

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

20 oktober 2005*

In zaak C-264/03,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 17 juni 2003,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. Stromsky, K. Wiedner en F. Simonetti als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en D. Petrausch als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas (rapporteur), kamerpresident, J. Malenovský, J.-P. Puissochet, A. Borg Barthet en U. Löhmus, rechters,

advocaat-generaal: M. Poiares Maduro,
griffier: K. Sztranc, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 oktober 2004,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 november 2004,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Franse Republiek, door in artikel 4 van loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (wet nr. 85-704 inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de betrekkingen met particuliere uitvoerders) van 12 juli 1985 (JORF van 13 juli 1985, blz. 7914), zoals gewijzigd bij loi n° 96-987 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville (wet nr. 96-987 inzake de tenuitvoerlegging van het pact voor het doen herleven van de stad) van 14 november 1996 (JORF van 15 november 1996, blz. 16656;

hierna: „wet nr. 85-704”), te bepalen dat als gedelegeerd opdrachtgever enkel kunnen worden aangewezen limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna „richtlijn 92/50”), meer in het bijzonder de artikelen 8 en 9 daarvan, alsmede artikel 49 EG.

Toepasselijke bepalingen

De communautaire regelgeving

- 2 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 wordt onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening” verstaan de schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van de in deze bepaling sub i tot en met ix genoemde overeenkomsten. Overeenkomstig artikel 1, sub b, van deze richtlijn worden „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen” als „aangebestede diensten” beschouwd. Artikel 1, sub c, van deze richtlijn definieert „dienstverleners” als de „natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden”.
- 3 Artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 bepaalt dat de aanbestedende diensten ervoor zorgen dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.
- 4 Artikel 6 van deze richtlijn bepaalt dat de bepalingen van deze richtlijn „niet van toepassing [zijn] op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, sub b, op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag”.

- 5 Artikel 7, lid 1, sub a, van dezelfde richtlijn bepaalt dat deze van toepassing is op overheidsopdrachten voor dienstverlening wanneer de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde „ten minste 200 000 [EUR] bedraagt”.
- 6 Krachtens artikel 8 van richtlijn 92/50 worden de opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A daarbij vermelde diensten geplaatst overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI van deze richtlijn, dat wil zeggen dat zij openbaar moeten worden aanbesteed en voldoende moeten worden bekendgemaakt.
- 7 Categorie 12 van bijlage I A bij deze richtlijn ziet op de „[b]ouwkundige diensten; technische en geïntegreerde technische diensten; diensten van stedenbouw en landschapsarchitectuur; diensten voor aanverwante technische en wetenschappelijke advisering; diensten voor het uitvoeren van technische proeven en analyses”.
- 8 Artikel 9 van richtlijn 92/50 bepaalt dat de opdrachten voor het verlenen van in bijlage I B daarbij vermelde diensten worden geplaatst overeenkomstig de artikelen 14 en 16 van deze richtlijn. Artikel 14 heeft betrekking op de gemeenschappelijke regels op technisch gebied en artikel 16 op de aankondigingen betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedures.
- 9 De categorieën 21 en 27 van bijlage I B bij richtlijn 92/50 omvatten respectievelijk de „[d]iensten van juridische aard” en „[a]ndere diensten”.
- 10 Artikel 10 van deze richtlijn bepaalt dat „[d]e opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage I A en in bijlage I B vermelde diensten, [...] overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI [worden] geplaatst indien de waarde van de in bijlage I A vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage I B zijn vermeld en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16”.

De nationale regelgeving

- 11 De bepalingen van wet nr. 85-704 zijn volgens artikel 1 van deze wet van toepassing op de uitvoering van alle bouw- of infrastructuurwerken alsmede op de voor de exploitatie daarvan bestemde industriële voorzieningen, waarvan de opdrachtgever een van de volgende instanties is:

„1. De staat en zijn openbare instellingen;

2. De territoriale lichamen en hun openbare instellingen, de krachtens artikel L. 321-1 van de Code de l'urbanisme (wetboek van stedelijke ruimtelijke ordening) opgerichte openbare instellingen voor stadsuitbreiding, hun verenigingen en de gemengde corporaties als bedoeld in artikel L. 166-1 van de Code des communes (gemeentewetboek);

3. De in artikel L. 64 van de Code de la sécurité sociale (socialezekerheidswetboek) genoemde particuliere instellingen, alsmede hun verenigingen en federaties;

4. De in artikel L. 411-2 van de Code de la construction et de l'habitation (bouw- en woningwetboek) genoemde particuliere instellingen voor lage-huurwoningen alsmede de gemengde vennootschappen, voor door de staat gesubsidieerde en door deze instellingen en vennootschappen gebouwde huurwoningen.”

12 Artikel 2 van deze wet definieert de opdrachtgever als:

„[...] de in het eerste lid genoemde rechtspersoon voor wie het bouwwerk wordt uitgevoerd. Als hoofdverantwoordelijke voor het bouwwerk vervult hij een taak van algemeen belang waaraan hij zich niet kan onttrekken.

[...]

De opdrachtgever bepaalt in het bouwplan de doelstellingen van het project en de behoeften waaraan dit moet voldoen alsmede de restricties en kwaliteitseisen op sociaal, stedenbouwkundig, architectonisch, functioneel, technisch en economisch gebied en op het gebied van de inpassing in het landschap en de bescherming van het milieu, met betrekking tot de uitvoering en het gebruik van het bouwwerk.

[...]”

13 Artikel 3 van deze wet bepaalt het volgende:

„[...] de opdrachtgever kan overeenkomstig de voorwaarden die worden vastgelegd in de in artikel 5 genoemde overeenkomst een gedelegeerde opdrachtgever opdragen, in zijn naam en voor zijn rekening alle of een deel van de volgende taken waar te nemen:

1. Vaststelling van de administratieve en technische voorwaarden voor de planning en de uitvoering van het bouwwerk;

2. Voorbereiding van de keuze van de uitvoerder, ondertekening van de uitvoeringsovereenkomst na goedkeuring van de keuze van de uitvoerder door de opdrachtgever, en toezicht op de nakoming van de uitvoeringsovereenkomst;
3. Goedkeuring van de voorontwerpen en overeenkomsten aangaande het project;
4. Voorbereiding van de keuze van de aannemer, ondertekening van de bouwovereenkomst na goedkeuring van de keuze van de aannemer door de opdrachtgever en toezicht op de tenuitvoerlegging van de bouwovereenkomst;
5. Uitbetaling van de vergoeding voor de leiding van de bouw en de uitvoering van de bouwwerken;
6. Aanvaarding van de bouwwerken en uitvoering van alle handelingen in verband met de hierboven genoemde taken.

De gedelegeerde opdrachtgever is ten opzichte van de opdrachtgever slechts gehouden om naar behoren de taken uit te oefenen waarmee hij door deze laatste persoonlijk is belast.

De gedelegeerde opdrachtgever vertegenwoordigt de opdrachtgever ten opzichte van derden bij de uitoefening van de taken die hem zijn toevertrouwd totdat de opdrachtgever heeft vastgesteld dat zijn taak overeenkomstig de voorwaarden die in de in artikel 5 genoemde overeenkomst zijn vastgesteld, is volbracht. Hij kan in rechte optreden.”

14 Artikel 4 van wet nr. 85-704 luidt als volgt:

„De in het voorgaande artikel gedefinieerde taken kunnen, binnen de grenzen van de respectieve bevoegdheden, alleen worden toevertrouwd aan:

- a. De sub 1 en 2 van artikel 1 van deze wet genoemde rechtspersonen, met uitzondering van overheidsinstellingen op medisch en maatschappelijk gebied, die enkel kunnen optreden voor andere overheidsinstellingen op medisch en maatschappelijk gebied;
- b. Rechtspersonen waarvan minstens de helft van het kapitaal al dan niet rechtstreeks in handen is van de sub 1 en 2 van artikel 1 genoemde rechtspersonen en die tot doel hebben, opdrachtgevers bij te staan, op voorwaarde dat zij geen werkzaamheid verrichten als uitvoerder of ondernemer voor rekening van derden;
- c. De in artikel L. 411-2 van het bouw- en woningwetboek genoemde particuliere instellingen voor lage-huurwoningen, zij het uitsluitend voor werkzaamheden ten gunste van andere instellingen voor lage-huurwoningen alsmede voor werkzaamheden in verband met projecten voor gesubsidieerde woningen;
- d. De plaatselijke gemengde vennootschappen waarop wet nr. 83-597 inzake de gemengde vennootschappen van 7 juli 1983 van toepassing is;

- e. De krachtens artikel L. 321-1 van het wetboek van stedelijke ruimtelijke ordening opgerichte openbare instellingen alsmede de krachtens de artikelen L. 322-1 en volgende van dit wetboek erkende of ambtshalve opgerichte stedelijke verenigingen;

- f. De vennootschappen opgericht krachtens artikel 9 van loi n° 51-592 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1951 (wet n° 51-592 betreffende de speciale rekeningen van de fiscus voor het jaar 1951) van 24 mei 1951, zoals gewijzigd bij artikel 28 van wet nr. 62-933 van 8 augustus 1962 ter aanvulling van de loi d'orientation agricole (wet op de landbouworientatie);

- g. Elke publiek- of privaatrechtelijke persoon waaraan de realisering van een ontwikkelingszone of een verkaveling is opgedragen [...]

- h. De vennootschappen die de in artikel L. 222-1 van het bouw- en woningwetboek voorziene overeenkomst voor het uitvoeren van werkzaamheden van stedelijke herstructurering van grote complexen en vervallen woonwijken sluiten [...]

Deze lichamen en instellingen zijn bij de uitvoering van de taken die hun overeenkomstig dit artikel door de opdrachtgever zijn opgedragen, onderworpen aan de bepalingen van deze wet.

Voor het sluiten van door de gedelegeerde opdrachtgever getekende overeenkomsten zijn de regels van toepassing die gelden voor de opdrachtgever, behoudens eventuele noodzakelijke aanpassingen in verband met de tussenkomst van de gedelegeerde opdrachtgever, welke bij decreet worden uitgevoerd.”

15 Artikel 5 van wet nr. 85-704 bepaalt het volgende:

„De betrekkingen tussen de opdrachtgever en de in artikel 4 genoemde rechtspersonen worden vastgelegd in een overeenkomst, die op straffe van nietigheid vermeldt:

- a. Het werk waarop de overeenkomst betrekking heeft, de gedelegeerde bevoegdheden, de voorwaarden waaronder de opdrachtgever vaststelt dat de gedelegeerde taak is voltooid, de vergoeding van de gedelegeerde opdrachtgever, de boetes die deze laatste bij niet-nakoming van zijn verplichtingen moet voldoen en de voorwaarden waaronder de overeenkomst kan worden opgezegd;

[...]”

De precontentieuze procedure

16 Van oordeel dat een aantal bepalingen van wet nr. 85-704, met name de bepalingen betreffende de voorwaarden waaronder een opdrachtgever gebruik kan maken van de diensten van een projectleider en een aantal van zijn taken kan delegeren, in strijd zijn met de bepalingen van richtlijn 92/50 en artikel 49 EG, heeft de Commissie bij brief van 25 juli 2001 de Franse Republiek aangemaand haar opmerkingen in te dienen.

- 17 Bij brief van 8 maart 2002 hebben de Franse autoriteiten de door de Commissie aangevoerde grieven bestreden, met uitzondering van die betreffende de projectleiding in de zin van artikel 6 van wet nr. 85-704. Zij hebben dienaangaande erkend dat de leiding over een project een dienstverrichting is in de zin van het gemeenschapsrecht en opgemerkt dat hiervoor voortaan de nieuwe Franse wet voor overheidsopdrachten geldt.
- 18 Omdat de Commissie dit antwoord ontoereikend vond, heeft zij de Franse Republiek op 27 juni 2002 een met redenen omkleed advies gestuurd met het verzoek de nodige maatregelen te nemen om binnen twee maanden vanaf de kennisgeving ervan aan dit advies te voldoen.
- 19 Bij brief van 14 oktober 2002 heeft de Franse Republiek de Commissie meegedeeld dat zij haar in haar brief van 8 maart 2002 uiteengezette standpunt handhaafde.
- 20 Van oordeel dat de niet-nakoming bleef voortduren met betrekking tot de gedelegeerde opdrachtgeving, heeft de Commissie besloten het onderhavige beroep in te stellen.
- 21 Sedert de indiening van het verzoekschrift in de onderhavige niet-nakomingsprocedure hebben de Franse autoriteiten ordonnance n° 2004-566 portant modification de la loi n° 85-704 (besluit nr. 2004-566 houdende wijziging van wet nr. 85-704, JORF van 19 juni 2004, blz. 11020) van 17 juni 2004 vastgesteld, waarbij genoemde wet in die zin wordt aangepast dat de bevoegdheden van de opdrachtgever voortaan mogen worden gedelegeerd aan elke publiekrechtelijke of privaatrechtelijke persoon. Daardoor vervalt het vereiste dat het om een rechtspersoon naar Frans recht moet gaan, echter met het voorbehoud dat bepaalde regels inzake onverenigbaarheid ter voorkoming van belangenconflicten in acht moeten worden genomen. Volgens de Franse regering is deze wijziging niet het gevolg van het onderhavige beroep en wijzigt zij geenszins de door haar in het kader daarvan verdedigde rechtsopvatting.

Het beroep

Argumenten van partijen

- 22 De Commissie is van mening dat de Franse Republiek, door in artikel 4 van wet nr. 85-704 te bepalen dat de bevoegdheden van de opdrachtgever enkel kunnen worden gedelegeerd aan limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50, meer in het bijzonder de artikelen 8 en 9 daarvan, alsmede artikel 49 EG.
- 23 Volgens de Commissie is gedelegeerde opdrachtgeving een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50. De taken die het voorwerp van de delegatie vormen vallen onder categorie 12 van bijlage I A bij deze richtlijn, met uitzondering van de bevoegdheden tot vertegenwoordiging, zodat de bepalingen van wet nr. 85-704 in strijd zijn met artikel 8 van deze richtlijn. Gedelegeerde bevoegdheden die uitsluitend of in hoofdzaak betrekking hebben op vertegenwoordiging, vallen onder bijlage I B bij richtlijn 92/50, zodat deze wet ook in strijd is met artikel 9 van deze richtlijn.
- 24 Bovendien is de Commissie van mening dat wat betreft de delegatie voor opdrachten met een waarde die onder de in richtlijn 92/50 vastgestelde drempels ligt, en die welke uitsluitend of hoofdzakelijk betrekking heeft op de in bijlage I B bij deze richtlijn genoemde diensten, artikel 4 van wet nr. 85-704 een beperking vormt op het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van het vrij verrichten van diensten. Een dergelijke beperking kan niet door de artikelen 45 EG en 55 EG worden gerechtvaardigd, aangezien de betrokken taken geen deelneming — zelfs niet incidenteel — aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, en evenmin door de artikelen 46 EG en 55 EG, aangezien de redenen van openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid in casu niet opgaan.

- 25 De Franse regering is van mening dat de in wet nr. 85-704 voorziene gedelegeerde opdrachtgeving geen commerciële overeenkomst is en niet onder de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt. De gedelegeerde vervult een taak van algemeen belang en kan niet als dienstverlener worden beschouwd. Hij vertegenwoordigt de opdrachtgever, hetgeen de essentie van zijn taak is. In dit verband worden hem bevoegdheden overdragen die gepaard gaan met beslissingsbevoegdheid. De vertegenwoordiging is onlosmakelijk verbonden met alle handelingen die de gedelegeerde voor rekening van de opdrachtgever verricht. Bij de uitoefening van zijn bevoegdheden — welke in feite die van een aanbestedende dienst zijn — is hij onderworpen aan de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten.
- 26 De Franse regering beroept zich voorts op het arrest van 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti e.a.* (C-399/98, Jurispr. blz. I-5409), betreffende de toepassing van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54). Uit de redenering van het Hof in dit arrest, die in casu naar analogie kan worden toegepast, volgt dat een overeenkomst onder bezwarende titel buiten de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen ter zake van overheidsopdrachten kan vallen, wanneer zij een volmacht inhoudt. Het volstaat dat de gedelegeerde zelf onderworpen is aan de verplichtingen die uit deze richtlijnen voortvloeien. Ingevolge wet nr. 85-704 gelden voor door de gedelegeerde opdrachtgever gesloten overeenkomsten dezelfde vereisten als die welke zouden hebben gegolden wanneer zij door de opdrachtgever waren gesloten.
- 27 Aangezien het volgens de Franse regering op grond van de kenmerken van de gedelegeerde opdrachtgeving, niet mogelijk is te spreken van een overeenkomst tot het verrichten van diensten, is artikel 4 van wet nr. 85-704 niet in strijd met artikel 49 EG.

Beoordeling door het Hof

Inleidende opmerkingen

- 28 Artikel 3 van wet nr. 85-704 bepaalt dat de opdrachtgever overeenkomstig de voorwaarden die worden vastgelegd in de in artikel 5 van deze wet bedoelde overeenkomst een gedelegeerd opdrachtgever kan machtigen om in zijn naam en voor zijn rekening alle of een aantal van zijn bevoegdheden uit te oefenen. Ingevolge artikel 4 van deze wet kunnen de bevoegdheden van de opdrachtgever slechts worden gedelegeerd aan limitatief opgesomde categorieën personen. De Franse regering heeft niet bestreden dat deze personen, zoals de Commissie stelt, rechtspersonen naar Frans recht moeten zijn.
- 29 De Franse autoriteiten hebben sedert de instelling van het onderhavige beroep wet nr. 85-704 in die zin gewijzigd dat de bevoegdheden van de opdrachtgever voortaan mogen worden gedelegeerd aan elke publiekrechtelijke of privaatrechtelijke persoon, waardoor het vereiste vervalt dat het om een rechtspersoon naar Frans recht moet gaan. Het bestaan van een niet-nakoming moet echter worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn (zie onder meer arresten van 16 januari 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-63/02, Jurispr. blz. I-821, punt 11, en 16 december 2004, Commissie/Italië, C-313/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 9). Het Hof kan met sedertdien opgetreden wijzigingen geen rekening houden (zie onder meer arresten van 18 november 2004, Commissie/Ierland, C-482/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 11, en 14 april 2005, Commissie/Duitsland, C-341/02, Jurispr. blz. I-2733, punt 33).
- 30 In die omstandigheden dient te worden onderzocht of artikel 4 van wet nr. 85-704 in overeenstemming is met, in de eerste plaats, de bepalingen van richtlijn 92/50 en, in de tweede plaats, het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van het vrij verrichten van diensten.

- 31 Met betrekking tot de beweerde schending van richtlijn 92/50 dient allereerst te worden onderzocht of en, zo ja, in welke mate de gedelegeerde opdrachtgeving, zoals gedefinieerd in wet nr. 85-704, onder de werkingssfeer van deze richtlijn valt. In dit verband zij eraan herinnerd dat deze richtlijn niet van toepassing is op opdrachten met een waarde die onder de daarin vastgestelde drempel ligt.
- 32 Met betrekking tot de grief inzake schending van artikel 49 EG dient te worden opgemerkt dat de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer toepassing moeten vinden op overheidsopdrachten die buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen. Ook al zijn bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, immers niettemin gehouden om de fundamentele regels van het Verdrag, met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, in acht te nemen (zie in die zin arresten van 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress*, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60, en 18 juni 2002, *HI*, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 47, alsmede beschikking van 3 december 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Jurispr. blz. I-9505, punt 20).
- 33 Dit is onder meer het geval met betrekking tot overheidsopdrachten voor dienstverlening waarvan de waarde beneden de door richtlijn 92/50 vastgestelde grenzen blijft. Het enkele feit dat de gemeenschapswetgever heeft gemeend dat de bijzondere en strenge procedures van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten niet geschikt zijn wanneer het gaat om overheidsopdrachten van geringe waarde, betekent niet dat deze van de toepassing van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten (zie beschikking *Vestergaard*, reeds aangehaald, punt 19). Ook overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen, zoals concessieovereenkomsten, blijven onderworpen aan de algemene regels van het Verdrag (zie in die zin arrest van 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 16).
- 34 Tot slot zij eraan herinnerd dat ingevolge de artikelen 45, eerste alinea, EG en 55 EG artikel 49 EG, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing is op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden.

De grief betreffende schending van richtlijn 92/50

- 35 Het begrip „overheidsopdrachten” wordt gedefinieerd in artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50, bepalende dat deze opdrachten schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel zijn, gesloten tussen een dienstverlener en een aanbestedende dienst.
- 36 Om vast te stellen of de gedelegeerde opdrachtgeving in de zin van wet nr. 85-704 binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt, dient te worden onderzocht of aan de criteria van artikel 1, sub a, van deze richtlijn is voldaan. Aangezien deze bepaling voor haar strekking en draagwijdte geen uitdrukkelijke verwijzing naar het recht van de lidstaten bevat, hoeft niet te worden onderzocht hoe het Franse recht deze overeenkomst kwalificeert.
- 37 In casu is aan de genoemde criteria voldaan.
- 38 Allereerst bepaalt artikel 5 van wet nr. 85-704 dat de betrekkingen tussen enerzijds de opdrachtgever en anderzijds de gedelegeerde opdrachtgever worden vastgelegd in een tussen partijen schriftelijk gesloten overeenkomst. Bovendien blijkt uit dezelfde bepaling dat de gedelegeerde opdrachtgever een vergoeding ontvangt. Deze overeenkomst kan dus worden beschouwd als een overeenkomst onder bezwarende titel die schriftelijk tot stand komt.
- 39 Wat voorts het begrip „aangebestede diensten betreft”, worden in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen” als zodanig aangemerkt.

- 40 Artikel 1 van wet nr. 85-704 bepaalt dat als opdrachtgever kunnen optreden de staat en zijn openbare instellingen, de territoriale lichamen en hun openbare instellingen, de openbare instellingen voor stadsuitbreiding, hun verenigingen en de gemengde corporaties. Als gedelegeerd opdrachtgever kunnen krachtens deze wet optreden de in artikel L. 64 van het socialezekerheidswetboek genoemde particuliere instellingen, hun verenigingen en federaties, alsmede de particuliere instellingen voor lage-huurwoningen en de gemengde vennootschappen, voor door de staat gesubsidieerde en door deze instellingen en vennootschappen gebouwde huurwoningen.
- 41 In casu is niet bestreden dat deze rechtspersonen aanbestedende diensten kunnen zijn in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50.
- 42 Tot slot definieert artikel 1, sub c, van deze richtlijn „dienstverleners” als „de natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden”. Artikel 50 EG kwalificeert „diensten” als „de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn”. De opdrachten die betrekking hebben op in bijlage I A bij richtlijn 92/50 vermelde diensten worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI daarvan geplaatst en die welke in bijlage I B zijn vermeld overeenkomstig de artikelen 14 en 16 van deze richtlijn.
- 43 De personen aan wie de bevoegdheden van gedelegeerd opdrachtgever kunnen worden toegekend, zijn opgesomd in artikel 4 van wet nr. 85-704. Opgemerkt moet worden dat sommige van deze personen zelf aanbestedende dienst kunnen zijn in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50. Weliswaar sluit artikel 6 van deze richtlijn van haar werkingssfeer uit overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is, op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, maar in het onderhavige geval zijn deze voorwaarden niet vervuld.

- 44 De personen die gedelegeerd opdrachtgever kunnen zijn, kunnen worden beschouwd als „dienstverleners” in zoverre de taken die hun door delegatie van de bevoegdheden van de opdrachtgever overeenkomstig artikel 3 van wet nr. 85-704 worden opgedragen, overeenkomen met de verrichting van diensten in de zin van het gemeenschapsrecht.
- 45 In zoverre kan de argumentatie van de Franse regering ten betoge dat de gedelegeerde opdrachtgever geen diensten verricht, niet worden aanvaard.
- 46 Uit artikel 3 van wet nr. 85-704, dat de bevoegdheden opsomt die de opdrachtgever kan delegeren, blijkt dat de in geding zijnde delegatie niet slechts een overeenkomst is waarmee de gedelegeerde zich ertoe verbindt, de opdrachtgever te vertegenwoordigen. De delegatie strekt zich uit tot enerzijds ondersteunende diensten van administratieve en technische aard en anderzijds vertegenwoordiging van de opdrachtgever.
- 47 Wat allereerst de vraag betreft of, zoals de Franse regering stelt, de vertegenwoordigende functie niet los kan worden gezien van de handelingen die de gedelegeerde voor rekening van zijn opdrachtgever verricht, moet worden opgemerkt dat het alleszins mogelijk is deze verschillende taken te scheiden. De opdrachtgever kan immers op grond van artikel 3 van wet nr. 85-704 de uitoefening van alle of een deel van de in die bepaling genoemde bevoegdheden delegeren. Ook moet worden vastgesteld dat, zoals de advocaat-generaal terecht in punt 37 van zijn conclusie heeft opgemerkt, niets zich ertegen verzet dat voor deze taken eventueel verschillende regelingen gelden.
- 48 Voorts moet met betrekking tot de aard van deze bevoegdheden worden opgemerkt dat het antwoord op de vraag of de gedelegeerde opdrachtgever meewerkt aan de uitoefening van een taak van algemeen belang, niet doorslaggevend is voor de vaststelling of hij al dan niet diensten verricht. Het is immers op het gebied van

overheidsopdrachten niet ongebruikelijk dat de aanbestedende dienst aan een derde een economische taak opdraagt die moet voorzien in een behoefte van algemeen belang. Dit wordt onder meer geschraagd door het feit dat richtlijn 92/50, enkele uitzonderingen daargelaten, van toepassing is op overheidsopdrachten voor dienstverlening die door aanbestedende diensten op defensiegebied worden gegund.

- 49 Tot slot moet worden vastgesteld of, zoals de Franse regering beweert, de opdrachtgever door de delegatie openbaar gezag overdraagt. Onderzoek van deze vraag veronderstelt dat de opdrachtgever door de uitoefening van de betrokken bevoegdheden rechtstreeks deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag.
- 50 De Franse regering heeft in dit verband niet het bestaan aangevoerd van omstandigheden waarin de aanbestedende dienst de leiding heeft over een structuur van „intern” beheer van een openbare dienst in de zin van de rechtspraak van het Hof (zie in die zin arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50, en arrest Coname, reeds aangehaald, punt 26). Niets wettigt immers de veronderstelling dat de opdrachtgever op de gedelegeerde hetzelfde toezicht uitoefent als op zijn eigen diensten en dat de opdrachtnemer tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht met het overheidsorgaan of de overheidsorganen waardoor hij gecontroleerd wordt (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49).
- 51 Bij de taken van administratieve en technische bijstand, zoals de vaststelling van de administratieve en technische voorwaarden waaronder de bouw zal worden gepland en uitgevoerd, gaat het om dienstverrichtingen in de zin van artikel 8 en bijlage I A van richtlijn 92/50 en neemt de opdrachtnemer niet deel aan de uitoefening van het openbaar gezag.

- 52 Met betrekking tot overeenkomsten waarbij de opdrachtgever taken delegeert die een vertegenwoordigende functie omvatten, zij vooraf opgemerkt dat de omstandigheid dat een dienst wordt verricht ter uitvoering van een dergelijke overeenkomst, niet volstaat om deze van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 uit te sluiten. Deze vaststelling wordt gesteund door het feit dat, zoals de Commissie bij wijze van voorbeeld opmerkt, krachtens artikel 9 en punt 21 van bijlage I B van deze richtlijn op de tussen een aanbestedende dienst en zijn raadsman gesloten lastgevingsovereenkomsten de artikelen 14 en 16 daarvan van toepassing zijn.
- 53 Krachtens artikel 3 van wet nr. 85-704 kunnen verschillende taken worden gedelegeerd die een functie van vertegenwoordiging van de opdrachtgever inhouden. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de ondertekening van de overeenkomst met de uitvoerder en de aannemingsovereenkomst alsmede wanneer de opdrachtnemer de uitgekozen dienstverrichters en ondernemers betaalt.
- 54 Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie terecht opmerkt, handelt de gedelegeerde, ofschoon hij bevoegd is om in naam van de opdrachtgever de overeenkomst met de uitvoerder en de aannemingsovereenkomst te ondertekenen, bij het verrichten van die handelingen onvoldoende zelfstandig om te kunnen concluderen dat openbaar gezag is overgedragen. Volgens artikel 2 van wet nr. 85-704 vervult de opdrachtgever als hoofdverantwoordelijke voor het bouwwerk immers een functie van algemeen belang waaraan hij zich niet kan onttrekken. Bovendien kan de gedelegeerde pas handelen nadat de opdrachtgever zijn goedkeuring heeft verleend. De beloning van de dienstverleners en de ondernemers wordt gefinancierd door de opdrachtgever, zodat de gedelegeerde ook op dit gebied geen speelruimte heeft. Hij schiet enkel middelen voor, die de opdrachtgever hem terugbetaalt.
- 55 In dergelijke omstandigheden vallen de overeenkomsten waarbij de opdrachtgever taken delegeert die een functie van vertegenwoordiging van de opdrachtgever inhouden, onder artikel 9 en bijlage I B van richtlijn 92/50.

- 56 De redenering van het Hof in punt 100 van het reeds aangehaalde arrest *Ordine degli Architetti e.a.* betreffende de toepassing van richtlijn 93/37, doet aan deze conclusie geen afbreuk. Het Hof heeft met betrekking tot de naleving van genoemde richtlijn in geval van aanleg van een infrastructurale voorziening in omstandigheden als die welke aan hem waren voorgelegd, geoordeeld dat het niet nodig is dat het gemeentebestuur zelf de in deze richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toepast. Het nuttig effect van deze richtlijn werd even goed in acht genomen indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant-vergunninghouder kon verplichten, de overeengekomen werken uit te voeren volgens genoemde procedures.
- 57 Deze beoordeling vond plaats in de context van een bijzondere regeling inzake stedenbouw, volgens welke de vergunninghouder voor de verlening van een bouwvergunning een bijdrage aan de door zijn plan veroorzaakte aanlegkosten moest betalen. Deze laatste kon zich echter ertoe verbinden de infrastructurale voorzieningen in eigen beheer aan te leggen, onder gehele of gedeeltelijke aftrek van het verschuldigde bedrag. Volgens het Hof ging het in dit laatste geval om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 93/37. Aangezien de gemeente echter niet kon kiezen wie met de aanleg van de voorzieningen zou worden belast, daar die persoon bij de wet was aangewezen in zijn hoedanigheid van eigenaar van de te verkavelen terreinen en houder van de bouwvergunning, mocht worden geconcludeerd dat de aanbestedingsprocedures, als alternatief voor de betaling aan de gemeente van een bijdrage in de kosten, in plaats van door de gemeente konden worden toegepast door de vergunninghouder, de enige persoon die volgens de wet de bouwwerken kon uitvoeren. Deze situatie verschilt van die waarop wet nr. 85-704 van toepassing is, die de keuze van de gedelegeerde aan de opdrachtgever laat en geen voorafgaande verplichtingen kent waarvoor de vergoeding die de gedelegeerde ontvangt een tegenprestatie zou vormen.
- 58 In het licht van de voorgaande overwegingen moet worden vastgesteld dat de delegatie in de zin van wet nr. 85-704 een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 is en binnen de werkingssfeer daarvan valt.

- 59 Derhalve dient te worden onderzocht of artikel 4 van wet nr. 85-704, volgens welke de opdrachtgever enkel mag delegeren aan limitatief opgesomde categorieën rechtspersonen naar Frans recht, verenigbaar is met de bepalingen van richtlijn 92/50.
- 60 In dit verband zij eraan herinnerd dat deze richtlijn beoogt, de dienstverleners de toegang tot de procedures voor het plaatsen van opdrachten te vergemakkelijken om een einde te maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken. Deze beginselen worden weergegeven in artikel 3, lid 2, van deze richtlijn, dat discriminatie tussen verschillende dienstverleners verbiedt.
- 61 Vastgesteld moet worden dat artikel 4 van wet nr. 85-704 niet verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van de verschillende dienstverleners, in zoverre volgens deze bepaling enkel limitatief opgesomde categorieën rechtspersonen naar Frans recht gedelegeerd opdrachtgever kunnen zijn.
- 62 Zonder dat hoeft te worden vastgesteld welke dienstverrichtingen onder bijlage I A bij richtlijn 92/50 vallen en welke onder bijlage I B daarbij, en wat, in deze context, de mogelijke invloed is van de toepassing van artikel 10 daarvan, staat bovendien vast dat wet nr. 85-704 in geen enkele vorm van mededinging voor de keuze van de opdrachtnemer voorziet.
- 63 In deze omstandigheden is de aan schending van richtlijn 92/50 ontleende grief gegrond.

De grief inzake schending van artikel 49 EG

- 64 Voor overheidsopdrachten voor dienstverlening die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen, dient nog te worden vastgesteld of artikel 4 van wet nr. 85-704 verenigbaar is met het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van het vrij verrichten van diensten.
- 65 Allereerst moet worden opgemerkt dat, zoals uit de punten 49 tot en met 55 van dit arrest blijkt, de opdrachtgever bij overeenkomsten in de zin van wet nr. 85-704 geen taken delegeert die onder de uitoefening van het openbaar gezag vallen, of het nu gaat om ondersteunende administratieve of technische taken dan wel om vertegenwoordiging. Bijgevolg is de uitzondering van de artikelen 45 EG en 55 EG in het onderhavige geval niet van toepassing.
- 66 Artikel 49 EG verbiedt beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Gemeenschap ten aanzien van onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Bovendien is het vaste rechtspraak dat deze bepaling de opheffing eist van iedere beperking — ook indien deze beperking zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of belemmert (zie onder meer arresten van 13 juli 2004, Commissie/Frankrijk, C-262/02, Jurispr. blz. I-6569, punt 22, en Bacardi France, C-429/02, Jurispr. blz. I-6613, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 67 Met name mag een lidstaat de verrichting van diensten op zijn grondgebied niet afhankelijk stellen van de inachtneming van alle voorwaarden die voor vestiging gelden. Daardoor zou immers elk nuttig effect worden ontnomen aan de bepalingen die het vrij verrichten van diensten moeten verzekeren (zie arrest van 26 februari 1991, Commissie/Italië, C-180/89, Jurispr. blz. I-709, punt 15).
- 68 In casu moet worden vastgesteld dat artikel 4 van wet nr. 85-704 een beperking op het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG vormt omdat het ertoe leidt dat enkel limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht gedelegeerd opdrachtgevers kunnen zijn.
- 69 Artikel 46 EG juncto artikel 55 EG laat echter beperkingen op het vrij verrichten van diensten toe die zijn gerechtvaardigd uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Uit het onderzoek van het dossier blijkt echter niet dat een dergelijke rechtvaardiging zich voordoet.
- 70 In deze omstandigheden is de grief inzake schending van artikel 49 EG gegrond.
- 71 Gelet op voorgaande overwegingen moet worden vastgesteld dat de Franse Republiek, door in artikel 4 van wet nr. 85-704 te bepalen dat als gedelegeerd opdrachtgever enkel kunnen worden aangewezen limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50 en artikel 49 EG.

Kosten

- 72 Krachtens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Franse Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart:

Door in artikel 4 van wet nr. 85-704 van 12 juli 1985 inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de betrekkingen met particuliere uitvoerders, zoals gewijzigd bij wet nr. 96-987 van 14 november 1996 inzake de tenuitvoerlegging van het pact voor het doen herleven van de stad, te bepalen dat als gedelegeerd opdrachtgever enkel kunnen worden aangewezen limitatief opgesomde rechtspersonen naar Frans recht, heeft de Franse Republiek niet voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, alsmede artikel 49 EG.

ondertekeningen