CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 15 mei 1997 *

1. Met de onderhavige prejudiciële vraag verzoekt de Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Federale commissie van toezicht op de gunning van opdrachten; hierna: „Federale commissie van toezicht") het Hof om uitlegging van artikel 41 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 (hierna: „richtlijn dienstverlening"). [1]

Meer bepaald verzoekt de Federale commissie van toezicht het Hof om een uitspraak over de vraag, of de ingevolge richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 betreffende de toepassing van beroepsprocedures (hierna: „richtlijn beroepsprocedures") [2] door de Lid-Staten ingestelde instanties op grond van genoemde bepaling reeds vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn voor de richtlijn dienstverlening (ook wanneer er geen nationale uitvoeringsmaatregelen zijn getroffen) bevoegd zijn ook procedures voor het plaatsen van opdrachten voor dienstverlening te toetsen op vermeende inbreuken op de desbetreffende bepalingen van gemeenschapsrecht.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1992, L 209, blz. 1.

2 — Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33).

De toepasselijke gemeenschapsrechtelijke en nationale bepalingen

2. Om de gestelde vraag beter te kunnen doorzien, zal ik eerst in het kort de juridische context schetsen, zowel gemeenschapsrechtelijk als nationaal.

— *Het gemeenschapsrecht*

3. In artikel 36 van de richtlijn dienstverlening zijn de criteria neergelegd die de overheid in acht moet nemen bij de gunning van opdrachten. In het bijzonder moeten ingevolge artikel 36, lid 1, sub a, bij gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste offerte „verschillende criteria die variëren al naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de kwaliteit, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de klantenservice en technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering, en de prijs" in acht worden genomen. In andere gevallen is ingevolge

het bepaalde sub b „alleen de laagste prijs" doorslaggevend.

Volgens artikel 44 van de richtlijn dienstverlening moesten de Lid-Staten vóór 1 juli 1993 de nodige omzettingsmaatregelen vaststellen en daarvan kennisgeving doen.

4. De richtlijn beroepsprocedures verplicht de Lid-Staten de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen, dat in het kader van de binnen de werkingssfeer van de desbetreffende gemeenschapsrichtlijnen [3] vallende procedures voor de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen, snel en doeltreffend beroep kan worden ingesteld wanneer de rechtmatigheid (direct of indirect) aan het gemeenschapsrecht moet worden getoetst (artikel 1, lid 1).

Sinds de inwerkingtreding van de richtlijn dienstverlening is de richtlijn beroepsprocedures ook van toepassing op de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening; bij artikel 41 van de richtlijn dienstverlening, waarvan de verwijzende rechter het Hof thans om uitlegging verzoekt, is artikel 1 van de richtlijn beroepsprocedures aldus gewijzigd, dat ook beroepsprocedures betreffende de gunning van opdrachten voor dienstverlening uitdrukkelijk binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallen.

5. Artikel 2, lid 8, van de richtlijn beroepsprocedures bepaalt, dat wanneer de voor de beroepsprocedures aangewezen instanties geen gerechten zijn, hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen moeten worden omkleed. Bovendien moeten de Lid-Staten dan waarborgen, dat „tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie".

Om hun onafhankelijkheid te waarborgen, schrijft de tweede alinea van lid 8 bovendien voor, dat voor de leden van bedoelde instantie dezelfde voorwaarden gelden als voor rechters op het punt van de voor de benoeming bevoegde autoriteit, de duur van hun mandaat en hun afzetbaarheid; voorts moet ten minste de voorzitter van de instantie dezelfde juridische en beroepskwalificaties hebben als een rechter. Ten slotte schrijft genoemde bepaling voor, dat de beslissingen van de instantie na een procedure op tegenspraak worden genomen en juridisch bindend zijn.

3 — Het gaat hier kennelijk om de opdrachten bedoeld in de richtlijnen 71/305/EEG (PB 1971, L 185, blz. 5) en 77/62/EEG (PB 1977, L 13, blz. 1), thans richtlijn 93/37/EEG (PB 1993, L 199, blz. 54), respectievelijk richtlijn 93/36/EEG (PB 1993, L 199, blz. 1).

— *Het nationale recht*

6. De gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn in het Duitse recht omgezet via wijzigingen van het Haushaltsgrundsätzegesetz (wet begrotingsrechtelijke beginselen; hierna: „HGrG"). Met de in 1993 in werking getreden tweede wet tot wijziging van het HGrG [4] heeft de Duitse wetgever de nieuwe §§ 57a tot en met 57c ingevoegd, waarmee hij uitvoering beoogde te geven zowel aan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen als aan de richtlijn beroepsprocedures. [5]

De richtlijn dienstverlening is daarentegen nog niet in Duits recht omgezet, zoals in de verwijzingsbeschikking overigens uitdrukkelijk wordt vastgesteld.

7. § 57a HGrG vormt de algemene rechtsgrondslag voor de vaststelling van voorschriften ter uitvoering van gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten. Deze bepaling verleent de bondsregering de bevoegdheid om, met toestemming van de Bundesrat, regels te geven voor de gunning van overheidsopdrachten voor leveringen, de uitvoering van werken en de verlening van diensten, en noemt de instanties waarvoor deze gelden.

De overige bepalingen (§§ 57b en 57c) betreffen de rechtsmiddelen die openstaan in geval van schending van de gemeenschapsvoorschriften (of de nationale omzettingsbepalingen), en voorzien hiertoe in een toetsingsprocedure in eerste en tweede aanleg. Een eerste toetsing geschiedt door de bevoegde controle-instantie (Vergabeprüfstelle); de beslissingen van deze instanties zijn vatbaar voor beroep bij de commissie van toezicht (Vergabeüberwachungsausschuß) van de betrokken deelstaat of — wanneer de aanbesteding van een federaal orgaan uitgaat — bij de Federale commissie van toezicht.

8. In § 57b HGrG wordt de werkwijze van de bevoegde controle-instanties nader geregeld. Volgens lid 2 van deze bepaling regelt de bondsregering, met toestemming van de Bundesrat, bij „Rechtsverordnung" de bevoegdheden van de controle-instanties. De leden 3, 4 en 5 bevatten een reeks bepalingen inzake het aanhangig maken van de toetsingsprocedure, de schorsing van verdachte gunningsprocedures en de verplichting van de aanbestedende dienst om de controle-instantie inlichtingen te verschaffen.

Lid 6 bepaalt, dat de procedure voor de bevoegde controle-instantie het recht van de belanghebbende om voor de gewone rechter vergoeding van de in verband met de gunningsprocedure geleden schade te eisen, onverlet laat.

9. § 57c HGrG bevat een aantal voorschriften voor de commissies van toezicht [6]; de

4 — *BGBl.* 1993 I, blz. 1928 e. v.

5 — Deze wetgevingstechniek staat in de Duitse rechtsleer bekend als de „begrotingsrechtelijke oplossing".

6 — Deze voorschriften gelden, onverminderd de specifieke bepalingen van lid 7 van § 57c (zie hierna), overigens ook voor de Federale commissie van toezicht.

leden van deze commissies, waarvan de samenstelling nader wordt geregeld in de leden 2, 3 en 4, vervullen hun taken onafhankelijk en onder eigen verantwoordelijkheid. Ingevolge § 57c, lid 3, zijn enkele bepalingen van het Duitse Richtergesetz (wet op de rechterlijke organisatie; hierna: „DRiG"), inzake de nietigverklaring of intrekking van de benoeming van rechters en hun onafhankelijkheid en onafzetbaarheid, van overeenkomstige toepassing op de leden van de commissies die ambtenaar zijn. [7]

De commissies van toezicht toetsen uitsluitend de rechtmatigheid van de gunningsprocedure zonder de feiten die aan de beslissing van de bevoegde controle-instanties ten grondslag liggen, opnieuw te beoordelen; zij kunnen de beslissingen van de controle-instanties nietig verklaren en deze gelasten een nieuwe beslissing te nemen (§ 57c, lid 5). Eenieder die zich op schending van de toepasselijke bepalingen beroept, kan zich tot de commissie van toezicht wenden (lid 6).

10. § 57c, lid 7, ten slotte bevat specifieke voorschriften voor de Federale commissie van toezicht. De „ambtenaren-leden" worden geselecteerd onder voorzitters en bijzitters van kamers van het Bundeskartellamt. [8] Kamervoorzitters van het Bundeskartellamt treden als voorzitter op. De president van het Bundeskartellamt benoemt de onbezoldigde leden [9] op voorstel van de publiekrechtelijke vakorganisaties, regelt de vorming en samenstelling van de kamers en is namens de bondsregering belast met het hiërarchisch toezicht op de commissie.

7 — Het betreft de volgende bepalingen van het DRiG:
— § 18, leden 1 en 2; deze regelen de gevallen van nietigheid van de benoeming van een rechter (benoeming door een ter zake niet-bevoegd gezag; benoeming van een persoon die niet de Duitse nationaliteit bezit of niet bevoegd is een openbaar ambt te bekleden); § 18, lid 3 (bepalende, dat een dergelijke nietigheid enkel geldend kan worden gemaakt indien zij is vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing) is daarentegen niet van toepassing; in plaats hiervan bepaalt § 57c, lid 3, dat de nietigheid pas geldend kan worden gemaakt wanneer deze is vastgesteld door het gezag dat tot benoeming is overgegaan en tegen deze vaststelling geen rechtsmiddel meer openstaat;
— § 19, leden 1 en 2; deze betreffen de gevallen waarin intrekking van de benoeming mogelijk is. Lid 3, dat de intrekking van de benoeming afhankelijk maakt van de instemming van de betrokkene of van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing, is evenwel niet van toepassing;
— § 26, leden 1 en 2; deze bepalen, dat het hiërarchisch toezicht geen afbreuk mag doen aan de onafhankelijkheid van de rechters;
— § 27, lid 1 (de rechters worden bij een bepaalde rechterlijke instantie aangesteld);
— § 30, leden 1 en 3, §§ 31-33 en 37; deze regelen de voorwaarden waaronder een rechter van zijn ambt kan worden ontheven of kan worden overgeplaatst; zulks is mogelijk na een formele tuchtrechtelijke procedure of wegens herstructurering van de rechterlijke organisatie. § 30, lid 2, dat bepaalt dat ontheffing van het ambt of overplaatsing om andere dan organisatorische redenen slechts kan plaatsvinden op grond van een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing, is evenwel niet van toepassing.

8 — De nationale instantie die is belast met het toezicht op de mededinging.

9 — Naast „ambtenaren-leden" (afkomstig van het Bundeskartellamt) hebben ook onbezoldigde leden zitting in de Federale commissie van toezicht. Deze telt momenteel slechts één kamer in de volgende samenstelling: een voorzitter, afkomstig van het Bundeskartellamt, vier ambtenaren-leden, vijf onbezoldigde leden en vijf plaatsvervangers (zie Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, blz. 572 e. v.; de auteur is de huidige voorzitter van de commissie).

Tevens schrijft § 57c, lid 7, voor, dat de Federale commissie van toezicht haar eigen reglement van orde vaststelt, waarin het procesverloop en de toewijzing van zaken worden geregeld.

11. Op grond van bovengenoemde bepalingen heeft de bondsregering op 22 februari 1994 met toestemming van de Bundesrat twee uitvoeringsverordeningen vastgesteld. De eerste, de verordening inzake de gunning van overheidsopdrachten, betreft uitdrukkelijk enkel opdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen en geldt dus niet voor opdrachten voor dienstverlening. [10]

De tweede verordening heeft echter een algemene strekking en bevat voorschriften ter uitvoering van de verplichting om met betrekking tot overheidsopdrachten te voorzien in passende beroepsprocedures (Nachprüfungsverordnung; hierna: „NpV"). [11] § 1 NpV bepaalt welke controle-instanties bevoegd zijn ter zake van opdrachten van elk der in § 57a HGrG bedoelde aanbestedende diensten. Ingevolge § 2 kan de bevoegde controle-instantie de gunningsprocedure schorsen. De beslissingen worden schriftelijk gegeven, met redenen omkleed en toegezonden aan de aanbestedende dienst en degene die zich op schending van de voorschriften heeft beroepen. De controle-instantie wijst de belanghebbende op de mogelijkheid zich tot de commissie van toezicht te wenden, onder vermelding van de bevoegde commissie.

10 — *BGBl.* 1994 I, blz. 321 e. v.
11 — *BGBl.* 1994 I, blz. 324 e. v.

12. § 3 NpV ten slotte regelt de werkwijze van de commissies van toezicht. Deze zijn ingevolge het tweede lid verplicht zich krachtens artikel 177 tot het Hof te wenden, indien zij een beslissing over de uitlegging van het Verdrag of over de geldigheid of uitlegging van een op grond daarvan verrichte rechtshandeling noodzakelijk achten.

Voorts bepaalt § 3, dat de commissies van toezicht met inachtneming van de in de wet tot wijziging van het HGrG neergelegde beginselen hun reglement van orde vaststellen, waarin zij hun procedureregels vastleggen. Na de betrokken partijen te hebben gehoord, doen zij schriftelijk uitspraak, welke uitspraak met redenen moet zijn omkleed. § 3, lid 4, bepaalt ten slotte, dat de commissies van toezicht in tegenstelling tot de controle-instantie niet bevoegd zijn om de gunningsprocedure te schorsen.

13. Het reglement van orde van de Federale commissie van toezicht is op 1 augustus 1995 in werking getreden en blijkt niet te zijn gepubliceerd. Blijkens de versie die de Duitse regering in de onderhavige procedure heeft overgelegd, bestaat het reglement uit vijf hoofdstukken; deze regelen de organisatie en de taakverdeling, het verloop van de procedure, die een mondelinge en een schriftelijke behandeling omvat, de besluitvorming en andere specifieke punten, waaronder enkele formaliteiten betreffende de eindbeslissing.

Deze versie schijnt een wijziging te zijn van een eerdere, die in juni 1994 in werking was getreden en evenmin was gepubliceerd. Volgens de Commissie, die deze — overigens niet betwiste — informatie ter terechtzitting heeft verstrekt, bestaan er namelijk enkele verschillen tussen de oorspronkelijke en de thans van kracht zijnde versie, met name ten aanzien van de openbaarheid van de zittingen, de noodzaak van een mondelinge behandeling en de procestermijnen. [12]

14. Ter afronding van mijn beschrijving van de juridische context wil ik er nog op wijzen, dat de uitvoering van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten onlangs het voorwerp was van twee arresten, waarin het Hof vaststelde, dat de Duitse regering de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen. De eerste vastgestelde niet-nakoming betrof de onjuiste omzetting van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen [13], terwijl de tweede betrekking had op het niet omzetten van de richtlijn dienstverlening. [14]

De omzetting van de richtlijn beroepsprocedures staat momenteel overigens centraal in een door de Commissie ingeleide niet-nakomingsprocedure. [15] Daarin verwijt de Commissie de Duitse regering in hoofdzaak, dat de nationale omzettingsmaatregel (de NpV) de justitiabelen minder rechtsbescherming biedt dan de richtlijn.

De feiten

15. De aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten zijn in tegenstelling tot de juridische context wel eenvoudig en kunnen worden samengevat als volgt:

In 1995 schreef de Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (hierna: „aanbestedende dienst") een opdracht uit voor de verlening van diensten in de vorm van de algemene

12 — De Commissie heeft overigens laten doorschemeren, dat zij zich afvraagt, welke versie van het reglement van orde thans als geldend moet worden aangemerkt. Zij voert namelijk aan, dat de enige door de Duitse regering officieel medegedeelde tekst de versie van juni 1994 is, welke werd overgelegd in het kader van een krachtens artikel 169 door de Commissie tegen Duitsland ingeleide niet-nakomingsprocedure (zie verderop in deze conclusie); van deze tekst is nooit een officiële actualisering of wijziging ontvangen.

13 — Arrest van 11 augustus 1995 (zaak C-433/93, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1995, blz. I-2303); destijds was op leveringen richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB 1988, L 127, blz. 1) van toepassing en op de uitvoering van werken richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 (PB 1989, L 210, blz. 1). Overigens had het Hof de niet-nakoming conform vaste rechtspraak vastgesteld op grond van het recht zoals dit gold na het verstrijken van de door de Commissie in haar met redenen omkleed advies gestelde termijnen (in casu 3 februari 1993).

14 — Arrest van 2 mei 1996 (zaak C-253/95, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1996, blz. I-2423).

15 — De aanmaningsbrief van 31 december 1995 is in het Duits gepubliceerd in het *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, nr. 23/95, blz. 1940 e. v. Het met redenen omkleed advies is op 29 juli 1996 toegezonden (zie perscommuniqué van de Commissie nr. IP/96/614).

planning voor de bouw van nieuwe regeringsgebouwen in Berlijn.[16] Omdat het diensten van intellectuele aard betrof, had de aanbestedende dienst gekozen voor een onderhandelingsprocedure met aankondiging van de aanbesteding conform artikel 11, lid 2, sub c, van de richtlijn dienstverlening.

16. Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (hierna: „verzoekster"), één van de gegadigden, diende op 25 augustus 1995 haar offerte in.

De aanbestedende dienst betrok zeven van de achttien binnengekomen offertes in de selectie; vervolgens werd besloten de opdracht aan twee andere ondernemingen te gunnen, die voor de aan te besteden diensten een samenwerkingsverband moesten aangaan. De desbetreffende overeenkomst werd op 12 januari 1996 ondertekend, nadat het samenwerkingsverband zijn werkzaamheden reeds had aangevangen.

17. Verzoekster meende, dat met haar afwijzing zowel de richtlijn dienstverlening als de toepasselijke nationale voorschriften waren geschonden, en wendde zich tot het Bondsministerie van Ruimtelijke ordening, Bouwbeleid en Stedenbouw (de bevoegde controle-instantie) met de eis de gunningsprocedure te schorsen en de aanbestedende dienst te gelasten de opdracht alsnog aan haar te gunnen. Tot staving van haar vordering voerde zij aan, dat de aanbestedende dienst haar meermaals had laten weten, dat zij over de vereiste vakbekwaamheid beschikte en dat haar inschrijving qua prijs de voordeligste was.

Bij beschikking van 20 december 1995 verklaarde de controle-instantie zich onbevoegd en wees zij de vordering zonder onderzoek ten gronde af. De motivering luidde, dat de bondsregering had verzuimd de wettelijk voorgeschreven Rechtsverordnung vast te stellen waarbij de controle-instanties de bevoegdheid hadden moeten krijgen om ook gunningsprocedures met betrekking tot dienstverlening te toetsen.

18. In het bericht waarbij verzoekster van deze beschikking in kennis werd gesteld, wees de controle-instantie haar op de mogelijkheid de beschikking aan te vechten voor de Federale commissie van toezicht. Daarop wendde verzoekster zich tot die commissie en vorderde zij, primair, de onbevoegdverklaring van de controle-instantie te vernietigen, de gunningsprocedure te schorsen en de aanbestedende dienst te gelasten de opdracht alsnog aan haar te gunnen, subsidiair, het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over het geschilpunt.

16 — Gepubliceerd in het *Amtsblatt Berlin* van 23 juni 1995 en in PB 1995, S 120, blz. 166.

De Federale commissie van toezicht heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de thans voorliggende vraag te stellen, waarmee zij van het Hof wenst te vernemen, of de ingevolge de richtlijn beroepsprocedures door de Lid-Staten ingestelde instanties op grond van artikel 41 van de richtlijn dienstverlening reeds vanaf het tijdstip waarop deze richtlijn in nationaal recht had moeten zijn omgezet, bevoegd zijn om ook procedures voor de gunning van opdrachten voor dienstverlening te toetsen.

Over dit punt is door partijen heftig geredetwist, zowel in de schriftelijke opmerkingen als ter terechtzitting. Frappant is, dat verzoekster, die (zij het subsidiair) zelf uitdrukkelijk om een prejudiciële verwijzing naar het Hof heeft verzocht, zelf stelt, dat de Federale commissie van toezicht *geen* rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 is; toch heeft zij het Hof voorgesteld de vraag te beantwoorden, en wel op grond van niet geheel van tegenstrijdigheden ontblote overwegingen, zoals bescherming van de justitiabele en zijn recht op doeltreffende rechtsbescherming *door de rechter*.

De ontvankelijkheid

19. Alvorens de prejudiciële vraag ten gronde te onderzoeken, moet worden nagegaan, of het Hof bevoegd is uitspraak te doen over de door de Federale commissie van toezicht gestelde vraag. De zojuist door mij behandelde bepalingen inzake de vorming en werkwijze van deze commissie roepen namelijk gerede twijfel op met betrekking tot de mogelijkheid een dergelijk orgaan aan te merken als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 van het Verdrag en dus met betrekking tot de ontvankelijkheid van de vraag. [17]

De Commissie acht de vraag zonder meer niet-ontvankelijk, zodat zij geen standpunt ten gronde inneemt. De Duitse regering is van mening, dat het betrokken orgaan wel een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 177. Ter terechtzitting heeft zij evenwel uitdrukkelijk erkend, dat zij de nodige procedures had gestart om de toepasselijke bepalingen zodanig te wijzigen, dat tegen uitspraken van de Federale commissie van toezicht beroep kan worden ingesteld bij de gewone rechter, teneinde de betrokkenen een doeltreffende rechtsbescherming te garanderen. [18]

17 — Ik wil beklemtonen, dat hierbij enkel moet worden nagegaan, of de subjectieve voorwaarden voor een uitspraak van het Hof over de prejudiciële vraag zijn vervuld, en niet of de richtlijn beroepsprocedures juist is omgezet, hetgeen eventueel in een andere procedure aan de orde zou kunnen komen. De reeds genoemde inbreukprocedure tegen de Duitse regering wegens onjuiste omzetting van de richtlijn beroepsprocedures vertoont uiteraard overeenkomsten met de onderhavige zaak; er zijn echter ook verschillen, zodat de twee procedures zowel formeel als materieel strikt uit elkaar gehouden moeten worden.

18 — De Commissie heeft ter terechtzitting op deze omstandigheid gewezen, die voor haar een extra aanwijzing is voor de conclusie, dat de Federale commissie van toezicht in haar huidige vorm geen rechterlijke instantie is; deze conclusie wordt echter betwist door de Duitse regering, die eveneens ter terechtzitting heeft betoogd, dat met deze wijzigingen enkel wordt beoogd enkele verbeteringen aan te brengen in een vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming reeds bevredigend stelsel; voorts wijst de Duitse regering erop, dat deze informatie is verstrekt in een andere, hiervan te onderscheiden procedure.

20. In het nationale recht blijkt de Federale commissie van toezicht (en de commissies van toezicht van de deelstaten) overigens als „gerichtsähnliche Einrichtung" (quasi-rechterlijke instantie) en niet als rechterlijke instantie in eigenlijke zin te worden aangemerkt. [19]

Dit is op zich echter nog niet doorslaggevend, aangezien het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 een gemeenschapsrechtelijk begrip [20] is, waaronder het Hof (soms) ook organen heeft gebracht die naar nationaal recht geen rechterlijke instantie zijn [21]; toch moeten telkens nauwlettend de aard en de werkwijze van het orgaan worden onderzocht om te bepalen, of de organisatorische en functionele kenmerken aanwezig zijn die een orgaan volgens de rechtspraak van het Hof moet bezitten om onder artikel 177 te kunnen vallen, ook indien het geen rechterlijke instantie is.

21. Laat ik daarom eerst in het kort de hoofdlijnen — voor zover hier van belang — van deze rechtspraak weergeven, waarbij moet worden aangetekend, dat deze rechtspraak aan de hand van afzonderlijke zaken is ontwikkeld en nooit tot een algemene en sluitende definitie van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 heeft geleid.

22. De eerste zaak betrof het Nederlandse Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, dat in zijn prejudiciële verwijzing naar het Hof zelf verklaarde, dat het niet kon worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van het Nederlandse recht. In het arrest Vaassen-Goebbels (reeds aangehaald [22]) verklaarde het Hof zich bevoegd over de gestelde vragen uitspraak te doen, en oordeelde het in dit concrete geval, dat de verwijzende instantie de kenmerken van een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 bezat.

Het Hof nam in het bijzonder de volgende omstandigheden in aanmerking: het Scheidsgerecht was een naar Nederlands recht regelmatig ingestelde instantie; het was als permanente instantie belast met rechtspraak, waarbij het ten aanzien van de procesvoering op tegenspraak overeenkomstige regels in acht moest nemen als bij de gewone rechtspleging gelden, en naar recht moest oordelen; bovendien waren de tot de betrokken beroepsgroep behorende personen verplicht geschillen met hun pensioenfonds aan het Scheidsgerecht voor te leggen; de leden werden ten slotte benoemd door de verantwoordelijke minister, die tevens de voorzitter

19 — Zie de considerans van de tweede wet tot wijziging van het HGrG, waarbij de eerder besproken §§ 57a tot en met 57c werden ingevoegd. Dit is echter begrijpelijk, wanneer men de bijzondere kenmerken van het Duitse staatsrecht in aanmerking neemt. De instelling van een federale „rechterlijke instantie" in eigenlijke zin door middel van een wijziging van een gewone wet (zoals het HGrG) zou (althans wat de instelling van de Federale commissie van toezicht betreft) een schending van het geldende staatsrecht hebben betekend, aangezien de Duitse Grondwet (artikelen 95 en 96) een limitatieve opsomming van federale rechterlijke instanties bevat, die slechts via een grondwetswijziging kan worden aangevuld.

20 — Omwille van een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht kan dit begrip niet naar het recht van de Lid-Staten worden gedefinieerd (zie reeds in algemene zin arrest van 1 februari 1972, zaak 49/71, Hagen, Jurispr. 1972, blz. 23).

21 — Zie bijvoorbeeld reeds arrest van 30 juni 1966 (zaak 61/65, Vaassen-Goebbels, Jurispr. 1966, blz. 257).

22 — Zie voorgaande voetnoot.

aanwees en het reglement voor de procesvoering vaststelde. [23]

23. Hiermee gaf het Hof van meet af aan te kennen, dat het bij de kwalificatie van de verwijzende instantie als rechterlijke instantie in de zin van het Verdrag niet zozeer de wettelijke benaming als wel de materiële kenmerken ervan (zoals de wettelijke grondslag, het permanente karakter en het karakter van verplichte rechterlijke instantie, het bestaan van duidelijke procedureregels en de toepassing van rechtsregels) van doorslaggevend belang achtte. Dit standpunt moet volledig worden onderschreven, met name gelet op de historische context ervan. Ten tijde van het arrest Vaassen-Goebbels was de samenwerking tussen de nationale rechters en de gemeenschapsrechter immers nog maar net van de grond gekomen en was het Hof zich ten volle bewust van de noodzaak deze samenwerking te stimuleren om de verbreiding en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te garanderen, en wel mede door middel van een — zo nodig — ruime interpretatie van het begrip „instantie die bevoegd is zich tot het Hof te wenden".

24. Deze koers is voortgezet in enkele latere arresten over dit onderwerp, waaronder het arrest Broekmeulen [24], waarin het Hof de vragen van de Nederlandse Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde (dat bevoegd is ter zake van beroepen betreffende de erkenning en inschrijving als huisarts) ontvankelijk verklaarde. Ook in die zaak stelde het Hof vast, dat de betrokken commissie bepaalde organisatorische en functionele kenmerken bezat waaruit bleek dat zij een rechterlijke taak vervulde. Het Hof hechtte vooral waarde aan het permanente karakter van de commissie, de medewerking van de overheid aan haar werkzaamheden, het bestaan van een huishoudelijk reglement waarin een procedure op tegenspraak was vastgelegd, het feit dat zij ter zake als enige bevoegd was en, ten slotte, het definitieve karakter van haar beslissingen. Aangezien de commissie bovendien het door verzoekers ingeroepen gemeenschapsrecht diende toe te passen, verklaarde het Hof, dat het nuttig effect van het gemeenschapsrecht vereiste, dat het zich over de gestelde vraag kon uitspreken.

25. In het verlengde hiervan ligt het arrest Simmenthal. [25] Daarin moest het Hof zich uitspreken over vragen van de Pretore di Alessandria in het kader van een dwangbevelprocedure. De Italiaanse regering betoogde, dat het Hof niet bevoegd was de vragen van de Pretore te beantwoorden, omdat het geen procedure op tegenspraak betrof en de rechter zijn uitspraak derhalve

23 — Ook in meer recente rechtspraak heeft het Hof bevestigd, dat arbeidsscheidsgerechten die aan genoemde criteria voldoen, rechterlijke instanties in de zin van artikel 177 zijn. Zie in deze zin bijvoorbeeld arrest van 17 oktober 1989 (zaak 109/88, Danfoss, Jurispr. 1989, blz. 3199), waarin het Hof vaststelde, dat de verwijzende instantie, een Deens scheidsgerecht belast met de beslechting van CAO-geschillen, bij wet was ingesteld (waarin ook in detail de samenstelling, het aantal door partijen te benoemen leden en de wijze van aanwijzing van de voorzitter was geregeld), als enige en in laatste instantie bevoegd was van genoemde geschillen kennis te nemen, en de procedure door één van beide partijen aanhangig kon worden gemaakt, ook zonder instemming van de andere. Voorts wees advocaat-generaal Lenz erop, dat de betrokken instantie bovendien rechtsregels moest toepassen, zoals de bepalingen van de desbetreffende CAO's.

24 — Arrest van 6 oktober 1981 (zaak 246/80, Jurispr. 1981, blz. 2311), waarop ik in de punten 39 en 40 hierna nader zal ingaan.

25 — Arrest van 28 juni 1978 (zaak 70/77, Jurispr. 1978, blz. 1453, r. o. 10).

enkel zou kunnen baseren op de door verzoeker aangevoerde gronden. Hierop besliste het Hof, na te hebben vastgesteld dat de Pretore was belast „met rechtspraak in de zin van artikel 177", dat zijn bevoegdheid ter zake van verzoeken om een prejudiciële beslissing niet afhing van de vraag, of de procedure waarin de nationale rechter zijn prejudiciële vraag stelt, van contradictoire aard is; hieraan voegde het evenwel toe, dat „het in voorkomend geval in het belang van een goede rechtsbedeling kan zijn niet tot verwijzing over te gaan dan na de wederpartij te hebben gehoord". [26] Met andere woorden: zodra vaststaat dat de verwijzende instantie een rechterlijke instantie is, vormt de omstandigheid dat de verwijzing heeft plaatsgevonden voordat de (eventuele) wederpartij is gehoord, geen beletsel voor de ontvankelijkheid van die verwijzing.

26. Toch heeft het Hof in het kader van deze ruime opvattingen duidelijke grenzen aangegeven ter afbakening van het begrip rechterlijke instantie in de zin van het Verdrag. In de beschikking Borker [27], later bevestigd in de beschikking Greis Unterweger [28], verklaarde het Hof zich enkel bevoegd een prejudiciële beslissing te geven op vragen van een instantie die uitspraak heeft te doen in het kader van een „procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak". [29] In deze twee zaken, die betrekking hadden op de Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris (welke door een bij de orde ingeschreven advocaat was verzocht om de afgifte van een verklaring die hij in een geding voor een rechter in een andere Lid-Staat moest overleggen), respectievelijk op de Commissione consultativa per le infrazioni valutarie (die een voor het Ministerie van de Schatkist niet-bindend met redenen omkleed advies moest uitbrengen), oordeelde het Hof dat aan die laatste voorwaarde niet was voldaan. [30]

27. Vervolgens heeft het Hof een ander aspect nader gepreciseerd, namelijk de eis dat de verwijzende instantie in elk geval onafhankelijk moet zijn om als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 te kunnen worden aangemerkt. Wellicht omdat dit criterium juist inherent is aan de functie van rechter, werd het pas voor het eerst expliciet genoemd in het arrest Corbiau. Daarin verklaarde het Hof de vraag niet-ontvankelijk, omdat de verwijzende rechter, die naar nationaal recht weliswaar een rechterlijke instantie was, naar het oordeel van het Hof niet de nodige garanties bood, dat hij de hoedanigheid van derde had ten opzichte van de partijen bij het geding waarin hij uitspraak moest doen. [31] Het betrof de Luxemburgse Directeur des contributions directes et des accises, die wettelijk bevoegd was om in eerste aanleg kennis te nemen van geschillen tussen belastingplichtigen en de diensten die de aanslag vaststellen (waarvan hij directeur was).

26 — Arrest Simmenthal, r. o. 10.

27 — Beschikking van 18 juni 1980 (zaak 138/80, Jurispr. 1980, blz. 1975).

28 — Beschikking van 5 maart 1986 (zaak 318/85, Jurispr. 1986, blz. 955).

29 — Beschikking Borker, aangehaald in voetnoot 27, r. o. 4.

30 — Zie in deze zin ook het recente arrest van 19 oktober 1995 (zaak C-111/94, Job Centre, Jurispr. 1995, blz. I-3361) naar aanleiding van een procedure van vrijwillige rechtspraak ter zake van een verzoek om goedkeuring van de oprichtingsakte van een coöperatieve vereniging met het oog op inschrijving in het register. Het Hof oordeelde, dat de verwijzende instantie, het Tribunale civile e penale di Milano, in casu geen rechtsprekende taak vervulde, maar optrad als bestuursorgaan.

31 — Arrest van 30 maart 1993 (zaak C-24/92, Jurispr. 1993, blz. I-1277). Ook in eerdere arresten zijn wel min of meer expliciete verwijzingen naar het onafhankelijkheidscriterium te vinden: zie bijvoorbeeld de motivering van het arrest Strafzaak tegen X, waarin het Hof mede de onafhankelijkheid van de verwijzende rechter beoordeelde en vaststelde, dat het een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 betrof (arrest van 11 juni 1987, zaak 14/86, Jurispr. 1987, blz. 2545, r. o. 7).

Het onafhankelijkheidscriterium was trouwens ook doorslaggevend in de zaak Asociación Española de Banca Privada e. a. [32], waarin het evenwel juist tot een tegenovergesteld resultaat leidde. De verwijzende instantie in die zaak was het Spaanse Tribunal de Defensa de la Competencia, waarvan advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie een aantal kenmerken opsomde waaruit hij afleidde, dat het een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 was: de duidelijk bij wet geregelde procedure op tegenspraak, de onafhankelijke uitoefening van de rechtsprekende taak en de onafzetbaarheid van de leden. [33] In zijn arrest is het Hof niet specifiek op dit probleem ingegaan. Het feit dat het Hof de gestelde vragen heeft beantwoord, lijkt erop te duiden, dat het zich stilzwijgend bij het standpunt van de advocaat-generaal heeft aangesloten.

28. Uit bovengenoemde rechtspraak blijkt, dat het Hof weliswaar geen algemene definitie heeft gegeven van het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 177, maar wel een reeks wezenlijke criteria heeft geformuleerd waaraan een instantie moet voldoen om prejudiciële vragen te kunnen stellen.

Deze criteria zijn de volgende: de grondslag van de instantie, die bij wet en niet bij overeenkomst tussen de partijen moet zijn ingesteld; de relatie tot de overheid; het permanente karakter, in die zin dat de rechtsprekende taak niet slechts bij gelegenheid wordt uitgeoefend; de bevoegdheid om in geschillen een beslissing te geven in de vorm van een rechterlijke uitspraak; een procedure die op overeenkomstige wijze als voor de gewone rechter verloopt en contradictoir van aard is (binnen de hierboven genoemde grenzen); de toepassing van regelen des rechts (dus geen normen van billijkheid); de verplichte rechtsmacht, dat wil zeggen het ontbreken van een andere rechtsingang); en ten slotte de onafhankelijkheid van de instantie, blijkend zowel uit haar hoedanigheid van derde ten opzichte van de partijen bij het geschil, als uit de onafzetbaarheid van haar leden.

29. Terugkomend op de onderhavige zaak, zullen wij thans dus moeten nagaan, of de Federale commissie van toezicht de kenmerken bezit op grond waarvan kan worden aangenomen, dat zij een rechtsprekende taak uitoefent in de zin die het Hof voor de toepassing van artikel 177 van het Verdrag verlangt.

Zoals gezegd, stelt de Commissie dat de betrokken instantie aan geen van de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde criteria voldoet. De Federale commissie van toezicht zou om te beginnen zijn ingesteld bij een „raamwet" (de tweede wet tot wijziging van het HGrG), die voor de justitiabelen rechten noch verplichtingen schept en nader moet worden uitgewerkt in „Rechtsverordnungen"; bovendien kan in gevallen zoals in casu, waarin er geen bevoegde lagere controle-instantie is, aan de betrokken instantie gemakkelijk haar rechtsgrondslag worden „ontnomen", zodat zij geen uitspraak kan doen. Voorts voert de Commissie het volgende aan: de verwijzende instantie

32 — Arrest van 16 juli 1992 (zaak C-67/91, Jurispr. 1992, blz. I-4785).

33 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 10 juni 1992 (Jurispr. 1992, blz. I-4806, punt 11).

doet geen uitspraak in een procedure op tegenspraak, zoals uit haar eerste beslissing blijkt [34]; haar procedure wordt beheerst door een reglement van orde, dat niet wordt gepubliceerd en te allen tijde door haarzelf kan worden gewijzigd; nergens is bepaald dat haar beslissingen bindende rechtskracht hebben; het is geen onafhankelijke instantie, omdat de commissie is verbonden met de personele en logistieke structuur van het Bundeskartellamt, dat zelf een bestuursorgaan en in elk geval geen rechterlijke instantie is; de minimumambtstermijn van haar ambtenaren-leden en de voorzitter is niet wettelijk vastgelegd.

30. Gelet op de aard van de Federale commissie van toezicht, op de wetgevingstechniek die aan de instelling ervan ten grondslag ligt, en met name op haar werkwijze, moet ik toegeven, dat ik het standpunt van de Commissie op bepaalde punten deel; dit zijn mijns inziens overigens ook de belangrijkste punten.

In de eerste plaats denk ik niet, dat de regels die op de beroepsprocedure voor de federale commissie van toepassing zijn, overeenkomen met die welke voor de gewone rechtspleging gelden. Integendeel, gelet op de omstandigheid dat iedere commissie krachtens de wet haar eigen reglement van orde vaststelt en dit vervolgens geheel zelfstandig kan wijzigen, terwijl hiervoor niet eens een publicatieplicht geldt, meen ik, dat de in een gerechtelijke procedure vereiste transparantie en rechtszekerheid hier niet in voldoende mate gewaarborgd zijn.

31. Hiermee doel ik niet alleen op het ontbreken van het contradictoire karakter, ofschoon hiervan in de praktijk voldoende is gebleken. Veel belangrijker is mijns inziens, dat niet wordt voldaan aan de „functionele" minimumeisen in de zin van het arrest Vaassen-Goebbels die een gerechtelijke procedure kenmerken. [35] In genoemde zaak behoefde het toepasselijke reglement voor de procesvoering immers de goedkeuring van de verantwoordelijke minister, zodat er geen twijfel kon bestaan omtrent de zekerheid, de transparantie en de openbaarheid van de toepasselijke procedureregels. Op deze, overigens uitdrukkelijk genoemde, omstandigheid baseerde zowel het Hof als de advocaat-generaal zijn vaststelling, dat het in casu een instantie betrof waardoor „ten aanzien van de procesvoering op tegenspraak *overeenkomstige regels moeten worden in acht*

34 — Beslissing van 2 augustus 1994 (gepubliceerd in *EU Public contract law* nr. 3/94, blz. 47 e. v.), waarin de Federale commissie van toezicht heeft verklaard, dat zij niet in een procedure op tegenspraak rechtspreekt en dat de verzoekschriften van partijen enkel het verzoek inhouden een bepaald standpunt in te nemen.

35 — Toen het Hof in het arrest Simmenthal het specifieke vereiste van het contradictoire karakter relativeerde, wilde het uiteraard beslist niet tornen aan de algemene eis, dat de procedure een gerechtelijk karakter moet hebben. Dit is namelijk een fundamenteel kenmerk, dat niet alleen uitdrukkelijk werd geformuleerd in het arrest Vaassen-Goebbels, maar ook de kern vormde van de gedachtegang die ten grondslag lag aan 's Hofs overige arresten op dit gebied.

genomen als die geldende voor de gebruikelijke rechtspleging". [36]

32. In de onderhavige zaak zijn dergelijke procedurewaarborgen echter nauwelijks te vinden; als ze er al zijn, kan de rechtsprekende instantie ze geheel op eigen houtje op „ondoorzichtige" wijze wijzigen, hetgeen mij in strijd lijkt met de meest wezenlijke rechtszekerheidseisen. Een en ander blijkt overigens ook uit de twijfels van de Commissie — waarnaar ik reeds heb verwezen — omtrent de thans van kracht zijnde versie van het reglement, wegens de verschillen tussen de versie die de Duitse regering in deze zaak heeft toegezonden, en die welke in het kader van een niet-nakomingsprocudere is overgelegd.

Ik ben dan ook van oordeel, dat de beroepsprocedure voor de Federale commissie van toezicht niet als procedure voor een rechterlijke instantie in de door het Hof verlangde zin kan worden aangemerkt. De onderhavige casus valt zelfs niet te vangen onder de ruime opvattingen die in het arrest Vaassen-Goebbels zijn verwoord.

36 — Zie arrest Vaassen-Goebbels, aangehaald in voetnoot 21, sub I (cursivering van mij), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Gand in die zaak, waarin hij stelt, dat de „gevolgde procedure (...) de kenmerken van de rechtspleging in foro [draagt]" (Jurispr. 1966, blz. 285).

33. Bovendien heb ik ernstige twijfels met betrekking tot de onafhankelijkheid van de betrokken instantie, althans wat de onafzetbaarheid van haar leden betreft.

Veelzeggend in dit verband is § 57c, lid 7, HGrG, dat ik gemakshalve nog maar eens aanhaal: de „ambtenaren-leden" van de Federale commissie van toezicht zijn voorzitters en bijzitters uit de kamers van het Bundeskartellamt; bedoelde voorzitters treden als kamervoorzitter van de commissie op. De president van het Bundeskartellamt benoemt de onbezoldigde bijzitters, regelt de vorming en samenstelling der kamers en is namens de bondsregering belast met het hiërarchisch toezicht. [37] De commissie steunt voorts ook in materieel opzicht op de structuren en diensten van het Bundeskartellamt.

34. Met andere woorden, de ambtenarenleden van de commissie zijn tevens lid van het Bundeskartellamt en behouden formeel hun dienstverband met die instantie. In de

37 — Dit toezicht is beperkt tot de bevoegdheid tot berisping (Vorhalt) en waarschuwing (Ermahnung), zodat het volgens de rechtsleer geen betrekking mag hebben op de inhoud van beslissingen van rechterlijke aard. Dit lijkt door de rechtspraak te worden bevestigd, ook al zijn er talloze uitzonderingen in gevallen van kennelijke fouten. Zie ook § 26, leden 1 en 2, DRiG, waarin is bepaald, dat het hiërarchisch toezicht geen afbreuk mag doen aan de onafhankelijkheid van de rechters; beide leden zijn in casu van toepassing; § 26, lid 3, op grond waarvan rechters beroep kunnen instellen tegen jegens hen getroffen maatregelen van hiërarchisch toezicht (§ 57c, lid 3), geldt echter niet voor ambtenaren.

praktijk betekent dit, dat zij gelijktijdig de functie van lid van de Federale commissie van toezicht en die van lid van het Bundeskartellamt uitoefenen. Daarbij komt nog, dat de voorschriften waarbij de commissie is ingesteld, geen bepalingen inzake de ambtstermijn van de ambtenaren-leden bevatten; het feit dat de ambtstermijn van de onbezoldigde leden wel uitdrukkelijk is vastgelegd (vijf jaar) [38], doet vermoeden dat het geen loutere omissie betreft.

Hieruit blijkt zonder meer, dat er geen enkele garantie is met betrekking tot de onafzetbaarheid, laat staan tot een vooraf bepaalde ambtstermijn, hetgeen toch een conditio sine qua non voor onafhankelijkheid is. Integendeel, de leden kunnen te allen tijde bij een louter interne organisatorische maatregel van hun „bijkomend" ambt worden ontheven en in hun „normale" functie worden teruggeplaatst. Zoals wij hebben gezien, zijn enkele bepalingen van het DRiG inzake de plaatsing en de onafhankelijkheid van de rechters [39] weliswaar van overeenkomstige toepassing op de leden van de betrokken commissie, zolang zij daarin zitting hebben, maar de bepalingen van datzelfde DRiG, op grond waarvan rechters juist tegen de intrekking van hun benoeming of hun overplaatsing kunnen opkomen, gelden daarentegen niet voor de leden van de federale commissie van toezicht, zodat de president van het Bundeskartellamt hen op ieder willekeurig tijdstip naar believen kan „afzetten".

38 — § 57c, lid 2, HGrG.

39 — Zie voetnoot 7, supra.

35. § 57c, lid 3, dat de onafzetbaarheid en de onafhankelijkheid van de leden van de commissie betreft, lijkt mij een petitio principii, die mij niet kan overtuigen, aangezien zij wordt weerlegd door de omstandigheid dat de leden van de commissie zowel feitelijk als ambtelijk deel blijven uitmaken van het bestuursapparaat. Een dergelijk systeem, waarin een beperkt aantal ambtenaren tijdelijk voor de uitoefening van bepaalde taken de hoedanigheid van rechter verkrijgt en op hen een beperkt aantal voor rechters geldende bepalingen wordt toegepast, met uitzondering evenwel van de garanties ter zake van ontheffing uit het ambt of overplaatsing, die gewoonlijk voor rechters gelden, acht ik te gecompliceerd en te weinig transparant om concreet de bestendigheid te kunnen waarborgen die een onafhankelijke uitoefening van de rechtersfunctie vereist.

36. Voorts kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij de onpartijdigheid van de Federale commissie van toezicht in de onder haar bevoegdheid vallende geschillen. De commissie is immers een onderdeel van het Bundeskartellamt en dus van de overheid, maar is niettemin bevoegd kennis te nemen van geschillen over overheidsopdrachten, oftewel geschillen tussen burgers en de overheid. Van de hoedanigheid van derde — en dus van onafhankelijkheid — kan derhalve geen sprake zijn. Tenzij men de van de rechters verlangde onafhankelijkheid zou willen opvatten als een morele eigenschap van

de natuurlijke personen die het college vormen. [40]

37. Ten slotte ben ik het ook op een ander — eveneens wezenlijk — punt met de Commissie eens. De voorschriften waarin de instelling van de Federale commissie van toezicht is geregeld, zeggen niets over de rechtsgevolgen van haar beslissingen, laat staan over de bindende kracht ervan. Omdat het een orgaan betreft dat naar nationaal recht geen rechterlijke instantie is, kan het algemene beginsel, dat rechterlijke uitspraken bindend zijn, geen toepassing vinden. Nu uitdrukkelijke regelingen ontbreken, geeft de omstandigheid dat de betrokken instantie via de zogeheten „begrotingsrechtelijke oplossing" is ingesteld met de expliciete bedoeling inschrijvers op aanbestedingen geen subjectieve rechten te verlenen [41], reden tot twijfel ten aanzien van het bindende karakter van haar uitspraken. [42]

Dit criterium roept vervolgens de vraag op, of de beslissingen van de federale commissie eigenlijk wel rechterlijke uitspraken zijn, en daarmee de vraag, of zij hoe dan ook een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 177.

38. Dit alles gezegd zijnde, ben ik van mening, dat de Federale commissie van toezicht, althans wat de procedurewaarborgen en de onafhankelijkheid betreft, niet voldoet aan de eisen om als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 te kunnen worden aangemerkt; haar prejudiciële vragen zijn mijns inziens dan ook niet ontvankelijk.

39. Men zou kunnen tegenwerpen, dat indien de instantie waarvan de prejudiciële vraag afkomstig is, de enige instantie is tot wie de justitiabele die zich op het gemeenschapsrecht beroept, zich kan wenden, het Hof in ieder geval een beslissing moet geven, in de eerste plaats om te voorkomen dat de verzoeker van een doeltreffende rechtsbescherming verstoken blijft, en in de tweede plaats om een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen.

Dit is, zakelijk weergegeven, het standpunt van verzoekster. Zoals gezegd, zegt zijzelf, dat de Federale commissie van toezicht geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 is, maar stelt zij het Hof niettemin voor, aan

40 — Zie in dit verband het arrest Corbiau, aangehaald in voetnoot 31, ofschoon in die zaak de verwijzende instantie verbonden was met de dienst die de aanslag had vastgesteld. Toch wijkt de redenering die aan het standpunt van het Hof (en van advocaat-generaal Darmon) ten gronde lag, niet zoveel af van de hier te volgen redenering, aangezien de Federale commissie van toezicht hoe dan ook deel uitmaakt van de overheid en derhalve niet de hoedanigheid van derde bezit in een geschil tussen de overheid en een burger.

41 — Zie de toelichting bij de ontwerp voor de wijziging van het HGrG (BT-Drucksache 12/4636, blz. 12).

42 — Zie de twijfels hieromtrent in de rechtsleer, met name van Boesen, EuZW 1996, blz. 586, die stelt, dat uitspraken van de Federale commissie van toezicht geen executoriale titels zijn; zie dienaangaande ook de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies van de Commissie aan de Duitse regering in het kader van de reeds enkele malen genoemde niet-nakomingsprocedure.

dit punt voorbij te gaan en de voorgelegde vraag toch te beantwoorden, omdat een andere oplossing in haar nadeel zou uitvallen. Voor deze oplossing zou een aanknopingspunt gevonden kunnen worden in het arrest Broekmeulen, waarin het Hof de vraag *van een artsenorganisatie die bevoegd is ter* zake van beroepen betreffende de inschrijving in een huisartsenregister, ontvankelijk verklaarde op grond van de volgende overweging: „Nu op een gebied dat de toepassing van het gemeenschapsrecht raakt, een doeltreffende mogelijkheid van beroep op de *gewone rechter in de praktijk ontbreekt*, [moet] de Commissie van Beroep, die haar werkzaamheden met toestemming en met medewerking van de overheid verricht en welker beslissingen, genomen na een procedure op tegenspraak, in feite als definitief worden beschouwd, worden aangemerkt als een rechterlijke instantie van een Lid-Staat in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag." [43]

40. Ik kan mij niet met verzoeksters standpunt verenigen; het arrest Broekmeulen gaat mij te ver. De subjectieve en objectieve voorwaarden voor het functioneren van het bij artikel 177 van het Verdrag ingestelde stelsel van samenwerking tussen de nationale rechter en de gemeenschapsrechter mogen niet van de bijzonderheden van een concreet geval afhangen. Is een orgaan geen rechterlijke instantie, dan wordt het dit ook niet louter omdat er geen beter alternatief is. Wie een andere gedachtegang volgt en het arrest Broekmeulen vanuit die invalshoek uitlegt, laat de kenmerken van het procedurestelsel waarvan het orgaan deel uitmaakt, en niet de kenmerken van het orgaan als zodanig de doorslag geven, zodat hij niet toekomt aan de vraag, of dit orgaan al dan niet aan de uitdrukkelijk door het Hof geformuleerde criteria voldoet.

41. Maar ook indien wordt aangenomen, dat die gedachtegang juist is, blijft overeind, dat wij in casu met een geheel andere situatie te maken hebben. In het arrest Broekmeulen was de doorslaggevende factor, dat voor de justitiabele die zich op het gemeenschapsrecht beroept, „een doeltreffende mogelijkheid van beroep op de gewone rechter in de praktijk ontbreekt".

In het onderhavige geval behoudt de inschrijver op een aanbesteding die meent ten onrechte te zijn uitgesloten, uitdrukkelijk de mogelijkheid om vergoeding van eventueel geleden schade te vorderen, hetgeen, althans in beginsel, reeds als afdoende rechtsmiddel zou kunnen worden aangemerkt.

42. Bovendien lijkt de Duitse gewone rechter zich ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling en in weerwil van de bedenkingen in de rechtsleer uiteindelijk bevoegd te hebben verklaard kennis te nemen van door inschrijvers op een aanbesteding ingestelde beroepen wegens vermeende schending van (onder meer ook) gemeenschapsrechtelijke bepalingen. Dat blijkt uit twee recente beschikkingen van het

43 — Arrest aangehaald in voetnoot 24, r. o. 17.

Kammergericht Berlin, waarin dit verzoeken om voorlopige maatregelen, waarbij in een door de overheid georganiseerde aanbesteding afgevallen ondernemingen staking van de gunningsprocedure eisten, ontvankelijk verklaarde, doch vervolgens ten gronde afwees. [44]

Daarnaast heeft de Duitse regering, zoals gezegd, de Commissie laten weten, dat zij de nodige procedures heeft ingeleid om haar wetgeving aan te passen aan de richtlijn beroepsprocedures; zij is onder meer voornemens uitdrukkelijk te voorzien in een mogelijkheid van beroep op de gewone rechter tegen uitspraken van de Federale commissie van toezicht. [45]

43. Onder deze omstandigheden is het volledig in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof en komt de doeltreffende rechtsbescherming van de justitiabele geenszins in het gedrang, wanneer bedoelde commissie niet als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 wordt aangemerkt.

Integendeel, ik denk juist, dat de door mij voorgestelde oplossing — het Hof verklaart de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk — verder reikt dan de onderhavige casus en dat daarmee het recht van de justitiabele op bescherming, die pas doeltreffend is wanneer het rechtsbescherming is, beter wordt gewaarborgd. Deze oplossing steunt duidelijk op de overtuiging, dat enkel organen die alle garanties kunnen bieden die het Hof ten behoeve van de justitiabelen heeft ontwikkeld, als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EG-Verdrag kunnen worden aangemerkt.

44. Ten slotte zou ik nog iets anders niet onvermeld willen laten, namelijk de ratio van de richtlijn beroepsprocedures. Zoals bekend, kwam de richtlijn voort uit de sterke behoefte de rechtsbescherming van de justitiabelen op het gebied van overheidsopdrachten te verbeteren en eenvormiger te maken. In sommige Lid-Staten waren de gunningshandeling en de overige daarmee verband houdende handelingen namelijk niet vatbaar voor beroep op de rechter of had een beroepsprocedure onbevredigende gevolgen voor de verdere afwikkeling van de overeenkomst. Juist om deze leemten op te vullen, verplicht de richtlijn beroepsprocedures de Lid-Staten, te voorzien in een stelsel dat doeltreffend de eerbiediging garandeert van de subjectieve rechten die door het materiële gemeenschapsrecht (de richtlijnen inzake opdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen en voor dienstverlening) aan inschrijvers op aanbestedingen worden verleend. Vanuit deze optiek moet deze richtlijn worden bezien en hebben tot dusver alle overige Lid-Staten, althans volgens de Commissie, daaraan uitvoering gegeven. Ter terechtzitting heeft de Commissie een overzicht overgelegd van de organen die ter uitvoering van de richtlijn beroepsprocedures door de Lid-Staten zijn belast met de rechtspraak inzake overheidsopdrachten: dit is

44 — Kammergericht Berlin, beschikkingen van 10 april 1995 (KartU 7605/94, EuZW 1995, blz. 645 e. v.) en 31 mei 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, blz. 415 e. v.).

45 — Ik wijs er terloops op, dat bedoelde wetswijzigingen tot gevolg kunnen hebben, dat het arrest dat het Hof thans moet wijzen, louter „historische" waarde zal hebben, uiteraard enkel met betrekking tot de ontvankelijkheid en dus de bevoegdheid van de huidige commissies van toezicht om prejudiciële vragen te stellen.

meestal een gewone rechter of, indien er in het betrokken land administratieve rechtspraak bestaat, een administratieve rechter die in tweede aanleg is onderworpen aan controle door de Raad van State. [46]

Dit laatste is een belangrijk gegeven, dat mijns inziens mede in de beoordeling moet worden betrokken, evenwel zonder uit het oog te verliezen, dat de onderhavige procedure verschilt van die welke krachtens artikel 169 door de Commissie is ingeleid.

45. Gelet op het voorgaande, geef ik in overweging het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk te verklaren, omdat het afkomstig is van een orgaan dat geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EG-Verdrag is.

Ten gronde

46. Ten aanzien van de grond van de zaak, die ik hier enkel volledigheidshalve aanroer, kan met een paar opmerkingen worden volstaan.

Zoals gezegd, gaat het om de vraag, of de controle-instanties na het verstrijken van de voor de richtlijn dienstverlening geldende omzettingstermijn ook bevoegd zijn om procedures betreffende de gunning van opdrachten voor dienstverlening te toetsen, ofschoon er geen uitdrukkelijke normatieve bepaling is (in casu een — overigens wettelijk voorgeschreven — federale Rechtsverordnung) waaraan zij deze bevoegdheid zouden ontlenen.

47. Zowel verzoekster als de Duitse regering stellen, dat gelet op de rechtstreekse werking van de betrokken bepalingen van de richtlijn dienstverlening [47], de ter uitvoering van de richtlijn beroepsprocedures ingestelde instanties ook kennis moeten kunnen nemen van geschillen over opdrachten voor dienstverlening.

Het mag evenwel duidelijk zijn, dat niet in deze procedure op deze vraag kan worden beslist. Het Hof kan zich immers niet in de plaats stellen van de nationale wetgever, wiens bevoegdheid uitdrukkelijk wettelijk is voorbehouden, om uit te maken, of de controle-instanties ook procedures betreffende de gunning van opdrachten voor dienstverlening behoren te toetsen.

46 — De Commissie verklaarde dan ook tevreden te zijn met de door de Lid-Staten vastgestelde omzettingsmaatregelen (dat geldt uiteraard niet voor Duitsland, waartegen zij de procedure van artikel 169 heeft ingeleid).

47 — Deze rechtstreekse werking zou niet alleen zijn af te leiden uit de omstandigheid, dat de ingeroepen bepalingen voldoende precies en onvoorwaardelijk zijn, maar zou ook, zij het indirect, door het Hof zijn bevestigd in het arrest Commissie/Duitsland, waarin de niet-nakoming van de Duitse regering werd vastgesteld wegens het niet omzetten van de dienstverleningsrichtlijn (zie voetnoot 14).

48. Een beroep op de rechtstreekse werking van de richtlijn dienstverlening verandert daar niets aan. Ook indien het Hof deze rechtstreekse werking zou aannemen, zou dit enkel inhouden, dat de justitiabele deze bepalingen voor *een* rechterlijke instantie kan inroepen; het Hof mag echter in geen geval aanduiden, *welke* instantie dat moet zijn, omdat het zich dan op het terrein van de nationale wetgever zou begeven. [48]

Er zou zeer zeker sprake zijn van een flagrante schending van het gemeenschapsrecht [49], wanneer de justitiabele geen concrete mogelijkheid had zich op een gemeenschapsbepaling met rechtstreekse werking te beroepen, omdat geen enkele rechter ter zake bevoegd was. Deze schending kan evenwel door de bevoegde instanties worden gelaakt met de daartoe ter beschikking staande middelen en eventueel aanleiding geven tot de rechtsmiddelen die het Hof op het gebied van de aansprakelijkheid van de Lid-Staten heeft ontwikkeld ten behoeve van de justitiabele die vermogensschade heeft geleden ten gevolge van de aan de betrokken staat toe te rekenen nietnakoming van zijn verplichtingen krachtens het gemeenschapsrecht. Maar ook dan gaat het om rechtsmiddelen die zowel formeel als materieel verschillen van de onderhavige procedure en die derhalve niet van invloed zijn op de oplossing die ik in casu voorstel.

49. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk te verklaren, omdat de Federale commissie van toezicht, waarvan het verzoek afkomstig is, geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EG-Verdrag is.

48 — Zie reeds in deze zin arrest van 9 juli 1985 (zaak 179/84, Bozzetti, Jurispr. 1985, blz. 2301, r. o. 17), alsmede het recente arrest van 18 januari 1996 (zaak C-446/93, SEIM, Jurispr. 1996, blz. I-73), volgens hetwelk „de rechtsorde van elke Lid-Staat de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan communautaire rechtsorde zijn ontleend, echter met dien verstande dat de Lid-Staten gehouden zijn in elk geval een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren. Onverminderd dit laatste, dient het Hof zich niet in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen die op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie kunnen rijzen bij de kwalificatie van bepaalde op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechtssituaties" (r. o. 32).

49 — Maar waarschijnlijk ook van schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarin het recht op rechtsingang is vastgelegd.