonomisk virksomhed, som finder anvendelse uden forskel, og som er sværere for udenlandske arbejdstagere at opfylde, såfremt der ikke tages højde for disses kvalifikationer⁹. På den anden side kan de nationale foranstaltninger, hvis restriktive virkning for grænseoverskridende arbejdsskift er helt neutral, henset til deres lignende virkning på arbejdsskift inden for den pågældende medlemsstat, ikke anses for hindringer, der er forbudt efter artikel 39 EF. Ellers ville rækkevidden af denne bestemmelse være for stor og ville omfatte nationale regler om jobskabelse, pensionsordninger og beskyttelse af arbejdstagere samt enhver foranstaltning, der gør et arbejde mere attraktivt i en given medlemsstat ved at garantere høj løn eller stor jobsikkerhed.

henblik på at beskrive sådanne hindringer¹⁰ advarer Kommissionen imidlertid mod at udvide traktatforbuddet til at omfatte samtlige nationale bestemmelser, som kan afholde en arbejdstager fra at udøve sin ret til fri bevægelighed. I modsætning hertil vedrørte Bosman-sagen bestemmelser, der udtrykkeligt hindrede en arbejdstager i at tage arbejde som fodboldspiller i en anden medlemsstat. Kommissionen, Danmark, Italien og Det Forenede Kongerige opfordrer alle, i forskellige vendinger, Domstolen til at følge generaladvokat Lenz' forslag til Bosman-dommen ved udtrykkeligt at sondre, som i Keck-dommen, mellem nationale regler om adgang til arbejdsmarkedet og regler, der blot regulerer udøvelsen af en særlig virksomhed, såsom arbejdstagerbeskyttelse, lønrammer, arbejdsvilkår osv.

15. På den anden side accepterer Kommissionen (som udtrykkeligt eller stiltiende støttes af de medlemsstater, der har indgivet indlæg), at Kraus- og Bosman-dommene, samt Gebhard-dommen om etableringsfrihed, tydeliggør, at forbuddet mod ikke-diskriminerende hindringer for den fri bevægelighed for arbejdstagere eller selvstændige går videre end foranstaltninger med særligt byrdefulde virkninger for den grænseoverskridende mobilitet. På trods af den generelle sprogbrug i disse domme med

16. Kommissionen bemærker endvidere, at det, forinden der i det hele taget foretages en sondring mellem adgangen til en økonomisk virksomhed og udøvelsen af denne i egenskab af arbejdstager, må være fastslået, at der er direkte forbindelse mellem den påståede restriktive nationale regel og beslutningen om at udøve retten til fri bevægelighed med det formål at tage arbejde i en anden medlemsstat. Tyskland har indgivet indlæg i samme retning.

17. I lidt forskellige vendinger har Østrig og Det Forenede Kongerige fremført krite-

8 — Jf. dom af 7.3.1991, sag C-10/90, Masgio, Sml. I, s. 1119, af 7.7.1988, sag 143/87, Stanton, Sml. s. 3877, af 15.2.1996, sag C-53/95, Kemmler, Sml. I, s. 703, og af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905.

9 — Jf. dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, af 7.5.1991, sag C-340/89, Vlassopoulou, Sml. I, s. 2357, og af 28.11.1978, sag 16/78, Choquet, Sml. s. 2293.

10 — Jf. f.eks. præmis 96 i Bosman-dommen, og dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165.

rier baseret på vægten og virkningen af de påståede hindringer. Beløbene i den foreliggende sag kan ikke sammenlignes med de i Bosman-sagen krævede transfergodtgørelser. Beløbene kan ikke anses for at udgøre en effektiv hindring for jobskifte, men blot som et af de utallige elementer, der skal afvejes af den arbejdstager, som påtænker at skifte job.

en flytning til et andet land med henblik på at tage arbejde eller etablere sig samt forberedelsen heraf lader sig ikke let opdele i (masse-)produktionsfaser og salgsfaser. Endvidere er opdelingen mellem regler for produkter og salgsmåder ikke udtømmende for viften af mulige hindringer, selv inden for området for vareudveksling.

C — *Betydningen af Keck-dommen*

18. Det skal med det samme bemærkes, at som svar på det sidste spørgsmål stillet i punkt 1 ovenfor giver Domstolens praksis om varers frie bevægelighed, herunder Keck-dommen, efter min mening nyttig vejledning om anvendelsen af traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF). I det følgende vil jeg indlede med et par bemærkninger om udviklingen af praksis på grundlag af Keck-dommen før undersøgelsen af de mere umiddelbare spørgsmål rejst i den foreliggende sag om arbejdstageres mobilitet. Det skal imidlertid tilføjes, at analogien mellem de to områder sjældent er fuldstændig, og at navnlig ræsonnementet i Keck-dommen kun kan udvides til arbejdskraftens frie bevægelighed, hvis det begrænses til sine grundlæggende elementer og frigøres for de mere stive og formalistiske sondringer — mellem regler for produkter og visse salgsmåder — som er specifikke for varers produktions- og distributionsproces. Personer er ikke varer, og

19. Den formelle sondring mellem produktregler og salgsmåder er mindre vigtig end begrundelsen for at anlægge den, hvilket var at fastlægge de omstændigheder, hvorunder forskellige regler har samme uønskede virkninger, nemlig at påvirke adgangen til markedet. Domstolen isolerede således nationale bestemmelser om visse salgsmåder, såsom regler der forbød videresalg med tab, som lå til grund for den pågældende sag, for hvis sådanne regler blev anvendt uden forskel og påvirkede markedsføringen af samtlige produkter på samme måde, kunne de ikke, retligt og faktisk, ifølge Domstolens opfattelse hindre adgangen af indførte varer til markedet eller vanskeliggøre adgangen mere, end de gjorde for så vidt angår indenlandske varer¹¹. De nationale bestemmelser var følgelig ikke omfattet af kriteriet ifølge Dassonville-dommen, hvorefter traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF) finder anvendelse på samtlige nationale bestemmelser, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen mellem medlemsstaterne¹². I nærværende sammenhæng er Keck-dommen

11 — Jf. præmis 16 og 17 i Keck-dommen.

12 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Sml. s. 837, præmis 5.

den vigtigste, idet den er udtryk for, at Domstolen reviderer sine tidligere forsøg på at anvende et meget generelt kriterium — nemlig det i Dassonville-dommen anvendte — på en ensartet måde med henblik på at definere hindringer for handelen. Dette havde medført, at de nationale bestemmelser, der hverken var udtryk for forskelsbehandling eller for særlige hindringer for handelen, såsom bestemmelser om butikkers åbningstid, blev underlagt samme forbud og prøvelse af mulige begrundelser som nationale regler, såsom regler for produkter, der på grund af forskelle i nationale bestemmelser udgjorde alvorlige hindringer for den frie vareudveksling¹³. Det var fornuftigt af Domstolen, i lyset af dens erfaring og kendskab til markedsadfærd, at reagere ved at opstille formodninger om de sandsynlige virkninger af forskellige bestemmelser for opfyldelsen af det egentlige mål for artikel 28 EF: Etableringen af et indre marked, hvor produkter fra de forskellige medlemsstater har lige og, med forbehold for overholdelsen af den offentlige interesse, fri adgang. Disse formodninger bør imidlertid ikke være afgørende. Domstolen kan legitimt opstille formodninger vedrørende forskellige bredt definerede reglers indvirkning på markedet, forudsat at formodningens rigtighed i givet fald kan efterprøves i forhold til det underliggende kriterium om markedsadgang, således at den altså ikke automatisk betragtes som tilstrækkelig i sig selv til at afsige dom. En sådan fremgangsmåde vil

dæmpe og forfine anvendelsen af en bred ensartet definition af hindringer som den i Dassonville-dommen anvendte gennem en konkret vurdering af påvirkningen af markedet, af hvad der opfattes som mere marginale typer regulering, samtidig med at der gives vejledning til såvel nationale lovgivere som erhvervsdrivende om det sandsynlige juridiske svar vedrørende sådanne bestemmelser.

20. Det er ikke i denne sag nødvendigt at undersøge pålideligheden af Domstolens formodning i Keck-dommen, hvorefter nationale bestemmelser om salgsmåder ikke påvirker importørernes adgang til markedet, når der ikke foreligger direkte eller skjult forskelsbehandling. I øvrigt har Domstolen for nylig anvendt Keck-dommens formelle kriterier ret forsigtigt i tilfælde, hvor den anser adgangen til markedet for truet i væsentlig grad. I Parfums Christian Dior-dommen fastslog Domstolen, at de nationale regler, som tillod indehaveren af en varemærkeret eller en ophavsret at hindre parallelimportører i at gøre reklame for videresalg af varer, henhørte under artikel 28 EF, eftersom adgangen til markedet følgelig ville blive »betydeligt vanskeligere«¹⁴. De nationale regler kunne tilsyneladende ligeledes have været anvendt til at forbyde reklame for varer,

13 — Jf. dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, kaldet »Cassis de Dijon«, Sml. s. 649; jf. endvidere som eksempel dom af 11.7.1985, forenede sager 60/84 og 61/84, Cinéthèque m.fl., Sml. s. 2605, præmis 21 og 22.

14 — Dom af 4.11.1997, sag C-337/95, Sml. I, s. 6013, præmis 51, herefter »Dior-dommen«. Reglerne om reklame anses for regler om salgsmåder; jf. Hünermund-dommen.

som var ført uden om det nationale selektive distributionssystem, og Domstolen henviste ikke til forskelle mellem behandling af indenlandske og indførte varer. (Den kan imidlertid have været af den opfattelse, at disse regler havde en større virkning på indførslen). I en anden sag, hvor Domstolen accepterede, at en regel om reklame, som fandt anvendelse på samtlige erhvervsdrivende — et totalt forbud mod reklame i børne-tv, i De Agostini-dommen — kunne have en større virkning på produkter fra andre medlemsstater, skete det under henvisning til, at den pågældende importør udtalte, at en sådan reklame var eneste markedsføringsform, der gjorde det muligt at komme ind på det pågældende marked, uden at Domstolen overhovedet henviste til indenlandske producenters stilling¹⁵. Det må vel hermed være klart, at nationale regler kan anses for at have forskellige faktiske virkninger på markedsføringen af indførte og indenlandske produkter, og således på disses adgang til markedet udelukkende på grund af den omstændighed, at nye (indførte) produkter har et større behov for markedsføring end (indenlandske) produkter, som er veletableret på markedet — et resultat, der ligner det, som ville følge af en direkte anvendelse af kriteriet om væsentlig indvirken på markedsadgangen, som foreslået af generaladvokat Jacobs i Leclerc-Siplec-dommen¹⁶. Domstolen fastslog endvidere i Alpine Investments-dommen, at Keck-dommen ikke kan anvendes analogt på en national ikke-diskriminerende bestemmelse, som hindrede de erhvervsdrivende i at anvende en hurtig og direkte metode (men ikke nødvendigvis den eneste) til at reklamere og til at komme i kontakt med potentielle

kunder i andre medlemsstater — »cold calling« — fordi de direkte påvirkede adgangen til markedet for tjenesteydelser¹⁷.

D — Forskelsbehandling begrundet i udrejse

21. Jeg vil nu gå direkte til fortolkningen af forbuddet i artikel 39 EF mod hindringer for arbejdskraftens frie bevægelighed og dens eventuelle anvendelse på AngG's § 23, stk. 7. Artikel 39, stk. 2, EF forbyder udtrykkeligt enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af arbejdstagere, uden at det er nødvendigt at fastsætte de præcise virkninger heraf på deres adgang til arbejdsmarkedet. Men eftersom den foreliggende sag vedrører en påstået hindring af *udrejse* fra en medlemsstat med det formål at udøve beskæftigelse andetsteds i Fællesskabet, er det ikke tilstrækkeligt kun at henvise til Domstolens praksis om forbud mod en i nationaliteten begrundet åbenbar eller skjult forskelsbehandling¹⁸, man må ligeledes henvise til det, der kan benævnes

15 — Dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95, Sml. I, s. 3843, præmis 42, 43 og 44, herefter »De Angostini-dommen«.

16 — Dom af 9.2.1995, sag C-412/93, Sml. I, s. 179, punkt 50-54 i forslaget til afgørelse.

17 — Dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Sml. I, s. 1141, præmis 28 og 33-38. Det fremgår endvidere af dommen, at den omstændighed, at forbuddet pålægges af tjenesteyderens oprindelsesstat, ikke blev fundet relevant for dette spørgsmål, jf. præmis 29, 30 og 31.

18 — Jf. f.eks. dom af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Sml. I, s. 505, af 15.1.1998, sag C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, Sml. I, s. 47, og af 7.5.1998, sag C-350/96, Clean Car Autoservice, Sml. I, s. 2521.

som retspraksis om forskelsbehandling begrundet i udrejse¹⁹. Ifølge denne praksis medfører den i artikel 39 EF indeholdte sikring af arbejdskraftens frie bevægelighed i Fællesskabet ligeledes et forbud mod nationale foranstaltninger, der er udtryk for en forskelsbehandling, som ikke er begrundet i nationaliteten, men derimod i, om en person udfører en uafbrudt økonomisk virksomhed i oprindelsesstaten på den ene side, eller, på den anden side, enten flytter til et andet land for at tage arbejde eller være selvstændig, eller arbejder i flere lande ad gangen, og således som denne skelnen er til skade for de personer, der således udøver deres ret til fri bevægelighed. Eksempler på en direkte forskelsbehandling af denne karakter omfatter de pågældende nationale regler i dommene i sagen Kommissionen mod Frankrig²⁰, Stanton²¹, Wolf²², Masgio²³, Daily Mail and General Trust²⁴, Ramrath²⁵, ICI²⁶ og Terhoeve²⁷. Denne type forskelsbehandling falder sædvanligvis sammen med en skjult forskelsbehandling på grundlag af nationa-

litet i de tilfælde, hvor modtagermedlemsstaten anvender foranstaltninger på vandrende arbejdstagere, eftersom det formodes, at primært fremmede arbejdstagere rammes af denne type foranstaltning²⁸. I tilfælde af, at oprindelsesmedlemsstaten forskelsbehandler de vandrende arbejdstagere, er der ingen anledning til en sådan formodning, hvorfor det er lettere at skelne mellem de to kategorier.

22. AngG's § 23, stk. 7, kan ikke anbringes i denne regelkategori. Dens anvendelse afhænger på ingen måde af udøvelsen af den i fællesskabsretten indeholdte ret til fri bevægelighed eller noget andet grænseoverskridende element: Udbetaling af godtgørelse afvises uanset bestemmelsesstedet for den arbejdstager, der frivilligt bringer sin ansættelseskontrakt til ophør uden væsentlig grund, hvorimod den udbetales uanset det efterfølgende bestemmelsessted for den arbejdstager, der afskediges af sin arbejdsgiver. Der er endvidere ikke noget bevis for, at den nationale ret begik en fejl ved at fastslå, at de arbejdstagere, der rammes af reglen, primært er bosiddende statsborgere, således at reglen end ikke medfører en skjult forskelsbehandling begrundet i en efterfølgende udrejse, dvs. en forskelsbehandling mellem arbejdstagere, som flytter, og dem, der foretrækker at forblive i Østrig efter en frivillig eller tvungen ophævelse af deres ansættelseskontrakt.

19 — I diskussionen af retspraksis følger jeg den nu almindelige praksis ved at behandle sager om EF-traktatens artikel 48 og 52 (efter ændring nu artikel 43 EF) således, at udgangspunktet er, at de har samme ratio og betydning i de fleste henseender. Jf. f.eks. dom af 20.5.1992, sag C-106/91, Ramrath, Sml. I, s. 3351, præmis 17, Kraus-dommen, præmis 97 i Bosman-dommen, jf. ligeledes punkt 165 i forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Lenz i Bosman-sagen.

20 — Nævnt i fodnote 7, præmis 12.

21 — Nævnt ovenfor.

22 — Nævnt ovenfor.

23 — Nævnt ovenfor.

24 — Dom af 27.9.1988, sag 81/87, Sml. s. 5483, navnlig præmis 16, herefter »Daily Mail-dommen«. Sagen vedrørte den tilladelse, som Det Forenede Kongeriges skattemyndigheder skulle give, for at et selskab med hovedsæde i Det Forenede Kongerige på grund af skattemæssige omstændigheder ophører med at have hovedsæde dér og flytter sit hovedsæde til en anden medlemsstat, samtidig med at selskabet opretholder sin juridiske person og forbliver et britisk selskab. Domstolen fandt, at de pågældende nationale retsforskrifter ikke udgør en hindring for etableringsretten, eftersom forbindelsen mellem selskabets vedtægtsmæssige og reelle hjemsted stadig reguleres af national ret (præmis 23 og 24).

25 — Nævnt ovenfor.

26 — Dom af 16.7.1998, sag C-264/96, Sml. I, s. 4695.

27 — Dom af 26.1.1999, sag C-18/95, Sml. I, s. 345. Som eksempel på et uløst problem af denne art, jf. imidlertid dom af 18.5.1989, sag 368/87, Hartmann Troiani, Sml. s. 1333.

28 — Man kan kun sondre mellem disse typer af forskelsbehandling, hvis det bevises, at hovedparten af de vandrende arbejdstagere i et land rent faktisk var tilbagevendende udrejsede fra dette land, som det f.eks. i dag er tilfældet i Irland.

23. Af hensyn til nedenstående diskussion skal det ikke desto mindre bemærkes, at som i tilfælde med en i nationaliteten begrundet forskelsbehandling har Domstolen ligeledes afvist at formulere et kriterium baseret på de materielle følger for den frie bevægelighed af en forskellig behandling af på den ene side vandrende arbejdstagere samt fysiske eller juridiske personer, som udøver deres etableringsret, og på den anden side de personer, der bliver i deres oprindelsesmedlemsstat. I tilfælde af et forbud, som det i Daily Mail-dommen påståede, er følgerne temmelig klare²⁹, men i andre sager har Domstolen undladt at vurdere den sandsynlige, men nok slet ikke foreliggende virkning af den pågældende skade for den potentielle vandrende arbejdstagers overvejelse: Forskelsbehandlingen var tilstrækkelig til at fastslå en formodning, hvorefter den nationale regel var en regel, der rent faktisk kunne »afholde«³⁰ en borger fra en medlemsstat i at udøve sin ret i henhold til fællesskabsretten eller »hindre«³¹ vedkommende i at udøve sine rettigheder.

arbejdstageres eller selvstændiges frie bevægelighed, som jeg vil betegne som neutrale hindringer, da de pågældende regler fandt anvendelse uden forskel og ikke udtrykkeligt sondrede på grundlag af udøvelsen af fri bevægelighed, ligesom Domstolen fandt deres virkninger neutrale hvad angår de ramte personers nationalitet. Det drejer sig om: 1) Nationale regler, der begrænser en erhvervsdrivende — typisk en person inden for de liberale erhverv — til kun at have et enkelt etableringssted³²; 2) nationale regler om adgangsbetingelser til stillinger eller erhvervsudøvelse³³, samt regler om anerkendelse af kvalifikationer, som ikke formelt er påkrævet for udøvelsen af et specifikt erhverv³⁴; og 3) nationale regler, som udgør en hindring for arbejdstagere, der påbegynder nyt arbejde, ved at kræve, at den nye arbejdsgiver betaler en erstatning svarende til flere års løn til den tidligere arbejdsgiver, selv efter udløb af ansættelseskontrakten mellem arbejdstageren og sidstnævnte³⁵.

2.5. Hvad angår den første type hindring har Domstolen undersøgt disse regler i forbindelse med etableringsfriheden med

E — *Andre former for hindringer, der ikke er udtryk for forskelsbehandling*

24. Af Domstolens praksis kan der udledes tre andre brede typer af hindringer for

32 — Klopp-dommen, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 13 og 14, og dom af 16.6.1992, sag C-351/90, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3945, præmis 19 ff.

33 — Dom af 28.4.1977, sag 71/76, Thieffry, Sml. s. 765, Heylens-dommen, dom af 28.11.1989, sag C-379/87, Groener, Sml. s. 3967, Vlassopoulou-dommen, Gebhard-dommen, og dom af 8.7.1999, sag C-234/97, Fernández de Bobadilla, Sml. I, s. 4773.

34 — Kraus- og Choquet-dommene. Der kan ligeledes tilføjes sager om manglende anerkendelse af faglig erfaring opnået i andre medlemsstater med hensyn til forfremmelse eller lignende, som i Scholz- og Schöning-Kougebetonpoulou-dommene, men Domstolen antog i disse sager, at der forelå en i nationaliteten begrundet skjult forskelsbehandling.

35 — Bosman-dommen; jf. ligeledes generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse fremsat den 18.5.1999 i Deliège-sagen, forenede sager C-51/96 og C-191/97, som verserer for Domstolen; angående en anden formel ikke-forskelsbehandlende hindring i forbindelse med jobskifte, jf. generaladvokat Alber's forslag til afgørelse af 22.6.1999 i sag C-176/96, Lehtonen, som verserer for Domstolen.

29 — Jf. fodnote 24 ovenfor.

30 — Præmis 18 i Masgio-dommen samt præmis 39 og 40 i Terhoeve-dommen.

31 — Præmis 16 i Daily Mail-dommen og præmis 21 i ICI-dommen.

udgangspunkt i, at de ikke er udtryk for en i nationaliteten begrundet forskelsbehandling³⁶, men den udtalte, at de ikke desto mindre begrænsede etableringsfriheden, eftersom denne frihed ikke er begrænset til retten til at oprette et enkelt forretningssted inden for Fællesskabet, men udtrykkeligt omfatter retten til at oprette agenturer, filialer eller datterselskaber i andre medlemsstater³⁷. Følgelig kan de nationale regler ifølge Domstolen anses for at udgøre en direkte nægtelse af den frie bevægelighed i form af et formelt forbud mod en af de mulige måder, hvorpå friheden kan udøves. Under disse omstændigheder blev det forhold, at etableringsfriheden *inden* for den pågældende medlemsstat ligeledes blev hindret, tilsyneladende ikke anset for at være relevant³⁸.

26. Det ville være muligt at betragte den anden type af restriktiv national regel, nemlig om kvalifikationer, som skjult forskelsbehandling begrundet i nationalitet eller udrejse, for så vidt de vandrende arbejdstagere i mindre grad end de indenlandske er i besiddelse af de kvalifikationer, der præcist, og uden yderligere undersøgelse, svarer til de fastsatte kriterier. Det ville også stemme overens med praksis om hensyntagen til tidligere opnået erhvervs-erfaring. Domstolen har imidlertid anført,

36 — Præmis 14 i Klopp-dommen.

37 — Præmis 19 i Klopp-dommen.

38 — Selv om traktatens artikel 48 ikke er lige så tydelig i denne henseende som dens artikel 52, antager jeg, at en national regel, der begrænser arbejdstagere til kun at varetage ét arbejde uden mulighed for yderligere deltidsarbejde, uanset om det er i denne medlemsstat eller en anden, henhører under denne artikel.

at disse regler udgør hindringer for etableringsfriheden og arbejdskraftens frie bevægelighed, selv i tilfælde af manglende forskelsbehandling baseret på nationalitet³⁹. Der er her overensstemmelse med anvendelsen på vareområdet af neutrale nationale regler om de betingelser, varer skal opfylde, eller om dobbelt kontrol med overholdelsen af fælles varestandarder for sundhed og sikkerhed, der i begge tilfælde gør adgangen for indførte varer til et marked afhængig af en dobbelt lovbaseret ordning⁴⁰, og som derfor stadig henhører under artikel 28 EF ifølge Keck-dommen⁴¹.

27. Den tredje Bosman-type af hindringer kan sammenlignes med dem, der var genstand for Klopp-dommen, for så vidt de direkte påvirker et trin i udøvelsen af den frie bevægelighed, dvs. jobskifte eller påbegyndelse af arbejde. I tilfælde af arbejdskraftens frie bevægelighed drejer det sig

39 — Jf. som tydeligste eksempel præmis 15 i Vlassopoulou-dommen; dette fremgår ligeledes, modsætningsvist, af præmis 19 i Groener-dommen, hvori Domstolen fastslår, at disse regler skal være forholdsmæssige og ikke-forskelsbehandlende; jf. for et lignende resultat præmis 32 i Kraus-dommen og præmis 37 i Gebhard-dommen. Jf. generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse fremsat i Thieffry-sagen, Sml. s. 790, og generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse i Kraus-sagen. Argumentet om skjult forskelsbehandling er tydeligvis mere fristende i de tilfælde, hvor steder for erfaringsopnåen direkte afgjorde, om erfaringen blev anerkendt, som i Thieffry-, Choquet- og Kraus-dommene.

40 — Dette er den accepterede begrundelse for anvendelsen af traktatens artikel 30 på sådanne regler, og ikke så meget argumenter om, at indførte varer er genstand for en skjult forskelsbehandling ved de regler, der finder anvendelse på indenlandske produkter, eftersom førstnævnte sandsynligvis i mindre grad kan opfylde disse. Jf. f.eks. dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Mars, Sml. I, s. 1923, præmis 13.

41 — I præmis 8 i Choquet-dommen henviste Domstolen til nødvendigheden i at undgå gentagelse af allerede aflagte prøver; dette har været et fast emne i retspraksis om anerkendelse af kvalifikationer siden Heylens-dommen, jf. senest Fernández de Bobadilla-dommen, præmis 32, 33 og 34.

endvidere om et væsentligt trin og ikke, som i Klopp-dommen, udelukkende om en mulig måde, hvorpå de i traktaten pågældende rettigheder kan udøves.

anerkendt, kan være af betydning for udøvelsen af et stort antal erhverv som arbejdstagere eller selvstændige⁴⁵.

28. Disse tre kategorier af ikke-diskriminerende hindringer for den frie bevægelighed har alle det fællestræk at være *formelle* hindringer for adgangen til et erhverv i en medlemsstat. Betingelserne fastsættes ved lov eller bekendtgørelse, og en manglende overholdelse heraf udgør en absolut hindring for udøvelsen af den pågældende aktivitet⁴². I denne henseende er udelukkende Choquet- og Kraus-dommene usædvanlige, idet de vedrører regler, der, alt efter omstændighederne, kan udgøre handicap snarere end absolutte hindringer for adgangen til visse erhverv. I Kraus-dommen gjorde de tyske regler om tilladelse til at anvende akademiske titler ikke i sig selv adgangen til et erhverv afhængig af en sådan tilladelse, men Domstolen påpegede, at besiddelsen af universitetsdiplom erhvervet på grundlag af et postgraduate-studium kunne være en betingelse for adgangen til visse erhverv⁴³ og under andre omstændigheder kunne lette adgangen til et erhverv eller anden økonomisk virksomhed⁴⁴. I Choquet-dommen bemærkede Domstolen, at reglerne om anerkendelse af førerbeviser har en både direkte og indirekte indflydelse på udøvelsen af rettighederne til fri bevægelighed, og navnlig at besiddelsen af et førerbevis, som værtslandet behørigt har

F — Et generelt kriterium?

29. I nyere praksis har Domstolen defineret ikke-diskriminerende hindringer i vendinger, der minder om dem, som blev anvendt i forbindelse med regler, der enten er udtryk for en i nationalitet begrundet forskelsbehandling, eller som medfører en forskellig behandling på grundlag af udøvelsen af retten til fri bevægelighed. I Kraus-dommen fastslog Domstolen, at »artikel 48 og 52 er derfor til hinder for enhver form for nationale regler om betingelserne for at betegne sig med en i en anden medlemsstat erhvervet supplerende akademisk grad, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for fællesskabsborgerne... at udøve de i EØF-traktaten sikrede grundlæggende friheder«⁴⁶. I Gebhard-dommen fastslog Domstolen, at »nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende« skal anvendes uden forskelsbehandling og ikke må gå ud over, hvad der

42 — Jf. præmis 94-103 i Bosman-dommen, som diskuteres i det følgende. Hvad angår nytten af en sondring mellem adgang til et erhverv og hindringer for dets udøvelse, som foreslået af generaladvokat Lenz i Bosman-sagen, jf. nedenstående bemærkninger. Reglerne som de i Klopp-dommen omhandlede er ligeledes hindringer for udrejse, dvs. etablering i et andet land af en person, som allerede er etableret i en medlemsstat, der anvender disse regler.

43 — Nævnt ovenfor, præmis 20.

44 — Sammesteds, præmis 23; jf. ligeledes præmis 18, 19, 21 og 22.

45 — Ovennævnte dom, præmis 4.

46 — Ovennævnte dom, præmis 32, min fremhævelse.

er nødvendigt for at opnå formålene af almen interesse.⁴⁷ Endelig fastslog Domstolen følgende kriterium i Bosman-dommen:

»Bestemmelser, som *forhindrer* en statsborger i en medlemsstat i at forlade sit oprindelsesland med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed, eller som får ham til at *afholde* sig fra dette forhavende, udgør derfor hindringer for denne frihed, uanset om de finder anvendelse uafhængigt af de pågældende arbejdstageres nationalitet«⁴⁸.

Domstolen tilføjede, at artikel 39 EF ligeledes begrænser anvendelsen af nationale regler, der *hindrer* den frie bevægelighed for en medlemsstats statsborgere, som ønsker at udøve en lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat⁴⁹.

30. Den forelæggende sag vedrører hovedsageligt omfanget af disse brede definitioner af neutrale hindringer for den frie bevægelighed. Som nævnt ovenfor giver

sådanne nationale bestemmelser, der er udtryk for en i nationaliteten begrundet åbenlys eller skjult forskelsbehandling, eller som behandler personer forskelligt afhængig af, om de har gjort brug af disse friheder eller ej, automatisk anledning til at konkludere, at retten til disse friheder skades, selv om en sådan skade i givet fald er lille i forhold til de øvrige fordele ved udrejse. På samme måde mener jeg, at i tilfælde, hvor adgangen til arbejdsmarkedet hindres ved neutrale formelle betingelser, i strid med de i traktaten nævnte garantier om måder for udøvelse af retten til fri bevægelighed (som i Klopp-dommen), eller hvor vandrende arbejdstagere undergives dobbeltbetingelser eller for tunge godkendelsesprocedurer (som i sagerne om faglige kvalifikationer), eller hvor der kræves betaling af en godtgørelse for at kunne udøve en traktatsikret ret (som i Bosman-dommen), er den deraf følgende skade for udøvelsen af de i traktaten garanterede rettigheder helt tydelig. Man kan sige, at disse regler negativt påvirker retten til fri bevægelighed, hindrer dens udøvelse samt afholder borgerne fra at udnytte retten, eller gør den mindre attraktiv. Dette skal imidlertid ikke opfattes som et generelt anvendelseskriterium. Den omstændighed, at der for adgangen til arbejdsmarkedet eller udøvelsen af et erhverv opstilles betingelser, er i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en hindring, selv om denne relativt let kan opfyldes (hvilket indgår i bedømmelsen af, om hindringen er begrundet). Det samme kan bredt sagt bemærkes om formelle betingelser, der opstilles vedrørende forhold, som er tæt knyttet til succesfuld adgang til markedet, såsom betingelserne om anerkendelse af kvalifikationer, der er nødvendige for udøvelsen af en række erhverv, eller som letter udøvelsen heraf⁵⁰.

47 — Præmis 37 i Gebhard-dommen, min fremhævelse.

48 — Præmis 96 i Bosman-dommen, min fremhævelse. Domstolen nævnte Masgio-dommen, præmis 18 og 19, en sag om nationale bestemmelser, der rent faktisk sondrede mellem dem, der havde udøvet deres ret til fri bevægelighed, og dem, der ikke havde benyttet sig heraf.

49 — Præmis 97 i Bosman-dommen. Domstolen citerede præmis 16 i Daily-Mail-dommen.

50 — Jf. Choquet- og Kraus-dommene. Jf. ligeledes ovenstående gennemgang af Dior- og De Agostini-dommene.

G — Grænserne for et generelt kriterium

31. Det ville være muligt at fortolke de brede kriterier, der blev udledt af Kraus-, Gebhard- og Bosman-dommene, således at de udelukkende omfatter formelle adgangsbetingelser til arbejdsmarkedet, som var emnet i disse sager eller i de øvrige sager diskuteret i punkt 24-28 ovenfor. På den anden side har Domstolen ikke udtrykkeligt antydnet nogen sådan begrænsning i anvendelsesområdet for de i disse sager fastlagte kriterier. Såfremt det imidlertid blev foreslået, at hindringer for den fri bevægelighed må antages i forbindelse med neutrale nationale regler, der påstås at hindre eller vanskeliggøre denne udøvelse eller gøre den mindre attraktiv alene ved at indføre materielle hindringer, f.eks. ved at fastsætte erhvervs-mæssige og retlige betingelser på det pågældende marked, som er mindre gunstige end i andre medlemsstater, eller ved at give fordele, der fortabes ved jobskifte, ville disse kriterier ikke kunne anvendes på samme måde som i tilfælde af en formel betingelse. Det kan ikke automatisk formodes, at der er tale om en hindring af arbejdstageres eller selvstændiges ret til fri bevægelighed i alle tilfælde med tilsyneladende byrdefulde nationale regler om økonomisk virksomhed, eller om fortabelse af en fordel i forbindelse med jobskifte. En sådan fremgangsmåde ville svare til at anvende det i Dassonville-dommen udledte kriterium, i dets videste fortolkning, på den fri bevægelighed for personer. Når en påstået hindring af denne fri bevægelighed ikke skyldes en formel betingelse om markedsdeltagelse, men i stedet påstås at skyldes en eller anden neutral materiel barriere eller afskrækkende faktor, der følger af nationale bestemmelser, må det bevises, at udøvelsen

af fællesskabsretligt knæsatte rettigheder skades.

32. Såfremt det blev muligt at behandle sådanne nationale regler som hindringer for den fri bevægelighed, ville det passende kriterium efter min opfattelse være det, Domstolen allerede anvendte i forbindelse med personers fri bevægelighed i Bosman- og Alpine Investments-dommene med henblik på at afvise en analog anvendelse på visse nationale regler, på området vedrørende fri bevægelighed for personer, af den løsning, der blev anvendt i Keck-dommen på nationale bestemmelser om salgsmåder for varer: Kriteriet måtte være en direkte påvirkning af adgangen til det pågældende marked for de berørte arbejdstagere eller selvstændige, hvilket da blev foreslået af Kommissionen⁵¹. Selv om Domstolen ikke i nogen af de to sager fik lejlighed til at behandle spørgsmålet, om overholdelsen af dette kriterium under alle omstændigheder var nødvendig for at fastslå, om der forelå en forbudt neutral hindring for den fri bevægelighed, finder jeg det klart nødvendigt, hvis man ikke ønsker, at traktaten skal anvendes som et middel til at anfægte enhver national regel, hvis virkning blot er at begrænse erhvervsfriheden⁵². Følgelig kan neutrale nationale regler kun anses for at være *materielle* hindringer for adgangen til markedet, såfremt det påvises, at deres reelle indvirkning på markedsdeltagerne svarer til en udelukkelse fra markedet. Som ved reglerne om salgsmåder for varer kan det ikke formodes, at neutrale nationale regler om erhvervsforhold, eller regler om løntrin, social beskyttelse eller

51 — Præmis 103 i Bosman-dommen og præmis 38 i Alpine Investments-dommen.

52 — Jf. præmis 14 i Keck-dommen. Generaladvokat Cosmas har samme opfattelse af nødvendigheden af et kriterium for adgang til markedet i sit forslag til afgørelse i Deliège-sagen, punkt 65 og 66.

andre for arbejdstagere væsentlige emner, har denne virkning. I reglen må den vandrende arbejdstager acceptere det nationale arbejdsmarked, som det er. Det samme gælder for neutrale nationale regler, der hævdes at påvirke arbejdstagerens beslutning om, hvorvidt han eller hun skal forlade en medlemsstat for at udøve erhverv i en anden. Dette er navnlig vigtigt hvad angår eventuelle hindringer for udrejse, eftersom antallet af formelle hindringer vedrørende opgivelse af en stilling formentlig er yderst begrænset i forhold til hindringer ved tiltrædelse af en stilling. Hvis Domstolen i princippet fastslog, at sådanne materielle initiativhæmmende hindringer i visse tilfælde kunne udgøre hindringer for den frie bevægelighed, måtte de ramte personer være forpligtet til at afkræfte denne formodning ved at bevise, at en bestemt regel under alle omstændigheder har en sådan negativ og afskrækkende virkning på adgangen til markedet, og at den således udgør en direkte nægtelse af adgangen hertil. Det er naturligvis her underforstået, at den påståede væsentlige nægtelse for adgangen til markedet skal vurderes under henvisning til omstændighederne for den pågældende klager.

afgørelse i Lehtonen-sagen⁵⁴ fremlagde generaladvokat Alber en anden mening end generaladvokat Lenz, idet han under henvisning til Keck-dommen udtalte, at reglerne om udøvelse af et erhverv mere minder om produktregler end om regler vedrørende salgsmåder, da de direkte påvirker borgere, der således må tage højde for de forskellige regler og tilegne sig nye færdigheder, hver gang de flytter fra én medlemsstat til en anden. Jeg mener imidlertid, at den tilsyneladende uenighed delvis skyldes en forskellig opfattelse af, hvad der ligger i reglerne om udøvelse af et erhverv. Ifølge det ovenfor, på basis af retspraksis, beskrevne system, navnlig systemet om faglige kvalifikationer, kan nationale bestemmelser, der kræver særlige færdigheder af erhvervsdrivende og således undergiver vandrende arbejdstagere et dobbelt regelsæt, lettere tillægges en formel indvirkning på adgangen, eller i det mindste, som i Kraus- og Choquet-dommene, anses for tilstrækkelig tæt forbundet med markedsadgangen, således at de kan undergives en lignende ordning.

H — Den foreliggende sag

33. Efter min mening ligger jeg med min gennemgang på linje med generaladvokat Lenz' i Bosman-sagen, hvori han søgte at sondre mellem nationale regler om markedsadgang og dem, der blot regulerede udøvelsen af et erhverv⁵³. I forslag til

34. Jeg mener imidlertid ikke, at Domstolen i den foreliggende sag behøver at tage stilling til, om sådanne neutrale materielle

53 — Jf. punkt 205, 206 og 210 i forslag til afgørelse i Bosman-sagen.

54 — Punkt 48.

hindringer for arbejdskraftens frie bevægelighed i princippet er hindringer for denne frihed, der (med forbehold for mulig begrundelse) er forbudt i henhold til artikel 39 EF. Jeg finder det klart, at AngG's § 23, stk. 7, ikke opfylder de nødvendige betingelser, beskrevet lige ovenfor, for en eventuel anvendelse af dette forbud; dets indvirkninger på beslutningen om at bringe et ansættelsesforhold til ophør, hvor direkte de end måtte være, hindrer ikke som sådan adgangen til et nationalt arbejdsmarked eller, i givet fald, udrejse fra dette marked. Denne konklusion påvirkes ikke af de involverede forholdsvis ringe pengebeløb, set i forhold til beløbene i en sag som Bosman-sagen. Under andre omstændigheder kunne en regel om at nægte en arbejdstager næsten tre måneders nettoløn anses for at have en væsentlig virkning på dennes overvejelser. Den konklusion er jeg nået til, eftersom det ikke kan hævdes, at AngG reelt nægter appellanten denne pengesum. AngG indeholder bestemmelse om erstatning, når der indtræffer en særlig begivenhed — afskedigelse, som ikke skyldes arbejdstagerens forhold. Den potentielle fordel ved en godtgørelse for aktuel eller eventuel afskedigelse, der er forbundet med det antal år, arbejdstageren har været ansat, nægtes appellanten ved frivillig opsigelse med henblik på arbejde i en anden medlemsstat, på ganske samme måde, som vedkommende ikke omfattes af det østrigske erstatningssystem for arbejdsskader, da hans ansættelse i Østrig er ophørt, inden en sådan ulykke indtræffer. Den omstændighed, at det potentielle godtgørelsesbeløb i det førstnævnte tilfælde afhænger af arbejdstagerens løn og anciennitet og således belønner dem, der bliver hos en enkelt virksomhed, ændrer ikke ved det forhold, at der for arbejdstageren ved opsigelsen ikke var opstået et sådant godtgørelseskrav. Virkningen af tabet af et kun potentielt og usikkert krav er ifølge min opfattelse alt for ubetydeligt, fjernt og uvist til at kunne

udgøre en hindring for den frie bevægelighed⁵⁵.

35. At en arbejdstager, der efter ti års tjeneste hos samme arbejdsgiver går på pension, kan opnå en godtgørelse beregnet efter grundlønnen og antallet af arbejdsår, ændrer ikke min konklusion. Et sådant krav var appellanten langt fra at have i den foreliggende sag, da han kun havde været ansat hos indstævnte i mindre end fire år. Selv en potentiel opnåelse af denne betingede ret var underlagt en yderligere, herfra forskellig betingelse, nemlig at appellanten skulle blive hos den samme østrigske arbejdsgiver i en yderligere periode på seks år. Henset til sagens konkrete omstændighed er det ikke nødvendigt at gøre bemærkninger om, hvorledes anvendelsen af AngG's § 23a vil kunne påvirke beregningerne hos en arbejdstager, der opfylder disse betingelser.

36. Følgelig konkluderer jeg, at nægtelsen af under henvisning til AngG's § 23, stk. 7, at anerkende et krav for appellanten på fratrædelsesgodtgørelse som følge af, at

55 — Jf. f.eks. dom af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 24, af 7.3.1990, sag C-69/88, Krantz, Sml. I, s. 583, præmis 11, af 13.10.1993, sag C-93/92, CMC Motorradcenter, Sml. I, s. 5009, præmis 12, af 3.12.1998, sag C-67/97, Bluhme, Sml. I, s. 8033, præmis 22, og af 22.6.1999, sag C-412/97, ED, Sml. I, s. 3845, præmis 11. Jf. ligeledes generaladvokat Jacob's bemærkninger i punkt 57 og 58 i forslag til afgørelse i Alpine Investments-sagen samt mine bemærkninger i punkt 19 i forslag til afgørelse i Bluhme-sagen.

han frivilligt har bragt ansættelsesforholdet til ophør, ikke hindrer hans ret til at udnytte arbejdskraftens frie bevægelighed. Derfor er det ikke nødvendigt at undersøge argumenterne om, hvorvidt en sådan hin-

dring kunne begrundes i den foreliggende sag under henvisning til en social- eller arbejdspolitik eller den almene interesse i stabile arbejdsforhold.

V — Forslag til afgørelse

37. I lyset af ovenstående gennemgang foreslår jeg Domstolen at besvare det af Oberlandesgericht Linz forelagte spørgsmål således:

»En national bestemmelse, som afskærer en arbejdstager, der frivilligt har bragt sit ansættelsesforhold til ophør, fra en ydelse, som han ville have haft ret til i tilfælde af afskedigelse, eller såfremt han af tungtvejende grunde havde bragt sit ansættelsesforhold til ophør, er ikke en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed i strid med EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF), når anvendelsen af den pågældende nationale lovbestemmelse under ingen omstændigheder afhænger af, at arbejdstageren faktisk udøver denne frie bevægelighed for at tage arbejde i en anden medlemsstat.«