

Rechtspraak

Hof van Justitie

3e Kamer – 13 november 2008

Voorzitter: de h. Rosas

Rapporteur: de h. Cunha Rodriguez

Openbaar ministerie: de h. Trstenjak

Advocaten: mrs. Tulkens, Ost, Coenraets, Fortemps, Bourtembourg en Staelens

Overheidsopdrachten – Concessie van openbare dienst – Concessie voor exploitatie van gemeentelijk kabeltelevisienet – Toewijzing door gemeente aan intercommunale coöperatieve vennootschap – Transparantieplichting – Voorwaarden – Toezicht van concessieverlenende instantie op concessiehouder zoals op haar eigen diensten

De artikelen 43 EG en 49 EG, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de transparantieplichting die deze inhouden, verzetten er zich niet tegen dat een overheidsinstantie, zonder een aanbesteding uit te schrijven, een concessie voor openbare diensten toewijst aan een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, wanneer deze overheidsinstanties op die vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze overheidsinstanties.

Wanneer de beslissingen over de werkzaamheden van een intercommunale coöperatieve vennootschap die uitsluitend in handen is van overheidsinstanties, worden genomen door statutaire organen van die vennootschap die bestaan uit vertegenwoordigers van de aangesloten overheidsinstanties, kan het toezicht dat deze overheidsinstanties op die beslissingen uitoefenen worden geacht deze instanties in staat te stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.

Wanneer een overheidsinstantie toetreedt tot een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, teneinde aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, kan het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht zoals op hun eigen diensten te worden aangemerkt, door deze instanties gezamenlijk worden uitgeoefend, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing.

NV C. t/ Gemeente Ukkel, Brussels Hoofdstedelijk Gewest en Intercommunale maatschappij voor teledistributie B.

Arrest C-324/07

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 43 EG en 49 EG en van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede van de transparantieplichting die deze inhouden.

2. Dit verzoek is ingediend in het raam van een geding tussen NV C. (hierna: «C.») enerzijds en de gemeente Ukkel, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Intercommunale maatschappij voor teledistributie B. (hierna: «B.») anderzijds, over de toewijzing door de gemeente Ukkel van het beheer van haar gemeentelijke kabeltelevisienet aan een intercommunale coöperatieve vennootschap.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8. Van 1969 tot en met 1999 heeft de gemeente Ukkel C. de toestemming gegeven om op haar grondgebied een kabeltelevisienet te installeren en te exploiteren. Op 28 oktober 1999 heeft die gemeente besloten om dat net met ingang van 1 januari 2000 te kopen.

9. Daartoe heeft de gemeente Ukkel ook op 28 oktober 1999 besloten om een aanbesteding uit te schrijven teneinde de exploitatie van dat net aan een toekomstige concessiehouder toe te wijzen. Vier vennootschappen, waaronder C., hebben op de aanbesteding ingeschreven.

10. Op 25 mei 2000 heeft de gemeente Ukkel besloten om de exploitatie van haar kabeltelevisienet niet in concessie te geven en om de verkoop van dat net te overwegen.

11. Op 15 september 2000 is een oproep tot kandidaten-aankopers bekendgemaakt in het *Bulletin der Aanbestedingen*. Vijf vennootschappen, waaronder C., hebben koopoffertes ingediend. Bovendien heeft B., een intercommunale coöperatieve vennootschap, bij de gemeente Ukkel geen koopofferte ingediend, maar een voorstel tot toetreding als vennoot.

12. De gemeente Ukkel, die van oordeel was dat vier van de vijf offertes niet ontvankelijk waren en dat de enige ontvankelijke offerte, die van C., te laag was, heeft op 23 december 2000 besloten om af te zien van de verkoop van het gemeentelijke kabeltelevisienet.



13. Eveneens op 23 november 2000 heeft de gemeente Ukkel besloten om toe te treden tot B. en daarbij het beheer van haar kabeltelevisienet aan deze vennootschap toe te wijzen.

14. De motivering van dat besluit bevat met name de volgende overwegingen: (...).

...

15. Blijkens de verwijzingsbeslissing diende de gemeente Ukkel op 76 aandelen van B., met een waarde van 200 000 fr. per aandeel, in te schrijven. Bovendien heeft die gemeente B. gevraagd om zich steeds eenzijdig uit deze intercommunale te kunnen terugtrekken. B. heeft daarmee ingestemd.

16. Uit de verwijzingsbeslissing volgt ook dat B. een intercommunale coöperatieve vennootschap is waarvan de vennoten gemeenten zijn en een intercommunale vereniging die zelf uitsluitend uit gemeenten bestaat. Tot B. kunnen geen particuliere vennoten toetreden. De raad van bestuur van B. bestaat uit vertegenwoordigers van de gemeenten (maximum drie per gemeente) die worden benoemd door de algemene vergadering, die zelf bestaat uit vertegenwoordigers van de gemeenten. De raad van bestuur heeft de meest uitgebreide bevoegdheden.

17. Nog steeds volgens de verwijzingsbeslissing zijn de gemeenten ingedeeld in twee sectoren, waarvan één sector de gemeenten van het Brusselse Gewest omvat. De sectoren kunnen worden onderverdeeld in ondersectoren. Binnen elke sector wordt een sectorcomité gevormd, bestaande uit door de algemene vergadering, op voordracht van de gemeenten benoemde bestuurders die vergaderen in verschillende groepen die de aandeelhoudersbelangen per sector vertegenwoordigen. De raad van bestuur kan aan de sectorcomités bevoegdheden delegeren met betrekking tot specifieke aangelegenheden van de ondersectoren, zoals de modaliteiten voor de toepassing van de tarieven, het programma van de werkzaamheden en de investeringen, de financiering daarvan en de propagandacampagnes, alsmede met betrekking tot aangelegenheden van gezamenlijk belang voor de diverse ondersectoren waaruit de exploitatiesector bestaat. De andere statutaire organen van B. zijn de algemene vergadering, waarvan de beslissingen bindend zijn voor alle leden, de algemeen directeur, het college van deskundigen – dat bestaat uit gemeenteamtshouders van wie het aantal gelijk is aan dat van de bestuurders en die deze laatste moeten bijstaan – en het college van bedrijfsrevisoren. De algemeen directeur, de deskundigen en de bedrijfsrevisoren worden, naargelang van het geval, benoemd door de raad van bestuur of de algemene vergadering.

18. De verwijzingsbeslissing preciseert bovendien dat B. het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de bij haar aangesloten gemeenten.

19. Op 22 januari 2001 heeft C. bij de Raad van State beroep ingesteld strekkende tot onder meer vernietiging van het besluit van 23 november 2000 waarbij de gemeente Ukkel tot B. is toegetreden. In dit verband heeft C. die gemeente verweten tot B. te zijn toegetreden door deze het beheer van haar kabeltelevisienet toe te vertrouwen zonder de voordelen van deze aanpak te vergelijken met die van de aanpak waarbij haar kabeltelevisienet aan een andere marktdeelnemer in concessie wordt gegeven. Volgens C. had de gemeente Ukkel daardoor met name het beginsel van non-discriminatie en de transparantieplichting, zoals die in het Gemeenschapsrecht zijn neergelegd, geschonden.

20. B. heeft die bewering betwist met het betoog dat zij een «zuivere» intercommunale is, waarvan de werkzaamheden bestemd zijn voor en zijn voorbehouden aan de aangesloten gemeenten en dat de gemeente Ukkel, als exploitatie-ondersector, op basis van haar statuten een onmiddellijk en nauwkeurig toezicht kan uitoefenen op de werkzaamheden van B. in deze ondersector, welk toezicht precies hetzelfde is als het toezicht dat die gemeente uitoefent op haar eigen interne diensten.

21. Volgens de Raad van State vormt de toetreding van de gemeente Ukkel tot B. geen overheidsopdracht voor dienstverlening, maar een concessie voor openbare diensten in de zin van het Gemeenschapsrecht. Hij acht de Gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten niet van toepassing op een dergelijke concessie, maar wel het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat de verplichting tot transparantie bij de toewijzing van de concessie inhoudt, overeenkomstig het arrest van het Hof van 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress* (C-324/98, *Jur.* I-10745). Om aan de eisen van het Gemeenschapsrecht te voldoen, had de gemeente Ukkel in beginsel een aanbesteding moeten uitschrijven teneinde te onderzoeken of de concessie van haar kabeltelevisiedienst aan andere marktdeelnemers dan B. niet voordeliger was dan de gekozen oplossing. De Raad van State vraagt zich af of die eisen van het Gemeenschapsrecht buiten beschouwing moeten worden gelaten krachtens het arrest van het Hof van 18 november 1999, *Teckal* (C-107/98, *Jur.* I-8121), volgens welk die eisen niet gelden wanneer een concessieverlenende overheidsinstantie toezicht uitoefent op de concessiehouder en de concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van deze instantie.

22. Daarop heeft de Raad van State de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

«1) Kan een gemeente, zonder een aanbesteding uit te schrijven, toetreden tot een coöperatieve vennootschap die uitsluitend bestaat uit andere gemeenten en ver-

enigingen van gemeenten (zuivere intercommunales), om het beheer van het gemeentelijke kabeltelevisienet aan haar over te dragen, waarbij de vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden enkel met en ten behoeve van de bij haar aangesloten leden verricht, en de beslissingen over die werkzaamheden worden genomen door de raad van bestuur en de sectorcomités binnen de grenzen van de hun door de raad van bestuur gedelegeerde bevoegdheden, welke statutaire organen bestaan uit afgevaardigden van de overheidslichamen en bij meerderheid beslissen?

2) Kan de controle over de beslissingen van de coöperatieve vennootschap, die aldus via de statutaire organen wordt uitgeoefend door alle aangesloten leden of door een deel daarvan in het geval van exploitatie-sectoren of -ondersectoren, worden geacht hun in staat te stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten?

3) Moeten die controle en dat toezicht, om als met elkaar overeenkomend te kunnen worden aangemerkt, door elk aangesloten lid individueel worden uitgeoefend, of volstaat het dat zij door de meerderheid van de aangesloten leden worden uitgeoefend?».

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste en tweede vraag

23. Gelet op hun samenhang moeten de eerste en de tweede vraag samen worden onderzocht.

24. Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat de gemeente Ukkel met haar toetreding tot B. deze laatste het beheer van haar kabeltelevisienet heeft toevertrouwd. Uit die beslissing volgt ook dat B. niet wordt vergoed door de gemeente, maar door betalingen van de gebruikers van dat net. Deze wijze van vergoeding kenmerkt een concessie voor openbare diensten (arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, *Jur.* I-8585, punt 40).

25. Concessieovereenkomsten voor openbare diensten vallen niet onder de werkingssfeer van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (*PB L* 209, blz. 1), die ten tijde van de feiten in het hoofdgeding van toepassing was. Hoewel die overeenkomsten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijn, moeten de overheidsinstanties die deze overeenkomsten sluiten, toch de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het gelijkheidsbeginsel alsmede de transparantieplichting die deze inhouden, in acht nemen (zie in die zin: arrest *Telaustria en Telefonadress*, reeds aangehaald, punten 60-62, en arrest van 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, *Jur.* I-7287,

punten 16-19). Zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven, houdt deze transparantieplichting in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de openbaredienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Telaustria en Telefonadress*, punt 62, en *Coname*, punt 21).

26. De toepassing van de in de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG neergelegde regels alsmede van de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, is echter uitgesloten indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en deze concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie of de instanties die hem beheersen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Teckal*, punt 50, en *Parking Brixen*, punt 62).

27. Met betrekking tot de tweede voorwaarde heeft de nationale rechter in de verwijzingsbeslissing gepreciseerd dat B. het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de bij haar aangesloten gemeenten. Derhalve moet nog de strekking van de eerste voorwaarde worden onderzocht, namelijk die volgens welke de concessieverlenende overheidsinstantie of -instanties op de concessiehouder toezicht moeten uitoefenen zoals op hun eigen diensten.

28. Of de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de betrokken concessiehouder onder een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van dit lichaam (zie in die zin arrest *Parking Brixen*, reeds aangehaald, punt 65, en arrest van 11 mei 2006, *Carbotermo en Consorzio Alisei*, C-340/04, *Jur.* I-4137, punt 36).

29. Tot de relevante omstandigheden die uit de verwijzingsbeslissing kunnen worden afgeleid, behoren in de eerste plaats het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder, in de tweede plaats de samenstelling van zijn beslissingsorganen en in de derde plaats de omvang van de bevoegdheden van zijn raad van bestuur.

30. Met betrekking tot de eerste omstandigheid moet in herinnering worden gebracht dat het uitgesloten is dat een concessieverlenende overheidsinstantie op een concessiehouder toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten, indien een particuliere onderneming



een deelneming in het kapitaal van dit lichaam heeft (zie in die zin arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, *Jur.* I-1, punt 49).

31. De omstandigheid dat de concessieverlenende overheidsinstantie samen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van een concessiehouderende vennootschap in handen heeft, lijkt er echter in beginsel op te wijzen – zonder beslissend te zijn – dat die instantie op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (arrest Carbotermo en Consorzio Alisei, reeds aangehaald, punt 37, en arrest van 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, *Jur.* I-2999, punt 57).

32. Blijkens de verwijzingsbeslissing is de concessiehouder in het hoofdgeding een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan de vennoten gemeenten zijn en een intercommunale vereniging die zelf uitsluitend uit gemeenten bestaat, en kunnen particuliere vennoten daartoe niet toetreden.

33. In de tweede plaats volgt uit het dossier dat de raad van bestuur van B. bestaat uit vertegenwoordigers van de aangesloten gemeenten, die worden benoemd door de algemene vergadering, die zelf bestaat uit vertegenwoordigers van de aangesloten gemeenten. Deze worden overeenkomstig art. 12 van de wet betreffende de intercommunales aangewezen onder de raadsleden, de burgemeester en schepenen van de gemeente.

34. Dat de beslissingsorganen van B. bestaan uit afgevaardigden van de overheidsinstanties die bij haar zijn aangesloten, wijst erop dat deze instanties controle uitoefenen op de beslissingsorganen van B. en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap.

35. In de derde plaats blijkt uit het dossier dat de raad van bestuur van B. de meest uitgebreide bevoegdheden heeft. Deze stelt met name de tarieven vast. Hij heeft bovendien de mogelijkheid, maar niet de verplichting, om aan de sector- of ondersectorcomités de oplossing van bepaalde aangelegenheden die aan deze sectoren of ondersectoren eigen zijn, te delegeren.

36. De vraag rijst of B. daardoor een marktgerichte onderneming is geworden en over een mate van zelfstandigheid beschikt die het toezicht van de bij haar aangesloten overheidsinstanties onzeker maakt.

37. In dit verband moet worden opgemerkt dat B. niet is opgericht in de vorm van een aandelenvennootschap of een naamloze vennootschap die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven, maar in de vorm van een intercommunale coöperatieve vennootschap die door de wet betreffende de intercommunales wordt beheerst. Bovendien hebben intercommunales krachtens art. 3 van deze wet geen handelskarakter.

38. Uit bedoelde wet, aangevuld door de statuten van B., lijkt te volgen dat deze laatste als statutair doel heeft de taak van gemeentelijk belang te vervullen ter verwezenlijking waarvan zij is opgericht, en dat zij geen ander belang nastreeft dan dat van de bij haar aangesloten overheidsinstanties.

39. Onder voorbehoud van de verificatie van de feiten door de verwijzende rechter, vloeit daaruit voort dat B., ondanks de omvang van de bevoegdheden van haar raad van bestuur, niet over een mate van zelfstandigheid beschikt die uitsluit dat de bij haar aangesloten gemeenten op haar toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten.

40. Die overwegingen gelden *a fortiori* wanneer de beslissingen over de werkzaamheden van de intercommunale coöperatieve vennootschap worden genomen door de sector- of ondersectorcomités binnen de grenzen van de hun door de raad van bestuur gedelegeerde bevoegdheden. Wanneer een of meer aangesloten gemeenten worden aangewezen als een sector of een ondersector van de werkzaamheid van die vennootschap, is het toezicht dat deze gemeenten kunnen uitoefenen op de aan de sector- of ondersectorcomités gedelegeerde aangelegenheden immers nog strikter dan het toezicht dat zij met alle aangesloten gemeenten uitoefenen binnen de plenaire organen van die vennootschap.

41. Uit het bovenstaande volgt dat, onder voorbehoud van de verificatie door de verwijzende rechter van de feiten met betrekking tot de mate van zelfstandigheid waarover de aan de orde zijnde intercommunale coöperatieve vennootschap beschikt, in omstandigheden zoals die van het hoofdgeding het toezicht dat de bij een dergelijke intercommunale coöperatieve vennootschap aangesloten overheidsinstanties via de statutaire organen op de beslissingen van die vennootschap uitoefenen, kan worden geacht deze instanties in staat te stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.

42. Bijgevolg moeten de eerste en de tweede vraag als volgt worden beantwoord:

– De artikelen 43 EG en 49 EG, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de transparantieplichting die deze inhouden, verzetten er zich niet tegen dat een overheidsinstantie, zonder een aanbesteding uit te schrijven, een concessie voor openbare diensten toewijst aan een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, wanneer deze overheidsinstanties op die vennootschap toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten en die vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van deze overheidsinstanties.

– Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter van de feiten met betrekking tot de

mate van zelfstandigheid waarover de aan de orde zijnde vennootschap beschikt, kan in omstandigheden zoals die van het hoofdgeding, waarin de beslissingen over de werkzaamheden van een intercommunale coöperatieve vennootschap die uitsluitend in handen is van overheidsinstanties, worden genomen door statutaire organen van die vennootschap die bestaan uit vertegenwoordigers van de aangesloten overheidsinstanties, het toezicht dat deze overheidsinstanties op die beslissingen uitoefenen worden geacht deze instanties in staat te stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten.

Derde vraag

43. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of in het geval dat een overheidsinstantie toetreedt tot een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, teneinde aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht zoals op hun eigen diensten te worden aangemerkt, individueel door elk van deze overheidsinstanties moet worden uitgeoefend, dan wel gezamenlijk door deze instanties kan worden uitgeoefend, in voorkomend geval door de meerderheid.

44. In de eerste plaats is het vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer een concessiehouder in handen is van verschillende overheidsinstanties, aan de voorwaarde met betrekking tot het merendeel van de activiteiten van dit lichaam kan zijn voldaan wanneer de werkzaamheden die dit lichaam ten behoeve van al deze instanties in hun geheel verricht, in aanmerking worden genomen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Carbotermo* en *Consortio Alisei*, punten 70 en 71, en *Asemfo*, punt 62).

45. Het zou met de aan die rechtspraak ten grondslag liggende redenering in overeenstemming zijn te oordelen dat aan de voorwaarde met betrekking tot het toezicht van de overheidsinstanties ook kan worden voldaan door rekening te houden met het toezicht dat de overheidsinstanties die de concessiehouder in handen hebben, gezamenlijk uitoefenen op dit lichaam.

46. De rechtspraak eist dat een concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, maar niet dat het toezicht op alle punten hetzelfde is (zie in die zin arrest *Parking Brixen*, reeds aangehaald, punt 62). Het toezicht op de concessiehouder moet effectief zijn, maar het hoeft niet individueel te zijn.

47. In de tweede plaats is het, wanneer verschillende overheidsinstanties ervoor kiezen om hun openbare dienstverplichtingen via een gemeenschappelijke con-

cessiehouder uit te voeren, normaal gezien uitgesloten dat een van deze instanties alleen een beslissend toezicht uitoefent op de beslissingen van die concessiehouder, tenzij zij een meerderheidsbelang in dit lichaam heeft. Indien werd geëist dat het toezicht van een overheidsinstantie in een dergelijk geval individueel is, zou dit tot gevolg hebben dat in de meeste gevallen waarin een overheidsinstantie zou willen toetreden tot een groepering die uit andere overheidsinstanties bestaat, zoals een intercommunale coöperatieve vennootschap, een oproep tot mededinging moet worden gedaan.

48. Een dergelijk resultaat zou niet overeenstemmen met de Gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten en concessies. Een overheidsinstantie heeft immers de mogelijkheid haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren (arrest *Stadt Halle en RPL Lochau*, reeds aangehaald, punt 48).

49. Van deze mogelijkheid voor de overheidsinstanties om op hun eigen middelen beroep te doen om hun openbare dienstverplichtingen te vervullen, kan gebruik worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsinstanties (zie in die zin arrest *Asemfo*, reeds aangehaald, punt 65).

50. Wanneer verschillende overheidsinstanties een concessiehouder in handen hebben waaraan zij de vervulling van een van hun openbare dienstverplichtingen toevertrouwen, moeten deze overheidsinstanties derhalve gezamenlijk toezicht kunnen uitoefenen op die concessiehouder.

51. Met betrekking tot een collegiaal orgaan is het irrelevant welke beslissingsprocedure wordt gebruikt, met name of bij meerderheid wordt beslist.

52. Voormeld arrest-*Coname* verandert daar niets aan. Stellig heeft het Hof in dat arrest geoordeeld dat een deelneming van 0,97% zo klein is dat zij een gemeente niet in staat stelt toezicht uit te oefenen op de concessiehouder die een openbare dienst beheert (zie arrest-*Coname*, reeds aangehaald, punt 24). In bedoelde passus van dat arrest gaf het Hof echter geen antwoord op de vraag of een dergelijk toezicht gezamenlijk kon worden uitgeoefend.

53. Overigens heeft het Hof in een later arrest, namelijk voormeld arrest-*Asemfo* (punten 56-61), geoordeeld dat in bepaalde omstandigheden aan de voorwaarde met betrekking tot het toezicht van de overheidsinstantie kon zijn voldaan indien deze instantie slechts 0,25% van het kapitaal van een overheidsonderneming in handen had.

54. Bijgevolg moet op de derde vraag worden geantwoord dat wanneer een overheidsinstantie toetreedt tot een intercommunale coöperatieve vennootschap



waarvan alle vennoten overheidsinstanties zijn, ten einde aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht zoals op hun eigen diensten te worden aangemerkt, door deze instanties gezamenlijk kan worden uitgeoefend, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing.

NOOT – De «in house»-rechtspraak van het Hof van Justitie en het recht op zelfbestuur van gemeenten

I. Inleidend kader

1. De gunning van overheidsopdrachten is op grond van een aantal Europese richtlijnen (2004/17 en 2004/18) onderworpen aan strikte gunningsprocedures. Ook bij de gunning van andere overeenkomsten, en in het bijzonder concessieovereenkomsten van een openbare dienst, dienen volgens het Hof van Justitie de overheidsinstanties de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod op discriminatie van nationaliteit, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in acht te nemen (zie H.v.J. 7 december 2000, nr. C-324/98, *Telaustria en Telefonadress*, punten 60-62 en H.v.J. 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, punt 46).

Zowel de richtlijnen inzake overheidsopdrachten als de algemene beginselen zijn volgens het Hof van Justitie niet altijd van toepassing bij de gunning van een overeenkomst. Een door het Hof zelf gecreëerde uitzondering vormen de zogenaamde *in house*-opdrachten. De principes van deze rechtspraak werden voor het eerst in het arrest-*Teckal* (H.v.J. 18 november 1999, nr. C-107/98, *Teckal*) uiteengezet. De aanbestedende dienst of de concessieverlenende overheid moet geen gunningsprocedure organiseren of is niet gebonden door de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zelfs indien zij een beroep doet op een lichaam dat rechtens van de aanbestedende dienst of de concessieverlenende overheid is onderscheiden, wanneer zij op dat lichaam toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn activiteiten verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die het beheersen (principaararrest inzake concessieovereenkomsten: H.v.J. 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*).

Het Hof van Justitie heeft de *Teckal*-criteria verder verduidelijkt in een hele reeks arresten, waarvan het bovenstaand arrest het laatste in de rij is. Dit arrest vormt het voorwerp van deze noot omdat het enerzijds een aantal belangwekkende aanvullingen brengt op de *in house*-rechtspraak en anderzijds een Belgische casus betreft.

II. Bespreking arrest-C.

A. Feitelijke achtergrond

2. De gemeente Ukkel overweegt midden 2000 om haar kabeltelevisienet te verkopen. Hiervoor wordt een oproep tot kandidaat gepubliceerd in het *Bulletin der Aanbestedingen* van 15 september 2000. Verschillende vennootschappen, waaronder C., dienen een koop-offerte in. Aangezien de enige ontvankelijke offerte, die van C., te laag is, besluit de gemeente Ukkel bij besluit van 23 november 2000 af te zien van de verkoop van haar kabeltelevisienet. De gemeente Ukkel besluit op diezelfde datum ook om toe te treden tot B. en daarbij het beheer van haar kabeltelevisienet aan B. toe te wijzen. B. is een intercommunale coöperatieve vennootschap waarvan de vennoten uitsluitend gemeenten zijn.

3. C. heeft op 22 januari 2001 bij de Raad van State beroep ingesteld, onder meer strekkende tot vernietiging van het besluit van 23 november 2000 waarbij de gemeente Ukkel tot B. is toegetreten.

De Raad van State neemt aan dat de toetreding tot B. geen overheidsopdracht voor dienstverlening is, maar een concessie voor openbare diensten. Om die reden wordt de regelgeving inzake overheidsopdrachten niet toepasselijk geacht. Vraag rijst echter of de gemeente Ukkel toch niet de algemene beginselen gegrond op het EG-verdrag had moeten in acht nemen. Daartoe stelt zij drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

B. Bespreking van het arrest

4. In het hier geannoteerde arrest bevestigt het Hof van Justitie in de eerste plaats de vaststelling van de Belgische Raad van State dat de toetreding van de gemeente Ukkel tot B. een concessie voor openbare diensten is. Het Hof verwijst hiertoe naar de twee hoofdkenmerken van een dergelijke concessie: het recht tot exploitatie van de eigen prestatie en de overdracht van het exploitatierisico naar de concessiehouder. Zowel in het arrest-*Parking Brixen* (punt 40) als in het hier geannoteerde arrest lijkt het Hof de laatste eigenschap als de meest kenmerkende te benadrukken. De concessiehouder wordt vergoed door de verbruikers (zie ook: H.v.J. 18 juli 2007, C-382/05, *Commissie t/ Italië*).

Het Hof herhaalt vervolgens in het geannoteerde arrest eveneens dat de fundamentele regels van het EG-verdrag, het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel samen met de eruit voortvloeiende transparantieverplichting van toepassing zijn op concessieovereenkomsten voor openbare diensten.

De drie prejudiciële vragen die de Raad van State stelt, hebben alle als bedoeling na te gaan in welke mate

deze algemene beginselen *in casu* van toepassing zijn. De vragen hebben alle meer specifiek betrekking op de eerste *Teckal*-voorwaarde, nl. «het toezicht zoals op de eigen diensten». De Raad van State besliste reeds dat de tweede *Teckal*-voorwaarde vervuld was, aangezien B. het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de bij haar aangesloten gemeenten verricht. De eerste twee vragen worden door het Hof wegens hun samenhang samen beantwoord.

5. Om uitsluitel te krijgen over de vervulling van de eerste *Teckal*-voorwaarde moet, volgens het Hof, het toezicht op de eigen diensten geanalyseerd worden, rekening houdend met *alle relevante omstandigheden en wetsbepalingen* (zie ook arrest-*Parking Brixen*, punt 65 en arrest *Carbotermo*, punt 36). Het toezicht dat de concessieverlenende overheidsinstantie uitoefent moet overeenkomstig eerdere rechtspraak de beslissingen van de concessiehouder kunnen beïnvloeden. Deze beïnvloeding moet doorslaggevend zijn, in die zin dat zowel de strategische doelstellingen en de belangrijkste beslissingen niet ontsnappen aan deze beïnvloeding.

Op grond van de feitelijke constellatie van de besproken zaak selecteert het Hof drie relevante omstandigheden krachtens welke het Hof zal bepalen of sprake is van een toezicht zoals op eigen diensten:

- 1) Het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder. Aangaande het houderschap van het kapitaal bevestigt het Hof dat, als het kapitaal van de «derde» volledig in handen is van overheidsdiensten, dit er in beginsel op wijst, *zonder beslissend te zijn*, dat die instantie op die derde toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (zie ook: H.v.J. 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, punt 37). *In casu* is B. volledig in handen van gemeenten.
- 2) De samenstelling van de beslissingsorganen van de concessiehouder. De beslissingsorganen van B. bestaan uit afgevaardigden van de gemeenten, wat erop wijst deze laatsten controle uitoefenen op deze beslissingsorganen en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap.
- 3) De omvang van de bevoegdheden van de raad van bestuur van de concessiehouder. Als uitgangspunt stelt het Hof vast dat de raad van bestuur de meest uitgebreide bevoegdheden heeft.

Op grond van deze laatste vaststelling rijst de vraag of in het raam van de door het Hof geselecteerde relevante omstandigheden sprake is van een marktgerichte onderneming en over een mate van zelfstandigheid die het toezicht onzeker maakt. Om verder uitsluitel te krijgen over deze vraag grijpt het Hof terug naar volgens het Hof relevante wettelijke en statutaire elementen. Als intercommunale coöperatieve vennootschap heeft B. niet dezelfde onafhankelijkheid als een naamloze vennootschap om haar eigen doel-

stellingen vast te stellen. Zij heeft ook geen handelskarakter. Haar enig statutair doel is een taak van gemeentelijk belang. Zij streeft ook geen ander belang na dan dat van de bij haar aangesloten gemeenten.

Op grond van al deze elementen, en ondanks de uitgebreide bevoegdheden van de raad van bestuur, besluit het Hof dat *in casu* sprake is van een toezicht zoals op eigen diensten.

6. De derde vraag heeft betrekking op de besluitvorming van de toezichthoudende overheidsinstanties. Aan het Hof wordt gevraagd of het toezicht (zoals op de eigen diensten) door elke aangesloten gemeente individueel dan wel gezamenlijk door deze instanties, in voorkomend geval door de meerderheid, kan worden uitgeoefend.

Indien verschillende lichamen een onderneming controleren, kan aan de voorwaarde betreffende het merendeel van haar activiteiten worden voldaan wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht, niet noodzakelijk voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen, maar voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd (vgl. arrest-*Carbotermo*, punten 70 en 71). Bijgevolg zou men bij de voorwaarde van het toezicht ook rekening moeten kunnen houden met het toezicht dat de overheidsinstanties, die de concessiehouder in handen hebben, gezamenlijk uitoefenen op dit lichaam. Indien men een individueel toezicht zou eisen, zou bijna elke toetreding tot een overheidsinstantie onderhevig zijn aan een oproep tot mededinging. Dit zou, volgens het Hof, niet overeenstemmen met de Gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten en concessies, waarbij een overheidsinstantie de mogelijkheid heeft om haar taken van algemeen belang te vervullen met eigen administratieve, technische en andere middelen. Daarbij kan zij ook samenwerken met andere overheidsinstanties.

Het is aldus voldoende dat de overheidsinstanties, die deel uitmaken van de concessiehouder, gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing.

IV. Commentaar

7. Het hier geannoteerde arrest houdt een belangrijke volgende stap in betreffende de verdere verduidelijking van de criteria, die het Hof van Justitie in het arrest-*Teckal* als principe heeft geconsolideerd teneinde bepaalde samenwerkingsvormen tussen overheidsinstanties en derden uit te sluiten van de reglementering inzake overheidsopdrachten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht. Wat ons vooral een primeur lijkt, is dat volgens het Hof de Gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten en concessies de mogelijkheid impliceert voor een overheidsinstantie om in samenwerking met andere over-

heidsinstanties haar eigen diensten te beheren. Deze twee elementen vormen het voorwerp van de verdere uiteenzetting.

8. Het geannoteerde arrest behandelt enkel het eerste Teckal-criterium, namelijk «toezicht zoals op eigen diensten». De Belgische Raad van State had het tweede criterium zelf reeds positief beantwoord. De invulling van het tweede criterium lijkt in het algemeen trouwens minder problematisch qua interpretatie.

Voor de invulling van het eerste criterium grijpt het Hof terug naar het arrest-Parking Brixen, in welk arrest het Hof op grond van een aantal indicïen naging of sprake was van een marktgerichte onderneming en dus het toezicht zoals op eigen diensten ontbreekt. Aldus lijkt het Hof aan te sturen op een effectieve toetsing aan deze elementen en niet uit te gaan van een vermoeden, wanneer een overheidsinstantie samenwerkt met een andere overheidsinstantie. Het Hof verdeelt deze elementen in twee categorieën: relevante wetsbepalingen en relevante omstandigheden. Deze elementen moeten dan aantonen of de derde een marktgerichte onderneming is en over een mate van zelfstandigheid beschikt die het toezicht zoals op eigen diensten onzeker maakt. Het lijkt hier te gaan om twee cumulatieve voorwaarden (advocaat-generaal Trstenjak spreekt over «categorieën»), daar het Hof in het besproken arrest apart nog nagaat of B. *in casu* over een voldoende mate van zelfstandigheid beschikt.

In zijn analyse lijkt het Hof dan een groter belang te hechten aan de relevante omstandigheden, daar het begint met deze toetsing. Als relevante omstandigheden schuift het Hof drie omstandigheden naar voren: 1) het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder, 2) de samenstelling van de beslissingsorganen van de concessiehouder en 3) de omvang van de bevoegdheden van de raad van bestuur van de concessiehouder. Op grond van de eerdere arresten kan de eerste omstandigheid als de belangrijkste worden beschouwd. Ten eerste sluit de aanwezigheid van privékapitaal altijd een toezicht zoals op eigen diensten uit (H.v.J. 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*). Ten tweede was 100% aanwezigheid van overheidskapitaal in het arrest-Asemfo een afdoende teken om te besluiten tot een toezicht zoals op eigen diensten (H.v.J. 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*). Aan de zelfstandigheid van de bevoegdheid van de bestuursorganen lijkt het Hof totaal geen belang te hechten.

Aldus volstaat het dat de derde uitsluitend in handen van overheidsinstanties is en dat de statutaire organen van die derden bestaan uit vertegenwoordigers van de aangesloten overheidsinstanties (punt 42 van het hier besproken arrest). Dit is een eerder soepele interpretatie van het begrip «toezicht zoals op eigen diensten». Aldus lijkt de structurele beïnvloeding primordiaal en rijst de vraag of het Hof hiermee toch geen nieuw vermoeden

creëert. Het Hof houdt via deze overwegingen ook impliciet rekening met de organisatievrijheid, die overheden binnen de nationale rechtstelsels genieten om hun eigen openbare dienst te beheren en hun mogelijkheid om hiervoor zelfstandige organen op te richten of samen te werken met andere overheden, zonder hiertoe enige mededingingsprocedure hoeven te organiseren.

9. Het antwoord op de derde vraag biedt het meest perspectieven voor de overheidsinstanties om zich te verenigen en hierbij taken van algemeen belang over te dragen. De vrees bestond immers dat die mogelijkheid in de toekomst uitgesloten zou kunnen worden via een extensieve interpretatie van de *in house*-rechtspraak (G. Laenen, «Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en P.P.S.: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht», *C.D.P.K.* 2006, 618-620). Indien het Hof immers een individueel toezicht zou vereisen van de overheid die een opdracht vraagt of een openbare dienst overdraagt, zou in de meeste gevallen geen sprake zijn van een toezicht zoals op eigen diensten in geval van samenwerking met verschillende andere overheden.

Het Hof heeft echter bij de beantwoording van de derde vraag bepaalde overwegingen uit de arresten-Carbotermo en -Asemfo verder doorgetrokken en geoordeeld dat het afdoende is rekening te houden met het toezicht dat de deelnemende overheden *gezamenlijk* uitoefenen. Dienaangaande introduceert het Hof het begrip «beslissend toezicht». Een vergelijkbaar begrip vindt men terug in de geconsolideerde mededeling van de Commissie op grond van verordening nr. 139/2004 betreffende de controle op de concentraties van ondernemingen, waarin sprake is van beslissende invloed (punt 54). Anders echter dan in deze mededeling volstaat voor het beslissend toezicht volgens het Hof een meerderheidsbelang. Zou echter deze overweging het Hof er ook in de toekomst niet kunnen toe bewegen dat ingeval particuliere ondernemingen via een minderheidsbelang toezicht uitoefenen toch nog kan zijn voldaan aan het eerste criterium? Hierdoor zou het Hof toch nog een poort openlaten voor bepaalde P.P.S.-constructies, zonder toepassing te moeten maken van mededingingsprocedures.

Frappant zijn ook de overwegingen waarbij de Gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten en concessies de mogelijkheid voor een overheid bevat om voor het beheer van de eigen diensten samen te werken met andere overheidsdiensten. Aldus plaatst het Hof het beheer van een openbare dienst iets meer buiten het mededingingsrecht dan de eerste *in house*-arresten lieten vermoeden. Terzijde moet hierbij ook worden benadrukt dat het Hof het uitdrukkelijk heeft over een «gemeenschapsregeling inzake concessies», terwijl de concessies geen voorwerp uitmaken van enige uitdrukkelijke Europese reglementering. Het Hof zet aldus overheids-

opdrachten en concessies op eenzelfde niveau en lijkt de Europese instellingen ertoe aan te zetten om voor concessies een eigen reglementering uit te werken.

V. Besluit

10. Het arrest-C. lijkt voor een heel groot deel de vraagtekens te hebben weggewerkt rond de bevoegdheid voor lokale overheden om bepaalde van haar diensten te verzelfstandigen of om voor de uitvoering van deze diensten samen te werken. De publieke samenwerking lijkt met dit arrest voor een deel gevrijwaard van de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht en de principes van het gemeenschapsrecht. Deze rechtspraak is niet enkel relevant voor de wetgeving inzake intercommunes zoals zij nog van toepassing is in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, maar ook voor de intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen, zoals gereguleerd in het decreet van 6 juli 2001. Impliciet bevestigt het Hof met dit arrest ook het recht op zelfbestuur van de lokale overheden zoals erkend door het Europees Handvest inzake lokaal zelfbestuur (<http://conventions.coe.int>), natuurlijk binnen de perken uiteengezet in de *in house*-rechtspraak.

Kris Wauters
Advocaat

Phd Researcher University of Glasgow

Elif Can
Advocaat

Grondwettelijk Hof

19 maart 2009



Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Moerman en Alen

Advocaten: mrs. Proumen en Geerinckx loco Fekenne

1. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Belastingen – Schuldvergelijking door fiscus – Faillissement – Rechten van schuldeisers – Schuldvergelijking fiscale schuldvorderingen – Kosten van bekendmaking door curator – 2. Belastingen – Schuldvergelijking door fiscus – Faillissement – Rechten van schuldeisers – Schuldvergelijking fiscale schuldvorderingen – Kosten van bekendmaking door curator

1. en 2. Volgens art. 334 van de programmawet van 27 december 2004 kan elke som die aan een belastingsschuldige moet worden teruggegeven of betaald in het raam van de toepassing van de wettelijke bepalingen inzake de

inkomstenbelastingen en de ermee gelijkgestelde belastingen, de belasting over de toegevoegde waarde of krachtens de bepalingen van het burgerlijk recht met betrekking tot de onverschuldigde betaling, door de bevoegde ambtenaar zonder formaliteit worden aangewend ter betaling van de door deze belastingsschuldige verschuldigde voorheffingen, inkomstenbelastingen en ermee gelijkgestelde belastingen, de belasting over de toegevoegde waarde, in hoofdsom, opcentiemen en verhogingen, fiscale of administratieve geldboeten, interesten en kosten, wanneer deze laatste niet of niet meer worden betwist.

In zoverre art. 334 van de programmawet van 27 december 2004 in het geval van een faillissement de compensatie toelaat tussen een fiscale schuld voorafgaand aan de faillietverklaring en een fiscale schuldvordering die is ontstaan uit de bekendmakingen die aan de curator van een faillissement worden opgelegd bij art. 38 en 40 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, schendt het art. 10 en 11 van de Grondwet. De kosten van bekendmaking, die boedelschulden vormen, veroorzaken immers een BTW-tegoed dat een vordering uit de boedel vormt die van een andere aard is dan de schuldvorderingen die zijn ontstaan uit verrichtingen van vóór het faillissement. De omstandigheden dat de belastingopbrengst wordt gebruikt voor overheidsuitgaven die beogen tegemoet te komen aan het algemeen belang, volstaat niet om te verantwoorden dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de curator die, in het raam van de uitoefening van de opdracht die hem wettelijk wordt toevertrouwd, is gehouden tot het doen van bekendmakingen waarvan redelijkerwijze niet zou kunnen worden aangenomen dat hij de fiscale last daarvan draagt.

Arrest nr. 55/2009

Volledige weergave: zie www.rw.be



NOOT – Zie: Arbitragehof, arrest nr. 107/2006 van 21 juni 2006, R.W. 2006-07, 1193, noot.

Hof van Cassatie

1e Kamer – 27 april 2006



Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen Grade

Koop – Beding van voorkeur – Miskenning door de verkoper – Aansprakelijkheid van de koper wegens derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk – Herstel van schade van de begunstigde van het voorkeurrecht – Nietigheid van de overeenkomst

