CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 28 november 1995 *

1. De prejudiciële vragen van de High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, aan het Hof hebben betrekking op de uitlegging van artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [1] (hierna: de „richtlijn").

De nationale rechter vraagt met name, hoe die bepaling moet worden uitgelegd, en of, in geval van onjuiste omzetting door de nationale wetgever, een onderneming die daardoor schade heeft geleden, ter zake vergoeding kan vorderen van de staat. [2]

Het communautaire en het nationale recht

2. Volgens de dertiende overweging van de considerans strekt de werkingssfeer van de richtlijn zich niet uit tot „werkzaamheden van deze diensten die buiten de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie liggen, dan wel er binnen liggen maar toch rechtstreeks blootstaan aan de concurrentie op marktgebieden waar de toegang niet aan beperking onderhevig is".

De bepaling waarvan om uitlegging wordt verzocht — artikel 8, lid 1 — bevat juist een uitzondering op de bepalingen van de richtlijn en sluit opdrachten voor aankopen in verband met telecommunicatiediensten uit van de werkingssfeer van de richtlijn, wanneer in de betrokken sector concurrentie heerst. Artikel 8 luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten die een aanbestedende dienst die een activiteit verricht als omschreven in artikel 2, lid 2, onder d), plaatst uitsluitend voor aankopen in verband met één of meer telecommunicatiediensten indien andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1990, L 297, blz. 1.

2 — Wat dit laatste punt betreft, hangt deze procedure dus samen met de zaken Brasserie du pêcheur en Factortame (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93) en de zaak Dillenkofer e. a. (gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94), waarin ik vandaag eveneens conclusie neem.

2. De aanbestedende diensten doen de Commissie op haar verzoek mededeling van de diensten die volgens hen krachtens lid 1 zijn uitgezonderd. De Commissie kan ter informatie periodiek in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* de lijsten bekend maken van de diensten die zij als uitgezonderd beschouwt. Daarbij houdt de Commissie rekening met alle gevoelige commerciële aspecten waarop de aanbestedende diensten eventueel wijzen bij het verstrekken van informatie."

3. Luidens artikel 2, lid 2, sub d, van de richtlijn zijn relevante activiteiten in de zin van de richtlijn onder meer „de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van één of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek". Volgens artikel 2, lid 1, sub b, geldt de richtlijn ook voor de aanbestedende diensten die „indien het geen overheidsdiensten of openbare bedrijven betreft, een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een Lid-Staat zijn verleend". Voorts bepaalt artikel 2, lid 3, tweede alinea, sub a, dat een aanbestedende dienst voor de toepassing van lid 1, sub b, wordt geacht bijzondere of uitsluitende rechten te genieten, met name indien „deze dienst voor de aanleg van netten of faciliteiten, als bedoeld in lid 2, gebruik kan maken van een onteigeningsprocedure of een erfdienstbaarheid kan vestigen, dan wel delen van het net kan aanbrengen op, onder of boven de openbare weg". Artikel 2, lid 6, luidt als volgt: „De in de bijlagen I tot en met X genoemde aanbestedende diensten voldoen aan bovengenoemde criteria." Bijlage X, die betrekking heeft op de „aanbestedende diensten op het gebied van telecommunicatie", vermeldt voor het Verenigd Koninkrijk onder meer British Telecommunications plc (hierna: „verzoekster"), Mercury Communications Ltd (hierna: „Mercury"), en City of Kingston upon Hull (hierna: „Hull plc").

Ten slotte zij eraan herinnerd, dat volgens artikel 33, lid 1, sub d, de aanbestedende diensten voor alle opdrachten de nodige informatie moeten bewaren om later hun besluiten betreffende het niet-toepassen van het bepaalde in de titels II, III en IV (betreffende de criteria en procedures die bij aanbestedingen moeten worden gerespecteerd) krachtens de afwijkingen bedoeld in titel I, waaronder het hier aan de orde zijnde artikel 8, lid 1, te kunnen rechtvaardigen.

4. Het Verenigd Koninkrijk heeft de richtlijn omgezet bij de „Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992". De bepalingen van de richtlijn die, overeenkomstig de dertiende overweging van de considerans, de toepassing ervan beperken tot de gevallen waarin de opdrachten uitsluitend bestemd zijn om de aanbestedende dienst in staat te stellen één van de in de richtlijn genoemde activiteiten uit te oefenen, zijn overgenomen in de Regulations 5 en 6(a).

Regulation 7(1), dat artikel 8, lid 1, van de richtlijn omzet, betreft daarentegen specifieke uitsluitingen voor de telecommunicatiesector en is de bepaling die door verzoekster wordt betwist. Het luidt als volgt: „Deze Regulations zijn niet van toepassing op opdrachten van een in bijlage 2 genoemd nutsbedrijf, die uitsluitend ten doel hebben om dit bedrijf in staat te stellen één of meer van de openbare telecommunicatiediensten te verlenen die in hetzelfde deel van bijlage 2 als het nutsbedrijf worden genoemd."

Bijlage 2 bestaat uit twee delen. Deel A betreft alle houders van concessies voor openbare telecommunicatiediensten, behalve verzoekster en Hull plc. Voor hen zijn „alle openbare telecommunicatiediensten" uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de Regulations uitgesloten. Deel B betreft daarentegen uitsluitend verzoekster en Hull plc, waarvoor de bedoelde diensten zijn: „alle openbare telecommunicatiediensten, uitgezonderd de volgende, wanneer zij worden verleend binnen het geografische gebied waarvoor de dienstverlener over een concessie als exploitant van openbare telecommunicatie beschikt: basisdiensten voor spraaktelefonie, basisdiensten voor de doorzending van gegevens, verhuur van netten aan particulieren en de maritieme diensten".

Voorts bepaalt Regulation 7(2), dat elke in bijlage 2 genoemde openbare dienst de minister, voor doorzending naar de Commissie, een verslag dient te sturen met een beschrijving van de door hem verleende openbare telecommuniecatiediensten die zijns inziens diensten zijn als bedoeld in het deel van bijlage 2 waarin hij zelf wordt genoemd. Deze bepaling geeft dus uitvoering aan artikel 8, lid 2, van de richtlijn.

Ten slotte zij eraan herinnerd, dat Regulation 25(1), overeenkomstig artikel 33 van de richtlijn bepaalt, dat indien een aanbestedende dienst besluit om de onder meer in Regulation 7 opgenomen uitsluitingsbepalingen niet toe te passen, hij de gegevens moet verstrekken die adequaat en voldoende zijn om een dergelijk besluit te rechtvaardigen in het geval van opdrachten die zijn gegund op een andere wijze dan in de aanbestedingsregelingen is voorgeschreven.

De feiten en de prejudiciële vragen

5. Verzoekster is een op 1 april 1984 krachtens de British Telecommunications Act 1984 opgerichte public limited company. Daarbij werden haar het vermogen alsmede alle rechten en plichten overgedragen van het eveneens „British Telecommunications" genaamde publiekrechtelijke lichaam, dat op zijn beurt krachtens de British Telecommunications Act 1981 in de plaats was getreden van de Post Office, die tot dan toe het exclusieve recht had op de exploitatie van telecommunicatiesystemen.

De Act van 1984 bepaalt, dat een ieder die na de afschaffing van het monopolie in het Verenigd Koninkrijk een telecommunicatiesysteem wil exploiteren, in het bezit dient te zijn van een concessie waarin is gespecificeerd, welke activiteiten hij mag uitoefenen. Krachtens die bepaling verleende de Secretary for Trade and Industry verzoekster in juni 1984 een concessie voor de duur van 25 jaar. Volgens die concessie, waarin verzoekster „concessiehoudster voor openbare telecommunicatiediensten" wordt genoemd, mag zij op het gehele grondgebied van het Verenigd Koninkrijk openbare telecommunicatiesystemen exploiteren, uitgezonderd in het geografische gebied waarvoor Hull plc concessiehoudster is. Zij is in het bijzonder verplicht spraaktelefoniediensten te verlenen aan een ieder die daarom verzoekt, ook al is de vraag onvoldoende om de kosten te dekken. Voorts is zij de enige concessiehouder voor wie een regeling inzake tariefwijzigingen geldt („price cap"). Ten slotte zij nog vermeld, dat de staat vóór juli 1993 zijn aandelen in verzoeksters kapitaal geleidelijk van de hand heeft gedaan.

6. Na de door de Act van 1984 mogelijk gemaakte grootschalige opening van de markt werden meer dan 600 concessies voor verschillende activiteiten in de sector verleend en werden ongeveer 110 „concessiehouders van openbare telecommunicatiediensten" erkend. De inhoud van de concessies vertoonde evenwel grote verschillen. Voor het doorgeven van berichten via vaste verbindingen (waaronder spraaktelefonie met vaste eindapparatuur) verleende de regering van het Verenigd Koninkrijk de noodzakelijke concessie slechts aan verzoekster en Mercury, waarbij deze laatste toestemming kreeg koppelverbindingen met het telecommunicatienetwerk van verzoekster tot stand te brengen. In de sector van de vaste verbindingen ontstond aldus een duopolie.

Aan het begin van de jaren negentig werd ook in deze sector het duopoliebeleid verlaten en vervangen door een beleid van open mededinging. Bij de beoordeling van alle concessie-aanvragen van particuliere ondernemingen die voldoen aan objectieve en transparante criteria, geldt verlening van de concessie als algemeen uitgangspunt, tenzij er „specifieke redenen" zijn voor een weigering. Teneinde het functioneren van een dergelijk complex stelsel, waarbij vele erkende aanbieders betrokken zijn, te waarborgen, verplichtte de Act van 1984 de „concessiehouders van openbare telecommunicatiediensten" toestemming te verlenen voor de aankoppeling van de systemen van andere concessiehouders die daarom verzochten. Daardoor hebben de klanten van een aanbieder toegang tot de netten van andere concessiehouders en kunnen zij dus ook communiceren met degenen die van de diensten van concessiehouders gebruik maken.

7. Zoals ik al zei, onthieven de Regulations waarbij de richtlijn is omgezet, nagenoeg alle ondernemingen uit de sector, ook Mercury

die nochtans in bijlage X bij de richtlijn is opgenomen, van de verplichting om de regeling van de richtlijn na te komen voor aankopen die uitsluitend in verband staan met de verlening van telecommunicatiediensten. Enkel verzoekster en Hull plc blijven onderworpen aan de richtlijn, zij het enkel voor de basisdiensten voor (spraak)telefonie, de basisdiensten voor de doorzending van gegevens, de verhuur van netten aan particulieren en de maritieme diensten.

Voor de nationale rechter betwist verzoekster juist deze omzettingsbepalingen. Zij stelt namelijk, dat het Verenigd Koninkrijk niet zelf had mogen bepalen welke diensten en aanbieders van de toepassing van de richtlijn zijn uitgesloten, daar dit volgens artikel 8, lid 1, van de richtlijn een zaak van de aanbestedende diensten zelf is. In haar conclusie vordert verzoekster ook vergoeding van de schade die zij door de onjuiste omzetting van de betrokken bepaling stelt te hebben geleden.

8. Teneinde dit geschil te beslechten, achtte de nationale rechter het opportuun het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Zijn vragen luiden als volgt:

„1) Moet richtlijn 90/531 van de Raad aldus worden uitgelegd, dat het een Lid-Staat ingevolge zijn beoordelingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 189 EEG-Verdrag vrijstaat, bij de uitvoering van artikel 8, lid 1, van de richtlijn zelf voor elke aanbestedende dienst de door hen verleende telecommunicatiediensten aan te wijzen, ten aanzien waarvan de uitsluiting van dat artikel al dan niet geldt?

2) a) Doelen de woorden ‚indien andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden' in artikel 8, lid 1, enkel op een ‚mogelijkheid' en ‚voorwaarden' van wettelijke of bestuursrechtelijke aard?

b) Indien vraag 2a ontkennend wordt beantwoord:

i) waarop hebben deze woorden dan betrekking; en

ii) is de positie van een aanbestedende dienst op de markt voor een bepaalde telecommunicatiedienst in deze van belang; en

iii) indien zijn positie van belang is, in hoeverre is deze dan van belang en, in het bijzonder, in welke omstandigheden kan zij doorslaggevend zijn?

c) Is het voor de beantwoording van de vragen sub b, ii en iii, van belang, en zo ja, in hoeverre, dat voor de dienst bestuursrechtelijke beperkingen gelden?

3) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

a) hoe dient de nationale rechter in een geding tussen een aanbestedende dienst en de met de uitvoering van artikel 8, lid 1, belaste nationale autoriteiten te waarborgen, dat de criteria voor de toepassing van de uitsluiting in artikel 8, lid 1, naar behoren worden toegepast; moet hij zijn eigen beoordeling inzake de toepassing van de uitsluiting in artikel 8, lid 1, in de plaats stellen van die van de met de uitvoering van artikel 8, lid 1, belaste nationale autoriteiten?

b) indien de nationale rechter vaststelt, dat de definities van bepaalde telecommunicatiediensten die de met de uitvoering van artikel 8, lid 1, belaste autoriteiten hebben opgesteld ter bepaling of een bepaalde dienst al dan niet is uitgesloten, van dien aard zijn, dat de aanbestedende dienst onmogelijk in staat is uit te maken, of een bepaalde dienst al dan niet is uitgesloten, is er dan sprake van schending van richtlijn 90/531 of van enig algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel?

c) mag een Lid-Staat bepaalde telecommunicatiediensten definiëren aan de hand van beschrijvingen van de technische middelen waarmee een dienst wordt verleend, in plaats van aan de hand van een beschrijving van de dienst zelf?

4) Is een Lid-Staat die artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531 van de Raad onjuist ten uitvoer heeft gelegd, uit hoofde van het gemeenschapsrecht verplicht de schade te vergoeden die een aanbestedende dienst dientengevolge heeft geleden en, zo ja, onder welke voorwaarden ontstaat die verplichting?"

De eerste vraag

9. Met de eerste vraag wordt het Hof dus gevraagd of de Lid-Staten, gelet op de beoordelingsmarge waarover zij op grond van artikel 189 van het Verdrag beschikken, bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht de telecommunicatiediensten mogen aanwijzen die krachtens artikel 8, lid 1, van de richtlijn onder bepaalde voorwaarden mogen worden uitgesloten van de werkingssfeer daarvan, dan wel of die beslissing aan de aanbestedende diensten zelf toekomt.

Daarvoor is het nuttig in de eerste plaats de letter van de betrokken bepaling te bekijken, de context van die bepaling en haar ratio.

10. De letter van artikel 8, lid 1, van de richtlijn levert geen steun op voor de stelling, dat de Lid-Staten zelf mogen bepalen welke diensten en aanbieders van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten. Er wordt enkel in bepaald, dat de richtlijn niet van toepassing is op opdrachten die een aanbestedende dienst plaatst uitsluitend voor aankopen in verband met één of meer telecommunicatiediensten, indien andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten onder identieke voorwaarden aan te bieden.

Dat de Lid-Staten niet worden genoemd, lijkt dus te pleiten voor de stelling, dat de aanbestedende diensten zelf, de enigen die in die bepaling worden vermeld, moeten bepalen welke opdrachten zijn uitgesloten. Deze conclusie wordt althans op het eerste gezicht gestaafd doordat in andere bepalingen van de richtlijn, die ook in titel I staan en dus op toegestane afwijkingen betrekking hebben, de rol van de Lid-Staten bij de bepaling van de opdrachten waarvoor de betrokken uitzonderingen gelden, uitdrukkelijk en nauwkeurig wordt omschreven. [3]

11. Daarbij komt, dat volgens artikel 8, lid 2, de aanbestedende diensten de Commissie desgevraagd mededeling moeten doen van de diensten die „volgens hen krachtens lid 1 zijn uitgezonderd". Vervolgens maakt de Commissie in de C-serie van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, zij het slechts ter informatie, de lijsten bekend van de diensten „die zij als uitgezonderd beschouwt".

Indien de Lid-Staten, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk stelt, konden beslissen welke diensten krachtens artikel 8, lid 1, moeten worden geacht van de werkingssfeer van de richtlijn te zijn uitgezonderd, dan valt moeilijk in te zien, waarom artikel 8, lid 2, de aanbestedende diensten en niet de Lid-Staten verplicht mee te delen welke diensten als

3 — Zie inzonderheid de artikelen 3 en 10.

uitgezonderd worden beschouwd. Tenzij men het als een volslagen nutteloze bepaling zou willen opvatten, moet worden erkend, dat artikel 8, lid 2, een bestaansreden heeft voor zover de aanbestedende diensten zelf beslissen, welke van de door hen geleverde diensten onder de uitzondering van artikel 8, lid 1, kunnen vallen.

12. Dit standpunt wordt bevestigd door artikel 33 van de richtlijn, volgens hetwelk de aanbestedende diensten met betrekking tot alle opdrachten „de nodige informatie [bewaren] om later hun besluiten betreffende (...) d) het niet-toepassen van het bepaalde in de titels II, III en IV krachtens de afwijkingen bedoeld in titel I, te kunnen rechtvaardigen".

De zoëven aangehaalde bepaling toont duidelijk aan, dat de gemeenschapswetgever zich via de nationale bepalingen rechtstreeks tot de aanbestedende diensten heeft willen richten en de verantwoordelijkheid voor uitsluitingsbeslissingen krachtens artikel 8, lid 1, van de richtlijn alsook de bewijslast in verband met de vervulling van de voorwaarden daarvoor bij hen heeft gelegd.

13. Gelet op het voorgaande wil ik eraan herinneren, dat de in artikel 189, derde alinea, van het Verdrag aan de Lid-Staten gelaten vrijheid om de vorm en de middelen voor de tenuitvoerlegging van een richtlijn te kiezen niet afdoet „aan de verplichting van elke Lid-Staat om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren". [4] Dit betekent, dat de Lid-Staten alle maatregelen moeten treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn te verzekeren en dus het ermee beoogde resultaat te bereiken. Ik voeg er nog aan toe, dat een richtlijn in de woorden van het Hof moet worden uitgevoerd „met een onbetwistbare dwingende kracht en met de (...) nauwkeurigheid en duidelijkheid die (...) nodig zijn om te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid". [5]

De beoordelingsbevoegdheid waarover de Lid-Staten bij de omzetting van een richtlijn in hun eigen rechtsorde beschikken, mag derhalve duidelijk niet zo worden uitgeoefend, dat het doel van de betrokken richtlijn in het gedrang wordt gebracht; anderzijds is het juist het resultaat waar het op aankomt, zodat de omzetting van een richtlijn correct moet worden geacht wanneer de nationale regeling, ook al worden de bepalingen van de richtlijn daarin niet letterlijk overgenomen [6], het niettemin mogelijk maakt het doel van de richtlijn te bereiken.

4 — Arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, r. o. 15.

5 — Arrest van 30 mei 1991, zaak C-59/89, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1991, blz. I-2607, r. o. 24.

6 — Zie bij voorbeeld het arrest van 9 april 1987, zaak 363/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 1733.

14. Voor het onderhavige geval betekent dit, dat ook al kan op grond van de letter van de betrokken bepaling en de context daarvan worden geconcludeerd dat de aanbestedende diensten zelf moeten bepalen welke van de door hen aangeboden diensten als uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn moeten worden beschouwd, toch moet worden nagegaan, of de omzettingsmaatregelen die door het Verenigd Koninkrijk zijn genomen het met de richtlijn — en met name artikel 8, lid 1 — nagestreefde resultaat kunnen waarborgen.

Ik meen, dat het antwoord op deze vraag enkel ontkennend kan luiden. De vastlegging vooraf van de inhoud van het begrip „uitgesloten" diensten (zie hiervoor) is mijns inziens namelijk in strijd met de ratio zelf van de betrokken bepaling. En wel in wezen, omdat een dergelijke vaststelling vooraf, die de op een gegeven tijdstip in een Lid-Staat bestaande situatie vertegenwoordigt, geen rekening houdt met de mogelijke ontwikkeling in de betrokken sector, noch met het feit dat de uitgesloten diensten voor een en dezelfde aanbieder kunnen variëren. Tegelijkertijd belet een dergelijke handelwijze de Commissie het door de richtlijn aan haar opgedragen toezicht uit te oefenen.

15. Hoewel de aanbestedende diensten de Commissie op haar verzoek mededeling doen van de diensten die volgens hen zijn uitgezonderd en de Commissie deze ter informatie bekend maakt, bevat de aldus gepubliceerde lijst slechts de diensten die de Commissie zelf „als uitgezonderd beschouwt". Dat betekent, dat deze instelling dient na te gaan, of de door de aanbestedende diensten meegedeelde diensten daadwerkelijk beantwoorden aan de uitsluitingscriteria van artikel 8, lid 1.

Het is overduidelijk, dat de omzetting door het Verenigd Koninkrijk een dergelijke controle door de Commissie belet, daar de lijsten die haar door de aanbestedende diensten via de bevoegde nationale instanties worden meegedeeld [7] slechts kunnen samenvallen met die van bijlage 2 bij de nationale wet in kwestie. De toezichthoudende taak die artikel 8, lid 2, van de richtlijn aan de Commissie opdraagt, wordt dus in het geval van aanbieders en diensten in het Verenigd Koninkrijk miskend.

16. In haar verweer van de wijze waarop zij de richtlijn in nationaal recht heeft omgezet, stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk evenwel, dat het niet opportuun was om het aan de aanbestedende diensten over te laten te bepalen welke opdrachten uitgesloten zijn, daar dit naar alle waarschijnlijkheid tot uiteenlopende beoordelingen in vergelijkbare gevallen had geleid en onvermijdelijk afbreuk had gedaan aan het vereiste van rechtszekerheid.

7 — Zie Regulation 7(2), van de nationale wettelijke regeling tot omzetting van de richtlijn.

Hierover wil ik enkel opmerken, dat de werking van het stelsel van de richtlijn in de hier verdedigde interpretatie voldoende wordt gewaarborgd door de toezichthoudende rol die de richtlijn de Commissie toekent, zeker ook met betrekking tot de mogelijke misbruiken waarnaar de regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst. Daarbij komt nog, dat voor zover het besluit tot uitsluiting wordt genomen door de aanbestedende diensten en niet door de Lid-Staten, bezwaar kan worden aangetekend overeenkomstig de nationale bepalingen tot omzetting van richtlijn 92/13/EEG [8] betreffende de beroepsmogelijkheden. Volgens artikel 1 is die richtlijn immers van toepassing op „door de aanbestedende diensten genomen besluiten".

17. Ten slotte moet ik nog opmerken, dat volgens de zojuist gegeven uitlegging artikel 8, lid 1, van de richtlijn een bepaling is die aan particulieren, in casu de aanbestedende diensten, rechten toekent die zij voor de nationale rechter rechtstreeks kunnen inroepen; het is met andere woorden een bepaling die rechtstreekse werking heeft. Zo gezien moet worden erkend, dat een voorafgaande en gedetailleerde definitie van de uitgesloten diensten zoals de nationale wetgever heeft gegeven, noodzakelijkerwijs indruist tegen het door de richtlijn nagestreefde resultaat.

8 — Richtlijn van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsten van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14).

Samengevat ben ik van mening, dat artikel 189 van het Verdrag de Lid-Staten verplicht artikel 8, lid 1, van de richtlijn aldus uit te werken dat de aanbestedende diensten de bevoegdheid hebben zelf de criteria van die bepaling toe te passen en dus zelf te bepalen, welke van de door hen aangeboden telecommunicatiediensten van de werkingssfeer van de richtlijn moeten worden uitgezonderd.

De tweede vraag

18. Met de tweede vraag, sub a, verzoekt de nationale rechter het Hof te preciseren, of de uitdrukking „indien andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden" in artikel 8, lid 1, aldus moet worden uitgelegd, dat de aan andere aanbestedende diensten geboden mogelijkheid en de desbetreffende voorwaarden van wettelijke of bestuursrechtelijke aard zijn.

In wezen moet dus worden nagegaan, of, met het oog op de uitsluiting bedoeld in artikel 8, lid 1, van de richtlijn, de mogelijkheid om dezelfde diensten in hetzelfde „geografische gebied" aan te bieden en het bestaan van „substantieel identieke voorwaarden" enkel in juridisch opzicht moeten worden getoetst, zoals verzoekster betoogt, dan wel ook feitelijk.

19. Het behoeft nauwelijks betoog, dat het in het eerste geval volstaat dat wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen de mogelijkheid van vrije mededinging in de betrokken sector waarborgen. Met andere woorden, eventueel bestaande bepalingen die de vrije mededinging belemmeren door de toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten of doordat de toegang tot de markt op enige andere wijze onmogelijk wordt gemaakt of bemoeilijkt, moeten worden opgeheven.

Dat is de stelling van verzoekster, die zij staaft met het betoog dat de richtlijn niet enkel is gericht tot overheidsdiensten en openbare bedrijven die actief zijn in de door de richtlijn bestreken sectoren, maar ook tot de entiteiten waaraan de bevoegde instanties van de Lid-Staten voor de uitoefening van hun activiteiten bijzondere of uitsluitende rechten hebben toegekend. Haars inziens is de onderliggende gedachte van een dergelijke uitbreiding, dat de toekenning van dergelijke rechten de mededinging op de markt belet en de markt „afsluit". In haar opvatting betekent dit, dat wanneer die bijzondere of uitsluitende rechten door een interne normatieve handeling zijn afgeschaft, zoals in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd bij de British Telecommunications Act 1984, er op grond van de uitsluiting in artikel 8, lid 1, geen reden meer is om de richtlijn toe te passen. De markt in kwestie zou dan namelijk geen „voorbehouden" markt zijn in de zin van artikel 2, lid 3, van de richtlijn, maar een geliberaliseerde markt, dat wil zeggen een markt die open staat voor de mededinging van talrijke aanbieders.

20. Ik kan dit standpunt niet delen. In de eerste plaats blijkt uit de letter van de betrokken bepaling niet, dat zij enkel geldt voor belemmeringen op grond van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. De mogelijkheid dat andere aanbestedende diensten dezelfde diensten onder substantieel identieke voorwaarden kunnen aanbieden, is immers in algemene bewoordingen gesteld, en dit kan ook niet anders, gelet op de ratio van de betrokken bepaling en het stelsel in zijn geheel. De dertiende overweging van de considerans van de richtlijn, waarnaar ik reeds herhaaldelijk heb verwezen, bevestigt bovendien uitdrukkelijk, dat om van de werkingssfeer van de richtlijn te kunnen worden uitgesloten, de werkzaamheden van de aanbestedende diensten rechtstreeks moeten *„blootstaan aan de concurrentie op marktgebieden waar de toegang niet aan beperking onderhevig is"*. [9]

Het is kortom zeker niet voldoende, dat de toegang tot de markt niet door de wet wordt beperkt; er moet ook daadwerkelijke mededinging zijn. De criteria van artikel 8, lid 1, van de richtlijn dienen dan ook aldus te worden uitgelegd, dat daaraan niet alleen juridisch, maar ook feitelijk moet zijn voldaan. De eerste voorwaarde is vervuld, wanneer anderen dan de betrokken aanbestedende dienst mogen opereren op de markt van de betrokken diensten, waarvan de toegang niet door de wet wordt beperkt. Daarentegen kan de tweede voorwaarde worden geacht te zijn vervuld, wanneer de betrokken diensten niet enkel formeel het recht hebben, maar ook *daadwerkelijk* in staat zijn om de betrokken

9 — Cursivering van mij.

diensten te leveren onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende dienst.

21. Uiteindelijk moet de hier onderzochte uitdrukking aldus worden uitgelegd, dat zij verwijst naar een reeks technische en economische — en niet enkel juridische — elementen. De „mogelijkheid" om diensten aan te bieden moet dus reëel zijn, en niet potentieel, dat wil zeggen enkel in abstracto aanwezig. In dat laatste geval zou de aanbestedende dienst namelijk steeds de enige zijn die daadwerkelijk op de markt in kwestie opereert.

Wanneer een aanbestedende dienst meent dat hij van de toepassing van de richtlijn moet worden vrijgesteld, moet hij dus op grond van de artikelen 8 en 33 bewijzen, dat anderen in staat zijn dezelfde activiteiten onder „substantieel identieke voorwaarden" te verrichten.

22. Met de tweede vraag, sub b en c, vraagt de verwijzende rechter het Hof, aan de hand van welke omstandigheden moet worden beoordeeld, of op de telecommunicatiemarkt voor een bepaalde dienst daadwerkelijk concurrentie heerst.

In het geval dat de marktsituatie ook in feitelijk opzicht moet worden getoetst, vraagt hij met name, of de eventuele machtspositie van de betrokken aanbestedende dienst op de markt voor een bepaalde telecommunicatiedienst daarbij relevant is, welke vorm die machtspositie moet hebben om in deze doorslaggevend te zijn, en of het feit dat voor de aanbestedende dienst bijzondere bestuursrechtelijke beperkingen gelden, van belang is.

23. Verzoekster betwist allereerst, dat zij op de markt een machtspositie inneemt [10], en verstrekt een aantal gegevens ten bewijze dat er bij tal van activiteiten in de sector daadwerkelijk concurrentie heerst. In de tweede plaats verwerpt zij enerzijds de stelling, dat het enkele feit dat zij een machtspositie inneemt, relevant is voor de richtlijn inzake overheidsopdrachten, en betwist zij anderzijds, dat een dergelijke positie kan worden bewezen aan de hand van de marktaandelen.

Volgens haar moeten andere elementen dan het marktaandeel in aanmerking worden genomen om haar positie op de markt te

10 — De regering van het Verenigd Koninkrijk is een andere mening toegedaan. Volgens de opmerkingen van de Franse regering, die niet zijn betwist, is de markt in de sector vaste verbindingen als volgt verdeeld: verzoekster 90 %, Mercury 7 % en de andere aanbieders 3 %.

beoordelen, met name de wettelijke beperkingen waaraan zij, anders dan de meeste andere concessiehouders, onderworpen is. [11]

24. Ik meen, dat het Hof in deze context noch over de bevoegdheid noch over de middelen beschikt om na te gaan, of in deze zaak daadwerkelijk alle feitelijke en juridische elementen voorhanden zijn waarbij de integrale toepassing van de uitzondering van artikel 8, lid 1, van de richtlijn gewaarborgd is. Deze taak komt in feite toe aan de nationale rechter en stemt in de regel volkomen overeen met de toetsing die de betrokken bepaling aan de aanbestedende diensten toevertrouwt, en uiteindelijk met de controletaak van de Commissie.

Ik moge er dan ook mee volstaan op te merken, dat de beslissing of bepaalde diensten al dan niet onder de uitsluiting kunnen vallen, gelet op de (feitelijke en juridische) voorwaarden van artikel 8, lid 1, van de richtlijn, per geval moet worden genomen. Daarbij moet met name rekening worden gehouden met alle kenmerken van de diensten, het bestaan van substitueerbare diensten, de prijzen, de marktpositie van de concurrenten, het bestaan van wettelijke verplichtingen als hiervoor beschreven, alsmede elke andere omstandigheid die in concreto relevant kan zijn.

De derde vraag

25. Met de drie delen omvattende derde vraag wordt het Hof in wezen verzocht om een uitspraak over de rol van de nationale rechter, wanneer hij de juiste toepassing van de criteria van artikel 8, lid 1, van de richtlijn door de nationale autoriteiten moet beoordelen, met name in geval van een geschil tussen een aanbestedende dienst en nationale autoriteiten over de correcte toepassing van de uitsluitingscriteria van die bepaling, en in het geval dat de nationale rechter tot de slotsom komt dat die criteria aldus zijn vastgesteld dat zij de aanbestedende dienst de mogelijkheid ontnemen om uit te maken, of een bepaalde dienst al dan niet is uitgesloten.

De nationale rechter heeft deze vraag uiteraard gesteld voor het geval het Hof de eerste vraag bevestigend zou beantwoorden, dus voor het geval dat het Hof zou beslissen dat de Lid-Staten zelf mogen bepalen, welke diensten overeenkomstig artikel 8, lid 1, van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten. Gelet op mijn conclusie daaromtrent,

11 — Zoals in de verwijzingsbeschikking duidelijk wordt gesteld, is verzoekster verplicht een ieder die daarom verzoekt aan haar net te koppelen; voorts geldt voor haar een universele dienstverplichting, dat wil zeggen, dat zij overal in het Verenigd Koninkrijk telefoniediensten moet verlenen, ook al is de vraag onvoldoende om de kosten te dekken; ten slotte is zij de enige concessiehouder voor wie een „price cap" geldt, waardoor zij haar tarieven slechts kan wijzigen in de bij wet bepaalde gevallen en binnen de bij wet gestelde grenzen.

acht ik het overbodig deze vraag te beantwoorden.

De vierde vraag

26. Met de vierde vraag wordt aan het Hof opnieuw het probleem voorgelegd van de aansprakelijkheid en de schadevergoedingsplicht van de staat jegens particulieren die door een inbreuk op het gemeenschapsrecht schade hebben geleden. Dit vormt de kern van de zaken Brasserie du pêcheur en Factortame [12] en Dillenkofer e. a. [13], waarin ik vandaag conclusie neem. De eerste zaak betreft de toepassing van nationale wettelijke regelingen die in strijd zijn met het Verdrag; in de tweede zaak gaat het daarentegen net als in de zaak Francovich e. a. [14] om de niet-omzetting van een richtlijn binnen de gestelde termijn.

Het onderhavige geval stelt opnieuw hetzelfde probleem aan de orde, zij het in een andere context: de onjuiste, maar niet te late omzetting van een richtlijn in nationaal recht. [15] Verzoekster vordert immers vergoeding van de schade die zij door de onjuiste omzetting van artikel 8, lid 1, van de richtlijn zou hebben geleden. Die schade bestaat volgens haar uit de extra kosten die zij heeft moeten maken om te voldoen aan de nationale regeling waarin de richtlijn (onjuist) is uitgevoerd; bovendien had zij moeten afzien van winstgevende transacties en nadeel ondervonden op commercieel en mededingingsvlak, daar zij, anders dan de andere ondernemingen in de sector, de verplichting heeft haar plannen voor opdrachten en leveringen in het Publikatieblad bekend te maken. [16]

27. Ook in dit geval kan — evenals in de hiervoor genoemde omstandigheden — het uitgangspunt enkel het arrest Francovich zijn, waarin het Hof — behoeft het herhaling? — de vergoedingsplicht van de staat wegens niet-omzetting van een richtlijn heeft erkend en de voorwaarden heeft

12 — Reeds aangehaald in voetnoot 2.

13 — Reeds aangehaald in voetnoot 2.

14 — Arrest van 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jurispr. 1991, blz. I-5357.

15 — Anders dan in de zaak Factortame (zaak C-48/93, reeds aangehaald; hierna: „Factortame III") waarin de gestelde schending van het gemeenschapsrecht aan de wetgever toe te rekenen is, zijn in deze zaak de uitvoeringsbepalingen van de richtlijn afkomstig van de uitvoerende macht. De zeer strenge voorwaarden die de Engelse rechtspraak stelt voor aansprakelijkheid van de staat ter zake van normatieve handelingen maken evenwel zelfs in een dergelijk geval de erkenning van het recht op schadevergoeding van particulieren die ten gevolge van een schending van het gemeenschapsrecht schade hebben geleden, uiterst moeilijk. Zie voor een overzicht van de hoofdlijnen van de nationale rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van de staat voor normatieve handelingen van de overheidsadministratie, inzonderheid met betrekking tot de verschillende gevallen waarin in het Engelse systeem schadevergoeding mogelijk is, punt 7 van mijn conclusie in voornoemde zaak.

16 — Verzoekster heeft de nationale rechter ook verzocht om bij wijze van voorlopige maatregel de toepassing van de betwiste nationale bepalingen op te schorten, wat is afgewezen.

gepreciseerd waaronder in een dergelijk geval een recht op schadevergoeding voor particulieren ontstaat.

In de onderhavige procedure moet dus worden vastgesteld: a) of het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat ook geldt in geval van tijdige, maar onjuiste omzetting van een richtlijn; b) of de door het Hof in het arrest Francovich gestelde voorwaarden volstaan om een vergoedingsplicht van de Lid-Staat ook in een geval als dit aan te nemen, dan wel er iets meer moet zijn; c) of die voorwaarden in casu vervuld zijn.

28. Daar ik een aantal van deze aspecten al uitvoerig heb behandeld in mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III, wil ik voor de nodige details naar die conclusie verwijzen. Hierna zal ik dan ook slechts een aantal korte, algemene opmerkingen maken en slechts stilstaan bij de bijzondere aspecten van deze zaak.

29. Ik merk in de eerste plaats op, dat de schadevergoedingsplicht niet kan worden beperkt tot het geval van niet-omzetting van richtlijnen, maar mede het geval omvat waarin — zoals hier — de door de particulier geleden schade voortvloeit uit de toepassing van een nationale uitvoeringsregeling van een richtlijn, die onjuist blijkt en die derhalve als zodanig rechtstreeks voor de nationale rechter kan worden aangevochten. Het feit dat de particulier in een dergelijk geval voor de nationale rechter bescherming van het ingeroepen recht kan verkrijgen, kan met andere woorden op zich de mogelijkheid van een financiële bescherming niet uitsluiten. [17]

In zoverre wil ik in het bijzonder erop wijzen, dat het Hof in het arrest Francovich [18], na te hebben gewezen op de fundamentele kenmerken van het gemeenschapsstelsel, tot de slotsom kwam dat „het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, inherent [is] aan het systeem van het Verdrag" (r. o. 35). Dit is kennelijk een algemene en principiële stellingname, die dus geldt in alle gevallen waarin het gemeenschapsrecht wordt geschonden en niet alleen in het geval van niet-omzetting van richtlijnen. [19] Met betrekking tot dit laatste geval preciseerde het Hof enkel, dat het recht op schadevergoeding zich als „bijzonder noodzakelijk" doet gevoelen, juist omdat een particulier anders helemaal niet beschermd zou zijn, ondanks de rechten die hij aan de richtlijn ontleent. Dit sluit evenwel vergoeding van schade die het gevolg is van een ander soort schending

17 — Zie dienaangaande de punten 23-34 van mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III.

18 — Voor de specifieke aspecten van de zaak Francovich alsmede de grondslag en de strekking van het uit dat arrest blijkende beginsel dat de in gebreke blijvende Lid-Staat aansprakelijk en vergoedingsplichtig is, verwijs ik naar mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III, inzonderheid de punten 15-22.

19 — Zie met name r. o. 33, 35 en 37.

niet uit; het Hof verklaarde immers, dat de voorwaarden voor het recht op schadevergoeding afhankelijk zijn van *de aard van de* aan de schade ten grondslag liggende *schending van het gemeenschapsrecht* (r. o. 38).

30. Anderzijds kan, zoals ik in mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III heb beklemtoond, nietigverklaring van de onrechtmatige handeling of het buiten toepassing laten van een tegen een hogere rechtsnorm indruisende wet in bepaalde gevallen onvoldoende zijn. Om de bescherming reëel en doeltreffend te doen zijn, kan het noodzakelijk zijn, dat het geschonden recht ook in financieel opzicht wordt hersteld en dat de schade dus wordt vergoed.

Het beginsel van de financiële aansprakelijkheid van de staat moet dus worden toegepast als een alternatief voor en een aanvulling op de inhoudelijke bescherming; het moet derhalve worden toegepast bij de schending zowel van bepalingen die geen rechtstreekse werking hebben, dat wil zeggen bepalingen waarop niet rechtstreeks een beroep kan worden gedaan voor de nationale rechterlijke instanties, als van bepalingen die die mogelijkheid wel bieden. [20] Uiteraard geldt dit ook, wanneer een richtlijn onjuist is omgezet, zoals hier het geval is.

20 — In dezelfde zin het arrest van 12 juli 1990 (zaak C-188/89, Foster e. a., Jurispr. 1990, blz. I-3313, r. o. 22), waarin het Hof bevestigde dat op artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG, een bepaling met rechtstreekse werking, „voor de verkrijging van schadevergoeding een beroep kan worden gedaan tegenover een lichaam" dat is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang.

31. Ik kom thans tot de voorwaarden voor de financiële aansprakelijkheid van de staat. Allereerst moet eraan worden herinnerd dat, zoals ik in de eerdergenoemde conclusie heb gesteld, wil de financiële bescherming in alle Lid-Staten op uniforme of althans homogene wijze zijn gewaarborgd, het essentieel is dat het gemeenschapsrecht zelf de minimumvoorwaarden voor het recht op vergoeding bepaalt, en met name de criteria aan de hand waarvan die voorwaarden moeten worden vastgesteld, alsmede de „communautaire" grenzen aan de al dan niet procedurele „nationale" voorwaarden voor vergoeding.

Dat is overigens de oplossing die het Hof, zij het met een aantal aanpassingen in verband met de casuspositie, in het arrest Francovich heeft aanvaard. Er is geen reden om aan te nemen, dat die oplossing slechts zou gelden bij niet-omzetting van een richtlijn en niet bij schending van rechtstreeks werkende bepalingen of bij een onjuiste omzetting van een richtlijn.

32. Ik herinner eraan, dat het Hof in het arrest Francovich de aansprakelijkheid van de staat heeft erkend voor zover aan de drie volgende voorwaarden is voldaan: „In de eerste plaats moet de richtlijn ertoe strekken, aan particulieren rechten toe te kennen. In de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. En ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de staat rustende

verplichting en de geleden schade." [21] Het Hof overwoog voorts, dat deze voorwaarden voldoende zijn „om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, dat zijn grondslag rechtstreeks in het gemeenschapsrecht vindt". [22] De Lid-Staat waaraan de niet-omzetting van een richtlijn kan worden toegerekend, moet dus steeds de door de particulier geleden schade vergoeden wanneer de door het Hof gestelde voorwaarden zijn vervuld.

Geldt die conclusie ook voor het geval dat thans aan de orde is, waarin het niet gaat om de niet-omzetting van een richtlijn binnen de gestelde termijn, maar om een onjuiste omzetting? Zijn de *afdoende voorwaarden* voor het ontstaan van de vergoedingsplicht van de gebrekige Lid-Staat met andere woorden in beide situaties dezelfde, of zijn zij integendeel verschillend?

33. De antwoorden die in de loop van de onderhavige procedure zijn gegeven, lopen erg uiteen. Volgens de meeste regeringen die opmerkingen hebben ingediend, volstaan de door het Hof in het arrest Francovich gestelde voorwaarden niet als basis voor de aansprakelijkheid van de staat. In de plaats daarvan zou moeten zijn voldaan aan dezelfde voorwaarden die gelden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de instellingen van de Gemeenschap [23], ofwel zou de aansprakelijkheid van de staat van het begrip „schuld" afhankelijk moeten worden gesteld.

De Commissie is een andere mening toegedaan en betoogt, dat de door het Hof in het arrest Francovich gestelde voorwaarden volstaan, aangezien artikel 189 van het Verdrag geen onderscheid maakt tussen niet-omzetting en onjuiste omzetting van een richtlijn. Volgens haar is met andere woorden in beide gevallen beslissend het feit dat de Lid-Staat zijn verplichting om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken, niet nakomt.

34. Ik wil meteen stellen, dat ik dit standpunt niet deel. Het lijkt mij trouwens ook niet consistent met het standpunt van de Commissie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III. In die zaken stelde de Commissie namelijk voor, dezelfde restrictieve voorwaarden die het Hof in de rechtspraak op artikel 215 heeft gesteld, als minimumnorm toe te passen.

21 — Die drie voorwaarden, die het Hof heeft aangegeven in het arrest Francovich (r. o. 40), worden hier weergegeven in de formulering van het arrest van 14 juli 1994 (zaak C-91/92, Faccini Dori, Jurispr. 1994, blz. I-3325, r. o. 27). Zie voorts het arrest van 16 december 1993 (zaak C-334/92, Wagner Miret, Jurispr. 1993, blz. I-6911, r. o. 22 en 23). In deze laatste zaak was de betrokken richtlijn — dezelfde als in de zaak Francovich — weliswaar reeds in nationaal recht omgezet, doch was de moeilijkheid hierin gelegen, dat de nationale bepalingen geen rekening hielden met een bepaalde categorie werknemers, zodat de richtlijn te hunnen aanzien niet ten uitvoer was gelegd.

22 — Arrest Francovich, reeds aangehaald, r. o. 41.

23 — De desbetreffende rechtspraak of, beter gezegd, de criteria die het Hof daarin heeft ontwikkeld, worden wat de aspecten die ons thans bezighouden betreft, besproken in de punten 61-69 van mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III.

Hoewel de richtlijn een resultaatsverbintenis oplegt en de Lid-Staten slechts een beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de vorm en de middelen om de uitvoering ervan te waarborgen, kan mijns inziens niet worden ontkend, dat dit een gemeenschappelijk kenmerk van vele gemeenschapsbepalingen is, of zij nu in het Verdrag staan of niet. Ik geloof bij voorbeeld niet, dat men zou kunnen verdedigen dat artikel 30 van het Verdrag de Lid-Staten geen resultaatsverbintenis oplegt; en toch is het standpunt van de Commissie dienaangaande, dat voor het ontstaan van een vergoedingsplicht voor de staat niet alleen een inbreuk is vereist, maar ook dat het om een ernstige en kennelijke inbreuk gaat.

35. Het probleem kan dus niet worden opgelost uitgaande van de aard van de verbintenis alleen, met name naar gelang het al dan niet een resultaatsverbintenis is. Mijns inziens moet integendeel worden erkend, dat een beslissend element voor het bepalen van de grenzen van de mogelijkheid om onrechtmatigheid in aansprakelijkheid om te zetten, niet alleen de beoordelingsbevoegdheid is waarover de Lid-Staten in de betrokken sector eventueel beschikken, maar ook de mate van nauwkeurigheid van de opgelegde verplichting, en dus uiteindelijk de mogelijkheid om met voldoende zekerheid de inhoud van het door de particulier in een gegeven situatie ingeroepen recht te bepalen. Zoals ik in mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III [24] uitvoerig heb aangetoond, zijn dat de elementen die een schending als ernstig en kennelijk kwalificeren. Schuld, het subjectieve bestanddeel van het aan de Lid-Staat verweten onrechtmatige gedrag, is daarentegen niet relevant voor de aansprakelijkheid van de gebrekige Lid-Staat. [25]

Zo gezien betekent het feit dat in het arrest Francovich niet nader wordt ingegaan op de criteria voor de onrechtmatigheid van de gedraging van de veroorzaker van de schade, geenszins dat elke inbreuk op het gemeenschapsrecht waardoor de financiële belangen van een particulier met een zijns inziens op de geschonden gemeenschapsbepaling gebaseerde rechtspositie worden geraakt, per se en automatisch een recht op vergoeding meebrengt. [26] In die zaak ging het namelijk heel eenvoudig om een kennelijke en ernstige inbreuk.

36. Zoals ik in mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III [27] reeds zei, is er in het algemeen sprake van een kennelijke en ernstige inbreuk wanneer:

a) verplichtingen waarvan de inhoud in alle opzichten duidelijk en nauwkeurig is, niet zijn nagekomen;

24 — Zie met name de punten 74-84 van mijn conclusie.

25 — Zie in dat verband de punten 85-90 van mijn conclusie.

26 — Zie met name de punten 55-60 van mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III, en punt 28 van mijn conclusie in de gevoegde zaken Dillenkofer e. a.

27 — Zie met name punt 84.

b) onduidelijke rechtssituaties die identiek zijn met of in ieder geval veel gelijkenis vertonen met die welke aan de orde is, door de rechtspraak van het Hof hetzij in een prejudiciële beslissing hetzij in een uitspraak krachtens artikel 169, voldoende zijn opgehelderd;

c) de interpretatie van het gemeenschapsrecht die de nationale autoriteiten bij de uitoefening (of niet-uitoefening) van hun normatieve bevoegdheid hebben gekozen, kennelijk onjuist is.

37. Wat de onderhavige zaak betreft, is er mijns inziens geen twijfel over mogelijk, gelet op de aan artikel 8, lid 1, van de richtlijn gegeven uitlegging, dat de omzetting daarvan in het nationale recht van de betrokken Lid-Staat niet kennelijk onjuist kan worden geacht. Dat het Verenigd Koninkrijk op grond van een bepaling (artikel 8, lid 1) waarvan de inhoud verre van duidelijk en nauwkeurig is te noemen, zelf heeft bepaald welke diensten van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten, brengt mij dan ook tot de conclusie, dat er in casu geen sprake is van een kennelijke en ernstige inbreuk.

Op dit punt lag de zaak Francovich duidelijk anders. De betrokken Lid-Staat had de richtlijn in kwestie helemaal niet binnen de gestelde termijn omgezet, een termijn die hem stellig geen discretionnaire marge liet; juist dit aspect maakte de schending als zodanig kennelijk en ernstig. [28]

38. Bij de in deze procedure eveneens gemaakte bedenking, dat een dergelijke opvatting uiteindelijk zou neerkomen op het „bevorderen" van een weliswaar tijdige, maar volkomen onjuiste uitvoering, wil ik slechts aantekenen dat de door mij voorgestelde oplossing misbruiken van de Lid-Staten, die trouwens onwaarschijnlijk zijn, voorkomt. Het blijft immers zo, dat wanneer het een kennelijk onjuiste omzetting betreft, of, zo men wil, duidelijke en nauwkeurige bepalingen die onjuist zijn omgezet, er sprake is van een kennelijke en ernstige inbreuk, waarvoor de betrokken Lid-Staat dus financieel aansprakelijk is.

Onder voorbehoud van de beoordeling waartoe de nationale rechter op grond van de hiervoor verduidelijkte criteria komt, ben ik van mening, dat de schending van artikel 8, lid 1, van de richtlijn, zoals hiervoor omschreven, geen kennelijke en ernstige inbreuk oplevert, zodat de betrokken Lid-Staat jegens de aanbestedende dienst niet financieel aansprakelijk is voor de schade die deze laatste door de onjuiste omzetting van de betrokken bepaling kan hebben geleden.

28 — Zie met name punt 81 van mijn conclusie in de gevoegde zaken Brasserie du pêcheur en Factortame III, en mijn conclusie in de gevoegde zaken Dillenkofer e. a.; die zaken stemmen op het punt dat ons thans bezighoudt overeen met de situatie in de Francovich-zaak.

Conclusie

39. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG moet aldus worden uitgelegd, dat de aanwijzing van de telecommunicatiediensten die door elke aanbestedende dienst worden geleverd, waarop de voorziene uitzondering al dan niet van toepassing is, door de aanbestedende diensten zelf moet gebeuren.

2) De uitdrukking ‚indien andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden' in artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG moet aldus worden uitgelegd, dat de betrokken instanties niet enkel formeel het recht hebben om op de betreffende dienstenmarkt te opereren, de toegang waartoe niet door de wet wordt beperkt, maar dat zij ook daadwerkelijk in staat zijn die diensten tegen dezelfde voorwaarden als de aanbestedende dienst te leveren.

Bij de beslissing, of bepaalde diensten al dan niet onder de uitsluiting kunnen vallen, gelet op de feitelijke en juridische voorwaarden van artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG, moet rekening worden gehouden met alle kenmerken van de betrokken diensten, het bestaan van substitueerbare diensten, de prijzen, de marktpositie van de concurrenten en het bestaan van eventuele wettelijke beperkingen.

3) De betrokken Lid-Staat is niet gehouden tot vergoeding van de schade die een aanbestedende dienst kan hebben geleden door de onjuiste uitvoering van artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG, aangezien in casu de inbreuk niet als kennelijk en ernstig kan worden aangemerkt."