

VU Research Portal

Case note: Hof van Justitie EU (Econord (verticale publiek-publieke samenwerking))

de Greef, R.J.M.H.; Theissen, F.H.K.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Greef, R. J. M. H., & Theissen, F. H. K., (2013). *Case note: Hof van Justitie EU (Econord (verticale publiek-publieke samenwerking))*, No. 41, Nov 29, 2012. (Gemeente-stem; Vol. 2013, No. 7387).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Hof van Justitie van de Europese Unie (Derde Kamer)
29 november 2012, nr. C-182/11 en C-183/11
(R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts, E. Juhász, T. von Danwitz
en D. Šváby)
m.nt. R.J.M.H. de Greef en F.H.K. Theissen¹

(Art. 1 AAR; art. 1.1 Aanbestedingswet 2012; art. 1 Bao)

(Verticale) Publiek-publieke samenwerking. (Quasi-)Inbesteding. Teckal-criteria. Gemeenschappelijk toezicht.

In deze omstandigheden zij erop gewezen dat wanneer meerdere overheidsinstanties gebruikmaken van een gemeenschappelijke entiteit om een gezamenlijke openbare dienstverleningstaak te verrichten, weliswaar niet is vereist dat al deze autoriteiten afzonderlijk individuele toezichtbevoegdheid hebben over deze entiteit, maar het op die entiteit uitgeoefende toezicht evenwel niet uitsluitend kan berusten op de toezichtbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken entiteit, aangezien het begrip 'gezamenlijk toezicht' anders zou worden uitgehouden.

betreffende twee verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissingen van 23 februari 2011, ingekomen bij het Hof op 18 april 2011, in de procedures Econord SpA tegen Comune di Cagno (C-182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C-183/11), Comune di Varese,

Wijst het Hof [...] het navolgende Arrest

1. De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van het Unierecht inzake de toepassingsvoorwaarden van de inbestedingsuitzondering – de zogenaamde 'in-house' opdrachtverlening – voor een dienst van openbaar belang.
2. Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van geschillen tussen Econord SpA, enerzijds, en de gemeenten Varese, Cagno en Solbiate, anderzijds, over de regelmatigheid van de rechtstreekse gunning door de twee laatstgenoemde gemeenten van een dienstenopdracht aan ASPEM SpA (hierna: 'ASPEM'), zonder daarbij een procedure voor het plaatsen van deze opdracht te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht.

¹ Mr. R.J.M.H. de Greef en mr. F.H.K. Theissen zijn beiden partner en adviseur bij KokxDeVoogd en zijn daarnaast als docent/onderzoeker staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit respectievelijk als promovendus aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden verbonden.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

3. Artikel 1 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), met als opschrift 'Definities', bepaalt in lid 2 ervan: 'a) 'Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn. [...] d) 'Overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten. [...]

4. Artikel 1, lid 4, van die richtlijn bepaalt: 'De "concessieovereenkomst voor diensten" is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.'

5. Artikel 20 van die richtlijn luidt: 'De opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II A vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 geplaatst.'

6. Categorie 16 van bijlage II A bij die richtlijn vermeldt de diensten van 'straatreiniging en afvalverzameling; afvalwaterverzameling en -verwerking en aanverwante diensten'.

Italiaans recht

[...]

Aan het geding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vraag

9. Blijkens het aan het Hof voorgelegde dossier heeft de gemeente Varese ASPEM opgericht om als 'in-house' dienstverrichter op haar grondgebied openbare diensten, en met name de gemeentelijke reinigingsdienst, te exploiteren. Ten tijde van de feiten had de gemeente Varese bijna alle aandelen van deze vennootschap in handen, waardoor zij zeggenschap had over laatstgenoemde.

10. In 2005 hebben de gemeenten Cagno en Solbiate bij een aantal besluiten afgesproken om de gemeentelijke reinigingsdienst, en met name de dienst belast met de verwijdering van vast stedelijk afval, bij voorkeur gecoördineerd met andere gemeenten te exploiteren, overeenkomstig de artikelen 30 en 113, lid 5, sub c, van wetsdecreet nr. 267/2000, hebben zij de overeenkomst met de gemeente Varese voor de gunning ten bezwarende titel van hun gemeentelijke reinigingsdienst aan ASPEM goedgekeurd en zijn zij allen openbare aandeelhouders van laatstgenoemde geworden door één aandeel te verwerven in het maatschappelijk kapitaal ervan.

11. Uit het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat ASPEM een maatschappelijk kapitaal heeft van € 173.785, dat door een gelijk aantal aandelen met elk een nominale waarde van één euro is vertegenwoordigd. De gemeente Varese heeft met haar 173 467 aandelen de meerderheid van het kapitaal in handen. De overige 318 aandelen zijn verdeeld over 36 gemeenten van de provincie Varese, waarbij de individuele deelnemingen variëren tussen 1 en 19 aandelen.

12. Gelijktijdig met de verwerving van die deelneming hebben de gemeenten Cagno en Solbiate, tezamen met de andere betrokken gemeenten, een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, die hun het recht verleende om te worden geraadpleegd, om een lid van de raad van toezicht te benoemen en om in overleg met de andere gemeenten die de overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen.

13. In deze omstandigheden waren die twee gemeenten van mening dat was voldaan aan de voorwaarden voor een 'in-house' gunning van de betrokken dienst van openbaar belang, aangezien de territoriale autoriteiten gezamenlijk toezicht uitoefenden op ASPEM. Zij hebben die opdracht dan ook rechtstreeks gegund aan ASPEM. Econord SpA heeft bezwaar gemaakt tegen die rechtstreekse gunning, stellende dat de twee gemeenten in casu geen toezicht uitoefenden op ASPEM en dat de opdracht bijgevolg had moeten worden gegund overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht.

14. De Consiglio di Stato wijst erop dat het arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, *Jurispr.* blz. I-8121), aan de basis lag van de rechtspraak die de voorwaarden preciseert waaronder een overheidsopdracht rechtstreeks mag worden gegund. Volgens punt 50 van dat arrest is een rechtstreekse gunning van een opdracht gerechtvaardigd, zelfs jegens een persoon die formeel en rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst, wanneer de territoriale overheid op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de overheid die hem controleert of de overheden die hem controleren. In een dergelijk geval kan de betrokken persoon immers niet worden beschouwd als een derde ten aanzien van de aanbestedende dienst. De Consiglio di Stato merkt op dat van deze twee cumulatieve voorwaarden, die in punt 50 van het eerdergenoemde arrest Teckal zijn geformuleerd, in de hoofdgedingen enkel die van de uitoefening van een 'toezicht zoals op de eigen diensten' ter discussie staat.

15. De Consiglio di Stato wijst erop dat het Hof in zijn arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, *Jurispr.* blz. I-8585), vrij strikte voorwaarden heeft verbonden aan de erkenning van een 'toezicht zoals op de eigen diensten' en dienaangaande een groot aantal concrete aanwijzingen heeft verstrekt.

16. In latere arresten van 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, *Jurispr.* blz. I-2999), 17 juli 2008, Commissie/Italië (C-371/05), en 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, *Jurispr.* blz. I-8457), heeft het Hof zich bereid getoond de voorwaarden voor de erkenning van de uitoefening van een

'toezicht zoals op de eigen diensten' te versoepelen. De Consiglio di Stato leidt met name uit laatstgenoemd arrest af dat sprake kan zijn van een 'in-house' vennootschap wanneer meerdere overheidsinstanties over deze vennootschap gezamenlijk toezicht uitoefenen en de individuele positie van elk van die overheidsinstanties, wat het op die vennootschap uitgeoefende toezicht betreft, irrelevant is.

17. De verwijzende rechter wijst erop dat de gemeente Varese in casu de volledige zeggenschap heeft over ASPEM, wat niet het geval is voor de gemeenten Cagno en Solbiate. De verwerving van één enkel aandeel en het bestaan van een uiterst zwakke aandeelhoudersovereenkomst leiden immers niet tot enig effectief gezamenlijk toezicht op de betrokken vennootschap, aangezien de twee laatstgenoemde gemeenten de beslissingen van ASPEM niet kunnen beïnvloeden en niet kunnen voldoen aan het criterium van 'toezicht zoals op de eigen diensten'. Tegen de achtergrond van het eerdergenoemde arrest Coditel Brabant, is de individuele positie van elk van de deelnemende overheidsinstanties, wat de uitoefening van het toezicht betreft, evenwel niet relevant.

18. Gelet op deze overwegingen heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld: 'Moet het beginsel dat de individuele positie van elke in de instrumentele vennootschap deelnemende overheidsinstantie irrelevant is, ook toepassing vinden in het geval waarin – zoals in casu – één van de deelnemende gemeenten slechts één aandeel in de instrumentele vennootschap bezit en de aandeelhoudersovereenkomsten die tussen de overheidsinstanties zijn gesloten de deelnemende gemeente geen effectief toezicht op de vennootschap verlenen, zodat de deelneming in de vennootschap kan worden geacht niet meer dan de vorm te zijn van wat in feite een overeenkomst voor het verrichten van diensten is?'

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Inleidende opmerkingen

19. De gemeenten Cagno en Solbiate betogen dat zij na de aan onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing ten grondslag liggende feiten openbare aanbestedingsprocedures hebben georganiseerd, na afloop waarvan de betrokken opdracht definitief is gegund aan ASPEM. Deze verdere ontwikkeling heeft gevolgen voor het nut van een antwoord van het Hof op de vraag van de verwijzende rechter.

20. De Italiaanse regering voert aan dat de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is omdat de juridische en feitelijke omstandigheden van de hoofdgedingen niet genoegzaam zijn gepreciseerd.

21. In dit verband zij eraan herinnerd dat de nationale rechter volgens vaste rechtspraak in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU, die op een duidelijke afbakening van de taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof berust, bij uitsluiting bevoegd is om de feiten van het hoofdgeding vast te stellen en te beoordelen en het nationale recht uit te leggen en toe te passen. Het staat te-

vens uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om met inachtneming van de bijzonderheden van het geval zowel de noodzaak als de relevantie te beoordelen van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen de uitlegging van het Unierecht betreffen, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 25 oktober 2012, Rintisch, C-553/11, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22. Derhalve kan het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter slechts afwijzen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het probleem hypothetisch is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest Rintisch, reeds aangehaald, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23. Dat is in casu evenwel niet het geval. De verwijzende rechter verzoekt het Hof immers om precisering van zijn rechtspraak inzake het toezicht dat meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk uitoefenen op een opdrachtnemende entiteit die zij gezamenlijk in handen hebben en van de voorwaarden waaronder moet worden aangenomen dat in een dergelijk geval 'toezicht zoals op de eigen diensten' wordt uitgeoefend, hetgeen ontegenzeggelijk verband houdt met het voorwerp van de hoofdgedingen. Bovendien acht het Hof zich voldoende voorgelicht door de in het onderhavige verzoek verstrekte gegevens over de toepasselijke bepalingen en de feiten om een nuttig antwoord te geven op de voorgelegde vraag.

24. Derhalve zijn de verzoeken om een prejudiciële beslissing ontvankelijk.

Ten gronde

25. Volgens vaste rechtspraak hoeft een aanbestedende dienst, zoals een territoriale overheid, geen openbare aanbestedingsprocedure te organiseren wanneer hij op de opdrachtnemende entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst die haar controleert of de aanbestedende diensten die haar controleren (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50). Vaststaat dat deze rechtspraak, die aanvankelijk is geweest met het oog op de uitlegging en de toepassing van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1), eveneens geldt bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor dienstverlening.

26. Eveneens zij erop gewezen dat volgens de rechtspraak van het Hof de vraag of het gaat om een concessie van diensten dan wel een overheidsopdracht voor dienstverlening en, in dat laatste geval, of de waarde van de opdracht de Unierechtelijk vastgestelde drempel bereikt, irrelevant is voor het antwoord dat het Hof dient te geven op de prejudi-

ciële vraag, aangezien de uitzondering op de toepassing van de Unierechtelijke voorschriften wanneer is voldaan aan de voorwaarden van de uitoefening van een 'toezicht zoals op de eigen diensten', in al die situaties toepassing vindt (zie in die zin arrest van 10 september 2009, Sea, C-573/07, *Jurispr.* blz. I-8127, punten 31-40).

27. Volgens vaste rechtspraak is sprake van 'toezicht zoals op de eigen diensten' wanneer de betrokken entiteit onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een mogelijkheid om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die entiteit (eerdergenoemde arresten Parking Brixen, punt 65, Coditel Brabant, punt 28, en Sea, punt 65). Met andere woorden, de aanbestedende dienst moet op die entiteit een structureel en functioneel toezicht kunnen uitoefenen (arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 26). Het Hof vereist eveneens dat dit toezicht effectief is (arrest Coditel Brabant, reeds aangehaald, punt 46).

28. Volgens de rechtspraak kan, wanneer gebruik wordt gemaakt van een entiteit die in handen is van meerdere overheidsdiensten, het 'toezicht zoals op de eigen diensten' door deze autoriteiten gezamenlijk worden uitgeoefend, zonder dat zij dit toezicht elk individueel hoeven uit te oefenen (zie in die zin eerdergenoemde arresten Coditel Brabant, punten 47 en 50, en Sea, punt 59).

29. Hieruit volgt dat wanneer een overheidsinstantie minderheidsaandeelhouder wordt van een aandelenvennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid met het oog op de gunning aan die vennootschap van de exploitatie van een openbare dienst, het toezicht dat de in die vennootschap deelnemende overheidsinstanties daarop uitoefenen, als een toezicht zoals op hun eigen diensten kan worden gekwalificeerd wanneer het door die autoriteiten gezamenlijk wordt uitgeoefend (arrest Sea, reeds aangehaald, punt 63).

30. In deze omstandigheden zij erop gewezen dat wanneer meerdere overheidsinstanties gebruikmaken van een gemeenschappelijke entiteit om een gezamenlijke openbare dienstverleningstaak te verrichten, weliswaar niet is vereist dat al deze autoriteiten afzonderlijk individuele toezichtsbevoegdheid hebben over deze entiteit, maar het op die entiteit uitgeoefende toezicht evenwel niet uitsluitend kan berusten op de toezichtsbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken entiteit, aangezien het begrip 'gezamenlijk toezicht' anders zou worden uitgehold.

31. Indien de positie van een aanbestedende dienst in een gemeenschappelijke opdrachtnemende entiteit zodanig is dat hij geen enkele mogelijkheid heeft om deel te nemen aan het toezicht op die entiteit, zouden de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten of dienstenconcessies immers kunnen worden omzeild, aangezien een louter formele deelneming in een dergelijke entiteit of een gemeenschappelijk bestuursorgaan ervan, die aanbestedende dienst zou vrijstellen van de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, ook al zou bedoelde

aanbestedende dienst in het geheel niet deelnemen aan de uitoefening van het 'toezicht zoals op de eigen diensten' op die entiteit (zie in die zin arrest van 21 juli 2005, Coname, C-231/03, *Jurispr.* blz. I-7287, punt 24).

32. Derhalve staat het in de hoofdgedingen aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de gemeenten Cagno en Solbiate op grond van het feit dat zij een aandeelhouders-overeenkomst hebben gesloten, die hun het recht verleent om te worden geraadpleegd, om een lid van de raad van toezicht te benoemen en om in overleg met de andere overheden die deze overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen, effectief kunnen deelnemen aan het toezicht op ASPERM.

33. Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, op deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan.

Kosten

34. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

Wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, op deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan.

Naschrift

1. Overheidslichamen, zoals gemeenten, provincies en waterschappen, zijn zogenoemde aanbestedende diensten (zie art. 1 lid 9 AAR en art. 1.1 Aanbestedingswet 2012).

Dat betekent dat zij bij uitbesteding van taken (overheidsopdracht onder bezwarende titel; zie hieromtrent HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98, *NJ* 2002/11 (*Ordine degli Architetti*) en HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05, (*Jean Auroux*) r.o. 45) in beginsel aanbestedingsplichtig zijn, mits de opdracht boven de drempelbedragen uitkomt. Hetzelfde geldt in beginsel bij het verlenen van concessies (HvJ EG 13 oktober 2005, nr. C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 60-61). Dit uitgangspunt geldt ook wanneer twee of meer overheidslichamen gaan samenwerken via de zogenoemde *publiek-publieke samenwerking* (zie HvJ EG 18 november 1999, nr. C-107/98, *ONDR* 2000/38, m.nt. M.R. Mok (*Teckal*), r.o. 51; HvJ EG 13 januari 2005, nr. C-84/03 (*Commissie/ Spanje*), r.o. 38-40 en *Jean Auroux*, r.o. 62), en geldt ook wanneer de samenwerking wettelijk verplicht is (*Jean Auroux*, r.o. 68). Zelfs wanneer de taakopdracht grotendeels eenzijdig is (zoals bij attributie of delegatie), is in beginsel toch sprake van een overheidsopdracht. Van een overeenkomst is alleen geen sprake wanneer het samenwerkingsverband geen enkele vrijheid zou hebben om een door de overheidslichamen verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op zijn diensten toe te passen tarief te bepalen (HvJ EG 19 april 2007, nr. C-295/05, *NJ* 2007/417, m.nt. M.R. Mok (*Asemfo/Tragsa*), r.o. 52; zie ook M.J. Vorel & N. van Nuland, 'ASEMFO: Een nieuwe uitzondering op de aanbestedingsregels?', *BR* 2007/178). De publiek-publieke samenwerking kan op twee manieren worden vormgegeven, zowel horizontaal (zonder aparte rechtspersoon) als verticaal (met een aparte rechtspersoon). In het onderhavige arrest gaat het om verticale publiek-publieke samenwerking, ook wel (quasi)-inbesteding genoemd (zie ook H.N. s'Jacob, 'Inbesteding door de gemeente: Mogelijk of onmogelijk?', *Gst.* 2009/54; M.J. Vorel & N. van Nuland, 'Inbesteding nader beschouwd', *BR* 2007/59).

2. In het *Teckal*-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat van een overheidsopdracht sprake is wanneer deze is gesloten tussen een territoriaal lichaam (een aanbestedende dienst) en een rechtspersoon die daarvan rechtens onderscheiden is. Slechts wanneer het territoriale lichaam op de betrokken rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze rechtspersoon (hierna: het samenwerkingsverband) tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (*Teckal*, r.o. 50), is geen sprake van een overheidsopdracht, en bestaat dus geen aanbestedingsplicht. Uit dit arrest volgt dat er twee criteria zijn: 1. het toezichtcriterium; en 2. het merendeelcriterium. Beide criteria worden niet verder ingevuld, met dien verstande dat bij het merendeelcriterium reeds gewezen wordt op de mogelijkheid van meerdere lichamen die het samenwerkingsverband beheren. Omdat het om uitzonderingen op de algemene regels van gemeenschapsrecht gaat, moeten deze criteria volgens het Hof van Justitie eng worden uitgelegd, en degene die zich erop wil beroepen moet bewijzen dat er uitzonderlijke omstandigheden bestaan die de uitzondering rechtvaardigen (HvJ EG 11 januari 2005, nr. C-26/03, *NJ* 2005/388, m.nt. M.R. Mok (*Stadt Halle*), r.o. 46; *Parking Brixen*, r.o. 63 en HvJ EG 6 april 2006, nr. C-410/04, *NJ* 2007/441 (*ANAV*), r.o. 26).

3. De *Teckal*-criteria zijn dus van toepassing op vormen van (privaat- en publiekrechtelijke) bestuurlijke samenwerking tussen (decentrale) overheden waarbij een rechtspersoon wordt ingesteld (zogenoemde *meervoudige inbesteding*), maar gelden ook bij bijvoorbeeld privaatrechtelijke taakbehartiging van één gemeente (zogenoemde *enkelvoudige inbesteding*). Het maakt voor de mogelijkheden van de verticale publiek-publieke samenwerking of inbesteding in beginsel niet uit welke (nationale) rechtsvorm het samenwerkingsverband krijgt. Het samenwerkingsverband mag ook een aandelenvennootschap, (*ANAV*) of een kapitaalvennootschap zijn (HvJ EG 10 september 2009, nr. C-573/07, *NJ* 2009/573 (*Sea*), r.o. 41) (zie echter punt 5). In Nederland kan dan gedacht worden aan de publiekrechtelijke vorm van het gemeenschappelijk openbaar lichaam (art. 8 lid 1 WGR), en de nieuw in de Wet gemeenschappelijke regelingen te introduceren bedrijfsvoeringsorganisatie (een 'gemeenschappelijk orgaan met rechtspersoonlijkheid', zie het consultatievoorstel van 12 maart 2012), maar ook aan de privaatrechtelijke vormen als een vereniging, coöperatie, naamloze of besloten vennootschap of een stichting (art. 2:3 BW).

4. Het merendeelcriterium is nader uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Bij een enkelvoudige inbesteding moeten de werkzaamheden in meerderheid worden verricht voor het (enige) toezichthoudende overheidslichaam. Wanneer sprake is van meervoudige inbesteding geldt dat het merendeel van de werkzaamheden moet worden verricht voor al deze controlerende (overheids) lichamen in meerderheid beschouwd. De werkzaamheden hoeven niet noodzakelijkerwijs voor het ene of het andere overheidslichaam te worden verricht (*Asemfo/Tragsa*, r.o. 62). Waar de grens voor het merendeel precies ligt is thans nog niet geheel duidelijk. Wel duidelijk is dat het in elk geval afdoende is als het samenwerkingsverband ten minste 90% van zijn werkzaamheden voor de toezichthoudende overheidslichamen verricht (*Asemfo/Tragsa*, r.o. 63-64; zie ook HvJ EG 18 december 2007, nr. C-220/06, *NJ* 2008/281; *BR* 2008/278, m.nt. A. ter Mors (*Correos*), r.o. 59; A.C.T.M. Martin & F.H.K. Theissen, 'Inbesteden en samenwerking tussen overheden', *NJB* 2007/2011 en M.J. Vorel & N. van Nuland, 'ASEMFO: Een nieuwe uitzondering op de aanbestedingsregels?', *BR* 2007/178). De Europese Commissie wil de 90% voor het merendeelcriterium nu ook codificeren (Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten van 20 december 2011, COM(2011)896, in het bijzonder art. 11 lid 1 en 3). Daarmee is het dan ook een duidelijke ondergrens.

5. Ook het toezichtcriterium is nader uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het toezichtcriterium houdt in dat het betrokken overheidslichaam doorslaggevende invloed op zowel de strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van het samenwerkingsverband moet hebben (*Parking Brixen*, r.o. 65; *Sea*, r.o. 65). Of hiervan sprake is kan worden afgeleid uit de relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Allereerst moet gekeken worden naar de (juridische) aard van het samenwerkingsverband. Een samenwerkingsverband dat door speciale publiekrechtelijke regels wordt beheerd, zal eerder aan de criteria vol-

doen dan een naamloze vennootschap, gelet op de marktgerichte oriëntatie van die rechtsvorm (*Parking Brixen*, r.o. 65 en HvJ EG 13 november 2008, nr. C-324/07 (*Coditel*), r.o. 37). Ten tweede moet gekeken worden naar het maatschappelijk doel van het samenwerkingsverband (*Parking Brixen*, r.o. 65 en *Coditel*, r.o. 38); vgl. art. 1 lid 1 en art. 10 lid 1 WGR respectievelijk art. 2:26 lid 1 en art. 2:27 lid 4 onder b, art. 2:53 lid 1 en 2, art. 2:66 lid 1, art. 2:177 lid 1 en art. 2:285 en 2:286 lid 4 onder b BW). Hoe ruimer dit doel omschreven is, hoe minder snel sprake zal zijn van doelstellingen van algemeen belang. Ten derde wordt gekeken naar het kapitaal. Indien het kapitaal moet worden opengesteld voor anderen, dan is dit een signaal dat het toezicht zal worden verzwakt (*Parking Brixen*, r.o. 65). Ten vierde wordt gekeken naar het werkgebied van het samenwerkingsverband. Hoe groter het werkgebied wordt, hoe kleiner de kans dat sprake is van toezicht in de zin van de *Teckal*-criteria. In dat geval wordt de inbreuk op de gemeenschapsregels namelijk groter (*Parking Brixen*, r.o. 65; *Sea*, r.o. 73 en 75-76). En ten slotte wordt gekeken naar de zelfstandige bevoegdheden van de raad van bestuur en de controlemogelijkheden van het overheidslichaam hierop (*Parking Brixen*, r.o. 65). Wanneer de raad van bestuur zelfstandig rechtshandelingen kan verrichten, zonder voorafgaande toestemming van de aandeelhouders, dan is in beginsel geen sprake van toezicht in de zin van de *Teckal*-criteria (*Parking Brixen*, r.o. 67-68). Het zijn van aandeelhouder is dus wel een indicatie van het bestaan van toezicht (HvJ EG 11 mei 2006, nr. C-340/04, *NJ* 2007/255 (*Carbatermo*), r.o. 37 en *Asemfo/Tragsa*, r.o. 57), maar is als zodanig niet voldoende om aan het criterium te voldoen (*Parking Brixen*, r.o. 69). Het feit dat een vennootschap in beginsel wordt beheerd door de meerderheid van de vennoten doet af aan de toezichtmogelijkheden (*Parking Brixen*, r.o. 69). Het toezicht moet in die situatie blijken uit bijzondere controlebevoegdheden of bijzondere stemrechten (*Carbatermo*, r.o. 38). Ook het uitoefenen van stemrecht via een tussenpersoon (zoals een holdingvennootschap) kan onder omstandigheden leiden tot verzwakking van het eventuele toezicht (*Carbatermo*, r.o. 39-40).

6. Voor het toezichtcriterium is verder van belang dat er geen particuliere ondernemingen mogen participeren in het samenwerkingsverband, ook niet wanneer dat een minderheid is (*Stadt Halle*, r.o. 49 en 52; *ANAV*, r.o. 31-32 en *Jean Auroux*, r.o. 64; vgl. HvJ EG 21 juli 2005, nr. C-231/03, *NJ* 2006/171, m.nt. M.R. Mok (*Coname*), r.o. 24-26). Ook wanneer het samenwerkingsverband financieel geheel beheerd wordt door overheidslichamen, maar de statuten het mogelijk maken dat particulieren preferente aandelen hebben, kan geen sprake zijn van toezicht in de zin van de *Teckal*-criteria. Het doet er daarbij niet toe of in de praktijk gebruik is gemaakt van die mogelijkheid (*Sea*, r.o. 42 en 44). Uitgangspunt voor uitsluiting van enige particuliere inbreng is dat de verhoudingen dan niet meer uitsluitend beheerd worden door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het algemeen belang, maar ook door particuliere belangen. Daarnaast zou gunning aan een gemengde onderneming in strijd zijn met uitgangspunten van vrije en

onvervalste mededinging (*Stadt Halle*, r.o. 50-51). De deelneming van particulieren mag ook niet worden opengesteld gedurende de looptijd van de overheidsopdracht of concessieopdracht, omdat daarmee alsnog tegen de doelstellingen van het gemeenschapsrecht zou worden ingegaan (*ANAV*, r.o. 30). De rechter moet onderzoeken of op korte termijn is te voorzien dat het kapitaal voor particulieren wordt opengesteld (*Sea*, r.o. 50).

7. Het toezicht op het samenwerkingsverband kan door de betrokken overheidslichamen afzonderlijk worden verricht (bijv. bij enkelvoudige inbesteding of door bij unanimiteit te beslissen bij meervoudige inbesteding). Het toezicht moet effectief zijn, maar hoeft niet individueel te zijn (*Coditel*, r.o. 46). Het mag ook gezamenlijk door de toezichthoudende overheidslichamen worden uitgeoefend (*Coditel*, r.o. 50; *Sea*, r.o. 59). Het is daarbij, binnen een collegiaal orgaan, irrelevant welke beslissingsprocedure wordt gebruikt. Beslissingen bij gewone meerderheid zijn in beginsel afdoende (*Coditel*, r.o. 51 en 54; *Sea*, r.o. 60). De grootte van de inbreng van een deelnemer is daarbij niet direct relevant, mits het maar om effectieve inbreng gaat (*Asemfo/Tragsa*, r.o. 56-61; *Coditel*, r.o. 52-53 en *Sea*, r.o. 61-63). Dit kan ook via aparte besluitvormingstrajecten gaan wanneer een bepaald overheidslichaam maar een marginaal aandeel heeft (*Sea*, r.o. 82-89). Uit het onderhavige arrest blijkt dat het gezamenlijke toezicht wel echt gezamenlijk moet worden uitgeoefend (r.o. 30). Het kan niet uitsluitend berusten op de toezichtbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit. Dat zou de regels van het gemeenschapsrecht omzeilen (r.o. 31). Er moet dan gekeken worden naar de alternatieven die de minderheidsparticipant heeft om daadwerkelijk te sturen, bijvoorbeeld via de aandeelhoudersovereenkomst (r.o. 32). Het Hof oordeelt dan ook dat alle toezichthoudende overheidslichamen moeten deelnemen in het kapitaal van het samenwerkingsverband, maar ook deel moeten uitmaken van de bestuursorganen (r.o. 33).

8. De vraag die naar aanleiding van dit arrest rijst is of het afdoende is om zitting te nemen in de 'eigenaarsvergadering' (de algemene ledenvergadering, de algemene vergadering van aandeelhouders of het algemeen bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam) of dat men ook echt in het bestuur moet zitten (raad van bestuur of dagelijks bestuur bij gemeenschappelijk openbaar lichaam). Dat laatste zou een nieuwe dimensie toevoegen aan de hierboven beschreven eisen, en lijkt in strijd te zijn met eerdere jurisprudentie waaruit blijkt dat getoetst moet worden in welke mate het bestuur zelfstandig kan beslissen. De Europese Commissie maakt in art. 11 lid 3 nieuwe Richtlijn geen duidelijke keuze nu men wil dat iedere toezichthoudende partij in de besluitvormende organen moet zitten (is dat dan bijv. algemeen bestuur of ook het dagelijks bestuur? Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten van 20 december 2011, COM(2011)896). Duidelijk mag zijn dat de 'eigenaarsvergadering' in ieder geval wel reële zeggenschap moet hebben, het bestuur mag dus niet te zelfstandig zijn. Daarnaast mag het stemrecht van een deelnemer, lid of

aandeelhouder niet gemarginaliseerd worden. Ieder afzonderlijk overheidslichaam moet invloed kunnen uitoefenen.

42

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
27 december 2012, nr. 201103776/1/A4.
(Mrs. T.G. Drupsteen, W. Sorgdrager en E. Steen)
m.nt. P.C.M. Heinen¹

Art. 1.1 lid 1, art. 8.4 lid 1 en art. 20.1 lid 1 Wm; art. 1:2 lid 1, art. 6:18 lid 1 en art. 6:19 lid 1 Awb

AB 2013/98
Kluwer Omgevingsrecht 2013/17224
Kluwer Omgevingsrecht 2013/17360
LJN BY7325

Revisievergunning als bedoeld in art. 8.4 lid 1 Wm; vergistingsinstallatie en varkenshouderij zijn in elkaars onmiddellijke nabijheid gelegen; technische, organisatorische of functionele bindingen; financieel gezien twee zelfstandige bedrijven; zeggenschap; geen zodanige verwevenheid dat bedrijven deel uitmaken van dezelfde onderneming; milieuvergunningen dienen afzonderlijk te worden aangevraagd. (Hardenberg)

De vergistingsinstallatie en de varkenshouderij zijn in elkaars onmiddellijke nabijheid gelegen en staan beide op het terrein dat eigendom is van [vergunninghouder]. Uit de vergunningaanvraag blijkt dat van de te vergisten biomassa circa 10.500 ton varkensmest afkomstig is van het bedrijf van [vergunninghouder] op de locaties Bergentheim en Bruchterveld en circa 8500 ton dierlijke mest van elders wordt aangevoerd. Er wordt een aanvoerleiding vanuit de mestkelders naar de vergistingstanks gelegd. De mest wordt aangevuld met mais die afkomstig is van het bedrijf van [vergunninghouder] en met andere co-producten die worden geleverd door de installateur van de vergistingsinstallatie. Een deel van de opgewekte energie wordt gebruikt in de varkenshouderij, het restant wordt geleverd aan het elektriciteitsnet. Verder zal [vergunninghouder] personeel inhuren dat werkzaam zal zijn ten behoeve van de vergistingsinstallatie. In zoverre bestaan tussen de varkenshouderij en de vergistingsinstallatie technische, organisatorische of functionele bindingen.

Ter zitting is gebleken dat Bieleveld Bio-energy B.V. de installateur is van de vergistingsinstallatie en dat zij deze installatie in eigendom zou behouden. Bieleveld B.V. zou ook het financiële risico van de co-vergistingsinstallatie dragen. Gebleken is dat Bieleveld B.V. inmiddels is gefailleerd en dat [vergunninghouder] een andere exploitant voor de vergistingsinstallatie zoekt. Verder is ter zitting gebleken dat de bedrijfsresultaten van de vergistingsinstallatie niet zouden worden opgenomen in de jaarrekening van het varkensbedrijf. In financieel op-

¹ Mr. P.C.M. Heinen is advocaat bij De Kempnaer Advocaten N.V. te Arnhem.