

# 93. Interstatelijkheid, terecht geen *poster child* voor rechtseenheid

MR. J.M.M. VAN DE HEL EN MR. T. RAATS

De Hoge Raad heeft met twee arresten op 18 mei 2018 de knoop doorgehakt in langlopende geschillen over de vraag of twee concessies in de buitenreclamesector een duidelijk grensoverschrijdend belang hadden.<sup>1</sup> In dit artikel bespreken wij de uitspraken van de Hoge Raad. De uitspraken bieden nuttige handvatten voor de praktijk. Vooral nog is echter niet geheel duidelijk of de arresten volledig in lijn zijn met de stand van de Europese rechtspraak. Ook gaan wij in op de vraag hoe in een mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke context wordt omgegaan met een grensoverschrijdend belang.

## 1. Inleiding

Ten tijde van de gunning van deze concessies was de Concessierichtlijn<sup>2</sup> nog niet van kracht. Dienstenconcessies vielen buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsregels, tenzij met een concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang gemoeid was. In dat geval moest de aanbestedende dienst bij de gunning van de concessie rekening houden met de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.

Inmiddels is de Concessierichtlijn in werking getreden en geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Het belang van de uitspraken van de Hoge Raad voor dienstenconcessies is dus beperkt. De inhoud van het arrest blijft desondanks interessant omdat voor, bijvoorbeeld, de gunning van onderdempelige opdrachten<sup>3</sup> en de verlening van schaarse vergunningen<sup>4</sup> dezelfde maatstaf geldt.

In dit artikel bespreken wij de uitspraken van de Hoge Raad. De uitspraken bieden nuttige handvatten voor de praktijk. Vooral nog is echter niet geheel duidelijk of de arresten volledig in lijn zijn met de stand van de Europese rechtspraak. Ook gaan wij in op de vraag hoe in een mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke context wordt omgegaan met een grensoverschrijdend belang (oftewel, interstatelijkheid). In de procedures die ten grondslag liggen aan de arresten van 18 mei 2018 kwam de vergelijking met (voornamelijk) staatssteun aan de orde. Op het

eerste gezicht ligt die vergelijking voor de hand. Aanbestedingsrecht, staatssteun (en ook mededingingsrecht) hebben immers gedeelde wortels in de interne marktgedachte. Onze conclusie is dat die gedeelde wortels niet hebben geleid tot een uniform toetsingskader. We lichten dat toe na de bespreking van de arresten van de Hoge Raad.

## 2. Uitspraken Hoge Raad<sup>5</sup>

Beide zaken die aan de Hoge Raad werden voorgelegd, hadden betrekking op de gunning van concessies voor de exploitatie van reclameobjecten (zoals reclamevitruines enabri's). Rotterdamse Elektrische Tram N.V. ('RET') gunde een concessie aan Exterior Media en Stichting Eindhoven Marketing ('SEM') gunde concessies aan Exterior Media en aan Clear Channel. Zowel RET als SEM sloten de overeenkomsten zonder een aanbesteding te organiseren. Zij stelden zich op het standpunt dat de contracten werden gesloten in het kader van dienstenconcessies die buiten het bereik van de aanbestedingsplicht vielen en dus onderhands konden worden gegund.

JCDecaux is een concurrent van de ondernemingen waaraan de contracten waren gegund. Zij stelde vorderingen in met de strekking dat de uitvoering van de contracten moest worden gestaakt, waarna de opdrachten middels een aanbesteding in de markt zouden worden gezet. De rechters in feitelijke instanties kwamen tot verschillende conclusies. In de zaak omtrent de concessie van SEM oordeelde zowel

1 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722.

2 Richtlijn 2014/23/EU.

3 Zie art. 1.7 sub b Aanbestedingswet 2012.

4 Zie onder meer HvJ EU 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

5 Zie voor een uitgebreide bespreking van aanbestedingsplichten buiten het formele toepassingsbereik van de Aanbestedingswet 2012: Heijnsbroek, P., 'Aanbestedingsplichten op en over de randen van de Aanbestedingswet 2012', TA 2017/3, 43.

de voorzieningenrechter<sup>6</sup> als het Hof 's-Hertogenbosch<sup>7</sup> dat geen sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De voorzieningenrechter<sup>8</sup> kwam in de zaak tegen RET tot dezelfde conclusie. In hoger beroep werd dat vonnis evenwel vernietigd omdat Hof Den Haag concludeerde dat wel sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>9</sup>

In beide zaken werd beroep in cassatie ingesteld door de partijen die door de hoven in het ongelijk werden gesteld. De uitleg van het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' stond daarbij centraal. Hierna bespreken wij de arresten van de Hoge Raad.

### 2.1 RET

De uitspraak in de zaak over de aanbesteding van RET is vanuit het oogpunt van rechtsvorming niet heel interessant. RET en Exterion Media voerden een aantal klachten aan tegen het oordeel van het hof dat sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De Hoge Raad kwam evenwel tot de conclusie dat de middelen feitelijke grondslag misten. Dat wil zeggen dat het middel uitging van een bepaalde lezing van het arrest van het hof die volgens de Hoge Raad niet juist was. Het beroep van RET en Exterion Media werd dus op cassatie-technische gronden afgewezen.

### 2.2 Stichting Eindhoven Marketing

De uitspraak inzake de concessie van SEM is inhoudelijk aanmerkelijk interessanter. De Hoge Raad begint met een korte samenvatting van de Europese rechtspraak over een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>10</sup>

Oprichtingen die buiten het formele bereik van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, kunnen onderworpen zijn aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU'), waaronder de beginselen van gelijkheid en transparantie. Het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat die regels van toepassing zijn op aanbestedingen die 'een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen'.<sup>11</sup>

Het Hof van Justitie heeft in de loop der tijd een aantal omstandigheden genoemd die kunnen duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang:

'het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten. In die context kan tevens rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten dan de aanbestedende dienst gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft.'<sup>12</sup>

Uit het *Belgacom*-arrest volgt dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet is vereist dat een buitenlandse marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit.<sup>13</sup> Hoewel het dus niet is vereist dat buitenlandse ondernemingen interesse hebben getoond in een opdracht, heeft het Hof van Justitie in *Tecnoedi* beslist dat een duidelijk grensoverschrijdend belang niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit bepaalde gegevens die – *in abstracto* bezien – aanwijzingen daarvan zouden kunnen opleveren. Het gaat erom dat een duidelijk grensoverschrijdend belang concreet blijkt uit de beoordeling van de opdracht waar het om gaat.<sup>14</sup> Met deze overweging lijkt het Hof van Justitie de lat hoger te leggen dan voorheen voor partijen die een beroep doen op een duidelijk grensoverschrijdend belang. Een interessante vraag is of het Hof van Justitie in *Tecnoedi* de toetsingsmaatstaf daadwerkelijk strenger heeft gemaakt. Wij komen hier later op terug aangezien, onze inziens, deze overweging een rol speelt in het oordeel van de Hoge Raad.

**De Hoge Raad overweegt dat een partij die een beroep doet op een duidelijk grensoverschrijdend belang, stellingen moet aanvoeren die zien op de opdracht in kwestie, concreet zijn en relevant zijn**

Na de bespreking van de Europese rechtspraak, komt de Hoge Raad toe aan de behandeling van de cassatieklachten. JCDecaux kwam met het eerste onderdeel van haar cassatiemiddel op tegen het oordeel van het hof dat zij niet aan haar stelplicht ter zake van het duidelijke grensoverschrijdende belang van de overeenkomst had voldaan. De Hoge Raad overweegt dat een partij die een beroep doet op een duidelijk grensoverschrijdend belang, stellingen moet aanvoeren die zien op de opdracht in kwestie, concreet

6 Rb. Oost-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2544 (niet gepubliceerd).

7 Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5304.

8 Rb. Rotterdam 9 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5008.

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

10 Zie onder meer HvJ EU 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP en Santorso*); HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*); HvJ EU 16 april 2015, C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228 (*Enterprise Solutions*); HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747 (*Tecnoedi*) en HvJ EU 5 april 2017, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266 (*Borta/Klaipedos*).

11 Voor een beschrijving van de relevante rechtspraak verwijzen wij graag naar het artikel van Garsse, S.A.D. van en Verhoeven, S., 'Het grensoverschrijdend belang en de rechtspraak van het Hof van Justitie', *TA* 2016/5), 84. Zie voorts onder meer: HvJ EU 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277, rov. 20 en 21; HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, rov. 45 en 46; HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, rov. 32, en HvJ EU 16 april 2015, C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, rov. 16.

12 HvJ EU 19 april 2018, C-65/17 (*Oftalma Hospital*), ECLI:EU:C:2018:263 onder verwijzing naar HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (*Tecnoedi*), ECLI:EU:C:2016:747.

13 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), rov. 31.

14 HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (*Tecnoedi*), ECLI:EU:C:2016:747, rov. 22.

zijn en relevant zijn. Het is volgens de Hoge Raad echter niet nodig dat die partij uiteenzet waarom ondernemingen uit andere lidstaten daadwerkelijk geïnteresseerd zullen of kunnen zijn in de opdracht.

De Hoge Raad gaat vervolgens, nog steeds in het kader van de stelplicht, in op het *Tecnoedi*-arrest van het Hof van Justitie. In *Tecnoedi* is de volgende overweging opgenomen:

‘22. Benadrukt moet in dit verband worden dat het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit bepaalde gegevens die – in abstracto bezien – aanwijzingen daarvan zouden kunnen opleveren, maar dat dit belang op positieve wijze dient te blijken uit de beoordeling – in concreto – van de opdracht in kwestie. Inzonderheid kan de verwijzende rechter niet slechts een aantal elementen aan het Hof overleggen op basis waarvan niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, maar hij moet juist de gegevens verstrekken waaruit dit grensoverschrijdend belang blijkt.’

De Hoge Raad overweegt dat de passage uit *Tecnoedi* niet gericht is tot partijen die een beroep doen op een duidelijk grensoverschrijdend belang, maar gericht is tot de verwijzende rechter die een prejudiciële vraag voorlegt aan het Hof van Justitie. Een prejudiciële vraag van een verwijzende rechter komt alleen voor beantwoording in aanmerking als die beantwoording nodig is om het geschil te beslechten. De verwijzende rechter had in *Tecnoedi* onvoldoende gegevens aangereikt om een zinvol antwoord te kunnen geven op de vraag die werd voorgelegd. Het verzoek om een prejudiciële beslissing was daarom niet-ontvankelijk. Door die context vindt de Hoge Raad het oordeel in *Tecnoedi* niet relevant voor de stelplicht van partijen die een beroep doen op een duidelijk grensoverschrijdend belang. Die overweging lijkt mede de conclusie te dragen dat ‘s hofs oordeel over de stelplicht van JCDecaux blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

Ten slotte oordeelt de Hoge Raad over het standpunt dat buitenlandse interesse voor een opdracht kan blijken uit het feit dat een buitenlandse partij een dochteronderneming in Nederland heeft gevestigd. Het hof had dit argument afgevoerd en de Hoge Raad bevestigt dat oordeel:

‘[h]et enkele feit dat de lokale dochtervennootschap belangstelling voor de opdracht heeft getoond, brengt echter nog niet mee dat die belangstelling moet worden aangemerkt als belangstelling van de buitenlandse moedervernootschap.’

### 3. Commentaar

Het Hof Den Haag en het Hof ‘s-Hertogenbosch kwamen tot uiteenlopende conclusies over het duidelijk grensoverschrijdende belang van concessies voor buitenlandse reclame. Aangezien getoetst wordt aan de concrete omstandigheden van een overeenkomst is dat gegeven niet opvallend. Het is wel opvallend dat de hoven verschillende maatsta-

ven lijken te hanteren. In de literatuur is gespeculeerd of dit verschil verklaard kan worden doordat verschillende uitspraken van het Hof van Justitie EU aan de arresten ten grondslag zijn gelegd.<sup>15</sup> Het Hof Den Haag oordeelde over de gunning door RET vlak nadat het Hof van Justitie EU het *Tecnoedi*-arrest wees. Het is mogelijk dat het hof dit arrest niet heeft meegenomen in zijn beoordeling. Het Hof ‘s-Hertogenbosch oordeelde een kleine twee maanden na *Tecnoedi* over de gunning door SEM en lijkt in zijn arrest wel rekening te hebben gehouden met de inhoud van deze uitspraak.

De Hoge Raad maakt in de arresten duidelijk de keuze voor het toetsingskader dat het Hof Den Haag hanteerde; waarbij het *Belgacom*-arrest leidend lijkt te zijn. De Hoge Raad overweegt dat *Tecnoedi* alleen betrekking heeft op de informatie die een verwijzende rechter moet aanleveren bij het stellen van een prejudiciële vraag. Volgens de Hoge Raad zorgde het arrest dus niet voor een wijziging van de beoordelingsmaatstaf van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Die overweging is begrijpelijk op basis van de inhoud van *Tecnoedi*. Het Hof van Justitie EU oordeelt in die zaak immers primair over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag. Wij zijn evenwel van mening dat de Hoge Raad te weinig waarde toekent aan het oordeel van het Hof van Justitie. Die gedachte is met name ingegeven door het arrest van het Hof van Justitie van 19 april 2018 in de zaak *Oftalma Hospital*.<sup>16</sup> In die zaak oordeelde het hof over de vraag of een bepaalde opdracht conform de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU gegund moest worden. Het Hof van Justitie besprak in dat kader de maatstaf die de verwijzende rechter moet aanleggen om een duidelijk grensoverschrijdend belang vast te stellen en verwees daarbij uitdrukkelijk naar rov. 22 van *Tecnoedi*:

‘38 Het is dus aan de verwijzende rechter om alle relevante gegevens betreffende de markt in kwestie gedetailleerd te beoordelen teneinde na te gaan of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang op de datum van gunning van de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is.

39 Benadrukt moet in dit verband worden dat het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij die toetsing niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit bepaalde gegevens die – in abstracto bezien – aanwijzingen daarvan zouden kunnen opleveren, maar dat dit belang op positieve wijze dient te blijken uit de beoordeling – in concreto – van de omstandigheden van de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is. Dat impliceert dat een duidelijk grensoverschrijdend belang niet kan worden aangenomen op basis van gegevens die dat grensoverschrijdende belang niet uitsluiten, maar dat belang vast moet komen te staan op

15 Zie Annotatie Langeveld, J.C., bij Hof ‘s-Hertogenbosch 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5304, JAAN 2017/11.

16 HvJ EU 19 april 2018, C-65/17 (*Oftalma Hospital*).

basis van objectieve en onderling overeenstemmende gegevens (zie in die zin arrest van 6 oktober 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747, punt 22).<sup>17</sup>

Het Hof van Justitie hecht zelf dus wel degelijk belang aan *Tecnoedi* bij de beoordeling van de maatstaf voor het vaststellen van een duidelijk grensoverschrijdend belang. In dat kader verwijst het Hof van Justitie juist naar de overweging die het Hof 's Hertogenbosch ook in zijn beoordeling leek mee te nemen. De stelplicht ter zake van een duidelijk grensoverschrijdend belang van een opdracht wordt vanzelfsprekend ingevuld door de maatstaf die de rechter aanlegt bij de beoordeling van die stellingen. Onzes inziens had de Hoge Raad *Tecnoedi* dus moeten betrekken in de beoordeling van de cassatieklachten over de stelplicht ten aanzien van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

De vervolgvraag is wat de impact van *Tecnoedi* zou zijn op de te hanteren maatstaf. Immers, de Hoge Raad verlangt stellingen die zien op de opdracht in kwestie, concreet zijn en relevant zijn. Op basis van dergelijke stellingen kan mogelijk op positieve wijze worden vastgesteld dat een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Daarbij komt dat de omstandigheden die in de Europese rechtspraak worden genoemd (financieel belang, technische aard van de overeenkomst, plaats van uitvoering en werkelijke klachten van partijen uit andere lidstaten) objectieve omstandigheden zijn op basis waarvan positief kan worden vastgesteld of met een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang gemoeid is. In zoverre hoeft *Tecnoedi* dus niet tot een materiële koerswijziging te leiden.

Ter illustratie wijzen wij op de uitspraken van de rechters in feitelijke instanties inzake *RET*. Van Garsse en Verhoeven bespraken (en bekritiseerden) het vonnis van de voorzieningenrechter eerder in dit tijdschrift.<sup>18</sup> De voorzieningenrechter leek destijds uit te gaan van irrelevante omstandigheden ter motivering van de conclusie dat geen sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De voorzieningenrechter verwees naar de locatie van JCDecaux Frankrijk en het feit dat zij een Nederlandse dochter had die de overeenkomst kon uitvoeren. De voorzieningenrechter leek daarmee dus vooral rekening te houden met de, min of meer toevallige, eigenschappen van een van de gegadigden. In lijn met de vaste rechtspraak had de rechter moeten kijken naar de objectieve gegevens omtrent de opdracht. Het vonnis van de voorzieningenrechter sneuvelde dan ook in hoger beroep. Het Hof Den Haag baseerde zijn arrest wel op de gegevens die in de Europese rechtspraak werden genoemd: het financiële belang, de technische kenmerken en de plaats van uitvoering van de opdracht.<sup>19</sup> Zoals hiervoor toegelicht, laat de Hoge Raad het arrest van het Hof Den Haag in stand.

Het is voor ons denkbaar dat *Tecnoedi* ziet op het onderscheid tussen de maatstaven die de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam en het Hof Den Haag aanleggen. In dat geval verandert het arrest mogelijk weinig aan de te hanteren maatstaf en is het arrest van de Hoge Raad consistent met de Europese lijn. Er zijn echter ook argumenten voor een andere lezing van *Tecnoedi*. Bijvoorbeeld: het Hof van Justitie EU verwijst in rov. 22 van het arrest niet naar haar eerdere rechtspraak. Als het Hof aansluit bij een eerder gehanteerde maatstaf verwijst het normaliter naar de uitspraken waarin die maatstaf is toegepast. Het feit dat het Hof van Justitie die verwijzingen achterwege heeft gelaten, vormt een aanwijzing dat het Hof toch een element toevoegt aan de bestaande rechtspraak.

Resumerend is er, onzes inziens, nog een open eindje op basis van de huidige arresten van de Hoge Raad. Gelet op de inhoud van *Oftalma Hospital* lijkt het Hof van Justitie in de toekomst te blijven verwijzen naar *Tecnoedi*. Het was dan ook bijzonder interessant geweest om te weten of de Hoge Raad in dat arrest aanleiding ziet om de beoordelingsmaatstaf bij te stellen of strengere eisen te stellen aan de stelplicht. De motivering van de Hoge Raad waarom *Tecnoedi* niet wordt meegenomen, overtuigt ons daarbij niet. Het is moeilijk te zeggen of dit invloed heeft gehad op de uiteindelijke conclusie van de Hoge Raad. Vooralsnog is er, in onze visie, voor toekomstige zaken wel enige onduidelijkheid over de vraag of de beoordeling van de Hoge Raad in lijn is met de maatstaf van het Hof van Justitie EU.

#### 4. Vergelijking aanbestedingsrecht, mededingingsrecht en staatssteun

Gedurende de procedures omtrent de buitenreclameconcessies werd de vergelijking gemaakt tussen het aanbestedingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke begrip van een 'grensoverschrijdend belang'. De hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad gaan niet in op deze vergelijking. Desondanks is het een interessante vraag of er een lijn is te ontdekken in de interstatelijkheidsvereisten die worden gehanteerd binnen een aanbestedingsrechtelijke, mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke context.

De toepassing van het Europese kartelverbod (artikel 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU')) is beperkt tot overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die *de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden*. Misbruik van een economische machtspositie is verboden op grond van artikel 102 VWEU *voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed*.

Voor de toepassing van de staatssteunregels geldt hetzelfde. Steunmaatregelen die, door middel van begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties, de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen zijn verboden (op grond van artikel 107 VWEU) *voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt*.

17 HvJ EU 19 april 2018, C-65/17, ECLI:EU:C:2018:263 (*Oftalma Hospital*).

18 Garsse, S.A.D. van en Verhoeven, S. 'Het grensoverschrijdend belang en de rechtspraak van het Hof van Justitie', *TA* 2016/5, 84.

19 Hof Den Haag 25 oktober 2016, r.o. 31-39, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169.

De interne marktgedachte is een belangrijke grondslag van aanbestedingsrecht, mededingingsrecht en staatssteun. De regels van deze rechtsgebieden staan alle drie in het teken van het opheffen van barrières tussen Europese lidstaten om ervoor te zorgen dat vrij verkeer en de interne markt daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd. Het zou, op het eerste gezicht, niet onlogisch zijn als dezelfde maatstaf van toepassing is. Om te onderzoeken of daarvan sprake is, bespreken wij hierna de maatstaven die bij een beroep op de mededingingsregels en de staatssteunregels worden gehanteerd.

#### 4.1 Europees mededingingsrecht

Het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie staan centraal in het Europese mededingingsrecht. Deze verboden zijn opgenomen in, respectievelijk, artikel 101 en 102 van het VWEU. Het toepassingsbereik van deze bepalingen is beperkt tot gedragingen die *‘de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.’*

**De interne marktgedachte is een belangrijke grondslag van aanbestedingsrecht, mededingingsrecht en staatssteun**

Het mededingingsrechtelijke interstatelijkheidsvereiste is een jurisdictionele regel: het vormt de afbakening tussen enerzijds het Europese mededingingsrecht en anderzijds de mededingingsregels van de Europese lidstaten.<sup>20</sup> Die achtergrond verklaart de ruime interpretatie die van oudsher aan het interstatelijkheidsvereiste wordt gegeven door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie. Lange tijd hadden lidstaten geen eigen mededingingsregels en was mededingingsrechtelijke handhaving dus afhankelijk van het bereik van de Europese regels. De Nederlandse Mededingingswet heeft bijvoorbeeld kortgeleden haar twintigste verjaardag gevierd terwijl de oorsprong van het Europese mededingingsrecht teruggaat tot het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal uit 1951.

Inmiddels hebben alle Europese lidstaten eigen mededingingsregels. De ruime interpretatie van het interstatelijkheidsvereiste houdt echter stand. Het vereiste valt uiteen in drie begrippen: (1) *handel* tussen lidstaten, (2) *kunnen* beïnvloeden, en (3) *merkbare* beïnvloeding. De Europese Commissie heeft, op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie, richtsnoeren opgesteld waarin deze begrippen worden toegelicht.<sup>21</sup>

Van handel tussen lidstaten is niet alleen sprake als goederen of diensten over de grens worden verkocht. Uit de richtsnoeren blijkt dat het begrip ruimer is.<sup>22</sup> Het begrip ‘handel’

ziet ook op situaties waarin een gedraging de concurrentie tussen lidstaten kan beïnvloeden. Een voorbeeld is een afspraak tussen twee ondernemingen binnen één lidstaat met de strekking dat ondernemingen van buiten die lidstaat geen toegang kunnen krijgen tot de markt. In dat geval vindt er geen interstatelijk handelsverkeer plaats, maar is er in mededingingsrechtelijke zin wel sprake van een potentiële beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. De potentiële interstatelijke handel op de relevante markt wordt immers beïnvloed door de afspraak.

**Het begrip ‘handel’ ziet ook op situaties waarin een gedraging de concurrentie tussen lidstaten kan beïnvloeden**

Uit de toelichting op het begrip *‘kunnen beïnvloeden’* blijkt hoe ruimhartig wordt omgegaan met het interstatelijkheidsvereiste in het mededingingsrecht. Uit die toelichting blijkt dat het op basis van de juridische en feitelijke achtergrond van een gedraging mogelijk moet zijn om met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden.<sup>23</sup> Het hoeft daarbij overigens niet te gaan om het nadelig beïnvloeden van de handel. Een toename van de handel betekent ook dat aan het interstatelijkheidscriterium is voldaan.

Ten slotte moet een gedraging leiden tot een *merkbare* beïnvloeding van de handel. In dat kader wordt hoofdzakelijk gekeken naar de marktpositie van de betrokken ondernemingen om te beoordelen of een gedraging überhaupt enig effect op de handel kan hebben.

#### 4.2 Staatssteun

Begunstiging van een onderneming via staatsmiddelen wordt alleen aangemerkt als staatssteun als daardoor de interstatelijke handel kan worden beïnvloed.

Bij de beoordeling van het interstatelijk effect van een (potentiële) steunmaatregel wordt in essentie gekeken naar de markt waarop de begunstigde onderneming actief is. Als die onderneming actief is op een markt waarop interstatelijke handel mogelijk is, dan zal al snel voldaan zijn aan het interstatelijkheidsvereiste. Het is daarvoor niet nodig dat de begunstigde zelf grensoverschrijdende activiteiten heeft.<sup>24</sup> Het is van belang dat interstatelijke handel ook kan betekenen dat ondernemingen zich vestigen in andere landen ten behoeve van de internationale handel (wij sluiten niet uit dat het argument in de buitenreclame-procedures omtrent de vestiging van een dochter in een lidstaat hieraan was ontleend). Dat betekent dat een steunmaatregel een effect kan hebben op de interstatelijke handel als er op de betrokken markt import en/of export plaatsvindt of als buiten-

20 HvJ EU 31 mei 1979, 22/78, r.o. 17, ECLI:EU:C:1979:138 (Hugin).

21 Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

22 Richtsnoeren, randnr. 19-22.

23 Richtsnoeren, randnr. 23.

24 HvJ EU 17 september 1980, 730/79 (Philip Morris), ECLI:EU:C:1980:209.

landse ondernemingen zich (kunnen) vestigen in andere lidstaten ten behoeve van de interstatelijke handel. Er kan zelfs sprake zijn van een interstatelijk effect als de begunstigde vrijwel al haar producten of diensten afzet buiten de Europese Unie.<sup>25</sup>

Van een effect op de interstatelijke handel is geen sprake als de betrokken activiteiten een zuiver lokaal karakter hebben. Daarvan is, in grote lijnen, sprake als:

- er geen obstakels worden opgeworpen voor de vestiging van ondernemingen uit andere lidstaten;
- de betrokken goederen of diensten een zuiver lokaal karakter hebben;
- een maatregel een marginaal effect heeft op de markt en op consumenten in aangrenzende lidstaten.

Deze maatstaf is door de Europese Commissie toegepast in een zevental besluiten van 29 april 2015.<sup>26</sup> In die besluiten oordeelde de Commissie bijvoorbeeld dat in de zorgsector en in de sector voor sport en vrijetijdsbesteding sprake kan zijn van een zuiver lokaal karakter.

### Kortom: aan het staatssteunrechtelijke interstatelijkheidsvereiste is snel voldaan, tenzij de betrokken activiteiten een zuiver lokaal karakter hebben

Kortom: aan het staatssteunrechtelijke interstatelijkheidsvereiste is snel voldaan, tenzij de betrokken activiteiten een zuiver lokaal karakter hebben. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat de concurrentieverhoudingen op een markt vrijwel altijd worden beïnvloed als een onderneming binnen de markt steun ontvangt. Als gevolg van een steunmaatregel wordt het voor (potentieel) concurrerende ondernemingen moeilijker om hun marktaandeel te vergroten of om überhaupt toe te treden tot de markt. Als op die markt interstatelijke handel kan plaatsvinden heeft een steunmaatregel doorgaans een potentieel gevolg voor de interstatelijke handel. De Europese Commissie zegt daarover het volgende in het persbericht bij de beschikkingen over het zuiver lokaal karakter van een maatregel:

‘Given the high level of economic integration achieved within the EU, aid that distorts competition between companies will in most cases also have an impact on intra-EU trade.’<sup>27</sup>

#### 4.3 Uiteenlopende maatstaven

Op basis van de beschrijving van de verschillende maatstaven is de tussenconclusie dat er nogal wat verschillen zitten

tussen de beoordeling van interstatelijkheid in een aanbestedingsrechtelijke, mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke context. Dat is opvallend, gelet op de gedeelde wortels en de gemeenschappelijke doelstellingen van de rechtsgebieden. Er zijn echter wel een aantal factoren die het onderscheid verklaren. Hierna bespreken wij enkele verschillen in de toetsingsmaatstaven en mogelijke verklaringen daarvoor.

#### Intensiteit van de toets

Allereerst zijn er verschillen in de intensiteit van de toets. Aan de staatssteunrechtelijke toets is het snelst voldaan. Als op de betrokken relevante markt interstatelijke handel mogelijk is, heeft een steunmaatregel in beginsel een interstatelijk effect. In de praktijk komt het slechts bij uitzondering voor dat een (potentiële) steunmaatregel een zuiver lokaal karakter, en dus geen interstatelijk effect, heeft. Ook aan de mededingingsrechtelijke toets is tamelijk snel voldaan. Als de gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handel tussen lidstaten merkbaar op enigerlei wijze kan beïnvloeden, dan is reeds aan de toets voldaan.

Daartegenover staat de aanbestedingsrechtelijke toets: een duidelijk grensoverschrijdend belang moet worden vastgesteld op basis van de kenmerken van de concrete opdracht. Uitgaande van de toets die het Hof van Justitie EU hanteert, is het niet voldoende dat een grensoverschrijdend belang hypothetisch wordt afgeleid uit bepaalde omstandigheden. Deze toets is indringender dan de maatstaven die in een mededingingsrechtelijke of staatssteunrechtelijke context worden gehanteerd. De vraag of *Tecnoedi* leidt tot een verdere aanscherping van de maatstaf, laten wij in dit verband in het midden.

Die verschillen zijn te verklaren. Bijvoorbeeld vanwege het simpele feit dat de aanbestedingsrechtelijke toets betrekking heeft op een uitzonderingssituatie. Het gaat om opdrachten die volgens de standaardregels buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen zouden vallen. Op basis van een duidelijk grensoverschrijdend belang kan de gunning van die opdrachten desondanks onderhevig zijn aan bepaalde vereisten. Dat is voor de mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke toets anders. Daarbij gaat het simpelweg om de ‘normale’ toets omtrent het toepassingsbereik van de materiële regels. Daarbij past dat in een aanbestedingsrechtelijke context indringender wordt getoetst of van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is.

Daarbij komt dat de rechtspraak over interstatelijkheid in een mededingingsrechtelijke context voor een belangrijk deel afkomstig is uit een periode waarin de Europese lidstaten nog niet allemaal een eigen mededingingsregime hadden. Om te voorkomen dat er een handhavingvacuüm zou ontstaan, bestond er dus een prikkel om ruimhartig om te gaan met de interpretatie van het vereiste grensoverschrijdend belang.

25 HvJ EU 21 maart 1990, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125 (*Tubemeuse*); HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272 (*WAM*).

26 Beslissingen van de Europese Commissie van 29 april 2015 in SA.33149; SA.37432; SA.37904; SA.37963; SA.38035; SA.38208; SA.39403; SA.39798.

27 Persbericht van de Europese Commissie van 29 april 2015 (kenmerk: IP/15/4889), beschikbaar via [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4889\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_en.htm).

In een aanbestedingsrechtelijke context wordt de ontwikkeling gedreven door marktpartijen die stellen dat een bepaalde opdracht aanbestedingsplichtig is. Daarbij is van belang dat het praktische toepassingsgebied van het *duidelijk grensoverschrijdend belang* binnen het aanbestedingsrecht beperkt is. De meeste opdrachten vallen binnen het toepassingsbereik van de richtlijnen en van de Aanbestedingswet.

#### *Effectgericht versus opdrachtgericht*

Een tweede verschil zit in het onderwerp van de maatstaven. Onze indruk is dat de mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke toetsen gericht zijn op de *effecten* van een gedraging. De focus binnen het aanbestedingsrecht ligt op de *opdracht* zelf, zonder dat wordt gekeken naar de effecten van de gunning van die opdracht in een breder perspectief.

### Bij een mededingingsrechtelijke of staatssteunrechtelijke analyse ligt de focus op het voorkomen van marktverstoringen met het uiteindelijke doel om de interne markt tot stand te brengen

Dit onderscheid past binnen de algemene toetsingskaders van de rechtsgebieden. Bij een mededingingsrechtelijke of staatssteunrechtelijke analyse ligt de focus op het voorkomen van marktverstoringen met het uiteindelijke doel om de interne markt tot stand te brengen. Logischerwijs wordt binnen deze rechtsgebieden meer op macroniveau naar de effecten op de interstatelijke handel gekeken. Aanbestedingsrecht heeft dezelfde doelstelling voor ogen maar werkt daar naartoe door individuele overheidsopdrachten te reguleren. In de aanbestedingsrechtelijke toetsing van overheidsopdrachten is dan ook geen effectanalyse verwerkt. Vanuit die optiek is het logisch dat de interstatelijkheids-toets die verschillende aanpakken reflecteert.

Daarbij komt dat een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria moet kunnen vaststellen of een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Een effectanalyse past daar niet bij en laat te veel ruimte open voor discussie en onzekerheid. Daarbij is ook van belang dat een aanbestedende dienst bij een effectanalyse zou moeten kijken maar de toekomstige grensoverschrijdende effecten van de gunning van een opdracht (een prospectieve analyse).

#### 4.4 Praktische gevolgen

Het voorgaande betekent dat het interstatelijke effect van een situatie vanuit aanbestedingsrechtelijk, mededingingsrechtelijk en staatssteunrechtelijk perspectief verschillend kan worden beoordeeld. Dat betekent bijvoorbeeld dat een gemeente staatssteun kan verlenen bij de gunning van een overeenkomst, terwijl die overeenkomst geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Een opdracht voor buitenreclame kan in dat kader als voorbeeld dienen. Stel dat vast komt te staan dat een concrete overeenkomst geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, gelet op de beperkte waarde, de plaats van uitvoering en de technische kenmerken. Als de afdracht voor de concessie vervolgens zodanig laag is dat daardoor die onderneming wordt bevoordeeld ten opzichte van concurrenten, dan kan die (te) lage afdracht wel staatssteun opleveren. De begunstigde onderneming kan besparingen immers inzetten op de markt waarop wel degelijk interstatelijke handel mogelijk is.<sup>28</sup>

## 5. Conclusie

De manier waarop binnen het aanbestedingsrecht, mededingingsrecht en staatssteun wordt omgegaan met interstatelijkheid blijkt sterk uiteen te lopen. Aan de ene kant is dat verrassend omdat deze rechtsgebieden gedeelde *roots* hebben en toewerken naar hetzelfde doel. Aan de andere kant blijken er goede verklaringen te zijn voor de uiteenlopende maatstaven.

In zijn arresten van 18 mei 2018 maakt de Hoge Raad een keuze omtrent de maatstaf voor de beoordeling van een beroep op een duidelijk grensoverschrijdend belang. Wij vatten die maatstaf als volgt samen:

- een duidelijk grensoverschrijdend belang kan blijken uit de economische waarde van de geplande overeenkomst, bezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de specifieke kenmerken ervan; het is daarbij niet nodig dat een buitenlandse marktpartij daadwerkelijk interesse heeft getoond in een opdracht;
- het enkele feit dat een buitenlandse onderneming in Nederland een dochtervennootschap heeft opgericht die interesse heeft in de opdracht, brengt nog niet mee dat die belangstelling moet worden aangemerkt als belangstelling van de buitenlandse moeder;
- ten aanzien van de stelplicht omtrent een duidelijk grensoverschrijdend belang is er nog een open eindje. Zoals wij hebben toegelicht is de Hoge Raad van oordeel dat *Tecnoedi* geen invloed heeft op de toepasselijke maatstaf. De motivering van die conclusie overtuigt ons vooralsnog niet.

Het laatste woord is ongetwijfeld nog niet gezegd over deze maatstaf. Met enige regelmaat worden vragen hierover gesteld aan het Hof van Justitie EU. Vanwege de mogelijke afwijking van de Europese rechtspraak, verwachten wij ook dat in Nederland het oordeel van de Hoge Raad nog ter discussie wordt gesteld.

#### Over de auteur

**Mr. J.M.M. (Martijn) van de Hel en mr. T. (Tim) Raats**

Martijn van de Hel en Tim Raats zijn advocaat bij Maverick Advocaten N.V. te Amsterdam.

<sup>28</sup> Dit is niet een geheel ondenkbare situatie gelet op bijv. het vonnis van Rb. Overijssel 14 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:788.