
OVERHEIDS-OPDRACHTEN: WHAT'S IN A NAME ?

KRIS WAUTERS en ELSBETH LONCKE



SAMENVATTING

De notie “overheidsopdracht” wordt gedefinieerd door de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Desondanks geeft het Hof van Justitie een eigen, ruime interpretatie aan het begrip, geleet op de doelstellingen van de Europese Gemeenschap en van de richtlijn zelf.

De auteurs bekijken in hun bijdrage de recente rechtspraak (2005-2008) van het Hof van Justie omtrent dit kernbegrip. Daarbij gaan zij in op de noties “opdracht” en “aanbestedende dienst”. Enerzijds onderscheiden zij een positieve en een negatieve benadering van het begrip “opdracht”, met een bijzondere belangstelling voor de in house-opdrachten. Anderzijds werpen zij hun licht op recente rechtspraak omtrent het financieringscriterium in het raam van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’. Ten slotte onderscheiden de auteurs het begrip “onderneming” als wezenlijk element van de definitie van het begrip ‘overheidsopdrachten’.

Doorheen de recente arresten van het Hof ontwaren de auteurs een verder evoluerend begrip met op bepaalde vlakken een tendens tot stabilisatie.

RÉSUMÉ

La notion marché public est définie par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cependant, la Cour de Justice donne une interprétation propre et extensive à cette notion tenant compte des buts de la Communauté européenne et de la directive elle-même.

Les auteurs examinent dans leur contribution la jurisprudence récente (2005-2008) de la Cour de Justice concernant cette notion élémentaire. Ils analysent les notions de ‘marché’ et de ‘pouvoir adjudicateur’. D’une part, ils distinguent une approche positive et négative de la notion ‘marché’, avec une attention particulière pour les marchés maisons. D’autre part, ils mettent en lumière la jurisprudence récente concernant le critère du financement dans le cadre de la notion ‘organisme d’intérêt public’. Finalement, les auteurs distinguent la notion ‘entreprise’ comme élément primordial de la définition de la notion ‘marché public’.

En parcourant les arrêts de la Cour, les auteurs constatent une jurisprudence évolutive sur la notion de marché public avec une tendance stabilisante à certains égards.



I. Aanloop

1. Huidige bijdrage is opgenomen in het Jaarboek Overheidsopdrachten. De notie 'overheidsopdracht' is aldus determinerend voor de inhoud van dit jaarboek. Bovenal bepaalt deze notie echter de toepassing van een zeer gedetailleerde reglementering. De bijdragen gepubliceerd in het Jaarboek behandelen bijgevolg aspecten van deze reglementering. De kwaliteit van de auteurs en de inhoud van hun bijdragen doen vermoeden dat inderdaad de naam de lading dekt.

De notie 'overheidsopdracht' is echter, gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie, een evolutief begrip.¹²⁰² Hoewel richtlijn 2004/18/EEG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten een definitie van het begrip bevat, geeft het Hof van Justitie hieraan een eigen uitleg op grond van de doelstellingen van de Europese Gemeenschap en de doelstellingen vervat in de richtlijn zelf.

Bedoeling van huidige bijdrage is niet om de volledige rechtspraak van het Hof van Justitie rond het toepassingsgebied van de reglementering overheidsopdrachten te bespreken.¹²⁰³ Gezien het doel van huidig Jaarboek leek het ons gepaster om vooral de rechtspraak van de laatste vier jaren (2005-2008) van het Hof van Justitie te analyseren.¹²⁰⁴ Daarbij komen ook een aantal arresten van de Belgische Raad van State ter sprake uit dezelfde periode, teneinde mee duiding te geven aan het begrip.

Huidige bijdrage wil de verdere evolutie van het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten schetsen en aldus ook het kader van het Jaarboek mee omlijnen. Gezien enkel een aantal recente arresten aan bod komen, is het evident dat we niet alle aspecten van de notie 'overheidsopdracht' zullen behandelen.

II. Wat is een overheidsopdracht?

2. Artikel 1.2.a) van de richtlijn 2004/18/EG definieert het begrip 'overheidsopdracht' als volgt: *"Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder*

1202 A.L. Durviaux heeft het over 'une notion en "devenir"': A.L. DURVIAUX, "La 'logique de marché' dans les relations contractuelles entre le secteur public et le secteur privé: développements récents", in N. THIRION (ed.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Brussel, Larcier, 2007, 42.

1203 Voor recente algemene overzichten van de rechtspraak van het Hof van Justitie met commentaar: J.F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie Nationale Editions, 2004, 211 e.v.; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND en J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2004, 39 e.v.; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 201 e.v.; M.J.J.M. ESSERS, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, 's Gravenhage, Elsevier overheid, 2005, 37 e.v.; Ch. BOVIS, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 362 e.v.; S.E. HJELMBORG, P.S. JAKOBSEN en S.T. POULSEN, *Public procurement law*, Copenhagen, Dfof publishing, 2006, 70 e.v.; P. TREPTE, *Public procurement in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 89 e.v.

1204 In haar magistraal proefschrift heeft Ann-Lawrence Durviaux de rechtspraak ongeveer geanalyseerd tot eind 2005: A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Brussel, Larcier, 2006, 612 p.

bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één 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". Traditioneel onderscheidt de rechtsleer twee elementen, die primordiaal het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten bepalen: het begrip 'aanbestedende dienst' (personeel element) en het begrip 'opdracht' (materieel element). We zouden in het raam van huidige bijdrage hieraan een derde begrip willen toevoegen, nl. het begrip 'onderneming'. Dit behoort eveneens tot het personeel toepassingsgebied van de reglementering en is ons inziens een apart element dat het begrip overheidsopdracht duidt. Via deze driedeling zullen wij de evolutie van de rechtspraak analyseren.

Het Hof heeft reeds meermaals eraan herinnerd dat een overheidsinstantie deze begripsomschrijving in die zin moeten uitleggen dat het nuttige effect van de richtlijn wordt verzekerd.¹²⁰⁵ Het effect of het doel dat de richtlijn beoogt, is de opheffing van de beperkingen op het vlak van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten ten einde deze opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen.

A. Opdracht

3. Zonet haalden we de definitie van het begrip 'overheidsopdracht' aan. In eerste instantie zullen we de verschillende elementen bespreken die het materieel toepassingsgebied van de reglementering bepalen. We hebben het over een positieve benadering van het begrip, daar als de verschillende elementen vervuld zijn, de reglementering mogelijkerwijze toepasselijk is. In tweede instantie zullen we dan een aantal verhoudingen behandelen, die niet als een overheidsopdracht worden gekwalificeerd (negatieve benadering). De twee benaderingen geven dan een voorlopig totaalbeeld van wat een overheidsopdracht in zijn materieelrechtelijke betekenis is in de huidige stand van de rechtspraak. Zoals reeds hoger aangehaald hebben we te maken met een evolutief begrip.

1° Positieve benadering

4. Opdat er sprake kan zijn van een "opdracht", moet het gaan om een overeenkomst, schriftelijk van aard en aangegaan onder bezwarende titel. De overeenkomst heeft betrekking op de uitvoering van een aanneming van werken, leveringen en diensten. We overlopen dadelijk deze elementen één voor één.

Uit deze voorwaarden volgt dat het voorwerp van de overeenkomst het nakomen van wederzijdse verplichtingen moet inhouden (betaling prijs en uitvoering aanneming). Het Hof maakt één uitzondering dienaangaande, namelijk betreffende de raamovereenkomsten. Hoewel dergelijke raamovereenkomsten op zich niet de aanneming van een werk, levering of dienst tot voorwerp hebben, vallen zij toch onder het begrip overheidsopdracht, op voorwaarde dat

¹²⁰⁵ HvJ C-237/99, *Commissie v. Frankrijk*, 2001, overw. 41-42; HvJ C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, 2001, overw. 52.

zij diverse dergelijke aannemingen als een geheel verenigen.¹²⁰⁶ Een dergelijke ruime uitlegging van het begrip 'overheidsopdracht' is noodzakelijk, teneinde te vermijden dat aanbestedende diensten de reglementering overheidsopdrachten zouden omzeilen.

a. Overeenkomst

5. De Europese regelgever definieert de term "overeenkomst" niet in de richtlijnen overheidsopdrachten. Het Hof van Justitie interpreteert het begrip "overeenkomst" op autonome wijze, d.w.z. onafhankelijk van de interpretatie die op nationaal vlak wordt gehanteerd.¹²⁰⁷ De definitie van dit begrip is zeker nog niet op een eindpunt gekomen in de rechtspraak van het Hof.

Eerste voorwaarde is de aanwezigheid van twee afzonderlijke personen.¹²⁰⁸ Slechts in dat geval zijn er namelijk twee afzonderlijke wilsuitingen. Deze voorwaarde komt hierna aan bod, wanneer we nader ingaan op de in house-uitzondering. Eén arrest is hier wel relevant, nl. betreffende een zaak waarbij een ambulancedienst opdrachten verrichtte krachtens een wettelijk toegewezen bevoegdheid. Wanneer een persoon diensten verricht op grond van zijn eigen, rechtstreeks aan de wet ontleende bevoegdheden en met zijn eigen middelen is geen sprake van een overeenkomst.¹²⁰⁹ In dat geval is er immers niet echt een derde persoon op vraag van wie de opdracht wordt vervuld.

Belangrijker nog dan de aanwezigheid van twee rechtspersonen voor het bepalen van het begrip 'overeenkomst' is de wijze waarop deze twee personen zich tot elkaar verhouden. Essentieel is in beginsel daarbij dat de twee personen overeen komen. Dit drukt het idee van de wilsautonomie uit. Contractspartijen bepalen vrij met wie ze contracteren, hoe ze contracteren en wat ze overeenkomen. Desalniettemin oordeelde het Hof dat als een aanbestedende dienst zijn contractspartner niet kan kiezen, dit de kwalificatie "overeenkomst" in de zin van de wetgeving overheidsopdrachten niet uitsluit.¹²¹⁰ Het eenzijdig karakter van bepaalde beslissingen in het raam van de gunning van een opdracht sluit het begrip "overeenkomst" niet uit.

Teneinde vast te stellen of een overeenkomst aanwezig is in de zin van de reglementering overheidsopdrachten moet men onderzoeken of er een onderhandelingsmarge is betreffende de concrete inhoud van de te leveren prestaties en de daarop toepasselijke tarieven en of de uitvoerder zich kan onttrekken aan zijn prestaties.¹²¹¹ Er kan geen sprake zijn van een overeenkomst, wanneer de aanbestedende dienst aan de ondernemer eenzijdig verplichtingen oplegt, die afwijken van de contractvoorwaarden die deze ondernemer gewoonlijk hanteert.

1206 HvJ C-119/06, *Commissie / Italië*, 2007, overw. 43.

1207 HvJ C-264/03, *Commissie v. Frankrijk*, 2005, overw. 36. Een zelfde overweging geldt trouwens voor het begrip overheidsopdracht: HvJ C-382/05, *Commissie t. Italië*, 2007, overw. 30; HvJ C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas*, 2007, overw. 50.

1208 HvJ C-107/98, *Teckal*, 1999, overw. 49.

1209 HvJ C-532/03, *Commissie v. Ierland*, 2007, overw. 37.

1210 HvJ C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, 2001, overw. 52.

1211 HvJ C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas*, 2007, overw. 56.

Een persoon, die als instrumenteel middel van een overheid, noch haar eigen werkzaamheden kan bepalen, noch haar tarieven of die geen keuze heeft om de opdracht al dan niet uit te voeren, verhoudt zich niet tot de overheid in een contractuele relatie.¹²¹²

6. Op grond van de tot op heden gevelde arresten is het duidelijk dat het Hof van Justitie, en blijkbaar ook de Raad van State, bij het vaststellen van het bestaan van een overeenkomst, zich niet laat binden door de benaming van een rechtshandeling.

Het Hof ontleedt de feitelijke elementen van een zaak, eenzijdige of wederkerige, en gaat dan na in welke mate tussen de aanwezige partijen overleg mogelijk is. Tot op heden heeft het Hof ons inziens nog geen definitieve uitspraken gedaan over welke mate van overleg voldoende is om al dan niet te beslissen tot het bestaan van een overeenkomst. Misschien kan men ter zake een ander arrest van het Hof als uitgangspunt nemen, waar het Hof een uitspraak moest doen over de wijziging van een overeenkomst en in welke mate deze wijziging een nieuwe overeenkomst uitmaakt. Het Hof verwijst in dit arrest naar overwegingen uit vroegere rechtspraak, waarbij sprake is van een wijziging wanneer partijen opnieuw onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden.¹²¹³ Aldus zou men kunnen stellen dat van een overeenkomst sprake is als partijen onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van een opdracht.

Als de overheid via ofwel een wettelijke ofwel een reglementaire bepaling eenzijdig oplegt door wie de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd, dat de werkzaamheid moet worden uitgevoerd en wat het tarief is, dan lijkt het ons duidelijk dat er van een overeenkomst geen sprake kan zijn. In die situatie is geen sprake van enig overleg.

Deze rechtspraak heeft het grote nadeel van heel onvoorspelbaar te zijn, daar het Hof zich bij haar zoektocht telkens weer zal laten leiden door de hoger uiteengezette doelen van de reglementering overheidsopdrachten. Daarbij rijst de vraag of het Hof bij de uitlegging van dit begrip enkel oog moet hebben voor de economische doelen.

b. Ten bezwarende titel

7. Artikel 1.2. a) Richtlijn 2004/18 vereist dat de schriftelijke overeenkomst gebeurt "onder bezwarende titel" tegen een prijs¹²¹⁴, dus niet "om niet" (schenking of erfenis). Met een overeenkomst onder bezwarende titel wordt bedoeld "*dat de aannemer voor de uitvoering van de door de aanbestedende dienst bedoelde werken een tegenprestatie krijgt*".¹²¹⁵ De aanbestedende dienst betaalt voor de prestaties die geleverd worden en dit rechtstreeks aan de dienstverlener. Ten

1212 HvJ C-295/05, *Asemfo*, 2007, overw. 53-54.

1213 HvJ C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, 2008, overw. 34.

1214 RvS 15 juli 2008, nr. 185.406, NV Esri Benelux.

1215 HvJ C-220/05, *Auroux*, 2007, overw. 45; Voor diensten, naar analogie: HvJ C-382/05, *Commissie v. Italiaanse Republiek*, 2007.

slotte dient de overheid het voordeel te hebben van de uitgevoerde prestatie.¹²¹⁶

De aard van de tegenprestatie hoeft niet noodzakelijkerwijze in speciën te zijn. Ook het begrip “tegenprestatie” interpreteert het Hof in het licht van het nuttig effect van de richtlijnen overheidsopdrachten en het krijgt bijgevolg een ruime invulling.¹²¹⁷ Wat kan nu allemaal onder de notie “tegenprestatie” vallen?

8. De betaalde tegenprestatie moet geen totaalbedrag zijn, maar kan ook een bedrag zijn per geleverde eenheid.¹²¹⁸

In een zaak waar de gemeente Roanne een overeenkomst met SEDL afsloot met betrekking tot de aanleg van een recreatiepark, kreeg het Hof de gelegenheid om nader in te gaan op de notie “tegenprestatie”. Meer specifiek rees de vraag of bij de aanleg van een parkeerterrein wel sprake was van een tegenprestatie. Het Hof beantwoordde deze vraag positief. Voor de overdracht van een deel van de uitgevoerde werken ontving de aannemer immers een som geld, terwijl de gemeente in elk geval tussenkomt in de kosten van alle uit te voeren werken. Bovendien krijgt de aannemer de mogelijkheid om als tegenprestatie voor de overdracht van de uitgevoerde werkzaamheden van derden inkomsten te verkrijgen.¹²¹⁹ Hieruit blijkt hoofdzakelijk dat enerzijds de bron van de inkomsten verschillend kan zijn en anderzijds dat de tegenprestatie verzekerd moet zijn.

Het Hof van Justitie diende recent uitspraak te doen in een zaak waar een aantal aanbestedende diensten beroep deden op vrijwilligersorganisaties voor het leveren van transportdiensten.¹²²⁰ Vraag rees onder meer of hier sprake was van een overeenkomst onder bezwarende titel. Het Hof erkende in het geheel van de elementen een tegenprestatie voor de verrichter van de diensten. De betaling, die de uitvoerders van de diensten ontvangen van de aanbestedende diensten, overstijgt de eenvoudige vergoeding van de gemaakte kosten. Het gaat om een vooraf vastgestelde en forfaitaire vergoeding. Belangrijk is bijgevolg dat de uitvoerder ook een vergoeding krijgt voor de prestatie die hij verricht buiten de gemaakte kosten.

Wat beschouwt het Hof van Justitie niet als “overheidsopdracht”? Onder andere het recht om de betrokken diensten te exploiteren op eigen risico.¹²²¹ Dit element onderscheidt ondermeer de begrippen “overheidsopdracht” en “concessie”. (zie infra) Integendeel, de vergoeding, die de prestant in geval van een

1216 HvJ C-458/03, *Parking Brixen*, 2005, overw. 39; HvJ C-382/05, *Commissie v. Italië*, 2007, overw. 33

1217 HvJ C-119/06, *Commissie v. Italië*, 2007, overw. 48.

1218 HvJ C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, 2001, overw. 52; zie ook concl. Adv. Gen. J. KOKOTT, onder HvJ C-220/05, *Auroux*, 2007, overw. 57: “la notion de caractère onéreux comprend non seulement des contreprestations en argent, mais toute sorte d'obligation contractée par le pouvoir adjudicateur en contrepartie de l'exécution du marché de travaux, par exemple en s'engageant à participer concrètement au financement de l'opération ou à assumer les éventuelles pertes qu'engendreraient son exécution.”

1219 HvJ C-29/04, *Commissie v. Oostenrijk*, 2005, overw. 8 en 32; HvJ C-382/05, *Commissie v. Italiaanse Republiek*, 2007, overw. 33.

1220 HvJ C-220/05, *Auroux*, 2007.

1221 HvJ C-119/06, *Commissie v. Italië*, 2007.

overheidsopdracht ontvangt, komt rechtstreeks van de overheid. Aldus is de betaling van de prestaties verzekerd.

c. Uitvoering van werken, leveringen en diensten

9. Van een overheidsopdracht is slechts sprake als het voorwerp van de overeenkomst een uitvoering van werken, leveringen en diensten betreft. Het gaat hier om drie aparte categorieën en het onderbrengen van een opdracht onder één van deze categorieën heeft een bepaalde relevantie. De rechtsregels van toepassing op elk der categorieën zijn niet altijd gelijklopend in die mate zelfs dat in het verleden aparte richtlijnen bestonden per categorie en er in de huidige Belgische wetgeving bijvoorbeeld in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aparte hoofdstukken gewijd zijn aan elk der categorieën. In die zin zijn ook een aantal arresten terug te vinden waarin de noties werken, leveringen of diensten nader worden bepaald. In de voor ons relevante periode komen enkel de noties werken en diensten aan bod in de rechtspraak.

In sommige gevallen bestaat een opdracht niet uitsluitend uit één van de drie categorieën aannemingen, maar is er een mix. Wanneer men een dienstverlener belast met verschillende soorten opdrachten (zowel aanneming van werken, leveringen als diensten), rijst de vraag welke bepalingen van de richtlijn van toepassing zijn. Het Hof kreeg recent de kans om hierover uitspraak te doen.

Indien sommige bestanddelen betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en sommige andere op een andere soort overheidsopdracht, dan bepaalt men op grond van het hoofdoorwerp van de overeenkomst om welk soort opdracht het gaat. De regelgeving van dit soort opdracht is dan van toepassing op de gehele overheidsopdracht, in al haar aspecten. In de relevante zaak oordeelde het Hof dat het ging om een overheidsopdracht tot uitvoering van werken: "De dienstencomponenten van de overeenkomst, zoals de aankoop van grond, het bijeenbrengen van kapitaal, de organisatie van een vergelijkend onderzoek voor architecten en/of ingenieurs, alsmede de verkoop van de gebouwen, vormen een onderdeel van de voltooiing van dit bouwwerk." Daarbij is het irrelevant of de eerste aanbestedende dienst eigenaar wordt van het geheel van of een gedeelte van de bouwwerken.

– *Werken*

10. Artikel 1.2., b Richtlijn 2004/18 definieert "overheidsopdrachten voor werken" als *"overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een "werk" is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen"*.

Een aanneming van werken kan betrekking hebben op drie categorieën opdrachten:

- de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van één van de in bijlage II vermelde werkzaamheden;
- de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van een in artikel 1, sub c, omschreven werk, te weten een werk dat het product is van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken die ertoe bestemd zijn als zodanig een economische of technische functie te vervullen;
- het laten uitvoeren met welke middelen ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.¹²²²

De richtlijn hanteert aldus een vrij ruime uitlegging van het begrip 'aanneming van werk', teneinde zoveel mogelijk constructies onder haar toepassingsgebied te vatten. Deze definitie in de richtlijn is echter slechts een bevestiging van de functionele uitlegging van dit begrip door het Hof van Justitie.

11. De richtlijn heeft het begrip 'overheidsopdracht van werken' mee laten bepalen op basis van de economische of technische functie van het product, van het resultaat van de verrichte werken.¹²²³ Het volstaat dat het resultaat van het werk één van beide functies vervuld opdat sprake is van een werk. Men gaat kijken met welke bedoeling een overheid een werk laat realiseren.

Het terbeschikkingstellen van een werk aan gebruikers tegen een vergoeding bewijst dat de prestant een economische activiteit verricht. Het is daarbij zonder betekenis dat deze activiteit al dan niet rendabel is. Wanneer een werk als doel heeft deze te gebruiken om er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen, is sprake van een aanneming van werk in de zin van de richtlijn overheidsopdrachten. Een opdracht waarbij een bedrijf met een boot verhindert dat slib zich op de bodem vastzet (slibslepen), heeft niet als resultaat een onroerend goed of wordt ook niet in een onroerend goed verwerkt. Aldus lijkt de Raad van State aan te nemen dat het resultaat van deze werkzaamheden geen economische of technische functie vervult.¹²²⁴ Preciezer lijkt ons nog te zijn dat in dat geval niet echt sprake is van een bouwwerkzaamheid. Ook in deze rechtspraak schemert de functionele uitlegging van voornoemde richtlijn door. Bovendien legt de rechtspraak ons inziens hier ook een link naar de voorwaarde dat een overheidsopdracht een overeenkomst is gesloten met een ondernemer. (zie C)

De Raad van State in België heeft in één arrest aangetoond dat de notie 'aanneming van werken' een zeer ruime betekenis kan krijgen.¹²²⁵ Een administratieve overheid lanceert een procedure voor de keuze van een privé-partner bij de oprichting van een rechtspersoon. Deze rechtspersoon zou nadien instaan voor het bouwen en het exploiteren van een verbrandingsoven ten voordele van de administratieve overheid. De Raad van State heeft geoordeeld dat in casu

1222 HvJ C-382/05, *Commissie v. Italiaanse Republiek*, 2007, overw. 35.

1223 HvJ C-220/05, *Auroux*, 2007, overw. 46-47.

1224 HvJ C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi* XE "H.v.J. 12 juli 2001, nr. C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*", 2001, overw. 58.

1225 HvJ C-187/04 en C-188/04, *Commissie v. Italië*, 2005, overw. 26; HvJ C-220/05, *Auroux*, 2007, overw. 41.

sprake is van een overheidsopdracht. Aldus plaatst de Raad de oprichting van een vennootschap onder de derde categorie ‘aanneming van werken’, waarbij het bouwen van de verbrandingsoven het werk is en de oprichting van de vennootschap het middel via het welke men het werk laat uitvoeren.

– *Diensten*

12. Een overheidsopdracht kan de uitvoering van een dienst als voorwerp hebben. Wat wordt verstaan onder “dienst”, is zeer moeilijk te vatten in een algemene definitie. Er zijn immers verschillende soorten diensten, die een heel ruim veld bestrijken.

Eenzijds worden bepaalde diensten expliciet uitgesloten uit het toepassingsgebied door de richtlijn zelf. Anderzijds heeft Richtlijn 2004/18, en ook de Belgische Overheidsopdrachtenwet, gekozen voor een systeem van limitatieve opsomming. Als bijlage I bij de richtlijn vindt men een lijst met diensten die als relevant worden beschouwd. Deze opsomming is gebaseerd op de zogenaamde CPC-nomenclatuur.¹²²⁶ Deze diensten worden dan verder onderverdeeld in A-diensten (of prioritaire diensten) en B-diensten (of niet-prioritaire diensten).

Enkel opdrachten met betrekking tot A-diensten vallen in hun geheel onder het toepassingsgebied van de Europese bekendmakingsregels. Daarentegen dienen opdrachten met betrekking tot B-diensten enkel te voldoen aan de Europese regels inzake verplichting tot bekendmaking van de gunning van de opdracht en het verbod op discriminerende technische specificaties. De reden voor dit onderscheid in behandeling ligt erin dat B-diensten meestal geen grensoverschrijdende interesse opwekken, en er dus veel minder kans is op discriminatie op grond van nationaliteit. Een uitgebreide regelgeving lijkt dus niet nodig voor dit soort van diensten. We relativeren hier één en ander, nu de Belgische wetgever geopteerd heeft om de regels inzake gunning van overheidsopdrachten wel volledig toe te passen op B-diensten.

13. Het Hof van Justitie heeft zich meermaals uitgesproken over de classificatie van een bepaalde dienst onder één van deze bijlagen:

- Aanbestedingen uitgeschreven voor dienstenverlening op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken in de provincies Cáceres en Badajoz, vallen onder bijlage I.B;¹²²⁷
- Overeenkomsten die voorzien in een administratieve en technische bijstand, waarbij de dienstverrichter niet deelneemt aan het openbaar gezag, vallen onder categorie 12 van bijlage I.A. Overeenkomsten waarbij de opdrachtgever taken delegeert die een functie van vertegenwoordiging van de opdrachtgever inhouden, vallen onder artikel 9 en bijlage I B;¹²²⁸

1226 RvS 17 april 2008, nr. 182.119, NV Antwerp Dredging.

1227 RvS 30 mei 2005, nr. 145.163, sa C.N.I.M., *T.Ann.* 2006, 33, met noot M.-A. FLAMME.

1228 United Nations Central Products Classification.

- Uit bijlage I A bij richtlijn 92/50 werd ook afgeleid dat tot de „[d]iensten in de zin van artikel 8”, waarop deze richtlijn kan worden toegepast, de categorie „Riolering en vuilophaaldiensten; afvalverwerking en aanverwante diensten” behoort, ten aanzien waarvan het Hof eerder heeft geoordeeld dat zij onder meer diensten van afvalinzameling en -verwerking omvat.¹²²⁹
- Het Hof heeft de betaling van sociale uitkeringen gecatalogeerd onder de categorie niet-prioritaire diensten.¹²³⁰

14. Een bijzondere problematiek in het raam van de aanneming van diensten is het fenomeen waarbij een aanbestedende dienst het organiseren van een overheidsopdracht delegeert. Vraag rijst of de delegatie zelf ook niet onderworpen is aan de reglementering overheidsopdrachten.

Het Hof diende aldus uitspraak te doen over een situatie waarbij een aanbestedende dienst krachtens een wettelijke bepaling de mogelijkheid heeft om beroep te doen op een projectleider, die dan zal instaan voor de organisatie van een overheidsopdracht.¹²³¹ De projectleider kan als een dienstverlener worden beschouwd, daar hij enerzijds ondersteunende diensten van administratieve en technische aard verstrekt en anderzijds de overheid vertegenwoordigt. Taken van administratieve en technische bijstand, zoals de vaststelling van administratieve en technische voorwaarden waaronder de bouw zal worden gepland en uitgevoerd, zijn dienstverrichtingen in de zin van artikel 8 en bijlage IA van richtlijn 92/50, waarbij de opdrachtnemer niet deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag. Het uitvoeren van een vertegenwoordigende functie is op zich niet uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn overheidsopdrachten (i.c. aanneming van diensten). Daarbij mag het echter niet gaan om de volledige overdracht van het openbare gezag. Van een dergelijke overdracht is echter geen sprake als de opdrachtgever hoofdverantwoordelijke blijft, hij zijn goedkeuring dient te verlenen alvorens de opdrachtnemer kan handelen en de financiering van het project rechtstreeks gebeurt door de opdrachtgever. In dat laatste geval is artikel 9 en bijlage I B richtlijn 92/50 toepasselijk.

Dergelijke delegatie moet onderscheiden van de situatie waarbij een overheid een bevoegdheid volledig overdraagt en dus niet enkel de gunning van een opdracht in het raam van de uitoefening van voornoemde bevoegdheid. In dergelijk geval komt de derde immers in de plaats van de overheid. De volledige overdracht van een bevoegdheid houdt niet meer het leveren van een prestatie voor een overheid in, maar het uitoefenen van die opdracht in de plaats van de overheid.

15. In haar rechtspraak heeft het Hof eveneens een aantal gevallen behandeld, die als dienst zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van de reglementering overheidsopdrachten. Dienaangaande besteden we nog een apart onderdeel aan de concessie van diensten. (zie 2°, a)

1229 HvJ C-234/03, *Contse S.A. et alii*, 2005, overw. 47.

1230 HvJ C-264/03, *Commissie v. Frankrijk*, 2005, overw. 51.

1231 HvJ C-382/05, *Commissie v. Italië*, 2007, overw. 43.

Artikel 16 (b) Richtlijn 2004/18 beschouwt onder meer niet als een overheidsopdracht van dienstverlening: *“opdrachten betreffende de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programmamateriaal door televisie-omroeporganisaties en overeenkomsten betreffende zendtijd”*. Het gaat om diensten van sociale en culturele aard, waarbij de toepassing van de reglementering overheidsopdrachten ongeschikt is. In een arrest van 13 december 2007 oordeelde het Hof dat deze uitzondering strikt moet worden geïnterpreteerd.¹²³² Het Hof overwoog: *“Aangezien de onderhavige bepaling een uitzondering vormt op het hoofddoel van de gemeenschapsrechtelijke regels betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten, ... te weten het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor een zo groot mogelijke mededinging, moet zij beperkend worden uitgelegd”*.

Overheidsopdrachten voor diensten die niet in verband staan met de activiteiten die betrekking hebben op de vervulling van de eigenlijke opdracht tot het verlenen van een openbare dienst zijn wel onderworpen aan de bepalingen van de richtlijn. Zulks blijkt onder meer ook uit considerans 25 van Richtlijn 2004/18:

“Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor bepaalde audiovisuele diensten in de omroepsector moet rekening kunnen worden gehouden met overwegingen van cultureel en sociaal belang, waardoor toepassing van de aanbestedingsvoorschriften niet geschikt is. Om die redenen is het wenselijk te voorzien in een uitzondering voor overheidsopdrachten voor diensten die betrekking hebben op de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van gebruiksklaar programmamateriaal en van andere voorbereidende diensten, zoals die betreffende scenario's of de artistieke prestaties die nodig zijn voor de totstandbrenging van het programmamateriaal, alsmede voor opdrachten betreffende de zendtijd. Deze uitzondering dient evenwel niet te gelden voor de levering van het technisch materiaal dat nodig is voor de productie, de coproductie en de uitzending van dat programmamateriaal. Onder uitzending dient te worden verstaan het uitzenden en verspreiden via enig elektronisch netwerk.”

Deze uitspraak ligt in de lijn van de vaste rechtspraak van het Hof, waarbij het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenrichtlijnen ruim geïnterpreteerd wordt, en de uitzonderingen strikt.¹²³³

Een andere uitzondering vinden we terug in een zaak over het verrichten van postdiensten, waar het Hof van Justitie bevestigt dat bepaalde postdiensten, die conform artikel 7 van richtlijn 97/67 zijn voorbehouden aan leveranciers van de universele postdienst voor zover dit voor de handhaving van deze dienst noodzakelijk is, noodzakelijkerwijze zijn onttrokken aan de mededinging, daar geen enkele andere marktdeelnemer deze diensten mag aanbieden.¹²³⁴

1232 HvJ C-507/03, *Commissie v. Ierland*, 2007, overw. 21.

1233 HvJ C-264/03, *Commissie v. Frankrijk*, 2005.

1234 HvJ C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e.a. v. GEWA*, 2007.

De laatste uitzondering vloeit voort uit artikel 6 van richtlijn 92/50, waarbij een aanneming van diensten is uitgesloten van de toepassing van de richtlijn wanneer is voldaan aan drie voorwaarden: 1) deze dienst is gegund aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is, 2) deze instantie heeft de opdracht op grond van een alleenrecht uit hoofde van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling en 3) de bepaling is verenigbaar met het EG-verdrag.¹²³⁵

2° Negatieve benadering

a. Concessie van openbare dienst

16. Artikel 1, lid 4 van Richtlijn 2004/18 definieert “concessie voor diensten” als *“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”*. Het Hof interpreteert het begrip “concessieovereenkomsten voor diensten” op autonome wijze: *“De vraag of de litigieuze overeenkomsten al dan niet als concessie voor diensten moeten worden gekwalificeerd, dient derhalve uitsluitend op basis van het gemeenschapsrecht te worden beoordeeld”*.¹²³⁶

De reden waarom een concessie voor diensten is uitgesloten van de richtlijnen overheidsopdrachten ligt hierin dat de tegenprestatie vanwege de overheid voor de uitvoering van de dienst niet de betaling van een prijs is, maar de overdracht van het recht om de eigen prestatie te exploiteren.¹²³⁷ Dit is meteen het eerste door het Hof erkende criterium betreffende een concessie voor diensten, met name de overdracht van het recht tot exploiteren van de dienst. In geval van een concessie voor diensten wordt de dienstverlener niet vergoed door de betrokken overheidsinstantie, maar door de derden die gebruik maken van de dienst.¹²³⁸ De overheidsinstantie draagt het exploitatierisico over, wat het Hof als tweede kenmerk van de concessie voor diensten weerhoudt. Daarbij lijkt het niet noodzakelijk dat de dienstverlener volledig zijn vergoeding ontvangt uit het verlenen van de dienstverlening.¹²³⁹

17. Voor een recente afbakening van de begrippen “aanneming van dienst” en “concessie van diensten” verwijzen we naar een arrest Commissie v. Italië.¹²⁴⁰ Het Hof baseert zich hierin op haar vroegere rechtspraak en stelt dat er slechts sprake is van een concessie wanneer de overeengekomen wijze van beloning bestaat in het recht van de dienstverlener om zijn eigen prestatie te exploiteren en wanneer deze overeenkomst impliceert dat de dienstverlener het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt. Hiermee verschijnt volgens ons voor de eerste maal in de rechtspraak een volledige defi-

1235 A. BROWN, “Whether German public broadcasters are financed for the most part by the state so as to fall within the EU Procurement Directive: Bayerischer Rundfunk (C-337/06)”, *P.P.L.R.* 2008, NA 124.

1236 HvJ C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas*, 2007, overw. 39.

1237 HvJ C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas*, 2007, overw. 64-65.

1238 HvJ C-382/05, *Commissie v. Italiaanse Republiek*, 2007.

1239 HvJ C-324/98, *Telaustria en Telefonadress*, 2000, overw. 58.

1240 HvJ C-458/03, *Parking Brixen*, 2005, overw. 40.

nitie van het begrip “concessie voor diensten”.¹²⁴¹ In de specifieke zaak kwalificeerde het Hof echter de overeenkomst als een overheidsopdracht. Niet alleen kreeg de marktdeelnemer van de regio Sicilië een rechtstreekse, vaste vergoeding per ton afval die hem wordt afgegeven. De regionale overheid verbond zich er bovendien toe dat alle betrokken gemeenten het volledige restgedeelte van hun afval aan de marktdeelnemer toevertrouwen zodat deze jaarlijks op een bepaalde minimumhoeveelheid afval kan rekenen. Deze overeenkomsten bepaalden bovendien dat - teneinde aan de marktdeelnemer een minimale financiële zekerheid te kunnen garanderen - het bedrag van de vergoeding in bepaalde omstandigheden kon worden herzien of heronderhandeld. Bijgevolg droeg de marktdeelnemer het exploitatierisico niet.

Doorslaggevend om de kwalificatie van aanneming van dienst te weerhouden is het feit dat de dienstverlener een bepaalde garantie op inkomsten heeft, gezien het verkregen monopolie: *“Dans ces circonstances, l'absence de risque qui semble acquise pour la Cour de justice induit la qualification de marché public de service. Elle considère donc de manière explicite que ni les recettes accessoires provenant de tiers en contrepartie de la prestation de services, ni la durée des conventions, ni le caractère général de l'activité de traitement des déchets, en enfin, ni l'autonomie d'exécution du prestataire, ne sont susceptibles de venir élever la qualification de marché public de service.”*¹²⁴² Dat de wijze van vergoeding van de prestant of nog anders gezegd de mate waarin hij het financieel risico draagt kenmerkend lijkt om overheidsopdracht en concessie van elkaar te onderscheiden, vindt volgens ons bevestiging in het arrest Coditel.¹²⁴³

Wie de prestant betaalt is minder relevant om een onderscheid te maken tussen overheidsopdracht en concessie. Zo beschouwde het Hof van Justitie in het arrest Auroux de overeenkomst als een overheidsopdracht, ook al werd de prijs deels door derden betaald.⁽¹²⁴⁴⁾ Het arrest Commissie v. Italië komt tot dezelfde conclusie: *“...de enkele omstandigheid dat de marktdeelnemer, naast de ten bezwarende titel van de gedelegeerde commissaris ontvangen beloning, bij derden bepaalde extra inkomsten als tegenprestatie voor zijn dienstverlening kan behalen, volstaat niet om de litigieuze overeenkomsten niet als overheidsopdracht te kunnen kwalificeren.”*¹²⁴⁵ Belangrijk is in welke mate de dienstverlener zelf zijn inkomsten moet zoeken.

b. In house opdrachten

– Inleiding

18. Een overheidsopdracht is een overeenkomst ten bezwarende titel afgesloten tussen een overheidsinstantie (aanbestedende dienst) en een ondernemer/

1241 HvJ C-410/04, *Anav*, 2006, overw. 16.

1242 HvJ C-382/05, *Commissie v. Italiaanse republiek*, 2007, overw. 33.

1243 Zie voor een later arrest: HvJ C-437/07, *Commissie v. Italië*, 2008.

1244 A.-L. DURVIAUX, “La ‘logique de marché’ dans les relations contractuelles entre le secteur public et le secteur privé: développements récents”, in N. THIRION (ed.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Brussel, Larcier, 2007, 69; P. PROOT, “Faut-il (ré)affirmer le critère de l'initiative dans les contrats de travaux?”, *A.C.C.P.* december 2007, 81.

1245 HvJ C-324/07, *Coditel*, 2008, overw. 24.

een operator. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, gevelde in het raam van de artikelen 81 e.v. EG-verdrag, blijkt dat het publiekrechtelijk of privaatrechtelijk karakter van de contractspartner niet relevant is. (zie C) Het Hof heeft dit bevestigd naar aanleiding van de toepassing van de reglementering overheidsopdrachten. Er is ook sprake van een overheidsopdracht, zelfs als de contractspartner een publiekrechtelijke rechtspersoon is.¹²⁴⁶ De vraag rees echter of in alle gevallen sprake is van een overeenkomst, wanneer de opdrachthouder een bepaalde band heeft met de opdrachtgever. Is dan werkelijk sprake van een derde, waardoor een overeenstemming tussen twee afzonderlijke wilsuitingen mogelijk is? Immers, *“de richtlijn (is) van toepassing..., wanneer wilsovereenstemming bestaat tussen twee verschillende personen, namelijk de aanbestedende dienst en de leverancier”*.¹²⁴⁷

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 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 hem beheersen.¹²⁴⁸ Deze criteria behoeften echter verdere invulling. De in huidige bijdrage besproken periode is rijk aan een aantal relevante arresten ter zake. In twee aparte punten gaan we nader in op het toezichtscriterium en het activiteitencriterium.

– Toezichtscriterium

19. In geval in de derde, waarop de aanbestedende overheid beroept ook privé-kapitaal ingebracht werd, kan geen sprake zijn van toezicht zoals op eigen diensten. Het Hof heeft in haar arrest Stadt Halle het toezichtscriterium op een functionele wijze ingevuld en zelfs geen rekening gehouden met de structurele band tussen de aanbestedende dienst en de derde.¹²⁴⁹

Het Hof keek in eerste instantie naar de samenstelling en de concurrentiepositie van de derde.¹²⁵⁰ De aanwezigheid van privé-kapitaal laat de invloed van privé-belangen veronderstellen en zou het nastreven van doelstellingen van algemene aard uitsluiten. Wanneer men hier mededinging zou uitsluiten, zou een particuliere onderneming, hoewel zij slechts participeert in een andere rechtspersoon, bevoordeeld worden. Deze rechtspraak vertrekt vanuit het idee dat door de aanwezigheid van een privé-persoon in een publiekrechtelijk rechtspersoon het doel niet alleen het algemeen belang is en dat bovendien deze privé-persoon van een concurrentieel voordeel geniet. Het is voor het Hof voldoende dat de privé-participatie slechts een klein deel uitmaakt, opdat

1246 HvJ C-220/05, *Auroux*, 2007.

1247 HvJ C-382/05, *Commissie v. Italiaanse Republiek*, 2007.

1248 HvJ C-84/03, *Commissie / Spanje*, 2005, overw. 39.

1249 Concl. G. COSMAS onder HvJ C-107/98, *Teckal Srl v. Gemeente Viano en AGAC*, 1999.

1250 HvJ C-107/98, *Teckal*, 1999; HvJ C-458/03, *Parking Brixen*, 2005.

moet worden beslist dat de overheid op de onderneming geen toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.¹²⁵¹

Het Hof van Justitie oordeelde in het arrest Mödling dat voor de toepasselijkheid van de richtlijnen ook rekening gehouden moet worden met omstandigheden die zich na de gunning hebben voorgedaan.¹²⁵² Wanneer het kapitaal van een begunstigde vennootschap (kort) na de gunning wordt opengesteld voor privé-investeerders en die mogelijkheid reeds was voorzien bij de gunning van de opdracht, dan dient dit feit in aanmerking te worden genomen. Op grond hiervan komt het Hof tot de conclusie dat zulks hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten. In de lijn van de arresten Stadt Halle en Mödling leek het Hof dan nog een stap verder te gaan in de arresten Coname en ANAV. Volgens deze arresten volstaat het dat een derde vennootschap ten dele openstaat voor privé-kapitaal om te stellen dat de relatie met de aanbestedende overheid niet kan worden beschouwd als een "interne" constructie.¹²⁵³ Deze rechtspraak lijkt een eindpunt te hebben bereikt met het arrest Commissie v. Italië, waarin het Hof duidelijk maakt dat het arrest Mödling een bijzondere situatie beoordeelt. In het algemeen moet men zich echter voor de beoordeling van het bestaan van een in house-verhouding plaatsen op het ogenblik van de gunning van de opdracht. De mogelijkheid voor privé-personen om deel te nemen aan het kapitaal van de derde op het ogenblik van de gunning van de opdracht volstaat op zich niet om te spreken van een overheidsopdracht. De privé-personen moeten in beginsel op dat ogenblik deel uitmaken van de derde.¹²⁵⁴ Het volstaat dus niet dat de derde openstaat voor privé-kapitaal: de participatie moet ook effectief zijn, buiten dan de uitzondering beschreven in het arrest Mödling.

Met deze rechtspraak is elke PPS-constructie, waar sprake is van een aanneming van werken, leveringen en diensten, gedoemd om onder de reglementering overheidsopdrachten te vallen. Dit maakt reeds een ernstige inperking uit op de mogelijke vrijheid, die een overheid heeft om haar eigen dienst te organiseren. Uit de rechtspraak van het Hof lijkt wel voort te vloeien dat het privaatrechtelijk karakter van de rechtspersonen, die participeren in de derde, niet relevant is om al dan niet het in house karakter van een verhouding te weerhouden.¹²⁵⁵ Immers, de mogelijkheid bestaat dat een zuivere overheidsinstantie zich organiseert in de vorm van een privaatrechtelijk rechtspersoon. In dat geval is niet echt sprake van de aanwezigheid van privé-kapitaal.

1251 HvJ C-26/03, *Stadt Halle*, 2005; Voor een recent arrest, zie HvJ C-337/05, *Commissie / Italiaanse republiek*, 2008, overw. 38-39.

1252 In haar proefschrift behandelt Durviaux de in house-rechtspraak onder een apart hoofdstuk naast de elementen 'geschreven overeenkomst', 'onder bezwarende titel' en 'opdracht' om het begrip 'overheidsopdracht' te typeren: A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Brussel, Larcier, 2006, 175 e.v.

1253 F. AVAKIOTI, "The application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements", *P.P.L.R.*, 2007, 28.

1254 HvJ C-29/04, *Commissie v. Oostenrijk* XE "H.v.J. 10 november 2005, nr. C-29/04, *Commissie / Oostenrijk*", 2005, overw. 41 en 42.

1255 HvJ C-231/03, *Coname*, 2005, overw. 26; HvJ C-410/04, *ANAV*, 2006, overw. 32.

20. In het arrest *Parking Brixen* diende het Hof van Justitie voor de eerste maal uitspraak te doen over een situatie waarbij een overheid een overeenkomst (beheer van parkings) gunt aan een rechtspersoon bestaande uit publiekrechtelijke rechtspersonen.¹²⁵⁶

Bij de beoordeling moet volgens het Hof van Justitie rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden.¹²⁵⁷ De derde moet onder zulkdanig toezicht staan dat de aanbestedende overheid zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen. Het Hof stelt echter in de concrete zaak vast dat de derde een marktgerichte onderneming is, waardoor het toezicht door de gemeente verzwakt is (het Hof verwijst naar de omzetting in een private vennootschap, de verruiming van het maatschappelijk kapitaal, de verplichte openstelling voor ander kapitaal, de territoriale uitbreiding van de activiteiten en de aanzienlijke bevoegdheden van de Raad van Bestuur). Bijgevolg is er, zelfs indien de derde volledig uit publiek kapitaal bestaat, niet noodzakelijkerwijze sprake van een in house-opdracht. Dit arrest, hoewel geveld in het raam van een concessie-overeenkomst, heeft impliciet maar zeker tot gevolg dat ook elke samenwerking tussen overheden onder het toepassingsgebied van de reglementering overheidsopdrachten kan vallen, wanneer natuurlijk is voldaan aan de andere toepassingsvoorwaarden.

Dit laatste idee kreeg bevestiging in het arrest *Carbotermo*. Dit arrest creëert vrij onopvallend een opening in geval van de aanwezigheid van 100 % publiek kapitaal bij de dienstverlener.¹²⁵⁸ De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, lijkt erop te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten. De aanwezigheid van een holding tussen de aanbestedende dienst en de derde deed het Hof echter uiteindelijk wel beslissen dat dit tot een verzwakking leidt van het eventuele toezicht en dat er bijgevolg geen sprake is van een toezicht zoals op zijn eigen diensten. In het arrest *Asemfo* is het Hof bij de toetsing van het toezichtscriterium onmiddellijk vertrokken van het vermoeden geuit in het arrest *Carbotermo*.¹²⁵⁹ Indien het kapitaal van de derde volledig in handen is van zelfs verschillende aanbestedende overheden, volstaat dit om te kunnen spreken van een in house-opdracht. Daarbij is het niet van belang welk van de participerende overheden de opdracht gaf aan de derde. Zelfs indien een minderheidsaandeelhouder, die in se geen overheersende controle kan hebben, de aanbestedende overheid is, bekijkt het Hof de samenstelling van de derde in zijn geheel.

In het vrij recente arrest *Coditel* heeft het Hof van Justitie haar rechtspraak *Parking Brixen* en *Asemfo* samengebracht.¹²⁶⁰ Op grond van een aantal indicieën

1256 HvJ C-371/05, *Commissie v. Italië*, 2008, overw. 29.

1257 HvJ C-371/05, *Commissie v. Italië*, 2008, overw. 27-28.

1258 HvJ C-458/03, *Parking Brixen*, 2005.

1259 Zie ook HvJ C-371/05, *Commissie v. Italië*, 2008, overw. 24.

1260 HvJ C-340/04, *Carbotermo*, 2006.

moet worden nagegaan of sprake is van een marktgerichte onderneming. Het Hof verdeelt deze indicieën 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, daar het Hof in het besproken arrest apart nagaat of Brutélé in casu over een voldoende mate van zelfstandigheid beschikt.

In haar 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 privé-kapitaal altijd een toezicht zoals op eigen diensten uit. Ten tweede was 100 % aanwezigheid van overheidskapitaal in het arrest Asemfo een afdoende teken om te besluiten tot een toezicht zoals op eigen diensten. 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 is van overheidsinstanties en dat de statutaire organen van die derden bestaan uit vertegenwoordigers van de aangesloten overheidsinstanties.¹²⁶¹ 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.

In ditzelfde arrest Coditel oordeelde het Hof dat het afdoende is rekening te houden met het toezicht dat de deelnemende overheden *gezamenlijk* uitoefenen. Frappant zijn ook de overwegingen waarbij volgens het Hof 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.

Met het arrest Coditel is het Hof van Justitie zeker nog niet aan zijn eindpunt gekomen aangaande zijn in house-rechtspraak. Daar het Hof van Justitie kiest voor een ad hoc-toetsing, bestaat voor elke samenwerking tussen publiekrechtelijke rechtspersonen de mogelijkheid dat zij valt onder de reglementering overheidsopdrachten. Elke keer opnieuw zal de gevatte rechtbank de toetsing moeten doorvoeren.

1261 HvJ C-295/05, *Asemfo*, 2007.

– *Activiteitscriterium*

21. In het Carbotermo-arrest kreeg het Hof de kans om het activiteitscriterium te verduidelijken. Een onderneming kan slechts worden geacht het merendeel van haar activiteiten voor een overheid te verrichten als haar activiteit zich hoofdzakelijk toespitst op de overheid en elke andere activiteit marginaal is. Om dit uit te maken moet de nationale rechter zowel kwantitatieve als kwalitatieve elementen in de beschouwing betrekken. Als voorbeeld neemt het Hof dan de omzet. In geval meerdere lichamen een onderneming controleren, en één van deze lichamen een opdracht toevertrouwt aan de derde, is het volgens het arrest voldoende dat het merendeel van de activiteiten van de derde wordt verricht voor al deze lichamen in hun geheel.¹²⁶²

Het Asemfo-arrest is de eerste uitspraak waar het Hof effectief elementen naar voren schuift op grond van dewelke het activiteitscriterium kan beoordeeld worden: *“Blijkens de stukken in het hoofdgeding verricht Tragsa gemiddeld meer dan 55 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de autonome regio's en bijna 35 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de staat. Hieruit volgt dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de lichamen of overheidsorganen die haar controleren”*.¹²⁶³

Het Hof neemt aldus eenvoudigweg het mathematisch percentage van werkzaamheden voor de aanbestedende diensten. Het begrip “merendeel” lijkt aldus door het Hof op een mathematische wijze te worden ingevuld. Dit contrasteert met de vrij verregaande functionele uitleg van het eerste criterium. Dit zou er nogmaals kunnen op wijzen dat sinds het Carbotermo-arrest het Hof een minder strikte koers vaart of minstens een aantal nuanceringen aanbrengt op haar eerdere arresten.

B Aanbestedende dienst

1° Inleiding

22. Artikel 4 Overheidsopdrachtenwet¹²⁶⁴ onderscheidt, in uitvoering van de Europese Richtlijnen, drie categorieën van aanbestedende diensten: klassieke overheden, een aantal specifiek opgesomde overheden en publiekrechtelijke instellingen. Enkel deze laatste notie werd nader ingevuld door het Hof in de besproken periode. Wij bekijken deze categorie van dichterbij.

1262 HvJ C-324/07, *Coditel*, 2008.

1263 In het reeds aangehaalde arrest Commissie t. Italië weerhield als kenmerkend voor een toezicht zoals op de eigen diensten de benoeming van de leden van de leidende organen en van een gemeentebtenaar, die de derde richting geeft en controleert: HvJ C-371/05, *Commissie v. Italië*, 2008, overw. 26.

1264 HvJ C-340/04, *Carbotermo*, 2006, overw. 70; zie ook HvJ C-371/05, *Commissie / Italië*, 2008, overw. 31-32.

2° Publiekrechtelijke instelling

a. Wettelijke definitie

23. Het artikel 4 § 2 8° Overheidsopdrachtenwet bevat een open categorie van aanbestedende diensten:

“ de rechtspersonen die op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:

- *opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en*
- *rechtspersoonlijkheid hebben, en*
- *waarvan*
 - * *ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1° tot 8°;*
 - * *ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht van die overheden of instellingen;*
 - * *ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen.”*

Artikel 4 §2 8° bevat drie voorwaarden opdat een instantie beschouwd kan worden als “publiekrechtelijke instelling”: opgericht zijn met het specifieke doel ter behartiging van het algemeen belang, andere dan van commerciële of industriële aard; rechtspersoonlijkheid hebben; en een zekere graad van afhankelijkheid vertonen opzichtsens een aanbestedende dienst. Deze drie voorwaarden zijn cumulatief.¹²⁶⁵ Het Hof heeft in de besproken periode slechts een beperkt aantal arresten gevelde om deze voorwaarden verder in te vullen. Dit is waarschijnlijk te verklaren door het feit dat reeds voorafgaand een vrij rijke rechtspraak dienaangaande bestond.

b. Algemeen belang, andere dan van commerciële of industriële aard

24. De eerste voorwaarde gesteld door art. 4 §2 8° is dat de instantie opgericht is met het specifieke doel de behartiging van het algemeen belang, andere dan van commerciële of industriële aard.

Het Hof heeft in het verleden duidelijk gemaakt dat zowel het aspect “algemeen belang” als “andere dan van commerciële of industriële aard” telkens moeten worden onderzocht. Er bestaan immers behoeften die, alhoewel zij van industriële of commerciële aard zijn, toch als behoeften van algemeen belang zijn te

1265 HvJ C-295/05, *Asemfo*, 2007, overw. 63.

beschouwen.¹²⁶⁶ Derhalve moet achtereenvolgens worden onderzocht of een bepaalde behoefte van algemeen belang is en of zij al dan niet van industriële of commerciële aard is.¹²⁶⁷

Wat betreft de zinsnede “opgericht met het specifieke doel”, wijzen wij op de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt aangenomen dat ook een instelling, die pas na haar oprichting taken van openbaar belang gaat behartigen voor wat die taken betreft “met dat doel is opgericht”.¹²⁶⁸

In de voor ons relevante periode is zowel het begrip ‘algemeen belang’ als het begrip ‘andere dan van commerciële of industriële aard’ aan bod gekomen in de rechtspraak van het Hof aan bod gekomen.

25. Het Hof van Justitie geeft aan het begrip “algemeen belang” traditioneel een zeer ruime invulling, zonder echter in de rechtspraak een algemene definitie terug te vinden. Daarbij hecht het Hof vooral belang aan het feit dat het gaat om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam, om redenen van algemeen belang, in het algemeen besluiten zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed willen behouden.¹²⁶⁹

In een recent arrest heeft Hof van Justitie onderzocht of de verwarming van woningen, openbare gebouwen, bedrijfsgebouwen en kantoren door het gebruik van energie uit afvalverbranding, als behartiging van het algemeen belang kan weerhouden worden: *“Voorzien in de verwarming voor een stedelijke agglomeratie door middel van een milieuvriendelijke procédé, vormt onmiskenbaar een doel van algemeen belang. Dat Fernwärme Wien is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, kan dus niet worden betwist.”*¹²⁷⁰

26. Het Hof van Justitie geeft evenmin een algemene definitie van het begrip “commerciële of industriële aard”. Telkens benadrukt het Hof dat dit begrip functioneel geïnterpreteerd moet worden.¹²⁷¹

Hoe kan men dan beoordelen of een aanbestedende dienst zich “door andere dan economische consideransen laat leiden”? Het Hof hanteert hier een aantal concrete criteria:

- is de activiteit van de instelling een economische activiteit, drijft zij concurrentie?¹²⁷²
- is winst maken de hoofddoelstelling van de instelling?¹²⁷³

1266 Wet 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanname van werken, leveringen en diensten, B.S. 22 januari 1994.

1267 HvJ C-18/01, *Arkikitehtuuriitoimisto Riita Korhonen*, 2003; HvJ C-373/00, *Adolf Truley GmbH*, 2003.

1268 HvJ C-44/96, *Mannesman Anlagenbau Austria AG e.a.*, 1998; HvJ C-360/96, *BFI Holding*, 1998.

1269 B. SCHUTYSER, “Het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten: een aantal evoluties in de rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2003)”, *T.B.P.* 2004, 261.

1270 HvJ C-470/99, *Universale Bau*, 2002.

1271 HvJ C-393/06, *Ing. Aigner*, 2008; HvJ C-360/96, *BFI Holding*, 1998.

1272 HvJ C-393/06, *Ing. Aigner*, 2008.

1273 B. SCHUTYSER, “Het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten: een aantal evoluties in de rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2003)”, *T.B.P.* 2004, 262.

- draagt de instelling het economisch risico van haar activiteit?¹²⁷⁴

Zijn de antwoorden op deze vragen positief, dan zal de instelling behoeften van industriële of commerciële aard behartigen.

In de hierboven besproken zaak Ing. Aigner paste het Hof van Justitie deze drie criteria toe en, besloot het dat de instantie in casu andere belangen dan van commerciële of industriële aard behartigde.¹²⁷⁵ Daarbij overwoog het Hof ondermeer dat de instantie een quasi-monopolie op de markt uitoefende, zodat er geen sprake kon zijn van concurrentie. De instantie had wel een winstdoel, maar dit vormde niet haar hoofddoelstelling. Blijkbaar draagt deze instantie evenmin het economisch risico van haar activiteiten: *“Ten slotte hecht de stad Wenen ook uit milieuoverwegingen bijzonder belang aan dit verwarmingssysteem. Gelet op de druk van publieke opinie, zou zij dan ook niet toestaan dat het systeem werd afgeschaft, zelfs niet indien dit systeem met verlies zou functioneren.”*

Bijgevolg was er in casu sprake van een “aanbestedende dienst”.

c. Afhankelijkheid

27. De derde voorwaarde van art. 4 §2 8° is de afhankelijkheid van een andere aanbestedende dienst. Er zijn drie criteria voorzien opdat er sprake kan zijn van afhankelijkheid: financiering, toezicht en samenstelling van het beslissingsorgaan.

Deze drie criteria zijn alternatief, niet cumulatief. Het volstaat dus dat aan één van deze voorwaarden voldaan is opdat er sprake is van afhankelijkheid. Enkel het eerste criterium kwam aan bod in de voor ons relevante rechtspraak.

28. Art. 4 § 2 8° Overheidsoopdrachtenwet stelt als eerste criterium voor de afhankelijkheidsvoorwaarde dat de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1° tot 8°.

Wat wordt bedoeld met “in hoofdzaak gefinancierd”? Het Hof van Justitie heeft in haar rechtspraak reeds duidelijk gemaakt dat aan dit criterium voldaan is indien meer dan de helft van de inkomsten van de instantie afkomstig is van de overheid.¹²⁷⁶

Recent heeft het Hof geoordeeld dat ook instanties die een indirecte financiering genieten, in aanmerking komen om als “aanbestedende dienst” te worden gekwalificeerd.¹²⁷⁷ In casu ging het om de Duitse openbare omroep, waarvan meer dan de helft van de inkomsten gegenereerd worden uit bijdragen be-

1274 HvJ C-18/01, *Arkikitehtuutoimisto Riita Korhonen*, 2003.

1275 HvJ C-283/00, *Commissie / Spanje*, 2003.

1276 HvJ C-283/00, *Commissie / Spanje*, 2003.

1277 T. KOTSONIS, “Regulation of a contracting entity pursuing activities falling in part within the field of application of directive 2004/17 and in part within that of directive 2004/18: Ing. Aigner (Case C-393/06)”, *P.P.L.R.* 2008, NA202: “With regard to the definition of a “body governed by public law”, the Court’s judgement essentially confirms principles that have already been established by previous case law ...”.

taald door burgers, die een televisietoestel bezitten. Een centraal agentschap, genaamd GEZ, int deze bijdragen.

Het Hof van Justitie hield rekening met volgende elementen om te besluiten dat er in casu sprake was van "financiering":

- de bijdrage waarmee de activiteit van de mogelijke publiekrechtelijk instelling wordt gefinancierd is gebaseerd op een Staatsverdrag, wat een handeling is van de staat. Deze bijdrage vloeit niet voort uit een overeenkomst tussen deze instelling en de verbruikers. Het bezit van een ontvangsttoestel is voldoende om een bijdrage verschuldigd te zijn.
- Het bedrag van de bijdrage is bepaald door de parlementen en regeringen van de Länder;
- Bij het innen van de bijdrage beschikt GEZ over bevoegdheden van openbaar gezag.

Het Hof komt aldus tot de volgende conclusie: *"Wat het derde streepje betreft, moet de uitdrukking "in hoofdzaak door de Staat gefinancierd" aldus worden uitgelegd, dat er sprake is van een dergelijke financiering wanneer de activiteiten van publiekrechtelijke omroeporganisaties met rechtspersoonlijkheid die een taak van openbaar belang hebben, die onafhankelijk zijn van de staat, zelfbesturend zijn en dusdanig zijn georganiseerd dat beïnvloeding door de overheid is uitgesloten en die geen deel uitmaken van de staatsorde, hoofdzakelijk worden gefinancierd door een bijdrage ten laste van bezitters van een ontvangsttoestel, die wordt opgelegd, berekend en geïnd overeenkomstig de bepalingen van daartoe gesloten overeenkomsten tussen de federale overheid en de deelstaten en die niet volgt uit een overeenkomst tussen deze instellingen en de verbruikers."*

Daarbij is van geen belang of de overheid de bijdrage int en dan beschikbaar maakt aan de omroeporganisaties, of dat de overheid het inningsrecht rechtstreeks toekent aan deze organisaties zelf. Bijgevolg is ook een indirecte financiering een "financiering" in het licht van het financieringscriteria. Het Hof hanteert met andere woorden een ruime definitie van het begrip "hoofdzakelijke financiering door publiekrechtelijke instellingen".¹²⁷⁸

Deze uitspraak lijkt ons logisch, nu een bijdrage die onafhankelijk is van het werkelijke gebruik van het ontvangsttoestel, in werkelijkheid een vorm van publieke subsidie is. Dit in tegenstelling tot het systeem van abonnement of pay-per-view voor de commerciële zenders, waarbij de betaling voortspuit uit een overeenkomst die zenders met de ontvangers afsluiten.¹²⁷⁹

Het Hof onderstreept daarnaast nog dat opdat aan de afhankelijkheidsvoorwaarde zou zijn voldaan, het niet noodzakelijk is dat een overheid een controle uitoefent of rechtstreeks tussenkomt bij de plaatsing van de overheidsopdracht. De notie "publiekrechtelijke instelling" moet worden beoordeeld op grond van

¹²⁷⁸ HvJ C-380/98, *University of Cambridge*, 2000.

¹²⁷⁹ HvJ C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e.a. v. GEWA*, 2007.

de criteria vermeld in de richtlijnen. Eén van deze criteria is de financiering. Het Hof van Justitie kan geen criteria toevoegen aan degene expliciet vermeld in de reglementering overheidsopdrachten.

C. Een onderneming

29. Een overheidsopdracht is een overeenkomst afgesloten tussen een aanbestedende dienst en één of meer ondernemers. (artikel 1.2.a richtlijn 2004/18/EG) Tot voor kort deed het Hof van Justitie geen uitspraken over het begrip 'ondernemer', zoals gehanteerd in de richtlijn 2004/18/EG.

In het reeds eerder besproken arrest *Commissie v. Italië*, waar het Hof van Justitie uitspraak moest doen over een zaak waarbij aanbestedende diensten akkoorden afsloten met vrijwilligersorganisaties betreffende transportdiensten, vindt men voor de eerste maal een aantal duidelijke overwegingen terug over de interpretatie van voornoemd begrip.¹²⁸⁰ De republiek Italië argumenteerde immers dat er geen sprake kan zijn van een overheidsopdracht daar de opdracht buiten het marktgebeuren valt en dus mededinging uitgesloten is. Deze argumentatie putte de republiek Italië uit het feit dat de vrijwilligersorganisaties geen winstgevend doel nastreven en zij personen verenigen gedreven door overwegingen van sociale solidariteit.

Voor de invulling van het begrip "onderneming" grijpt het Hof terug naar haar rechtspraak omtrent dit zelfde begrip in het mededingingsrecht (artikelen 81 e.v. EG-verdrag). Volgens het mededingingsrecht is slechts van een onderneming sprake als zij een economische activiteit uitoefent, ongeacht of zij een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft, en ongeacht de wijze waarop ze worden gefinancierd.¹²⁸¹ Vraag is dan wat men wel verstaat onder "economische activiteit". Volgens een aantal arresten van het Hof van Justitie verstaat men hieronder iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.¹²⁸² Aldus oordeelde het Hof reeds dat medische organisaties die zorgen voor ziekenvervoer moeten worden beschouwd als een onderneming.¹²⁸³

Hierop voortbouwend oordeelde het Hof in de zaak *Commissie v. Italië* dat het niet winstgevend karakter en de sociale doelen van de activiteiten niet het economisch karakter aan de activiteiten ontnemen. Net als in de zaak *Ambulanz Glöckner* gaat het om ziekenvervoer.

1280 R.S., "Un organisme public de radiodiffusion percevant une redevance est-il un pouvoir adjudicateur?", noot onder HvJ C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e.a. v. GEWA*, 2007, B.J.C.P. april 2008, 98.

1281 A. BROWN, "Whether German public broadcasters are financed for the most part by the state so as to fall within the EU procurement directives: *Bayerischer Rundfunk (C-337/06)*", P.P.L.R. 2008, NA126.

1282 HvJ C-119/06, *Commissie v. Italië*, 2007, overw. 36-41.

1283 HvJ C-41/90, *Höfner*, 1991, overw. 21; Y. HOUYET, "La libéralisation des services publics: analyse du traité CE et de la jurisprudence communautaire relative au droit primaire", CDPK, 2006, 876; zie ook M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006, 65, nr. 69 en P. ROTH and V. ROSE, *Bellamy & Child. European community law of competition*, Oxford University Press, 2007, 1031.

III. Besluit

30. Huidige bijdrage toont nog maar eens duidelijk aan dat het Hof van Justitie ook de laatste jaren in zijn rechtspraak een steeds extensievere interpretatie geeft aan de notie 'overheidsopdracht'. Het Hof voelt zich vooral gesteund door de doelstellingen, die zij terugvindt in de voorafgaande overwegingen van de richtlijnen overheidsopdrachten en in de constitutieve verdragen van de Europese Gemeenschap. Aldus tracht zij een democratische legitimiteit te geven aan haar uitspraken gekoppeld aan de expliciete taak die zij kreeg van de lidstaten in artikel 234 EG-verdrag.

Vraag rijst echter of het Hof op deze manier niet zelf op een bepaald ogenblik het bestaan van een communautaire rechtsorde ontkent. Eén van de wezensmerken van een rechtsstaat is nog altijd het democratisch karakter van de wijze waarop regelgeving totstandkomt. In de eerste plaats is de volksvertegenwoordiging hiertoe bevoegd en in de tweede plaats de door deze volksvertegenwoordiging aangeduide uitvoerders (regering) van de basisregelgeving. Het kan niet de taak zijn van een rechter om via een extensieve interpretatie van bepaalde reglementering in feite een stuk eigen regelgeving te creëren.

Een terrein waar het Hof van Justitie op een dergelijke grens lijkt te stuiten, is de in house-rechtspraak. Door mogelijkerwijze elke soort van samenwerking uitgaande van een overheid onder te brengen onder de reglementering overheidsopdrachten raakt het Hof aan de fundamenteën van de wijze waarop overheden in bepaalde lidstaten hun openbare dienst organiseren. Recente arresten geveld in dit kader lijken een halt toe te roepen aan de ongebreidelde extensieve interpretatie van het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten.

We kunnen bij het einde van huidige bijdrage enkel maar pleiten voor rechtszekerheid. Het is de taak van het Hof van Justitie om deze zoveel mogelijk te bieden, ook bij de interpretatie van de notie 'overheids-opdracht'.