CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 5 juni 2014[1]

Zaak C-270/13

Iraklis Haralambidis
tegen
Calogero Casilli

[verzoek van de Consiglio di Stato (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Vrij verkeer van werknemers — Functie van voorzitter van een havenautoriteit — Artikel 45, lid 4, VWEU — Nationaliteitsvoorwaarde — Begrip ‚overheidsdienst' — Bevoegdheden van openbaar gezag — Functie uitgeoefend in het algemeen belang — Sporadisch of in uitzonderlijke omstandigheden uitgeoefende bevoegdheden"

1. Valt de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit onder het begrip „overheidsdienst" in de zin van artikel 45, lid 4, VWEU, en mogen lidstaten deze betrekking derhalve voorbehouden aan hun onderdanen, in afwijking van het beginsel van het vrij verkeer van werknemers? Dat is in wezen het centrale vraagstuk van de prejudiciële vragen, gesteld door de Consiglio di Stato (Italiaanse raad van state).

2. Het Hof heeft het begrip „overheidsdienst" reeds bij herhaling behandeld, zowel in prejudiciële beslissingen als in niet-nakomingsprocedures. Sommige van deze beslissingen, vooral de oudere, zijn echter tamelijk beknopt en geven weinig klaarheid over aspecten die – naar mijn mening – cruciaal zijn om vast te stellen of een bepaalde betrekking in het openbaar bestuur van een lidstaat al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 45, lid 4, VWEU valt.

3. De onderhavige zaak biedt het Hof dan ook de gelegenheid om het begrip „overheidsdienst" te verfijnen en nader te omschrijven, een begrip waarvan de werkingssfeer en de betekenis enkel kan worden beoordeeld door de bestaansreden van artikel 45, lid 4, VWEU in ogenschouw te nemen, zoals ik in deze conclusie zal uiteenzetten.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

I – **Relevante Italiaanse wetsbepalingen**

4. Artikel 38, leden 1 en 2, van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 165 van 30 maart 2001, Algemene regels voor de organisatie van arbeid in het openbaar bestuur [2], in de versie die van kracht was ten tijde van de feiten in het hoofdgeding, bepaalde:

„1. Burgers van lidstaten van de EU komen in aanmerking voor betrekkingen in overheidsdienst welke geen directe of indirecte uitoefening van openbaar gezag inhouden en geen verband houden met de bescherming van de nationale belangen.

2. Bij besluit van de voorzitter van de ministerraad [...] worden de betrekkingen en functies aangewezen die zijn voorbehouden aan Italiaanse onderdanen en worden de voorwaarden vastgesteld volgens welke de in lid 1 bedoelde burgers toegang kunnen krijgen tot deze betrekkingen."

5. Het betreffende besluit van de voorzitter van de ministerraad werd genomen op 7 februari 1994. [3] Artikel 1, lid 1, sub b, van dat besluit noemt onder de betrekkingen in de overheidsdienst waarvoor het Italiaanse staatsburgerschap vereist is „de hoogste administratieve functies van de perifere structuren van overheidsdiensten, met inbegrip van de diensten van autonome lagere overheden, van niet-economische openbare entiteiten, van provincies, gemeenten en regio's, en van Banca d'Italia".

6. Volgens de verwijzingsbeslissing is een havenautoriteit een bijzonder soort overheidsorgaan, beheerst door wet nr. 84 van 28 januari 1994, Herziening van de regelgeving betreffende de havens (hierna: „wet nr. 84/1994"). [4]

7. Bij artikel 6, lid 1, van wet nr. 84/1994 zijn havenautoriteiten opgericht voor de haven van Brindisi en andere havens, waaraan de volgende taken zijn toegewezen:

„a) leiden, programmeren, coördineren, stimuleren en controleren van havenoperaties en andere commerciële en industriële activiteiten in havens, met regelgevende en verordenende bevoegdheid, onder meer betreffende de veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van ongevallen tijdens deze activiteiten en betreffende de gezondheid op het werk [...];

b) gewoon en buitengewoon onderhoud van de gemeenschappelijke ruimtes binnen de havenzone [...];

c) toewijzen en controleren van werkzaamheden met het oog op het verlenen, tegen vergoeding, van diensten van algemeen nut [...] aan havengebruikers [...] omschreven bij besluit van de minister van Infrastructuur en Transport."

8. Volgens artikel 6, leden 2 tot en met 4, van wet nr. 84/1994, is de havenautoriteit een publiekrechtelijke rechtspersoon met administratieve autonomie, onderworpen aan de bepalingen van artikel 12 van dezelfde wet, en met budgettaire en financiële autonomie, evenwel binnen bepaalde perken. Het beheer van de vermogensbestanddelen en de financiën van de havenautoriteit worden beheerst door boekhoudkundige regels die zijn goedgekeurd door de minister van Transport en Scheepvaart, in overleg met de minister van de Schatkist. De jaarrekening van de havenautoriteit is onderworpen aan toetsing door de Italiaanse rekenkamer.

2 — Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni publiche (GURI nr. 106 van 9 mei 2001, gewoon supplement nr. 112).

3 — Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 174 del 7 febbraio 1994, Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche (regeling houdende voorschriften betreffende de toegang van burgers van EU-lidstaten tot betrekkingen in overheidsdienst) (GURI nr. 61 van 15 maart 1994).

4 — Legge n. 84 del 28 gennaio 1994, Riordino della legislazione in materia portuale (GURI nr. 28 van 4 februari 1994, gewoon supplement nr. 21).

9. Artikel 7 van wet nr. 84/1994 bepaalt:

„1. De bestuursorganen van de havenautoriteit zijn: a) de voorzitter; b) het havencomité; c) de secretaris-generaal; d) het college van commissarissen-revisoren.

2. De bezoldiging van de voorzitter [en van de andere leden van de bestuursorganen van de haven] komt ten laste van de havenautoriteit en wordt door het havencomité vastgesteld binnen de maximumgrenzen gesteld [...] bij besluit van de minister van Transport en Scheepvaart [...]".

10. Lid 3 van hetzelfde artikel bepaalt dat de minister van Transport en Scheepvaart in bepaalde omstandigheden bij besluit het mandaat van de voorzitter kan beëindigen en het havencomité kan ontbinden.

11. Artikel 8, leden 1 en 2, van wet nr. 84/1994 bepaalt dat de voorzitter van de havenautoriteit benoemd wordt bij besluit van de minister van Transport en Scheepvaart, in overleg met de betreffende regio, uit een groep van drie deskundigen op het gebied van transport en haveneconomie, aangewezen door de organen van de bevoegde provincie, stad en kamer van koophandel. Het mandaat van de voorzitter geldt voor vier jaar. Deze termijn kan eenmaal hernieuwd worden. Hij vertegenwoordigt de havenautoriteit.

12. Volgens artikel 8, lid 3, van dezelfde wet heeft de voorzitter van de havenautoriteit de volgende taken:

„a) voorzitten van het havencomité;

b) ter goedkeuring voorleggen van het operationeel driejarenplan aan het havencomité;

c) ter goedkeuring voorleggen van het bestemmingsplan van de haven aan het havencomité;

d) voorleggen aan het havencomité van de ontwerpbeslissingen betreffende de begroting en de amendementen daarop, de jaarrekening en de bezoldiging van de secretaris-generaal, alsmede de uitvoering van de overeenkomsten met betrekking tot het personeel van het technisch en operationeel secretariaat;

e) voorleggen aan het havencomité van ontwerpbeslissingen aangaande de concessies bedoeld in artikel 6, lid 5;

f) coördineren van de activiteiten die de verschillende overheidsdiensten in de haven uitoefenen, alsmede coördineren en controleren van de activiteiten, onderworpen aan vergunning en concessie, en van havendiensten [...];

[…]

h) beheren van het publieke maritieme domein in het gebied [waarvoor de havenautoriteit bevoegd is], overeenkomstig de toepasselijke wetgeving, door het uitoefenen, na het havencomité gehoord te hebben, van de taken bedoeld in de artikelen 36 tot en met 55 en 68 Codice della navigazione[5] [Italiaans scheepvaartwetboek] en in de uitvoeringsregels van deze bepalingen;

5 — Deze bepalingen van het Italiaanse scheepvaartwetboek betreffen de concessies of het gebruik van gebieden van het maritieme domein (artikelen 36-55) en het toezicht op de activiteiten in havens (artikel 68).

i) uitoefenen van de bevoegdheden, toegekend aan de havenautoriteit in toepassing van de artikelen 16[6] en 18[7], en het toewijzen, na het havencomité gehoord te hebben, van de vergunningen en concessies bedoeld in deze artikelen, wanneer hun looptijd niet langer is dan vier jaar, en het bepalen van het bedrag van de vergoedingen [...];

[…]

l) bevorderen van de oprichting van een vakvereniging voor havenarbeiders [...];

m) garanderen van de bevaarbaarheid in het havengebied en van de uitgravings- en onderhoudswerken van de zeebodem [...], in geval van dringende noodzaak, door bindende beslissingen te nemen [...];

n) doen van voorstellen betreffende de afbakening van vrije zones, na de maritieme autoriteit en de betrokken plaatselijke overheden te hebben gehoord;

n-bis) uitoefenen van alle bevoegdheden die de onderhavige wet niet toewijst aan de andere bestuursorganen van de havenautoriteit".

13. Volgens artikel 12 van wet nr. 84/1994 staat de havenautoriteit onder toezicht van de minister van Transport en Scheepvaart. In het bijzonder moeten de beslissingen van de voorzitter en van de havenautoriteit door voornoemde minister worden goedgekeurd wanneer zij betrekking hebben op: (a) de goedkeuring van de begroting, de eventuele amendementen daarop en de jaarrekening; en (b) de bezetting van het technisch en operationeel secretariaat. Voor de hierboven in punt a vermelde beslissingen is bovendien de goedkeuring van de minister van de Schatkist vereist. Daarnaast houdt ook de Italiaanse rekenkamer toezicht op bepaalde activiteiten van de havenautoriteit.

II – **Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen**

14. Bij besluit van 7 juni 2011, uitgevaardigd na een bij wet geregelde benoemingsprocedure, werd I. Haralambidis, een Grieks onderdaan, door de Italiaanse minister van Infrastructuur en Transport benoemd tot voorzitter van de havenautoriteit van Brindisi (Italië).

15. Daarop stelde een van de andere kandidaten voor de betrekking, C. Casilli, een Italiaans onderdaan, bij het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, de regionale administratieve rechtbank van Apulië, locatie Lecce (hierna: „TAR Puglia"), een vordering tot nietigverklaring van het ministeriële besluit in. Casilli stelde dat Haralambidis niet benoemd mocht worden tot voorzitter van de havenautoriteit van Brindisi, aangezien het Italiaanse staatsburgerschap vereist was voor dit openbare ambt.

16. Het TAR Puglia wees de vordering van Casilli toe en verklaarde het ministeriële besluit tot benoeming van Haralambidis bij vonnis van 26 juni 2012 nietig.

17. Tegen het vonnis van het TAR Puglia stelde Haralambidis hoger beroep in bij de Consiglio di Stato. In hoger beroep voerde Haralambidis aan dat de relevante bepalingen, indien zij aldus zouden worden uitgelegd dat het Italiaanse staatsburgerschap vereist is voor de betrekking in kwestie, onverenigbaar zijn met artikel 45, lid 4, VWEU.

6 — Artikel 16 van wet nr. 84/1994 betreft „havenoperaties en havendiensten".

7 — Artikel 18 van wet nr. 84/1994 betreft „het toewijzen van concessies voor [haven]gebieden en dokken".

18. De Consiglio di Stato, die twijfels had over de verenigbaarheid van de relevante Italiaanse bepalingen met het Unierecht, schorste de behandeling van de zaak en stelde het Hof de volgende prejudiciële vragen:

„1) Levert de bepaling waarin de functie van voorzitter van een havenautoriteit is voorbehouden aan Italiaanse staatsburgers discriminatie op grond van nationaliteit krachtens artikel 45 VWEU op, nu de uitzonderingsbepaling van artikel 45, lid 4, VWEU niet relevant lijkt voor het onderhavige geval [benoeming van een staatsburger van een andere lidstaat van de Europese Unie tot voorzitter van een havenautoriteit, een rechtspersoon die kan worden gekwalificeerd als publiekrechtelijke instelling] omdat deze bepaling ziet op [...] betrekkingen in overheidsdienst (in het onderhavige geval [...] niet van toepassing) en de vertrouwensfunctie van voorzitter van een havenautoriteit niettemin kan worden opgevat als ‚werkzaamheden' in ruime zin [...]?

2) Kan het vervullen van de functie van voorzitter van een Italiaanse havenautoriteit door een staatsburger van een andere lidstaat van de Europese Unie anderszins onder het recht van vestiging van artikel 49 VWEU e.v. worden gebracht en levert het verbod naar nationaal recht om deze functie te vervullen voor een persoon die geen Italiaans staatsburger is, een geval van discriminatie op grond van nationaliteit op, of is deze omstandigheid uitgesloten van het voornoemde artikel 51 VWEU?

3) Kan het vervullen van de functie van voorzitter van een Italiaanse havenautoriteit door een staatsburger van een andere lidstaat van de Europese Unie subsidiair worden gekwalificeerd als verrichten van een ‚dienst' in de zin van richtlijn 2006/123/EG[8], is de uitsluiting van havendiensten van de werkingssfeer van de richtlijn in casu van belang en – indien dat niet het geval is – levert het verbod naar nationaal recht om deze functie te vervullen discriminatie op grond van nationaliteit op?

4) Meer subsidiair: kan het vervullen van de functie van voorzitter van een Italiaanse havenautoriteit door een staatsburger van een andere lidstaat van de Europese Unie, mocht dat niet onder de hierboven genoemde rechtsfiguren vallen, in de zin van artikel 15 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in algemenere zin worden opgevat als een voorrecht dat deel uitmaakt van het recht van de [Unie]burger om ‚te werken, zich te vestigen of diensten te verrichten in iedere lidstaat', ook ongeacht de bijzondere ‚sector'-bepalingen in de artikelen 45 VWEU en 49 VWEU e.v., alsook in richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt, en is het verbod naar nationaal recht om deze functie te vervullen in strijd met het eveneens algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van artikel 21, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie?"

19. In de onderhavige procedure zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Haralambidis, Casilli, de Autorità Portuale di Brindisi, de Italiaanse, de Spaanse en de Nederlandse regering en de Commissie.

20. Het Hof verzocht de Italiaanse regering op 12 februari 2014 om een aantal verduidelijkingen aangaande de betekenis van bepaalde Italiaanse rechtsregels, en verzocht tegelijk de partijen die aan de terechtzitting deel zouden nemen om in hun mondelinge opmerkingen vooral in te gaan op de eerste twee vragen die de verwijzende rechter stelde. Op 27 februari 2014 gaf de Italiaanse regering gevolg aan het verzoek om verduidelijking.

21. De Italiaanse regering en de Commissie hebben ter terechtzitting van 26 maart 2014 pleidooi gehouden.

8 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376, blz. 36).

III – **Beoordeling**

A – *Herformulering van de prejudiciële vragen*

22. De verwijzende rechter wenst met zijn vier vragen in wezen te vernemen of een nationaal voorschrift dat de functie van voorzitter van een havenautoriteit voorbehoudt aan onderdanen, verenigbaar is met het Unierecht.

23. Voor ik met mijn juridische bespreking begin, lijkt het mij van belang de onderhavige zaak in de juiste juridische context te plaatsen, teneinde de prejudiciële vragen correct te herformuleren. Daartoe eerst vier inleidende opmerkingen.

24. Ten *eerste* bevat het verzoek om een prejudiciële beslissing verwijzingen naar verschillende bepalingen van het primaire Unierecht (de artikelen 45 VWEU en 49 VWEU e.v., alsook de artikelen 15 en 21, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; hierna: „Handvest") en van afgeleid recht (de bepalingen van richtlijn 2006/123), welke onverenigbaar zouden kunnen zijn met de nationale rechtsregel in kwestie.

25. Zoals ik in de inleiding van mijn conclusie reeds vermeldde, is het echter duidelijk dat artikel 45 VWEU in deze zaak de sleutelbepaling van het Unierecht is.

26. Ondanks de twijfels die de verwijzende rechter en de Italiaanse regering hebben geuit, meen ik dat de voorzitter van een havenautoriteit gekwalificeerd kan worden als een werknemer in de zin van de artikelen 45 VWEU tot en met 48 VWEU.

27. Volgens vaste rechtspraak van het Hof mag het begrip „werknemer" niet verschillend uitgelegd worden naargelang de regels of beginselen die gelden in de verschillende lidstaten, aangezien het een zelfstandige betekenis binnen het recht van de Unie heeft.[9] Bovendien moet aan dit begrip een ruime uitlegging worden gegeven, in de zin van iedereen die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. De arbeidsverhouding wordt daardoor gekenmerkt, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning.[10]

28. Zoals de Spaanse regering en de Commissie hebben betoogd, voldoet de voorzitter van een havenautoriteit aan deze vereisten. Degene die in deze functie benoemd wordt, gaat immers een contractuele betrekking aan met de havenautoriteit, die hem een salaris betaalt voor het werk dat hij op regelmatige basis presteert gedurende een vaste termijn (vier jaar, eenmaal hernieuwbaar). De hoogte ervan wordt van tevoren bepaald en is gekoppeld aan het salaris van vergelijkbare hoge ambten in de openbare sector, binnen de perken gesteld door de bevoegde ministers.

29. Hoewel hij een leidinggevende positie bekleedt binnen de entiteit die hem tewerkstelt en als dusdanig over een betrekkelijk ruime beoordelingsvrijheid beschikt wat de concrete uitoefening van zijn functie betreft, staat de voorzitter niettemin onder toezicht. Met name de minister van Infrastructuur en Transport behoudt (eventueel in overleg met de minister van de Schatkist of andere overheidsinstanties) de bevoegdheid om leiding te geven aan en toezicht te houden op de voorzitter van een havenautoriteit, en om hem, in voorkomend geval, een sanctie op te leggen.

9 — Zie onder meer arresten van 14 juni 2012, Commissie/Nederland (C-542/09, punt 68), en 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Jurispr. blz. 2121, punt 16).

10 — Zie onder meer arrest van 28 februari 2013, Petersen (C-544/11, punt 30), en arrest Lawrie-Blum, reeds aangehaald, punten 16 en 17.

30. De voorzitter van een havenautoriteit wordt niet alleen door de minister van Infrastructuur en Transport (in overleg met de bevoegde plaatselijke overheid) benoemd, hij kan door deze minister ook worden ontslagen. Dit is mogelijk wanneer de omstandigheden beschreven in artikel 7, lid 3, van wet nr. 84/1994 zich voordoen en, meer in het algemeen, wanneer het ontslag noodzakelijk wordt met het oog op het behoorlijk bestuur van de havenautoriteit, krachtens de impliciete bevoegdheid die de regering volgens de Italiaanse rechtspraak ter zake heeft. [11]

31. Bovendien moeten sommige van de belangrijkste beslissingen die de voorzitter of het havencomité dat hij voorzit, moet nemen, goedgekeurd worden door de regering, zoals bepaald in artikel 12 van wet nr. 84/1994. De macht van de bevoegde minister lijkt zelfs nog verder te gaan. Volgens de rechtspraak is het immers „ondenkbaar" dat een voorzitter van een havenautoriteit de herhaalde instructies van de bevoegde minister moedwillig naast zich neer zou leggen, zo merkte de Italiaanse regering op. De Consiglio di Stato beklemtoonde in dat verband de vertrouwensrelatie die hoort te bestaan tussen de voorzitter van een havenautoriteit en de bevoegde minister. [12] Het kan derhalve niet worden ontkend dat de voorzitter van een havenautoriteit ondergeschikt is aan de bevoegde minister, hoewel die ondergeschiktheid enigszins beperkt is en voornamelijk de vorm aanneemt van controle achteraf.

32. De functie van voorzitter van een havenautoriteit mist daarentegen de typische kenmerken van een zelfstandige dienstverrichter: meer bewegingsruimte in de keuze van het soort werk en de uit te voeren taken, van de wijze waarop dit werk of deze taken moeten worden verricht, van de werktijden en de werkplek, en bij het uitkiezen van zijn eigen personeel. [13]

33. Samenvattend kan gesteld worden dat de voorzitter van een havenautoriteit zich in een sui-generisarbeidsverhouding met de staat bevindt, welke mutatis mutandis niet verschillend is van de arbeidsverhouding die het Hof onderzocht in de zaak Danosa. [14] In die zaak stelde het Hof dat een lid van de directie van een particulier bedrijf beschouwd moest worden als een „werknemer" in de zin van richtlijn 92/85/EEG. [15]

34. Ik ben derhalve van oordeel dat de situatie die het voorwerp is van het hoofdgeding, moet worden getoetst aan de Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers. Meer in het bijzonder zullen het vrije verkeer van werknemers (gewaarborgd door artikel 45, leden 1 tot en met 3, VWEU) en de afwijking daarvan (in lid 4 van dezelfde bepaling) de oplossing bieden in de onderhavige zaak.

35. Het is dan ook mijn overtuiging – en daarmee zijn we bij mijn *tweede* inleidende opmerking aanbeland – dat de voorschriften van de artikelen 45, lid 4, VWEU en 51 VWEU in dezelfde zin moeten worden uitgelegd, ondanks hun verschillende formulering. Zoals de advocaten-generaal Mayras [16] en Mancini [17] overtuigend hebben aangetoond, hangt het inhoudelijke verschil tussen beide bepalingen samen met het verschil in de door beide bepalingen beoogde situaties. Het doel van beide bepalingen is echter hetzelfde: de lidstaten de mogelijkheid te geven af te wijken van het fundamentele beginsel van verbod van discriminatie op grond van nationaliteit binnen de interne markt, door de uitoefening van bepaalde activiteiten van algemeen belang door individuen die daartoe met een bepaalde macht bekleed zijn, voor te behouden aan hun eigen burgers. Daarom meen ik dat men bij

11 — Zie met name het vonnis van de Consiglio di Stato van 13 mei 2013, Sezione IV, nr. 2596, Ciani/Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, punt 4.4.1.

12 — Ibidem, punt 4.6.

13 — Zie in die zin arrest van 14 december 1989, Agegate (C-3/87, Jurispr. blz. 4459, punt 36). Zie eveneens arrest van 13 februari 2014, Commissie/Italië (C-596/12, punten 16 e.v.), en a contrario, arrest van 27 juni 1996, Asscher (C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 26).

14 — Arrest van 11 november 2010 (C-232/09, Jurispr. blz. I-11405, punten 38-51).

15 — Richtlijn van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (PB L 348, blz. 1).

16 — Conclusie van 28 mei 1974 in de zaak Reyners (2/74, Jurispr. 1974, blz. 631).

17 — Conclusie van 15 april 1986 in de zaak Commissie/Frankrijk (307/84, Jurispr. 1986, blz. 1725).

de uitlegging en de toepassing van artikel 45, lid 4, VWEU niet enkel rekening moet houden met de rechtspraak van het Hof betreffende deze bepaling, doch tevens, mutatis mutandis, met de beginselen van de rechtspraak betreffende artikel 51 VWEU, welke het Hof op zeer gelijkaardige wijze ontwikkeld heeft. [18]

36. Ten *derde* zijn de andere Unierechtelijke bepalingen waar de nationale rechter naar verwijst, zoals de Commissie in haar opmerkingen terecht heeft aangevoerd, ofwel niet van toepassing op het hoofdgeding, ofwel overbodig voor de beoordeling van de onderhavige zaak. Om te beginnen bepaalt artikel 2, lid 2, sub d, van richtlijn 2006/123 uitdrukkelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op „diensten op het gebied van vervoer, met inbegrip van havendiensten, die onder de werkingssfeer van titel V van het EG-Verdrag vallen". Bijgevolg lijkt de toepasselijkheid van richtlijn 2006/123, zelfs indien men de voorzitter van een havenautoriteit zou beschouwen als een dienstverrichter, prima facie uitgesloten. Bovendien lijken de twee bepalingen van het Handvest die de verwijzende rechter vermeldt, geen extra aspect van onverenigbaarheid toe te voegen aan de onverenigbaarheid die reeds zou volgen uit de toepassing van de regels met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers. [19] Zowel artikel 15 betreffende „de vrijheid van beroep en het recht te werken" als artikel 21, lid 2, van het Handvest, dat discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt binnen de werkingssfeer van de EU-Verdragen, regelt beginselen die expliciet of impliciet zijn vervat in artikel 45 VWEU.

37. Ten *vierde* en ten laatste wens ik van meet af aan te benadrukken dat het Hof steeds een *functionele* definitie heeft toegepast van de functies die onder de overheidsdienst in de zin van artikel 45, lid 4, VWEU vallen. [20] Niet de kwalificatie of het juridische statuut van de betrekking is relevant in het kader van die bepaling, niet de organieke band van de betrekking met de overheid [21], of haar positie binnen het openbaar bestuur [22], maar haar daadwerkelijke aard, verantwoordelijkheden en functies [23].

38. Bijgevolg kan het Hof zich in de onderhavige zaak niet in abstracto uitspreken over de vraag of de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit krachtens artikel 45, lid 4, VWEU mag voorbehouden aan onderdanen van de lidstaten. Het Hof kan enkel onderzoek doen naar en uitspraak doen over de vraag of dat mogelijk is voor de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit zoals geregeld in de Italiaanse wetgeving in het concrete geval. Het is zelfs mogelijk dat de beoordeling van de verenigbaarheid van een nationale regel van een andere lidstaat met het Unierecht, aangaande een gelijkaardige betrekking, tot een andere conclusie zou leiden, voor zover de aard, verantwoordelijkheden en taken van deze betrekking zouden verschillen van de aard, verantwoordelijkheden en taken die in de onderhavige zaak zijn onderzocht. Dat betekent evenwel niet dat de beginselen waarop de juridische analyse in de onderhavige zaak gebaseerd is, in toekomstige zaken anders zijn. [24]

18 — Zie hiervoor in de rechtsliteratuur Dashwood, A., e.a., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford en Portland, 2011 (6e druk), blz. 569; Mortelmans, K.J.M., „The Functioning of the Internal Market: The Freedoms", Kapteyn, P.J.G. et al. (red.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer International, Alphen aan den Rijn, 2008 (4e druk), blz. 575-784, op blz. 731, en Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (4e druk), blz. 520.

19 — Zie artikel 52, lid 2, van het Handvest.

20 — Zie arrest van 3 juni 1986, Commissie/Frankrijk (307/84, Jurispr. blz. 1725, punt 12), en de conclusie van advocaat-generaal Léger van 5 maart 1996 in de zaak Commissie/Griekenland (C-290/94, Jurispr. 1996, blz. I-3285, punt 21).

21 — De omstandigheid dat de persoon die de betrekking bekleedt in dienst is van een natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon sluit de toepasselijkheid van artikel 45, lid 4, VWEU op zich niet uit indien vaststaat dat deze persoon bij bepaalde werkzaamheden handelt in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van het openbaar gezag. Zie arrest van 30 september 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Jurispr. blz. I-10391, punt 43).

22 — Zie in die zin arrest van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Jurispr. blz. 153, punt 5), en arrest Commissie/Frankrijk (307/84, reeds aangehaald, punt 11).

23 — Zie in die zin arrest van 2 juli 1996, Commissie/Luxemburg (C-473/93, Jurispr. blz. I-3207, punt 28), en arrest Commissie/Frankrijk (307/84, reeds aangehaald, punt 12).

24 — Zie in het bijzonder de uiteenzetting in punten 46-62 hieronder.

39. Om bovenstaande redenen ben ik van mening dat de vier prejudiciële vragen van de Consiglio di Stato samen onderzocht en als volgt geherformuleerd kunnen worden: „Is een nationale regel die de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit, die functies uitoefent zoals omschreven in artikel 8, lid 3, van wet nr. 84/1994, voorbehoudt aan onderdanen van de lidstaat, verenigbaar met artikel 45 VWEU?"

B – *Onderzoek van de prejudiciële vragen*

40. Alvorens uiteen te zetten waarom ik van mening ben dat het antwoord op de prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato, zoals geherformuleerd, negatief dient te zijn, zal ik kort de relevante rechtspraak van het Hof in herinnering brengen en tegelijkertijd proberen in te gaan op de daarin vervatte beginselen, in de hoop meer klaarheid te brengen in de correcte uitlegging van artikel 45, lid 4, VWEU.

41. Het vrije verkeer van personen, en inzonderheid van werknemers, vormt een van de fundamentele beginselen van de Unie. Volgens artikel 45, lid 2, VWEU houdt dit de afschaffing in van elke discriminatie – ongeacht aard of ernst – op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. [25]

42. Artikel 45, lid 4, VWEU stelt evenwel dat de bepalingen van dat artikel niet van toepassing zijn op de betrekkingen in overheidsdienst. Aangezien deze bepaling echter een uitzondering vormt op een algemeen beginsel, moet zij restrictief worden uitgelegd, of, zoals het Hof bij herhaling heeft gesteld, „aldus dat zij niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is ter vrijwaring van de belangen die deze bepaling de lidstaten toestaat te beschermen". [26]

43. Volgens vaste rechtspraak dient het begrip „overheidsdienst" in de zin van deze bepaling een uniforme uitlegging en toepassing te krijgen in de gehele Europese Unie, en kan het derhalve niet aan het eigen inzicht van de lidstaten worden overgelaten. [27] Het Hof heeft steeds geoordeeld dat het begrip „overheidsdienst" enkel deze betrekkingen omvat die bij de functionaris een „bijzondere band van solidariteit" ten opzichte van de staat onderstellen en een wederkerigheid van rechten en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsband. [28]

44. Het Hof heeft het begrip „bijzondere band van solidariteit" ten opzichte van de staat echter nooit uitgediept. Het heeft enkel te kennen gegeven dat een betrekking aan twee *zeer strikte* [29] voorwaarden moet voldoen om onder het begrip „overheidsdienst" te vallen: de betrekking moet, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhouden, en werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen. [30] Het voegde daaraan toe dat een afwijking van het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit, ook al is aan deze beide voorwaarden voldaan, niet gerechtvaardigd zou zijn wanneer bevoegdheden van openbaar gezag slechts sporadisch worden uitgeoefend of slechts een zeer gering deel van de werkzaamheden van de betrekking vormen. [31]

25 — Zie onder meer arresten van 4 april 1974, Commissie/Frankrijk (167/73, Jurispr. blz. 359, punten 43 en 44), en 5 december 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betrieb (C-514/12, punt 23).

26 — Zie onder meer arrest Lawrie-Blum, reeds aangehaald, punt 26, en arrest van 16 juni 1987, Commissie/Italië (225/85, Jurispr. blz. 2625, punt 7).

27 — Zie arrest van 30 september 2003, Anker e.a. (C-47/02, Jurispr. blz. I-10447, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 — Ibidem, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

29 — Zie arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

30 — Zie onder meer arresten van 26 mei 1982, Commissie/België (149/79, Jurispr. blz. 3881, punt 10), en 2 juli 1996, Commissie/Griekenland (C-290/94, Jurispr. blz. I-3285, punt 2).

31 — Zie arresten Anker e.a., reeds aangehaald, punten 63 en 64, en Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, reeds aangehaald, punten 44 en 45.

45. De rechtspraak van het Hof voorziet dus een analyse in drie stappen voor de toepassing van artikel 45, lid 4, VWEU. Alvorens deze drie stappen nader te onderzoeken, zou ik graag kort ingaan op het begrip „bijzondere band van solidariteit", want dit werpt naar mijn mening een licht op de bestaansreden zelf van deze bepaling. Dit begrip vormt aldus de achtergrond waartegen de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde beginselen dienen te worden uitgelegd en toegepast.

1. Het begrip „bijzondere band van solidariteit"

46. Het begrip „bijzondere band van solidariteit" gaat meespelen wanneer het gaat over betrekkingen waarvan de staat rechtmatig kan beweren dat zij taken omvatten die, vanwege hun intrinsieke kenmerken, het best kunnen worden uitgevoerd door personen die niet louter door een arbeidsverhouding gebonden zijn aan de staat, doch ook door hun nationaliteit. Deze stelling berust op de premisse dat iemand doorgaans sterkere gevoelens van loyaliteit, vertrouwen en toewijding koestert ten aanzien van het land waartoe hijzelf, zijn familie en zijn voorgeslacht behoren. Zijn de belangrijkste rechtsprincipes om iemands nationaliteit vast te stellen immers niet de band door bloedverwantschap („ius sanguinis") of door geboorte op het grondgebied („ius soli")? Bij gebreke van een dergelijke band van sanguis of solum zou men – volgens deze zienswijze – minder bereid zijn, of minder bekwaam, om in alle omstandigheden zijn verplichtingen op een zodanige wijze na te komen dat men zijn taak in het algemeen belang ten volle vervult.

47. Zo iemand zou mogelijk minder *bereid* zijn, omdat bijvoorbeeld van hem in zijn functie verwacht wordt dat hij de belangen van de gemeenschap of de staat boven zijn eigen belangen stelt, zelfs wanneer dit – in bepaalde omstandigheden – niet eenvoudig is. Dit zou met name het geval kunnen zijn voor personen die een functie bekleden bij de strijdkrachten of de politiediensten van de lidstaat.

48. Hij zou mogelijk minder *bekwaam* zijn omdat, bijvoorbeeld, burgers die te maken krijgen met de uitoefening van het openbaar gezag waarmee hij bekleed is, hem niet zouden erkennen als iemand die namens of in het belang van de staat optreedt.[32] Om een voorbeeld te geven: een niet-onderdaan zou beschouwd kunnen worden als onvoldoende representatief voor het land om een topfunctie binnen de regering te bekleden. Evenzo zou het kunnen dat iemand die geen sterke banden heeft met de sociale, politieke en culturele aspecten van de samenleving waarin hij zijn openbaar ambt moet uitoefenen, niet door alle burgers beschouwd wordt als „één van hen". Dit zou als gevolg kunnen hebben dat de handelingen die deze persoon namens de staat uitvoert, en die eventueel zelfs ernstige gevolgen zouden kunnen hebben voor de burgers, een verminderde mate van legitimatie en aanvaarding zouden genieten. Dit zou onder meer het geval kunnen zijn voor leden van de nationale rechterlijke macht.

49. Nochtans werden de Gemeenschappen opgericht met de bedoeling los te komen van de tijden van „Blut und Boden". Bovendien zijn noch de lidstaten als soevereine entiteiten, noch hun burgers vandaag nog wat zij waren toen de Gemeenschappen werden opgericht.[33]

50. Ten eerste zijn de denkbeelden over de rol van de staat (i) in de samenleving en (ii) in de internationale context, ingrijpend aan het wijzigen. Wat het eerste betreft, zijn de verwachtingen die de burger aan de staat stelt duidelijk aan snelle veranderingen onderhevig. In de laatste decennia is er een nadrukkelijke trend naar privatisering en uitbesteding van opdrachten die in het verleden tot het exclusieve takenpakket van de overheid behoorden.[34] Wat het tweede betreft, hebben rechtsgeleerden

32 — Dit idee werd ter terechtzitting geopperd door de Italiaanse regering, naar mijn mening terecht.

33 — Zie in dit verband de recente discussie betreffende de mogelijkheid om in bepaalde staten het staatsburgerschap te verkrijgen louter op basis van vermogen.

34 — Interessant is dat deze trend niet alleen leidt tot een verhoogde betrokkenheid van burgers en bedrijven bij regeringsactiviteiten, maar tevens een merkbare groei teweegbrengt van de internationale handel tussen overheden van verschillende staten. Zie Dettmer, O., „Unbundling the nation state – Countries have started to outsource public services to each other", *The Economist* 14 (2014) (verschenen op 8 februari 2014).

onlangs beklemtoond dat het begrip soevereiniteit in een gemondialiseerde wereld, waarin de constitutionele bevoegdheden van soevereine staten grotendeels zijn overgedragen aan supranationale organisaties of de facto uitgeoefend worden in allerlei internationale fora [35], niet langer op dezelfde traditionele manier als in het verleden kan worden opgevat. [36]

51. Ten tweede is ook het begrip burgerschap ingrijpend gewijzigd. Door de verhoogde mobiliteit van werknemers (en meer in het algemeen, van personen) binnen de Europese Unie is de solidariteit die de staat voorheen van haar burgers verwachtte, uitgehold, althans heeft zij binnen de Unie een begripsmatige gedaanteverwisseling ondergaan. Sinds het Verdrag van Maastricht kennen de EU-Verdragen het begrip Unieburgerschap, afgescheiden van en parallel aan het begrip staatsburgerschap. Zoals het Hof stelde in de richtinggevende zaak Grzelczyk: „De hoedanigheid van burger van de Unie dient de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten te zijn en verleent degenen onder hen die zich in dezelfde situatie bevinden, ongeacht hun nationaliteit en onverminderd de uitdrukkelijk vastgestelde uitzonderingen, aanspraak op een gelijke behandeling rechtens." [37] Of om de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Konstantinidis [38] te parafraseren: elke EU-burger heeft thans het recht om te zeggen „civis europaeus sum" en zich op die status te beroepen om op te komen tegen elke schending van zijn fundamentele rechten; ik zou daaraan toevoegen: en tegen elke onredelijke en ongerechtvaardigde discriminatie op grond van nationaliteit binnen de Europese Unie.

52. Artikel 45, lid 4, VWEU dient daarom eveneens uitgelegd te worden in het licht van de hedendaagse omstandigheden. [39]

53. In het licht van het voorgaande zal ik nu nader ingaan op de in de punten 44 en 45 genoemde analyse in drie stappen.

2. De analyse in drie stappen bij de toepassing van artikel 45, lid 4, VWEU

54. Met betrekking tot de eerste stap, de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, heeft het Hof tot op heden geen algemene en scherpomlijnde definitie gegeven. Uit de rechtspraak kan evenwel een aantal elementen afgeleid worden, onder meer – om de hierboven aangehaalde redenen – het element betreffende de werkzaamheden ter uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 51 VWEU.

55. Ten eerste staat vast dat in deze termen het imperium [40] begrepen is, zijnde de hoogste wetgevende, uitvoerende, rechterlijke en militaire bevoegdheden, die de staat via welbepaalde organen of individuen uitoefent. [41] Ten tweede lijkt het mij onbetwistbaar dat deze termen eveneens de bevoegdheden omvatten die dikwijls aangeduid worden met de term potestas [42], waarmee bedoeld wordt: alle bevoegdheden om handelingen vast te stellen die juridisch bindend zijn, ongeacht (of tegen) de wil

35 — Sand, I.J., „From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, blz. 273-298, op blz. 275.

36 — Zie onder meer Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe – „Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

37 — Arrest van 20 september 2001 (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 31).

38 — Conclusie van 9 december 1992 (C-168/91, Jurispr. 1993, blz. I-1191, punt 46).

39 — Daarom zou ik durven stellen dat de conclusies van een zeer oude zaak betreffende de toepasselijkheid van (het huidige) artikel 45, lid 4, VWEU mogelijk geen geldig precedent meer vormen. Ik zou het bijvoorbeeld thans niet meer eens zijn met wat het Hof in punt 8 van zijn arrest van 26 mei 1982, Commissie/België (149/79, Jurispr. blz. 1845), een correcte toepassing van deze bepaling achtte.

40 — Zie voor een toelichting op deze uitdrukking tevens de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón van 14 september 2010 in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08, Commissie/België e.a. (Jurispr. 2011, blz. I-4105, punt 97).

41 — „Now the notes of supreme command are these, To make and abrogate Lawes. To determine War and peace, to know, and judge of all controversies, either by himselfe, or by Judges appointed by him; to elect all Magistrates; Ministers, and Counsellors" (Thomas Hobbes, *De Cive* (over de burger), 1642, hoofdstuk VI, § XVIII).

42 — Zie voor een algemene toelichting op deze term Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, blz. 640.

van de adressaat, en welke ten uitvoer gelegd worden door middel van dwang en bestraffing.[43] Ten derde is het even duidelijk dat de loutere uitoefening van *enige* bevoegdheid van bestuurlijke aard (d.w.z. buiten het domein van particulieren vallend) daarom niet automatisch beschouwd kan worden als de uitoefening van openbaar gezag. Functies die voornamelijk administratieve of technische taken inhouden[44] en waar geen de beoordelings- of beslissingsbevoegdheid aan te pas komt[45], vallen immers niet onder dit begrip.

56. Toegegeven, er ligt tussen deze categorieën een grijze zone waar het misschien niet zou eenvoudig is om uit te maken of de bestuursbevoegdheden die aan een bepaalde overheidsfunctie zijn verbonden, al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 45, lid 4, VWEU vallen. Ik meen dat een uitspraak hierover steeds voorafgegaan zal moeten worden door een beoordeling per geval, die rekening houdt met alle kenmerken van de prerogatieven en werkzaamheden die aan een bepaalde functie zijn gekoppeld.

57. Het richtsnoer waardoor men zich, naar mijn mening, bij de uitlegging moet laten leiden, kan zoals gezegd, alleen maar de vraag zijn of er voor een staat objectieve redenen voorhanden zijn om aan te nemen dat enkel personen die door hun nationaliteit aan deze staat verbonden zijn, naar alle waarschijnlijkheid meer bereidheid of een grotere bekwaamheid voor de taken van een bepaalde functie aan de dag zullen leggen. In dat verband kunnen, naar mijn oordeel, vooral de volgende elementen relevant zijn: i) de vraag hoe dicht de uitgevoerde taken aanliggen tegen de hoger vermelde vormen van machtsuitoefening – imperium of potestas – of hoe nauw zij ermee verbonden zijn; ii) de vraag of men in de uitoefening van de functie zaken moet afhandelen die verband houden met de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaat[46]; iii) de mate van verantwoordelijkheid[47] waarmee de uitoefening van deze bevoegdheden gepaard gaat, in termen van anciënniteit, of van het geven van leiding en het houden van toezicht[48]; iv) de vraag of deze bevoegdheden in een moderne samenleving door hun aard zelf[49] of op grond van hun kenmerken[50] beschouwd worden als overheidstaken; v) de al dan niet verstrekkende gevolgen die de taken welke de uitoefening van de functie omvat, kunnen hebben op andere individuen; en vi) de vraag of de in het kader van de functie gestelde handelingen of genomen maatregelen onmiddellijke en rechtstreekse juridische gevolgen hebben voor andere individuen, dan wel slechts ondersteunend of voorbereidend van aard zijn.[51]

43 — Zie in die zin arresten Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, reeds aangehaald, punt 42, en Anker e.a., reeds aangehaald, punt 61.

44 — Zie naar analogie arresten van 5 december 1989, Commissie/Italië (C-3/88, Jurispr. blz. 4035, punt 13); 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punten 39 en 40), en 22 oktober 2009, Commissie/Portugal (C-438/08, Jurispr. blz. I-10219, punt 40).

45 — Zie arrest Commissie/Italië (225/85, reeds aangehaald, punt 9). Zie tevens, naar analogie, arrest van 24 mei 2011, Commissie/Frankrijk (C-50/08, Jurispr. blz. I-4195, punt 76), en arrest van 21 juni 1974, Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631, punten 51-53).

46 — Zie artikel 346, lid 1, VWEU.

47 — Zie in die zin arrest van 27 november 1991, Bleis (C-4/91, Jurispr. blz. I-5627, punt 6).

48 — Zie in die zin arrest van 26 mei 1982, Commissie/België (149/79, Jurispr. blz. 1845, punten 8 en 11), en arrest Commissie/Italië (225/85, reeds aangehaald, punt 9). Zie tevens, naar analogie, arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 41.

49 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 12 juni 2003 in de zaak Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, arrest reeds aangehaald, punt 83.

50 — Zie arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, punt 27, en arrest van 26 mei 1982, Commissie/België (149/79, reeds aangehaald, punt 12).

51 — Zie naar analogie arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

58. Dit laatste punt verdient wellicht enige toelichting. Ook *indirecte* deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag kan, in bepaalde omstandigheden, immers als voldoende worden beschouwd om te voldoen aan de voorwaarden van het begrip „overheidsdienst”.[52] Die indirecte deelneming mag echter niet zo *verwijderd*[53] zijn dat het verband tussen de eigenlijke uitoefening van het openbaar gezag en de bijdrage van de ambtenaar gering of onbetekenend voorkomt.[54]

59. Als eenmaal is komen vast te staan dat de betrekking in kwestie deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhoudt in de zin van artikel 45, lid 4, VWEU, moet – als tweede stap – nog worden nagegaan of deze bevoegdheden wel toegekend werden met het oog op het nastreven van het algemeen belang. Er moet, met andere woorden, worden nagegaan of de persoon die het openbaar ambt bekleedt, zijn werkzaamheden moet verrichten in het belang van de gemeenschap, en niet een particulier belang moet nastreven.

60. Aan deze voorwaarde is dus niet voldaan in die gevallen waar de staat een individu of een entiteit met bijzondere bevoegdheden of prerogatieven bekleedt – in ruil voor een geldelijke beloning, of in de context van een wederkerige betrekking – welke die persoon of die entiteit mag aanwenden om zijn eigen belang of dat van een beperkt aantal individuen na te streven. Bovendien ben ik het met de Italiaanse regering eens dat aan deze voorwaarde evenmin is voldaan wanneer de bestuursbevoegdheden uitgeoefend moeten worden om een louter economisch of industrieel belang van de staat na te streven. Met andere woorden, het is het belang van de staat als gemeenschap dat relevant is voor de toepassing van artikel 45, lid 4, VWEU, niet het belang van de staat wanneer die handelt als een gewone marktdeelnemer.

61. Voordat wij kunnen besluiten dat artikel 45, lid 4, VWEU van toepassing is, moet tot slot, in de derde stap van de analyse, worden nagegaan of de uitoefening van deze bevoegdheden van openbaar gezag, toegekend met het oog op het nastreven van het algemeen belang, niet slechts incidenteel is, en of deze bevoegdheden niet slechts een gering deel vormen van de werkzaamheden van de persoon die de betrekking in kwestie bekleedt. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat het aanwenden van bevoegdheden van openbaar gezag, bedoeld in artikel 45, lid 4, VWEU, door niet-onderdanen van de betrokken lidstaat, dat slechts sporadisch of uitzonderlijk is, geen ondermijning kan vormen van de belangen die door deze bepaling worden beschermd. Een betrekking kan dus enkel binnen de werkingssfeer van artikel 45, lid 4, VWEU vallen wanneer de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag in het algemeen belang tot de kerntaken van deze betrekking behoort[55], of minstens bedoeld is om regelmatig plaats te vinden.[56] In dat verband dient, mijns inziens, het evenredigheidsbeginsel een sleutelrol te spelen.[57]

62. In het licht van deze beginselen zal ik hierna de toepasselijkheid van artikel 45, lid 4, VWEU onderzoeken op de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit die de in de Italiaanse wet neergelegde taken uitoefent.

52 — Zie de rechtspraak aangehaald in voetnoot 28 hierboven.

53 — Zie arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, punt 31.

54 — Zie bijvoorbeeld, naar analogie, arrest van 29 oktober 1998, Commissie/Spanje (C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punten 37 en 38), en arrest Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, reeds aangehaald, punten 47 en 48.

55 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz van 29 april 1986 in de zaak Lawrie-Blum, arrest reeds aangehaald, blz. 2136.

56 — Zie de in voetnoot 29 hierboven aangehaalde rechtspraak.

57 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08, reeds aangehaald, punten 140 e.v.

3. Toepasselijkheid van artikel 45, lid 4, VWEU op de onderhavige zaak

63. Haralambidis, de Autorità Portuale di Brindisi (havenautoriteit van Brindisi), de Italiaanse regering en de Commissie stellen dat artikel 45, lid 4, VWEU in het hoofdgeding niet van toepassing is. Hun standpunt komt erop neer dat de functie voornamelijk leidinggevende en technische capaciteiten vergt, en dat de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45, lid 4, VWEU hooguit incidenteel is. Bijgevolg zou artikel 45, leden 1 tot en met 3, VWEU zich verzetten tegen een nationale regeling waarbij de Italiaanse nationaliteit vereist wordt om in aanmerking te komen voor de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit.

64. Casilli, de Spaanse en de Nederlandse regering, betogen daarentegen dat de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit volledig onder het begrip „overheidsdienst" in de zin van artikel 45, lid 4, VWEU valt. Zij benadrukken dat de bestuursbevoegdheden, toegekend aan personen die deze betrekking bekleden, zeer uitgebreid zijn, en dat zij in het algemeen belang uitgeoefend moeten worden.

65. Ik zal nu aan de hand van de hierboven beschreven analyse in drie stappen de bevoegdheden beoordelen die de Italiaanse wet toebedeelt aan de voorzitter van een havenautoriteit. Zoals ik hierna zal aantonen, kunnen de meeste bevoegdheden van de voorzitter van een havenautoriteit niet gekwalificeerd worden als bevoegdheden van openbaar gezag in de zin van artikel 45, lid 4, VWEU. En zelfs de bevoegdheden die wel zouden kunnen beantwoorden aan de definitie daarvan, worden kennelijk niet uitgeoefend in het belang van de gemeenschap doch slechts in het economisch belang van de havenautoriteit, ofwel zijn bedoeld om slechts sporadisch of in uitzonderlijke omstandigheden te worden uitgeoefend.

66. Om te beginnen merk ik op dat de bevoegdheden die de voorzitter van een havenautoriteit volgens de Italiaanse wet heeft, alle duidelijk te onderscheiden zijn van de bevoegdheden die de staat doorgaans toebedeelt aan zijn hoogste uitvoerende, militaire of rechterlijke organen. Zij zijn ook niet nauw verbonden met deze soevereine bevoegdheden.

67. Het klopt dat de functie van voorzitter gepaard gaat met een grote verantwoordelijkheid en een relatief ruime beoordelingsvrijheid. Tevens staat vast dat de voorzitter zijn functie dikwijls uitoefent via administratieve handelingen die onmiddellijk juridische gevolgen hebben voor de adressaten. Doch slechts bij enkele van zijn werkzaamheden is er sprake van echte beslissingsbevoegdheid, en wanneer dat het geval is, kunnen er slechts zelden handelingen gesteld worden waarvan de tenuitvoerlegging mogelijk is zonder de bijstand van de politie of de nationale rechterlijke macht.[58]

68. Wat betreft de taken die door artikel 8, lid 3, sub a, b, c, d, e en n, van wet nr. 84/1994 aan de voorzitter van een havenautoriteit worden toegewezen, stel ik vast dat de bevoegdheid van de voorzitter beperkt blijft tot het doen van voorstellen aan het havencomité. Zonder het belang of de centrale plaats van zijn rol als hoofd van dit orgaan in twijfel te trekken, blijft het een feit dat het havencomité is samengesteld uit meerdere leden, en dat de voorzitter geen bijzondere prerogatieven heeft die de andere leden niet hebben (zoals een vetorecht). Hoe dan ook zijn deze handelingen (bijvoorbeeld het begrotingsvoorstel, de jaarrekening en het operationeel driejarenplan van de havenautoriteit) blijkbaar slechts programmatisch van aard, en hebben zij vooral juridische gevolgen voor de entiteit die de handelingen vaststelt.

69. De in artikel 8, lid 3, sub f en l, van wet nr. 84/1994 bedoelde taken zijn weinig nauwkeurig omschreven en omvatten voornamelijk coördinerende en begunstigende bevoegdheden van werkzaamheden die uiteindelijk door andere autoriteiten of organen uitgevoerd moeten worden.

58 — Zie voor het belang van dit element naar analogie arresten Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 44, en Commissie/Frankrijk (C-50/08, reeds aangehaald, punt 93).

70. Het is juist dat de voorzitter van een havenautoriteit beslissingsbevoegdheid heeft, en uitvoerende bevoegdheden uitoefent, in verband met de taken die hem in artikel 8, lid 3, sub h, i en m, van wet nr. 84/1994 worden toebedeeld.

71. Doch na ampele overweging geloof ik niet dat de uitoefening van deze bevoegdheden volstaat om aan de *zeer strikte* voorwaarden van artikel 45, lid 4, VWEU te voldoen. Enerzijds lijken de bevoegdheden in verband met het toewijzen van vergunningen en concessies voor het gebruik van bepaalde havengebieden of voor het ontwikkelen van bepaalde activiteiten binnen de haven, in wezen vergelijkbaar met de bevoegdheden die worden uitgeoefend door een particuliere onderneming met een commerciële of industriële activiteit. In het bijzonder zijn de handelingen die de voorzitter van een havenautoriteit in deze context vaststelt, ondanks het feit dat zij de vorm aannemen van bestuurshandelingen en staatseigendommen betreffen, vanuit economisch oogpunt niet verschillend van pacht- of huurovereenkomsten die tussen particuliere ondernemingen gesloten worden.[59] Anderzijds is het verzekeren van een doelmatig en voordelig gebruik van de door de havenautoriteit beheerde staatseigendommen – zoals de Italiaanse regering opmerkt – de belangrijkste doelstelling van de voorzitter van de havenautoriteit bij de uitoefening van zijn taken dienaangaande. Met andere woorden, de voorzitter richt zich bij zijn werkzaamheden eerder op het financieel en economisch belang van de autoriteit die hij voorzit dan op het algemeen belang van de gemeenschap.

72. Hoe het ook zij, de voorzitter van een havenautoriteit heeft, mijns inziens, twee taken die bevoegdheden inhouden om dwang uit te oefenen jegens burgers, en die blijkbaar niet enkel in het belang van de havenautoriteit zelf, maar ook in dat van de gemeenschap worden uitgeoefend. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de bevoegdheid, toegekend door de artikelen 54 en 55 van het Italiaanse scheepvaartwetboek (waar artikel 8, lid 3, sub h, van wet nr. 84/1994 naar verwijst), om een bevel uit te vaardigen waarbij een persoon die een deel van het maritieme domein onwettig bezet, aangemaand wordt binnen een bepaalde termijn ambtshalve het status quo te herstellen, en indien deze persoon daar geen gevolg aan geeft, op kosten van de overtreder voor herstel te zorgen. In de tweede plaats gaat het om de taak de bevaarbaarheid van het havengebied en de uitgravings- en onderhoudswerken van de zeebodem te garanderen, in het kader waarvan de voorzitter de bevoegdheid heeft om, in geval van dringende noodzaak, bindende beslissingen te nemen.

73. Het is echter duidelijk dat deze bevoegdheden niet tot de kerntaken van de voorzitter van een havenautoriteit behoren, doch slechts een relatief gering deel van zijn werkzaamheden vormen. Bovendien bevestigde de Italiaanse regering dat zij bedoeld zijn om slechts sporadisch of in uitzonderlijke omstandigheden te worden uitgeoefend. In de gebieden die door de havenautoriteit worden bestuurd, worden de algemenere en uitgebreidere politie- en dwanguitoefeningsbevoegdheden immers uitgeoefend door de bevoegde politiediensten, meer bepaald door de Capitanerie di Porto – Guardia Costiera (de Italiaanse kustwacht).[60] Bovendien vergt de tenuitvoerlegging van elke door de voorzitter van een havenautoriteit vastgestelde handeling de bijstand van diezelfde politiediensten en eventueel de tussenkomst van een rechter.

74. Ten slotte lijkt artikel 8, lid 3, sub n-bis, van wet nr. 84/1994 een „vangnetbepaling" te zijn.[61] Na een analyse van wet nr. 84/1994 in haar geheel zie ik evenwel geen enkele bevoegdheid die aan de voorwaarden van artikel 45, lid 4, VWEU zou kunnen voldoen.

59 — Zie in die zin arrest van 25 oktober 2007, CO.GE.P (C-174/06, Jurispr. blz. I-9359, punten 31-35).

60 — De Italiaanse kustwacht is een korps van de Italiaanse marine waarvan de taken voornamelijk verband houden met het burgerlijk gebruik van de zee.

61 — Artikel 8, lid 3, sub n-bis, van wet nr. 84/1994 bepaalt dat de voorzitter van een havenautoriteit als taak heeft: „het uitoefenen van alle andere bevoegdheden [van de havenautoriteit] die deze wet niet toewijst aan de andere bestuursorganen van de havenautoriteit".

75. Mijns inziens moet geconcludeerd worden dat de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit er een is waarvan de overgrote meerderheid der taken, en alleszins de daarmee gepaard gaande cruciale bevoegdheden, van technische en bestuurlijke aard zijn. De vereiste criteria om deze betrekking uit te oefenen lijken eigenlijk bekwaamheid en ervaring op het gebied van transport, economie en human resources. Ik zie niet in op grond waarvan een lidstaat zou kunnen aannemen dat enkel een onderdaan van die staat naar alle waarschijnlijkheid voldoende bereidheid of bekwaamheid aan de dag zou leggen voor de met die betrekking verbonden taken. Anders gezegd, ik zie niet in welke meerwaarde de nationaliteitsband zou kunnen bieden voor het behoorlijk vervullen van de taken die de wet aan de voorzitter van een havenautoriteit toebedeelt.

IV – **Conclusie**

76. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato als volgt te beantwoorden:

„Artikel 45 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die de betrekking van voorzitter van een havenautoriteit, die functies uitoefent zoals omschreven in artikel 8, lid 3, van Legge n. 84 del 28 gennaio 1994, Riordino della legislazione in materia portuale (wet nr. 84 van 28 januari 1994, Herziening van de regelgeving betreffende de havens), voorbehoudt aan onderdanen van de lidstaat."