

DOMSTOLENS DOM
den 30 september 2003 *

I mål C-47/02,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht (Tyskland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Albert Anker,

Klaas Ras,

Albertus Snoek

och

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av Wasser- und Schiffahrtsdirektion Nord,

angående tolkningen av artikel 39.4 EG,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden G.C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena J.-P. Puissochet, M. Wathelet (referent), R. Schintgen och C.W.A. Timmermans samt domarna C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues och A. Rosas,

generaladvokat: C. Stix-Hackl,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från

- sökandena i målet vid den nationella domstolen, genom P. Slabschi, Rechtsanwalt,
- svaranden i målet vid den nationella domstolen och Tysklands regering, genom W.-D. Plessing och M. Lumma, båda i egenskap av ombud,
- Danmarks regering, genom J. Molde och J. Bering Liisberg, båda i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom G. de Bergues och C. Bergeot-Nunes, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom D. Martin och H. Kreppel, båda i egenskap av ombud.

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 21 januari 2003 av: Sökandena i målet vid den nationella domstolen, företrädda av P. Slabschi, svaranden i målet vid den nationella domstolen, företrädd av B. Karsten, Regierungsäratin, Tysklands regering, företrädd av M. Lumma, Frankrikes regering, företrädd av G. de Bergues och C. Bergeot-Nunes, och kommissionen, företrädd av I. Matínez del Peral, i egenskap av ombud, och H. Kreppel,

och efter att den 12 juni 2003 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Schleswig-Holsteinisches Obergerverwaltungsgericht har, genom beslut av den 31 januari 2002 som inkom till domstolen den 19 februari samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt en fråga om tolkningen av artikel 39.4 EG.
- 2 Frågan har uppkommit i en tvist mellan de nederländska medborgarna Albert Anker, Klaas Ras och Albertus Snoek, å ena sidan, och Wasser- und Schiffahrtsdirektion Nord (nordtysk myndighet med ansvar för sjöfart och transporter till havs), å andra sidan, avseende tillträde till kaptenstjänsten på fiskefartyg som seglar under tysk flagg.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 39 EG föreskrivs följande:

”1. Fri rörlighet för arbetstagare skall säkerställas inom gemenskapen.

2. Denna fria rörlighet skall innebära att all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet skall avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor.

3. Den skall, med förbehåll för de begränsningar som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa, innefatta rätt att

a) anta faktiska erbjudanden om anställning,

- b) förflytta sig fritt inom medlemsstaternas territorium för detta ändamål,

 - c) uppehålla sig i en medlemsstat i syfte att inneha anställning där i överen[s]stämmelse med de lagar och andra författningar som gäller för anställning av medborgare i den staten,

 - d) stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställd där, på villkor som skall fastställas av kommissionen i tillämpningsföreskrifter.
4. Bestämmelserna i denna artikel skall inte tillämpas på anställning i offentlig tjänst.”

De internationella bestämmelserna

- 4 I kapitel I, med rubriken ”Allmänna bestämmelser” (vilket omfattar artiklarna 86—115), i del VII, med rubriken ”Det fria havet”, i Förenta nationernas havsrättskonvention, underskriven den 10 december 1982 i Montego Bay, finns allmänna bestämmelser rörande sjöfart på det fria havet.

5 I artiklarna 91.1, 92.1, 94.1—94.3, 97.1 och 97.2 i konventionen föreskrivs bland annat följande:

”Artikel 91

Fartygs nationalitet

1. Varje stat skall fastställa villkoren för att dess nationalitet skall tillerkännas fartyg, villkoren för fartygs registrering inom dess territorium samt villkoren för rätten att föra dess flagg. Fartyg har den stats nationalitet vars flagg de äger rätt att föra. Det måste föreligga ett verkligt samband mellan staten och fartyget.

...

Artikel 92

Fartygs status

1. Fartyg skall segla under endast en stats flagg och vara underkastade denna stats exklusiva jurisdiktion på det fria havet utom i undantagsfall, varom uttryckligen stadgas i internationella fördrag eller i denna konvention....

...

Artikel 94

Flaggstatens skyldigheter

1. Varje stat skall med avseende på administrativa, tekniska och sociala frågor utöva faktisk jurisdiktion och kontroll över fartyg som för dess flagg.

2. Varje stat skall särskilt

...

b) åta sig jurisdiktion enligt nationell rätt över varje fartyg som för dess flagg samt över dess befälhavare, övrigt befäl och manskap med avseende på administrativa, tekniska och sociala frågor rörande fartyget.

3. Varje stat skall vidta sådana åtgärder i fråga om fartyg under dess flagg som är nödvändiga för att trygga säkerheten till sjöss...

...

Artikel 97

Straffrättslig jurisdiktion auseende kollision eller annan navigeringsincident

1. I händelse av kollision eller annan navigeringsincident, som berör fartyg på det fria havet och som medför straffrättsligt eller disciplinärt ansvar för befälhavare eller annan person i tjänst på fartyget, får straffrättsligt eller disciplinärt förfarande ej inledas mot sådan person inför andra judiciella eller administrativa myndigheter än myndigheterna i flaggstaten eller i den stat där personen är medborgare.

2. I disciplinära frågor skall endast den stat som har utfärdat sjökaptensbrev, behörighetsbevis eller tillståndsbevis ha rätt att... återkalla sådana bevis och tillstånd, även om innehavaren inte är medborgare i den stat som utfärdat dessa.”

De nationella bestämmelserna

- 6 I artikel 2.2 i Schiffsbesetzungsverordnung (förordning om fartygsbesättningar) av den 26 augusti 1998 (BGBl. I, s. 2577), i dess ändrade lydelse enligt Verordnung av den 29 oktober 2001 (BGBl. I, s. 2785), föreskrivs följande:

”Kaptenen skall vara tysk medborgare i den mening som avses i Grundgesetz [tysk grundlag] och innehavare av ett lämplighetsbevis oavsett fartygets bruttotonnage.”

- 7 Utbildningen för fartygsbefäl och utfärdandet av lämplighetsbevis regleras i Schiffsoffizier- Ausbildungsverordnung (förordning om utbildning för sjöbefäl) av den 11 februari 1985 (BGBl. I, s. 323), senast ändrad genom ovannämnda Verordnung av den 29 oktober 2001 (nedan kallad SchOffzAusbV).
- 8 Ett lämplighetsbevis som en medborgare i en medlemsstat eller i en medlemsstat i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet erhållit från en annan stat än Tyskland skall jämföras med tyska lämplighetsbevis enligt 21 § a 1 i SchOffzAusbV om villkoren i rådets direktiv 89/48/EEG av den 21 december 1988 om en generell ordning för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning som omfattar minst tre års studier (EGT L 19, 1989, s. 16; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 192) eller i rådets direktiv 92/51/EEG av den 18 juni 1992 om en andra generell ordning för erkännande av behörighetsgivande högre utbildning, en ordning som kompletterar den som föreskrivs i direktiv 89/48 (EGT L 209, s. 25) är uppfyllda. När arbetsuppgiften är att föra befäl över fartyg krävs det särskilt i 21 § a 2 i SchOffzAusbV att den berörda personen kan visa att han med framgång har genomgått det lämplighetsprov som avses i artikel 4.1 b i direktiv 89/48 eller i artikel 4.1 b i direktiv 92/51. Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord skall enligt 21 § c i SchOffzAusbV på begäran utfärda ett giltighetsintyg avseende sådan utbildning som jämföras med tysk utbildning i enlighet med artikel 21 a 1 i SchOffzAusbV.
- 9 Den omständigheten att ett utbildningsbevis bedömts vara likvärdigt med ett tyskt sådant i enlighet med 21 § a i SchOffzAusbV innebär emellertid inte att

personer som saknar tysk medborgarskap i den mening som avses i Grundgesetz har behörighet att föra befäl över fartyg som seglar under tysk flagg. I 24 § i SchOffzAusbV föreskrivs nämligen följande:

”Behörighetsintyg får utfärdas till personer som inte är tyska medborgare i den mening som avses i Grundgesetz, men som ändå uppfyller villkoren för förvärv av sådana intyg (7 §). Behörighetsintyg som avser nautisk tjänst ger emellertid inte innehavaren behörighet att föra befäl över fartyg som seglar under tysk flagg. Detta förhållande skall anges i behörighetsintyget...”

- 10 I 106 § i Seemannsgesetz (lag om sjömän) av den 26 juli 1957 (BGBl. II, s. 713) (nedan kallad SeemG), vilken har ändrats vid flera tillfällen, föreskrivs dessutom följande:

”(1) Kaptenen är överordnad samtliga besättningsmän (3 §) och arbetstagare ombord (7 §). Kaptenen är den högste beslutsfattaren.

(2) Kaptenen ansvarar för upprätthållandet av säkerhet och ordning ombord och har inom ramen för de bestämmelser som följer nedan och gällande lag rätt att vidta sådana åtgärder som är nödvändiga för att fullgöra denna uppgift.

(3) I fall av överhängande fara för människor eller fartyget har kaptenen rätt att vidta de åtgärder som krävs för att undanröja faran, om nödvändigt med användning av behövliga tvångsmedel. Kaptenen har exempelvis rätt att besluta om tillfälliga frihetsberövanden. De grundläggande rättigheter som avses i 2 § 2 första och andra meningarna samt i 13 § 1 och 13 § 2 i Grundgesetz kan begränsas. Om fler än ett tvångsmedel är tänkbara är kaptenen skyldig att i den utsträckning det är möjligt tillämpa det som är minst ingripande i förhållande till de berörda personerna.

(4) Fysiskt våld och tillfälligt frihetsberövande är endast tillåtet när andra tvångsmedel framstår som uppenbart otillräckliga eller har visat sig vara detta. Sådana åtgärder får endast tillämpas så länge som och i den mån som de är nödvändiga för fullgörandet av de kaptensuppgifter som avses i 106 § 2 och 106 § 3.

(5) Om kaptenen saknar möjlighet att själv vidta dessa åtgärder kan den behörighet som avses i 106 § 1—4 delegeras till förste styrman eller till förste maskinchef inom ramen för deras uppgifter....

...”

- 11 När syftet med kaptenens order är att bekämpa fara som hotar personer, fartyget eller fartygslasten, undvika oproportionerlig skada, förebygga allvarliga störningar i fartygsdriften, följa offentligrättsliga bestämmelser om säkerhet till sjöss och att upprätthålla ordning och säkerhet ombord kan straffrättsliga påföljder vidtas med stöd av 115 § i SeemG mot personer som inte iakttar dessa. Missbruk av denna behörighet kan också sanktioneras med straffrättsliga åtgärder enligt 117 § jämförd med 115 § 4 i SeemG.
- 12 I tysk rätt finns flera bestämmelser i vilka kaptener på fartyg som seglar under tysk flagg anförtros uppgifter av familjerättslig art.
- 13 Enligt 45 § 1 i Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes (förordning om tillämpning av lagen om personuppgifter) av den 12 augusti 1957 (BGBl. I, s. 1139), sist ändrad genom Verordnung av den 17 december 2001 (BGBl. I, s. 3752) (nedan kallad PersStdGAV), skall födselar eller dödsfall som inträffar på ett tyskt fartyg till sjöss registreras av en behörig tjänsteman på

folkbokföringsmyndigheten Berlin I. Enligt 45 § 2 skall kaptenen underrättas om födselar och dödsfall senast följande dag. Om den person som har ansvaret för att kaptenen underrättas avslutar resan före utgången av denna tidsfrist skall underrättelsen äga rum innan personen i fråga lämnar fartyget. Enligt 45 § 3 skall kaptenen föra protokoll över födselar och dödsfall. Protokollat skall därefter så snart som möjligt överlämnas till en sjöfartsregistreringsbyrå.

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 14 Sökandena i målet vid den nationella domstolen tjänstgör som sjömän på fiskefartyg som seglar under tysk flagg och används för småskaligt havsfiske. Samtliga innehar utbildningsbeviset "Diploma voor de Zeevisvaart SW V" (nederländsk diplom avseende sjöfart med fiskefartyg), vilket enligt nederländsk lag ger innehavarna rätt att föra befäl på fartyg av den typ som de för närvarande arbetar på.

- 15 Klaas Ras erhöll den 30 september 1998 tillstånd från Wasser- und Schiffahrt-direktion Nord att tjänstgöra som förste styrman eller förste maskinchef på fiskefartyg som seglar under tysk flagg. Genom en skrivelse av den 30 oktober 1998 begärde Klaas Ras med stöd av 21 § c i SchOffzAusbV att myndigheten i fråga skulle utfärda ett mer omfattande lämplighetsintyg, vilket skulle ge honom rätt att tjänstgöra också som kapten på fiskefartyg som seglar under tysk flagg. Wasser- und Schiffahrt-direktion Nord avlog denna begäran, vilken den tolkade som en begäran om omprövning, genom beslut av den 14 december 1998.

- 16 Albert Ankers och Albertus Snoeks snarlika ansökningar av den 16 mars 1999 om tillstånd att tjänstgöra som kapten, förste styrman eller förste maskinchef på fiskefartyg som seglar under tysk flagg avlogs också av Wasser- und Schiffahrt-

direktion Nord genom beslut av den 30 juli 1999, i den mån som dessa gällde tjänstgöring som kapten. Albert Anker och Albertus Snoek begärde därefter omprövning av myndighetens beslut. Wasser- und Schiffahrtdirektion Nord avslög på nytt såväl Ankers som Snoeks ansökningar genom beslut av den 6 september 1999.

- 17 Wasser- und Schiffahrtdirektion Nord grundade besluten särskilt på 106 § 2 och 106 § 3 i SeemG samt 24 § andra meningen i SchOffzAusbV.

- 18 Wasser- und Schiffahrtdirektion Nord avslagsbeslut överklagades till Verwaltungsgericht (förvaltningsdomstol) som i dom av den 14 november 2000 fastställde myndighetens beslut på samma grunder som hade åberopats av Wasser- und Schiffahrtdirektion Nord. Förvaltningsdomstolen ansåg att kaptens-tjänsten innefattade myndighetsutövning i den mening som avses i artikel 39.4 EG.

- 19 Den 30 juli 2001 beviljades sökandena i målet vid den nationella domstolen prövningstillstånd av Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht i fråga om Verwaltungsgerichts domar.

- 20 Sökandena i målet vid den nationella domstolen invände vid Oberverwaltungsgericht mot tillämpningen av artikel 39.4 EG, vilken enligt sökandena skall tolkas strikt i egenskap av undantag. Artikeln är endast tillämplig när tjänsten i fråga bygger på att det finns ett särskilt band mellan den som innehar densamma och staten, vilket medborgarskapskravet har till syfte att säkerställa. Ett sådant band föreligger endast när tjänsten typiskt sett innefattar myndighetsutövning och när innehavaren av tjänsten ansvarar för statens allmänna intressen. Samtliga kriterier skall vara uppfyllda. Så är emellertid inte fallet för kaptener på

fiskefartyg. Även om det förekommer fall där sådana kaptener har utnyttjat sin behörighet att utföra offentliga uppdrag är dessa av underordnad betydelse och kan inte under några omständigheter anses tillhöra kaptенens kärnuppgifter.

- 21 På luftfartsområdet saknas för övrigt begränsningar kopplade till nationalitet. Enligt 3 § i Luftverkehrs-Ordnung (förordning om lufttransporter) av den 10 augusti 1963 (BGBl. I, s. 652), vilken ändrats vid flera tillfällen, har flygplanskaptener, i förhållande till fartygskaptener, ett omfattande ansvar och vidsträckt befogenheter.
- 22 Enligt svaranden i målet vid den nationella domstolen är de befogenheter som kaptener ges i 106 § SeemG hänförliga till offentlig tjänst och uttryck för den "genuine link" som flaggstaten upprättat mellan sig och fartyget. Svaranden har hänvisat till artikel 94 i Förenta nationernas havsrättskonvention.
- 23 Kaptенens behörighet att utöva offentliga uppdrag följer inte av allmänna privaträttsliga principer. Kaptenen har inte bara att garantera ordning och säkerhet ombord för egen räkning utan också att tillvarata sådana intressen som skyddas i lag, om nödvändigt med åsidosättande av de egna intressena.
- 24 Svaranden i målet vid den nationella domstolen har också åberopat de uppgifter som kaptenen utför i egenskap av statlig tjänsteman i händelse av födelse eller dödsfall ombord, i enlighet med föreskrifterna i 45 § 3 i PersStdGAV.

- 25 Oberverwaltungsgericht har ifrågasatt huruvida 24 § andra meningen i SchOffz-AusbV är förenlig med artikel 39 EG. Detta gäller särskilt för fartyg som används för småskaligt havsfiske.
- 26 Oberverwaltungsgericht har anfört att anställning i offentlig tjänst, enligt domstolens rättspraxis, endast föreligger när den aktuella verksamheten förutsätter att innehavaren av tjänsten har ett särskilt band till medlemsstaten, vilket är just vad medborgarskapskravet syftar till att garantera (dom av den 17 december 1980 i mål 149/79, kommissionen mot Belgien, REG 1980, s. 3881; svensk specialutgåva, volym 4, s. 433). Så är emellertid inte fallet med de uppgifter som aktualiseras på sjö- och luftfartsområdena. Dessa uppgifter ligger nämligen långt ifrån de särskilda uppgifter som ingår i offentlig tjänst och medför inte direkt eller indirekt utövande av offentlig makt eller arbetsuppgifter som har till syfte att skydda statens eller andra offentliga inrättnings intressen.
- 27 Oberverwaltungsgericht anser emellertid att det är oklart huruvida de befogenheter som beviljas genom 106 § SeemG är av sådant slag att de allmänt sett kan anses innefatta myndighetsutövning eller om de, tvärtom, i huvudsak skall anses följa av allmänna skyldigheter av antingen civilrättslig natur — skeppsredaren representeras på fartyget av kaptenen som på den förstnämndes vägnar utövar rättigheter på grundval av anställningskontraktet — eller av straffrättslig natur — kaptenen är garant i farliga situationer.
- 28 Oberverwaltungsgericht har påpekat att 106 § SeemG i vilket fall som helst endast täcker en mycket liten del av kaptenens arbetsuppgifter. Kaptenens huvudsakliga uppgifter är att styra fartyget och leda besättningen. Vid utförandet av dessa arbetsuppgifter utövar kaptenen sådana civil- och arbetsrättsliga funktioner som vanligtvis tillkommer företags- och fabrikschefer.

- 29 Det var mot bakgrund av dessa omständigheter som Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är nationella bestämmelser, enligt vilka endast personer med medborgarskap i flaggstaten — i förevarande fall Tyskland — får tjänstgöra som fartygschef (kapten) på fartyg som seglar under medlemsstatens flagg och används för ’sjöfart i liten skala’ (Kleine Seeschiffahrt), förenliga med artikel 39 EG?”

Tolkningsfrågan

- 30 Den hänskjutande domstolen önskar med tolkningsfrågan få klarhet i huruvida artikel 39.4 EG skall tolkas så, att en medlemsstat har rätt att förbehålla de egna medborgarna rätten att inneha tjänsten som kapten på fartyg som seglar under medlemsstatens flagg och används för ”sjöfart i liten skala” (Kleine Seeschiffahrt).

Yttranden som har inkommit till domstolen

- 31 Sökandena i målet vid den nationella domstolen anser att tolkningsfrågan skall besvaras nekande.
- 32 De har inledningsvis betonat att Albert Anker och Albertus Snoek är arbetstagare i den mening som avses i artikel 39 EG. För det fall Klaas Ras — med anledning av att han är minoritetsägare i Zeevisserijbedrijf RAS BV, som äger Seefischereibetrieb SC-25 GmbH, vilket använder det fiskefartyg som Klaas Ras tjänstgör

på — inte kan anses vara avlönad arbetstagare bör han enligt sökandena i målet vid den nationella domstolen anses vara egenföretagare. I så fall skall artikel 43 EG tillämpas varvid frågan huruvida de uppgifter som utförs av en kapten på ett fartyg som det aktuella omfattas av undantaget i artikel 45 första stycket EG aktualiseras. Sökandena i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att begreppet offentlig makt, i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG, med hänsyn till lydelsen, har en snävare innebörd än begreppet offentlig tjänst, i den mening som avses i artikel 39.4 EG.

- 33 Sökandena i målet vid den nationella domstolen anser inte att de uppgifter som utförs av en kapten på ett fiskefartyg omfattas av artikel 39.4 EG. Gemenskapsbegreppet offentlig makt skall enligt domstolens rättspraxis tolkas restriktivt eftersom det rör sig om ett undantag från en grundläggande gemenskapsrättslig princip och dess räckvidd skall begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att tillvarata de intressen som medlemsstaterna genom undantaget tillåts att skydda (se bland annat dom av den 16 juni 1987 i mål 225/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 2625, punkt 7; svensk specialutgåva, volym 9, s. 121). Begreppet skall dessutom tolkas funktionellt. Det avgörande är att uppgifterna typiskt sett innefattar myndighetsutövning och att innehavaren av tjänsten ansvarar för skyddandet av statens allmänna intressen (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 12).
- 34 Sökandena i målet vid den nationella domstolen har tillagt att det inte räcker att innehavaren av tjänsten sporadiskt utövar offentlig makt. Dessa uppgifter skall utgöra de huvudsakliga arbetsuppgifterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum, REG 1986, s. 2121, punkterna 26 och 28, svensk specialutgåva, volym 8, s. 661, och av den 27 november 1991 i mål C-4/91, Bleis, REG 1991, s. I-5627, punkt 7).
- 35 De nationella tyska bestämmelserna ger i förevarande fall inte kaptener behörighet att utöva offentlig makt. De befogenheter som kaptener har på grundval av 106 § SeemG är utslag av allmänna civil- och straffrättsliga skyldigheter, vilka anpassats till den situation som råder på fartyg till sjöss. För

övrigt är situationer vilka kan betecknas som farliga avsevärt mindre vanliga i dag än tidigare, bland annat tack vare moderna kommunikationsmedel och den omständigheten att fartygen numera tillbringar kortare perioder (begränsade till veckodagar) till sjöss än tidigare. För de små fiskefartygen gäller dessutom att de alltid fiskar nära kusterna.

36 Kaptenens huvudsakliga arbetsuppgifter är att styra fartyget och leda besättningen. Det rör sig om uppgifter som är hänförliga till civil- och arbetsrätten och som normalt sett utförs av företags- och fabrikschefer. Även kaptenen är för övrigt till stor del upptagen av att fånga fisk och av att ta hand om fångsten.

37 Sökandena i målet vid den nationella domstolen har vidare anfört att domstolen, i punkterna 34 och 35 i dom av den 2 juli 1996 i mål C-290/94, kommissionen mot Grekland (REG 1996, s. I-3285), har slagit fast att verksamhetsområdena för sjö- och lufttransporter inte tillhör de verksamhetsområden på vilka uppgifter som normalt åligger myndigheterna aktualiseras. Därmed skall fri rörlighet för arbetstagare a priori råda på dessa verksamhetsområden. Det åligger de offentliga myndigheterna att visa att villkoren i artikel 39.4 EG faktiskt är uppfyllda i fråga om vissa tjänster (se punkterna 110—112 i generaladvokat Légers förslag till avgörande avseende dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg, REG 1996, s. I-3207). Svaranden i målet vid den nationella domstolen har emellertid inte visat att så är fallet för tjänsten som kapten på fiskefartyg.

38 Den tyska, den danska och den franska regeringen samt kommissionen är eniga om att tjänsten som kapten på ett fartyg som seglar under en medlemsstats flagg och som används för sjöfart i mindre skala kan förbehållas medborgare i den aktuella medlemsstaten med stöd av artikel 39.4 EG i den mån som innehavaren av nämnda tjänst, i enlighet med nationell rätt och flera internationella rättsakter såsom Förenta nationernas havsrättskonvention, kan komma att utöva uppgifter som är hänförliga till ”offentlig tjänst”, i den mening som avses i nämnda artikel och som detta begrepp tolkats av domstolen, och uppgifter kopplade till

upprätthållande av säkerhet, som normalt åligger polisväsendet, samt till upprättande av intyg rörande civilstånd.

- 39 Enligt den tyska regeringen innebär den omständigheten att behörigheten att utöva offentlig makt inte alltid utnyttjas i det dagliga arbetet på ett fiskefartyg inte att de åtgärder som kaptenen har behörighet att vidta om det skulle vara nödvändigt skall anses sakna sådan karaktär. Ett fartyg som används för småskaligt havsfiske är inte heller underkastat några geografiska restriktioner vad avser verksamhetsområdet, utan kan mycket väl fiska utanför flaggstatens territorialvatten eller det vatten som omger landet.
- 40 Den danska regeringen anser att direkt utövande av offentlig makt föreligger när tjänsten som fartygskapten innefattar myndighetsutövning som på land åligger polisväsendet (exempelvis häktning av misstänkta personer och mottagande av vittnesmål) ombord. Upprätthållande av ordning och säkerhet är uppgifter som förutsätter att det föreligger ett sådant särskilt band som avses i artikel 39.4 EG mellan den som utför tjänsten och staten.
- 41 Den omständigheten att det i förevarande fall rör sig om ett litet fartyg ger enligt den danska regeringen inte upphov till några inskränkningar i medlemsstatens rätt att förbehålla de egna medborgarna kaptenstjänsterna på fartyg som seglar under medlemsstatens flagg. Situationer som gör det nödvändigt för kaptenen att utöva offentlig makt kan nämligen uppstå på alla typer av fartyg när som helst.
- 42 Nämnda regering anser vidare att det saknar betydelse att medlemsstaten i fråga har avstått från att utnyttja möjligheten att viga jämförbara tjänster inom luftfartssektorn åt de egna medborgarna. Artikel 39.4 EG ger endast medlems-

staterna möjlighet att förbehålla de i artikeln avsedda tjänsterna åt de egna medborgarna.

- 43 Den franska regeringen har gjort gällande att det inte råder någon tvekan om att fartygskaptener har uppgifter som omfattar utövande av offentlig makt. Dessa uppgifter skall inte förväxlas med de skyldigheter som åligger samtliga medborgare, företags- och fabrikschefer samt flygplanskaptener. Detta gäller även när tjänsten utövas inom ett privat företag om de offentliga uppdragen, genom delegation, utförs för statens räkning, och inte för arbetsgivarens.
- 44 Den franska regeringen har hänvisat till vissa bestämmelser i den franska civilbalken och i lagen om straffrättsliga och disciplinära förfaranden för franska handelsflottan, i vilka kaptener anförtros uppdrag som normalt åligger statliga tjänstemän och ges behörighet som normalt tillkommer tjänstemän inom polisväsendet. Kaptener ges på detta sätt en roll inom rättsväsendet. Frankrikes regering har anfört att dessa befogenheter är betydligt mer omfattande än de som tillkommer samtliga medborgare när en brottsling påträffas på bar gärning enligt artikel 73 i den franska straffprocesslagen. Av den sistnämnda bestämmelsen framgår nämligen att även om varje person har rätt att gripa sådana brottslingar, måste dessa överlämnas till närmaste polisman. Denne är ensam behörig att besluta om omhändertagande och frihetsberövande.
- 45 Den franska regeringen motsätter sig också att fartygskapteners befogenheter jämförelsevis med en företags- eller fabrikschefs behörighet att vidta sådana åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa arbetstagares säkerhet och hälsa. Företagschefen saknar till skillnad från fartygskaptenen behörighet att omhänderta eller frihetsberöva en arbetstare, vilket beror på att företagschefen har möjlighet att vända sig till de offentliga myndigheterna.
- 46 Den franska regeringen har också invänt mot jämförelsen mellan en flygplanskaptens befogenheter och en fartygskaptens dito. Den förstnämndes rättigheter

motsvarar enligt Frankrikes regering dem som varje medborgare har i en hotsituation.

- 47 Slutligen anser den franska regeringen att den omständigheten att fartygskaptener sällan utnyttjar behörigheten att utöva offentlig makt saknar betydelse för frågan huruvida tjänsten omfattas av artikel 39.4 EG. Enligt domstolens rättspraxis är denna bestämmelse nämligen endast tillämplig på "anställning som innefattar ett direkt eller indirekt deltagande i utövandet av offentlig makt och i uppgifter som syftar till att ta till vara statens eller annan offentlig verksamhets allmänna intressen" (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 10). För att artikel 39.4 EG skall vara tillämplig krävs således endast att anställningen "innefattar" myndighetsutövning. Varje gång som omständigheterna så kräver är myndighetsutövningen för övrigt en konkret nödvändighet och kan inte delegeras till en annan besättningsmedlem utan att kaptenen berövas en stor del av sin auktoritet.
- 48 Den franska regeringen har i andra hand gjort gällande att medlemsstaterna har rätt att förbehålla de egna medborgarna rätten att tjänstgöra som kapten med stöd av artikel 39.3 EG. Tjänsten i fråga omfattas nämligen inte av principen om fri rörlighet för arbetstagare eftersom den inbegriper utövande av offentlig makt kopplad till allmän ordning och säkerhet.
- 49 Kommissionen har inledningsvis betonat att det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera att samtliga sökande i målet vid den nationella domstolen uppfyller villkoren för att omfattas av arbetstagarbegreppet i artikel 39 EG.
- 50 Kommissionen har därefter anfört att ett fartyg som seglar under en medlemsstats flagg visserligen anses utgöra en del av denna stats territorium, men att de

offentliga myndigheterna, efter det att fartyget har kommit ut en bit till havs, som regel saknar möjlighet att ingripa för att tillvarata egna eller allmänhetens allmänna intressen. Av denna anledning ger flaggstaten kaptenen, i egenskap av de offentliga myndigheternas representant, behörighet att vidta olika åtgärder i syfte att tillvarata de nämnda allmänna intressena, vilka anges i nationell lagstiftning och internationella överenskommelser. Under dessa omständigheter kan artikel 39.4 EG åberopas.

- 51 Dom av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4363), punkt 25, vilket gällde privata säkerhetsvakter med förordnande, medför ingen annan bedömning. Detta beror på att fartygskaptener getts behörighet att utöva offentlig makt just för att skydda statens allmänna intressen.
- 52 En person med en sådan offentlig tjänst som avses i artikel 39.4 EG utövar emellertid endast offentlig makt när de offentliga myndigheterna saknar möjlighet att ingripa eller endast kan göra detta med svårighet. Endast den omständigheten att en person getts behörighet att utöva offentlig makt räcker således inte för att artikel 39.4 EG skall vara tillämplig. Det krävs också att de offentliga myndigheterna saknar möjlighet att ingripa för att lösa en eventuell konflikt.
- 53 Kommissionen har dessutom anfört att frågan huruvida de tilldelade befogenheterna är mer långtgående än dem som tillkommer varje husägare, arbetsgivare eller medborgare enligt civil- och straffrätten skall bedömas mot bakgrund av nationell rätt och avgöras av den hänskjutande domstolen. Om befogenheterna skall anses vara jämförbara med dem som tillkommer offentliga myndigheter anser kommissionen att tillämpligheten av undantaget i artikel 39.4 EG inte påverkas av sannolikheten för att situationer, i vilka fartygskaptenen tvingas

utnyttja sin behörighet att utöva offentlig makt, skall uppstå eller av fartygets storlek.

- 54 Kommissionen har slutligen anfört att jämförelsen med situationen inom luftfartssektorn saknar relevans. Detta beror på att artikel 39.4 EG endast ger medlemsstaterna rätt att inskränka den fria rörligheten för arbetstagare.
- 55 Avseende tillämpligheten av artikel 39.3 EG har kommissionen för övrigt anfört att denna bestämmelse endast är tillämplig på individer vars uppförande hotar allmän ordning och säkerhet. Artikeln kan därmed inte med framgång åberopas till stöd för uppfattningen att principen om fri rörlighet för personer inte skall tillämpas på en viss yrkesgrupp med anledning av att de individer som tillhör denna grupp ansvarar för säkerställandet av allmän ordning och säkerhet ombord (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-6717, punkt 42).

Domstolens svar

- 56 Domstolen erinrar inledningsvis om att principen om fri rörlighet för arbetstagare och avskaffandet av all diskriminering på grund av nationalitet mellan arbetstagare i de olika medlemsstaterna fastställs i artikel 39.1—39.3 EG. I artikel 39.4 EG föreskrivs emellertid att bestämmelserna i artikeln inte skall tillämpas på anställning i offentlig tjänst.

- 57 Enligt domstolens rättspraxis skall begreppet offentlig tjänst i den mening som avses i artikel 39.4 EG tolkas och tillämpas enhetligt inom hela gemenskapen. Medlemsstaterna kan följaktligen inte skönsmässigt avgöra begreppets innebörd (se bland annat dom av den 12 februari 1974 i mål 152/73, Sotgiu, REG 1974, s. 153, punkt 5, svensk specialutgåva, volym 2, s. 219, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 12 och 18).
- 58 Begreppet gäller anställningar som direkt eller indirekt innefattar myndighetsutövning och fullgörande av arbetsuppgifter som har till mål att skydda statens eller annan offentlig verksamhets allmänna intressen, och som förutsätter att det från de anställdas sida finns en särskild solidaritet med staten samt att de ömsesidiga rättigheter och skyldigheter föreligger vilka utgör grunden för medborgarskapet (domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Belgien, punkt 10, och kommissionen mot Grekland, punkt 2).
- 59 Undantaget i artikel 39.4 EG är däremot inte tillämpligt på anställningar som, även om de kan hänföras till staten eller andra offentligrättsliga organ, inte innefattar fullgörande av arbetsuppgifter som ingår i offentlig tjänst i egentlig mening (domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Belgien, punkt 11, och kommissionen mot Grekland, punkt 2) eller, *a fortiori*, på anställningar hos en privatperson eller en privaträttslig juridisk person, oavsett vilka uppgifter den anställde utför (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 33, och dom av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien, REG 2001, s. I-4363, punkt 25).
- 60 Det framgår också av domstolens rättspraxis att artikel 39.4 EG, i egenskap av undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för och förbud mot diskriminering av gemenskapens arbetstagare, skall tolkas så att dess räckvidd begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att tillvarata de intressen som medlemsstaterna genom denna bestämmelse tillåts att skydda (se bland annat dom av den 16 juni 1987 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 7).

- 61 Domstolen konstaterar att kaptener på fartyg som seglar under tysk flagg enligt tysk rätt har behörighet att utföra uppgifter som är kopplade till upprätthållande av säkerhet och som normalt åligger polisväsendet. Detta gäller särskilt när situationen ombord kan betecknas som farlig. Denna behörighet kompletteras med en rätt att vidta undersökningar, tvångsåtgärder eller bestraffningar om detta skulle visa sig vara nödvändigt. De sistnämnda rättigheterna går utöver de skyldigheter i fråga om upprätthållande av allmän säkerhet som åligger samtliga medborgare. Enligt tysk rätt har kaptener vidare rätt att i nödsituationer utföra uppgifter av familjerättslig karaktär, vilka inte kan förklaras endast med att de är nödvändiga för att föra befäl över fartyget. Det rör sig särskilt om mottagande av besked om födelse eller dödsfall som äger rum till sjöss. De officiella handlingarna upprättas emellertid av statliga tjänstemän på land. Om det är tveksamt huruvida dessa uppgifter av familjerättslig karaktär innefattar direkt eller indirekt utövande av offentlig makt (tvivel som den hänskjutande domstolen har att undanröja), är det i vart fall säkert att uppgifter kopplade till upprätthållande av säkerhet och uppgifter som normalt åligger polisväsendet utgör myndighetsutövning i syfte att skydda flaggstatens allmänna intressen.
- 62 Den omständigheten att en kapten är anställd av en privatperson eller en privaträttslig juridisk person leder inte i sig till att artikel 39.4 EG inte är tillämplig så länge det är klarlagt att kaptenen, vid fullgörandet av de offentliga uppdrag som anförtrots honom, representerar staten i syfte att skydda flaggstatens allmänna intressen.
- 63 Undantaget från principen om fri rörlighet för arbetstagare i artikel 39.4 EG kan emellertid inte tillämpas endast på grundval av att personer som innehar de aktuella tjänsterna i nationell rätt getts behörighet som innefattar myndighetsutövning. Det krävs också att personerna i fråga faktiskt och regelmässigt använder sig av denna behörighet och att myndighetsutövningen inte motsvarar en alltför liten del av arbetsuppgifterna. Undantaget omfattar nämligen endast

sådan myndighetsutövning som är nödvändig för att skydda den berörda statens allmänna intressen, vilket domstolen erinrat om i punkt 60 i förevarande dom. Dessa intressen hotas inte när befogenheterna i fråga endast utövas sporadiskt och i undantagsfall av medborgare i andra medlemsstater.

- 64 Av den hänskjutande domstolens uppgifter framgår emellertid att kaptenen på ett fartyg som används för havsfiske i mindre skala i mycket liten utsträckning ägnar sig åt att representera flaggstaten. En sådan kaptens arbetsuppgifter består i huvudsak i att leda ett mindre fartyg med en begränsad besättning och att direkt delta i fisket och omhändertagandet av fångsten.
- 65 I Förenta nationernas havsrättskonvention föreskrivs inte heller att fartygskaptenen skall vara medborgare i den stat under vars flagg fartyget seglar, vilket generaladvokaten med rätta påtalade i punkt 68 i förslaget till avgörande.
- 66 Domstolen skall därmed ta ställning till om det medborgarskapskrav som ställs avseende de aktuella tjänsterna kan rättfärdigas med stöd av artikel 39.3 EG.
- 67 Domstolen nöjer sig med att erinra om att medlemsstaternas möjlighet att begränsa den fria rörligheten för personer av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa inte syftar till att undanta ekonomiska sektorer som fiskesektorn eller tjänster som kaptenstjänsten på fiskefartyg från tillämpningen av denna princip, vad gäller tillträde till anställning, utan till att göra det möjligt för medlemsstaterna att neka sådana personer inresa till eller uppehåll på deras territorium, vars inresa eller uppehåll där i sig skulle utgöra en fara för allmän ordning, säkerhet och hälsa (se, beträffande folkhälsa, dom av den 7 maj 1986 i mål

131/85, Gül, REG 1986, s. 1573, punkt 17, svensk specialutgåva, volym 8, och, beträffande privat säkerhet, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 42).

- 68 En allmän bestämmelse om att vissa personer saknar tillträde till tjänsten som kapten på fiskefartyg kan således inte rättfärdigas med hänvisning till de skäl som avses i artikel 39.3 EG.
- 69 Med hänsyn till det ovan anförda skall tolkningsfrågan besvaras på följande sätt: Artikel 39.4 EG skall tolkas så, att en medlemsstat endast har rätt att förbehålla de egna medborgarna rätten att inneha tjänsten som kapten på fartyg som seglar under medlemsstatens flagg och används för "sjöfart i liten skala" (Kleine Seeschiffahrt) om kaptenen faktiskt och regelmässigt utnyttjar sin behörighet att utöva offentlig makt. Det krävs dessutom att nämnda uppgifter inte utgör en alltför liten del av arbetsuppgifterna.

Rättegångskostnader

- 70 De kostnader som har förorsakats den tyska, den danska och den franska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

— angående den fråga som genom beslut av den 31 januari 2002 har ställts av Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht — följande dom:

Artikel 39.4 EG skall tolkas så, att en medlemsstat endast har rätt att förbehålla de egna medborgarna rätten att inneha tjänsten som kapten på fartyg som seglar under medlemsstatens flagg och används för "sjöfart i liten skala" (Kleine Seeschiffahrt) om kaptenen faktiskt och regelmässigt utnyttjar sin behörighet att utöva offentlig makt. Det krävs dessutom att nämnda uppgifter inte utgör en alltför liten del av arbetsuppgifterna.

Rodríguez Iglesias	Puissochet	Wathelet
Schintgen	Timmermans	Gulmann
Edward	La Pergola	Jann
Skouris	Macken	Colneric
von Bahr	Cunha Rodrigues	Rosas

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 september 2003.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitiesekreterare

Ordförande