

# 70. Anders dan van industriële of commerciële aard?

MR. J.M.E. YILMAZ EN MR. C.M.C. WAGEMAKERS

Een van de lastigste vraagstukken in het aanbestedingsrecht is de vraag wanneer een instelling kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Dat is opvallend nu er talrijke uitspraken zijn van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en nationale rechters, waarin dit begrip nader is gedefinieerd. Eén van de vraagstukken die binnen het begrip 'publiekrechtelijke instelling' lastig is, betreft het vraagstuk wanneer een instelling voorziet in een algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Op dat vraagstuk richten wij ons dan ook in dit artikel.

## 1. Publiekrechtelijke instelling

In artikel 1.1 Aw 2012 is een publiekrechtelijke instelling omschreven als een instelling die:

1. specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard;
2. rechtspersoonlijkheid bezit; en waarbij in overwegende mate sprake is van 'overheidsafhankelijkheid', bestaande uit het feit dat:
  - de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, territoriale lichamen of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd;
  - het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling; of
  - de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Bij Richtlijn 2004/18/EG was in Bijlage III een niet-limitatieve opsomming van instellingen opgenomen die voldoen aan de definitie van publiekrechtelijke instellingen. Ondanks het feit dat deze richtlijn niet meer geldt (en Richtlijn 2014/24/EU geen vergelijkbare bijlage kent), kan wel worden gezegd dat deze bijlage nog steeds een belangrijke indicatie kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de daarop vermelde instellingen kwalificeren als publiekrechtelijke instellingen.<sup>1</sup> Dat neemt niet weg dat, ook als een instelling is opgenomen op de lijst, nog steeds

inhoudelijk zal moeten worden getoetst of de instelling aan de materiële voorwaarden van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' voldoet.<sup>2</sup> De bijlage kan met andere woorden geen dwingend bewijs leveren. Het HvJ EU gaat bij de kwalificatie van publiekrechtelijke instellingen uit van een functionele en ruime uitleg.<sup>3</sup> Dat betekent dat het HvJ EU meer kijkt naar het doel van de regeling, dan naar de strikte letter van de bepaling.

### 1.1 Behoeften van algemeen belang

Een van de criteria waaraan voldaan moet zijn, wil sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling, is dat de instelling specifiek dient te voorzien in een behoefte van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Onderstaand bespreken wij eerst wanneer gesproken kan worden van een algemeen belang en daarna wanneer dat belang anders dan van industriële of commerciële aard is. Alvorens dat te doen, maken wij eerst nog enkele opmerkingen over het verschil tussen artikel 1.1 Aw 2012 (waarin is bepaald dat een publiekrechtelijke instelling *dient te voorzien* in behoeften van algemeen belang) en artikel 1(9) Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2(4) Richtlijn 2014/24/EU (waarin is bepaald dat een publiekrechtelijke instelling moet *zijn opgericht* om te voorzien in behoeften van algemeen belang). Het HvJ EU heeft in het arrest *Universale Bau*, bepaald dat bij het bepalen van de vraag of een instelling voorziet in behoeften van algemeen belang,

<sup>1</sup> Europese Commissie 15 december 2008, IP 08/1971: "although the definitions in the directives themselves provide the exact scope, the lists give a very good indication of all public bodies covered by these rules."

<sup>2</sup> HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00, pt. 39 (*Adolf Truley*) en HvJ EU 11 juni 2009, C-300/07, pt. 45 (*Oymanns*).

<sup>3</sup> HvJ EU 22 september 1988, C-31/87, pt. 11 (*Beentjes*); HvJ EU 17 december 1998, C-353/96, pt. 36 (*Commissie/Ierland*); HvJ EU 10 november 1998, C-360/96, pt. 62 (*Arnhem/BFI*); HvJ EU 1 februari 2001, C-237/99, pt. 43 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00, pt. 43 (*Adolf Truley*).

anders dan van industriële of commerciële aard, uitgegaan moet worden van de activiteiten die een entiteit daadwerkelijk uitoefent. Geoordeeld werd dat de activiteiten die in de doelomschrijving van de statuten van een instelling zijn opgenomen, niet maatgevend zijn. In de Memorie van Toelichting is tot uitdrukking gebracht dat de Nederlandse wetgever op basis van dit arrest ervoor heeft gekozen in artikel 1.1 Aw 2012 tot uitdrukking te brengen dat beoordeeld dient te worden of een instelling voorziet in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard.<sup>4</sup> Het moment van oprichting van de instelling noch de letterlijke beschrijving van de instelling in de statuten is dan ook bepalend.

In de rechtspraak is overwogen dat het er niet toe doet wanneer ook door particuliere ondernemingen in het algemene belang kan worden voorzien. Het is van belang dat het gaat om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien, of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed wil behouden.<sup>5</sup> Het HvJ EU heeft bijvoorbeeld in het *BFI*-arrest overwogen dat het ophalen en het verwerken van huishoudelijk afval ook door particuliere marktdeelnemers kan worden uitgevoerd, maar dat het ophalen en verwerken van huishoudelijk afval toch kan worden gezien als een behoefte van algemeen belang indien de Staat bepaalt dat dat door een overheidsdienst moet worden verricht of zij beslissende invloed wenst te behouden op die dienst omwille van volksgezondheid of milieubescherming.<sup>6</sup>

In het *SIEPSA*-arrest is geoordeeld dat een instelling die programma's en acties voor strafinrichtingen uitvoert, voorzag in een behoefte van algemeen belang, omdat die programma's en acties een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de bestraffingsbevoegdheid van de staat. Daarmee zijn de programma's en acties intrinsiek verbonden aan de openbare orde, zo concludeerde het HvJ EU.<sup>7</sup>

Andere activiteiten die als behoeften van algemeen belang zijn aangemerkt, zijn:

- het vervaardigen van documenten die nauw verband houden met de openbare orde en de institutionele werking van een staat, zoals paspoorten, rijbewijzen en identiteitskaarten<sup>8</sup>;
- lijkbezorging;<sup>9</sup>
- organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke behoeften;<sup>10</sup>
- onderzoek, behandeling, verpleging, verzorging en begeleiding van zieken;<sup>11</sup>

- het voorzien in de verwarming voor een stedelijke agglomeratie door middel van een milieuvriendelijk procedé;<sup>12</sup>
- het verrichten van activiteiten die verband houden met het openbaar vervoer en een bijdrage kunnen leveren aan de verbetering van de kwaliteit van het openbaar vervoer;<sup>13</sup>
- het ophalen en verwerken van afval;<sup>14</sup>
- de bouw van sociale woningen;<sup>15</sup>
- het kopen, verkopen en verhuren van onroerende goederen, alsook het organiseren en verrichten van diensten van beheer van onroerende goederen en andere voor het beheer van die goederen noodzakelijke bijkomende diensten.<sup>16</sup>

#### Anders dan van industriële of commerciële aard

- a. Niet alleen dient de instelling te voorzien in een algemeen belang. Het algemene belang waarin de instelling voorziet, dient eveneens anders dan van industriële of commerciële aard te zijn. Bij het toetsen van de vraag of het algemene belang waar de instelling in voorziet anders is dan van industriële of commerciële aard, wordt getoetst of een instelling (cumulatief): een winsttoogmerk heeft, althans wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit;
- b. opereert onder normale marktomstandigheden;<sup>17</sup> en
- c. het economisch risico van haar activiteiten draagt.<sup>18</sup>

Wanneer aan deze cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, lijkt het te gaan om behoeften van commerciële of industriële aard en zal er geen sprake te zijn van een publiekrechtelijke instelling.

#### *Ad a) Winsttoogmerk, althans criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit*

Een behoefte is 'anders dan van industriële of commerciële aard' indien de instelling geen winsttoogmerk heeft, althans niet wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.

Of een instelling een winsttoogmerk heeft, dient onder andere te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheid of het nastreven van winst voorop heeft gestaan bij de oprichting ervan en/of het nastreven van winst het hoofddoel vormt van de instelling. Dat de activiteit winst kan opleveren of dat een entiteit een winststopslag calculeert, is onvoldoende om vast te stellen dat de instelling een winsttoogmerk heeft. Er wordt namelijk aangenomen dat die winst of winststopslag aangewend wordt om de conti-

4 MvT Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3, p. 44.

5 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00 (*SIEPSA*) en HvJ EU 10 april 2008, C-393/06 (*Fernwärme Wien*);

HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872; v.zr. Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459, r.o. 3.10.

6 HvJ EU 10 november 1998, C-360/96, pt. 51-52 (*Arnhem/BFI*).

7 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00, pt. 86 (*SIEPSA*).

8 HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*).

9 HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*).

10 HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00 (*Adolf Truley*).

11 HvJ EU 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99 (*Agora en Excelsior*).

12 HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872.

13 HvJ EU 10 april 2008, C-393/06 (*Fernwärme Wien*).

14 Gerechtshof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169.

15 HvJ EU 10 november 1998, C-360/96 (*Arnhem/BFI*). Zie ook Hof Den Haag 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK:6928, bevestigd door de Hoge Raad, HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:BU4900, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675, r.o. 4.11; v.zr. Rb. Noord-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2947, r.o. 4.10.

16 HvJ EU 1 februari 2001, C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*).

17 HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*).

18 HvJ EU 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, pt. 37-43 (*Agora en Excelsior*).

nuering van een instelling veilig te stellen.<sup>19</sup> Zelfs indien een instelling overeenkomsten sluit met winstoogmerk, dan nog kan dat niet direct tot de conclusie leiden dat de instelling een winstoogmerk heeft. Bepalend is namelijk of winst van de te sluiten overeenkomsten wordt aangewend voor het bereiken van het hoofddoel waarmee geen winstoogmerk wordt nagestreefd.<sup>20</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland oordeelde in dit verband dat het nooit uitkeren van gemaakte winst aan aandeelhouders een omstandigheid is op grond waarvan aangenomen kan worden dat eventueel gemaakte winsten voor het bereiken van het hoofddoel worden aangewend. Zo oordeelde het HvJ EU dat SIEPSA bij de uitvoering van haar werkzaamheden, het oprichten van penitentiaire inrichtingen ten behoeve van de Spaanse staat, wellicht winst maakte, maar dat het nastreven van winst niet haar voornaamste doel was. Het oprichten van deze inrichtingen was volgens het hof namelijk slechts een middel ten behoeve van het hoofddoel, en dat was voor SIEPSA het uitvoeren van het penitentiaire beleid van de staat.<sup>21</sup> Het HvJ EU zag deze conclusie tevens bevestigd in het feit dat SIEPSA in de voorgaande jaren aanzienlijke verliezen had geleden.<sup>22</sup>

Het enkel ontbreken van een winstdoelstelling in de statuten leidt niet direct tot de conclusie dat een instelling belangen nastreeft die niet van commerciële aard zijn, aldus het Hof Den Bosch. Zij oordeelde in dat verband dat getoetst dient te worden of de instelling op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit wordt bestuurd.<sup>23</sup> Deze toets is in rechte niet vaak gemotiveerd uitgevoerd. Uit hetzelfde arrest van het Hof Den Bosch blijkt dat het in dit verband relevant kan zijn te beoordelen of een prikkel bestaat om efficiënt te ondernemen.<sup>24</sup> In de overweging van het hof dat de entiteit op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit wordt bestuurd, speelde mee dat inefficiënt handelen voor rekening van de zorgverzekeraar zou komen.<sup>25</sup>

Het ontbreken van een winstdoelstelling staat weliswaar niet in de weg aan het oordeel dat een instelling een winstoogmerk heeft, maar uit het Agorà-arrest blijkt dat het omgekeerde wel wordt aangenomen. In de statuten waar het HvJ EU zich in het Agorà-arrest over had gebogen, was bepaald dat:

“1. (...) De Ente heeft geen winstoogmerk en verricht activiteiten van openbaar belang.

2. De Ente wordt bestuurd op basis van de criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.”

Op basis van deze bepalingen oordeelde het HvJ EU dat de onderzochte instelling (De Ente) bestuurd werd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, zodat zij kwalificeerde als publiekrechtelijke instelling. Een (verdere) feitelijke toets is door het HvJ EU niet uitgevoerd.<sup>26</sup>

#### *Ad b) Normale marktomstandigheden*

Een instelling voert werkzaamheden onder normale marktomstandigheden uit indien de werkzaamheden in concurrentie met andere instellingen worden uitgevoerd. Het bestaan van concurrentie kan vervolgens een aanwijzing zijn van het feit dat de instelling voorziet in een behoefte van industriële of commerciële aard.<sup>27</sup> Zodoende is in een dergelijk geval niet voldaan aan een van de cumulatieve voorwaarden om te kunnen spreken van een behoefte van algemeen belang *anders* dan van commerciële of industriële aard en er is daarmee ook geen sprake van een publiekrechtelijke instelling. Bij de toets of activiteiten in concurrentie worden uitgevoerd, dienen de activiteiten van de desbetreffende instelling te worden afgezet tegen de relevante markt. Voor het bepalen van de relevante markt dient de markt waarvoor de instelling is opgericht in aanmerking te worden genomen. Zo is in het arrest *Fernwärme Wien* overwogen dat *Fernwärme Wien* was opgericht om de stad Wenen te voorzien van verwarming van woningen, openbare gebouwen, bedrijfsgebouwen of kantoren door het gebruik van energie uit afvalverbranding. Bij het bepalen van de relevante markt dient volgens het HvJ EU dan ook acht te worden geslagen op de markt van levering van stadsverwarming door gebruik van energie uit afvalverbranding. Het HvJ EU heeft vervolgens geoordeeld dat indien een instelling op die relevante markt een monopoliepositie inneemt, de instelling zich bij het plaatsen van opdrachten kan laten leiden door andere overwegingen dan economische overwegingen.<sup>28</sup> Geoordeeld werd ook dat indien sprake is van vrijwel een monopoliepositie, bijvoorbeeld indien de bestaande concurrentie van verwaarloosbare grootte is, de instelling zich door andere overwegingen kan laten leiden dan economische overwegingen. In het SIEPSA-arrest heeft het HvJ EU geconstateerd dat er geen markt bestond voor de door SIEPSA aangeboden goederen en diensten inzake planning en oprichting van strafinrichtingen, aangezien het opleggen van straffen een prerogatief was van de staat. De activiteiten van SIEPSA waren derhalve niet onderworpen aan mededinging op de markt, zodat geoordeeld werd dat SIEPSA haar activiteiten niet in concurrentie uitvoerde.<sup>29</sup>

19 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00, pt. 87-91 (*SIEPSA*); HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872; v.zr. Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4075.

20 HvJ EU 10 april 2008, C-393/06 (*Fernwärme Wien*); v.zr. Rb. Noord-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2947, r.o. 4.10.

21 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00 (*SIEPSA*).

22 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00 (*SIEPSA*), pt. 88. Zie ook overweging 51 in HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01 (*Korhonen*).

23 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00, pt. 90 (*SIEPSA*).

24 Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697. Zie ook HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872, r.o. 3.5.3.

25 Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

26 HvJ EU 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, pt. 43 (*Agora en Excelsior*).

27 HvJ EU 10 november 1998, C-360/96, pt. 48-49 (*Arnhem/BFI*) en HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01, pt. 49 (*Korhonen*).

28 HvJ EU 10 april 2008, C-393/06 (*Fernwärme Wien*).

29 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00, pt. 87 (*SIEPSA*).

Het is in dit verband interessant wat het HvJ EU zal oordelen in de zaak *LitSpecMet*.<sup>30</sup> In deze zaak draait het onder andere om de vraag of een dochteronderneming van een publiekrechtelijke instelling eveneens als publiekrechtelijke instelling dient te worden aangemerkt. Getoetst dient dan ook te worden of de dochteronderneming voorziet in een algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. De advocaat-generaal merkt in dat verband op dat die toets uitgevoerd dient te worden aan de hand van specifieke feiten. Hoewel de advocaat-generaal meent dat het dossier te weinig feiten bevat om die toets uit te voeren, overweegt de advocaat-generaal dat de dochteronderneming zich kan laten leiden door andere criteria dan marktcriteria, doordat de dochteronderneming 90% van haar werkzaamheden uitvoert voor de publiekrechtelijke instelling en gegarandeerd krijgt door de publiekrechtelijke instelling.<sup>31</sup>

De relevante markt speelt ook een rol in nationale jurisprudentie. Zo heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland geoordeeld dat Thialf als exploitant van een wedstrijdschaatsbaan niet als een publiekrechtelijke instelling dient te worden aangemerkt, onder meer omdat Thialf ten aanzien van nationale en internationale schaatswedstrijden moet concurreren met andere schaatshallen.<sup>32</sup> Het Hof Den Bosch overwoog dat zorgverzekeraar CZ haar activiteiten onder normale marktomstandigheden uitoefende, omdat zij opereerde op een markt waarop zorgverzekeraars hun activiteiten in concurrentie uitoefenen en onderling concurreren om de gunst van de verzekeren. Dat die concurrentie feitelijk slechts een beperkte marktwerking met zich brengt (het aantal verzekeren dat jaarlijks van zorgverzekeraar wisselt, ligt onder de 10%), maakte dat volgens het Hof Den Bosch niet anders. Evenmin de omstandigheid dat nieuwe toetreders lastig de markt kunnen betreden, vanwege het feit dat een beperkt aantal zorgverzekeraars 90% van de markt in handen heeft en er dus feitelijk nauwelijks ruimte voor toetreding was.<sup>33</sup>

#### *Ad c) Economisch risico*

Bij de toets of een publiekrechtelijke instelling het economisch risico van haar activiteiten draagt, dient bezien te worden of de instelling zelf verantwoordelijk is voor een commerciële exploitatie, zij zelf haar verliezen draagt en dat zij failliet kan gaan, indien de verliezen te groot zijn. Zo oordeelde de Rechtbank Noord-Nederland dat schaatshal Thialf het economisch risico van haar activiteiten droeg, omdat zij haar verliezen zelf moest dragen en failliet kon gaan.<sup>34</sup>

Gegeven deze toets, is het relevant om te bezien of een instelling beschikt over een mechanisme om eventuele financiële verliezen te laten compenseren door een aanbestedende

dienst. Als er geen mechanisme is om eventuele verliezen van de instelling te compenseren, is het aannemelijk dat de instelling zelf het economisch risico van haar activiteiten draagt.<sup>35</sup> Het mechanisme behoeft niet te bestaan uit een officieel compensatiemechanisme. Het is voldoende dat het weinig waarschijnlijk lijkt dat de instelling zelf de aan haar activiteit verbonden economische risico's moet dragen. Zo heeft het HvJ EU in *SIEPSA* overwogen dat de Spaanse staat, als enig aandeelhouder van een instelling die penitentiair beleid van de Spaanse staat uitvoerde, waarschijnlijk de nodige maatregelen zal treffen om faillissement van *SIEPSA* te voorkomen.<sup>36</sup> De advocaat-generaal heeft overwogen dat, mocht *SIEPSA* failliet gaan, de Spaanse staat de door *SIEPSA* uitgeoefende activiteiten onmiddellijk zelf weer zal moeten opnemen. Het belang dat de Spaanse staat heeft bij het voortbestaan van *SIEPSA* rechtvaardigde volgens de advocaat-generaal dan ook de conclusie dat de Spaanse staat als enig aandeelhouder van *SIEPSA* alles in het werk zal stellen om een faillissement te vermijden.<sup>37</sup> Er werd dan ook geoordeeld dat *SIEPSA* niet het economisch risico droeg van haar activiteiten. In het arrest *Korhonen* was er geen sprake van een compensatiemechanisme, maar desalniettemin oordeelde het HvJ EU dat de onderzochte instelling *Taitotalo* niet het economisch risico droeg van haar activiteiten. Het HvJ EU kwam tot dit oordeel door te overwegen dat instellingen als *Taitotalo* juridisch gezien weliswaar weinig verschillen van naamloze vennootschappen in handen van particuliere ondernemers – aangezien zij dezelfde economische risico's dragen en eveneens failliet kunnen worden verklaard –, maar dat de territoriale lichamen waartoe zij behoren het zelden zover zullen laten komen en eventueel tot kapitaalverhoging van die vennootschappen zullen overgaan om hen in staat te stellen door te gaan met de taken waarvoor zij zijn opgericht.<sup>38</sup>

Wanneer een overheidsbijdrage wordt ontvangen terwijl de ontvangende partij nog steeds failliet kan gaan, dan is de enkele omstandigheid dat een overheidsbijdrage wordt ontvangen onvoldoende om aan te nemen dat de ontvangende partij niet het risico draagt van zijn activiteiten. Zo oordeelde het Hof Den Bosch over zorgverzekeraar CZ dat zij weliswaar een vereveningsbijdrage van de overheid ontving, maar dat die bijdrage diende ter gedeeltelijke dekking van zorguitgaven. De bijdrage strekte niet ter dekking van concrete verliezen en zorgverzekeraars kunnen failliet gaan, wanneer zij hun uitgaven onvoldoende beheersen. De vereveningsbijdrage werd dan ook niet als een compensatiemechanisme beschouwd.<sup>39</sup>

Het is het melden waard dat het Hof Den Haag over diezelfde vereveningsbijdrage een ander oordeel heeft geveld. Dit hof oordeelde namelijk dat een verervingsbijdrage veeleer beschouwd dient te worden als een bijdrage

30 Conclusie A-G Sánchez-Bordona, 27 april 2017.

31 Conclusie A-G Sánchez-Bordona, 27 april 2017, C-567/15, pt. 59 (*LitSpecMet*).

32 Vzr. Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4075, r.o. 4.3.

33 Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

34 Vzr. Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4075.

35 HvJ EU 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99, pt. 40 (*Agora en Excelsior*).

36 HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00 (*SIEPSA*).

37 Conclusie van advocaat-generaal Alber 7 november 2002, C-283/00, pt. 44 (*SIEPSA*).

38 HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01, pt. 53 (*Korhonen*).

39 Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2014:2808, r.o. 8.14.



waardoor een bedrijfseconomisch risico wordt opgeheven of verminderd. Het hof concludeerde dan ook dat niet uitgesloten kan worden dat een zorgverzekeraar voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. In dat oordeel lag besloten dat de vereveningsbijdrage volgens het Hof Den Haag kennelijk het oordeel kon dragen dat zorgverzekeraars niet het economisch risico droegen van hun activiteiten.<sup>40</sup>

## 2. Uitsluitend behoeften van algemeen belang?

De vraag dringt zich tot slot op of een publiekrechtelijke instelling *uitsluitend* dient te voorzien in behoeften van algemeen, anders dan van industriële of commerciële aard, of dat een publiekrechtelijke instelling ook slechts *gedeeltelijk* mag voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Het antwoord op deze vragen is onder meer gegeven in de arresten Mannesmann en Fernwärme Wien.<sup>41</sup> Uit deze arresten blijkt dat het is toegestaan dat een publiekrechtelijke instelling zich, naast de behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard, ook bezighoudt met andere (commerciële) behoeften. Volgens vaste rechtspraak hangt de hoedanigheid van 'publiekrechtelijke instelling' namelijk niet af van *de mate waarin* de betrokken instelling voorziet in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, maar enkel of de instelling ook in behoeften van algemeen belang voorziet, anders dan van industriële of commerciële aard.<sup>42</sup> In het arrest Mannesmann ging het om een entiteit die drukwerk voor het federale bestuur van Oostenrijk vervaardigde waarvan geheimhouding dan wel naleving van veiligheidsvoorschriften was geboden. Zo vervaardigde de entiteit paspoorten, rijbewijzen en identiteitskaarten. Naast deze activiteiten vervaardigde die entiteit ook ander drukwerk, ten aanzien waarvan er geen speciale regels golden op het gebied van geheimhouding en naleving van de veiligheidsvoorschriften niet was geboden. Het HvJ EU overwoog in dat verband dat zolang een entiteit zich blijft kwijten van algemene taken die haar specifiek zijn opgedragen, het irrelevant is of die taken slechts een klein deel uitmaken van het geheel aan activiteiten die door de entiteit worden verricht. Het HvJ EU motiveerde dit als volgt:

“Ten slotte zou een uitlegging van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 in die zin, dat de toepassing ervan zou variëren naar gelang het relatieve aandeel van de activiteiten die worden verricht ter voorziening in andere behoeften dan die van industriële of commerciële aard, groter of kleiner is, in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel dat verlangt dat een regel van

gemeenschapsrecht duidelijk is en dat de toepassing ervan voorzienbaar is voor allen die erdoor worden geraakt.”<sup>43</sup>

Ook in het arrest Korhonen, waar het ontwikkelen en beheren van een technologiecentrum voor de stad Varkaus slechts een klein deel van de activiteiten van de betrokken instelling betrof, oordeelde het HvJ EU dat het niet van belang is dat de instelling de activiteiten van algemeen belang slechts in te verwaarlozen mate uitvoerde.<sup>44</sup>

In Nederlandse jurisprudentie wordt het hiervoor besproken uitgangspunt ook toegepast.<sup>45</sup> Zo heeft het Hof Den Haag zich in oktober 2016 uitgelaten over de vraag of geoordeeld kan worden dat de commerciële tak van RET, te weten RET Services, aangemerkt diende te worden als een (publiekrechtelijke) instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang. De situatie was als volgt. RET Services is een 100% dochtermaatschappij van RET. RET Services verleende exploitatierechten van reclameobjecten als bijvoorbeeld vitrines en abri's. RET Services heeft – zonder daarvoor een aanbestedingsprocedure te organiseren – in 2016 een exploitatieovereenkomst voor reclameobjecten gesloten met een concurrent van JCDecaux voor een periode van 10 jaar. JCDecaux heeft RET gesommeerd RET Services te verbieden de gesloten overeenkomst uit te voeren, omdat die in strijd met het aanbestedingsrecht zou zijn gesloten. RET Services heeft vervolgens betoogd geen publiekrechtelijke instelling te zijn. Het Hof Den Haag heeft hierop overwogen dat beoordeeld dient te worden of RET Services als 100% dochtermaatschappij van RET, die in ieder geval kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling, als publiekrechtelijke instelling kan worden beschouwd. Het hof heeft in dat verband overwogen dat het enkele feit dat RET haar commerciële activiteiten heeft ondergebracht in een aparte rechtspersoon RET Services, niet uitsloot dat RET Services zich bij het verlenen van opdrachten niet laat leiden door niet-economische criteria. Kennelijk meende het Hof Den Haag dat de moeder-dochterrelatie tussen RET en RET Services voldoende is om vast te stellen dat RET Services voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, zonder dat vereist is dat RET Services zich überhaupt (gedeeltelijk) richt op behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Ten overvloede overwoog het Hof Den Haag vervolgens nog dat zelfs al zou RET Services niet zelfstandig als publiekrechtelijke instelling kunnen worden aangemerkt, RET Services met RET dient te worden vereenzelvigd voor wat betreft de toepassing van aanbestedingsrechtregels.

## 3. Conclusie

De kaders waarlangs getoetst wordt of een instelling voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, zijn reeds geruime tijd

40 Hof Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1875, r.o. 9.

41 HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*) en HvJ EU 10 april 2008, C-393/06 (*Fernwärme Wien*).

42 HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96, pt. 25, 26 en 31 (*Mannesmann*); HvJ EU 10 november 1998, C-360/96, pt. 55 en 56 (*Arnhem/BFI*) en HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00, pt. 56 (*Adolf Truley*).

43 HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96, pt. 34 (*Mannesmann*).

44 HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01, pt. 57 (*Korhonen*).

45 Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169.

bekend. De jurisprudentie over dit onderwerp is echter omvangrijk en casuïstisch. In onze optiek ontbrak een artikel waar orde in de jurisprudentie wordt geschapen en op een rij wordt gezet wanneer een algemeen belang wel of niet anders dan van industrieel of commerciële aard is. De jurisprudentie overziend, concluderen wij dat indien een instelling opereert als een 'normale' onderneming – dat wil zeggen een winstoogmerk heeft –, onder normale marktomstandigheden opereert en het economisch risico van zijn

activiteiten draagt, de instelling in dat geval voorziet in een behoefte van algemeen belang dat eveneens van industriële of commerciële aard is.

**Over de auteurs**

**Mr. J.M.E. Yilmaz**

Mr. J.M.E. Yilmaz is advocaat bij CMS.

**Mr. C.M.C. Wagemakers**

Mr. C.M.C. Wagemakers is advocaat bij CMS.