ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)
21 juli 2005 *

In zaak C-231/03,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissing van 14 februari 2003, ingekomen bij het Hof op 28 mei 2003, in de procedure

Consorzio Aziende Metano (Coname)

tegen

Comune di Cingia de' Botti,

in tegenwoordigheid van:

Padania Acque SpA,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans (rapporteur), A. Rosas, R. Silva de Lapuerta en A. Borg Barthet, kamerpresidenten, R. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský en J. Klučka, rechters,

* Procestaal: Italiaans.

advocaat-generaal: C. Stix-Hackl,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 1 maart 2005,

gelet op de opmerkingen ingediend door:

— Consorzio Aziende Metano (Coname), vertegenwoordigd door M. Zoppolato, avvocato,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door D. J. M. de Grave als gemachtigde,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door X. Lewis, K. Wiedner en C. Loggi als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 april 2005,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG, 49 EG en 81 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Consorzio Aziende Metano (hierna: „Coname") en de comune di Cingia de' Botti (gemeente Cingia de' Botti) omtrent de toewijzing, door deze laatste aan Padania Acque SpA (hierna: „Padania"), van het beheer van de gasdistributie en het onderhoud van de installaties voor de distributie van methaangas.

Het rechtskader

3 Overeenkomstig artikel 22, lid 3, van legge n° 142 recante ordinamento delle autonomie locali (wet nr. 142 tot inrichting van de plaatselijke autonome overheden) van 8 juni 1990 (GURI nr. 135, gewoon supplement, van 12 juni 1990; hierna: „wet nr. 142/1990") kan een dienst zoals het beheer van de gasdistributie en het onderhoud van de installaties voor de distributie van methaangas worden verricht door het overheidsorgaan zelf, door derden op basis van een concessieovereenkomst, door een speciaal bedrijf of nog, volgens artikel 22, lid 3, sub e, „door een

naamloze vennootschap of een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarvan het meeste kapitaal door plaatselijke overheden is ingebracht en die is opgericht of waarin wordt deelgenomen door het orgaan dat de openbare dienst verricht en, indien nodig gelet op de aard of de omvang van het grondgebied waarop de dienst wordt verricht, met de participatie van verscheidene privaatrechtelijke of publiekrechtelijke marktdeelnemers".

Het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

4 Coname had met de comune di Cingia de' Botti een overeenkomst gesloten waarbij het onderhoud, de leiding van en het toezicht op het methaangasdistributienet haar werd toegewezen voor de periode van 1 januari 1999 tot en met 31 december 2000.

5 Bij brief van 30 december 1999 heeft deze gemeente Coname laten weten dat de gemeenteraad bij besluit van 21 december 1999 het beheer van de gasdistributie en het onderhoud van de installaties voor de distributie van methaangas voor de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2005 had toegewezen aan Padania. Deze vennootschap is een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen van de overheid is, en waarvan de aandelen in handen zijn van de provincie Cremona en van nagenoeg alle gemeenten van deze provincie. De comune di Cingia de' Botti bezit een deelneming van 0,97 % in het kapitaal van deze vennootschap.

6 De dienst die aan de orde is in het hoofdgeding, werd aan Padania toevertrouwd met gebruikmaking van de procedure van rechtstreekse toewijzing overeenkomstig artikel 22, lid 3, sub e, van wet nr. 142/1990.

7 Coname, dat de verwijzende rechter onder meer verzoekt om nietigverklaring van het besluit van 21 december 1999, stelt dat deze dienst had moeten worden toegewezen via een aanbestedingsprocedure.

8 Van oordeel dat de beslechting van het bij hem aanhangige geding de uitlegging van een aantal bepalingen van het EG-Verdrag vergt, heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Verzetten de artikelen 43 [EG], 49 [EG] en 81 [EG], die met name verbieden beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat, respectievelijk beperkingen van het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten, alsmede handels- en ondernemingspraktijken die de mededinging binnen de Europese Unie kunnen verhinderen, beperken of vervalsen, zich ertegen dat het beheer van de openbare dienst van gasdistributie rechtstreeks, dit wil zeggen zonder aanbestedingsprocedure, wordt toegewezen aan een vennootschap waarin de gemeenten een deelneming bezitten, wanneer deze deelneming in het vennootschappelijk kapitaal zo klein is dat ze geen rechtstreekse controle op het beheer zelf mogelijk maakt, en dient bijgevolg te worden aangenomen dat wanneer de deelneming 0,97 % bedraagt, zoals in casu, er geen sprake is van ‚in house management'?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

9 Om te beginnen zij opgemerkt dat het hoofdgeding, zoals blijkt uit het antwoord van de verwijzende rechter op een door het Hof krachtens artikel 104, lid 5, van zijn Reglement voor de procesvoering gestelde vraag om verduidelijking, betrekking

heeft op een als concessie aangemerkte dienst die noch binnen de werkingsfeer van 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, blz. 1) valt, noch binnen de werkingsfeer van 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, blz. 84) (zie in die zin arrest van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 56, en beschikking van 30 mei 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Jurispr. blz. I-4685, punt 28).

10 Dit arrest berust dus op de premisse dat het in het hoofdgeding gaat om de toewijzing van een concessie, en het staat aan de verwijzende rechter om de juistheid van deze premisse te onderzoeken.

11 Uitgaande van deze precisering dient te worden geantwoord op de vraag van de verwijzende rechter betreffende de uitlegging van de artikelen 43 EG, 49 EG en 81 EG.

Artikel 81 EG

12 Artikel 81 EG, dat volgens de bewoordingen ervan van toepassing is op overeenkomsten „tussen ondernemingen", ziet in beginsel niet op concessieovereenkomsten tussen gemeenten handelend in hun hoedanigheid van overheid, en ondernemingen belast met de uitvoering van een openbare dienst (zie in die zin arrest van 4 mei 1988, Bodson, 30/87, Jurispr. blz. 2479, punt 18).

13 Zoals de Finse regering en de Commissie terecht hebben opgemerkt, is deze bepaling derhalve niet van toepassing in het hoofdgeding zoals omschreven in de verwijzingsbeslissing.

14 Op dit aspect van de vraag behoeft dus niet te worden geantwoord.

De artikelen 43 EG en 49 EG

15 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 43 EG en 49 EG zich ertegen verzetten dat een gemeente een concessie voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie rechtstreeks, dit wil zeggen zonder aanbestedingsprocedure, toewijst aan een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen van de overheid is, en waarin zij een deelneming van 0,97 % bezit.

16 De toewijzing van een dergelijke concessie valt niet onder de richtlijnen waarmee de communautaire wetgever de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld. Bij gebreke van een dergelijke regeling moeten de gevolgen van het gemeenschapsrecht voor de toewijzing van dergelijke concessies worden onderzocht tegen de achtergrond van het primaire recht en, inzonderheid, van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.

17 Dienaangaande zij opgemerkt dat, aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti in deze concessie geïnteresseerd kan zijn, de toewijzing, zonder enige transparantie, van deze concessie aan een onderneming in laatstgenoemde lidstaat, een ongelijke behandeling in het nadeel van de onderneming in de andere lidstaat oplevert (zie in die zin arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 61).

18 Doordat er geen transparantie heerst, heeft laatstgenoemde onderneming immers geen reële mogelijkheid om haar interesse voor deze concessie te tonen.

19 Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die, doordat alle in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen worden uitgesloten, voornamelijk in het nadeel van deze laatste ondernemingen is, evenwel een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (zie met name in die zin arresten van 10 maart 1993, Commissie/Luxemburg, C-111/91, Jurispr. blz. I-817, punt 17; 8 juni 1999, Meeusen, C-337/97, Jurispr. blz. I-3289, punt 27, en 26 oktober 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Jurispr. blz. I-7447, punt 33 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Wat het hoofdgeding betreft, kan blijkens de stukken niet redelijkerwijs worden aangenomen dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti niet geïnteresseerd is in deze concessie, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden (zie in die zin arresten van 7 maart 1990, Krantz, C-69/88, Jurispr. blz. I-583, punt 11, en 21 september 1999, BASF, C-44/98, Jurispr. blz. I-6269, punt 16, en beschikking van 12 september 2002, Mertens, C-431/01, Jurispr. blz. I-7073, punt 34).

21 In deze omstandigheden moet de verwijzende rechter nagaan of bij de toewijzing van de concessie door de comune die Cingia de' Botti aan Padania is voldaan aan de eisen van transparantie, die, zonder een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure in te houden, een onderneming in een andere lidstaat dan

de Italiaanse Republiek met name in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen.

22 Is dat niet het geval geweest, dan moet worden geconcludeerd dat er sprake is van een ongelijke behandeling ten nadele van deze onderneming.

23 Wat de objectieve rechtvaardigingsgronden voor een dergelijke ongelijke behandeling betreft, zij opgemerkt dat de omstandigheid alleen dat de comune di Cingia de' Botti een deelneming van 0,97 % in het kapitaal van Padania bezit, geen objectieve rechtvaardigingsgrond oplevert.

24 Zelfs al zou de noodzaak voor een gemeente om controle uit te oefenen op de concessiehouder die een openbare dienst beheert, een eventuele ongelijke behandeling objectief kunnen rechtvaardigen, de deelneming van 0,97 % is immers zo klein dat ze een dergelijke controle niet mogelijk maakt, zoals de verwijzende rechter zelf heeft opgemerkt.

25 Ter terechtzitting heeft de Italiaanse regering, zakelijk weergegeven, verklaard dat de meeste gemeenten, anders dan enkele grote steden in Italië, niet over de middelen beschikken om via interne constructies openbare diensten zoals de distributie van gas op hun grondgebied te onderhouden, en dat ze dus verplicht zijn, gebruik te maken van constructies zoals de vennootschap Padania, waarin verscheidene gemeenten een deelneming bezitten.

26 Vaststaat dat de vennootschap Padania niet kan worden gelijkgesteld met een constructie waarmee een gemeente of een stad een openbare dienst intern beheert. Blijkens de stukken is Padania immers een vennootschap die, althans ten dele, openstaat voor privé-kapitaal, zodat zij niet kan worden beschouwd als een „interne" constructie die de deelnemende gemeenten gebruiken voor het beheer van een openbare dienst.

27 Geen enkele andere objectieve rechtvaardigingsgrond voor een eventuele ongelijke behandeling werd ter kennis van het Hof gebracht.

28 In deze omstandigheden dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 49 EG zich ertegen verzetten dat, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, een gemeente een concessie voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie rechtstreeks toewijst aan een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen van de overheid is, en waarin deze gemeente een deelneming van 0,97 % bezit, wanneer bij deze toewijzing niet is voldaan aan de eisen van transparantie, die, zonder een verplichting tot het volgen een aanbestedingsprocedure in te houden, een onderneming in een andere lidstaat dan de Italiaanse Republiek met name in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen.

Kosten

29 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 43 EG en 49 EG verzetten zich ertegen dat, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, een gemeente een concessie voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie rechtstreeks toewijst aan een vennootschap waarvan het kapitaal overwegend in handen van de overheid is, en waarin deze gemeente een deelneming van 0,97 % bezit, wanneer bij deze toewijzing niet is voldaan aan de eisen van transparantie, die, zonder een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure in te houden, een onderneming in een andere lidstaat dan de Italiaanse Republiek met name in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen.

ondertekeningen