

# Op het snijvlak van aanbestedings-, mededingings- en ondernemingsrecht

*De 'ARA'-zaak in breder perspectief (HvJ EG 10 november 1998, C-360/96)*

**Meer en meer overheidsinstanties privatiseren een activiteit en verstrekken aan deze nieuwe vennootschap**

**opdracht om tegen vergoeding een aantal taken te verrichten. Maar moet deze opdracht niet overeenkomstig de**

**Europese aanbestedingsrichtlijnen worden aanbesteed? Aan deze 'bruidsschatproblematiek' kan worden ontkomen**

**door de commerciële activiteiten te splitsen van de publieke activiteiten door ze onder te brengen in verschillende**

**vennootschappen.**

**O**p het gebied van het Europese aanbestedingsrecht zijn de gemoederen geruime tijd bezig gehouden als gevolg van een aantal rechterlijke uitspraken waarbij de zogenaamde 'bruidsschatproblematiek' aan de orde kwam, kortweg: een overheidsinstantie verzelfstandigt of privatiseert een activiteit door deze in een vennootschap onder te brengen en verstrekt tegelijkertijd aan deze vennootschap een opdracht om tegen een vergoeding ten behoeve van de betreffende overheidsinstantie een aantal taken te verrichten.<sup>1</sup> Cruciale vraag is of de betreffende door de overheidsinstantie verstrekte opdracht overeenkomstig de Europese aanbestedingsrichtlijnen dient te worden aanbesteed.

In het navolgende artikel wordt betoogd dat met behulp van het vennootschapsrecht wellicht op betrekkelijk eenvoudige wijze aan de bruidsschatproblematiek kan worden ontkomen. Bovendien wordt daarmee een situatie gecreëerd die past in de door de Werkgroep Cohen gepropageerde voorstellen om oneerlijke concurrentie door overheden en de daarmee verbonden bedrijven tegen te gaan.

Alvorens tot conclusies te komen zal een korte uiteenzetting worden gegeven over het aanbestedingsrecht, waarna een aantal terzake relevante rechterlijke uitspraken (voornamelijk op het gebied van afvalinzameling en meer in het bijzonder de 'ARA'-zaak) zal worden behandeld.

## Aanbestedingsrecht

Het in Nederland geldende aanbestedingsrecht is in hoofdzaak geënt op een viertal Europese richtlijnen.<sup>2</sup> Uitgangspunt van deze richtlijnen is dat (semi-)overheden alsmede bedrijven in de nutssectoren<sup>3</sup> de aankoop van zaken, opdrachten tot het verrichten van diensten alsmede opdrachten tot de realisatie van werken aanbesteden overeenkom-

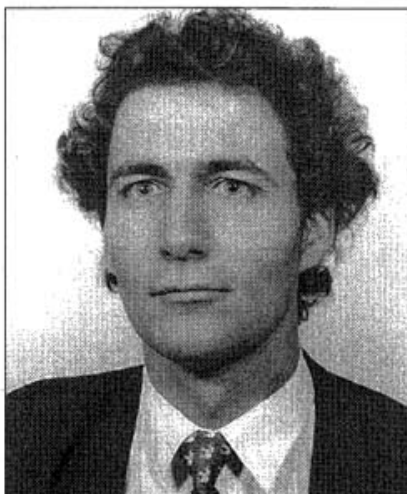
stig de procedures als vervat in de toepasselijke richtlijn. Geen aanbesteding behoeft plaats te vinden indien het in de richtlijn genoemde drempelbedrag niet wordt overschreden.<sup>4</sup> Deze richtlijnen hebben krachtens de Raamwet en een tweetal daarop gebaseerde AMvB's – die (nagenoeg) uitsluitend verwijzen naar de bepalingen van de richtlijnen – rechtstreekse werking in Nederland.<sup>5</sup> De doelstelling van de richtlijnen is onder meer: bevordering van intracommunautaire handel en het tegengaan van discriminatie tussen buitenlandse en binnenlandse inschrijvers. Alle richtlijnen bevatten een aantal aanbestedingsprocedures.<sup>6</sup>

## De 'publiekrechtelijke instelling' en artikel 6 van de richtlijn diensten

De richtlijnen hebben niet uitsluitend een aanbestedingsverplichting gelegd op de 'klassieke' overheden als ministeries, gemeenten, provincies e.d., doch tevens op zogenaamde 'publiekrechtelijke instellingen'. Een publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen is een instelling die:

- a. is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard; en
- b. rechtspersoonlijkheid heeft; en
- c. waarvan:
  - ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd;
  - ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste;
  - ofwel de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

*R.D. Luteijn is  
manager Legal  
Services bij een  
accountants- en  
advieskantoor te  
Amsterdam.*



Krachtens deze definitie zijn bijvoorbeeld<sup>7</sup> instellingen in de gezondheidszorg,<sup>8</sup> product- en bedrijfschappen, onderwijsinstellingen, waterschappen en instellingen in de sociale zekerheid aanbestedingsplichtig. De definitie geeft in de praktijk aanleiding tot veel discussie – met name het onder a. genoemde criterium – temeer nu deze cumulatieve eisen niet strikt grammaticaal maar functioneel<sup>9</sup> dienen te worden geïnterpreteerd.

De richtlijnen bevatten tevens enige uitzonderingsbepalingen. Relevant is in casu artikel 6 van de richtlijn diensten welk artikel bepaalt dat de richtlijn (diensten) niet van toepassing is:

- ‘op overheidsopdrachten voor dienstverlening
- die worden gegund aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is (...)
- op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet,
- op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag.’

De toelichting op dit artikel is summier;<sup>10</sup> zij is toegevoegd om te verzekeren dat bepaalde overheidsopdrachten die krachtens de wet aan een bepaalde overheidsinstantie dienen te worden toegekend, buiten het bestek van de richtlijn vallen.<sup>11</sup>

### ARA NV / BFI: inleiding<sup>12</sup>

De gemeenten Arnhem en Rheden richten gezamenlijk ARA NV op, aan welke vennootschap het exclusieve recht wordt toegekend het gemeentelijk huisvuil op te halen. Bovendien wordt krachtens de statuten aan ARA NV de mogelijkheid toegekend commerciële activiteiten te ontwikkelen en zich aldus op de particuliere afvalinzamelingsmarkt (meer in het bijzonder het inzamelen van bedrijfsafval) te begeven. BFI voorziet oneerlijke overheidsconcurrentie en stelt zich op het standpunt dat de opdracht tot inzameling van het gemeentelijk huisvuil overeenkomstig de richtlijn diensten had behoren te worden aanbesteed door de gemeenten Arnhem en Rheden, zodat BFI daarnaast had kunnen mededingen. De gemeenten beroepen zich op artikel 6 van de richtlijn diensten: zij zijn van oordeel dat ARA NV

een aanbestedende dienst is en dat de opdrachtverlening is gebaseerd op een uit bestuursrechtelijke bepalingen voortvloeiend alleenrecht. BFI krijgt in eerste instantie bij de rechtbank te Arnhem gelijk.<sup>13</sup> Het gerechtshof stelt – nadat hoger beroep door de gemeenten was ingesteld – prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te Luxemburg.<sup>14</sup>

### Mannesmann (Oostenrijkse Staatsdrukkerij)

In deze zaak ging het om de Oostenrijkse Staatsdrukkerij.<sup>15</sup> Deze onderneming verrichtte een aantal taken in het algemeen belang, zoals de vervaardiging van drukwerk voor het federaal bestuur, paspoorten, rijbewijzen, het drukken van het Oostenrijkse Staatsblad e.d. Deze activiteiten waren bescheiden van omvang. Voor het overige verrichtte zij commerciële activiteiten, naar schatting ca. 80%. Waar het met name om draaide was de vraag of de Staatsdrukkerij als aanbestedende dienst kon worden aangemerkt.

Het Europese Hof van Justitie is van oordeel dat de Oostenrijkse Staatsdrukkerij kwalificeert als een aanbestedende dienst: zij is ooit opgericht met het specifieke doel om algemeen belang, althans staatszaken te verrichten en verricht deze taken thans nog. Het feit dat zij daarnaast commerciële activiteiten ontwikkelt is irrelevant. Evenmin is relevant dat de omvang van die activiteiten zich in de loop der tijden wijzigt;<sup>16</sup> een andersluidend standpunt zou de rechtszekerheid te zeer ondergraven.<sup>17</sup>

Gevolg van deze uitspraak is overigens wel dat de Oostenrijkse Staatsdrukkerij haar inkopen dient aan te besteden overeenkomstig de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Een wat merkwaardige situatie voor een vennootschap die voor ca. 80% commerciële activiteiten verricht.

Een ander gevolg van deze uitspraak lijkt te zijn dat gemeenten die hun afvalinzameling willen verzelfstandigen en in een aparte NV of BV wensen onder te brengen, te allen tijde een beroep op artikel 6 richtlijn diensten zouden kunnen doen: uit de uitspraak volgt immers dat indien een entiteit eenmaal is opgericht met het specifieke doel taken in het algemeen belang te verrichten, de omvang van de naderhand ontwikkelde commerciële activiteiten niet meer van belang is om als aanbestedende dienst te worden gekwalificeerd.<sup>18</sup>

Dit lijkt een vrijbrief voor concurrentievervalsing (zie hieronder): een gemeente verstrekt aan ‘haar’ N.V. of B.V. een jarenlange exclusieve opdracht, waarbij deze N.V. of B.V. de mogelijkheid heeft om met deze opdracht c.q. publieke gelden commerciële activiteiten te ontwikkelen en te financieren. Of steekt uitgerekend de slotzinsnede van artikel 6 richtlijn diensten (‘op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag’) of de andere bepalingen van het EG-verdrag hier een stokje voor?<sup>19</sup>

### ARA NV / BFI: conclusie A-G en uitspraak Hof van Justitie

Terug naar de ARA-zaak. De conclusie van Advocaat-Generaal La Pergola is (ten dele) verrassend. Naar zijn oordeel dient ARA NV vereenzelvigd te worden met de gemeenten, zodat van een ‘overheidsopdracht’ in de zin van de richtlijn geen sprake kan zijn.<sup>20</sup>

Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is de conclusie van de Advocaat-Generaal minder verrassend: bij de beoordeling van mededingingsbeperkende overeenkomsten onder het regime van artikel 85 EG-Verdrag, worden overeen-

*Dit lijkt een vrijbrief voor  
concurrentievervalsing: een gemeente  
verstrekt aan 'haar' N.V. of B.V. een  
jarenlange exclusieve opdracht, waarbij deze  
N.V. of B.V. de mogelijkheid heeft om met  
deze opdracht c.q. publieke gelden  
commerciële activiteiten te ontwikkelen en te  
financieren.*

komsten tussen een moeder- en dochtervennootschap buiten beschouwing gelaten. Deze vennootschappen worden als een economische entiteit beschouwd en van (mededingingsbeperkende) overeenkomsten tussen hen kan derhalve (in beginsel) geen sprake zijn.<sup>21</sup>

Het Hof van Justitie sluit – anders dan de Advocaat Generaal – echter wel duidelijk aan bij het oordeel in de Mannesmann-zaak. Alhoewel zij geen rechtstreeks antwoord geeft op de vraag of ARA NV al dan niet als aanbestedende dienst kan worden aangemerkt, kan uit de beantwoording van de door het gerechtshof te Arnhem gestelde vragen worden opgemaakt dat het gerechtshof naar alle waarschijnlijkheid

zal oordelen dat ARA NV als aanbestedende dienst dient te worden aangemerkt. ARA NV is immers ooit opgericht met het specifieke doel taken in het algemeen belang te verrichten, waarbij niet (primair) het maken van winst was beoogd. Dat ARA NV tegelijkertijd commerciële activiteiten zou (kunnen) ontplooiën doet vervolgens niet meer af aan de kwalificatie als aanbestedende dienst, zelfs niet indien de commerciële activiteiten procentueel gezien een belangrijk onderdeel van de activiteiten van ARA NV zouden gaan uitmaken. De uitspraak in de ARA-zaak is m.i. derhalve niet wezenlijk anders dan het oordeel van het Hof van Justitie in de Mannesmann-zaak.<sup>22</sup>

## Twente/Afvalbeheer<sup>23</sup>

Tot slot nog enige woorden over een zaak in het oosten des lands.<sup>24</sup> Een aantal gemeenten in Twente richt Twente Milieu NV op welke entiteit in hoofdzaak algemeen belang-taken heeft. De gemeenten zijn aandeelhouders. Afvalbeheer (een particuliere afvalinzamelaar) is van oordeel dat de opdracht van de gemeenten aan de N.V. om het huisvuil in te zamelen had moeten worden aanbesteed. Artikel 6 van de richtlijn diensten (op welk artikel de gemeenten zich beroepen) mist toepassing volgens Afvalbeheer: Hanze Milieu BV, het commerciële bedrijfsonderdeel van energiebedrijf EDON, had zich namelijk financieel garant gesteld voor de NV, terwijl EDON het, volgens Afvalbeheer, voor het zeggen had binnen de NV. Afvalbeheer meende derhalve dat, vanuit economische optiek, EDON – en niet de gemeenten – de activiteiten voor haar rekening nam. De Rechtbank Almelo stelde de gemeenten echter in het gelijk: met name nu

1. Vgl. ook de handboeken: Mr E.H. Pijnacker Hordijk/Mr G.W. van der Bend 'Aanbestedingsrecht', 1996, p. 84 e.v.; Mr M.L.E. Liem/Mr I.A.H. Dolmans-Budé, 'Praktisch Europees Aanbesteden', 1996, p. 43 e.v.;

Mr G.W.A. van de Meent, 'Overheidsaanbestedingen: de EG-rechtelijke context', 1995, p. 99 e.v. alsmede de volgende artikelen: Mr M.J.J.M. Essers, NTER 1997, p. 235 e.v.; Mr E. Steyger, Tijdschrift Privatisering, jaargang 6, nr 3; Mr G.W.A. van de Meent, Tijdschrift Privatisering, jaargang 2, nr 5; Mr J.C.E. Ackermans-Wijn, 'Overheid en Onderneming', 1998, p. 269 e.v.

2. Richtlijn leveringen (93/36/EG), richtlijn diensten (92/50/EG), richtlijn werken (93/37/EG) en de richtlijn nutssectoren (93/38/EG), gewijzigd bij wijzigingsrichtlijnen 98/4/EG en 97/52/EG.

3. O.a. energieproducenten en distributeurs, exploitanten van havens en luchthavens, exploitanten van openbaar vervoernetten e.d.

4. De thans geldende drempelbedragen zijn: ca. NLG 430 000 voor leveringen en diensten die worden aanbesteed door aanbestedende diensten anders dan de centrale overheid, ca. NLG 290 000 voor leveringen en diensten die worden aanbesteed door de centrale overheid en ca. NLG 11 000 000 voor werken. Als gevolg van de inwerkingtreding van het Government Procurement Agreement (GPA) is de vraag welk drempelbedrag dient te worden toegepast verworpen tot een lappendeken nu, afhankelijk van het object dat wordt aanbesteed en het sub-ject dat aanbesteedt, de drempel uitgedrukt

wordt in SDR dan wel ECU en tot gevolg heeft dat in het ene geval de drempel NLG 431 087 (op basis van ECU) en in het andere geval NLG 444 067 (op basis van SDR) bedraagt (voor diensten en leveringen) en ten aanzien van werken NLG 11 101 666 (op basis van SDR) en NLG 10 777 171 (op basis van ECU). Zie Stcr. 1998, 24, p. 16.

5. Raamwet EG-voorschriften Aanbestedingen, op basis waarvan twee AMvB's (Besluit overheidsaanbestedingen en Besluit aanbestedingen nutssector) zijn vastgesteld (Stb. 1993, 212, 214 en 305) en vervolgens gewijzigd (Stb. 1994, 379, codificatie in 381 alsmede Stb. 1994, 376, codificatie in 377), waarna in 1997 een nieuwe wijziging plaatsvond (Stb. 1997, 435, 436, 437 en Stb. 1998, 743).

6. De openbare procedure, de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Afhankelijk van de situatie kan de aanbestedende instantie opteren voor een strikt gereguleerde aanbestedingsprocedure waarbij onderhandelingen in beginsel zijn uitgesloten (de zgn. openbare en niet-openbare procedure) dan wel een procedure waarbij de aanbestedende instantie een ruime onderhandelingsbevoegdheid heeft (de onderhandelingsprocedures).

7. Opgemerkt wordt dat deze opsomming bedoeld is ter illustratie teneinde de minder ingevoerde lezer een beeld te schetsen wat mogelijk-kerwijs onder het begrip 'publiekrechtelijke in-

stelling' zou kunnen worden verstaan. Per genoemde instelling zal aan de hand van de criteria moeten worden bepaald of de betreffende instelling kan worden aangemerkt als een 'publiekrechtelijke instelling'. Privé-klinieken en particuliere onderwijsinstellingen zullen immers niet als 'publiekrechtelijke instelling' kunnen worden aangemerkt, terwijl het wel degelijk instellingen in de gezondheidszorg en het onderwijs zijn. Recent is door het Ministerie van EZ een nieuwe, aanmerkelijk uitgebreidere (niet-limitatieve!) lijst van publiekrechtelijke instellingen gepubliceerd (<http://info.minez.nl/eu-tender>).

8. Ten aanzien van instellingen in de gezondheidszorg bestaat overigens al geruime tijd discussie over de vraag of de richtlijnen nu wel of niet van toepassing zijn op deze instellingen. Vgl. o.a. Mr H.J. van der Horst, NTER 1996, p. 287 e.v. Mr R.D. Luteijn, Tender Nieuwsbrief, juni 1996 en Mr W. Wedekind, Tender Nieuwsbrief, maart 1997. Ook ten aanzien van woningcorporaties en zorgverzekeraars woedt een overeenkomstige discussie.

9. Op grond van HvJ EG 31/87 ('Beentjes'), 20 sept. 1988, Jur. 1988, p. I-4635 zou men wellicht nog kunnen betogen dat uitsluitend het onder de toen geldende richtlijn gehanteerde begrip 'Staat' functioneel diende te worden gehanteerd. Op grond van HvJ EG ('ARA NV / BFI'), 10 nov. 1998, C-360/96, r.o. 62, dient m.i. het begrip 'aanbestedende dienst' functioneel te worden geïnterpreteerd. Vgl. daartoe voorts de zeer recent gewezen uitspraak HvJ EG 17 dec. —



de NV nauwelijks commerciële activiteiten uitvoerde, diende zij gekwalificeerd te worden als een aanbestedende dienst, zodat terecht een beroep op artikel 6 richtlijn diensten kon worden gedaan. Dit kon echter anders worden zodra de commerciële activiteiten van substantiële aard werden.

### (Juridische) splitsing

De vraag die uit voorgaande gevallen voortvloeit is of de daarin geschetste problematiek had kunnen worden voorkomen. Naar mijn oordeel luidt het antwoord bevestigend. Aan deze problematiek had op betrekkelijk eenvoudige

*Aan deze problematiek had op betrekkelijk eenvoudige wijze kunnen worden ontkomen door op het moment van verzelfstandiging een onderscheid te maken tussen enerzijds de activiteiten die worden verricht in het algemeen belang en anderzijds de puur commerciële activiteiten en deze activiteiten onder te brengen in verschillende vennootschappen.*

wijze kunnen worden ontkomen door op het moment van verzelfstandiging een onderscheid te maken tussen enerzijds de activiteiten die worden verricht in het algemeen belang en anderzijds de puur commerciële activiteiten en deze activiteiten onder te brengen in verschillende vennootschappen. Deze vennootschappen zouden moeder- respectievelijk dochtervennootschap of zustervennootschappen van elkaar kunnen zijn.<sup>25</sup> In de hierboven geschetste gevallen ontstonden met name problemen omdat de verzelfstandigde entiteit een hybride karakter had: enerzijds had de entiteit tot taak activiteiten in het algemeen belang te verrichten waarmee (primair) niet het maken van winst werd beoogd, anderzijds was er tenminste de mogelijkheid om commerciële activiteiten uit te voeren binnen diezelfde entiteit (en dit gebeurde ook feitelijk).

De gemeente die een publieke taak verzelfstandigt kan in geval van splitsing van de betreffende activiteiten en onderbrenging daarvan in onderscheiden vennootschappen, m.i. zonder wezenlijke risico's een opdracht verstrekken aan de vennootschap die tot doel heeft louter taken in het algemeen belang en zonder winstoogmerk te verrichten.<sup>26</sup> Deze vennootschap zal m.i. naar alle waarschijnlijkheid kwalificeren als een aanbestedende dienst en de gemeente kan derhalve een geslaagd beroep doen op artikel 6 richtlijn diensten, aan-

genomen dat in gemeentelijke besluiten, verordeningen en overige wettelijke en/of bestuursrechtelijke bepalingen duidelijk wordt gemaakt dat sprake is van een exclusief recht in de zin van artikel 6 richtlijn diensten. Gegeven het oordeel van Advocaat-Generaal La Pergola zou mogelijk ook nog betoogd kunnen worden dat de betreffende ('algemeen belang') vennootschap en de gemeente dienen te worden vereenzelvigd en dat van een opdracht in de zin van de richtlijn diensten überhaupt geen sprake is, doch louter van een – wat men zou kunnen noemen – 'interne werkafpraak'. Men kan echter betwijfelen of deze opvatting, gelet op de uitspraak van het Hof van Justitie, nog verdedigbaar is.

In een andere vennootschap kunnen vervolgens commerciële activiteiten verricht worden die samenhangen met de algemeen belang-activiteiten. Deze vennootschap kan een overeenkomst aangaan met de vennootschap die is opgericht om taken in het algemeen belang te verrichten, waarbij bedrijfsmiddelen en know-how door de 'algemeen belang' vennootschap worden verkocht of verhuurd aan de 'commerciële' vennootschap, terwijl tevens voor financiering kan worden zorg gedragen.<sup>27</sup> Uiteraard zal tegen zakelijke ('at arms length') prijzen afgerekend dienen te worden tussen deze vennootschappen. Het feit dat de gemeente of de vennootschap die taken in het algemeen belang verricht, alle aandelen houdt in de vennootschap die uitsluitend commerciële activiteiten verricht, maakt de commerciële vennootschap niet tot een aanbestedende dienst. Dat sprak mijns inziens al voor zich, maar wordt nog eens bevestigd in de zaak Mannesmann: het financieren van een commerciële onderneming of het houden van de meerderheid der aandelen daarin, brengt niet onverkort met zich mee dat de commerciële onderneming als een aanbestedende dienst dient te worden aangemerkt.<sup>28</sup>

Voor wat betreft bestaande ondernemingen die zich zowel met commerciële activiteiten bezig houden als met activiteiten in het algemeen belang, kan (af)splitsing van de commerciële activiteiten plaatsvinden door een activa/passiva-transactie, doch sinds kort staat daartoe ook de weg open van de juridische splitsing.<sup>29</sup> Omdat in geval van een juridische splitsing de activa en passiva overgaan onder algemene titel, voorkomt men allerlei bewerkelijke leveringshandelingen. Klaarblijkelijk meenden de gemeenten Arnhem en Rheden ook dat een dergelijke splitsing gewenst was: gaandeweg de procedure werd Aracom opgericht waarin de activiteit terzake het inzamelen van het bedrijfsafval werd ondergebracht, welke activiteit voorheen was ondergebracht in ARA NV.<sup>30</sup>

### Fiscale aspecten

Een dergelijke splitsing van activiteiten is niet alleen vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek verstandig, doch vanuit mededingingsrechtelijke optiek (zie hierna) is zij evenzeer gewenst. Vanuit de fiscale optiek bezien maakt het niet uit of er al dan niet gesplitst wordt. Desalniettemin enige opmerkingen ter zake.

Overheden en overheidsbedrijven zijn in beginsel niet Vpb-plichtig. Indien een dergelijke onderneming tevens enige commerciële activiteit gaat ontwikkelen, zou een zodanige onderneming een enorm concurrentievoordeel hebben ten opzichte van haar concurrenten die over de met commerciële activiteiten behaalde winst wel (35%) Vpb dienen te betalen.<sup>31</sup> De Wet Vpb bevat een limitatieve opsomming van door overheidsbedrijven uitgeoefende activiteiten die belas-

tingplichtig zijn. Dat betekent dat overheidsactiviteiten die niet in deze opsomming voorkomen niet Vpb-plichtig zijn. Echter, een deel van deze (vrijgestelde) activiteiten kan (en wordt) in concurrentie met particuliere ondernemers uitgeoefend (zoals afvalinzamelingsdiensten). In dergelijke gevallen geniet het overheidsbedrijf derhalve een enorm concurrentievoordeel. Dat voordeel wordt echter niet teniet gedaan door de onderscheiden activiteiten onder te brengen in twee verschillende vennootschappen. In een dergelijk geval zijn beide vennootschappen niet Vpb-plichtig indien de vennootschappen beide tot doel hebben het verrichten van afvalinzamelingsdiensten.<sup>32</sup> Een anomalie m.i.

Ten aanzien van de BTW-plicht (17,5 %) ligt de materie genuanceerder: commerciële activiteiten (niet zijnde activiteiten die op grond van een specifiek voor de overheid geldend regime aan de overheid zijn opgedragen) zijn over het algemeen belast met BTW (17,5 %),<sup>33</sup> ongeacht de entiteit die deze activiteit verricht. Derhalve maakt het niet uit of BTW-belaste activiteiten worden verricht door een gemeente, een door haar opgerichte vennootschap die tot doel heeft taken in het algemeen belang te verrichten, een louter commercieel opererende vennootschap of een vennootschap die beide activiteiten verricht.

### Oneerlijke concurrentie

Op het voorgaande sluit de mededingingsrechtelijke problematiek aan: terecht beklagen particuliere ondernemers zich over het feit dat meer en meer overheidsondernemingen of ondernemingen die indirect gefinancierd worden met – wat men zou kunnen noemen – publieke (veelal krachtens

overheidsmonopolie verkregen) gelden, zich op de particuliere markt begeven en allerlei voordelen genieten die de particuliere ondernemer niet heeft.<sup>34</sup> De separering van activiteiten in onderscheiden vennootschappen ondervangt dit probleem voor een belangrijk deel. Van een voorsprong is alsdan geen althans in aanzienlijk mindere mate sprake. De mogelijkheid tot kruissubsidiëring wordt eveneens ingeperkt. De vennootschappen voeren aparte boekhoudingen, waardoor een grotere transparantie ontstaat dan in het geval beide activiteiten gezamenlijk in een vennootschap geadmistreerd zouden worden. Kruissubsidiëring kan uiteraard niet geheel worden uitgesloten met name omdat kruissubsidiëring zich in allerlei, vooral subtiele, vormen kan voordoen; in welke gevallen kan men bijvoorbeeld stellen dat de commercieel opererende vennootschap wel respectievelijk niet markt conform wordt gefinancierd? En: wordt er voor ontastbare 'assets' als know-how, markt- en productkennis een vergoeding betaald? Desalniettemin wordt door een dergelijke splitsing deze problematiek in belangrijke mate ingeperkt.

Separering van activiteiten past bovendien in het huidige tijdsbeeld. De Werkgroep Markt en Overheid ('de Werkgroep Cohen') heeft in haar rapport<sup>35</sup> separering van de commerciële activiteiten ten opzichte van de overheidstaken aangewezen als een middel om concurrentievervalsing in te perken.

De (betrekkelijk nieuwe) Wet Energiedistributie<sup>36</sup> is een mooi voorbeeld hiervan: commerciële activiteiten mogen weliswaar worden ontplooid door een energiedistributeur, mits dit maar geschiedt door middel van een aparte vennootschap. Bovendien mag deze vennootschap niet bevoordeeld worden: de wet zelf bevat een (niet-limitatieve) lijst

1998 ('Connemara / Coillte Teoranta'), C-306/97. Een instelling ontkomt bijvoorbeeld niet aan haar aanbestedingsverplichting omwille van het enkele feit dat zij een VOF of CV is en derhalve geen rechtspersoonlijkheid bezit.  
10. Vgl. Mr E.H. Pijnacker Hordijk/Mr G.W. van der Bend, t.a.p., p. 61.

11. Vgl. P.A. Trepte, 'Public Procurement in the EC', p. 106, waarbij als voorbeeld wordt aangehaald het geval waarin de Griekse overheden verplicht zijn accountancy-opdrachten te verstrekken aan een door de Griekse overheid aangewezen audit- en accountancy-instantie. Vgl. voort S. Arrowsmith, 'The Law of Public and Utilities Procurement', p. 158.

12. Over de 'ARA'-zaak is de afgelopen jaren al bijzonder veel geschreven, zie o.a. Mr M.J.J.M. Essers, *NTer* juli 1996, p. 159 e.v.; Prof. Mr H.J. de Ru, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 1, nr 1, p. 2 e.v.; Mr G.W.A. van de Meent, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 2, nr 5, p. 4 e.v.; Mr M.J.J.M. Essers, *Gemeentestem*, No. 7018, p. 522 e.v.; Dr N. van Hulst, *Stcr*, 60, 25 maart 1996, p. 5; Mr L.J.W. Sueters, *Tender Nieuwsbrief*, december 1998; Mr I.L. Kortbach-Buys, *Tender Nieuwsbrief*, januari 1999.  
13. Rb. Arnhem, 18 mei 1995, *BR* 1995, p. 693 e.v. De rechtbank oordeelt dat reeds geen sprake is van een alleenrecht in voornoemde zin en komt aan de vraag of ARA NV al dan niet als aanbestedende dienst zou kwalificeren niet toe.  
14. Hof Arnhem, 25 juni 1996, *BR* 1996, p. 753

e.v.; Mr M.J.J.M. Essers, *NTer* 1996, p. 159 e.v.; Mr I.A.H. Dolmans-Budé en Mr H.L.E. Liem, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 3, nr 7. In de hoger beroepsprocedure oordeelt het gerechtshof te Arnhem dat wel sprake is van een alleenrecht in voornoemde zin. Vervolgens rijst de vraag of ARA NV als aanbestedende dienst kan worden aangemerkt. Dat ARA NV voldoet aan de hierboven onder b) en c) genoemde criteria (het bezitten van rechtspersoonlijkheid respectievelijk het onder controle staan van de overheid) was evident, doch onduidelijk was of ook aan het criterium als genoemd onder a) werd voldaan. Immers, ARA NV verrichtte weliswaar een taak in het algemeen belang (het ophalen van het gemeentelijk huisvuil), doch verrichtte tevens enige commerciële activiteiten (hetgeen de statutaire doelomschrijving ook mogelijk maakte) op het gebied van bedrijfsafvalinzameling en trad daartoe derhalve in concurrentie met andere particuliere afvalinzamelers.

15. Zaak C 44/96, HvJ EG, 15 jan. 1998.

16. De Nederlandse regering intervenieerde in deze procedure en was van oordeel dat de Oostenrijkse Staatsdrukkerij niet als een aanbestedende dienst kwalificeerde, m.i. mede ingegeven door het feit dat zij in een aantal gevallen 'een bui ziet hangen'. Vgl. daartoe ook *Stcr*, 1998, 24, p. 20 e.v.

17. Bovendien maakt het Hof nog eens duidelijk dat het enkele feit dat een aanbestedende dienst de meerderheid van de aandelen houdt in een andere vennootschap, niet onverkort tot de

conclusie leidt dat deze (dochter)vennootschap ook als aanbestedende dienst kwalificeert. De betreffende (dochter)vennootschap zal bovendien activiteiten in het algemeen belang dienen te verrichten en ook met dat specifieke doel opgericht dienen te zijn, wil op haar de kwalificatie 'aanbestedende dienst' van toepassing zijn. Het Hof van Justitie antwoordde – m.i. niet verbazingwekkend – dat niet uitsluitend deze omstandigheden doorslaggevend zijn. Daarnaast dient de betreffende vennootschap te voorzien in een behoefte van algemeen belang andere dan industriële of commerciële aard. De Oostenrijkse Staatsdrukkerij had nl. Strohal GmbH overgenomen, terwijl Strohal GmbH een nieuwe vennootschap – Strohal Rotationsdruck GmbH ('SRG') – had opgericht. Vervolgens werd door de Oostenrijkse Staatsdrukkerij namens SRG een aanbestedingsprocedure gestart. Aan de orde kwam de vraag of SRG kon worden aangemerkt als een aanbestedende dienst. SRG was immers een vennootschap waarin de Oostenrijkse Staatsdrukkerij (indirect) 99,9 % van de aandelen hield, terwijl SRG hoofdzakelijk werd gefinancierd door gelden die krachtens een exclusief monopolie waren ontvangen.

18. Vertaald naar de afvalinzamelingsproblematiek en de ARA-zaak: een entiteit (ARA NV) die eenmaal is opgericht met de specifieke (publieke) taak het huishoudelijk afval in een gemeente in te zamelen, is en blijft een aanbestedende dienst, ook al zou op zeker moment de commerciële activiteit (de inzameling van



van voordelen die als ontoelaatbaar worden aangemerkt. De nieuwe Elektriciteitswet is op dezelfde leest geschoeid.<sup>37</sup> Weliswaar biedt de (nieuwe) Mededingingswet<sup>38</sup> enige handvatten om oneerlijke concurrentie tegen te gaan, doch dergelijke zaken liggen nu eenmaal niet eenvoudig.<sup>39</sup> Uitgangspunt is dat de overheid commerciële activiteiten mag ontplooiën. Specifieke bepalingen ontbreken ten enenmale en de particulier die zich benadeeld voelt, dient een eventuele actie of klacht te baseren op artikel 24 Mw, de Nederlandse variant van artikel 86 EG-Verdrag. Aangetoond dient te worden dat sprake is van misbruik van een machtspositie. Een actie uit onrechtmatige daad is eveneens mogelijk. In beide gevallen is de (bewijs)positie van de eiser bepaald niet licht. Bovendien biedt artikel 25 van de Mededingingswet de mogelijkheid om een ontheffing te verlenen aan overheidsondernemingen die een taak in het algemeen belang uitoefenen.<sup>40</sup>

Ook artikel 92 EG-Verdrag biedt mogelijk een handvat: deze bepaling verklaart bepaalde steunmaatregelen ontoelaatbaar. Omdat deze bepaling uitsluitend van toepassing kan zijn indien tenminste de tussenstaatse handel wordt beïnvloed, zal een beroep op dit artikel in gevallen als genoemd in het voorgaande doorgaans geen resultaat opleveren voor de particuliere ondernemer die zich benadeeld voelt. Bovendien is het (in beginsel) aan de Europese Commissie om terzake maatregelen te treffen.<sup>41</sup> De Mededingingswet bevat geen vergelijkbare bepaling.

Tot slot: recent zijn de zogenaamde 'Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de Rijksdienst' uitgevaardigd.<sup>42</sup> Interne regels, gericht tot ministers en staatssecretarissen, waaraan – volgens de Aanwijzingen – derden geen rechten kunnen ontleen. Deze Aanwijzingen bevatten (interne) regels waaraan genoemde bewindslieden zich dienen te houden indien een onder hen ressorterend orgaan marktactiviteiten in concurrentie gaat verrichten. De Aanwijzingen bevatten een aantal herkenbare uitgangspunten: volledige doorberekening van de werkelijke kosten, terbeschikkingstelling van financiën en pro-

ductiemiddelen op 'arms length' basis, het (in beginsel) niet gebruiken van krachten overheidstaak verkregen persoonsgegevens voor commerciële doeleinden, een opslag op de kostprijs indien geen sprake is van Vpb- of BTW-plichtigheid en een verbod op kruissubsidies. Voorstelbaar is dat derden die schade lijden en kunnen aantonen dat één of meerdere aanwijzingen geschonden zijn, een actie uit onrechtmatige (overheids)daad instellen.<sup>43</sup> Weliswaar zijn deze Aanwijzingen niet van toepassing op lagere overheden, zoals gemeenten, doch mogelijk is een rechter geneigd om deze regels per analogie toe te passen. In ieder geval bieden deze Aanwijzingen de rechter een beoordelingskader. Bovendien kan het geen kwaad indien de provincie op grond van artikel 155 Gemeentewet wat vaker (op gepaste wijze) gebruik maakt van haar bevoegdheid om haar toestemming te geven of te onthouden indien gemeenten overgaan tot het oprichten van (commercieel opererende) vennootschappen.<sup>44</sup>

## Conclusie

Door (af)splitsing van de commerciële activiteiten van de publieke activiteiten en deze activiteiten te separeren in verschillende vennootschappen, zal de (aanbestedingsrechtelijke) 'bruidsschatproblematiek' zich (in de afvalbranche en in geval van verzelfstandiging van andere publieke taken) niet langer voordoen.<sup>45</sup> Vanuit mededingingsrechtelijke optiek wordt daarmee tegelijk concurrentievervalsing door overheidsbedrijven tegengegaan althans nader ingeperkt. Een dergelijke splitsing past voorts in de door de Werkgroep Cohen gepropageerde voorstellen. Het ondernemingsrecht biedt middels de mogelijkheid om tot juridische splitsing over te gaan een prachtig aanknopingspunt om (in bestaande gevallen) de onderscheiden activiteiten op betrekkelijk eenvoudige wijze te separeren in onderscheiden vennootschappen.<sup>46</sup> □

bedrijfsafval) de publieke taak (wezenlijk) overschaduwen. Uit de ARA-zaak zou duidelijk moeten worden of deze conclusie terecht is. 19. Vgl. P.A. Trepte, t.a.p., p. 107 en Mr E.H. Pijnacker Hordijk / Mr G.W. van de Bend, t.a.p., p. 62. Men mag aannemen dat een dergelijke voor de duur van vele jaren verstrekte (exclusieve) opdracht op gespannen voet staat (mogelijk zelfs strijdig is met) een of meer andere bepalingen van het EG-Verdrag, waarbij in het bijzonder ware te denken aan het vrij verkeer van diensten en de mededingingsbepalingen. Voorstelbaar is dat een opdracht die voor 3-5 jaren is meegegeven de toets der kritiek doorstaat. Persoonlijk denk ik meer aan de bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer, nu de art. 85/86 o.a. toepassing zouden kunnen missen op grond van de omstandigheid dat in dergelijke gevallen mogelijk geen sprake is van 'overeenkomsten' tussen 'ondernemingen', die de 'intracommunautaire handel' kunnen beïnvloeden. Om o.a. die redenen mist artikel 6 Mededingingswet mogelijk ook toepassing. Bovendien wordt de toepasselijkheid van dit artikel ingeperkt door artikel 11 Mededingingswet, welk artikel bepaalt dat art. 6 niet van toepassing is indien zulks de vervulling verhindert

van taken die door een onderneming worden uitgevoerd die door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen belang. Bovendien zijn ook nog ontheffingen mogelijk.

20. 19 febr. 1998, zaak C-360/96. De betreffende NV is in de optiek van de A-G niet meer dan een verlengstuk van de gemeenten of, zo men wil, de gemeenten 'in een ander jasje'. De A-G kijkt door de 'corporate veil' heen en beschouwt de gemeenten en ARA NV als een en dezelfde (rechts)persoon, ondanks het feit dat in casu sprake is van drie verschillende rechtspersonen (twee gemeenten en een NV). Van een (overheids)opdracht in de zin van de richtlijn diensten kan zijns inziens dan ook geen sprake zijn. Immers, van een (overheids)opdracht kan men slechts spreken indien opdrachtgever en opdrachtnemer aparte rechtspersonen zijn. In zijn visie worden er – geparafraseerd – afspraken gemaakt binnen een en dezelfde entiteit c.q. rechtspersoon. Hooguit zou men in de visie van de A-G de gemaakte afspraken als 'interne werkafspraken' kunnen kwalificeren.

21. L. Ritter, W.D. Braun, F. Rawlinson, 'EEC Competition Law', 1993, p. 24. In de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen worden

daarentegen met elkaar verbonden rechtspersonen als afzonderlijke juridische entiteiten beschouwd. Ter illustratie kan worden gewezen op artikel 13 van de richtlijn nutssectoren. Dit artikel bepaalt dat opdrachten die worden verstrekt aan met de aanbestedende dienst gelieerde groepsvennootschappen (dochter- of zuster-vennootschappen) niet behoeven te worden aanbesteed. A contrario: als in het aanbestedingsrecht hetzelfde principe zou worden gehanteerd als in het mededingingsrecht (waarbij een concern of groep van vennootschappen als een economische entiteit worden beschouwd waarbinnen – een enkele uitzondering daargelaten – geen sprake kan zijn van – mededingingsbepalende – overeenkomsten) dan zou een dergelijke bepaling overbodig zijn. Immers, dergelijke opdrachten binnen een groep zouden dan toch al buiten het bestek van de richtlijnen vallen, omdat dan immers sprake zou zijn van een 'opdracht' (lees: interne werkafpraak) binnen een en dezelfde economisch entiteit. Vrij vertaald: het mededingingsrecht beziet concerns (een groep van aparte vennootschappen of rechtspersonen) hoofdzakelijk vanuit economisch perspectief; het aanbestedingsrecht beziet concerns of groepen hoofdzakelijk vanuit juridisch perspectief. De conclusie

was des te onverwachter omdat de uitspraak in de enige maanden daarvoor gewezen Mannesmann-zaak m.i. alle ruimte bood om ARA NV als aanbestedende dienst te kwalificeren. Uit de Mannesmann-uitspraak kan immers worden opgemaakt dat een entiteit die ooit is opgericht met het specifieke doel om taken in het algemeen belang te verrichten – en dat gold ook voor ARA NV, namelijk het ophalen van het gemeentelijk huisvuil – de kwalificatie als aanbestedende dienst behoudt, ook indien zij naderhand commerciële activiteiten ontwikkelt en zelfs ongeacht de omvang van die commerciële activiteiten.

22. In de literatuur worden ook andere benaderingen gevolgd om deze problematiek op dogmatische correcte wijze op te lossen. Mr E.H. Pijnacker Hordijk / Mr G.W. van der Bend, t.a.p., p. 85 zoeken per analogie aansluiting bij het mededingingsrecht, meer in het bijzonder de vrijstelling die geldt voor nevenrestricties in geval van concentraties. S. Arrow-smith, t.a.p., p. 150, stelt dat een dergelijke opdracht, die slechts een beperkt deel uitmaakt van een veel meer omvattende rechtshandeling (bijvoorbeeld een activa-transactie), gelet op aard en karakter van de totale transactie, buiten de scope van de richtlijnen valt.

23. Vonnis 4 maart 1998, zaaknummer 20825, *Stcr.* 4 juni 1997, p. 3 alsmede *M&M* 1998, p. 95 e.v. Zie voorts Mr H.C.T.M. Borburgh, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 5, nr 5, p. 4 e.v.; Mr M.J.J.M. Essers, *NTER* 1998, p. 65 e.v. Een uitspraak die qua resultaat niet aanstonds verbaast. Immers, had men de in de Mannesmann- en ARA-zaak gehanteerde normen toegepast, dan was men waarschijnlijk ook tot het oordeel gekomen dat Twente Milieu NV als aanbestedende dienst kon worden aangemerkt. Verrassender is wel de door de Rechtbank Almelo gehanteerde toetsingsnorm: in casu hanteert men als norm de mate waarin commerciële activiteiten worden uitgeoefend. Daarbij doet terstond de vraag op waar de grens dan moet worden getrokken: kan een NV die voor 20% commerciële activiteiten uitoefent nog als een aanbestedende dienst worden aangemerkt? Of ligt de grens bij 50%? Een uitermate arbitraire kwestie. Ook hier past de toevoeging dat de uitspraak werd gewezen voordat de uitspraak in de ARA-zaak bekend was. Echter, het oordeel in de Mannesmann-zaak was wel al bekend en het had voor de hand gelegen daarbij aan te sluiten. De uitkomst was waarschijnlijk niet anders geweest; wel de wijze waarop men tot deze uitkomst was gekomen. Bovendien was het overwegen waard geweest om de zaak aan te houden in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie in de ARA-zaak.

24. Niet onvermeld mag blijven dat ook in het zuiden des lands een afvalgeschied aan de rechter werd voorgelegd. Dit geschil tussen particuliere afvalinzamelaar Van Gansewinkel en de gemeente Voerendaal was echter van andere aard. Het met Van Gansewinkel gesloten afvalinzamelingscontract wordt op zeker moment door de gemeente Voerendaal opgezegd, waarna door de gemeente Voerendaal met de gemeente Kerkrade op grond van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen een gemeenschappelijke regeling wordt aangegaan. De regeling houdt in dat de gemeente Kerkrade ook het gemeentelijk

huisvuil zal ophalen in Voerendaal, waarvoor Voerendaal aan Kerkrade een vergoeding van NLG 62 per aansluiting betaalt. Van Gansewinkel is van oordeel dat deze opdracht overeenkomstig de richtlijn diensten aanbesteed had moeten worden en spant een kort geding aan. De President van de rechtbank te Maastricht (Pres. Rb. Maastricht 6 februari 1996, *BR* 1996, p. 687) alsmede de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (Afd. Rspr. RvSt. 28 okt. 1996, *AB Rspr. Best.R.* 1997, p. 55; *BR* 1997, p. 269) oordelen echter dat geen sprake is van een opdracht tot dienstverlening in de zin van richtlijn diensten (zie o.a. ook Mr M.J.J.M. Essers, *NTER* 1996, p. 94 e.v.).

25. Vlg. Mr R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief*, augustus 1997.

26. Uiteraard is wel van bijzonder belang dat wordt vastgesteld dat inderdaad sprake is van een algemeen belang als bedoeld in de onderhavige zin. Niet iedere door een overheidsinstantie zelfstandigde activiteit zal immers kunnen worden aangemerkt als een activiteit die voorziet in een behoefte van algemeen belang. In geval van zelfstandigheid van (bijvoorbeeld) een IT/automatiseringsafdeling zal op deze bepaling m.i. niet spoedig althans minder snel een beroep kunnen worden gedaan. IT- of automatiseringsactiviteiten zullen immers niet spoedig kwalificeren als een activiteit waarmee wordt voorzien in een behoefte van algemeen belang. Taken of activiteiten die samenhangen met de sociale grondrechten (onderwijs, volkshuisvesting, milieuzorg, volksgezondheid, sociale zekerheid, werkgelegenheid, welzijn, cultuur e.d.) zullen daarvoor eerder in aanmerking komen. Voorts ware wellicht te denken aan activiteiten als de gemeentelijke bevolkingsadministratie, parkeerbeheer e.d. Bovendien dient men natuurlijk ook steeds na te gaan of overeenkomstig art. 6 richtlijn diensten een alleenrecht verleend kan worden, alhoewel blijkens de uitspraak van het Gerechtshof te Arnhem aan deze eis niet al te stringente voorwaarden worden gesteld.

27. Wel dient geconstateerd te worden dat de algemeen belang vennootschap haar bedrijfsmiddelen conform de richtlijn leveringen dient aan te besteden (!). Waarschijnlijk zullen die gekocht (of gehuurd) worden van haar aandeelhouder/gemeente, doch dit lijkt strijdig met de richtlijn leveringen. Deze richtlijn bevat nl. geen aan art. 6 richtlijn diensten analoge bepaling. Indien de omvang c.q. waarde van de diensten de waarde van de aankopen ('leveringen') echter overstijgt, kan men beargmenten dat de 'leveringen' kunnen 'meelifen' op de uitzonderingsbepaling van art. 6 richtlijn diensten. Vgl. daartoe art. 2 richtlijn diensten.

28. Een dergelijke opzet respectievelijk splitsing is ook (bewust of onbewust?) aangebracht in de sociale zekerheid. De bedrijfsverenigingen annex uitvoerders van de sociale zekerheid van weleer zijn opgesplitst in diverse vennootschappen, waarbij sprake is van een A-poot en een B-poot. Tot de A-poot behoren de uitvoeringsinstellingen (UVI B.V.), belast met een duidelijke algemeen belangtaak, nl. uitvoering van de sociale zekerheid (swetgeving). Tot de B-poot behoren de commercieel opererende vennootschappen, die activiteiten uitoefenen die concurreren met derden en in welke vennoot-

schappen private partijen kunnen deelnemen. De activiteiten van de vennootschappen in de B-poot vloeien (vanzelfsprekend) voort uit of houden verband met de activiteiten van de vennootschappen in de A-poot.

29. Art. 2:334a e.v. BW

30. Zie punt 16 van de uitspraak

31. Vgl. art. 2 Wet Vpb; Vgl. Prof. Mr A.H.M. Daniels, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 5, nr 6

32. In dergelijke gevallen is een opslag wellicht noodzakelijk, een en ander naar analogie van de hierna te bespreken Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de Rijksdienst.

33. Vgl. HvJ EG, 26 maart 1996, nr 235/85, *Jur.* 19987, p. 1471

34. Vgl. o.a. Rb Zutphen 19 mei 1994 ('VNI/VNB'), *NJ-kort* 1995, 8; Rb. Amsterdam ('Security print Vianen'), 15 nov. 1995; Mr M.J.J.M. Essers, *NTER* 1996, p. 37 e.v.

35. Eindrapport d.d. 20 febr. 1997, aangeboden aan de Tweede Kamer op 8 april 1997. Zie ook Mr C.A. Schreuder, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 4, nr 6.

36. In werking getreden op 1 juni 1997, *Stb.* 1996, 6422, zie met name art. 12. Zie voorts Mr M.W.F. Oosterhuis, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 4 nr 3.

37. Wet van 2 juli 1998 (Elektriciteitswet 1998), *Stb.* 1998, 427, ter uitvoering van richtlijn 96/92/EG d.d. 19 dec. 1996, *PbEG* 1997, L27, zie met name art. 18. Voor een uitvoerige beschrijving, zie Prof dr L. Hancher / Mr S.M. Bartman, *NJB* 1998, p. 905 e.v.

38. In werking getreden op 1 jan. 1998, *Stb.* 1997, 242

39. Vgl. Mr E.H. Pijnacker Hordijk / Mr T.M. Snoep, *NJB* 1996, p. 24 e.v.; Mr K. Hellingman, *TVVS* 1997, p. 334 e.v.

40. Vgl. Mr A.A. van Rossum, 'Overheid en Onderneming', 1998, p. 223 e.v.

41. Vgl. o.a. HvJ EG 11 juli 1996 ('SFEI/La Poste'), *Jur.* 1996, p. I-3547.

42. *Stcr.* 1998, 95, p. 8 e.v.

43. Vgl. Prof Mr M.R. Mok, *TVVS* 1998, p. 239 e.v.

44. Van welke bevoegdheid recent verrassend gebruik werd gemaakt (doordat de provincie haar toestemming onthield) in een geval waarbij een gemeente louter uit fiscale overwegingen een stichting wilde oprichten. Vgl. *Tijdschrift voor Privatisering*, jaargang 5, nr 8 n.a.v. Afd. BRspr. RvSt 2 juli 1998, H01.96.0640.

45. Althans in aanzienlijk mindere mate. Bovendien kan in bepaalde gevallen de problematiek wellicht omzeild worden door een dienstenconcessie te verlenen. Dergelijke concessies behoeven niet te worden aanbesteed.

46. Zie in vergelijkbare zin Mr M.W.F. Oosterhuis, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 4, nr 6., die in dit artikel aandacht besteedt aan de vraag of de splitsingsregeling ook van toepassing is op publiekrechtelijke rechtspersonen, welk antwoord ontkennend luidt.