



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

10 mei 2012\*

„Artikelen 3 EG, 10 EG, 43 EG, 49 EG en 81 EG — Vrijheid van vestiging — Vrij verrichten van diensten — Richtlijn 2006/123/EG — Artikelen 15 en 16 — Concessie voor verrichten van diensten van vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden — Nationale wettelijke regeling — Minimaal maatschappelijk kapitaal — Verplichting”

In de gevoegde zaken C-357/10 tot en met C-359/10,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissingen van 20 oktober 2009, ingekomen bij het Hof op 19 juli 2010, in de procedures

**Duomo Gpa Srl** (C-357/10),

**Gestione Servizi Pubblici Srl** (C-358/10),

**Irtel Srl** (C-359/10)

tegen

**Comune di Baranzate** (C-357/10 en C-358/10),

**Comune di Venegono Inferiore** (C-359/10),

in tegenwoordigheid van:

**Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni SpA (AIPA),**

wijst  
HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues, kamerpresident, U. Löhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh (rapporteur) en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

— de Comune di Baranzate, vertegenwoordigd door A. Soncini, avvocato,

\* Procestaal: Italiaans.

- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door G. De Bellis, avvocato dello Stato,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. M. Wissels en Y. de Vries als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Zadra, I. V. Rogalski en S. La Pergola als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 november 2011,

het navolgende

### Arrest

- 1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van de artikelen 3 EG, 10 EG, 43 EG, 49 EG en 81 EG en de artikelen 15 en 16 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376, blz. 36; hierna: „dienstenrichtlijn”).
- 2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van drie gedingen tussen Duomo Gpa Srl (hierna: „Duomo”) en Gestione Servizi Pubblici Srl (hierna: „GSP”), enerzijds, en de Comune di Baranzate, anderzijds, respectievelijk tussen Irtel Srl (hierna: „Irtel”) en de Comune di Venegono Inferiore, in tegenwoordigheid van Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni SpA (hierna: „AIPA”), over hun uitsluiting van aanbestedingsprocedures.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unieregeling*

- 3 Luidens artikel 1, lid 1, van de dienstenrichtlijn stelt deze richtlijn algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten vast, met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten.
- 4 Volgens artikel 3, lid 3, van de dienstenrichtlijn passen de lidstaten deze richtlijn toe met inachtneming van de Verdragsregels over de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten.
- 5 Artikel 15 van de dienstenrichtlijn is opgenomen in hoofdstuk III ervan, met het opschrift „Vrijheid van vestiging van dienstverrichters”.
- 6 Artikel 16, met het opschrift „Vrij verrichten van diensten”, van deze richtlijn is opgenomen in hoofdstuk IV ervan.
- 7 Overeenkomstig de artikelen 44 en 45 van de dienstenrichtlijn is deze richtlijn op 28 december 2006 in werking getreden en moest zij vóór 28 december 2009 door de lidstaten worden omgezet.

#### *Nationale regeling*

- 8 Titel III van decreto legislativo n. 446 — Istituzione dell’imposta regionale sulle attività produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell’Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonché riordino della disciplina dei tributi locali (wetsbesluit nr. 446 houdende invoering van de lokale belasting op productiewerkzaamheden, herziening van de schijven, de tarieven en de aftrek van de inkomstenbelasting voor natuurlijke personen, invoering van een

aanvullende regionale belasting op deze belasting, en reorganisatie van de lokale belastingregeling) van 15 december 1997 (gewoon supplement nr. 252 bij GURI, algemene serie nr. 298 van 23 december 1997) betreft de reorganisatie van de lokale belastingregeling.

9 Artikel 52 van dit decreto legislativo bepaalt:

„1. De provincies en gemeenten kunnen bij besluit hun eigen inkomsten regelen, waaronder belastinginkomsten, met uitzondering van de bepaling en de omschrijving van de belastbare situaties, de belastingplichtigen en het maximumtarief van iedere heffing, en met inachtneming van de eisen van vereenvoudiging van de verplichtingen van de belastingplichtigen. Bij ontstentenis van een besluit zijn de geldende wettelijke bepalingen van toepassing.

[...]

5. Met betrekking tot de vaststelling en de inning van belastingen en andere inkomsten voldoen de besluiten aan de volgende criteria:

[...]

b) wanneer is overeengekomen dat derden, ook afzonderlijk, worden belast met de vaststelling en de inning van belastingen en andere inkomsten, worden de daarmee samenhangende activiteiten overeenkomstig de wetgeving van de Europese Unie en de procedures voor de toewijzing van het beheer van plaatselijke openbare diensten, toevertrouwd aan:

1) personen die zijn ingeschreven in het in artikel 53, lid 1, bedoelde register;

2) marktdeelnemers uit lidstaten die zijn gevestigd in een land van de Europese Unie en deze activiteiten uitoefenen; deze marktdeelnemers moeten een door de bevoegde autoriteit van hun lidstaat van vestiging afgegeven certificaat overleggen dat bevestigt dat zij voldoen aan eisen die gelijkwaardig zijn aan die welke zijn vastgesteld in de Italiaanse wetgeving op dit gebied;

3) vennootschappen waarvan het kapitaal volledig in handen van de overheid is [...]"

10 Artikel 32, lid 7 bis, van decreto-legge nr. 185 van 29 november 2008 houdende spoedmaatregelen ter ondersteuning van gezinnen, ondernemingen en werkgelegenheid en tot wijziging van het nationaal strategisch kader door middel van maatregelen ter bestrijding van de crisis (gewoon supplement nr. 263 bij GURI nr. 280 van 29 november 2008), toegevoegd bij wet nr. 2 van 28 januari 2009 houdende omzetting in wet, na wijziging, van decreto-legge nr. 185 (gewoon supplement nr. 14 bij GURI nr. 22 van 28 januari 2009), zoals gewijzigd bij wet nr. 14 van 27 februari 2009 (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* nr. 49 van 28 februari 2009; hierna: „in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bepaling”), luidt:

„Het volgestort maatschappelijk kapitaal waarover vennootschappen krachtens artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 446 van 15 december 1997, zoals gewijzigd, moeten beschikken voor de inschrijving in het register van tot vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van provincies en gemeenten toegelaten private vennootschappen, bedraagt ten minste 10 miljoen EUR. Vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, zijn van het in de voorafgaande volzin genoemde minimum vrijgesteld. Gunning van diensten van vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden aan ondernemingen die niet aan het bovengenoemde kapitaalvereiste voldoen, is nietig. Ondernemingen die in het bovengenoemde register zijn ingeschreven, passen hun maatschappelijk kapitaal aan dit vastgestelde minimum aan. Zolang zij hun kapitaal niet hebben aangepast, kunnen hun hoe dan ook geen nieuwe opdrachten worden gegund en kunnen zij niet aan aanbestedingsprocedures deelnemen.”

## Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

- 11 De zaken C-357/10 en C-358/10 vinden hun oorsprong in een in februari 2009 door de Comune di Baranzate uitgeschreven openbare aanbestedingsprocedure voor de gunning gedurende een vijfjarige periode van 1 mei 2009 tot en met 30 april 2014 van de concessie voor diensten van beheer, vaststelling en inning van bepaalde belastingen en lokale heffingen aan de marktdeelnemer met de economisch voordeligste aanbieding. De geraamde waarde van de diensten over de gehele periode bedroeg 57 000 EUR exclusief belasting over de toegevoegde waarde.
- 12 Zes particuliere ondernemingen, alle gevestigd in Italië, hebben een offerte ingediend, waaronder Duomo, GSP en AIPA. Op 1 en 3 april 2009 heeft de Comune di Baranzate aan Duomo en GSP meegedeeld dat zij door het aanbestedingscomité van de procedure waren uitgesloten omdat zij niet voldeden aan het vereiste van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bepaling, waarbij het minimaal volgestort kapitaal om gerechtigd te zijn tot vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden was verhoogd tot 10 miljoen EUR. De concessie is vervolgens gegund aan AIPA.
- 13 Aan zaak C-359/10 ligt een aanbesteding ten grondslag die op 22 januari 2009 door de Comune di Venegono Inferiore is uitgeschreven voor de gunning van de concessie voor diensten van vaststelling, inning en dwanginvordering van de gemeentelijke reclamebelasting en de openbare aanplakrechten voor een vierjarige periode van 23 februari 2009 tot en met 31 december 2012 aan de marktdeelnemer die de laagste prijs aanbood op basis van de laagste debetrente. De geraamde waarde van de diensten over de gehele periode bedroeg ongeveer 49 000 EUR exclusief belasting over de toegevoegde waarde.
- 14 Vijf ondernemingen hebben een offerte ingediend, waaronder Irtel en AIPA, die respectievelijk eerste en tweede waren in de voorlopige rangschikking. Bij beslissing van 9 maart 2009 heeft de aanbestedende dienst Irtel uitgesloten van de aanbestedingsprocedure wegens niet-naleving van de voorschriften van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bepaling. De betrokken concessie is vervolgens gegund aan AIPA.
- 15 Duomo, GSP en Irtel hebben elk voor zich beroep ingesteld tegen de uitsluitingen van de aanbestedingsprocedures die in de hoofdgedingen aan de orde zijn. In het geding dat aan zaak C-357/10 ten grondslag ligt, stelt Duomo schending van 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), en van het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van eerlijke mededinging, doordat vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, gunstiger worden behandeld.
- 16 In de aan de zaken C-358/10 en C-359/10 ten grondslag liggende gedingen betogen GSP en Irtel dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bepaling onverenigbaar is met de artikelen 3 EG, 10 EG, 43 EG, 49 EG, 81 EG, 82 EG, 86 EG en 90 EG en met het noodzakelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel die voortvloeien uit de artikelen 15 en 16 van de dienstenrichtlijn. Volgens hen is de nationale regeling in strijd met het Unierecht, aangezien zij een voorwaarde invoert die niet evenredig is met het door de wettelijke regeling nagestreefde doel en leidt tot discriminatie ten gunste van vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, aangezien deze vennootschappen niet aan de nieuwe kapitaaldrempel moeten voldoen.

17 Daarop heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende twee prejudiciële vragen gesteld, die identiek zijn voor de drie hoofdgedingen:

„1) Staan de nationale bepalingen van artikel 32, lid 7 bis, van decreto-legge nr. 185 van 29 november 2008, toegevoegd door omzettingwet nr. 2 van 28 januari 2009, zoals gewijzigd bij wet nr. 14 van 27 februari 2009, op grond waarvan:

- gunning van diensten van vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden aan personen die niet aan het financiële vereiste van een minimaal, volledig gestort maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen EUR voldoen, nietig is;
- personen ingeschreven in het register van tot vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van provincies en gemeenten toegelaten particuliere vennootschappen in de zin van artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 446 van 15 december 1997, zoals gewijzigd, verplicht zijn hun maatschappelijk kapitaal aan het voornoemde minimumbedrag aan te passen;
- het hun verboden is nieuwe opdrachten te werven of aan aanbestedingen voor de plaatsing van diensten van vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden deel te nemen totdat zij hebben voldaan aan deze verplichting hun maatschappelijk kapitaal aan te passen,

(verplichtingen waarvan vennootschappen waarin overheden een meerderheidsdeelneming houden, zijn vrijgesteld) in de weg aan een juiste toepassing van de artikelen 15 en 16 van [de dienstenrichtlijn]?

2) Staan de nationale bepalingen van artikel 32, lid 7 bis, van decreto-legge nr. 185 van 29 november 2008, toegevoegd door omzettingwet nr. 2 van 28 januari 2009, zoals gewijzigd bij wet nr. 14 van 27 februari 2009, op grond waarvan:

- gunning van diensten van vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden aan personen die niet aan het financiële vereiste van een minimaal, volledig gestort maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen EUR voldoen, nietig is;
- personen ingeschreven in het register van tot vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van provincies en gemeenten toegelaten particuliere vennootschappen in de zin van artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 446 van 15 december 1997, zoals gewijzigd, verplicht zijn hun maatschappelijk kapitaal aan het voornoemde minimumbedrag aan te passen;
- het hun verboden is nieuwe opdrachten te werven of aan aanbestedingen voor de plaatsing van diensten van vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden deel te nemen totdat zij hebben voldaan aan deze verplichting hun maatschappelijk kapitaal aan te passen,

(met dien verstande dat deze verplichtingen niet gelden voor vennootschappen waarin overheden een meerderheidsdeelneming houden) in de weg aan een juiste toepassing van de artikelen 3 [EG], 10 [EG], 43 [EG], 49 [EG] en 81 [EG]?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### *Voorafgaande opmerkingen*

- 18 Zoals blijkt uit met name de punten 11 tot en met 14 van het onderhavige arrest, hebben de aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten zich voorgedaan vóór 28 december 2009, wat overeenkomstig artikel 44, lid 1, van de dienstenrichtlijn de uiterste datum was voor de omzetting van deze richtlijn.
- 19 Ook al zou deze richtlijn moeten worden geacht een volledige harmonisatie in de zin van de rechtspraak van het Hof tot stand te brengen, deze omstandigheid belet derhalve niet dat het primaire recht relevant is voor de periode vóór de omzettingstermijn van deze richtlijn (zie naar analogie met name arresten van 5 april 1979, Ratti, 148/78, Jurispr. blz. 1629, punten 36 en 42-44, en 11 mei 1999, Monsees, C-350/97, Jurispr. blz. I-2921, punt 27).
- 20 Bijgevolg moet in de onderhavige zaken eerst de tweede prejudiciële vraag worden behandeld, die betrekking heeft op de uitlegging van primair recht tegen de achtergrond van feiten als de aan deze gedingen ten grondslag liggende feiten.

### *Tweede vraag*

- 21 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 3 EG, 10 EG, 43 EG, 49 EG en/of 81 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan:
- marktdeelnemers, met uitzondering van vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, verplicht zijn om in voorkomend geval het minimale volgestort kapitaal te verhogen tot 10 miljoen EUR om gerechtigd te zijn tot vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden;
  - gunning van deze diensten aan marktdeelnemers die niet aan dit vereiste van een minimaal maatschappelijk kapitaal voldoen, nietig is, en
  - het hun verboden is nieuwe opdrachten te werven of aan aanbestedingen voor de plaatsing van deze diensten deel te nemen totdat zij hebben voldaan aan deze verplichting hun maatschappelijk kapitaal aan te passen.
- 22 Voor zover de tweede vraag, zoals zij in het vorige punt is geherformuleerd, betrekking heeft op de uitlegging van de artikelen 3 EG, 10 EG en 81 EG, zij eraan herinnerd dat het wegens het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het Unierecht te komen, noodzakelijk is dat deze rechter een omschrijving geeft van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd. Die eisen gelden in het bijzonder op het gebied van de mededinging, dat door complexe feitelijke en juridische situaties wordt gekenmerkt (zie met name arrest van 11 maart 2010, Attanasio Group, C-384/08, Jurispr. blz. I-2055, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 23 In het onderhavige geval verschaffen de verwijzingsbeslissingen het Hof echter niet de gegevens, rechtens of feitelijk, die het nodig heeft om de voorwaarden vast te stellen waaronder een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, onder die artikelen zou kunnen vallen. In het bijzonder verstrekken deze beslissingen geen enkele inlichting over het verband dat daarin wordt gelegd tussen deze artikelen en de hoofdgedingen of het voorwerp ervan.

- 24 Voor zover de tweede prejudiciële vraag een uitlegging van de artikelen 3 EG, 10 EG en 81 EG betreft, moet zij dus niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 25 Wat de uitlegging van de artikelen 43 EG en 49 EG betreft, blijkt uit het dossier dat alle elementen van de hoofdgedingen binnen één enkele lidstaat zijn gesitueerd. Bijgevolg dient te worden nagegaan of het Hof in de onderhavige zaken bevoegd is om een uitspraak te doen over laatstgenoemde bepalingen (zie naar analogie arresten van 31 januari 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punt 64, en 22 december 2010, *Omalet*, C-245/09, Jurispr. blz. I-13771, punten 9 en 10).
- 26 Een nationale regeling als die in de hoofdgedingen, die volgens de bewoordingen ervan zonder onderscheid van toepassing is op Italiaanse marktdeelnemers en marktdeelnemers uit andere lidstaten, kan immers in het algemeen slechts onder de bepalingen inzake de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden vallen voor zover zij van toepassing is op situaties die een verband vertonen met het handelsverkeer tussen de lidstaten (zie arresten van 5 december 2000, *Guimont*, C-448/98, Jurispr. blz. I-10663, punt 21, en 11 september 2003, *Anomar e.a.*, C-6/01, Jurispr. blz. I-8621, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest *Centro Europa 7*, reeds aangehaald, punt 65, en arrest van 1 juni 2010, *Blanco Pérez en Chao Gómez*, C-570/07 en C-571/07, Jurispr. blz. I-4629, punt 40).
- 27 Zoals blijkt uit met name de schriftelijke opmerkingen van de Europese Commissie, kan in casu echter geenszins worden uitgesloten dat ondernemingen die gevestigd zijn in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek, in die lidstaat activiteiten hebben willen of willen uitoefenen als de activiteiten waarop de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde concessies betrekking hebben.
- 28 Voorts kan de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van de artikelen 43 EG en 49 EG voor hem nuttig zijn wanneer het nationale recht voorschrijft dat een Italiaanse marktdeelnemer dezelfde rechten toekomen als een marktdeelnemer uit een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het Unierecht kan ontlenen (zie naar analogie reeds aangehaalde arresten *Centro Europa 7*, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en *Blanco Pérez en Chao Gómez*, punt 39). Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de nationale rechter in de verwijzingsbeslissingen de noodzaak tot het stellen van prejudiciële vragen heeft gemotiveerd door erop te wijzen dat de rechtmatigheid van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regeling afhangt van hoe het Hof de artikelen 43 EG en 49 EG uitlegt.
- 29 Bijgevolg is het Hof bevoegd om laatstgenoemde bepalingen uit te leggen.
- 30 Bij de afbakening van de werkingssfeer van de beginselen van de vrijheid van dienstverrichting respectievelijk de vrijheid van vestiging, dient te worden vastgesteld of de marktdeelnemer al dan niet is gevestigd in de lidstaat waarin hij de betrokken dienst aanbiedt (zie in die zin arrest van 30 november 1995, *Gebhard*, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 22). Indien hij is gevestigd in de lidstaat waarin hij deze dienst aanbiedt, valt hij binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging zoals omschreven in artikel 43 EG. Is de marktdeelnemer daarentegen niet in de lidstaat van bestemming gevestigd, dan is hij een grensoverschrijdend dienstverrichter voor wie de vrijheid van dienstverrichting van artikel 49 EG geldt (zie arrest van 29 april 2004, *Commissie/Portugal*, C-171/02, Jurispr. blz. I-5645, punt 24).
- 31 In deze context volgt uit het begrip „vestiging” dat de marktdeelnemer op duurzame wijze diensten aanbiedt vanuit een kantoor in de lidstaat van bestemming. Daarentegen zijn alle diensten die niet op duurzame wijze vanuit een kantoor in de lidstaat van bestemming worden aangeboden, „dienstverrichtingen” als bedoeld in artikel 49 EG (zie arrest *Commissie/Portugal*, reeds aangehaald, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 Uit de rechtspraak blijkt ook dat geen enkele bepaling van het EG-Verdrag het mogelijk maakt om op abstracte wijze de duur of de frequentie te bepalen vanaf welke de verrichting van een dienst of van een bepaald soort dienst niet meer kan worden beschouwd als een dienstverrichting, zodat het begrip „dienst” in de zin van het Verdrag kan slaan op diensten van zeer verschillende aard, met inbegrip van diensten die gedurende een lange periode, zelfs meerdere jaren, worden verricht (zie arrest van

11 december 2003, Schnitzer, C-215/01, Jurispr. blz. I-14847, punten 30 en 31; arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 26, en arresten van 16 juli 2009, von Chamier-Glisczinski, C-208/07, Jurispr. blz. I-6095, punt 74, en 26 oktober 2010, Schmelz, C-97/09, Jurispr. blz. I-10465, punt 42).

- 33 Uit het voorgaande volgt dat een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, in beginsel binnen de werkingssfeer van zowel artikel 43 EG als artikel 49 EG kan vallen. Dit zou anders zijn indien, zoals de Commissie suggereert, lokale belastingen in de praktijk slechts kunnen worden geïnd indien gebruik wordt gemaakt van een vestiging op het nationale grondgebied van de lidstaat van bestemming. Voor zover nodig staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of dat het geval is.
- 34 Bijgevolg moet in het licht van de artikelen 43 EG en 49 EG worden nagegaan of de eisen die expliciet of impliciet voortvloeien uit een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, de vrijheid van vestiging en/of het vrij verrichten van diensten beperken.
- 35 Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak dat artikel 43 EG in de weg staat aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder onderscheid op grond van nationaliteit van toepassing is, de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door onderdanen van de Unie kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken en dat van dergelijke beperkende gevolgen sprake kan zijn wanneer een vennootschap wegens een nationale regeling ervan kan worden afgehouden, in andere lidstaten afhankelijke entiteiten, zoals een vaste inrichting, op te richten of via dergelijke entiteiten haar activiteiten uit te oefenen (zie met name arrest *Attanasio Group*, reeds aangehaald, punten 43 en 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 13 oktober 2011, *DHL International*, C-148/10, Jurispr. blz. I-9543, punt 60).
- 36 Volgens vaste rechtspraak verlangt artikel 49 EG niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking, ook indien deze 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 soortgelijke diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt (zie met name arresten van 25 juli 1991, *Säger*, C-76/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 12, en 4 oktober 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 85). Uit dit oogpunt heeft het Hof voorts geoordeeld dat artikel 49 EG zich verzet tegen de toepassing van een nationale regeling die ertoe leidt dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één lidstaat (zie met name arresten van 5 oktober 1994, *Commissie/Frankrijk*, C-381/93, Jurispr. blz. I-5145, punt 17, en 13 december 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, C-250/06, Jurispr. blz. I-11135, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 37 Volgens de verwijzende rechter moeten in casu in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek gevestigde marktdeelnemers, net als in Italië gevestigde particuliere marktdeelnemers, overeenkomstig de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bepaling, voor de vereffening, vaststelling en inning van bepaalde inkomsten van Italiaanse lokale overheden beschikken over een minimaal volgestort maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen EUR, in voorkomend geval door hun kapitaal aan deze drempel aan te passen om te voorkomen dat eventueel reeds aan hen toegekende concessies voortaan als nietig worden beschouwd.
- 38 Deze verplichting beperkt de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting. Als voorwaarde geldt immers het hebben van een minimaal maatschappelijk kapitaal (zie naar analogie met name arrest *Commissie/Portugal*, reeds aangehaald, punten 53 en 54, en arrest van 26 januari 2006, *Commissie/Spanje*, C-514/03, Jurispr. blz. I-963, punt 36), en voorts worden, zoals de Nederlandse regering opmerkt, particuliere marktdeelnemers die de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde activiteiten willen uitoefenen, ertoe gedwongen rechtspersoonlijkheid aan te nemen (zie naar analogie reeds aangehaalde arresten *Commissie/Portugal*, punten 41 en 42, en *Commissie/Spanje*, punt 31). Aldus worden de in de artikelen 43 EG respectievelijk 49 EG neergelegde vrijheid van vestiging en de



vrijheid van dienstverrichting door een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, belemmerd of minder aantrekkelijk gemaakt in de zin van de in de punten 35 en 36 van het onderhavige arrest uiteengezette rechtspraak.

- 39 Derhalve moet worden onderzocht in hoeverre de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bepaling kan worden aanvaard op een van de gronden van artikel 46 EG, dan wel overeenkomstig de rechtspraak van het Hof haar rechtvaardiging kan vinden in dwingende redenen van algemeen belang (zie naar analogie met name arresten van 30 september 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punt 107, en 8 september 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Professional en Bwin International*, C-42/07, Jurispr. blz. I-7633, punt 55).
- 40 De enige voor het Hof aangevoerde rechtvaardigingsgrond is de bescherming van de overheidsdienst tegen een eventuele niet-nakoming door de concessiehoudende vennootschap, gelet op de hoge totale waarde van de overeenkomsten die zij heeft gesloten.
- 41 Dienaangaande blijkt uit de opmerkingen van de Comune di Baranzate dat de concessiehouders de fiscale opbrengsten waarop de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde concessies betrekking hebben, vervroegd innen. Volgens de Comune di Baranzate moeten de belastingen aan het einde van een trimester pas na inhouding van een „inningsprovisie” worden gestort aan de overheidsdienst. De Comune di Baranzate wijst erop dat de winst voor de concessiehouders, na inhouding van de inningsprovisie, voortvloeit uit financiële transacties met de tegoeden die deze concessiehouders onder zich houden. De concessiehouders bezitten en gebruiken derhalve miljoenen euro's die zij vervolgens moeten storten aan de overheidsdienst.
- 42 Ook al kan de in punt 40 van het onderhavige arrest uiteengezette doelstelling als een dwingende reden van algemeen belang en niet als een reden van zuiver economische aard worden beschouwd (zie in dit verband arresten van 17 maart 2005, *Kranemann*, C-109/04, Jurispr. blz. I-2421, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 16 februari 2012, *Costa en Cifone*, C-72/10 en C-77/10, punt 59), dan nog zij er dienaangaande aan herinnerd dat een beperking van de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden slechts gerechtvaardigd kan zijn wanneer de betrokken maatregel geschikt is ter bereiking van het nagestreefde doel en niet verder gaat dan daartoe nodig is (arrest *Attanasio Group*, reeds aangehaald, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bovendien is een nationale wettelijke regeling slechts geschikt om de verwezenlijking van het gestelde doel te verzekeren, wanneer zij de verwezenlijking ervan werkelijk coherent en systematisch nastreeft (zie met name arrest van 10 maart 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, punt 55, en arrest *Attanasio Group*, reeds aangehaald, punt 51).
- 43 Zoals de verwijzende rechter heeft vastgesteld, gaat een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, echter veel verder dan het doel van bescherming van de overheidsdienst tegen niet-nakoming door de concessiehouders.
- 44 Deze rechter heeft immers opgemerkt dat bepaalde in de Italiaanse regeling vervatte voorzorgsmaatregelen volgens hem de overheidsdienst op een evenredige wijze kunnen beschermen tegen niet-nakoming door de concessiehouders. Aldus vereist de Italiaanse regeling met name dat het bewijs wordt overgelegd dat is voldaan aan de algemene voorwaarden voor deelneming aan een aanbestedingsprocedure, namelijk technische bekwaamheid en financiële draagkracht, evenals betrouwbaarheid en solvabiliteit. De verwijzende rechter heeft dienaangaande eveneens vermeld dat de concessiehoudende vennootschap moet beschikken over een minimaal volgestort maatschappelijk kapitaal naar evenredigheid van de waarde van de overeenkomsten die zij daadwerkelijk heeft gesloten.
- 45 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, beperkingen van de in de artikelen 43 EG en 49 EG neergelegde vrijheden omvat die onevenredig en dus ongerechtvaardigd zijn.

- 46 Gelet op het voorgaande moet op de tweede prejudiciële vraag worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 49 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan:
- marktdeelnemers, met uitzondering van vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, verplicht zijn om in voorkomend geval het minimale volgestort kapitaal te verhogen tot 10 miljoen EUR om gerechtigd te zijn tot vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden;
  - gunning van deze diensten aan marktdeelnemers die niet aan dit vereiste van een minimaal maatschappelijk kapitaal voldoen, nietig is, en
  - het hun verboden is nieuwe opdrachten te werven of aan aanbestedingen voor de plaatsing van deze diensten deel te nemen totdat zij hebben voldaan aan deze verplichting hun maatschappelijk kapitaal aan te passen.

#### *Eerste vraag*

- 47 Gelet op het antwoord op de tweede vraag en op hetgeen is uiteengezet in de punten 18 en 19 van het onderhavige arrest, behoeft de eerste vraag niet te worden beantwoord.

#### **Kosten**

- 48 Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

**De artikelen 43 EG en 49 EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, op grond waarvan:**

- **marktdeelnemers, met uitzondering van vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, verplicht zijn om in voorkomend geval het minimale volgestort kapitaal te verhogen tot 10 miljoen EUR om gerechtigd te zijn tot vereffening, vaststelling en inning van belastingen en andere inkomsten van lokale overheden;**
- **gunning van deze diensten aan marktdeelnemers die niet aan dit vereiste van een minimaal maatschappelijk kapitaal voldoen, nietig is, en**
- **het hun verboden is nieuwe opdrachten te werven of aan aanbestedingen voor de plaatsing van deze diensten deel te nemen totdat zij hebben voldaan aan deze verplichting hun maatschappelijk kapitaal aan te passen.**

ondertekeningen