

Een nieuwe impuls aan het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’: een aanbestedingsplicht voor nationale sportbonden?

Mr. L. Bozkurt en **Mr. T. Heystee**

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel

Mr. L. Bozkurt en Mr. T. Heystee, 'Een nieuwe impuls aan het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’: een aanbestedingsplicht voor nationale sportbonden?', *NtER* 2021-5-6, p.

Dit artikel gaat in op een prejudiciële beslissing over de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie van de Italiaanse voetbalbond.¹ Een marktpartij meent dat de Italiaanse voetbalbond kwalificeert als een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn en daarom opdrachten via een aanbesteding dient te vergeven.² Het Hof van Justitie benoemt in zijn beslissing de relevante criteria om te oordelen of sprake is van een publiekrechtelijke instelling, te weten: de instelling (1) is opgericht met het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële en commerciële aard, (2) bezit rechtspersoonlijkheid en (3) vertoont overheidsafhankelijkheid. Het Hof van Justitie geeft de Italiaanse feitenrechter handvatten om te onderzoeken of voldaan is aan het derde vereiste, en meer specifiek of sprake is van overheidstoezicht op het beheer van de voetbalbond.

HvJ 3 februari 2021, gevoegde zaken C-155/19 en C-156/19, ECLI:EU:C:2021:88 (Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC)).

Inleiding

De vraag of een rechtspersoon kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling en dus een aanbestedende dienst is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Nederlandse rechtspraak al veelvuldig aan bod gekomen. Ook in het arrest dat centraal staat in deze bijdrage draait het om deze vraag: ditmaal gaat het om de Italiaanse voetbalbond. Nadat het

Hof van Justitie kort stilstaat bij het algemeen belang- en rechtspersoonlijkheidsvereiste, gaat het uitvoerig in op het derde criterium over overheidsafhankelijkheid.

Eerst zullen wij een algemeen juridisch kader schetsen waarin wij het begrip publiekrechtelijke instelling en de bijbehorende criteria zullen toelichten. Vervolgens zullen wij overgaan tot een inhoudelijke behandeling van het arrest. Hierbij staan we kort stil bij de relevante feiten en prejudiciële vragen. Daarna wordt ingegaan op de antwoorden van het Hof van Justitie. Tot slot wordt commentaar gegeven op het arrest en bespreken we de betekenis van dit arrest voor de praktijk alsook voor Nederlandse sportbonden.

Algemeen juridisch kader

Een publiekrechtelijke instelling is omschreven in de Europese Aanbestedingsrichtlijn en betreft een entiteit die:³

1. specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard; en
2. rechtspersoonlijkheid bezit; en
3. een grote mate van overheidsafhankelijkheid vertoont doordat sprake is van:
 - a. overheidsfinanciering in hoofdzaak; *of*
 - b. overheidstoezicht op het beheer van de entiteit; *of*
 - c. aanwijzing door de overheid voor meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan.

De vereisten onder 1 tot en met 3 zijn cumulatief, de criteria onder 3 sub a tot en met c zijn alternatief.⁴ Uitgangspunt is verder dat het begrip 'publiekrechtelijke instelling' functioneel moet worden uitgelegd. Dit houdt in dat bij het toetsen aan de criteria het achterliggende doel van de richtlijn in het achterhoofd moet worden gehouden. Dat doel is de verwezenlijking van een daadwerkelijke vrijheid van vestiging en dienstverrichting op het gebied van overheidsopdrachten en het creëren van een gelijk speelveld voor aanbieders op de Europese markt.⁵ De daadwerkelijke functie van de instelling staat daarom voorop, niet haar formele kwalificatie. Een functionele uitleg voorkomt dat entiteiten door nationale kwalificaties hun aanbestedingsplichten kunnen ontduiken. Het is niet doorslaggevend wat de instelling (naar nationaal recht) *is*, maar wat zij *doet*.⁶ Ter illustratie: een maatschap bezit naar Nederlands

recht geen rechtspersoonlijkheid,⁷ maar dit betekent niet dat de instelling daardoor geen rechtspersoonlijkheid bezit in de zin van het rechtspersoonlijkheids criterium uit de Aanbestedingsrichtlijn.⁸ De kring van potentiële instellingen die onder het aanbestedingsregime kunnen vallen, is daardoor groter dan bij eerste lezing van de vereisten lijkt. Op deze functionele uitleg zullen wij in het commentaar uitvoerig ingaan. Vooral over het eerste vereiste is veel jurisprudentie ontwikkeld. Ook in het in dit artikel centraal staande arrest speelde het een rol. Behoeften van algemeen belang zijn veelal publieke taken waaraan op een andere manier wordt voldaan dan door de beschikbaarheid van goederen of diensten op een markt.⁹ Het zijn taken die nuttig zijn voor de maatschappij in haar geheel. Een goed voorbeeld is het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *SIEPSA*, waar het ging om de Spaanse onderneming SIEPSA die was opgericht om het penitentiaire beleid van de Spaanse Staat uit te voeren. SIEPSA was in dit kader verantwoordelijk voor de bouw, het beheer en de verkoop van strafinrichtingen.¹⁰ Het Hof van Justitie oordeelde ten eerste dat de activiteiten van SIEPSA verbonden waren met de openbare orde: zonder de activiteiten van SIEPSA kon de Spaanse Staat zijn bestraffingsbevoegdheid niet uitoefenen.¹¹ Daarnaast oordeelde het Hof van Justitie dat er geen markt bestond voor de door SIEPSA aangeboden goederen en diensten inzake de planning en oprichting van gevangenissen, aangezien bestraffing een exclusief recht van de Spaanse Staat was.¹² Volgens het Hof van Justitie voorzag SIEPSA daardoor in een behoefte van algemeen belang.¹³ In een behoefte van algemeen belang kan overigens ook door particuliere ondernemingen worden voorzien. Zo geldt bijvoorbeeld dat het ophalen van huishoudelijk afval een behoefte van algemeen belang is, ook al worden veel ophaaldiensten geheel door particuliere marktdeelnemers aan particulieren aangeboden.¹⁴ Hierbij geldt dat zelfs als een entiteit meer commerciële dan publieke taken verricht, wel degelijk voldaan kan zijn aan het eerste gedeelte van dit vereiste; namelijk dat wordt voorzien in een behoefte van algemeen belang.¹⁵

Het tweede gedeelte van dit vereiste ziet op de vraag of een behoefte van industriële of commerciële aard ontbreekt. Hiervoor is in ieder geval van belang wat er staat in de statuten en de doelomschrijving van de instelling.¹⁶ Er is sprake van behoefte van commerciële of industriële aard wanneer een instelling onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt¹⁷ of – wanneer zij geen winstoogmerk heeft – wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.¹⁸ Aanknopingspunten dat juist géén sprake is van een behoefte van commerciële of industriële aard zijn: het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie op de markt, het niet hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk, het niet zelfstandig dragen van de met die activiteit verbonden risico's en het verkrijgen van overheidsfinanciering.¹⁹

Ook het tweede vereiste voor de status van publiekrechtelijke instelling, het hebben van rechtspersoonlijkheid, moet functioneel worden uitgelegd. Dit betekent, als gezegd, dat ook organisaties als een vof en een maatschap, hoewel volgens het Nederlandse recht entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid, met betrekking tot de Aanbestedingsrichtlijn (en eveneens de andere aanbestedingsrichtlijnen) worden aangemerkt als rechtspersoonlijkheid bezittend.²⁰

Voor het derde vereiste, overheidsafhankelijkheid, gelden drie alternatieve criteria, die gelet op de inhoudelijke vereisten een sterke afhankelijkheid van de betreffende instelling ten opzichte van de overheid impliceren. Deze afhankelijkheid komt tot uiting in een grote invloed van de overheid door middel van (a) overheidsfinanciering, (b) overheidstoezicht of (c) overheidsbenoeming. Het onder (a) genoemde vereiste dat de instelling in hoofdzaak door de overheid gefinancierd is, betekent concreet dat de activiteiten van de instelling voor 50% of meer gefinancierd worden door overheidsinstanties.²¹ Voorts hoeft geen contractuele tegenprestatie voor de financiering te bestaan,²² en geldt ook hier dat het begrip functioneel moet worden uitgelegd.²³ Deze functionele benadering van staatsfinanciering houdt in dat de financiering niet op 'klassieke' wijze hoeft plaats te vinden (lees: gelden worden doorgegeven aan de instelling na inning door de staat zelf). Voldoende is wanneer de financiering indirect wordt gegeven, bijvoorbeeld doordat de overheid de instelling het recht verleent om de financiering zelf te innen.²⁴

Het onder (b) genoemde criterium van overheidstoezicht houdt in dat de overheid toezicht uitoefent op de beheersactiviteiten van de instelling. Het gaat er dan vooral om of de overheid vooraf daadwerkelijk invloed kan uitoefenen op beslissingen van de entiteit omtrent de gunning van overheidsopdrachten.²⁵ Een controle achteraf is onvoldoende.²⁶

Beantwoording van deze vraag is zeer feitelijk van aard, dus eerder praktisch en functioneel dan formeel. Alle omstandigheden van het geval moeten in aanmerking worden genomen en tegen elkaar worden afgewogen om te concluderen of sprake is van voldoende daadwerkelijke overheidsinvloed. Het derde, onder (c) genoemde, criterium houdt in dat de overheid meer dan de helft van de leden van het bestuurs- of toezichthoudend orgaan benoemt. Over dit vereiste is relatief weinig jurisprudentie ontwikkeld, maar hieronder wordt verstaan de raad van bestuur of de raad van commissarissen, dan wel een ander leidinggevend orgaan, een en ander afhankelijk van de precieze inrichting van de betreffende entiteit en haar organen.²⁷

Feiten en prejudiciële vragen

Vellis Servizi Globali Srl (VSG), een Italiaanse transportdienst, was door de Italiaanse voetbalbond *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (FIGC) uitgenodigd om deel te nemen aan onderhandelingen met het oog op de

gunning van een driejarig contract voor de verrichting van kruiersdiensten²⁸ ten behoeve van de nationale voetbalploegen en de FIGC-winkel in Rome. De opdracht is uiteindelijk gegund aan *Conorzio Ge.Se.Av. Soc.cons.arl* (Conorzio).²⁹ VSG gaat in beroep bij de Italiaanse bestuursrechter en betoogt dat FIGC moet worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling in de zin van het Italiaanse wetboek overheidsopdrachten,³⁰ waarin de Europese aanbestedingsregels zijn geïmplementeerd. Deze kwalificatie zou betekenen dat FIGC de daarin opgenomen regels in acht had moeten nemen bij de gunning van de opdracht. De rechter volgt dit betoog en verklaart de gunning aan Conorzio nietig.³¹

FIGC en Conorzio gaan tegen de nietigverklaring in hoger beroep en betogen dat FIGC geen publiekrechtelijke instelling is en om die reden niet onder de aanbestedingsregels valt.³² De hogerberoepsrechter besluit vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Ten eerste vraagt hij zich af of FIGC voldoet aan de in artikel 2 lid 1 onder 4 sub a Aanbestedingsrichtlijn gestelde voorwaarde dat FIGC is opgericht voor het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. De rechter meent dat FIGC voorziet in behoeften van algemeen belang, nu uit de Italiaanse wet volgt dat Italiaanse sportbonden openbare taken uitoefenen.³³ Het knelpunt ziet volgens de verwijzende rechter vooral op het feit dat FIGC ondanks deze publieke functies een privaatrechtelijke entiteit is die onderworpen is aan het Italiaanse privaatrechtelijke stelsel.³⁴ FIGC is niet opgericht als een overheidsinstantie,³⁵ verricht naast zijn publieke taken een groot aantal niet-openbare activiteiten die zuiver economisch van aard zijn³⁶ en is niet afhankelijk van overheidsfinanciering.³⁷

Voorts vraagt de verwijzende rechter zich af of FIGC voldoet aan het tweede alternatieve subcriterium van het derde vereiste (de overheidsafhankelijkheid), namelijk dat het beheer van een entiteit onder toezicht staat van een overheidsinstantie.

Daartoe is relevant dat FIGC als nationale sportbond onderworpen is aan het toezicht van het Italiaans Olympisch Comité, het *Comitato Olimpico Nazionale Italiano* (CONI).³⁸ Het CONI is een publiekrechtelijke rechtspersoon onder toezicht van het Italiaanse ministerie van cultuur en verantwoordelijk voor de organisatie en bevordering van het nationale sportwezen en de voorbereiding voor de Olympische Spelen in overeenstemming met de richtsnoeren van het Internationaal Olympisch Comité (IOC). Het hoogste vertegenwoordigende orgaan van het CONI, de nationale raad, stelt onder meer de beginselen vast waarmee de statuten van sportbonden in overeenstemming dienen te zijn. Ook besluit het orgaan over de erkenning voor sportdoeleinden van nationale sportbonden, bepaalt het de criteria voor controles van nationale sportbonden en beslist het over het onder toezicht plaatsen van sportbonden bij onregelmatigheden. De jaarrekeningen en begrotingsplannen van sportbonden zijn elk jaar onderworpen aan

goedkeuring van het CONI en zij zijn voor hun bestaan als sportbond ook afhankelijk van de nationale raad, die de sportbonden uitdrukkelijk moet erkennen. Het CONI omschrijft in zijn statuten limitatief de ‘openbare’ activiteiten van sportbonden.³⁹

Het CONI beschikt dus over diverse bevoegdheden die zien op het dagelijks bestuur van FIGC, maar de verwijzende rechter ziet dit niet als *overheersende* invloed, omdat sportbonden zijn vertegenwoordigd in het CONI en de goedkeuring van de jaarrekeningen zijn beperkt tot een controle op de overheidsbijdragen.⁴⁰

Het oordeel van het Hof van Justitie

Met betrekking tot de vraag of FIGC voldoet aan het eerste vereiste van een publiekrechtelijke instelling, stelt het Hof van Justitie vast dat in Italië sport een activiteit van algemeen belang is. De taken zijn wettelijk aan de nationale sportbonden toegekend waardoor geen sprake lijkt te zijn van taken van industriële en commerciële aard. Het feit dat FIGC een privaatrechtelijke entiteit is en geen overheidsinstantie, maakt dat niet anders.⁴¹ Het is immers vaste rechtspraak dat de rechtsvorm van een entiteit bij het algemeenbelangcriterium niet van belang is.⁴² Dit zou zich ook niet verhouden met de functionele uitleg.⁴³ Voldoende is dat de entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang. Dat dit slechts een klein deel is van de totale activiteiten die een entiteit verricht, doet daar ook niet aan af.⁴⁴ Tot slot speelt het feit dat FIGC in staat is zichzelf te financieren met betrekking tot de niet-openbare activiteiten geen rol bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een behoefte van algemeen belang dat niet van commerciële aard is.⁴⁵

Vervolgens gaat het Hof van Justitie verder met beantwoording van de vraag of sprake is van overheidstoezicht op het beheer van FIGC, gelet op de bevoegdheden van het CONI en het feit dat de belangrijkste organen van het CONI bestaan uit vertegenwoordigers van alle nationale sportbonden.

Allereerst merkt het Hof van Justitie op dat dergelijk toezicht zodanig moet zijn dat de overheid daadwerkelijk besluiten met betrekking tot overheidsopdrachten kan beïnvloeden.⁴⁶ Het gaat dan hierbij praktisch om zeggenschap over het inkoopproces van FIGC. Een toezicht *a posteriori*, dus in de vorm van een controle achteraf, voldoet niet aan dit criterium.⁴⁷ Het Hof van Justitie meent dat het CONI zich gedraagt als een managementautoriteit, althans een overkoepelende organisatie met een regulerende en coördinerende functie. Uit de feiten blijkt niet dat het CONI tot taak heeft de details van alledaagse sportbeoefening bij de nationale sportbonden te regelen of zich te mengen in het concrete beheer van de sportbonden, om op die manier toezicht op het beheer van FIGC te houden.⁴⁸ Zo wordt in de statuten van het CONI expliciet bepaald dat de sportbonden onder de controle van het CONI juist over technische, organisatorische en beheersautonomie beschikken.⁴⁹ Het

Hof van Justitie benadrukt echter dat dit vermoeden kan worden weerlegd, indien het CONI (met zijn verschillende bevoegdheden) de beslissingen van FIGC op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden. De bal wordt hier dus teruggelegd bij de Italiaanse rechter om goed te kijken hoe ver de bevoegdheden van het CONI reiken: wijzen de verschillende bevoegdheden waarover het CONI ten aanzien van FIGC beschikt, ondanks de beheersautonomie van FIGC, *als geheel* erop dat sprake is van een afhankelijkheid die gepaard gaat met beïnvloeding?⁵⁰ Dit houdt in dat alle bevoegdheden van het CONI in onderlinge samenhang moeten worden bekeken, waarna de rechter moet beslissen of dit voldoende invloed is.

Het Hof van Justitie geeft vervolgens enkele aanknopingspunten voor dit onderzoek door de Italiaanse rechter.

Ten eerste gaat het Hof van Justitie in op de bevoegdheid van het CONI om een sportvereniging te erkennen als nationale sportbond. Om als zodanig te worden erkend, is noodzakelijk dat de betreffende bond zich inzet voor sportdoeleinden. Indien het CONI een bond niet erkent als sportbond, verkrijgt deze geen rechtspersoonlijkheid.⁵¹ Voor deze erkenning gebruikt het CONI een algemene regeling die geldt voor elke sportvereniging. De criteria op basis waarvan de erkenning wordt verleend, hebben verder geen betrekking op aspecten van het beheer van de betrokken sportbond. Het Hof van Justitie meent dat de voorafgaande erkenning voor sportdoeleinden het CONI op het eerste gezicht geen mogelijkheid biedt om actieve controle uit te oefenen op het beheer van FIGC, maar de verwijzende rechter moet dit zelf nagaan.⁵²

Ten tweede moet de rechter controleren of de voorschriften die het CONI vaststelt slechts bedoeld zijn als algemene regels voor sportactiviteiten of dat het CONI in staat is gedetailleerde beheersregels aan een sportbond op te leggen, met name op het gebied van de gunning van opdrachten. Indien sprake is van het laatste (gedacht kan worden aan het beïnvloeden van het inkoopbeleid), wijst dat volgens het Hof van Justitie op een beheersbemoeyenis.⁵³

Ten derde dient de Italiaanse rechter na te gaan of de bevoegdheid van het CONI om de statuten van de sportbonden goed te keuren, zo ver gaat dat het CONI de beheersautonomie van de sportbonden kan beperken door hen te dwingen de statuten overeenkomstig zijn wensen te wijzigen. Daar lijkt het, gelet op de statuten, niet op. Hierbij moet de rechter controleren of het CONI de erkenning van een sportbond kan intrekken als de sportbond weigert de gevraagde wijzigingen door te voeren.⁵⁴ Op deze manier zou het CONI namelijk toch vooraf invloed kunnen uitoefenen op het inkoopbeleid van een sportbond.

Ten vierde moet de nationale rechter onderzoeken of de bevoegdheid van het CONI om de jaarrekeningen en begrotingen van sportbonden goed te keuren een zuiver boekhoudkundige controle is. In dat geval is namelijk geen sprake van actieve controle op het beheer.⁵⁵ In het geval de controle eveneens betrekking heeft op het lopende (financiële) beheer van de

bonden, is daarvan wel sprake, juist omdat het CONI dan vooraf invloed zou kunnen uitoefenen.⁵⁶

In het verlengde hiervan is van belang wat de consequentie is als het CONI de jaarrekening niet goedkeurt. Is het niet bekendmaken van de jaarrekening de enige sanctie? Zo ja, dan is dit een aanwijzing dat het CONI niet bevoegd is enige dwang uit te oefenen.⁵⁷ Immers, het niet bekendmaken heeft, voor zover dat nu blijkt uit de feiten van het Hof van Justitie, geen punitief karakter: een sportbond ondervindt daar geen negatieve gevolgen van. Ook indien sportbonden *in fine* over hun begroting kunnen beslissen, zonder dat het CONI zich tegen de vaststelling kan verzetten, is dat een aanwijzing dat geen sprake is van actieve controle en dus geen beheer in de zin van het toezichtcriterium.⁵⁸ Tot slot moet de rechter onderzoeken wat de gevolgen zijn van de bevoegdheid van het CONI om de aan de sportbonden toegewezen financiële bijdrage vast te stellen.⁵⁹ Daarbij dient de rechter na te gaan of de auditeurs die door het CONI worden benoemd en die het CONI in de sportbonden vertegenwoordigen, in staat zijn om het beleid inzake het beheer van de sportbond te beïnvloeden.⁶⁰

Commentaar

Functionele uitleg van de alternatieve criteria

Hoewel de criteria van het begrip publiekrechtelijke instelling bepaald zijn in de toepasselijke Europese richtlijnen en het Hof van Justitie in onderhavig arrest geen nieuwe criteria toevoegt, valt over de exacte invulling van de vereisten in de praktijk het nodige op te merken. Wij focussen ons hier op de functionele uitleg van de Europese rechter enerzijds en de Nederlandse wetgever anderzijds.

Een functionele uitleg van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ betekent dat niet alleen strikt naar de ‘letter van de wet’ moet worden gekeken, maar dat ook de achterliggende doelstellingen van de Aanbestedingsrichtlijn in ogenschouw worden genomen. Er moet dus praktisch gekeken worden naar de feiten enerzijds en het doel van de richtlijn bepaling anderzijds. Dat doel is het creëren van een gelijk speelveld voor aanbieders op de Europese markt. Hiervoor noemden wij ter illustratie al het vereiste van rechtspersoonlijkheid. Als een Nederlandse entiteit geen rechtspersoonlijkheid bezit, gelet op het bepaalde in Boek 2 BW, betekent dit niet dat deze entiteit ook geen rechtspersoonlijkheid bezit in functionele (Europese) zin. Het doel van de richtlijn bepaling is namelijk dat entiteiten die acteren op de markt als inkopers – bij het voldoen aan de overige vereisten – ook daadwerkelijk onder de reikwijdte van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen. Een Nederlandse stichting of vof die op de markt acteert als inkoper zou dan onder de Aanbestedingswet dus wel degelijk voldoen aan het vereiste van ‘rechtspersoonlijkheid’.

Het Hof van Justitie koos ook in onderhavig arrest voor een functionele benadering. De verwijzende Italiaanse rechter stelde de vraag of het in het kader van het algemeenbelangcriterium iets uitmaakt dat FIGC, ondanks zijn publieke functies, een privaatrechtelijke entiteit is die onderworpen is aan het Italiaanse privaatrechtelijke stelsel.⁶¹ De voetbalbond is niet opgericht als een overheidsinstantie en treedt op als een privaatrechtelijke entiteit. Het Hof van Justitie oordeelt dat dit niet van belang is. De functionele uitleg zorgt er namelijk voor dat het begrip publiekrechtelijke instelling los komt te staan van nationale kwalificaties: er wordt gekeken naar wat de instelling doet en niet naar de nationaalrechtelijke etiketten.⁶² Op deze manier wordt voorkomen dat door nationale kwalificaties verschillende Europese (publiekrechtelijke) instellingen aanbestedingsplichten kunnen ontduiken en opdrachten onderhands zonder aanbesteding of concurrentie kunnen vergeven.⁶³ Zoals reeds aangegeven bestaat het derde criterium over de overheidsafhankelijkheid uit drie alternatieve subcriteria. Men kan zich echter afvragen of het begrip ‘alternatief’ strikt moet worden geïnterpreteerd of dat een ruimere lezing passender is in deze context. Is het noodzakelijk dat volledig aan een van de drie alternatieve subcriteria wordt voldaan of is ook voldoende dat – in lijn met een functionele interpretatie – aan elk van de drie subcriteria gedeeltelijk wordt voldaan? De Nederlandse wetgever lijkt uit te gaan van het laatste. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 verwijst de wetgever naar de functionele interpretatie van het Hof van Justitie. Een instelling die aan elk van de drie subcriteria van het derde vereiste voor een gedeelte voldoet, moet derhalve aangemerkt worden als een publiekrechtelijke instelling (mits ook aan de andere cumulatieve criteria (algemeen belang en rechtspersoonlijkheid) is voldaan):

‘De in de begripsbepaling genoemde onderdelen a, b en c zijn niet cumulatief. Het is voldoende wanneer wordt voldaan aan één van de drie genoemde afhankelijkheden. Wordt aan elk van de criteria voor een gedeelte voldaan, dan volgt uit jurisprudentie van het HvJEG dat vanuit een functionele interpretatie bezien toch sprake kan zijn van een publiekrechtelijke instelling.’⁶⁴

De wetgever concretiseert verder niet uit welke jurisprudentie dit volgt. De vraag is dan ook of dit wel zo stellig uit ‘de jurisprudentie’ van het Hof van Justitie kan worden afgeleid.

De Europese Commissie heeft bij het Hof van Justitie (in het kader van een ingediende zienswijze in de zaak *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*) een ruime uitleg van het eerste alternatieve criterium (overheidsfinanciering) bepleit.⁶⁵ Volgens de Europese Commissie zou, gelet op de doelstellingen van de Aanbestedingsrichtlijn, voor het bestaan van overheidsfinanciering voldoende moeten zijn dat sprake is van ‘een eenvoudige “nabijheidsrelatie” met de overheidsinstellingen’.⁶⁶

Advocaat-generaal Mengozzi meent dat bij de uitleg van het subcriterium overheidsfinanciering inderdaad de doelstellingen van de Aanbestedingsrichtlijn moeten worden meegenomen en dus een functionele uitleg moet worden gehanteerd. Deze benadering kan pleiten voor een ruime opvatting van de band tussen de overheid en de entiteit die financiering ontvangt.⁶⁷ Niettemin mag niet uit het oog worden verloren dat elk van de drie alternatieve subcriteria een nauwe overheidsafhankelijkheid impliceert, aldus de advocaat-generaal. Indien het eerste criterium te ruim wordt uitgelegd, kan dit er allereerst toe leiden dat de noodzaak bewijs te leveren dat een nauwe overheidsafhankelijkheid bestaat, vertekend raakt.⁶⁸ Naar onze mening bedoelt de advocaat-generaal hiermee dat de bewijspositie van de potentieel afhankelijke entiteit hierdoor te veel wordt bemoeilijkt: als zeer gemakkelijk kan worden geconcludeerd dat sprake is van overheidsfinanciering, valt het bestaan van overheidsafhankelijkheid bijna niet te weerleggen. Ten tweede zou een te ruime uitleg van het overheidsfinancieringscriterium volgens de advocaat-generaal het nuttig effect van de andere twee criteria (toezicht en benoeming) ontnemen.⁶⁹ Aan elk van de drie criteria komt namelijk evenveel gewicht toe; een te ruime uitleg van een van de drie leidt ertoe dat de praktische betekenis van de andere twee alternatieve criteria in het niet valt. Het makkelijkst te bewijzen criterium zal immers het vaakst worden aangehaald. Eenzelfde argument zal gelden voor een te ruime uitleg van het toezichtcriterium of het benoemingscriterium. De functionele uitleg zou naar onze mening dan ook niet zo ver mogen gaan dat de verhouding tussen de drie alternatieve criteria zoek raakt. Daarnaast zorgt een dergelijke te ruime uitleg ook voor rechtsonzekerheid en grenzeloosheid, want wanneer wordt een ruime c.q. functionele uitleg te ruim? En vanuit Nederlands perspectief bezien: aan welk gedeelte van elk alternatief subcriterium moet worden voldaan en voor hoeveel, wil sprake kunnen zijn van 'voor een gedeelte voldoen'? Instellingen worden in een moeilijke en bijna onmogelijke bewijspositie geplaatst om aan te tonen dat geen sprake is van overheidsafhankelijkheid. Het Hof van Justitie lijkt (gelukkig) in het onderhavige arrest ook uit te gaan van een strikte(re) benadering en geeft geen aanknopingspunten voor de lezing van de Nederlandse wetgever. Weliswaar is de hoofdregel dat het begrip publiekrechtelijke instelling functioneel moet worden uitgelegd, dit wordt ook expliciet overwogen,⁷⁰ maar het Hof van Justitie zegt niet uitdrukkelijk dat deze functionele uitleg betekent dat voldoende is dat aan elk alternatief subcriterium voor een gedeelte wordt voldaan. Het Hof van Justitie lijkt in zijn jurisprudentie niet zo ver te gaan als de Nederlandse wetgever. De verwijzende Italiaanse rechter lijkt ook uit te gaan van een striktere benadering dan de Nederlandse wetgever. Hij meent dat FIGC niet voldoet aan de eerste (overheidsfinanciering) en derde (overheidsbenoeming) van de alternatieve criteria, maar wellicht wel aan

de tweede variant (overheidstoezicht).⁷¹ Het Hof van Justitie corrigeert dit niet, wat logischerwijs wel zou zijn gebeurd als het Hof van Justitie daadwerkelijk een andere opvatting was toegedaan. Het Hof van Justitie had dan immers andere aanknopingspunten kunnen geven die de feitenrechter kan onderzoeken bij de beantwoording van de vraag of FIGC overheidsafhankelijkheid vertoont. FIGC voldoet namelijk wel gedeeltelijk aan het eerste subcriterium (overheidsfinanciering): zij ontvangt overheidsfinanciering, maar niet in overwegende mate.⁷² Volledigheidshalve merken wij hierbij op dat uit eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de begrippen *in* de alternatieve criteria zelf wel functioneel moeten worden uitgelegd.⁷³ Het Hof van Justitie heeft dit in ieder geval overwogen voor het eerste alternatieve subcriterium (overheidsfinanciering) zoals opgenomen in de vroegere Aanbestedingsrichtlijn.⁷⁴ Het Hof van Justitie keek niet of werd voldaan aan de strikte taalkundige uitleg en bewoordingen van dit subcriterium (lees: dat de overheid de betreffende entiteit direct financiert), maar naar de achtergrond en of er sprake was van een afhankelijkheidsrelatie (lees: dat door regelgeving van de overheid, de betreffende entiteit rechtstreeks bij de burgers gelden kon innen).⁷⁵ Er zijn echter geen aanknopingspunten te vinden dat de drie alternatieve criteria *gezamenlijk* functioneel moeten worden uitgelegd, in die zin dat aan elk van de criteria gedeeltelijk kan worden voldaan. Overigens is opvallend dat de Nederlandse wetgever, nadat hij opmerkt dat voldoende is dat aan elk van de alternatieve subcriteria gedeeltelijk wordt voldaan, inhoudelijk ingaat op het overheidsfinancieringscriterium en daarbij noemt dat financiering in hoofdzaak betekent dat de overheid voor meer dan de helft financiert.⁷⁶ Vanuit Europeesrechtelijk perspectief is waarschijnlijk niet voldoende dat gedeeltelijk aan de subcriteria wordt voldaan. Het zou welkom zijn als het Hof van Justitie zich hierover uitlaat, al dan niet naar aanleiding van vragen van een Nederlandse rechter.

Gevolgen voor de Nederlandse sportbonden?

Het arrest van het Hof van Justitie kan, afhankelijk van de onderzoeken en resultaten van de Italiaanse rechter, grote gevolgen hebben voor de Italiaanse nationale sportbonden. Indien de Italiaanse rechter concludeert dat FIGC voldoet aan de voorwaarden van een publiekrechtelijke instelling, heeft dit wat FIGC betreft niet alleen gevolgen voor het sluiten van contracten in de toekomst, maar ook voor de huidige lopende overeenkomsten. Die zouden vernietigd kunnen worden.

De eerste vraag die opkomt, is wat de gevolgen van dit arrest kunnen zijn voor Nederlandse sportbonden. Wij zullen dit verduidelijken aan de hand van een voorbeeld, waarbij wij gebruikmaken van de Nederlandse evenknie van FIGC, de KNVB. Is het mogelijk dat de KNVB kwalificeert

als een publiekrechtelijke instelling en hij dus aanbestedingsplichtig is? Naar onze mening ligt dit in Nederland nog genuanceerder dan in Italië. Nederland kent een met het CONI vergelijkbare instelling, het NOC*NSF. Het NOC*NSF is ontstaan uit een fusie tussen het Nederlands Olympisch Comité en de Nederlandse Sport Federatie.⁷⁷ Het NOC*NSF heeft volgens de statuten de taak om sportbeoefening te bevorderen, de betekenis van de sport voor de maatschappij uit te dragen en de Olympische Beweging en haar doelstellingen in overeenstemming met de door het Internationaal Olympisch Comité vastgestelde regelingen uit te dragen en te bevorderen.⁷⁸ Ook zet het NOC*NSF zich in voor de preventie en bestrijding van dopinggebruik en de handhaving van het Olympisch Handvest.⁷⁹ Verder bepalen de statuten dat de leden (de sportbonden, waar ook de KNVB onder valt) verplicht zijn de statuten en reglementen van het NOC*NSF en de besluiten van zijn organen na te leven en de belangen van het NOC*NSF, zijn organen of de Olympische Beweging dan wel van de sport in het algemeen, niet te schaden.⁸⁰ Het NOC*NSF is bevoegd het lidmaatschap op te zeggen of leden te schorsen indien zij niet voldoen aan de eisen van de statuten of hun verplichtingen jegens het NOC*NSF niet nakomen.⁸¹

Het grote verschil met het CONI is echter dat het NOC*NSF naar onze mening geen publiekrechtelijke instelling is.⁸² De relatie tussen FIGC en het CONI verschilt dan ook van de relatie tussen de KNVB en het NOC*NSF. Waar afhankelijkheid van FIGC met het CONI (als publiekrechtelijke instelling) geschaard kan worden onder 'overheidsafhankelijkheid', is dat bij de KNVB met NOC*NSF niet het geval. Hoewel wij menen dat de KNVB wel aan de twee eerste cumulatieve criteria zou kunnen voldoen van een publiekrechtelijke instelling (de KNVB heeft volgens zijn statuten soortgelijke verplichtingen als FIGC⁸³ en de KNVB bezit als vereniging rechtspersoonlijkheid) loopt het stuk op het derde cumulatieve criterium, namelijk overheidsafhankelijkheid (in de zin van financiering, toezicht of benoeming). Bij de KNVB zijn geen overheidsinstellingen betrokken (wel het NOC*NSF, maar dat is geen publiekrechtelijke instelling zoals het CONI). Het enige subcriterium waaraan de KNVB gedeeltelijk zou kunnen voldoen is overheidsfinanciering, nu uit de statuten wel blijkt dat de KNVB overheidsfinanciering krijgt. Deze financiering omvat echter niet meer dan de helft.⁸⁴ Wij achten de kans dus klein dat de KNVB kwalificeert als een aanbestedingsplichtige publiekrechtelijke instelling. Nota bene: in Nederland zijn 77 sportbonden actief.⁸⁵ De formele structuur van al deze bonden alsook de financiële lijnen zien er niet hetzelfde uit als bij de KNVB. Daarom is het voor sportbonden belangrijk om na te gaan of zij zijn aan te merken als een publiekrechtelijke instelling. Indien dat het geval is, dan heeft dat veel gevolgen in de praktijk: bestaande contracten kunnen dan onrechtmatig gegund zijn, en in de toekomst dienen ze zich te houden aan de verplichtingen uit de Aanbestedingswet.

Praktijk en de toekomst

De feitelijke zaak die aan het arrest voorafgaat, illustreert dat de kring van (potentiële) publiekrechtelijke instellingen niet beperkt hoeft te zijn tot traditionele overheidsinstellingen. De functionele uitleg die het Hof van Justitie 23 jaar geleden introduceerde,⁸⁶ heeft ervoor gezorgd dat het begrip publiekrechtelijke instelling los staat van nationale juridische kwalificaties.

Hoewel het Hof van Justitie in onderhavig arrest niets verandert aan de inhoudelijke criteria, is de Italiaanse voetbalbond wel het voorbeeld dat de lijst van potentiële publiekrechtelijke instellingen nog (lang?) blijft groeien. De inhoudelijke criteria van het begrip publiekrechtelijke instelling mogen dan bepaald zijn, de constante stroom aan rechtszaken illustreert dat over de exacte invulling wel degelijk onduidelijkheid bestaat.⁸⁷

Deze tendens valt niet alleen op Europees niveau te ontwaren. Ook op nationaal niveau wordt de lijst van publiekrechtelijke instellingen steeds langer. Een sprekend voorbeeld is het langlopende (en inmiddels definitief beslechte) geschil tussen JCDecaux en NS Stations. Volgens JCDecaux is NS Stations⁸⁸ een publiekrechtelijke instelling, nu zij een behoefte van algemeen belang vervult die niet van commerciële of industriële aard is. De miljoenencontracten die NS Stations onderhands sloot met Exterior Media en met Ngage Media (tegenwoordig: Ocean) voor de exploitatie van reclameborden op de NS stations zouden dan ook openbaar moeten zijn aanbesteed, zodat JCDecaux ook mee had kunnen dingen naar de gunning. NS Stations betoogt dat zij geen publiekrechtelijke instelling is en de contracten niet hoefde aan te besteden. Volgens NS Stations zijn de behoeften die zij vervult niet van algemeen belang en daarnaast, als daarvan al sprake is, is deze behoefte van commerciële aard.⁸⁹ Een bespreking van de overige vereisten (rechtspersoonlijkheid en overheidsafhankelijkheid) heeft niet plaatsgevonden, nu deze criteria niet ter discussie stonden.⁹⁰

In eerste aanleg en in hoger beroep hebben de rechtbank Midden-Nederland en het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden beide geoordeeld dat NS Stations kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de Aanbestedingswet 2012.⁹¹ De Hoge Raad heeft daarop (door middel van een art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie-arrest) het cassatieberoep van NS Stations verworpen en daarmee is vast komen te staan dat NS Stations een publiekrechtelijke instelling is.⁹² Volgens advocaat-generaal Drijber voorziet NS Stations in een behoefte van algemeen belang, omdat zij verantwoordelijk is voor het waarborgen van de transferfunctie van de stationsgebouwen en het veilig en schoon houden daarvan.⁹³ Deze taak is anders dan van commerciële of industriële aard, omdat NS Stations geen normaal commercieel bedrijf is dat opereert in een concurrerende omgeving. NS Stations bezit een monopoliepositie en kan niet, zoals een normale commerciële

onderneming, beslissen om verlieslatende activiteiten te beëindigen. Het feit dat NS Stations een winsttoogmerk of een rendementsdoelstelling heeft, doet daar niet aan af. Tot slot draagt NS Stations waarschijnlijk niet het volledige economische risico van haar activiteiten, nu het niet aannemelijk is dat NS deze groepsvennootschap failliet laat gaan. Dit soort ‘impliciete garanties’ (uiteindelijk van de Staat) zijn relevante aanwijzingen om te concluderen dat sprake is van een behoefte van algemeen belang, niet zijnde van commerciële aard.⁹⁴

Deze redenering van de advocaat-generaal waarbij al relatief snel sprake is van het voorzien in een behoefte van algemeen belang, niet zijnde van commerciële of industriële aard, is ook in onderhavig arrest van het Hof van Justitie toegepast. Het derde overheidsafhankelijkheidscriterium dat bij FIGC met name leidde tot onderzoeksvragen voor de Italiaanse feitenrechter, was bij NS Stations geen onderwerp van geschil.

Een ander dossier waar dit vraagstuk speelt, betreft de woningsector.

Volgens de Europese Commissie kwalificeren Nederlandse woningcorporaties als aanbestedingsplichtige publiekrechtelijke instellingen.⁹⁵ De Nederlandse overheid meent dat daarvan geen sprake is.⁹⁶ Hier twisten de Europese Commissie en Nederland over het derde vereiste, namelijk de overheidsafhankelijkheid. Volgens Nederland staan woningcorporaties niet onder overheidstoezicht, terwijl de Europese Commissie meent van wel.⁹⁷ Inmiddels heeft de Europese Commissie een laatste waarschuwing gegeven. Als Nederland niet binnen twee maanden zijn handelen in overeenstemming brengt met de Europese aanbestedingsregels, overweegt de Europese Commissie om naar het Hof van Justitie te stappen.⁹⁸ Het onderhavige arrest biedt enige inzage in hoe het Hof van Justitie kijkt naar het subcriterium van overheidstoezicht, namelijk met een grote aandacht voor de feitelijke omstandigheden.

Een laatste voorbeeld komt uit de zorgsector. Zorgverzekeraars zijn in 2014 door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant aangemerkt als publiekrechtelijke instellingen,⁹⁹ maar dit oordeel werd niet gedeeld door het gerechtshof Den Bosch dat het vonnis vernietigde.¹⁰⁰ Afgelopen jaar oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag dat zorgkantoren zich op grond van de redelijkheid en billijkheid hoe dan ook moeten houden aan de aanbestedingsbeginselen, gelet op de bijzondere positie die zij in de markt vertegenwoordigen. De vraag of zij als publiekrechtelijke instelling kwalificeren, is hierbij niet relevant.¹⁰¹

Ondanks de groeiende lijst van publiekrechtelijke instellingen, trapt het Hof van Justitie ook af en toe op de rem. In het arrest *LitSpecMet* oordeelde het Hof van Justitie bijvoorbeeld dat een dochtermaatschappij van een publiekrechtelijke instelling niet automatisch ook kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling, waardoor in feite een concern waarin zich een publiekrechtelijke instelling bevindt in zijn geheel zou worden ‘besmet’.¹⁰² Op basis van alle relevante feiten en omstandigheden moet

per entiteit zelfstandig worden vastgesteld of aan de betreffende criteria is voldaan.¹⁰³

Dat vraagstukken rondom het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ in meerdere sectoren spelen, moge duidelijk zijn. Zoals blijkt uit het in deze bijdrage besproken arrest is daar nu ook de sportsector bijgekomen. Hoewel het natuurlijk nog maar de vraag blijft of FIGC volgens de Italiaanse rechter als een publiekrechtelijke instelling kwalificeert, blijkt uit het arrest in ieder geval dat de publiekrechtelijke instellingscriteria nog genoeg onduidelijkheid kunnen oproepen. De Nederlandse jurisprudentie laat zien dat Nederland daarin geen uitzondering is.

Conclusie

Het in deze bijdrage besproken arrest vormt een interessante illustratie van de ontwikkelingen die zich op nationaal niveau voordoen en laat zien dat het debat over publiekrechtelijke instellingen nog lang niet ten einde is. Integendeel, het debat wordt alleen maar verder aangezwengeld. Ook vanuit praktisch perspectief is dit een *heads-up*: entiteiten die privaatrechtelijk van aard zijn, kunnen ook onder het aanbestedingsregime vallen. Voor juristen die over het algemeen weinig met het aanbestedingsrecht van doen hebben, is het belangrijk om te onthouden dat niet alleen de traditionele overheidsinstellingen als gemeenten, provincies, waterschappen en de rijksoverheid een aanbestedingsplicht hebben, maar dat een veelheid aan instellingen waarvan men dat op het eerste gezicht niet verwacht toch aanbestedingsplichtig kunnen zijn. Het begrip publiekrechtelijke instelling trekt een groeiende groep instellingen het aanbestedingsrecht in.

Nu marktpartijen steeds vaker een gang naar de rechter niet schuwen (zoals blijkt uit *NS Stations* en de jurisprudentie aangaande zorgverzekeraars), zijn wij benieuwd welke ‘private’ instellingen de komende jaren een brief op de mat zullen krijgen. Zullen woningcorporaties wellicht de volgende zijn?

Noten

1 HvJ 3 februari 2021, gevoegde zaken C-155/19 en C-156/19, ECLI:EU:C:2021:88 (*Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC)*).

2 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65-242), de Aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke overheid. Naast deze richtlijn bestaan er nog twee andere aanbestedingsrichtlijnen, te weten de Aanbestedingsrichtlijn voor speciale sectoren (Richtlijn 2014/25/EU) en de Aanbestedingsrichtlijn voor de gunning van concessies (Richtlijn

2014/32/EU). Wanneer hierna over de Aanbestedingsrichtlijn wordt gesproken, wordt bedoeld op Richtlijn 2014/24/EU, tenzij anders aangegeven.

3 De definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling in art. 2 lid 1 onder 4 Aanbestedingsrichtlijn (en eveneens Richtlijn 2014/23/EU en Richtlijn 2014/25/EU) is niet exact hetzelfde als in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012. In art. 1.1 wordt een publiekrechtelijke instelling aangeduid als ‘een instelling die *specifiek ten doel heeft* te voorzien in behoeften van algemeen belang’ in plaats van ‘een instelling die *is opgericht met het specifieke doel* te voorzien in behoeften van algemeen belang’. De Europese definitie suggereert dat het rechtsmoment van oprichting van de instelling bepalend is voor de kwalificatie als publiekrechtelijke instelling. Het Hof van Justitie heeft evenwel geoordeeld dat het gaat om daadwerkelijk uitgeoefende activiteiten (HvJ 12 december 2002, zaak C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau*), punt 56-60). De Nederlandse wetgever heeft deze jurisprudentie gecodificeerd: zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 44. Zie verder M. van Rijn e.a., *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, commentaar op art. 1.1 (online; bijgewerkt 29 september 2020).

4 Zie onder meer HvJ 22 mei 2003, zaak C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*), punt 32 en HvJ 10 april 2008, zaak C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Ing. Aigner*), punt 36.

5 Zie onder meer HvJ 20 september 1988, zaak C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*), punt 11 en 12, HvJ 17 december 1998, zaak C-353/96, ECLI:EU:C:1998:611 (*Commissie/Ierland*), punt 26 en HvJ 1 februari 2001, zaak C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (*Commissie/Frankrijk*), punt 41-43.

6 *Beentjes*, punt 11.

7 Zie art. 2:3 Burgerlijk Wetboek (BW).

8 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 45 en 46. Zie ook *Beentjes*, punt 11 en HvJ 17 december 1998, zaak C-306/97, ECLI:EU:C:1998:623 (*Connemara Machine Turf Co Ltd./Coillte Teoranta*), punt 20-35.

9 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 45.

10 HvJ 16 oktober 2003, zaak C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*SIEPSA*), punt 84.

11 *SIEPSA*, punt 85-86.

12 *SIEPSA*, punt 87.

13 *SIEPSA*, punt 93.

14 HvJ 10 november 1998, zaak C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*BFI Holding*), punt 53.

15 Zo bepaalt het Hof Arnhem: ‘Dat in Nederland de feitelijke inzameling thans in aanzienlijke mate door particuliere ondernemingen, op basis van overheidsopdrachten geschiedt, doet er niet aan af dat het hier onmiskienbaar om een algemeen belang gaat.’ Hof Arnhem 15 februari 2000, ECLI:GHARN:2000:AA4837 (*BFI*), r.o. 2.6. Zie ook Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459 (*Attero Zuid B.V./Gemeenten*), r.o. 3.10: ‘(...) ‘behoefden van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard’, niet zonder meer die behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien. Van belang is of 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. (...) in het kader van de vraag of sprake is van een aanbestedende dienst niet relevant is dat de betrokken instelling, naast haar taken van algemeen belang, ook andere activiteiten met een winstoogmerk verricht, en evenmin in welke mate zij dit doet. Van belang voor de kwalificatie als publiekrechtelijke instelling is slechts dat de betrokken instelling zich blijft kwijten van de haar opgedragen taken ten behoeve van het algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard.’

16 HvJ 15 januari 1998, zaak C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann*), punt 42-46.

17 *Korhonen*, punt 51.

18 HvJ 30 januari 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agorà*), punt 43. Zie in dit kader ook HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872 (*Amphia*), r.o. 3.5.3: ‘(...) algemene ziekenhuizen vanaf 1 januari 2003 de ruimte hebben om, mede op het gebied van prijzen, te concurreren en ook daadwerkelijk opereren in een klimaat van concurrentie, dat Amphia weliswaar geen winstoogmerk heeft, maar wordt bestuurd (en door zorgverzekeraars wordt aangestuurd) op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en evenmin dat algemene ziekenhuizen (in toenemende mate) exploitatierisico’s dragen.’ Zie ook Rb. Utrecht 21 november 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB8610 (*Twinning*), r.o. 4.8: ‘Weliswaar is Twinning door de Staat opgericht vanuit een algemeen belang (...) maar zij werkt (...) zo veel mogelijk op een marktconforme wijze in de

commerciële ICT-sector. Daarbij neemt de rechtbank aan dat (...) door Twinning geopereerd moest worden op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit met winstoogmerk. (...) geen aanbestedende dienst is in de zin van de Richtlijn Diensten of het BAO.’ Zie tot slot Rb. Noord-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4075 (*Presentatietechniek Holland B.V./Thialf*), r.o. 4.11.

19 *SIEPSA*, punt 81.

20 *Beentjes*, punt 11. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 45 en 46.

21 HvJ 3 oktober 2000, zaak C-380/98, ECLI:EU:C:2000:259 (*University of Cambridge*), punt 30.

22 *University of Cambridge*, punt 21. Zie ook HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872 (*Amphia*), r.o. 3.7.2: ‘is van het ontbreken van een specifieke tegenprestatie geen sprake. Tegenover de door instellingen als Amphia via de Algemene Kas als bedoeld in art. 1q Ziekenfondswet en de ziekenfondsen uit de ziekenfondspremies ontvangen gelden stond immers wel een specifieke tegenprestatie, te weten de zorg die zij krachtens de ingevolge art. 44 Ziekenfondswet met de ziekenfondsen gesloten overeenkomsten dienden te verlenen.’ In dezelfde zin Rb. Utrecht 5 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5442 (*Sint Anthoniusziekenhuis*), r.o. 4.19 t/m 4.34. Zie ook Rb. Zwolle-Lelystad 28 oktober 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO2566 (*Aardwarmtecluster*), r.o. 4.2.4: ‘Dat geldt voor wat betreft de aan Aardwarmtecluster verstrekte leningen, in totaal bedragende € 6,7 miljoen, die immers binnen 15 jaar dienen te zijn afgelost en waarover Aardwarmtecluster rente verschuldigd is, hetgeen als ‘specifieke tegenprestatie’ kan worden aangemerkt. De rijkssubsidie van maximaal € 2 miljoen is, in verhouding tot deze kredieten, van een dermate beperktere omvang dat niet kan worden gezegd dat de activiteiten van Aardwarmtecluster in hoofdzaak daaruit worden gefinancierd.’ Prestatieafspraken bij een subsidie zijn echter niet aan te merken als tegenprestatie, omdat dit een bestendige praktijk is: zie Rb. Noord-Holland 29 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6905 (*Actacom/SIB, BZK en HCG*), r.o. 4.9.

23 HvJ 13 december 2007, zaak C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk*).

24 *Bayerischer Rundfunk*, punt 40-48. Een indirecte financiering houdt concreet in dat de overheid niet zelf uit haar eigen portemonnee een bedrag betaalt aan de instelling, maar er wel voor zorgt dat de betreffende

instelling van de benodigde financiering wordt voorzien. Te denken valt aan het opleggen van een wettelijk verplichte bijdrage waarvan de grondslag en de hoogte bij wet zijn bepaald, en die de bijdrageplichtigen moeten betalen ongeacht het daadwerkelijk gebruik van de diensten van de instelling waar zij de bijdragen aan betalen. Ook indien in de wettelijke bijdrageplicht de hoogte van de bijdrage niet concreet is vastgesteld maar ruimte laat voor de instelling om zelf de hoogte van de bijdragen vast te stellen, kan een dergelijke indirecte financiering worden aangenomen (HvJ 11 juni 2009, zaak C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Oymanns*), punt 53-56). Zie ook Rb. Arnhem 9 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP9659 (*Interconfessionele Stichting Gezondheidszorg Rivierenland*), r.o. 4: '(...) dat de activiteiten van het ziekenhuis in hoofdzaak van overheidswege worden gefinancierd omdat gelden die bijeen zijn gebracht door de afdracht van premies ingevolge de Ziekenfondswet voor de toepassing van de Richtlijn Diensten moeten worden gelijkgesteld met overheidsgeld. Dit is gerechtvaardigd omdat de verzekering uit hoofde van de Ziekenfondswet verplicht is en de premievaststelling wordt gekenmerkt door beginselen van solidariteit. De hoogte van de premie is immers gerelateerd aan het inkomen van de verzekerde en niet, zoals bij commerciële verzekeringen, aan de verzekerde prestaties of het verzekerde risico.'

25 *Commissie/Frankrijk*, punt 48. Zie ook Hof Arnhem 18 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG4586 (*Amphia*), r.o. 3.8: 'Naar het oordeel van het hof dient bij beantwoording van de vraag in hoeverre het beheer dat Amphia voert onderworpen is aan – kort gezegd – overheidstoezicht, te worden beoordeeld of uit deze regelingen een afhankelijkheid voortvloeit die tot een reële beïnvloeding van haar beleid, in het bijzonder met betrekking tot het plaatsen van opdrachten als de onderhavige (te weten die tot levering van voedselverdeelwagens) zou kunnen leiden. Vervolgens rijst dan de vraag of de verschillende vormen van toezicht waaraan Amphia is onderworpen (...) tot gevolg hebben dat Amphia afhankelijk is van de overheid, in die zin dat deze haar beslissing aangaande het verstrekken van opdrachten (...) kan beïnvloeden.' Rb. Utrecht 17 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB1867 (*Sint-Antoniusziekenhuis*), r.o. 4.15.1 en Rb. Utrecht 5 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5442 (*Sint-Antoniusziekenhuis*), r.o. 4.39.

26 HvJ 27 februari 2003, zaak C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley*), punt 68, 69 en 73 en HvJ 12. september 2013, zaak C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (*IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*), punt 29.

27 Zie Rb. Zwolle-Lelystad 28 oktober 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO2566 (*Aardwarmtecluster*), r.o. 4.2.5: 'Nog daargelaten dat voor de beoordeling van deze zaak in de eerste plaats moet worden onderzocht hoe de huidige situatie is – en die is (zoals

hiervoor uiteen is gezet) zodanig dat van een aanwijzingsbevoegdheid van meer dan 50% niet kan worden gesproken –, heeft Daldrup in het licht van het verweer van Aardwarmtecluster niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van afspraken die ertoe strekken dat in de (nabije) toekomst overheden voor meer dan de helft (middellijk) de bestuursleden van Aardwarmtecluster kunnen aanwijzen. De thans voorgenomen constructie stelt die overheidsinvloed immers op (precies) de helft en niet meer dan de helft.’ Zie ook M. van Rijn e.a., *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, commentaar op art. 1.1 (online; bijgewerkt 29 september 2020).

28 Koeriersdiensten.

29 *FIGC*, punt 21.

30 De Italiaanse implementatie van art. 2 lid 1 onder 4 Aanbestedingsrichtlijn.

31 *FIGC*, punt 22.

32 *FIGC*, punt 23.

33 *FIGC*, punt 38. Zie ook de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona bij dit arrest, 1 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:775 (*FIGC*), punt 38 t/m 48.

34 Conclusie A-G, *FIGC*, punt 47; *FIGC*, punt 25 en 26.

35 *FIGC*, punt 31.

36 Conclusie A-G, *FIGC*, punt 50. In het arrest van het Hof van Justitie en de conclusie van de A-G is geen nadere toelichting gegeven welke activiteiten dit betreft. Wij nemen logischerwijs aan dat het hier gaat om commerciële activiteiten als verkoop van producten en diensten, maar ook reclame-inkomsten e.d.

37 *FIGC*, punt 26.

38 *FIGC*, punt 27.

39 *FIGC*, punt 4 t/m 20.

40 *FIGC*, punt 28 t/m 30.

41 *FIGC*, punt 40 en 41.

42 *BFI Holding*, punt 62; HvJ 15 mei 2003, zaak C-214/00, ECLI:EU:C:2003:276 (*Commissie/Spanje*), punt 55 en 56 en *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 21.

43 *FIGC*, punt 41.

44 *FIGC*, punt 43.

45 *FIGC*, punt 44.

46 *FIGC*, punt 50, onder verwijzing naar *Adolf Truley*, punt 68, 69 en 73.

47 *FIGC*, punt 51, onder verwijzing naar *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 29.

48 *FIGC*, punt 52 t/m 54.

49 *FIGC*, punt 55.

50 *FIGC*, punt 58.

51 Dit vloeit voort uit art. 15 lid 5 jo. lid 6 van het Italiaanse wetsbesluit nr. 242. Zie *FIGC*, punt 12.

52 *FIGC*, punt 60 t/m 63.

53 *FIGC*, punt 64, onder verwijzing naar *Commissie/Frankrijk*, punt 50-52 en 57.

54 *FIGC*, punt 65.

55 *FIGC*, punt 66, onder verwijzing naar *Commissie/Frankrijk*, punt 53 en *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 29.

56 *FIGC*, punt 66, onder verwijzing naar *Adolf Truley*, punt 73.

57 *FIGC*, punt 67.

58 *FIGC*, punt 68.

59 *FIGC*, punt 69.

60 *FIGC*, punt 70.

61 Conclusie A-G, *FIGC*, punt 47; *FIGC*, punt 25 en 26.

62 *FIGC*, punt 41.

63 *Commissie/Frankrijk*, punt 41-43.

64 *Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 46.*

65 Conclusie A-G Mengozzi 30 januari 2013, zaak C-526/11, ECLI:EU:C:2013:40 (*IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*).

66 Conclusie A-G, *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 31-33.

67 Conclusie A-G, *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 34-36.

68 Conclusie A-G, *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 36-39.

69 Conclusie A-G, *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 36-39. Het Hof van Justitie heeft zich verder niet uitgelaten over deze argumentatie. Het enige wat het Hof van Justitie noemt, is dat de alternatieve criteria een functionele uitleg moeten krijgen en dat een indirecte financieringswijze in dit kader voldoende is. Het Hof van Justitie geeft echter niet aan hoe ver deze functionele uitleg moet gaan en laat zich niet uit over de vraag of een ‘eenvoudige nabijheidsrelatie’ ook voldoende is. Zie *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 20-23.

70 *FIGC*, punt 41.

71 *FIGC*, punt 28.

72 *FIGC*, punt 60.

73 *Bayerischer Rundfunk*, punt 40. Zie in dit kader ook de opmerkingen van A-G Mengozzi die wij hiervoor hebben benoemd; conclusie A-G, *IVD/Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, punt 34-39.

74 Richtlijn 92/50/EG: ‘door de Staat gefinancierd’. Dit is het equivalent van het eerste subcriterium van overheidsafhankelijkheid, zie art. 2 lid 1 onder 4 sub c Aanbestedingsrichtlijn.

75 *Bayerischer Rundfunk*, punt 40-48. Bijvoorbeeld doordat de overheid de instelling het recht verleent om de financiering zelf te innen; zie voetnoot 24.

76 *Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 46.* De Nederlandse rechter lijkt er ook van uit te gaan dat volledig moet worden voldaan aan een van de alternatieve criteria. Zo overwoog de rechtbank Midden-Nederland: ‘Ten aanzien van het vereiste onder 3 (overwegende mate van

overheidsinvloed) geldt dat daaraan is voldaan wanneer aan *één van de drie (alternatieve) vereisten* [cursivering auteurs] zoals vermeld onder a tot en met c is voldaan.’ (Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218 (*NS Stations*)).

77 ‘Organisatie’, <https://nocnsf.nl/organisatie-nocnsf>.

78 Art. 4 Statuten NOC*NSF, beschikbaar via: <https://nocnsf.nl/media/1309/statuten-nocnsf.pdf>.

79 Art. 3 Statuten NOC*NSF.

80 Art. 13 jo. art. 18 Statuten NOC*NSF.

81 Art. 19 Statuten NOC*NSF.

82 Uit het arrest volgt dat CONI een publieke rechtspersoon is en overheidsafhankelijkheid vertoont; wij nemen aan dat daarmee CONI kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling.

83 Art. 4 Statuten KNVB.

84 Art. 26 Statuten KNVB. Zie ook *University of Cambridge*, punt 30 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 46 (MvT), waarin is bepaald dat voor de kwalificatie overheidsfinanciering in de zin van dit vereiste sprake moet zijn van een financiering die meer is dan de helft.

85 Ledenlijst NOC*NSF, beschikbaar via: <https://nocnsf.nl/leden-van-nocnsf> (geraadpleegd op 15 maart 2021).

86 *Beentjes*, punt 11.

87 Te noemen zijn onder meer afvalinzamelaars (zaak *BFI Holding*; zie ook Hof Arnhem 15 februari 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AA4837 (*BFI*), r.o. 2.6 en Hof Den Haag 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 (*AVR – gemeente Westland en Huisvuilcentrale Noord-Holland*), r.o. 3.3 (bevestigd in HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900)), begrafenisondernemers (zaak *Adolf Truley*), drukkerijen (zaak *Mannesmann*), vastgoedondernemingen (zaak *Korhonen*), organisatoren van jaarbeurzen, tentoonstellingen en congressen (zaak *Agorà*) en universiteiten (zaak *University of Cambridge*).

88 Onderdeel van het NS-concern en een onderneming die zich bezighoudt met het beheren en exploiteren van stations.

89 Voor de uitgebreide feiten verwijzen wij naar Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218 (*NS Stations*), r.o. 2.1-2.22.

90 Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218 (*NS Stations*), r.o. 4.13.

91 Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218 (*NS Stations*), r.o. 4.24 en Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958 (*NS Stations*), r.o. 3.20.

92 HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:791 (*NS Stations*).

93 Conclusie A-G 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1200 (*NS Stations*), r.o. 4.25.

94 Conclusie A-G 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1200 (*NS Stations*), r.o. 4.26-4.36.

95 De Europese Commissie is een inbreukprocedure gestart en heeft door middel van een ingebrekestelling laten weten dat de Nederlandse overheid mogelijk in strijd handelt met Richtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EU; *Kamerstukken II* 2017/18, 29453, nr. 463. Op 24 januari 2019 heeft de Commissie een tweede ingebrekestelling gestuurd; zie 'January infringements package: key decisions', www.ec.europa.eu, 24 januari 2019, punt 10.

96 *Kamerstukken II* 2017/18, 29453, nr. 468.

97 *Kamerstukken II* 2017/18, 29453, nr. 468, p. 6-7.

98 'June infringements package: key decisions', www.ec.europa.eu, 9 juni 2021, punt 2 (reasoned opinion).

99 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, r.o. 4.9-4.18.7.

100 Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, r.o. 8.10-8.15.

101 Rb. Den Haag 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527, r.o. 5.1-5.5.

102 *Mannesmann*, punt 39-41.

103 HvJ 5 oktober 2017, zaak C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736

(LiteSpecMet). Zie uitgebreid E.E. Zeelenberg, 'Geen vereenzelving van moeder- en dochtermaatschappij ten aanzien van aanbestedingsplicht', *NtEr* 2018, afl. 1/2, p. 15-20.

© Boom juridisch