

het arrest inzake *Sayn-Wittgenstein* (arrest van 22 december 2010, zaak C-208/09, in deze rubriek besproken door F. Swennen, *RW* 2012-13, 355) had het Hof geoordeeld dat de weigering door de Oostenrijkse overheden om de adellijke bestanddelen van een naam te erkennen kennelijk niet verder ging dan nodig was om de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel te verzekeren. Het Hof merkt echter op dat de Duitse rechtsorde, in tegenstelling tot de Oostenrijkse, geen strikt verbod bevat op het behoud van adellijke titels. In Duitsland worden weliswaar geen nieuwe adellijke titels meer verleend sinds de inwerkingtreding van de Grondwet van Weimar, maar de titels die op die datum bestonden, worden gehandhaafd als bestanddelen van de naam. Bijgevolg kunnen de namen van Duitse staatsburgers op grond van afstamming bestanddelen bevatten die aan oude adellijke titels beantwoorden. Bovendien kunnen dergelijke bestanddelen ook door adoptie worden verkregen.

Het Hof besluit daarom dat het, anders dan in het arrest inzake *Sayn-Wittgenstein*, aan de verwijzende rechter toekomt om te beoordelen of de Duitse weigeringspraktijk niet verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken. In dit verband moet de verwijzende rechter een afweging maken tussen enerzijds het recht van vrij verkeer van Unieburgers en anderzijds de rechtmatige belangen nagestreefd door het Duitse verbod op het gebruik van adellijke titels of titels die de schijn van adellijke herkomst wekken.

Het Hof preciseert dat bij deze afweging diverse aspecten in de beschouwing moeten worden betrokken. In de eerste plaats moet in aanmerking worden genomen dat verzoeker zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend en zowel de Duitse als de Britse nationaliteit bezit, dat de bestanddelen van zijn in het Verenigd Koninkrijk verkregen naam formeel noch in Duitsland noch in het Verenigd Koninkrijk adellijke titels zijn en dat de Duitse instanties niet van oordeel waren dat de inschrijving van de naam van de dochter van verzoeker in strijd was met de openbare orde. In de tweede plaats moet in de beschouwing worden betrokken dat de naamsverandering berust op zuiver persoonlijke gronden, dat de daaruit voortvloeiende naamsafwijking noch is terug te voeren op de omstandigheden van de geboorte van die verzoeker noch op adoptie en evenmin op de verkrijging van de Britse nationaliteit, en dat de in het Verenigd Koninkrijk gekozen naam bestanddelen bevat die de schijn van adellijke herkomst wekken.

Het Hof preciseert ten slotte dat de onderzochte objectieve redenen in geen geval de weigering kunnen rechtvaardigen om de verandering van de voornamen van verzoeker te erkennen.

Deze zaak past in een rij van zaken waarin het Hof de verenigbaarheid van nationale regels inzake naamgeving met het Unierecht onderzoekt. De problematiek sluit het sterkst aan bij de zaak-*Sayn-Wittgenstein*, maar anders dan in die zaak, heeft de verzoeker in de zaak-*Bogendorff von Wolffersdorff* de dubbele nationaliteit, en bovendien is het Duitse verbod op het voeren van adellijke titels

minder strikt dan het Oostenrijkse. Het Hof van Justitie besluit dat de Duitse niet-erkenning van een vrij gekozen naam die verschillende adellijke bestanddelen bevat kan gerechtvaardigd zijn, maar laat het aan de nationale rechter om uit te maken of deze passend en noodzakelijk is om de eerbiediging van het beginsel van gelijkheid van alle Duitsers te waarborgen.

(Tweede kamer – Zaak C-438/14 – Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff).

(Elektronische vindplaats: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0438&rid=2>)

Nathan Cambien

Hof van Justitie – 24 mei 2016

Europese Unie – Rechtsbescherming – Prejudiciële procedure – Overheidsopdracht – Onderhandelingsprocedure – Richtlijn 2004/17/EG – Art. 10 en art. 51, derde lid – Beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers – Combinatie van twee vennootschappen die als inschrijver is toegelaten – Offerte ingediend door een van de twee vennootschappen in eigen naam na faillietverklaring van de andere vennootschap – Vennootschap die beschouwd wordt als geschikt om te worden toegelaten als zelfstandig inschrijver – Gunning van de opdracht aan deze vennootschap

In deze zaak moet het Hof van Justitie (hierna «het Hof») een prejudiciële vraag beantwoorden over de toepassing van de overheidsopdrachtenregelgeving in de speciale of nutssectoren, in het bijzonder Richtlijn Nutssectoren 2004 (Richtlijn 2004/17/EG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten), de nationale procedurele uitwerking van deze richtlijn en de Europese algemene rechtsbeginselen.

De verwijzende rechter vraagt duidelijkheid over de verenigbaarheid van het beginsel van gelijke behandeling (art. 10 *juncto* art. 51 Richtlijn Nutssectoren 2004) met de beslissing van een aanbestedende dienst in een gunningsprocedure door onderhandeling met voorafgaande oproep tot mededinging. Banedanmark (de aanbestedende dienst) besliste *in casu* na de ontbinding van één van de gepreselecteerde gegadigden, om een (niet-gepreselecteerd) lid van deze ontbonden combinatie in eigen naam, op zelfstandige basis de procedure te laten verderzetten.

De prejudiciële vraag vloeit voort uit het volgende feitenrelaas. Banedanmark opent een gunningsprocedure door onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mededinging om de aanleg van een nieuwe spoorlijn aan te besteden. In het bestek bepaalt zij dat minstens vier en maximum zes gegadigden om een uitnodiging moeten verzoeken opdat de mededinging voldoende gewaarborgd zou zijn. Indien meer gegadigden zich aandienen,

moet de selectie van onderhandelingspartners gebeuren aan de hand van het kwalitatieve criterium (technische capaciteiten). Dit blijkt niet nodig, omdat slechts vijf gegadigden zich aanmelden. Alle gegadigden worden geselecteerd, maar één trekt zich uit de procedure terug na de preselectie.

Het bestek bepaalt dat de gunningsprocedure als volgt verloopt: de geselecteerde ondernemers krijgen de kans om twee offertes in te dienen alvorens met Banedanmark te onderhandelen. Na deze onderhandelingen worden drie ondernemers geselecteerd om een finale offerte in te dienen. De offerte wordt gegund op basis van deze laatste offerte. Banedanmark preselecteert onder andere de combinatie Per Aarsleff en E. Pihl og Søn A/S (hierna: «A&P») en de combinatie MT Højgaard A/S en Züblin A/S (hierna: «H&Z»). E. Pihl og Søn A/S (hierna: «Pihl») en Per Aarsleff (hierna: «Aarsleff») sluiten de overeenkomst tot oprichting van A&P op 26 augustus 2013. De ter zake bevoegde rechter spreekt (vermoedelijk) later die dag het faillissement van Pihl uit.

Banedanmark neemt kennis van het faillissement en verzoekt A&P om meer informatie. De combinatie geeft de gevraagde informatie en dient een dag later haar eerste offerte in, die ondertekend wordt door beide partijen, maar niet door de curator in het faillissement van Pihl. Vervolgens beslist Banedanmark, gelet op het faillissement van Pihl en de daaropvolgende ontbinding van A&P, Aarsleff op zelfstandige basis toe te laten tot de gunningsprocedure ter vervanging van A&P. Banedanmark voert hiertoe de volgende argumenten aan: (i) Aarsleff heeft alleen beschouwd voldoende omzet om te voldoen aan de deelnamevoorwaarden in het bestek en (ii) deze onderneming nam inmiddels meer dan vijftig werknemers van Pihl over, inclusief sleutelpersonen voor de verwezenlijking van het project. De overige gegadigden worden geïnformeerd over het besluit en de onderliggende motieven.

Aarsleff dient vervolgens zelfstandig en in eigen naam een tweede offerte in en geeft hierin aan dat zij dit doet in de hoedanigheid van opvolger van A&P. Aarsleff, H&Z en een derde gegadigde dienen ieder hun beslissende derde offerte in. De offerte van Aarsleff wordt als «economisch voordeligste» aangemerkt, waardoor zij de opdracht toegewezen krijgt.

Na kennisgeving van dit besluit, tekent H&Z bezwaar aan bij de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen. Hoewel deze commissie beslist de uitvoering van de opdracht niet op te schorten omdat er naar haar mening geen dringendheid voorhanden is, merkt ze op dat de *fumus boni juris*-voorwaarde wel vervuld is in de zin dat het gunningsbeluif wellicht nietig verklaard zal worden. De twijfels bij de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen over de verenigbaarheid van dit feitenrelaas met het beginsel van gelijke behandeling, leiden tot het verzoek om prejudiciële beslissing.

Om de uitspraak van het Hof beter te situeren, volgt eerst een definitie van «de procedure van gunning door onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mede-

dinging» en de *ratio legis* van de (procedurele) overheidsopdrachtenregelgeving in de «nutssectoren».

Een procedure van gunning door onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mededinging verschilt aanzienlijk van de normale gunningsprocedure. De aanbestedende dienst publiceert een oproep tot mededinging, waarna potentiële gegadigden deze om deelname aan de gunningsprocedure verzoeken. Op basis van deze verzoeken selecteert de aanbestedende dienst op basis van vooraf bepaalde selectiecriteria, van wie een aantal kandidaten zij offertes wil ontvangen. Partijen voeren onderhandelingen over de voorwaarden van de opdracht in het licht van de offertes. Hoewel de lidstaten krachtens de richtlijn deze procedure mogen toelaten in de normale sectoren, besliste de Belgische regelgever ook in de meest recente regelgeving om van deze mogelijkheid geen gebruik te maken. Het procedurele rechtskader voor gunningen in de nutssectoren onderscheidt zich ten slotte van dat voor de normale sectoren door een grotere mate van flexibiliteit. Deze ruimte en soepelheid is noodzakelijk om meer openheid voor mededinging aan te moedigen in deze eerder gesloten sectoren. De Europese en Belgische regelgever geven het vooraf uitdrukkelijk aan in hun respectieve overheidsopdrachtenregelgeving.

Bij de behandeling van de prejudiciële vraag stelt het Hof vast dat noch de Europese noch de Deense nationale regelgeving ter zake bepalingen bevat aan de hand waarvan de rechter dit geschil kan beslechten. Vaststaande rechtspraak van het Hof schrijft in een dergelijke situatie voor dat de vraag moet worden beoordeeld in het licht van de algemene beginselen van het Unierecht. Het Hof gaat eerst in op het beginsel van gelijke behandeling. Dit beginsel houdt in dat de gegadigden of inschrijvers op elk moment van de aanbestedingsprocedure gelijk behandeld moeten worden. Zij moeten met andere woorden dezelfde kansen krijgen, aan dezelfde voorwaarden voldoen en meer in het algemeen steeds in dezelfde positie verkeren. De regelgeving inzake overheidsopdrachten stelt eveneens de vrijwaring van de mededinging als doel voorop (zie *supra*). Concreet betekent het bovenstaande dat de bevoegde rechter *in casu* zowel het beginsel van gelijke behandeling als de noodzaak om voldoende mededinging te waarborgen in overweging moet nemen. Het Hof formuleert een tweeledige toets die de nationale rechter in staat moet stellen het juiste evenwicht tussen beide doelstellingen van het overheidsaanbestedingsrecht in de speciale of nutssectoren te bepalen: «Een aanbestedende dienst schendt [het beginsel van gelijke behandeling] niet als hij toestaat dat een van de twee ondernemers die deel uitmaakten van een combinatie van ondernemingen die als zodanig was uitgenodigd een offerte in te dienen, in de plaats treedt van die combinatie na ontbinding ervan en in eigen naam deelneemt aan de procedure van gunning door onderhandelingen van een overheidsopdracht, mits vast komt te staan dat [i] deze ondernemer zelfstandig voldoet aan de door die dienst omschreven voorwaarden en [ii] de concurrentiepositie van de andere

inschrijvers er niet onder lijdt als deze ondernemer aan de procedure blijft deelnemen» (punt 44; eigen cursivering).

Het tweede lid van deze toets, namelijk de vrijwaring van de concurrentiepositie van de overige gegadigden/inschrijvers, beperkt het toepassingsgebied van deze uitzondering op de letterlijke lezing van art. 51, derde lid, Richtlijn Nutssectoren 2004. Aan deze voorwaarde is volgens advocaat-generaal Mengozzi immers slechts voldaan indien de wijziging van de feitelijke en juridische identiteit van een gepreselecteerde ondernemer louter formele gevolgen met zich meebrengt.

Enkel de nationale rechter is bevoegd om in een dergelijk geschil uitspraak te doen. Het Hof raadt de verwijzende rechter evenwel aan om een aantal specifieke aandachtspunten verder te onderzoeken, zijnde de (on)regelmaticheid van de offerte en het vermoedelijk voorhanden zijn van concurrentievoordelen voor Aarsleff.

Een faillissementsvonnis leidt ook naar Deens recht tot de exclusieve bevoegdheid van de curator inzake het beheer van de failliete onderneming. Indien een offerte krachtens het nationale recht door alle leden van een combinatie moet worden ondertekend, zal de offerte van A&P aangetast zijn door een vormgebrek. In de Belgische rechtsorde bepaalt art. 56, § 2, tweede lid *juncto* art. 94, § 1 van het KB plaatsing speciale sectoren (KB plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren van 16 juli 2012, BS 11 februari 2013, 6951) dat het ontbreken van een (geldige) handtekening tot absolute nietigheid leidt. De Raad van State bevestigt deze zienswijze in zijn vaststaande rechtspraak ter zake.

Aarsleff neemt tijdens de gunningsprocedure vijftig werknemers van de gefailleerde Pihl over. Banedanmark en Aarsleff zelf bevestigen dat de sleutelfiguren voor de uitvoering van de opdracht tot deze werknemers behoren. Volgens het Hof ontstaat mogelijk een vermoeden van concurrentievoordeel en informatieasymmetrie door (i) het tijdstip van de overdracht en (ii) de hoedanigheid van de overgedragen personen. Bijkomend vermeldde het bestek dat Banedanmark enkel zou overgaan tot onderzoek van de kwalitatieve selectiecriteria als meer dan zes gegadigden toegang tot de procedure verzochten. Deze hypothese deed zich *in casu* niet voor. Toch neemt Banedanmark de technische capaciteiten van Aarsleff in overweging bij de beslissing om laatstnoemde in staat te stellen om de procedure zelfstandig en in eigen naam verder te zetten (punt 14 van het besproken arrest). Door de technische capaciteiten van de overige gegadigden niet in aanmerking te nemen, komt het beginsel van gelijke behandeling eveneens in het gedrang.

De concrete gevolgen van het arrest zijn tenslotte afhankelijk van de nationale uitwerking van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten in de nutssectoren. Art. 60 van het reeds vermelde KB plaatsing speciale sectoren (2012) bevat bijvoorbeeld, in tegenstelling tot het relevante Deense recht, wél een uitdrukkelijke regeling ter beslechting van dergelijke situaties: enkel geselecteerde ondernemers mogen offertes indienen. Naar Belgisch recht zou het faillissement van Pihl en de daaropvolgende ont-

binding van A&P Aarsleff verhinderen zelfstandig en in eigen naam aan de procedure deel te nemen.

Op basis van het bovenstaande kan worden overwogen dat de gevolgen van het arrest voor de Europese overheidsopdrachtenregelgeving eerder beperkt zijn. Deze evenwichtsoefening moet enkel gemaakt worden bij (i) soortgelijke geschillen inzake de wijziging van de feitelijke en juridische entiteit van een gepreselecteerde gegadigde (ii) over aanbestedingen in de speciale of nutssectoren (iii) indien het nationale recht ter zake niets bepaalt. Ook al moet de aanbestedende dienst of de bevoegde rechter deze denkoefening maken, er zal slechts in zeldzame situaties voldaan zijn aan het tweede lid van de voorgeschreven toets. Een wijziging van de feitelijke en juridische identiteit van een ondernemer leidt immers in de praktijk meestal tot (bijkomende) materiële gevolgen, tenzij bijvoorbeeld in het geval van een zuiver interne herstructurering met uitsluitend formele gevolgen.

(Grote kamer – Zaak C-396/14 – MT Højgaard A/S en Züblin A/S/Banedanmark)

(Elektronische vindplaats: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0396&rid=1>)

Valerie Dehaeck

FWO-onderzoeker Universiteit Antwerpen

Hof van Justitie – 16 juli 2015

Europese Unie – Mededinging – Art. 102 VWEU – Onderneming houdster van een standaard-essentieel octrooi – Verbintenis jegens een standaardisatieorganisatie aan derden licenties te verlenen onder eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden – Misbruik van machtspositie – Beroepen wegens inbreuk – Vordering tot staken – Vordering tot terugroeping van producten – Vordering tot verstrekking van boekhoudkundige gegevens – Vordering tot schadevergoeding – Verplichtingen van de houder van het standaard-essentieel octrooi

De maatregelen ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten werden op Europees niveau geharmoniseerd door Richtlijn 2004/48/EG (hierna: «Handhavingsrichtlijn»). Volgens art. 9 (voorlopige maatregel) en art. 11 (maatregel ten gronde) Handhavingsrichtlijn dient een octrooihouder bijvoorbeeld het recht te hebben om bij een nationale rechtelijke instantie een stakingsvordering in te stellen tegen een (vermeende) inbreukpleger, met oog op de stopzetting van de inbreukmakende activiteiten en ter voorkoming van een verdere inbreuk. Omdat het recht om een stakingsvordering in te stellen wordt beschermd door het grondrecht op intellectuele eigendom (art. 17, tweede lid) en het grondrecht op toegang tot de rechter (art. 47) in het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: «Handvest»), kunnen beperkingen van dit recht slechts

