CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 5 maart 1996 *

Inhoudsoverzicht

I — Het toepasselijke recht ..... I - 3211

A — Het gemeenschapsrecht ..... I - 3211

B — De rechtspraak van het Hof ..... I - 3212

C — Het optreden van de Commissie ..... I - 3215

D — Het nationale recht ..... I - 3217

1) Openbaar onderwijs ..... I - 3217

2) Onderzoek voor burgerlijke doeleinden ..... I - 3217

3) Volksgezondheid ..... I - 3218

4) De Luxemburgse spoorwegen ..... I - 3218

5) Het stedelijk en regionaal openbaar vervoer ..... I - 3219

6) Post en telecommunicatie ..... I - 3219

7) Water-, gas- en elektriciteitsdistributie ..... I - 3219

II — De exceptie van niet-ontvankelijkheid ..... I - 3220

III — De niet-nakoming ..... I - 3222

A — De mogelijke richtingen voor de rechtspraak van het Hof ..... I - 3222

1) Is een ommekeer van de rechtspraak noodzakelijk? ..... I - 3223

2) Is in de rechtspraak het beginsel van de toetsing per afzonderlijke betrekking neergelegd? ..... I - 3224

3) 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 - 3226

a) Het probleem van het onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren ..... I - 3227

b) De grote lijnen voor een onderscheid naar gelang van de activiteitensectoren ..... I - 3231

* Oorspronkelijke taal: Frans.

B — De uitvoering van de gemaakte keuze ..... I - 3235

1) Het onderzoek van de in het verzoekschrift van de Commissie genoemde activiteitensectoren ..... I - 3235

2) De middelen van verweerder ..... I - 3236

a) Artikel 11 van de Grondwet van het Groothertogdom Luxemburg van 17 oktober 1868 ..... I - 3236

b) Artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag ..... I - 3237

c) Artikel 61 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie ..... I - 3239

d) Artikel 2 van het protocol van 25 maart 1957 betreffende het Groothertogdom Luxemburg ..... I - 3243

IV — Het verzoek om een termijn ..... I - 3245

1. In het op 17 december 1993 ingestelde beroep wegens niet-nakoming verzoekt de Commissie het Hof:

— vast te stellen, dat het Groothertogdom Luxemburg, door jegens werknemers die onderdaan van een andere Lid-Staat zijn, een nationaliteitsvereiste te handhaven ter zake van de toegang tot de betrekkingen van ambtenaar of beambte in de publieke sectoren onderzoek, onderwijs, gezondheid, vervoer over land, post en de telecommunicatie, alsmede in de sector water-, gas- en elektriciteitsdistributie, 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 hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— het Groothertogdom Luxemburg in de kosten te verwijzen.

2. Verweerder verzet zich met klem tegen het beroep. Hij werpt om te beginnen een middel van niet-ontvankelijkheid op; voorts concludeert hij tot verwerping van het beroep wat de grond van de zaak betreft.

3. Dit beroep, net als de twee andere thans aanhangige beroepen betreffende een soortgelijk probleem [3], plaatst het Hof op het kruispunt van verschillende jurisprudentiële

1 — In het verzoekschrift is terecht sprake van artikel 48 *EEG*-Verdrag, niet *EG*-Verdrag, omdat de met redenen omklede adviezen dateren van vóór 1 november 1993, datum van inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en omdat 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.

3 — Zie mijn afzonderlijke conclusies van heden in de zaken Commissie/België (C-173/94) en Commissie/Griekenland (C-290/94).

wegen. Indien het Hof het beroep ontvankelijk verklaart, zal het 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. Het Groothertogdom Luxemburg vraagt immers uitdrukkelijk om een volledige ommekeer van 's Hofs rechtspraak over het in dat artikel bedoelde begrip „overheidsdienst"; subsidiair verzoekt het af te zien van de toetsing per sector en deze te vervangen door een toetsing van iedere afzonderlijke betrekking.

4. Eerst zal ik het toepasselijke recht onderzoeken (I). Daarna zal ik op de door het Groothertogdom Luxemburg opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid ingaan (II), en vervolgens op de vraag naar de al dan niet gegrondheid van het beroep wegens niet-nakoming (III). Ten slotte zal ik verweerders verzoek om toekenning van een termijn behandelen (IV).

I — Het toepasselijke recht

5. 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 Luxemburgs recht ter discussie zijn gesteld (D).

A — *Het gemeenschapsrecht*

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

7. Artikel 48, lid 4, bepaalt:

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

8. 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."

9. 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*

10. 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".

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

12. 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".

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

5 — R. o. 4.

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).

13. 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".

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

15. 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 en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding."

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

17. 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".

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

9 — R. o. 12 en 18.

10 — R. o. 10, cursivering van mij.

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).

18. 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. De stelling van het Groothertogdom Luxemburg, dat uit de rechtspraak van het Hof zou blijken dat de twee voorwaarden alternatief zijn, lijkt mij dan ook ongegrond.

19. 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 impliceren, de Lid-Staten toestaat door middel van passende regelingen de toegang tot functies die, in een bepaalde loopbaan, dienst of groep de 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 (...)".

20. 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;

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.

— 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.

21. 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];

— 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*

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

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.

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).

23. 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.

24. 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.

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

26. 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.

27. 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 zelfs nog geen stappen in die richting hadden ondernomen.

28. Bijgevolg heeft de Commissie besloten tegen die drie Lid-Staten, waaronder het

Groothertogdom Luxemburg, een procedure wegens niet-nakoming in te leiden. [25]

D — *Het nationale recht*

29. Uit de stukken blijkt, dat voor de toegang tot de in het verzoekschrift vermelde betrekkingen het vereiste van de Luxemburgse nationaliteit wordt gesteld, onder de hierna samengevatte voorwaarden.

1) *Openbaar onderwijs*

30. Het openbaar kleuteronderwijs, het lager, middelbaar, middelbaar technisch en hoger onderwijs vormt een administratie die afhangt van het Ministerie van Nationale opvoeding; het kleuter- en lager onderwijs hangt bovendien af van de gemeentelijke administraties.

31. Het personeel van deze administratie bestaat grotendeels uit ambtenaren en beambten van de staat en de gemeenten. Met betrekking tot de staatsambtenaren en -beambten is het vereiste van de Luxemburgse nationaliteit neergelegd in respectievelijk artikel 2 van de wet van 16 april 1979 tot vaststelling van het algemeen statuut van de staatsambtenaren en in artikel 3 van de wet van 27 januari 1972 tot vaststelling van de regeling voor staatsbeambten. Wat de gemeenteambtenaren en -beambten betreft, is hetzelfde vereiste neergelegd in respectievelijk artikel 2 van de wet van 24 december 1985 tot vaststelling van het algemeen statuut van de gemeenteambtenaren en in artikel 3 van de groothertogelijke verordening van 26 mei 1975 houdende gelijkstelling van de regeling voor gemeenteambtenaren met die van staatsambtenaren.

32. Bij wijze van uitzondering bepaalt artikel 4 van de wet van 11 februari 1974, dat de docenten van het „Centre universitaire de Luxembourg" de Luxemburgse of een vreemde nationaliteit mogen bezitten.

33. Het nationaliteitsvereiste wordt niet gesteld bij de aanwerving van privé-bedienden en arbeiders die in het Luxemburgs openbaar onderwijs worden tewerkgesteld.

2) *Onderzoek voor burgerlijke doeleinden*

34. Artikel 4 van de wet van 9 maart 1987 bepaalt, dat door de bevoegde minister mogen worden tewerkgesteld in onderzoeks- en ontwikkelingswerkzaamheden, voor een

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

maximale duur van twee jaar die hernieuwbaar is binnen de perken van de duur van de toegewezen taken, de leden van het wetenschappelijk, technisch en administratief personeel van de organen, diensten of de openbare instellingen van hoger of universitair onderwijs die ingevolge groothertogelijke verordening dergelijke activiteiten mogen verrichten.

35. Ingevolge artikel 5 van dezelfde wet kunnen aan gemeenschapsonderdanen onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten worden opgedragen in het kader van een studie-researchbeurs, in het kader van detachering door hun werkgever, of nog op grond van een privaatrechtelijk contract.

36. Wat artikel 4 betreft, zijn de beperkingen die onderdanen van andere Lid-Staten ondergaan indirect: zij hebben slechts toegang tot onderzoeksactiviteiten voor zover het orgaan, de dienst of de openbare instelling van hoger of universitair onderwijs waarbij zij zijn tewerkgesteld, bij wijze van uitzondering niet de Luxemburgse nationaliteit vereist.

3) *Volksgezondheid*

37. Alle diensten en instellingen die van het Ministerie van Volksgezondheid afhangen, te weten de „Direction de la Santé", de medisch-sociaal-therapeutische dienst, het „Laboratoire national de santé", de neuropsychiatrische kliniek van de staat en de verzorgingstehuizen van de staat zijn administraties die aan dezelfde regels als de andere diensten van de staat onderworpen zijn. Het nationaliteitsvereiste vloeit voort uit voormelde bepalingen van het algemeen statuut van de ambtenaren en beambten van de staat.

38. Het „Centre hospitalier de Luxembourg" is een overheidsinstelling die privaatrechtelijk wordt beheerd. Voor zijn personeel geldt het vereiste van de Luxemburgse nationaliteit niet.

39. De gezondheidsinstellingen die van de gemeenten afhangen daarentegen zijn aan dezelfde regels als de staatsinstellingen onderworpen; hier geldt dus het nationaliteitsvereiste.

4) *De Luxemburgse spoorwegen*

40. De SNCFL is een publiekrechtelijke instelling. In artikel 2 van het personeelsstatuut wordt de Luxemburgse nationaliteit als voorwaarde gesteld voor de toegang tot een vaste betrekking. Van die regel kan slechts worden afgeweken, „(...) afgezien van de uitzonderingen voor in internationale verdragen

voorziene gevallen, wanneer er geen Luxemburgse gegadigden zijn [en, in dit geval, met] toestemming van de regering (...)" De Luxemburgse regering preciseert, dat voor de toegang tot extra-statutaire betrekkingen dezelfde regeling geldt.

41. Ook in de collectieve overeenkomst voor hulpfunctionarissen wordt het vereiste van de Luxemburgse nationaliteit gesteld.

5) *Het stedelijk en regionaal openbaar vervoer*

42. Het openbaar vervoer wordt in de meeste gevallen door de gemeentelijke administraties verzorgd. Voor de toegang tot de betrekkingen van ambtenaar of beambte is dus ingevolge voormelde artikelen 2 van de wet van 24 december 1985 en 3 van de groothertogelijke verordening van 26 mei 1975 de Luxemburgse nationaliteit vereist.

43. Op grond van die bepalingen stelt bij voorbeeld de autobusdienst van de stad Luxemburg de Luxemburgse nationaliteit als voorwaarde voor de toegang tot een betrekking.

6) *Post en telecommunicatie*

44. Bij wet van 10 augustus 1992 is de administratie van de post en telecommunicatie omgevormd tot „Entreprise des Postes et Télécommunications".

45. Ingevolge artikel 24 van deze wet zijn de personeelsleden van deze onderneming evenwel aan het algemeen statuut van de ambtenaren en beambten van de staat onderworpen, zodat voor de toegang tot betrekkingen bij deze onderneming het nationaliteitsvereiste geldt.

46. Gemeenschapsonderdanen kunnen slechts als privé-bedienden of arbeiders worden aangeworven.

7) *Water-, gas- en elektriciteitsdistributie*

47. Op nationaal vlak wordt de water-, gas- en elektriciteitsdistributie verzorgd door de staat of door ondernemingen met een concessie, zoals de „Société grand-ducale d'électricité du Luxembourg".

48. Op plaatselijk vlak worden die diensten ofwel door de gemeenten, ofwel door intercommunales verzorgd.

49. In de regel geldt voor hen een publiekrechtelijke regeling, in welk geval ingevolge voormelde bepalingen betreffende de

staatsambtenaren en -beambten en die betreffende de gemeenteambtenaren en -beambten de Luxemburgse nationaliteit verplicht is.

50. Vallen zij daarentegen onder een privaatrechtelijke regeling, zoals bij voorbeeld de „Compagnie grand-ducale d'électricité du Luxembourg", is in beginsel de Luxemburgse nationaliteit niet vereist.

II — De exceptie van niet-ontvankelijkheid

51. Verweerder stelt, dat de Commissie hem niet een redelijke termijn heeft verleend om zich naar de met redenen omklede adviezen van 14 juli 1992 te voegen. De daarin gegunde termijn van vier maanden was kennelijk ontoereikend om hem in staat te stellen over te gaan tot de uitgebreide hervormingen op grondwettelijk, wetgevend en bestuursrechtelijke vlak die daartoe nodig waren.

52. In het arrest van 2 februari 1988, Commissie/België [26], herinnerde het Hof eraan [27], „(...) dat de precontentieuze procedure ten doel heeft de betrokken Lid-Staat in de gelegenheid te stellen de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te komen en verweer te voeren tegen de door de Commissie geformuleerde grieven".

53. Het Hof leidde daaruit af [28]:

„In verband met dit tweeledige doel is de Commissie verplicht, de Lid-Staten een redelijke termijn te laten om op de schriftelijke ingebrekestelling te antwoorden en *het met redenen omkleed advies op te volgen of,* in voorkomend geval, *hun verweer voor te bereiden. Om uit te maken of de gestelde termijn redelijk is, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden die het concrete geval kenmerken.* Zo kunnen *zeer korte termijnen* gerechtvaardigd zijn in bijzondere omstandigheden, met name wanneer (...) *[de] Lid-Staat (...) al lang vóór het begin van de procedure volledig op de hoogte was van het standpunt van de Commissie.*"

54. Door de publikatie op 18 maart 1988 van voormelde mededeling 88/C 72/02 is het Groothertogdom Luxemburg, net als alle andere Lid-Staten, ingelicht over het standpunt van de Commissie over de beperkingen van de afwijking van artikel 48, lid 4, van het Verdrag ter zake van de in het verzoekschrift bedoelde sectoren. Het Groothertogdom was dus perfect op de hoogte van dit standpunt, en dit bijna drie jaar vóór de zes krachtens artikel 169 van het Verdrag verzonden schriftelijke ingebrekestellingen van 12 maart 1991,

26 — Zaak 293/85, Jurispr. 1988, blz. 305.
27 — R. o. 13.
28 — R. o. 14, cursivering van mij.

waarin het een termijn van zes maanden werd verleend om zijn opmerkingen te maken.

55. Reeds op 30 oktober 1990, toen er nog geen sprake was van een niet-nakomingsprocedure, deelde het Groothertogdom de Commissie zijn standpunt mee over het optreden van deze laatste.

56. De facto heeft het een termijn van bijna veertien maanden gehad om de schriftelijke ingebrekestellingen te beantwoorden.

57. In dat antwoord, dat de datum van 4 mei 1992 draagt, schreef het:

„Na de argumenten van de Commissie grondig te hebben geanalyseerd en onderzocht, heeft de regering besloten *haar reeds op 30 oktober 1990 aan de Commissie meegedeelde standpunt te handhaven.*

Zij is immers van mening, dat het vrije verkeer van werknemers in de in het optreden van de Commissie bedoelde sectoren thans reeds in grote mate is verwezenlijkt." [29]

58. De conclusie in het „Standpunt van de Luxemburgse regering", een zeer uitvoerig gemotiveerd document dat bij dit antwoord was gevoegd, luidde als volgt:

„Op grond van alle hiervoren aangevoerde argumenten feitelijk en rechtens besluit het Groothertogdom Luxemburg althans op dit ogenblik geen bijkomende bijzondere maatregelen vast te stellen ter bevordering van het vrije verkeer van werknemers in de overheidsdiensten."

59. Tussen de datum van de met redenen omklede adviezen en de instelling van het beroep strekkende tot vaststelling van de niet-nakoming op 17 december 1993 zijn zeventien maanden verstreken.

60. De officieel in de met redenen omklede adviezen gegunde termijn van vier maanden is geen „zeer korte" termijn in de zin van voormeld arrest van 2 februari 1988, Commissie/België, gelet op de omstandigheden van de zaak. Hij bedraagt het dubbele van de termijn die gewoonlijk door de Commissie wordt gegund.

61. Gezien voormeld arrest van 2 februari 1988 kan een Lid-Staat onmogelijk staande houden dat de door de Commissie gegunde

29 — Cursivering van mij.

termijn ontoereikend is, wanneer enerzijds deze termijn langer is dan de gebruikelijke, en anderzijds die Lid-Staat bijna drie jaar vóór het begin van de procedure perfect op de hoogte was van het standpunt van de instelling.

62. Bovendien betoogt het Groothertogdom Luxemburg, dat de termijn van vier maanden ontoereikend was om te kunnen overgaan tot de uitgebreide hervormingen die nodig waren, daar waar het had besloten helemaal geen hervormingen in overweging te nemen, afgezien van een tot de spoorwegen beperkte maatregel die het wel wilde vaststellen, wat binnen een termijn van vier maanden had gekund.

63. Verweerder verwijt de Commissie niet, dat deze hem heeft belet zijn verweer voor te bereiden (het tweede doel van de precontentieuze procedure dat een „redelijke termijn" rechtvaardigt). [30] Ook hier zij opgemerkt, dat het Groothertogdom Luxemburg ruimschoots de gelegenheid heeft gehad zijn verweer voor te bereiden, en dat op de normale wijze heeft kunnen doen.

64. Gelet op het voorgaande ben ik van mening, dat het beroep van de Commissie ontvankelijk is.

30 — Zie punt 51 hierboven.

III — 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. Het Groothertogdom Luxemburg nodigt het Hof uit tot een radicale ommekeer van zijn rechtspraak (1). Subsidiair stelt het, dat volgens 's Hofs rechtspraak een toetsing per sector uitgesloten is en dat ieder afzonderlijk geval moet worden beoordeeld (2).

67. Mijns inziens dient het Hof verweerder op geen dezer wegen 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 (3).

1) *Is een ommekeer van de rechtspraak noodzakelijk?*

69. Het Groothertogdom Luxemburg beklemtoont, dat de functionele opvatting van het begrip betrekking in overheidsdienst „(...) ten koste gaat van de institutionele opvatting waarop nochtans talrijke Lid-Staten aanspraak maken". [31] Van oordeel dat deze functionele opvatting tot toepassingsproblemen leidt, „[vraagt] de Luxemburgse regering terug te keren naar de tekst van artikel 48, lid 4, en te erkennen dat de auteurs van het Verdrag van het vrije verkeer van werknemers effectief hebben willen uitsluiten ‚de betrekkingen', dat wil zeggen alle betrekkingen in overheidsdienst en niet slechts een aantal daarvan". [32]

70. In de huidige rechtspraak wordt uitgegaan van de basisidee dat het begrip betrekking in overheidsdienst een gemeenschapsrechtelijk begrip is.

71. Die basisidee is geïnspireerd door de beginselen van de eenheid en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, die het Hof van meet af aan steeds als leidraad bij zijn uitlegging van dat recht en bij de opbouw van communautaire rechtsorde heeft beschouwd.

72. Een ommekeer in de rechtspraak zou erop neerkomen te beslissen, dat het begrip betrekking in overheidsdienst door het nationale recht wordt beheerst. In dat geval zou het nationale recht bepalen voor welke betrekkingen in overheidsdienst het vrije verkeer van werknemers uitgesloten is. Iedere Lid-Staat zou het recht hebben om — door middel van een ruime definitie van de afwijking — de werkingssfeer van de in artikel 48 van het Verdrag neergelegde fundamentele beginselen van het vrije verkeer en gelijke behandeling van de werknemers te beperken. De tenuitvoerlegging van deze fundamentele beginselen zou dan sterk verschillen van de ene Lid-Staat tot de andere, en zelfs — van de ene periode tot de andere — binnen één en dezelfde Lid-Staat, naar gelang van de opvattingen van de

31 — Zie verweerschrift.

32 — Ibidem.

overheid over de omvang van haar interventie. De juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding zou opnieuw van bijzonder belang worden, wat het Hof in voormeld arrest Sotgiu heeft afgekeurd. [33]

73. Men kan zich makkelijk indenken hoezeer het vrije verkeer van werknemers zou worden beperkt. Het volstaat eraan te herinneren, dat in een aantal Lid-Staten miljoenen personen onder de overheidssector in ruime zin vallen.

74. Zo een stap achteruit zou niet zonder gevolgen blijven voor de communautaire rechtsorde zelf.

75. Ik ben dan ook van mening, dat het Hof daartoe niet moet overgaan.

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

76. 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.

77. Volgens verweerder 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.

78. In het arrest van 17 december 1980 preciseerde het Hof inderdaad [34]:

„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."

79. In het arrest van 26 mei 1982 nam het Hof deze overwegingen over. [35]

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

33 — R. o. 5.

34 — R. o. 12.

35 — R. o. 7.

81. 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" [36] 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.

82. 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.

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

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

84. Door het begrip betrekking in overheidsdienst als een gemeenschapsrechtelijk begrip te beschouwen, heeft het Hof een in de tijd en in de ruimte variabele inhoud van het beginsel van het vrije verkeer van werknemers en het discriminatieverbod willen voorkomen.

85. 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.

86. 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.

87. 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.

88. 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.

89. 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.

90. Ik ben het dan ook niet eens met de wijze waarop het Groothertogdom Luxemburg 's Hofs rechtspraak uitlegt.

91. In casu heeft de verweten niet-nakoming een ander voorwerp dan de reeds beslechte zaken.

92. Verweerder wordt niet verweten, dat hij de gemeenschapsonderdanen de toegang tot bepaalde betrekkingen heeft ontzegd. Hem wordt verweten, dat hij 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.

93. De gestelde niet-nakoming houdt dus verband met een vergissing in de zienswijze van verweerder, die het onderscheid beginsel/afwijking niet op de juiste wijze maakt. Gelijk in de schriftelijke ingebrekestellingen, de met redenen omklede adviezen en het verzoekschrift is beklemtoond, verleent de sectoriële benadering van de Commissie „(...) de Lid-Staten de mogelijkheid om met betrekking tot een bepaalde betrekking en anders dan in de regel het geval is, aan te tonen dat die betrekking verband houdt met specifieke overheidstaken".

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

94. Zoals gezegd is een ommekeer in de rechtspraak van het Hof niet in overweging te nemen, en zou toepassing van het beginsel van de toetsing per betrekking 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.

95. 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

96. Zoals hierboven gezegd [37], heeft het Hof een *functionele* definitie van het begrip betrekking in overheidsdienst gegeven.

97. 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.

98. 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.

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

100. 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.

101. 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.

37 — Punt 16 en de desbetreffende voetnoot.

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

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

104. Reeds vanaf het eerste arrest Commissie/België, reeds aangehaald [38], 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.*" [39]

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

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

107. 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.

108. Die oplossing kan ik bijtreden.

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

38 — R. o. 11.
39 — Cursivering van mij.

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

111. 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.

112. 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.

113. Laat mij meteen al ingaan op het mogelijke 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, naargelang van de aard van de algemene activiteit van die sector.

114. 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.

115. 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 op een vermoeden was gebaseerd.

116. Het Hof deed dat in twee arresten van 21 maart 1991, Delattre [40], en Monteil en Samanni. [41]

117. 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. [42]

118. Bij de beoordeling van de vraag of het monopolie gerechtvaardigd was, heeft het Hof een onderscheid gemaakt tussen twee soorten goederen [43], namelijk de „geneesmiddelen" en de andere produkten, zoals de zogeheten „parafarmaceutische" produkten.

119. Met betrekking tot geneesmiddelen was het Hof van oordeel, dat gezien „de bijzondere aard van het produkt en van de betrokken markt" [44] het monopolie van de apothekers „een passende vorm van bescherming van de volksgezondheid *is*" [45], 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 (...)" [46]

120. 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*". [47]

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

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

42 — Zie (r. o. 50 en 51) arresten Delattre en (r. o. 37 en 38) Monteil en Samanni. 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.

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

44 — Arresten Delattre (r. o. 54), en Monteil en Samanni (r. o. 41).

45 — Arresten Delattre (r. o. 56), en Monteil en Samanni (r. o. 43, cursivering van mij).

46 — Ibidem.

47 — Arresten Delattre (r. o. 57), en Monteil en Samanni (r. o. 44, cursivering van mij).

121. 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.

122. 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

123. 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.

124. 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.

125. 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.

126. Ik ben het dan ook niet eens met verweerder, waar deze stelt [48]:

„Op zo wezenlijke gebieden als de gezondheid, het onderwijs, de post en telecommunicatie, de water- en gasdistributie en het

48 — Zie verweerschrift.

openbaar vervoer, dient de staat te beschikken over personen die zich ten volle solidair met en verantwoordelijk jegens de nationale samenleving voelen."

127. Het Hof heeft immers de „bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat en [de] wederkerigheid van rechten en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding" voorbehouden aan de 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". [49] De overgrote meerderheid van de betrekkingen in de betrokken sectoren nu beantwoorden niet aan de definitie van dergelijke betrekkingen. Een nationaliteitsvereiste mag dus enkel worden gesteld voor de betrekkingen die aan de voorwaarden van die definitie voldoen, en niet voor elke sector in zijn geheel.

128. Meer in het bijzonder met betrekking tot de sector van het onderwijs heeft het Hof verschillende malen geoordeeld, dat deze activiteit niet voldoet aan de voorwaarden van de in zijn rechtspraak neergelegde definitie van het begrip overheidsdienst [50], wat de deelneming aan het overheidsgezag en de bescherming van algemene belangen betreft. Men mag dus niet aannemen, dat de gehele betrokken sector binnen de werkingssfeer van de afwijking van artikel 48, lid 4, van het Verdrag valt.

129. Het Groothertogdom Luxemburg betoogt [51], dat „de Luxemburgse nationaliteit van het onderwijzend personeel het doorgeven van de traditionele waarden garandeert, en, gezien de oppervlakte van het Groothertogdom en zijn specifieke demografische toestand, een wezenlijke voorwaarde voor de bescherming van de nationale identiteit is".

130. Het voegt daaraan toe:

„het valt moeilijk aan te nemen, dat een leraar lager onderwijs die uit het buitenland komt, voldoende vertrouwd is met de sfeer waarin de Luxemburgse kinderen hun eerste levensjaren hebben doorgebracht, dat hij de nationale gewoonten kent, de liederen, de gedichten en alle andere elementen die deel uitmaken van het nationale gedachtengoed en die op dit niveau van het onderwijs een rol spelen.

Zelfs in het middelbaar onderwijs kan het werk van een leraar niet worden gereduceerd tot een gewone economische activiteit waarbij hij kennis tegen een salaris verkoopt.

Het doorgeven van de nationale cultuur zet zich ook op dat niveau door, en dat kan niet tot een goed einde worden gebracht door iemand die de eerste vijfentwintig of dertig jaren van zijn leven in een ander land heeft doorgebracht.

49 — Zie punt 15 hierboven.

50 — Arresten Lawrie-Blum (r. o. 27 en 28), Allué en Coonan (r. o. 7) en Bleis (r. o. 6 en 7), reeds aangehaald.

51 — Zie verweerschrift.

Wanneer de betrokkene daarentegen daadwerkelijk het grootste gedeelte van zijn jeugd heeft doorgebracht in het land waar hij leraar wil worden, zal hij zonder moeite de nationaliteit van dat land kunnen verkrijgen. Zo hij die stap niet wil zetten, dan toont dat aan dat zijn affectieve band met het gastland onvoldoende sterk is, opdat hij er aanspraak op kan maken de jeugd van dat land te vormen."

131. Ofschoon de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof volstaat om dit middel van verweerder af te wijzen, wil ik toch ingaan op de aangevoerde argumenten, dit om verweerder op dit punt gerust te stellen.

132. Het in het Verdrag neergelegde vrije verkeer verleent de onderdanen van de andere Lid-Staten niet het minste privilege ten opzichte van de nationale onderdanen. Het verschaft eerstbedoelden enkel toegang tot een betrekking op het grondgebied van de betrokken Lid-Staat, met strikte naleving van de gelijke behandeling, die daarvan het corollarium is. Zij verleent hun alleen gelijke kansen en niet de zekerheid van het resultaat. De onderdanen van de andere Lid-Staten moeten evenals de nationale onderdanen voldoen aan alle voor aanwerving gestelde voorwaarden, in het bijzonder de voorwaarden inzake opleiding, beroepservaring en talenkennis. [52]

133. Het doorgeven van de traditionele waarden van een land hangt, wat het onderwijs betreft, in de eerste plaats af van *de bepaling van de inhoud van de programma's*. Het leerprogramma nu is in zeer ruime mate het werk van de overheid en niet van het onderwijzend personeel zelf.

134. Niet alles wat wordt onderwezen is een vector voor het doorgeven van de traditionele waarden. Het wetenschappelijke en technisch onderwijs, het onderwijs vreemde talen en het sportonderricht vervullen bij voorbeeld niet die functie. Alleen materies als het onderwijs van de nationale taal, de literatuur, de geschiedenis, de aardrijkskunde en de burgerlijke vorming dragen onmiskenbaar bij tot de vorming en het behoud van de nationale identiteit, mits de inhoud van de programma's in die zin is opgevat.

135. In het middelbaar en het hoger onderwijs, waar het onderwijzend personeel in de regel per vakgebied gespecialiseerd is, kan de bekommernis van het Groothertogdom Luxemburg dus slechts op bepaalde, en niet op alle materies slaan. In het kleuter- en lager onderwijs, waar dezelfde leerkracht instaat voor de voornaamste vakken, kan zij meer op haar plaats zijn.

136. De onderdanen van de andere Lid-Staten kunnen echter, ongeacht het type van onderwijs, slechts met kans op succes aan aanwervingsprocedures deelnemen, indien zij een goede kennis van de materie(s) hebben

52 — Wat dit laatste punt betreft, wil ik beklemtonen dat artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 1612/68 het mogelijk maakt „voorwaarden betreffende de wegens de aard van de te verrichten arbeid vereiste talenkennis" op te leggen.

waarop de vacature betrekking heeft, alsmede van de nationale taal [53] en/of van andere talen die nodig zijn om een bepaald vak te doceren.

137. In het geval van een land als het Groothertogdom Luxemburg is het dus weinig waarschijnlijk dat een onderdaan van een andere Lid-Staat die zijn jeugd in zijn land heeft doorgebracht en aldaar school heeft gelopen, enige kans op succes heeft wanneer hij deelneemt aan een aanwervingsprocedure voor een betrekking in het onderwijs, zo hij geen Luxemburgs kent en de eigen waarden en cultuur van dat land niet heeft bestudeerd. Hetzelfde geldt in het middelbaar en hoger onderwijs voor de betrekkingen van docent van dergelijke vakken. In ieder geval zal de niet-onderdaan met taalvereisten te maken krijgen, waarbij het vereiste kennisniveau niet onevenredig aan het nagestreefde doel mag zijn. [54]

138. In beginsel zullen dus alleen onderdanen van andere Lid-Staten die hun jeugd en schoolcarrière in het Groothertogdom hebben doorgebracht, of die er op zijn minst een aantal jaren hebben gewoond, kunnen solliciteren naar betrekkingen die deze vakken bestrijken. Zij zullen zonder uitzondering perfect geïntegreerd zijn en even goed als Luxemburgers de nationale taal en de twee andere in Luxemburg gebezigde talen beheersen, en dus vervuld zijn van de waarden en de cultuur van dat land. Naargelang van het onderwezen vak zullen zij noodzakelijkerwijs bijdragen tot het doorgeven van die waarden en cultuur, waar zij de door de bevoegde overheden opgestelde programma's volgen.

139. Het feit dat zij toegang hebben tot betrekkingen in het onderwijs zal dus uiteindelijk geen bedreiging voor de nationale identiteit vormen.

140. In ieder geval echter mag van de gemeenschapsonderdanen die een fundamentele in het Verdrag erkende vrijheid uitoefenen en die voorts aan alle voorwaarden voor de toegang tot een betrekking voldoen, niet worden verlangd dat zij de nationaliteit van het gastland verwerven.

141. Dat vereiste zou juist de negatie van die vrijheid zijn.

53 — In het Groothertogdom Luxemburg is krachtens de artikelen 1, 2 en 3 van de wet van 24 februari 1984 inzake de talenregeling (*Mémorial* A, 1984, blz. 196) de nationale taal het Luxemburgs, de taal voor de wetgeving het Frans en de administratieve en gerechtelijke taal het Frans, het Duits of het Luxemburgs.

54 — Arrest van 28 november 1989 (zaak C-379/87, Groener, Jurispr. 1989, blz. 3967, r. o. 20 en 21).

B — *De uitvoering van de gemaakte keuze*

142. Ik heb het Hof ter zake van de toepassing van artikel 48, lid 4, van het Verdrag in overweging gegeven, de activiteiten van de staat of de openbare lichamen per sector te onderzoeken en daarbij te onderscheiden tussen specifieke overheidstaken en andere taken. In casu moeten thans de in het verzoekschrift van de Commissie genoemde sectoren vanuit die invalshoek worden bekeken, zodat op die basis kan worden vastgesteld of het Groothertogdom Luxemburg zich schuldig heeft gemaakt aan een niet-nakoming (1). Alvorens op dit laatste punt te concluderen, zal ik de gegrondheid onderzoeken van de argumenten die er volgens verweerder 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*

143. Getoetst aan de door mij voorgestelde onderscheidingscriteria [55], hebben de zes betrokken activiteitensectoren niets van doen met specifieke overheidstaken.

144. 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.

145. Het Groothertogdom Luxemburg 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.

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

147. Uit mijn beschrijving van het positief Luxemburgs recht [56] blijkt, dat in de betrokken sectoren het nationaliteitsvereiste de regel is, en de toegang van de onderdanen van andere Lid-Staten de uitzondering.

148. In uitzonderingen is slechts voor bepaalde instellingen of soorten betrekkingen voorzien.

55 — Punten 124 en 125 hierboven.

56 — Punten 30 e. v.

149. In het licht van mijn uitlegging van artikel 48, lid 4, van het Verdrag kan het Groothertogdom Luxemburg dus niet-nakoming van zijn 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 Luxemburgs recht geen enkele uitzondering op het nationaliteitsvereiste kent.

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

2) *De middelen van verweerder*

151. Het Groothertogdom Luxemburg voert vier middelen aan, op grond waarvan het beroep zijns inziens moet worden verworpen. Het eerste is ontleend aan de Luxemburgse Grondwet van 17 oktober 1868 (a). De drie andere berusten op bepalingen die tot het verdragenrecht behoren, namelijk artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag van 13 december 1955 [57] (b), artikel 61 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie van 3 februari 1958 [58] (c), en artikel 2 van het aan het EEG-Verdrag gehechte protocol betreffende het Groothertogdom Luxemburg van 25 maart 1957 (d).

a) Artikel 11 van de Grondwet van het Groothertogdom Luxemburg van 17 oktober 1868

152. Artikel 11, tweede alinea, van de Luxemburgse Grondwet bepaalt:

„Alle Luxemburgers zijn gelijk voor de wet; alleen zij zijn benoembaar tot burgerlijke en militaire betrekkingen, behoudens de uitzonderingen die bij wet kunnen worden vastgesteld voor bijzondere gevallen."

153. Verweerder ziet deze bepaling als een van de juridische hinderpalen die hij aanvoert.

154. Hij voegt daar evenwel aan toe, dat hij er zich van bewust is dat het gemeenschapsrecht voorrang heeft op het nationale recht van de Lid-Staten.

155. Dienaangaande volstaat het dus eraan te herinneren, dat het gemeenschapsrecht volgens vaste rechtspraak [59] voorrang heeft op

57 — *Série des traités et conventions européens*, nr. 19.

58 — *Belgisch Staatsblad* van 27 oktober 1960.

59 — 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.

156. Bijgevolg vormt voormeld artikel 11, tweede alinea, geen beletsel voor de vaststelling van een niet-nakoming.

157. In ieder geval wil ik beklemtonen, dat de uitdrukking „burgerlijke en militaire betrekkingen" 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.

b) Artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag

158. Het in de schoot van de Raad van Europa gesloten Europees Vestigingsverdrag heeft als doel, gemeenschappelijke regels vast te stellen betreffende de behandeling van de onderdanen van elke ondertekenende staat op het grondgebied van de andere staten.

159. Op 1 juli 1995 was dit Verdrag in tien Lid-Staten van toepassing, namelijk in het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk Zweden en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, en in twee derde landen, het Koninkrijk Noorwegen en de Turkse Republiek.

160. Artikel 13, waarop verweerder zich beroept, voorziet in een uitzondering op de in de artikelen 10 tot en met 12 neergelegde vrijmaking van de uitoefening van winstgevende activiteiten:

„Iedere Verdragsluitende Partij kan aan haar eigen onderdanen de uitoefening voorbehouden van openbare ambten of activiteiten welke verband houden met nationale veiligheid of verdediging, dan wel de uitoefening van deze activiteiten door vreemdelingen aan speciale voorwaarden onderwerpen."

161. Dit artikel stelt het probleem aan de orde van de verhouding tussen het EEG-Verdrag en de vóór 1 januari 1958 door één of meer Lid-Staten en één of meer derde landen gesloten internationale overeenkomsten.

162. Die verhouding is geregeld in artikel 234, eerste alinea, van het Verdrag:

„De rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag gesloten tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en een of meer derde landen anderzijds, worden door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast."

163. Sedert het arrest van 27 februari 1962, Commissie/Italië [60], legt het Hof deze bepaling uit als volgt:

„(...) de woorden ‚rechten en verplichtingen' in artikel 234 (doelen), wat de rechten betreft, (...) op de rechten van derde landen en, wat de verplichtingen aangaat, op de verplichtingen der Lid-Staten; (...) krachtens de beginselen van het volkenrecht (doet) een Staat door de enkele aanvaarding van een nieuwe verplichting, strijdig met hem uit een eerder Verdrag toekomende *rechten,* afstand (...) van die rechten voor zover althans zulks voor de nakoming van zijn nieuwe verplichting noodzakelijk is."

164. Artikel 234 maakt het dus mogelijk dat de Lid-Staten hun jegens derde landen aangegane *verplichtingen* naleven; het staat de Lid-Staten evenwel niet toe zich aan hun verplichtingen jegens de Gemeenschap te onttrekken door zich te beroepen op *rechten* die zij aan een eerdere internationale overeenkomst ontlenen.

165. Artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag verleent het *recht,* een loutere mogelijkheid, om „openbare ambten of activiteiten welke verband houden met nationale veiligheid of verdediging" voor te behouden aan nationale onderdanen.

166. Zelfs aangenomen dat deze bepaling ruimer dan artikel 48, lid 4, van het Verdrag zou moeten worden uitgelegd, kan een van de staten die het Europees Vestigingsverdrag hebben ondertekend zich er niet op beroepen om zich aan zijn communautaire verplichtingen te onttrekken.

167. Los van de regel van artikel 234 van het Verdrag, moet artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag in verband worden gebracht met artikel 25 daarvan, dat luidt als volgt:

„De bepalingen van dit Verdrag laten onverlet de bepalingen van de nationale wetgevingen, *bilaterale of multilaterale verdragen of*

60 — Zaak 10/61, Jurispr. 1962, blz. 1, 21, cursivering van mij. Zie ook arresten van 14 oktober 1980 (zaak 812/79, Burgoa, Jurispr. 1980, blz. 2787, r. o. 8 en 9) en 11 maart 1986 (zaak 121/85, Conegate, Jurispr. 1986, blz. 1007, r. o. 25).

overeenkomsten welke van kracht zijn of van kracht kunnen worden en krachtens welke een gunstiger behandeling zou worden toegekend aan onderdanen van een of meer andere Verdragsluitende Partijen." [61]

168. In deze tekst is uitdrukkelijk rekening gehouden met de mogelijkheid van een later, gunstiger verdrag.

169. Artikel 48, lid 4, van het Verdrag nu, zoals in de rechtspraak strikt in het belang van het vrije verkeer van werknemers uitgelegd, is een gunstigere bepaling.

170. Artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag kan dan ook niet in de weg staan aan de toepassing ervan.

c) Artikel 61 van het Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie

171. Bij het Benelux-verdrag, gesloten tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden, is „de Economische Unie [ingesteld] die werd voorzien in de op 5 september 1944 te Londen ondertekende Douaneovereenkomst, verduidelijkt en uitgelegd overeenkomstig het op 14 maart 1947 te 's Gravenhage ondertekende Protocol". [62]

172. Artikel 2, lid 2, voegt daaraan toe:

„[De onderdanen van elke der Verdragsluitende Partijen] genieten er [op het grondgebied van de Verdragsluitende Staten] de behandeling welke voor de eigen onderdanen geldt voor wat betreft:

(...)

b) de uitoefening van economische en beroepswerkzaamheden, met inbegrip van de verlening van diensten;

(...)"

61 — Cursivering van mij.

62 — Preambule van het Benelux-verdrag.

173. Artikel 61, lid 1, beperkt evenwel dit beginsel:

„In afwijking van artikel 2, lid 2, onder b, van dit Verdrag blijft ieder der Hoge Verdragsluitende Partijen bevoegd de uitoefening van de volgende economische en beroepswerkzaamheden aan haar eigen onderdanen voor te behouden:

a) de openbare functies, ambten of betrekkingen, met inbegrip van de ambten van notaris, procureur en deurwaarder;

(...)"

174. Artikel 233 van het Verdrag luidt als volgt:

„De bepalingen van dit Verdrag vormen geen beletsel voor het bestaan en de voltooiing van de regionale unies tussen België en Luxemburg alsmede tussen België, Luxemburg en Nederland, voor zover de doelstellingen van die regionale unies niet bereikt zijn door toepassing van dit Verdrag."

175. Dit artikel is in het EEG-Verdrag opgenomen op uitdrukkelijk verzoek van de Belgische, de Nederlandse en de Luxemburgse regering, dit met het oog op de regeling van de verhouding tussen het EEG-Verdrag en het Benelux-verdrag, over welk laatste nog werd onderhandeld en dat bestemd was om voormelde Douaneovereenkomst van 5 september 1944 te vervangen.

176. Niet uit het oog mag worden verloren, dat het de drie Benelux-landen waren die op de conferentie van Messina van 1 en 2 juni 1955 van de ministers van Buitenlandse zaken van de zes Lid-Staten van de EGKS het initiatief tot de Europese wederopleving hebben genomen, door een memorandum in die zin in te dienen. Ten gevolge van dit memorandum werd besloten tot de intergouvernementele conferentie die zou uitmonden in de ondertekening van de Verdragen van Rome op 25 maart 1957.

177. In 1955 was de Benelux Unie echter reeds sterk ontwikkeld in het kader van de Douaneovereenkomst van 1944. In feite was het Benelux-verdrag een codificatie van bepalingen waarover tevoren reeds overeenstemming was bereikt en beoogde het de gemeenschappelijke Benelux-markt van meet af aan op een niveau te brengen dat het EEG-Verdrag slechts tien tot vijftien jaar later zou bereiken. [63]

63 — Zie baron Snoy et d'Oppuers: „Le Benelux dans la Communauté européenne", *Bulletin trimestriel Benelux*, 1959, nr. 9, blz. 8, 9, tweede alinea.

178. De economische Benelux Unie was dus op bepaalde gebieden verder gevorderd dan de Europese Economische Gemeenschap.

179. Voor de drie Benelux-landen „kwam het erop aan, de juridische zekerheid te verkrijgen dat hun gemeenschappelijk integratiewerk in het kader van de nieuwe Gemeenschap kon worden voortgezet tot zijn volledige ontplooiing". [64]

180. Artikel 233 betrof „de Benelux Unie zowel in haar [toenmalige] vorm als in de vorm [voortvloeiende] uit de sluiting en de uitvoering van het Unieverdrag, dat daadwerkelijk kon worden gezien als het verlengstuk en de bekroning van de bestaande overeenkomsten". [65]

181. De redacteuren van het EEG-Verdrag waren van oordeel, „dat binnen de Europese Gemeenschap een regionale integratie op kleinere schaal mogelijk bleef, voor zover zij *verder ging* op de weg van de verwezenlijking van de gestelde economische en sociale doelstellingen". [66] „De verhouding tussen de twee gemeenschappen was dus niet die van een parallellisme of van de onderwerping van de Benelux aan de Europese Economische Gemeenschap, maar integendeel die van een prioriteit van de Benelux op de Europese Economische Gemeenschap, voor zover de Benelux verder gevorderd was op de weg van de integratie dan de Gemeenschap van de Zes." [67]

182. De bekommernis om de mogelijkheid van een latere evolutie binnen de Benelux te vrijwaren, verklaart uiteindelijk waarom in artikel 233 van het Verdrag voor de formulering *„voltooiing* van de regionale unies" [68] is gekozen.

183. In zijn arrest van 16 mei 1984, Pakvries [69], heeft het Hof deze redenering ten volle onderschreven:

„[Artikel 233 van het Verdrag] beoogt te voorkomen, dat de regionale unie [tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden] door de toepassing van het gemeenschapsrecht uiteen zou vallen of in haar ontwikkeling zou worden belemmerd. Zij stelt aldus de drie betrokken Lid-Staten in staat om, in afwijking van de gemeenschapsvoorschriften, de bepalingen toe te passen die binnen hun unie gelden, *voor zover die unie verder is voortgeschreden dan de gemeenschappelijke markt.*"

64 — Rasquin, G.: „Considérations sur l'article 233 du traité CEE (La ‚clause Benelux')", *Revue trimestrielle Benelux*, 1982, nr. 3, blz. 57, 59.

65 — Karelle J. en de Kemmeter F.: „Le Benelux commenté", éditions Bruylant, 1961, blz. 58.

66 — Ibidem, blz. 59, cursivering van mij.

67 — Ibidem.

68 — Cursivering van mij.

69 — Zaak 105/83, Jurispr. 1984, blz. 2101, r. o. 11, cursivering van mij.

184. Artikel 3, sub c, van het Verdrag vermeldt als een van de fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap de afschaffing van, met name, hinderpalen voor het vrije verkeer van personen.

185. In artikel 1 van het Benelux-verdrag is vermeld, dat de economische unie *„een vrij verkeer van personen,* goederen, kapitaal en diensten" omvat. [70]

186. Beide verdragen beogen dus de verwezenlijking van het vrije verkeer van personen.

187. Een strikte uitlegging van een afwijking van die vrijheid, zoals die in verband met het begrip „overheidsdienst" in artikel 48, lid 4, van het Verdrag, sluit beter aan bij die gemeenschappelijke doelstelling dan een ruime uitlegging van de in artikel 61 van het Benelux-verdrag vermelde begrippen „openbare functies, ambten of betrekkingen".

188. De strikte uitlegging van de afwijking van artikel 48, lid 4, van het Verdrag moet dus gelden voor de verhoudingen tussen alle Lid-Staten, daaronder begrepen de drie Benelux-landen.

189. Bestaat er een gevaar van tegenstrijdigheid tussen de uitlegging van de begrippen „openbare functies, ambten of betrekkingen" in het kader van de Benelux-regeling en de uitlegging die het Hof van het begrip „overheidsdienst" heeft gegeven?

190. Ik denk het niet.

191. De uitlegging van het Benelux-verdrag is ingevolge dat verdrag zelf opgedragen aan het College van Scheidsrechters [71], wanneer het geschil niet in het Comité van Ministers kan worden bijgelegd (artikel 44 Benelux-verdrag).

192. Artikel 41 van het Benelux-verdrag bepaalt:

„Het College van Scheidsrechters heeft tot taak de beslechting van geschillen die tussen de Hoge Verdragsluitende Partijen zouden kunnen rijzen met betrekking tot de toepassing van dit Verdrag en van de overeenkomsten welke betrekking hebben op de doelstelling van dit Verdrag."

70 — Cursivering van mij.

71 — Het Benelux-Gerechtshof, ingesteld bij het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (*Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden,* 1965, nr. 71 en 196), is ingevolge de artikelen 6, lid 1, en 11, lid 1, van dat verdrag enkel bevoegd kennis te nemen van vragen betreffende de uitlegging van de rechtsregels, aangewezen krachtens artikel 1, zijnde rechtsregels welke zijn aangewezen hetzij bij verdrag, hetzij bij een beschikking van het Comité van Ministers.

193. Tussen de Benelux-landen zou een geschil kunnen rijzen over de uitlegging van de begrippen „openbare functies, ambten of betrekkingen".

194. Voor zover echter de uitlegging van die begrippen de uitlegging en de toepassing van artikel 48, lid 4, van het Verdrag in het geding zou brengen, moeten mijns inziens de bepalingen van artikel 51, lid 2, van het Benelux-verdrag worden nageleefd, luidende als volgt:

„De Hoge Verdragsluitende Partijen komen echter overeen, de geschillen die eveneens de uitlegging of de toepassing van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap of van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie in het geding brengen, voor te leggen aan het door genoemde Verdragen ingestelde Gerechtshof. Ingeval het Gerechtshof zich onbevoegd verklaart het geschil te beslechten, is het in artikel 15 van dit Verdrag voorziene College van Scheidsrechters bevoegd."

195. Dit mechanisme, waarbij het geschil naar het Hof wordt verwezen, moet elk gevaar van tegenstrijdigheid voorkomen.

196. Uit het voorgaande volgt dus, dat het Groothertogdom Luxemburg zich niet kan beroepen op artikel 61 van het Benelux-verdrag.

d) Artikel 2 van het protocol van 25 maart 1957 betreffende het Groothertogdom Luxemburg

197. Dit artikel luidt als volgt:

„Bij de vaststelling van de verordeningen als bedoeld in artikel 48, lid 3, van het Verdrag, inzake het vrije verkeer van werknemers, houdt de Commissie ten aanzien van het Groothertogdom Luxemburg rekening met de bijzondere demografische toestand van dat land."

198. Het Groothertogdom Luxemburg is van mening, dat bij de toepassing van artikel 48, lid 4, van het Verdrag rekening moet worden gehouden met zijn bijzondere demografische toestand, zulks ter bescherming van

de nationale identiteit. Het vereiste van de Luxemburgse nationaliteit zou de conditio sine qua non voor die bescherming zijn. [72]

199. Het vreest, dat het aantal gegadigden voor een betrekking dat uit de andere Lid-Staten komt, noodzakelijkerwijs groter is dan het aantal Luxemburgse gegadigden.

200. Ik wil daarbij meteen opmerken, dat artikel 2 van het protocol betrekking heeft op het door de Commissie vastgestelde afgeleid recht betreffende het recht van de gemeenschapsonderdanen om op het grondgebied van een Lid-Staat te blijven na aldaar te hebben gewerkt.

201. Het is dus niet van toepassing op het primair recht, namelijk de verdragsbepalingen zelf, en het betreft niet de toegang tot betrekkingen, noch in de openbare, noch in de privé-sector.

202. In ieder geval ben ik van mening, dat in de praktijk de vrees van het Groothertogdom Luxemburg niet bewaarheid zal worden.

203. Zoals ik meer in het bijzonder reeds met betrekking tot de onderwijssector heb gezegd [73], biedt het vrije verkeer van personen de onderdanen van de andere Lid-Staten slechts de mogelijkheid om op voet van gelijkheid met de nationale onderdanen naar de aangeboden betrekkingen te solliciteren.

204. In de betrokken activiteitensectoren zal de toegang tot betrekkingen die naar hun aard contacten met het publiek impliceren, afhankelijk kunnen worden gesteld van voorwaarden betreffende de kennis van een, twee, of van de drie talen, bedoeld in de uit de wet van 24 februari 1984 voortvloeiende talenregeling.

205. De overheid mag alleen geen taalvereisten opleggen die niet „wegens de aard van de te verrichten arbeid" in de zin van artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 1612/68 vereist zijn. [74]

206. In voormeld arrest Groener [75] beklemtoonde het Hof in het algemeen:

„Het EEG-Verdrag verzet er zich niet tegen, dat een Lid-Staat een beleid voert tot

72 — Zie verweerschrift.
73 — Punt 132 hierboven.
74 — Zie voetnoot 52.
75 — R. o. 19.

bescherming en stimulering van een taal [van een Lid-Staat]. De uitvoering van dat beleid mag echter niet leiden tot aantasting van een fundamentele vrijheid als het vrije verkeer van werknemers. De eisen die bij de uitvoeringsmaatregelen van een dergelijk beleid worden gesteld, mogen derhalve in geen geval onevenredig zijn aan het nagestreefde doel, en de wijze waarop zij worden toegepast, mag niet leiden tot discriminatie van de onderdanen van andere Lid-Staten."

207. Mijns inziens zullen de taalvereisten waarvan de toegang tot talrijke betrekkingen in de betrokken sectoren rechtmatig afhankelijk mag worden gesteld, tot gevolg hebben dat hoofdzakelijk onderdanen die in Luxemburg geboren zijn of er sedert lang gevestigd zijn, op een aanbod tot tewerkstelling zullen kunnen ingaan of aan met het oog op aanwerving georganiseerde vergelijkende onderzoeken deelnemen.

208. Ik kan mij moeilijk indenken, dat onderdanen uit de drie buurlanden van het Groothertogdom, die in hun land van oorsprong gevestigd zijn, bij aanwervingsprocedures ter voorziening in nieuwe betrekkingen of vacatures waarvoor taalvereisten mogen worden gesteld, plots en op grote schaal concurrenten van de Luxemburgse onderdanen zouden worden.

209. In ieder geval ben ik van mening, dat artikel 2 van voormeld protocol niet tegenwerpelijk is aan verzoekster.

210. Aangezien alle middelen van het Groothertogdom Luxemburg falen, geef ik het Hof in overweging de niet-nakoming vast te stellen in de bewoordingen van mijn eindconclusie.

IV — Het verzoek om een termijn

211. Voor het geval dat het Hof de niet-nakoming zou vaststellen, verzoekt het Groothertogdom Luxemburg, dat het een lange termijn wordt gegund om zich naar de eisen van het gemeenschapsrecht te voegen.

212. Het betoogt, dat het beginsel dat zijn ambtenaren de Luxemburgse nationaliteit moeten bezitten, diep verankerd is in zijn administratief systeem en dat een hervorming op dit punt tot zeer fundamentele hervormingen zowel op grondwettelijk als op wetgevend vlak noopt. [76]

76 — Zie verweerschrift.

213. Dit verzoek doet de vraag rijzen, over welke bevoegdheden het Hof beschikt wanneer het een niet-nakomingsarrest uitspreekt.

214. Artikel 171 van het Verdrag heeft uitsluitend betrekking op de vaststelling van de niet-nakoming.

215. Ofwel „stelt" het Hof „vast", dat een Lid-Staat een van de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, ofwel verwerpt het het beroep.

216. Vaststaat, dat het Hof niet zelf de niet-nakoming kan opheffen noch een rechterlijk bevel kan geven.

217. Artikel 171 bepaald, dat de betrokken staat „(...) gehouden (is) die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie".

218. In het arrest van 5 november 1986, Commissie/Italië [77], overwoog het Hof:

„Dit artikel preciseert niet, binnen welke termijn die maatregelen genomen moeten worden. De uitvoering van een arrest moet echter *terstond* ter hand worden genomen en *binnen de kortst mogelijke tijd* worden voltooid (...)"

219. Voorts heeft het Hof zich in twee arresten van 10 november 1981, Commissie/Italië [78], reeds als volgt uitgesproken over een verzoek om verlenging van de in het met redenen omkleed advies gegunde termijn:

„De bevoegdheden van het Hof in het kader van artikel 169 EEG-Verdrag omvatten, behoudens toetsing van de wettigheid van het met redenen omkleed advies, niet de bevoegdheid om de door de Commissie in bedoeld advies krachtens artikel 169 vastgestelde termijn te vervangen door een andere. Het staat, onder hetzelfde voorbehoud, aan de Commissie, te beoordelen of een dergelijk verzoek van een Lid-Staat moet worden toegewezen."

220. Mijns inziens kan het Hof in het niet-nakomingsarrest evenmin in abstracto en op voorhand de verwerende staat een termijn verlenen voor de uitvoering van het arrest.

77 — Zaak 160/85, Jurispr. 1986, blz. 3245, r. o. 9, cursivering van mij. Vaste rechtspraak: zie, met name, arresten van 12 februari 1987 (zaak 69/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 773, r. o. 8); 14 januari 1988 (gevoegde zaken 227/85, 228/85, 229/85 en 230/85, Commissie/België, Jurispr. 1988, blz. 1, r. o. 11); 13 juli 1988 (zaak 169/87, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1988, blz. 4093, r. o. 14); 30 januari 1992 (zaak C-328/90, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1992, blz. I-425, r. o. 6), en 23 maart 1993 (zaak C-345/92, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1993, blz. I-1115, r. o. 6).

78 — Zaken 28/81 (Jurispr. 1981, blz. 2577, r. o. 6), en 29/81 (Jurispr. 1981, blz. 2585, r. o. 6).

221. Het staat in de eerste plaats aan de Commissie, toe te zien op de uitvoering van het arrest. Is de Commissie van oordeel, dat het arrest niet binnen de daartoe noodzakelijke termijn is uitgevoerd, dan leidt zij een nieuwe niet-nakomingsprocedure in, waarin zij een termijn zal stellen voor het antwoord op de ingebrekestelling. Vooral zal zij in haar met redenen omkleed advies een regularisatietermijn gunnen.

222. Het Hof kan de situatie slechts a posteriori beoordelen, naargelang van de omstandigheden van de zaak, wanneer het dient te beoordelen of er sprake is van een nieuwe niet-nakoming.

223. Verweerders verzoek om een termijn moet dus worden afgewezen.

Conclusie

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

„1) Door in de publieke sectoren onderzoek, onderwijs, gezondheid, vervoer over land, post en telecommunicatie, alsmede in de sector water-, gas- en elektriciteitsdistributie, jegens werknemers die onderdaan van een andere Lid-Staat zijn het vereiste van de Luxemburgse nationaliteit niet te beperken tot de toegang tot de betrekkingen van ambtenaar en beambte die rechtstreekse of indirecte deelneming inhouden aan de uitoefening van openbaar gezag en aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen, is het Groothertogdom Luxemburg de verplichtingen niet nagekomen die op hem 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) Het Groothertogdom Luxemburg wordt in de kosten verwezen."