

## Overheidsaanbestedingen

### III Rechtspraak

#### Het begrip publiekrechtelijke instelling in de Richtlijn Werken

Mr. drs. M.G.A.M. Custers

**Op 1 februari 2001 heeft het Hof van Justitie een arrest gewezen waarin onder meer wordt ingegaan op de interpretatie van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’, zoals opgenomen in artikel 1 sub b van de Richtlijn Werken. Met name aan de orde kwam de vraag of het beheer van een bepaalde Franse instelling voor de sociale woningbouw geacht moest worden onder overheidstoezicht te staan, en de betreffende instelling op die grond kon kwalificeren als publiekrechtelijke instelling. Het arrest laat een aantal vragen echter onbeantwoord.**

*HvJ EG 1 februari 2001, zaak C-237/99, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Franse Republiek, ondersteund door Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, n.n.g.*

#### Inleiding

Ingevolge artikel 1 sub b van de Richtlijn Werken<sup>1</sup> wordt onder aanbestedende dienst verstaan ‘*de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen*’. In hetzelfde artikel wordt het begrip publiekrechtelijke instelling nader gedefinieerd als 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
  - a waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak

<sup>1</sup> 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. EG 1993, L 199/54 (zoals nadien gewijzigd).

2 Zaak C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. tegen Stohal Rotationsdruck GesmbH, Jur. 1998, p. I-73. Zie NTER 1998, p. 65.

3 Zaak C-360/96, Gemeenten Arnhem en Rheden tegen BFI Holding B.V., Jur. 1998, I-6821. Zie NTER 1999, p. 5.

4 Zaak C-237/99, Commissie tegen Frankrijk, n.n.g.

5 Het betrof twee zogenoemde 'offices publics d'aménagement et de construction' (OPAC) en één 'société anonyme d'habitations à loyer modéré' (HLM).

6 Uit het arrest valt af te leiden dat deze ommezwaai veroorzaakt is door de arresten van het Hof van Justitie inzake Mannesmann Austria en Arnhem/BFI.

7 Het Hof verwijst hierbij naar zijn arrest van 3 oktober 2000 in zaak C-380/98, University of Cambridge, n.n.g.

8 Het Hof verwijst hierbij naar zijn arrest van 17 december 1998 in zaak C-353/96, Commissie tegen Ierland, Jur. 1998, p. I-8565.

9 Conclusie van 19 oktober 2000 in zaak C-237/99, Commissie tegen Frankrijk, n.n.g. (alleen Franse tekst beschikbaar).

- door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd,
- b ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze lasten,
- c 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. Uit de bepaling volgt dat het drie cumulatieve bestanddelen betreft.

Het eerste bestanddeel is uitvoerig aan de orde gekomen in het arrest *Mannesmann Austria* van 15 januari 1998<sup>2</sup> en in het arrest *Arnhem/BFI* van 10 november 1998<sup>3</sup>. Het tweede bestanddeel zal in de praktijk niet snel tot onduidelijkheid leiden. Het derde bestanddeel is onderwerp van het arrest Commissie tegen Frankrijk van 1 februari jl.<sup>4</sup>, waarop hierna nader wordt ingegaan.

### De onderhavige procedure

Op 7 december 1995 zond de Commissie de Franse autoriteiten een aanmaningsbrief, waarin zij stelde dat een drietal nader genoemde instellingen voor sociale woningbouw aankondigingen van respectievelijk een openbare aanbesteding, een niet-openbare aanbesteding en een gunning via onderhandelingen, in strijd met artikel 11 lid 2 van de Richtlijn Werken, niet in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen hadden gepubliceerd.<sup>5</sup> De Franse autoriteiten antwoordden hierop dat de betreffende instellingen geen aanbestedende diensten in de zin van de Richtlijn Werken zijn. De Commissie achtte dit antwoord onvoldoende en besloot, nadat zij een met redenen omkleed advies had toegezonden en Frankrijk in haar antwoord slechts haar eerder ingenomen standpunt had herhaald, de procedure ex artikel 226 EG in te leiden.

Tijdens de procedure heeft Frankrijk alsnog erkend dat twee van de drie instellingen publiekrechtelijke instellingen, en daarmee aanbestedende diensten, in de zin van de Richtlijn Werken zijn.<sup>6</sup> Voor wat betreft de derde instelling, een 'société anonyme d'habitations à loyer modéré' ofwel 'HLM-vennootschap', stelde Frankrijk zich echter op het standpunt dat deze weliswaar voldoet aan de eerste twee bestanddelen van een publiekrechtelijke instelling, doch aan geen enkele van de drie alternatieve criteria voor het derde bestanddeel.

### De uitspraak van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie stelt om te beginnen dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te

beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden. Het Hof preciseert vervolgens dat de Richtlijn Werken ertoe strekt, 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.<sup>7</sup> Gelet op deze doelstellingen moet het begrip aanbestedende dienst, met inbegrip van het begrip publiekrechtelijke instelling, volgens het Hof een functionele uitlegging krijgen.<sup>8</sup>

Het Hof stelt vervolgens dat de drie alternatieve criteria die worden genoemd onder het derde bestanddeel van het begrip publiekrechtelijke instelling, elk de sterke afhankelijkheid van een instelling van de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen weerspiegelen. Dit betekent volgens het Hof dat in het onderhavige geval moet worden onderzocht of de verschillende vormen van toezicht waaraan de HLM-vennootschappen zijn onderworpen, tot gevolg hebben dat die vennootschappen afhankelijk zijn van de overheid, zodat deze hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.

Met verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Mischo<sup>9</sup>, merkt het Hof op dat het toezicht op het beheer een afhankelijkheid jegens de overheid moet scheppen die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan, te weten dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen aanwijst.

Het Hof stelt vervolgens aan de hand van specifieke feiten en omstandigheden vast dat het beheer van de HLM-vennootschappen is onderworpen aan toezicht door de overheid, wat deze laatste in staat stelt de beslissingen van de vennootschappen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. Daarbij neemt het Hof onder meer in aanmerking dat de technische kenmerken en de kostprijs van (kort gezegd) de sociale woningbouw bij administratief besluit worden vastgesteld, dat de statuten van de HLM-vennootschappen clausules moeten bevatten die overeenstemmen met gedetailleerde wettelijk vastgelegde standaardclausules (met name op het punt van het maatschappelijk doel van deze vennootschappen), dat de werkzaamheden aan overheidstoezicht zijn onderworpen (zonder te bepalen binnen welke grenzen een dergelijk toezicht wordt uitgeoefend), dat de overheid bevoegd is de HLM-vennootschappen te ontbinden (en een vereffenaar aan te wijzen) en de bestuursorganen kan schorsen in geval van ernstige onregelmatigheden, grove fout bij het beheer of nalatigheid van de raad van

10 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. EG 1992, L 209/1 (zoals nadien gewijzigd).

11 Cursivering toegevoegd.

12 Met dien verstande dat ook was voldaan aan de eerste twee bestanddelen van het begrip 'publiekrechtelijke instelling', te weten (1) opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en (2) rechtspersoonlijkheid.

13 Zaak C-380/98, University of Cambridge, n.n.g.

14 Zaak C-353/96, Commissie tegen Ierland, Jurispr. 1998, i-8565. Het betreffende arrest werd gewezen met betrekking tot Richtlijn 77/62, voorloper van de huidige Aanbestedingsrichtlijnen.

bestuur, de directie en de raad van toezicht, hetgeen een permanent toezicht impliceert, en dat de minister bevoegd voor bouw en huisvesting de HLM-vennootschappen een bepaald beheersprofiel kan opleggen.

Het Hof concludeert vervolgens dat de HLM-vennootschappen voldoen aan de drie voorwaarden om als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de Richtlijn Werken te worden aangemerkt, en (derhalve) aanbestedende diensten zijn.

### Commentaar

In zijn conclusie voor deze zaak, had advocaat-generaal Mischo reeds opgemerkt dat de problematiek in verband met de interpretatie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' in de zin van de Richtlijn Werken, slechts in één enkel eerder arrest aan de orde was gekomen, te weten het arrest *Mannesmann Austria*. Hij voegde daaraan toe dat het begrip, dat eveneens voorkomt in de Richtlijn Diensten<sup>10</sup>, weliswaar ook aan de orde is gekomen in het arrest *Arnhem/BFI*, maar dat in dit arrest toch met name is ingegaan op het eerste bestanddeel van het begrip 'publiekrechtelijke instelling', te weten een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan die van industriële of commerciële aard.

De verwachting was dat het onderhavige arrest, voortbouwend op het arrest *Mannesmann Austria*, meer duidelijkheid zou scheppen over de interpretatie van het begrip publiekrechtelijke instelling. Ofschoon dit tot op zekere hoogte ook is gebeurd, blijven voldoende vragen open.

#### *Afhankelijkheid uitsluitend in de zin van mogelijkheid tot beïnvloeding van beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten?*

Uit de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling', en meer in het bijzonder uit de omschrijving van het derde bestanddeel hiervan, kan niet worden afgeleid dat slechts sprake is van een dergelijke instelling indien de overheid de mogelijkheid heeft om beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. Gelet op de hiervoor genoemde doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen, zoals de uitsluiting van het risico dat aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, ligt dit echter wel voor de hand. Ook in het onderhavige arrest lijkt het Hof hier van uit te gaan. Het Hof stelt immers dat moet worden onderzocht of het toezicht waaraan de HLM-vennootschappen zijn onderworpen, tot gevolg heeft dat die vennootschappen afhankelijk zijn van de overheid, 'zodat deze hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden'.<sup>11</sup>

Dit is met name van belang omdat wellicht denkbaar is dat een instelling of onderneming nauw

verbonden is met de overheid, of zelfs afhankelijk is van de overheid, zonder dat dit tot gevolg heeft dat de overheid beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden. In dit verband kan worden gewezen op het arrest *University of Cambridge* van 3 oktober 2000, waarin het Hof van Justitie op basis van het feit dat de inkomsten van een instelling voor meer dan 50 procent afkomstig waren van openbare financiering voldoende achtte om de instelling als aanbestedende dienst aan te merken<sup>12</sup>, en voor de vaststelling van het percentage niet aanvaardde de stelling dat hierbij uitsluitend de vergoedingen in aanmerking mogen worden genomen waardoor de verstrekker ervan controle op de gunning van opdrachten verkrijgt.<sup>13</sup>

Overigens kan uit het onderhavige arrest worden afgeleid dat het Hof bereid is snel aan te nemen dat overheidstoezicht leidt tot de mogelijkheid tot beïnvloeding van beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten. Dit ligt ook in de lijn van eerdere uitspraken van het Hof van Justitie. Zo nam het Hof in 1998 op de vraag of de Ierse tegenhanger van Staatsbosbeheer – de *Forestry Board* – als aanbestedende dienst moest worden aangemerkt mede in overweging dat 'ofschoon [...] geen enkele bepaling er uitdrukkelijk in voorziet, dat de staatscontrole zich specifiek uitstrekt tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen aan de *Forestry Board*, [...] de Staat een dergelijke controle ten minste indirect [kan] uitvoeren'.<sup>14</sup>

#### *Financiering (in hoofdzaak) door de overheid, toezicht op het beheer door de overheid en aanwijzing door de overheid van meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen gelijkwaardig?*

Het Hof heeft aangegeven dat het toezicht op het beheer een afhankelijkheid jegens de overheid moet scheppen die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan, te weten dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen aanwijst. Daarmee rijst echter de vraag of omgekeerd ook geldt dat financiering in hoofdzaak door de overheid dan wel aanwijzing van meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen slechts leidt tot kwalificatie als publiekrechtelijke instelling indien hierdoor een afhankelijkheid jegens de overheid bestaat die gelijkwaardig is aan overheidstoezicht op het beheer.

Voor wat betreft de financiering in hoofdzaak door de overheid, lijkt het Hof van Justitie niet van een dergelijke gedetailleerde analyse te willen uitgaan. In dit verband kan worden gewezen op het arrest *University of Cambridge* van 3 oktober 2000, waarin het Hof te kennen gaf dat een instelling reeds voldoet aan het derde bestanddeel van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' indien meer

15 Zaak C-380/98, University of Cambridge, n.n.g.

16 Zie in het bijzonder het arrest in zaak C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG tegen Stohal Rotationsdruck GesmbH, Jur. 1998, p. I-73.

17 Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Pb. EG 1993, L 199/84 (zoals nadien gewijzigd).

18 Zie in deze zin ook Pijnacker Hordijk en Van der Bend, Handboek aanbestedingsrecht, tweede druk, Elsevier, p. 44.

dan 50 procent van de inkomsten van de instelling afkomstig is uit openbare financiering. Zoals hiervoor reeds aangegeven. Het Hof verwierp de stelling dat het begrip 'financiering in hoofdzaak' kwalitatief moet worden opgevat, en dat uitsluitend vergoedingen in aanmerking mogen worden genomen waardoor de verstrekker ervan de controle op de gunning van opdrachten verkrijgt.<sup>15</sup>

De mogelijkheid voor de overheid om meer dan de helft van de leden van de directie c.q. de Raad van Bestuur of van de Raad van Toezicht (Raad van Commissarissen) aan te wijzen, lijkt een in de praktijk gemakkelijk te hanteren criterium. Voor wat betreft de aanwijzing van meer dan de helft van de leden van de directie c.q. de Raad van Bestuur zal in de regel ook aangenomen mogen worden dat dit leidt tot een afhankelijkheid van de overheid die gelijk is aan afhankelijkheid op basis van overheids-toezicht op het beheer. Maar kan hetzelfde worden gezegd indien de overheid meer dan de helft van de leden van de Raad van Toezicht mag aanwijzen? In dat geval lijkt het voor de hand te liggen te bezien welke bevoegdheden de Raad van Toezicht heeft. Indien deze bevoegdheden beperkt zijn, is het maar de vraag of het feit dat de overheid meer dan de helft van de leden mag benoemen, voldoende is om aan te nemen dat een sterke afhankelijkheid van de overheid bestaat.

#### *Afhankelijkheid op basis van andere factoren*

Het derde bestanddeel van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' lijkt een uitputtende opsomming te bevatten, aangezien hierin uitdrukkelijk wordt vastgelegd dat aan dit bestanddeel wordt voldaan indien 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.

Aangezien het Hof echter in het onderhavige arrest, evenals in eerdere jurisprudentie<sup>16</sup>, deze drie elementen van het derde bestanddeel samenvat door te stellen dat alle drie elementen zien op een soortgelijke mate van afhankelijkheid van de overheid, rijst de vraag of een dergelijke afhankelijkheid ook niet kan voortvloeien uit niet in het artikel genoemde elementen.

Hierbij zou gedacht kunnen worden aan ondernemingen die van overheidswege bijzondere of uitsluitende rechten genieten. Op grond van dergelijke rechten zou zeer wel aangenomen kunnen worden dat een sterke afhankelijkheidsrelatie tussen de onderneming en de overheid bestaat. In de Richtlijn

Nutssectoren<sup>17</sup> worden dergelijke ondernemingen ook expliciet aangemerkt als aanbestedende diensten, voorzover het gaat om bijzondere of uitsluitende rechten die betrekking hebben op 'relevante activiteiten' in de zin van de Richtlijn. Echter, juist omdat dergelijke ondernemingen in de Richtlijn Nutssectoren uitdrukkelijk worden aangemerkt als aanbestedende diensten, terwijl dit niet is gebeurd in de overige aanbestedingsrichtlijnen, is niet aannemelijk dat een sterke afhankelijkheid van de overheid op grond van bijzondere of exclusieve rechten voldoende is om aan te nemen dat voldaan wordt aan het derde bestanddeel van het begrip 'publiekrechtelijke instelling', zoals opgenomen in de Richtlijn Werken.

Eveneens zou gedacht kunnen worden aan publiek-private samenwerkingsverbanden, zelfs indien een overheidsinstelling voor niet meer dan 50 procent participeert in een PPS-verband. Een dergelijk PPS-verband zou onder omstandigheden immers zeer wel sterk afhankelijk geacht kunnen worden van de overheid. Desalniettemin is niet waarschijnlijk dat een PPS-verband, waarin de overheidsinstelling voor niet meer dan 50 procent participeert, en waarbinnen de besluitvorming niet aan preventief of repressief toezicht van overheidswege is onderworpen, binnen het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen valt.<sup>18</sup>

In zijn algemeenheid kan derhalve worden aangenomen dat de verwijzing door het Hof van Justitie naar een sterke afhankelijkheid van de overheid, slechts geschiedt ter inkleuring van de drie alternatieve criteria die worden genoemd in het derde bestanddeel van het begrip 'publiekrechtelijke instelling', en dat deze sterke afhankelijkheid geen afzonderlijk (alternatief) criterium vormt.

#### *De betekenis van het arrest*

Ofschoon een aantal vragen onbeantwoord blijven, maakt het arrest van het Hof van Justitie duidelijk dat het antwoord op de vraag of het beheer van een onderneming of instelling onderworpen is aan toezicht van een overheidsinstelling gezocht moet worden in een beoordeling van de specifieke feiten en omstandigheden, en dat in de regel redelijk snel wordt aangenomen dat van een dergelijk toezicht sprake is. Het Hof lijkt een dergelijke extensieve functionele uitleg te baseren op de achterliggende doelstellingen van de Richtlijn Werken: opheffing van de belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen, bescherming van de belangen van marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden, en uitsluiting van het risico dat aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, en zich door andere dan economische overwegingen laten leiden.