

Minimumeis aan volgestort maatschappelijk kapitaal in strijd met fundamentele vrijheden

De vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting verzetten zich tegen de dubbele standaard van Italiaanse belastinginning.

Mr. M.L. Weeda en mr. L.J. Terpstra*

In deze prejudiciële verwijzingsprocedure stelt het Hof van Justitie vast dat de artikelen 49 en 56 VWEU¹ aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de verplichting uit hoofde van een Italiaanse regeling tot het hebben van een minimaal volgestort maatschappelijk kapitaal van 10 miljoen euro voor marktdeelnemers belast met de inning van belastingen, met uitzondering van vennootschappen waarin de Italiaanse overheid een meerderheidsbelang heeft. Volgens de verwijzende rechter bevat de Italiaanse regeling voorzorgsmaatregelen die de overheid op een meer evenredige wijze kunnen beschermen. Dit lijkt voor het Hof van Justitie onder meer reden om op de vragen van de verwijzende rechter te antwoorden dat de betrokken bepaling uit de Italiaanse regeling een onevenredige en dus ongerechtvaardigde beperking van de fundamentele vrijheden van vestiging en dienstverlening vormt.

Hof EU 10 mei 2012, zaak C-357/10, Duomo/Comune di Baranzate, zaak C-358/10, GSP/Comune di Baranzate en zaak C-359/10, Irtel/Comune di Venegono Inferiore, n.n.g.

Inleiding

Het arrest van het Hof van Justitie in deze gevoegde zaken gaat over de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting in verband met de voorwaarden die aan een concessie voor belastinginning worden gesteld. Italiaanse provincies en gemeenten beschikken over de bevoegdheid om bij besluit hun eigen belasting-

inkomsten te regelen. Om deze bevoegdheid te beteugelen, staan de bepaling en de omschrijving van de belastbare situaties, de belastingplichtigen en het maximumtarief van iedere heffing niet ter vrije beschikking van de lagere overheden. Wel kunnen lagere overheden partijen aanwijzen die de belastingen innen en deze bedragen periodiek aan de overheden afdragen. Dit arrest heeft betrekking op de eisen die twee Italiaanse gemeenten stellen in aanbestedingsprocedures voor de gunning van dienstenconcessies voor onder meer vaststelling en inning van belastingen.

Juridisch kader

Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt, de zogenoemde Dienstenrichtlijn, is op 28 december 2006 in werking getreden en diende vóór 28 december 2009 door de EU-lidstaten te worden omgezet.² De Dienstenrichtlijn stelt algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten vast, met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten. Het Hof van Justitie toetst echter aan het primaire Europese recht, namelijk aan de artikelen 49 (vestigingsvrijheid) en 56 (vrijheid van dienstverrichting) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

De gevoegde zaken hebben betrekking op een Italiaans wetsbesluit,³ waarin eisen worden gesteld aan vennootschappen die zijn belast met vaststelling en inning van

273

* Mr. M.L. Weeda en Mr. L.J. Terpstra zijn werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. In dit artikel zal naar de artikelnummers van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie worden verwezen.

2. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/36, overeenkomstig art. 44 lid 1.

3. Het Italiaanse wetsbesluit dateert van 29 november 2008 en is 'toegevoegd' door een omzettingwet van 28 januari 2009, zoals gewijzigd bij een wet van 27 februari 2009.

belastingen en andere inkomsten. Op grond van dit wetsbesluit dient het volgestort maatschappelijk kapitaal van deze vennootschappen ten minste 10 miljoen euro te bedragen. Deze minimumeis geldt echter niet voor vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben. Gunning van concessies aan vennootschappen die niet aan de kapitaaleis voldoen, is nietig en vennootschappen die hun volgestort maatschappelijk kapitaal niet aan de minimumeis aanpassen, worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingsprocedures en gunning van concessies voor belastinginning.

Feiten en hoofdgedingen

Op grond van deze specifieke eis zijn *Duomo* (zaak C-357/10), *GSP* (zaak C-358/10) en *Irtel* (zaak C-359/10) uitgesloten van aanbestedingsprocedures voor de gunning van concessies voor (1) het beheer, de vaststelling en de inning van belastingen en (2) vaststelling, inning en dwanginvordering van gemeentelijke reclamebelasting en openbare aanplakrechten.⁴ Het volgestorte maatschappelijke kapitaal van deze particuliere ondernemingen bedroeg niet het minimum van 10 miljoen euro, zoals voorgeschreven door het litigieuze Italiaanse wetsbesluit. Tegen hun uitsluitingen hebben deze ondernemingen beroep ingesteld in verband met schending van Richtlijn 2004/18/EG (de zogenoemde Aanbestedingsrichtlijn),⁵ de beginselen van gelijke behandeling en eerlijke mededinging en op grond van onverenigbaarheid van het Italiaanse wetsbesluit met de artikelen 3 en 10 EG-Verdrag (oud), de artikelen 49, 56, 101, 102, 106 en 110 VWEU en de beginselen van noodzakelijkheid, redelijkheid en evenredigheid die voortvloeien uit de artikelen 15 en 16 Dienstenrichtlijn.

Het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (hierna: het Tribunale) stelde het Hof van Justitie in deze procedures de volgende twee prejudiciële vragen:

- a. Verzetten de artikelen 15 en 16 van de Dienstenrichtlijn zich tegen een bepaling die eisen stelt aan het minimaal volgestorte maatschappelijk kapitaal van marktdeelnemers, met uitzondering van vennootschappen waarin overheden een meerderheidsbelang hebben, op straffe van nietigheid van gunning aan of verbod tot deelname aan aanbestedingen voor deze diensten voor marktdeelnemers die hier niet aan voldoen?; en
- b. Verzetten de artikelen 3 en 10 EG-Verdrag (oud), de artikelen 49, 56, 101, 102, 106 en/of 110 VWEU zich tegen bovengenoemde bepaling?

4. De uitsluitingen van *Duomo*, *GSP* en *Irtel* hebben alle in de eerste helft van 2009 plaatsgevonden.

5. 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, *PbEU* 2004, L 134/114.

Uitleg bepaling volgens Dienstenrichtlijn en VWEU

De aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten hebben vóór de uiterlijke omzettingsdatum van de Dienstenrichtlijn (28 december 2009) plaatsgevonden. Onder meer vanwege dit tijdsaspect legt het Hof van Justitie de wettelijke bepaling uit in het licht van het primaire Unierecht en niet volgens de Dienstenrichtlijn. Hoewel het Hof van Justitie de Dienstenrichtlijn impliciet aanmerkt als een volledige harmonisatie in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie, stelt het vast dat deze omstandigheid niet belet dat het primaire Unierecht relevant is voor de periode vóór de omzettingstermijn van de Dienstenrichtlijn. Het Hof van Justitie behandelt eerst de tweede vraag van de verwijzende rechter over de uitlegging van het primaire Unierecht tegen de achtergrond van de geschetste feiten (punten 18-20).⁶ Tot inhoudelijke behandeling van de eerste vraag komt het Hof van Justitie vervolgens niet (meer) toe.

Vrijheid van dienstverrichting en vrijheid van vestiging

Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak stelt het Hof van Justitie vast dat de bewuste bepaling in de Italiaanse wetgeving binnen de werkingssfeer van zowel artikel 49 VWEU als artikel 56 VWEU kan vallen. Dit is mogelijk anders, indien lokale belastingen in de praktijk slechts kunnen worden geïnd door middel van een vestiging op het nationale grondgebied van de lidstaat van bestemming. Het Hof van Justitie merkt hierbij op dat dit aan de nationale rechter is om te beoordelen (punt 33).

Beperking van vrijheden

Artikel 49 VWEU staat eraan in de weg dat een nationale maatregel de uitoefening van het recht van de vrijheid van vestiging kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken. Dit kan het geval zijn indien een vennootschap door nationale regelgeving ervan wordt weerhouden om in andere lidstaten afhankelijke entiteiten op te richten of via deze entiteit haar activiteiten uit te voeren.⁷

6. In het kader van de ontvankelijkheid merkt het Hof van Justitie op dat de bepaling die ter discussie staat slechts onder de fundamentele vrijheden van het VWEU valt, voor zover deze invloed heeft op het handelsverkeer tussen lidstaten. Uit het dossier dat aan het Hof van Justitie is voorgelegd, blijkt dat alle elementen van de hoofdgedingen binnen Italië zijn gesitueerd. De vraag die dan opkomt, is wat voor de betrokken partijen de meerwaarde is van de door het Tribunale verzochte prejudiciële beslissing. Het Hof van Justitie zoekt in dit verband aansluiting bij de opmerkingen van de Europese Commissie, dat niet kan worden uitgesloten dat ondernemingen gevestigd in andere EU-lidstaten geïnteresseerd waren of zijn om mee te dingen naar concessies op het gebied van Italiaanse belastinginning (punt 27). Daarnaast kan de door het Tribunale gevraagde uitlegging van de art. 49 en 56 VWEU voor hem nuttig zijn wanneer het nationale recht voorschrijft dat een Italiaanse marktdeelnemer dezelfde rechten toekomen als die welke een marktdeelnemer uit een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het Unierecht kan ontlenuen (punt 28). Deze omstandigheden vormen voor het Hof van Justitie voldoende redenen om de tweede prejudiciële vraag gedeeltelijk te beantwoorden.

7. HvJ EU 11 maart 2010, zaak C-384/08, *Attanasio Group*, *Jur.* 2010, p. I-2055, punt 32 en HvJ EU 13 oktober 2011, zaak C-148/10, *DHL International*, n.n.g., punt 60.

Artikel 56 VWEU verzet zich tegen de toepassing van een nationale regeling wanneer dit ertoe leidt dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één lidstaat. Tevens beoogt het de opheffing van iedere discriminatie op grond van nationaliteit van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter, alsook van iedere beperking die de werkzaamheden van een dergelijke dienstverlener verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt.⁸

Het Italiaanse wetsbesluit beperkt volgens het Hof van Justitie de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, omdat deze vrijheden belemmerd worden of minder aantrekkelijk worden gemaakt (punt 38).⁹ Als voorwaarde geldt immers het hebben van een minimaal maatschappelijk kapitaal en voorts worden marktdeelnemers die geen rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel de diensten willen uitvoeren, ertoe gedwongen rechtspersoonlijkheid aan te nemen.¹⁰ Om deze reden onderzoekt het Hof van Justitie in hoeverre de bepaling kan worden aanvaard op een van de gronden van artikel 49 VWEU, dan wel gerechtvaardigd is wegens dwingende redenen van algemeen belang.

Dwingende reden van algemeen belang?

De enige door de Italiaanse gemeenten aangevoerde rechtvaardigingsgrond is dat de eisen in het wetsbesluit de overheidsdienst beschermen tegen niet-nakoming door de concessiehouders. De hoge totale waarde van de overeenkomsten rechtvaardigt volgens de gemeenten een dergelijke eis (punt 40).

De concessiehouders innen de fiscale opbrengsten vóór en zijn verplicht om de opbrengsten aan het einde van een trimester na inhouding van een 'inningscommissie' aan de overheidsdienst te storten. De zorgen van de Italiaanse gemeenten richten zich juist op deze tussenliggende periode. In deze periode gebruiken de concessiehouders de miljoenen euro's die zij op dat moment bezitten voor het creëren van winst door financiële transacties uit te voeren.

Het Hof van Justitie erkent dat de storting door concessiehouders gezien de hoge totale waarde van de overeenkomsten een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die niet zuiver van economische aard is (punt 42). Tegelijkertijd herinnert het eraan dat een beperking van de fundamentele vrijheden slechts kan zijn gerechtvaardigd, indien de bepaling aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet. Met andere woorden, de betrokken maatregel dient niet alleen gerechtvaardigd, maar ook geschikt te zijn ter bereiking van het nagestreefde doel en niet verder te gaan dan noodzakelijk. Bovendien is een nationale maatregel slechts

geschikt om de verwezenlijking van het gestelde doel te verzekeren, indien dit coherent en systematisch gebeurt.¹¹

In zijn verzoek om een prejudiciële verwijzingsbeslissing heeft het Tribunale vastgesteld dat de bepaling veel verder gaat dan het doel van bescherming van de overheid tegen niet-nakoming door de concessiehouders. Andere voorzorgsmaatregelen in de Italiaanse wet kunnen, zo heeft het Tribunale opgemerkt, op een meer evenredige wijze bescherming bieden aan de overheid. De overlegging van bewijs van technische bekwaamheid en financiële draagkracht, betrouwbaarheid en solvabiliteit, of van bewijs dat de concessiehouder over een maatschappelijk kapitaal beschikt dat evenredig is met de waarde van de overeenkomsten die zij daadwerkelijk heeft gesloten, zijn volgens het Tribunale voorbeelden van minder beperkende maatregelen om dit belang te beschermen. Het Hof van Justitie concludeert derhalve dat het Italiaanse wetsbesluit een onevenredige en ongerechtvaardigde beperking vormt van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, omdat dit niet aan alle vennootschappen die zich bezig (willen) houden met Italiaanse belastinginning dezelfde verplichtingen oplegt.

Commentaar

Dienstenrichtlijn - vermoeden van relevantie uitleg Unierecht

Een van de opvallende aspecten uit dit arrest is dat het Hof van Justitie het Italiaanse wetsbesluit niet volgens de Dienstenrichtlijn uitlegt, terwijl het Tribunale daar wel om verzoekt. In eerste instantie lijkt dit slechts te zijn ingegeven door de omstandigheid dat de aanbestedingen van de Italiaanse gemeenten en bijbehorende uitsluitings- en gunningsbeslissingen zich vóór de uiterste omzettingsdatum van de Dienstenrichtlijn hebben afgespeeld. Dit is opmerkelijk, aangezien het Hof van Justitie eerder wel heeft getoetst aan de Dienstenrichtlijn met betrekking tot een nationale regeling die de beoefenaars van een gereguleerd beroep verbood actief klanten te werven, waar de relevante omstandigheden zich eveneens (deels) vóór de omzettingsdatum voordeden.¹²

De verwijzende rechter verzocht in de betreffende procedure om een prejudiciële beslissing met betrekking tot bepalingen die zowel vóór de omzettingsdatum van de Dienstenrichtlijn als na de omzettingsdatum daarvan waren vastgesteld. Hij was

8. HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *Football Association Premier League e.a.*, n.n.g., punt 85.

9. Deze vaststelling is opvallend aangezien het Tribunale een verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend en de zaak in kwestie geen inbreukprocedure betreft. In punt 33 van het arrest verwijst het Hof van Justitie ook naar twee arresten die het in inbreukprocedures heeft gewezen.

10. Deze aanvullende beperking wordt opgemerkt door de Nederlandse regering (zie punt 38 van het arrest).

11. HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, *Jur.* 2009, p. I-1721, punt 55 en HvJ EU 11 maart 2010, zaak C-384/08, *Attanasio Group*, *Jur.* 2010, p. I-2055, punt 32.

12. HvJ EU 5 april 2011, zaak C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable/Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, n.n.g., punten 16-22. Zie voor een nadere bespreking van dit arrest H.A.G. Temmink, 'Eerste uitspraak Hof van Justitie over de Dienstenrichtlijn', *NTER* 2011/8, p. 255-258.

(...) van oordeel dat in het hem voorgelegde geding een prejudiciële verwijzing noodzakelijk is, omdat het door het bestreden decreet uitgevaardigde verbod op het actief werven van cliënten, voor zover het als strijdig met artikel 24 van de richtlijn 2006/123 wordt beschouwd, de uitvoering van deze richtlijn ernstig zou belemmeren.¹³

Het was aan de verwijzende rechter en niet aan het Hof van Justitie om te beoordelen of de nationale bepalingen waarvan de wettigheid wordt betwist, de verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou brengen.¹⁴ Volgens vaste rechtspraak rust er een vermoeden van relevantie op de vraag van de nationale rechter over de uitleg van het Unierecht binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader.¹⁵ Bijgevolg concludeerde het Hof van Justitie dat het verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitleg van de Dienstenrichtlijn in dat geval wel ontvankelijk was.

Kan hieruit de gevolgtrekking worden gemaakt dat dit vermoeden van relevantie in het verzoek van het Tribunale in *Duomo e.a.* ontbrak?

Volgens de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón was toetsing aan de Dienstenrichtlijn wel op zijn plaats geweest.¹⁶ Het feit dat de omstandigheden zich vóór het verstrijken van de omzettingstermijn hadden voorgedaan, achtte de advocaat-generaal irrelevant. In plaats daarvan hechtte hij meer waarde aan de harmonisatie die de Dienstenrichtlijn beoogt en de in artikel 15 lid 6 Dienstenrichtlijn genoemde *standstill*-bepaling, die de advocaat-generaal ook van toepassing acht op de vrijheid van dienstverrichting. De ter discussie staande bepaling die na de in artikel 15 lid 6 Dienstenrichtlijn genoemde datum was ingevoerd, diende volgens de advocaat-generaal op basis van de Dienstenrichtlijn te worden beoordeeld. Volgens de advocaat-generaal kleefde aan het wetsbesluit een evenredigheidsgebrek en was het wetsbesluit in strijd met de artikelen 15 en 16 Dienstenrichtlijn en louter subsidiair in strijd met de artikelen 49 en 56 VWEU.¹⁷ De advocaat-generaal geeft hier in feite antwoord op vragen die de verwijzende rechter niet heeft gesteld.¹⁸

13. *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, punt 14.

14. *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, punten 19 en 20. Zie in dit verband ook HvJ EG 18 december 1997, zaak C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, Jur. 1997, p. I-7411, punten 46 en 47.

15. *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, punt 21. Anders dan de verwijzende rechter in deze (Franse) zaak, lijkt het Tribunale in zijn prejudiciële beslissingsverzoek de mogelijk ernstige belemmering van de Dienstenrichtlijn niet expliciet aan de orde te hebben gesteld. Hoewel de exacte tekst van dit verzoek weliswaar niet integraal is opgenomen in het arrest of in de conclusie van de A-G, is dit wel uit de relevante passages uit het arrest op te maken.

16. Conclusie A-G 16 november 2011, zaak C-357/10, *Duomo/Comune di Baranzate*, zaak C-358/10, *GSP/Comune di Baranzate* en zaak C-359/10, *Irtel/Comune di Venegono Inferiore*.

17. Conclusie A-G in zaken C-357/10 t/m C-359/10, randnr. 65.

18. De A-G neemt in zijn conclusie aan (zie randnr. 17) dat de mogelijke problemen wat de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn betreft, voor het Tribunale aanleiding zijn geweest in de tweede plaats te verzoeken de betrokken nationale bepaling te toetsen aan het primaire Unierecht. Het Hof van Justitie volgt deze aanname niet.

Het Hof van Justitie beperkt zich in het arrest tot het beantwoorden van de tweede prejudiciële vraag (zonder de eerste vraag op dezelfde wijze uit te leggen als de advocaat-generaal) en legt slechts het primaire Unierecht uit tegen de achtergrond van de betrokken bepaling. Hoewel het Hof van Justitie niet met zoveel woorden het vermoeden van relevantie in het verzoek van het Tribunale afwezig acht, kan dit wel uit de punten 18-20 en 47 van het arrest worden afgeleid. Het lijkt er derhalve op dat in het geval het Tribunale de mogelijke ernstige belemmering van de Dienstenrichtlijn in zijn prejudiciële beslissingsverzoek als punt van zorg of aandacht zou hebben genoemd,¹⁹ het Hof van Justitie daar wel op in had moeten gaan.²⁰

Aldus wordt met dit arrest impliciet het belang van een weloverwogen toelichting in het prejudiciële beslissingsverzoek benadrukt. Indien hier bepaalde aspecten niet of in onvoldoende mate aan de orde worden gesteld, dan wordt het Hof van Justitie beperkt in zijn ruimte tot het geven van de verzochte uitleg. Hetzelfde geldt uiteraard voor de formulering van prejudiciële vragen door verwijzende rechters, waarmee het Hof van Justitie in zekere mate kan worden 'gestuurd'.²¹ Zo lijkt het Tribunale in deze zaak het Hof van Justitie niet heel veel ruimte te hebben gelaten, door in het verzoek om een prejudiciële verwijzingsbeslissing mee te geven van oordeel te zijn dat hetzelfde doel met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

Mogelijke consequenties voor praktijk

Naast de bovenstaande – op zichzelf reeds noemenswaardige – technische aspecten van dit arrest, kunnen uiteraard de mogelijke consequenties daarvan voor de praktijk niet onvermeld blijven. Met name aanbestedende diensten zullen vanwege dit arrest voortaan goed in de gaten moeten (blijven) houden dat de verplichtingen die zij aan inschrijvers opleggen in het kader van een aanbestedingsprocedure geen ongerechtvaardigde beperking van het primaire Unierecht vormen. Concreet betekent dit dat aanbestedende diensten bij het stellen van nadere verplichtingen, bovenop de reguliere geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en selectiecriteria van de artikelen 44 tot en met 48 Aanbestedingsrichtlijn, de evenredigheid van een dergelijke verplichting scherp in de gaten zullen moeten houden.

Ook al hebben de vragen van het Tribunale betrekking op de uitleg van het Europese recht in het kader van een Italiaans wetsbesluit dat is toegepast in aanbestedingsprocedures, dan nog zou betoogd kunnen worden dat het arrest eveneens betekenis heeft voor private aanbestedingen of onderhandse procedures waar de fundamentele Unierechtelijke beginselen op van toepassing zijn. Dit is doorgaans het geval bij opdrachten of con-

19. Zie voetnoot 15.

20. In dit verband wordt verwezen naar de hierboven geciteerde arresten van het Hof van Justitie in de zaken *Inter-Environnement Wallonie* (zie voetnoot 14) en *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable* (zie voetnoot 12).

21. Hiermee wordt bedoeld het beperkt/strikt of juist (zeer) ruim formuleren van prejudiciële vragen. Ook de hoeveelheid en volgorde van prejudiciële vragen kan in dit kader van belang zijn.

cessies die weliswaar niet aanbestedingsplichtig zijn, maar waarvoor wel aantoonbaar interesse bestaat vanuit het buitenland.²² Nu het Hof van Justitie de artikelen 49 en 56 VWEU, waar deze beginselen mede op zijn gebaseerd, aldus uitlegt dat zij zich verzetten tegen de litigieuze bepaling, zal een rechter er in voorkomend geval allicht van kunnen worden overtuigd dat een soortgelijke bepaling in een private aanbesteding of onderhandse procedure met een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’, evenmin toelaatbaar is. Dit zal uit toekomstige aanbestedingsgeschillen moeten volgen.

22. HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03, *An Post*, *Jur.* 2007, p. I-9777, punten 26 en 29-31, HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, *Secap en Santorso*, *Jur.* 2008, p. I-3565, punt 21 en HvJ EU 23 december 2009, zaak C-376/08, *Serrantoni*, *Jur.* 2009, p. I-12169, punt 24 en HvJ EU 17 maart 2011, zaak C-95/10, *Segurança*, n.n.g., punt 35.