CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER van 5 maart 1996 *

Inhoudsoverzicht

I — Het toepasselijke recht ..... I - 3290

A — Het gemeenschapsrecht ..... I - 3290

B — De rechtspraak van het Hof ..... I - 3291

C — Het optreden van de Commissie ..... I - 3295

D — Het nationale recht ..... I - 3296

1) Water-, gas- en elektriciteitsdistributie ..... I - 3296

2) De gezondheidszorg ..... I - 3297

3) Openbaar onderwijs ..... I - 3298

4) Zee- en luchtvervoer ..... I - 3298

5) De spoorwegen en het stedelijk en regionaal openbaar vervoer ..... I - 3299

6) Wetenschappelijk en technologisch onderzoek ..... I - 3300

7) Post (ELTA), telecommunicatie (OTE) en radio en televisie (ET) ..... I - 3301

8) De Ethniki Lyriki Skini en de stedelijke en gemeentelijke philharmonische orkesten ..... I - 3301

II — De niet-nakoming ..... I - 3301

A — De mogelijke richtingen voor de rechtspraak van het Hof ..... I - 3302

1) Is in de rechtspraak het beginsel van de toetsing per afzonderlijke betrekking neergelegd? ..... I - 3302

2) Moeten de nationale overheden de afwijking ab initio in al hun activiteitensectoren rechtvaardigen, of moet een onderscheid naar gelang van de sectoren worden gemaakt? ..... I - 3305

a) Het probleem van het onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren ..... I - 3305

b) De grote lijnen voor een onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren ..... I - 3309

* Oorspronkelijke taal: Frans.

B — De uitvoering van de gemaakte keuze ..... I - 3310

1) Het onderzoek van de in het verzoekschrift van de Commissie genoemde activiteitensectoren ..... I - 3310

2) De middelen van verweerster ..... I - 3311

a) Artikel 4, lid 4, van de Griekse Grondwet ..... I - 3311

b) Interne politieke moeilijkheden ..... I - 3312

c) Presidentieel decreet nr. 12/1992 ..... I - 3313

d) Nationale rechterlijke beslissing en nationaal individueel besluit ..... I - 3314

1. In het op 25 oktober 1994 ingestelde beroep wegens niet-nakoming verzoekt de Commissie het Hof:

— vast te stellen dat de Helleense Republiek, door de Griekse nationaliteit als voorwaarde te stellen voor de toegang tot de betrekkingen

a) in de overheids-, semi-overheids- of gemeentelijke ondernemingen en maatschappijen die de water-, gas- en elektriciteitsdistributie beheren,

b) in gezondheidszorg,

c) van onderwijzend personeel in de sector van het openbaar onderwijs in de kleuterscholen, het lager, het middelbaar, het hoger en het universitair onderwijs, die onder het Ministerie van Nationale opvoeding vallen,

d) in de diensten, maatschappijen of instellingen van het zee- en luchtvervoer,

e) bij de Griekse spoorwegen (OSE) en in de overheids- of gemeentelijke instellingen, maatschappijen en ondernemingen die het stedelijk en regionaal openbaar vervoer beheren,

f) van het wetenschappelijk en niet-wetenschappelijk personeel in de overheidsinstellingen voor onderzoek voor burgerlijke doeleinden,

g) in de overheids- of semi-overheidsinstellingen of -ondernemingen die de post (ELTA), de telecommunicatie (OTE) en de radio en televisie (ET) beheren,

h) van musicus bij de „Ethniki Lyriki Skini" en in de stedelijke en gemeentelijke orkesten,

de krachtens artikel 48 EEG-Verdrag [1] en de artikelen 1 en 7 van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap [2] op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen,

— de Helleense Republiek in de kosten te verwijzen.

2. Tijdens de precontentieuze procedure betwistte de Helleense Republiek aanvankelijk niet de conclusies van zeven van de acht schriftelijke ingebrekestellingen van de Commissie. De achtste ingebrekestelling, die betreffende de „Ethniki Lyriki Skini" en de stedelijke en gemeentelijke philharmonische orkesten, beantwoordde zij niet.

3. In haar antwoord op de eerste zeven ingebrekestellingen verstrekte zij de volgende preciseringen:

— zij had het initiatief genomen tot het opstellen van een lijst van de moeilijkheden die zich zouden kunnen voordoen ten gevolge van de afschaffing van de discriminatie op grond van nationaliteit ter zake van de toegang tot de betrekkingen in de publieke sector;

— de toepassingsbepalingen betreffende artikel 48 van het Verdrag, en met name die betreffende lid 4 van dat artikel zoals door het Hof uitgelegd, waren reeds opgenomen in de doelstellingen van haar eerste programma van administratieve vernieuwing 1992/1994;

— daartoe had zij een speciale commissie belast met het bestuderen en voorbereiden van de wijzigingen die aan de Griekse wetgeving moesten worden aangebracht, en met de omschrijving van de betrekkingen in overheidsdienst waartoe toegang mogelijk zou zijn en die waarbij dat niet het geval zou zijn.

4. Als antwoord op de zeven met redenen omklede adviezen die op die ingebrekestellingen zijn gevolgd, deelde de Helleense Republiek de Commissie de tekst van een

1 — In het verzoekschrift is mijns inziens ten onrechte sprake van artikel 48 *EG*-Verdrag, en niet van *EEG*-Verdrag, daar de met redenen omklede adviezen dateren van vóór 1 november 1993, datum van inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en daar de niet-nakoming van de uit artikel 48 voortvloeiende verplichtingen in beginsel op het ogenblik van het uitbrengen van die met redenen omklede adviezen moet worden beoordeeld. Het gaat hier slechts om een formeel verschil, daar artikel 48 niet gewijzigd is. Mocht de in het verzoekschrift bedoelde tekst gewijzigd zijn, dan zou echter die wijziging gevolgen voor de grond van de zaak gehad kunnen hebben.

2 — PB 1968, L 257, blz. 2.

wetsontwerp betreffende de toegang van de gemeenschapsonderdanen tot betrekkingen in overheidsdienst mee, en preciseerde daarbij, dat dit ontwerp in februari 1993 aan het parlement ter goedkeuring zou worden voorgelegd.

5. Het achtste met redenen omkleed advies, dat de Ethniki Lyriki Skini en de stedelijke en gemeentelijke philharmonische orkesten betrof, is onbeantwoord gebleven.

6. Aangezien uiteindelijk binnen de in de met redenen omklede adviezen gegunde termijnen geen enkele maatregel was vastgesteld, heeft de Commissie de onderhavige procedure ingeleid.

7. Thans concludeert de Helleense Republiek tot verwerping van het beroep. Aan het einde van haar dupliek vermeldt zij evenwel dat zij, los van de door haar aangevoerde middelen, „de mogelijkheden en modaliteiten met het oog op de tenuitvoerlegging van de beginselen van artikel 48 in de overheidsdienst blijft onderzoeken".

8. Dit beroep, net als de twee andere die voor het Hof aanhangig zijn [3], plaatst het Hof op het kruispunt van verschillende jurisprudentiële wegen. Het Hof zal een balans van zijn huidige rechtspraak moeten opmaken en daaruit de passende conclusies trekken met betrekking tot de draagwijdte van de uitzondering op het vrije verkeer van werknemers, voorzien in artikel 48, lid 4, van het Verdrag. Dienaangaande verzoekt de Helleense Republiek het Hof af te zien van de toetsing per sector en deze te vervangen door een toetsing van iedere afzonderlijke betrekking.

9. Eerst zal ik het toepasselijke recht onderzoeken (I), en vervolgens de vraag naar de al dan niet gegrondheid van het beroep wegens niet-nakoming (II).

I — Het toepasselijke recht

10. Sub A zal ik ingaan op de gemeenschapsbepalingen waarop de Commissie zich beroept, en sub B zal ik 's Hofs rechtspraak in dat verband onderzoeken. Op basis van die rechtspraak heeft de Commissie geopteerd voor een „systematisch optreden" (C), dat ertoe heeft geleid dat een aantal bepalingen van Grieks recht ter discussie zijn gesteld (D).

A — *Het gemeenschapsrecht*

11. In artikel 48, leden 1 tot en met 3, van het Verdrag is het beginsel van het vrije verkeer van werknemers neergelegd, alsook het

3 — Zie mijn afzonderlijke conclusies van heden in de zaken Commissie/Luxemburg (C-473/93) en Commissie/België (C-173/94).

corollarium daarvan, de afschaffing van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

12. Artikel 48, lid 4, bepaalt:

„De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdienst."

13. Met betrekking tot de toegang tot de tewerkstelling bepaalt artikel 1 van verordening nr. 1612/68:

„1. Iedere onderdaan van een Lid-Staat, ongeacht zijn woonplaats, heeft het recht, op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten, overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die de tewerkstelling van de nationale werknemers van deze Staat regelen.

2. Op het gebied van een andere Lid-Staat geniet hij met name dezelfde voorrang ten aanzien van het aanvaarden van arbeid in loondienst als de onderdanen van deze Staat."

14. Artikel 7, leden 1 en 2, van die verordening, inzake de toegang tot tewerkstelling en de gelijke behandeling, luidt als volgt:

„1. Een werknemer die onderdaan is van een Lid-Staat mag op het grondgebied van andere Lid-Staten niet op grond van zijn nationaliteit anders worden behandeld dan de nationale werknemers wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag, en, indien hij werkloos is geworden, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling.

2. Hij geniet er dezelfde sociale en fiscale voordelen als de nationale werknemers."

B — *De rechtspraak van het Hof*

15. In het arrest van 12 februari 1974, Sotgiu [4], oordeelde het Hof [5], dat „gelet op het fundamentele karakter, in het systeem van het Verdrag, van de beginselen van vrij verkeer en gelijkheid van behandeling van werknemers binnen de Gemeenschap, aan de in lid 4 van artikel 48 toegelaten afwijkingen geen draagwijdte mag worden toegekend, die verder zou gaan dat het doel waarvoor deze uitzondering is opgenomen".

4 — Zaak 152/73 (Jurispr. 1974, blz. 153).
5 — R. o. 4.

16. Het Hof heeft deze bepaling dus *strikt* uitgelegd. [6]

17. Ter precisering van de draagwijdte van de uitzondering voegde het Hof daaraan toe [7], dat

„(...) waar in genoemde bepaling geen enkel onderscheid wordt gemaakt, het van geen belang is of een werknemer is aangesteld als werkman, beambte of ambtenaar, dan wel of zijn arbeidsverhouding van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke aard is;

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

18. In het arrest van 17 december 1980, Commissie/België [8], beklemtoonde het Hof [9], dat

„het begrip overheidsdienst in de zin van artikel 48, lid 4, (...) in de gehele Gemeenschap eenvormig moet worden uitgelegd en toegepast"

(...) en dat

„(...) de afbakening van het begrip ‚overheidsdienst' in de zin van artikel 48, lid 4, niet volledig aan het eigen inzicht van de Lid-Staten kan worden overgelaten".

19. Het begrip overheidsdienst wordt dus door het gemeenschapsrecht beheerst.

20. In het arrest Commissie/België oordeelde het Hof [10]:

„Door [artikel 48, lid 4] worden een *aantal betrekkingen die, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhouden en die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen,* aan de werkingssfeer van de eerste drie leden van artikel 48 onttrokken. Dergelijke betrekkingen onderstellen immers bij de functionaris een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat en een wederkerigheid van rechten

6 — Zie ook arrest van 16 juni 1987 (zaak 225/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 2625, r. o. 7).

7 — Arrest Sotgiu (reeds aangehaald, r. o. 5).

8 — Zaak 149/79 (Jurispr. 1980, blz. 3881).

9 — R. o. 12 en 18.

10 — R. o. 10, cursivering van mij.

en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding."

21. Hier wordt dus een *functionele* [11] definitie van het begrip betrekking in overheidsdienst gegeven.

22. Het Hof heeft dus een louter *organische* definitie van het begrip overheidsdienst uitgesloten, waar het erop wees [12], dat „(...) zou men (...) de uitzondering van artikel 48, lid 4, uitbreiden tot betrekkingen die, hoewel afhangend van de Staat of van andere publiekrechtelijke lichamen, generlei medewerking aan overheidswerkzaamheden in eigenlijke zin inhouden, dan zouden een groot aantal betrekkingen aan de toepassing van de beginselen van het Verdrag worden onttrokken en zou het, vanwege de verschillen in de organisatie van de Staat en die van bepaalde sectoren van het economisch leven, tot ongelijkheden tussen de Lid-Staten komen".

23. Het restrictieve karakter van de uitzondering van artikel 48, lid 4, werd nog versterkt door het vereiste van twee cumulatieve voorwaarden: deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag *en* aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen. In een later arrest is het voegwoord „en" vervangen door „of". [13] In andere, eerdere en latere [14], beslissingen is evenwel vastgehouden aan de cumulatieve aard van de twee voorwaarden.

24. Ook in voormeld arrest van 17 december 1980, Commissie/België, wees het Hof op het restrictieve karakter van de uitzondering, waar het uitsloot, dat de onderdanen van de overige Lid-Staten in het algemeen van betrekkingen van de overheid of van openbare lichamen kunnen worden uitgesloten op de enkele grond dat ten gevolge van bevordering of overplaatsing de nieuwe post waartoe de ambtenaar toegang zou kunnen verkrijgen, typische overheidstaken en -verantwoordelijkheden kan omvatten [15]:

„(...) artikel 48, lid 4, dat het oog heeft op betrekkingen die de uitoefening van openbaar gezag en het dragen van verantwoordelijkheid voor de bescherming van de algemene staatsbelangen implieeren, (staat) de Lid-Staten toe door middel van passende regelingen de toegang tot functies die, in een bepaalde loopbaan, dienst of groep de

11 — Woord uitdrukkelijk gebruikt in arrest van 3 juni 1986 (zaak 307/84, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 1725, r. o. 12): „(...) het criterium voor de toepasselijkheid van artikel 48, lid 4, EEG-Verdrag (moet) functioneel (...) zijn (...)"

12 — Arrest Commissie/België (reeds aangehaald, r. o. 11).

13 — Arrest Commissie/Italië (reeds aangehaald, r. o. 9).

14 — Arrest Commissie/Frankrijk (reeds aangehaald, r. o. 12), en arresten van 3 juli 1986 (zaak 66/85, Lawrie-Blum, Jurispr. 1986, blz. 2121, r. o. 27); 30 mei 1989 (zaak 33/88, Allué en Coonan, Jurispr. 1989, blz. 1591, r. o. 7, alsmede punt 12 van de conclusie van advocaat-generaal Lenz, die het voegwoord „en" beklemtoont), en 27 november 1991 (zaak C-4/91, Bleis, Jurispr. 1991, blz. I-5627, r. o. 6, *waarin uitdrukkelijk* niet alleen naar voormeld arrest Commissie/België, maar ook *naar het eveneens reeds aangehaalde arrest Commissie/Italië wordt verwezen, als precedent voor het cumulatieve karakter van de twee voorwaarden*).

15 — R. o. 21 en 22, cursivering van mij.

uitoefening van dat gezag of die verantwoordelijkheid omvatten, aan de eigen onderdanen voor te behouden.

(...) de (...) uitlegging van artikel 48, lid 4, waardoor die vreemde onderdanen *in het algemeen van overheidsbetrekkingen zouden worden uitgesloten,* zou leiden tot een veel verder gaande beperking van hun rechten dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen van deze bepaling (...)".

25. Samenvattend volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat

— het nationaliteitsvereiste niet mag worden gesteld ter zake van de toegang tot betrekkingen die geen rechtstreekse of indirecte deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag of aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen inhouden; voor die betrekkingen geldt het beginsel van het vrije verkeer van werknemers;

— het nationaliteitsvereiste zelfs niet mag worden gesteld ter zake van betrekkingen die aanvankelijk niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 48, lid 4, doch waarvan de titularissen nadien ten gevolge van overplaatsing of bevordering tot typische overheidstaken en -verantwoordelijkheden geroepen kunnen worden; alleen laatstbedoelde taken en verantwoordelijkheden mogen de Lid-Staten aan hun eigen onderdanen voorbehouden.

26. Tot op heden heeft het Hof geoordeeld, dat de volgende betrekkingen niet onder de uitzondering van artikel 48, lid 4, vallen:

— post: arbeider [16];

— spoorwegen: rangeerder, sjouwer, conducteur, spoorlegger, seingever, bureaureiniger, hulpschilder, hulpgarneerder, werkman onderhoud batterijen, sectiebereider, ankerbereider, nachtwaker, reiniger, refectorist, handlanger werkhuis [17];

— gemeenten: schrijnwerker, hulptuinier, verpleegster, kinderverzorgster, opzichter, verpleegster voor kinderbewaarplaatsen, elektricien, loodgieter [18];

16 — Impliciet in het arrest Sotgiu (reeds aangehaald, r. o. 4, vierde alinea).

17 — Arrest van 26 mei 1982 (zaak 149/79, Commissie/België, Jurispr. 1982, blz. 1845).

18 — Ibidem.

— openbare ziekenhuizen: verpleger, verpleegster [19];

— openbaar onderwijs: kandidaat-leraar [20]; leraar middelbaar onderwijs [21]; lector vreemde talen aan een universiteit [22];

— burgerlijk onderzoek: onderzoeker [23].

C — *Het optreden van de Commissie*

27. Het onderhavige geschil is gerezen in de eindfase van een „systematisch optreden" van de Commissie op basis van bekendmaking 88/C 72/02. [24]

28. Dit optreden beoogde de afschaffing van de beperkingen op grond van nationaliteit, die in de Lid-Staten werknemers uit andere Lid-Staten de toegang tot betrekkingen in bepaalde overheidssectoren ontzeggen, met artikel 48, lid 4, van het Verdrag als alibi.

29. Het betrof bij voorrang de volgende sectoren:

— organen die belast zijn met een commerciële dienst (bij voorbeeld openbaar vervoer, elektriciteits- of gasdistributie, lucht- of zeevaartmaatschappijen, post en telecommunicatie, radio- en televisieomroep);

— de gezondheidszorg;

— het openbaar onderwijs;

— het burgerlijk onderzoek in openbare instellingen.

30. De Commissie was van mening, dat de taken en verantwoordelijkheden die kenmerkend zijn voor de betrekkingen in die sectoren, in het algemeen zo weinig van doen hebben met specifieke overheidstaken zoals die door het Hof zijn gedefinieerd, dat zij slechts bij wijze van hoge uitzondering onder de afwijking van artikel 48, lid 4, van het Verdrag kunnen vallen. Haars inziens komen deze activiteiten ook voor in de particuliere

19 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald.
20 — Arrest Lawrie-Blum, reeds aangehaald.
21 — Arrest Bleis, reeds aangehaald.
22 — Arrest Allué en Coonan, reeds aangehaald.
23 — Arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald.
24 — Vrij verkeer van werknemers en de toegang tot overheidsbetrekkingen in de Lid-Staten — Optreden van de Commissie ter zake van de toepassing van artikel 48, lid 4, van het EEG-Verdrag (PB 1988, C 72, blz. 2).

sector, waarop artikel 48, lid 4, niet van toepassing is, of kunnen zij in de publieke sector worden verricht zonder nationaliteitseisen.

31. De Commissie kondigde aan, dat zij de conclusies van haar onderzoek in de gekozen sectoren aan de betrokken Lid-Staten zou meedelen en dat zij hun zou verzoeken de toegang tot de betrekkingen in die sectoren open te stellen voor werknemers die onderdaan van andere Lid-Staten zijn. Zij rekende op de actieve en doeltreffende medewerking van de Lid-Staten teneinde zoveel als mogelijk gerechtelijke procedures te voorkomen. Zij behield zich voor, zo nodig een beroep wegens niet-nakoming in te stellen.

32. Na contacten over en weer met de Lid-Staten heeft de Commissie vastgesteld, dat de meeste Lid-Staten wetgevende en/of bestuursrechtelijke maatregelen hadden vastgesteld teneinde hun nationale recht aan de eisen van het gemeenschapsrecht aan te passen, doch dat drie Lid-Staten dat nog niet hadden gedaan, of nog geen stappen in die richting hadden ondernomen.

33. Bijgevolg heeft de Commissie besloten tegen die drie Lid-Staten, waaronder de Helleense Republiek, een procedure wegens niet-nakoming in te leiden. [25]

25 — Voor de verwijzing naar de andere twee zaken, zie voetnoot 3 hierboven.

D — *Het nationale recht*

34. Uit de stukken blijkt, dat voor de toegang tot de in het verzoekschrift vermelde betrekkingen de Griekse nationaliteit als voorwaarde wordt gesteld, onder de hierna samengevatte voorwaarden.

1) *Water-, gas- en elektriciteitsdistributie*

35. De overheids-, semi-overheids- of gemeentelijke ondernemingen en maatschappijen die belast zijn met het beheer van de distributie van water (bij voorbeeld EYDAP te Athene), gas (bij voorbeeld DEFA, het gemeentelijk gasbedrijf te Athene) en elektriciteit (DEH, de overheidsonderneming die in het gehele land de produktie en distributie van elektriciteit beheert), worden ofwel door de staat, ofwel door plaatselijke lichamen gecontroleerd.

36. Wat de door de staat gecontroleerde ondernemingen en maatschappijen betreft, stellen wet nr. 1735/87 en ministerieel besluit DIPPP/F.1/116 van 7/8 januari 1988 de Griekse nationaliteit als voorwaarde voor de toegang tot de betrekkingen in de publieke sector. Dit vereiste wordt ook gesteld in de bijzondere wettelijke of bestuursrechtelijke teksten die op die overheidsondernemingen van toepassing zijn en die het statuut van

hun personeel bepalen, zoals bij voorbeeld in artikel 5, lid 5, van het algemeen statuut van het personeel van het openbare elektriciteitsbedrijf (DEH).

37. Bij de gemeentelijke ondernemingen en maatschappijen (bij voorbeeld DEFA) wordt in de wettelijke of bestuursrechtelijke teksten die het personeelsstatuut van de plaatselijke lichamen bepalen (bij voorbeeld artikel 260 van wet nr. 1188/81 en de artikelen 7 en 66 van presidentieel decreet nr. 410/88), alsmede in de interne reglementen van de betrokken ondernemingen of maatschappijen de Griekse nationaliteit als voorwaarde gesteld.

2) *De gezondheidszorg*

38. Krachtens artikel 2, lid 4, van wet nr. 1821/88, waarbij artikel 26 van wet nr. 1397/83 betreffende de nationale gezondheidsregeling impliciet is gewijzigd, kunnen bij wijze van uitzondering gemeenschapsonderdanen die het Grieks machtig zijn tot de betrekkingen van arts en verpleger in de openbare ziekenhuizen worden toegelaten.

39. Tot alle andere betrekkingen in de openbare ziekenhuizen (publiekrechtelijke rechtspersonen) of andere publieke gezondheidsdiensten (gezondheidscentra enz.) hebben alleen Griekse onderdanen toegang.

40. Al deze instellingen behoren immers tot de publieke sector, zodat het vereiste van de Griekse nationaliteit geldt, voorzien in voormelde wet nr. 1735/87 en in ministerieel besluit DIPPP/F.1/116 van 7/8 januari 1988, die zowel op het personeel dat ambtenaar is als op de andere personeelsleden in de publieke sector van toepassing zijn.

41. Artikel 7 van presidentieel decreet nr. 410/88 betreffende de aanwerving, op arbeidscontract, van gespecialiseerd wetenschappelijk personeel, technisch personeel en hulppersoneel in overheidsdienst, verwijst naar het ambtenarenwetboek en legt dus het vereiste van de Griekse nationaliteit op.

42. Ten slotte stelt artikel 66 van hetzelfde decreet zelfs voor de aanwerving, op arbeidscontract, van seizoenarbeiders of personeel dat met het oog op tijdelijke behoeften wordt aangeworven, de Griekse nationaliteit als voorwaarde.

3) *Openbaar onderwijs*

43. Krachtens artikel 2 van het ambtenarenwetboek valt het openbaar kleuteronderwijs en het openbaar lager en middelbaar onderwijs (algemeen technisch en beroeps) binnen zijn werkingssfeer. Ter zake van de toegang tot de betrekkingen in die sectoren geldt dus de in artikel 18 van dat wetboek in het algemeen gestelde voorwaarde van de Griekse nationaliteit.

44. Hetzelfde beginsel geldt krachtens wet nr. 1404/83 voor het onderwijzend en niet-onderwijzend personeel in het technisch onderwijs, en ingevolge wet nr. 1268/82 en artikel 16, lid 6, van de Grondwet voor het personeel van het universitair onderwijs.

45. Bij wijze van uitzondering voorziet artikel 79, lid 7, van wet nr. 1566/85, die met name wet nr. 1268/82 aanvult, in de mogelijkheid dat voor bepaalde betrekkingen bij gebreke van Griekse gegadigden buitenlanders worden aangeworven (gespecialiseerde wetenschappers, gemachtigde assistent-hoogleraren), doch zulks enkel op basis van een eenmaal verlengbaar arbeidscontract van één jaar en zonder dat de betrokkenen het recht hebben om deel uit te maken van de beheersorganen.

46. Ten slotte is in de artikelen 4 en 5 van wet nr. 5139/31 in uitzonderingen voorzien voor hoogleraren in de vakken vreemde talen en buitenlandse literatuur die aan een universiteit doceren.

4) *Zee- en luchtvervoer*

47. Tot de publikatie van presidentieel decreet nr. 12/1992 [26] werd in de sector van het zeevervoer de Griekse nationaliteit als voorwaarde gesteld door:

— artikel 4, lid 1, van decreet-wet nr. 2651/53 betreffende de samenstelling van de bemanning van Griekse schepen, behoudens de uitzonderingen voorzien in artikel 4, lid 2, van dezelfde wet;

— artikel 5 van koninklijk besluit nr. 1(14) van 3 november 1836 betreffende de koopvaardij, dit voor drie vierde van de bemanning van het schip;

— artikel 57 van het zeevaartwetboek betreffende de inschrijving van zeelieden in de registers; daarentegen stelde artikel 59 van hetzelfde wetboek de Griekse nationaliteit niet als voorwaarde voor de inschrijving in het register voor lager boordpersoneel.

26 — *Staatsblad van de Helleense Republiek*, 1993, deel I, nr. 5, van 1 februari 1993.

48. De artikelen 1 en 2 van presidentieel decreet nr. 12/1992 bepalen:

„Artikel 1

Dit presidentieel decreet beoogt de Griekse wetgeving, en in het bijzonder van de artikelen 56, 57, 87 en 88 van het Zeevaartwetboek (decreet-wet nr. 187/73) en de bepalingen van urgentiewet nr. 192/36, voor zover deze bepalingen zeelieden die onderdaan van Lid-Staten van de Europese Gemeenschap zijn de toegang tot de betrekkingen in de Griekse koopvaardij ontzeggen (...) in overeenstemming te brengen met de bepalingen van de artikelen 7 en 48 EEG-Verdrag en de artikelen 1, 2, 3 en 4 van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (...)

Artikel 2

1. De onderdanen van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap die volgens de wetgeving van hun land het statuut van zeeman hebben, hebben dezelfde mogelijkheden van toegang tot de betrekkingen op de Griekse koopvaardijschepen als die welke Griekse zeelieden ingevolge de relevante bepalingen van de Griekse wetgeving hebben, uitgezonderd de functies van kapitein en diens wettelijke plaatsvervanger.

2. Daartoe wordt, wanneer in de geldende wetgeving inzake tewerkstelling in de Griekse koopvaardij de woorden ‚Griekse zeelieden' of ‚onderdanen' voorkomen, of elk ander woord dat naar een persoon met de Griekse nationaliteit verwijst, aangenomen dat die bewoordingen ook slaan op de onderdanen van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap die ingevolge de wetgeving van hun land van oorsprong of herkomst het statuut van zeeman hebben."

49. De maatschappijen die het luchtvervoer verzorgen, behoren tot de publieke sector. Krachtens voormelde wet nr. 1735/87 en ministerieel besluit nr. DIPPP/F.1/116 van 7-8 januari 1988 geldt hier dus het nationaliteitsvereiste.

5) *De spoorwegen en het stedelijk en regionaal openbaar vervoer*

50. Artikel 19, lid 1, van het algemeen statuut van het personeel van de Griekse spoorwegen (OSE) bepaalt, dat niemand kan worden aangeworven, indien hij niet de Griekse nationaliteit bezit. Ingevolge lid 3 van dat artikel is de — uitzonderlijke — aanwerving van buitenlanders onderworpen aan bij bijzondere wetten gestelde voorwaarden.

51. Het stedelijk en regionaal openbaar vervoer behoort tot de publieke sector.

52. Krachtens voormelde wet nr. 1735/87 en ministerieel besluit DIPPP/F.1/116 van 7/8 januari 1988 geldt hier dus het nationaliteitsvereiste.

53. Dit vereiste is ook neergelegd in de wettelijke en bestuursrechtelijke teksten die van toepassing zijn op de — al dan niet tot de publieke sector behorende — vervoerinstellingen, -ondernemingen of -maatschappijen (bij voorbeeld artikel 8 van het reglement voor het personeel van de binnenlandse diensten van de Griekse elektrische spoorwegen, artikel 15 van het reglement voor het personeel van de buitenlandse diensten van dezelfde onderneming, en artikel 11 van het algemeen statuut van het personeel van de elektrische autobussen van Athene).

6) *Wetenschappelijk en technologisch onderzoek*

54. Ingevolge artikel 16, lid 2, van wet nr. 1514/85 betreffende de ontwikkeling van het wetenschappelijk en technologisch onderzoek en de krachtens artikel 25 van die wet vastgestelde decreten moeten in beginsel alle leden van het wetenschappelijk onderzoekspersoneel de Griekse nationaliteit bezitten.

55. Bij wijze van uitzondering kan een buitenlander tot hoofd van een nationaal onderzoekscentrum worden benoemd, indien dat centrum bij interstaatse overeenkomst is opgericht en deze overeenkomst een uitdrukkelijke bepaling in die zin bevat.

56. Krachtens artikel 19, lid 1, sub a, van wet nr. 1514/85 is voorts de aanwerving van buitenlandse bezoekende wetenschappelijke onderzoekers mogelijk, doch uitsluitend op privaatrechtelijk arbeidscontract met een duur van drie maanden tot twee jaar, in uitzonderlijke gevallen met één jaar verlengbaar.

57. Artikel 25, lid 1, sub b, bepaalt, dat de uitvoeringsbepalingen voor werkzaamheden die de beoordeling van de resultaten van onderzoeksprogramma's inhouden, van het nationaliteitsvereiste mogen afzien.

58. Voor het technisch personeel, het administratief personeel en hulppersoneel geldt het nationaliteitsvereiste ingevolge de artikelen 20 en 21 van de wet en ingevolge de algemene bepalingen die op alle burgerlijke ambtenaren van de staat en op de publiekrechtelijke rechtspersonen (ambtenarenwetboek, enz.) van toepassing zijn.

59. Ten slotte is de Griekse nationaliteit vereist voor alle personeelsleden op contract van

die instellingen, dit ingevolge artikel 24 van wet nr. 1514/85, artikel 7 van wet nr. 1735/87, de artikelen 7 en 66 van decreet nr. 410/88, en het ministerieel besluit DIPPP/F.1/116 van 7/8 januari 1988.

7) Post (ELTA), telecommunicatie (OTE) en radio en televisie (ET)

60. De overheids- of semi-overheidsinstellingen die de post, de telecommunicatie en de radio en televisie beheren, behoren tot de publieke sector.

61. Krachtens voormelde wet nr. 1735/87 en ministerieel besluit DIPPP/F.1/116 van 7/8 januari 1988 geldt hier dus het vereiste van de Griekse nationaliteit.

62. Dit vereiste is ook neergelegd in de bijzondere wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen tot vaststelling van het personeelsstatuut van die instellingen [bij voorbeeld in artikel 7 van het algemeen statuut van het personeel van de Griekse post (ELTA) en in artikel 6, lid 1, van het algemeen statuut van het telecommunicatiebedrijf (OTE)].

8) De Ethniki Lyriki Skini en de stedelijke en gemeentelijke philharmonische orkesten

63. Alleen Griekse onderdanen komen in aanmerking voor een betrekking bij de Ethniki Lyriki Skini; alle buitenlanders, ook de onderdanen van de andere Lid-Staten, zijn uitgesloten.

64. Ook de plaatselijke autoriteiten stellen de Griekse nationaliteit als voorwaarde voor de aanwerving voor onbepaalde duur van musici van de stedelijke en gemeentelijke philharmonische orkesten. Zo heeft bij voorbeeld de burgemeester van Athene geweigerd wet nr. 1874/90, die in de omzetting van elk contract voor bepaalde duur in een contract van onbepaalde duur voorziet, toe te passen op een musicus, zulks om redenen verband houdend met diens nationaliteit; de burgemeester beriep zich daartoe op artikel 7 van presidentieel decreet nr. 410/88, dat voor de aanwerving, op arbeidscontract, van gespecialiseerd wetenschappelijk personeel, technisch personeel en hulppersoneel in dienst van de staat, de plaatselijke lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen de Griekse nationaliteit als voorwaarde stelt.

II — De niet-nakoming

65. Zoals ik aan het begin van mijn conclusie reeds heb gezegd, staat het Hof op het kruispunt van verschillende jurisprudentiële wegen. Het dient, gelet op de mogelijkheden die er zijn, een keuze te maken (A). Daarna

moet die keuze worden geconcretiseerd, rekening houdend met de omstandigheden van het onderhavige geval (B).

A — *De mogelijke richtingen voor de rechtspraak van het Hof*

66. De Helleense Republiek betoogt, dat volgens 's Hofs rechtspraak een toetsing per sector uitgesloten is en dat ieder afzonderlijk geval moet worden beoordeeld (1).

67. Mijns inziens dient het Hof verweerster hier niet te volgen.

68. Het Hof rest dan de keuze tussen twee mogelijke logische ontwikkelingen in zijn rechtspraak:

— ofwel aannemen dat het aan de nationale overheden staat om *op alle gebieden* van hun activiteit, en dus met name op de in het verzoekschrift bedoelde, aan te tonen dat de afwijking van artikel 48, lid 4, gerechtvaardigd is,

— ofwel *een onderscheid te maken* tussen enerzijds de gebieden die niet tot de specifieke overheidstaken behoren, waar de overheid die last draagt, en anderzijds de gebieden die wel tot die specifieke overheidstaken behoren, waar het aan de Commissie of aan een gemeenschapsonderdaan zou staan om aan te tonen dat een bepaalde betrekking niet voldoet aan de voorwaarden om als betrekking in overheidsdienst in de zin van 's Hofs rechtspraak te worden beschouwd (2).

1) *Is in de rechtspraak het beginsel van de toetsing per afzonderlijke betrekking neergelegd?*

69. Het beroep van de Commissie is in die zin bijzonder, dat het vertrekt van een systematisch onderzoek van verschillende gehele sectoren die tot de staat of de openbare lichamen behoren.

70. Volgens verweerster heeft het Hof, met name in voormelde arresten van 17 december 1980 en 26 mei 1982, Commissie/België, het beginsel van de toetsing per afzonderlijk geval neergelegd.

71. In het arrest van 17 december 1980 preciseerde het Hof inderdaad [27]:

„Daarom moet worden nagegaan of de in het verzoekschrift bedoelde betrekkingen onder het begrip overheidsdienst (...) vallen (...) die kwalificatie hangt [af] van de vraag of de betrokken functies al dan niet typerend zijn voor de specifieke taak van de overheid, voor zover deze is belast met de uitoefening van het openbaar gezag en verantwoordelijk is voor de bescherming van de algemene belangen van de staat."

72. In het arrest van 26 mei 1982 nam het Hof deze overwegingen over. [28]

73. Niettemin geloof ik niet, dat 's Hofs rechtspraak daadwerkelijk een toetsing per afzonderlijk geval oplegt.

74. De zaak 149/79 was de eerste waarin het Hof het begrip betrekking in overheidsdienst diende te definiëren. Reeds dit vergde een pragmatische aanpak. In het verzoekschrift werd het Koninkrijk België verweten, dat het „voor niet onder artikel 48, lid 4, EEG-Verdrag vallende *betrekkingen* het bezit van de Belgische nationaliteit als aanwervingsvereiste" [29] had gesteld of had laten stellen. Gezien deze formulering *moest* het Hof dus, teneinde te kunnen oordelen of er sprake was van een niet-nakoming, nagaan of de litigieuze „betrekkingen" al dan niet onder artikel 48, lid 4, vielen. Om die reden heeft het Hof partijen in de loop van de procedure moeten verzoeken om bijkomende inlichtingen over de lijst van de betrokken betrekkingen, en vervolgens, in het tussenarrest van 17 december 1980, over de werkelijke aard van de met die betrekkingen overeenstemmende functies.

75. De reeds vermelde latere arresten betroffen weliswaar specifieke betrekkingen en niet gehele sectoren, doch dat was enkel zo, omdat bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing of een beroep wegens niet-nakoming betreffende een bijzondere betrekking was ingediend, respectievelijk ingesteld.

76. Het Hof heeft zich dus bij zijn benadering veeleer laten leiden door het voorwerp van de zaak dan door wil om een uitleggingsbeginsel te poneren.

77. Door het begrip betrekking in overheidsdienst als een gemeenschapsrechtelijk begrip te beschouwen, heeft het Hof een in

27 — R. o. 12.

28 — R. o. 7.

29 — Arrest van 17 december 1980 (r. o. 1, cursivering van mij).

de tijd en in de ruimte variabele inhoud van het beginsel van het vrije verkeer van werknemers en het discriminatieverbod willen voorkomen.

78. Mocht nu een beoordeling per afzonderlijk geval mogelijk zijn, dan zou elke Lid-Staat in elke sector van zijn keuze zijn nationale definitie van het begrip overheidsdienst kunnen opdringen zolang de Commissie of een gemeenschapsonderdaan voor een of meer bepaalde betrekkingen geen bezwaar maakt.

79. Via het mechanisme van de bewijslast zouden de Lid-Staten het beginsel van het vrije verkeer van werknemers dus kunnen ondergraven door met de afwijking te schermen.

80. De Commissie of de gemeenschapsonderdanen zouden *in alle omstandigheden het negatieve bewijs moeten leveren,* dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een *afwijking* van een communautaire vrijheid. Op zijn zachtst gezegd zou dit gevolg in strijd zijn met de regels inzake de uitlegging van beginselen en de afwijkingen daarvan.

81. Gezien het belang van de praktische gevolgen van zo een regeling voor de bewijslast zou de bijdrage die het Hof tot de tenuitvoerlegging van een van de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden levert, aanzienlijk worden beperkt.

82. Uiteindelijk zouden een Lid-Staat en zijn openbare lichamen hun diensten slechts betrekking per betrekking moeten openstellen, naarmate door de Commissie of door gemeenschapsonderdanen procedures worden ingeleid. Anders gezegd, het zou decennia duren alvorens het gemeenschapsrecht op uniforme wijze werd toegepast.

83. Ik ben het dan ook niet eens met de wijze waarop de Helleense Republiek 's Hofs rechtspraak uitlegt.

84. In casu heeft de niet-nakoming die de Helleense Republiek wordt verweten een ander voorwerp dan de reeds beslechte zaken.

85. Verweerster wordt niet verweten, dat zij de gemeenschapsonderdanen de toegang tot bepaalde betrekkingen heeft ontzegd. Haar wordt verweten, dat zij zonder bijzondere rechtvaardiging de toegang tot alle of tot de meeste betrekkingen van een activiteitensector belet, in plaats van deze sector open te stellen voor het vrije verkeer, met als enige uitzondering daarop de betrekkingen die

uitdrukkelijk doch limitatief zijn omschreven op basis van rechtvaardigingen die ontleend zijn aan 's Hofs definitie van het begrip betrekkingen in overheidsdienst.

86. De gestelde niet-nakoming houdt dus verband met een vergissing in de zienswijze van verweerster, die het onderscheid beginsel/afwijking niet op de juiste wijze maakt.

2) *Moeten de nationale overheden de afwijking ab initio in al hun activiteitensectoren rechtvaardigen, of moet een onderscheid naar gelang van de sectoren worden gemaakt?*

87. De toepassing van het beginsel van de toetsing per betrekking zou het impact van de huidige rechtspraak in grote mate ondermijnen; blijft nog te bepalen welke de logische gevolgen van die rechtspraak zijn voor de diverse activiteitensectoren van de staat en de openbare lichamen.

88. Ik zal eerst ingaan op het probleem van het onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren (a) en vervolgens de grote lijnen voor dat onderscheid voorstellen (b).

a) Het probleem van het onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren

89. Zoals hierboven gezegd [30], heeft het Hof een *functionele* definitie van het begrip betrekking in overheidsdienst gegeven.

90. Uit een functionele benaderingswijze *van de betrekkingen alleen* zou men kunnen afleiden, dat 's Hofs definitie van een afwijking van het vrije verkeer op uniforme wijze op alle activiteitensectoren van de overheid moet worden toegepast.

91. Overeenkomstig de regels inzake de toepassing van een beginsel en de afwijkingen daarop, zou de overheid in alle sectoren ab initio de afwijkingen moeten rechtvaardigen waarop zij zich beroept. De onderdanen van de andere Lid-Staten zou enkel toegang worden ontzegd tot de betrekkingen die uitdrukkelijk door de overheid zijn aangewezen als betrekkingen die voldoen aan de voorwaarden van de communautaire definitie, onder voorbehoud van a posteriori toetsing door de nationale rechter en, in voorkomend geval, door het Hof.

92. Vanuit het oogpunt van de juridische logica lijkt deze analyse aantrekkelijk. Zij

30 — Punt 21 en de desbetreffende voetnoot.

behelst immers een eenvormige redenering die voor alle activiteiten van de staat geldt en zij respecteert zowel de regel dat afwijkingen strikt moeten worden uitgelegd, als de regel dat hij die zich op een afwijking beroept, zulks behoort te rechtvaardigen.

93. Voorts heeft zij als voordeel, dat zij de gelijke toegang garandeert van de gemeenschapsonderdanen, al dan niet onderdanen van een bepaalde Lid-Staat, tot het grootste gedeelte van de activiteitensectoren die geen verband houden met specifieke overheidstaken, aangezien in die sectoren de afwijkingen die rechtmatig op artikel 48, lid 4, van het Verdrag zijn gebaseerd, gering in aantal zijn.

94. Zij heeft evenwel als nadeel, dat zij in de sectoren van de specifieke overheidstaken de overheid ertoe verplicht, een zeer omvangrijke lijst van afwijkingen op te stellen. In die sectoren voldoen immers veel bijzondere betrekkingen aan de voorwaarden die het Hof ter zake van betrekkingen in overheidsdienst heeft gesteld en hun aantal overtreft ruimschoots dat van de betrekkingen die onder het beginsel van het vrije verkeer vallen.

95. Technisch-juridisch is het wellicht niet de juiste weg, de overheid die verplichting op te leggen.

96. Ik stel het Hof dan ook voor, dat niet te doen, te meer daar een andere oplossing mogelijk is, namelijk die van het onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren.

97. Reeds vanaf het eerste arrest Commissie/België, reeds aangehaald [31], is het Hof uitgegaan van een analyse per sectoren:

„Bij de omschrijving van de werkingssfeer van artikel 48, lid 4, rijzen evenwel bijzondere moeilijkheden doordat *de overheid* in de verschillende Lid-Staten *economische en sociale taken aan zich getrokken heeft of deelneemt in activiteiten die niet als typische overheidstaken zijn te beschouwen, doch die wegens hun aard wel behoren tot het gebied waarop het Verdrag van toepassing is.*"

98. Bij elke zaak heeft het Hof zich *terloops* steeds afgevraagd, of *de algemene activiteit van de sector* verband hield met specifieke overheidstaken. Met betrekking tot de betrekkingen van verpleger/verpleegster en docent/docente bij voorbeeld heeft het Hof zich gebogen over de vraag, of de ziekenzorg

31 — R. o. 11, cursivering van mij.

in de openbare ziekenhuizen, respectievelijk het onderwijs in de sector van het openbaar onderwijs, verband hield met specifieke overheidstaken.

99. In casu dient het Hof zich uit te spreken over een niet-nakoming ten aanzien van gehele sectoren.

100. Op dat verzoek kan enkel worden ingegaan, indien het Hof uitdrukkelijk het beginsel van het onderzoek per sector erkent, van welk beginsel het pas in het eerste voormelde arrest Commissie/België gewag heeft gemaakt.

101. Die oplossing kan ik bijtreden.

102. Mijns inziens is een redenering in twee fasen geboden.

103. De eerste fase betreft *het onderzoek van de algemene activiteit van de betrokken sector,* en het nagaan van de gevolgen daarvan voor de bewijslast.

104. Zij kan worden beschreven als volgt:

— indien de activiteit van de betrokken sector verband houdt met specifieke overheidstaken, moet men aannemen dat de meeste betrekkingen van die sector voldoen aan de communautaire voorwaarden ter zake van betrekkingen in overheidsdienst; deze sector valt dus a priori onder artikel 48, lid 4, van het Verdrag, en de Commissie of een gemeenschapsonderdaan zal moeten aantonen dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor de afwijking;

— indien daarentegen de activiteit van een sector niets van doen heeft met specifieke overheidstaken, moet men aannemen dat de meeste betrekkingen van die sector niet aan de communautaire voorwaarden ter zake van betrekkingen in overheidsdienst voldoen; zo een sector valt dus a priori onder artikel 48, leden 1 tot en met 3, van het Verdrag, dus onder het vrije verkeer van werknemers, en het zal derhalve de nationale overheid zijn die moet aantonen, dat wat die betrekkingen betreft, aan de voorwaarden van artikel 48, lid 4, voldaan is.

105. Indien betreffende een bepaalde betrekking een geschil rijst, omvat de tweede fase *het onderzoek van de functies die voor die betrekking kenmerkend zijn*: de geadieerde nationale rechter of het Hof gaat, met inachtneming van de verdeling van de bewijslast,

na of de betrekking een rechtstreekse of indirecte deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag of aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen inhoudt in de zin van de vaste rechtspraak van het Hof.

106. Laat mij meteen al ingaan op het door de Helleense Republiek aangevoerde bezwaar, dat men niet op kunstmatige wijze in een bepaalde sector een *vermoeden* van toepasselijkheid van artikel 48, leden 1 tot en met 3, respectievelijk van artikel 48, lid 4, mag poneren, naar gelang van de aard van de algemene activiteit van die sector.

107. Hierbij mag men niet vergeten, dat in de hypothese van de toetsing per betrekking, dus niet per sector, noodzakelijkerwijs wordt *vermoed,* dat artikel 48, lid 4, a priori van toepassing is *op elke betrekking, ongeacht de sector* waartoe zij behoort, *zodra zij het optreden van de nationale overheden betreft.* Dit vermoeden laat het aan de nationale overheden over, in eerste instantie de omvang van een *afwijking* te bepalen, gewoon door te beslissen dat een bepaalde sector van de staat of van een openbaar lichaam afhangt. Dit vermoeden lijkt mij dan ook meer voor kritiek vatbaar te zijn dan het vermoeden dat berust op de objectieve vaststelling dat de activiteit van een bepaalde sector al dan niet verband houdt met specifieke overheidstaken en dat dientengevolge de meeste betrekkingen van die sector al dan niet voldoen aan de voorwaarden van de communautaire definitie van het begrip overheidsdienst.

108. Voorts lijkt het mij nuttig, erop te wijzen, dat het Hof in het kader van de artikelen 30 en 36 van het Verdrag een vergelijkbare redenering in twee fasen heeft gevolgd, die een dergelijk vermoeden inhield.

109. Het Hof deed dat in twee arresten van 21 maart 1991, Delattre [32], en Monteil en Samanni. [33]

110. In die zaken ging het om het verkoopmonopolie van apothekers en de vraag of dat monopolie een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 van het Verdrag was. [34]

111. Bij de beoordeling van de vraag of het monopolie gerechtvaardigd was, heeft het Hof een onderscheid tussen twee soorten goederen [35] gemaakt, namelijk de „geneesmiddelen" en de andere produkten, zoals de zogeheten „parafarmaceutische" produkten.

32 — Zaak C-369/88, Jurispr. 1991, blz. I-1487.

33 — Zaak C-60/89, Jurispr. 1991, blz. I-1547.

34 — Arrest Delattre, r. o. 50 en 51 en arrest Monteil en Samanni, r. o. 37 en 38. In het latere arrest van 24 november 1993 (gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, Jurispr. 1993, blz. I-6097) kon het Hof voortaan uitsluiten, dat een verhandelingsmonopolie, als verkoopmethode voor een produkt, binnen de werkingssfeer van artikel 30 van het Verdrag valt. Deze opmerking doet evenwel niet af aan het feit dat het Hof in de twee onderzochte arresten is vertrokken van een vermoeden in het kader van artikel 30 van het Verdrag, betreffende een van de grote in dit Verdrag erkende vrijheden, naast die van het vrije verkeer van werknemers.

35 — Ik geef het Hof in overweging, naar analogie in de onderhavige zaak tussen twee soorten activiteiten te onderscheiden.

112. Met betrekking tot geneesmiddelen was het Hof van oordeel, dat gezien „de bijzondere aard van het produkt en van de betrokken markt" [36] het monopolie van de apothekers „een passende vorm van bescherming van de volksgezondheid *is*" [37], en dus onder de afwijking van artikel 36 van het Verdrag valt. Hiervan vertrekkend preciseerde het Hof, dat „(...) *het tegendeel kan worden bewezen* voor bepaalde geneesmiddelen waarvan het gebruik geen ernstig gevaar voor de volksgezondheid oplevert en waarvoor het verkoopmonopolie van de apothekers kennelijk overdreven voorkomt (...)" [38]

113. Met betrekking tot de andere produkten oordeelde het Hof evenwel, dat „wanneer (...) aan de apothekers een verkoopmonopolie wordt verleend, (...) de noodzaak van dit monopolie voor de bescherming van de volksgezondheid of van de consumenten (...) *van geval tot geval (dient) te worden vastgesteld*". [39]

114. Ter zake van geneesmiddelen heeft het Hof de last van het tegenbewijs dus bij de Commissie of de marktdeelnemer gelegd. Met betrekking tot de andere produkten stelde het, dat het aan de Lid-Staten staat, aan te tonen dat het monopolie van de apothekers, een afwijking van het vrije verkeer van goederen, gerechtvaardigd is uit hoofde van de bescherming van de volksgezondheid in de zin van artikel 36 van het Verdrag.

115. Het parallellisme tussen deze redenering en de weg die ik het Hof voorstel, neemt mijns inziens elke aarzeling weg.

b) De grote lijnen voor een onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren

116. De indeling die de Commissie in haar bekendmaking 88/C 72/02 heeft gemaakt, vormt een nuttig referentiepunt voor het onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren van de nationale overheden.

117. Samen met de Commissie ben ik van mening, dat de specifieke taken van de staat en de openbare lichamen in wezen verband houden met de nationale defensie, de binnenlandse veiligheid, de overheidsfinanciën, justitie en buitenlandse zaken, alsmede met betrekkingen die onder de nationale ministeries, de regionale of plaatselijke lichamen, andere daarmee gelijk te stellen organen en de centrale banken vallen. In die sectoren betreffen de verrichte diensten immers specifiek de politieke of de rechterlijke macht.

36 — Arrest Delattre, r. o. 54 en arrest Monteil en Samanni, r. o. 41.

37 — Arrest Delattre, r. o. 56 en arrest Monteil en Samanni, r. o. 43, cursivering van mij.

38 — Ibidem.

39 — Arrest Delattre, r. o. 57 en arrest Monteil en Samanni, r. o. 44, cursivering van mij.

118. Eveneens samen met de Commissie ben ik van oordeel, dat andere activiteiten daarentegen niets van doen hebben met specifieke overheidstaken, zoals die door het Hof zijn gedefinieerd. Het gaat hier meer in het bijzonder om de activiteiten van organen die met het beheer van een commerciële dienst zijn belast (openbaar vervoer over land, in de lucht of over zee, water-, gas-, of elektriciteitsdistributie, post en telecommunicatie, radio en televisie, enz.), de gezondheidszorg, het openbaar onderwijs, het onderzoek voor burgerlijke doeleinden in openbare instellingen. Immers, met betrekking tot al deze activiteiten kan worden opgemerkt, dat zij ofwel ook in de privé-sector bestaan, ofwel in de openbare sector zonder nationaliteitseisen kunnen worden verricht.

119. Mijns inziens behoren muziek en zang kennelijk tot de tweede categorie, dus die van de activiteiten die niets van doen hebben met specifieke overheidstaken.

B — *De uitvoering van de gemaakte keuze*

120. Thans ga ik over tot het onderzoek van de in het verzoekschrift van de Commissie vermelde sectoren, teneinde te kunnen vaststellen, of de Helleense Republiek zich schuldig heeft gemaakt aan een nietnakoming (1). Alvorens op dit laatste punt te concluderen, zal ik de gegrondheid onderzoeken van de argumenten die er volgens verweerster aan de weg staan dat het Hof het beroep gegrond verklaart (2).

1) *Het onderzoek van de in het verzoekschrift van de Commissie genoemde activiteitensectoren*

121. Getoetst aan de door mij voorgestelde onderscheidingscriteria [40], hebben alle betrokken activiteitensectoren niets van doen met specifieke overheidstaken.

122. Bijgevolg moet worden aangenomen, dat de meeste betrekkingen van die sectoren niet voldoen aan de voorwaarden van de communautaire definitie van het begrip overheidsdienst. Deze sectoren vallen dan ook a priori onder artikel 48, leden 1 tot en met 3, van het Verdrag. Het staat aan de nationale overheden om wat die betrekkingen betreft, aan te tonen dat aan de voorwaarden van artikel 48, lid 4, voldaan is.

123. De Helleense Republiek behoort de betrokken sectoren dan ook open te stellen voor werknemers uit de Gemeenschap, uitgezonderd wat betreft de betrekkingen waarvan wordt aangetoond dat zij onder het communautaire begrip overheidsdienst vallen.

40 — Punten 117 tot en met 119 hierboven.

124. In het in geding zijnde nationale recht is niet voor die oplossing gekozen.

125. Uit mijn beschrijving van het positief Grieks recht [41] blijkt, dat in de betrokken sectoren het nationaliteitsvereiste de regel is, en de toegang van de onderdanen van andere Lid-Staten de uitzondering.

126. In uitzonderingen is slechts voor bepaalde soorten betrekkingen voorzien.

127. In het licht van mijn uitlegging van artikel 48, lid 4, van het Verdrag kan de Helleense Republiek dus niet-nakoming van haar communautaire verplichtingen worden verweten, zij het in andere bewoordingen dan in het verzoekschrift; de formulering aldaar is te algemeen en men zou er ten onrechte kunnen uit afleiden, dat het huidig Grieks recht geen enkele uitzondering op het nationaliteitsvereiste kent.

128. Alvorens tot deze niet-nakoming te concluderen, wil ik de door verweerster tegen de Commissie aangevoerde middelen onderzoeken.

41 — Punten 35 e. v.

2) *De middelen van verweerster*

129. De Helleense Republiek voert vier middelen aan tegen het beroep. Het eerste is ontleend aan een bepaling van haar Grondwet (a) en het tweede aan interne politieke problemen (b). Haar derde middel, dat de sector van het vervoer over zee betreft, is gebaseerd op voormeld presidentieel decreet nr. 12/1992 (c), en in het kader van haar vierde middel beroept zij zich op een nationale rechterlijke beslissing en een nationaal individueel besluit inzake de sector muziek en zang (d).

a) Artikel 4, lid 4, van de Griekse Grondwet

130. Artikel 4, lid 4, van de Griekse Grondwet bepaalt, dat „alleen Griekse onderdanen tot alle betrekkingen in overheidsdienst worden toegelaten, afgezien van de in bijzondere wetten voorziene uitzonderingen".

131. Dienaangaande volstaat het eraan te herinneren, dat het gemeenschapsrecht volgens vaste rechtspraak [42] voorrang heeft op

42 — Beschikking van 22 juni 1965 (zaak 9/65, San Michele, Jurispr. 1967, blz. 33, 36); arresten van 17 december 1970 (zaak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Jurispr. 1970, blz. 1125, r. o. 3), en 13 juli 1972 (zaak 48/71, Commissie/Italië, Jurispr. 1972, blz. 529, r. o. 8 en 9).

alle nationale bepalingen, ook op grondwettelijke.

132. Bijgevolg vormt voormeld artikel 4, lid 4, geen beletsel voor de vaststelling van een niet-nakoming.

133. In ieder geval wil ik beklemtonen, dat de uitdrukking „betrekkingen in overheidsdienst" in dat artikel kan worden uitgelegd op een wijze die volstrekt strookt met 's Hofs definitie van het begrip overheidsdienst, zodat in de nationale rechtsorde geen wijziging van de Grondwet noodzakelijk is. [43]

b) Interne politieke moeilijkheden

134. De Griekse regering betoogt, dat zij in het kader van haar inspanningen met het oog op de verzoening van de „functionele" opvatting met de „organische" opvatting van de betrekkingen in overheidsdienst een wetsontwerp betreffende de toegang van gemeenschapsonderdanen tot de betrekkingen in de publieke sector heeft opgesteld, dat in april 1993 in stemming had moeten worden gebracht in het parlement.

135. Zij voegt daaraan toe, dat dit ontwerp echter pas in april 1993 aan het parlement is voorgelegd en dat de desbetreffende parlementaire procedure ten gevolge van de vervroegde ontbinding van het parlement met het oog op de parlementsverkiezingen van 10 oktober 1993 nog niet is afgewerkt.

136. Hierbij wil ik opmerken, dat het wetsontwerp op 1 februari 1993 aan de Commissie is meegedeeld, dus verschillende maanden na afloop van de in de eerste zeven met redenen omklede adviezen van 13 juli 1992 gegunde termijn van twee maanden.

137. Zelfs al was het ontwerp in februari 1993 goedgekeurd, dan had zulks nog niet kunnen beletten, dat aan het einde van de in de met redenen omklede adviezen gegunde termijn een niet-nakoming werd vastgesteld.

138. Ten overvloede wil ik eraan herinneren, dat interne politieke omstandigheden niet als rechtvaardiging kunnen dienen voor de niet-nakoming door een Lid-Staat van krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen. Met name kan geen beroep worden gedaan op vertragingen in een wetgevingsprocedure, bij voorbeeld ten gevolge de ontbinding van een parlement. [44] Volgens vaste rechtspraak „kan een Lid-Staat zich niet ten exceptieve beroepen op nationale

43 — De betrokken bepaling van de Grondwet lijkt overigens geen hinderpaal te zijn geweest voor de nationale rechter die zich heeft uitgesproken in een zaak betreffende een musicus die een geschil met de burgemeester van Athene had (op welke uitspraak de Griekse regering zich beroept: zie hierna sub d).

44 — Zie met name arresten van 5 mei 1970 (zaak 77/69, Commissie/België, Jurispr. 1970, blz. 237, r. o. 13 en 15); 2 maart 1982 (zaak 94/81, Commissie/Italië, Jurispr. 1982, blz. 739, r. o. 4 en 5); 18 september 1984 (zaak 221/83, Commissie/Italië, Jurispr. 1984, blz. 3249, r. o. 8 en 9), en 27 april 1988 (zaak 225/86, Commissie/Italië, r. o. 6 en 10).

bepalingen, praktijken of situaties van zijn nationale rechtsorde ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen".

c) Presidentieel decreet nr. 12/1992

139. Wat de sector van het vervoer over zee betreft, acht de Griekse regering het beroep zonder voorwerp voor de periode na de vaststelling van voormeld presidentieel decreet nr. 12/1992, waarvan zij de tekst op 18 maart 1993 aan de Commissie heeft meegedeeld.

140. Zij stelt, dat bij dit decreet het vereiste van de Griekse nationaliteit in de sector van het vervoer over zee afgeschaft is.

141. De Commissie merkt op, dat dit decreet het vereiste van de Griekse nationaliteit heeft afgeschaft ter zake van de toegang tot de betrekkingen op „koopvaardijschepen", uitgezonderd de betrekkingen van kapitein en adjunct-kapitein. Zij is er niet van overtuigd, dat die uitdrukking de gehele sector van het vervoer over zee dekt.

142. Uit lezing van de tekst en onder voorbehoud van diepgaandere studie van het nationale recht ter zake blijkt, dat het decreet een algemene strekking heeft: artikel 1 betreft „in het bijzonder", dus niet exhaustief, artikel 57 van het zeevaartwetboek en een aantal andere bepalingen, terwijl artikel 2, lid 2, bepaalt dat in de geldende wetgeving inzake tewerkstelling in de Griekse koopvaardij, de termen „Griekse zeelieden" of „onderdanen" aldus moeten worden verstaan, dat die bewoordingen ook slaan op de onderdanen van de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap.

143. Het Hof dient de vraag die partijen in hun uiteenlopende betogen opwerpen echter niet te beslechten.

144. Het presidentieel decreet draagt immers de datum van 31 december 1992 en is bekendgemaakt in het *Staatsblad van de Helleense Republiek* van 1 februari 1993; ingevolge artikel 4 van het decreet is het op laatstgenoemde datum in werking getreden. Het nationale recht is dus pas na afloop van de in het met redenen omkleed advies gegunde termijn gewijzigd.

145. Het Hof heeft echter reeds geoordeeld: [45]

„(...)dat artikel 169 — wegens het belang hetwelk in het Verdrag wordt toegekend aan de

45 — Arrest van 10 maart 1970 (zaak 7/69, Commissie/Italië, Jurispr. 1970, blz. 111, r. o. 5).

actie waarover de Commissie ter vaststelling van een door een Lid-Staat begaan verzuim beschikt — deze procedure met een aantal waarborgen heeft omgeven welke te minder mogen worden verwaarloosd daar de Lid-Staten als gevolg van deze actie krachtens artikel 171 gehouden zijn de ter tenuitvoerlegging van 's Hofs arrest nodige maatregelen te nemen;

(...) dat derhalve, indien het Hof (...) uitspraak deed over een verzuim als gevolg van een wetswijziging hangende het geding aangebracht, zulks een inbreuk zou betekenen op het recht van een Lid-Staat zijn middelen van verweer voor te dragen op grondslag van gespecificeerde grieven in het raam der procedure ex artikel 169".

146. In het onderhavige geschil staat het aan de Commissie om, wat de werking van presidentieel decreet nr. 12/1992 betreft, een nieuwe niet-nakomingsprocedure in te leiden, ditmaal op basis van artikel 171, lid 2, EG-Verdrag, en zich eventueel ter zake van een nauwkeurig omschreven verzuim tot het Hof te wenden. [46]

d) Nationale rechterlijke beslissing en nationaal individueel besluit

147. Wat de door staatsinstellingen of door stedelijke of gemeentelijke instellingen tewerkgestelde musici betreft, betoogt de Helleense Republiek in haar verweerschrift [47] in de eerste plaats, dat „(...) het bevoegde aanstellingsorgaan verplicht was rekening te houden met het feit dat het om een betrekking in overheidsdienst ging (...)"

148. Met betrekking tot het geval van de musicus van het philharmonisch orkest van Athene, waarover de Commissie het in haar verzoekschrift heeft [48], wijst de Helleense Republiek erop [49], dat een rechter in eerste aanleg, de Monomeles Protodikeio Athinon, bij vonnis nr. 2228/1992

— er uitdrukkelijk heeft op gewezen, dat het begrip overheidsdienst een gemeenschapsrechtelijk begrip is, omschreven door „de relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen",

— en heeft geconcludeerd, dat „de gecombineerde bepalingen van het gemeenschapsrecht en de Griekse wetgeving er niet aan in de weg staan, dat verzoeker, die buitenlander is en als musicus door verweerder wordt tewerkgesteld zonder in het minst deel te nemen aan de uitoefening van openbaar gezag noch aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat, voor onbepaalde duur wordt aangeworven (...)"

46 — Zie hetzelfde arrest, r. o. 6.

47 — Deel A, sub b.

48 — Deel I, A, punt 8, van het verzoekschrift. Zie ook punt 64 van de onderhavige conclusie.

49 — Verweerschrift, deel B, punt 5.

149. In dupliek [50] betoogt de Griekse regering, dat het beroep wegens niet-nakoming thans zonder voorwerp is geraakt, daar de zaak definitief in het voordeel van de betrokken musicus is geregeld: bij besluit nr. 870 van de burgemeester van Athene van 23 februari 1995 is het eerdere litigieuze besluit aangepast en is het contract van de musicus omgevormd tot een contract voor onbepaalde duur.

150. Dit middel lijkt mij kennelijk ondoeltreffend.

151. De uitspraak van de nationale rechter van 29 mei 1992 dateert weliswaar van vóór het met redenen omkleed advies van 3 maart 1993 betreffende de musici, doch het administratief besluit van de burgemeester van Athene is vastgesteld na het verstrijken van de in dit met redenen omkleed advies gegunde termijn.

152. Bovenal echter betekent het feit dat een nationale rechter in eerste aanleg op basis van de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 48 van het Verdrag in een specifieke zaak heeft geoordeeld, dat ter zake van de toegang tot een betrekking voor onbepaalde duur geen nationaliteitsvereiste mag worden gesteld, niet dat de nationale bepaling of handelwijze wier toepassing ter discussie stond, jegens alle gemeenschapsonderdanen opgeheven is.

153. De betrokken uitspraak heft dus niet de niet-nakoming op die deze bepaling of handelwijze oplevert.

154. Volgens vaste rechtspraak [51]

„(...) ontslaan de voorrang en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht de Lid-Staten niet van hun verplichting om bepalingen die zich niet met het gemeenschapsrecht verdragen, uit het nationale recht te weren; de handhaving van die bepalingen leidt immers tot een onduidelijke feitelijke situatie, waarin de betrokken justitiabelen in onzekerheid worden gelaten omtrent hun mogelijkheden om zich op het gemeenschapsrecht te beroepen".

155. Aangezien alle middelen van de Hellenense Republiek falen, geef ik het Hof in overweging de niet-nakoming vast te stellen in de bewoordingen van mijn eindconclusie.

50 — Deel B, punt 3.

51 — Arrest van 24 maart 1988 (zaak 104/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 1799, r. o. 12). Zie, in dezelfde zin, arresten van 4 april 1974 (zaak 167/73, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 359, r. o. 41), en 14 juli 1988 (zaak 38/87, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1988, blz. 4415, r. o. 9).

Conclusie

156. Mitsdien geef ik het Hof in overweging voor recht te verklaren:

„1) Door in de publieke sectoren van de water-, gas- en elektriciteitsdistributie, in de gezondheidszorg, in de sectoren openbaar onderwijs, zee- en luchtvervoer, spoorwegen, stedelijk en regionaal openbaar vervoer, onderzoek voor burgerlijke doeleinden, post, telecommunicatie en radio en televisie, alsmede bij de Ethniki Lyriki Skini en in de stedelijke en gemeentelijke philharmonische orkesten jegens werknemers die onderdaan van een andere Lid-Staat zijn het vereiste van de Griekse nationaliteit niet te beperken tot de toegang tot de betrekkingen die een rechtstreekse of indirecte deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag en aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen inhouden, is de Helleense Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 48 EEG-Verdrag en de artikelen 1 en 7 van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.

2) De Helleense Republiek wordt in de kosten verwezen."