CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY van 9 oktober 1997 *

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding ..... I - 536

II — De juridische context ..... I - 536

A — De wettelijke regeling vóór het arrest Porto di Genova ..... I - 536

B — De zaak Porto di Genova ..... I - 538

C — De algemene Italiaanse wettelijke regeling inzake arbeidsbemiddeling ..... I - 539

D — De relevante Italiaanse havenwetgeving ..... I - 540

III — De feiten en de procedure voor de nationale rechter ..... I - 543

IV — Opmerkingen ..... I - 545

V — Beoordeling van de eerste vraag ..... I - 545

A — De toepassing prima facie van artikel 59 van het Verdrag ..... I - 545

B — De eventuele toepassing van de artikelen 30 en 48 van het Verdrag ..... I - 549

C — Beperking van de vrijheid terminaldiensten te verrichten ..... I - 550

i) Opmerkingen van partijen en lidstaten ..... I - 550

ii) Analyse ..... I - 551

D — Rechtvaardiging ..... I - 553

i) Discriminatie op grond van nationaliteit ..... I - 553

ii) Rechtvaardiging van de zonder onderscheid geldende beperking ..... I - 554

VI — De tweede en de derde prejudiciële vraag ..... I - 556

A — Inleiding ..... I - 556

B — De derde vraag ..... I - 557

* Oorspronkelijke taal: Engels.

i) De toepassing in beginsel van artikel 86 ..... I - 557

ii) De aansprakelijkheid van de lidstaat en de eisen van artikel 90, lid 1 .... I - 559

iii) Het gestelde misbruik in de onderhavige zaak ..... I - 564

C — De tweede vraag ..... I - 567

VII — Conclusie ..... I - 568

I — Inleiding

1. Met deze prejudiciële verwijzing wordt het Hof andermaal verzocht, zich uit te spreken over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van bepaalde aspecten van de wetgeving die van toepassing is op de activiteiten in Italiaanse havens. In het arrest Merci convenzionali porto di Genova [1] oordeelde het Hof, dat artikel 90, lid 1, junctis de artikelen 30, 48 en 86 EG-Verdrag een regeling verbiedt die aan in Italië gevestigde ondernemingen het uitsluitend recht verleent havenwerkzaamheden in Italiaanse havens te organiseren, waarbij zij slechts een beroep mogen doen op de diensten van havencorporaties die uitsluitend uit havenarbeiders met de Italiaanse nationaliteit bestaan. De onderhavige verwijzingsprocedure heeft betrekking op de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nieuw uitsluitend recht dat aan de — sindsdien in een andere vorm gegoten — havencorporaties is toegekend, met betrekking tot het ter beschikking stellen van tijdelijke arbeidskrachten voor het verrichten van havenwerkzaamheden.

1 — Arrest van 10 december 1991 (C-179/90, Jurispr. blz. I-5889; hierna: „arrest Porto di Genova").

II — De juridische context

2. De nationale wettelijke bepalingen zijn complex van aard. Voor een beter begrip van de huidige havenwetgeving zal ik eerst een uiteenzetting geven van de bepalingen die vóór het arrest Porto di Genova van kracht waren; vervolgens zal ik vrij uitvoerig ingaan op de relevante aspecten van dat arrest, alvorens de algemene nationale wetgeving inzake arbeidsbemiddeling te beschrijven. Tot slot zal ik de relevante bepalingen van de nieuwe havenwetgeving samenvatten, die hoofdzakelijk in reactie op het arrest Porto di Genova in Italië is ingevoerd.

A — *De wettelijke regeling vóór het arrest Porto di Genova*

3. De belangrijkste kenmerken van de wettelijke regeling die vóór het arrest Porto di Genova van kracht was, kunnen worden beschreven als volgt. In de eerste plaats werden (en worden) Italiaanse zeehavens, zoals

uit het rapport ter terechtzitting in de zaak Porto di Genova blijkt, beheerd en gereguleerd door openbare havenautoriteiten. [2] In de tweede plaats vormden de arbeidskrachten die bij werkzaamheden in de haven werden ingezet, op grond van artikel 110 van de Codice della navigazione [3] (zeevaartwet; hierna: „Codice") corporaties of verenigingen („compagnie portuali"; hierna: „havencorporaties") met eigen rechtspersoonlijkheid, die waren onderworpen aan het toezicht van de havenautoriteiten. Alle activiteiten van „laden, lossen, overslaan, opslaan en het verplaatsen in het algemeen van goederen en al het andere materieel in de haven" waren volgens artikel 110 van de Codice voorbehouden aan dergelijke havencorporaties. Dit monopolie werd versterkt door artikel 1172 van de Codice, dat voorzag in strafrechtelijke sancties voor eenieder die voor havenwerkzaamheden een beroep deed op een niet bij een havencorporatie aangesloten havenarbeider. [4] In de derde plaats voorzagen de artikelen 150, 152 en 156 van het Regolamento per la Navigazione Marittima (zeevaartreglement) [5] in de verplichte inschrijving van havenarbeiders in dienst van havencorporaties in daartoe bestemde tijdelijke of permanente registers, voor welke inschrijving het bezit van de Italiaanse nationaliteit was vereist.

4. Overeenkomstig artikel 111 van de Codice konden de bevoegde havenautoriteiten de „organisatie van werkzaamheden in de haven voor rekening van derden" in concessie geven. De concessiehouders waren in het algemeen privaatrechtelijke ondernemingen („imprese portuali"; hierna: „havenbedrijven") die diensten, waaronder havenwerkzaamheden in Italiaanse havens ten behoeve van derden/gebruikers van de haven, verrichtten. [6] Havenbedrijven mochten uitsluitend gebruik maken van door de havencorporaties ter beschikking gesteld personeel. [7] De tarieven en andere voorwaarden voor de uitvoering van werkzaamheden door de havencorporaties werden overeenkomstig artikel 112 van de Codice en artikel 201 van het Regolamento door de havenautoriteiten vastgesteld. [8]

5. De verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van het hierboven beschreven stelsel van regels is in de zaak Porto di Genova betwist.

2 — Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5891. Het openbaar beheer van havens is een fenomeen dat waarschijnlijk in de meeste, zoniet alle lidstaten voorkomt, en kan op zichzelf niet als onverenigbaar met het gemeenschapsrecht worden beschouwd.

3 — Koninklijk decreet nr. 337 van 30 maart 1942.

4 — Zie punt 2 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven; Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5905.

5 — Decreet van de president van de Republiek nr. 328 van 15 februari 1952; hierna: „Regolamento".

6 — Uit de uitleg die de nationale rechter in zijn memorandum bij de verwijzingsbeschikking (hierna: „memorandum") van de Italiaanse wetgeving gaf, komt duidelijk naar voren, dat de havenautoriteiten gerechtigd waren aan andere bedrijven vergunning te verlenen voor het onder toezicht van de havenmeester verrichten van activiteiten in havens. Uit het antwoord op een ter terechtzitting gestelde vraag blijkt, dat dergelijke vergunningen op grond van artikel 68 van de Codice werden verleend en dat de door de medeverweerders van Raso in de hoofdprocedure vertegenwoordigde ondernemingen alle over zo een vergunning beschikten.

7 — De verplichting van concessiehouders ex artikel 111 van de Codice blijkt uitsluitend toepassing te hebben gevonden ten aanzien van de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten of diensten met een hoge arbeidsintensiviteit.

8 — Opmerking verdient, dat de havencorporatie in de Genuese haven ten tijde van het arrest Porto di Genova geheel in handen was van de openbare autoriteit die met het beheer van de haven was belast. In feite stelde deze autoriteit dus de tarieven vast die door haar eigen dochteronderneming in rekening werden gebracht; zie punt 2 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven, Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5906.

B — *De zaak Porto di Genova*

6. In de zaak Porto di Genova voerde een Italiaanse vennootschap, Siderurgica, met een gehuurd schip vanuit de Bondsrepubliek Duitsland een partij staal in. [9] Hoewel het schip was uitgerust om de lading door het eigen boordpersoneel te laten lossen, behield de Codice het verrichten van dergelijke havenwerkzaamheden voor aan de havencorporatie in de Genuese haven, te weten de Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del Porto di Genova (hierna: „Compagnia"). [10] Op grond van de Codice was Siderurgica dus verplicht Merci convenzionali porto di Genova, het betrokken havenbedrijf (hierna: „Merci"), in te schakelen voor het lossen van haar partij staal. Merci was op haar beurt gehouden een beroep te doen op de diensten van Compagnia.

7. De levering van de goederen liep echter vertraging op door een reeks stakingen waarbij ook het personeel van Compagnia was betrokken. Siderurgica vorderde tenslotte vergoeding van de aldus geleden schade en terugbetaling van de bedragen die waren geheven voor de opgedrongen en niet gevraagde diensten van Compagnia's arbeiders. Het Tribunale di Genova was van oordeel, dat het geschil [11] een vraagstuk van verenigbaarheid van de Italiaanse bepalingen met het gemeenschapsrecht opwierp, en legde mitsdien twee prejudiciële vragen aan het Hof voor.

8. De beslissing van het Hof verenigt twee elementen in zich. In de eerste plaats overwoog het Hof, dat het in artikel 7 EEG-Verdrag (thans artikel 6 EG-Verdrag) neergelegde beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in artikel 48 van het Verdrag specifiek toepassing heeft gevonden ten aanzien van werknemers. Hiertoe legde het Hof het gemeenschapsrechtelijk begrip „werknemer" aldus uit, dat het mede van toepassing was op iemand die „zich ten aanzien van de onderneming weliswaar in een verhouding van ondergeschiktheid bevindt, doch met de overige werknemers van de onderneming in een vereniging is verbonden". [12] In de tweede plaats oordeelde het, dat Merci en Compagnia een machtspositie op de markt innamen met betrekking tot „het in de haven van Genua voor rekening van derden organiseren en uitvoeren van havenwerkzaamheden", waarbij de haven van Genua in de onderhavige zaak kon „worden geacht een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uit te maken". [13] Ten aanzien van het mogelijke misbruik van die machtspositie oordeelde het Hof, nadat het had verwezen naar zijn eerdere uitspraken in de zaken Höfner en Elser [14] en ERT [15]

9 — Zie het rapport ter terechtzitting, Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5892.

10 — Zie punt 3 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven, Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5906.

11 — In feite waren partijen het eens over de onverenigbaarheid van de Italiaanse wetgeving met het gemeenschapsrecht. Zoals advocaat-generaal Van Gerven in voetnoot 5 bij zijn conclusie uiteenzette, verschilden partijen slechts met elkaar van mening over „de gevolgen die deze onverenigbaarheid voor Merci heeft met betrekking tot de terugbetaling van de door Siderurgica betaalde bedragen voor havendiensten"; zie Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5906.

12 — Arrest Porto di Genova, punt 13.

13 — Ibid., punt 15.

14 — Arrest van 23 april 1991 (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979).

15 — Arrest van 18 juni 1991 (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925).

en naar de formulering van artikel 86, tweede alinea, sub a, b en c, dat „uit de omstandigheden die door de nationale rechter zijn beschreven en voor het Hof zijn besproken, [blijkt] dat ondernemingen waaraan volgens de voorschriften van de betrokken nationale regeling uitsluitende rechten zijn verleend, er om die reden toe worden gebracht ofwel betaling te verlangen voor diensten waarom niet is gevraagd, ofwel buitensporige prijzen in rekening te brengen, ofwel te weigeren gebruik te maken van moderne technologie, waardoor de kosten van de werkzaamheden hoger uitvallen en voor de uitvoering hiervan een langere termijn nodig is, ofwel aan bepaalde gebruikers kortingen te verlenen, die worden gecompenseerd door een gelijktijdige verhoging van de prijzen die aan andere gebruikers in rekening worden gebracht". [16] Dientengevolge was het Hof ervan overtuigd, „dat een lidstaat een met artikel 86 EEG-Verdrag strijdige situatie schept, indien hij een regeling vaststelt als die welke voor de verwijzende rechter aan de orde is, waar deze regeling (...) de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden". [17] Het gaf de nationale rechter dan ook het volgende antwoord op diens prejudiciële vraag [18]:

„Artikel 90, lid 1, junctis de artikelen 30, 48 en 86 EEG-Verdrag, verzet zich tegen een regeling van een lidstaat die aan een in die staat gevestigde onderneming het uitsluitende recht verleent de werkzaamheden in de haven te organiseren, en haar verplicht, voor de uitvoering van deze werkzaamheden gebruik te maken van een havencorporatie die uitsluitend uit nationale werknemers bestaat."

16 — Arrest Porto di Genova, punt 19.

17 — Zie punt 20.

18 — Zie punt 24.

C — *De algemene Italiaanse wettelijke regeling inzake arbeidsbemiddeling*

9. De arbeidsbemiddelingsmarkt in Italië wordt gekenmerkt door een verplicht stelsel van arbeidsbemiddeling, waarvan de uitvoering in handen is van openbare arbeidsbemiddelingsbureaus („sezioni circoscrizionali per l'impiego"), die voornamelijk worden geregeld door wet nr. 264 van 29 april 1949 (hierna: „wet van 1949"). Artikel 11, lid 1, van deze wet verbiedt elke andere persoon als arbeidsbemiddelaar op te treden. De artikelen 1, lid 1, en 2 van wet nr. 1369 van 23 oktober 1960 (hierna: „wet van 1960") verbieden een ondernemer onder strafbedreiging, de uitvoering van arbeidsprestaties aan tussenpersonen of onderaannemers uit te besteden of om de uitvoering van specifieke opdrachten aan die personen of derden op te dragen. Deze bepalingen „zijn ingegeven door de wens de werknemers te beschermen tegen uitbuiting en aantasting van hun rechten, die het gevolg kunnen zijn van de splitsing tussen de feitelijke werkgever en de persoon die formeel als werkgever wordt aangeduid, maar in werkelijkheid slechts een tussenpersoon is". [19] De onderhavige zaak heeft betrekking op arbeidsbemiddelingsvoorschriften die specifiek voor de havensector gelden. Worden deze voorschriften echter niet nageleefd, dan riskeren de daarvoor verantwoordelijke personen de in de wet van 1960 voorziene straffen.

19 — Zie punt 3 van de conclusie van advocaat-generaal Elmer bij het arrest van 19 oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361). In punt 39 van zijn conclusie van 15 mei 1997 bij het arrest van 11 december 1997, Job Centre (C-55/96, Jurispr. blz. I-7119; hierna: „Job Centre II"), waar de verenigbaarheid van de wetten van 1949 en 1960 met verschillende verdragsbepalingen aan de orde werd gesteld, overwoog advocaat-generaal Elmer, dat het voor de hand ligt, het in de wet van 1960 opgenomen verbod van terbeschikkingstelling van uitzendkrachten te beschouwen als een integraal onderdeel van het algemeen monopolie van het stelsel van openbare arbeidsbemiddeling, zoals in het leven geroepen bij de wet van 1949, ofschoon hij erkent, dat het aan de nationale rechter staat de doelstellingen van nationale wetten definitief vast te stellen.

D — *De relevante Italiaanse havenwetgeving*

10. De nieuwe nationale wetgeving waarnaar in de verwijzingsbeschikking in deze zaak wordt verwezen, omvat wet nr. 84/94 van 28 januari 1994 tot aanpassing van de havenwetgeving (hierna: „wet van 1994"). [20] In antwoord op een ter terechtzitting gestelde vraag verklaarde de raadsman van verweerders in het hoofdgeding, op dit punt niet weersproken door de gemachtigde van de Italiaanse Republiek, dat de bij de wet van 1994 doorgevoerde wijzigingen slechts een codificatie waren van de bepalingen van sommige besluitwetten die de Italiaanse regering naar aanleiding van het arrest Porto di Genova had vastgesteld en die met succesieve verlengingen van kracht waren gebleven tot de inwerkingtreding van de wet van 1994. Hoewel het aan de nationale rechter staat de daadwerkelijke werking in de tijd van de in de wet van 1994 opgenomen bepalingen vast te stellen, mag er ten behoeve van deze verwijzingsprocedure redelijkerwijs van worden uitgegaan, dat soortgelijke voorschriften golden voor het overgrote deel van de periode tijdens welke de in de hoofdprocedure telastgelegde feiten zich hebben afgespeeld. [21]

11. De nieuwe bepalingen bevatten voornamelijk een beperking van het monopolie van de voormalige havencorporaties op het ter beschikking stellen van tijdelijke arbeidskrachten. Uit artikel 27, lid 8, van de wet van 1994 lijkt echter te volgen, dat bestaande, op grond van de artikelen 110 en 111 van de Codice gecreëerde monopolies pas met ingang van 19 maart 1995 zouden worden afgeschaft.

12. Voor het uitvoeren van „havenwerkzaamheden", hetgeen in artikel 16, lid 1, van de wet van 1994 wordt gedefinieerd als „laden, lossen, overslaan, opslaan en het verplaatsen in het algemeen van goederen en al het andere materieel in de haven", is in de regel een vergunning van de havenautoriteiten vereist. [22] Overeenkomstig artikel 16, lid 6, „hangt de geldigheidsduur van de vergunning af van het door de onderneming overgelegde programma van werkzaamheden dan wel, indien aan de vergunninghouder tevens een concessie krachtens artikel 18 is verleend, is zij gelijk aan de geldigheidsduur van de concessie". [23] Ingevolge artikel 16, lid 7, moet het aantal te verlenen vergunningen worden bepaald „met inachtneming van de eisen van de haven- en verkeersactiviteiten, waarbij een zo groot mogelijke mededinging in de sector wordt gewaarborgd".

13. Artikel 18 voorziet in de verlening van tijdelijke exclusieve concessies aan individuele bedrijven, voor „aan de staat toebehorende terreinen en de kaden binnen het

20 — *GURI* nr. 21 van 4 februari 1994. Volgens de door de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen verstrekte gegevens is de wet van 1994 op 19 april 1994 in werking getreden.

21 — Zie verder punt 17 infra.

22 — Voor deze zaak is het evenwel van belang, dat de omgezette havencorporaties van dit vereiste zijn vrijgesteld. Zie punt 16 infra.

23 — Derhalve moeten zowel deze vergunninghoudende ondernemingen (hierna: „vergunninghoudende havenbedrijven") als de ondernemingen waaraan een concessie krachtens artikel 18 voor bepaalde daartoe aangewezen haventerminals is verleend — die ik in het hiernavolgende punt zal bespreken — in het register worden ingeschreven.

havengebied aan de ondernemingen als bedoeld in artikel 16, lid 3, voor de uitvoering van havenwerkzaamheden, met uitzondering van aan de staat toebehorende onroerende goederen die door overheidsdiensten worden gebruikt voor de uitvoering van taken ten behoeve van de scheepvaart en de havens". [24] Artikel 18, lid 2, voorziet erin, dat „bedrijfsruimte op het haventerrein [wordt gereserveerd] voor de uitvoering van havenwerkzaamheden door andere dan de concessiehoudende ondernemingen". Artikel 18, lid 6, legt drie voorwaarden vast, waaraan een onderneming waaraan een concessie krachtens artikel 18, lid 1, is verleend, moet voldoen, te weten: „a) zij moet haar verzoek vergezeld doen gaan van een programma van werkzaamheden, dat tot toename van het verkeer en de productiviteit van de haven strekt en dat door passende garanties, die van fiduciaire aard mogen zijn, wordt gewaarborgd; b) zij dient over een adequate technische uitrusting en organisatorische faciliteiten te beschikken, zodanig dat zij, onder meer op veiligheidsgebied, ten behoeve van zichzelf en derden voldoet aan de eisen van voortdurende en gentegreerde productie en bedrijfscyclus; c) zij moet over personeel beschikken dat geschikt is voor het hierboven onder a genoemde programma van werkzaamheden".

14. Samengevat, zoals het memorandum van de nationale rechter aangeeft, „blijft het ingevolge [de nieuwe bepalingen] mogelijk, dat vergunninghoudende en concessiehoudende ondernemingen, die in theorie op dezelfde haventerreinen opereren, naast elkaar aanwezig zijn". Dit neemt niet weg, dat een terminalbedrijf voortaan niet alleen het recht heeft om eigen personeel in te zetten, doch dat het zelfs verplicht is over arbeidskrachten te beschikken die „geschikt [zijn] voor het programma van werkzaamheden" met het oog waarop de concessie is verleend. Het is niet toegestaan arbeidskrachten voor havenwerkzaamheden in te huren van vergunninghoudende havenbedrijven.

15. De uitdrukkelijke afwijking van het in de wet van 1960 vervatte algemene verbod van particuliere arbeidsbemiddeling, waarnaar in de verwijzingsbeschikking wordt verwezen, is opgenomen in artikel 17 van de wet van 1994, dat in samenhang met de artikelen 21, lid 1, en 23, lid 3, van die wet moet worden gelezen. Artikel 17, lid 1, bepaalt als volgt:

„Wanneer het personeel van de in artikel 16 bedoelde [vergunninghoudende havenbedrijven], daaronder begrepen het tijdelijk personeel in de zin van artikel 23, lid 3 [25], ontoereikend is voor de uit te voeren werkzaamheden, mogen die ondernemingen in afwijking van artikel 1 van wet nr. 1369/60 van 23 oktober 1960 aan de in artikel 21,

24 — De houders van dergelijke concessies zullen hierna gemakshalve worden aangeduid als „terminalbedrijven".

25 — De werknemers van de havencorporaties, die door de omzetting van die corporaties ingevolge artikel 21 overtollig zijn geworden en die evenmin door vergunninghoudende havenbedrijven of terminalbedrijven in dienst zijn genomen, moeten, naar het schijnt, in tijdelijke dienst worden aangesteld door de omgezette corporaties. De uitvoeringsbepalingen van dit tijdelijke regime moeten bij besluit worden vastgesteld, doch er is geen besluit van deze aard bij het Hof bekend.

lid 1, sub b, van deze wet bedoelde vennootschappen of coöperaties het personeel vragen dat nodig is voor het verrichten van zuivere arbeidsprestaties." [26]

Ingevolge artikel 21 van de wet van 1994 moesten de havencorporaties die hun monopolie voorheen aan artikel 110 van de Codice [27] ontleenden, vóór 18 maart 1995 in een van de volgende twee rechtsvormen zijn omgezet [28]:

„a) een vennootschap of coöperatie als bedoeld in boek vijf, titels V en VI, van het burgerlijk wetboek, voor de uitvoering van havenwerkzaamheden op basis van concurrentie;

b) een vennootschap of coöperatie, als bedoeld in boek vijf, titels V en VI, van het burgerlijk wetboek, voor het verrichten van diensten, daaronder begrepen, in afwijking van artikel 1 van wet nr. 1369/90 van 23 oktober 1960, zuivere arbeidsprestaties, tot en met 31 december 1995". [29]

16. Uit de bij het Hof ingediende opmerkingen, en met name de antwoorden van de gemachtigde van de Italiaanse Republiek op de ter terechtzitting gestelde vragen, lijkt te volgen, dat beide vormen van volgens artikel 21, lid 1, van de wet van 1994 omgezette corporaties havenwerkzaamheden mogen uitvoeren waarvoor aan andere ondernemingen een vergunning ex artikel 16 van die wet (of ex artikel 68 van de Codice) is verleend. Een omgezette corporatie, zoals de krachtens artikel 21, lid 1, sub b, omgezette corporatie die momenteel actief is in de haven van La Spezia, kan dus met betrekking tot de dienstverlening aan havengebruikers concurreren

26 — In havens waar geen vennootschappen of coöperaties overeenkomstig artikel 21, lid 1, sub b, van de wet van 1994 (die ik thans zal bespreken) zijn omgezet, zijn de betrokken havenautoriteiten op grond van artikel 17, lid 2, bevoegd, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen onderstreept, om de oprichting te bevorderen, alweer in afwijking van artikel 1 van de wet van 1960, van een vereniging van havenarbeiders („associazione del lavoro"), teneinde te kunnen inspringen op fluctuaties in het verkeer en een maximale efficiency van havenoperaties te verzekeren, aan welke vereniging terminalbedrijven kunnen verzoeken om tijdelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen. De onderhavige verwijzing, die betrekking heeft op de haven van La Spezia, betreft evenwel een situatie waarin, in het bijzonder uit de ter terechtzitting aan het Hof verstrekte informatie, blijkt, dat er sprake is van een krachtens artikel 21, lid 1, sub b, omgezette havencorporatie. Inderdaad vormt het feit dat de nationale rechter in zijn memorandum uitdrukkelijk niet naar de formulering van artikel 17, lid 2, verwijst, een sterke aanwijzing, dat er in La Spezia geen vereniging van havenarbeiders bestaat.

27 — Zie punt 3 supra.

28 — Deze corporaties zullen hierna worden aangeduid met de term „omgezette corporaties".

29 — Uit informatie die de Commissie en de Italiaanse regering in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof hebben verstrekt, blijkt, dat de uiterste termijn van 31 december 1995 aanvankelijk bij besluitwet nr. 322/96 van 17 juni 1996 was opgeschort tot 30 september 1996. Voorts is artikel 17 van de wet van 1994 ingevolge wet nr. 647 van 23 december 1996 (*GURI* nr. 303 van 28 december 1996) door een nieuw artikel 17 vervangen, dat voortaan de geldigheidsduur regelt van de derogatie van het in de artikelen 17 en 21, lid 1, van de wet van 1994 vervatte verbod van particuliere arbeidsbemiddeling. In afwachting van een wijziging van de wet van 1960, die momenteel, naar het schijnt, wordt bestudeerd, voorziet de nieuwe bepaling de oprichting, op initiatief van de betrokken havenautoriteiten, van een vrijwillige coöperatie („consorzio volontario") in elke haven, die de bestaande vergunninghoudende havenbedrijven, terminalbedrijven en omgezette corporaties omvat. Is een dergelijke coöperatie opgericht, dan kan de havenautoriteit een of meer potentiële leden van de coöperatie vergunning verlenen om in afwijking van de wet van 1960 tijdelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen aan andere leden. Voor zover geen coöperatie is opgericht, voorziet de nieuwe bepaling in de vestiging van een exclusief „bureau" om de dienst te verlenen van terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten („Agenzia per l'erogazione de mere prestazioni di mano d'opera"). In afwachting evenwel van de vestiging van zo een coöperatie of bureau lijkt het nieuwe artikel 17, lid 2, het uitsluitende recht om met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten in havens af te wijken van de wet van 1960, voor onbepaalde tijd voor te behouden aan omgezette corporaties.

met ondernemingen zoals vertegenwoordigd door verweerders in het hoofdgeding, terwijl zij tegelijkertijd over een uitsluitend recht beschikt met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten aan die ondernemingen. Laatstgenoemd recht kan zich uitstrekken, althans volgens de door de vervolgende instantie in het hoofdgeding voorgestane uitleg van de wet van 1960, tot de verlening, door middel van onderaanneming, van arbeidsintensieve diensten in havens. Tot slot blijkt met name uit de bij het Hof gemaakte mondelinge opmerkingen, dat een krachtens artikel 21, sub b, omgezette corporatie in La Spezia aanwezig was gedurende tenminste het overgrote deel van de periode (zie punt 17 infra) waarop de strafvervolging in het hoofdgeding betrekking heeft. [30]

III — De feiten en de procedure voor de nationale rechter

17. In het hoofdgeding voor de Pretura circondariale te La Spezia (hierna: „nationale rechter") zijn aan Raso en zijn medeverweerders (hierna: „verweerders"), zowel gezamenlijk als hoofdelijk, verschillende inbreuken op de artikelen 1 en 2 van de wet van 1960 telastgelegd. [31] Volgens de dagvaarding, die op 31 oktober 1995 is betekend, zouden verweerders zich aan de volgende overtredingen hebben schuldig gemaakt: „a) het op ‚arbeidscontract' ter beschikking stellen van arbeidskrachten die lid zijn van coöperaties welke volgens genoemd artikel 68 van de zeevaartwet gerechtigd zijn diensten ten behoeve van het terminalbedrijf La Spezia Container Terminal te verrichten; b) het in de hoedanigheid van leidinggevenden van het genoemde terminalbedrijf gebruik maken van werknemers die door de genoemde, daartoe gerechtigde coöperaties ‚ter beschikking zijn gesteld' gedurende de periode van 9 juli 1990 tot en met 31 mei 1994". [32]

18. In de verwijzingsbeschikking overweegt de nationale rechter, dat de door het Openbaar ministerie voorgestane toepassing „van de bepalingen van het genoemde artikel 1 van wet nr. 1369/60 op de contractuele betrekkingen tussen het terminalbedrijf (als opdrachtgever) en derde ondernemingen (als

30 — Zo is namens verweerders in het hoofdgeding ter terechtzitting betoogd, dat de omgezette corporatie in de haven van La Spezia feitelijk als terminalbedrijf dienst deed.

31 — Verweerders zijn in feite de wettelijke vertegenwoordigers van het terminalbedrijf en vijf andere vennootschappen en coöperaties die wegens hun activiteiten door het Openbaar ministerie worden vervolgd. Volgens de aan het Hof ter terechtzitting verstrekte informatie waren zij aanvankelijk alle ingevolge artikel 68 van de Codice gerechtigd om havenoperaties uit te voeren, doch werd hun nadien een vergunning krachtens artikel 16 van de wet van 1994 (en vermoedelijk tevens krachtens de overeenkomstige bepalingen van de aan de vaststelling van deze wet voorafgaande besluitwetten) verleend. Aan het terminalbedrijf La Spezia Container Terminal (hierna kortheidshalve: „LSCT"), die door Raso wordt vertegenwoordigd, is krachtens artikel 18 van de wet van 1994 een concessie voor een terminalbedrijf verleend.

32 — De duur van deze periode (hierna: „relevante periode") blijkt bij bestudering van het dossier van het geding. De Commissie betoogt, dat het Hof de maand mei, dat wil zeggen de maand volgende op de inwerkingtreding van de wet van 1994, in aanmerking zou moeten nemen als het beslissende moment van de voor de beantwoording van de gestelde vragen relevante periode. Aangezien de wet van 1994 in feite een codificatie is van de bepalingen van eerdere besluitwetten (zie punt 10 supra), lijkt dit correct, niettegenstaande het feit dat een deel van de relevante periode (bijna anderhalf jaar) in werkelijkheid vóór de uitspraak in de zaak Porto di Genova lag.

contractpartijen) ertoe zou leiden, dat van het terminalbedrijf wordt verlangd, dat het zelf in een ‚verticale' organisatie voorziet, teneinde te verzekeren dat gebruikers over alle diensten kunnen beschikken" die zij zouden kunnen verlangen. Hoewel de nationale rechter niet ingaat op de nadelige financiële consequenties die een dergelijke organisatie hetzij voor de terminalbedrijven hetzij voor hun klanten zou kunnen hebben, onderscheidt hij wel de volgende gevolgen: „Ten eerste zou aan alle derde ondernemingen de toegang tot de markt worden ontzegd, en ten tweede zou de bestaande machtspositie verder worden versterkt." [33]

19. Ofschoon de nationale rechter nog niet heeft beslist, of de wet van 1960 „aldus kan worden uitgelegd, dat zij de samenwerking verbiedt tussen enerzijds terminalbedrijven en anderzijds vergunninghoudende havenbedrijven die geen terminalbedrijf zijn, anders dan die als bedoeld in artikel 17 van wet nr. 84/94, te weten voormalige havencorporaties die een andere rechtsvorm hebben aangenomen", stelt hij niettemin, dat die uitleg, indien correct, tot de beide in het voorgaande punt genoemde gevolgen zou leiden. Volgens de nationale rechter is „de haven van La Spezia de belangrijkste haven voor containerverkeer aan de Middellandse Zee en handelt LSCT ongeveer 70 % van het containerverkeer in deze haven af. Gebruikers van LSCT zijn tevens verladers en scheepvaartmaatschappijen uit verschillende lidstaten van de Europese Unie." Bijgevolg heeft de nationale rechter besloten krachtens artikel 177 van het Verdrag het Hof de volgende vragen voor te leggen:

„1) Staat artikel 59 van het Verdrag in de weg aan een Italiaanse wettelijke regeling, volgens welke het een onderneming die een concessie voor een haventerminal bezit, verboden is voor het verrichten van diensten, die gewoonlijk worden verricht ten behoeve van een groep van gebruikers, waaronder ook ondernemingen uit andere lidstaten, andere ondernemingen in te schakelen die niet voortkomen uit de voormalige havencorporaties, wat overigens betekent, dat het terminalbedrijf ingevolge de Italiaanse wetgeving zelf het gehele gamma van diensten dient te organiseren die door de gebruiker van de haventerminal kunnen worden verlangd, met het gevaar dat aan andere dan de in artikel 21, lid 1, sub b, van wet nr. 84/94 bedoelde ondernemingen die gerechtigd zijn in de haven te werken, de toegang tot de markt van bepaalde diensten wordt belemmerd?

2) Staat artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 EG-Verdrag in de weg aan een nationale wettelijke regeling die (wegens de gevolgen die zij voor de markt heeft, dat wil zeggen enerzijds wegens het feit dat zij andere ondernemingen dan de terminalbedrijven die niet voortkomen uit de voormalige havencorporaties, verhindert in het havengebied diensten ten behoeve van belanghebbende gebruikers te verrichten, anderzijds wegens de verplichting voor het terminalbedrijf om alle in

33 — De nationale rechter verwijst op dit punt zonder nadere uitleg naar het arrest Porto di Genova.

de terminal vereiste verrichtingen en diensten zelf te verzorgen, en verder nog wegens de onmogelijkheid voor de gebruiker om deze diensten op te dragen aan andere, door hem zelf gekozen ondernemingen) een zodanige marktstructuur teweegbrengt, dat de gebruiker alleen contracten kan sluiten met de onderneming met een concessie voor de terminal voor het gehele gamma van diensten die hij nodig heeft wanneer hij een haven aandoet, alwaar het (de) terminalbedrijf(ven) een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag inneemt/innemen?

3) Staan de artikelen 59 en 90, juncto artikel 86 EG-Verdrag in elk geval in de weg aan een nationale wettelijke regeling die slechts aan een onderneming die in de haven werkzaam is, toestaat ten behoeve van andere in de haven werkzame ondernemingen, in het bijzonder terminalbedrijven, diensten te verrichten die beperkt zijn tot het louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten?"

IV — Opmerkingen

20. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verweerders, de Italiaanse, de Franse en de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie. Behalve de Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben zij ook mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Beoordeling van de eerste vraag

21. De eerste vraag heeft in wezen betrekking op de verenigbaarheid met uitsluitend artikel 59 van het Verdrag van de nationale wettelijke regeling die ertoe strekt, terminalbedrijven in Italiaanse havens in het kader van de verlening van terminaldiensten aan havengebruikers te beletten een beroep te doen op de diensten van andere bedrijven dan die van één enkel type onderaannemer (te weten omgezette corporaties). Niettegenstaande de twijfel die ten aanzien van het belang van artikel 59 voor de feiten van het geschil voor de nationale rechter is geuit, acht ik het aangewezen, de eventuele toepasselijkheid van dit artikel te onderzoeken, alvorens in te gaan op de overige gestelde vragen. Immers, mocht het Hof een dergelijke beperking onverenigbaar met artikel 59 achten, dan loopt de in het hoofdgeding ingestelde strafvervolging noodzakelijkerwijs op niets uit.

A — *De toepassing prima facie van artikel 59 van het Verdrag*

22. De eerste vraag ziet hoofdzakelijk op de beperkende gevolgen van het voor terminalbedrijven geldende verbod om tijdelijke

arbeidskrachten in te huren van andere ondernemingen dan omgezette corporaties. Ofschoon deze beperking evenzeer uit de wet van 1960 als uit de wet van 1994 voortvloeit, volgt mijns inziens uit de expliciete verwijzing van de nationale rechter in zijn prejudiciële vraag naar artikel 21, lid 1, sub b, van de wet van 1994, dat hij 's Hofs analyse toegespitst wenst te zien op de wet van 1994.

23. Zoals ik reeds in punt 18 supra aangaf, wijst de nationale rechter in dit verband vooral op de gevolgen van het verbod voor de mogelijkheid van terminalbedrijven om het „gehele gamma van diensten" aan hun klanten te verlenen.

24. Verweerders brengen naar voren, dat de wet van 1960 een beperking inhoudt van de vrijheid van terminalbedrijven om hun diensten aan te bieden aan de scheepvaartmaatschappijen die gebruik van de haven maken. Door terminalbedrijven te beletten een beroep te doen op de gespecialiseerde diensten van vergunninghoudende havenbedrijven, worden zij gedwongen tot verticale integratie. Een dergelijke integratie, aldus wordt betoogd, zou hun de voordelen van schaalvergroting en vakkundigheid ontnemen, voortvloeiende uit de mogelijkheid om met betrekking tot bepaalde door gebruikers verlangde diensten, zoals het loskoppelen en bevestigen van containers, de diensten in te huren van gespecialiseerde ondernemingen die in het havengebied werkzaam zijn; zij worden gedwongen de verhoogde personeelslasten te dragen die inherent zijn aan het in dienst hebben van het benodigde personeel om deze diensten zelf te kunnen verrichten. Volgens verweerders kan de veelheid aan diensten die een havengebruiker verlangt, het meest efficiënt worden verleend door middel van één contract met een terminalbedrijf, dat op zijn beurt sommige werkzaamheden aan onderaannemers uitbesteedt. Aldus kan de aansprakelijkheid bij verlies eenvoudiger worden gespreid. In verweerders' visie volstaat het voor de toepasselijkheid van artikel 59 van het Verdrag, dat de Italiaanse bepalingen terminalbedrijven beperkingen opleggen in hun dienstverlening aan in andere lidstaten gevestigde scheepvaartmaatschappijen. [34]

25. Zowel de Italiaanse regering als de Commissie beklemtonen, dat alle bij het hoofdgeding betrokken ondernemingen Italiaans zijn. Het enige grensoverschrijdende element dat kan worden ontwaard in de diensten die de door Raso's medeverweerders vertegenwoordigde ondernemingen aan LSCT hebben verleend, is van zuiver hypothetische aard, namelijk de mogelijkheid dat, gelet op het exclusieve karakter van de ten gunste van de omgezette corporaties voorziene afwijking van de wet van 1960, een niet-Italiaanse onderneming zou kunnen worden belet dergelijke diensten te leveren. Mocht het Hof dit echter in beginsel voldoende achten voor de toepasselijkheid van artikel 59, dan moet het, naar de Commissie betoogt, als onverenigbaar met dat artikel worden beschouwd, dat de voordelen van de afwijking van de algemene bepalingen van de wet van 1960 uitsluitend ten gunste komen aan de omgezette corporaties, die alle Italiaans zijn.

34 — Teneinde zich hierop tegen hun eigen lidstaat te kunnen beroepen, halen verweerders met name het arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments (C-384/93, Jurispr. blz. I-1141) aan.

26. Zonder een definitieve uitspraak te doen over de toepasselijke nationale wet, acht de nationale rechter het met het oog op de onderhavige procedure zinvol uit te gaan van de veronderstelling, dat de in geding zijnde diensten kunnen worden geacht onder het in artikel 1 van de wet van 1960 vervatte verbod te vallen. Mitsdien moet, op zijn minst wat artikel 59 van het Verdrag betreft, worden onderzocht, of de gecombineerde gevolgen van een verbod als bedoeld in de wet van 1960 en een exclusieve afwijking daarvan, zoals uitsluitend ten gunste van Italiaanse corporaties is voorzien in de wet van 1994, een beperking van de vrijheid van dienstverlening inhouden.

27. Naar mijn mening berusten de bedenkingen van de Italiaanse regering en de Commissie ten aanzien van het belang van artikel 59 voor de feiten van het hoofdgeding op een dwaling. Doordat deze bedenkingen zijn toegespitst op de vrijheid om diensten van arbeidsbemiddeling in havens te verrichten, hetgeen ingevolge de relevante nationale bepalingen is voorbehouden aan de omgezette corporaties, gaan zij voorbij aan de daadwerkelijke beperking die de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking heeft vastgesteld (zie met name punt 22 supra), te weten de beperking die van invloed is op de activiteiten van terminalbedrijven en, dientengevolge, op de activiteiten van vergunninghoudende havenbedrijven bij het verlenen van havendiensten aan klanten die voor een groot deel bestaan uit in andere lidstaten gevestigde scheepvaartmaatschappijen. Uit de gegevens in het dossier blijkt duidelijk, dat geen der verweerders heeft gepoogd aan te tonen, dat hij arbeidskrachten, hetzij op tijdelijke basis, hetzij anderszins, ter beschikking stelt. Integendeel, naar LSCT betoogt, heeft zij zich ingespannen zo efficiënt mogelijke terminaldiensten aan de gebruikers van haar terminal te verlenen, door de uitvoering van specifieke opdrachten uit te besteden aan andere daartoe gerechtigde ondernemingen. Een versterking van het monopolie van de omgezette corporaties zou leiden tot de uitsluiting van een samenwerkingsvorm die tot nog toe als een efficiënt middel werd beschouwd om de hun vergunde activiteiten in de haven te verrichten.

28. Mitsdien staat de verenigbaarheid met artikel 59 van het Verdrag van de verlening aan bepaalde (noodzakelijkerwijs nationale) havencorporaties van een monopolie voor de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten centraal in de eerste in deze verwijzingsprocedure gestelde vraag. Het vraagstuk van de verenigbaarheid hiervan met het gemeenschapsrecht rijst naar aanleiding van de gevolgen die het monopolie met zich meebrengt voor de verlening van havendiensten aan nationale en buitenlandse gebruikers van Italiaanse havens door ondernemingen, zoals verweerders, die gerechtigd zijn die diensten te verlenen, zulks met name gelet op het feit dat laatstgenoemde ondernemingen in concurrentie staan met de ondernemingen die dat monopolie genieten. Aangezien Raso's medeverweerders er in het hoofdgeding feitelijk van zijn beschuldigd, te hebben samengewerkt met LSCT in het kader van de verlening door laatstgenoemde onderneming van een volledig dienstenpakket aan haar klanten, lijkt het mij aangewezen, zoals de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking heeft gedaan, mijn analyse toe te spitsen op de positie waarin terminalbedrijven ten gevolge van de bestreden nationale bepalingen verkeren. Zo

immers de positie van Raso's medeverweerders, die allen Italiaanse ondernemingen vertegenwoordigen die van onwettige samenwerking met het eveneens Italiaanse LSCT worden beschuldigd, op zich werd beschouwd, zou een concrete communautaire dimensie ten behoeve van de toepassing van, op zijn minst, artikel 59 moeilijk aanwijsbaar zijn.

29. In het arrest Debauve e. a. oordeelde het Hof, dat „de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten niet van toepassing kunnen zijn op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten in één enkele lidstaat afspelen" [35], hetgeen „een feitelijke vraag [is] die door de nationale rechter moet worden beantwoord". [36] In casu heeft de nationale rechter zijn standpunt, dat er sprake was van een voldoende intracommunautaire dimensie, gebaseerd op het feit dat vele van de gebruikers van de in geding zijnde diensten ondernemingen waren die in andere lidstaten dan Italië waren gevestigd. De gemachtigde van de Commissie heeft ter terechtzitting naar voren gebracht, dat het niet mogelijk is de nationaliteit van de gebruikers van de diensten van LSCT vast te stellen. Het Hof heeft voor recht verklaard, dat zodra er sprake is van een grensoverschrijdend element, de exacte nationaliteit van de ontvangers der diensten niet van belang is. [37] Bovendien zou, gelet op de opvatting van de nationale rechter ten aanzien van de niet-Italiaanse nationaliteit van LSCT's klanten, de door het Openbaar ministerie voorgestane toepassing van de nationale bepalingen ook van potentiële invloed op de niet-Italiaanse gebruikers van de haven kunnen zijn. [38]

30. Inderdaad achtte het Hof in het arrest Höfner en Elser, waar het ging „om een geschil tussen Duitse personeelsconsulenten en een Duitse onderneming over de aanstelling van een Duits onderdaan", onder verwijzing naar het arrest Debauve, „geen enkel element [aanwezig] dat toepassing van het gemeenschapsrecht zou kunnen rechtvaardigen. De omstandigheid dat een tussen de personeelsconsulenten en de onderneming gesloten overeenkomst *theoretisch* niet de *mogelijkheid* uitsluit, ook in andere lidstaten op zoek te gaan naar — al dan niet Duitse — kandidaten, is in dit verband irrelevant." [39]

35 — Arrest van 18 maart 1980 (C-52/79, Jurispr. blz. 833, punt 9).

36 — Ibid.

37 — Zie arrest van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955; hierna: „arrest Svensson en Gustavsson"), waar de omstandigheid dat de klagers in het hoofdgeding ten tijde van de feiten onderdaan van een derde land waren, anders dan advocaat-generaal Elmer uitdrukkelijk had voorgesteld, door het Hof niet werd beschouwd als een omstandigheid die hen belette artikel 59 in te roepen, teneinde zich te verweren tegen een Luxemburgse bepaling betreffende de toekenning van een rentesubsidie, waarop in feite slechts aanspraak kon worden gemaakt indien de betrokken lening was aangegaan bij een in Luxemburg gevestigde bankinstelling.

38 — In het arrest van 7 mei 1997, Pistre e. a. (C-321/94— C-324/94, Jurispr. blz. I-2343) verwierp het Hof de stelling, zij het in de context van artikel 30 van het Verdrag, dat het artikel niet van toepassing was op een in Frankrijk ingestelde strafvervolging tegen een Franse vennootschap, die ervan werd beschuldigd bepaalde Franse goederen, bestemd voor verkoop op de Franse markt, in strijd met de wet te hebben bestempeld als afkomstig uit een specifieke Franse bergstreek. Het Hof verklaarde voor recht (punt 44), dat „ofschoon de toepassing van een nationale maatregel die in feite geen verband houdt met de invoer van goederen, niet onder artikel 30 van het Verdrag valt (...), kan de toepasselijkheid van genoemd artikel evenwel niet worden uitgesloten om de enkele reden, dat in het aan de nationale rechter voorgelegde concrete geval alle elementen binnen één enkele lidstaat gesitueerd zijn". Ook in die omstandigheden oordeelde het Hof (punt 45), dat „de toepassing van de nationale maatregel gevolgen [kan] hebben voor het vrije verkeer van goederen tussen lidstaten, met name wanneer die maatregel de verhandeling van goederen van nationale oorsprong begunstigt ten nadele van die van ingevoerde goederen".

39 — Ibid., punten 38 en 39 (cursivering van mij).

Zoals de nationale rechter evenwel heeft opgemerkt, is in casu een wezenlijk deel van de gebruikers van de haven en van met name de diensten van LSCT in andere lidstaten gevestigd.

31. Wat de omstandigheid betreft, dat alle verweerders in casu Italiaanse ondernemingen zijn, biedt de recente rechtspraak van het Hof op overtuigende wijze steun voor de opvatting, dat artikel 59 van het Verdrag tegen de eigen lidstaat kan worden ingeroepen. Het meest recent blijkt dit uit de arresten Alpine Investments [40], Corsica Ferries [41] en Sodemare e. a. [42] In het arrest Corsica Ferries verklaarde het Hof, zij het in relatie tot de reikwijdte van de in verordening nr. 4055/86 [43] vastgelegde vrijheid om diensten van zeevervoer te verlenen, voor recht: „In een geval als dat van het hoofdgeding, biedt een in een lidstaat gevestigde onderneming die een geregelde lijndienst exploiteert naar een andere lidstaat als bedoeld in verordening (EEG) nr. 4055/86, die diensten uit de aard der zaak in het bijzonder aan in die andere staat gevestigde personen aan." [44] In het arrest Sodemare e. a., dat betrekking had op het verrichten van diensten in bejaardentehuizen, oordeelde het Hof, dat „de vrijheid van dienstverrichting door een onderneming kan worden ingeroepen tegenover de staat waar zij is gevestigd, wanneer die diensten worden verricht ten behoeve van in een andere lidstaat gevestigde personen". [45]

32. Naar mijn mening volgt hieruit, dat een in een lidstaat gevestigd terminalbedrijf dat frequent havendiensten tenminste aan in andere lidstaten gevestigde klanten verleent, zich op artikel 59 van het Verdrag kan beroepen, teneinde zich te verweren tegen nationale bepalingen die ertoe leiden, dat hij in zijn mogelijkheden wordt beperkt om die diensten vrijelijk te verlenen. Bijgevolg moet worden onderzocht, of de in geding zijnde bepalingen een dergelijke beperking bevatten.

B — *De eventuele toepassing van de artikelen 30 en 48 van het Verdrag*

33. Hoewel in de onderhavige zaak geen vraag is gesteld over de toepassing van artikel 30 van het Verdrag, wil ik toch het standpunt dat het Hof te dien aanzien in de zaak Porto di Genova innam, onder de aandacht brengen. Het Hof verwees naar de constatering van de nationale rechter, „dat de goederen door het boordpersoneel tegen lagere

40 — Reeds aangehaald (zie voetnoot 34 supra), met name punt 30.

41 — Arrest van 17 mei 1994 (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783).

42 — Arrest van 17 juni 1997 (C-70/95, Jurispr. blz. I-3395).

43 — Verordening nr. 4055/86 van de Raad van 22 december 1986 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op zeevervoer tussen lidstaten en tussen lidstaten en derde landen (PB L 378, blz. 1). Ik onderschrijf het standpunt van advocaat-generaal Van Gerven in punt 16 van zijn conclusie in de zaak Porto di Genova, dat „havenactiviteiten immers te onderscheiden [zijn] van het eigenlijke zeetransport"; (Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5913). Mijns inziens zou hetzelfde onderscheid mutatis mutandis moeten worden gemaakt tussen het verrichten van havendiensten en zeevervoerdiensten.

44 — Punt 30. Opmerking verdient, dat artikel 1, lid 1, van de verordening uitdrukkelijk bepaalt dat „het vrij verrichten van diensten inzake zeevervoer tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en derde landen (...) van toepassing [is] op de onderdanen van de lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan in die van degene voor wie de diensten worden verricht".

45 — Punt 37. In casu werden de ontvangers van de diensten echter, ofschoon zij voor een deel niet van Italiaanse nationaliteit waren, allen geacht in Italië te zijn gevestigd, waar de diensten werden verricht; zie punt 39 van het arrest.

kosten hadden kunnen worden gelost, zodat het verplichte gebruik van de diensten van de twee bedrijven met uitsluitende rechten extra kosten heeft veroorzaakt en derhalve, door het effect ervan op de prijs van de goederen, de import kon benvloeden". [46] In zijn antwoord aan de nationale rechter verwees het Hof naar artikel 90, lid 1, „junctis de artikelen 30, 48 en 86, EEG-Verdrag". Artikel 30 was in de door de nationale rechter gestelde vragen aan de orde gesteld, doch artikel 48 niet, hoewel het laatste artikel in het arrest nadrukkelijk op de voorgrond stond. Aangezien naar mijn mening op zijn hoogst kan worden gegist naar de beperkende gevolgen voor de invoer van de bij de wet van 1994 getroffen regelingen met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten in Italiaanse havens, ben ik ervan overtuigd, dat de onderhavige zaak geen vragen betreffende artikel 30 oproept. [47]

34. Minder eenvoudig is het om de eventuele toepasselijkheid van artikel 48 van het Verdrag uit te sluiten, ondanks het feit dat de verwijzingsbeschikking hierover zwijgt. Mijns inziens kunnen de gecombineerde gevolgen van het feit dat de wet van 1994 zowel voorziet in de omzetting van voormalige havencorporaties, die als coöperaties van werknemers met Italiaanse nationaliteit naar hun aard slechts uit Italiaanse ondernemingen bestonden, als in bepalingen op grond waarvan omgezette corporaties, terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven bij voorrang de havenarbeiders van de voormalige havencorporaties in dienst moesten nemen, zeer wel leiden tot een feitelijke voortzetting van de in het arrest Porto di Genova door het Hof vastgestelde inbreuk op artikel 48. Het staat evenwel aan de nationale rechter om met inachtneming van de rechtspraak van het Hof vast te stellen, of artikel 48 nog steeds wordt geschonden en welk belang die eventuele schending kan hebben voor de strafvervolging in het hoofdgeding.

C — *Beperking van de vrijheid terminaldiensten te verrichten*

i) Opmerkingen van partijen en lidstaten

35. Verweerders stellen, dat het beletten van terminalbedrijven om gebruik te maken van de diensten van andere vergunninghoudende havenbedrijven enkel omdat die diensten arbeidsintensief zijn, neerkomt op een beperking van het verrichten van havendiensten door terminalbedrijven en andere vergunninghoudende havenbedrijven, aangezien terminalbedrijven er aldus in feite toe worden gebracht hun werkzaamheden (en hun personeel) op weinig lonende wijze uit te breiden, teneinde een compleet scala van havendiensten aan gebruikers te kunnen aanbieden, terwijl de andere havenbedrijven

46 — Punt 22.

47 — Zie op dit punt arrest van 14 juli 1994, Peralta (C-379/92, Jurispr. blz. I-3453, punten 23-25).

van een waardevolle arbeidsbron worden beroofd. [48] Het ogenschijnlijke doel en de niet discriminerende formulering van de beperking beletten niet, dat deze beperking onverenigbaar is met artikel 59 van het Verdrag, aangezien, naar verweerders betogen, de middelen die zijn aangewend om dat doel in de havensector te bevorderen, onevenredig zijn en in strijd zijn met de beweerde logica van de reorganisatie van die sector in Italië, die erin bestaat, een verhoogde specialisatiegraad en de onderaanneming van activiteiten te bevorderen. Volgens verweerders zou een strikte toepassing van de bestaande wettelijke regelingen voor de havensector, waaronder met name nationale mededingingsvoorschriften inzake mogelijk misbruik door terminalbedrijven van hun centrale positie bij de verlening van havendiensten, en een beschermende arbeidswetgeving, zoals minimumlonen en sociale verzekeringen voor de havenarbeiders, volstaan om te verzekeren, dat de aan de wet van 1960 ten grondslag liggende doelstellingen in die sector worden bereikt. Tot slot kan het voorbehouden van arbeid aan omgezette corporaties, die als zodanig werden verondersteld uit personen van Italiaanse nationaliteit te bestaan, een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit vormen, aldus verweerders.

36. De Italiaanse regering, op dit punt ondersteund door de Duitse regering, wijst op de gevoelige aard van de arbeidsmarkt. Ter terechtzitting heeft haar gemachtigde betoogd, dat de noodzaak om havenarbeiders te beschermen tegen misbruik van hun rechten ten gevolge van de schommelingen waaraan de voor hen beschikbare hoeveelheid arbeid onderhevig is, het vaststellen van specifieke maatregelen met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijk havenpersoneel rechtvaardigt. Met name in het arrest in de zaak Webb is erkend, dat lidstaten gerechtigd zijn de vrijheid om diensten van arbeidsbemiddeling te verlenen, te beperken. [49] De gemachtigde van de Franse regering, ofschoon erkennend dat sommige beschermende maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn, heeft betoogd, dat het verlenen van een monopolie van het in geding zijnde type een discriminerende en niet te rechtvaardigen maatregel vormt. De gemachtigde van de Italiaanse regering heeft daarentegen naar voren gebracht, dat dat monopolie, gelet op de bijzondere aard van de ingevolge de Italiaanse wet omgezette corporaties, die én coöperatieve verenigingen van havenarbeiders én commerciële ondernemingen zijn, een passend middel vormde om de bescherming van de rechten van havenarbeiders te waarborgen.

ii) Analyse

37. Het algemene Italiaanse stelsel van arbeidsbemiddeling dat bij de wetten van 1949 en 1960 is gevestigd, heeft nimmer toepassing gevonden in de havensector. In feite is het oorspronkelijke monopolie dat door

48 — Verweerders beroepen zich eveneens op de daaruit voortvloeiende beperking van het recht van de gebruikers om de door hen verlangde havendiensten alle van een enkele dienstverlener te betrekken. De eventuele negatieve gevolgen voor deze ontvangers van diensten van een beperking die het verrichten van de betrokken diensten raakt, kunnen mijns inziens niet door de dienstverlener worden ingeroepen teneinde een inbreuk op artikel 59 van het Verdrag te doen vaststellen, tenzij de uitoefening van zijn activiteiten daardoor tevens nadelig wordt beïnvloed. Zo bleek bijvoorbeeld duidelijk uit het arrest Svensson en Gustavsson (reeds aangehaald), dat de uit de bestreden Luxemburgse maatregelen voortvloeiende beperking ten aanzien van de verstrekking van leningen door niet in Luxemburg gevestigde bankinstellingen aan in Luxemburg gevestigde klanten tevens van nadelige invloed was op de vrijheid van de verzoekers in het hoofdgeding om bancaire diensten te ontvangen. Aangezien ik van mening ben, dat de beperking om arbeidskrachten ter beschikking te stellen door andere dan de omgezette corporaties, een negatieve invloed heeft op het verrichten van diensten van terminalbedrijven, acht ik het in casu niet noodzakelijk het belang van de mogelijke beperking van het recht van niet-Italiaanse gebruikers van de Italiaanse havens om vrijelijk havendiensten te ontvangen, afzonderlijk te onderzoeken.

49 — Arrest van 17 december 1981 (279/80, Jurispr. blz. 3305).

de in deel II supra samengevatte bepalingen aan havencorporaties werd verleend, thans vervangen door een nieuw monopolie ten gunste van omgezette versies van de voormalige monopolisten, dat betrekking heeft op de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten aan terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven. In tegenstelling dus tot voornoemde havenondernemingen, die zelf geen havenwerkzaamheden konden verrichten, doch die de volledige arbeidscomponent van die werkzaamheden aan havencorporaties moesten uitbesteden, geldt het nieuwe monopolie alleen voor zover terminalbedrijven niet in staat zijn hun diensten uitsluitend met inzet van hun eigen havenpersoneel te verrichten. Dit neemt niet weg, dat een nauwgezette bestudering van de bijzonderheden van het nieuwe stelsel uitwijst, dat de onder de oude havenwetgeving geldende beperkingen tot op zekere hoogte, zij het in gewijzigde vorm, zijn gehandhaafd in de wet van 1994.

38. In de eerste plaats zijn terminalbedrijven verplicht personeel in dienst te hebben dat „geschikt" is voor het door hen overgelegde programma van werkzaamheden. Het is in dit opzicht vermeldenswaard, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen beklemtoont, dat tot 31 december 1996 zowel terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven als omgezette corporaties ingevolge artikel 23, lid 3, van de wet van 1994 verplicht waren om, zodra zich een vacature voordeed, bij voorrang de havenarbeiders in dienst te nemen die voorheen bij de oude havencorporaties in dienst waren geweest, doch die na omzetting van die corporaties niet opnieuw in vaste dienst waren aangenomen. In de tweede plaats moesten de havenarbeiders van de voormalige havencorporaties die niet anderszins een nieuw dienstverband hadden gekregen, door de omgezette corporaties worden aangesteld op grond van een tijdelijk regime waarvan de bijzonderheden bij ministerieel decreet moesten worden vastgesteld. Ten slotte moesten de vergunninghoudende havenbedrijven en de terminalbedrijven eerst gebruik maken van het volledige arbeidspotentieel dat op grond van het tijdelijke regime beschikbaar was, alvorens zij gerechtigd waren een beroep te doen op de omgezette corporaties voor het verschaffen van tijdelijke arbeidskrachten volgens artikel 17, lid 1.

39. Vormen deze regelingen een beperking van de vrijheid van dienstverlening? Aangezien zij van invloed zijn op een terminalbedrijf dat zich in de positie van LSCT bevindt, ben ik van oordeel, dat dit het geval is. LSCT eist het recht op, een compleet pakket van havendiensten aan te bieden aan havengebruikers (waaronder ik, voor het doel van deze analyse, de gebruikers versta die in andere lidstaten zijn gevestigd), dat wil zeggen, zij wil verscheidene, zeer arbeidsintensieve componenten van haar dienstenpakket uitbesteden aan andere havenbedrijven die zelf gerechtigd zijn om die diensten rechtstreeks aan de gebruikers te verlenen. De wet van 1994 verbiedt het terminalbedrijf en de verschillende vergunninghoudende havenbedrijven met dit doel samen te werken. De samenwerkingsregeling is bedoeld om het terminalbedrijf in staat te stellen een

dienst aan de eindgebruiker te verlenen die is aangepast aan de in de tijd fluctuerende behoeften van de haven en aan de noodzaak om arbeidskrachten efficiënt in te zetten, zodat de diensten tegen een lagere prijs aan de havengebruiker kunnen worden aangeboden. Indien de omgezette corporaties diezelfde diensten tegen een lagere kostprijs zouden verlenen of de hogere kostprijs zou worden gecompenseerd door een betere kwaliteit, mag ervan worden uitgegaan, dat het terminalbedrijf zou besluiten hiervan gebruik te maken. De beperking schuilt mijns inziens in de ontzegging aan het terminalbedrijf van het recht om een dergelijke keuze te maken. Ten slotte zij eraan herinnerd, dat alleen de omgezette corporaties gerechtigd zijn diensten te verlenen aan zowel de eindgebruikers als aan tussenpersonen in de keten van dienstverlening. Vergunninghoudende havenbedrijven daarentegen mogen weliswaar vrijelijk diensten verlenen aan eindgebruikers, doch niet aan tussenpersonen: ik heb er echter reeds op gewezen, dat deze beperking, die van interne aard binnen een lidstaat is, op zichzelf niet onder artikel 59 van het Verdrag valt. [50] De situatie van het terminalbedrijf is evenwel anders. Dit bedrijf wordt namelijk, bij de samenstelling van zijn dienstenpakket voor eindgebruikers, het recht ontzegd naar eigen keuze tijdelijke arbeidskrachten in te huren.

40. Aangezien ik van oordeel ben, dat de in geding zijnde bepalingen een beperking vormen van de vrijheid van terminalbedrijven om havendiensten aan gebruikers uit andere lidstaten te verlenen, moet worden beoordeeld of deze beperking gerechtvaardigd is.

D — *Rechtvaardiging*

i) Discriminatie op grond van nationaliteit

41. In de onderhavige zaak heeft de Franse regering, daarin subsidiair bijgestaan door de Commissie, betoogd dat, gelet op de Italiaanse nationaliteit van de omgezette corporaties, de in geding zijnde beperking een discriminatie op grond van nationaliteit oplevert. Zo dit het geval is, kunnen de Italiaanse maatregelen uiteraard slechts zijn gerechtvaardigd uit hoofde van de in artikel 56, lid 1, van het Verdrag opgesomde gronden van algemeen belang, die op grond van artikel 66 tevens gelden voor de vrijheid van dienstverrichting. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft uitgemaakt, vallen economische doelstellingen hier niet onder. [51]

42. Ik denk niet, dat het standpunt van de Franse regering inzake de discriminatie correct is. Zoals ik reeds heb uiteengezet (zie punt 28 supra), betreft de kernvraag die door de eerste prejudiciële vraag is opgeworpen, niet de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van het monopolie van de omgezette corporaties, doch de gevolgen die dit monopolie in een later stadium teweegbrengt voor het vrij verrichten van

50 — Zie met name punt 28 supra.

51 — Zie bijvoorbeeld het arrest Svensson en Gustavsson (reeds aangehaald), punt 15.

havendiensten door inzonderheid terminalbedrijven. [52] Volgens artikel 18 van de wet van 1994 wordt niet-Italiaanse ondernemingen niets in de weg gelegd om een concessie voor een terminalbedrijf aan te vragen. Dienovereenkomstig raakt het in geding zijnde monopolie zowel nationale als niet-nationale concessiehouders potentieel op dezelfde wijze en kan het mijns inziens niet als discriminerend worden gekwalificeerd.

ii) Rechtvaardiging van de zonder onderscheid geldende beperking

43. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat niet-discriminerende beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting mogen worden opgelegd in het kader van regelingen „die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang", en indien de betrokken bepalingen „gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van bedoelde staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd". [53] Dit beginsel heeft eveneens toepassing gevonden ten aanzien van beperkingen die door de eigen lidstaat van herkomst aan een dienstverrichter zijn opgelegd. [54] Aangezien ik van mening ben, dat het monopolie van de omgezette corporaties de vrijheid om havendiensten aan niet-nationale gebruikers te verlenen, potentieel beperkt, moet worden onderzocht, of er sprake is van een door het gemeenschapsrecht erkende dwingende reden van algemeen belang, die deze beperking zou kunnen rechtvaardigen.

44. Ik moet er terstond bij zeggen, dat de beperking van de activiteiten van terminalbedrijven ten gevolge van het aan de omgezette corporaties verleende monopolie mijns inziens niet kan worden gerechtvaardigd met een verwijzing naar het algemeen beleid dat aan het stelsel van openbare arbeidsbemiddelingsbureaus in Italië ten grondslag ligt. Naar mijn oordeel toont een vergelijking tussen enerzijds het monopolie op het gebied van havenwerkzaamheden van de oorspronkelijke havencorporaties en anderzijds dat van de omgezette corporaties aan, dat het oneigenlijk zou zijn de arbeidsbemiddelingsvoorschriften voor de havensector in Italië te vergelijken met het algemeen arbeidsbemiddelingsstelsel, zoals gevestigd bij de wetten van 1949 en 1960. Zoals advocaat-generaal Elmer in zijn conclusie in de zaak Job Centre II beklemtoont, is dat stelsel, in tegenstelling tot het monopolie van de omgezette corporaties, gebaseerd op een verplicht bemiddelingsstelsel dat wordt beheerd door openbare arbeidsbemiddelingsbureaus. [55] Voorts is het duidelijk, hoewel het Hof slechts over weinig informatie over de aard van de omgezette corporaties beschikt — afgezien van het feit dat de (hierboven beschreven) voorrangsregels met betrekking tot de hernieuwde aanstelling van havenarbeiders die voorheen in dienst van de havencorporaties waren waarschijnlijk grotendeels leiden tot een voortzetting van de door het Hof in het arrest Porto

52 — Dit vraagstuk moet worden onderscheiden van de eventuele inbreuk op artikel 48 van het Verdrag, waarnaar ik in punt 34 supra heb verwezen, en van de meer hypothetische mogelijkheid dat de verlening aan de omgezette corporaties van het monopolie met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijk havenpersoneel de potentiële vrijheid van vestiging in Italië beperkt van ondernemingen uit andere lidstaten die zijn gespecialiseerd in de terbeschikkingstelling van dergelijke arbeidskrachten.

53 — Zie, onder vele andere uitspraken met dezelfde strekking, arrest Webb (reeds aangehaald in voetnoot 49), punt 17.

54 — Zie bijvoorbeeld arrest Alpine Investments (reeds aangehaald) en de bespreking in punt 31 supra.

55 — Punt 11 van de conclusie; zie ook voetnoot 19 supra.

di Genova vastgestelde inbreuk op artikel 48 van het Verdrag [56] — dat de gecombineerde commerciële en coöperatieve doelstellingen van die corporaties hen aanmerkelijk onderscheiden van openbare arbeidsbemiddelingsbureaus. Niettemin heeft de Italiaanse regering betoogd, dat de wet van 1994 haar rechtvaardiging vindt in een meer algemeen doel van bescherming van de werknemers. Ofschoon een dergelijk doel door het gemeenschapsrecht kan worden erkend, geldt het volgens mij in casu niet.

45. De Italiaanse regering brengt naar voren, dat het Hof in het arrest Webb de „gevoelige" aard van arbeidsbemiddeling heeft erkend. [57] Dientengevolge achtte het Hof het een legitieme beleidskeuze van de lidstaten, om „het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op hun grondgebied te binden aan een stelsel van vergunningen, teneinde de afgifte hiervan te kunnen weigeren wanneer er gegronde vrees bestaat dat deze activiteit het belang van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt zou schaden of dat daarbij het belang der betrokken arbeidskrachten onvoldoende gewaarborgd zou zijn". [58] Meer recent overwoog het Hof in het arrest Guiot, dat ook „de sociale bescherming van de werknemers in de bouwsector" bescherming verdiende „wegens de bijzondere kenmerken van die sector". [59] Het gemeenschapsrecht erkent derhalve, dat de bescherming van de rechten van werknemers een doorslaggevende beleidskeus kan vormen. Behoudens een algemene verwijzing naar het coöperatieve karakter van de omgezette corporaties beschikt het Hof in casu evenwel niet over gegevens betreffende de wijze waarop en de mate waarin het monopolie van die corporaties ertoe dient, de bescherming van havenarbeiders te bevorderen.

46. Het Hof heeft in constante rechtspraak geoordeeld, dat de beperkende gevolgen voor dienstverrichters van nationale maatregelen die zonder onderscheid gelden, „dienstig moet[en] zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel en niet verder [mogen] gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is". [60] Dus ook al zouden de gevolgen van het monopolie van de omgezette corporaties in algemene zin een verhoging van de bescherming van de havenarbeiders kunnen bewerkstelligen, dan nog bevat de informatie waarover het Hof beschikt, geen aanwijzing, dat het monopolie onontbeerlijk is om die verhoogde bescherming te bewerkstelligen, dan wel, zoals door verweerders is betoogd, dat hetzelfde niveau van bescherming niet met minder vergaande maatregelen kan worden bereikt. [61] In deze context staat het aan de nationale rechter de bewijsmiddelen te onderzoeken die partijen met het oog op de rechtvaardiging van de beperking hebben aangevoerd.

56 — In dit verband behoeft er slechts aan te worden herinnerd, dat alle havenarbeiders in dienst van de voormalige havencorporaties Italiaanse onderdanen waren en dat deze groep van havenarbeiders onder de nieuwe bepalingen bij voorrang recht heeft op tewerkstelling; zie punt 34 supra.

57 — Reeds aangehaald, punt 18.

58 — Ibid., punt 19.

59 — Arrest van 28 maart 1996 (C-272/94, Jurispr. blz. I-1905).

60 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 15).

61 — Ten behoeve van de nationale rechter is het wellicht zinvol op te merken, dat in de procedure voor het Hof niet is gesteld, dat havenarbeiders die voorheen bij de havencorporaties in dienst waren en nadien door terminalbedrijven of vergunninghoudende havenbedrijven in dienst zijn genomen, thans minder rechten genieten dan voorheen.

47. Samenvattend ben ik van oordeel, dat, tenzij kan worden vastgesteld dat het monopolie onontbeerlijk is voor de bescherming van havenarbeiders in Italiaanse havens, de toepassing ervan op de activiteiten van terminalbedrijven als LSCT een ontoelaatbare beperking inhoudt van de vrijheid om intracommunautaire havendiensten te verlenen, die strijdig is met artikel 59 van het Verdrag.

VI — De tweede en de derde prejudiciële vraag

A — *Inleiding*

48. Indien het Hof mijn suggestie aangaande de eerste vraag niet overneemt, zal het de door de tweede en de derde vraag opgeworpen vraagpunten moeten onderzoeken, die betrekking hebben op een combinatie van de artikelen 86 en 90, lid 1, van het Verdrag, respectievelijk de artikelen 59, 86 en 90 ervan.

49. In zijn memorandum concentreert de nationale rechter zich zowel op het algemeen verbod op de activiteiten van arbeidsbemiddelaars volgens de wet van 1960 als op de in de wet van 1994 voorziene afwijking ten gunste van omgezette corporaties. Onder verwijzing naar het vastgestelde feit, dat de door Raso's medeverweerders vertegenwoordigde vergunninghoudende havenbedrijven een aantal diensten aan LSCT hebben verleend, wenst hij in hoofdzaak te vernemen, of het gemeenschapsrecht in de weg staat aan een zodanige uitleg van het nationale recht, dat dit daadwerkelijk de samenwerking verbiedt tussen een terminalbedrijf en vergunninghoudende havenbedrijven. De tweede vraag is dan ook toegespitst op het mogelijke misbruik door terminalbedrijven van het hun bij de wet van 1994 verleende monopolie voor het gebruik van bepaalde havenfaciliteiten, dat zou kunnen voortvloeien uit een ruime toepassing te hunnen aanzien van de artikelen 1 en 2 van de wet van 1960, op grond van welke artikelen het hun verboden is tijdelijke arbeidskrachten in te huren van andere havenbedrijven dan omgezette corporaties. De derde vraag daarentegen is meer concreet toegespitst op de mogelijkheid dat een onontkoombaar misbruik aan de dag treedt ten gevolge van de verlening door de wet van 1994 van het monopolie aan omgezette corporaties, die tevens havenactiviteiten verrichten en in sommige havens zelfs als terminalbedrijf functioneren — zoals beweerdelijk het geval is in La Spezia. Aangezien er mijns inziens redelijkerwijs van uit mag worden gegaan, dat het doel van de klacht die tot het instellen van de strafvervolging in de hoofdzaak heeft geleid, bestond in het beschermen van het monopolie van de omgezette corporatie in de haven van La Spezia, deel ik het standpunt dat verweerders ter terechtzitting naar voren hebben gebracht, namelijk dat een antwoord op de derde vraag van cruciaal belang is voor die procedure.

50. Niettemin moet ik eraan herinneren, dat de tegen verweerders ingeleide strafvervolging geen betrekking heeft — althans niet rechtstreeks — op een beweerde inbreuk op het monopolie van de omgezette corporaties,

doch veeleer op een mogelijke inbreuk op de wet van 1960. Bijgevolg ben ik het niet geheel met de Commissie eens, dat de tweede vraag van zuiver hypothetische aard is en in het geheel niet behoeft te worden onderzocht. Indien het Hof zou oordelen, dat een monopolie als dat van de omgezette corporaties onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, dan zou deze constatering op zichzelf niet in de weg staan aan een zodanige uitlegging van het nationale recht ten aanzien van terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven, dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde type van samenwerking tussen hen onverenigbaar is met de artikelen 1 en 2 van de wet van 1960. De eventuele constatering evenwel dat het uitsluitend recht van omgezette corporaties om af te wijken van de wet van 1960, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, kan niet anders dan aanzienlijke gevolgen hebben voor de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de beperking van het recht van terminalbedrijven om voor het verrichten van arbeidsintensieve havendiensten een beroep op andere vergunninghoudende havenbedrijven te doen. Ik zal dus uitsluitend de derde vraag uitvoerig bespreken, waarna ik kort zal terugkomen op de tweede vraag.

B — *De derde vraag*

51. Het feitelijke gevolg van de verplichte omzetting van de havencorporaties krachtens de wet van 1994 is, dat de omgezette corporaties een monopolie bezitten met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten. [62] Bovendien strekt dat monopolie, indien de door het Openbaar ministerie in het hoofdgeding voorgestane uitleg van de wet van 1960 wordt overgenomen, zich tevens uit tot het verrichten van alle arbeidsintensieve diensten in die havens. Ik ben dan ook van mening, dat de Commissie de derde vraag correct heeft geherformuleerd door deze toe te spitsen op de positie van de omgezette corporaties. De nationale rechter wenst in wezen te vernemen, of de betrokken lidstaat, door een dergelijk monopolie ten gunste van omgezette corporaties te creëren, aansprakelijk kan worden gehouden voor een schending van artikel 86 van het Verdrag. In dat verband lijkt de additionele verwijzing van de nationale rechter in de derde vraag naar artikel 59 overbodig. Indien artikel 59 geen autonome toepassing vindt, zoals ik heb gesuggereerd, kan het naar mijn oordeel niet aan kracht winnen door middel van een combinatie met de artikelen 86 en 90. [63]

i) De toepassing in beginsel van artikel 86

52. Artikel 86 van het Verdrag is alleen van toepassing op ondernemingen die een machtspositie innemen op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. Het staat buiten twijfel, dat het begrip

62 — Het blijkt niet, dat de onder de werking van de wet van 1949 opgerichte openbare arbeidsbemiddelingsbureaus in de havensector werkzaam zijn.

63 — In de bij het Hof ingediende opmerkingen is niet gesteld, dat de terbeschikkingstelling van tijdelijke havenarbeiders „een dienst van algemeen economisch belang" in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag vormt. Hoe dan ook was deze bepaling niet van toepassing, gelet op 's Hofs uitspraak in het arrest Porto di Genova (zie punt 27) en het nog meer strikte standpunt van advocaat-generaal Van Gerven (zie punt 27 van zijn conclusie, Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5919).

„onderneming" tevens ondernemingen omvat die, zoals de omgezette corporaties, zowel een coöperatieve als een commerciële rol vervullen. [64]

53. In de eerste plaats moet worden vastgesteld, of de wet van 1994 ertoe leidt, dat aan omgezette corporaties een machtspositie wordt verschaft op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Er lijkt geen bijzondere relatie of verband te bestaan tussen de omgezette corporaties die in de diverse Italiaanse havens werkzaam zijn. Onderzocht moet dus worden, of de omgezette corporatie die in de haven van La Spezia actief is, geacht kan worden een machtspositie in de zin van artikel 86 in te nemen.

54. Allereerst moet de relevante productmarkt worden gedefinieerd met inachtneming van de in 's Hofs rechtspraak uitgewerkte critera. [65] Voor de af te bakenen relevante productmarkt is het van essentieel belang, of er sprake is van concurrerende of substitueerbare producten of diensten. [66] In casu mogen alleen de omgezette corporaties tijdelijke arbeidskrachten in Italiaanse havens ter beschikking stellen, aangezien de Italiaanse wet vaste werkgevers in havens niet toestaat met deze corporaties te concurreren. Met andere woorden, andere potentiële leveranciers van havenarbeiders mogen hun diensten niet wettig in de plaats stellen van die van de omgezette corporaties. De omvang van de relevante markt is derhalve bij wet bepaald. Wil artikel 86 van het Verdrag echter van toepassing zijn, dan is een overheersende positie op een bepaalde markt als zodanig niet voldoende. Zo oordeelde het Hof in het arrest Höfner en Elser, dat „een onderneming die een wettelijk monopolie bezit, *kan* worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag in te nemen". [67] Hieruit volgt, dat, wil artikel 86 daadwerkelijk toepassing vinden, de nationale rechter ervan overtuigd moet zijn, dat het aan de omgezette corporatie in de haven van La Spezia verleende monopolie een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt beslaat.

55. Te dien aanzien heeft de nationale rechter reeds geconstateerd, dat La Spezia de belangrijkste haven voor containerverkeer aan de Middellandse Zee is. Hoewel de gemachtigde van de Italiaanse regering ter terechtzitting liet doorschemeren, dat dit een onderwaardering inhield van de positie van de haven van Genua, is niet gesteld, dat het standpunt van de nationale rechter ten aanzien van het belang van La Spezia fundamenteel onjuist is. Mitsdien is, met dien verstande dat het aan de nationale rechter staat om definitief vast te stellen, of de betrokken markt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uitmaakt, het belang voor de intracommunautaire handel van de haven van La Spezia als containerterminal mijns inziens in beginsel voldoende groot om de

64 — In het arrest Höfner en Elser bijvoorbeeld verklaarde het Hof voor recht, dat „het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd". Het overwoog eveneens nadrukkelijk, dat „arbeidsbemiddeling een economische activiteit is" (punt 21).

65 — Zie, bijvoorbeeld, arresten van 14 februari 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, met name punt 11), en 9 november 1983, Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461, punten 23-28).

66 — Zie, bijvoorbeeld, arresten United Brands/Commissie en Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 22, resp. punt 37, en arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 19).

67 — Reeds aangehaald, punt 28 (cursivering van mij).

positie van de omgezette corporatie met betrekking tot de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten in die haven als wezenlijk in de zin van artikel 86 van het Verdrag te kunnen aanmerken. Aan deze beoordeling wordt naar mijn mening geen afbreuk gedaan door het, eveneens belangwekkende, feit dat de wet van 1994, in tegenstelling tot de eerdere bepalingen die krachtens de Codice golden, de potentiële klanten van de uitsluitend door de omgezette corporaties aangeboden diensten van arbeidsbemiddeling toestaat (of, in het geval van een terminalbedrijf als LSCT, verplicht) personeel in dienst te hebben dat bij hun eigen behoeften aansluit. Ik ben derhalve van oordeel, dat de exclusieve positie die ingevolge de wet van 1994 is toegekend aan een omgezette corporatie, zoals die welke actief is in een haven die in vrachttermen van vergelijkbare omvang en gewicht is als de haven van La Spezia, een machtspositie kan vormen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag, zulks uiteraard onder voorbehoud van de vaststelling van de relevante feiten door de nationale rechter.

56. Ik heb reeds aangegeven, dat de beperking van de vrijheid om intracommunautaire havendiensten te verlenen, zoals voortvloeiend uit het aan de omgezette corporaties verleende monopolie, binnen de werkingssfeer van artikel 59 van het Verdrag kan vallen. [68] Gelet op het belang van de haven van La Spezia, ben ik tevens van oordeel, dat elk misbruik door de omgezette corporatie in die haven van haar machtspositie de handel tussen lidstaten zou beïnvloeden in de zin van artikel 86. Hoe dan ook zij eraan herinnerd, dat voor het doel van de toepassing van artikel 86 niet behoeft te worden vastgesteld, dat het gestelde misbruik die handel daadwerkelijk heeft beïnvloed, doch dat, zoals het Hof in vaste rechtspraak heeft herhaald, „volstaan kan worden met het bewijs, dat het misbruik een dergelijk gevolg kan hebben". [69]

ii) De aansprakelijkheid van de lidstaat en de eisen van artikel 90, lid 1

57. Artikel 86 van het Verdrag heeft uitsluitend betrekking op het gedrag van ondernemingen. De rechtspraak van het Hof wijst echter uit, dat lidstaten in bepaalde omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schendingen van het communautaire mededingingsrecht die het gevolg zijn van activiteiten van ondernemingen. Het Hof oordeelde te dien aanzien in het arrest Porto di Genova: „Overigens is het enkele feit dat door het verlenen van uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag een machtspositie wordt gecreerd, als zodanig niet onverenigbaar met artikel 86". [70] Hier staat tegenover, dat het Hof eveneens heeft beslist, dat een lidstaat de genoemde bepalingen schendt wanneer de onderneming waaraan het monopolie is verleend, door de enkele uitoefening van haar uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt, of wanneer de verleende rechten een situatie kunnen creëren

68 — Zie punten 22-32 supra.

69 — Zie, onder meer, arrest Höfner en Elser, punt 32. In zijn conclusie in die zaak had advocaat-generaal Jacobs aanbevolen (punt 48), dat artikel 86 ook in gevallen van zuiver interne situaties toepassing zou moeten vinden. Zo moet het Hof met betrekking tot de toepassing van artikel 86 „het gecrimineerde gedrag in al zijn gevolgen voor de concurrentiestructuur binnen de gemeenschappelijke markt" beschouwen; zie arrest van 6 maart 1974, Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 33).

70 — Punt 16.

waarin die onderneming tot het plegen van een dergelijk misbruik wordt gebracht. Mitsdien moet de reikwijdte van die voorwaarden worden onderzocht, teneinde vast te stellen, of wettelijke regelingen als de wet van 1994 kunnen worden geacht daaraan te voldoen.

58. In haar opmerkingen betoogt de regering van het Verenigd Koninkrijk, dat de uitspraak van het Hof in de zaak Porto di Genova, en met name zijn opmerking in punt 20, „dat een lidstaat een met artikel 86 EEG-Verdrag strijdige situatie schept, indien hij een regeling vaststelt als die welke voor de verwijzende rechter aan de orde is", moeilijk toepasbaar is. Het Verenigd Koninkrijk brengt naar voren, dat uit punt 19 van het arrest Porto di Genova niet duidelijk blijkt, welke specifieke overheidsmaatregel in strijd was met de artikelen 86, lid 1, en 90, aangezien er geen duidelijk verband was tussen het creëren van het monopolie en het door het Hof genoemde misbruik. [71] Het Verenigd Koninkrijk stelt dan ook voor, dat 's Hofs benadering inzake de toepassing van de artikelen 5 en 85 van het Verdrag op door lidstaten getroffen maatregelen, te weten dat er een duidelijk en rechtstreeks causaal verband moet bestaan tussen de bestreden maatregel van de lidstaat en het gedrag van de betrokken ondernemingen, tevens toepassing moet vinden in het kader van het onderzoek van de mogelijke gecombineerde toepassing van de artikelen 90, lid 1, en 86. De Engelse regering betoogt voorts, dat het Hof de verlening van een uitsluitend recht slechts in strijd met de artikelen 90, lid 1, en 86 zou moeten achten, wanneer het misbruik het onontkoombare gevolg is van de verlening van dat recht. Wanneer het misbruik echter slechts het gevolg is van de aanmoediging door de betrokken lidstaat, bestaat de onwettige maatregel van de lidstaat op zijn hoogst in de handeling van het aanmoedigen of het aanzetten in plaats van in het verlenen van het bedoelde uitsluitend recht, aldus de Engelse regering.

59. Ik stem ermee in, dat er een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds situaties waarin de ontvanger van een uitsluitend recht in een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt komt te verkeren, waardoor de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed, terwijl hij ofwel door de enkele uitoefening van de hem verleende rechten niet kan vermijden misbruik van zijn positie te maken, ofwel door de betrokken maatregel van de lidstaat wordt gedwongen of aangemoedigd een dergelijk misbruik te plegen, en anderzijds situaties waarin de nationale maatregel de begunstigde slechts in een positie brengt waarin hij misbruik kan plegen, doch die hem niet rechtstreeks tot misbruik dwingt of daartoe aanmoedigt.

60. Bij het aldus afbakenen van de omvang van de aansprakelijkheid van de lidstaat heb ik mij doelbewust laten leiden door de formulering die het Hof in de Engelse versie van zijn uitspraken in respectievelijk de zaak Höfner en Elser [72] en Frankrijk/Commissie [73] heeft gebezigd, omdat sommige van de moeilijkheden die volgens de Engelse regering aan de uitlegging van het arrest Porto di Genova kleven, mijns inziens

71 — Het relevante deel van punt 19 van het arrest is in punt 8 supra aangehaald. Recapitulerend bestond het beweerde misbruik in kwestie uit: i) het vragen van betaling voor diensten waar niet om was verzocht; ii) het in rekening brengen van buitensporig hoge prijzen; iii) de weigering moderne technologie te gebruiken, hetgeen zowel qua kosten als qua tijd nadelig is, en iv) het toepassen van een discriminerend kortingbeleid.

72 — Reeds aangehaald, punt 29.

73 — Arrest van 19 maart 1991 (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 56).

terug te voeren zijn op de afwijkende formulering in de Engelse taal, die het Hof aanvankelijk in de zaak ERT bezigde en nadien in de zaak Porto di Genova toen het naar de zaak ERT verwees. [74]

61. Het doel van het onderscheid is het toeschuiven van de aansprakelijkheid. Aangezien artikel 90, lid 1, de lidstaten toestaat „uitsluitende rechten" te verlenen, vormt deze handeling op zichzelf geen misbruik in de zin van het Verdrag, ongeacht de economische situatie die eraan ten grondslag ligt. Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen het creëren van het uitsluitend recht en elke „maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de (...) artikelen 85 tot en met 94". Wanneer er dus sprake is van misbruik waarvoor een lidstaat niet aansprakelijk is, valt niet te betwisten, dat de slachtoffers beroep krachtens artikel 86 van het Verdrag — dat rechtstreekse werking heeft — moeten instellen tegen de onderneming met een machtspositie. Zou dit onderscheid niet worden gemaakt, dan zouden de lidstaten in feite verplicht zijn de verlening van uitsluitende rechten te rechtvaardigen, zulks in tegenspraak met de constante rechtspraak van het Hof, dat het creëren van een machtspositie door de verlening van dergelijke rechten als zodanig niet onverenigbaar met artikel 86 is. [75] Het zou in strijd zijn met het doel van artikel 90, lid 1, een dergelijke verplichting aan de lidstaten op te leggen, welk doel erin bestaat, zoals het Hof bij verschillende gelegenheden heeft herhaald, de lidstaten te beletten maatregelen te nemen of te handhaven welke de communautaire mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen. [76]

62. Ofschoon dit onderscheid in beginsel helder is, is de precieze toepassing ervan in de praktijk niet gemakkelijk. Zo is kritiek geuit op de arresten Höfner en Elser en Porto di Genova, omdat zij niet omschrijven „welke factoren een onderscheid mogelijk maken tussen *een situatie die onontkoombaar tot misbruik leidt* enerzijds, en een situatie die hier niet toe leidt anderzijds". [77] Naar mijn oordeel is de zaak Höfner en Elser één van die van nature zeldzame zaken waarin het uitsluitend recht op bemiddeling van werknemers, dat aan de Bundesanstalt für Arbeit in Duitsland was verleend, van dien aard was, dat, om allerlei praktische redenen, de ontvanger ervan door de enkele verlening van het recht in de weinig benijdenswaardige positie kwam te verkeren, dat hij niet bij machte was misbruik van dat recht te vermijden. [78] Zou de Bundesanstalt erop hebben gestaan zijn monopolie uit te oefenen in omstandigheden waarin hij kennelijk niet, althans niet voor wat de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel betreft, aan de vraag kon voldoen, dan was welhaast onvermijdelijk geoordeeld, dat er

74 — Zo verwijst het Hof in de Engelse versie van zijn arrest in de zaak ERT (in punt 37) naar „een situatie waarin [een] onderneming tot overtreding *kan komen* van artikel 86 EEG-Verdrag" terwijl het in zijn arrest in de zaak Porto di Genova (punt 17 van de Engelse versie) punt 37 van zijn ERT-arrest aanhaalt tot staving van een formulering van het betrokken beginsel in die zin, dat het tevens betrekking heeft op omstandigheden waarin de overheersende onderneming *ertoe wordt gebracht („is induced")* om misbruik van zijn machtspositie te maken (cursivering van mij). In de Franse versie van deze arresten wordt in beide rechtsoverwegingen dezelfde formulering „est amenée" gebruikt.

75 — Zie, onder meer, arrest Höfner en Elser, punt 29. Zie in dit verband tevens het standpunt van advocaat-generaal Jacobs in punt 43 van zijn conclusie.

76 — Zie onder meer arrest ERT (reeds aangehaald), punt 35.

77 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punten 11 en 12), die in de begeleidende voetnoot bij zijn conclusie bovendien onder meer verwijst naar de door L. Gyselen in zijn annotatie van het arrest Porto di Genova in *CML Rev*, 1992, blz. 1228, geuite kritiek; zie met name blz. 1238-1241.

78 — Zoals L. Gyselen (reeds aangehaald, blz. 1240) treffend formuleerde: „One can easily see how in this configuration, the existence of monopoly power and the ‚abusive' exercise of this power become one and how the true root of the abuse lies with the existence, not with the exercise, of the monopoly power."

sprake was van misbruik. De situatie werd enigszins gecompliceerd, doordat de Bundesanstalt zich vrijwillig bereid verklaarde, „te dulden, dat de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel tot op zekere hoogte ook door personeelsconsulenten werd verzorgd". [79] Desalniettemin was het Hof van oordeel, dat er daadwerkelijk sprake van een onontkoombaar misbruik was, in elk geval voor wat de werving van hoger en leidinggevend personeel betrof, aangezien de Bundesanstalt „kennelijk niet in staat [was] aan de op de markt bestaande vraag naar dat soort bemiddeling te voldoen en (...) de daadwerkelijke bemiddelingsactiviteit van particuliere adviesbureaus voor werving en selectie onmogelijk [werd] gemaakt door de handhaving van een wettelijke bepaling die die activiteit verbiedt op straffe van nietigheid van de betrokken overeenkomsten". [80]

63. De in de zaak Porto di Genova in geding zijnde monopolierechten waren niet van dezelfde aard als die in de zaak Höfner en Elser. Niettemin was het Hof van oordeel, dat het verband tussen de betrokken Italiaanse maatregelen en het door hem geconstateerde misbruik voldoende was om de lidstaat aansprakelijk te kunnen stellen. [81] Mijns inziens blijkt vooral uit de punten 18 en 19 van het arrest in de zaak Porto di Genova (zie punt 8 supra), dat het Hof van oordeel was, dat het misbruikgedrag, hoewel ogenschijnlijk afkomstig van de havencorporatie en de betrokken onderneming, rechtstreeks voortvloeide uit de krachtens de Italiaanse wetgeving verleende monopolierechten. In dit verband acht ik het bijzonder vermeldenswaard, dat het Hof in punt 19 van zijn arrest, waar het naar de verleende rechten verwijst, verklaart, dat de betrokken ondernemingen er *„om die reden* toe worden gebracht" het in geding zijnde misbruik te plegen (cursivering van mij). Naar ik aanneem, deelde het Hof dus het standpunt van advocaat-generaal Van Gerven, dat die misbruiken „immers mogelijk, zoniet onafwendbaar [worden] gemaakt door de toepasselijke nationale wetgeving en in de hand gewerkt, zo niet verplichtend gesteld, door de havenautoriteiten op grond van de aan deze door de nationale wetgeving toegekende bevoegdheden". [82] Helaas bestaat er een aanzienlijk verschil tussen onafwendbare en mogelijke misbruiken van wettige monopolies. De schuld van een lidstaat aan het eerstgenoemde type misbruik zal door bijna niemand worden betwist, doch menigeen kan van oordeel zijn, dat de aansprakelijkheid voor het laatste type misbruik moet worden neergelegd bij de onderneming met een machtspositie.

64. De zaken Höfner en Elser en Porto di Genova getuigen van een benadering van het Hof, die verder reikt dan de juridische bepalingen op grond waarvan het uitsluitende recht wordt verleend, en die met zich meebrengt, dat een uitspraak wordt gedaan over de praktische consequenties van de uitoefening van dit recht door de begunstigde. Juridisch gezien levert deze benaderingswijze

79 — Arrest Höfner en Elser, punt 9. Advocaat-generaal Jacobs merkte (in punt 45 van zijn conclusie) evenwel op, dat aan de Bundesanstalt kon worden tegengeworpen, niet op grotere schaal gebruik te hebben gemaakt van zijn bevoegdheden om in bepaalde omstandigheden de arbeidsbemiddeling voor bepaalde beroepen of categorieën personen op te dragen aan organisaties of andere personen.

80 — Ibid., punt 31.

81 — Het misbruik wordt door het Hof opgesomd in punt 19 van zijn arrest (aangehaald in punt 8 supra en samengevat in voetnoot 71).

82 — Zie punt 22 van zijn conclusie in de zaak Porto di Genova (Jurispr. 1991, blz. I-5889, I-5916).

problemen op. Het Hof beschikt zelden over een toereikende feitelijke basis om zelfstandig een betrouwbaar oordeel te kunnen vormen over complexe economische, sociale en juridische beweegredenen binnen een lidstaat. Nationale rechters die artikel 90, lid 1, van het Verdrag toepassen, en regeringen van lidstaten die het verlenen van uitsluitende rechten overwegen, verwachten redelijkerwijs van het Hof, dat het duidelijke richtlijnen in zijn arresten verschaft. Ofschoon de formulering van voornoemde bepaling uitdrukkelijk het recht van lidstaten noemt „bijzondere of uitsluitende rechten" te verlenen, verbiedt zij de lidstaten enige „*maatregel*" te nemen of te handhaven die in strijd is met sommige bepalingen van het Verdrag (cursivering van mij). In mijn optiek heeft het verbod dus in hoofdzaak betrekking op „maatregelen". Uiteraard kunnen de reikwijdte en de gevolgen van „maatregelen" niet los van hun context worden beoordeeld. Niettemin moet het Hof mijns inziens bij de toepassing van artikel 90, lid 1, een maatregel trachten aan te wijzen die duidelijk tot een inbreuk op de mededingingsbepalingen van het Verdrag leidt, ofwel, om de door de regering van het Verenigd Koninkrijk voorgestane formulering te bezigen, „nationale bepalingen die de facto onlosmakelijk zijn verbonden met het wettig monopolie".

65. Naar mijn oordeel is het niet mogelijk een algemeen criterium te formuleren aan de hand waarvan het bestaan van een dergelijk verband vooraf kan worden vastgesteld. Integendeel, bij het geven van richtlijnen aan nationale rechters zal per individueel geval de invloed van bestreden nationale wettelijke regelingen binnen hun economische en feitelijke context moeten worden beoordeeld.

66. Volgens mij biedt de uitspraak in de zaak Centre d'insémination de la Crespelle [83] (hierna: „La Crespelle") steun voor de benadering die ik zojuist heb voorgesteld. Deze zaak betrof de verenigbaarheid met de artikelen 5, 86 en 90, lid 1, van het Verdrag van het Franse stelsel van regionale kunstmatige-inseminatiestations, waarbij elk station binnen het eigen geografisch gebied een monopolie met betrekking tot de inseminatie van dieren had. Het beweerde misbruik bestond er in hoofdzaak in, dat de inseminatiestations exorbitant hoge prijzen aan de fokkers berekenden, met name wanneer deze hun om sperma van andere productiecentra verzochten. Het Hof formuleerde het vraagstuk aldus, dat moest worden onderzocht, of het gestelde misbruik „het *rechtstreekse gevolg* van de nationale wet" was. [84] Ofschoon het Hof opmerkte, dat de Franse wetgeving de inseminatiestations toestond „de uit die keuze [van sperma afkomstig van andere productiestations] voortvloeiende extra kosten" bij de fokkers in rekening te brengen, oordeelde het, dat „al laat een dergelijke bepaling het aan de inseminatiestations over die kosten te bepalen, zij brengt hen er echter niet toe, een onevenredig hoge kostenvergoeding te verlangen en op die manier misbruik van hun machtspositie te

83 — Arrest van 5 oktober 1994 (C-323/93, Jurispr. blz. I-5077).

84 — Ibid., punt 20 van het arrest (cursivering van mij). In Ierland werd een soortgelijk regionaal monopolie op kunstmatige inseminatie aangevochten in de zaak O'Neill/The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General [1995], ICLR 494 (High Court). Aan verzoeker was een vergunning geweigerd om een complect dienstenpakket van kunstmatige inseminatie te verlenen, omdat dergelijke vergunningen op grond van het ministerieel beleid uitsluitend werden verleend voor elk van de negen gebieden waarin het nationale grondgebied was verdeeld. O'Neill vorderde een verklaring, dat het stelsel van regionale monopolies strijdig was met onder meer de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag. Rechter Budd weigerde de vordering toe te wijzen, omdat hij er na diepgaande bestudering van 's Hofs rechtspraak, met name de zaken Höfner en Elser en La Crespelle, niet van overtuigd was, dat de exclusieve vergunninghouders misbruik van hun machtspositie hadden gemaakt dat als rechtstreeks gevolg van de hen verleende vergunningen kon worden aangemerkt, of dat zij door de enkele uitoefening van hun uitsluitende rechten niet konden vermijden; zie [1995], ICLR 494, blz. 548-556. Deze uitspraak is op 14 mei 1997 door het Supreme Court vernietigd op een zuiver nationale rechtsgrond.

maken". [85] Mijns inziens volgt hieruit, dat het voor een inbreuk op artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 van het Verdrag niet voldoende is, dat degene aan wie een uitsluitend recht krachtens nationaal recht is verleend, ten gevolge van de daaruit voortvloeiende machtspositie in een positie belandt om misbruik te plegen, tenzij het monopoliestelsel zelf tot misbruik dwingt of daartoe sterk aanzet, doordat het er rechtstreeks verband mee houdt en het er in hoofdzaak verantwoordelijk voor is.

iii) Het gestelde misbruik in de onderhavige zaak

67. Wat de derde vraag aangaat, moet allereerst worden opgemerkt, dat de nationale rechter geen specifieke vorm van misbruik ten laste van de omgezette corporatie in de haven van La Spezia heeft vastgesteld. [86] In de ingediende opmerkingen daarentegen zijn verschillende stellingen naar voren gebracht. Zo betoogt de Franse regering, dat er feitelijk sprake is van een misbruik analoog aan dat wat het Hof in de zaak Porto di Genova heeft vastgesteld, terwijl verweerders en de Commissie op verschillende potentiële vormen van misbruik zinspelen. Wat de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de nationale rechtbanken in verwijzingszaken ex artikel 177 betreft, staat het uiteraard aan de nationale rechter om vast te stellen, of een van de gestelde vormen van misbruiken zich daadwerkelijk heeft voorgedaan.

68. Op basis van de voor het Hof beschikbare gegevens denk ik niet, dat het aan de omgezette corporatie in de haven van La Spezia verleende monopolie van dien aard is, dat de enkele uitoefening ervan of de handhaving ervan door middel van een strafrechtelijke vervolging zoals in de hoofdprocedure aan de orde is, als zodanig kan worden geacht misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag op te leveren waarvoor de Italiaanse Republiek aansprakelijk is. De reorganisatie van de Italiaanse havens na het arrest Porto di Genova heeft terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven in staat gesteld hun eigen personeel in dienst te nemen. Alleen de terbeschikkingstelling van tijdelijke arbeidskrachten is voorbehouden aan de omgezette corporaties. Niettegenstaande de overtuigende economische argumenten die verweerders in hun schriftelijke opmerkingen naar voren hebben gebracht ten aanzien van de beweerdelijk verhoogde efficiëncy waartoe een stelsel dat terminalbedrijven toestaat hun eigen onderaannemers te kiezen, in Italiaanse havens zou leiden in vergelijking tot het huidige exclusieve stelsel van arbeidsbemiddeling, ben ik van oordeel, dat de enkele verlening door een lidstaat van een uitsluitend recht om dergelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen, op zich niet als onverenigbaar met het gemeenschapsrecht kan worden beschouwd. Zo er in casu derhalve sprake was van aan

85 — Arrest La Crespelle, punten 20 en 21. Ofschoon advocaat-generaal Gulmann in zijn conclusie bij dit arrest het standpunt innam, dat er sprake van misbruik in de zin van artikel 86 zou zijn, indien betaling werd verlangd voor kosten die niet echt waren gemaakt, achtte hij dit risico van misbruik niet van zodanige aard, dat het recht om extra kosten in rekening te brengen, daardoor als zodanig in strijd kwam met de verdragsverplichtingen van de lidstaten (zie punt 36). Integendeel, volgens hem konden „de Franse regels niet worden gezien als een aansporing voor de stations om aldus te handelen" (zie punt 43). Indien dus ongerechtvaardigde kosten in rekening werden gebracht, zou het betrokken station daarvoor alleen potentieel aansprakelijk in de zin van artikel 86 zijn.

86 — In de verwijzingsbeschikking in de zaak Porto di Genova beschreef de nationale rechter bepaalde omstandigheden die misbruik aan de zijde van in het bijzonder Compagnia konden opleveren: zie punt 19 van het arrest en punt 18 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven. In casu daarentegen verwijst de nationale rechter slechts in verband met de tweede vraag naar een mogelijk misbruik door LSCT van haar positie als terminalbedrijf in de haven van La Spezia.

een lidstaat toe te rekenen misbruik, dan zou dit, behoudens één uitzondering, moeten bestaan in de feitelijke uitvoering van het bij de wet van 1994 ingevoerde, gewijzigde stelsel.

69. Gemakshalve kunnen de in geding zijnde categorieën van eventuele misbruiken grofweg worden omschreven als betrekking hebbend op de toereikendheid en gepastheid van de door de omgezette corporatie verleende diensten en de kosten van die diensten. Ik zal afzonderlijk ingaan op de vraag, of het een adequate maatregel was om omgezette corporaties toe te staan met betrekking tot het verrichten van havendiensten ook terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven te beconcurreren. Ofschoon dit laatste aspect van het door de wet van 1994 gevestigde stelsel de onderhavige zaak, meer dan welk ander aspect ook, onderscheidt van de zaak Porto di Genova, zal ik eerst de eerste twee, hierboven genoemde ruime categorieën van eventueel misbruik onderzoeken, die ons herinneren aan de omstandigheden van voornoemde zaak.

70. Ten aanzien van de eerste twee categorieën betogen verweerders, dat het enkele bestaan van de in de strafvervolging in het hoofdgeding aangeklaagde samenwerking erop duidt, dat verscheidene vergunninghoudende havenbedrijven in La Spezia in staat zijn zowel goedkopere als kwalitatief meer hoogwaardige diensten aan LSCT te leveren dan de omgezette corporatie. Gesteld wordt eveneens, dat de omgezette corporatie niet in staat is aan de vraag te voldoen. Deze stellingen zijn niet, althans niet rechtstreeks, door de Italiaanse regering weersproken. Ofschoon het aan de nationale rechter is om de waarachtigheid daarvan definitief vast te stellen, kunnen de volgende overwegingen daarbij wellicht van nut zijn.

71. Het Hof verkeert in onkunde over de vraag, of de bepalingen van artikel 112 van de Codice en artikel 203 van het Regolamento (zie punt 4 supra), krachtens welke de havenautoriteiten de tarieven feitelijk hebben vastgesteld, in de wet van 1994 zijn gehandhaafd. Noch is het Hof meegedeeld, of er thans bepalingen of voorschriften van kracht zijn die de omgezette corporatie ertoe verplichten, gebruik te maken van de moderne uitrusting waarvan in elk geval Compagnia, naar is gebleken, geen gebruik heeft willen maken in de haven van Genua. Te dien aanzien zij in herinnering geroepen, dat omgezette corporaties verplicht zijn zoveel mogelijk havenarbeiders die voorheen bij de havencorporaties werkzaam waren, in dienst te nemen, waardoor bestaande werkmethoden voortgang kunnen vinden. Over de capaciteit van de omgezette corporatie in La Spezia om aan de vraag te voldoen, is bij het Hof praktisch geen informatie bekend, met uitzondering van enige zinspelingen van de gemachtigde van de Italiaanse regering ter terechtzitting op recente ontslagen bij die corporaties. [87] Mocht worden geoordeeld, dat de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten tekortschiet, dan moet de ernst van deze tekortkoming mijns inziens op zijn minst de in de zaak Höfner en Elser vastgestelde tekortkoming evenaren, wil de lidstaat aansprakelijk kunnen worden gesteld.

87 — De omgezette corporatie beschikt misschien nog steeds over voldoende werknemers, in vaste dienst of op tijdelijke basis, om snel te kunnen inspringen op de vraag naar arbeidskrachten van terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven, telkens wanneer deze vraag zich voordoet, en op non-discriminerende basis. Het Hof beschikt evenwel niet over gegevens inzake het in artikel 23 van de wet van 1994 bedoelde regime van tijdelijke arbeid; zie voetnoot 25 en punt 38 supra.

Gelijksoortige overwegingen gaan op voor elk gesuggereerd gebrek aan goed opgeleid personeel of adequate uitrusting. Kortom, de nationale rechter moet er naar mijn oordeel van overtuigd zijn, dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen elk definitief door hem vastgesteld misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag en de door de wet van 1994 aan de omgezette corporatie verleende rechten.

72. Hoe dan ook ben ik ervan overtuigd, dat vanuit het oogpunt van de gecombineerde toepassing van de artikelen 90, lid 1, en 86 van het Verdrag de dualistische rol die aan omgezette corporaties is toebedeeld, het meest storende aspect is van een stelsel van regels zoals door de wet van 1994 in het leven is geroepen. Het lijkt mij onontkoombaar, dat een corporatie waaraan niet alleen een uitsluitend recht is verleend tijdelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen, doch waaraan tegelijkertijd wordt toegestaan, ogenschijnlijk zelfs zonder dat aan de reguliere eisen van de artikelen 16 en 18 van de wet van 1994 behoeft te zijn voldaan, terminalbedrijven en vergunninghoudende havenbedrijven op de markt te beconcurreren met betrekking tot het verrichten van havendiensten, zal worden gedwongen of zich sterk aangemoedigd zal voelen misbruik te maken van haar machtspositie. De positie waarin de omgezette corporatie zich bevindt, is des te meer bevoorrecht wanneer men zich realiseert, dat haar monopoliemacht alleen al door de omstandigheid dat het terminalbedrijf haar diensten verlangt, wordt versterkt. Laatstgenoemd bedrijf beschikt over zijn eigen personeel en zal normaliter, behoudens in gevallen van grote vraag, in een positie verkeren dat hij aan de vraag van havengebruikers kan voldoen zonder een beroep op de omgezette corporatie te hoeven doen. Doet zich in de haven een piek in de vraag voor en wil het terminalbedrijf al zijn klanten van dienst zijn, dan is het van essentieel belang, dat dit bedrijf een beroep op tijdelijke arbeidskrachten kan doen, aangezien het hem niet is toegestaan gebruik te maken van de losse arbeidskrachten die bij vergunninghoudende havenbedrijven werkzaam zijn. Tegelijkertijd mag de monopolistische aanbieder van tijdelijke arbeidskrachten rechtstreeks en in concurrentie met het terminalbedrijf diensten verlenen. Het zwakke punt van dit stelsel is, dat het ene gedeelte van de markt wordt gereguleerd, terwijl het andere gedeelte vrij wordt gelaten. Beziet men deze kwestie dus zuiver principieel, dan kan de omgezette corporatie van de havengebruiker een prijs verlangen die gelijk of lager is dan de prijs die zij aan het terminalbedrijf in rekening brengt. [88] Om competitief te blijven, wordt laatstgenoemd bedrijf hierdoor gedwongen zijn diensten tegen kostprijs of een nog lagere prijs aan te bieden. Indien de omgezette corporatie tevens gerechtigd was een hogere prijs voor de eindgebruiker te bedingen dan de prijs die zij aan terminalbedrijven in rekening brengt, zou zij diensten kunnen weigeren (vermoedelijk heeft zij het recht daartoe) en de opdracht alsnog in de wacht kunnen slepen ten koste van het terminalbedrijf, dat de benodigde tijdelijke arbeidskrachten niet elders kan inhuren.

73. De bevoorrechte positie waarin de omgezette corporatie ten gevolge van de wet van 1994 is komen te verkeren, is mijns inziens vergelijkbaar met die welke aan de Griekse radio- en televisiemonopolist in het arrest ERT was toegekend. In deze zaak oordeelde het Hof, dat „artikel 90, lid 1, EEG-

88 — Opmerking verdient evenwel, dat het Hof niet over informatie beschikt ten aanzien van de prijzen die de omgezette corporatie in de haven van La Spezia feitelijk in rekening brengt, of de wijze waarop zij die prijzen berekent. Zo is het bijvoorbeeld niet aan het Hof bekend (zoals opgemerkt in punt 71 supra), of artikel 112 van de Codice en artikel 203 van het Regolamento nog steeds, dan wel in gewijzigde vorm, van toepassing zijn: zie punt 4 en voetnoot 8 supra.

Verdrag zich verzet tegen de verlening door een lidstaat van een exclusief recht op het doorgeven van televisieprogramma's aan een onderneming die al een exclusief recht op het uitzenden van programma's heeft, wanneer deze rechten een situatie kunnen doen ontstaan waarin die onderneming tot overtreding kan komen van artikel 86 EEG-Verdrag door middel van een discriminerend programmabeleid in het voordeel van haar eigen programma's". [89]

74. Op basis van de voor het Hof beschikbare gegevens ben ik van oordeel, dat nationale wettelijke regelingen als de wet van 1994, die aan een onderneming het uitsluitend recht verleent tijdelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen, onder voorwaarden die deze onderneming vrijelijk zelf mag bepalen, aan andere ondernemingen die gerechtigd zijn havendiensten aan havengebruikers te verlenen in een haven die in vrachttermen van vergelijkbare omvang en gewicht is als de haven van La Spezia, van dien aard kunnen zijn, dat zij de begunstigde er rechtstreeks toe dwingen of hem er sterk toe aanmoedigen inbreuk te maken op artikel 86 van het Verdrag. Van een dergelijke dwang of aanmoediging is sprake, wanneer het de begunstigde onderneming tevens wordt toegestaan in afwijking, de jure of de facto, van de gebruikelijke nationale bepalingen die de verlening van vergunningen voor het verrichten van havendiensten ten behoeve van havengebruikers regelen, die diensten zelf te verrichten in concurrentie met andere ondernemingen die over de benodigde vergunning conform de hierboven genoemde nationale bepalingen beschikken, doch die voor het inhuren van externe tijdelijke arbeidskrachten een beroep op de begunstigde onderneming moeten doen.

C — *De tweede vraag*

75. Om de hierboven in de punten 67 tot en met 74 uiteengezette redenen ben ik van oordeel, dat een stelsel van exclusieve tijdelijke arbeidsbemiddeling, zoals door de wet van 1994 in Italiaanse havens in het leven geroepen, onverenigbaar is met artikel 90, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 86 van het Verdrag. Indien het Hof deze visie zou overnemen, betekent dit mijns inziens op zichzelf nog niet, dat wordt betwijfeld, of het verlenen van derogaties van een algemeen nationaal wettelijk verbod, zoals het in de wet van 1960 neergelegde verbod van particuliere arbeidsbemiddeling in Italië, in beginsel verenigbaar met het Verdrag is. Integendeel, dit zou de Italiaanse autoriteiten of de omgezette corporaties zelf beletten om in de omstandigheden van het onderhavige geval een beroep te doen op het exclusieve karakter van de door de wet van 1994 verleende derogatie, in het bijzonder tegen een terminalbedrijf dat havendiensten wenst te verrichten onder dezelfde concurrentievoorwaarden als de omgezette corporatie zelf, zulks uiteraard onder voorbehoud van het recht van de bevoegde Italiaanse autoriteiten om na te gaan, of alle ondernemingen die over een derogatie beschikken, voldoen aan de relevante bepalingen van de Italiaanse arbeidsbeschermingswetgeving. Om de nationale rechter een zinvol antwoord te kunnen geven, acht ik het in casu derhalve niet noodzakelijk, op de door de tweede vraag opgeworpen vraagpunten in te gaan.

89 — Reeds aangehaald, punt 37. In gelijke zin verklaarde het Hof in punt 51 van zijn arrest in de zaak Frankrijk/Commissie (reeds aangehaald, voetnoot 73) voor recht, dat wanneer aan een marktdeelnemer de taak wordt opgedragen apparatuur te keuren die door hemzelf en zijn concurrenten wordt gebruikt, hij „[d]aardoor een duidelijk voordeel ten opzichte van [zijn] concurrenten geniet".

VII — Conclusie

76. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door de Pretura circondariale, La Spezia, gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Op de eerste vraag stel ik het volgende antwoord voor:

Artikel 59 van het Verdrag staat in de weg aan een nationale wettelijke regeling die een onderneming met een concessie voor een haventerminal verbiedt, teneinde havendiensten aan in andere lidstaten gevestigde havengebruikers te kunnen verlenen, een beroep te doen op arbeid verricht door andere ondernemingen die gerechtigd zijn activiteiten in de haven uit te voeren, met uitzondering van de omgezette versies van het type havencorporatie dat in zaak C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, aan de orde was, tenzij kan worden vastgesteld, dat het verlenen van een dergelijk uitsluitend recht aan de betrokken omgezette corporaties noodzakelijk en geschikt was om de bescherming van havenarbeiders in Italiaanse havens te verzekeren.

In elk geval zijn nationale bepalingen die de terbeschikkingstelling van tijdelijke havenarbeiders enerzijds aan dergelijke omgezette corporaties voorbehouden, die alle als havencorporaties in de betrokken lidstaat waren gevestigd en uitsluitend havenarbeiders met de nationaliteit van die lidstaat in dienst hadden, terwijl zij die corporaties er thans anderzijds toe verplichten, die havenarbeiders op voorrangsbasis opnieuw in dienst te nemen, discriminerend op grond van nationaliteit ten opzichte van niet-Italiaanse havenarbeiders die werk in Italiaanse havens willen zoeken, en dientengevolge onverenigbaar met artikel 48 EEG-Verdrag, tenzij zij kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van een van de in artikel 48, lid 3, opgesomde, niet-economische gronden.

2) Voor zover het Hof de hierboven gedane aanbevelingen aangaande de eerste vraag niet overneemt, geef ik het in overweging, geen specifiek antwoord te

geven op de tweede vraag, doch in plaats daarvan de derde vraag te beantwoorden als volgt:

Artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 EG-Verdrag staat in de weg aan nationale bepalingen die een onderneming die gerechtigd is om havenactiviteiten ten behoeve van havengebruikers te verrichten, een uitsluitend recht toekennen om onder naar eigen inzicht te bepalen voorwaarden tijdelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen van andere ondernemingen die gerechtigd zijn soortgelijke havendiensten te verrichten ten behoeve van gebruikers van een haven met een omvang en van een belang voor de intracommunautaire handel als de haven van La Spezia in Italië."