

Rechtspraak EU

Over het begrip 'publiekrechtelijke instelling' in het Europese aanbestedingsrecht

Mr. S.B. Noë

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn van toepassing op overheidsopdrachten die worden verleend door aanbestedende diensten, waaronder dient te worden verstaan de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door één of meer territoriale lichamen en/of publiekrechtelijke instellingen. Vooral de uitleg

van het in de praktijk belangrijke begrip 'publiekrechtelijke instelling' is niet eenvoudig gebleken. Deze bijdrage probeert daarom op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie te verduidelijken wat in het Europese aanbestedingsrecht onder een publiekrechtelijke instelling dient te worden verstaan.

Het begrip publiekrechtelijke instelling in de richtlijnen

Volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen¹ wordt onder publiekrechtelijke instelling verstaan iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard; en
- rechtspersoonlijkheid heeft; en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.²

Bijlage I bij de Richtlijn Werken bevat per lidstaat een lijst van de instellingen en categorieën instellingen die als publiekrechtelijke instelling dienen te worden aangemerkt. Deze lijsten zijn – zo bepalen de richtlijnen uitdrukkelijk – zo volledig mogelijk en kunnen door de Commissie in samenwerking met het Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten worden herzien. Daartoe stellen de lidstaten de Commissie op gezette tijden in kennis van wijzigingen in hun lijsten. In de praktijk zijn de lijsten maar zelden herzien.

Het huidige begrip 'publiekrechtelijke instelling' dateert uit 1989. Het vormt een wezenlijke aanvulling op de traditionele categorieën aanbestedende diensten: de staat en zijn territoriale lichamen (lees: decentrale overheden).³ Voor 1989 kenden de aanbestedingsrichtlijnen nog de categorie 'publiekrechtelijke rechtspersonen

¹ De aanbestedingsrichtlijnen zijn Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, Pb. 1993 L 199/1 (Richtlijn Leveringen); Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, Pb. 1993 L 199/54 (Richtlijn Werken); Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, Pb. 1992 L 209/1 (Richtlijn Diensten). Deze drie 'klassieke' richtlijnen zijn gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (Pb. 1997 L 328/1) en Richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (Pb. 2001 L 285/1). Daarnaast is er de Richtlijn Nutssectoren: Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Pb. 1993 L 199/84, gewijzigd bij Richtlijn 98/4 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (Pb. 1998 L 101/1) en Richtlijn 2001/78/EG van de Commissie van 13 september 2001 (Pb. 2001 L 285/1).

² Zie artikel 1 sub b van de klassieke richtlijnen en artikel 1 sub 1 van de Richtlijn Nutssectoren.

³ De Engelse tekst van de richtlijnen spreekt van 'regional or local authorities', hetgeen veel duidelijker is dan 'territoriale lichamen'. Volledigheids halve moet ook worden vermeld dat de richtlijnen nog een restcategorie kennen, verenigingen van overheden of publiekrechtelijke instellingen, die hier verder buiten beschouwing kan blijven.

of overeenkomstige eenheden'. De entiteiten die in deze groep vielen werden limitatief opgesomd in bijlage 1 bij de toenmalige Richtlijn Leveringen.⁴ In het kader van herziening van de Richtlijn Werken eind jaren '80 is uitvoerig gediscussieerd over de uitbreiding van de werkingsfeer van de richtlijnen, wat uiteindelijk heeft geleid tot de introductie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' en – later – de Richtlijn Nutssectoren. Het begrip publiekrechtelijke instelling bevindt zich thans in nagenoeg identieke bewoordingen in alle aanbestedingsrichtlijnen.⁵ Het belang van deze wijziging schuilt niet in de vervanging van het etiket 'publiekrechtelijke rechtspersoon of overeenkomstige eenheid' door dat van 'publiekrechtelijke instelling', maar in de vervanging van een gesloten systeem dat functioneerde op basis van limitatieve lijsten door een open systeem dat gebaseerd is op een algemene definitie en lijsten met een indicatief karakter. Als gevolg hiervan is het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen sterk uitgebreid.

De bijna voltooide modernisering van de aanbestedingsrichtlijnen zal geen wijziging brengen in de omschrijving van het begrip publiekrechtelijke instelling.⁶ Wel zullen de lijsten worden bijgewerkt.⁷ De Nederlandse lijst wordt een stuk representatiever, maar ook de nieuwe versie vormt een momentopname en zal niet uitputtend zijn. Bovendien hebben de lijsten een indicatief karakter;⁸ uiteindelijk is de in artikel 1 van de richtlijnen gegeven definitie bepalend. Het blijft dus zeker de moeite waard deze definitie nader te bezien.

Wijze van uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling

Alvorens het begrip publiekrechtelijke instelling onder de loep te nemen, is het nuttig aandacht te besteden aan de doelstellingen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof) laat zich immers bij de uitleg van het Gemeenschapsrecht vaak inspireren door de doelstellingen van de Europese integratie. Dit is duidelijk zichtbaar in de rechtspraak over de aanbestedingsrichtlijnen. Volgens hun titel beogen de aanbestedingsrichtlijnen de nationale procedures voor de verlening van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten te coördineren. Dit betekent dat van uitputtende harmonisatie van het nationale aanbestedingsrecht geen sprake is; de lidstaten van de EU zijn in beginsel vrij om te regelen hoe overheidsopdrachten worden vergeven, mits zij de richtlijnen en de uit het EG-Verdrag voortvloeiende beginselen respecteren. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het doel van de coördinatie van nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op Europees niveau het opheffen van belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en diensten en dus de bescherming van de belangen van marktdeelnemers die goederen of diensten willen aanbieden in een andere lidstaat dan die waarin zij gevestigd zijn. Hieruit leidt het Hof allereerst af dat de richtlijnen tot doel hebben het risico uit te sluiten dat aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Daarnaast geldt dat de richtlijnen ertoe strekken om te voorkomen dat door de overheid gefinancierde of beheerste instellingen zich door andere dan economische overwegingen laten leiden.⁹ Uit deze dubbele doelstelling van openstelling van de Europese markt voor concurrentie en transparantie volgt volgens vaste rechtspraak dat het begrip aanbestedende dienst, met inbegrip van het begrip publiekrechtelijke instelling, een functionele uitleg moet krijgen.¹⁰ Een 'functionele uitleg' betekent

een uitleg in functie van het doel van de richtlijnen, in dit geval dus een uitleg die de openstelling van de Europese markt en transparantie zo goed mogelijk dient. In de praktijk betekent dit simpelweg dat het begrip publiekrechtelijke instelling ruim moet worden uitgelegd. Recent heeft het Hof dit expliciet bevestigd.¹¹

Eerste voorwaarde: rechtspersoonlijkheid

De gemakkelijkste en daarom hier als eerste besproken voorwaarde waaraan een publiekrechtelijke instelling moet voldoen, is dat zij rechtspersoonlijkheid moet hebben. Dit is een aangelegenheid van nationaal recht die in de praktijk zelden op problemen zal stuiten. Het is niet van belang of de rechtspersoonlijkheid publiekrechtelijk of privaatrechtelijk van aard is; een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals een stichting of een besloten of naamloze vennootschap kan zeer wel een publiekrechtelijke instelling zijn.¹²

Indien opdrachten worden verleend door een aan de overheid gelieerde entiteit die geen rechtspersoonlijkheid heeft, betekent dat overigens niet zonder meer dat de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn. Denkbaar is nog dat een dergelijke entiteit zozeer verbonden is met een aanbestedende dienst dat zij voor de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen moet worden geacht tot die aanbestedende dienst te behoren (ook al maakt zij daar formeel geen deel van uit). Het klassieke voorbeeld hiervan is de commissie voor de ruilverkaveling die in het arrest Beentjes aan de orde kwam.¹³ Vanwege het ontbreken van rechtspersoonlijkheid kunnen dit soort entiteiten niet als publiekrechtelijke instelling worden aangemerkt.

⁴ Vergelijk artikel 1 sub b en bijlage 1 van Richtlijn 77/62/EG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, Pb. 1977 L 13/1.

⁵ De Nederlandse tekst van artikel 1 sub 1 Richtlijn Nutssectoren spreekt echter abusievelijk van 'publiekrechtelijk lichaam' in plaats van 'publiekrechtelijke instelling'.

⁶ Zie artikel 1 sub 9 van het gemeenschappelijk standpunt van de Raad vastgesteld op 20 maart 2003 met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Pb. 2003 C 147 E/1. Het Europees Parlement heeft in tweede lezing geen amendementen voorgesteld die strekken tot wijziging van deze bepaling.

⁷ Zie bijlage III bij het in de vorige noot genoemde gemeenschappelijk standpunt. De lijsten van de tien toetredende staten zijn opgenomen in bijlage 2 bij het toetredingsverdrag (Pb. 2003 L 236/33).

⁸ Dit wordt bevestigd door vaste rechtspraak van het Hof. Zie bijvoorbeeld zaak C-373/00, *Adolf Truley*, Jur. 2003, p. I-1931, r.o. 39.

⁹ Zie bijvoorbeeld zaak C-360/96, *BFI Holding*, Jur. 1998, p. I-6821, r.o. 41-42; zaak C-380/98, *University of Cambridge*, Jur. 2000, p. I-8035, r.o. 16-17.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld zaak C-237/99, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2001, p. I-939, r.o. 43.

¹¹ Zaak C-373/00, *Adolf Truley*, Jur. 2003, p. I-1931, r.o. 43; zaak C-214/00, *Commissie/Spanje*, arrest van 15 mei 2003, n.n.g., r.o. 53. Nog niet officieel gepubliceerde rechtspraak van het Hof is te vinden op de internetsite: www.curia.eu.int.

¹² Sommige lidstaten zijn tamelijk hardleers op dit punt; zie bijvoorbeeld zaak C-283/00, *Commissie/Spanje*, arrest van 16 oktober 2003, n.n.g.

Tweede voorwaarde: nauwe verbondenheid met of sterke afhankelijkheid van de overheid

De tweede voorwaarde voor kwalificatie van een entiteit als publiekrechtelijke instelling betreft de band tussen deze entiteit en de overheid. Volgens de aanbestedingsrichtlijnen kan slechts sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling wanneer het gaat om een entiteit waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat, territoriale lichamen van de staat of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden aangewezen. Deze drie criteria weerspiegelen elk de sterke afhankelijkheid en de nauwe band van de publiekrechtelijke instelling met een andere aanbestedende dienst: de staat, territoriale lichamen van de staat of andere publiekrechtelijke instellingen (hierna ook wel gezamenlijk aangeduid als overheid).¹⁴ Zoals duidelijk blijkt uit de tekst van de richtlijnen zijn de drie criteria alternatief van aard.¹⁵ De gedachte achter deze criteria ligt voor de hand: wanneer een entiteit in sterke mate afhankelijk is van de overheid, kan deze de beslissingen van die entiteit op het gebied van de verlening van opdrachten beïnvloeden.¹⁶ In dat geval behoren de aanbestedingsrichtlijnen in beginsel van toepassing te zijn.

Overheidsfinanciering

De vereiste sterke afhankelijkheid van de overheid wordt allereerst aanwezig geacht indien de activiteiten van een entiteit in hoofdzaak door de staat, territoriale lichamen van de staat of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd. In het arrest *University*

of Cambridge is deze voorwaarde uitvoerig aan de orde gekomen.¹⁷

Er is sprake is van overheidsfinanciering in de zin van de richtlijnen wanneer betalingen door de overheid een relatie van ondergeschiktheid of afhankelijkheid creëren of versterken. Het Hof wijst erop dat geen sprake is van een absoluut criterium: niet alle betalingen hebben tot gevolg dat een relatie van ondergeschiktheid of afhankelijkheid ontstaat of wordt versterkt. Er is alleen sprake van overheidsfinanciering wanneer het betalingen betreft die de activiteiten van de betrokken entiteit financieel ondersteunen zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat.¹⁸ Indien betalingen de contractueel overeengekomen tegenprestatie vormen voor de levering van goederen of diensten aan de overheid, zal doorgaans geen sprake zijn van overheidsfinanciering. Het Hof merkt in dit verband op dat de afhankelijkheid die in een normale commerciële relatie bestaat van andere aard is dan de afhankelijkheid die voortvloeit uit overheidsfinanciering. Uiteraard moet van geval tot geval worden bezien of sprake is van een commerciële relatie of overheidsfinanciering. Als de overheid een prijs betaalt die duidelijk hoger is dan de marktprijs, suggereert dit dat geen sprake is van een normale commerciële relatie. Hetzelfde geldt ten aanzien van financiering in de vorm van leningen: wanneer de overheid een entiteit tegen marktconforme voorwaarden een lening verstrekt, wordt in beginsel geen afhankelijkheidsrelatie gecreëerd en zal dus ook geen sprake zijn van overheidsfinanciering. Ten slotte mag worden aangenomen dat het nemen van aandelen in een vennootschap in beginsel geen overheidsfinanciering in de zin van de richtlijnen vormt.¹⁹ Dit begrip financiering heeft volgens het Hof immers betrekking op de inkomsten waarmee de activiteiten van een entiteit worden bekostigd.²⁰ Aangezien het kapitaal dat op de aandelen van een vennootschap wordt gestort in stand behoort te blijven, kunnen dergelijke stortingen niet worden gezien als een inkomstenbron waaruit de activiteiten van die vennootschap worden bekostigd.

De vereiste afhankelijkheidsrelatie bestaat wanneer een entiteit 'in hoofdzaak' door de overheid wordt gefinancierd. Het Hof heeft verduidelijkt dat dit betekent: voor meer dan 50 procent.²¹ Bij de berekening van dit percentage moet worden uitgegaan van alle inkomsten van de betreffende instelling, met inbegrip van inkomsten uit commerciële activiteiten. De richtlijnen bevatten geen regels over de periode die bij deze berekening in aanmerking moet worden genomen. Het Hof overweegt in dit verband dat rekening moet worden gehouden met de eisen van rechtszekerheid. Om te bepalen of entiteit bij het verlenen van een bepaalde opdracht als publiekrechtelijke instelling kan worden beschouwd, moet de exacte financiële situatie van die entiteit in ogenschouw worden genomen, maar de betrokken procedure dient tevens een zekere mate van voorzienbaarheid te waarborgen. De financiering van een entiteit kan immers variëren. Het begrotingsjaar waarin de aanbesteding wordt geopend is daarom volgens het Hof in beginsel de meest geschikte periode om de wijze van financiering te berekenen.²²

Toezicht op het beheer

Een tweede situatie waarin sterke afhankelijkheid van de overheid wordt aangenomen is het bestaan van overheidstoezicht op het beheer van een entiteit. Het toezicht moet van dien aard zijn dat het een afhankelijkheid schept die gelijkwaardig is aan de situatie waarin de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd of de overheid meer dan de helft van de leden van bestuursorganen aanwijst.²³ Dit is niet het geval bij het toezicht dat wordt uitgeoefend

¹³ Zaak 31/87, Beentjes, Jur. 1988, p. 4635. Dit arrest dateert van voor de introductie van het begrip publiekrechtelijke instelling, maar de redenering van het Hof is nog steeds geldig.

¹⁴ Het Hof spreekt soms van 'in grote mate afhankelijk' (bijvoorbeeld zaak C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., Jur. 1998, p. I-73, r.o. 20; zaak C-214/00, Commissie/Spanje, arrest van 15 mei 2003, n.n.g., r.o. 52) en dan weer van 'nauw verbonden' (bijvoorbeeld zaak C-360/96, BFI Holding, Jur. 1998, p. I-6821, r.o. 28, zaak C-18/01, Korhonen e.a., arrest van 22 mei 2003, n.n.g. 31), maar bedoelt evident in alle gevallen hetzelfde.

¹⁵ Bijvoorbeeld zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, Jur. 2001, p. I-939, r.o. 44.

¹⁶ Vergelijk zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, Jur. 2001, p. I-939, r.o. 48 en 59; zaak C-373/00, Adolf Truley, Jur. 2003, p. I-1931, r.o. 69-70.

¹⁷ Zaak C-380/98, University of Cambridge, Jur. 2000, p. I-8035.

¹⁸ *Ibidem*, r.o. 21.

¹⁹ In deze zin ook *IOEA-Nieuwsbrief* 24, *Stcrt* 22 oktober 2002, nr. 203. Het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingen stelt verder dat het financieringselement zeker aanwezig is indien aandelen dienen om een financiële injectie te geven aan een bedrijf in moeilijke den. Hoewel een dergelijke financiële injectie zeker staatssteun kan vormen, leidt een in beginsel eenmalige kapitaalinjectie als zodanig m.i. niet zonder meer tot de vereiste afhankelijkheids- of ondergeschiktheidsrelatie met de overheid. Veel zal afhangen van de bijkomende voorwaarden.

²⁰ Zaak C-380/98, University of Cambridge, Jur. 2000, p. I-8035, r.o. 36. Zie ook r.o. 37-44.

²¹ *Ibidem*, r.o. 27-33.

²² *Ibidem*, r.o. 37-44.

op de naleving van regels met een brede werkingsfeer, zoals het toezicht van de Europese Commissie en de NMa op de naleving van de mededingingsregels of het toezicht op de naleving van veiligheidsvoorschriften. Ook toezicht op sectorspecifieke regels, zoals het toezicht door de Nederlandsche Bank, de OPTA of de Verzekeringkamer, creëert niet de vereiste mate van afhankelijkheid. Wanneer een bepaalde activiteit echter aan zeer gedetailleerde regels is onderworpen en de overheid de mogelijkheid heeft in te grijpen in de wijze waarop die activiteit wordt uitgeoefend, is sprake van overheidstoezicht dat tot afhankelijkheid leidt. Het belangrijkste voorbeeld uit de rechtspraak is een zaak over Franse woningcorporaties.²⁴ In dit arrest oordeelde het Hof op basis van een minutieuze analyse van de toepasselijke wettelijke bepalingen dat het toezicht van de Franse overheid op zogenaamde HLM-vennootschappen (die sociale woonruimte aanbieden) haar in staat stelde de beslissingen van deze vennootschappen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. De wet beschreef de activiteiten die de HLM-vennootschappen mochten uitoefenen, schreef voor hoe hun statuten eruit moesten zien, regelde de eisen waaraan de te bouwen woningen moesten voldoen en hoeveel zij mochten kosten, etc. Daarnaast gaf de Franse wet de minister een ruime algemene bevoegdheid om toezicht te houden op deze bepalingen en de bevoegdheid om bij grove fouten bij beheer of nalatigheid het bestuur te schorsen of zelfs de vennootschap te ontbinden. Ook kon de minister invloed bepalen op de hoeveelheid activiteiten die de HLM-vennootschappen ontplooiden.

Volgens het Hof wordt aan het criterium van toezicht op het beheer niet voldaan indien deze controle uitsluitend achteraf plaatsvindt, aangezien de overheid via een dergelijke controle beslissingen over de verleningen van overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden.²⁵ Wellicht onderschat het Hof hier de invloed die van controle achteraf kan uitgaan. Het lijkt immers niet uitgesloten dat een entiteit bij de verlening van overheidsopdrachten rekening houdt met latere controles. Verder mag worden aangenomen dat niet vereist is dat het toezicht op grond van een wet plaatsvindt; toezicht op grond van statutaire bepalingen of overeenkomsten met de overheid kunnen deze laatste evenzeer invloed op de verlening van opdrachten verschaffen.

Benoeming van meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen

De derde situatie waarin sprake kan zijn van sterke afhankelijkheid is wanneer de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen van een entiteit kan benoemen. Bestuursorganen zijn in elk geval het bestuur van een stichting of een vennootschap, alsook de raad van commissarissen. Wanneer de overheid meer dan de helft van het kapitaal van een vennootschap bezit, zal zij doorgaans ook in staat zijn meer dan de helft van de leden van het bestuur te benoemen. Benoemingsrechten kunnen ook voortvloeien uit wettelijke bepalingen, prioriteitsaandelen of overeenkomsten met de overheid. Europese rechtspraak over dit criterium ontbreekt nog.

Derde voorwaarde: voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard

Een entiteit die rechtspersoonlijkheid bezit en in sterke mate afhankelijk is van de overheid, is daarmee nog geen publiekrechtelijke instelling. Volgens de richtlijnen is verder vereist dat de entiteit 'is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van alge-

meen belang andere dan die van industriële of commerciële aard'. De betekenis van deze wat moeizaam geformuleerde derde voorwaarde is niet direct duidelijk. Het begrip 'behoefte van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard' suggereert dat er twee soorten behoeften van algemeen belang bestaan: behoeften van algemeen belang die van industriële en commerciële aard zijn en behoeften van algemeen belang die dat niet zijn. Aangezien op het eerste gezicht behoeften van algemeen belang per definitie nu juist niet van industriële of commerciële aard lijken te zijn, komt deze tweedeling enigszins kunstmatig over. In het arrest *BFI* heeft het Hof echter overwogen dat de gemeenschapswetgever wel degelijk onderscheid heeft gemaakt tussen behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en behoeften van algemeen belang die dat wel zijn.²⁶ Het Hof ging niet in op de vraag wat moet worden verstaan onder behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard, maar overwoog – onder verwijzing naar de indicatieve lijst bij de Richtlijn Werken – dat in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn doorgaans wordt voorzien op een andere wijze dan door het aanbieden van goederen en diensten op de markt. In het algemeen gaat het om behoeften waarin de staat om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien, of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.²⁷ Deze algemene overwegingen, waarin het Hof veel belang toekent aan de bedoelingen van de overheid, zijn inmiddels vaste rechtspraak geworden. Ze vormen het uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of een entiteit is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.

Hieronder wordt geprobeerd een en ander aan de hand van de rechtspraak te concretiseren, waarbij eerst het begrip 'behoefte van algemeen belang' aan de orde komt, vervolgens wordt ingegaan op wat moet worden verstaan onder 'behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard', en tot slot aan bod komt wanneer een entiteit is 'opgericht met het specifieke doel te voorzien in' dergelijke behoeften.

Behoeften van algemeen belang

Uit de rechtspraak blijkt dat het begrip 'behoefte van algemeen belang' ruim moet worden uitgelegd. Te denken valt bijvoorbeeld aan het aanbieden van onderwijs, gezondheidszorg of sociale huisvesting. Het feit dat private partijen ook in de betreffende behoeften voorzien of kunnen voorzien is niet doorslaggevend. Zo volgt uit het arrest *BFI* dat het ophalen en de verwerking van huishoudelijk afval door een gemeente of een bedrijf dat eigendom is van die gemeente voorziet in een behoefte van algemeen belang, ook zijn er andere gemeenten die deze activiteiten overlaten aan particuliere ondernemingen.²⁸ In het recente arrest *Korhonen* ging het om een naamloze vennootschap die eigendom was van een Finse stad en die in het kader van een stedelijk plan bedrijfsruimte ontwikkelde met de bedoeling deze aan (particuliere) technologieondernemingen te verhuren.²⁹ Hoewel mag worden aangenomen dat dit overheidsbe-

²³ Zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, Jur. 2001, p. I-939, r.o. 49.

²⁴ Zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, Jur. 2001, p. I-939.

²⁵ Zaak C-373/00, Adolf Truley, Jur. 2003, p. I-1931, r.o. 70.

²⁶ Zaak C-360/96, BFI Holding, Jur. 1998, p. I-6821, r.o. 31-36.

²⁷ Ibidem, r.o. 50.

²⁸ Zaak C-360/96, BFI Holding, Jur. 1998, p. I-6821.

²⁹ Zaak C-18/01, Korhonen e.a., arrest van 22 mei 2003, n.n.g.

drijf rechtstreeks concurreerde met andere aanbieders van bedrijfsruimte, werd volgens het Hof voorzien in een behoefte van algemeen belang. De betreffende activiteiten waren immers niet alleen in het belang van technologieondernemingen, maar ook in het belang van de stad. Bepalend is dus vooral de bedoeling die de overheid heeft met de activiteiten in kwestie. Ook het in concurrentie met particuliere ondernemingen op de markt aanbieden van goederen en diensten voorziet in een behoefte van algemeen belang, wanneer deze economische activiteiten deel uitmaken van overheidsbeleid dat gericht is op de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang. Aangezien de meeste activiteiten van de overheid zijn bedoeld om doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken, zal een in sterke mate van de overheid afhankelijke rechtspersoon meestal wel aan deze voorwaarde voldoen. Wanneer een nauw met de overheid verbonden rechtspersoon puur commerciële activiteiten verricht, dat wil zeggen goederen en diensten aanbiedt met als voornaamste doel het maken van winst, voorziet zij echter niet in behoeften van algemeen belang.

Behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard

Wanneer is vastgesteld dat een entiteit die in sterke mate afhankelijk is van de overheid voorziet in behoeften van algemeen belang, is vervolgens de vraag of deze behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard zijn. Illustratief in dit verband is het al genoemde arrest Korhonen over een overheidsbedrijf dat bedrijfsruimte ontwikkelde in het kader van een stedelijk plan om technologieondernemingen aan te trekken. Zoals hierboven al aangestipt was het Hof van oordeel dat deze vennootschap voorzag in behoeften van algemeen belang. Het Hof vervolgde:

'47. Volgens vaste rechtspraak is in de regel sprake van andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, in de zin van artikel 1, sub b, van de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, wanneer het gaat over behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden (zie met name reeds aangehaalde arresten BFI Holding, punten 50 en 51; Agorà en Excelsior, punt 37, en Adolf Truley, punt 50).

48. In het onderhavige geval kan niet worden uitgesloten dat de verwerving van diensten die de vestiging van particuliere ondernemingen op het grondgebied van een bepaald territoriaal lichaam moeten vergemakkelijken, te beschouwen is als een activiteit die voorziet in een andere behoefte van algemeen belang dan een behoefte van industriële of commerciële aard. Of deze behoefte van algemeen belang al dan niet bestaat, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante gegevens, rechs en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is (zie in dit arrest Adolf Truley, reeds aangehaald, punt 66).

49. Dienaangaande is het met name van belang, na te gaan of de

betrokken organisatie haar activiteiten uitoefent in een concurrentiesituatie, aangezien concurrentie, zoals het Hof eerder heeft geoordeeld, een indicatie kan zijn van het feit dat een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard is (zie in die zin arrest BFI Holding, punten 48 en 49).

50. Uit de bewoordingen van laatstgenoemd arrest blijkt echter dat het bestaan van een sterke concurrentie op zich niet de conclusie wettigt dat er geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan een behoefte van industriële of commerciële aard (zie arrest Adolf Truley, reeds aangehaald, punt 61).³⁰ Dezelfde constatering is op haar plaats ten aanzien van de omstandigheid dat de organisatie specifiek ten doel heeft, te voorzien in de behoeften van commerciële ondernemingen. Alvorens tot een dergelijke conclusie te komen moet men andere factoren in aanmerking nemen, met name onder welke voorwaarden de betrokken organisatie haar activiteiten uitoefent.

51. Indien de organisatie onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, is het immers niet waarschijnlijk dat de behoeften waarin zij wil voorzien, van andere dan industriële of commerciële aard zijn. Bovendien behoeven in een dergelijk geval de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten niet te worden toegepast, aangezien een organisatie die winst nastreeft en zelf de met haar activiteit verbonden risico's draagt, normaal gesproken niet aan een aanbestedingsprocedure zal deelnemen onder voorwaarden die economisch niet verantwoord zijn.

52. Volgens vaste rechtspraak hebben deze richtlijnen immers tot doel, zowel het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, als de mogelijkheid dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden (zie met name arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 17; 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 52, en arrest Adolf Truley, reeds aangehaald, punt 42).'

Laten we deze overwegingen nader bezien. Allereerst roept het Hof in herinnering dat in de regel sprake is van behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard wanneer het gaat om behoeften waarin op andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen en diensten op de markt, en waarin de overheid bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan de overheid om redenen van algemeen belang een beslissende invloed wil behouden (r.o. 47). Te denken valt allereerst aan de al genoemde typische activiteiten van algemeen belang, zoals onderwijs, gezondheidszorg en sociale huisvesting. Deze opsomming kan gemakkelijk worden uitgebreid; de lijsten bij de Richtlijn Werken bieden tal van voorbeelden. Deze lijsten geven echter slechts een indicatie. Of in een bepaald geval daadwerkelijk wordt voorzien in een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard, moet volgens het Hof worden beoordeeld aan de hand van alle relevante gegevens, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken entiteit is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is (r.o. 48). Het Hof wijst er in dit verband allereerst op dat van belang is of de betrokken entiteit haar activiteiten uitoefent in een concurrentiesituatie (r.o. 49). Het ontbreken van concurrentie vormt namelijk een sterke aanwijzing dat de betreffende entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard, en dus een publiekrechtelijke instelling is. Omgekeerd vormt het bestaan van sterke concurrentie hooguit een weerlegbaar vermoeden dat de

³⁰ Door de driedubbele ontkenning is deze zin niet gemakkelijk te begrijpen. Het Hof zegt dat het bestaan van sterke concurrentie op zich nog niet betekent dat sprake is van een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard.

betrokken entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard (en dus géén publiekrechtelijke instelling is).³¹ Ook het feit dat een entiteit uitsluitend voorziet in de behoeften van commerciële ondernemingen betekent niet dat sprake is van behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard. Andere factoren zijn bepalend, in het bijzonder de voorwaarden waaronder de betrokken entiteit haar activiteiten uitoefent (r.o. 50).

De bedoelde voorwaarden worden verder uitgewerkt in r.o. 51, die de kern van het arrest vormt. Het Hof overweegt dat waarschijnlijk is dat een entiteit die onder normale marktvoorwaarden actief is, een winst oogmerk heeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, voorziet in behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard. Deze voorwaarden betreffen vooral de relatie tussen de entiteit en de overheid. Met andere woorden, of een entiteit die goederen en diensten op de markt aanbiedt voorziet in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard, hangt af van het karakter van de relatie tussen de entiteit en de overheid (en dus niet van de behoeften waarin deze goederen of diensten voorzien als zodanig). In Korhonen voorziet de verhuur van bedrijfsruimte in een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard omdat zij geschiedt door een overheidsvennootschap die voldoet aan de door het Hof gestelde voorwaarden. Verhuur van vergelijkbare bedrijfsruimte door een particuliere onderneming voorziet echter niet in een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.

Bij 'normale marktvoorwaarden' in r.o. 51 moet waarschijnlijk worden gedacht aan het bestaan van effectieve concurrentie, alsook aan de afwezigheid van bijzondere of exclusieve rechten op grond waarvan de uitoefening van een bepaalde activiteit is voorbehouden voor een of meer ondernemingen. Er bestaat immers een verhoogd risico dat ondernemingen die op grond van dergelijke rechten worden beschermd zich bij de verlening van opdrachten zullen laten leiden door niet-zakelijke overwegingen.³² Het nastreven van winst vervolgens moet in materiële zin worden beoordeeld. Indien het maken van winst in de praktijk niet het voornaamste doel van een vennootschap is, dan mag aan een formeel winst oogmerk voorbij worden gegaan.³³ Ook de vraag of de entiteit de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, moet in materiële zin worden beantwoord. Een vennootschap in overheidshanden draagt in beginsel haar eigen verliezen en kan in beginsel ook failliet worden verklaard. Wanneer echter aannemelijk is dat de overheid bij financiële problemen zal bijspringen in plaats van de betreffende vennootschap te laten failleren, kan niet worden gezegd dat zij haar eigen verliezen draagt. Een treffend voorbeeld is het recente arrest *Commissie/ Spanje*, waarin het Hof overweegt dat het weinig waarschijnlijk is dat de Spaanse overheid de naamloze vennootschap die verantwoordelijk was voor de uitvoering van het overheidsplan voor de bouw, het beheer en de verkoop van gevangenissen, failliet zou laten gaan.³⁴ In het verlengde hiervan neemt het Hof aan dat ook overheidsfinanciering een aanwijzing vormt dat de betreffende activiteit voorziet in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.³⁵

De ratio achter deze factoren (het ontbreken van mededinging op de markt, het niet hoofdzakelijk hebben van een winst oogmerk, het niet dragen van de met de betreffende activiteit verbonden risico's en het bestaan van overheidsfinanciering) is steeds dezelfde. De genoemde factoren werken in de hand dat de betrokken entiteit zich

bij de verlening van opdrachten door andere dan zuiver economische overwegingen kan laten leiden. Het doel van de richtlijnen is juist dit te voorkomen.³⁶ Indien de genoemde factoren alle ontbreken (er bestaat mededinging op de markt, de entiteit heeft een winst oogmerk, draagt de met haar activiteit verbonden risico's en ontvangt geen overheidsfinanciering) wordt niet voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard. Onder deze omstandigheden zal doorgaans sprake zijn van een overheidsdeelneming in een vennootschap die puur commerciële activiteiten verricht, die waarschijnlijk ook niet voorzien in behoeften van algemeen belang. Hiermee lijkt de reikwijdte van de moeilijk te begrijpen categorie 'behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard' in de praktijk tot een minimum te zijn beperkt.³⁷

'Opgericht met het specifieke doel'

De richtlijnen vereisen dat een publiekrechtelijke instelling is 'opgericht met het specifieke doel' te voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard. Het doel waartoe een rechtspersoon is opgericht kan in eerste instantie uit wet en statuten worden afgeleid. De bewoordingen van de richtlijnen suggereren dat het statutaire doel op het moment van oprichting bepalend is, wat zou betekenen dat een entiteit die nadien is gaan voorzien in behoeften van algemeen belang zonder dat haar statuten zijn aangepast, niet als publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt. Dit is uiteraard een onwenselijk resultaat en het Hof heeft dan ook 'ter verzekering van de nuttige werking' van de richtlijnen overwogen dat moet worden uitgegaan van de activiteiten die de entiteit daadwerkelijk uitoefent.³⁸ Het bestaan van de taak te voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard dient wel objectief te kunnen worden vastgesteld.

³¹ Zie zaak C-18/01, Korhonen e.a., arrest van 22 mei 2003, n.n.g., r.o. 47; zaak C-373/00, Adolf Truley, Jur. 2003, p. I-1931, r.o. 61.

³² Deze logica ligt ook ten grondslag aan de Richtlijn Nutssectoren, die mede van toepassing is op particuliere ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend (vergelijk artikel 2 lid 1 onder a). Het bestaan van effectieve concurrentie en de afschaffing van bijzondere of uitsluitende rechten is van belang in het kader van vrijstelling van de bepalingen van deze richtlijn. Zie artikel 8 van de huidige Richtlijn Nutssectoren en artikel 30 van Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 34/2003 van de Raad van 20 maart 2003 (Pb. 2003 C 147 E/137) aangaande haar beoogde opvolger.

³³ Zaak C-18/01, Korhonen e.a., arrest van 22 mei 2003, n.n.g., r.o. 54; zaak C-283/00, Commissie/ Spanje, arrest van 16 oktober 2003, n.n.g., r.o. 88-90.

³⁴ Zaak C-283/00, Commissie/ Spanje, arrest van 16 oktober 2003, n.n.g., r.o. 91.

³⁵ Zaak C-18/01, Korhonen e.a., arrest van 22 mei 2003, n.n.g., r.o. 59; zaak C-283/00, Commissie/ Spanje, arrest van 16 oktober 2003, n.n.g., r.o. 81.

³⁶ Vergelijk zaak C-18/01, Korhonen e.a., arrest van 22 mei 2003, n.n.g., r.o. 51-52; zaak C-283/00, Commissie/ Spanje, arrest van 16 oktober 2003, n.n.g., r.o. 92.

³⁷ Het enige voorbeeld uit de rechtspraak van het Hof is het arrest Agorà en Excelsior uit 2001 (gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, Jur. 2001, p. I-3605), dat lijkt te zijn achterhaald door recente arresten als Korhonen.

Een overeenkomst tussen overheid en publiekrechtelijke instelling kan hiervoor voldoende zijn.³⁹

Volgens vaste rechtspraak is verder niet vereist dat de betrokken entiteit zich uitsluitend bezighoudt met de voorziening in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard. Zelfs wanneer de voorziening in behoeften van algemeen belang slechts een relatief klein deel van de activiteiten van een entiteit uitmaakt, kan deze entiteit een publiekrechtelijke instelling zijn, zolang zij zich maar blijft kwijten van de haar opgedragen taken van algemeen belang.⁴⁰ Tot slot is voor de praktijk van groot belang dat een dochtermaatschappij van een vennootschap die als publiekrechtelijke instelling moet worden aangemerkt, zelf niet zonder meer publiekrechtelijke instelling is. Alleen een dochtermaat-

schappij die zelf voldoet aan de drie voorwaarden van de richtlijnen, dient als publiekrechtelijke instelling te worden aangemerkt.⁴¹

Afronding

Uit het voorafgaande blijkt dat het geen gemakkelijke opgave is duidelijk aan te geven wat een publiekrechtelijke instelling is, en dat vooral het begrip 'behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard' niet uitmunt door helderheid. Gaandeweg heeft de betekenis van de in de richtlijnen gestelde voorwaarden echter vaste vorm gekregen in de rechtspraak. In combinatie met de bijgewerkte lijsten die deel uitmaken van de nieuwe richtlijnen die hopelijk rond het einde van dit jaar door het Europees Parlement en de Raad zullen worden vastgesteld, zal nu in de meeste gevallen wel met een redelijke mate van zekerheid kunnen worden vastgesteld wanneer een entiteit een publiekrechtelijke instelling vormt. De grote lijn van het Hof is glashelder: het begrip publiekrechtelijke instelling moet, gezien de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen, ruim worden uitgelegd. In geval van twijfel verdient het dus steeds aanbeveling de procedures van de richtlijnen te volgen.

³⁸ Zaak C-470/99, *Universale Bau e.a.*, Jur. 2002, p. I-11617, r.o. 56-57.

³⁹ Zaak C-470/99, *Universale Bau e.a.*, Jur. 2002, p. I-11617, r.o. 60-62.

⁴⁰ Zaak C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, Jur. 1998, p. I-73, r.o. 25.

⁴¹ *Ibidem*, r.o. 37-41.