ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

13 april 2010 *

In zaak C-91/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Landgericht Frankfurt am Main (Duitsland) bij beslissing van 28 januari 2008, ingekomen bij het Hof op 28 februari 2008, in de procedure

Wall AG

tegen

Stadt Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Procestaal: Duits.

in tegenwoordigheid van:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta en C. Toader, kamerpresidenten, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,
griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 juni 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— Wall AG, vertegenwoordigd door H.-J. Otto, Rechtsanwalt, en C. Friese en R. von zur Mühlen, Justitiare,

— de Stadt Frankfurt am Main, vertegenwoordigd door L. Horn en J. Sommer, Rechtsanwälte, en B. Weiß, Justitiar,

— Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, vertegenwoordigd door H. Höfler, Rechtsanwalt,

— Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, vertegenwoordigd door F. Hausmann en A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Möller als gemachtigden,

— de Deense regering, vertegenwoordigd door B. Weis Fogh als gemachtigde,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en Y. de Vries als gemachtigden,

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

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

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door S. Ossowski als gemachtigde, bijgestaan door J. Coppel, barrister,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Kukovec, B. Schima en C. Zadra als gemachtigden,

— de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, vertegenwoordigd door N. Fenger, B. Alterskjær en L. Armati als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 27 oktober 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht in het kader van de gunning van dienstenconcessies.

2 Dit verzoek is ingediend in een geding tussen Wall AG (hierna: „Wall") en de Stadt Frankfurt am Main (hierna: „stad Frankfurt") betreffende de verlening van een dienstenconcessie voor de exploitatie en het onderhoud van bepaalde openbare toiletten op het grondgebied van deze stad.

Toepasselijke bepalingen

3 Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 195, blz. 35), zoals gewijzigd bij richtlijn 2000/52/EG van de Commissie van 26 juli 2000 (PB L 193, blz. 75; hierna: „richtlijn 80/723"), bepaalt in artikel 2:

„1. In deze richtlijnen wordt verstaan onder:

[…]

b) ‚openbare bedrijven': elk bedrijf waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels;

[…]

2. Dominerende invloed wordt vermoed te kunnen worden uitgeoefend, wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van het bedrijf:

a) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten,

b) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikken of

c) meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van genoemd bedrijf kunnen benoemen."

4 Artikel 1, sub b, 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (PB L 285, blz. 1; hierna: „richtlijn 92/50"), luidt als volgt:

„b) worden als *‚aanbestedende diensten'* beschouwd: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder *publiekrechtelijke instelling* wordt verstaan, iedere instelling die:

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

en

— rechtspersoonlijkheid heeft

en

— waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van commissarissen voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[…]”

5 Artikel 17 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) bepaalt:

„Onverminderd de toepassing van de bepalingen van artikel 3, is deze richtlijn niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten als omschreven in artikel 1, lid 4.”

6 Artikel 80, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.”

7 Artikel 82, eerste alinea, van deze richtlijn luidt als volgt:

„Richtlijn 92/50/EEG, met uitzondering van artikel 41, en de richtlijnen 93/36/EEG en 93/37/EEG worden met ingang van de in artikel 80 genoemde datum ingetrokken, onverminderd de verplichtingen van de lidstaten wat de in bijlage XI aangegeven termijnen voor omzetting en toepassing betreft."

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8 Wall exploiteert reclameruimte op openbare wegen en plaatsen en neemt daartoe onder meer de productie, de montage, het onderhoud en de reiniging van openbare toiletten voor haar rekening.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (hierna: „FES") is een privaatrechtelijke rechtspersoon in de vorm van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarvan het statutaire doel bestaat in afvalverwijdering en -beheer, stadsreiniging en het verzekeren van de verkeersveiligheid voor rekening van de openbare autoriteiten en particulieren. De stad Frankfurt heeft 51 % van de aandelen van FES in handen, de overige 49 % zijn in handen van een private onderneming. De besluiten van FES worden door de algemene vergadering met een drievierde meerderheid van de stemmen genomen. Van de zestien leden van de raad van commissarissen van FES wordt de helft door de aandeelhouders aangewezen. De werknemers wijzen acht leden aan, en elk van de twee aandeelhouders vier. De stad Frankfurt heeft het recht om de voorzitter van de raad van commissarissen voor te dragen, die in geval van staking van stemmen een beslissende stem heeft. FES heeft ongeveer 1 400 werknemers in dienst, waarvan er ongeveer 800 werkzaamheden verrichten ten behoeve van de stad Frankfurt.

10 FES haalt een netto-omzet van 92 miljoen EUR met de activiteiten die zij voor de stad Frankfurt verricht, en van 52 miljoen EUR met de activiteiten die zij voor andere privaat- en publiekrechtelijke rechtspersonen verricht. Van de netto-omzet die

FES in 2005 met haar activiteiten voor de stad Frankfurt heeft gerealiseerd, werd 51,3 miljoen EUR behaald met de verwijdering van afval en 36,2 miljoen EUR met stadsreiniging.

11 Op 18 december 2002 heeft de stad Frankfurt via een „vrijwillige aankondiging voor de hele EU", verschenen in het publicatieblad van deze stad, een aanbesteding uitgeschreven met het oog op de gunning van een dienstenconcessie voor de exploitatie, de instandhouding, het onderhoud en de reiniging van elf openbare toiletten in de stad voor een duur van zestien jaar. Twee van deze elf openbare toiletten, namelijk die in de stations Rödelheim en Galluswarte, dienden te worden heropgebouwd. In ruil voor deze prestaties werd enkel een recht verleend op het heffen van een gebruiksrecht en het gebruik van reclameoppervlakken in en op de toiletinstallaties en op andere openbare plaatsen binnen de stad Frankfurt gedurende de looptijd van de overeenkomst.

12 Op 4 juli 2003 heeft de stad Frankfurt de geïnteresseerde ondernemingen uitgenodigd om een offerte in te dienen. Bij deze uitnodiging was een ontwerp van de concessieovereenkomst gevoegd, waarvan de §§ 18, lid 2, en 30, lid 4, bepaalden dat onderaannemers slechts met toestemming van de stad konden worden vervangen.

13 Wall, FES en drie andere, eveneens in Duitsland gevestigde, ondernemingen, hebben een offerte ingediend.

14 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat FES in de tekst van het project dat zij voor haar offerte heeft uitgewerkt, de volgende aanwijzingen heeft verstrekt: „Voorwoord — […] De door [de stad Frankfurt] uitgeschreven aanbesteding biedt FES de mogelijkheid om samen met [Wall], een goed presterende en ervaren partner, de openbare toiletten, met inbegrip van het leidingennet, te vernieuwen, alsook om een realistische herfinanciering voor te stellen, die tevens blijk geeft van verantwoordelijkheidszin ten opzichte van de werknemers […] Galluswarte — […] In overleg met de autoriteiten wordt een volautomatische City-wc van [Wall] onder de spoorbrug geïnstalleerd. […] Station Rödelheim — Aangezien de toiletten van het station Rödelheim worden afgebroken in het kader van de herinrichting van het station, zal een volautomatische City-wc van [Wall] worden geïnstalleerd overeenkomstig de bestaande plannen. […]

Veiligheidsproject — […] De City-wc's beschikken over een volautomatisch zelfreinigend systeem. Reclameproject — […] De reclameruimte wordt verkocht via de partner van FES, [Wall], een ervaren specialist op reclamegebied die wereldwijd actief is […] Gebruikte reclamedragers — Er zal gebruik worden gemaakt van de moderne en esthetische producten van [Wall] […]"

15 Wall bezit verschillende octrooien op de werking van de „City-wc's".

16 Op 18 maart 2004 is Wall van de aanbestedingsprocedure uitgesloten en is haar offerte afgewezen.

17 Op 9 juni 2004 is de concessie gegund aan FES. Op 20 en 22 juli 2004 heeft zij hierover met de stad Frankfurt een overeenkomst gesloten met een looptijd tot 31 december 2019 (hierna: „concessieovereenkomst"). Volgens de verwijzingsbeslissing vormt het project van FES, dat op basis van onderhandelingen tot stand is gekomen, een integrerend bestanddeel van deze overeenkomst. Volgens de schriftelijke opmerkingen van de stad Frankfurt evenwel zijn de in de tekst van het project van FES vervatte gegevens niet in de concessieovereenkomst opgenomen. Volgens haar maakt enkel het beding waarbij Wall als een van de onderaannemers van FES wordt aangewezen, deel uit van deze overeenkomst.

18 Uit de tekst van de concessieovereenkomst, die samen met de nationale processtukken is ingediend, blijkt dat Wall als onderaannemer is aangewezen zonder dat nadere gegevens over haar producten of prestaties in deze overeenkomst zijn opgenomen.

19 § 18, lid 2, van de concessieovereenkomst bepaalt dat FES met eigen middelen en/of door middel van onderaannemers, waaronder Wall, de openbare toiletten bouwt. Volgens deze bepaling kan een onderaannemer slechts worden vervangen indien de stad Frankfurt daartoe schriftelijk toestemming verleent.

20 § 30, lid 4, van de overeenkomst preciseert dat Wall de onderaannemer van FES is voor de onder de betrokken concessie vallende reclamediensten. Volgens deze bepaling kan de onderaannemer slechts worden vervangen indien de stad Frankfurt daartoe schriftelijk toestemming verleent.

21 Op 5 januari 2005 heeft FES Wall uitgenodigd om een offerte in te dienen voor de reclamediensten waarvoor haar een concessie was verleend. FES heeft ook Deutsche Städte Medien GmbH (hierna: „DSM") uitgenodigd om een dergelijke offerte in te dienen.

22 Bij brief van 15 juni 2005 heeft FES de stad Frankfurt vervolgens verzocht om toestemming om de onderaannemer voor de exploitatie van de reclamepanelen te vervangen door DSM. Op 21 juni 2005 heeft de stad met deze vervanging van de onderaannemer ingestemd.

23 FES heeft deze diensten uitbesteed aan DSM en op 21 juni 2005 heeft zij met haar een overeenkomst gesloten. Volgens deze overeenkomst diende DSM FES een jaarlijkse vergoeding van 786 206 EUR te betalen.

24 Op 28 juli 2005 heeft FES verzocht om een offerte voor de levering van twee „Wall-City-wc's". Wall heeft een offerte ingediend, maar op 7 september 2005 heeft FES haar meegedeeld dat zij een voordeliger aanbod had gekregen en de offerte van Wall bijgevolg niet in aanmerking kon nemen.

25 Bij brief van 10 oktober 2005 heeft FES de stad Frankfurt verzocht om overeenkomstig de concessieovereenkomst toestemming te verlenen voor de vervanging van Wall als onderaannemer voor de levering van de toiletten.

26 Op 19 december 2005 heeft de stad Frankfurt FES geantwoord dat zij zich niet bezig behoefde te houden met de kwestie van de vervanging van de onderaannemer voor de openbare toiletten, aangezien zij ervan uitging dat FES de werken thans met eigen middelen en op eigen verantwoordelijkheid wenste te verrichten. De stad Frankfurt heeft bij die gelegenheid gepreciseerd dat zij aannam dat zou worden voldaan aan de in de overeenkomst beschreven vereisten.

27 Wall heeft een beroep ingesteld bij de verwijzende rechter en deze verzocht, FES een verbod op te leggen om de met DSM gesloten overeenkomst voor het verrichten van reclamediensten uit te voeren en een overeenkomst inzake de bouw van de twee opnieuw op te richten openbare toiletten met een derde te sluiten en/of uit te voeren. Zij heeft tevens verzocht, de stad Frankfurt te verbieden om FES toestemming te verlenen om een overeenkomst inzake de bouw van deze twee openbare toiletten te sluiten met een andere partij dan verzoekster. Subsidiair heeft Wall gevorderd om de stad Frankfurt en FES hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een bedrag van 1 038 682,18 EUR, vermeerderd met intresten.

28 In deze omstandigheden heeft het Landgericht Frankfurt am Main de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Dienen het beginsel van gelijke behandeling, dat ook in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG tot uitdrukking komt, en het gemeenschapsrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit aldus te worden uitgelegd dat de daaruit voor overheidsinstanties afgeleide transparantieverplichtingen, die erin bestaan dat het plaatsen van dienstenconcessies met een passende mate van openbaarheid voor mededinging moet worden opengesteld en dat de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid moet kunnen worden getoetst (zie arresten Hof van 7 december 2000, Telaustria, C 324/98, punten 60-62; 21 juli 2005, Coname, C-231/03, punten 17-22; 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, punten 46-50; 6 april 2006, ANAV, C-410/04, punt 21, en 13 september 2007, Commissie/Italië, C-260/04, punt 24), meebrengen dat in het nationale recht aan de niet-gekozen concurrent een vordering tot verbod van een nakende niet-nakoming van deze verplichtingen en/of tot verbod van voortzetting van een dergelijke niet-nakoming van verplichtingen moet worden toegekend?

2) Zo neen: behoren deze transparantieverplichtingen tot het gewoonterecht van de Europese Gemeenschappen in die zin dat zij reeds permanent en voortdurend, gelijkmatig en algemeen worden toegepast en door de betrokken justitiabelen als bindende norm worden erkend?

3) Gebieden de sub 1 genoemde transparantieverplichtingen ook in geval van een beoogde wijziging van een concessieovereenkomst voor diensten — daaronder begrepen het geval dat de in de aanbestedingsprocedure aangeprezen onderaannemer wordt vervangen — dat de onderhandelingen hierover opnieuw met een passende mate van openbaarheid voor mededinging worden opengesteld en, zo ja, aan de hand van welke criteria zou dit moeten gebeuren?

4) Moeten de in de eerste vraag genoemde beginselen en transparantieverplichtingen aldus worden uitgelegd dat bij concessies voor diensten in geval van niet-nakoming van verplichtingen de als gevolg van de niet-nakoming gesloten overeenkomst tot vestiging of wijziging van voortdurende verbintenissen moet worden opgezegd?

5) Moeten de in de eerste vraag genoemde beginselen en transparantieverplichtingen alsook artikel 86, lid 1, EG, eventueel juncto artikel 2, lid 1, sub b, en lid 2, van richtlijn 80/723 […] en artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 […] aldus worden uitgelegd dat een onderneming als openbaar bedrijf of aanbestedende dienst aan deze transparantieverplichtingen onderworpen is, wanneer:

— zij door een territoriaal lichaam is opgericht met het oog op het verwijderen van huisvuil en het reinigen van de straten, maar ook werkzaam is op de vrije markt;

— zij voor 51 % in handen is van dit lichaam, maar besluiten van de algemene vergadering slechts met een drievierde meerderheid kunnen worden genomen;

— dit lichaam slechts een vierde van de leden van de raad van commissarissen van de onderneming benoemt, met inbegrip van de voorzitter van de raad van commissarissen, en

— zij meer dan de helft van haar omzet haalt uit wederkerige overeenkomsten inzake huisvuilverwijdering en staatreiniging op het territorium van dit lichaam en dit lichaam zich hiertoe herfinanciert via door zijn burgers betaalde gemeentebelastingen?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Voorafgaande opmerking

29 In het hoofdgeding zijn twee elementen aan de orde: ten eerste, de beslissing van FES om de onderaannemer voor de reclamediensten waarvoor haar door de stad Frankfurt een concessie is verleend, te vervangen; de overeenkomst waarbij deze wijziging is doorgevoerd, is — met het akkoord van de stad — gesloten op 21 juni 2005; ten tweede, het voornemen van FES om de wederopbouw van twee openbare toiletten aan een andere onderneming dan Wall uit te besteden. Dit voornemen is tot uitdrukking gebracht in een brief van 10 oktober 2005 waarbij FES de stad Frankfurt heeft verzocht om in te stemmen met de vervanging van de onderaannemer voor deze dienst. Bij brief van 19 december 2005 heeft de stad FES geantwoord dat zij zich niet bezig behoefde te houden met de kwestie van de vervanging van de onderaannemer voor de openbare toiletten, aangezien zij ervan uitging dat FES de werken thans met eigen middelen en op eigen verantwoordelijkheid wenste te verrichten. Dit antwoord wordt in de verwijzingsbeslissing aldus uitgelegd dat de stad Frankfurt heeft

ingestemd met de vervanging van de onderaannemer voor de levering van de twee openbare toiletten. Gelet op deze uitlegging dient 19 december 2005 als referentiedatum voor het onderzoek van het prejudiciële verzoek te worden gehanteerd. Dit is de datum van de brief waarbij de stad Frankfurt wordt geacht te hebben ingestemd met de vervanging van de onderaannemer waar FES om heeft verzocht.

Derde vraag

30 Met zijn derde vraag, die in de eerste plaats dient te worden behandeld, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die zijn neergelegd in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting bij een beoogde wijziging van een concessieovereenkomst voor diensten — daaronder begrepen het geval dat de in de aanbestedingsprocedure aangeprezen onderaannemer wordt vervangen — gebieden dat de onderhandelingen hierover opnieuw met een passende mate van openbaarheid voor mededinging worden opengesteld en, zo ja, aan de hand van welke criteria dit zou moeten gebeuren.

31 Deze vraag betreft de toepassing van de in het vorige punt genoemde regels en beginselen op een situatie waarin de concessiehouder in het kader van de uitvoering van een concessieovereenkomst voor diensten het plan heeft opgevat om een van zijn onderaannemers te vervangen.

32 Aangezien de artikelen 43 EG en 49 EG bijzondere toepassingen vormen van het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat is neergelegd in artikel 12 EG, hoeft ter beantwoording van deze vraag niet naar deze laatste bepaling te worden verwezen (zie in die zin arresten van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punten 38 en 39, en 17 januari 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Jurispr. blz. I-173, punt 14).

33 In de huidige stand van het recht van de Unie vallen concessieovereenkomsten voor diensten niet binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld (zie arrest Coname, reeds aangehaald, punt 16, en arrest van 17 juli 2008, ASM Brescia, C-347/06, Jurispr. blz. I-5641, punt 57). De openbare autoriteiten die dergelijke overeenkomsten sluiten, dienen evenwel de fundamentele regels van het EG-Verdrag, met name de artikelen 43 EG en 49 EG en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, in acht te nemen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Telaustria en Telefonadress, punten 60-62; Coname, punten 16-19, en Parking Brixen, punten 46-49).

34 Deze transparantieverplichting is van toepassing wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt verleend, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn (zie in die zin arrest Coname, reeds aangehaald, punt 17; zie eveneens, naar analogie, arresten van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 29, en 21 februari 2008, Commissie/Italië, C-412/04, Jurispr. blz. I-619, punt 66).

35 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat ondernemingen die in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland zijn gevestigd, geïnteresseerd kunnen zijn in de dienstenconcessie die in het hoofdgeding aan de orde is. De nationale rechter stelt namelijk vast dat de aanbesteding „voor de gehele Europese Unie" in het publicatieblad van de stad Frankfurt is aangekondigd en is van oordeel dat een inbreuk op de transparantieverplichting een — althans potentiële — discriminatie vormt van ondernemingen uit andere lidstaten.

36 De transparantieverplichting die rust op de openbare autoriteiten die een concessieovereenkomst voor diensten sluiten, houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie reeds aangehaalde arresten Telaustria en Telefonadress, punten 60-62; Parking Brixen, punten 46-49, en ANAV, punt 21).

37 Ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers kunnen wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst (zie naar analogie met overheidsopdrachten, arresten van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk, C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 44 en 46, en 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punt 34).

38 De wijziging van een nog lopende concessieovereenkomst voor diensten kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte (zie naar analogie arrest pressetext Nachrichtenagentur, reeds aangehaald, punt 35).

39 Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een dergelijke wijziging van een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst vormen wanneer de omstandigheid dat een beroep is gedaan op een bepaalde onderaannemer en niet op een andere, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst, wat hoe dan ook door de verwijzende rechter dient te worden onderzocht.

40 De verwijzende rechter merkt op dat FES in de tekst van het project die zij heeft gevoegd bij de offerte die zij bij de stad Frankfurt heeft ingediend, heeft aangegeven dat zij gebruik zou maken van de „City-wc's" van Wall. De verwijzende rechter acht het waarschijnlijk dat de concessie in die omstandigheden aan FES is gegund wegens de identiteit van de onderaannemer die deze laatste heeft voorgesteld.

41 De nationale rechter dient na te gaan of er sprake is van een van de in de punten 37 tot en met 39 van het onderhavige arrest beschreven situaties.

42 Indien de verwijzende rechter bij deze beoordeling tot de conclusie zou komen dat een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst is gewijzigd, zou hij overeenkomstig de interne rechtsorde van de betrokken lidstaat alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, moeten gelasten om de transparantie van de procedure te herstellen. In voorkomend geval zou de nieuwe aanbestedingsprocedure moeten worden georganiseerd op een wijze die is aangepast aan de specifieke kenmerken van de betrokken dienstenconcessie, en een onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd, de mogelijkheid moeten bieden om vóór de gunning van deze concessie relevante informatie hierover te verkrijgen.

43 Bijgevolg dient op de derde vraag te worden geantwoord dat wanneer wijzigingen van de bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die welke de gunning van de oorspronkelijke concessieovereenkomst hebben gerechtvaardigd, en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst, overeenkomstig de interne rechtsorde van de betrokken lidstaat alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, moeten worden gelast om de transparantie van de procedure te herstellen. In voorkomend geval zou de nieuwe aanbestedingsprocedure moeten worden georganiseerd op een wijze die is aangepast aan de specifieke kenmerken van de betrokken dienstenconcessie, en een onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd, de mogelijkheid moeten bieden om vóór de gunning van deze concessie relevante informatie hierover te verkrijgen.

Vijfde vraag

44 Met zijn vijfde vraag, die in de tweede plaats dient te worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een concessiehoudende onderneming met het profiel van FES, gelet op artikel 86, lid 1, EG, eventueel gelezen in samenhang met artikel 2, lid 1, sub b, en lid 2, van richtlijn 80/723 en artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18, onderworpen is aan de transparantieverplichting die voortvloeit uit de artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, wanneer zij een overeenkomst sluit voor diensten die onder de concessie vallen die haar door de openbare autoriteit is verleend.

45 De verwijzende rechter wenst meer bepaald te vernemen of artikel 86, lid 1, EG relevant is voor de bepaling van de werkingssfeer van deze transparantieverplichting.

46 Artikel 86, lid 1, EG is gericht tot de lidstaten en niet rechtstreeks tot de ondernemingen.

47 Om uit te maken of een entiteit met het profiel van FES kan worden gelijkgesteld met een openbare autoriteit die aan de transparantieverplichting is onderworpen, dient te worden uitgegaan van bepaalde aspecten van de definitie van het begrip „aanbestedende dienst" in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening, voor zover deze aspecten beantwoorden aan de vereisten die volgen uit de toepassing van de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende transparantieverplichting op dienstenconcessies.

48 Laatstgenoemde artikelen, het beginsel van gelijke behandeling, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting streven immers dezelfde doelstellingen na als deze richtlijn, die met name gericht is op het vrij verrichten van diensten en het openstellen van de markt in de lidstaten voor een onvervalste mededinging.

49 Gelet op het bovenstaande dienen twee voorwaarden te worden onderzocht, namelijk of de betrokken onderneming daadwerkelijk door de staat of een andere openbare autoriteit wordt gecontroleerd en of zij niet in concurrentie treedt met andere ondernemingen op de markt.

50 Wat de eerste van deze twee voorwaarden betreft, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de stad Frankfurt weliswaar 51 % van het kapitaal van FES in handen heeft, maar dat deze deelneming haar niet de mogelijkheid biedt een daadwerkelijke controle

over het beheer van deze onderneming uit te oefenen. Besluiten van de algemene vergadering kunnen immers slechts met een drievierde meerderheid worden genomen.

51 Bovendien is de overige 49 % van het kapitaal van FES niet in handen van een of meer andere openbare autoriteiten, maar van een private onderneming, die zich als zodanig door particuliere belangen laat leiden en andere doelstellingen dan het algemeen belang nastreeft (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 50).

52 Voorts beschikt de stad Frankfurt slechts over één vierde van de stemmen binnen de raad van commissarissen van FES. Het feit dat de stad het recht heeft om de voorzitter van de raad van commissarissen van deze onderneming, die een beslissende stem heeft in geval van staking van stemmen, voor te dragen, stelt haar op zich niet in staat om een beslissende invloed op FES uit te oefenen.

53 In deze omstandigheden is niet voldaan aan de voorwaarde dat de staat of een andere openbare autoriteit daadwerkelijk controle uitoefent.

54 Wat de tweede in punt 49 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarde betreft, merkt de verwijzende rechter op dat meer dan de helft van de omzet van FES voortkomt uit wederkerige overeenkomsten inzake huisvuilverwijdering en het reinigen van de straten op het grondgebied van de stad Frankfurt.

55 Een dergelijke verhouding is gelijk te stellen met die welke bestaat in normale handelsbetrekkingen, die zich ontwikkelen in het kader van wederkerige overeenkomsten waarover vrijelijk tussen de contractpartijen is onderhandeld (zie in die zin arrest van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 25).

56 Voorts kan uit de verwijzingsbeslissing worden afgeleid dat FES bij het uitoefenen van haar activiteit in concurrentie staat met andere ondernemingen op de markt, zoals blijkt uit het feit dat zij een belangrijk deel van haar inkomsten haalt uit activiteiten die zij verricht voor andere publieke autoriteiten dan de stad Frankfurt en voor private ondernemingen die actief zijn op de markt, en dat zij met andere ondernemingen heeft meegedongen voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde concessie.

57 In die omstandigheden is evenmin voldaan aan de tweede voorwaarde waaraan een onderneming moet voldoen om met een publieke autoriteit te kunnen worden gelijkgesteld.

58 De verwijzende rechter wenst eveneens van het Hof te vernemen of richtlijn 80/723 van toepassing is.

59 Aangezien deze richtlijn betrekking heeft op de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare ondernemingen, is zij als zodanig niet van toepassing op het gebied dat door de vijfde vraag wordt bestreken.

60 Bijgevolg dient op de vijfde vraag te worden geantwoord dat wanneer een concessiehoudende onderneming een overeenkomst sluit voor het verrichten van diensten die vallen onder de concessie die haar door een territoriaal lichaam is verleend, de uit de artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit voortvloeiende transparantieverplichting niet van toepassing is indien deze onderneming:

— door dit territoriaal lichaam is opgericht met het oog op het verwijderen van huisvuil en het reinigen van de straten, maar ook werkzaam is op de markt;

— voor 51 % in handen is van dit lichaam, maar besluiten van de algemene vergadering van deze onderneming slechts met een drievierde meerderheid van de stemmen kunnen worden genomen;

— slechts één vierde van de leden van de raad van commissarissen levert, daaronder begrepen de voorzitter ervan, die door ditzelfde territoriale lichaam wordt benoemd, en

— meer dan de helft van haar omzet haalt uit wederkerige overeenkomsten inzake huisvuilverwijdering en staatreiniging op het territorium van dit territoriale lichaam en dit lichaam zich hiertoe herfinanciert via door zijn burgers betaalde gemeentebelastingen.

Eerste, tweede en vierde vraag

61 Met zijn eerste, tweede en vierde vraag, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die zijn neergelegd in de artikelen 43 EG en 49 EG, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting gebieden dat de nationale autoriteiten een in strijd met deze transparantieverplichting gesloten overeenkomst opzeggen en dat de nationale rechterlijke instanties een vordering van de niet-gekozen inschrijver tot verbod van een nakende niet-nakoming van deze verplichtingen of tot verbod van voortzetting van een dergelijke niet-nakoming toewijzen. De nationale rechter wenst eveneens te vernemen of deze transparantieverplichting behoort tot het gewoonterecht van de Europese Unie.

62 Zoals in punt 33 van het onderhavige arrest is opgemerkt, vallen concessieovereenkomsten voor diensten in de huidige stand van het recht van de Unie niet binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten.

63 Volgens de rechtspraak van het Hof is het bij ontbreken van een regeling op het niveau van de Unie een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de rechtsmiddelen vast te stellen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlenen (zie in die zin arrest van 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Deze rechtsmiddelen mogen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en mogen de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie in die zin arrest Unibet, reeds aangehaald, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Hieruit volgt dat het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die zijn neergelegd in de artikelen 43 EG en 49 EG, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting niet gebieden dat de nationale autoriteiten een overeenkomst opzeggen en dat de nationale rechterlijke instanties een bevel uitvaardigen telkens wanneer deze verplichting niet zou zijn nagekomen bij de gunning van dienstenconcessies. Het is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde om de rechtsmiddelen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan deze verplichting ontlenen, zodanig vast te stellen dat deze middelen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen en de uitoefening van deze rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

66 De verwijzende rechter werpt ten slotte nog een andere vraag op. Volgens hem kan een louter pretoriaanse ontwikkeling van het recht geen beschermingsregel opleveren waarvan de schending kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek). Enkel het gewoonterecht vormt een rechtsregel in de zin van dit wetboek. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht (Constitutioneel Hof) stelt de verwijzende rechter vast dat voor de erkenning van gewoonterecht een langdurig gebruik vereist is dat permanent en voortdurend, gelijkmatig en algemeen is en door de betrokken justitiabelen als bindende norm wordt erkend.

67 Volgens de nationale rechter is de in de arresten van het Hof van Justitie geformuleerde transparantieverplichting evenwel van zo recente datum dat zij niet behoort tot het gewoonterecht, zoals dit in het vorige punt is omschreven.

68 Dienaangaande zij opgemerkt dat de transparantieverplichting voortvloeit uit het recht van de Unie en met name uit de artikelen 43 EG en 49 EG (zie in die zin arrest Coname, reeds aangehaald, punten 17-19). Deze bepalingen, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, hebben rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht.

69 Krachtens met name artikel 4, lid 3, VEU dienen alle autoriteiten van de lidstaten in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheden de eerbiediging van het recht van de Unie te verzekeren (zie in die zin arrest van 12 februari 2008, Kempter, C-2/06, Jurispr. blz. I-411, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 Het staat aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet toepassen, zo veel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het recht van de Unie uit te leggen, en daarbij in het bijzonder de nakoming van de transparantieverplichting te verzekeren (zie in die zin arrest van 27 februari 2003, Santex, C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71 Gelet op het voorgaande moet op de eerste, de tweede en de vierde vraag worden geantwoord dat het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die in de artikelen 43 EG en 49 EG zijn neergelegd, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting niet gebieden dat de nationale autoriteiten een overeenkomst opzeggen of dat de nationale rechterlijke instanties een bevel uitvaardigen telkens wanneer deze verplichting niet zou zijn nagekomen bij de gunning van dienstenconcessies. Het is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde om de rechtsmiddelen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan deze verplichting ontlenen, zodanig vast te stellen dat deze middelen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen en de uitoefening van deze rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken. De transparantieverplichting vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 43 EG en 49 EG, die

rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht.

Kosten

72 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 (Grote kamer) verklaart voor recht:

1) Wanneer wijzigingen van de bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die welke de gunning van de oorspronkelijke concessieovereenkomst hebben gerechtvaardigd, en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst, moeten overeenkomstig de interne rechtsorde van de betrokken lidstaat alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, worden gelast om de transparantie van de procedure te herstellen. In voorkomend geval zou de nieuwe aanbestedingsprocedure moeten worden georganiseerd op een wijze die is aangepast aan de specifieke kenmerken van de betrokken dienstenconcessie, en een onderneming die op het grondgebied van een andere lidstaat is gevestigd, de mogelijkheid moeten bieden om vóór de gunning van deze concessie relevante informatie hierover te verkrijgen.

2) Wanneer een concessiehoudende onderneming een overeenkomst sluit voor het verrichten van diensten die vallen onder de concessie die haar door een territoriaal lichaam is verleend, is de uit de artikelen 43 EG en 49 EG, het

beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit voortvloeiende transparantieverplichting niet van toepassing indien deze onderneming:

— **door dit territoriaal lichaam is opgericht met het oog op het verwijderen van huisvuil en het reinigen van de straten, maar ook werkzaam is op de markt;**

— **voor 51 % in handen is van dit lichaam, maar besluiten van de algemene vergadering van deze onderneming slechts met een drievierde meerderheid van de stemmen kunnen worden genomen;**

— **slechts één vierde van de leden van de raad van commissarissen levert, daaronder begrepen de voorzitter ervan, die door ditzelfde territoriale lichaam wordt benoemd, en**

— **meer dan de helft van haar omzet haalt uit wederkerige overeenkomsten inzake huisvuilverwijdering en staatreiniging op het territorium van dit territoriale lichaam en dit lichaam zich hiertoe herfinanciert via door zijn burgers betaalde gemeentebelastingen.**

3) **Het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die in de artikelen 43 EG en 49 EG zijn neergelegd, en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting gebieden niet dat de nationale autoriteiten een overeenkomst opzeggen of dat de nationale rechterlijke instanties een bevel uitvaardigen telkens wanneer deze verplichting niet zou zijn nagekomen bij de gunning van dienstenconcessies. Het is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde om de rechtsmiddelen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan deze verplichting ontlenen, zodanig vast te stellen dat deze middelen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen en de uitoefening van deze**

rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken. De transparantieverplichting vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 43 EG en 49 EG, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht.

ondertekeningen