

COLOFON

Redactie:
mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne bv, Utrecht

mr. R.D. Luteijn
Lexecon bv, Amsterdam

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Susters
Bartels Susters Fischer Aanstelingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

prof. mr. W.G.P.H.E. Wedekind
Emeritus hoogleraar aanbestedingsrecht
(Universiteit van Amsterdam)

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Dordrecht

Electra de Gijbe Mijns Drukkerij
redactionele projecten
e-mail: opmaak@nieuwsbriefplanet.nl

Litho: West-Verbeke
tel. 070-441 51 88

Abonnementen/Aanbestellingen
Abonnementen: € 129,- p.j. excl. btw
Reed Business bv
Postbus 808
7000 AV Doetinchem
tel. (0314) 358368
fax (0314) 358369
e-mail: abonnement@reedbusiness.nl

De Nederlandse Vereniging van Aanstelingsadvocaten
recht fundeert de juridische vraagstukken op het
gebied van het aanbestedingsrecht en internationale
aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, organiseert
en draait overheden en rechtsoverheden op het gebied
van hun inkoopprocedures en aanbestedingen.
In het kader van de implementatie van wetgeving EC
aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de ultieme
zorg besteed. Voor informatie die rechtens onvolledig
of onjuist is opgenomen, aanvaardt de redactie
en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele
verbeteringen van de opgenomen gegevens houden
zij zich gaarne aanbevelen.

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden
gearchiverd in de kennisbank Aanbesteden van
Reed Business bv.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt
voor het toezenden van informatie en/of speciale
aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal
geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen
bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed
Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808
7000 AV Doetinchem.

Niets uit deze uitgave mag worden
overgenomen of vermenigvuldigd zonder
voorafgaande schriftelijke toestemming
van de uitgever.

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv,
's-Gravenhage
© 2008
ISSN: 1384-2838

Vervolg van pagina 5 >

- 3 HvJ EG, arrest van 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann Air Services tegen Oostenrijk.
- 4 HvJ EG, arrest van 18 oktober 2001, zaak C-19/00, SIAC.
- 5 HvJ EG, arrest van 29 april 2004, zaak C-496/99, Succhi di Frutta.
- 6 Onder meer: Vzr. Rechtbank Breda 21 december 2007, LJN:BC2367, Vzr. Rechtbank Arnhem 7 december 2007, LJN:BC1189, Vzr. Rechtbank 's-Gravenhage 8 augustus 2007, LJN:BB3805, Vzr. Rechtbank Arnhem 16 maart 2007, LJN:BA2057, Vzr. Rechtbank Arnhem 21 februari 2007, LJN:BA1482, Vzr. Rechtbank Arnhem 26 februari 2007, LJN:BA1484, Rechtbank Haarlem 10 november 2006, LJN:AZ2581, Vzr. Rechtbank Amsterdam 27 april 2006, LJN:AX2485.
- 7 Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 mei 2007, LJN:BA5307.
- 8 Inventarisatie op basis van kleine steekproef van beschikbare uitspraken op rechtspraak.nl vanaf 1 november 2006 tot einde 2007.

DE ZAAK

Het begrip 'overheidsfinanciering'

Op 13 december 2007 werd door het Hof van Justitie EG het zogenaamde 'Rundfunk'-arrest¹ gewezen waarbij werd ingegaan op de vraag wanneer sprake is van 'overheidsfinanciering' zoals bedoeld in de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling'. Na 'Cambridge'² is dit de tweede uitspraak van het HvJ EG over dit onderwerp. Deze uitspraak bevat een aantal zeer interessante overwegingen. Reden om deze uitspraak aan een nadere analyse te onderwerpen.

De zaak

De zaak was aanhangig gemaakt door een schoonmaakbedrijf dat meende dat de Duitse omroeporganisaties hun (schoonmaak)opdrachten Europees dienden aan te besteden. De Duitse omroeporganisaties bestreden dit standpunt met het argument dat zij geen 'publiekrechtelijke instelling' waren zoals gedefinieerd in de aanbestedingsrichtlijnen. Aan de orde was derhalve de vraag of de Duitse omroeporganisaties al dan niet kwalificeren als een 'publiekrechtelijke instelling'. Niet in discussie was dat deze organisaties rechtspersoonlijkheid bezaten, voorzagen in behoeften van algemeen belang, andere dan die van commerciële aard. Omdat de bestuurders niet door de overheid werden benoemd en evenmin sprake was van overheidstoezicht op het beheer, draaide het uiteindelijk om de vraag of deze organisaties 'in hoofdzaak worden gefinancierd' door de overheid. In dat verband zijn de hierna te noemen feitelijke omstandigheden van belang. De oprichting van

de Duitse organisaties vloeit voort uit de Duitse Grondwet en verschaft deze organisaties verregaande onafhankelijkheid: politieke inmenging is uit den boze. De financiering vloeit bijgevolg evenzeer voort uit de wet: alle bezitters van een radio/tv-toestel zijn verplicht een omroepbijdrage te betalen. Deze betalingsverplichting vloeit derhalve voort uit de wet en niet uit een contractuele relatie tussen de bezitter van een toestel en de omroeporganisatie; de bijdrage is ook verschuldigd indien men het toestel niet gebruikt. De hoogte van de bijdrage wordt door de parlementen van de deelstaten vastgesteld. De inning van achterstallige bijdragen geschiedt door een centrale incassodienst door middel van een bestuursrechtelijke procedure. De bijdrage is, als gezegd, gekoppeld aan het bezit van een toestel en is niet gebaseerd op een contractuele relatie tussen 'gebruiker' en de omroeporganisatie, laat staan een vrijwillige contractuele relatie. Het HvJ EG is van oordeel dat deze feiten en omstandigheden in hun onderlinge samenhang beschouwd het oordeel rechtvaardigen dat in

casu sprake is van 'overheidsfinanciering', zulks nu het totaal der bijdragen meer dan de helft van de begroting van de omroeporganisaties betreft. Daarbij overweegt het HvJ EG uitdrukkelijk dat het begrip 'overheidsfinanciering', gelet op de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen en, uiteindelijk, het vrijmaken van de interne markt, ruim of 'functioneel' dient te worden geïnterpreteerd. Een rechtstreekse financiering door de staat van, in casu, de omroeporganisaties is dan ook niet vereist. Een indirecte financieringswijze zoals in casu aan de orde was, was in de ogen van het HvJ EG voldoende.

Voorts was door de verwijzende rechter aan het HvJ EG de vraag gesteld of de voorwaarde 'door de staat gefinancierd' de rechtstreekse tussenkomst vereist van de overheid bij de plaatsing van overheidsopdrachten.

Het HvJ EG is van oordeel dat deze vraag ontkennd dient te worden beantwoord, enerzijds omdat de bewoordingen van de betreffende bepaling zulks niet vereisen, anderzijds omdat de omroeporganisaties in indirecte zin afhankelijk zijn van de staat en bijgevolg de staat indirect haar invloed kan aanwenden om opdrachten op andere dan strikt zakelijke gronden te verstrekken.

Commentaar

Het is niet verrassend om te lezen dat het HvJ EG het begrip 'publiekrechtelijke instelling' en de diverse onderdelen van deze definitie (in casu het onderdeel 'overheidsfinanciering') ruim althans functioneel uitlegt, zij het dat dit ten aanzien van het onderdeel 'overheidsfinanciering' niet eerder met zoveel woorden was uitgemaakt.

Het interessante punt hierbij is dat geen sprake behoeft te zijn van een directe, rechtstreekse geldstroom van de overheid naar de publiekrechtelijke instelling, doch dat een door de overheid bij wet gecreëerd stelsel waarbij privépersonen vergoedingen betalingen aan de betreffende instelling evenzeer als 'overheidsfinanciering' gekwalificeerd kan worden. Parafaserend: een betaling door privépersonen kan derhalve (onder omstandigheden) als een 'overheidsfinanciering' (in aanbestedingsrechtelijke zin) worden aangemerkt (!).

Deze vaststelling roept al gauw de associatie op met instellingen in de gezondheidszorg – en ziekenhuizen in het bijzonder – en woningcorporaties. Alhoewel de situaties bepaald niet 'een-op-een' vergelijkbaar zijn, zijn er natuurlijk wel enige parallellen te ontdekken tussen enerzijds de onderhavige uitspraak en anderzijds de instellingen in de gezondheidszorg en woningcorporaties.

Immers, sedert de invoering van ons nieuwe zorgstelsel per 1 januari 2006 worden burgers verplicht een basisverzekering af te sluiten. Iedere Nederlander is wettelijk verplicht een basisverzekering af te sluiten. Een opt-out mogelijkheid – lees: de mogelijkheid om zich niet te verzekeren – is er niet. De zorgverzekeraar is verplicht tot acceptatie. Het basispakket is voor iedereen gelijk. Ook indien men geen gebruikmaakt van zorg, is men toch een premie verschuldigd (zij het dat dat nu eenmaal inherent is aan een verzekeringscontract). De premies voor een basisverzekering zijn in grote lijnen dezelfde. Naast deze vorm van financiering is er ook nog een door de overheid ingesteld vereveningsfonds dat voorziet in financiering van de zorg en overigens is de zorg(sector) omgeven met een uitgebreid stelsel van wet- en regelgeving, inclusief toezichts- en handhavingsmechanismen.

Alhoewel er natuurlijk ook saillante verschillen zijn (zo geschiedt de incasso van de premies voor de basisverzekering niet via de bestuurlijke maar via de civiele rechter, terwijl er voorts wel een contractuele relatie te leggen is tussen het betalen van premie en het verkrijgen van zorg), kan men in algemene zin stellen dat ons zorgstelsel in haar onderlinge samenhang een door de overheid (met als auctor intellectualis minister Hoogervorst) geïmplementeerd en 'van bovenaf' opgelegd stelsel is en waarvan de uitvoering door de overheid via controle en toezichtmechanismen wordt gewaarborgd. Of daarmee ook sprake is van 'overheidsfinanciering' in de hier aan de orde zijnde zin, is natuurlijk nog steeds de vraag maar een aantal parallellen is tenminste interessant te noemen.

Het zou in ieder geval interessant zijn te weten of de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in de 'Antonius'-zaak tot dezelfde overwegingen was gekomen omtrent de uitleg van het begrip 'overheidsfinanciering' indien deze uitspraak toen reeds voorhanden zou zijn geweest.³ Overigens 'zouden we er dan nog niet zijn': naast deze voorwaarde moet immers ook voldaan zijn aan de voorwaarde dat een instelling voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan van commerciële aard. De vraag of ziekenhuizen aan die voorwaarde voldoen ligt thans voor bij het Gerechtshof te Arnhem als gevolg van de verwijzing door de Hoge Raad in de Amphia-zaak.⁴ Ook het oordeel van het HvJ EG dat het niet noodzakelijk is dat de overheid direct en rechtstreeks kan ingrijpen bij de opdrachtverstrekking door een publiekrechtelijke instelling om als zodanig te kunnen kwalificeren, is bepaald relevant, met name nu regelmatig werd verondersteld dat dit vereiste wél gold.

Ook voor woningcorporaties is deze uitspraak niet zonder relevantie. Anders dan ten aanzien van ziekenhuizen is er ten aanzien van corporaties nog steeds geen rechtspraak voorhanden in Nederland. De 'hamvraag' was en is of ten aanzien van corporaties sprake is van 'overheidstoezicht' dan wel 'overheidsfinanciering' (en zo dat het geval zou zijn dan zouden de corporaties als publiekrechtelijke instellingen dienen te worden aangemerkt).

Deze uitspraak geeft in ieder geval wat meer voeding aan de gedachte dat deze vraag mogelijk bevestigend moet worden beantwoord, omdat ook ten aanzien van corporaties gesteld kan worden dat (ook) hun bestaan en functioneren in brede zin is ingebed in een door de overheid bij wet gecreëerd stelsel, waarbij weliswaar geen sprake is van directe financiering door de overheid, maar tenminste wel de nodige indirecte (dwars)verbanden te leggen zijn tussen overheid en corporaties waar het haar financiering betreft (een en ander uiteraard nog los van de vraag of ten aanzien van corporaties mogelijk sprake is van 'overheidstoezicht').

Enfin, voldoende stof tot (verder) nadenken. Nadere rechtspraak waarbij de implicaties van deze uitspraak aan de orde komen, zal zonder twijfel volgen.

mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

Noten

- 1 HvJ EG 13 december 2007, C-337/06.
- 2 HvJ EG 3 oktober 2000, C-390/98.
- 3 Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 17 augustus 2007, LJN: BB1867. Zie in casu met name de overwegingen 4.14.4 en 4.17.
- 4 Hoge Raad 1 juni 2007, LJN: AZ9872.