CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 6 september 2007 [1]

I — Inleiding

1. De omroep enkel bezien als informatiemedium, zou hem reduceren tot zijn meest typische kenmerk en voorbijgaan aan andere aspecten van grotere betekenis tegen de achtergrond van het socioculturele belang dat de omroep in de loop van zijn geschiedenis heeft verworven. In de westerse samenlevingen lijkt het samengaan van die communicatiesystemen met het verworven materieel welzijn een Romeinse spreuk te doen herleven: panem et circenses (brood en spelen), waarmee de Latijnse dichter Juvenalis [2] de spot dreef met de inschikkelijke ledigheid van het Romeinse volk en zijn desinteresse voor politieke zaken. [3] Heden ten dage zou dat aforisme kunnen worden vertaald door brood te vervangen door comfort en de wagenrennen in het Romeinse circus door televisie.

2. Niemand twijfelt nog aan de enorme aantrekkingskracht van beelden, die tot in de diepste nissen van de privésfeer kunnen doordringen. Om dus te voorkomen dat voorspellingen als die van George Orwell in zijn roman 1984 [4] de audiovisuele techniek tot instrument in dienst van de propaganda maken, doen regeringen hun uiterste best om waarborgen te creëren die een bepaalde mate van objectiviteit en onafhankelijkheid garanderen, althans op het gebied van de publieke omroep.

3. De drie vragen die het Oberlandesgericht Düsseldorf aan dit Hof heeft voorgelegd, vallen binnen deze context: het streven naar een publieke omroep die past binnen en voldoet aan de eisen van de rechtsstaat, in het bijzonder de neutraliteit ervan, met

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Decimus Junius Juvenalis (waarschijnlijk geboren tussen 55 en 60 na Chr. te Aquinum en met zekerheid gestorven na 127), auteur van de *„Satiren"*, van wie niet meer biografische gegevens bekend zijn dan de sporadische ontboezemingen in zijn eigen werk. Vanwege zijn kritiek op de autoriteiten is hij tegen het eind van zijn leven verbannen, mogelijk omdat hij in een van zijn gedichten had verwezen naar Titus Aelius Alcibiades, een majordomus van keizer Hadrianus; Juvenalis, Sátiras, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; vertaling, inleiding en noten van B. Segura Ramos, Madrid, 1996, blz. XIV.

3 — „[...] Want al zo lang, sinds wij als volk ons kiesrecht voor niets hebben verkocht, laat het ons koud om net als vroeger alle hoge posten in staat of leger te verdelen. Nee, men houdt zich koest en vraagt alleen nog maar twee dingen: brood en spelen [...]" Satire X, vers 74-81.

4 — Het is gemeenplaats deze roman, die hij in 1948 schreef na het trauma van de Tweede Wereldoorlog, niet zozeer te bestempelen als heftige kritiek op het totalitarisme, maar als waarschuwing tegen het raffinement waarmee een dergelijk regime zich kan vestigen door manipulatie van de media. G. Orwell, *1984*, Uitg. Destino S.A., Madrid, 1997.

eerbied voor de pluraliteit van beleidskeuzes. In Duitsland wordt die waarborg blijkens de verwijzingsbeschikking in belangrijke mate bevorderd doordat de publieke omroeporganisaties zijn belast met de inning en het beheer van hun financiële middelen, die afkomstig zijn uit de verplichting om louter op grond van het bezit van een radio of televisie een bepaalde bijdrage te betalen.

4. Dit financieringsmodel, dat ontegenzeglijk aan het wezen van een openbare dienst is ontleend, roept de vraag op of die omroeporganisaties moeten worden aangemerkt als „aanbestedende diensten" in de zin van de communautaire richtlijnen betreffende overheidsopdrachten, of dat zij integendeel die kwalificatie niet verdienen en daarmee van aanbestedingsprocedures zouden zijn bevrijd.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

5. Om te beginnen merk ik op dat de verwijzende rechter zowel refereert aan artikel 1, lid 9, wat de personele werkingssfeer betreft, als aan artikel 16, sub b, met betrekking tot de materiële werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG [5], die de regelingen betreffende overheidsopdrachten op Europees niveau codificeert, en stelt dat hij, daar de termijn voor aanpassing van het nationaal recht aan de richtlijn is verlopen zonder dat de noodzakelijke omzetting heeft plaatsgevonden, op grond van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof de nationale regels moet beoordelen tegen de achtergrond van een willekeurige recentelijk vastgestelde communautaire wetgevende handeling, ook al betreft deze niet de in geding zijnde procedure voor het plaatsen van een opdracht.

6. Ook al aanvaardt men de overwegingen van het Oberlandesgericht, het uitgangspunt dient het oorspronkelijke artikel 1, sub a en b, van richtlijn 92/50/EEG [6] te zijn, en wel om twee redenen: ten eerste is dit de centrale bepaling op grond waarvan de Duitse wetgever de nationale rechtsorde op de communautaire heeft afgestemd en waarnaar derhalve de nationale regeling verwijst; ten tweede zijn de parallelle regels van de gecodificeerde tekst van richtlijn 2004/18 absoluut identiek.

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

6 — 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).

7. Ter afbakening van zijn personele werkingssfeer, beschouwt artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, binnen titel I gewijd aan de algemene bepalingen, als aanbestedende diensten:

„[...]

de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen."

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere instelling die:

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

— rechtspersoonlijkheid heeft en

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

8. Deze bepaling zegt verder dat „[d]e lijsten van de instellingen en van de categorieën van publiekrechtelijke instellingen die voldoen aan [die] criteria, staan in bijlage I van richtlijn 71/305/EEG[7]. Deze lijsten zijn zo volledig mogelijk en kunnen worden herzien volgens de procedure van artikel 30 ter van deze laatste richtlijn; [...]"

9. Artikel 1 zelf noemt sub a de juridische overeenkomsten die de richtlijn ratione materiae omvat en sluit daarvan uitdrukkelijk uit:

„[...]

7 — Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5).

iv) opdrachten betreffende de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programmamateriaal door televisie-omroeporganisaties en overeenkomsten betreffende zendtijd;

[...]"

B — *Nationaal recht*

1. Regeling inzake overheidsopdrachten

10. De aanbestedingsprocedures voor opdrachten van de Duitse overheid zijn geregeld in het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen[8] (wet tegen beperkingen van de mededinging; hierna: „GWB"). Artikel 1, sub b, van de richtlijn betreffende de aanbestedende diensten heeft zijn nationale equivalent in § 98, sub 2, GWB:

„§ 98 — Aanbestedende diensten

Aanbestedende diensten in de zin van dit deel zijn:

1. territoriale lichamen alsook hun bijzonder vermogen;

2. andere publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen, die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, wanneer instanties die onder 1 of 3 vallen, deze afzonderlijk of samen door deelneming of op een andere wijze overwegend financieren of toezicht uitoefenen op het bestuur of meer dan de helft van de leden van de bestuurs- of controleorganen hebben benoemd. Dit geldt ook wanneer de instantie die afzonderlijk of samen met anderen overwegend financiert of de meerderheid van de leden van een bestuurs- of controleorgaan heeft benoemd, onder 1 valt;

3. verenigingen waarvan de leden onder 1 en 2 vallen;

[...]"

8 — Sinds 1 januari 1999 is van kracht de versie van de wet na de zesde herziening ervan bij wet 703-4/1 van 26 augustus 1998 (BGBl. I blz. 358).

2. Regeling inzake het kijk- en luistergeld

11. Volgens de verwijzingsbeschikking is de financiering van de publieke omroepen in Duitsland geregeld in twee overeenkomsten tussen de bondsstaat en de deelstaten. De contouren van het kijk- en luistergeld zijn hoofdzakelijk vastgelegd in het Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (verdrag betreffende de regeling van het kijk- en luistergeld; hierna: „RGebStV") van 31 augustus 1991, gewijzigd in 1996.

12. § 2 ervan luidt:

„1) Het kijk- en luistergeld bestaat uit het basisrecht en het kijkgeld. De hoogte ervan wordt door het Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag vastgesteld.

[...]"

13. § 4 van het RGebStV bepaalt:

„1) De verplichting om kijk- en luistergeld te betalen gaat in op de eerste dag van de maand waarop men in het bezit is van een radio- of televisietoestel.

2) [...]"

14. En § 7 van het RGebStV regelt de verdeling van de inkomsten uit het kijk- en luistergeld:

„1) De opbrengst uit het basisrecht komt toe aan de Landesrundfunkanstalt en in de omvang als bepaald in het Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag aan Deutschlandradio, alsook aan de Landesmedienanstalt binnen het gebied waarvan het ontvangtoestel staat.

2) De opbrengst uit het kijkgeld komt toe aan de Landesrundfunkanstalt en, in de omvang als bepaald in het Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, aan de Landesmedienanstalt

binnen het gebied waarvan het ontvangtoestel staat, alsook aan het ‚Zweite Deutsche Fernsehen' (ZDF).

[...]"

15. De verwijzende rechter licht toe dat een tweede verdrag, het Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (verdrag betreffende de financiering van de omroep; hierna: „RfinStV") van 26 november 1996, de hoogte van de bijdragen bepaalt en het bedrag ervan met goedkeuring van de parlementen van de deelstaten vaststelt.

16. Het onderzoek en de berekening van de begroting van de omroeporganisaties ligt volgens §§ 2 tot en met 6 RfinStV bij de onafhankelijke Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (commissie voor controle en onderzoek van de financiële behoeften van de omroep; hierna: „KEF"), die ten minste eens in de twee jaar een verslag opstelt op basis waarvan de parlementen en de regeringen van de deelstaten over de bijdragen beslissen (§ 3, lid 5, juncto § 7, lid 2, RfinStV).

17. Bij reglement van 18 november 1993 betreffende de betalingsprocedure van de bijdragen van de Westdeutscher Rundfunk Köln, met goedkeuring van de regering van de deelstaat vastgesteld overeenkomstig § 4, lid 7, RfinStV, laten de omroeporganisaties van de respectieve deelstaten de bijdragen van de burgers bij aanslag van overheidswege innen door de Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (centrale incassodienst voor publieke omroepbijdragen in de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „GEZ").

III — Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

18. Verzoeksters in het beroep voor het Oberlandesgericht Düsseldorf zijn de omroeporganisaties van de deelstaten, die zijn aangesloten bij de Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (vereniging van Duitse omroeporganisaties; hierna: „ARD") en de bij overeenkomst van 6 juni 1961 opgerichte publieke televisieomroep ZDF, alsook Deutschlandradio (hierna tezamen: „omroeporganisaties").

19. Deze omroeporganisaties richtten in 2002 de GEZ op als publiekrechtelijk bestuursorgaan, met de taak het kijk- en luistergeld voor de verschillende deelstaatomroeporganisaties te innen en te verrekenen. De GEZ bezit geen eigen rechtsper-

soonlijkheid, maar handelt in naam en voor rekening van de respectieve deelstaatomroeporganisaties.

20. In augustus 2005 verzocht de GEZ na een marktverkenning elf bedrijven schriftelijk om verbindende aanbiedingen voor schoonmaakdiensten in zijn gebouwen en in de kantine van de Westdeutscher Rundfunk (een van de bij de ARD aangesloten omroeporganisaties) te Keulen, voor de periode van 1 maart 2006 tot en met 31 december 2008, met stilzwijgende jaarlijkse verlenging. Het met de overeenkomst gemoeide bedrag werd geschat op ruim 400 000 EUR. Een formele communautaire aanbestedingsprocedure overeenkomstig de nationale bepalingen en de toepasselijke richtlijn werd niet uitgeschreven.

21. De firma Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (hierna: „GEWA"), verweerster in het beroep voor het Oberlandesgericht Düsseldorf, en de in het geding geroepen partij, de heer Warnecke, reageerden op het verzoek van de GEZ met hun offertes. Van alle offertes was de prijs van GEWA de laagste. Bij besluit van 9 november 2005 besloot de raad van bestuur van de GEZ in onderhandeling te treden met vier inschrijvers, waaronder verzoekster en de in het geding geroepen partij. De raad van bestuur besloot tevens de economische haalbaarheid van de offertes te onderwerpen aan een gedetailleerde analyse met behulp van de Kepner-Tregoe-methode, die bepaalde waarden vaststelt voor de technisch-deskundige, commerciële en risicobeoordeling. Volgens deze beoordeling nam verzoeksters offerte de derde plaats in en die van de in het geding geroepen partij de eerste.

22. De GEZ deelde GEWA telefonisch mee dat zij de opdracht niet had gekregen. Bij bezwaar van 14 november 2001 stelde deze onderneming dat de GEZ als openbare aanbestedende dienst in strijd met de regeling voor overheidsopdrachten had verzuimd de aanbesteding van de schoonmaakopdracht op Europees niveau uit te schrijven. De GEZ wees het bezwaar van de hand.

23. GEWA stelde daarop beroep in bij de Vergabekammer der Bezirksregierung Köln, waarbij zij de GEZ als gedaagde partij aanduidde. Haar vordering strekte ertoe de GEZ te doen gelasten de schoonmaakopdracht bij wege van een formele procedure overeenkomstig deel vier van de GWB te plaatsen en, subsidiair, een nieuwe beoordeling met inachtneming van de rechtsopvatting van de Vergabekammer te verkrijgen.

24. Zij stelde zich op het standpunt dat de GEZ, als omroeporganisatie, een aanbestedende dienst in de zin van § 98, sub 2, GWB was, aangezien dergelijke organisaties over-

wegend worden gefinancierd met door de burgers betaalde bijdragen, en de gewone verrichting van radio- en televisiediensten, die onmiskenbaar van publieke aard zijn, een behoefte van algemeen belang is zonder enige industriële of commerciële betekenis.

25. Zij stelde voorts dat artikel 1, sub a, punt iv, van richtlijn 92/50 enkel opdrachten betreffende de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programmamateriaal door televisie-omroeporganisaties en overeenkomsten betreffende zendtijd uitsluit, welke duidelijk verschillen van het voorwerp van de in het hoofdgeding betrokken dienst.

26. Bij besluit van 13 februari 2006 wees de Vergabekammer het beroep van GEWA toe en gelaste de GEZ en de omroeporganisaties, indien zij de aanbieding gestand wilden doen, zich te houden aan de regeling inzake overheidsopdrachten en de beginselen van gelijkheid en transparantie, en daarnaast een uitbestedingsaanbieding op Europees niveau te publiceren.

27. Tegen dit besluit hebben de deelstaatomroeporganisaties een beroep tot herroeping ingesteld bij de administratieve rechter, op grond dat de vordering van verzoekster tegen de GEZ niet-ontvankelijk zou zijn en in ieder geval ongegrond. Naar hun mening zijn zij, publieke omroepen, als zodanig geen aanbestedende diensten in de zin van § 98, sub 2, GWB, daar de financiering van de publieke omroep voornamelijk ten laste komt van de gebruikersbijdragen.

28. Ook ontbreekt volgens hen de staatscontrole als bedoeld in § 98, sub 2, GWB, nu enkel een ondergeschikt en beperkt juridisch toezicht wordt uitgeoefend. Bovendien vertegenwoordigen de leden van de raden van bestuur van de omroeporganisaties verschillende sociale groepen. Het ontbreken van meerderheden in hun raden van bestuur sluit elke invloed van de staat bij de gunning van de opdracht uit.

29. GEWA daarentegen verdedigt het besluit van de Vergabekammer.

30. Van mening dat de uitkomst van het geschil afhankelijk is van de uitlegging van artikel 1 van richtlijn [92/50], heeft de Vergabesenat des Oberlandesgericht Düsseldorf besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen krachtens arti-

kel 234, eerste alinea, de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moet de voorwaarde ‚door de staat gefinancierd' in artikel 1, [sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste variant, van richtlijn 92/50] aldus worden uitgelegd dat op basis van een door de grondwet aan de staat opgelegde verplichting om de onafhankelijke financiering en het onafhankelijk bestaan van de instellingen te garanderen, een indirecte financiering van de instellingen door een van staatswege voorgeschreven bijdragebetaling door degenen die beschikken over radio- en/of televisietoestellen, een financiering in de zin van deze voorwaarde is?

2) Indien de eerste prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord, moet artikel 1, [sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste variant, van richtlijn 92/50] dan aldus worden uitgelegd dat de voorwaarde ‚door de staat gefinancierd' de mogelijkheid van rechtstreekse beïnvloeding door de staat bij de plaatsing van opdrachten door de door de staat gefinancierde instelling vereist?

3) Indien de tweede prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, moet artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste variant, van richtlijn 92/50 tegen de achtergrond van artikel 1, sub a, punt iv, dan aldus worden uitgelegd dat alleen de in deze laatste bepaling genoemde diensten buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen, en andere diensten die niet specifiek de programma's betreffen, maar auxiliair zijn, binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen (argument a contrario)?"

IV — Procesverloop voor het Hof

31. Het prejudicieel verzoek is ingekomen bij de griffie van het Hof op 7 augustus 2006.

32. GEWA, de omroeporganisaties, de Duitse, de Poolse en de Oostenrijkse regering, alsmede de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: „EVA") en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

33. Ter terechtzitting van 14 juni 2007 hebben de wettelijk vertegenwoordigers van de omroeporganisaties en van GEWA, als-

ook de gemachtigden van de Duitse regering, van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en van de Europese Commissie hun standpunt mondeling toegelicht.

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

A — *Afbakening vooraf*

34. De verwijzende rechter heeft weliswaar drie vragen geformuleerd, doch het verdient de voorkeur de eerste twee vragen tezamen te bespreken [9], daar beide de persoonlijke werkingssfeer en artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste alternatief, van richtlijn 92/50 betreffen. [10]

35. De Duitse omroeporganisaties stellen zich op het standpunt dat zij niet met overheidsmiddelen worden gefinancierd en beroepen zich op een vermeende analogie tussen de thans in geding zijnde regeling betreffende overheidsopdrachten en de artikelen 87 EG en 88 EG betreffende staatssteun, die „met staatsmiddelen" moet zijn bekostigd.

36. Gelijk de Commissie heeft opgemerkt, denk ik evenwel niet dat de verschillende aard van de twee regelingen, noch het doel dat zij nastreven een dergelijk gewaagde vergelijking billijkt; terwijl het EG-Verdrag ten aanzien van steun iedere ongerechtvaardigde concurrentieverstoring in een bepaalde markt door gebruik van overheidsgelden wil voorkomen, moet bij aanbestedingen worden onderzocht of een instelling onder het begrip „aanbestedende dienst" valt om te bepalen of zij zich aan de aanbestedingsprocedures dient te houden.

37. Er is dan ook geen sprake van „verknochtheid" op deze twee juridische gebieden, zodat de analoge vergelijking ervan niet aan de orde is.

38. Ten slotte, de derde vraag is weliswaar niet van belang voor de kwalificatie van de Duitse omroeporganisaties als aanbestedende diensten, zoals zij zelf in de schriftelijke opmerkingen aangeven, doch de analyse ervan heeft een zeker nut indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend en op de tweede ontkennend luidt, daar het Oberlandesgericht met het verzoek om uitlegging van artikel 1, sub a, punt iv, van richtlijn 92/50, duidelijkheid wenst te verkrijgen over de materiële werkingssfeer, hetgeen logisch is, ook al lijkt het evident.

9 — Deze lijn wordt gevolgd door de Oostenrijkse regering en ook door de Poolse regering, die de vragen niettemin afzonderlijk behandelt.

10 — Ik heb deze mogelijkheid besproken in de punten 5 en 6 van deze conclusie.

B — *Eerste en tweede prejudiciële vraag*

39. Ter discussie staat het Duitse model voor de toekenning van financiële middelen aan de omroeporganisaties. Om na te gaan of de inkomsten van deze organisaties „overheidsmiddelen" zijn in de zin van richtlijn 92/50 en de rechtspraak van het Hof, moeten derhalve de voornaamste kenmerken van het systeem worden onderzocht.

1. Betalingsverplichting op grond van publiekrechtelijke regelingen

40. De omroeporganisaties betogen dat de betaling van de bijdrage wordt overgelaten aan de vrije wil van de gebruiker, die haar kan omzeilen door geen enkel ontvangtoestel in zijn bezit te hebben. De Duitse regering onderschrijft deze opvatting en meent dat het om een rechtstreekse verplichting tussen de organisaties en de consument gaat, die niet van invloed is op de overheidsbegrotingen, aangezien de GEZ de bijdrage int, maar het geïnde geld niet in de schatkist stort. Beiden verwerpen derhalve dat het in casu om financiering „door de staat" gaat.

41. De alternatieve voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, van richtlijn 92/50 moeten evenwel worden beschouwd als een vermoeden dat onderworpen is aan een in hoofdzaak openbare financiering. Wanneer vaststaat dat daarvan sprake is, wordt de afhankelijkheid verondersteld en behoeft niet meer aan andere toepassingsvoorwaarden te worden voldaan, bijvoorbeeld dat de overheid door middel van de financiering rechtstreeks invloed op de gunning van overheidsopdrachten kan uitoefenen. Het onderzoek van deze voorwaarde valt binnen het kader van het tweede alternatief, betreffende het toezicht, omdat op basis daarvan de intensiteit ervan kan worden vastgesteld. [11]

42. Deze beschouwing vindt bovendien steun in het onderscheid dat het Hof in het arrest University of Cambridge [12] heeft gemaakt tussen betaalde vergoedingen waar al dan niet een tegenprestatie tegenover staat, aangezien dat voor de verwijzende rechter in die zaak enkel een richtsnoer was om te kunnen vaststellen of aan genoemde premisse van het vermoeden was voldaan, dat wil zeggen de in hoofdzaak openbare financiering.

43. Uit de twee voorgaande punten volgt dat er geen basis is voor de tweede vraag zoals die door het Oberlandesgericht is geformuleerd, zodat deze tezamen met de eerste moet worden besproken.

11 — Arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punten 48 e.v.).

12 — Arrest van 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punten 22-25).

44. Terugkerend naar de grond van de zaak, in casu staat vast dat de bijdrage is ingevoerd bij publiekrechtelijke overeenkomsten („Staatsverträge"), het RGebStV en het RfinStV. [13]

45. Vaststaat eveneens dat een „Staatsvertrag" een publiekrechtelijke handeling naar Duits recht is. [14]

46. De rechtsbetrekking tussen de bezitter van een televisie of radio en de omroeporganisaties vindt derhalve haar grondslag in het publiekrecht, en heeft bijna de vorm van een belasting, daar de betalingsplicht ontstaat door het loutere bezit van een radio- of televisietoestel, een onvervalst „belastbaar feit" dat kenmerkend is voor iedere heffing van belasting, waarbij de tv-kijker belastingplichtige wordt. Het doet er overigens weinig toe hoe de bijdrage in het nationale recht wordt genoemd. [15]

47. Zowel het functioneren als het bestaan van de omroeporganisaties is derhalve gekoppeld aan het handelen van de wetgever, hoogste uitdrukking van de onderworpenheid aan de staat, zodat de vermelding als eerste alternatief van de financiering in hoofdzaak door de staat in de besproken bepaling geenszins toevallig is, maar volgt uit de logica dat de economische ondergeschiktheid bij uitstek de door het Hof genoemde „sterke afhankelijkheid van een instelling van de staat" weerspiegelt. [16] In dit verband is de fameuze uitspraak van de Duitse jurist Von Kirchmann toepasselijk, die stelde dat het recht niet tot het terrein van de wetenschappen behoort, daar „drie corrigerende woorden van de wetgever [...] hele bibliotheken onbruikbaar" maken [17], waarmee eveneens de macht van de wetgever wordt onderstreept.

48. Uit het voorgaande komt duidelijk het openbare karakter van de door de GEZ geïnde middelen van de omroeporganisaties naar voren. Bovendien is de GEZ volgens sommigen, ook al heeft hij geen rechtspersoonlijkheid, een overheidsinstelling vanwege de bevoegdheid om kijk- en luistergeld te innen en met dwang te vorderen [18], prerogatieven die eigen zijn aan de uit-

13 — Punten 11 e.v. van deze conclusie.

14 — Conform de rechtsleer van dat land, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12e herziene en uitgebreide uitgave, Uitg. C.H. Beck, München, 1999, blz. 352 e.v.

15 — Terwijl de Duitse regering opmerkt dat de term „Gebühr" (recht of geld) niet geëigend is om de betalingsverplichting aan te duiden, delen sommige schrijvers hem in bij het fiscaal recht als „Abgabe" (recht of heffing); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Uitg. Bundesanzeiger, 1e uitgave, Keulen, 2000, blz. 151, nr. 73.

16 — Reeds aangehaalde arresten University of Cambridge, punt 20, en Commissie/Frankrijk, punt 44.

17 — Von Kirchmann, J.-H., *La jurisprudencia no es ciencia*, vertaling in het Spaans en inleiding door Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, blz. 54.

18 — Frenz, W., „Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber", in *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3/2007, blz. 269.

oefening van taken die verband houden met de staatssoevereiniteit en die zijn publieke aard benadrukken.

49. Maar ook al vormt dat karakter een belangrijke aanwijzing voor het bewijs van financiële steun van de staat, het is daarvan geen onomstotelijk bewijs, zoals de omroeporganisaties stellen, zodat andere kenmerken van de Duitse regeling voor subsidiëring van de staatsomroep moeten worden onderzocht.

2. Indirecte financiering

50. De omroeporganisaties en de Duitse regering zijn beiden van mening dat richtlijn 92/50 enkel betrekking heeft op betalingen die *rechtstreeks* ten laste van de nationale begrotingen komen [19] en niet op de indirecte overschrijvingen van financiële middelen door een overheidsinstantie of andere aanbestedende dienst. Zij stellen voorts dat de betaling van de bijdrage in het onderhavige geval enkel tussen de consument en de omroeporganisaties loopt, zonder enige tussenkomst van de staat, die niet aan die kapitaalstroom deelneemt.

51. Ik ben het met deze interpretatie absoluut niet eens.

52. In de eerste plaats legt de Duitse regering de nadruk op een „translatieve" en simplistische betekenis van financiering, die zich zou beperken tot de overschrijving, de cheque, de bankgiro of het feitelijke transport van geldzakken in een pantservoertuig vanaf de schatkist naar de zetel van de gesubsidieerde instelling.

53. Afgezien van het feit dat de situatie waarin de staat de heffing ontvangt om deze vervolgens aan de gefinancierde omroepen door te betalen, niet wezenlijk verschilt van die waarbij de staat hun een heffingsbevoegdheid verleent [20], moeten we niet vergeten dat de staat zelf de structuur voor de heffing schept; hij stelt immers de betalingsverplichting en de hoogte ervan vast via een onafhankelijke commissie, de KEF, maar

19 — Dreher, M. „Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht", NZBau — *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, 6/2005, blz. 302.

20 — Opitz, M., „Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?", *NVwZ — Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nr. 9/2003, blz. 1090.

afhankelijk van de goedkeuring en eventuele wijziging door de deelstaten, die het laatste woord hebben. [21]

54. In de tweede plaats beperkt artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste alternatief, van richtlijn 92/50 zich niet tot rechtstreekse financieringswijzen, nu de enige nuancering van het werkwoord financieren afkomstig is van het bijwoordelijke „in hoofdzaak" („überwiegend" in het Duits; „majoritairement" in het Frans; en „for the most part" in het Engels), zonder enige verwijzing naar de vorm, direct of indirect, waarin de geldelijke bijdrage aan de gesubsidieerde instellingen plaatsvindt.

55. Tot besluit, de rechtspraak biedt impliciet een zekere steun aan de mogelijkheid dat de staat indirect financiële steun verleent, nu het Hof met betrekking tot het tweede criterium van het derde streepje van de bepaling heeft erkend dat de staat indirect controle kan uitoefenen [22]; dit zou ook het eerste criterium kunnen omvatten, met name gezien de gelijkwaardigheid van de drie criteria [23], zoals de Duitse regering terecht in herinnering heeft gebracht.

21 — Frenz, W., op. cit., blz. 272. De omroeporganisaties maken in hun schriftelijke opmerkingen gewag van een bij het Bundesverfassungsgericht aanhangig beroep tot ongrondwettigverklaring dat is ingesteld tegen de neerwaartse herziening die door de deelstaten was aangebracht in het voorstel tot verhoging van het heffingstarief.

22 — Arrest van 17 december 1998, Connemara Machine Turf (C-306/97, Jurispr. blz. I-8761, punt 34).

23 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 49.

3. Financiering zonder tegenprestatie

56. Het reeds aangehaald arrest University of Cambridge gaf een omschrijving van openbare financiering en bracht nog een essentieel onderscheid aan, naargelang de steunontvangende entiteit een bepaalde tegenprestatie moet verrichten; alleen wanneer een dergelijke compensatie ontbreekt, is aan de voorwaarde voor openbare financiering voldaan. [24]

57. Tegen de achtergrond van dit arrest en op grond van hun stelling dat de consument rechtstreeks aan de omroeporganisaties betaalt, betogen deze organisaties en de Duitse regering dat de gebruiker voor die betaling als „specifieke tegenprestatie" het recht krijgt om de beelden en de televisie- en radiogolven van de Duitse publieke omroep te ontvangen; op grond hiervan is de omstreden financiering volgens hen niet openbaar van aard. [25]

24 — Punt 21 van het arrest.

25 — Hailbronner, K., „Öffentliches Auftragswesen", in Grabitz, E./Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, Uitg. C.H. Beck, München, 2006, B 4, blz. 22, nr. 121.

58. Om deze redenering te weerleggen, zou ik kunnen volstaan met de opmerking dat de door het kijkgeld gegenereerde middelen gezien hun normatieve oorsprong niet privaat zijn. Zij zouden daartegen echter kunnen inbrengen dat, indien de wettelijke regeling van de door de consument betaalde bedragen beslissend is voor het openbare karakter van de geïnde gelden, de honoraria van architecten, advocaten en medici als openbare en indirecte betalingen in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen zouden worden aangemerkt. Passen wij echter hun syllogisme toe: indien het onderzoek van het criterium van de openbare financiering uitsluitend de private herkomst van het geld zou betreffen, zouden de bedragen betaald aan octrooi- en merkenbureaus, kadasters, noch onroerendgoedregisters, om maar enkele entiteiten te noemen waaraan de betrokkene rechtstreeks de kosten van de voor hem verrichte overheidsdienst voldoet, kortom geen enkele belasting, overheidsgelden zijn in de zin van richtlijn 92/50.

59. Zelfs het eventuele betoog dat ook de overheidsgelden worden verstrekt in ruil voor de door de publieke radio- en televisiezenders uitgezonden programmering, zou dit niet aannemelijker maken. De aan de omroeporganisaties betaalde (openbare) bedragen leiden niet tot het ontstaan of verdiepen van een afhankelijkheid die vergelijkbaar is met die in normale commerciële betrekkingen, omdat zij een aanvullende maatregel vormen [26] waarop het functioneren van die organisaties is gebaseerd, zonder dat de staat de tegenwaarde ervan verwacht of ontvangt in de vorm van een specifieke prestatie.

60. Bijgevolg verwerp ik niet alleen de theorie dat de betaling van de bijdrage door de gebruiker een tegenprestatie is voor de toegang tot een publieke programmering, maar ook de gedachte dat de financiële steun van de staat door middel van de publieke omroepdienst als tegenprestatie wordt vergoed.

4. Mededingingsvrije activiteit

61. Alhoewel een precisering van wat wordt verstaan onder „publiekrechtelijke instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard" [27] niet aan de orde is, hebben de Oostenrijkse regering en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA terecht het

26 — Volgens het arrest University of Cambridge, reeds aangehaald, punt 25.

27 — Arrest van 10 november 1998, BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punt 48-50).

onderzoek van de concurrentiepositie van de omroeporganisaties in de context van deze prejudiciële vraag betrokken.

62. Gelet op de opzet van de inning van het kijk- en luistergeld, die is geregeld in een bijzondere wet en met de genoemde publiekrechtelijke prerogatieven (aanslag en eventuele gedwongen tenuitvoerlegging), kan niet op goede gronden worden betoogd dat de financiële middelen die zijn bedoeld ter bevrediging van de behoefte van algemeen belang van een publieke programmering, die de omroeporganisaties ontegenzeglijk bieden, onafhankelijk van de marktomstandigheden worden gegenereerd. De financiële middelen die zij aan de heffing ontlenen, komen immers niet voort uit de uitoefening van een activiteit in de strijd met hun concurrenten, maar worden bekostigd door de gemeenschap [28], zonder rekening te houden met het gebruik dat de consument van hun aanbod van audiovisuele programma's maakt.

63. Dankzij deze beschermde deelname aan het handelsverkeer hebben de omroeporganisaties geen onzekerheid over hun inkomsten, omdat zij over een garantie van de staat beschikken in de vorm van de door de KEF opgestelde begrotingen. Ook al zou derhalve de stelling dat de middelen een private herkomst hebben correct zijn, de wijze waarop deze organisaties hun geldstroom zeker stellen, wijkt niet af van die waarbij de gelden rechtstreeks door de staat ter beschikking worden gesteld.

64. Op mijn ter terechtzitting geformuleerde vraag of die financieringsgarantie die de Duitse overheid grondwettelijk verplicht is aan de omroeporganisaties te verstrekken, ook de gemaakte schulden omvat [29], antwoordde de Duitse regering categorisch dat zulks niet het geval was. Zoals evenwel de Commissie heeft opgemerkt, doet die kwestie zich zelfs niet voor, aangezien de KEF de financiële behoeften van de omroeporganisaties regelmatig controleert en ruimschoots dekt; aldus behoeven zij ook geen beroep te doen op particulier krediet in het kritieke geval van insolventie, hetgeen het openbare aspect van de steun nog versterkt.

5. Andere beoordelingselementen

65. Uit het bovenstaande blijkt het openbare karakter van de financiële middelen die de

28 — Seidel, I., „Öffentliches Auftragswesen", in Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Uitgeverij C.H. Beck, München, 2006, blz. 27, nr. 82; Boesen, A, op. cit., blz. 152.

29 — Tot dusver is de eis van een openbaar mechanisme om schulden te compenseren slechts genoemd in het kader van het eerste streepje van artikel 1, sub b, tweede alinea, van de communautaire richtlijnen op het gebied van openbare aanbestedingen, met betrekking tot de bevrediging van het algemeen belang; arrest van 10 mei 2001, Agorà en Excelsior (C-223/99 en C-260/99, Jurispr. blz. I-3605, punt 40).

activiteiten van de omroeporganisaties steunen. Niettemin zijn nog enkele opmerkingen op hun plaats.

66. Om te beginnen, dient volgens vaste rechtspraak van dit Hof het autonome communautaire begrip „aanbestedende dienst" een functionele [30] en ruime [31] uitlegging te krijgen, teneinde het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, evenals de mogelijkheid dat een door de staat gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden. [32]

67. In dit verband antwoordden de omroeporganisaties op een vraag die ik hun ter terechtzitting stelde, dat geen van de elf ondernemingen die de GEZ om een bindende aanbieding had verzocht in een andere lidstaat was gevestigd. Dit gegeven op zich illustreert dat de vrees van de gemeenschapswetgever niet ongegrond was.

68. Ten tweede leggen de omroeporganisaties, gesteund door de Duitse doctrine [33], de nadruk op de constitutionele opdracht van onpartijdigheid die hen beschermt tegen iedere inmenging van de overheid in hun beheer.

69. Op de voortreffelijke eigenschappen van § 5, lid 1, van de Duitse grondwet, die de invoering van een publieke omroepdienst van kwaliteit mogelijk heeft gemaakt, behoef ik niet in te gaan, maar er bestaat geen enkele strijdigheid tussen die opdracht en de omstreden verplichting van die omroeporganisaties om de door de communautaire richtlijnen voorgeschreven procedures te eerbiedigen en aanvaarden.

70. In de opmerkingen in het kader van deze prejudiciële procedure is geen enkele reden aangedragen waaruit blijkt dat de toepassing van de bepalingen van de richtlijnen op de omroeporganisaties hun neutraliteit in gevaar brengt. Bovendien zijn het recht van

30 — Arrest BFI Holding (reeds aangehaald, punt 62); arresten van 17 december 1998, Commissie/Ierland (C-353/96, Jurispr. blz. I-8565, punt 36); 12 december 2002, Universale-Bau, (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 53); 27 februari 2003, Adolf Truley (C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 41), en 16 oktober 2003, Commissie/Spanje (C-283/00, blz. I-11697, punt 73).

31 — Wollenschläger, F, „Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers" im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes", EWS (*Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*), nr. 8/2005, blz. 345.

32 — Reeds aangehaalde arresten University of Cambridge, punt 17; Universale-Bau, punt 52, en Adolf Truley, punt 42.

33 — Dreher, M., op. cit., blz. 303; Hailbronner, K., op. cit., blz. 22, nr. 123.

vrije nieuwsgaring van de omroep en zijn onpartijdigheid nimmer criteria geweest bij het onderzoek van de hoedanigheid van aanbestedende dienst van publiekrechtelijke organen. [34]

71. Tot slot, onbetwist is het absolute overwicht van de financiering van de omroeporganisaties via de heffing ten opzichte van andere bronnen van inkomsten, in het bijzonder reclame, zodat gelet op de argumenten de conclusie luidt dat de wijze waarop de televisieomroepen hun kosten betalen, voldoet aan de voorwaarde van financiering in hoofdzaak door de staat van artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste alternatief, van richtlijn 92/50.

6. Antwoord op de eerste en de tweede prejudiciële vraag

72. Bijgevolg stel ik het Hof voor de eerste en de tweede vraag van het Oberlandesgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt: de indirecte financiering van instellingen door de betaling van bijdragen door degenen die in het bezit zijn van ontvangtoestellen, vormt een financiering in de zin van de betrokken bepaling, voor de beoordeling waarvan geen andere bijkomende criteria mogen worden verlangd, bijvoorbeeld een rechtstreekse invloed van de staat bij de gunning van overheidsopdrachten door de instelling die hij financiert.

C — *Derde prejudiciële vraag*

73. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of ook de aanvullende en ondersteunende diensten die niet specifiek de programmering betreffen, onder de werkingssfeer van artikel 1, sub a, punt iv, van richtlijn 92/50 vallen.

74. Zoals gezegd, heeft het antwoord nut indien de omroeporganisaties als „aanbestedende dienst" worden beschouwd. Met het verzoek om uitlegging van die bepaling tracht het Oberlandesgericht de werkingssfeer ervan te doen preciseren, om te kunnen beoordelen of de schoonmaakwerkzaamheden met betrekking tot de gebouwen van die instellingen daarvan zijn uitgesloten.

34 — Seidel, I., op. cit., blz. 27, nr. 82.

75. De tekst van de bepaling is dermate helder, dat een beroep op het adagium in claris non fit interpretatio volstaat. Volgens de bepaling gelden de verplichte aanbestedingsprocedures niet voor opdrachten die nauw verband houden met de inhoud van de radio- en televisieprogramma's (aankoop, ontwikkeling, productie, coproductie en overeenkomsten betreffende zendtijd).

76. Daar het een uitzondering op de algemene regel betreft, is een restrictieve uitlegging geboden en moet derhalve iedere andere activiteit dan de uitdrukkelijk genoemde, formeel vorm krijgen in een rechtshandeling na een openbare aanbesteding.

77. Deze conclusie vindt bevestiging in de ontwikkeling van de communautaire wetgeving, blijkens de vergelijking van de respectieve consideransen van de richtlijnen 92/50 en 2004/18. Zo nuanceert de vijfentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2004/18 de sobere elfde overweging van de considerans van richtlijn 92/50, door toepassing van de uitzondering op „andere voorbereidende diensten, zoals die betreffende scenario's of de artistieke prestaties die nodig zijn voor de totstandbrenging van het programmamateriaal". De „levering van het technisch materiaal dat nodig is" voor de productie van die programma's valt daar evenwel niet onder.

78. Wanneer het vaktechnische instrumentarium niet onder de uitzondering valt, kunnen derhalve evenmin de schoonmaakdiensten met betrekking tot de gebouwen van de omroeporganisaties daaronder vallen.

79. Samenvattend, zowel de grammaticale uitlegging als de authentieke uitlegging spreken voor toepassing van het argument a contrario bij de definitie van de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 ten aanzien van de met de Duitse omroeporganisaties gesloten overeenkomsten.

80. Tot besluit merk ik nog op dat de eerbiediging van de constitutionele waarborg van onpartijdigheid van de Duitse omroeporganisaties veeleer in de context van deze bepaling moet worden gezocht dan in hun wijze van financiering [35], vandaar dat de gemeenschapswetgever in de uitzondering van het programmamateriaal heeft voorzien om redenen van culturele en sociale aard, zoals de vijfentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2004/18 het verwoordt.

35 — Zo ook Boesen, A., op. cit., blz. 152, nr. 75.

VI — Conclusie

81. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

„1) De voorwaarde van ‚financiering door de staat' van artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, eerste alternatief, van richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moet aldus worden uitgelegd dat zij de indirecte financiering van bepaalde instellingen door middel van de betaling van bijdragen door degenen die radio- of televisietoestellen bezitten omvat, zonder dat daarbij andere voorwaarden kunnen gelden, zoals bijvoorbeeld een rechtstreekse invloed van de staat bij de gunning van overheidsopdrachten door de instelling die hij financiert.

2) Artikel 1, sub a, punt iv, van richtlijn 92/50 sluit enkel de daarin genoemde diensten uit van zijn werkingssfeer, en omvat alle overige aanvullende en ondersteunende diensten die niet specifiek de programmering betreffen."