# BESCHIKKING VAN HET HOF
26 november 1999 *

In zaak C-192/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van de Corte dei Conti (Italië), in de aldaar aanhangige controleprocedure ten aanzien van

**Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS),**

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging 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),

geeft

## HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J. C. Moitinho de Almeida, D. A. O. Edward (rapporteur), L. Sevón en R. Schintgen, kamerpresi-

* Procestaal: Italiaans.

denten, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet en V. Skouris, rechters,

advocaat-generaal: G. Cosmas
griffier: R. Grass

de advocaat-generaal gehoord,

de navolgende

## Beschikking

1 Bij beschikking van 7 april 1998, bij het Hof ingekomen op 19 mei daaraanvolgende, heeft de Corte dei Conti krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging 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).

2 Die vragen zijn gerezen in een procedure van controle achteraf op de wettigheid, regelmatigheid en doelmatigheid van het beheer van de Azienda nazionale autonoma delle strade (Autonome openbare onderneming voor het wegennet;

nadien Ente nazionale delle strade; hierna: „ANAS"), met betrekking tot twee tranches van een door ANAS aangegane geldlening.

## De zaak a quo en de prejudiciële vragen

3 Voor de financiering van haar activiteiten op het gebied van de aanleg, het onderhoud en de exploitatie van wegen en autowegen is ANAS geldleningen aangegaan, waaronder vier tranches van 2 000 miljard LIT, die onderdeel waren van een lening tot een totaalbedrag van 8 000 miljard LIT.

4 De eerste twee tranches werden op de Italiaanse markt geplaatst. De desbetreffende contracten werden goedgekeurd en uitvoerbaar verklaard bij gezamenlijke besluiten van het Ministerie van Openbare werken en het Ministerie van de Schatkist van 26 februari 1991, respectievelijk 30 januari 1992.

5 Daar ANAS het aanbod van een groep Italiaanse banken te duur vond, wendde zij zich voor de derde tranche tot de internationale kapitaalmarkt. Zij sloot een contract voor een obligatielening door uitgifte van „Eurobonds" in USD met variabele rente met de bank Nomura International plc te Londen. Dit contract en de ermee samenhangende swapcontracten werden goedgekeurd bij diverse besluiten van eerdergenoemde ministeries, genomen tussen december 1993 en november 1994, dat wil zeggen na afloop (op 1 juli 1993) van de uitvoeringstermijn van richtlijn 92/50 en voordat deze richtlijn in Italiaans recht was omgezet bij besluitwet nr. 157 van 17 maart 1995.

6 Het bevoegde controleorgaan merkte op, dat genoemde contracten na afloop van de uitvoeringstermijn van richtlijn 92/50 waren gesloten zonder dat deze richtlijn

daarbij was toegepast. Het was van oordeel, dat de richtlijn rechtstreeks toepasselijk was en derhalve in acht had moeten worden genomen. Daartegenover betoogde ANAS, dat richtlijn 92/50 niet voldeed aan de criteria om rechtstreeks toepasselijk te kunnen zijn, en dat zij, waar zij op het relevante tijdstip een autonome onderneming was, niet was te beschouwen als een „aanbestedende dienst" in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50.

7 Geheel overeenkomstig deze zienswijze ging ANAS ook te werk bij de vierde en laatste tranche van de geldlening, waarvoor een contract werd gesloten met een groep Italiaanse banken, hoewel het ministeriële goedkeuringsbesluit na de inwerkingtreding van besluitwet nr. 157 werd genomen.

8 Nadien moest de Corte dei Conti — met name de afdeling belast met het toezicht op handelingen van de regering en van de centrale bestuursdiensten — zich uitspreken over de wettigheid, regelmatigheid en doelmatigheid van het beheer van ANAS met betrekking tot de derde en de vierde tranche van bovenbedoelde lening. Van oordeel dat die controle de uitlegging van bepaalde elementen van gemeenschapsrecht noodzakelijk maakt, heeft de Corte dei Conti besloten de procedure te schorsen en het Hof de volgende drie prejudiciële vragen te stellen:

„1) Zijn de bijzondere kenmerken van richtlijn 92/50/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, die, zoals bekend, voorziet in een overgangsperiode voor de volledige toepassing ervan (eenentwintigste overweging), de toepassing van twee reeksen bepalingen, al naar gelang het gaat om diensten vermeld in bijlage IA of in bijlage IB (artikelen 8 en 9), alsmede in een hernieuwd onderzoek (na drie jaar) van de beoogde resultaten, teneinde ‚de richtlijn op een breder gamma van opdrachten voor

dienstverlening volledig toe te passen' (zevenentwintigste overweging en artikel 43), van dien aard, dat zij de onmiddellijke toepasselijkheid in de interne rechtsorde (per 1 juli 1993), bij gebreke van formele uitvoering door de lidstaat, beletten of minder gemakkelijk maken?

2) Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord, is dan de regeling van voornoemde richtlijn (diensten in de zin van artikel 8) al dan niet van toepassing op de Azienda nazionale autonoma delle strade — ANAS, in aanmerking genomen of deze al dan niet voldoet aan de vereisten waaraan volgens het gemeenschapsrecht moet zijn voldaan om te kunnen spreken van ‚aanbestedende dienst' in de zin van artikel 1, sub b, van deze richtlijn?

3) Moet, bij een bevestigend antwoord op de voorgaande vraag, de toepasselijkheid van richtlijn 92/50/EEG — die geen ruimte voor twijfel lijkt te laten met betrekking tot de lening die met de groep Italiaanse banken is gesloten voor de verkrijging van de vierde en laatste tranche van de lening van 8 000 miljard LIT waarvoor bij wet nr. 405/90 toestemming is verleend — ook worden erkend met betrekking tot de overeenkomst tussen ANAS en ‚Nomura International plc' voor de verkrijging van 2 000 miljard LIT (derde tranche) door middel van een obligatielening met uitgifte van obligaties ‚Eurobond' in USD met variabele rente, in aanmerking nemende dat de dertiende overweging en artikel 1, eerste alinea, sub a-vii, van de richtlijn van de financiële diensten (bedoeld in categorie 6 van bijlage IA) uitsluit ‚opdrachten betreffende de uitgifte, de aankoop, de verkoop en de overdracht van effecten of andere financiële instrumenten'?"

## De bevoegdheid van het Hof

9 De Corte dei Conti is van oordeel, dat zij bij haar collegiale beslissingen in het kader van zowel het preventief toezicht op de wettigheid van handelingen als het toezicht achteraf op het beheer van de begroting en het vermogen van de centrale

bestuursorganen, voldoet aan alle criteria waaraan een instantie volgens het Hof moet voldoen om een „rechterlijke instantie van een der lidstaten" in de zin van artikel 177 van het Verdrag te zijn.

10 Zij is immers een permanente instelling onder de Italiaanse Grondwet, die haar onafhankelijkheid en die van haar leden garandeert; de gehele controleprocedure heeft ten aanzien van de bestuursorganen een contradictoir karakter, en haar toezicht op het beheer van de openbare diensten is verplicht, in zoverre het plaatsvindt in het kader van door haarzelf vastgestelde programma's die, wanneer zij eenmaal zijn vastgesteld, bindend zijn zowel voor haarzelf als voor de betrokken bestuursorganen, die zich er niet aan kunnen onttrekken.

11 Verder, aldus de Corte dei Conti, wordt de controleprocedure afgesloten met een collegiale eindbeslissing als bedoeld in artikel 3, lid 4, van wet nr. 20/1994 van 14 januari 1994 (*GURI* nr. 10 van 14 januari 1994), waarbij wordt verklaard en vastgesteld dat het beheer al dan niet wettig en regelmatig was, en waarin vervolgens een oordeel wordt uitgesproken over de conformiteit van de resultaten van het bestuurlijke optreden met de wettelijk bepaalde doelstellingen. Er is dus een eerste fase die zuiver juridisch is, en een tweede fase waarin de financiële regelmatigheid van het beheer wordt geverifieerd, alsmede de resultaten ervan in termen van doeltreffendheid, doelmatigheid en spaarzaamheid, met toepassing van financiële, economische, statistische en andere parameters.

12 In een door de Italiaanse regering aan het Hof overgelegd schrijven van 24 mei 1999 wijst de Corte dei Conti erop, dat de controleprocedure op tegenspraak verloopt in de vorm van een geding betreffende wettigheidsvragen tussen, enerzijds, de controledienst die in het kader van haar onderzoek aanklachten tegen de administratie formuleert, en, anderzijds, de administratie die zich daartegen verweert. Het geding wordt afgesloten met een collegiale uitspraak van

de afdeling controle, na een openbare terechtzitting waarop vertegenwoordigers van het betrokken bestuursorgaan worden gehoord.

13 Met betrekking tot de rechtsgevolgen van de aldus gegeven beslissingen („deliberazioni") verklaart de Corte dei Conti, dat deze beslissingen rechtstreeks invloed hebben op het beheer van het betrokken bestuursorgaan, omdat dit ingevolge artikel 3, lid 6, van wet nr. 20/1994 verplicht is mededeling te doen van de maatregelen die het ten vervolge op de beslissing heeft getroffen. In het geval van niet-territoriale openbare besturen kan de Corte dei Conti op grond van artikel 3, lid 8, van wet nr. 20/1994 in zijn beslissing verlangen, dat onwettig verklaarde handelingen in heroverweging worden genomen.

14 ANAS is van oordeel, dat de Corte dei Conti in algemene en abstracte zin stellig een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is.

15 In antwoord op een desbetreffende vraag van het Hof stelt de Italiaanse regering, dat de vragen van de Corte dei Conti niet-ontvankelijk zijn.

16 Zij verwijst daarbij naar de rechtspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof (met name arrest nr. 335/95, *Rivista della Corte dei Conti*, 1995, 3, II, blz. 163), waarin wordt onderscheiden tussen het preventief toezicht op de wettigheid van handelingen en het toezicht achteraf op het financieel beheer van ondernemingen. Terwijl de eerste vorm van controle volgens die rechtspraak in tal van opzichten een rechtspraakkarakter heeft, heeft de in artikel 3, lid 4, van wet nr. 20/1994 bedoelde controle achteraf op het beheer „geen kenmerken die het mogelijk maken die controle als een vorm van rechtspraak aan te merken, dat wil zeggen dienend tot handhaving van het objectieve recht, met uitsluiting van iedere niet strikt juridische beoordeling"; zij kan integendeel worden beschouwd als „een empirische controle, niet zozeer gebaseerd op nauwkeurige normatieve parameters, maar op aan de algemene ervaring ontleende ideaalmodellen, die hun

rationalisatie vinden in de technische en wetenschappelijke kennis uit verschillende disciplines met het oog op de beoordeling van de resultaten van het bestuurlijk handelen".

17 Volgens de Oostenrijkse regering blijkt uit de toelichtingen in de verwijzingsbeschikking van de Corte dei Conti, dat deze bevoegd is zich tot het Hof te wenden. Daar zij echter niet beschikt over de tekst van de toepasselijke nationale bepalingen betreffende de organisatie van die instelling noch, meer algemeen, over die betreffende haar juridisch kader, ziet de Oostenrijkse regering zich buiten staat zich een definitief oordeel over de reële aard van die bevoegdheid te vormen.

18 De Commissie betoogt, dat de Corte dei Conti bij de uitoefening van haar controle achteraf niet als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag kan worden beschouwd. Met name wijst zij erop, dat het in de zaak a quo niet gaat om een geschil waarin de door de Corte dei Conti te nemen beslissing het karakter van een rechterlijke uitspraak heeft. Omdat immers de door die instelling uitgeoefende controle achteraf betrekking heeft op handelingen die reeds ten uitvoer zijn gelegd — zoals de ministeriële besluiten houdende goedkeuring van de contracten van geldlening, waarop het hoofdgeding betrekking heeft —, gaat zij in feite enkel na, of de door de administratie bereikte resultaten overeenkomen met de oorspronkelijke programma's. Daarbij treedt de Corte dei Conti als een bestuursinstantie op en niet als een rechterlijke instantie.

19 De Commissie merkt nog op, dat de Corte dei Conti haar beoordeling van het bestuurlijk handelen niet uitsluitend baseert op de toepassing van rechtsregels, maar ook andere parameters in aanmerking neemt. Het zou anders zijn, aldus de Commissie, indien de tussen ANAS en Nomura International plc gesloten contracten van geldlening door een andere vennootschap waren betwist. Enkel in dat geval was er sprake geweest van een geschil tussen een particulier en de

administratie. Overigens zou voor dat geschil niet de Corte dei Conti bevoegd zijn geweest, maar de regionale bestuursrechter.

20 Voor de beoordeling, of een orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, houdt het Hof rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, de contradictoire aard van de procedure, het toepassen van regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (zie, onder meer, arresten van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Jurispr. blz. 407; 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23, en 2 maart 1999, Eddline El-Yassini, C-416/96, Jurispr. blz. I-1209, punt 17).

21 Volgens vaste rechtspraak is voorts de nationale rechter enkel bevoegd tot verwijzing naar het Hof, indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak (zie beschikking van 5 maart 1986, Greis Unterweger, 318/85, Jurispr. blz. 955, punt 4; arresten van 19 oktober 1995, Job Centre, C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 9, en 12 november 1998, Victoria Film, C-134/97, Jurispr. blz. I-7023, punt 14).

22 De bevoegdheid van een instantie om zich tot het Hof te wenden, moet dus zowel aan structurele als aan functionele criteria worden getoetst. Een nationale instantie kan dan als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 van het Verdrag worden gekwalificeerd, wanneer zij een rechtsprekende functie uitoefent. Die kwalificatie is echter niet mogelijk, in zoverre zij andere, met name bestuursfuncties uitoefent.

23 Om vast te stellen of een nationale instantie, die krachtens de wet functies van verschillende aard uitoefent, als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 van het Verdrag kan worden aangemerkt, dient men na te gaan, wat de specifieke aard is van de functie die zij uitoefent in de bijzondere normatieve context waarin zij zich tot het Hof wendt. Dat andere afdelingen van de berokken instantie, of zelfs de afdeling die zich tot het Hof heeft gewend, doch in een andere functie dan die waarin zij tot verwijzing is overgegaan, als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 van het Verdrag moeten worden gekwalificeerd, is daarbij zonder belang.

24 Blijkens de bij het Hof ingediende opmerkingen nu bestaat bij de in de zaak a quo verrichte controle achteraf de functie van de Corte dei Conti voor het wezenlijke in het evalueren en verifiëren van de resultaten van het bestuurlijk handelen. Hieruit volgt, dat die instelling in de context waarin het onderhavige prejudiciële verzoek is gedaan, geen rechtsprekende functie vervult.

25 Bijgevolg is het Hof niet bevoegd uitspraak te doen over de door de Corte dei Conti gestelde vragen.

## Kosten

26 De kosten door de Italiaanse en de Oostenrijkse regering en door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor

vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van partijen in de zaak a quo is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de Corte dei Conti over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE

beschikt:

**Het Hof is niet bevoegd te antwoorden op de door de Corte dei Conti in haar verwijzingsbeschikking van 7 april 1998 gestelde vragen.**

Luxemburg, 26 november 1999.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias