RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-351/88 *

I — Het rechtskader

1. *De nationale bepalingen*

1. De aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten betreffen voornamelijk de Italiaanse regeling waarbij een percentage van overheidsopdrachten voor leveringen wordt voorbehouden aan in de regio's van de Mezzogiorno gevestigde ondernemingen.

2. Het beginsel van het „voorbehoud" bestond reeds in besluitwet CPdS nr. 40 van 18 februari 1947, op grond waarvan de nationale overheid een zesde van haar aankopen mocht reserveren voor ondernemingen in bepaalde gebieden in de Mezzogiorno. Bij wet nr. 835 van 6 oktober 1950 is deze mogelijkheid vervolgens in een verplichting omgezet.

3. Dit voorbehouden gedeelte is in verschillende wettelijke regelingen ter ondersteuning van de Mezzogiorno bevestigd en gehandhaafd, laatstelijk bij wet nr. 64 van 1 maart 1986 („Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno", hierna: „wet nr. 64/86").

4. Artikel 17, leden 16 en 17, van deze wet bepaalt het volgende:

„16. De in artikel 113, lid 1, van de genoemde gecoördineerde tekst bedoelde verplichting een gedeelte van de leveringen en diensten voor te behouden, strekt zich uit tot alle overheidslichamen, regio's, provincies, gemeentes, plaatselijke gezondheidsdiensten, berggemeenschappen, vennootschappen en instellingen met staatsdeelneming, universiteiten en zelfstandige ziekenhuizen.

17. Deze lichamen, ondernemingen en instellingen zijn verplicht ten minste 30% van hun benodigdheden te betrekken van ondernemingen uit de industrie-, landbouw- en nijverheidssector die in de in artikel 1 van de genoemde gecoördineerde tekst bedoelde gebieden bedrijven en vaste inrichtingen hebben, waar de benodigde produkten, althans gedeeltelijk, moeten worden vervaardigd."

5. De gecoördineerde tekst waarnaar artikel 17 verwijst, is presidentieel decreet nr. 218 van 6 maart 1978 (gecoördineerde tekst van de wetten betreffende de Mezzogiorno). Artikel 113, lid 1, van dit decreet verplichtte bepaalde bestuurslichamen om ieder begrotingsjaar 30% van de aanbestedingen voor leveringen of diensten, met uitzondering van die welke technisch niet kunnen worden gesplitst, voor te behouden aan ondernemingen die in de Mezzogiorno zijn gevestigd, of althans aldaar bedrijven hebben, en die de benodigde technische bekwaamheden bezitten.

* Procestaal: Italiaans.

6. Wet nr. 64/86 heeft de strekking van het genoemde artikel 113, lid 1, duidelijk verruimd, in de eerste plaats door de verplichting om een gedeelte van de overheidsopdrachten voor te behouden uit te breiden tot een aantal aanvankelijk niet vermelde instellingen, waaronder de plaatselijke gezondheidsdiensten (Unità Sanitaria Locali), en in de tweede plaats door deze verplichting (niet meer dan 30%, maar ten minste 30%) niet enkel op te leggen ten gunste van industriële ondernemingen, maar ook van ondernemingen in de landbouw en in de nijverheid en door als minimumeis te stellen, dat zij in de betrokken gebieden waarin de bedoelde produkten, eventueel slechts gedeeltelijk, worden vervaardigd, bedrijven hebben gevestigd.

2. *Communautaire bepalingen*

7. De gemeenschapsregeling op dit gebied is neergelegd in richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1; hierna: „richtlijn 77/62"), die beoogt de met artikel 30 EEG-Verdrag strijdige beperkingen van het vrije verkeer van goederen op het gebied van leveringen aan de overheid op te heffen.

Artikel 26 van deze richtlijn bepaalde:

„Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van de voorschriften die op het moment van de aanneming ervan van kracht zijn, die in de Italiaanse wet nr. 835 van 6 oktober 1950 (GURI nr. 245 van 24.10.1950) alsmede in de opeenvolgende wijzigingen ervan voorkomen, onverminderd de verenigbaarheid van deze bepalingen met het Verdrag."

8. Bij artikel 16 van richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van richtlijn 77/62/EEG alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van richtlijn 80/767/EEG (PB 1988, L 127, blz. 1) werd artikel 26 vervangen door de volgende tekst:

„*Artikel 26*

1. Deze richtlijn vormt tot en met 31 december 1992 geen beletsel voor de toepassing van de bestaande nationale voorschriften betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen die de vermindering van de regionale ongelijkheden en de bevordering van de werkgelegenheid in minder begunstigde regio's en in door de achteruitgang van de industrie getroffen gebieden beogen, mits deze voorschriften verenigbaar zijn met het Verdrag en met de internationale verplichtingen van de Gemeenschap.

2. (...)."

II — De feiten en het procesverloop in het hoofdgeding

1. Op 20 februari 1987 ontving de vennootschap Laboratori Bruneau Srl (hierna: „verzoekster") van de Unità Sanitaria locale RM/24 di Monterotondo (Rome) (hierna: „USL") een brief betreffende een „uitnodiging om deel te nemen aan een onderhandse aanbesteding. Voorbehouden gedeelte 30%. Wet nr. 64/86".

2. De aanbesteding had in het bijzonder betrekking op de levering aan USL van hechtmateriaal voor het gedeelte van 30% van de geschatte jaarlijkse behoefte.

3. De uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 17 van wet nr. 64/86, alsmede de vermelding dat het aanbod 30% van de geschatte jaarlijkse behoefte betrof, toonden duidelijk aan, dat het aanbod in de uitnodiging was voorbehouden aan ondernemingen die voldeden aan de in artikel 17, lid 17, van wet nr. 64/86 gestelde voorwaarden, dat wil zeggen aan „ondernemingen (...) die in de in artikel 1 van de genoemde gecoördineerde tekst bedoelde gebieden bedrijven en vaste inrichtingen hebben, waar de gevraagde produkten, althans gedeeltelijk, moeten worden vervaardigd".

4. Hoewel verzoekster in de gebieden, bedoeld in artikel 17, lid 17, van wet nr. 64/86, geen bedrijven of vaste inrichtingen had, zond zij niettemin een aanvraag tot deelneming in; wel verzocht zij de aanbestedingscommissie om vooraf in het proces-verbaal een verklaring op te nemen, waarin zij de geldigheid van de aanbesteding betwistte wegens schending van de gemeenschapsrechtelijke voorschriften.

5. Na deze verklaring schorste de voorzitter van de aanbestedingscommissie de aanbestedingsprocedure. Aangezien de opdrachtgever de opdracht vervolgens echter niet introk en evenmin zodanig wijzigde, dat artikel 17, leden 16 en 17, van wet nr. 64/84 buiten toepassing werden gelaten, stelde verzoekster op 8 april 1987 bij het Tribunale amministrativo regionale del Lazio beroep in, strekkende tot de vaststelling dat de handelingen van de aanbesteding onwettig waren, omdat de geldende nationale bepalingen in strijd waren met het gemeenschapsrecht.

In het kader van dit beroep besloot de nationale rechter het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de navolgende vraag:

„Moeten de artikelen 30 en 92 EEG-Verdrag in de eerste plaats aldus worden uitgelegd, dat een nationale regeling waarbij een percentage van overheidsopdrachten voor leveringen wordt voorbehouden aan in bepaalde gebieden van het nationale grondgebied gevestigde ondernemingen, moet worden aangemerkt als een ‚maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen' dan wel als een ‚steunmaatregel', en in de tweede plaats dat deze artikelen zich tegen genoemde regeling verzetten".

6. De verwijzingsbeschikking is op 6 december 1988 ter griffie van het Hof ingeschreven.

7. Overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend: op 14 februari 1989 door verzoekster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door E. Baretta en A. Bozzi, advocaten te Milaan, G. Bozzi, advocaat te Rome, en A. May, advocaat te Luxemburg, op 14 maart 1989 door de regering van de Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door P. G. Ferry als gemachtigde, en op 15 maart 1989 door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door G. Berardis als gemachtigde.

8. Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

9. Bij beschikking van 24 april 1991 heeft het Hof krachtens artikel 95, paragrafen 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering, de zaak naar de Vierde kamer verwezen.

III — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

1. *Verzoekster in het hoofdgeding* begint met een uiteenzetting van de historische ontwikkeling van de verhouding tussen de nationale regeling en de gemeenschapsregeling op het gebied van de overheidsopdrachten voor leveringen. Zij onderzoekt de verschillende stadia van deze ontwikkeling met het oog op de vraag of de Italiaanse regeling voor overheidsopdrachten al dan niet verenigbaar is met de bepalingen van het EEG-Verdrag.

Wat de vraag betreft of het in artikel 17, leden 16 en 17, van wet nr. 64/86 uitgewerkte stelsel inzake reservering van overheidsopdrachten verenigbaar is met artikel 30 EEG-Verdrag, stelt verzoekster allereerst, dat dit stelsel in Italië een gesloten en aan ondernemingen in de Mezzogiorno voorbehouden markt heeft gecreëerd, die volledig los staat van en vreemd is aan de gemeenschappelijke markt.

Bovendien is dit stelsel, dat vroeger enkel voor bestuurslichamen van de staat en bepaalde territoriale lichamen gold, bij wet nr. 64/86 tot algemene regel op het gebied van de overheidsopdrachten voor leveringen verheven. Enerzijds heeft deze wet namelijk de voorbehoudsverplichting uitgebreid tot alle openbare bestuurslichamen en territoriale lichamen en ondernemingen met staatsdeelneming; anderzijds kunnen op grond van deze wet de overheidsopdrachten voor leveringen zelfs voor 100% worden voorbehouden, waardoor wettelijk is vastgelegd dat elke niet-Zuid-Italiaanse onderneming volledig van alle overheidsopdrachten in Italië is uitgesloten.

Deze uitlegging vloeit voort uit de woorden „voor een gedeelte van ten minste 30%" in artikel 17, lid 17, van voornoemde wet. Door deze bewoordingen wordt een ondergrens vastgesteld, waaronder men niet mag komen, maar dit betekent tevens, dat het voorbehouden van grotere gedeelten, tot 100% van de leveringen, wettelijk is toegestaan, omdat niet is voorzien in een grens waarboven het voorbehoud niet geoorloofd is.

Voorts onderzoekt verzoekster de betrokken nationale regeling in het licht van artikel 92 EEG-Verdrag. Gelet op de rechtspraak van het Hof, omvat het begrip steun uitkeringen in geld maar ook vrijstellingen van betaling, waardoor de financiële lasten van bedrijven worden verlicht. Het gaat dus om voordelen die uit de openbare middelen worden verleend.

In casu gaat het om een regeling waardoor niet in Zuid-Italië gevestigde ondernemingen van leveringsopdrachten van de overheid worden uitgesloten en de openbare sector wordt gedwongen zijn produkten te betrekken bij bedrijven die voorkomen op speciaal ten gunste van Zuid-Italiaanse ondernemingen opgestelde lijsten.

Bij deze maatregel worden dus niet bedragen aan deze ondernemingen betaald, maar wordt gewoon de vraag naar produkten in hun richting geleid. Het commerciële voordeel vloeit niet voort uit betalingen uit openbare fondsen, noch uit fiscale of parafiscale vrijstellingen, noch uit fiscale voordelen of bijzondere kosten-aftrekmogelijkheden, maar uit de garantie overheidsbestellin-

gen te krijgen, dat wil zeggen de mogelijkheid om toegang te verkrijgen tot aanbestedingen waarbij de concurrentie is beperkt tot Zuiditaliaanse ondernemingen.

Het economische resultaat van deze protectionistische politiek is een groei van de verkoop van produkten waarvoor de betaling door het openbaar lichaam geen „steun" vormt, maar een eenvoudige tegenprestatie voor de levering van goederen en diensten. Er bestaat evenwel geen enkele reden aan te nemen, dat de instelling van een aan bepaalde ondernemingen voorbehouden markt wel een geval van staatssteun in de zin van artikel 92 vormt, maar geen typisch geval van een discriminerende en protectionistische praktijk die categorisch door de artikelen 30 en volgende EEG-Verdrag is verboden en die onder geen van de in artikel 36 EEG-Verdrag bedoelde rechtvaardigingsgronden valt.

Tot slot merkt verzoekster op, dat de verhouding tussen de artikelen 30 en 92 EEG-Verdrag wordt beheerst door het beginsel dat er geen enkele steun mag worden ingesteld, gewijzigd of toegestaan in de vorm van commerciële discriminatie of van een belemmering (rechtstreeks of zijdelings, daadwerkelijk of potentieel) die op de oorsprong van de goederen berust. Steun die verenigbaar is in de zin van artikel 92, lid 3, mag niet worden verleend, indien zij in strijd is met artikel 30.

Concluderend stelt verzoekster, dat het voorbehoud van een gedeelte van de markt ten gunste van bepaalde nationale produkten een schoolvoorbeeld vormt van de in artikel 30 bedoelde en verboden onwettigheid, die niet kan worden gerechtvaardigd door het feit dat het voorbehoud is goedgekeurd in het kader van buitengewone maatregelen ten behoeve van de Mezzogiorno, waaraan het niet is gekoppeld en waarmee het ook geen functioneel verband bezit.

Om al deze redenen geeft verzoekster het Hof in overweging voor recht te verklaren:

1) artikel 92 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het, althans gedeeltelijk, voorbehouden van overheidsopdrachten aan nationale ondernemingen, die in economisch achtergebleven gebieden zijn gevestigd of aldaar bedrijven hebben, geen „steun" in de zin van dit artikel vormt;

2) artikel 30 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat dit, althans gedeeltelijk, voorbehouden van overheidsopdrachten een bij dit artikel verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormt.

2. Vanuit het standpunt van de *Italiaanse regering* heeft het voorbehouden van een deel van overheidsopdrachten voor leveringen in artikel 17 van wet nr. 64/86 het karakter van een steunmaatregel als bedoeld in artikel 92 EEG-Verdrag, in zoverre het gaat om een door de staat getroffen maatregel, waarbij het voordeel, dat ten laste komt van openbare bestuurslichamen, wordt toegekend aan een door de plaats van hun activiteiten bepaalde categorie van producenten.

Omdat het voorbehoud de kenmerken van een steunmaatregel vertoont, moet voor die maatregel de procedure van artikel 93 EEG-Verdrag worden gevolgd, zonder op

de beslissing van de Commissie vooruit te lopen en een arrest van het Hof op basis van artikel 177 EEG-Verdrag ervoor in de plaats te stellen.

Waar het eventueel gaat om steunmaatregelen die hun communautaire legitimiteit ontlenen aan artikel 92, lid 3, sub a, stelt deze bepaling, anders dan die sub c daaraanvolgend, niet als voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van steunmaatregelen, dat „de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad". Dit wijst erop, dat staatssteun ter bevordering van de ontwikkeling van onderontwikkelde streken, in het communautaire kader een bij uitstek positieve rol krijgt, die niet ondergeschikt is aan andere doelstellingen van de Gemeenschap.

Het voorbehoud bij leveringsopdrachten is weliswaar een nationaalrechtelijke maatregel die binnenlandse ondernemingen begunstigt, maar het valt niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 EEG-Verdrag, aangezien de voorkeur slechts gegeven wordt aan ondernemingen in bepaalde streken, die worden aangewezen aan de hand van een objectief verifieerbaar criterium (onderontwikkeling) dat een communautair belang heeft.

Bovendien doelt artikel 30 EEG-Verdrag op nationale maatregelen die discriminatie kunnen veroorzaken tussen binnenlandse produkten en produkten uit andere Lid-Staten. Dit doet zich in het onderhavige geval niet voor, aangezien het systeem van voorbehouden percentages uitsluitend de in de Mezzogiorno gevestigde ondernemingen in een bevoorrechte positie brengt, terwijl het nadeel wordt gevoeld door alle andere ondernemingen in de Gemeenschap, die in andere delen van Italië daaronder begrepen.

Wil er sprake zijn van een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking, dan is immers volgens artikel 2, lid 3, sub k, van richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 vereist, dat de belemmering ingevoerde produkten treft en dat de voorrangsregeling nationale produkten begunstigt.

3. De *Commissie* brengt allereerst de rechtspraak van het Hof in herinnering, volgens welke aansporingen om binnenlandse produkten te kopen, door artikel 30 EEG-Verdrag verboden maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen vormen, in zoverre zij rechtstreeks of zijdelings, daadwerkelijk of potentieel de intracommunautaire handel kunnen belemmeren. Hetzelfde geldt, wanneer een nationale regeling bepaalt dat overheidsdiensten bepaalde leveringsopdrachten aan binnenlandse produkten moeten voorbehouden.

De Commissie wijst vervolgens op verschillende bepalingen van haar richtlijn 70/32/EEG van 17 december 1969 betreffende leveringen aan de staat, aan zijn territoriale lichamen en aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen, volgens welke met name nationale voorschriften moeten worden opgeheven die voor leveringen een voorbehoud maken ten gunste van binnenlandse produkten of daaraan een preferentie toekennen anders dan in de vorm van een steunmaatregel in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag.

Voorts beroept de Commissie zich op richtlijn 77/62, die uitgaat van het beginsel, dat de beperkingen die op het gebied van leveringen aan de overheid worden gesteld aan het vrije verkeer van goederen, verboden zijn krachtens de artikelen 30 en volgende van het Verdrag.

In het licht van het voorgaande vraagt de Commissie zich af, of nationale bepalingen die een deel van de overheidsopdrachten voor leveringen voorbehouden aan in bepaalde streken gevestigde ondernemingen, wegens hun selectief karakter niet zozeer maatregelen van gelijke werking in de zin van artikel 30 vormen, als wel steunmaatregelen in de zin van artikel 92.

Enerzijds hebben die bepalingen hetzelfde effect op de invoer als bepalingen die een deel van de opdrachten voorbehouden aan alle binnenlandse producenten. De omvang van die effecten hangt overigens niet af van het aantal begunstigde produkten, maar van de behoefte van de overheid aan produkten waarvan de invoer is uitgesloten, beperkt of bemoeilijkt.

Anderzijds is het voor de juridische kwalificatie van de betrokken bepalingen niet relevant, welke doelstellingen de Lid-Staten ermee nastreven, bij voorbeeld regionaal of sociaal beleid, nu het vrije verkeer van goederen een grondbeginsel van het Verdrag is, waarvan slechts kan worden afgeweken op de gronden vermeld in artikel 36, alsmede op grond van bepaalde, in 's Hofs rechtspraak genoemde „dwingende" redenen: het een noch het ander is in de onderhavige zaak denkbaar.

Aan het feit dat hier sprake is van een maatregel van gelijke werking wordt op zichzelf niet afgedaan omdat het selectieve voorbehoud niet enkel ten nadele van produkten uit andere Lid-Staten werkt, maar ook van de overige binnenlandse produkten die daaraan geen voordeel ontlenen. Het meest wezenlijke kenmerk van die kwalificatie is eigenlijk het gebleken beperkende effect op het handelsverkeer.

Uit de tekst van artikel 92 EEG-Verdrag en uit ,s Hofs rechtspraak terzake blijkt, dat het begrip steunmaatregel in de zin van dat artikel niet alleen positieve prestaties in de vorm van een uitkering in geld omvat, maar ook interventies die de normaal op een onderneming drukkende lasten verlichten en die zonder subsidies in de enge betekenis van het woord te zijn, van dezelfde aard zijn en dezelfde gevolgen hebben. Die interventies worden bekostigd uit de staatskas.

Het is niet denkbaar, dat artikel 92 maatregelen zou verbieden die reeds door andere bepalingen van het Verdrag zijn verboden. Wanneer artikel 92 steunmaatregelen verbiedt, dan betreft het noodzakelijkerwijs andere maatregelen dan douanerechten en heffingen of maatregelen van gelijke werking. De werkingssfeer van artikel 92 is dan ook beperkt tot die overheidsinterventies die het gebruik van financiële middelen van de staat ten behoeve van begunstigde ondernemingen meebrengen.

Hieruit volgt, dat de Italiaanse bepalingen dus niet als „steunmaatregelen" in de zin van artikel 92 kunnen worden beschouwd, aangezien zij rechtstreeks noch zijdelings het gebruik van financiële middelen van de staat meebrengen. De staat legt de overheidssector enkel de verplichting op, goederen van bepaalde ondernemingen te betrekken, en beperkt daarmee de mogelijkheid ze bij andere ondernemingen te kopen. Het door de staat in dergelijke gevallen bestede geld vertegenwoordigt slechts de prijs van het tegen marktvoorwaarden verworven goed. Het gaat derhalve niet om vrijgevigheid, maar om een tegenprestatie.

De in geding zijnde Italiaanse maatregelen vormen dan ook een rechtstreekse belemmering voor de invoer van concurrerende produkten en zijn geen „steunmaatregelen" in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag.

Zouden die maatregelen wel als steun in de zin van artikel 92 worden beschouwd, dan wil dat niet zonder meer zeggen dat die steun als verenigbaar met artikel 30 moet worden gezien. De Commissie beroept zich dienaangaande op de vaste rechtspraak van het Hof, van het arrest van 22 maart 1977 (zaak 74/76, Iannelli & Volpi, Jurispr. 1977, blz. 557) tot het arrest van 5 juni 1986 (zaak 103/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 1759), volgens welke de artikelen 92 en volgende EEG-Verdrag in geen geval ertoe kunnen dienen, de verdragsregels inzake het vrije verkeer van goederen opzij te zetten.

Tot slot vestigt de Commissie er de aandacht op, dat voorkeursregelingen zoals de onderhavige tevens onverenigbaar zijn met de bepalingen van richtlijn 77/62. Het is juist, dat volgens artikel 26 van die richtlijn deze „geen beletsel vormt voor de toepassing van de voorschriften die op het moment van de aanneming ervan van kracht zijn, die in de Italiaanse wet nr. 835 van 6 oktober 1950 (...), alsmede in de opeenvolgende wijzigingen ervan voorkomen".

Dit neemt niet weg, dat enerzijds de inhoud van de nationale wetgeving waarnaar de verwijzende rechter verwijst (wet nr. 64), gedeeltelijk verschilt van en ruimer is dan de wet zoals die bij de vaststelling van de richtlijn bestond, en dat anderzijds de richtlijn van toepassing is behoudens de verenigbaarheid van deze bepalingen met het Verdrag.

De Commissie geeft het Hof in overweging, de vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 92 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het, althans gedeeltelijk, aan bepaalde ondernemingen voorbehouden van overheidsopdrachten voor leveringen geen ‚steunmaatregel' in de zin van dit artikel vormt.

2) Artikel 30 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat dit voorbehouden van overheidsopdrachten een door dit artikel verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking vormt."

M. Díez de Velasco
rechter-rapporteur