

ARREST VAN HET HOF

26 maart 1996 *

In zaak C-392/93,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van de High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, in het aldaar aanhangig geding tussen

The Queen

en

H. M. Treasury,

ex parte: **British Telecommunications plc,**

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1990, L 297, blz. 1),

wijst

* Procestaal: Engels.

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, C. N. Kakouris, D. A. O. Edward en J.-P. Puissechet, kamerpresidenten, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida (rapporteur), C. Gulmann en J. L. Murray, rechters,

advocaat-generaal: G. Tesauro
griffier: L. Hewlett, administrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- British Telecommunications plc, vertegenwoordigd door G. Barling, QC, T. Sharpe en H. Davies, Barristers, geïnstrueerd door C. Green, Solicitor en Chief Legal Adviser,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. Collins, Assistant Treasury Solicitor, als gemachtigde, en J. Beloff, QC,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door H. Duchène, secretaris buitenlandse zaken bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, en C. de Salins, adviseur buitenlandse zaken bij hetzelfde ministerie, als gemachtigden,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier en D. McIntyre, een bij de juridische dienst gedetacheerd nationaal ambtenaar, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van British Telecommunications plc, vertegenwoordigd door G. Barling, T. Sharpe en H. Davies, de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. Collins, K. P. E. Lasok, QC, en

S. Richards, Barrister, de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, als gemachtigde, de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. Braguglia, avvocato dello Stato, en de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier en D. McIntyre, ter terechtzitting van 26 oktober 1994,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 november 1995,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij beschikking van 28 juli 1993, ingekomen bij het Hof op 23 augustus daaraanvolgend, heeft de High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (hierna: „Divisional Court”), krachtens artikel 177 EEG-Verdrag vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1990, L 297, blz. 1; hierna: „de richtlijn”).
- 2 Deze vragen zijn gerezen in het kader van een door British Telecommunications plc (hierna: „BT”) tegen de regering van het Verenigd Koninkrijk ingesteld beroep tot nietigverklaring van bijlage 2 bij de „Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992” (hierna: de „Regulations van 1992”) die uitvoering geven aan artikel 8, lid 1, van de richtlijn.
- 3 Luidens artikel 2, lid 2, sub d, van de richtlijn zijn relevante activiteiten in de zin van de richtlijn onder meer „de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken of het verschaffen van één of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek”.

- 4 Volgens artikel 2, lid 1, sub b, geldt de richtlijn voor de aanbestedende diensten die „indien het geen overheidsdiensten of openbare bedrijven betreft, een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een Lid-Staat zijn verleend”. Voorts bepaalt artikel 2, lid 3, tweede alinea, sub a, dat een aanbestedende dienst voor de toepassing van lid 1, sub b, wordt geacht bijzondere of uitsluitende rechten te genieten, met name indien „deze dienst voor de aanleg van netten of faciliteiten, als bedoeld in lid 2, gebruik kan maken van een onteigeningsprocedure of een erf-dienstbaarheid kan vestigen, dan wel delen van het net kan aanbrengen op, onder of boven de openbare weg”.
- 5 Artikel 2, lid 6, luidt als volgt: „De in de bijlagen I tot en met X genoemde aanbestedende diensten voldoen aan bovengenoemde criteria.” Bijlage X, die betrekking heeft op de „aangebestede diensten op het gebied van telecommunicatie”, vermeldt voor het Verenigd Koninkrijk onder meer BT, Mercury Communications Ltd (hierna: „Mercury”), en City of Kingston upon Hull (hierna: „Hull”).
- 6 Artikel 8 van de richtlijn luidt als volgt:

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

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

7 Artikel 33, lid 1, sub d, bepaalt ten slotte:

„De aanbestedende diensten bewaren met betrekking tot alle opdrachten de nodige informatie om later hun besluiten betreffende:

(...)

d) het niet-toepassen van het bepaalde in de titels II, III en IV krachtens de afwijkingen bedoeld in titel I,

te kunnen rechtvaardigen.”

8 Artikel 8, lid 1, van de richtlijn is in het Verenigd Koninkrijk omgezet bij Regulation 7(1), van de Regulations van 1992, luidend als volgt:

„Deze Regulations zijn niet van toepassing op opdrachten van een in bijlage 2 genoemd nutsbedrijf, die uitsluitend ten doel hebben om dit bedrijf in staat te stellen één of meer van de openbare telecommunicatiediensten te verlenen die in hetzelfde deel van bijlage 2 als het nutsbedrijf worden genoemd.”

9 Deel B van bijlage 2 luidt als volgt:

„British Telecommunications plc

Kingston Communications (Hull) plc

2. alle openbare telecommunicatiediensten, uitgezonderd de volgende, wanneer zij worden verleend binnen het geografische gebied waarvoor de dienstverlener over een concessie als exploitant van openbare telecommunicatie beschikt: basisdiensten voor spraaktelefonie, basisdiensten voor de doorzending van gegevens, verhuur van netten aan particulieren en de maritieme diensten.”

- 10 Regulation 7(2), voegt daaraan toe:

„Een in bijlage 2 genoemde openbare dienst dient de minister, voor doorzending naar de Commissie, een verslag te sturen met een beschrijving van de door hem verleende openbare telecommunicatiediensten die zijns inziens diensten zijn als bedoeld in het deel van bijlage 2 waarin die openbare dienst wordt genoemd.”

- 11 BT is een op 1 april 1984 krachtens de British Telecommunications Act 1984 opgerichte public limited company. Zij verkreeg het vermogen alsmede alle rechten en plichten van het eveneens „British Telecommunications” genaamde publiekrechtelijke lichaam, dat op zijn beurt krachtens de British Telecommunications Act 1981 in de plaats was getreden van de Post Office, die tot dan toe het exclusieve recht had op de exploitatie van telecommunicatiesystemen op nagenoeg het gehele grondgebied.
- 12 Op grond van de Act van 1984 verleende de regering van het Verenigd Koninkrijk BT en Mercury de nodige concessies inzake telecommunicatiediensten voor het doorgeven van berichten via vaste verbindingen (waartoe spraaktelefonie met vaste eindapparatuur behoort). Teneinde een grotere mededinging te waarborgen,

bepaalde de Act van 1984, dat de twee netten aan elkaar moesten worden gekoppeld. BT en Mercury verkregen aldus tot 1990 het exclusieve recht op de exploitatie van telecommunicatiediensten via vaste verbindingen (periode van duopolie).

- 13 Aan het begin van de jaren negentig werd het duopoliebeleid in deze sector verlaten. De regering van het Verenigd Koninkrijk verleende talrijke concessies. Desondanks controleerde BT in 1992 nog ongeveer 90 % van het telefoonverkeer, terwijl Mercury's aandeel 7 % en dat van de nieuwe aanbieders slechts 3 % bedroeg. Tussen 1984 en juli 1993 heeft de regering de BT-aandelen die zij nog bezat, geleidelijk van de hand gedaan.
- 14 De voor de duur van 25 jaar verleende concessie verplicht BT in heel het Verenigd Koninkrijk, op enkele uitzonderingen na, spraaktelefoniediensten te verlenen aan een ieder die daarom verzoekt, ook al is de vraag onvoldoende om de kosten te dekken (universele dienstverplichting). BT is de enige concessiehouder voor wie een regeling inzake tariefwijzigingen geldt („price cap”).
- 15 Als gevolg van de wijze waarop artikel 8 van de richtlijn in de Regulations van 1992 is uitgewerkt, vallen nagenoeg alle ondernemingen van de sector, ook Mercury, buiten de regeling van de richtlijn wat betreft de aankopen in verband met de verlening van telecommunicatiediensten. Enkel BT (en Hull voor het gebied waar zij concessiehouder is) blijft eraan onderworpen, zij het enkel voor de basisdiensten voor spraaktelefonie, de basisdiensten voor de doorzending van gegevens, de verhuur van netten aan particulieren en de maritieme diensten.
- 16 Met haar beroep bij de Divisional Court vordert BT nietigverklaring van bijlage 2 bij de Regulations van 1992, op grond dat artikel 8 van de richtlijn in Regulation 7(1), en in deze bijlage onjuist is omgezet. BT meent namelijk, dat de regering van het Verenigd Koninkrijk de criteria van artikel 8, lid 1, van de richtlijn had moeten overnemen in plaats van ze toe te passen. Door voor elke aanbestedende

dienst vast te stellen welke verleende diensten aan die criteria kunnen voldoen, heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk BT de haar door de richtlijn toegekende beslissingsbevoegdheid ontnomen.

- 17 Daarnaast vordert BT vergoeding van de schade die zij door de onjuiste omzetting van de richtlijn stelt te hebben geleden, namelijk de extra kosten die zij heeft gemaakt om te voldoen aan de Regulations van 1992. Ten gevolge van het daarin bepaalde had zij voorts moeten afzien van winstgevende transacties en had zij commercieel en op mededingingsvlak nadeel ondervonden daar zij, anders dan de andere ondernemingen in de sector, de verplichting heeft om haar aankoopplannen en de gesloten overeenkomsten in het *Publikatieblad* bekend te maken.
- 18 In het kader van het door BT ingestelde beroep heeft de Divisional Court de behandeling van de zaak geschorst en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Moet richtlijn 90/531 van de Raad aldus worden uitgelegd, dat het een Lid-Staat ingevolge zijn beoordelingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 189 EEG-Verdrag vrijstaat, bij de uitvoering van artikel 8, lid 1, van de richtlijn zelf voor elke aanbestedende dienst de door hen verleende telecommunicatiediensten aan te wijzen ten aanzien waarvan de uitsluiting van dat artikel al dan niet geldt?
- 2) a) Doelen de woorden ‚indien andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden’ in artikel 8, lid 1, enkel op een ‚mogelijkheid’ en ‚voorwaarden’ van wettelijke of bestuursrechtelijke aard?

b) Indien vraag 2a ontkennend wordt beantwoord:

- i) waarop hebben deze woorden dan betrekking; en

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

 - iii) indien zijn positie van belang is, in hoeverre is deze dan van belang en, in het bijzonder, in welke omstandigheden kan zij doorslaggevend zijn?
- c) Is het voor de beantwoording van de vragen sub b, ii en iii, van belang, en zo ja, in hoeverre, dat voor de dienst bestuursrechtelijke beperkingen gelden?

3) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

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

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

- c) mag een Lid-Staat bepaalde telecommunicatiediensten definiëren aan de hand van beschrijvingen van de technische middelen waarmee een dienst wordt verleend, in plaats van aan de hand van een beschrijving van de dienst zelf?
- 4) Is een Lid-Staat die artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/531 van de Raad onjuist ten uitvoer heeft gelegd, uit hoofde van het gemeenschapsrecht verplicht de schade te vergoeden die een aanbestedende dienst dientengevolge heeft geleden en, zo ja, onder welke voorwaarden ontstaat die verplichting?"

De eerste vraag

- 19 Met de eerste vraag wenst de Divisional Court in wezen te vernemen, of een Lid-Staat bij de omzetting van de richtlijn kan bepalen, welke telecommunicatiediensten krachtens artikel 8, lid 1, zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn, dan wel of deze beslissing aan de aanbestedende diensten zelf toekomt.
- 20 De Duitse, de Franse, en de Italiaanse regering evenals de regering van het Verenigd Koninkrijk menen, dat de richtlijn de Lid-Staten niet belet te bepalen, voor welke telecommunicatiediensten van elke aanbestedende dienst de vrijstelling van artikel 8, lid 1, geldt. Op deze wijze wordt de inhoud van die bepaling verduidelijkt en wordt rechterlijke controle mogelijk die anders onbestaanbaar zou zijn.
- 21 De Duitse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn verder van mening, dat een zodanige wijze van uitvoering van artikel 8, lid 1, bijzonder noodzakelijk kan blijken, wanneer over de afbakening van de werkingssfeer van de vrijstelling meningsverschillen bestaan tussen een Lid-Staat en een aanbestedende

dienst, hetgeen hier het geval is. De Duitse regering voegt daaraan toe, dat de Lid-Staten beter dan de Commissie in staat zijn om na te gaan, of op de telecommunicatiemarkt voor een bepaalde dienst concurrentie bestaat, en dat concretisering van artikel 8, lid 1, door de Lid-Staten derhalve een efficiëntere controle mogelijk maakt dan het toezicht dat de Commissie uitoefent op grond van de gegevens die zij verkrijgt krachtens artikel 8, lid 2.

- 22 Ten slotte stelt de Duitse regering, dat uit de artikelen 8, lid 2, en 33, lid 1, sub d, niet kan worden afgeleid, dat enkel de aanbestedende diensten zouden mogen bepalen, welke diensten als uitgesloten zijn te beschouwen. Dat deze instanties volgens die bepalingen de Commissie gegevens moeten verstrekken over de uitgesloten diensten, en met betrekking tot alle opdrachten de nodige informatie moeten bewaren om later het niet-toepassen van de titels II, III en IV van de richtlijn te kunnen rechtvaardigen, betekent nog niet dat de Lid-Staten niet gerechtigd zouden zijn zelf de omvang van de uitzondering van artikel 8, lid 1, te bepalen.
- 23 Dit betoog kan niet worden aanvaard.
- 24 Artikel 8, lid 2, evenals de artikelen 6, lid 3, en 7, lid 2, van de richtlijn, bepaalt namelijk, dat de aanbestedende diensten de Commissie op haar verzoek mededeling doen van de diensten die volgens hen krachtens voormelde bepalingen zijn uitgezonderd. Indien de Lid-Staten de betrokken diensten konden aanwijzen, zouden de aldus van de toepassing van de richtlijn uitgesloten diensten ook door die staten moeten worden meegedeeld aan de Commissie, opdat zij de haar bij die artikellende opgedragen taak kan vervullen.
- 25 Nu de richtlijn buiten het bepaalde in artikel 3, lid 4, niet in een dergelijke verplichting voor de Lid-Staten voorziet, is het enkel de taak van de aanbestedende diensten om te bepalen, welke diensten overeenkomstig artikel 8, lid 1, zijn uitgesloten.

- 26 Deze uitlegging wordt bevestigd door het doel van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14; hierna: „richtlijn 92/13”), namelijk te voorzien in een adequate rechtsbescherming van leveranciers en aannemers in geval van schending van het gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen (zie in dit verband de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn).
- 27 Indien de beslissingsbevoegdheid over de uitsluiting van bepaalde diensten van de toepassing van de richtlijn bij de Lid-Staten berustte, zouden de marktdeelnemers immers geen gebruik kunnen maken van de juridische voorzieningen die in richtlijn 92/13 voor het geval van schending van de gemeenschapsregels inzake aanbestedingen door de aanbestedende diensten zijn aangegeven, in het bijzonder het recht op schadevergoeding en de dwangmaatregelen waarin artikel 2, lid 1, voorziet om een inbreuk te voorkomen of te doen staken.
- 28 Ten slotte waarborgt deze uitlegging de gelijke behandeling van aanbestedende diensten en hun leveranciers, die aldus aan dezelfde regels blijven onderworpen.
- 29 Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat een Lid-Staat bij de omzetting van de richtlijn niet kan bepalen, welke telecommunicatiediensten krachtens artikel 8, lid 1, zijn uitgesloten van de werkingsfeer van de richtlijn; deze bevoegdheid komt aan de aanbestedende diensten zelf toe.

De tweede vraag

- 30 Met de tweede vraag wenst de Divisional Court te vernemen, of de in artikel 8, lid 1, gestelde voorwaarde, dat „andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in

hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden”, enkel in juridisch dan wel ook in feitelijk opzicht moet worden getoetst. In dit laatste geval vraagt de verwijzende rechter, aan de hand van welke omstandigheden moet worden beoordeeld, of op de telecommunicatiemarkt voor een bepaalde dienst daadwerkelijk concurrentie heerst.

- 31 BT stelt, dat de voorwaarde van artikel 8, lid 1, is vervuld, wanneer wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen de vrije mededinging in de betrokken sector in juridisch opzicht waarborgen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of een dergelijke mededingingssituatie daadwerkelijk bestaat.
- 32 Dienaangaande zij opgemerkt, dat de letter van artikel 8, lid 1, alsmede het doel van deze bepaling aan die uitlegging in de weg staan. De voorwaarde, dat andere aanbestedende instanties dezelfde diensten onder substantieel identieke voorwaarden kunnen aanbieden, is immers in algemene bewoordingen gesteld. In de dertiende overweging van de considerans van de richtlijn wordt voorts bevestigd, dat om van de werkingssfeer van de richtlijn te kunnen worden uitgesloten, de werkzaamheden van de aanbestedende diensten rechtstreeks moeten „bloeitstaan aan de concurrentie op marktgebieden waar de toegang niet aan beperking onderhevig is”.
- 33 De in artikel 8, lid 1, gestelde voorwaarde moet derhalve aldus worden uitgelegd, dat de andere aanbestedende instanties niet enkel het recht moeten hebben om op de markt van de betrokken diensten, waarvan de toegang niet door de wet wordt beperkt, te opereren, maar dat zij ook daadwerkelijk in staat moeten zijn de betrokken diensten te leveren onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende dienst.
- 34 Het besluit om bepaalde diensten uit te sluiten van de werkingssfeer van de richtlijn dient dan ook per geval te worden genomen, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met alle kenmerken van die diensten, het bestaan van substitueerbare diensten, de prijzen, de machtspositie van de aanbestedende dienst op de markt en het bestaan van eventuele wettelijke verplichtingen.

- 35 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat de in artikel 8, lid 1, van de richtlijn gestelde voorwaarde, dat „andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden”, in juridisch en in feitelijk opzicht moet worden getoetst, met inachtneming daarbij van, onder meer, alle kenmerken van die diensten, het bestaan van substitueerbare diensten, de prijzen, de machtspositie van de aanbestedende dienst op de markt en het bestaan van eventuele wettelijke verplichtingen.

De derde vraag

- 36 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.

De vierde vraag

- 37 Met de vierde vraag wenst de Divisional Court te vernemen, of een Lid-Staat die bij de omzetting van de richtlijn in zijn nationale recht zelf heeft bepaald, welke diensten van een aanbestedende dienst daarvan zijn uitgesloten overeenkomstig artikel 8, ingevolge het gemeenschapsrecht verplicht is tot vergoeding van de schade die die onderneming als gevolg van die fout heeft geleden.

- 38 Allereerst zij eraan herinnerd, dat het beginsel van de aansprakelijkheid van de staat voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, inherent is aan het systeem van het Verdrag (arresten van 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich e. a., Jurispr. 1991, blz. I-5357, r. o. 35, en 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du pêcheur en Factortame, Jurispr. 1996, blz. I-1029, r. o. 31). Hieruit volgt, dat dit beginsel geldt voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-Staat (arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, r. o. 32).

- 39 In dit laatste arrest heeft het Hof met betrekking tot het geval van een toerekenbare schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-Staat die optreedt in een materie waarin hij bij het maken van normatieve keuzen over een ruime beoordelingsmarge beschikt, eveneens overwogen, dat het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding toekent wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, en dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade (r. o. 50 en 51).
- 40 Deze voorwaarden moeten worden toegepast op de door de verwijzende rechter aan het Hof voorgelegde situatie, namelijk het geval dat een Lid-Staat een gemeenschapsrichtlijn op onjuiste wijze in zijn nationale recht omzet. De restrictieve voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Lid-Staat in deze situatie vinden hun verklaring in dezelfde redenen als door het Hof reeds zijn genoemd ter rechtvaardiging van de restrictieve voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de instellingen of de Lid-Staten in gevallen waarin zij hun normatieve bevoegdheid uitoefenen op gebieden die onder het gemeenschapsrecht vallen en zij ter zake over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken, met name de overweging dat de uitoefening van deze normatieve bevoegdheid niet telkens mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer door de instellingen of die Lid-Staten in het algemeen belang maatregelen moeten worden vastgesteld die de rechten van particulieren kunnen aantasten (zie met name arrest van 25 mei 1978, gevoegde zaken 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77, HNL e. a., Jurispr. 1978, blz. 1209, r. o. 5 en 6, en arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, r. o. 45).
- 41 Ofschoon het in beginsel de taak van de nationale rechter is om te toetsen, of de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de staten wegens schending van het gemeenschapsrecht zijn vervuld, moet in casu worden vastgesteld, dat het Hof over alle noodzakelijke gegevens beschikt om te kunnen beoordelen, of de feiten van deze zaak een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht opleveren.
- 42 Volgens de rechtspraak van het Hof is een schending voldoende gekwalificeerd, wanneer een instelling of een Lid-Staat bij de uitoefening van zijn normatieve

bevoegdheid de grenzen waarbinnen de uitoefening van die bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend (arresten HNL e. a., reeds aangehaald, r. o. 6, en Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, r. o. 55). Elementen die in dit verband door de bevoegde rechterlijke instantie in de beschouwing kunnen worden betrokken, zijn onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel (arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, r. o. 56).

- 43 In casu moet worden vastgesteld, dat artikel 8, lid 1, onnauwkeurig is en behalve aan de uitlegging die het Hof in dit arrest heeft gegeven, redelijkerwijs ook steun gaf aan de uitlegging die het Verenigd Koninkrijk daaraan te goeder trouw heeft gegeven op grond van argumenten die niet stellig onjuist waren (zie r. o. 20-22). Die uitlegging, die ook in andere Lid-Staten is aangehangen, druiste niet kennelijk in tegen de letter of het doel van de richtlijn.
- 44 Voorts zij er met name op gewezen, dat het Verenigd Koninkrijk in de rechtspraak van het Hof geen enkele aanwijzing kon vinden over de uitlegging van de betrokken bepaling, waarover de Commissie zich bij de vaststelling van de Regulations van 1992 evenmin had uitgesproken.
- 45 Derhalve kan het feit dat een Lid-Staat het bij de omzetting van de richtlijn nodig achtte, in strijd met het betrokken artikel zelf te bepalen welke diensten overeenkomstig artikel 8 zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn, niet worden aangemerkt als een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht in de zin van het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame.
- 46 Mitsdien moet op de vierde vraag worden geantwoord, dat een Lid-Staat die bij de omzetting van de richtlijn in zijn nationale recht zelf heeft bepaald, welke diensten van een aanbestedende dienst daarvan zijn uitgesloten overeenkomstig artikel 8, ingevolge het gemeenschapsrecht niet verplicht is tot vergoeding van de schade die die onderneming als gevolg van die fout heeft geleden.

Kosten

- 47 De kosten door de Duitse, de Franse en de Italiaanse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door de High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court bij beschikking van 28 juli 1993 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Bij de omzetting van richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, kan een Lid-Staat niet bepalen, welke telecommunicatiediensten krachtens artikel 8, lid 1, zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn; deze bevoegdheid komt aan de aanbestedende diensten zelf toe.

- 2) De in artikel 8, lid 1, van de richtlijn gestelde voorwaarde, dat „andere instanties vrij zijn om dezelfde diensten in hetzelfde geografische gebied en onder substantieel identieke voorwaarden aan te bieden”, moet in juridisch en in feitelijk opzicht worden getoetst, met inachtneming daarbij van, onder meer, alle kenmerken van die diensten, het bestaan van substitueerbare diensten, de prijzen, de machtspositie van de aanbestedende dienst op de markt en het bestaan van eventuele wettelijke verplichtingen.

- 3) Een Lid-Staat die bij de omzetting van richtlijn 90/531 in zijn nationale recht zelf heeft bepaald, welke diensten van een aanbestedende dienst daarvan zijn uitgesloten overeenkomstig artikel 8, is ingevolge het gemeenschapsrecht niet verplicht tot vergoeding van de schade die die onderneming als gevolg van die fout heeft geleden.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Edward

Puissochet

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 maart 1996.

De griffier

De president

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias