



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

12 december 2013 \*

„Artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU — Openbare bedrijven en ondernemingen waaraan lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen — Ondernemingen belast met beheer van diensten van algemeen economisch belang — Begrippen — Instellingen belast met controle of en certificering dat ondernemingen die openbare werken uitvoeren aan wettelijke voorwaarden voldoen — Artikel 49 VWEU — Vrijheid van vestiging — Beperking — Rechtvaardiging — Bescherming van ontvangers van diensten — Kwaliteit van certificeringsdiensten”

In zaak C-327/12,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissing van 6 maart 2012, ingekomen bij het Hof op 10 juli 2012, in de procedure

**Ministero dello Sviluppo economico,**

**Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**

tegen

**SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA,**

in tegenwoordigheid van:

**Associazione nazionale Società Organismi di Attestazione (Unionsoa),**

**SOA CQOP SpA,**

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, M. Safjan (rapporteur), C.G. Fernlund, J. Malenovský en A. Prechal, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 mei 2013,

\* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

- SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA, vertegenwoordigd door S. Cammareri en M. Condinanzi, avvocati,
- Associazione nazionale Società Organismi di Attestazione (Unionsoa), vertegenwoordigd door A. Cancrini, G. M. Di Paolo en A. Clarizia, avvocati,
- SOA CQOP SpA, vertegenwoordigd door C. De Portu, avvocato,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door L. D’Ascia, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Malferrari, I. Rogalski en R. Striani als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 5 september 2013,

het navolgende

### **Arrest**

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen het Ministero dello Sviluppo economico (ministerie van Economische Ontwikkeling; hierna: „Ministero”) en de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (autoriteit die toezicht houdt op overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen; hierna: „Autorità”) enerzijds, en SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA (hierna: „OA Nazionale Costruttori”) anderzijds, betreffende de verklaring van het Ministero en de Autorità dat de wettelijke afschaffing van de bindende minimumtarieven die bij de uitoefening van bepaalde beroepswerkzaamheden werden toegepast, niet geldt voor de diensten die worden verricht door ondernemingen met de hoedanigheid van certificeringsinstelling (Società Organismi di Attestazione; hierna: „OA”).

### **Toepasselijke bepalingen**

#### *Unierecht*

- 3 Artikel 52, lid 1, eerste alinea, 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) luidt:

„De lidstaten kunnen hetzij officiële lijsten van erkende aannemers, leveranciers of dienstverleners, hetzij een certificering door publiekrechtelijke of privaatrechtelijke certificeringsinstellingen instellen.”

*Italiaans recht*

- 4 Wetgevend decreet nr. 163 van 12 april 2006 houdende het wetboek betreffende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006; hierna: „wetboek”) bepaalt in artikel 40:

„1. Eenieder die, in welke hoedanigheid ook, openbare werken uitvoert, moet daartoe een kwalificatieattest hebben verkregen en bij het verrichten van zijn activiteiten de beginselen van kwaliteit, professionalisme en loyaliteit in acht nemen. Met datzelfde doel dienen de producten, procedures, diensten en kwaliteitsregelingen waarvan de betrokkene in de onderneming gebruikmaakt overeenkomstig de geldende voorschriften te worden gecertificeerd.

2. De regeling [...] voorziet in één kwalificatiestelsel voor al wie, in welke hoedanigheid ook, openbare werken ten bedrage van meer dan 150 000 EUR uitvoert, waarbij de werken worden ingedeeld naar de aard en het bedrag ervan. De regeling [...] voorziet tevens in de mogelijkheid om de kwalificatiecategorieën periodiek te herzien en eventuele nieuwe categorieën in te voeren.

3. Het kwalificatiestelsel wordt tot uitvoering gebracht door privaatrechtelijke certificeringsinstellingen, die daartoe zijn erkend door de Autorità. Zij verrichten hun certificeringsactiviteit met inachtneming van het beginsel van onafhankelijkheid van de oordeelsvorming, doordat zij garanderen geen commercieel of financieel belang na te streven dat hen kan aanzetten tot niet-onpartijdig of discriminatoir gedrag. Wanneer de OA's hun certificeringsactiviteit uitoefenen ten behoeve van personen die openbare werken uitvoeren, verrichten zij een publiekrechtelijke taak [...] Bij afgifte van valse certificaten zijn de artikelen 476 en 479 van het Strafwetboek van toepassing. De OA's geven pas een certificaat af nadat zij hebben geverifieerd of de aanvragende onderneming aan alle voorwaarden voldoet. De certificeringsinstellingen dienen te certificeren dat de betrokken personen:

- a) in het bezit zijn van een attest waaruit blijkt dat hun kwaliteitsregeling beantwoordt aan de Europese normen [...] en de geldende nationale regelgeving, dat is afgegeven door overeenkomstig de Europese regels geaccrediteerde instellingen [...]. De geaccrediteerde instellingen dienen het in dit punt bedoelde attest, voor ondernemingen die openbare werken uitvoeren, te laten inschrijven op de door de Italiaanse accrediteringsinstelling bijgehouden officiële lijst [...];
- b) voldoen aan de algemene, technisch-organisatorische en economisch-financiële voorwaarden van het [Unie]-recht inzake kwalificatie. Eén van de technisch-organisatorische voorwaarden bestaat erin dat een onderneming die openbare werken uitvoert, in het bezit is van een door de aanbestedende dienst afgegeven attest. [...]

4. In de regeling worden met name vastgesteld:

[...]

- b) de voorwaarden en criteria voor erkenning en eventueel verval van de erkenning van de certificeringsinstellingen alsook de door deze instellingen te vervullen subjectieve, organisatorische, financiële en technische voorwaarden;
- c) de regels volgens welke wordt geattesteerd dat de gekwalificeerd bevonden personen beschikken over een gecertificeerde kwaliteitsregeling in de zin van lid 3, sub a, en dat zij voldoen aan de voorwaarden van lid 3, sub b, alsook de regels voor de eventuele jaarlijkse toetsing van die voorwaarden aan de balansgegevens;
- d) de in lid 3, sub b, bedoelde algemene voorwaarden [...] en technisch-organisatorische en economisch-financiële voorwaarden, waaronder de bepalingen inzake de omvang van de werken en de aard ervan [...]

- e) de criteria voor de vaststelling van de tarieven voor certificering, met dien verstande dat niet kan worden afgeweken van de minimumtarieven;
- f) de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend op het kwalificatieattest; dat attest blijft vijf jaar geldig, en vóór het einde van het derde jaar wordt gecontroleerd of nog altijd is voldaan aan de algemene voorwaarden en de voorwaarden inzake de in de regeling op te nemen structurele capaciteit; de geldigheidsduur van de algemene en bijzondere categorieën die aan de in lid 2 bedoelde herziening kunnen worden onderworpen; het tarief voor de controle of de voorwaarden nog steeds zijn vervuld, is evenredig aan het tarief voor certificering, waarvan het ten hoogste drie vijfde mag bedragen;

f bis)

de regels die ervoor moeten zorgen dat het toezicht op de activiteit van de certificeringsinstellingen binnen de respectieve bevoegdheden wordt gecoördineerd, en wel met gebruikmaking van de daartoe reeds beschikbare structuren en middelen, zonder dat nieuwe of hogere kosten op de overheidsfinanciën komen te drukken;

- g) geldboeten en verboden, gaande tot het verval van de erkenning, voor het geval dat de OA's bij de afgifte van certificaten onregel- en onrechtmatigheden begaan of geen gevolg geven aan een verzoek om inlichtingen en documenten dat de Autorità in het kader van haar toezichthoudende taak aan hen heeft gericht; de bedoelde sancties worden opgelegd met inachtneming van de beginselen van evenredigheid en van hoor en wederhoor;

- g bis) de in artikel 6, lid 11, bedoelde geldboeten, en verboden gaande tot intrekking van het kwalificatieattest, voor ondernemers die geen gevolg geven aan verzoeken om inlichtingen en documenten die de Autorità aan hen richt in het kader van haar bevoegdheid tot het houden van toezicht op het kwalificatiestelsel, of die bedrieglijke inlichtingen of documenten verstrekken;

- h) regionale lijsten van personen die het in lid 3 bedoelde kwalificatieattest hebben verkregen; die lijsten worden opgesteld en bijgehouden door de Autorità, die ervoor zorgt dat zij worden bekendgemaakt door het Osservatorio.

[...]

6. De regeling legt de specifieke economisch-financiële en technisch-organisatorische voorwaarden vast waaraan moet worden voldaan door gegadigden voor een concessieovereenkomst voor openbare werken die de werken niet binnen hun eigen bedrijfsorganisatie zullen uitvoeren.

[...]

9 bis. De OA's zijn verantwoordelijk voor het bewaren van de documenten en akten die met het oog op de afgifte van de certificaten zijn gebruikt, ook nadat zij hun certificeringsactiviteit hebben stopgezet. De OA's dienen tevens de in de regeling genoemde personen inzage te verlenen van die documenten en akten, ook wanneer hun erkenning voor het verrichten van de certificeringsactiviteit is geschorst of vervallen; indien zij deze verplichtingen niet nakomen, worden hun de administratieve geldboeten als bedoeld in artikel 6, lid 11, opgelegd. De OA's dienen de in de eerste volzin genoemde documenten en akten hoe dan ook gedurende tien jaar of gedurende de in de regeling bepaalde periode te bewaren [...].

9 ter. De OA's zijn gehouden de Autorità in kennis te stellen van de aanvang van de procedure voor controle of de aan een onderneming gestelde voorwaarden zijn vervuld en van het resultaat daarvan. De OA's dienen het kwalificatieattest vervallen te verklaren, wanneer zij vaststellen dat het is

afgegeven in weerwil van het feit dat niet of niet langer aan de voorwaarden van de regeling is voldaan; indien de OA's deze verplichting niet nakomen, verklaart de Autorità hun erkenning voor het verrichten van de certificeringsactiviteit vervallen.

9 quater. Wanneer een onderneming een kwalificatieattest probeert te verkrijgen op basis van valse verklaringen of valse documenten, melden de OA's dat aan de Autorità, die zulks, indien zij meent dat er, gelet op het belang en de ernst van de feiten waarover een valse verklaring is afgelegd of valse documenten zijn ingediend, sprake is van opzet of een ernstige fout, registreert in een elektronische databank [...] zodat de betrokken onderneming van deelname aan aanbestedings- en onderaanbestedingsprocedures is uitgesloten, [...], gedurende een jaar, waarna de registratie ongedaan wordt gemaakt en in geen geval nog langer effect sorteert."

5 Bij artikel 2, lid 1, sub a, van wetsdecreet nr. 223 van 4 juli 2006 houdende spoedmaatregelen voor het economische en sociale herstel, voor de beheersing en de beperking van de overheidsuitgaven en maatregelen op het gebied van de belastinginkomsten en de strijd tegen belastingfraude (GURI nr. 153 van 4 juli 2006, blz. 4), na wijziging omgezet in wet bij wet nr. 248 van 4 augustus 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 186 van 11 augustus 2006; hierna: „wetsdecreet nr. 223/2006”), zijn de bepalingen ingetrokken die voorzagen in de verplichte toepassing van vaste of minimumtarieven, „wat de vrije beroepen of intellectuele activiteiten betreft”.

6 Decreet nr. 207 van de president van de Republiek van 5 oktober 2010 tot uitvoering en toepassing van wetgevend decreet nr. 163 (gewoon supplement bij GURI nr. 288 van 10 december 2010; hierna: „presidentieel decreet nr. 207/2010”), waarbij decreet nr. 34 van de president van de Republiek van 25 januari 2000 is ingetrokken, bepaalt in artikel 60, leden 2 tot en met 4:

„2. Eenieder aan wie een aanbestedende dienst openbare werken ten bedrage van meer dan 150 000 EUR gunt, dient ter uitvoering van die werken verplicht een kwalificatieattest te hebben verkregen.

3. [...] het overeenkomstig deze titel afgegeven kwalificatieattest vormt een noodzakelijke maar voldoende voorwaarde ten bewijze dat de betrokkene voldoet aan de eisen op het gebied van technische deskundigheid en financiële draagkracht, zodat hem openbare werken kunnen worden gegund.

4. De aanbestedende diensten kunnen van de inschrijvers niet verlangen dat zij hun geschiktheid aantonen overeenkomstig andere regels, procedures en voorwaarden dan die waarin het onderhavige hoofdstuk voorziet [...]”.

7 Artikel 68 van decreet nr. 207/2010 luidt:

„1. De OA's kunnen hun activiteit bestaande in de certificering dat de betrokkene gekwalificeerd is, [...] slechts verrichten mits zij daartoe door de Autorità zijn erkend.

2. De OA voegt bij haar erkenningsaanvraag de volgende documenten:

- a) de akte van oprichting en de statuten van de vennootschap;
- b) de lijst van aandeelhouders en een verklaring inzake eventuele afhankelijkheidsrelaties of banden tussen ondernemingen;
- c) het organigram van de OA, samen met het curriculum vitae van de personen die er deel van uitmaken;

- d) een verklaring van de wettelijk vertegenwoordiger, die is opgesteld volgens de regels en in de vorm waarin het geldende recht voorziet en waarin wordt bevestigd dat de in artikel 64, lid 6, bedoelde situaties zich niet voordoen, wat de OA, haar bestuurders, wettelijk vertegenwoordigers of technisch directeuren en haar personeel betreft [...];
- e) een uittreksel uit het strafregister van de bestuurders, de wettelijk vertegenwoordigers, de technisch directeuren en het personeel [...];
- f) een document waarin een beschrijving wordt gegeven van de procedures volgens welke, overeenkomstig de door de Autorità vastgestelde bepalingen, de certificeringsactiviteit zal worden uitgeoefend;
- g) een verzekeringsovereenkomst die is gesloten met een verzekeringsmaatschappij die gerechtigd is het aan de verplichtingen verbonden risico te dekken, ter dekking van de aansprakelijkheid waartoe de verrichte activiteit kan leiden, en waarvan het maximumbedrag niet lager mag zijn dan zes keer de verwachte omzet.

[...]"

8 Artikel 70 van decreet nr. 207/2010 bepaalt:

„1. Bij de uitoefening van hun activiteit zijn de OA's gehouden:

- a) snel, loyaal en transparant te handelen, met inachtneming van de in artikel 2 van het wetboek genoemde beginselen;
- b) de aanvragers van een kwalificatieattest om de vereiste inlichtingen te verzoeken en er daarbij voor te zorgen dat de verkregen informatie relevant is;
- c) zich onpartijdig op te stellen en te waarborgen dat alle betrokkenen gelijk worden behandeld;
- d) de door de bepalingen van het wetboek en door de onderhavige titel vereiste onafhankelijkheid te verzekeren en te handhaven;
- e) te beschikken over middelen en procedures, mede op het gebied van interne controle, die geschikt zijn om efficiëntie en loyauteit te verzekeren;
- f) de inhoud en de waarheidsgetrouwheid te controleren van de verklaringen, attesten en documenten [...] die zijn ingediend door de personen waaraan het certificaat moet worden afgegeven, en na te gaan of nog steeds is voldaan aan de voorwaarden van artikel 78;
- g) het kwalificatieattest af te geven op basis van de documenten die door de onderneming zijn overgelegd en overeenkomstig het bepaalde sub f zijn geverifieerd.

2. Ter beoordeling en controle van het kwalificatieattest verzamelen de OA's economisch-financiële gegevens, zoals balansen, en winnen zij informatie in over organisatorische veranderingen en wijzigingen in de rechtsvorm van de ondernemingen; daartoe doen zij onder meer een beroep op de kamer van koophandel, industrie en handwerksnijverheid.

3. Bij de uitvoering van hun institutionele taken kunnen de OA's geen beroep doen op derden. De OA's zijn hoe dan ook aansprakelijk voor elke activiteit die, rechtstreeks of indirect, in hun naam en voor hun rekening wordt verricht.

4. Voor de afgifte van een kwalificatieattest of de verlenging daarvan, alsook voor alle aanvullende handelingen ter herziening of wijziging, is een vergoeding verschuldigd die wordt vastgesteld aan de hand van de totale waarde en het aantal algemene of gespecialiseerde categorieën waarvoor certificering wordt aangevraagd, overeenkomstig de in bijlage C – deel I opgenomen formules. Voor duurzame consortia wordt het tarief van alle door de OA's te verrichten werkzaamheden verlaagd met 50 %; voor ondernemingen die een certificaat hebben verkregen voor klasse II-aanbestedingsprocedures, wordt het tarief van al hun werkzaamheden verlaagd met 20 %.

5. De overeenkomstig lid 4 vastgestelde bedragen zijn minimumtarieven voor de verrichte dienst. Het verschuldigde bedrag mag ten hoogste het dubbele bedragen van de overeenkomstig de criteria van lid 4 vastgestelde prijs. Andersluidende bedingen zijn nietig. De vergoeding moet volledig zijn betaald vóór afgifte van het certificaat, de herziening of wijziging [daarvan]; een betalingsuitstel van ten hoogste zes maanden wordt toegestaan indien de OA bij de afgifte van het certificaat machtiging heeft gekregen om het volledige bedrag rechtstreeks af te schrijven van een rekening-courant.

6. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 8, lid 7, delen de OA's de certificaten binnen vijftien dagen na afgifte mee aan de Autorità.

7. Binnen een termijn van tien dagen stellen de OA's de Autorità overeenkomstig artikel 40, lid 9 ter, van het wetboek in kennis van de aanvang van de procedure voor controle of de aan een onderneming gestelde voorwaarden zijn vervuld en van het resultaat daarvan."

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

- 9 Bij mededelingen van 20 september 2010 verklaarden zowel het Ministero als de Autorità dat artikel 2 van wetsdecreet nr. 223/2006, dat voorzag in de afschaffing van de in het kader van bepaalde beroepsactiviteiten verplicht toe te passen minimumtarieven, niet gold voor de diensten van de OA's, en dat zij zich niet konden vinden in het plan van OA Nazionale Costruttori, de ondernemingen korting te geven op de door gevraagde vergoeding voor de afgifte van kwalificatieattesten.
- 10 OA Nazionale Costruttori heeft bij het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio beroep tot nietigverklaring van die mededelingen ingesteld.
- 11 Bij vonnis van 1 juni 2011 heeft die rechterlijke instantie het beroep van OA Nazionale Costruttori toegewezen.
- 12 Het Ministero en de Autorità zijn tegen dat vonnis opgekomen bij de Consiglio di Stato.
- 13 Volgens de verwijzende rechter kunnen de in artikel 2, lid 1, sub a, van wetsdecreet nr. 223/2006 vermelde „intellectuele” activiteiten geen betrekking hebben op de activiteiten van de OA's die een publieke certificeringstaak uitoefenen. Die taak bestaat immers in de afgifte van kwalificatieattesten, die een noodzakelijke maar voldoende voorwaarde vormen ten bewijze dat een onderneming voldoet aan de eisen op het gebied van technische deskundigheid en financiële draagkracht, zodat zij met de uitvoering van openbare werken kan worden belast.
- 14 Voorts verrichten de OA's activiteiten van uitsluitende aard, aangezien zij geen andere activiteiten mogen verrichten; het betreft geen autonome activiteiten, daar zij zijn onderworpen aan de rechtsregels en het toezicht van de Autorità.
- 15 Bijgevolg is de verwijzende rechter van oordeel dat de afschaffing van de minimumtarieven door wetsdecreet nr. 223/2006 niet kan gelden voor de tarieven die zijn vastgesteld voor de certificeringsactiviteit van de OA's.

- 16 De verwijzende rechter betwijfelt echter of de toepasselijke nationale bepalingen inzake de certificeringsactiviteit van de OA's verenigbaar zijn met het Unierecht.
- 17 In het bijzonder vraagt hij zich af of de OA's, gelet op de bepalingen van het WEU-Verdrag inzake mededinging en vrijheid van vestiging, deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag en of de betrokken nationale regeling inzake de minimumtarieven in overeenstemming is met die bepalingen.
- 18 In deze omstandigheden heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzetten de beginselen van het [...] mededingingsrecht [van de Unie] en de artikelen 101 [VWEU], 102 [VWEU] en 106 [VWEU] zich tegen de toepassing van de tarieven die bij de [presidentiële] decreten [nr. 34 van 25 januari 2000 en nr. 207/2010] zijn vastgesteld voor de certificeringsactiviteit van de [OA's]?”

### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

#### *Ontvankelijkheid*

- 19 Associazione nazionale Società Organismi di Attestazione (hierna: „Unionsoa”) stelt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is, op grond dat het irrelevant is voor de uitkomst van het hoofdgeding, aangezien de verwijzende rechter reeds heeft vastgesteld dat de nationale tariefregeling voor de OA's gerechtvaardigd is.
- 20 Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat er volgens vaste rechtspraak van het Hof een vermoeden van relevantie rust op de vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste wettelijke en feitelijke kader (zie arrest van 30 mei 2013, X, C-651/11, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 21 Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter slechts afwijzen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het recht van de Unie geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (zie arrest X, reeds aangehaald, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 22 Vastgesteld moet evenwel worden dat in casu uit het aan het Hof overgelegde dossier niet duidelijk blijkt dat de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met het voorwerp van het geschil of dat de door hem voorgelegde kwestie louter hypothetisch is.
- 23 De verwijzende rechter, bij wie een verzoek is ingediend om wijziging van het vonnis van het Tribunale amministrativo regionale per il Lazio houdende vaststelling dat kan worden afgeweken van de minimumtarieven voor de certificeringsactiviteit van de OA's, is namelijk van oordeel dat de uitkomst van het hoofdgeding afhangt van de vraag of het mededingingsrecht van de Unie zich verzet tegen nationale regelgeving die de OA's een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de diensten die zij verrichten. Bijgevolg heeft de verwijzende rechter die nationale tariefregeling nog niet onherroepelijk beoordeeld.
- 24 Derhalve dient de vraag van de Consiglio di Stato te worden beantwoord.

*Ten gronde*

- 25 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van het Verdrag inzake mededinging en de vrijheid van vestiging aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen nationale regelgeving als die in het hoofdgeding, die de OA's een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken.

Mededingingsrecht van de Unie

- 26 Ter beantwoording van deze vraag dient in de eerste plaats te worden nagegaan of de OA's in het kader van hun certificeringsactiviteit „ondernemingen” zijn in de zin van de artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU.
- 27 Dienaangaande blijkt uit de vaste rechtspraak van het Hof dat voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie, onder onderneming wordt verstaan elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21). Onder economische activiteit wordt verstaan, iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (zie arrest van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 19). Activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag hebben echter geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag rechtvaardigt (zie arrest van 12 juli 2012, Compass-Datenbank, C-138/11, punt 36).
- 28 In het onderhavige geval heeft de Italiaanse wetgever op grond van artikel 52, lid 1, van richtlijn 2004/18 een certificeringsregeling ingesteld die tot uitvoering wordt gebracht door particuliere instellingen, namelijk de OA's. Dat zijn ondernemingen met winstoogmerk die zijn belast met het verrichten van certificeringsdiensten. Het verkrijgen van een door die ondernemingen afgegeven certificaat is een noodzakelijke voorwaarde voor eenieder die onder de door het nationale recht geregelde voorwaarden wil deelnemen aan aanbestedingen van openbare werken.
- 29 De activiteit van de OA's is een economische activiteit. Zij geven immers tegen betaling certificaten af, en doen dat uitsluitend op basis van de reële vraag op de markt. Bovendien dragen zij de aan de uitoefening van deze activiteit verbonden financiële risico's (zie in die zin arrest van 18 juni 1998, Commissie/Italië, C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 37).
- 30 De nationale regeling bepaalt met name dat de OA's de technische deskundigheid en de financiële draagkracht van de te certificeren ondernemingen controleren alsook de inhoud en de waarheidsgetrouwheid van de verklaringen, attesten en documenten die worden ingediend door de personen aan wie het certificaat wordt afgegeven, en nagaan of nog steeds is voldaan aan de voorwaarden inzake de persoonlijke situatie van de gegadigde of de inschrijver.
- 31 In het kader van die controle dienen de OA's de relevante informatie mee te delen aan de Autorità, die erop toeziet dat de certificeringsactiviteiten volgens de regels worden verricht en de OA's die de krachtens de geldende nationale regelgeving op hen rustende verplichtingen niet nakomen, sancties kan opleggen.
- 32 Anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 maart 2009, SELEX Sistemi Integrati/Commissie (C-113/07 P, Jurispr. blz. I-2207, punt 76), verrichten de OA's geen normalisatietaken. Deze ondernemingen hebben niet de beslissingsbevoegdheid waarmee de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag gepaard gaat.

- 33 Blijkens het dossier van de onderhavige zaak en zoals de advocaat-generaal in punt 57 van zijn conclusie heeft uiteengezet, werken de ondernemingen die certificeringsactiviteiten verrichten, namelijk de OA's, onder mededingingsvoorwaarden.
- 34 Ondernemingen die willen deelnemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken zijn niet wettelijk verplicht gebruik te maken van de certificeringsdiensten van een welbepaalde OA.
- 35 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat, net zoals een autofabrikant door het Hof als een onderneming is erkend, voor zover hij op de markt van de certificering van auto's conformiteitscertificaten afgeeft die noodzakelijk zijn voor de registratie van die voertuigen (arrest van 11 november 1986, *British Leyland/Commissie*, 226/84, Jurispr. blz. 3263), de OA's in het kader van hun certificeringsactiviteit moeten worden beschouwd als „ondernemingen” in de zin van de artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU.
- 36 In de tweede plaats moet worden nagegaan of de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU van toepassing zijn in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin de regels inzake de minimumtarieven voor certificeringsdiensten door de Staat worden vastgesteld.
- 37 Dienaangaande zij in herinnering geroepen dat de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU volgens vaste rechtspraak van het Hof weliswaar slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten, maar dat dit niet wegneemt dat die artikelen, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 3, VEU, dat een verplichting tot samenwerking tussen de Europese Unie en de lidstaten in het leven roept, voorschrijven dat de lidstaten geen maatregelen – ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard – nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken (zie arresten van 5 december 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421, punt 46, en 1 juli 2010, *Sbarigia*, C-393/08, Jurispr. blz. I-6337, punt 31).
- 38 Er bestaat strijdigheid met de artikelen 101 VWEU of 102 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 3, VEU, wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te laten, of nog misbruik van machtspositie oplegt of bevordert (zie in die zin arrest *Cipolla e.a.*, reeds aangehaald, punt 47).
- 39 Het aan het Hof overgelegde dossier bevat geen gegevens waaruit kan worden afgeleid dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling een dergelijke werking heeft. Voorts is het duidelijk dat de lidstaat in kwestie de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied niet aan particuliere marktdeelnemers heeft overgelaten.
- 40 In die omstandigheden dient in de derde plaats te worden onderzocht of artikel 106 VWEU in casu van toepassing is, voor zover lid 1 daarvan de lidstaten, met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, verbiedt, maatregelen te nemen of te handhaven die in strijd zijn met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU.
- 41 Een overheidsmaatregel kan worden geacht een uitsluitend of bijzonder recht in de zin van artikel 106, lid 1, VWEU toe te kennen, wanneer hij een beperkt aantal ondernemingen beschermt, waardoor de mogelijkheden van andere ondernemingen om in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden de betrokken economische activiteit uit te oefenen, aanmerkelijk ongunstig worden beïnvloed (zie arrest *Ambulanz Glöckner*, reeds aangehaald, punt 24).

- 42 In het onderhavige geval kan het feit dat alle OA's – en alléén zij – zijn belast met de met certificering verband houdende taken, niet aldus worden opgevat dat de OA's daardoor bijzondere of uitsluitende rechten hebben verkregen. Alle OA's krijgen op de relevante markt van de certificeringsdiensten immers dezelfde rechten en dezelfde bevoegdheden, zonder dat er een concurrentievoordeel wordt verleend aan bepaalde op die markt actieve ondernemingen, ten koste van andere ondernemingen die dezelfde diensten verlenen. Voorts wordt kennelijk niet slechts aan een beperkt aantal instellingen toestemming gegeven tot het oprichten van nieuwe OA's, maar aan elke instelling die aan de in punt 7 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden voldoet.
- 43 Bijgevolg kunnen de OA's niet worden beschouwd als ondernemingen waaraan de betrokken lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 106, lid 1, VWEU heeft toegekend.
- 44 Gelet op een en ander zij vastgesteld dat de artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen nationale regelgeving als die in het hoofdgeding, die de OA's een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken.

#### Vrijheid van vestiging

- 45 Artikel 49 VWEU verzet zich tegen beperkingen van de vrijheid van vestiging. Die bepaling verbiedt alle nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door de burgers van de Unie kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken. Het begrip beperking omvat de door een lidstaat genomen maatregelen die, hoewel zij zonder onderscheid toepasselijk zijn, de toegang tot de markt voor ondernemingen van andere lidstaten ongunstig beïnvloeden en dus de intracommunautaire handel belemmeren (zie arresten van 28 april 2009, Commissie/Italië, C-518/06, Jurispr. blz. I-3491, punten 63 en 64, en 7 maart 2013, DKV Belgium, C-577/11, punten 31-33).
- 46 In casu blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat alle feiten en omstandigheden van het hoofdgeding binnen één enkele lidstaat zijn gesitueerd, te weten de Italiaanse Republiek. Derhalve moet eerst worden nagegaan of het Hof bevoegd is om in de onderhavige zaak uitspraak te doen over de Verdragsbepaling betreffende de vrijheid van vestiging, namelijk artikel 49 VWEU (arrest van 11 maart 2010, Attanasio Group, C-384/08, Jurispr. blz. I-2055, punt 22).
- 47 Een nationale regeling als die in het hoofdgeding, die zonder onderscheid van toepassing is op Italiaanse burgers en op burgers van de 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 arrest Attanasio Group, reeds aangehaald, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 In het onderhavige geval kan geenszins worden uitgesloten dat ondernemingen die gevestigd zijn in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek belangstelling hebben gehad of hebben om in die lidstaat certificeringsactiviteiten uit te oefenen (zie in die zin arrest Attanasio Group, reeds aangehaald, punt 24).
- 49 Overigens kan een antwoord voor de verwijzende rechter ook nuttig zijn in een situatie waarin alle feiten en omstandigheden zich voordoen binnen één lidstaat, met name wanneer het nationale recht hem voorschrijft dat een nationale burger dezelfde rechten toekomen als een burger van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het recht van de Unie kan ontleen (zie arrest van 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez, C-570/07 en C-571/07, Jurispr. blz. I-4629, punt 39).

- 50 Aangaande artikel 51 VWEU, ingevolge hetwelk de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging niet van toepassing zijn op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag, zij erop gewezen dat deze uitzondering geen toepassing vindt in het hoofdgeding.
- 51 Deze uitzondering is namelijk beperkt tot werkzaamheden die, op zichzelf beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen (arrest van 24 mei 2011, Commissie/België, C-47/08, Jurispr. blz. I-4105, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 52 Gelet op de uiteenzetting in de punten 28 tot en met 35 van het onderhavige arrest, kan niet met succes worden gesteld dat de certificeringsactiviteiten van de OA's een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen.
- 53 Zoals de advocaat-generaal in de punten 47 en 48 van zijn conclusie heeft opgemerkt, vallen besluiten om de technische controle al dan niet te certificeren, hetgeen in wezen niet meer behelst dan de vaststelling van de resultaten van de technische inspectie, niet onder de uitzondering van artikel 51 VWEU, voor zover zij, enerzijds, niet voortvloeien uit een eigen beslissingsautonomie, die kenmerkend is voor de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag en, anderzijds, worden genomen binnen het kader van een rechtstreeks staatstoezicht (zie naar analogie arrest van 22 oktober 2009, Commissie/Portugal, C-438/08, Jurispr. blz. I-10219, punten 41 en 45). Ook de ondersteunende en voorbereidende rol die particuliere organisaties vervullen ten opzichte van de toezichthoudende instantie kan niet worden beschouwd als een rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 51 VWEU (zie arrest van 29 november 2007, Commissie/Duitsland, C-404/05, Jurispr. blz. I-10239, punt 44).
- 54 In casu kan de door de OA's verrichte controle of de te certificeren ondernemingen over voldoende technische deskundigheid en financiële draagkracht beschikken, wat de inhoud is van de verklaringen, attesten en documenten die zijn ingediend door de personen aan wie het certificaat wordt afgegeven en of deze waarheidsgetrouw zijn, alsook of nog altijd is voldaan aan de voorwaarden inzake de persoonlijke situatie van de gegadigde of de inschrijver, niet worden beschouwd als een activiteit die wordt verricht met de beslissingsautonomie die typerend is voor de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. De controle in kwestie wordt volledig geregeld door het nationale recht. Bovendien wordt zij uitgevoerd onder rechtstreeks staatstoezicht en beoogt zij de taak van de aanbestedende diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor werken te vergemakkelijken, voor zover zij die in staat stelt hun taak te vervullen met duidelijke en nauwkeurige kennis van de technische deskundigheid en de financiële draagkracht van de inschrijvers.
- 55 Bijgevolg dient de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling te worden getoetst aan artikel 49 VWEU.

– Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

- 56 De in het hoofdgeding betwiste nationale regels verbieden de ondernemingen die certificeringsdiensten verrichten, af te wijken van de minimumtarieven waarin het Italiaanse recht voorziet. Zoals de advocaat-generaal in punt 51 van zijn conclusie uiteenzet, kunnen die regels de uitoefening van de vrijheid van vestiging op de markt van die diensten minder aantrekkelijk maken voor ondernemingen die in een andere lidstaat dan de Italiaanse Republiek zijn gevestigd.
- 57 Dat verbod ontnemt ondernemingen die gevestigd zijn in een andere lidstaat dan de Italiaanse Republiek en voldoen aan de voorwaarden van de Italiaanse regeling, immers de mogelijkheid om, door het vragen van lagere honoraria dan die welke door de Italiaanse wetgever zijn vastgesteld, beter

te concurreren met ondernemingen die duurzaam in de betrokken lidstaat gevestigd zijn en daardoor gemakkelijker cliënten kunnen werven (zie naar analogie arrest van 5 oktober 2004, CaixaBank France, C-442/02, Jurispr. blz. I-8961, punt 13, en arrest Cipolla e.a., reeds aangehaald, punt 59).

- 58 In die omstandigheden moet een nationale regeling als die in het hoofdgeding worden geacht de vrijheid van vestiging te beperken.

– Rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging

- 59 Een beperking van de vrijheid van vestiging is toelaatbaar indien blijkt dat zij dwingende redenen van algemeen belang dient, geschikt is om de verwezenlijking van het ermee beoogde doel te waarborgen en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie arrest DKV Belgium, reeds aangehaald, punt 38).
- 60 Volgens Unionsoa en de Italiaanse regering beoogt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling de onafhankelijkheid van de OA's en de kwaliteit van de door hen verstrekte certificeringsdiensten te waarborgen. Wanneer de OA's elkaar beconcurreren door met hun cliënten over de tarieven te onderhandelen, en zeer lage tarieven kunnen vaststellen, bestaat immers het risico dat zij hun onafhankelijkheid ten aanzien van die cliënten verliezen en dat de kwaliteit van de certificeringsdiensten ongunstig wordt beïnvloed.
- 61 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het algemeen belang dat verband houdt met de bescherming van de ontvangers van de diensten een beperking van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen (zie arrest van 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 38).
- 62 In het onderhavige geval zijn de OA's belast met de certificering van ondernemingen, waarbij zij aangetekend dat het verkrijgen van een door de OA's afgegeven certificaat een noodzakelijke voorwaarde is voor ondernemingen die willen deelnemen aan aanbestedingen van openbare werken. In die samenhang beoogt de Italiaanse wettelijke regeling te garanderen dat de OA's geen commercieel of financieel belang nastreven dat hen kan aanzetten tot niet-onpartijdig of discriminatoir gedrag jegens die ondernemingen.
- 63 Voorts mogen de OA's, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, uitsluitend certificeringsactiviteiten verrichten. Bovendien moeten zij overeenkomstig de nationale regeling beschikken over middelen en procedures die geschikt zijn om een efficiënte en loyale dienstverlening te verzekeren.
- 64 Met het oog op de bescherming van de ontvangers van de diensten komt aan de onafhankelijkheid van de OA's ten aanzien van de specifieke belangen van hun cliënten bijzonder belang toe. Een zekere beperking van de mogelijkheid om met die cliënten te onderhandelen over de prijs van de diensten, kan hun onafhankelijkheid versterken.
- 65 In die omstandigheden zij geconstateerd dat de vaststelling van minimumtarieven voor dergelijke diensten, zoals de advocaat-generaal in punt 58 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, in beginsel beoogt de goede kwaliteit van die diensten te waarborgen en geschikt is ter bereiking van het doel, de ontvangers van die diensten te beschermen.
- 66 In dat verband moet echter worden onderstreept dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale tariefregeling en, in het bijzonder, de wijze van berekening van de minimumtarieven, evenredig moet zijn aan de verwezenlijking van het in het vorige punt genoemde doel.

- 67 In casu bepaalt de Italiaanse regeling dat voor de afgifte van een kwalificatieattest of de verlenging daarvan, alsook voor alle aanvullende handelingen ter herziening of wijziging, een minimumtarief verschuldigd is dat wordt vastgesteld aan de hand van de totale waarde en het aantal algemene of gespecialiseerde categorieën waarvoor certificering wordt aangevraagd.
- 68 Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of die regeling niet verder gaat dan nodig is om het in punt 65 van het onderhavige arrest genoemde doel te bereiken. Bij die beoordeling dient hij in het bijzonder rekening te houden met de wijze van berekening van de minimumtarieven, en met name met het feit dat die berekening geschiedt op basis van het aantal categorieën van werken waarvoor het certificaat wordt opgesteld.
- 69 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat nationale regelgeving als die in het hoofdgeding, die de OA's een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken, een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU vormt, maar dat dergelijke regelgeving geschikt is ter waarborging dat het doel, de ontvangers van die diensten te beschermen, wordt verwezenlijkt. Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of die nationale regelgeving, in het bijzonder gelet op de wijze van berekening van de minimumtarieven, en met name op het feit dat die berekening geschiedt op basis van het aantal categorieën van werken waarvoor het certificaat wordt opgesteld, niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.

## **Kosten**

- 70 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

**De artikelen 101 VWEU, 102 VWEU en 106 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen nationale regelgeving als die in het hoofdgeding, die de ondernemingen met de hoedanigheid van certificeringsinstelling (Società Organismi di Attestazione) een regeling inzake minimumtarieven oplegt voor de certificeringsdiensten die zij verrichten ten behoeve van ondernemingen die wensen deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voor openbare werken.**

**Dergelijke nationale regelgeving vormt een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU, maar is geschikt ter waarborging dat het doel, de ontvangers van die diensten te beschermen, wordt verwezenlijkt. Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of die nationale regelgeving, in het bijzonder gelet op de wijze van berekening van de minimumtarieven, en met name op het feit dat die berekening geschiedt op basis van het aantal categorieën van werken waarvoor het certificaat wordt opgesteld, niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.**

ondertekeningen