CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 24 SEPTEMBER 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

I — Om het onderwerp van het onderhavige beroep wegens nietnakoming nauwkeurig te omschrijven, is het nodig de omstandigheden die de Commissie tot optreden hebben genoopt, in herinnering te roepen.

In 1973 maakten de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen en de Nationale Maatschappij der Buurtspoorwegen door aanplakking in de stations de navolgende vacatures bekend:

— bij eerstgenoemde maatschappij, betrekkingen voor niet geschoolde arbeiders (sjouwers, spoorleggers en rangeerders) alsmede van leerlingmachinisten en seingevers;

— bij laatstgenoemde, een betrekking voor een hulparbeider bij de drukkerij van de Centrale Dienst te Brussel.

Als toelatingsvoorwaarde werd in deze aankondigingen onder meer het bezit van de Belgische nationaliteit genoemd. Aan de aanwerving zou al dan niet een examen voorafgaan; in bepaalde gevallen werd voorzien dat „prioriteitsgerechtigden" in aanmerking zouden worden genomen. In de aankondiging van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen werd de aandacht van de kandidaten gevestigd op het voordeel van een „vaste betrekking bij een der grootste ondernemingen van het land".

Tussen 1974 en 1977 maakten ook de stad Brussel en de gemeente Oudergem in de pers vacatures bekend:

— de stad Brussel voor verpleegsters en kinderverzorgsters bij de dienst kinderbewaarplaatsen, voor architecten, voor controleurs algemene diensten en plantsoenen, voor nachtwakers en voor posten in vaste dienst voor hulptuiniers en loodgieters;

— de gemeente Oudergem voor een aanwervingslijst voor „halfgeschoolde arbeiders" en „geschoolde arbeiders B" (loodgieters, schrijnwerkers, electriciens).

De Commissie had in januari 1974 al de aandacht van de Belgische instanties gevestigd op het haars inziens discriminerende karakter van het nationaliteitsvereiste in de aankondigingen van de vacatures; in april 1977 kwam de Commissie hierop terug en stelde zij dat voor deze posten niet mocht worden afgeweken van het beginsel van het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, zulks wegens de beperkte draagwijdte die, volgens 's Hofs rechtspraak, moest worden toegekend aan de afwijkingsbepalingen van artikel 48, lid 4, EEG-Verdrag en van verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.

De Commissie refereerde daarbij aan de prejudiciële zaak-Sotgiu (arrest van 12 februari 1974, Jurispr. 1974, blz. 153). Gelet op de aard van de aan de betrekkingen verbonden taken (geen beslissings-bevoegdheid jegens particulieren,

1 — Vertaald uit het Frans.

geen deelneming in de uitoefening van het overheidsgezag), meende zij dat zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 48, lid 4, konden vallen; met name betrekkingen bij openbare ondernemingen met een industriële of commerciële activiteit voldoen volgens haar niet aan deze criteria.

Namens de Commissie liet de directeur-generaal Sociale zaken de Belgische regering een termijn van een maand om „onmiddellijk passende maatregelen vast te stellen opdat de bevoegde autoriteiten en diensten zich zouden onthouden van alle met het gemeenschapsrecht onverenigbare discriminerende praktijken jegens werknemers van de Gemeenschap' ". Voorts verzocht hij de Belgische regering, hem van deze maatregelen binnen de gestelde termijn in kennis te stellen.

Op 15 juli 1977 antwoordde de Belgische regering onder meer, dat artikel 6, tweede alinea, van de Belgische grondwet luidende: „de Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld", de gemeenten verbiedt statutair personeel aan te stellen dat niet de Belgische nationaliteit bezit.

Op 21 november 1978 zond de Commissie de Belgische minister van Buitenlandse Zaken, Simonet, een nieuwe aanmaning — in de vorm van een brief ondertekend door vice-voorzitter Vredeling — waarin werd gesteld dat de afwijking van artikel 48, lid 4, enkel van toepassing is wanneer het gaat om „betrekkingen in overheidsdienst", ongeacht de aard van de arbeidsbetrekking (publiek- dan wel privaatrechtelijk); deze bepaling betreft enkel beschikkingen waarvan de titularis een beschikkingsbevoegdheid heeft tegenover particulieren of waarvan de uitoefening „verband houdt met de nationale belangen, met name inzake binnenlandse veiligheid en defensie".

De Commissie *stelde* dan ook *vast,* dat België de bepalingen van het Gemeenschapsrecht niet was nagekomen en niet de nodige maatregelen had ingevoerd om zijn wetgeving in overeenstemmingen te brengen met artikel 48 EEG-Verdrag en met de bepalingen van verordening nr. 1612/68.

Hiermee liep de Commissie wel wat hard van stapel, want artikel 169 bepaalt dat indien de Commissie *van oordeel is* dat een Lid-Staat een ingevolge het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen en deze staat dit advies niet opvolgt, zij de zaak aanhangig kan maken bij het Hof van Justitie, dat de niet-nakoming *vaststelt;* de betrokken Lid-Staat is dan gehouden de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof.

Hoe dan ook, de Commissie stond België een nieuwe termijn van een maand toe om opmerkingen te maken, en behield zich het recht voor om daarna eventueel een met redenen omkleed advies uit te brengen.

Na op 15 januari 1979 een onbevredigend geacht antwoord van de Belgische permanente vertegenwoordiger te hebben ontvangen, bracht de Commissie op 2 april 1979 een met redenen omkleed advies uit, waarin werd gesteld dat „het Koninkrijk België", door het bezit van de Belgische nationaliteit als voorwaarde te stellen voor de aanwerving in niet in artikel 48, lid 4, bedoelde betrekkingen

(bij gemeenten of openbare instellingen), de ingevolge artikel 48 EEG-Verdrag en verordening nr. 1612/68 op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen."

Op 27 september 1979 heeft de Commissie de zaak bij het Hof aanhangig gemaakt, waarbij zij in de conclusie van haar verzoekschrift de bewoordingen van het met redenen omkleed advies overnam.

II — Het is dus nu eens niet krachtens artikel 177 dat deze zaak u wordt voorgelegd, en zo artikel 48, lid 4, inderdaad „rechtstreekse" werking heeft, kan men zich alleen maar erover verbazen dat, afgezien van voornoemde zaak Sotgiu, geen enkele rechterlijke instantie in een Lid-Staat het Hof in dit verband prejudiciële vragen heeft gesteld.

Het belang van de onderhavige zaak hoeft niet te worden beklemtoond, zowel vanuit het oogpunt van de gemeenschapsrechtelijke beginselen als van de concrete belangen die op het spel staan: het feit dat drie Lid-Staten aan de zijde van België hebben geïntervenieerd, spreekt boekdelen.

Ook in deze staten worden bepaalde betrekkingen voorbehouden aan eigen onderdanen. Zo verlangt artikel 19, lid 1, van de Franse wet van 28 april 1952, dat kandidaten voor gemeentebetrekkingen sedert tenminste vijf jaar de Franse nationaliteit bezitten, behoudens wanneer zij de Franse nationaliteit hebben verkregen door naturalisatie krachtens artikel 84 van de Franse Code de la nationalité.

Volgens artikel 16 van de Franse verordening van 4 februari 1959 betreffende het algemene statuut van de ambtenaren, kan „niemand worden benoemd tot een openbaar ambt: 1) indien hij niet de Franse nationaliteit bezit ..."; volgens artikel 1 van deze verordening evenwel geldt dit enkel voor benoemingen in een vast ambt van personen met een vaste aanstelling in een hiërarchische rang bij de centrale staatsadministratie, bij de daarvan afhangende buitendiensten of bij openbare staatsinstellingen.

Ook in het statuut van sommige openbare ondernemingen (SNCF, EDF, GDF, RATP) en in het statuut van het personeel van gemeenten en openbare ziekenhuizen wordt voor de vaste aanstellingen in een ambt uitdrukkelijk het vereiste van de Franse nationaliteit gesteld. Een genaturaliseerd vreemdeling kan eerst vijf jaar na het naturalisatiebesluit in een „door de staat bezoldigd openbaar ambt" worden benoemd (artikel 81 van de Code de la nationalité).

In de Bondsrepubliek Duitsland zijn openbare ambten krachtens § 7, lid 1, van het Bundesbeamtengesetz voorbehouden aan eigen onderdanen.

In het arrest van 4 april 1974 (zaak 167/73, Commissie t. Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 360) heeft het Hof evenwel overwogen dat „waar de bepalingen van artikel 48 het Verdrag en van verordening nr. 1612/68 rechtstreeks toepasselijk zijn in de rechtsorde van elke Lid-Staat en het gemeenschapsrecht voorrang heeft boven het nationale recht, deze bepalingen voor belanghebbenden rechten doen ontstaan, welke de nationale instanties dienen te eerbiedigen en te handhaven, en bijgevolg elke strijdige bepaling van nationaal recht uit dien hoofde niet meer op hen van toepassing is" (r.o. 35). Dientengevolge zou een Lid-Staat zich tegenover een onderdaan van de Gemeenschap zelfs niet op een bepaling van constitutioneel recht kunnen beroepen, wanneer deze onverenigbaar is met het Verdrag of het afgeleide gemeenschapsrecht.

III — Op dit terrein dient men zeer nauwkeurig te onderscheiden en zich te

hoeden voor verwarring tussen „betrekkingen bij openbare instellingen die een industriële of commerciële activiteit uitoefenen" en, bijvoorbeeld, betrekkingen bij plaatselijke besturen. Het gaat niet aan, in het algemeen te verklaren dat een Lid-Staat zijn verplichtingen niet is nagekomen door aan onderdanen van andere Lid-Staten van de Gemeenschap de toegang te weigeren tot betrekkingen bij de administratie van de staat, de provincies, de gemeente alsmede bij openbare instellingen in het algemeen of bij ondernemingen onder rechtstreeks staatsbeheer. Het is dan ook in deze zin dat het verzoek van het Hof aan de Commissie moet worden verstaan, om de tekst van de betwiste vacature-aankondigingen over te leggen.

Daarbij is gebleken dat de door de Nationale Maatschappij der Buurtspoorwegen aangeboden betrekking niet een post ven een niet-geschoold arbeider betrof, doch van „hulparbeider bij de drukkerij van de Centrale Administratie". De Commissie heeft op de koop toe nog een aankondiging overgelegd inzake de vorming van een „aanwervingslijst" bij de Commissie van Openbare Onderstand van Brussel, voor onder meer „controleurs voor bouwwerken" en „sociale assistenten of assistentes", alsmede een aankondiging inzake de aanwerving van een adjunct-directeur en lesgevers voor de muziekacademie van de stad Brussel. Maar deze laatste werkaanbiedingen waren niet vermeld in het met redenen omklede advies en moeten thans buiten beschouwing blijven; men kan op dit gebied immers niet genoegen nemen met uitdrukkingen als „zoals" of „enzovoort".

In de loop van de procedure is het aantal betwiste betrekkingen nog geslonken, want, indien ik mij niet vergis, maakt de Commissie geen bezwaar meer tegen de werkaanbiedingen voor architecten, controleurs algemene diensten, verpleegsters en kleuterleidsters bij de stad Brussel. Tijdens de mondelinge behandeling ging de discussie in feite enkel nog over de aanbiedingen van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen en over sommige betrekkingen bij de stad Brussel (nachtwakers, hulptuiniers, loodgieters) en bij de gemeente Oudergem (halfgeschoold arbeider en geschoold arbeider B: loodgieter, schrijnwerker, electricien).

Het is mitsdien in verband met bepaaldelijk deze betrekkingen dat de aan België verweten niet-nakoming moet worden bezien.

IV — De voornaamste moeilijkheid in de onderhavige zaak vloeit hieruit voort, dat de „rechtstreeks toepasselijke" gemeenschapsteksten uiterst beknopt zijn.

Overeenkomstig het in artikel 7, eerste alinea, neergelegde beginsel, bepaalt artikel 48, lid 2, EEG-Verdrag dat het vrije verkeer van werknemers „de afschaffing inhoudt van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden."

Volgens lid 3 (waarvan de tekst overeenkomt met die van artikel 56, lid 1, betreffende het vestigingsrecht) houdt deze afschaffing het recht in om, „behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen, (...) a) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling."

In lid 4 wordt daarbij gepreciseerd, dat „de bepalingen van dit artikel niet van toepassing zijn op *de* betrekkingen in overheidsdienst."

Het is tot nog toe wellicht onvoldoende beklemtoond dat in de, eveneens authentieke, Duitste tekst van deze laatste bepaling geen sprake is van betrekkingen in overheidsdienst, doch van tewerkstelling of werkzaamheid („Beschäftigung") bij de overheid (zie ook de tekst van bijlage VII, bedoeld in artikel 133 Toetredingsverdrag, sub 4: Zulassung zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit). Veeleer dan om een technische term, gaat het hier om een feitelijk begrip, dat verschilt van de in artikel 48, lid 3, sub a, gebezigde uitdrukking „feitelijk aanbod tot tewerkstelling" (tatsächlich angebotene *Stellen).*

Lid 4 is geenszins een eenvoudige herhaling van wat al in lid 3 is gezegd; het formuleert een nieuw voorbehoud. Daarom lijkt het mij onjuist om, zoals de Commissie doet, te zeggen dat deze bepaling enkel doelt op betrekkingen waarvan de uitoefening verband houdt met de interne veiligheid en de defensie van de staat, want de bescherming van de openbare veiligheid is al in artikel 48, lid 3, genoemd. In de opvatting van de auteurs van het Verdrag behoefde bij de uitsluiting van „betrekkingen in overheidsdienst" geen beroep te worden gedaan op „beperkingen uit hoofde van openbare orde en openbare veiligheid", ofschoon er tussen beide uitdrukkingen stellig een zeker verband bestaat.

Ofschoon artikel 49 bepaalt dat „zodra dit Verdrag in werking is getreden, de Raad op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité bij wege van richtlijnen of verordeningen de maatregelen vaststelt welke nodig zijn om geleidelijk tot een vrij verkeer van werknemers te komen zoals dit in het voorgaande artikel is omschreven", is geen enkele maatregel meer vastgesteld na verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 en richtlijn nr. 68/360 van de Raad van dezelfde datum, inzake opheffing van beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lid-Staten en van hun familie binnen de Gemeenschap.

Evenmin zijn er specifieke richtlijnen tot stand gekomen in verband met artikel 48, lid 4, terwijl artikel 56, lid 2, toch bepaalt dat richtlijnen moeten worden vastgesteld voor de coördinatie van nationale bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen, welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn (de enige krachtens artikel 56 vastgestelde richtlijnen zijn richtlijn nr. 64/221 van 25 februari 1964 en voornoemde richtlijn nr. 68/360).

Zoals de interveniërende regeringen hebben uiteengezet, mag men hieruit afleiden dat geen enkele verdragsbepaling de harmonisatie van de nationale administratieve structuren voorschrijft, tenzij de Commissie gebruik maakt van haar bevoegdheden krachtens de bepalingen van het derde deel, titel I, hoofdstuk 3 over de aanpassing van de wetgevingen (artikels 100 tot 102). De afwijking van artikel 48, lid 4, heeft mitsdien betrekking op de overheidsdiensten gelijk deze in de verschillende Lid-Staten bestaan. Bij gebreke van een eenvormige gemeenschapsregeling ten aanzien van de nationaliteit, zijn en blijven afwijkende nationale regelingen mogelijk en geoorloofd, en zal er in deze niet-geïntegreerde sector als gevolg van feitelijke verschillen altijd een ongelijke behandeling blijven bestaan.

Onder de titel „Arbeid in loondienst" (Duits: Zugang zur *Beschäftigung)* bepaalt artikel 1 van verordening nr. 1612/68 het volgende:

„1. Iedere onderdaan van een Lid-Staat, ongeacht zijn woonplaats, heeft het recht, op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in *loondienst* te aanvaarden en te verrichten, over-

eenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die de tewerkstelling van de nationale werknemers van deze Staat regelen.

2. Op het gebied van een andere Lid-Staat geniet hij met name dezelfde voorrang ten aanzien van het aanvaarden van arbeid in loondienst [Duits: Zugang zu den verfügbaren *Stellen*] als de onderdanen van deze Staat."

Deze uitvoeringsbepaling biedt weinig steun bij de uitlegging van artikel 48, lid 4; de wenselijkheid — om niet te zeggen, de noodzaak — van communautaire uitvoeringsmaatregelen wordt er alleen maar groter door. Maar het is wel duidelijk dat er geen aanleiding bestaat om, zoals de heer Broeksz op 17 januari 1972 in het Europese Parlement suggereerde, artikel 48, lid 4, EEG-Verdrag te herzien, zogenaamd omdat „dit artikel onverenigbaar is met de geest van het Verdrag"! De Lid-Staten zouden nauwelijks voor een dergelijke herziening te vinden zijn, tenzij om het restrictieve karakter van deze bepaling nog te versterken. Eerder dan een „herziening" van dit artikel is de vaststelling van uitvoeringsbepalingen noodzakelijk.

Om het aantal beroepen wegens niet-nakoming en het aantal prejudiciële verzoeken, die immers steeds zonder enige samenhang worden ingediend, zo beperkt mogelijk te houden, dient het probleem in de mate van het mogelijke door algemene gemeenschapsmaatregelen te worden geregeld, waarna elke Lid-Staat zo nauwkeurig mogelijke regels kan vaststellen om te omschrijven wat onder „betrekkingen in overheidsdienst" in de zin van het Verdrag is te verstaan.

Mijns inziens mag op dit terrein de initiatiefrol van de Commissie niet als uitgespeeld worden beschouwd, zogenaamd op grond dat het vrije verkeer lang voor 1980 had moeten zijn gerealiseerd. Niets belet ook de Raad, ofschoon deze op dit ogenblik niet geneigd lijkt zulks te doen, de Commissie te verzoeken een ontwerp van een verordening of richtlijn voor te leggen met het oog op de tenuitvoerlegging van artikel 48, lid 4.

Het valt zeer te betreuren dat de Commissie verklaart, zelfs niet van plan te zijn voorstellen ter zake te formuleren, en wel omdat het probleem uiterst ingewikkeld zou zijn en het begrip „betrekkingen in overheidsdienst" een groot aantal sterk verschillende situaties dekt. Het probleem is immers tenminste even ingewikkeld voor de nationale rechterlijke instanties en voor het Hof.

Ofschoon dus eigenlijk een algemene regeling vereist is, dient men ter oplossing van de zo talrijke individuele geschillen die kunnen rijzen noodgedwongen vrede te nemen met een individuele benadering van elk afzonderlijk geval.

V — Voor een positieve omschrijving van de werkingssfeer van artikel 48, lid 4, zou men in de eerste plaats geneigd kunnen zijn criteria aan te leggen welke verband houden met het publiek- dan wel privaatrechtelijk karakter van de arbeidsverhouding.

Volgens de toelichting bij het voorstel van wet tot goedkeuring van het Verdrag (Bundestagdocument nr. III/3660, tweede legislatuur, 1953, blz. 25) moet „het begrip overheidsdient beperkend worden uitgelegd. In geen geval mogen hieronder betrekkingen in industriële of

commerciële openbare instellingen worden verstaan".

In het commentaar van E. Wohlfahrt, U. Everling, H. J. Glaesener, R. Sprung (1960, blz. 160) preciseert U. Everling, dat de afwijking van artikel 48, lid 4, in de Bondsrepubliek Duitsland geldt voor ambtenaren, bedienen en werklieden en dat onder overheidsdienst ook publiekrechtelijke rechtspersonen, inzonderheid de gemeenten, zijn te verstaan.

In zijn boek over het vestigingsrecht in de gemeenschappelijke markt (Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, blz. 46) schrijft Everling: „Voor werknemers, en dus ook voor werknemers in overheidsdienst, is een duidelijke grens getrokken: alle in overheidsdienst tewerkgestelde personen zijn uitgesloten".

In het commentaar van Quadri-Monaco-Trabucchi (deel I, 1965, blz. 391) schrijft prof. L. Sandri dat onder artikel 48, lid 4, niet alleen betrekkingen bij de eigenlijke staatsadministratie vallen, maar ook betrekkingen bij publiekrechtelijke rechtspersonen die de „indirecte administratie" vormen: publiekrechtelijke, genationaliseerde of „parastatale" ondernemingen of instellingen, plaatselijke of territoriale besturen of daarmee verbonden ondernemingen die door de provincie of de gemeente worden beheerd. In verband met laatstbedoelde ondernemingen wordt gezegd dat „zij, in weerwil van het industriële karakter van hun activiteit, moeten worden geacht onder deze bepaling te vallen, aangezien zij niet zelf rechtspersoonlijkheid bezitten, zodat de arbeidsverhouding rechtstreeks met het overheidsorgaan tot stand komt."

In het commentaar van J. Mégret, Le Droit de la CEE (deel III, 1971, blz. 6) schrijft J. V. Louis: „Luidens een antwoord van de Belgische minister van Buitenlandse Zaken op een parlementaire vraag (buitengewone zitting 1968, Senaat, vragen en antwoorden, 30 juli 1968, nr. 6, vraag van Bascour van 27 juni 1968), impliceert het woord ‚overheidsdienst' een rechtstreeks door de staat uitgeoefende bevoegdheid. Daaronder moeten mitsdien de ministeries, de parastatale instellingen en de gemeentebesturen worden verstaan. De afwijking van lid 4 moet met andere woorden beperkend worden uitgelegd. Algemeen wordt dan ook aanvaard dat commerciële of financiële openbare ondernemingen niet daaronder vallen, evenmin als met het beheer van een overheidsdienst belaste privé-instellingen. De toegang tot betrekkingen in het officieel onderwijs moet volgens hezelfde principe worden geregeld. Het weze evenwel opgemerkt — zo voegde de minister daaraan toe — dat uiteenlopende vereisten (talenkennis, gelijkwaardigheid van diploma's) tot gevolg hebben dat de toegang tot betrekkingen in het officiële onderwijs normaliter voorbehouden blijft aan nationale onderdanen. De Belgische regering schijnt zich in principe dan ook niet te verzetten", zo vervolgt de auteur, „tegen de toepassing van het vrije verkeer op sommige personeelsleden van de staat, die geen met overheidsgezag beklede ambtenaren zijn."

De Franse Conseil d'État gaat veelal uit van de idee — meer of minder — belangrijke deelneming aan werkzaamheden waarbij overheidsprerogatieven een rol spelen, althans wanneer het niet-statutair personeel betreft (zaak Robert Lafrégeyre, 26 januari 1923, Rec. blz. 67).

Na mijn conclusie van 5 december 1973 evenwel heeft het Hof in zijn arrest van 12 februari 1974 in voornoemde zaak-Sotgiu duidelijk afstand genomen van de benadering die gebaseerd is op de aard van het orgaan dat als werkgever optreedt, of op de aard van de arbeidsverhouding.

Het lijkt mij nuttig de tekst van enkele overwegingen van dit arrest (waarvan de Duitse tekst authentiek is) in herinnering te brengen (r.o. 4-6):

„Overwegende dat, gelet op het fundamentele karakter, in het systeem van het Verdrag, van de beginselen van vrij verkeer en gelijkheid van behandeling van werknemers binnen de Gemeenschap, aan de in lid 4 van artikel 48 toegelaten *afwijkingen* [Duitse tekst: „Ausnahmen", d.w.z. uitzonderingen] geen draagwijdte mag worden toegekend, die verder zou gaan dan het doel waarvoor deze *uitzondering* [Duitse tekst: „Bestimmung" d.w.z. bepaling] is opgenomen;

dat aan de belangen welke de Lid-Staten met deze uitzondering kunnen beschermen, genoegzaam tegemoet wordt gekomen door de mogelijkheid de toelating [Duitse tekst: „Zugang", toegang] van buitenlandse onderdanen tot *bepaalde werkzaamheden* bij de overheidsdienst te beperken;

Overwegende dat voorts nog dient te worden uitgemaakt of de draagwijdte van de in artikel 48, lid 4, voorziene uitzondering kan worden bepaald naar de kwalificatie van de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de administratie waarbij hij werkzaam is;

dat, waar in genoemde bepaling geen enkel onderscheid wordt gemaakt, het *van geen belang is* of een werknemer is aangesteld [Duitse tekst: „beschäftigt", d.w.z. tewerkgesteld] als werkman, beambte of ambtenaar, dan wel *of zijn arbeidsverhouding van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke aard is;*

dat deze juridische kwalificaties immers variëren naar gelang van de nationale wetgeving en derhalve geen interpretatiecriterium kunnen bieden dat aansluit op de eisen van het gemeenschapsrecht;

Overwegende dat op de gestelde vraag derhalve dient te worden geantwoord, dat artikel 48, lid 4, van het Verdrag aldus moet worden verstaan, dat de in deze bepaling vervatte uitzondering uitsluitend de toegang tot *betrekkingen bij de overheidsdienst* [Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung"] betreft en dat de aard van de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de administratie *in zoverre niet terzake doet."*

Voor zover hier ter zake, luidt het dictum van het arrest (Jurispr. blz. 166) als volgt:

„Artikel 48, lid 4, van het Verdrag dient aldus te worden verstaan, dat de in deze bepaling vervatte *uitzondering* uitsluitend de toegang tot *betrekkingen bij de overheidsdienst* [„Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung"] betreft. De aard van de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de administratie doet in dit opzicht niet ter zake."

Kent men aan de woorden hun eigen gewicht toe, dan volgt daaruit:

1) Artikel 48, lid 3 is een afwijking of een uitzonderingsbepaling.

2) Aan de belangen ter bescherming waarvan deze afwijking dient, wordt voldoende tegemoet gekomen door de mogelijkheid de toelating van vreemdelingen „tot bepaalde werkzaamheden bij de overheidsdienst" of tot „betrekkingen in overheidsdienst" te beperken, doch die belangen kunnen geen rechtvaardiging opleveren voor discriminerende maatregelen inzake beloning of andere arbeidsvoorwaarden tegenover werknemers die eenmaal tot de overheidsdienst zijn toegelaten. Onder de woorden „betrekkingen bij de overheidsdienst" moeten de omstandigheden worden verstaan waarin de werknemer na zijn aanstelling is tewerkgesteld van het begin tot het eind van zijn loopbaan als werknemer.

3) Of de arbeidsbetrekking van publiekdan wel van privaatrechtelijke aard is, doet in dit opzicht niet ter zake. Het feit dat in sommige Lid-Staten geschillen in verband met die betrekkingen tot de kennisneming van de administratieve rechter kunnen behoren, verandert niets aan de niet-toepasselijkheid van artikel 48, lid 3, wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van deze bepaling niet is voldaan.

Een criterium kan blijkbaar evenmin worden gevonden in de — al dan niet economische — aard van het nagestreefde doel. Weliswaar wordt het recht van vrije vestiging, gelijk de Duitse regering terecht beklemtoont, niet gegarandeerd ten behoeve van vennootschappen als dusdanig, ofschoon zij in artikel 58 met natuurlijke personen worden gelijkgesteld, en zijn vennootschappen zonder winstoogmerk daarvan uitdrukkelijk uitgesloten, doch deze vennootschappen kunnen zelf werkgevers zijn en werknemers nodig hebben. Dat was het geval met de Church of Scientology in de zaak-Van Duyn.

Dientengevolge, en anders dan de in de onderhavige procedure interveniërende Lid-Staten hebben betoogd, mag niet elke betrekking die door de betrokken Lid-Staat als een overheidsbetrekking wordt aangemerkt, ongeacht de inhoud van de in het kader daarvan verrichte werkzaamheden noodzakelijkerwijze als dusdanig worden beschouwd. De omschrijving van die inhoud van de werkzaamheden en de bepaling van de draagwijdte van dat voorbehoud mogen niet zonder controle van de gemeenschapsinstellingen en met name van het Hof, worden overgelaten aan de enkele bevoegdheid van de Lid-Staten. Liet men deze het recht, soeverein het gebied van de overheidsdienst af te bakenen, dan zou dit tot gevolg hebben dat aan de verplichtingen die voor hen voortvloeien uit het beginsel van vrij verkeer — een van de fundamentele vrijheden van het Verdrag —, een van staat tot staat sterk uiteenlopende draagwijdte worden gegeven.

Het begrip „betrekking in overheidsdienst" kan in dit opzicht worden vergeleken met dat van „openbare orde", in verband waarmee het Hof in zijn arrest van 28 oktober 1975 (Rutili, Jurispr. 1975, blz. 1231) overwoog dat

„dit begrip evenwel in communautair verband, met name omdat het een afwijking van de grondbeginselen op het stuk van gelijke behandeling en vrij verkeer van werknemers moet rechtvaardigen, *in strikte zin* is te verstaan, zodat zijn inhoud niet zonder controle van de instellingen der Gemeenschap eenzijdig door de onderscheiden Lid-Staten kan worden bepaald."

Ofschoon, anders dan in artikel 36 betreffende het vrije verkeer van goederen, niet is bepaald dat de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en voksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen (artikel 48, lid 3) of de afwijking van artikel 48, lid 4, „geen middel tot willekeurige discriminatie mogen vormen", mag toch aan deze beperkingen „geen oneigenlijke functie worden toegekend, doordat ze worden aangevoerd voor economische doeleinden of om de uitoefening van syndicale rechten in het gedrang te brengen". Dit wordt overigens bevestigd door artikel 8 van verordening nr. 1612/68 (zoals gewijzigd bij verordening nr. 312/76 van de Raad van 9 februari 1976), dat luidt als volgt:

„Een werknemer die onderdaan is van een Lid-Staat en op het grondgebied van

een andere Lid-Staat is tewerkgesteld, geniet gelijkheid van behandeling inzake de toetreding tot vakorganisaties en de uitoefening van de syndicale rechten met inbegrip van het stemrecht en toegang tot beleids- en bestuursfuncties van een vakorganisatie; hij kan worden uitgesloten van deelneming aan het bestuur van publiekrechtelijke lichamen, alsook van uitoefening van een publiekrechtelijke functie. Hij is bovendien verkiesbaar in de vertegenwoordigende organen van de werknemers in de onderneming."

Ten slotte mag de ingevolge artikel 48, lid 4, gemaakte inbreuk op de in artikel 48 gewaarborgde rechten niet verder gaan dan met het oog op een goede werking van de overheidsdiensten „in een democratische samenleving" noodzakelijk is (arrest-Rutili, r.o. 32).

De enkele tewerkstelling bij de overheidsdienst leidt niet automatisch tot toepassing van artikel 48, lid 4: deze bepaling geldt uitsluitend voor de toelating tot *sommige* betrekkingen of voor de toegang tot *sommige* werkzaamheden in de overheidsdienst.

Mij dunkt dat de redactie van het arrest-Sotgiu in dit opzicht blijk geeft van een zekere beïnvloeding door de bepalingen van artikel 55, lid 1, dat luidt als volgt:

„De bepalingen van dit hoofdstuk zijn wat de betrokken Lid-Staat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden [Duits: „Tätigkeiten"] ter uitoefening van het openbaar gezag in deze Staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden."

Deze bepaling is voortgekomen uit navolgend Frans voorstel van 3 januari 1957:

„De werkzaamheden die, zelfs maar incidenteel, de uitoefening van een openbare functie of taak kunnen inhouden of die inherent zijn aan de uitoefening van een openbare dienst, alsmede de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke verenigingen zonder winstoogmerk vallen niet onder de toepassing van de bepalingen van het onderhavige artikel en blijven onderworpen aan de nationale wetgeving." [1]

Het comité van delegatiehoofden is het later eens geworden over een afwijking van het vestigingsrecht voor „werkzaamheden uitgeoefend door staatsambtenaren en door aan de staat ondergeschikte overheden, alsmede werkzaamheden van advocaten en met een openbare taak belaste personen."

Kan men, ter nadere omschrijving van wat onder „betrekkingen in overheidsdienst" in de zin van artikel 48, lid 4, moet worden verstaan, eenvoudigweg refereren aan deze bepaling van artikel 55, eerste alinea?

Ofschoon deze bepalingen een zekere analogie vertonen, hebben zijn niet dezelfde werkingssfeer. Het hoofdstuk waarin artikel 48 thuishoort (de werknemers), heeft enkel betrekking op werkzaamheden in loondienst, terwijl het hoofdstuk waarin artikel 55 voorkomt (het vestigingsrecht), enkel betrekking heeft op werkzaamheden anders dan in loondienst.

De Commissie betoogt thans dat het enige doel dat de Lid-Staten mogen nastreven, erin bestaat om functies die naar hun aard meebrengen dat degenen die ze bekleden deelnemen aan de uitoefening van openbaar gezag, voor te behouden aan eigen onderdanen. Maar in haar opmerkingen in de zaak-Sotgiu betoogde zij dat een dergelijke uitlegging geen rekening houdt met de kennelijk gewilde verschillen tussen beide bepalingen; dat zij evenmin rekening houdt met het feit dat artikel 55 betrekking heeft op ondergeschikte openbare functies die worden uitgeoefend door zelfstandigen of uitoe-

1 — „Sont exceptées de l'application des dispositions du présent article les activités pouvant comporter l'exercice, même occasionnel, d'une fonction ou d'une charge publique, ou celles inhérentes à l'exécution d'un service public ainsi que les associations à but non lucratif de droit public ou privé, qui demeurent soumises aux législations nationales".

fenaars van vrije beroepen, dat wil zeggen door personen die deze functies slechts bij bepaalde gelegenheden en over het algemeen op een wel omschreven terrein uitoefenen, terwijl artikel 48, lid 4, betrekking heeft op personen met een volledige gesalarieerde betrekking bij de overheid.

De Commissie erkent overigens dat de tekst van artikel 48, lid 4, minder beperkend is dan die van artikel 55, eerste alinea. Een zelfstandige kan, zonder een overheidsbetrekking te bekleden, toch deelnemen aan de uitoefening van openbaar gezag; een werknemer kan een dergelijke betrekking bekleden zonder dat hij noodzakelijkerwijs aan de uitoefening van openbaar gezag deelneemt. Omgekeerd kan een werknemer in dienst van een privé-persoon of -instelling die belast is met of betrokken bij de uitoefening van een openbare dienst of taak, eventueel wegens de aard van die dienst of taak worden beschouwd als „in overheidsdienst tewerkgesteld".

Het feit evenwel dat de betrekking uit openbare middelen wordt bezoldigd, volstaat niet om ze te kwalificeren als „betrekking in overheidsdienst".

Tenslotte kan het voorkomen dat de staat bij bepaalde, door hem geëxploiteerde industriële diensten arbeiders tewerk stelt wier bezoldiging wordt bepaald door vergelijking met de in de overeenkomstige particuliere industriesector betaalde lonen. Dat is bijvoorbeeld in Frankrijk het geval met het zogenoemde „burgerpersoneel bij de militaire inrichtingen" (personnel civil des établissements militaires) of het „arbeidspersoneel bij de arsenalen en inrichtingen van de marine" (personnel ouvrier des arsenaux et établissements de la marine). In deze sectoren staat de overheid in concurrentie met of in een monopoliepositie ten opzichte van de particuliere ondernemingen. Toch kan in dit geval artikel 48, lid 3, toepassing vinden.

Zonder mij te willen bezondigen aan wat advocaat-generaal Warner in zijn conclusie van 10 juli 1980 in de zaak-Paschek (zaak 40/79, nog niet gepubliceerd) „wetgeving door de rechter" noemde, meen ik dat de navolgende criteria in aanmerking moeten worden genomen:

1. Positief gezien is voor de toepasselijkheid van artikel 48, lid 4, van belang dat de daadwerkelijk verrichte werkzaamheden van bestuurlijke *aard* zijn; zo vallen werkzaamheden bij een openbare inrichting die een bestuurlijke dienst beheert, onder artikel 48, lid 4.

2. De uitzondering van artikel 48, lid 4, geldt in elk geval voor betrekkingen die al dan niet rechtstreeks verband houden met de — eventueel slechts incidentele — uitoefening van de prerogatieven van de overheid, die buiten het gemene recht vallen.

3. Negatief gezien volstaat de enkele, ook rechtstreekse deelneming aan het beheer of de uitoefening van een openbare dienst niet om een betrekking uit te sluiten van de normale werkingssfeer van de artikelen 48-51. Deze artikelen zijn mitsdien van toepassing op betrekkingen in openbare diensten met een industrieel of commercieel karakter, ook indien deze zijn opgedragen aan genationaliseerde openbare instellingen.

Blijft nog de door de interveniërende regeringen geformuleerde opwerping dat, als men de stelling van de Commissie aanvaardt, de toelating van vreemdelingen tot een betrekking in „overheidsdienst" moeilijk te rijmen valt met hun rechtmatige uitsluiting van hogere ambten in de hiërarchie: de mogelijkheid van bevordering tot dergelijke ambten vloeit

enerzijds voort uit het in verscheidene Lid-Staten geldende „loopbaanbeginsel", terwijl anderzijds de taken die aan deze ambten verbonden zijn, duidelijk de toepassing van het voorbehoud van artikel 48, lid 4, rechtvaardigen.

Dit belangrijke argument kan mijns inziens worden beantwoord, door onderscheid te maken tussen aanstelling in een loopbaan die normaliter toegang geeft tot een met openbaar gezag bekleed ambt, in welk geval een voorbehoud *a limine* gerechtvaardigd is, en aanstellingen waar dit niet het geval is. Artikel 48, lid 4, betekent immers niet, dat het in artikel 7 neergelegde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit voor om het even welke betrekking „in overheidsdienst" geldt. Volgens de tweede alinea van artikel 7 kan de Raad immers „regelingen treffen met het oog op het verbod van bedoelde discriminaties." Gelijk de tweede alinea van artikel 55 verleent deze bepaling de Raad de bevoegdheid ter zake algemene regels te stellen om de gelijke toegang tot die betrekkingen en de bescherming van de soevereine rechten van de Lid-Staten met elkaar te verzoenen. Aan de hand van de door mij voorgestelde criteria kan waar nodig onderscheid worden gemaakt, en door in de krachtens artikel 7 vastgestelde regeling een eenvoudige verwijzing naar artikel 48, lid 4, op te nemen, kan personeel dat — ook in overheidsdienst — als „werknemer" is aangesteld, onder de toepassing van laastgenoemd artikel worden gebracht.

Overigens lijkt mij geen enkele van de uiteindelijk nog door de Commissie gewraakte werkaanbiedingen dergelijke bevorderingsperspectieven te bieden. Ook als hij staatsambtenaar is, komt een bij de spoorwegen tewerkgestelde spoorlegger niet in aanmerking voor bevordering tot directeur-generaal.

VI — Past men deze criteria toe op de werkaanbiedingen van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, dan lijkt het mij duidelijk dat het in die aanbiedingen gestelde nationaliteitsvereiste in strijd is met het Verdrag.

Het is dat ook volgens het arrest van 4 april 1974 (Commissie t. Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 360). Daarin overwoog het Hof immers (r.o. 33), dat ‚de Lid-Staten ertoe verplicht zijn de artikelen 48 tot en met 51 toe te passen op het gebied van zeevervoer" (en dus ook van het spoorwegvervoer).

Hiertegen kan niet worden ingebracht dat onderdanen van andere Lid-Staten, wanneer zij eenmaal tot die betrekkingen zijn toegelaten, verkiesbaar zijn voor beheers- of bestuursfuncties in een vakorganisatie (artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1612/68) en dat door deze verkiesbaarheid, althans volgens de geldende wetgeving van sommige Lid-Staten, de mogelijkheid ontstaat dat zij bij het bestuur van ondernemingen worden betrokken.

Ook het feit dat spoorwegarbeiders in sommige Lid-Staten staatsambtenaren zijn en dat zij in geval van oorlog of oorlogsdreiging van rechtswege tot dienst kunnen worden verplicht, belet niet dat de werknemers in deze transportsector toch niet onder de afwijking van artikel 48, lid 4, vallen.

In het arrest van 6 december 1979 (Nehlsen, Jurispr. 1979, blz. 3639) oordeelde het Hof dat, in weerwil van het publiekrechtelijk karakter van de diensten verricht door een onderneming die krachtens een privaatrechtelijk contract door een gemeente was belast met het ophalen van huisvuil met haar eigen voertuigen, die voertuigen niet waren te beschouwen als „door andere overheidsinstanties voor openbare diensten gebruikte voortuigen, die het beroepsvervoer geen concurrentie aandoen."

Om echter te vermijden dat de toelating van onderdanen van andere Lid-Staten zou leiden tot het ontstaan van een „tweederangs statuut" of tot een lager bezoldigingspeil van nationale ambtenaren, overwoog het Hof elders nog (arrest Commissie t. Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 360, r. o. 45), dat „het absolute karakter van dit verbod overigens niet slechts tot gevolg heeft dat in elke Lid-Staat de onderdanen van de andere Lid-Staten gelijke arbeidsmogelijkheden krijgen, maar ook dat overeenkomstig het in artikel 117 van het Verdrag gestelde doel de nationale onderdanen wordt gewaarborgd dat zij geen nadelige gevolgen zullen ondervinden van een eventuele aanbieding of een aanvaarding, door de onderdanen van de andere Lid-Staten van minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan in het nationale recht gelden, *zijnde zodanige aanbieding of aanvaarding verboden.*"

De door de stad Brussel en de gemeente Oudergem aangeboden betrekkingen, waarom het in het onderhavige geding gaat, verschillen in niets van betrekkingen bij ondernemingen of instellingen met een industriële of commerciële activiteit.

Aangezien het in casu evenwel gaat om betrekkingen bij gemeenten, dient men nog rekening te houden met een recent arrest, gewezen in een recente prejudiciële zaak door de Tweede kamer van het Hof na conclusie van advocaat-generaal Capotorti, namelijk het arrest van 8 maart 1977 (Lohmann, Jurispr. 1979, blz. 854).

Die zaak betrof een voormalig gemeenteambtenaar of daarmee gelijkgestelde in Nederland.

Met betrekking tot artikel 4, lid 4, van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de sociale zekerheid van migrerende werknemers, volgens hetwelk deze verordening niet van toepassing is op „de sociale en medische bijstand, noch op de regelingen betreffende prestaties aan slachtoffers van oorlogshandelingen of de gevolgen daarvan, *noch op de bijzondere regelingen voor ambtenaren of met hen gelijkgestelden*", overwoog het Hof (r. o. 3) dat „deze uitsluiting trouwens slechts het logisch gevolg is van artikel 48, lid 4, van het Verdrag, waarin ‚de betrekkingen in overheidsdienst' worden uitgesloten van de toepassing van de bepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap."

Deze uitspraak zou de op het arrest-Sotgiu berustende rechtspraak op losse schroeven kunnen zetten, aangezien in deze laatste elke referentie aan het rechtskarakter van de arbeidsverhouding of aan de aard van de werkgever, van de hand werd gewezen. Voor zover voor de bedoelde betrekkingen in de betwiste werkaanbiedingen bijzondere socialezekerheidsregelingen bestaan, die niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 vallen, zou men hieruit logischerwijze moeten concluderen dat het wel degelijk „betrekkingen bij de overheidsdienst" zijn in de zin van artikel 48, lid 4.

De gemachtigde van het Koninkrijk België heeft evenwel niet aangetoond of zelfs maar aangeboden om aan te tonen, dat voor de bedoelde betrekkingen een bijzondere regeling in de zin van artikel 4, lid 4, van verordening nr. 1408/71 geldt.

Hij heeft mitsdien niet, zoals hij had behoren te doen, het vermoeden weerlegd dat de bedoelde betrekkingen niet het karakter van overheidsbetrekkingen vertonen.

Tenslotte zou van kandidaten voor gemeentelijke betrekkingen nog kunnen worden verlangd dat zij in het bezit zijn van de burgerlijke rechten (actief en passief kiesrecht), gelijk dat in artikel 19, lid 2, van de Franse wet van 28 april 1952 wordt vereist; in het kader van die betrekkingen zouden zij immers eventueel moeten kunnen deelnemen aan het beheer van instellingen van publiek recht en

aan de uitoefening van publiekrechtelijke taken.

Onderdanen van andere Lid-Staten van de Gemeenschap bezitten deze rechten echter niet zonder meer, zodat het vereiste van bezit van de burgerlijke rechten in feite de toegang tot deze ambten zou kunnen beperken. Doch de betwiste werkaanbiedingen stellen in dit opzicht geen enkel vereiste, zelfs niet het overleggen van een „bewijs van goed zedelijk gedrag".

Concluderende geef ik het Hof in overweging te verklaren dat het Koninkrijk België door het bezit van de Belgische nationaliteit als voorwaarde te stellen of door toe te staan dat deze voorwaarde wordt gesteld voor de navolgende betrekkingen:

— niet-geschoolde arbeiders, leerling-machinisten, seingevers bij de NMBS, nachtwakers, hulptuiniers, loodgieters bij de stad Brussel,

— halfgeschoold arbeider en geschoold arbeider B bij de gemeente Oudergem,

de ingevolge artikel 48, lid 4, EEG-Verdrag en verordening nr. 1612/68 van de Raad op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Voorts concludeer ik dat het Koninkrijk België in de kosten worde verwezen.