

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)
12. februar 1998 ^{*}

I sag C-163/96,

angående en anmodning, som Pretura circondariale di La Spezia (Italien) i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende straffesag mod

Silvano Raso m.fl.

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 59, 86 og artikel 90, stk. 1,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C. Gulmann, og dommerne M. Wathelet (refererende dommer), J. C. Moitinho de Almeida, P. Jann og L. Sevón,

generaladvokat: N. Fennelly

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

^{*} Processprog: italiensk.

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Silvano Raso m.fl. ved advokaterne Sergio Carbone, Camillo Paroletti og Francesco Munari, Genova
- den italienske regering ved afdelingschef, professor Umberto Leanza, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af statens advokat Pier Giorgio Ferri
- den tyske regering ved afdelingschef Ernst Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget
- den franske regering ved fuldmægtig Régine Loosli-Surrans og kontorchef Catherine de Salins, begge Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede
- Det Forenede Kongeriges regering ved Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, og barrister Christopher Vajda
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Laura Pignataro og Richard Lyal, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 10. juni 1997 er afgivet mundtlige indlæg af Silvano Raso m.fl., af den italienske regering og af den franske regering samt af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 9. oktober 1997,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 12. april 1996, indgået til Domstolen den 13. maj 1996, har Pretura circondariale di La Spezia i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 59, 86 og 90.
- 2 Spørgsmålene er blevet rejst under straffesager mod Silvano Raso og ti andre personer, som er repræsentanter efter loven for La Spezia Container Terminal Srl (herefter »LSCIT«), der har koncession på at drive en havneterminal i La Spezias havn, og for fire andre selskaber, som er meddelt tilladelse til at udføre havnearbejde i den pågældende havn. De er tiltalt for overtrædelse af artikel 1, stk. 1, i lov nr. 1369 af 23. oktober 1960 (herefter »1960-loven«) for ulovligt at have anvendt og formidlet arbejdskraft.

De italienske lovbestemmelser

- 3 Inden dommen af 10. december 1991 (sag C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Sml. I, s. 5889) forvaltedes de italienske kysthavne af offentlige havnemyndigheder.
- 4 Ifølge den italienske sølovs artikel 110 (herefter »søloven«) var de personer, som var ansat til at udføre havnearbejde, sammensluttet i selskaber eller grupper (herefter »havneselskaber«), der havde status som selvstændige juridiske personer,

og kun de havde ret til at udføre alle former for havnearbejde. Monopolet forstærkedes af sølovens artikel 1172, hvorefter det med henblik på udførelse af havnearbejde var strafbart at anvende arbejdstagere, der ikke var medlem af et havneselskab.

- 5 I henhold til sølovens artikel 111 kunne havnemyndighederne overdrage »tilrettelæggelsen af havnearbejde for tredjemands regning«. Koncessionshaverne var i almindelighed private virksomheder, som leverede tjenesteydelser til brugerne af italienske havne, herunder udførelsen af havnearbejde. Med henblik på at udføre dette arbejde skulle koncessionshaverne anvende arbejdskraft, som havneselskaberne stillede til deres rådighed. Ifølge sølovens artikel 112 og søfartsregulativets artikel 203 var de tariffer og øvrige bestemmelser, der var gældende for havneselskabernes udførelse af havnearbejde, fastsat af havnemyndighederne.
- 6 I dommen i sagen *Merci convenzionali porto di Genova* fastslog Domstolen, at EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 30, 49 og 86, er til hinder for bestemmelser i en medlemsstat, som forpligter en i en medlemsstat etableret virksomhed, der er tillagt eneret til at udføre havnearbejde, til at lade arbejdet udføre af et havneselskab, der udelukkende beskæftiger indenlandske arbejdstagere.
- 7 Som følge af dommen vedtog den italienske regering lovdekreter, hvis gyldighed er blevet forlænget flere gange, og som har været gældende indtil ikrafttrædelsen af lov nr. 84/94 af 28. januar 1994 om havnevirksomhed (GURI nr. 21 af 4.2.1994, herefter »1994-loven«). Herved kodificeredes bestemmelserne i hastedekreterne.
- 8 I alt væsentligt medfører de nye bestemmelser en begrænsning af de tidligere havneselskabers monopol, således at disse kun kan stille midlertidig arbejdskraft til rådighed.

- 9 Artikel 18, stk. 1, i 1994-loven bestemmer, at statsejede arealer og kajanlæg inden for havneområdet kan gives i koncession med henblik på udførelse af havnearbejde, dog ikke fra statsejede ejendomme, som anvendes af offentlige myndigheder med henblik på udførelse af arbejde, der er forbundet med maritim virksomhed eller havnevirksomhed.
- 10 I henhold til bestemmelsens stk. 2 fastsættes de nærmere regler om varigheden, de overdragende myndigheders kontrol- og tilsynsbeføjelser, forlængelse af koncessionen og overdragelse af anlæggene til en ny koncessionshaver ved dekret udstedt af ministeren for transport og søfart i samråd med finansministeren. I henhold til artikel 18, stk. 3, i 1994-loven fastsættes det også i det nævnte dekret, hvilke kriterier havnemyndighederne skal overholde i forbindelse med meddelelsen af koncessioner, således at der på havneområdet reserveres arealer, hvor andre virksomheder, der ikke er meddelt koncession, kan udføre havnearbejde, ligesom bestemmelserne vedrørende koncessioner med hensyn til arealer og kajområder skal tilpasses fællesskabsretten.
- 11 Andre virksomheder kan således, uden at være meddelt en koncession, udføre havnearbejde, hvilket i artikel 16, stk. 1, i 1994-loven er defineret som arbejde med losning, lastning, omladning, oplagring og håndtering af varer og andre goder, der udføres på havnens område. I henhold til bestemmelsen skal sådanne virksomheder optages i et særligt register (jf. stk. 3), og de virksomheder, der er koncessionshavere som omhandlet i artikel 13, kan også udføre det pågældende arbejde i en periode svarende til koncessionens gyldighedsperiode (jf. stk. 6). Det højeste antal tilladelser fastsættes med henblik på, at havnen fungerer og trafikken afvikles bedst muligt, ligesom der skal sikres mest mulig konkurrence inden for området (jf. stk. 7).
- 12 I modsætning til tidligere kan de virksomheder, der har opnået tilladelse, herunder de koncessionshavende virksomheder, i medfør af artikel 27 i 1994-loven have deres eget personale med henblik på den fysiske udførelse af havnearbejdet, således at de i almindelighed ikke længere behøver at anvende havneselskabernes ydelser.

- 13 Det fremgår imidlertid af artikel 17, stk. 1, i 1994-loven, at såfremt det personale, der er ansat af virksomheder, der er meddelt tilladelse, herunder de koncessionshavende virksomheder, og det personale, der er ansat i henhold til ordningen om »midlertidig beskæftigelse«, jf. artikel 23, stk. 3, i 1994-loven, ikke er tilstrækkeligt til at udføre det krævede arbejde, kan virksomhederne selv anmode de i lovens artikel 21, stk. 1, litra b), omhandlede selskaber og andelsselskaber den nødvendige arbejdskraft med henblik på udførelsen af rene arbejdsydelser.
- 14 Artikel 21, stk. 1, litra b), i 1994-loven omhandler de tidligere havneselskaber, som ifølge bestemmelsen inden den 18. marts 1995 skulle omdannes til en af følgende to former for selskaber, nemlig:
 - »a) et selskab eller et andelsselskab som omhandlet i femte bog, afsnit V og VI, i codice civile, med henblik på udførelse af havnearbejde på konkurrencevilkår
 - b) et selskab eller et andelsselskab som omhandlet i femte bog, afsnit V og VI, i codice civile, med henblik på udførelse af tjenesteydelser, herunder, som en undtagelse fra artikel 1 i lov nr. 1369 af 23. oktober 1960, af rene arbejdsydelser indtil den 31. december 1995.«
- 15 I kraft af disse bestemmelser fraviger 1994-loven således det generelle forbud mod formidling af arbejdskraft, der er fastsat i 1960-loven, til fordel for de tidligere, nu omdannede havneselskaber.
- 16 Artikel 1, stk. 1 og 2, i 1960-loven bestemmer således, at det er strafbart, såfremt virksomhedsledere giver udførelsen af rene arbejdsydelser ved hjælp af arbejdskraft, der er ansat og aflønnet af entreprenøren eller af mellemmanden, i entreprise, uanset arten af arbejdet eller tjenesteydelserne, som ydelserne vedrører. Ved en aftale om udførelse af rene arbejdsydelser forstås enhver form for aftale eller entreprise,

også med hensyn til udførelse af arbejde eller tjenesteydelser, såfremt entreprenøren anvender kapital, maskiner og udstyr, som leveres af ordregiveren. Virksomhedsledere må heller ikke betro mellemmand arbejde, der skal udføres på akkord af arbejdstagere, der er ansat og aflønnet af sådanne mellemmand. Baggrunden for disse regler er hensynet til at beskytte arbejdstagerne mod at blive udnyttet og mod, at deres rettigheder svækkes som følge af, at der ikke er sammenfald mellem den faktiske arbejdsgiver og den, der formelt er betegnet som arbejdsgiver, men reelt kun er en mellemmand.

- 17 Det fremgår af de indlæg, der er indgivet til Domstolen, og navnlig af den italienske regerings svar på de spørgsmål, der blev stillet under retsmødet, at de to former for omdannede selskaber, jf. artikel 21, stk. 1, litra b), i 1994-loven, selv har ret til at udføre havnearbejde i konkurrence med de virksomheder, der er meddelt tilladelse i henhold til lovens artikel 16, stk. 3. Et selskab som det, der på nuværende tidspunkt driver virksomhed i La Spezias havn, og som er omdannet i henhold til artikel 21, stk. 1, litra b), i 1994-loven kan følgelig med hensyn til levering af tjenesteydelser til havnens brugere konkurrere med de virksomheder, der er meddelt tilladelse, og de virksomheder, der har koncession på havneterminaler, og har eneret på at stille midlertidig arbejdskraft til de pågældende virksomheders rådighed.

Twisten i hovedsagen

- 18 LSCIT har koncession på en havneterminal i La Spezias havn, der ifølge den forelæggende ret er den vigtigste havn i Middelhavet for så vidt angår containertrafik. Selskabet håndterer ca. 70% af havnens containertrafik. Dets kunder er afskibere og rederier i forskellige medlemsstater.

- 19 I perioden fra den 9. juli 1990 til den 31. maj 1994 har LSCT ifølge det oplyste overdraget udførelsen af rene arbejdsydelser til andelsselskaberne Duveco og Il Sole 5 Terre samt til selskaberne Sincor og Bonifiche Impianistica e Manutenzioni Generali Di Moise Pietro. Selv om disse fire selskaber har tilladelse til at udføre havnearbejde, har de ikke tidligere været havneselskaber.
- 20 Ved Pretura circondariale di La Spezia blev der derfor den 31. oktober 1995 rejst straffesag mod Silvano Raso og ti andre, der er repræsentanter efter loven for LSCT og de fire ovennævnte selskaber, for ulovlig formidling af arbejdskraft.
- 21 Pretura circondariale di La Spezia var i tvivl om, hvorvidt det monopol, det tidligere, nu omdannede selskab havde med hensyn til formidling af midlertidig arbejdskraft, er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og har derfor forelagt Domstolen følgende tre præjudicielle spørgsmål:
 - »1) Er traktatens artikel 59 til hinder for italienske bestemmelser, hvorefter en virksomhed, som har koncession på at udføre havneterminalarbejde, ikke må benytte sig af andre virksomheder — bortset fra de tidligere havneselskaber og -sammenslutninger — med henblik på levering af tjenesteydelser, der også leveres til kunder, som er borgere fra andre medlemsstater, hvilket i øvrigt indebærer, at terminalvirksomheden i henhold til de italienske bestemmelser er forpligtet til selv at tilbyde alle de tjenesteydelser, brugere af havneterminalen kan anmode om, og at adgangen til markedet for enkelte tjenesteydelser leveret af virksomheder, som må operere i havnen, men som ikke er blandt dem, der er opregnet i artikel 21, stk. 1, litra b), i lov nr. 84/94, herved kan hindres?
 - 2) Er EF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86, til hinder for nationale bestemmelser, der (på grund deres virkninger på markedet indebærer dels, at andre virksomheder end terminalvirksomhederne — bortset fra de tidligere havneselskaber og -sammenslutninger — er afskåret fra at levere tjenesteydelser på havneområdet til interesserede brugere, dels forpligter terminalvirksomheden til at kunne udføre alle de transaktioner og tjeneste-

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

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

22 Med spørgsmålene og navnlig det tredje spørgsmål, som vil blive behandlet først, ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om fællesskabsretten er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter kun et havneselskab må formidle midlertidig arbejdskraft til andre virksomheder, der opererer i den havn, hvor selskabet er etableret, når det lægges til grund, at selskabet også har tilladelse til at udføre havnearbejde.

23 Indledningsvis bemærkes, at en virksomhed, som har monopol på at formidle arbejdskraft til andre virksomheder, der har tilladelse til at udføre havnearbejde, er en virksomhed, som medlemsstaten har indrømmet en eksklusiv rettighed som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1 (jf. dommen i sagen *Merci convenzionali porto di Genova*, a.st., præmis 9).

- 24 For så vidt angår sådanne virksomheder skal medlemsstaterne i henhold til den nævnte bestemmelse afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, navnlig dens konkurrenceregler.
- 25 Ifølge fast retspraksis kan en virksomhed, som har et lovbestemt monopol på en væsentlig del af det fælles marked, anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 (jf. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 28, af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 31, og i sagen *Merci convenzionali porto di Genova*, a.st., præmis 14).
- 26 For så vidt angår afgrænsningen af det relevante marked fremgår det af forelæggelseskendelsen, at dette marked er udførelsen for tredjemands regning af havnearbejde med hensyn til fragt af containere i La Spezias havn. I betragtning af omfanget af trafikken i denne havn, som formentlig er den vigtigste havn i Middelhavet for containertrafik, og havnens betydning for samhandelen inden for Fællesskabet, kan det pågældende marked anses for en væsentlig del af det fælles marked (jf. dommen i sagen *Merci convenzionali porto di Genova*, a.st., præmis 15).
- 27 Endvidere bemærkes, at selv om den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1, ikke i sig selv er uforenelig med artikel 86, overtræder en medlemsstat forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug (jf. dommen i sagen *Höfner og Elser*, a.st., præmis 29, i *ERT*-sagen, a.st., præmis 37, og dommen i sagen *Merci convenzionali porto di Genova*, a.st., præmis 17, samt dom af 5.10.1994, sag C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, Sml. I, s. 5077, præmis 18).

- 28 Det må i den forbindelse fastslås, at da den ordning, der er indført ved 1994-loven, ikke alene medfører, at der indrømmes det tidligere, nu omdannede havneselskab eneret på at levere midlertidig arbejdskraft til dem, der har koncession på terminaler, og til andre virksomheder, der har tilladelse til at operere i havnen, men også, således som det fremgår af nærværende doms præmis 17, at selskabet kan konkurrere med de nævnte virksomheder på markedet for tjenesteydelser, står dette tidligere, nu omdannede havneselskab over for en interessekonflikt.
- 29 Allerede i kraft af selve udøvelsen af monopollet kan virksomheden således til egen fordel fordreje de lige muligheder for de forskellige erhvervsdrivende, der opererer på markedet for tjenesteydelser, der udføres i havnen (jf. dommen i ERT-sagen, a.st., præmis 37, og dom af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 5941, præmis 25).
- 30 Selskabet foranlediges således til at misbruge sit monopol på den måde, at det påtvinger konkurrenterne på markedet for havnearbejde urimelige priser på levering af arbejdskraft, eller at det stiller arbejdskraft, der er mindre egnet til at udføre det krævede arbejde, til deres rådighed.
- 31 En ordning som den, der er tilvejebragt ved 1994-loven, må herefter i sig selv antages at være i strid med traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. Det er derfor uden betydning, at den forelæggende ret i relation til det tidligere, nu omdannede havneselskab ikke har konstateret noget misbrug (jf. dommen i sagen GB-Inno-BM, præmis 23 og 24).
- 32 Det tredje spørgsmål må herefter besvares med, at traktatens artikel 86 og 90 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter kun et havneselskab må formidle midlertidig arbejdskraft til andre virksomheder, der opererer i den havn, hvor selskabet er etableret, når selskabet selv har tilladelse til at udføre havnearbejde.

- 33 Henset til besvarelsen af det tredje spørgsmål, for så vidt som det vedrører traktatens artikel 86 og 90, er det ufornuddent at besvare det tredje spørgsmål, for så vidt som det vedrører traktatens artikel 59, og også de øvrige spørgsmål, den nationale ret har forelagt.

Sagens omkostninger

- 34 De udgifter, der er afholdt af den italienske regering, den tyske regering, den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Pretura circondariale di La Spezia ved kendelse af 12. april 1996, for ret:

EF-traktatens artikel 86 og 90 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter kun et havneselskab må formidle midlertidig

arbejdskraft til andre virksomheder, der opererer i den havn, hvor selskabet er etableret, når selskabet selv har tilladelse til at udføre havnearbejde.

Gulmann

Wathelet

Moitinho de Almeida

Jann

Sevón

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. februar 1998.

R. Grass

C. Gulmann

Justitssekretær

Formand for Femte Afdeling