

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

V. TRSTENJAK

van 4 juni 2008<sup>1</sup>

1. De prejudiciële verwijzing van de Raad van State (België) heeft betrekking op de werkingssfeer van het communautaire aanbestedingsrecht. Gevraagd wordt of het aanbestedingsrecht van toepassing is wanneer een territoriaal lichaam, in casu een gemeente, het beheer van zijn kabeltelevisienet overdraagt aan een orgaan dat een zuiver intercommunaal samenwerkingsverband<sup>2</sup> is, waarin de genoemde gemeente deelneemt zonder enige participatie van particuliere investeerders. In casu gaat het om een intercommunaal samenwerkingsverband in de vorm van een coöperatieve vennootschap, en de vragen van de verwijzende rechter hebben betrekking op het eerste van de twee zogenoemde Teckal-criteria: „toezicht zoals op een eigen dienst”.

verweerders: de gemeente Ukkel (hierna ook: „gemeente”), de coöperatieve vennootschap Intercommunale maatschappij voor teledistributie (hierna: „Brutelé”) en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, vertegenwoordigd door zijn regering.

**I — Rechtskader**

*A — Gemeenschapsrecht*

2. In het hoofdgeding staat de Belgische kabeltelevisiemaatschappij PVBA Coditel Brabant (hierna: „Coditel”) tegenover drie

3. Artikel 12, eerste alinea, EG bepaalt:

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Duits.

<sup>2</sup> — Onder het begrip „intercommunaal samenwerkingsverband” resp. „intercommunale samenwerking” vallen zeer uiteenlopende vormen van bestuurlijke samenwerking in een zowel informele als formele juridische configuratie (zie Schmidt: *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2005, blz. 2 e.v.), van eenvoudige gemeentelijke samenwerkingsverbanden tot juridisch zwaar geïnstitutionaliseerde vormen, zoals verenigingen van gemeenten of coöperatieve vennootschappen. Zie ook het begrip „gemengd-publiek geheel” resp. „gemengd-publieke lichamen”, onder meer conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 12 januari 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, Jurispr. 2006, blz. I-4137, punten 29 e.v.); alsook Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, blz. 167 e.v.

„Binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.”

## 4. Artikel 43 EG bepaalt:

B — *Nationaal recht*

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat verboden.  
[...]

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgever van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

## 5. Artikel 49, eerste alinea, EG bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.”

6. Op grond van artikel 162 van de Belgische Grondwet hebben de gemeenten het recht zich te verenigen.

7. De wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales bevat nadere regels voor de intercommunale samenwerking. Volgens artikel 1 van deze wet kunnen verscheidene gemeenten, onder de voorwaarden bepaald in deze wet, verenigingen met welbepaalde oogmerken van gemeentelijk belang oprichten. Artikel 3 van deze wet bepaalt dat de intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen zijn die, ongeacht hun vorm en hun doel, geen handelskarakter hebben. In artikel 10 van deze wet is vastgelegd dat iedere intercommunale een algemene vergadering, een raad van bestuur en een college van commissarissen heeft. Ingevolge artikel 12 van de wet worden de vertegenwoordigers van de aangesloten gemeenten in de algemene vergadering door de gemeenteraad van elke gemeente aangewezen onder de raadsleden, de burgemeester en schepenen van de gemeente. In dit artikel is ook geregeld dat iedere gemeente in de algemene vergadering over een stemrecht beschikt dat overeenstemt met het aantal aandelen waarover zij beschikt.

## II — Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

8. Het kabeltelevisienet van de Belgische gemeente Ukkel is op grond van overeenkomsten van 1969 tot en met 1999 beheerd door de kabeltelevisiemaatschappij Coditel. Bij het einde van de overeenkomst op 31 december 1999 heeft de gemeente gebruikgemaakt van de contractueel vastgelegde mogelijkheid om het op haar grondgebied gelegen kabeltelevisienet van Coditel te kopen.
9. In oktober 1999 besloot de gemeenteraad van Ukkel een concessie voor de exploitatie en de verbetering van het gemeentelijke kabeltelevisienet aan te besteden voor de periode van 1 juli 2000 tot en met 30 juni 2009. Tegelijkertijd verleende hij goedkeuring aan een voorstel voor een aanvullende overeenkomst met Coditel die de continuïteit van de openbare kabeltelevisiedienst garandeerde tot aan de aanwijzing van de toekomstige concessiehouder. Uiteindelijk werd het beheer van het net door Coditel bij de aanvullende overeenkomst verlengd tot en met 31 december 2001.
10. Eind 1999 stelde Coditel zich kandidaat voor de toewijzing van de concessie voor de exploitatie van het kabeltelevisienet van de gemeente Ukkel. Op verzoek van de gemeente in april 2000 diende Coditel bovendien een offerte in voor de koop van het kabeltelevisienet<sup>3</sup>, zoals overigens ook de andere inschrijvers op de aanbesteding.
11. In mei 2000 besloot de gemeenteraad van Ukkel geen concessie te verlenen, maar het net te verkopen. Na het desbetreffende aanbestedingsbericht diende onder meer Coditel in oktober 2000 een koopofferte in. De ontvangen prijsaanbiedingen schommelden tussen 750 miljoen en 1 miljard BEF; de enige offerte die conform en ontvankelijk was — die van Coditel — was de laagste.
12. Een van de andere inschrijvers op de aanbesteding was Brutélé, die evenwel geen koopofferte, maar een toetredingsofferte indiende.
13. Omdat de aangeboden prijzen aanzienlijk lager waren dan de eerder als mogelijk

3 — Na het verzoek van de gemeente Ukkel vroeg Coditel haar of het voorstel tot koop van het net een criterium was bij de beoordeling van de offertes die waren ingediend in het kader van de aanbesteding van de exploitatieconcessie, of dit voorstel in de plaats kwam van de lopende aanbesteding en of het ook aan de andere kandidaten in die procedure was gericht. Op 28 april 2000 antwoordde de gemeente Ukkel dat zij de vier inschrijvers op de aanbesteding had aangeschreven, dat het voorstel tot koop van het net niet in de plaats kwam van de aanbesteding en evenmin een element was bij de beoordeling van de ingediende offertes, en tot slot dat „het college, dat een (tot nu toe voorwaardelijk) koopvoorstel heeft ontvangen, niettemin van mening is dat deze mogelijkheid niet a priori kan worden uitgesloten en een van de punten kan vormen bij de discussie over de toekomst van het net; daarom is met het oog op volledige informatie en gelijkheid tussen de kandidaten besloten om elk van hen te consulteren alvorens de raad een voorstel te doen om (al dan niet) een exploitatieconcessie te verlenen”.

genoemde prijzen<sup>4</sup>, besloot de gemeente Ukkel bij besluit van haar gemeenteraad van 23 november 2000 af te zien van de verkoop van het gemeentelijke kabeltelevisienet (eerste bestreden besluit in het hoofdgeding).

ding zelf een exploitatieondersector met beslissingsvrijheid<sup>6</sup> op te richten. De gemeenteraad bracht in dit besluit tevens tot uitdrukking dat de toetreding tot Brutélé voor Ukkel talrijke voordelen opleverde: beslissingsvrijheid, aanzienlijke inkomsten, behoud van de eigendom van het net, en de afspraak dat zij in geval van een toekomstige interessante koop-offerte weer gemakkelijk en snel kon uittreden.

14. Ook op 23 november 2000 besloot de gemeenteraad van Ukkel, dat de gemeente zou toetreden tot Brutélé (tweede bestreden besluit in het hoofdgeding). In dat besluit staat onder meer dat Brutélé de gemeente Ukkel een toetredingsvoorstel had gedaan, inhoudende dat de gemeente tegenover de inbreng van haar net en de tekening van een aantal aandelen een jaarlijkse vergoeding<sup>5</sup> ontving, met de mogelijkheid om bij toetre-

15. Op 30 november 2000 diende Coditel een met redenen omkleed bezwaar in bij de minister-president van de regering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, waarin zij verzocht om vernietiging van het besluit van de gemeenteraad van Ukkel van 23 november 2000 tot toetreding van de gemeente tot Brutélé.

16. Op 7 december 2000 stemde de buitengewone algemene vergadering van Brutélé in met de toetreding van de gemeente Ukkel (derde bestreden besluit in het hoofdgeding).

4 — De gemeenteraad meent in het besluit van 23 november 2000, dat dit verschil zonder twijfel wordt verklaard door de conjunctuur, daar de beurskoersen van bepaalde grote marktdeelnemers in de technologiesector de laatste maanden tot een historisch minimum zijn gedaald, waardoor de huidige omstandigheden uiterst ongunstig zijn.

5 — De aangeboden jaarlijkse vergoeding was volgens het besluit van de gemeenteraad van 23 november 2000 samengesteld als volgt:

- a) een vaste vergoeding van 10 % van de inkomsten uit het basisabonnement op de kabeltelevisie [op basis van 31 000 abonnees en een jaarlijks abonnementsgeld van 3 400 BEF (exclusief btw en auteursrechten): 10 540 000 BEF/jaar];
- b) 5 % van de omzet van Canal+ en van Bouquet;
- c) alle winst op alle verstrekte diensten.

6 — In het besluit van de gemeenteraad van 23 november 2000 staat daaromtrent:

Die vrijheid betreft met name:

- de programmakeuze;
- de abonnements- en aansluittarieven;
- het beleid inzake investeringen en werkzaamheden;
- de aan bepaalde categorieën personen toe te kennen kortingen of voordelen;
- de aard en de modaliteiten van andere via het net te verlenen diensten, en de mogelijkheid om aan de intercommunale projecten van gemeentelijk belang toe te vertrouwen die overeenstemmen met haar statutaire doel, zoals bijvoorbeeld een gemeentelijk intranet, een website en de scholing van het personeel daartoe.

In dit kader:

- zou Brutélé een resultatenrekening en een balans van de activiteiten op het Ukkelse net opstellen;
- zou Ukkel beschikken over een lid in de raad van bestuur van Brutélé en over drie leden in het comité van de Brusselse exploitatiesector, over een accountant en over een gemeentelijke deskundige.

17. Op 19 december 2000 deelde de minister-president van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de gemeente Ukkel mee dat er geen bezwaar bestond tegen haar voorwaardelijke<sup>7</sup> toetreding tot Brutélé (vierde bestreden besluit in het hoofdgeding). Op 2 januari 2001 deelde de minister-president van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest Coditel mee dat er geen bezwaar bestond tegen de toetreding van de gemeente Ukkel tot Brutélé.

18. Coditel heeft op 22 januari 2001 beroep tot nietigverklaring van de vier genoemde besluiten ingesteld.

19. De verwijzende Raad van State heeft in het hoofdgeding het beroep tegen twee van deze besluiten (het derde en het vierde) reeds niet-ontvankelijk verklaard. Voor zover het beroep zijns inziens ontvankelijk is, gaat het met name om de beoordeling van het besluit van de gemeenteraad van Ukkel tot de toetreding van de gemeente tot Brutélé.

20. Bij arrest van 3 juli 2007 heeft de Raad van State het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Kan een gemeente, zonder een aanbesteding uit te schrijven, toetreden tot een

<sup>7</sup> — In het toetredingsbesluit van 23 november 2000 was de toetreding afhankelijk gesteld van een door de algemene vergadering van Brutélé te nemen besluit waarbij alle aangesloten leden verklaarden, zich vanaf heden niet te verzetten tegen een eventuele latere uittreding van de gemeente Ukkel.

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

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

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

21. Volgens de verwijzende rechter vormt de toetreding van de gemeente Ukkel tot Brutélé geen overheidsopdracht voor dienstverlening, maar een concessie voor openbare diensten. In zoverre acht hij de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten niet van toepassing, maar wel de fundamentele regels van het primaire gemeenschapsrecht in het algemeen en het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder, dat met name de verplichting tot transparantie inhoudt.

22. Naar de mening van de verwijzende rechter is er veel voor te zeggen dat de gemeente Ukkel als aanbestedende dienst niet zonder oproep tot mededinging en zonder vergelijkend onderzoek van de ingediende offertes rechtstreeks en onmiddellijk mocht kiezen voor de aanpak bestaande in toetreding tot Brutélé. Concreet had de gemeente, om aan de eisen van het gemeenschapsrecht te voldoen, een nieuwe aanbesteding moeten uitschrijven teneinde te onderzoeken of concessionering van haar kabeltelevisiedienst aan Coditel of een andere marktdeelnemer niet voordeliger was dan de uiteindelijk gekozen oplossing.

23. Om de voorliggende omstandigheden evenwel uiteindelijk correct te kunnen beoordelen, acht hij verduidelijking van de criteria van het arrest Teckal<sup>8</sup> noodzakelijk, in het bijzonder wat betreft de aard van het toezicht van de concessieverlenende instantie op de concessiehouder. Volgens dat arrest kunnen de gemeenschapsrechtelijke transparantievereisten namelijk slechts buiten beschou-

wing worden gelaten wanneer voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden die restrictief moeten worden uitgelegd, te weten dat de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en dat de concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie die hem beheerst.

24. Brutélé heeft aangevoerd dat zij een „zuivere intercommunale” is, waarvan de werkzaamheden bestemd zijn voor en voorbehouden zijn aan de aangesloten gemeenten. Op basis van haar statuten heeft de gemeente Ukkel een eigen exploitatieondersector kunnen oprichten die over beslissingsvrijheid beschikt, waardoor zij precies hetzelfde onmiddellijke en nauwkeurige toezicht op de werkzaamheden van de vennootschap in die ondersector kan uitoefenen als op haar eigen interne diensten. De gemeente Ukkel beschikt over een lid in de raad van bestuur van Brutélé en over drie leden in het comité van de Brusselse exploitatiesector, over een accountant en over een gemeentelijke deskundige. Bovendien kan de gemeente Ukkel zich te allen tijde terugtrekken, hetgeen een extra bewijs vormt van haar volledige controle over de exploitatie van haar kabeltelevisienet.

25. Volgens de verwijzende rechter blijkt uit de statuten van Brutélé dat de vennoten gemeenten zijn en een intercommunale vereniging die zelf uitsluitend uit gemeenten bestaat. Tot Brutélé kunnen geen particuliere vennoten toetreden. De raad van bestuur bestaat uit afgevaardigden van de

8 — Arrest van 18 november 1999 (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50).

gemeenten — maximaal drie per gemeente — die worden benoemd door de algemene vergadering, die zelf bestaat uit afgevaardigden van de gemeenten. De raad van bestuur heeft de meest uitgebreide bevoegdheden. De gemeenten zijn ingedeeld in twee sectoren, waarvan één sector de gemeenten van het Brusselse Gewest omvat. De sectoren kunnen worden onderverdeeld in ondersectoren. Binnen elke sector wordt een sectorcomité gevormd, bestaande uit door de algemene vergadering, op voordracht van de gemeenten benoemde bestuurders die vergaderen in verschillende groepen die de aandeelhoudersbelangen per sector vertegenwoordigen. De raad van bestuur kan aan de sectorcomités bevoegdheden delegeren met betrekking tot specifieke aangelegenheden van de ondersectoren, zoals de modaliteiten voor de toepassing van de tarieven, het programma van de werkzaamheden en de investeringen, de financiering daarvan en de propagandacampagnes, alsmede met betrekking tot aangelegenheden van gezamenlijk belang voor de diverse ondersectoren waaruit de exploitatiesector bestaat. De andere statutaire organen van de vennootschap zijn de algemene vergadering, waarvan de beslissingen bindend zijn voor alle leden, de algemeen directeur, het college van deskundigen, dat bestaat uit gemeenteambtenaren, en het college van bedrijfsrevisoren. De algemeen directeur, de deskundigen en de bedrijfsrevisoren worden, naargelang het geval, benoemd door de raad van bestuur of de algemene vergadering.

26. De verwijzende rechter trekt daaruit de conclusie dat de beslissingsvrijheid van de gemeente Ukkel niet zo volledig is als Brutélé beweert. De raad van bestuur, waarin de gemeente (slechts) één afgevaardigde heeft, oefent bijvoorbeeld de meest uitgebreide bevoegdheden uit. Weliswaar worden alle beslissingen genomen door vennootschaps-

organen die uitsluitend bestaan uit afgevaardigden van de aangesloten gemeenten en intercommunales, maar dat brengt niet mee dat elke vennoot individueel dezelfde doorlaggevende invloed heeft op de vennootschap als wanneer hij zelf de activiteit „in house” had georganiseerd.

27. Met betrekking tot de tweede voorwaarde van het arrest Teckal<sup>9</sup>— „en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen” — stelt de verwijzende rechter dat niet wordt betwist dat de vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de bij haar aangesloten gemeenten. Over deze voorwaarde heeft de verwijzende rechter dan ook geen vraag gesteld.

### III — Argumenten van partijen

28. Overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof hebben Coditel, de gemeente Ukkel, Brutélé, de Belgische, de

<sup>9</sup> — Aangehaald in voetnoot 8, punt 50.

Duitse en de Nederlandse regering, en de Commissie van de Europese Gemeenschappen schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 9 april 2008 zijn zij, met uitzondering van de gemeente Ukkel, die niet was vertegenwoordigd, in hun pleidooien gehoord.

29. In wezen bestaat overeenstemming erover, dat het om de verlening van een openbare dienstenconcessie gaat, die weliswaar niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, maar wel onder het algemene transparantiegebod.<sup>10</sup>

30. Met uitzondering van *Coditel* zijn allen het erover eens, dat op basis van de informatie in het prejudicieel verzoek waarschijnlijk is voldaan aan het *tweede Teckal-criterium*.

31. Met betrekking tot het *eerste Teckal-criterium* zijn de meningen verdeeld:

32. *Coditel* en de *Commissie* zijn van mening dat aan dit criterium niet is voldaan en dat de

rechtstreekse toetreding van de gemeente Ukkel tot de vennootschap Brutélé in strijd is met het transparantiegebod.

33. *Coditel* voert aan dat de gemeente Ukkel vóór de toetreding tot Brutélé geen enkele relatie met deze vennootschap had en dat de Teckal-rechtspraak dus helemaal niet relevant is. Bovendien houdt de gemeente Ukkel slechts 8,26 % van de aandelen van Brutélé (76 aandelen van de in totaal 920). Daar komt nog bij dat Brutélé haar diensten zoals kabeltelevisie, telefoon en internet commercieel en in concurrentie met andere, particuliere aanbieders verricht. Brutélé heeft in wezen dezelfde interne structuur als een particuliere onderneming. De gemeente Ukkel is niet in staat toezicht uit te oefenen op Brutélé; of er van een werkelijk collectief toezicht door de bij de vennootschap aangesloten gemeenten sprake is, valt te betwijfelen, gelet op het grote aantal leden en eventuele belangenconflicten. Uitgaande van het arrest Carbotermo<sup>11</sup> is de omstandigheid dat 100 % van het kapitaal van Brutélé in handen is van gemeenten en territoriale lichamen, niet beslissend. In zoverre is het met name niet voldoende dat de gemeente Ukkel een exploitatieondersector heeft kunnen oprichten.

34. De *Commissie* gaat in haar opmerkingen eveneens in op de interne besluitvormingsstructuren van Brutélé en stelt dat zij in zoverre nauwelijks mogelijkheden voor een

10 — Waarbij de Nederlandse regering opmerkt dat het prejudicieel verzoek onvoldoende informatie bevat om dit aspect werkelijk te kunnen beoordelen.

11 — Arrest van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 37).

enkele gemeente als Ukkel kan zien om een doorslaggevende<sup>12</sup> invloed uit te oefenen. De raad van bestuur van Brutélé beschikt over omvangrijke bevoegdheden en stelt in het bijzonder de tarieven vast. De gemeente Ukkel heeft in alle opzichten slechts een „gedeelde” invloed en kan haar eigen wil niet vrijelijk doorzetten, wat evenwel een voorwaarde is voor de vervulling van het eerste Teckal-criterium.

35. De *gemeente Ukkel* en *Brutélé*, die van mening zijn dat wél voldaan is aan het eerste Teckal-criterium, onderstrepen het aspect van de zuivere intercommunaliteit van de coöperatieve vennootschap, zowel qua statuten als ook naar Belgisch recht.

36. De *gemeente Ukkel* voert aan dat zij met haar toetreding een „toezicht [...] zoals” in de zin van het arrest Teckal heeft behouden op het gemeentelijke kabeltelevisienet. Zij beklemtoont dat het Hof niet spreekt van een „identiek” toezicht, maar van toezicht „zoals”. Verlangen dat een gemeente een volledig en individueel toezicht uitoefent op een intercommunale samenwerkingsvorm, maakt een dergelijke samenwerking, die per

definitie afhankelijk is van de coöperatie van meerdere partijen, onmogelijk.

37. *Brutélé* refereert slechts subsidiair aan de vervulling van het eerste Teckal-criterium, met name onder verwijzing naar het arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), punten 57 en volgende. In de eerste plaats betoogt Brutélé dat de artikelen 43 EG en 49 EG en de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie aldus moeten worden uitgelegd, dat zij op zich al niet eraan in de weg staan dat een gemeente zonder aanbesteding toetreedt tot een zuiver intercommunale samenwerkingsverband waarin geen particulier kapitaal is gestoken en dat is opgericht met name ter verwezenlijking van weloverwogen doeleinden van gemeentelijk en algemeen belang. Uit het arrest Stadt Halle en RPL Lochau, punt 48, is af te leiden dat gemeenten hun taken van algemeen belang zelf kunnen vervullen. Door de regels van het communautaire aanbestedingsrecht op intercommunale samenwerking toe te passen, worden de gemeenten echter gedwongen een beroep te doen op externe instanties voor de vervulling van hun taken. Het Belgische recht geeft de gemeenten uitdrukkelijk de bevoegdheid tot intercommunale samenwerking.<sup>13</sup> De relatie tussen de gemeente Ukkel en de vennootschap Brutélé is niet ontstaan door een overeenkomst, maar door toetreding, die wettelijk en in de statuten van Brutélé is geregeld. Brutélé is gebaseerd op een zuiver intercommunale samenwerking, is volgens haar statuten niet opengesteld voor privékapitaal en vervult haar taken in het belang van de gemeenten. Het doel van de samenwerking is, de gebruikers een zo ruim mogelijke keuze aan televisieprogramma’s onder de beste voorwaarden te bieden en

12 — Dienaangaande verwijst de Commissie naar het arrest van 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punt 65), en het arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11).

13 — Brutélé verwijst naar de Belgische Grondwet en naar de Belgische wet betreffende de intercommunales (zie hierboven, punten 6 en 7 van deze conclusie).

eventueel het aanbod uit te breiden tot radio-omroep en diverse communicatiestructuren. Ten derde voert Brutélé ten slotte aan dat de gemeente Ukkel binnen het samenwerkingsverband, met name ook door de interne besluitvormingsstructuur en via de afzonderlijke ondersector, het toezicht dat in casu aan de orde is, uitoefent zoals op haar eigen dienst.

gemeente Ukkel worden gezien. De concessie voor het kabeltelevisienet is dus niet verleend aan een externe instantie, maar heeft haar interne karakter behouden.

38. De *Belgische regering* is van mening dat de eerste prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord. Een gemeente kan zich zonder aanbesteding aansluiten bij een coöperatieve vennootschap als Brutélé die uitsluitend bestaat uit andere gemeenten en verenigingen van gemeenten, om haar het beheer van haar kabeltelevisienet over te dragen, waarbij de vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden enkel met en ten behoeve van de bij haar aangesloten leden verricht, en de beslissingen over die werkzaamheden worden genomen door de raad van bestuur en de sectorcomités binnen de grenzen van de hun door de raad van bestuur gedelegeerde bevoegdheden, welke statutaire organen bestaan uit afgevaardigden van de overheidslichamen en bij meerderheid beslissen.

39. Brutélé, die niet openstaat voor privékapitaal, kan niet als een derde ten opzichte van de

40. De overige prejudiciële vragen vloeien uitsluitend voort uit het feit dat intercommunale samenwerking een samenwerkingsvorm is die uit de aard van de zaak verschillende gemeenten verenigt die met elkaar samenwerken. In dat verband beklemtoont de Belgische regering dat de decentrale overheden gerechtigd zijn voor samenwerking te kiezen om een efficiënt beheer te waarborgen. Het gaat daarbij onder meer om de samenwerking tussen kleine en grotere territoriale lichamen. Voor kleine territoriale lichamen bestaat vaak de evidente noodzaak, taken die de eigen schaal overschrijden, in een overkoepelende grotere structuur gezamenlijk uit te voeren. Het is aan de betrokken overheden van de lidstaten te beslissen hoe deze samenwerkingsverbanden intern zijn georganiseerd en worden gecontroleerd. De interne organisatie- en toezichtmodellen die in dit opzicht bestaan, zijn zeer talrijk. Uit een samenwerkingsverband dat wat het toezicht betreft rekening houdt met de uiteenlopende omvang van de samenwerkende territoriale lichamen, valt niet te concluderen dat er geen sprake is van toezicht zoals op de eigen diensten. Voorts volgt uit de aard van de intercommunale samenwerking dat daarbinnen geen beslissingen worden genomen door slechts één gemeente, maar dat meerderheidsbesluiten worden genomen, en wel ter verwe-

zenlijking van het gemeenschappelijke doel. Toezicht door middel van meerderheidsbesluiten dient als „toezicht zoals [op de eigen diensten]” in de zin van de rechtspraak te worden aangemerkt. Op grond van het bovenstaande meent de Belgische regering dat de gemeente Ukkel, die in de organen van Brutélé vertegenwoordigd is met haar afgevaardigden, toezicht houdt op Brutélé zoals op haar eigen diensten.

sommige Duitse deelstaten bestaan Kreisverwaltungsbehörden [bestuursorganen van een „Kreis” of „Landkreis” (district)], die zowel diensten van de Landkreis zijn als ook laagste bestuurslaag van de deelstaat. En veel Duitse deelstaten, bijvoorbeeld Brandenburg en Berlijn, hebben een gemeenschappelijk Oberverwaltungsgericht (administratief gerechtshof). Het door een territoriaal lichaam uitgeoefende toezicht op instanties die door meer territoriale lichamen gezamenlijk worden beheerd, gebrekkig of onvolledig noemen, zou dwaas zijn. Net zo „gezamenlijk uitgeoefend”, maar daarom nog niet minder effectief, is het toezicht op een opdrachtnemer waarvan het volledige kapitaal in handen is van meerdere publiekrechtelijke rechtspersonen. Dat is het geval bij Brutélé, aangezien uitsluitend gemeenten deelnemen, die hun controlerende bevoegdheden gezamenlijk uitoefenen zoals over een (gemeenschappelijke) dienst.

41. De *Duitse regering* is van mening dat op een geval als het onderhavige de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht op voorhand niet van toepassing zijn, omdat aan beide Teckal-criteria is voldaan. Ingeval er een meerderheid van „beheersende overheidsinstanties” is, moeten deze criteria aldus worden begrepen, dat wanneer de aanbestedende dienst met andere publiekrechtelijke rechtspersonen tezamen het volledige kapitaal van de opdrachtnemer in handen heeft, dit door verschillende overheidsinstanties gezamenlijk uitgeoefende bewind geen verslapping van het toezicht betekent. Er kunnen bijvoorbeeld immers ook organisatorisch uniforme diensten door meer territoriale lichamen tezamen worden opgericht en gezamenlijk worden „gerund”; in zulke gevallen is het onzinnig ervan uit te gaan dat het toezicht van de afzonderlijke territoriale lichamen op deze diensten gebrekkig of onvolledig is. In het Duitse bestuursorganisatorisch recht bestaan daarvan talloze voorbeelden; zo zijn de Oberfinanzdirektionen (regionale directoren financiën) zowel diensten van de federale overheid als van de deelstaten. In

42. Indien men, omdat de aanbestedende dienst het toezicht op de opdrachtnemer gezamenlijk met andere overheden moet uitoefenen, zou willen concluderen dat sprake is van „ontoereikend” toezicht en dat het aanbestedingsrecht van toepassing is, dan zou dat zeer ernstige gevolgen hebben voor de nodige beoordelingsmarge van intercommunale samenwerkingsverbanden. Voor de keuze van een dergelijke intercommunale samenwerkingsvorm zou dan steeds het voorbehoud van de aanbestedingsprocedure gelden. Intercommunale samenwerking als een vorm van organisatie van overheidsstaken zou daarmee duidelijk achtergesteld zijn ten opzichte van taakvervulling in eigen beheer, iets waarop het aanbestedingsrecht nooit van toepassing is geweest. Het aanbestedingsrecht zou daarmee een buitensporige druk op de gemeenten uitoefenen om eventueel geen

samenwerkingsverbanden met andere gemeenten aan te gaan. Dat is echter nooit het doel van het aanbestedingsrecht geweest. Pas wanneer gemeenten zich ter vervulling van hun taken tot de markt wenden, is het aanbestedingsrecht van toepassing.

43. Ten slotte wijst de Duitse regering erop dat het recht op lokaal zelfbestuur op Europees niveau wordt beschermd door het Europees Handvest inzake lokaal zelfbestuur.<sup>14</sup> Dit houdt het recht van gemeenten in om taken in eigen beheer uit te voeren en om een intercommunaal samenwerkingsverband aan te gaan zonder dat voorafgaande „concurrentiestelling” nodig is.

44. De *Nederlandse regering* stelt voor, de eerste prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden. Met betrekking tot de tweede vraag is zij tegen de achtergrond van de eerste van de twee voorwaarden van het arrest Teckal en de daaropvolgende rechtspraak, alsmede de informatie in het prejudiciële verzoek van mening dat de gemeenten en verenigingen van gemeenten een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen op Brutélé. De omstandigheid dat zij tezamen het volledige kapitaal van Brutélé in handen hebben en particulieren niet kunnen toetreden, lijkt er reeds op te wijzen dat dit het geval is. Het daadwerkelijke bestaan van doorslaggevende invloed wordt bevestigd door het feit dat de betrokken gemeenten en verenigingen van gemeenten de besluitvormingsorganen van Brutélé volledig beheersen, aangezien deze geheel

zijn samengesteld uit afgevaardigden van deze vennoten. Daarmee zijn de gemeenten en de vereniging van gemeenten in staat om doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als op de belangrijkste beslissingen van Brutélé, zoals de bepaling van haar tarieven. Brutélé beschikt niet over enige daadwerkelijke zelfstandigheid en kan derhalve niet worden gezien als een derde ten opzichte van de gemeenten en verenigingen van gemeenten die bij haar zijn aangesloten. Met betrekking tot de derde vraag merkt zij op dat voor het bestaan van „toezicht zoals op de eigen diensten” voldoende is, dat de betrokken gemeenten en verenigingen van gemeenten tezamen toezicht kunnen uitoefenen.

#### IV — Juridische beoordeling

45. Omdat de voorgelegde vragen verschillende aspecten van hetzelfde probleem aan de orde stellen, zal ik ze tezamen onderzoeken.

46. Gevraagd wordt of de toetreding van een gemeente als de gemeente Ukkel tot een zuiver intercommunale coöperatieve vennootschap als Brutélé en de daarmee verbonden overgang van het beheer van het gemeentelijke kabeltelevisienet op deze vennootschap als een concessieverlening moet worden beschouwd, waarop de beginselen van het communautaire aanbestedingsrecht van toepassing zijn, dan wel of het gaat om een quasi-interne taakuitoefening, waarvoor dus geen aanbesteding is vereist. De belangrijkste aspecten die de verwijzende

14 — Het Europees Handvest inzake lokaal zelfbestuur, een door de lidstaten van de Raad van Europa op 15 oktober 1985 in Straatsburg ter ondertekening voorgelegd verdrag, is op 1 september 1988 in werking getreden (meer informatie: <http://conventions.coe.int>).

rechter bezighouden, zijn de interne besluitvormingsstructuren: dus enerzijds besluiten van statutaire organen als de raad van bestuur en de sectorcommissies, en anderzijds besluiten die in wezen niet individueel, maar bij meerderheid worden genomen. Zijn deze besluitvormingsstructuren in overeenstemming met het in de rechtspraak ontwikkelde criterium „toezicht zoals op de eigen diensten”?

47. De verwijzende rechter is van mening dat de controle over de coöperatieve vennootschap en haar besluiten door de territoriale lichamen collectief wordt uitgeoefend via de statutaire organen van de vennootschap, die zo over een zekere autonomie beschikt ten opzichte van haar leden. Daarmee is waarschijnlijk nog geen sprake van een „toezicht zoals op de eigen diensten”, en de verwijzende rechter neigt er derhalve toe het eerste middel gegrond te verklaren.

48. Met betrekking tot de kwalificatie van de vraagstelling wijs ik er vooraf op dat, zoals de verwijzende rechter terecht heeft opgemerkt, volgens vaste rechtspraak geen van de

communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten<sup>15</sup> van toepassing is<sup>16</sup> op de toekenning van concessies voor openbare diensten.<sup>17</sup> Dat het in het hoofdgeding gaat om een dienstenconcessie en niet om een opdracht voor dienstverlening, blijkt uit het feit dat het territoriale lichaam geen vergoeding voor de verrichte dienst betaalt, maar dat de tegenprestatie bestaat in het recht tot exploitatie van de eigen prestatie<sup>18</sup>, waarmee de overneming van het bedrijfsrisico verbonden is.<sup>19</sup>

15 — Onder andere richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1). Het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten is bevordering van het vrij verkeer van diensten en van de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, zie arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 44).

16 — Neergaard, *The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law*, in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, wijst erop dat het begrip concessie zeer uiteenlopend wordt gedefinieerd afhankelijk van de juridische context, en dat het begrip concessie in het communautaire aanbestedingsrecht aanzienlijk verschilt van het mededingingsrechtelijke en deels ook van het nationale begrip.

17 — Zie bijvoorbeeld arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 56 en 57), en 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 9 en 16); arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 42), en arrest van 18 juli 2007, Commissie/Italië (C-382/05, Jurispr. blz. I-6657, punt 29).

18 — Zie met betrekking tot de ter onderscheiding gebruikte criteria arrest Telaustria en Telefonadress (aangehaald in voetnoot 17, punt 58). Zie ook de definitie in artikel 1, lid 4, van de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding niet toepasselijke richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114): „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 gaat daarbij om de exploitatie en het onderhoud van bestaande installaties; zie Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. In beginsel moet de kwalificatie als verlening van een dienstenconcessie worden beoordeeld op basis van het gemeenschapsrecht; zie arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 17, punt 31).

19 — Arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 40). Zie daaromtrent ook uitvoerig Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 en 6.63.

49. Omdat voor de verlening van dienstenconcessies door de overheid ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geen richtlijn inzake de coördinatie van de procedures bestond<sup>20</sup>, moeten de gemeenschapsrechtelijke gevolgen van de verlening van dergelijke concessies nog steeds uitsluitend worden beoordeeld in het licht van het primaire recht, met name van de in het EG-Verdrag voorziene fundamentele vrijheden.<sup>21</sup>

50. Bij de verlening van openbare dienstenconcessies gelden dus vereisten van gelijke behandeling en transparantie<sup>22</sup>, met name het verbod van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit volgens de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG<sup>23</sup>, die in de regel een oproep tot mededinging vergen.

- 20 — De situatie is onder de latere richtlijn 2004/18 (aangehaald in voetnoot 18) nauwelijks veranderd, want deze definieert weliswaar het begrip dienstenconcessie, maar is volgens artikel 17 ervan niet van toepassing op dergelijke concessies. Zie uitvoerig Flamme/Flamme/Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, blz. 19 e.v.
- 21 — Arresten Coname (aangehaald in voetnoot 17, punt 16) en Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 46), en arrest van 6 april 2006, ANAV (C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punten 18 e.v.). Broussy/Donnat/Lambert, „Délégations de services publics”, *L'actualité juridique — droit administratif* (AJDA) 2005, blz. 2340 e.v., blz. 2341, wijzen erop dat een beroep op het beginsel van non-discriminatie het gevaar inhoudt dat het aanbestedingsrecht in de toekomst tot ver buiten de relevante richtlijnen wordt uitgebreid, zelfs tot situaties waarin de waarde van de transactie de drempel voor de toepassing van de richtlijnen niet bereikt.
- 22 — Trepte, „Transparency Requirements”, in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, wijst erop dat het transparantiebegrip in het communautaire aanbestedingsrecht beperkt is, voor zover het betrekking heeft op de gelijke behandeling van de inschrijvers uit de lidstaten en niet op een verder gaande transparantie.
- 23 — Zie onder meer arresten Telaustria en Telefonadress (aangehaald in voetnoot 17, punten 60 e.v.), Coname (aangehaald in voetnoot 17, punten 18 e.v.) en Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punten 47 e.v.).

51. Een uitzondering voor „quasi-interne taakvervulling”<sup>24</sup> bestaat volgens de rechtspraak, die is begonnen met het reeds genoemde arrest Teckal<sup>25</sup> en later verder is ontwikkeld<sup>26</sup> en toegepast op alle gemeenschapsregels op het gebied van overheidsopdrachten of openbare dienstenconcessies<sup>27</sup>, wanneer sprake is van een handeling die qua opzet neerkomt op een bestuursinterne maatregel.<sup>28</sup> Aldus is volgens vaste rechtspraak van het Hof een oproep tot mededinging niet verplicht, zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is, wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: in de eerste plaats moet het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uitoefenen zoals op zijn eigen diensten, en in de tweede plaats moet dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verrichten ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die het beheersen.<sup>29</sup>

- 24 — De benaming is niet eenduidig, vaak wordt van (quasi) „in-house-gunning” of „in-house-opdracht” (in ruimere zin) gesproken.
- 25 — Aangehaald in voetnoot 8.
- 26 — Zie met name arresten Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 15, punt 49); Coname (aangehaald in voetnoot 17, punten 23-26); Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punten 56 e.v.); ANAV (aangehaald in voetnoot 21, punt 24) en Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punten 36 en 37); arresten van 19 april 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punten 55-57), en 18 december 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, Jurispr. blz. I-12175, punt 58).
- 27 — In het arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 61) heeft het Hof verduidelijkt dat de twee Teckal-criteria niet alleen van toepassing zijn op het gebied van de communautaire aanbestedingsrichtlijnen, maar ook op dat van de communautaire aanbestedingsregels in het algemeen.
- 28 — Flamme/Flamme/Dardenne, aangehaald in voetnoot 20, blz. 32, punt 20, stellen onder verwijzing naar de punten 49 en 50 van het arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 8), dat de uitzondering voor „quasi-interne taakvervulling” eenvoudig erop berust dat een „overeenkomst met zichzelf” niet mogelijk is.
- 29 — Zie arresten Teckal (aangehaald in voetnoot 8, punt 50) en Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 15, punt 49); arresten van 13 januari 2005, Commissie/Spainje (C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punt 38), en 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk (C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punt 34); arresten Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 33) en Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (aangehaald in voetnoot 26, punt 55).

A — *Eerste Teckal-criterium*

52. Ik zal thans de eerste voorwaarde onderzoeken, namelijk het uitoefenen van „toezicht zoals op zijn eigen diensten”.

## 1. Uitsluiting van gemengde ondernemingen

53. Uit de vaste rechtspraak sinds het arrest Stadt Halle en RPL Lochau<sup>30</sup> volgt ondubbelzinnig dat gemengde ondernemingen geenszins kunnen worden aangemerkt als een lichaam waarop toezicht wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten, en wel ongeacht de

30 — In punt 49 van het veelbesproken arrest Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 15) staat: „Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof is het niet uitgesloten dat er andere omstandigheden kunnen zijn waarin de oproep tot inschrijving niet verplicht is, zelfs indien de medecontractant een lichaam is dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. Dit is het geval wanneer het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen (zie in die zin arrest Teckal, [aangehaald in voetnoot 8], punt 50). In het genoemde geval was het onderscheiden lichaam geheel in handen van overheidsorganen. De deelneming, ook al gaat het slechts om een minderheidsdeelneming, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.” Belorgey/Gervasoni/Lambert, „Qualification de marché public”, AJDA 2005, blz. 1113 e.v., blz. 1114, gaan onder verwijzing naar het arrest van 22 mei 2003, Korhonen e. a. (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321), ervan uit dat het arrest Stadt Halle uitdrukkelijk heeft bevestigd wat reeds impliciet in de rechtspraak was aanvaard.

omvang van de minderheidsdeelneming van privékapitaal.<sup>31</sup> Het is voldoende dat het lichaam openstaat voor privékapitaal, ook wanneer dit (nog) niet daadwerkelijk deelneemt.<sup>32</sup> Ook dient een overdracht van aandelen aan particulieren die kort na het tijdstip van de gunning heeft plaatsgevonden, in de beoordeling te worden meegewogen.<sup>33</sup>

54. In omstandigheden als die van het hoofdeding is het aspect privékapitaal duidelijk niet in het geding. Er is geen deelneming van privékapitaal; bovendien kunnen particulieren ook niet toetreden tot Brutélé.

## 2. Verdere relevante omstandigheden

55. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat met de vaststelling dat geen privékapitaal deelneemt of kan deelnemen, het Teckal-crite-

31 — Zie bijvoorbeeld arresten Coname (aangehaald in voetnoot 17, punt 26), Commissie/Oostenrijk (aangehaald in voetnoot 29, punt 46) en ANAV (aangehaald in voetnoot 21, punt 31), en arrest van 18 januari 2007, Auroux e. a. (C-220/05, Jurispr. blz. I-389, punt 64). Onzeker blijft hoe een deelneming van particulieren of non-profit-organisaties, bijvoorbeeld op sociaal of cultureel gebied, moet worden beoordeeld (zie dienaangaande Egger, aangehaald in voetnoot 2, blz. 170, punt 637).

32 — In die zin arresten Coname (aangehaald in voetnoot 17, punt 26) en ANAV (aangehaald in voetnoot 21, punten 30-32).

33 — Arrest Commissie/Oostenrijk (aangehaald in voetnoot 29), punten 38-42: In een dergelijk geval moet de gunning van een opdracht worden beoordeeld rekening houdend met alle fasen (gunning en herstructurering van kapitaal) en het doel ervan.

rium „uitoefenen van toezicht zoals op de eigen diensten” niet steeds in voldoende mate is vervuld.<sup>34</sup> Ook de vragen van de verwijzende rechter dienen duidelijk tegen deze achtergrond te worden begrepen.

mate van zelfstandigheid beschikte die uitsloten dat de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefende als op haar eigen diensten.<sup>37</sup>

56. Volgens sommige van de arresten waarin het eerste van de twee Teckal-criteria wordt behandeld, moet „rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden”.<sup>35</sup> „Uit dit onderzoek moet blijken dat de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen, onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap.”<sup>36</sup>

58. Bij de beoordeling van de vragen in de zaak Parking Brixen waren dus duidelijk twee basiscategorieën relevant: de mate van marktgerichtheid en de mate van zelfstandigheid<sup>38</sup> van de concessiehouder. Deze categorieën stroken met het arrest Teckal, waarin in punt 51 eveneens het al dan niet bestaan van de bevoegdheid van het betrokken lichaam om zelfstandig beslissingen te nemen ten opzichte van het (de) publiekrechtelijke orga(n)en als criterium was genoemd.<sup>39</sup>

57. Met name uit het arrest Parking Brixen is af te leiden hoe breed geschakeerd de criteria zijn die in dit verband van belang kunnen zijn: de omzetting in een naamloze vennootschap, de verruiming van het maatschappelijk doel, de verplichte spoedige openstelling van de vennootschap voor ander kapitaal, een belangrijke territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap en de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur leidden er in dit arrest toe dat de betrokken vennootschap volgens het Hof een marktgerichte onderneming was en over een

59. In de huidige rechtspraak van het Hof met betrekking tot de Teckal-criteria heeft het Hof evenwel slechts in enkele gevallen de aandacht gevestigd op dergelijke bijkomende omstandigheden. In de twee genoemde

34 — Zie onder meer ook Probst/Wurzel, „Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergaberechtswidrigen Verträgen”, in: *European Law Reporter* 2007, blz. 257 e.v., blz. 261.

35 — Arresten Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 65) en Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 36).

36 — Arresten Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 65) en Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 36).

37 — Arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punten 67-70). Zie voor kritiek op de rechtvaardiging van criteria die ertoe kunnen leiden dat de door publiekrechtelijke lichamen ter vervulling van hun taken beheerde lichamen worden beperkt tot bepaalde rechtsvormen: Kotschy, „Arrêts ‚Stadt Halle’, ‚Coname’ et ‚Parking Brixen’”, *Revue du droit de l’Union européenne* 2005, nr. 4, blz. 845 e.v., blz. 853.

38 — Hoe pregnanter de nauwe koppeling aan de aanbestedende dienst resp. concessieverlenende instantie is en hoe minder mogelijkheden de opdrachtnemer resp. concessiehouder heeft om op de markt commerciële activiteiten voor derden te verrichten, des te gemakkelijker is het bestaan van een in-house-opdracht aan te nemen, onderstrepen Probst/Wurzel (aangehaald in voetnoot 34, blz. 261).

39 — Arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 8, punt 51).

gevallen, Parking Brixen en Carbotermo, was er sprake van een cumulatie van deze omstandigheden, waarvan steeds slechts één de overdracht van ruime of aanzienlijke bevoegdheden aan de raad van bestuur was.

verrichtte, middels een holdingvennootschap werd uitgeoefend.<sup>42</sup> Het Hof heeft dienaangaande geoordeeld dat een dergelijke tussenpersoon, naargelang van de omstandigheden, tot een verzwakking kan leiden van het eventuele toezicht dat de aanbestedende dienst op een aandelenvennootschap uitoefent door het enkele feit van haar deelneming in het kapitaal daarvan.<sup>43</sup>

60. In het arrest Parking Brixen heeft het Hof geoordeeld dat Stadtwerke Brixen AG een marktgerichte onderneming was, waardoor het toezicht van de gemeente werd afgezwakt. Het baseerde zich op in totaal vijf gronden<sup>40</sup>, waaronder de verplichte spoedige openstelling van de vennootschap voor ander kapitaal en de territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap tot geheel Italië en het buitenland.<sup>41</sup>

62. In deze gevallen was dus sprake van een samenloop van een aantal bijzondere omstandigheden, die derhalve in hun totaliteit<sup>44</sup> zijn beschouwd.

61. In het arrest Carbotermo was een wezenlijke omstandigheid dat de eventuele invloed van de Italiaanse gemeente Busto Arsizio op de beslissingen van de onderneming AGESP SpA, die allerlei soorten nutsdiensten

3. Voor zuiver intercommunale samenwerking is in de regel — hoewel niet op voorhand — geen aanbesteding vereist

63. Toch pleit veel ervoor om de situaties die ten grondslag lagen aan de arresten Parking Brixen en Carbotermo, als individuele gevallen te zien waarin volgens het Hof een grens overschreden was, en om voor de concentratie van taken van algemeen belang

40 — Ferrari spreekt in zoverre van aanwijzingen voor een onafhankelijkheid die onverenigbaar is met het begrip toezicht zoals op een eigen dienst (Ferrari, „Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?”, in: *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2006, blz. 271 e.v., met name blz. 273).

41 — Arrest Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 67). Jennert, „Das Urteil „Parking Brixen”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (NZBau) 2005, blz. 623 e.v., blz. 626, merkt op dat veiligstelling van de thuismarkt door in-house-gunning zonder een oproep tot mededinging met gelijktijdige deelname aan de concurrentie door een expansie buiten de gemeentegrenzen uitgesloten is.

42 — Volgens de punten 22 en 23 van de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 12 januari 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11), werd die zaak gekenmerkt door de bijzonderheid dat, zoals ook in de zaak Stadt Halle, de opdracht niet rechtstreeks was „gegund” aan de entiteit waarin het territoriale lichaam direct deelnam, maar dat het ging om een geval van indirecte deelneming.

43 — Arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 39).

44 — Jennert spreekt terecht van „beschouwing in totaliteit” (aangehaald in voetnoot 41, blz. 625).

in een zuiver samenwerkingsverband van publiekrechtelijke lichamen, zonder deelneming van privékapitaal, een aanbesteding weliswaar niet a priori uit te sluiten<sup>45</sup>, maar in beginsel niet als vereist te beschouwen. Daarvoor is steun te vinden in de hieronder beschreven casusposities en ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof.

64. In het zojuist genoemde arrest Carbotermo waarin het Hof op grond van bijkomende omstandigheden in die zaak een aanbesteding wel als vereist beschouwde, overwoog het letterlijk: „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, is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van punt 50 van het reeds aangehaalde arrest Teckal.”<sup>46</sup>

65. In de daaropvolgende punten van het arrest Carbotermo wordt duidelijk dat met de beperking „is niet beslissend” de betrokken bijkomende omstandigheden zijn bedoeld, namelijk: verzwakking van het toezicht door de tussengeschoven holdingvennootschap, ook al was haar kapitaal voor 99,98 % in handen van het betrokken territoriale lichaam, en te ruime bevoegdheden van de raad van bestuur in zowel de holding als de door de holding opgerichte aandelenvennoot-

schap waaraan de opdracht was gegund.<sup>47</sup> Volgens het Hof verleenden de statuten van de twee vennootschappen de betrokken gemeente geen bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht waarmee zij de handelingsvrijheid van deze raden van bestuur zou kunnen beperken. Haar toezicht op deze twee vennootschappen kwam in wezen overeen met de marge waarover de meerderheid van aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikte, wat haar mogelijkheden om de beslissingen van deze vennootschappen te beïnvloeden aanzienlijk beperkte.<sup>48</sup>

66. Volgens het recentere arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) daarentegen wordt bij een zuiver intercommunale samenwerking in de regel het eerste Teckal-criterium — „uitoefenen van toezicht zoals op de eigen diensten” — geacht te zijn vervuld en hoeven de interne besluitvormingsstructuren en de meerderheidsverhouding in de regel dus niet nader te worden onderzocht. Want de bovengenoemde passage<sup>49</sup> uit het arrest Carbotermo is in het latere arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) in punt 57 weliswaar herhaald, maar met kleine wijzigingen. De woorden „is niet beslissend” in het arrest Carbotermo zijn in het latere arrest

45 — Arrest Commissie/Spanje (aangehaald in voetnoot 29, punt 40).

46 — Arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 37).

47 — Arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punten 38-40).

48 — Arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 38).

49 — Arrest Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 37): „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, is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van punt 50 van het [hierboven in voetnoot 8 aangehaalde] arrest Teckal.”

Asemfo immers vervangen door „in beginsel”. In plaats van „[...] is niet beslissend, maar lijkt er toch op te wijzen [...]” is het thans „[...] er in beginsel op lijkt te wijzen [...]”.

publiekrechtelijke lichamen binnen zuivere samenwerkingsverbanden van publiekrechtelijke lichamen een rol speelt in de rechtspraak van het Hof die in casu relevant is, geldt het volgende.

67. Veel pleit er dus voor dat wanneer de aanbestedende dienst of de concessieverlenende overheidsdienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten<sup>50</sup> het volledige kapitaal van een lichaam houdt waaraan de opdracht of de concessie wordt verleend, dit er in de regel op wijst dat hij op dit lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten in de zin van punt 50 van het arrest Teckal. Deze regel kan weliswaar ter discussie worden gesteld<sup>51</sup>, maar alleen, zoals reeds gezegd<sup>52</sup>, op grond van een samenloop van bijzondere omstandigheden.

#### 4. Criteria voor een gedetailleerde analyse van toezichthoudende bevoegdheden

68. Voor zover de kwestie van de toezichthoudende bevoegdheid van individuele

69. Reeds de zaak Teckal had betrekking op het geval van intercommunale samenwerking<sup>53</sup>, waarin de kwestie van het toezicht tegen de achtergrond van de omvang van de aandelenparticipatie werd aangestipt: het ging namelijk om een samenwerkingsverband van 45 gemeenten uit Reggio Emilia, waarin de in dat geval betrokken gemeente Viano voor 0,9 % deelnam. Hieromtrent merkte advocaat-generaal Cosmas op dat „het [hem] onwaarschijnlijk [lijkt] dat [...] de gemeente Viano toezicht uitoefent op dit samenwerkingsverband zoals een lichaam op een intern orgaan”.<sup>54</sup> Het arrest zelf zwijgt over deze kwestie; met name de formulering van het toezichtcriterium in punt 50<sup>55</sup> gaat niet op dit aspect in. In elk geval heeft het Hof de kwestie van de controlerende bevoegdheid van een gemeente met betrekkelijk weinig aandelen en

50 — Want controle door een meerderheid is niet a priori uitgesloten; zie ook Fenoyl, „Contrats ‚in house’ — état des lieux après l’arrêt Asemfo”, AJDA 2007, blz. 1759 e.v., blz. 1761.

51 — Egger (aangehaald in voetnoot 2, blz. 169, punt 626) spreekt terecht van een weerlegbaar vermoeden.

52 — Zie punten 55 e.v. van deze conclusie.

53 — Daarop wijzen ook Pape/Holz, „Vergabefreie In-house-Geschäfte”, NJW 2005, blz. 2264 e.v., blz. 2265. Zij zijn van mening dat bij een strikt formele zienswijze een samenwerkingsverband tussen meerdere publiekrechtelijke lichamen weliswaar niet als in-house-opdracht kan worden beschouwd, omdat op grond van de medebeslissingsrechten van de andere vennoten niet zonder meer valt uit te maken of elke aandeelhouder op het lichaam toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen dienst, maar dat het volgens een functionele benadering niettemin juist is om ook in dit verband te spreken van een in-house-gunning.

54 — Conclusie van advocaat-generaal Cosmas van 1 juli 1999 in de zaak Teckal (aangehaald in voetnoot 8, punt 61).

55 — Arrest Teckal (aangehaald in voetnoot 8).

stemrechten in dit arrest evenwel niet a priori negatief beantwoord en de verwijzende rechter zo de mogelijkheid geboden het toezichtcriterium in het hoofdgeding als vervuld aan te merken.

70. Intussen werd ten aanzien van dit aspect in het arrest Coname in 2005 echter het tegenovergestelde standpunt ingenomen, want een aandeel van 0,97 % van het kapitaal werd als onvoldoende aangemerkt.<sup>56</sup>

71. Met het arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) werd evenwel duidelijk dat de omvang van de deelneming van één lichaam in een samenwerkingsverband van publiekrechtelijke lichamen niet (meer) als graadmeter van de toezichtmogelijkheid fungeert. Het Hof heeft uitdrukkelijk geoordeeld dat zelfs een zo gering aandeel als bijvoorbeeld 0,25 % van het kapitaal van een dergelijk verband (1 % van het kapitaal was in handen van vier autonome regio's die elk over één aandeel beschikten) zich er niet tegen verzette dat ten aanzien van alle betrokken territoriale gemeenschappen kon worden

uitgegaan van een „quasi-interne taakvervulling”.<sup>57</sup>

72. In de zaak die heeft geleid tot het arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) is voorts van belang dat in het lichaam waaraan de betrokken werkzaamheden waren gegund, de controlerende bevoegdheid duidelijk bij de centrale overheid als hoofdaandeelhoudster lag, en niet bij de vier autonome regio's, wier aandeel tezamen 1 % van het kapitaal bedroeg.<sup>58</sup> Dit heeft het Hof niet belet het eerste Teckal-criterium niet alleen voor de Spaanse Staat, maar uitdruk-

57 — Arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (aangehaald in voetnoot 26, punten 58-60). In punt 59 staat: „In dit verband kan de stelling dat aan de genoemde voorwaarde enkel wordt voldaan voor opdrachten die worden verleend door de Spaanse Staat, met uitsluiting van die welke worden verleend door de autonome regio's, ten aanzien waarvan Tragsa als een derde zou moeten worden aangemerkt, niet worden aanvaard.” In punt 61 wordt duidelijk dat deze vaststelling geen betrekking heeft op alle Spaanse autonome regio's, hoewel Tragsa voor al deze regio's optrad [zie conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 28 september 2006, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), aangehaald in voetnoot 26, punten 13 en 14], maar op de regio's die een deel van haar kapitaal in handen hebben.

58 — In het arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (aangehaald in voetnoot 26, punt 13, aldaar lid 5 van artikel 3) wordt met betrekking tot het nationale recht vermeld: „[...] de organisatorische, toezichthoudende en controlerende taken met betrekking tot Tragsa en haar dochterondernemingen worden uitgevoerd door het ministerie van Landbouw, Visserij en Voeding en door het ministerie van Milieu”. Daarmee lag de bevoegdheid op controlevlak bij de centrale overheid, en niet bij de autonome regio's. Zo merkt ook advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie van 28 september 2006 in de zaak Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (aangehaald in voetnoot 26, punt 51) op dat de autonome regio's zelf geen controlerende bevoegdheden konden uitoefenen, noch dergelijke bevoegdheden aan hun aandeelhouderschap konden ontfemen. De hoofdaandeelhouder, namelijk de Spaanse Staat, dus de centrale overheid, bezat alle controlerende bevoegdheden. In het arrest zelf staat in punt 51: „Ten slotte bepaalt artikel 3, lid 6, van voornoemd koninklijk decreet dat de betrekkingen van Tragsa met deze overheidsinstanties niet van contractuele aard zijn, maar dat in alle opzichten sprake is van een interne, afhankelijke en ondergeschikte relatie, voor zover Tragsa een instrumenteel middel en een technische dienst van deze instanties vormt.” Voorts worden in de punten 59-61 met betrekking tot de kwestie van de controlerende bevoegdheid van de autonome regio's volstrekt andere argumenten gebruikt dan de interne besluitvormingsstructuren, namelijk de wettelijk geregelde verplichting tot taakvervulling, het feit dat de tarieven door de staat worden bepaald en dat de betrekkingen niet van contractuele aard zijn.

56 — Arrest Coname (aangehaald in voetnoot 17, punten 23 en 24). Daar kwam in deze zaak nog bij dat de betrokken vennootschap — althans ten dele — openstond voor privékapitaal; zie punt 26 van het arrest Coname.

kelijk ook ten aanzien van de autonome regio's die een gedeelte van het kapitaal in handen hadden, als vervuld te beschouwen.<sup>59</sup> Uit het arrest is met betrekking tot de controle door de autonome regio's evenwel niet af te leiden of het een nieuwe aanpassing van de rechtspraak inhoudt, of dat de bijzondere omstandigheden van het geval doorslaggevend waren, hetgeen aannemelijk is.<sup>60</sup> Hoe dan ook wordt duidelijk dat de kwestie van de interne controlerende en beslissingsbevoegdheid bij zuivere samenwerkingsverbanden van publiekrechtelijke lichamen niet mag worden overschat.

73. Uit de verduidelijking van de rechtspraak inzake de omvang van de deelneming kan systematisch<sup>61</sup> alsook reeds grammaticaal, door het gebruik van het meervoud in het tweede Teckal-criterium — „en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen” — worden afgeleid<sup>62</sup> dat geen volledige individuele controlerende bevoegdheid van het publiekrechtelijke lichaam is vereist, maar

dat een collectieve en door de meerderheid uitgeoefende controlerende bevoegdheid volstaat.<sup>63</sup>

74. Beslissend zal zijn of de publiekrechtelijke lichamen als totaliteit toezicht uitoefenen op de betrokken persoon, in casu de coöperatieve vennootschap Brutélé, dan wel of deze vennootschap los van dit gemeenschappelijke toezicht optreedt.

## 5. Voorlopige conclusie

75. Blijkens de juridische analyse zal een zuiver intercommunale samenwerking in de regel zonder een oproep tot mededinging mogelijk zijn, tenzij er sprake is van een aantal bijkomende bijzondere omstandigheden die aantonen dat de mate van marktgerichtheid en de mate van zelfstandigheid van het intercommunale lichaam de grenzen van een vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt neutrale intercommunale samenwerking voor de vervulling van taken van algemeen belang overschrijden.

59 — Waarbij advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie van 28 september 2006, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (aangehaald in voetnoot 26), de met dit aspect verbonden problematiek uitdrukkelijk en gedetailleerd bespreekt en constateert dat er over de hele linie sprake is van een ontbrekende invloed van de regio's (punten 98-101). De betrokken problematiek wordt ook behandeld door Broussy/Donnat/Lambert, „Actualité du droit communautaire, Marché in house”, AJDA 2007, blz. 1125 e.v., blz. 1126.

60 — Zoals Müller, „Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?”, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* (ZVB) 2007, blz. 197, blz. 202, terecht onderstreept, waren bijzondere omstandigheden onder meer de wettelijke verplichting tot aanvaarding en uitvoering van de opdrachten en de vaststelling van de tarieven door de overheid. Zie ook Piazzoni, „Précisions jurisprudentielles sur les contrats in house”, *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation* 2007, nr. 12, blz. 56 e.v., blz. 58, en Mok, „Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05”, *Nederlandse Jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken* 2007, nr. 417, blz. 4413 e.v., blz. 4423.

61 — Zie met betrekking tot de systematische uitlegging met name

Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, blz. 253 e.v.

62 — Zie met betrekking tot de grammaticale uitlegging met name

Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, blz. 250 e.v.

63 — Zie onder meer ook Dreher, „Das In-house-Geschäft”, NZBau 2004, blz. 14 e.v., blz. 17, die beklemtoont dat het feit dat de opdrachtnemer geen eigen beslissingsbevoegdheid heeft, het voornaamste punt is. Zie ook Dischendorfer, „The Compatibility of Contracts Awarded Directly to Joint Executive Services' with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v Tragsa”, *Public Procurement Law Review* 2007, blz. NA123 e.v., blz. NA129.

76. Ook al is er tot nu toe nog geen rechtszekerheid<sup>64</sup> met betrekking tot de nauwkeurige afbakening van criteria als de „mate van marktgerichtheid” en de „mate van zelfstandigheid”, en is het dus niet duidelijk waar precies de grens ligt van een aanbestedingsrechtelijk neutrale intercommunale samenwerking ter vervulling van taken van algemeen belang, er zijn geen aanwijzingen dat de samenwerking binnen Brutélé deze grenzen overschrijdt.

77. Het is aan de nationale gerechten, in casu de verwijzende rechter, deze omstandigheden in individuele gevallen te beoordelen. In het onderhavige geval kan op basis van een dergelijke beoordeling waarschijnlijk geen van de bovengenoemde grensoverschrijdingen worden vastgesteld. De interne besluitvormingsstructuren van Brutélé worden namelijk gekenmerkt door de collectieve invloed van de deelnemende territoriale lichamen via meerderheidsbesluiten. Zij oefenen hun invloed niet alleen uit in de algemene vergadering, maar ook in de raad van bestuur, die uit vertegenwoordigers van

de gemeenten bestaat. Daarmee is de kwestie van de controlerende bevoegdheid reeds voldoende en positief beantwoord. Daar komt nog bij dat in de ondersectoren de stem van individuele gemeenten zelfs een groter gewicht in de schaal legt. De marktgerichtheid van Brutélé heeft betrekking op taken van algemeen belang, zoals kabeltelevisie, telefoon en internet, en wijst er niet op dat de grenzen van aanbestedingsrechtelijke neutraliteit — bij alle vaagheid van de criteria ter zake — zijn overschreden.

78. Derhalve pleit alles ervoor dat in een geval als het onderhavige sprake is van een samenwerking van publiekrechtelijke lichamen waarvoor geen oproep tot mededinging is vereist.

79. Anders dan Coditel meent, is het in de onderhavige context niet van belang dat Brutélé haar diensten commercieel aanbiedt en daarmee automatisch concurreert<sup>65</sup> met andere, particuliere aanbieders.

64 — Zie met betrekking tot het algemene rechtszekerheidstekort veroorzaakt door een reeks onbepaalde rechtsbegrippen en afbakeningsproblemen betreffende de Teckal-criteria, onder meer ook Jennert (aangehaald in voetnoot 41, blz. 625 en 626), die de toegenomen rechtszekerheid door de concrete en praktische criteria in dit arrest toejuicht en tegelijkertijd op open vragen wijst, met name bij de latere verkoop aan particulieren van aandelen in een gemeentelijke vennootschap waaraan veel eerder op grond van de in-house-rechtspraak een opdracht was verleend, en opmerkt dat ook de verkoop van aandelen onderworpen is aan het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiegebod; conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 12 januari 2006 in de zaak Carbotermo en Consorzio Alisei (aangehaald in voetnoot 11, punt 17); Söbbeke, „Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften”, *Die Öffentliche Verwaltung* 2006, blz. 996 e.v., blz. 997, stelt vast dat de vaagheid die sinds de Teckal-beslissing het gebruik van de rechtsfiguur van de in-house-constellatie als uitzondering op de verplichting tot aanbesteding heeft bemoeilijkt, met de arresten Stadt Halle en Carbotermo successievelijk is verminderd.

65 — Evenmin is relevant dat door een dergelijke quasi-interne taakvervulling andere ondernemingen, die ook bereid zouden zijn de betrokken taak uit te voeren, van de mededinging ter zake worden uitgesloten, want dat is inherent aan quasi-interne taakvervulling (Egger, aangehaald in voetnoot 2, blz. 163, punt 600).

6. De waarde van intercommunale samenwerking

80. Hoewel de onderhavige vragen mijns inziens daarmee reeds zijn beantwoord, wil ik de conclusie nog kort toelichten en tegelijkertijd ingaan op de tegenargumenten van Coditel en de Commissie.

81. Het recht inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten is en blijft een van de invloedrijkste beleidsinstrumenten van de lidstaten en de instellingen van de EU in het proces van Europese integratie.<sup>66</sup> Dit potentieel mag niet ondoordacht worden gebruikt; van belang is, het doel ervan in overeenstemming te brengen met de waarden van andere beleidsterreinen.

82. Indien men, zoals de verwijzende rechter, Coditel en de Commissie voorstellen, een „volledige beslissingsvrijheid” van de betrokken gemeente zou willen eisen, en wel in die zin dat de betrokken gemeente de „controle” uitoefent over de betrokken intercommunale samenwerking (in casu: controle over de coöperatieve vennootschap), dan zou intercommunale samenwerking in de toekomst praktisch niet meer mogelijk zijn. Een belangrijk kenmerk van een echte samenwerking is namelijk de paritaire totstandkoming van besluiten, niet de controle door slechts een van de bij het samenwerkingsverband aangesloten partners. Zo is uit het betoog van Coditel en van de Commissie in

de loop van het geding, ook ter terechtzitting, op te maken dat zij met de door hen ontworpen maatstaven eigenlijk verlangen dat een afzonderlijk territoriaal lichaam een samenwerkingsverband als het ware *alleen* moet kunnen controleren. Het ligt voor de hand dat dan niet daadwerkelijk gesproken kan worden van samenwerking.

83. Zoals gezegd, zou zelfs een zuiver intercommunale samenwerking daarmee praktisch onmogelijk worden gemaakt. Intercommunale samenwerkende territoriale lichamen zouden er dan altijd op bedacht moeten zijn dat zij hun taken mogelijk aan beter biedende particuliere derden moeten overdragen, wat gelijk zou staan aan een met de middelen van het aanbestedingsrecht afgedwongen privatisering van taken van algemeen belang.<sup>67</sup>

84. Indien men het eerste Teckal-criterium dermate eng zou opvatten, zou men een onevenredig groot gewicht toekennen aan doelstellingen van mededingingsrecht en tegelijkertijd te diep ingrijpen in de rechten

<sup>66</sup> — Bovis, *Public Procurement in the European Union*, 2005, blz. 240.

<sup>67</sup> — Zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott van 1 maart 2005 in de zaak Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 68). In die zin stelt ook Calsolaro in zijn bespreking van het arrest Parking Brixen, dat de rechtspraak van het Hof waarschijnlijk niet als een verplichting tot outsourcing moet worden opgevat (Calsolaro, „S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?”, in: *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)* 2006, blz. 1670 e.v., met name blz. 1674).

van de gemeenten op zelfbestuur, en daarmee ook in de bevoegdheid van de lidstaten.<sup>68</sup>

85. Dit wordt terecht onderstreept door de aan de procedure voor het Hof deelnemende regeringen. Het recht op lokaal zelfbestuur heeft niet alleen zijn neerslag gevonden in de wetgeving van de lidstaten, maar ook, zoals de Duitse regering terecht heeft opgemerkt, in het door alle EU-lidstaten in het kader van de Raad van Europa ondertekende en door het merendeel ook bekrachtigde Europees Handvest inzake lokaal zelfbestuur.<sup>69</sup> In artikel 263 EG-Verdrag is het Comité van de Regio's verankerd, dat bestaat uit vertegenwoordigers van de regionale en lokale lichamen. Doordat deze bepaling de geïnstitutionaliseerde inbreng van regionale en lokale standpunten mogelijk maakt, bevat zij in zekere zin ook de

erkenning van zelfbestuur. Ten slotte onderstreept het Verdrag van Lissabon<sup>70</sup> de rol van het regionale en lokale zelfbestuur voor de nationale identiteit van de lidstaten, die moet worden geëerbiedigd.

86. De gemeenten zelf moeten beslissen of zij hun taken van algemeen belang vervullen met hun eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder gedwongen te zijn een beroep te doen op externe lichamen die niet tot hun diensten behoren<sup>71</sup>, dan wel of zij die taken willen vervullen met behulp van een lichaam dat juridisch van hen als aanbestedende dienst of concessiegever onderscheiden is. Wanneer zij voor het tweede alternatief kiezen, kunnen ze opnieuw zelf beslissen deze in wezen eigen<sup>72</sup> taken onder hun uitsluitende controle of in „zuivere” samenwerking met andere publiekrechtelijke lichamen te vervullen „waarbij toezicht wordt uitgeoefend als op de eigen diensten” en steun- en aanbestedingsregels<sup>73</sup> grotendeels worden opgeschort, dan wel te kiezen voor de

68 — Zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott van 1 maart 2005 in de zaak Parking Brixen (aangehaald in voetnoot 12, punt 71). Deze rechten op zelfbestuur worden niet reeds doorkruist door de algemene toepassing van het aanbestedingsrecht op gemengd-publieke lichamen (zie daaromtrent Egger, aangehaald in voetnoot 2, blz. 168, punt 621), wél door een te ver gaande toepassing daarvan. Zie ook Frenz, „Rekommunialisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon”, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2008, blz. 73 e.v., blz. 85, die meent dat het zelfbestuur van gemeenten in zijn basisstructuren behouden behoort te blijven, al is het geen vrijbrief voor schending van de fundamentele Europese vrijheden.

69 — Hierboven in voetnoot 14 vermeld. Artikel 6, lid 1, van dit Handvest bepaalt dat, onverminderd meer algemene wettelijke bepalingen, de lokale territoriale lichamen hun eigen administratieve structuur moeten kunnen vaststellen teneinde deze aan de plaatselijke behoeften aan te passen en een doelmatig bestuur te verzekeren.

70 — Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon op 13 december 2007 (PB C 306, blz. 1), artikel 3 bis van het toekomstige EU-Verdrag, nog niet in werking getreden. In de geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie vernummerd tot artikel 4 EU.

71 — Arrest Stadt Halle en RPL Lochau (aangehaald in voetnoot 15, punt 48).

72 — Waarbij het tweede Teckal-criterium (de betrokken persoon verricht het merendeel van zijn werkzaamheden voor het lichaam of de lichamen die hem beheersen) op dit punt waarschijnlijk toestaat dat derden bepaalde taken op zich kunnen nemen. Gedacht kan worden aan (tijdelijke) overcapaciteit, maar bijvoorbeeld ook, zoals blijkt uit het arrest Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (aangehaald in voetnoot 26), aan een (wettelijk geregelde) systematische verrichting van taken voor andere publiekrechtelijke lichamen (in het genoemde geval voor alle autonome regio's van Spanje, waarvan er slechts vier zelf een gering deel van het kapitaal in handen hadden).

73 — Jennert, aangehaald in voetnoot 41, blz. 626.

betrokkenheid van particuliere investeerders<sup>74</sup> en/of voor een expanderende marktgerichtheid met eigen deelname aan de concurrentie, wat verlies van privileges meebrengt<sup>75</sup>. En ten slotte hebben zij nog de alternatieven van klassieke gunning aan derden of privatisering, waarbij mededingingsrechtelijk gezien sowieso geen sprake is van bevoordeling.

vooral in tijden van krappe begrotingen, niet altijd gemakkelijk<sup>78</sup>, met name voor de kleinere onder hen. Bovendien zijn er veel taken, met name op het gebied van milieu en verkeer, die de gemeentegrenzen te buiten gaan.<sup>79</sup> Intercommunale samenwerking zonder betrokkenheid van particuliere investeerders is vanwege de synergie-effecten daarentegen een in veel lidstaten gebruikte manier om overheidstaken efficiënt en voordelig uit te voeren.<sup>80</sup>

87. De talloze traditionele<sup>76</sup> en nieuwe<sup>77</sup> taken van gemeenten — en territoriale gemeenschappen in het algemeen — is,

## B — Tweede Teckal-criterium

88. Op de tweede voorwaarde hoeft niet nader te worden ingegaan, omdat de verwijzende rechter daarover geen vraag stelt.<sup>81</sup>

74 — En daarmee eventueel ook met gebruikmaking van de nodige externe knowhow.

75 — Jennert, aangehaald in voetnoot 41, blz. 626.

76 — Tot de min of meer traditionele taken van gemeenten en territoriale gemeenschappen kan onder meer de zorg voor de zogenoemde basisvoorzieningen worden gerekend, zoals de energie- en watervoorziening, het openbaar vervoer en de afvalverwijdering, en de zorg voor de organisatie en exploitatie van instellingen op het gebied van onderwijs en cultuur, alsook ziekenhuizen [zie voor voorbeelden onder andere Frenz, aangehaald in voetnoot 68, en Papier, „Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht“, *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl) 2003, blz. 686 e.v.]

77 — Een „statische” definitie van overheidstaken van algemeen belang zou miskennen dat hetgeen de burgers van hun gemeente verlangen, onderhevig is aan verandering, met name in de tijd. Daar komt nog bij dat „behoefte van algemeen belang” in het communautaire aanbestedingsrecht niet zonder meer met „taken van algemeen belang” kunnen worden gelijkgesteld. Zo heeft het Hof in het arrest van 10 mei 2001, *Agorà en Excelsior* (C-223/99 en C-260/99, Jurispr. blz. I-3605, punten 33 e.v.), vastgesteld dat de organisatie van jaarbeurzen en tentoonstellingen in behoeften van algemeen belang voorziet, aangezien het niet alleen om het belang van de exposanten en de handelaars gaat, maar ook om de impuls voor de handel die uitgaat van de informatie van de consument (in de context van de uitlegging van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, aangehaald in voetnoot 15; het ging daarbij om de kwalificatie „publiekrechtelijke instelling”, waarvan in het geval *Agorà* en *Excelsior* geen sprake was, omdat de betrokken behoeft niet werd beschouwd als een behoefte „die niet van industriële of commerciële aard is”).

78 — Daarentrent ook Kotschy, aangehaald in voetnoot 37, blz. 853.

79 — Veel territoriale lichamen hebben te maken met taken die hun grenzen te buiten gaan en een interregionaal karakter hebben, bijvoorbeeld op het gebied van het lokale openbaar vervoer, de agrarische ontwikkeling en milieubescherming, voor de vervulling waarvan een samenwerkingsverband in de rede ligt. Een voorbeeld van een dergelijk samenwerkingsverband laat het arrest *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (*Asemfo*) zien (aangehaald in voetnoot 26).

80 — Zie naast de standpunten van de deelnemende regeringen bijvoorbeeld ook Söbbeke, aangehaald in voetnoot 64, blz. 999; Flömer/Tomerius, „Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt”, *NZBau* 2004, blz. 660 e.v., blz. 661.

81 — De nationale rechter, die over de zaak moet oordelen, kan het nodige klaarblijkelijk afleiden uit het arrest *Carbotermo* (aangehaald in voetnoot 11, punt 70): „Indien meerdere lichamen een onderneming controleren, kan aan de voorwaarde betreffende het merendeel van haar activiteiten worden voldaan wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht, niet noodzakelijk voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen, maar voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd.”

**V — Conclusie**

89. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de drie prejudiciële vragen van de Raad van State als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG en de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie verzetten zich niet tegen de toetreding tot een coöperatieve vennootschap door een gemeente met overdracht van het beheer van het gemeentelijke kabeltelevisienet zonder voorafgaande oproep tot mededinging, indien deze gemeente op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en de vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van haar aangesloten leden. Wanneer deze vennootschap uitsluitend bestaat uit gemeenten en verenigingen van gemeenten (of publiekrechtelijke lichamen) — zonder enige betrokkenheid van particuliere investeerders — wijst dit in beginsel erop dat de voorwaarde inzake de uitoefening van toezicht zoals op de eigen diensten is vervuld. In omstandigheden als die van het hoofdgeding dient het via de statutaire organen van de vennootschap, die uit vertegenwoordigers van de gemeenten en de verenigingen van gemeenten bestaan, bij meerderheidsbesluit uitgeoefende toezicht te worden aangemerkt als toezicht zoals op de eigen diensten.”