

**INTERPRETATIEVE MEDEDELING VAN DE COMMISSIE OVER CONCESSIEOVEREENKOMSTEN IN HET
COMMUNAUTAIRE RECHT**

(2000/C 121/02)

Op 24 februari 1999 heeft de Commissie een Ontwerp van interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht met betrekking tot overheidsopdrachten ⁽¹⁾ goedgekeurd en bekendgemaakt, waarover breed overleg heeft plaatsgevonden. Na de bekendmaking van het eerste ontwerp in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* heeft de Commissie vele bijdragen ontvangen ⁽²⁾, waarmee zij rekening heeft gehouden bij de goedkeuring van deze interpretatieve mededeling.

1. INLEIDING

1. In sommige lidstaten wordt al sinds jaar en dag gebruik gemaakt van concessieovereenkomsten, in het bijzonder als instrument om grote infrastructurele werken, zoals spoorlijnen of een groot deel van het wegennet, te bouwen en financieren. In het eerste kwart van de twintigste eeuw begon de rol van de particuliere sector af te nemen omdat de staat de uitvoering en het beheer van werken en diensten liever zelfs ter hand nam.
2. Budgettaire beperkingen en het streven de rol van de overheid terug te dringen en de publieke sector te laten leren van de ervaringen en methoden van de marktsector hebben sinds enkele jaren de belangstelling voor concessieovereenkomsten weer doen toenemen.
3. Overige moet direct worden opgemerkt dat de Gemeenschap geen voorkeur heeft voor een bepaalde regeling van het eigendom (publiek of particulier); artikel 295 (ex 222) van het Verdrag garandeert haar neutraliteit ten aanzien van de publieke of particuliere status van ondernemingen.
4. Gezien de sterk toegenomen belangstellingen voor deze vorm van samenwerking met het bedrijfsleven, vooral wanneer het gaat om grote infrastructurele werken en bepaalde diensten, acht de Commissie het noodzakelijk het bedrijfsleven en de overheden door middel van deze interpretatieve mededeling te informeren over de bepalingen die naar haar mening bij de huidige stand van het Gemeenschapsrecht van toepassing zijn op concessieovereenkomsten. De Commissie ontvangt namelijk herhaaldelijk klachten over het niet naleven van het Gemeenschapsrecht inzake concessieovereenkomsten bij ingewikkelde verrichtingen waarbij overheden een beroep doen op de kennis en het kapitaal van het bedrijfsleven. Dit was voor haar aanleiding om het begrip „concessieovereenkomst” af te bakenen en de richtsnoeren te formuleren die zij tot op heden bij het onderzoek van deze zaken heeft gevolgd. Deze interpretatieve mededeling is dus bedoeld om, in het licht van de ervaring die bij de behandeling van de tot nog toe onderzochte zaken is opgedaan, de nodige duidelijkheid te verschaffen over het bestaande juridische kader.
5. In de ontwerp-versie van deze interpretatieve mededeling ⁽³⁾ heeft de Commissie aangegeven dat zij ook andere vormen van samenwerking waarbij kennis en kapitaal van particuliere partijen worden gebruikt, aan de orde wilde stellen. De Commissie heeft ervan afgezien in te gaan op vormen van

samenwerking die geen soortgelijke kenmerken hebben als de concessieovereenkomst in de zin van deze interpretatieve mededeling, ofschoon in de bijdragen die zij heeft ontvangen een dergelijke aanpak wel werd toegejuicht. De rijkdom aan mogelijke vormen en de voortdurende ontwikkeling ervan, die naar voren kwam uit de reacties op het ontwerp van de interpretatieve mededeling, vereisen namelijk een diepgaand onderzoek van de gemeenschappelijke kenmerken van al deze vormen. Het debat dat is ontstaan na de bekendmaking van het ontwerp van de interpretatieve mededeling moet op dit punt dus worden voortgezet.

6. De bijdragen met betrekking tot de concessieovereenkomsten hebben de Commissie in staat gesteld haar analyse aan te scherpen en de typische kenmerken van concessieovereenkomsten vast te stellen, zodat deze kunnen worden onderscheiden van overheidsopdrachten, met name in verband met de delegatie van diensten van algemeen belang in het kader van dit type samenwerking.
7. De Commissie wijst er nogmaals op dat deze tekst niet bedoeld is om de specifieke voorschriften uit te leggen die voortvloeien uit de richtlijnen die in bepaalde bedrijfstakken, bv. energie en vervoer, zijn aangenomen.

In deze interpretatieve mededeling (hierna: „mededeling”) worden enerzijds de regels en beginselen van het Verdrag die van toepassing zijn op alle vormen van concessieovereenkomsten en anderzijds de specifieke regels voor concessie voor openbare werken van Richtlijn 93/37/EEG ⁽⁴⁾ betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (hierna: „de richtlijn werken”) nader gedefinieerd.

**2. DEFINITIE VAN EN ALGEMENE PROBLEMATIEK ROND
CONCESSIES**

Concessieovereenkomsten zijn niet gedefinieerd in het Verdrag. De enige definitie in het afgeleide communautaire recht is die van de richtlijn werken, die specifieke voorschriften voor concessieovereenkomsten voor openbare werken bevat ⁽⁵⁾. Andere vormen van concessies worden in de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten niet expliciet genoemd ⁽⁶⁾.

Dit betekent echter niet dat de regels en beginselen van het Verdrag niet op concessieovereenkomsten van toepassing zijn. Aangezien concessieovereenkomsten het gevolg zijn van handelingen van de staat met betrekking tot het verrichten van economische activiteiten of de levering van producten, gelden hiervoor alle relevante bepalingen van het Verdrag, evenals de beginselen die ontwikkeld zijn in de jurisprudentie van het Hof op dit gebied.

Om het toepassingsgebied van deze mededeling af te bakenen en alvorens nader te definiëren welk rechtssysteem op concessieovereenkomsten van toepassing is, moeten eerst de belangrijkste onderscheidende kenmerken ervan worden aangegeven. Hiervoor is het nuttig om de definitie van het begrip concessieovereenkomst voor openbare werken van de richtlijn werken in herinnering te roepen.

2.1. CONCESSIEOVEREENKOMSTEN VOOR OPENBARE WERKEN

2.1.1. Definitie op grond van Richtlijn 93/37/EEG

De communautaire wetgever heeft ervoor gekozen het begrip concessieovereenkomst voor openbare werken te definiëren op basis van die van het begrip overheidsopdracht voor openbare werken.

Overheidsopdrachten voor openbare werken zijn volgens de tekst van de richtlijn werken „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een (...) aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde (...) werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet” (artikel 1, onder a)).

In artikel 1, onder d), van dezelfde richtlijn wordt een concessieovereenkomst voor openbare werken gedefinieerd als „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als [een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken], met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.”

Uit deze definitie volgt dat het belangrijkste onderscheidende kenmerk van de concessieovereenkomst voor openbare werken is, dat de verlening van het recht het werk te exploiteren een tegenprestatie vormt voor de bouw ervan; dit exploitatierecht kan gepaard gaan met een prijs.

2.1.2. Afbakening van de begrippen „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken” en „concessieovereenkomst voor openbare werken”

De Commissie is van mening dat op basis van het criterium van het recht op exploitatie bepaalde kenmerken kunnen worden afgeleid, waardoor een concessieovereenkomst voor openbare werken kan worden onderscheiden van een overheidsopdracht.

Zo geeft het recht op exploitatie de concessiehouder de mogelijkheid gedurende een bepaalde periode geld te vorderen van de gebruiker van het werk (bv. door middel van een tolheffing of een andere heffing). De duur van de concessie vormt dan ook een belangrijk element van de vergoeding door de concessiehouder. Deze laatste ontvangt dus geen rechtstreekse ver-

goeding van de aanbestedende dienst, maar krijgt van hem het recht geld te vorderen voor het gebruik van het door hem gerealiseerde werk (?).

Het recht op exploitatie houdt tevens in dat de verantwoordelijkheid voor de exploitatie wordt overgedragen. Deze verantwoordelijkheid betreft de technische en financiële aspecten als ook de bedrijfsvoering van het werk. Zo behoort het bijvoorbeeld tot de taken van de concessiehouder om te zorgen voor de nodige investeringen die het werk nuttig voor de gebruikers maken. Ook de afschrijving komt voor zijn rekening. Bovendien draagt de concessiehouder niet alleen het aan de bouw verbonden risico, maar hij moet eveneens de risico's dragen die inherent zijn aan het beheer en de onzekerheid omtrent het gebruik van de voorziening (?).

Uit de voorgaande overwegingen volgt dat bij een concessieovereenkomst voor openbare werken de exploitatierisico's door de concessiehouder worden gedragen (?).

De Commissie stelt vast dat voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken steeds vaker gebruik wordt gemaakt van ingewikkelde juridische constructies⁽¹⁰⁾. De scheidslijn tussen dergelijke constructies en concessieovereenkomsten voor openbare werken is soms moeilijk te trekken.

Volgens de Commissie is er sprake van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van het communautaire recht wanneer de kosten van een werk hoofdzakelijk door de aanbestedende dienst worden betaald en de contractant geen vergoeding ontvangt via een heffing die hij rechtstreeks aan de gebruikers van het werk oplegt.

Het feit dat op grond van de richtlijn het recht het werk te exploiteren gepaard kan gaan met een prijs, maakt voor deze constatering geen verschil. Deze situatie komt in de praktijk voor. Zo kan de staat een deel van de exploitatiekosten van de concessie voor zijn rekening nemen om de diensten goedkoper te maken voor de gebruiker („sociale prijzen”) ⁽¹¹⁾. Deze maatregel kan verschillende vormen aannemen (gegarandeerd vast bedrag, vast bedrag dat afhankelijk is van het aantal gebruikers enz.). Dergelijke maatregelen veranderen niet noodzakelijkerwijs de aard van het contract als het betaalde bedrag slechts een deel van de kosten van het werk en de exploitatie dekt.

Ook gevallen waarin de staat een prijs betaalt als tegenprestatie voor de uitvoering van werken kunnen onder de definitie van de concessieovereenkomst vallen, op voorwaarde dat deze prijs niet een belangrijk deel van het exploitatierisico wegneemt. De richtlijn werken geeft aan dat het recht om een werk te exploiteren weliswaar gepaard kan gaan met een prijs, maar dat de vergoeding voor de concessiehouder moet voortkomen uit de exploitatie.

Hoewel de oorsprong van de middelen (rechtstreekse invordering bij de gebruiker van het werk) in de meeste gevallen een belangrijk element vormt, is de aanwezigheid van een exploitatierisico dat verbonden is aan de investeringen of het geïnvesteerde kapitaal, bepalend, in het bijzonder wanneer de concessieverlener een prijs betaalt.

Ook bij een overheidsopdracht is een deel van het risico soms voor rekening van de contractant⁽¹²⁾. Echter, de risico's die verbonden zijn aan de financiële constructie van de operatie — die men de „economische risico's” zou kunnen noemen — zijn echter kenmerkend voor het verschijnen van concessieovereenkomsten. Dit type risico, dat rechtstreeks samenhangt met de inkomsten die de concessiehouder kan halen uit het gebruik⁽¹³⁾, is een belangrijk element ter onderscheiding van concessieovereenkomsten en overheidsopdrachten.

Het exploitatierecht gaat, kortom, gepaard met de overdracht van de exploitatierisico's aan de concessiehouder; een verdeling van de risico's tussen de concessieverlener en de concessiehouder vindt plaats per geval, afhankelijk van hun vermogen om de desbetreffende risico's te beheersen.

Als de overheidsinstanties het risico in verband met het beheer van het werk voor hun rekening nemen, bijvoorbeeld door de financiering terug te betalen, ontbreekt het risico-element. De Commissie is van mening dat het dan een overheidsopdracht voor werken betreft en geen concessieovereenkomst⁽¹⁴⁾.

2.2. CONCESSIEOVEREENKOMSTEN VOOR DIENSTENVERLENING

Volgens artikel 1 van Richtlijn 92/50/EEG betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening (hierna: „de richtlijn diensten”) is deze van toepassing op „overheidsopdrachten voor dienstverlening”, die worden gedefinieerd als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van (. . .)”.

Anders dan de richtlijn werken bevat de richtlijn diensten geen definitie van het begrip concessieovereenkomst voor dienstverlening⁽¹⁵⁾.

Het is echter wel belangrijk vast te stellen wat de essentiële kenmerken van een concessieovereenkomst voor dienstverlening zijn, zodat deze contractvorm kan worden onderscheiden van overheidsopdrachten voor dienstverlening en aldus het toepassingsgebied van deze mededeling kan worden afgebakend.

Hierbij kan men zich het beste baseren op elementen die afgeleid zijn van het bovengenoemde begrip concessieovereenkomst voor openbare werken en die rekening houden met de jurisprudentie van het Hof ter zake⁽¹⁶⁾ alsook met de opinio juris⁽¹⁷⁾.

Het object van concessieovereenkomsten voor openbare werken is per definitie anders dan dat van concessieovereenkomsten voor dienstverlening. Tussen beide concessieovereenkomsten kunnen dan ook verschillen bestaan wat betreft investeringen en duur van de overeenkomst. Uitgaande van de hiervoor genoemde criteria vertonen concessieovereenkomsten echter over het algemeen steeds dezelfde kenmerken, ongeacht het object waarop zij betrekking hebben.

Net als bij concessieovereenkomsten voor openbare werken, is het exploitatiecriterium dan ook essentieel bij de vaststelling of

er sprake is van een concessieovereenkomst voor dienstverlening⁽¹⁸⁾. Op grond van dit criterium is er sprake van een concessieovereenkomst indien de ondernemer de risico's draagt die verbonden zijn aan de desbetreffende dienst (invoering en exploitatie van de dienst), en hij zijn vergoeding voor een belangrijk gedeelte ontvangt van de gebruiker, in het bijzonder door het innen van heffingen in welke vorm ook. De wijze van vergoeding van de ondernemer vormt, evenals bij concessieovereenkomsten voor openbare werken, een element dat kan worden gebruikt om vast te stellen voor wiens rekening het exploitatierisico komt.

De overdracht van de verantwoordelijkheid voor de exploitatie is kenmerkend voor concessieovereenkomsten voor dienstverlening, net zoals voor concessieovereenkomsten voor openbare werken.

Tot slot: concessieovereenkomsten voor dienstverlening betreffen normaliter activiteiten die, gezien hun aard en object en de regels waaraan zij zijn gebonden, onder de verantwoordelijkheid van de staat kunnen vallen en die het object kunnen zijn van exclusieve of bijzondere rechten⁽¹⁹⁾.

Opgemerkt zij bovendien dat het Hof in het arrest *Lottomatica* duidelijk onderscheid heeft gemaakt tussen de overdracht van verantwoordelijkheid aan de concessiehouder voor de bij het lotospel noodzakelijke verrichtingen, die kunnen worden beschouwd als activiteiten die in de aangegeven zin onder de verantwoordelijkheid van de staat vallen, en de levering van automatiseringssystemen aan de overheid. Het Hof concludeerde dat er in deze zaak sprake was van een overheidsopdracht, omdat een dergelijke overdracht van verantwoordelijkheid ontbrak.

2.3. AFBAKENING TUSSEN CONCESSIEOVEREENKOMSTEN VOOR OPENBARE WERKEN EN VOOR DIENSTVERLENING

Aangezien alleen Richtlijn 93/37/EEG bijzondere procedures voor de verlening van concessies voor openbare werken voorschrijft, is het nuttig te bepalen wanneer er sprake is van een dergelijke concessieovereenkomst, vooral indien het gaat om een gemengd contract dat voor een deel ook een dienstverrichting betreft. In de praktijk is dat overigens bijna altijd het geval, aangezien de concessiehouder voor openbare werken vaak een dienst voor de gebruiker verricht in samenhang met het werk dat hij heeft uitgevoerd.

Betreffende de afbakening van het toepassingsgebied van de bepalingen van de richtlijnen werken en diensten, bepaalt overweging 16 van de richtlijn diensten dat, voorzover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen. Deze bepalingen zijn door het Hof van Justitie uitgelegd in de zaak *Gestión Hotelera Internacional*, waarin het heeft verklaard dat „wanneer de (. . .) werken ten opzichte van het primaire voorwerp van de aanbesteding slechts een bijkomstig karakter hebben, die aanbesteding niet in haar totaliteit kan worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken”⁽²⁰⁾. Het probleem van de gemengde contracten is door het Hof van Justitie ook in een andere zaak⁽²¹⁾ aan de orde gesteld; het Hof bepaalde dat wanneer een contract twee scheidbare objecten heeft (bijvoorbeeld leveringen en dienstverrichtingen), op ieder de desbetreffende specifieke regels moeten worden toegepast.

Hoewel deze beginselen ontwikkeld zijn met betrekking tot overheidsopdrachten, is de Commissie van mening dat een analoge benadering moet worden gekozen om te bepalen of de richtlijn werken al dan niet op een concessieovereenkomst van toepassing is. Het toepassingsgebied *ratione materiae* van deze richtlijn is namelijk hetzelfde, of het nu een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken of een concessieovereenkomst voor openbare werken betreft ⁽²²⁾.

Volgens de Commissie gaat het er dan ook vooral om te bepalen of het primaire object van het contract de bouw van een werk of de uitvoering van werken voor rekening van de concessieverlener betreft, of dat de uitvoering van deze werken of de bouw van dit werk ten opzichte van het primaire object van het contract slechts een bijkomstig karakter heeft.

Als het contract in hoofdzaak betrekking heeft op de bouw van een werk voor rekening van de concessieverlener, betreft het volgens de Commissie een concessieovereenkomst voor openbare werken.

In dit geval is de richtlijn werken van toepassing, mits de drempel van 5 000 000 EUR wordt gehaald, ook al bevat de overeenkomst aspecten van dienstverlening. Het feit dat de werken in feite door derden worden uitgevoerd, verandert de aard van het basiscontract niet. Het object van het contract blijft hetzelfde.

Een concessieovereenkomst waarbij de uitvoering van werken slechts een bijkomstig karakter heeft, of die uitsluitend betrekking heeft op de exploitatie van een bestaand werk, wordt daarentegen als een concessieovereenkomst voor dienstverlening beschouwd.

Overigens komen in de praktijk ook verrichtingen voor die zowel betrekking hebben op de uitvoering van werken als op het verrichten van diensten. Zo kunnen naast concessieovereenkomsten voor openbare werken ook concessieovereenkomsten voor dienstverlening worden gesloten voor aanvullende activiteiten die onafhankelijk zijn van de exploitatie van de concessie voor het werk. Restauratiediensten (catering) bij een autoweg kunnen bijvoorbeeld worden geregeld in een concessieovereenkomst voor dienstverlening die los staat van de concessieovereenkomst voor de aanleg of het beheer van die autoweg. Indien de objecten van deze contracten scheidbaar zijn, moeten volgens de Commissie op de afzonderlijke contracten de regels voor het desbetreffende type contract worden toegepast.

2.4. TOEPASSINGSGBIED VAN DEZE INTERPRETATIEVE MEDEDELING

Zoals hierboven al is aangegeven, zijn de regels en beginselen van het Verdrag op concessieovereenkomsten van toepassing, ook al worden zij niet genoemd in de richtlijnen voor overheidsopdrachten, mits zij verleend zijn door middel van handelingen die toe te schrijven zijn aan de staat en betrekking hebben op het verrichten van economische activiteiten.

Iedere overheidshandeling ⁽²³⁾ — of het nu gaat om een eenzijdige handeling of om een contract — waarbij voorwaarden voor een economische prestatie worden vastgelegd, moet immers voldoen aan de regels en beginselen van het Verdrag en

met name aan de artikelen 43 tot en met 55 (ex artikelen 52 tot en met 66) ⁽²⁴⁾.

Deze mededeling betreft dus iedere aan de staat toe te schrijven handeling waarmee een overheidsinstelling het gehele of gedeeltelijke beheer van diensten die normaal gesproken tot haar verantwoordelijkheden behoren, aan een derde uitbesteedt — hetzij via een contract, hetzij via een eenzijdige rechtshandeling waarmee die derde heeft ingestemd — en waarvoor die derde het exploitatierisico draagt. De mededeling betreft uitsluitend diensten die bestaan uit het verrichten van economische activiteiten in de zin van de artikelen 43 tot en met 55 (ex artikelen 52 tot en met 66) van het Verdrag.

Deze handelingen van de staat worden hierna aangeduid met het begrip „concessieovereenkomsten”, ongeacht hun juridische kwalificatie in het nationale recht.

Rekening houdend met het voorgaande, en behoudens de bepalingen van het communautaire recht die van toepassing kunnen zijn, heeft deze mededeling geen betrekking op:

- handelingen waarmee een overheidsinstelling een machtiging of een vergunning voor een economische activiteit verleent, ook al worden die handelingen in sommige lidstaten als concessieovereenkomsten aangemerkt ⁽²⁵⁾;
- handelingen met betrekking tot niet-economische activiteiten, zoals verplicht onderwijs of de sociale zekerheid.

Opgemerkt zij dat wanneer een concessieovereenkomst afloopt, de verlenging ervan moet worden beschouwd als een nieuwe concessieovereenkomst, waardoor deze binnen het toepassingsgebied van deze mededeling valt.

Een bijzonder probleem doet zich voor wanneer tussen de concessiehouder en de concessieverlener een vorm van delegatie tussen organen bestaat die binnen de administratieve sfeer van de aanbestedende dienst blijft ⁽²⁶⁾. Het blijft de vraag of en in hoeverre het communautaire recht van toepassing is op dit type relaties, aangezien het Hof geen definitieve uitspraak over de aard van deze relaties heeft gedaan ⁽²⁷⁾. Echter, andere zaken die momenteel bij het Hof aanhangig zijn, zouden hieromtrent aanvullende elementen kunnen bijdragen ⁽²⁸⁾.

De betrekkingen tussen overheidsinstanties en publieke ondernemingen die belast zijn met de uitoefening van diensten van algemeen belang vallen daarentegen in principe wel onder deze mededeling ⁽²⁹⁾. Gezien een vaste jurisprudentie van het Hof ⁽³⁰⁾ verzet geen Verdragsbepaling zich ertegen dat lidstaten om niet-economische overwegingen van openbaar belang bepaalde diensten van openbaar belang aan de vrije mededinging onttrekken door het uitsluitend recht daarop aan een of meer maatschappijen toe te kennen ⁽³¹⁾. Het Hof voegt hier evenwel aan toe dat de inrichting en uitoefening van een op deze wijze gecreëerd monopolie niet in strijd mogen komen met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en van diensten en met de mededingingsregels ⁽³²⁾. Ook de voorwaarden waaronder deze exclusieve rechten worden verleend, moeten voldoen aan de Verdragsregels en kunnen daarom onder het toepassingsgebied van deze mededeling vallen.

3. VOORSCHRIFTEN VOOR CONCESSIEOVEREENKOMSTEN

Zoals reeds werd aangegeven, geldt alleen voor concessieovereenkomsten voor openbare werken boven de in Richtlijn 93/37/EEG vastgestelde drempel (5 000 000 EUR) een specifieke regeling.

Zoals op iedere handeling van de staat waarbij de voorwaarden voor economische activiteiten worden vastgelegd, zijn ook op concessieovereenkomsten de bepalingen van de artikelen 28 tot en met 30 (ex artikelen 30 tot en met 36) en 43 tot en met 55 (ex artikelen 52 tot en met 66) van het Verdrag of de beginselen die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof, van toepassing⁽³³⁾. Het gaat hier met name om de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie, wederzijdse erkenning en proportionaliteit⁽³⁴⁾.

Het Verdrag beperkt de lidstaten niet in hun vrijheid om gebruik te maken van concessies, mits de wijze waarop deze worden verleend of tot stand komen, verenigbaar is met het communautaire recht.

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat de lidstaten, ook al zijn ze op grond van het Verdrag vrij om materiële en procedurele regels vast te stellen, alle relevante communautaire rechtsregels in acht moeten nemen en met name de verboden die voortvloeien uit de beginselen van het Verdrag met betrekking tot het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten⁽³⁵⁾. Overigens heeft het Hof het belang van de beginselen en regels van het Verdrag onderstreept door te stellen dat de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten enerzijds „de daadwerkelijke verwezenlijking binnen de Gemeenschap van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten” tot doel hebben en anderzijds „de effectiviteit beogen te waarborgen van de door het Verdrag toegekende rechten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen”⁽³⁶⁾.

Sommige lidstaten hebben weleens geponeerd dat de Verdragsregels niet op het sluiten van een concessieovereenkomst van toepassing zijn omdat het daarbij zou gaan om de delegatie van een openbare dienst, hetgeen alleen op basis van wederzijds vertrouwen (*intuitu personae*) mogelijk zou zijn. Uit het Verdrag en uit vaste jurisprudentie van het Hof volgt dat handelingen van een staat die strijdig zijn met de artikelen 43 en 49 (ex artikelen 52 en 59) van het Verdrag, alleen op basis van de in de artikelen 45 en 55 (ex artikelen 55 en 66) genoemde gronden niet onder het verbod van die artikelen behoeven te vallen. De zeer restrictieve toepassingsvoorwaarden die het Hof hiervoor heeft geformuleerd, worden hierna uiteengezet⁽³⁷⁾. Niets in het Verdrag of in de jurisprudentie van het Hof wijst erop dat dit niet zou gelden voor concessieovereenkomsten.

Hieronder volgt een analyse van de Verdragsregels en de beginselen uit de jurisprudentie van het Hof die van toepassing zijn op de concessieovereenkomsten waarover deze mededeling gaat.

3.1. DE REGELS EN BEGINSELEN VAN HET VERDRAG EN DIE WELKE DOOR HET HOF ZIJN ONTWIKKELD

Zoals eerder al is gezegd, worden overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten niet met name in het Verdrag genoemd.

Niettemin zijn verscheidene Verdragsbepalingen van toepassing. Het gaat daarbij om de regels waarmee de interne markt wordt opgericht en waarmee de goede werking ervan wordt verzekerd, namelijk:

- het verbod op elke discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 12, eerste alinea, ex artikel 6, eerste alinea),
- het vrije verkeer van goederen (artikel 28, ex artikel 30, e.v.), de vrijheid van vestiging (artikel 43, ex artikel 52, e.v.), het vrij verrichten van diensten (artikel 49, ex artikel 59, e.v.) en de uitzonderingen op die regels in de artikelen 30, 45 en 46 (ex artikelen 36, 55 en 56)⁽³⁸⁾,
- de bepalingen van artikel 86 (ex artikel 90) van het Verdrag kunnen een aanwijzing geven bij de vaststelling van de legitimititeit van het verlenen van deze rechten.

Deze regels en de beginselen die door het Hof zijn ontwikkeld, worden hieronder nader uiteengezet.

De aangehaalde jurisprudentie betreft voor een deel overheidsopdrachten, maar de beginselen die erin zijn ontwikkeld, hebben veelal een breder toepassingsgebied. Zij zijn ook op andere situaties van toepassing, bijvoorbeeld op concessieovereenkomsten.

3.1.1. Gelijke behandeling

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof „is het algemene gelijkheidsbeginsel, waarvan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit slechts een bijzondere uitdrukking is, een der grondprincipes van het Gemeenschapsrecht. Krachtens dit beginsel mogen gelijke omstandigheden niet verschillend worden behandeld, tenzij dat verschil objectief zou zijn gerechtvaardigd”⁽³⁹⁾.

Bovendien heeft het Hof gesteld dat het beginsel van gelijke behandeling, waarvan de artikelen 43 (ex artikel 52) en 49 (ex artikel 59) van het Verdrag een bijzondere uitdrukking vormen, „niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit (verbiedt), maar ook alle vormen van verkapte discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden”⁽⁴⁰⁾.

Het beginsel van gelijke behandeling brengt met name met zich dat de spelregels bij alle potentiële concessiehouders bekend moeten zijn en voor iedereen op dezelfde wijze moeten worden toegepast. Uit jurisprudentie van het Hof, met name het arrest Raulin⁽⁴¹⁾ en het arrest Parlement/Raad⁽⁴²⁾, volgt dat het beginsel van gelijke behandeling niet alleen inhoudt dat de toegangsvoorwaarden tot een economische activiteit niet discriminerend mogen zijn, maar ook dat overheidsinstanties alle maatregelen moeten nemen om de uitoefening van die activiteit mogelijk te maken.

De Commissie is van mening dat uit deze jurisprudentie voortvloeit dat het beginsel van vrije mededinging moet worden gerespecteerd.

In de arresten Storebaelt en Waalse bussen heeft het Hof zich kunnen uitspreken over de reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van overheidsopdrachten: het beginsel brengt enerzijds met zich dat alle offertes aan de in het bestek gestelde eisen moeten voldoen zodat ze objectief met elkaar kunnen worden vergeleken⁽⁴³⁾ en anderzijds dat, indien de aanbestedende dienst rekening houdt met een verandering in de oorspronkelijke offerte van één inschrijver, deze ten opzichte van zijn concurrenten wordt bevoordeeld, hetgeen afbreuk doet aan het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en aan de transparantie van de procedure. Bovendien stelt het Hof dat „de procedure van vergelijking van de aanbiedingen steeds in overeenstemming (dient) te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben”⁽⁴⁴⁾.

In deze jurisprudentie inzake de toepassing van de richtlijnen heeft het Hof dus gesteld dat bij het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers eventuele discriminatie niet afhangt van nationaliteit of een ander criterium.

De toepassing van dit beginsel op concessies (wat uiteraard alleen mogelijk is indien de aanbestedende dienst met meer dan een potentiële concessiehouder onderhandelt) houdt in dat de concessieverlener vrij is in zijn keuze van de meest geschikte gunningsprocedure, met name in functie van de karakteristieken van de betreffende sector, en in de keuze van de eisen waaraan de gegadigden in de verschillende fasen van een procedure moeten voldoen⁽⁴⁵⁾. Dit impliceert echter dat de keuze van de gegadigden evenwel op basis van objectieve criteria moet geschieden en het verloop van de procedure moet voldoen aan vooraf vastgestelde procedurevoorschriften en basis-eisen⁽⁴⁶⁾. Mochten die voorschriften niet zijn vastgelegd, dan brengt het beginsel van gelijke behandeling in ieder geval met zich dat de gegadigden op een objectieve manier moeten worden gekozen.

Strijdig met bovengenoemde Verdragsregels en met het beginsel van gelijke behandeling zijn in ieder geval bepalingen dat overheidscontracten alleen kunnen worden verleend aan vennootschappen waarvan alle of de meerderheid van de aandelen al dan niet rechtstreeks in handen zijn van de staat of de openbare sector⁽⁴⁷⁾, het aanvaarden van offertes die niet aan het bestek beantwoorden of na hun opening zijn gewijzigd, evenals het in aanmerking nemen van niet in het oorspronkelijke ontwerp opgenomen alternatieve oplossingen. Bovendien mag het oorspronkelijke onderwerp van de opdracht tijdens de onderhandelingen niet wezenlijk worden veranderd ten opzichte van de in het begin van de procedure vastgelegde criteria en eisen.

Indien de concessieverlener er in bepaalde gevallen niet in slaagt zijn behoeften precies genoeg in technische termen uit te drukken en hij alternatieve offertes vraagt die verschillende oplossingen kunnen bieden voor een in algemene termen omschreven probleem, moet, met het oog op een gezonde en doeltreffende concurrentie, in het bestek altijd op niet-discrimi-

nerende en objectieve wijze worden aangegeven wat er van de gegadigden wordt verwacht en vooral aan welke voorwaarden zij bij de voorbereiding van hun offertes moeten voldoen. Op die manier weet iedere gegadigde bij voorbaat dat hij verschillende technische oplossingen kan voorstellen. Algemeener uitgedrukt: het bestek mag geen elementen bevatten die strijdig zijn met de eerder genoemde regels en beginselen van het Verdrag. De behoefte van de concessieverlener kan ook worden vastgesteld in samenwerking met ondernemingen uit de sector, voorzover dit niet leidt tot verhindering van de mededinging.

3.1.2. Transparantie

De Commissie wijst er op dat het Hof in zijn jurisprudentie over de laatste fasen van de procedure heeft verklaard dat het beginsel van transparantie een logisch uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling is; het beginsel van transparantie beoogt het nuttig effect van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen door te zorgen voor niet-vervalste concurrentieomstandigheden⁽⁴⁸⁾.

De Commissie constateert dat in vrijwel alle lidstaten regels of bestuurlijke praktijken voor concessieovereenkomsten bestaan die inhouden dat opdrachtgevers die een economische activiteit aan een derde willen uitbesteden, dit voornemen op een passende wijze openbaar moeten maken teneinde een minimum aan transparantie te garanderen.

Zoals het Hof in zijn meest recente jurisprudentie heeft verklaard, impliceert het non-discriminatiebeginsel op grond van nationaliteit een verplichting tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd⁽⁴⁹⁾.

Transparantie kan door elk daartoe geëigend middel, waaronder publiciteit, worden gewaarborgd. Welk middel geëigend is, hangt af van en houdt rekening met de specifieke aspecten van de betreffende sectoren⁽⁵⁰⁾. Deze vormen van publiciteit bevatten in het algemeen de nodige informatie aan de hand waarvan potentiële concessiehouders kunnen beslissen of zij geïnteresseerd zijn in deelname aan de procedure (zoals de selectie- en gunningscriteria enz.). Dit bevat tevens het object van de concessieovereenkomst evenals de aard en omvang van de prestaties die van de concessiehouder worden verwacht.

De Commissie is van mening dat op deze wijze aan het vereiste van transparantie wordt voldaan.

3.1.3. Proportionaliteit

Het proportionaliteitsbeginsel „behoort volgens vaste rechtspraak van het Hof tot de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht”⁽⁵¹⁾; ook nationale autoriteiten zijn eraan gebonden bij hun toepassing van het Gemeenschapsrecht⁽⁵²⁾, ofschoon zij over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken⁽⁵³⁾.

Het proportionaliteitsbeginsel vereist dat iedere gekozen maatregel zowel noodzakelijk als passend is gezien de beoogde doelen ⁽⁵⁴⁾. Een lidstaat moet dus kiezen voor maatregelen die de minste verstoringen veroorzaken voor de uitoefening van economische activiteiten ⁽⁵⁵⁾.

Toegepast op concessies vereist dit beginsel dat iedere gekozen maatregel gezien de vastgestelde doelen zowel noodzakelijk als passend is, ook al zijn de concessieverlenende instanties vrij om, met name op het gebied van prestaties en technische specificaties, de doelen te bepalen.

Zo mag een lidstaat bij de selectie van de gegadigden geen technische, professionele of financiële eisen stellen die niet in verhouding staan tot het object van de concessieovereenkomst.

Het proportionaliteitsbeginsel vereist ook dat concurrentie en financieel evenwicht op elkaar worden afgestemd; de duur van de concessieovereenkomst moet dus zodanig worden gekozen dat de vrije mededinging niet verder wordt beperkt dan nodig is voor de afschrijving op investeringen en een redelijke vergoeding voor het geïnvesteerde kapitaal ⁽⁵⁶⁾, waarbij de concessiehouder nog steeds het risico draagt dat is verbonden aan de exploitatie.

3.1.4. Wederzijdse erkenning

Het beginsel van de wederzijdse erkenning is door het Hof ontwikkeld en steeds verder uitgewerkt in een omvangrijke jurisprudentie op het gebied van het vrije verkeer van goederen, personen en diensten. Op grond van dit beginsel is een lidstaat verplicht om goederen en diensten van ondernemingen uit andere lidstaten van de Gemeenschap toe te laten voorzover die goederen en diensten op gelijkwaardige wijze beantwoorden aan de legitieme doelstellingen van de lidstaat van bestemming ⁽⁵⁷⁾.

Toepassing van dit beginsel op concessieovereenkomsten heeft met name tot gevolg dat de lidstaat waar de dienst wordt verricht, verplicht is de in andere lidstaten vereiste technische specificaties, controles, titels, certificaten en kwalificaties te accepteren voorzover deze zijn erkend als gelijkwaardig aan de eisen van de lidstaat waar de dienst wordt verricht ⁽⁵⁸⁾.

3.1.5. De uitzondering in het Verdrag

Beperking van het vrije goederenverkeer, van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten is slechts toegestaan indien deze wordt gerechtvaardigd door een van de redenen genoemd in de artikelen 30, 45, 46 en 55 (ex artikelen 36, 55, 56 en 66) van het Verdrag.

In het bijzonder met betrekking tot artikel 45 (ex artikel 55), waarin beperking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten wordt toegestaan voor werkzaamheden die vallen onder de uitoefening van het openbaar gezag, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden, heeft het Hof herhaalde malen benadrukt ⁽⁵⁹⁾ „dat artikel 45 (ex artikel 55) van het Verdrag, dat een uitzondering op de fundamentele regel van de vrijheid van vestiging inhoudt, zo [moet] worden uitgelegd, dat het niet verder gaat dan wat strikt nood-

zakelijk is ter vrijwaring van de belangen die het de lidstaten toestaat te beschermen”. Een dergelijke uitzondering moet beperkt blijven tot de in de artikelen 43 en 49 (ex artikelen 52 en 59) bedoelde activiteiten, die op zichzelf een rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden ⁽⁶⁰⁾.

Bijgevolg moet de in de artikel 45 (ex artikel 55) genoemde uitzondering beperkt blijven tot gevallen waarin de concessiehouder rechtstreeks en specifiek deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag.

Activiteiten in het kader van een verplichting of een exclusief recht die bij wet zijn ingesteld of door de nationale autoriteiten als uitoefening van het openbaar gezag worden beschouwd, vormen dus niet automatisch een dergelijke uitzondering ⁽⁶¹⁾. Weliswaar heeft iedere door een overheidsinstantie gedelegeerde activiteit in principe een connotatie van openbaar nut, maar dat betekent nog niet dat die activiteit noodzakelijkerwijze deel uitmaakt van de uitoefening van het openbaar gezag.

Het Hof van Justitie heeft in bepaalde zaken bijvoorbeeld de uitzondering uit artikel 45 (ex artikel 55) niet van toepassing verklaard omdat:

- de overheidsinstanties de controle over de overgedragen activiteiten behield en beschikte over middelen om de vrijwaring van de belangen waarvoor zij verantwoordelijk was, te verzekeren ⁽⁶²⁾,
- de overgedragen activiteiten technisch van aard waren en daarom geen deel uitmaakten van de uitoefening van het openbaar gezag ⁽⁶³⁾.

Zoals hierboven is aangegeven, vereist het proportionaliteitsbeginsel dat iedere maatregel die een beperking inhoudt van de uitoefening van de vrijheden van de artikelen 43 en 49 (ex artikelen 52 en 59) zowel noodzakelijk als passend moet zijn gezien de beoogde doelen ⁽⁶⁴⁾. Hieruit volgt met name dat een lidstaat bij zijn keuze van de maatregelen die het beoogde doel kunnen verwezenlijken, de voorkeur moet geven aan maatregelen die de uitoefening van die vrijheden het minst belemmeren ⁽⁶⁵⁾.

Bovendien moet de ontvangende lidstaat ten aanzien van het vrij verrichten van diensten nagaan of het te beschermen belang niet reeds beschermd wordt door de regels waaraan de gegadigde is onderworpen in de lidstaat waar hij zijn activiteit gewoonlijk uitoefent.

3.1.6. Bescherming van de rechten van particulieren

In een vaste jurisprudentie over de fundamentele vrijheden van het Verdrag heeft het Hof verklaard dat beschikkingen die een weigering of afwijzing inhouden, moeten worden gemotiveerd en vatbaar moeten zijn voor beroep door de betrokkenen ⁽⁶⁶⁾.

Deze eisen zijn algemeen toepasbaar omdat zij, aldus het Hof, voortvloeien uit gemeenschappelijke grondwettelijke tradities in de lidstaten en zijn vastgesteld in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens ⁽⁶⁷⁾.

Zij zijn daarom eveneens van toepassing op particulieren die zich benadeeld voelen bij de verlening van een concessie in de zin van deze mededeling.

3.2. DE SPECIFIEKE VOORSCHRIFTEN VAN RICHTLIJN 93/37/EEG VOOR CONCESSIEOVEREENKOMSTEN VOOR OPENBARE WERKEN

De Commissie wijst erop dat de hierboven uitgelegde regels en beginselen ook van toepassing zijn op concessieovereenkomsten voor openbare werken. Richtlijn 93/37/EEG schrijft daarnaast echter voor openbare werken een bijzondere regeling voor, die met name bekendmakingsvoorschriften betreft.

Vanzelfsprekend zijn op concessieovereenkomsten die de Richtlijn 93/37/EEG vastgestelde drempel niet overschrijden, alleen de regels en beginselen van het Verdrag van toepassing.

3.2.1. **Beginfase: keuze van de concessiehouder**

3.2.1.1. *Voorschriften betreffende bekendmaking en transparantie*

De aanbestedende diensten zijn verplicht om concessies voor openbare werken op Europees niveau bekend te maken door middel van een aankondiging van een concessieopdracht in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* volgens het model bij Richtlijn 93/37/EEG⁽⁶⁸⁾.

De Commissie heeft een probleem geconstateerd bij de verlening van concessies tussen publiekrechtelijke rechtspersonen. Sommige lidstaten waren kennelijk van mening dat de bepalingen van Richtlijn 93/37/EEG betreffende concessieovereenkomsten voor openbare werken niet van toepassing zijn op overeenkomsten tussen een overheidsinstantie en een andere publiekrechtelijke rechtspersoon.

Echter, Richtlijn 93/37/EEG stelt voorafgaande bekendmaking verplicht voor de verlening van concessies voor openbare werken, ongeacht of de potentiële concessiehouder een particulier is of tot de overheid behoort. In artikel 3, lid 3, van Richtlijn 93/37/EEG wordt overigens nadrukkelijk bepaald dat de concessiehouder een van de aanbestedende diensten bedoeld in de richtlijn kan zijn, hetgeen duidelijk betekent dat deze relatie ook aan de richtlijn onderworpen is en dat er voordien ook bekendmaking in overeenstemming met artikel 3, lid 1, van die richtlijn moet hebben plaatsgevonden.

3.2.1.2. *Keuze van het type procedure*

De concessieverlener is vrij in zijn keuze van de meest geschikte procedure voor de verlening van concessies voor openbare werken, en met name om een onderhandelingsprocedure te beginnen.

3.2.2. **Vervolfase: plaatsing van opdrachten door de contracthouder**⁽⁶⁹⁾

Richtlijn 93/37/EEG bevat bepaalde regels voor opdrachten die worden geplaatst door de concessiehouder voor openbare werken, voorzover het werken van minstens 5 000 000 EUR betreft. Deze regels variëren echter naargelang het type concessiehouder.

Indien de concessiehouder zelf een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn is, moeten de overeenkomsten voor de uitvoering van het werk worden toegekend met inachtneming van alle bepalingen in de richtlijn over overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken⁽⁷⁰⁾.

Voor concessiehouders die zelf geen aanbestedende dienst zijn, geeft de richtlijn alleen bepaalde bekendmakingsvoorschriften. Deze zijn echter niet van toepassing indien de concessiehouder opdrachten voor de uitvoering van werken bij verbonden ondernemingen in de zin van artikel 3, lid 4, van de richtlijn plaatst. Der richtlijn bepaalt bovendien dat bij concessieaanvragen een volledige lijst van deze ondernemingen moet worden gevoegd en dat deze lijst moet worden bijgewerkt wanneer zich nadien wijzigingen in de bindingen tussen de ondernemingen voordoen. Aangezien de lijst volledig is, kan de concessiehouder de niettoepasselijkheid van de bekendmakingsvoorschriften voor de plaatsing van een opdracht voor de uitvoering van werken niet inroepen wanneer een onderneming niet op die lijst voorkomt.

Op de concessiehouder nu zelf een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn is of niet, hij moet zijn voornemen om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken bij een derde te plaatsen altijd op communautair niveau bekendmaken.

Tot slot: naar de mening van de Commissie schendt een lidstaat de bepalingen van Richtlijn 93/37/EEG voor door derden uitgevoerde werken wanneer deze, zonder een aanbesteding uit te schrijven, als tussenpersoon een onderneming gebruikt waarmee hij banden heeft om de opdrachten voor de uitvoering van werken aan derden te gunnen.

3.2.3. **Voorschriften voor beroepsprocedures**

Artikel 1 van Richtlijn 89/665/EEG bepaalt dat „De lidstaten (...) de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat (...) tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.” overeenkomstig het bepaalde in de richtlijnen, „op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn”.

Deze bepaling van de richtlijn is van toepassing op concessieovereenkomsten voor openbare werken⁽⁷¹⁾.

Overigens wijst de Commissie ook op artikel 2, lid 7, van Richtlijn 89/665/EEG, waarin wordt bepaald dat „de lidstaten [ervoor] zorgen dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd.”

Hieruit volgt dat de lidstaten geen materiële of procedurele maatregelen mogen nemen die de door deze richtlijn in werking gezette mechanismen minder effectief zouden maken.

Voor de overheidsopdrachten van concessiehouders die tevens aanbestedende dienst zijn, gelden behalve de reeds genoemde verplichtingen, ook de motivatieplicht van artikel 8 van Richtlijn 93/37/EEG, die inhoudt dat de aanbestedende dienst zijn beslissing binnen 15 dagen moet motiveren, en de beroepsprocedures die zijn voorgeschreven in Richtlijn 89/665/EEG.

3.3. CONCESSIEOVEREENKOMSTEN IN DE NUTSSECTOREN

Richtlijn 93/38/EEG betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (hierna: „de richtlijn nutssectoren”) bevat geen specifieke regels voor concessies voor openbare werken of voor dienstverlening.

Om vast te stellen welke regels toepasselijk zijn, is de rechtspersoonlijkheid, alsmede de activiteit van de concessieverlener doorslaggevend. Er zijn verschillende situaties mogelijk.

Ten eerste kan de staat of een andere overheidsinstantie die niet specifiek actief is in een van de vier sectoren die bedoeld zijn in de richtlijn nutssectoren, een concessie verlenen voor een economische activiteit in een van deze vier sectoren. Voor deze concessieovereenkomst gelden de hierboven beschreven regels en beginselen van het Verdrag en indien het een concessieovereenkomst voor openbare werken betreft tevens die van de richtlijn werken.

Een tweede mogelijkheid is dat een overheidsinstelling die specifiek actief is in een van de vier sectoren die bedoeld zijn in de richtlijn nutssectoren, een concessie verleent. In dit geval zijn regels en beginselen van het Verdrag van toepassing, aangezien de concessieverlener een overheidsinstelling is. Zelfs als het een concessieovereenkomst voor openbare werken betreft, zijn uitsluitend de regels en beginselen van het Verdrag van toepas-

sing, want de richtlijn werken is niet van toepassing op de verlening van concessies door een instelling die specifiek actief is in de sectoren waarop Richtlijn 93/38/EEG betrekking heeft.

De derde en laatste mogelijkheid is dat de concessie wordt verleend door een particuliere instelling. In dit geval zijn de hierboven beschreven regels en beginselen niet van toepassing ⁽⁷⁾.

De Commissie vertrouwt erop dat zij met de publicatie van deze mededeling bijdraagt aan de verduidelijking van de spelregels en aan de openstelling van de markten voor concurrentie op het gebied van concessieovereenkomsten.

Overigens wil de Commissie benadrukken dat met deze mededeling slechts wordt geprobeerd duidelijkheid te scheppen en dat hiermee niet wordt vooruitgelopen op een eventueel voorstel voor wetgeving op het gebied van concessieovereenkomsten, indien dit nodig zou blijken te zijn ter vergroting van de rechtszekerheid.

Het Hof, dat momenteel enkele prejudiciële vragen in behandeling heeft ⁽⁷³⁾, zou ten slotte een nadere precisering kunnen geven van de elementen die thans uit het Verdrag, de richtlijnen en de jurisprudentie kunnen worden afgeleid. Deze mededeling kan te zijner tijd worden aangevuld om met deze nieuwe elementen rekening te houden.

(1) PB C 94 van 7.4.1999, blz. 4.

(2) De Commissie spreekt haar dank uit jegens alle bedrijven, collectieve belangenvertegenwoordigers, overheidsinstanties en particulieren die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van deze mededeling.

(3) Zie ook punt 2.1.2.4 van de mededeling van de Commissie van 11 maart 1998 „De overheidsopdrachten in de Europese Unie”, COM(98) 143.

(4) Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199 van 9.8.1993, blz. 54).

(5) Richtlijn 93/37/EEG, supra.

(6) Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209 van 24.7.1992, blz. 1); Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199 van 9.8.1993, blz. 1); Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199 van 9.8.1993, blz. 84).

(7) Het bekendste voorbeeld van een concessieovereenkomst voor openbare werken is de overeenkomst waarbij een staat een bedrijf het recht geeft een autosnelweg aan te leggen, en deze te exploiteren door middel van een tolheffing.

(8) De vaststelling of dit inderdaad het geval is, moet worden gedaan voor iedere individuele situatie, waarbij rekening gehouden moet worden met verschillende elementen, zoals het onderwerp, de duur en de waarde van de opdracht, de economische en financiële capaciteit van de concessiehouder, evenals met ieder ander element dat van nut is om vast te stellen dat de concessiehouder inderdaad een risico draagt.

(9) Indien de aanbestedende dienst de financiering terugbetaalt zonder dat de ondernemer risico's loopt in verband met het beheer van het werk, wordt het contract als een opdracht voor de uitvoering van werken en niet als een concessieovereenkomst beschouwd, omdat het risico-element ontbreekt. Bovendien kan de opdracht niet als een concessie worden beschouwd wanneer de concessiehouder tijdens de duur van de overeenkomst of zelfs na afloop ervan, op directe of indirecte wijze een beloning ontvangt (als terugbetaling, dekking van verliezen, enz.) die niet verbonden is met de exploitatie van het werk. In een dergelijke situatie moet de voorafgaande financiering worden beoordeeld in het licht van alle relevante bepalingen van het Gemeenschapsrecht.

(10) Zo is de Commissie bijvoorbeeld al gevallen tegengekomen waarin een consortium van ondernemers en banken de verplichting aanging ten behoeve van de aanbestedende dienst een werk uit te voeren in ruil voor terugbetaling door de aanbestedende dienst van de lening die de ondernemers bij de banken hadden afgesloten, in combinatie met een winst voor de particuliere partners. De Commissie beschouwde deze constructie als een overheidsopdracht, want het consortium hield zich niet bezig met de exploitatie en liep dus ook geen enkel daarmee verbonden risico.

De Commissie kwam tot dezelfde conclusie in een ander geval, waarin de private partner die de werken had uitgevoerd, deze ogenschijnlijk exploiteerde, maar de overheidsinstelling hem een schadevergoeding garandeerde onder zodanige voorwaarden dat het exploitatierisico feitelijk door de overheidsinstelling werd gelopen.

(11) Bijvoorbeeld indien het toltarief voor een autoweg door de staat wordt vastgesteld op een niveau dat de exploitatiekosten niet dekt.

(12) Bijvoorbeeld het risico dat het regelgevend kader tijdens de duur van de concessie wordt gewijzigd (bv. op het gebied van milieubescherming, waardoor aanpassing van het werk noodzakelijk is, of op belastinggebied, waardoor het financiële evenwicht van het contract wordt verstoord) of het risico dat het werk technisch achterhaald is. De kans dat dit type risico's zich voordoet tijdens de duur van de concessie is overigens des te groter, gezien het feit dat een concessie normaal gezien van relatief lange duur is.

(13) Opgemerkt zij dat ook een fictieve tolheffing, waarbij de concessieverlener deze voor zijn rekening neemt, het economische risico onverlet laat, indien de vergoeding afhankelijk is van het gebruik.

- (14) In een door de Commissie onderzocht geval beschikte de private partner, die het werk leek te exploiteren, over een schadeloosstellingsgarantie van de overheidsinstanties, zodat het exploitatierisico in feite bij de publieke partner berustte.
- (15) In de richtlijn diensten komt het begrip „concessieovereenkomst voor dienstverlening” in het geheel niet voor. Dit behoeft enig commentaar. De Commissie heeft bij de voorbereiding van deze richtlijn voorgesteld voor dit type concessieovereenkomst een analoge regeling vast te stellen als die voor concessieovereenkomsten voor openbare werken, maar de Raad ging daarmee niet akkoord. De vraag is dan ook gesteld of het verlenen van concessieovereenkomsten voor dienstverlening niet geheel onder de richtlijn diensten valt. Zoals hierboven is aangegeven, is die van toepassing op „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds”, behoudens enkele in de richtlijn genoemde uitzonderingen waar de concessieovereenkomst niet bij hoort.
- Een letterlijke interpretatie van die definitie, die door sommige auteurs wordt gehanteerd, kan ertoe leiden dat de richtlijn diensten op de concessieovereenkomst van toepassing is, aangezien die schriftelijk en onder bezwarende titel wordt gesloten. Deze opvatting zou betekenen dat de verlening van een concessieovereenkomst voor dienstverlening moet voldoen aan de voorschriften van deze richtlijn, zodat hierop een complexere procedure van toepassing is dan op concessieovereenkomsten voor openbare werken.
- Omdat jurisprudentie van het Hof op dit punt ontbreekt, heeft de Commissie deze interpretatie echter niet gevolgd bij concrete zaken die haar zijn voorgelegd. In een prejudiciële vraag die momenteel bij het Hof aanhangig is, wordt de kwestie van de definitie en de op concessieovereenkomsten voor dienstverlening toepasselijke juridische regeling aan de orde gesteld (zaak C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH/Post & Telekom Austria* (Telaustria)).
- (16) Arrest van het Hof van 26 april 1994 in zaak C-272/91, *Commissie/Italië* (Lottomatica), Jurisprudentie 1994, blz. I-1409.
- (17) Conclusie van advocaat-generaal La Pergola in zaak C-360/96, *Arnhem*; Conclusie van advocaat-generaal Alber in zaak C-108/98, *RI. SAN Srl/Comune di Ischia*.
- (18) In zijn arrest van 10 november 1998 in zaak C-360/96, *Arnhem*, punt 25, heeft het Hof verklaard dat er geen sprake was van een concessieovereenkomst voor dienstverlening aangezien de vergoeding uitsluitend bestond in een betaling door de overheidsinstantie en niet in het recht op exploitatie van de dienst.
- (19) Conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *Arnhem*, supra; conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *RI. SAN Srl*, supra.
- (20) Arrest van het Hof van 19 april 1994 in zaak C-331/92, *Gestión Hotelera*, Jurisprudentie 1994, I-1329.
- (21) Arrest van het Hof van 5 december 1989 in zaak 3/88, *Data Processing*, Jurisprudentie 1989, blz. 4035.
- (22) Het Hof heeft overigens hetzelfde beginsel toegepast ter afbakening van overheidsopdrachten voor dienstverlening en leveringen in zijn arrest van 18 november 1999 in zaak C-107/98, *Teckal Srl/Comune di Viano en AGAC di Reggio Emilia* (Teckal).
- (23) In de meest brede zin van het woord: alle handelingen van om het even welke instantie die deel uitmaakt van de organisatie van de staat (territoriale en regionale lichamen, ministeries, autonome gemeenschappen, gemeenten), evenals de handelingen die zijn verricht door enig andere entiteit die door zodanig nauwe banden met de staat verbonden is, dat zij geacht wordt deel uit te maken van diens organisatie. Als handelingen van de staat worden eveneens beschouwd de handelingen die toe te schrijven zijn aan de staat, dat wil zeggen handelingen die, hoewel niet verricht door de overheidsinstanties, toch aan hen zijn toe te schrijven wegens de mogelijkheden waarover zij beschikken om te verhinderen dat deze handelingen worden verricht of om te bevelen dat deze handelingen worden gewijzigd.
- (24) Eenzelfde redenering moet worden gevolgd met betrekking tot concessieovereenkomsten voor leveringen, die moeten voldoen aan de artikelen 28 tot en met 30 (ex artikelen 30 tot en met 36) van het Verdrag.
- (25) Bijvoorbeeld taxivergunningen, vergunningen voor het gebruik van de openbare weg (krantenkiosken, caféterrassen), rechtshandelingen met betrekking tot apotheken en benzinepompen.
- (26) Deze relaties lijken op zogenaamde „in house-betrekkingen”. Dit laatste is eerst geanalyseerd geweest door de advocaten-generaal La Pergola (in de zaak *Arnhem*, supra) Cosmas (in de zaak *Teckal*, supra) en Alber (in de zaak *RI.SAN*, supra).
- (27) In de zaak *Teckal*, supra, heeft het Hof bepaald dat het voor de toepasselijkheid van Richtlijn 93/36/EEG in beginsel volstaat „dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is”. Het voegt hieraan toe: „Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.” (punt 50).
- (28) Zaken C-94/99: *ARGE* en C-324/98: *Telaustria*, supra.
- (29) In de audiovisuele sector, moet rekening worden gehouden met het Protocol inzake het systeem van publieke radio-uitzending in de lidstaten, gevoegd als bijlage bij het Verdrag van Amsterdam waarmee het Verdrag betreffende de Europese Unie wordt gewijzigd (in werking getreden op 1 mei 1999).
- (30) Arresten *Sacchi* van 30 april 1974 in zaak 155/73 en *Elliniki Radiophonia* van 18 juni 1991 in zaak C-260/89.
- (31) Arrest *Elliniki Radiophonia*, supra, punt 10.
- (32) Arrest *Elliniki Radiophonia*, supra, punt 12.
- (33) Er zij herinnerd dat, voor de vervoerssector het vrije verrichten van diensten geregeld wordt in de artikelen 70 tot en met 80 (ex artikelen 74 tot en met 84) van het Verdrag, via een verwijzing in artikel 51 (ex artikel 61). Dit neemt niet weg dat, volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, de algemene beginselen van het communautaire recht op dit gebied van toepassing zijn (zie de arresten van 4 april 1974 in zaak C-167/73, *Commissie/Frankrijk*, van 30 april 1986 in de gevoegde zaken 209 tot en met 213/84, *Ministère Public/ASJES* en anderen, van 17 mei 1994 in zaak C-18/93, *Corsica ferries* en van 1 oktober 1998 in zaak C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc/Cuttica*).
- De vervoerdiensten per spoor, over de weg en over de binnenwateren vallen onder Verordening (EEG) nr. 1191/69, zoals gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 1893/91, waarin mechanismen en procedures zijn neergelegd die de overheidsinstanties kunnen toepassen teneinde te verzekeren dat hun doelstellingen op het gebied van het openbaar vervoer worden bereikt.
- (34) Vanzelfsprekend zijn bovengenoemde regels en beginselen op de handelingen en gedragingen van de concessiehouder van toepassing voorzover ze in de zin van de jurisprudentie van het Hof aan de staat zijn toe te schrijven.
- (35) Arrest van 9 juli 1987 in de gevoegde zaken 27/86, 28/86 en 29/86, *Bellini*.
- (36) Arresten van 10 maart 1987 in zaak 199/85, *Commissie/Italië* en van 17 november 1993 in zaak C-71/92, *Commissie/Spanje*.
- (37) Arrest *Lottomatica*, supra. In dat arrest was het Hof van Justitie van mening dat de taken van de concessiehouder beperkt bleven tot technische activiteiten en daarom onder het Verdrag vielen.
- (38) De Commissie wijst erop dat beperkende maar niet-discriminerende maatregelen strijdig zijn met de artikelen 43 (ex artikel 52) en 49 (ex artikel 59) van het Verdrag indien ze niet worden gerechtvaardigd door dringende redenen van algemeen belang. Van deze strijdigheid is sprake indien de maatregelen noch passend noch noodzakelijk zijn om het doel te bereiken.
- (39) Arrest van 8 oktober 1980 in zaak 810/79, *Überschär*.

- ⁽⁴⁰⁾ Arrest van 13 juli 1993 in zaak C-330/91, Commerzbank; zie ook het arrest van 3 februari 1982 in de gevoegde zaken 62 en 63/81, Seco en Desquenne.
- ⁽⁴¹⁾ Arrest van 26 februari 1992 in zaak C-357/89.
- ⁽⁴²⁾ Arrest van 7 juli 1992 in zaak C-295/90.
- ⁽⁴³⁾ Arrest van 22 juni 1993 in zaak C-243/89, Storebaelt, punt 37.
- ⁽⁴⁴⁾ Arrest van 25 april 1996 in zaak C-87/94, Waalse bussen. Zie ook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg (hierna: GEA) van 17 december 1998 in zaak T-203/96, Embassy Limousines & Services.
- ⁽⁴⁵⁾ Wat dit betreft dient te worden opgemerkt dat de voorliggende mededeling de interpretatie van de specifieke regels op het gebied van het vervoer, zoals neergelegd in het Verdrag of in specifieke regelgeving die van kracht is of zal worden, niet beïnvloedt.
- ⁽⁴⁶⁾ Voorbeeld: het bestek mag de gegadigden toestaan technische verbeteringen voor te stellen voor de door de concessieverlener voorgestelde oplossingen (bij gecompliceerde infrastructurele projecten is dit vaak het geval), maar deze verbeteringen mogen niet de basiseisen van het project betreffen en moeten beperkt van omvang zijn.
- ⁽⁴⁷⁾ Arrest Data Processing, supra, punt 30.
- ⁽⁴⁸⁾ Arrest Waalse bussen, supra.
- ⁽⁴⁹⁾ Arrest van 18 november 1999 in zaak C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, punt 31.
- ⁽⁵⁰⁾ Transparantie kan worden gewaarborgd door, onder andere, publicatie van een (voor)aankondiging in dagbladen of gespecialiseerde kranten of door uithanging.
- ⁽⁵¹⁾ Arrest van 11 juli 1989 in zaak 265/87, Schröder, punt 21.
- ⁽⁵²⁾ Arrest van 27 oktober 1993 in zaak 127/92, punt 27.
- ⁽⁵³⁾ Arrest van 19 juni 1980 in de gevoegde zaken 41/79, 121/79 en 796/79, Testa e.a., punt 21.
- ⁽⁵⁴⁾ Dit is bijvoorbeeld het geval als het gaat om de verplichting om een hoog niveau van milieubescherming te realiseren of als het gaat om de toepassing van het voorzorgsbeginsel.
- ⁽⁵⁵⁾ Zie bijvoorbeeld het arrest van 17 mei 1984 in zaak 15/83, Denkavit Nederland of het arrest van het GEA van 19 juni 1997, zaak T-260/94, Air Inter SA, punt 14.
- ⁽⁵⁶⁾ Zie in dit opzicht de recente jurisprudentie van het GEA volgens welke het Verdrag moet worden toegepast „wanneer een door een lidstaat vastgestelde maatregel een beperking van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een andere lidstaat op zijn grondgebied vormt, en tevens een onderneming voordelen verleent in de vorm van de toekenning van een exclusief recht, behoudens indien met deze overheidsmaatregel een rechtmatig doel wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt en dat steeds gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang (. . .)”. Het GEA voegt hieraan toe dat in een dergelijk geval „daarenboven die overheidsmaatregel geschikt (moet) zijn om de verwezenlijking van het nagelstreefde doel te waarborgen, en hij niet verder (mag) gaan dan nodig is om dat doel te bereiken” (arrest van 8 juli 1999 in zaak T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, punt 108).
- ⁽⁵⁷⁾ Dit beginsel is neergelegd in de jurisprudentie op het gebied van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, met name in de arresten Vlassopoulou (van 7 mei 1991, zaak C-340/89) en Dennemeyer (van 25 juli 1991, zaak C-76/90). In het eerstgenoemde arrest stelde het Hof dat „nationale kwalificatievereisten, ook wanneer zij worden toegepast zonder discriminatie op grond van nationaliteit, tot gevolg kunnen hebben, dat de uitoefening door onderdanen van andere lidstaten van het hun in artikel 43 (ex artikel 52) van het Verdrag gewaarborgde recht van vestiging, wordt belemmerd. Dit kan het geval zijn, wanneer in de nationale voorschriften geen rekening wordt gehouden met door de betrokkene reeds in een andere lidstaat verworven kennis en bekwaamheden”. In het arrest Dennemeyer heeft het Hof meer in het bijzonder bepaald dat „een lidstaat de verrichting van diensten op zijn grondgebied niet afhankelijk (mag) stellen van de inachtneming van alle voorwaarden die voor vestiging gelden, omdat hij daarmee de Verdragsbepalingen die het vrij verrichten van diensten moeten verzekeren, ieder nuttig effect zou ontnemen.” Tot slot heeft het Hof in de zaak Webb (zaak 279/80, arrest van 17 december 1981) daaraan toegevoegd dat voor het vrij verrichten van diensten is vereist dat „(. . .) de lidstaat waar de dienst wordt verricht (. . .) rekening houdt met de bewijsstukken en waarborgen die de dienstverrichter voor de uitoefening van zijn werkzaamheden in de lidstaat van vestiging reeds heeft verschaft”.
- ⁽⁵⁸⁾ De lidstaat waar de dienst wordt verricht, is bijvoorbeeld verplicht gelijkwaardige professionele, technische en financiële kwalificaties, te erkennen die de dienstverrichter reeds in een andere lidstaat heeft verworven. Wat de kwalificatie van ondernemingen, naast de toepassing van de richtlijnen betreffende technische harmonisatie, betreft, kan het bewijs van gelijkwaardigheid worden geleverd door overeenkomsten betreffende wederzijdse erkenning van vrijwillige certificatiesystemen; deze akkoorden kunnen zijn gebaseerd op accreditering, waarmee de bevoegdheid van deze onderzoeksinstanties wordt aangetoond.
- ⁽⁵⁹⁾ Zie met name het arrest van 15 maart 1988, zaak 147/86, Commissie/Griekenland.
- ⁽⁶⁰⁾ Arrest van 21 juni 1974 in zaak 2/74, Reyners.
- ⁽⁶¹⁾ Conclusie van advocaat-generaal Mischo in zaak C-3/88, Data Processing, supra.
- ⁽⁶²⁾ Arrest van 15 maart 1988 in zaak 147/86, supra.
- ⁽⁶³⁾ Zaken C-3/88 en C-272/91, Data Processing en Lottomatica, supra.
- ⁽⁶⁴⁾ Zaak T-260/94, Air Inter SA, supra. Het Hof sluit bijvoorbeeld toepassing van de uitzondering op grond van de „openbare orde” uit wanneer deze niet voldoende wordt gerechtvaardigd en het doel ook kan worden verwezenlijkt zonder beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (punt 15 van het arrest in zaak C-3/88, Data Processing, supra).
- ⁽⁶⁵⁾ Arresten van 28 maart 1996 in zaak C-272/94, Guiot/Climatec.
- ⁽⁶⁶⁾ Arrest van 7 mei 1991 in zaak C-340/89, Vlassopoulou, punt 22.
- ⁽⁶⁷⁾ Arrest van 15 oktober 1987 in zaak 222/86, Heylens, punt 14.
- ⁽⁶⁸⁾ „Met het oog op het doel van de richtlijn, de ontwikkeling te verzekeren van een daadwerkelijke mededinging bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zullen de aanbestedende diensten ten slotte passende bekendheid moeten geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria” (zie arrest van 20 september 1988 in zaak 31/87, Beentjes, punt 21).

- (69) Op grond van artikel 3, lid 2, van de richtlijn kan de aanbestedende dienst de concessiehouder verplichten om opdrachten voor een bepaald minimumpercentage van de totale waarde van de werken aan derden uit te besteden. De aanbestedende dienst kan ook de gegadigden voor de concessie verzoeken dat minimumpercentage zelf in hun aanbiedingen aan te geven.
- (70) Hetzelfde geldt voor houders van een concessie voor dienstverlening die zelf een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijnen zijn. De bepalingen van de richtlijnen zijn van toepassing op de aanbestedingsprocedures die zij in het kader van de concessie uitschrijven
- (71) In dit verband zij erop gewezen dat advocaat-generaal Elmer in zaak C-433/93, Commissie/Duitsland, heeft geconstateerd dat volgens jurisprudentie van het Hof (zie de arresten van 20 september 1988 in zaak 31/87, Beentjes, en van 22 juni 1989 in zaak 103/88, Constanzo) „de richtlijnen inzake overheidsopdrachten rechten verlenen aan particulieren die de laatstgenoemden onder bepaalde voorwaarden bij de nationale rechter rechtstreeks tegen de staat en de aanbestedende diensten kunnen invoeren”. De advocaat-generaal benadrukt ook dat Richtlijn 89/665/EEG, die van latere datum is dan deze jurisprudentie, niet tot doel had de rechten te beperken die de jurisprudentie aan particulieren tegenover de staat heeft verleend. Integendeel: de richtlijn beoogde versterking van de „zowel op nationaal als op Gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen (. . .) in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt” (zie tweede overweging van Richtlijn 89/665/EEG).
- (72) Indien de concessiehouder echter beschikt over exclusieve of bijzondere rechten voor de in de richtlijn nutssectoren bedoelde activiteiten, moet hij voor deze overheidsopdrachten echter wel aan de regels van deze richtlijn voldoen.
- (73) Bijvoorbeeld de zaak Telaustria, supra.

Voorafgaande aanmelding van een concentratie

(Zaak COMP/M.1961 — NHS/MWCR)

(2000/C 121/03)

(Voor de EER relevante tekst)

- Op 18 april 2000 ontving de Commissie een aanmelding van een beoogde concentratie in de zin van artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad ⁽¹⁾, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 ⁽²⁾, waarin is medegedeeld dat de ondernemingen Nuova Holding Subalpina SpA (NHS), die deel uitmaakt van het Sanpaolo/IMI-Group concern en de onderneming MWCRLux Sarl, die onder zeggenschap staat van de Schroders-Group, in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de genoemde verordening gezamenlijk zeggenschap verkrijgen over de onderneming MWCR SpA door de aankoop van activa.
- De bedrijfswerkzaamheden van de betrokken ondernemingen zijn:
 - NHS: bankdiensten in de retail sector en financiële dienstverlening;
 - MWCRLux Sarl: bankdiensten en de retail sector en financiële dienstverlening.
- Op grond van een voorlopig onderzoek is de Commissie van oordeel dat de aangemelde concentratie binnen het toepassingsgebied van Verordening (EEG) nr. 4064/89 kan vallen. Ten aanzien van dit punt wordt de definitieve beslissing echter aangehouden.
- De Commissie verzoekt belanghebbende derden haar hun eventuele opmerkingen ten aanzien van de voorgenomen concentratie kenbaar te maken.

Deze opmerkingen moeten de Commissie uiterlijk tien dagen na dagtekening van deze mededeling hebben bereikt. Zij kunnen per fax ((32-2) 296 43 01 of 296 72 44) of per post, onder vermelding van referentie COMP/M.1961 — NHS/MWCR, aan onderstaand adres worden toegezonden:

Europese Commissie
Directoraat-generaal Concurrentie
Directoraat B — Task Force Fusiecontrole
Kortenberglaan 150
B-1040 Brussel.

⁽¹⁾ PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1. Verordening gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13.

⁽²⁾ PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1. Verordening gerectificeerd in PB L 40 van 13.2.1998, blz. 17.
