



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 22 juni 2017¹

Zaak C-413/15

Elaine Farrell

tegen

Alan Whitty

**The Minister for the Environment, Ireland and the Attorney General
Motor Insurers' Bureau of Ireland (MIBI)**

[Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Supreme Court (Ierland)]

„Definitie van een overheidsorgaan in het kader van de vaststelling van de aansprakelijkheid van een lidstaat voor het niet behoorlijk in nationaal recht omzetten van een richtlijn – Voorwaarden voor het aanmerken van een privaatrechtelijk lichaam als overheidsorgaan”

1. Sinds het Hof de leer van de rechtstreekse werking van richtlijnen ontwikkelde en deze van toepassing verklaarde op „verticale” geschillen tussen een particulier en de staat, maar de „horizontale” uitbreiding van die leer naar geschillen tussen particulieren afwees, is het voor de toepassing van de leer van verticale rechtstreekse werking van essentieel belang om te weten hoe de „staat” wordt afgebakend. In deze verwijzing van de Supreme Court (hoogste rechter) van Ierland wordt die vraag onder een vergrootglas gelegd. Is het Motor Insurers Bureau of Ireland (het lichaam dat in Ierland is belast met de exclusieve verantwoordelijkheid voor de vergoeding van de letselschade van slachtoffers van verkeersongevallen wanneer de verantwoordelijke bestuurder onverzekerd is of niet kan worden geïdentificeerd; hierna: „MIBI”) een „overheidsorgaan” als bedoeld in de toets die is geformuleerd in het arrest Foster en anderen (hierna: „Foster”) ?² Zo ja, is het MIBI, veeleer dan de staatsorganen die partij zijn in het hoofdgeding [namelijk de Minister for the Environment (hierna: „minister”), in Ierland en de Attorney General], dan aansprakelijk voor de betaling van de vergoeding van een slachtoffer van een verkeersongeval waarin de bestuurder in overeenstemming met het nationale recht onverzekerd was omdat Ierland had verzaakt bepalingen van Unierecht, volgens welke alle inzittenden van motorrijtuigen worden gedekt door de verzekering van de bestuurder van dat motorrijtuig, correct en tijdig in nationaal recht om te zetten.

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

² Arrest van 12 juli 1990, C-188/89, EU:C:1990:313.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

2. Vanaf 1972 hadden de verschillende richtlijnen van de Raad betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven, tot doel om, parallel aan de versoepeling van de regels inzake het verkeer van reizigers, de vergoeding van slachtoffers van verkeersongevallen te garanderen. Met dat oogmerk werd het bestaande (tamelijk omslachtige) stelsel van de „groene kaart” geleidelijk vervangen door een specifiek stelsel voor de Europese Unie. Aard en omvang van de verplichte verzekering werden in de opeenvolgende richtlijnen geleidelijk uitgebreid.³

3. Terwijl artikel 2 van richtlijn 72/166/EEG van de Raad (hierna: „Eerste motorrijtuigenverzekeringsrichtlijn”)⁴ van de lidstaten verlangde er van af te zien, controle uit te oefenen op de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van voertuigen aanleiding kan geven, wanneer deze gewoonlijk zijn gestald op het grondgebied van een andere lidstaat, droeg artikel 3, lid 1, de lidstaten op „[...] de nodige maatregelen [te treffen] opdat de wettelijke aansprakelijkheid met betrekking tot de deelneming aan het verkeer van voertuigen die gewoonlijk op zijn grondgebied zijn gestald, door een verzekering is gedekt”. Artikel 3, lid 1, bepaalde tevens dat „[d]e dekking van de schade alsmede de voorwaarden van deze verzekering in deze maatregelen [worden] vastgesteld”.

4. Richtlijn 84/5/EEG (hierna: „Tweede motorrijtuigenverzekeringsrichtlijn”)⁵ erkende dat er tussen de wetgevingen van de onderscheiden lidstaten nog aanzienlijke verschillen bestonden betreffende de omvang van de verzekeringsplicht⁶, en overwoog met name „dat moet worden bepaald dat een orgaan waarborgt dat het slachtoffer schadevergoeding ontvangt ingeval het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt niet is verzekerd of niet is geïdentificeerd”⁷.

5. Artikel 1, lid 1, luidt: „De verzekering bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 72/166/EEG dient zowel materiële schade als lichamelijk letsel te dekken.”

6. Artikel 1, lid 4, eerste en tweede alinea, luidt als volgt:

„Elke lidstaat stelt een orgaan in of erkent een orgaan dat tot taak heeft materiële schade en lichamelijk letsel, die zijn veroorzaakt door een niet-geïdentificeerd voertuig of een voertuig waarvoor niet aan de in lid 1 bedoelde verzekeringsplicht is voldaan, ten minste binnen de grenzen van de verplichte verzekering te vergoeden. Dit doet geen afbreuk aan het recht van de lidstaten aan de tussenkomst van dit orgaan al dan niet een subsidiair karakter te geven, noch aan het recht van de lidstaten om het verhaal te regelen tussen dit orgaan en degene of degenen die aansprakelijk is of zijn voor het ongeval en andere verzekeraars of sociale zekerheidsorganen die gehouden zijn het slachtoffer ter zake van het zelfde ongeval te vergoeden.

³ Voor de ontwikkeling van de wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen in de EU, zie arrest van 11 juli 2013, *Csonka e.a.* (C-409/11, EU:C:2013:512, punten 26-38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴ Richtlijn van 24 april 1972 van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (PB 1972, L 103, blz. 1), zoals gewijzigd bij de Derde richtlijn van de Raad van 14 mei 1990 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven (hierna: „Derde motorrijtuigenverzekeringsrichtlijn”) (PB 1990, L 129, blz. 33).

⁵ Tweede richtlijn van de Raad van 30 december 1983 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven (PB 1984, L 8, blz. 17), zoals later gewijzigd bij de Derde motorrijtuigenverzekeringsrichtlijn.

⁶ Zie derde overweging.

⁷ Zie zesde overweging.

Het slachtoffer kan zich in ieder geval rechtstreeks tot dit orgaan wenden; het orgaan is verplicht aan de hand van de inlichtingen die het op zijn verzoek van het slachtoffer heeft gekregen, een met redenen omkleed antwoord met betrekking tot zijn tussenkomst te geven.

[...]”

7. De derde motorrijtuigenverzekeringsrichtlijn stelde vast dat er nog steeds aanzienlijke verschillen in de omvang van de door de verzekering verstrekte dekking bestonden⁸ en dat ervoor diende te worden gezorgd dat slachtoffers van ongevallen met motorrijtuigen een vergelijkbare behandeling krijgen, ongeacht de plaats (in de EU) waar het ongeval zich heeft voorgedaan⁹. In de considerans staat dat „er met name in sommige lidstaten leemten zijn in de dekking van de inzittenden van een motorrijtuig door de verplichte verzekering” en dat „ter bescherming van deze bijzonder kwetsbare categorie potentiële slachtoffers, die leemten moeten worden aangevuld”¹⁰; voorts werden diverse verbeteringen genoemd die nodig waren in de werkwijze van het orgaan dat was ingesteld om de slachtoffers van ongevallen die waren veroorzaakt door niet-geïdentificeerde of niet-verzekerde voertuigen te vergoeden.¹¹

8. Artikel 1 bepaalt:

„Onverminderd artikel 2, lid 1, tweede alinea, van [de Tweede richtlijn]^[12], dekt de in artikel 3, lid 1, van [de Eerste richtlijn] bedoelde verzekering de aansprakelijkheid voor lichamelijk letsel van de inzittenden van een voertuig, met uitzondering van de bestuurder, ten gevolge van de deelneming van dat voertuig aan het verkeer.

[...]”

9. Volgens artikel 6, lid 2, van de Derde richtlijn kreeg Ierland tot en met 31 december 1998 de tijd om aan artikel 1 te voldoen met betrekking tot duopassagiers op motorfietsen, en tot en met 31 december 1995 om aan artikel 1 te voldoen met betrekking tot de overige voertuigen.

Iers recht

10. Section 56 van de Road Traffic Act 1961 (wegenverkeerswet; hierna „Act van 1961”), zoals deze gold ten tijde van de feiten die ten grondslag liggen aan het hoofdgeding, schreef voor dat elke gebruiker van een motorrijtuig verzekerd moest zijn ter zake van letsel of schade van derden die op een openbare ruimte werd aangericht. Section 65, lid 1, verlangde evenwel geen verzekering voor „uitgezonderde personen”. Zo hoefden met name bestuurders van bedrijfsvoertuigen die achterin niet met zitplaatsen waren uitgerust, niet verzekerd te zijn tegen hun eigen gevaarlijk rijgedrag.¹³

11. Volgens Section 78 moeten verzekeraars die in Ierland voertuigenverzekeringen aanbieden, lid zijn van het MIBI. In die hoedanigheid zijn zij in de praktijk evenwel ook gebonden door tussen het MIBI en Ierland gesloten overeenkomsten.¹⁴

8 Derde overweging.

9 Vierde overweging.

10 Vijfde overweging.

11 Zie met name de achtste, de negende de tiende en de twaalfde overweging.

12 De eerste alinea van artikel 2, lid 1, bepaalt dat alle wettelijke bepalingen of contractuele clausules in een verzekeringspolis, op grond waarvan het gebruik of het besturen van voertuigen door bepaalde personen van de verzekering zijn uitgesloten, voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van de Eerste richtlijn geacht worden niet te gelden inzake aanspraken van derden die slachtoffer zijn van een ongeval. De tweede alinea bepaalt evenwel dat „[d]e in [de eerste alinea] bedoelde bepaling of clausule kan [...] worden tegengeworpen aan personen die geheel vrijwillig hebben plaatsgenomen in het voertuig dat de schade heeft veroorzaakt, wanneer de verzekeraar kan bewijzen dat zij wisten dat het voertuig gestolen was”. Bij mijn weten zijn er geen aanwijzingen dat die bepaling feitelijk van belang is voor het hoofdgeding.

13 De verplichte dekking voor aansprakelijkheid strekte zich niet uit tot onderdelen van het voertuig die niet waren ingericht voor inzittenden.

14 Zie punt 19 hieronder.

Het MIBI¹⁵

12. Het MIBI heeft in het bijzonder tot taak, vorderingen tot schadevergoeding af te handelen in gevallen waarin de bestuurder van een rijtuig aansprakelijk is, maar zowel onverzekerd is als niet in staat is om de letselschade van een slachtoffer van een verkeersongeval zelf te vergoeden. Het MIBI werd in november 1954 opgericht¹⁶ op grond van een overeenkomst tussen het Department of Local Government en de maatschappijen die in Ierland motorrijtuigenverzekeringen aanboden. Het MIBI is een rechtspersoon naar Iers recht: een vennootschap zonder aandelenkapitaal waarvan de aansprakelijkheid is beperkt tot een gegarandeerd bedrag.

13. In een aantal versies van de overeenkomst tussen Ierland en de verzekeraars wordt de omvang van de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van het MIBI omschreven. De in 1988 tussen het MIBI en de Minister for the Environment gesloten overeenkomst is de versie die relevant is voor het onderhavige hoofdgeding.¹⁷ Volgens clause 2 van die overeenkomst kan het MIBI in rechte worden aangesproken door elke persoon die aanspraak maakt op schadevergoeding jegens een onverzekerde of ongeïdentificeerde bestuurder. Zo kan een benadeelde partij het MIBI in rechte aanspreken om de overeenkomst tussen Ierland en de verzekeraars af te dwingen ook als die persoon geen partij is bij die overeenkomst. Clause 4 vermeldt dat het MIBI ermee instemt om de slachtoffers van onverzekerde of ongeïdentificeerde bestuurders uit te betalen. Bovendien wordt het MIBI aansprakelijk zodra een vonnis tegen een bestuurder waarvan de identiteit bekend is, niet binnen 28 dagen volledig wordt uitgevoerd, mits dat vonnis betrekking heeft op „de aansprakelijkheid voor persoonlijk letsel of vermogensschade die gedekt moet worden door een verzekeringspolis volgens Section 56 van [Act van 1961]”. Volgens de verwijzingsbeslissing berust het optreden van het MIBI namens de onverzekerde of ongeïdentificeerde bestuurder niet op enige wetgeving of ander publiekrechtelijk instrument. Alle rechten of verplichtingen van het MIBI berusten op de overeenkomst van het MIBI met de minister.

14. Wanneer zich een ongeval voordoet waarbij een onverzekerde bestuurder betrokken is, zal het MIBI proberen een contract te sluiten met die bestuurder, waarin deze laatste het MIBI op gelijke wijze machtigt om op te treden als zijn verzekeringsmaatschappij zou zijn gemachtigd wanneer hij wel verzekerd was. Komt dat contract tot stand, dan lijkt het optreden van het MIBI veel op dat van een normale verzekeringsmaatschappij die een verzekerde bestuurder vertegenwoordigt, dat wil zeggen dat het MIBI zal proberen de vordering in der minne af te doen of deze bij wege van subrogatie voor de rechter zal verdedigen. Wanneer de bestuurder weigert een dergelijk contract te sluiten, lijkt het MIBI simpelweg tóch op te treden voor de onverzekerde bestuurder, waarvoor het de bevoegdheid én de verplichting ontleent aan de privaatrechtelijke overeenkomst met de minister. Bij ontbreken van een contract met de onverzekerde bestuurder kan het MIBI de uitgekeerde schadevergoeding of de gemaakte kosten alleen van de bestuurder terugvorderen via een actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Wanneer de identiteit van de bestuurder niet bekend is, zal het MIBI optreden op grond van de overeenkomst met de minister, maar is er geen partij waartegen het verhaal kan halen voor de uitgekeerde schadevergoeding of gemaakte kosten.

15. Behalve de overeenkomst van 1988 heeft de minister (als vertegenwoordiger van Ierland) op 31 maart 2004 en 29 januari 2009 nog twee overeenkomsten met de verzekeraars gesloten. Die twee overeenkomsten brengen kleine wijzigingen aan op de overeenkomst van 1988. Volgens de verwijzende rechter is het Ierse recht door deze overeenkomsten in overeenstemming gebracht met de

¹⁵ De volgende beschrijving is gedeeltelijk ontleend aan de verwijzingsbeslissing en de schriftelijke opmerkingen van partijen en gedeeltelijk aan de antwoorden die ter terechtzitting op vragen van het Hof zijn gegeven.

¹⁶ Volgens de verwijzingsbeslissing dateren de oprichtingsakte en de statuten van het MIBI van juni 1946. Het is niet duidelijk wat zich tussen dat moment en de „instelling” in november 1954 heeft afgespeeld, maar dit is waarschijnlijk niet van invloed op de onderhavige procedure. Ik teken ook aan dat het MIBI op 26 oktober 1955 rechtspersoonlijkheid lijkt te hebben verworven.

¹⁷ In die overeenkomst verving de Minister for Transport (minister van Vervoer) de Minister for Local Government (minister voor Decentralisatie) als vertegenwoordiger van de staat bij die overeenkomst. De overeenkomst van 1988 was ten tijde van Farrells ongeval van toepassing.

Derde richtlijn. Met name voorzien die overeenkomsten in opvulling van de lacunes in het nationale recht met betrekking tot de verzekeringsverplichting ten aanzien van inzittenden achterin bestelwagens die niet met zitplaatsen zijn uitgerust (en de aansprakelijkheid voor inzittenden die in redelijkheid hadden moeten weten – maar niet werkelijk wisten – dat een voertuig gestolen was).¹⁸

16. Het MIBI ontvangt geen financiële ondersteuning van Ierland. Het wordt gefinancierd door zijn leden – te weten, de maatschappijen die in Ierland aansprakelijkheidsverzekeringen voor motorrijtuigen aanbieden. Die verzekeraars betalen bijdragen aan een algemeen fonds en die bijdragen worden aangepast aan het niveau van de betalingen die het MIBI krachtens genoemde regeling in de praktijk moet verrichten.¹⁹ In specifieke gevallen (met name wanneer kan worden vastgesteld dat de onverzekerde bestuurder voorheen was verzekerd bij een geïdentificeerde verzekeraar maar zijn verzekering had laten verstrijken), kan die verzekeraar de „verbonden verzekeraar” worden. In zulke gevallen zal die verzekeraar de verplichtingen van het MIBI overnemen en, zo nodig, de schadevergoeding en kosten betalen. Volgens de verwijzende rechter omvatten de door de verzekeraars aan het publiek voor de motorrijtuigenverzekering in rekening gebrachte premies, naast de aan elke te verzekeren bestuurder individueel opgegeven prijs, ook een component die de verwachte kosten van hun bijdrage aan het MIBI weerspiegelt. Zo financieren de leden van het MIBI (te weten de verzekeraars) samen de aan partijen met letselschade uitgekeerde vergoedingen en de juridische kosten die het MIBI maakt of waarvoor het aansprakelijk is, alsmede de administratiekosten van het MIBI. De financiering zelf vindt plaats via het mechanisme van lidmaatschapsbijdragen die de verzekeraars moeten betalen naar verhouding van hun bruto inkomsten uit de ontvangen premies voor afgesloten motorrijtuigenverzekeringen in Ierland (dat wil zeggen over hun in geld uitgedrukte marktaandeel).²⁰

17. Wijzigingen van de oprichtingsakte en de statuten van het MIBI vereisen de goedkeuring van de bevoegde minister. Volgens de verwijzende rechter is dat geen bijzonder vereiste dat voortvloeit uit de bijzondere taken van het MIBI, maar geldt dezelfde regel ingevolge Section 28 van de Companies Act (vennootschapswet) 1963 voor alle rechtspersonen waarvan de aansprakelijkheid beperkt is tot een gegarandeerd bedrag.

18. Volgens Section 3, gelezen in samenhang met Section 8 en Section 9 van de Insurance Act 1963 (wet inzake verzekering) moeten verzekeraars over een vergunning beschikken om in Ierland verzekeringen te mogen aanbieden.²¹ Volgens Section 78 van de Act van 1961 is lidmaatschap van het MIBI één van de voorwaarden voor het verkrijgen van een dergelijke vergunning.

19. Van tijd tot tijd moet de overeenkomst tussen het MIBI en de minister worden aangepast (bijvoorbeeld voor uitbreiding van de categorieën van motorrijtuigenverzekering waarvoor het MIBI aansprakelijkheid moet aanvaarden wanneer de bestuurder ongeïdentificeerd of onverzekerd is). De verwijzende rechter merkt op, dat een verzekeraar die lid is van het MIBI, maar niet akkoord wil gaan

¹⁸ Bij mijn weten bevatten de feiten geen enkele aanwijzing dat deze bepaling voor het hoofdgeding ook maar enigszins relevant is.

¹⁹ Volgens clause 1 van de hoofdovereenkomst, van 10 maart 1955, tussen het Department of Local Government en de motorrijtuigenverzekeringsmaatschappijen in Ierland die verplichte motorrijtuigenverzekering aanbieden in Ierland, verbonden die verzekeraars zich ertoe om een lichaam genaamd het Motor Insurers' Bureau of Ireland op te richten, om daar lid van te worden en dat lichaam te blijven voorzien van alle voor de vervulling van zijn verplichtingen benodigde middelen.

²⁰ Regulation 16A(2) van de European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (No 2) Regulations 1991 (Ierse regeling voor de omzetting in nationaal recht van het Europese recht met betrekking tot andere dan levensverzekeringen), ingevoegd bij Regulation 10 van de European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992, schrijft voor dat de leden van het MIBI dat lichaam en het uit hoofde van artikel 1, lid 4, van de Tweede richtlijn opgerichte waarborgfonds financieren naar rato van hun bruto premie-inkomsten. Deze Regulations zijn thans in wezen overgenomen in Regulation 34(2) en (3) van de European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994.

²¹ Section 78 van de Act van 1961 is ingevoegd bij Regulation 9 van de European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 (Ierse regeling voor de omzetting in nationaal recht van het Europese recht met betrekking tot de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven), met ingang van 20 november 1992. Bepaalde „vrijgestelde personen” (voornamelijk wettelijke autoriteiten) moeten zich ertoe verbinden om vorderingen van derden te behandelen op overeenkomstige termen als overeengekomen tussen het MIBI en de minister.

met een wijziging van de termen van de overeenkomst tussen het MIBI en de minister, zich kan terugtrekken als lid van het MIBI. In dat geval zou die verzekeraar evenwel niet langer aan de vergunningsvoorwaarden voldoen en derhalve geen motorrijtuigenverzekeringen in Ierland meer mogen aanbieden.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

20. Op 26 januari 1996 reisde Farrell in een bestelwagen, waarvan Whitty de eigenaar en bestuurder was. De bestelwagen was niet ontworpen of gebouwd voor het vervoer van inzittenden achterin het voertuig. Farrell zat op de vloer van de wagen toen Whitty de controle over het voertuig verloor. Zij raakte gewond. Whitty was onverzekerd. Volgens de toenmalige stand van het Ierse recht was Whitty niet verplicht om zich te verzekeren tegen door zijn schuld veroorzaakte letselschade bij Farrell. Zij behoorde tot een categorie personen die wel onder de bescherming van de Derde richtlijn vielen en daaraan rechten konden ontlelen, maar die rechten niet genoten naar Iers recht. Hoewel de Derde richtlijn verzekering voor gevallen als het hare verplicht had gesteld, was dat onderdeel van de richtlijn nog niet omgezet in Iers recht.

21. Farrell verzocht het MIBI haar schade te vergoeden.

22. Het MIBI wees het verzoek van Farrell af, omdat de aansprakelijkheid voor haar letselschade niet een aansprakelijkheid was waarvoor het nationale recht verzekering verplicht stelde.

23. Farrell bracht haar vordering voor de Ierse rechter. De High Court (nationale rechter in eerste aanleg, Ierland) stelde volgens de regels prejudiciële vragen aan dit Hof, waarbij het verzocht om aanwijzingen voor de uitlegging van de Derde richtlijn.

24. In het arrest Farrell²² oordeelde het Hof dat artikel 1 van de Derde richtlijn zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan de verplichte motorrijtuigenverzekering niet de aansprakelijkheid dekt voor lichamelijk letsel dat is veroorzaakt aan personen die worden vervoerd in een gedeelte van een motorrijtuig dat niet is ontworpen en uitgerust met zitplaatsen voor passagiers. Het Hof besliste voorts dat die bepaling rechtstreekse werking heeft. Het liet de beslissing of artikel 1 van de Derde richtlijn tegen een orgaan als het MIBI kan worden ingeroepen, echter over aan de nationale rechter.²³

25. De verwijzende rechter verklaart dat aan Farrell inmiddels een passend bedrag aan schadevergoeding is uitgekeerd.²⁴ In geschil is evenwel nog, wie die vergoeding uiteindelijk moet betalen: het MIBI of de Minister, Ierland, en de Attorney General (samen: de lidstaat). De verwijzende rechter is van mening dat dit ervan afhangt of het MIBI wel of niet een overheidsorgaan van Ierland is.

26. Derhalve heeft de verwijzende rechter het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Moet de in punt 20 van het arrest [Foster] omschreven toets om te bepalen wanneer er sprake is van een overheidsorgaan van een lidstaat, aldus worden uitgelegd dat de elementen van die toets

a) cumulatief of

b) alternatief

22 Arrest van 19 april 2007 (C-356/05, EU:C:2007:229 (hierna: „Farrell I”).

23 Arrest van 19 april 2007, *Farrell I* (C-356/05, EU:C:2007:229, punt 44).

24 De verwijzende rechter heeft geen gedetailleerde informatie over die vergoeding ontvangen en deze is ook niet van belang voor de prejudiciële vragen.

moeten worden toegepast?

- 2) Wanneer de in het arrest [Foster] genoemde afzonderlijke aspecten kunnen worden beschouwd als alternatieve factoren waarmee bij de vorming van een totaaloordeel rekening dient te worden gehouden, is er dan een fundamenteel beginsel dat ten grondslag ligt aan de in dat arrest genoemde afzonderlijke factoren, dat een gerecht dient toe te passen bij de motivering van zijn oordeel of een specifiek orgaan als overheidsorgaan valt aan te merken?
- 3) Volstaat het dat een lidstaat, met het kennelijke oogmerk om aan zijn Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen, een brede verantwoordelijkheid heeft overgedragen aan een orgaan, om dat orgaan als overheidsorgaan van die lidstaat aan te merken, of is daarenboven vereist dat een dergelijk orgaan a) beschikt over bijzondere bevoegdheden of b) optreedt onder rechtstreeks toezicht of rechtstreekse supervisie van die lidstaat?"

27. Het MIBI, de minister, Ierland en de Attorney General, de Franse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en hebben ter terechtzitting van 5 juli 2016 pleidooi gehouden.

Bespreking

Opmerkingen vooraf: de achtergrond van de toets in het arrest Foster

28. Het idee dat het Unierecht zich niet alleen met de betrekkingen tussen staten bezighoudt, maar ook rechten aan particulieren toekent, gaat terug op het arrest Van Gend & Loos.²⁵ De redenering die ten grondslag ligt aan verticale rechtstreekse werking van richtlijnen volgt dezelfde logica. In een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepaling in een richtlijn ligt een recht besloten waarover de lidstaten zijn overeengekomen dat dit, door vaststelling van die richtlijn, aan particulieren moest worden toegekend. Hoewel het aan de lidstaat wordt overgelaten „vorm en middelen te kiezen” bij de omzetting van een richtlijn in het nationale recht, is een richtlijn „verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is” (beide bepalingen zijn vervat in artikel 288, derde alinea, VWEU). In beginsel moet een lidstaat natuurlijk zijn verplichtingen nakomen en elke richtlijn volledig en op juiste wijze in nationaal recht omzetten vóór de daarvoor geldende termijn is verstreken. De richtlijn wordt dan in zekere zin onzichtbaar, omdat de rechten die zij verleent, inmiddels volledig in het nationale recht tot uitdrukking komen.

29. Soms gebeurt dit echter niet en moeten particulieren teruggrijpen naar de richtlijn zelf. Door de formulering van het beginsel van de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen heeft het Hof benadrukt dat een lidstaat geen voordeel mag ontleenen aan zijn eigen nalatigheid bij de omzetting van een richtlijn in nationaal recht, en dat een particulier zich derhalve tegen de lidstaat zelf mag beroepen op een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepaling in een richtlijn.²⁶

²⁵ Arrest van 5 februari 1963, *Van Gend & Loos* (26/62, EU:C:1963:1), „[...] dat de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn; [d]at het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der lidstaten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken; [d]at deze laatste niet slechts ontstaan door uitdrukkelijke toekenning vanwege het Verdrag, maar evenzeer als weerslag van de duidelijke verplichtingen welke het Verdrag zowel aan particulieren, als aan de lidstaten en de gemeenschappelijke instellingen oplegt” (blz. 23). De door het Hof ontwikkelde specifieke leer van de rechtstreekse werking werd evenwel niet met onverdeeld enthousiasme begroet. In een beroemd artikel uit de begintijd („The doctrine of ‘direct effect’: an infant disease of Community law”: herdruk in *European Law Review* 2015, 40(2), blz. 135-153), betoogde rechter Pierre Pescatore dat „rechtsregels naar hun aard een praktisch doel hebben. Elke rechtsregel is ontworpen om doeltreffend te functioneren (we plegen dit in het Frans *effet utile* te noemen). Een regel die niet werkt, is geen rechtsregel. [...] Praktische werking voor alle betrokkenen, wat niets anders is dan „rechtstreekse werking”, moet geacht worden de normale status van elke rechtsregel te zijn [...]. Met andere woorden, „rechtstreekse werking” kan op voorhand worden aangenomen en hoeft niet *per se* te worden vastgesteld” (zie blz. 135).

²⁶ Zie onder meer arrest van 12 juli 1990, *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:313, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. Het Hof heeft in zijn rechtspraak duidelijk gemaakt dat de hoedanigheid waarin de lidstaat precies optreedt, er niet toe doet.²⁷ Evenmin is een voorwaarde voor verticale rechtstreekse werking dat het specifieke onderdeel van „de staat” dat in een bepaalde zaak als verweerder optreedt, ook werkelijk verantwoordelijkheid draagt voor de nalatigheid van de lidstaat bij de omzetting in nationaal recht van de richtlijn in kwestie.²⁸

31. De stand van de rechtspraak lijkt te zijn dat, indien de lidstaat de richtlijn correct had uitgevoerd, iedereen de door die richtlijn aan particulieren toegekende rechten zou moeten eerbiedigen. Daarom zou althans van elk lichaam dat deel uitmaakt van de overheid, eerbiediging van die rechten mogen worden verwacht.

32. Wanneer geen beroep kan worden gedaan op een rechtstreeks werkend recht in een richtlijn (omdat de verweerder noch de staat noch een overheidsorgaan is), kan het algemene plaatje als volgt worden weergegeven. Een richtlijn legt, vaak in tamelijke abstract termen, de rechten vast die pas „vlees en bloed” krijgen nadat ze in het nationale recht zijn omgezet. Omdat door het Unierecht toegekende rechten effectief moeten zijn, kan geen recht bestaan zonder een overeenkomstige rechtsgang („ubi jus, ibi remedium”). De eerste stap is derhalve, in het nationale recht te kijken of daar al iets te vinden is (en zo ja wat) dat kan dienen als (gedeeltelijke) tenuitvoerlegging van de richtlijn²⁹ en tegelijkertijd te onderzoeken of de richtlijn zelf heeft aangegeven welke bescherming het nationale recht bij schending van het verleende recht zou moeten bieden. De volgende stap is, de rechtsgangen in het nationale recht onder het vergrootglas te leggen en uit te maken wat daarvan kan worden gebruikt om een gepaste bescherming te bieden, met eerbiediging van de autonomie van het nationale procesrecht door toepassing van de (inmiddels klassieke) beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid binnen de overkoepelende verplichting dat nationale wetgeving conform het Unierecht moet worden uitgelegd („interprétation conforme”).³⁰ Alleen wanneer dat niet leidt tot effectieve bescherming van het door het Unierecht gewaarborgde recht, komt de leer van de overheidsaansprakelijkheid aan de orde. Overheidsaansprakelijkheid voor schade is dus niet de eerste, maar pas de laatste remedie.

33. De zojuist geschetste handelwijze is vaak een ingewikkelde en omslachtige exercitie. Een „interprétation conforme” van bestaande nationale wetgeving zal niet mogelijk zijn wanneer een dergelijke uitlegging tegen de letter van de wet indruist.³¹ Om schadevergoeding te vorderen van de lidstaat³² moet de belanghebbende hetzij de lidstaat als medeverweerder in het geding betrekken (wat

27 Arrest van 12 juli 1990, *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:313, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Zo was er in de zaak *Marshall* (arrest van 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84) geen enkele aanwijzing dat de ziekenhuisautoriteiten ook maar in het minst verantwoordelijk waren voor de niet-uitvoering van de richtlijn in kwestie.

29 Er zal dikwijls een wetgevingsvoorstel zijn geweest dat heeft geresulteerd in gedeeltelijke of onvolledige tenuitvoerlegging. Zelfs wanneer dat niet het geval was, is het mogelijk dat er al wetgeving op het door de richtlijn bestreken gebied bestond, die tegen de achtergrond van de eisen van de richtlijn kan worden gelezen.

30 Omwille van de beknoptheid zal ik in het vervolg de Franse uitdrukking gebruiken.

31 Voor een formulering van het beginsel van „interprétation conforme”, die bijna van gelijke datum is als het arrest *Foster*, zie het arrest van 13 november 1990, *Marleasing* (C-106/89, EU:C:1990:395, punten 8-14); het bouw voort op de zaak *Von Colson en Kamann*, 14/83 (arrest van 10 april 1984, EU:C:1984:153, punt 26). Voor een zorgvuldige bespreking van de exacte omvang en beperkingen van die verplichting, zie het latere arrest van 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a.* (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punten 107-119). Het Hof verduidelijkte in het arrest *Dominguez* (arrest van 24 januari 2012, C-282/10, EU:C:2012:33) dat „de verplichting voor de nationale rechter om bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van zijn interne recht te refereren aan de inhoud van een richtlijn, [wordt] begrensd door de algemene rechtsbeginselen en [niet kan] dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht” (punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 De erkenning dat zulke schadevergoeding in beginsel mogelijk is, gaat terug op het arrest van 19 november 1991, *Francovich e.a.* (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428). Daar waren de bepalingen van richtlijn 89/987/EEG onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig ter zake van de inhoud van de garantie dat achterstallige loonbetalingen moesten worden uitgekeerd, maar niet ter zake van welke persoon die garantie moest bieden; het Hof onderzocht vervolgens of de staat aansprakelijk kon worden gesteld voor de schade. Het oordeelde dat aansprakelijkheid in beginsel mogelijk was en formuleerde daarvoor drie voorwaarden (in punten 39-41). De daar geformuleerde toets leek te impliceren dat er onvermijdelijk aansprakelijkheid was wanneer aan die voorwaarden werd voldaan. In het arrest van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur en Factortame* (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79) verklaarde het Hof dat die voorwaarden van toepassing waren wanneer een lidstaat gehouden was om binnen een bepaalde termijn alle maatregelen te nemen die nodig zijn ter bereiking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat (punt 46), maar dat in de situatie waarin de lidstaat over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, de toets vereist dat de schending „voldoende gekwalificeerd” is (punt 51), wat werd omschreven als een „kennelijke en ernstige miskenning, door een lidstaat [...] van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven” (punt 55).

gepaard gaat met het risico veroordeeld te worden in de kosten van de lidstaat wanneer de vordering tegen de hoofdverweerder wordt toegewezen) hetzij een nieuwe procedure tegen de lidstaat aanspannen wanneer de procedure tegen de hoofdverweerder faalde. Tenzij het geding zich afspeelt in een situatie van volstreekte niet-uitvoering van een richtlijn, is het geen uitgemaakte zaak dat een vordering tot schadevergoeding tegen de lidstaat wordt toegewezen.³³

34. Wanneer het nationale recht evenwel *niets* bevat dat kan worden beschouwd als tenuitvoerlegging van het recht dat volgens de richtlijn had moeten worden toegekend (zoals hier), zijn er slechts twee opties. Wanneer de voor de hand liggende verweerder (hier: het MIBI) valt aan te merken als „de staat” of als „overheidsorgaan”, kan de verzoeker zich rechtstreeks beroepen op zijn rechtstreeks werkende rechten uit de richtlijn zelf (verticale rechtstreekse werking) en vergoeding van die verweerder vorderen. Zo niet, dan moet de genoegdoening worden gevonden in vordering tot schadevergoeding tegen de lidstaat volgens het beginsel dat het Hof duidelijk heeft uiteengezet in het arrest Dillenkofer.³⁴

Eerste vraag

35. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de criteria in de toets uit het arrest Foster cumulatief of alternatief moeten worden toegepast. Het is een redelijke vraag. Punt 18 van Foster is alternatief geformuleerd: „[...] het Hof [heeft] herhaaldelijk beslist, dat de justitiabelen op onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen van een richtlijn een beroep konden doen tegenover organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden”.³⁵ De formulering in punt 20 lijkt echter cumulatief: „Uit het voorgaande volgt, dat tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, in elk geval, ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam behoort dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden”.³⁶

33 In de punten 30 en 31 van zijn conclusie in de zaak Vaneetveld, C-316/93, EU:C:1994:32, heeft advocaat-generaal Jacobs scherpzinnig opgemerkt:

„30. De mogelijkheid voor de particulier om, onder verwijzing naar het arrest Francovich, schadevergoeding te vorderen van de lidstaat waar een richtlijn niet naar behoren is uitgevoerd, is mijns inziens geen geschikte oplossing in de plaats van een rechtstreekse toepassing van de richtlijn. Vaak zal de klager twee afzonderlijke procedures moeten inleiden, tegelijkertijd dan wel na elkaar, de eerste tegen de particuliere verweerder, en de tweede tegen de overheid, hetgeen nauwelijks strookt met het vereiste van daadwerkelijke rechtsbescherming.

31. Niet kan worden tegengeworpen, dat het opleggen van verplichtingen aan particulieren de rechtszekerheid in het gedrang zal brengen. Integendeel, het belangrijkste kenmerk van de bestaande rechtspraak op dit punt is waarschijnlijk, dat zij tot onzekerheid heeft geleid. Vooreerst heeft de rechtspraak geleid tot een zeer ruime interpretatie van het begrip lidstaat, zodat richtlijnen zelfs kunnen worden ingeroepen tegen commerciële ondernemingen waarin de staat op een bepaalde wijze participeert of die aan zijn toezicht zijn onderworpen, ook al kan het verzuim van de lidstaten aan deze ondernemingen niet worden toegerekend, en ook al staan zij rechtstreeks in concurrentie met ondernemingen uit de particuliere sector, waaraan deze richtlijnen niet kunnen worden tegengeworpen. Voorts heeft deze rechtspraak tot grote onzekerheid geleid over de strekking van de nationale wetgeving, nu van de nationale rechterlijke instanties wordt verlangd dat zij de nationale wetgeving dermate ruim interpreteren, dat ook richtlijnen die niet naar behoren zijn uitgevoerd, kunnen worden toegepast. Wanneer bovendien de nationale wetgeving ruim wordt uitgelegd om de toepassing van de richtlijn mogelijk te maken, kan dit ertoe leiden, dat de particulieren verplichtingen worden opgelegd die zij zonder de richtlijn niet zouden hebben. Zo kunnen richtlijnen die niet naar behoren zijn uitgevoerd, voor particulieren reeds verplichtingen doen ontstaan. Zo gezien, kan volgens mij niet als bezwaar worden aangevoerd, dat de rechtstreekse toepassing van richtlijnen tegen particulieren de rechtszekerheid in gevaar zou brengen. Integendeel, indien als beginsel gold, dat een richtlijn onder bepaalde voorwaarden rechtstreeks aan particulieren kan worden tegengeworpen, dan zou dat kunnen bijdragen tot een grotere rechtszekerheid en tot een meer coherent systeem.”

34 Arrest van 8 oktober 1996, *Dillenkofer e.a.* (C-178/94, C-179/94 en C-188/94–C-190/94, EU:C:1996:375, punten 16 en 19-29): een logisch uitvloeisel van wat het Hof al had geoordeeld in het arrest *Francovich e.a.* (punten 39-41) en bevestigd in het arrest *Brasserie du pêcheur en Factortame* (punt 46). Het binaire karakter van deze keuze kan verklaren waarom Farrell gelukkig inmiddels een vergoeding heeft ontvangen voor haar letselschade (zie punt 25 hierboven).

35 Mijn cursivering.

36 Cursivering van mij: de afwezigheid van een voegwoord vóór het gebruik van „en” in de laatste nevenschikking betekent per definitie dat de tot dat punt genoemde elementen cumulatief gelezen moeten worden.

36. Logischerwijs berust de eerste vraag op de premisse dat de door het Hof in het arrest Foster genoemde factoren een *uitputtende lijst* vormen van de aandachtspunten die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag: „is deze verweerder voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking een overheidsorgaan?” Als de criteria alternatief zijn, zal de aanwezigheid van A of B of C of D in de feitelijke situatie volstaan. Zijn zij cumulatief, dan zullen A, B, C en D allemaal aanwezig moeten zijn. In beide gevallen is de aanwezigheid (of afwezigheid) van een andere factor (zoals E of F) echter niet relevant. Anders gezegd: de premisse is dat het Hof in het arrest Foster alle factoren wilde benoemen – en heeft benoemd – die relevant zijn voor de beoordeling of een bepaalde verweerder voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking wel of niet een overheidsorgaan is.

37. Volgens mij toont een nadere beschouwing van de motivering van het Hof in het arrest Foster evenwel duidelijk aan, dat het Hof zich daar *niet* waagde aan de (gevaarlijke) exercitie, te proberen alle mogelijke toekomstige feitelijke constellaties in kaart te brengen die aanleiding zouden kunnen geven tot de vraag: „is deze verweerder een overheidsorgaan?” In plaats daarvan distilleerde het uit zaken die het eerder had behandeld, wat het nodig had om antwoord te geven op de vragen van de verwijzende rechter in die specifieke zaak. Als dat klopt, dan betekent dit logischerwijs dat het antwoord op de eerste vraag moet zijn dat de in het arrest Foster geformuleerde toets noch alternatief noch cumulatief is.

38. Er moet daarom wat dieper worden gespit in de tekst van het arrest Foster.³⁷

39. De essentiële feiten zijn eenvoudig te beschrijven. Vijf vrouwelijke werknemers van de British Gas Corporation (hierna: „BGC”) werden op zestigjarige leeftijd met pensioen gestuurd, overeenkomstig het beleid van BGC om haar werknemers te pensioneren bij het bereiken van de leeftijd waarop zij aanspraak kregen op een overheidspensioen (destijds zestig jaar voor vrouwen en vijfenzeftig jaar voor mannen). Zij wilden blijven werken en betoogden voor een Industrial Tribunal (arbeidsrechter) dat het beleid van BGC, hoewel niet verboden door nationale regels, in strijd was met artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG.³⁸ Zij betoogden dat zij die bepaling konden inroepen tegen BGC.

40. Over BGC zijn uit het arrest de volgende gegevens bekend.³⁹ Ingevolge het bepaalde in de Gas Act (gaswet) 1972 van het Verenigd Koninkrijk, die op het materiële tijdstip van toepassing was op BGC, was BGC een bij wet opgerichte rechtspersoon die als taak de ontwikkeling en instandhouding van een gasvoorzieningsstelsel in Groot-Brittannië had, met een monopolie op de gasvoorziening. De bestuursleden van BGC werden door de bevoegde minister benoemd. Deze was ook bevoegd om BGC aanwijzingen van algemene aard te geven in verband met aangelegenheden die het nationaal belang raakten, en aanwijzingen betreffende de bedrijfsvoering. BGC was harerzijds verplicht de minister op gezette tijden verslag te doen over de uitoefening van haar taken, haar bedrijfsvoering en programma’s. Deze verslagen werden vervolgens bij beide Huizen van het Parlement ter inzage gelegd. Voorts verleende de Gas Act 1972 BGC de bevoegdheid om met toestemming van de minister wetsontwerpen bij het Parlement in te dienen. De aan het Hof verstrekte informatie, opgetekend in het rapport ter terechtzitting, betrof ook het feit dat BGC volgens het Engelse recht een „public body” (openbaar lichaam) en een „public authority” (overheidsinstantie) was voor de toepassing van verschillende nationale wetten.

³⁷ In die taak word ik geholpen door een merkwaardige speling van de geschiedenis: ik werkte als referendaris aan de zaak *Foster met Sir Gordon Slynn*, die daarin optrad als president van het Hof en de hoofdauteur was van het arrest.

³⁸ Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40).

³⁹ Wat volgt is overgenomen uit de punten 3-7 van het arrest *Foster*.

41. Het Industrial Tribunal, het Employment Appeal (arbeidsrechter in tweede aanleg) en de Court of Appeal (rechter in tweede aanleg) verwierpen alle de vordering van de werknemers. Die stelden hogere voorziening in bij de House of Lords, die een prejudicieel verzoek indiende, dat zaaknummer C-188/89 kreeg.

42. Na een preliminaire exceptie van niet-ontvankelijkheid te hebben afgewezen, ging het Hof in punt 16 van zijn arrest over tot de behandeling van de inhoudelijke vraag die het moest beantwoorden.

43. Het Hof ving aan met een uiteenzetting van de randvoorwaarden. Eerst wees het erop (punt 16) dat het nuttig effect van richtlijnen (die de lidstaten verplichten een bepaalde gedragslijn te volgen) zou worden verzwakt wanneer particulieren zich daarop niet konden beroepen en de nationale rechterlijke instanties daarop geen acht mochten slaan. Dit had het Hof al verklaard in 1982 in het arrest Becker.⁴⁰ „Mitsdien” kan een lidstaat die al in gebreke is bij de tenuitvoerlegging van een richtlijn bij het verstrijken van de omzettingstermijn „het feit dat hij zijn uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen”, niet gebruiken als verweer tegen een vordering van particulieren. „Wanneer dus” (een ander woord voor „mitsdien”), bepalingen van een richtlijn rechtstreekse werking hebben, kunnen deze worden ingeroepen i) „tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is” of ii) „wanneer die bepalingen rechten vastleggen die particulieren tegenover de staat kunnen doen gelden”.

44. Vervolgens (punt 17) herinnerde het Hof eraan dat het al in het arrest Marshall⁴¹ had geoordeeld dat de exacte hoedanigheid waarin de staat-als-verweerder optreedt, voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking, niet van belang is (in het arrest Marshall was dat „onverschillig de hoedanigheid waarin de staat handelt, als werkgever of als overheid”). Het Hof gaf toen de sleutel tot het antwoord op de vraag waarom het van mening was dat richtlijnen verticale rechtstreekse werking tegen lidstaten dienden te hebben: „In beide gevallen *moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft van zijn miskennis van het [Unie]recht*”.⁴²

45. Het Hof gaf vervolgens (punt 18) een definitie van de diverse verweerders tegen wie een particulier zich op „onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen van een richtlijn” kan beroepen (in steno: wat is een overheidsorgaan voor de toepassing van de verticale rechtstreekse werking). De inleidende zinsnede „[o]p grond van deze overwegingen heeft het Hof herhaaldelijk beslist dat [...]” fungeert als signaal voor de lezer dat het Hof op het punt staat een abstracte formulering te geven met verschillende elementen die alle op de bestaande rechtspraak zijn terug te voeren.

40 Arrest van 19 januari 1982, 8/81, EU:C:1982:7. De verweerder in de zaak *Becker* was het gemeentelijke belastingkantoor. Organisch behoorde het tot de staat; het stond onder het gezag en de controle van de staat, en bezat „bijzondere bevoegdheden” om belastingen op te leggen en te heffen ter facilitering van overeengekomen overheidsuitgaven.

41 Arrest van 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84. De verweerder in de zaak *Marshall* was de Southampton and South-West Hampshire Health Authority (de op het materiële tijdstip verantwoordelijke organisatie voor ziekenhuizen en medische diensten in een specifiek omschreven geografisch gebied). Organisch maakte het geen deel uit van de staat, maar het stond onder het gezag en toezicht van de staat. Het arrest vermeldt niet of het „bijzondere bevoegdheden” had en niets wijst erop dat dit het geval was (zie verder hieronder, punt 49). Het had duidelijk tot taak het algemeen belang te dienen door passende openbare gezondheidszorg te verlenen in het toegewezen gebied. Uit functioneel oogpunt kon het dus worden geacht te handelen namens de staat.

42 Cursivering van mij.

46. Het is derhalve niet verrassend dat het Hof onmiddellijk (punt 19) zijn woord gestand deed, dat al wat het daarvoor had gezegd, op bestaande rechtspraak kon worden teruggevoerd. De lijst van zaken die het daar opnoemde, werd ingeleid met de formule „Zo heeft het Hof beslist, [...]”. De aangehaalde zaken – Becker („fiscus”)⁴³, Busseni („fiscus”)⁴⁴, Costanzo („territoriale overheden”)⁴⁵, Johnston („constitutioneel onafhankelijke autoriteiten belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid”)⁴⁶ en Marshall („overheidsorganen die verantwoordelijk zijn voor de gezondheidszorg”)⁴⁷ – kunnen worden gekoppeld aan een of meer van de elementen die het Hof in zijn abstracte formulering in punt 18 noemde.

47. Ik wijs bij deze erop, dat de punten 18 en 19 van het arrest net zo goed in omgekeerde volgorde hadden kunnen zijn geschreven. Of het Hof nu zegt „i) dit is hoe ik de criteria in abstracte termen ga formuleren en ii) daarin zijn de kenmerken te herkennen die ik heb genoemd in de volgende zaken waarover ik al eerder heb beslist” (de in die punten gehanteerde volgorde) of „i) kijk, hier zijn verschillende zaken waarover ik al eerder heb beslist, die bepaalde kenmerken hebben, en dus ii) ga ik de criteria nu in abstracte termen formuleren” (de omgekeerde volgorde), de redenering blijft in wezen hetzelfde.

48. Het Hof had hier, na het geven van de abstracte formulering, kunnen stoppen. Strikt genomen was het antwoord op de specifieke vraag, of BGC volgens die toets een overheidsorgaan was, dat het aan de verwijzende rechter was om hierover te beslissen op basis van de feiten.⁴⁸ Die rechter had evenwel letterlijk gevraagd „was [BGC] een lichaam van een zodanig type, dat verzoeksters zich voor de Engelse rechterlijke instanties rechtstreeks kunnen beroepen op [richtlijn 76/207], en daarmee een aanspraak op schadevergoeding kunnen ontlenen aan het feit dat het pensioneringsbeleid van [BGC] strijdig was met die richtlijn?”, en het Hof meende kennelijk over genoeg materiaal te beschikken om duidelijke aanwijzingen te kunnen geven voor het juiste antwoord.⁴⁹ De verschillende beschikbare gegevens over BGC volstonden om aan te tonen *dat BGC feitelijk aan alle opgesomde criteria*

43 Cursivering van mij. Arrest van 19 januari 1982 (8/81, EU:C:1982:7).

44 Arrest van 22 februari 1990 (C-221/88, EU:C:1990:84). Het Hof oordeelde daar dat bij ontbreken van iedere maatregel tot omzetting in nationaal recht, de Europese Gemeenschap van Kolen en Staal (EGKS) zich (na het verstrijken van de voor omzetting van de aanbeveling gestelde termijn) op een aanbeveling kon beroepen tegenover de lidstaat die deze niet in nationaal recht had omgezet; de erkenning van het bevoorrecht karakter van de schuldvorderingen van de EGKS had evenwel slechts werking tegenover die staat, zodat de vorderingen van de EGKS dezelfde positie hadden als de vorderingen van de staat, en verkortte derhalve niet de rechten van de andere schuldeisers dan die staat, zoals die – zou die aanbeveling niet bestaan – zouden voortvloeien uit de toepassing van de nationale regels betreffende samenloop van schuldeisers. Zie rechtsoverweging 30 en punt 1 van het dictum.

45 Arrest van 22 juni 1989 (103/88, EU:C:1989:256). De verweerder in *Costanzo* was het uitvoerende bestuursorgaan van een Italiaanse gemeente. Het behoorde organisch gezien tot de staat, had deel aan de organische overheidsfuncties van gezag en controle, bezat de gebruikelijke overheidsbevoegdheden (zoals regelgevende bevoegdheid) en trad op in het algemeen belang.

46 Arrest van 15 mei 1986 (222/84, EU:C:1986:206). De verweerder in de zaak *Johnston* was de Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, de functionaris verantwoordelijk voor de politie in Noord-Ierland. Het arrest beschrijft de politie (in de persoon van haar Chief Constable) als een onafhankelijke „overheidspersoon”, die overheidsgezag en controle uitoefent, „bijzondere bevoegdheden” bezit (aangezien de staat het monopolie bezit op het rechtmatig gebruik van geweld), en belast is met de handhaving van de openbare orde en veiligheid.

47 Arrest van 26 februari 1986 (152/84, EU:C:1986:84). Ik heb de aard van de verweerder in deze zaak al beschreven (zie voetnoot 42 hierboven). Met betrekking tot het ontbreken van indicaties dat de verweerder in die zaak over „bijzondere bevoegdheden” beschikte, zie verder punt 49 hieronder.

48 Het Hof had al eerder (in punt 15) erop gewezen dat het „bevoegd [was] om bij prejudiciële beslissing vast te stellen, tegen welke categorieën rechtssubjecten op de bepalingen van een richtlijn beroep kan worden gedaan”, terwijl het „[d]aarentegen [...] aan de nationale rechter [is] om te beslissen, of een partij in een bij hem aanhangig geding in een van de aldus gedefinieerde categorieën valt”.

49 Het is niet de enige keer dat het Hof een verwijzende rechter een duidelijke handreiking biedt over de waarschijnlijke uitkomst van de juiste toepassing van de abstracte aanwijzingen die het zojuist heeft gegeven. Een opvallend voorbeeld daarvan (ongeveer zes jaar na het arrest *Foster*) is te vinden in het „derde arrest Factortame” (arrest van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur en Factortame*, C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79). In punt 51 van dat arrest formuleerde het Hof de maatstaven voor de beoordeling of een lidstaat is gehouden tot schadevergoeding wegens schending van het Unierecht, en zette het, in punt 56, in algemene termen de „[e]lementen die in dit verband door de bevoegde rechterlijke instantie in de beschouwing kunnen worden betrokken” uiteen. Vervolgens gaf het Hof, in de punten 58-64, richtsnoeren voor de twee verwijzende rechters (het Bundesgerichtshof respectievelijk de High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court) betreffende de mogelijke antwoorden („Wel acht het Hof het nuttig bepaalde omstandigheden in herinnering te brengen die de nationale rechterlijke instanties in de beschouwing zouden kunnen betrekken.”). De verschillende in de punten 61-64 geconstateerde factoren die de vaststelling door de regering van het Verenigd Koninkrijk van de Merchant Shipping Act 1988 onrechtmatig maakten, wezen in de richting dat in die zaak tot aansprakelijkheid zou worden geconcludeerd. Na een felle strijd door die regering toen de zaak weer bij de nationale rechter belandde, was dat inderdaad het resultaat.

voldeed.⁵⁰ Het Hof verklaarde dan ook (punt 20) dat „[u]it het voorgaande volgt, dat tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, *in elk geval [...] een lichaam behoort*” dat de verschillende in punt 18 genoemde kenmerken (met toevoeging van enige kanttekeningen) vertoont.⁵¹

49. Ik sta hier even stil bij de in punt 20 gemaakte kanttekeningen, die mijns inziens beter te rijmen zijn met de opvatting dat dit punt de *toepassing* van de abstracte formule op de BGC bevat dan met de opvatting dat het de toets zelf bevat. Ten eerste bevat dit de verwijzing naar een lichaam „ongeacht zijn juridische vorm”, die een uitbreiding vormt (zij het nogal in het voorbijgaan) van de eerdere uit de rechtspraak afgeleide test die in wezen overheidsorganen betrof, naar andere lichamen waarvan de „juridische vorm” deels publiek- en deels privaatrechtelijk kan zijn, of zelfs puur privaatrechtelijk in plaats van puur publiekrechtelijk.⁵² Ten tweede bevat het de uitspraak dat het lichaam in kwestie „krachtens een overheidsmaatregel is belast met de *uitvoering van een dienst van openbaar belang*” (in punt 18 wordt de „uitvoering van een dienst van openbaar belang” niet expliciet genoemd). Ten derde beschikt het *hiertoe* (dat wil zeggen, om dat lichaam in staat te stellen een dienst van openbaar belang uit te voeren) over „*bijzondere, verder gaande bevoegdheden* [...] dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden” (reeds genoemd in punt 18). Ten vierde mogen drie van de lichamen waarop de in punt 19 aangehaalde rechtspraak betrekking had, dan hebben beschikt over „*bijzondere bevoegdheden*”, dit gold niet voor het vierde lichaam (de instantie op het gebied van de gezondheidszorg in de zaak Marshall). Dat werpt de vraag op of dat element voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking moet worden opgevat als een noodzakelijk bestanddeel van de definitie van een overheidsorgaan. BGC beschikte *wel* over zulke bijzondere bevoegdheden.⁵³ Deze kanttekeningen laten de nationale rechter (in nauwelijks verholen bewoordingen) weten dat de feiten die het Hof op grond van de verwijzingsbeslissing ten aanzien van BGC als vaststaand aanneemt, volstaan om BGC te kwalificeren als overheidsorgaan.

50. Veelzeggend zijn echter vooral de woorden „*in elk geval [...] behoort*”. Daarmee bevestigt het Hof, in punt 20, dat het niet beoogt daar een of andere algemene toets te formuleren of alle toekomstige eventualiteiten te dekken. Het houdt zich bezig met de voorliggende zaak en vertelt de nationale rechter: „welke *andere* lichamen dan ook als overheidsorganen kunnen worden aangemerkt (of niet), een lichaam dat *al* deze kenmerken vertoont wordt *wel* als zodanig aangemerkt – en dat is wat u wilde weten”.

51. Deze opvatting wordt gestaafd door het verdere verloop (vanaf punt 20 tot het dictum) van het arrest. In punt 21 herinnerde het Hof eraan dat het in het arrest Marshall⁵⁴ al had geoordeeld dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking voldeed. De punten 20 en 21 worden vervolgens gecombineerd (in punt 22, herhaald als het dictum) om de verwijzende rechter een nauwkeurig antwoord te geven op de gestelde vraag. De woorden „in elk geval [...] behoort” uit punt 20 worden als overbodig (en zelfs ongepast) uit het dictum weggelaten.

52. Ik concludeer dat het Hof in het arrest Foster niet voornemens was om een uitputtende en voor eens en altijd geldende opsomming te geven van de bestanddelen van de toets of een lichaam voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking als overheidsorgaan moet worden aangemerkt. Het leidde uit bestaande rechtspraak een abstracte formulering af (punt 18), die het vervolgens, voorzien van kanttekeningen, toepaste om een oordeel te geven over een lichaam dat volgens de kenmerken

50 Het Hof lijkt zijn conclusie dat BGC over bijzondere bevoegdheden beschikte, te hebben gebaseerd op het feit dat het een monopolie had op de levering van gas (punt 3).

51 Cursivering van mij.

52 Zie verder punten 62, 79-105, 114 en 120, onder 1), hieronder.

53 Zie voetnoot 50 hierboven.

54 Arrest van 26 februari 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

ervan in elk geval tot de categorie van overheidsorganen behoorde (punt 20). Meer doet het Hof niet. Noch de afleiding van de toe te passen toets uit oudere rechtspraak in punt 18, noch de toepassing van die toets in punt 20 beogen uitputtend te zijn; zowel de logica als het gezonde verstand verbieden het om achteraf te beweren dat dit wel zo zou zijn.

53. Hieruit volgt dat het antwoord op de eerste vraag luidt, dat de in het arrest Foster vermelde toets om uit te maken wanneer er voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen sprake is van een overheidsorgaan, is vervat in punt 18 en niet in punt 20 van dat arrest. De daar omschreven toets moet noch cumulatief noch alternatief worden opgevat, maar behelst een niet-uitputtende opsomming van de elementen die voor een dergelijke beoordeling relevant kunnen zijn.

54. Alvorens de tweede vraag te behandelen, moet ik tussendoor even ingaan op een merkwaardig element van de bouwstenen die het Hof voor die test heeft gebruikt, namelijk de verwijzing naar „bijzondere bevoegdheden”. In de Franse versie waarin het concept-arrest oorspronkelijk werd opgesteld en besproken, werd de term „pouvoirs exorbitants” gebruikt: een vakterm uit het Franse bestuursrecht, die met de Engelse vertaling „special powers” niet bijzonder adequaat wordt weergegeven.⁵⁵ De locus classicus voor het concept van de „service public” in het Franse bestuursrecht is, als ik het goed begrijp, de uitspraak van het Tribunal des conflits (rechter die uitmaakt of de gewone burgerlijke rechter dan wel de bestuursrechter bevoegd is) van 8 februari 1873 in de zaak Blanco⁵⁶, waarin zowel de mogelijkheid van overheidsaansprakelijkheid voor vergoeding van schade veroorzaakt door het handelen van de „service public” werd erkend, als de exclusieve rechtsmacht van de bestuursrechter (te onderscheiden van de gewone burgerlijke rechter) om kennis te nemen van dergelijke zaken.⁵⁷ De uitspraak van de Conseil d’État (raad van state) in de zaak Bureau Veritas⁵⁸ biedt nog meer nuttige aanwijzingen over het concept in het Franse recht van „l’exercice des prérogatives de puissance publique [...] conférées pour l’exécution de la mission de service public dont [la société en question] est investie” (de uitoefening van de overheidsbevoegdheden [...] die zijn toegekend voor de uitoefening door [de vennootschap in kwestie] van de taak van openbaar belang waarmee zij is bekleed)”. De tekst van het arrest Foster van het Hof probeert evenwel geen nadere definitie te geven van de „bijzondere bevoegdheden” in de context van het Unierecht dan de omschrijving dat het gaat om „verdergaande bevoegdheden [...] dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden”. Ik zal op dit begrip terugkomen bij mijn bespreking van de derde prejudiciële vraag.⁵⁹

55 Aangezien de prejudiciële verwijzing afkomstig was van een rechter in het Verenigd Koninkrijk, is de Engelse taalversie van het arrest de „authentieke” tekst; de voorgestelde vertaling werd dan ook nagekeken door de rechter van het Verenigd Koninkrijk (Sir Gordon Slynn) en zijn hoofdreferendaris (ikzelf), samen met het toenmalige hoofd van de Engelse vertaalafdeling van het Hof. We waren ons bewust van het feit dat „special powers” geen recht deed aan alle nuances van het Franse concept, maar niemand had destijds een beter alternatief voorhanden. Een ronde langs een aantal andere taalversies van het arrest laat zien dat de uitdrukking werd vertaald in het Spaans als „poderes exorbitantes”, in het Duits als „besondere Rechte”, het Italiaans als „poteri” (zonder de vermelding dat de bevoegdheden „bijzonder” zijn), in het Nederlands als „bijzondere bevoegdheden” en het Portugees als „poderes exorbitantes”. Dit suggereert dat de vertaling in sommige talen aanmerkelijk makkelijker was dan in andere.

56 Tribunal des conflits van 8 februari 1873, 00012, gepubliceerd in het recueil Lebon (de Franse tekst is te vinden op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>).

57 De zaak *Blanco* betrof een vordering tot schadevergoeding namens een minderjarige die gewond was geraakt door het optreden van werknemers van de tabaksautoriteiten in Bordeaux. Het centrale gedeelte van de (korte) uitspraak luidt als volgt: „Overwegende dat de eventuele aansprakelijkheid van de staat ter zake van de schade die aan particulieren is toegebracht door toedoen van personen die de staat in de openbare dienst te werk stelt, niet kan worden beheerst door de in de Code Civil verankerde beginselen, die de betrekkingen tussen particulieren betreffen; dat die aansprakelijkheid algemeen noch absoluut is; dat daarvoor speciale regels gelden die variëren naar gelang de eisen van de dienst en van de noodzaak om de rechten van de staat te verenigen met de rechten van particulieren; dat dienovereenkomstig [...] alleen een bestuurlijke instantie de bevoegdheid toekomt om ervan kennis te nemen”.

58 Uitspraak van 23 maart 1983, Conseil d’État, *SA Bureau Veritas et autres*, n° 33803, 34462. De zaak *Bureau Veritas* betrof een hogere voorziening van Bureau Veritas en de Franse Staat met betrekking tot vordering die een luchtvaartmaatschappij had gericht tegen Bureau Veritas als het bevoegde lichaam voor de afgifte van luchtwaardigheidscertificaten voor luchtvaartuigen, ter zake van schade die zij had geleden omdat Bureau Veritas te traag was geweest in het afgeven van een dergelijk certificaat. Geoordeeld werd dat Bureau Veritas door de staat was belast met de vervulling van een dienst van openbaar belang en te dien einde aan haar voorbehouden publiekrechtelijke bevoegdheden diende uit te oefenen. De keerzijde hiervan was, dat de staat zelf niet aansprakelijk werd gehouden voor de veroorzaakte schade.

59 Zie punten 129 e.v. hieronder.

Tweede vraag

55. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of – in de veronderstelling dat de in het arrest Foster opgesomde elementen een verzameling vormen van factoren die in acht moet worden genomen (zoals ik heb voorgesteld als antwoord op de eerste vraag) en niet een restrictieve lijst van cumulatieve criteria – er een fundamenteel beginsel ten grondslag ligt aan de afzonderlijke geïdentificeerde factoren, die de nationale rechter zou moeten toepassen op de haar voorgelegde feiten, teneinde uit te maken of een bepaalde verweerder voor de toepassing van de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen al dan niet als overheidsorgaan is aan te merken.

56. Om te beginnen moet de vraag worden gesteld, of de rechtspraak na het arrest Foster doorslaggevende aanwijzingen bevat dat het Hof *sindsdien* feitelijk heeft gekozen voor een alternatieve of een cumulatieve test (zodat de tweede vraag overbodig wordt), of een bijzonder gewicht heeft toegekend aan een of meer van de in het arrest Foster genoemde elementen.

57. Voor zover ik kan nagaan, is het korte antwoord op beide vragen ontkennend, maar voor de goede orde zal ik nu in meer detail op die rechtspraak ingaan. Ik zal deze rechtspraak behandelen in de volgorde van de datum van de arresten.

58. De eerste relevante uitspraak na het arrest Foster was het arrest Kampelmann e.a.⁶⁰ Kampelmann en drie van zijn collega's, de verzoekers in de zaken C-253/96 tot en met C-256/96, waren werknemers van het Landschaftsverband (regionale raad), die verantwoordelijk was voor onder meer de aanleg en het onderhoud van de wegen in Westfalen-Lippe en de leiding had over een aantal diensten wegenbouw van het Land.⁶¹ Schade (zaak C-257/96) en Haseley (zaak C-258/96) waren respectievelijk in dienst bij Stadtwerke Witten (dienst gemeentewerken van Witten) en Stadtwerke Altena (dienst gemeentewerken van Altena), openbare ondernemingen die de respectieve steden van energie voorzagen.⁶² Zij wilden in de context van een geschil over hun inschaling tegenover hun respectieve werkgevers een rechtstreeks beroep doen op artikel 2, lid 2, onder c-ii, van richtlijn 91/533.⁶³ Na te hebben vastgesteld dat die bepaling rechtstreekse werking had⁶⁴, gaf het Hof een uitgebreide versie van de alternatieve opsomming in punt 18 van het arrest Foster⁶⁵ en beantwoordde het de tweede vraag van de nationale rechter met een herhaling van de formule in punt 18 van het arrest Foster.⁶⁶

59. De verweerder in de zaak Collino en Chiappero⁶⁷ was Telecom Italia, de rechtsopvolgster van een aantal ondernemingen die houdster waren van een door de Italiaanse staat verleende exclusieve concessie voor telecommunicatievoorzieningen ten dienste van het publiek.⁶⁸ De verzoekers bestreden de voorwaarden van hun overplaatsing van de oorspronkelijke concessiehouder naar de volgende concessiehouder.⁶⁹ De verwijzende rechter overwoog dat er objectief gezien sprake was van een

60 Arrest van 4 december 1997 (C-253/96–C-258/96, EU:C:1997:585).

61 Punt 12 van het arrest.

62 Punt 17 van het arrest.

63 Richtlijn van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (PB 1991, L 288, blz. 32).

64 Punt 45 van het arrest.

65 „Daarentegen kan [op een richtlijn] wel een beroep worden gedaan tegenover organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat staan of die over bijzondere bevoegdheden beschikken die verder gaan dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden, zoals territoriale overheden of organisaties die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang” (punt 46). Vreemd genoeg verwijst dat punt van het arrest noch naar punt 18 noch naar punt 20 van het arrest *Foster*, maar naar punt 19, alsmede naar het arrest *Costanzo* (arrest van 22 juni 1989, 103/88, EU:C:1989:256, punt 31 („Wanneer de in 's Hof's rechtspraak gestelde voorwaarden zijn vervuld, waaronder particulieren de bepalingen van een richtlijn voor de nationale rechter kunnen invoeren, zijn [...] alle overheidsinstanties, de gedecentraliseerde instanties zoals de gemeenten daaronder begrepen, gehouden deze bepalingen toe te passen.”).

66 Punt 47 van het arrest en punt 2 van het dictum.

67 Arrest van 14 september 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441).

68 Zie punten 7-9 van het arrest.

69 Zie punten 10-13 van het arrest.

overgang van onderneming, maar dat de Italiaanse wet een bijzondere regeling had ingevoerd die afweek van de gewone regeling inzake overgang van ondernemingen en die afwijzing van de vordering van verzoekers tot gevolg zou hebben. De verwijzende rechter vroeg het Hof of de afwijkende regeling van wet nr. 58/92 verenigbaar was met richtlijn 77/187/EEG.⁷⁰

60. Telecom Italia stelde dat het prejudiciële verzoek niet-ontvankelijk was op grond dat de verwijzende rechter „hoe dan ook niet de bepalingen van [richtlijn 77/187] zou kunnen toepassen op de casus in het hoofdgeding, waarin uitsluitend particulieren tegenover elkaar staan”.⁷¹ Het Hof gaf toe dat volgens vaste rechtspraak een richtlijn weliswaar geen horizontale rechtstreekse werking heeft, maar wees vervolgens op zowel het beginsel van „interprétation conforme”, als op het feit dat, wanneer iemand zich tegenover de staat op een richtlijn kan beroepen, hij dit kan doen ongeacht de hoedanigheid waarin de staat handelt, omdat moet worden voorkomen dat de staat voordeel heeft van zijn miskenning van het (toenmalige) gemeenschapsrecht. Het Hof haalde punt 20 van het arrest Foster aan, liet het aan de nationale rechter over om uit te maken of de verzoekers rechtstreeks een beroep konden doen op richtlijn 77/187, en ging over tot de beantwoording van de inhoudelijke prejudiciële vragen.⁷²

61. In de zaak Rieser Internationale Transporte⁷³ vorderde de verzoekster, een goederenvervoerbedrijf, terugbetaling van tolgelden die zij haars inziens voor het gebruik van de Brenner-Autobahn teveel had betaald. De verweerder („Asfinag”) was het verantwoordelijke lichaam voor de aanleg, de planning, de exploitatie, het onderhoud en de financiering van de Oostenrijkse autosnelwegen en autowegen, waaronder de Brenner-Autobahn, uit hoofde van een overeenkomst met haar enige aandeelhouder, de Oostenrijkse Staat. Het vervoerbedrijf (en de Commissie) meenden dat de bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, kunnen worden ingeroepen tegen een lichaam als Asfinag wegens de nauwe banden van deze vennootschap met de Staat bij het beheer van de Oostenrijkse autosnelwegen. Asfinag wees die uitlegging af, met het argument dat zij was opgericht in de vorm van een privaatrechtelijke vennootschap op aandelen, dat haar directie niet door instructies van organen van de Oostenrijkse Staat was gebonden, dat zij geen overheidstaak vervulde en dat zij de tol hief voor eigen rekening.⁷⁴

62. Na verwijzing naar de aan verticale rechtstreekse werking ten grondslag liggende beginselen, uiteengezet in de arresten Becker⁷⁵, Marshall⁷⁶ en Foster⁷⁷, herhaalde het Hof woordelijk de in punt 20 van het arrest Foster geformuleerde en in het arrest Collino en Chiappero overgenomen toets.⁷⁸ Het ging vervolgens over tot een zorgvuldige analyse van de in de verwijzingsbeslissing vervatte gegevens.⁷⁹ Het Hof oordeelde dat uit die feiten duidelijk bleek, dat Asfinag een instelling was waaraan bij een overheidshandeling was opgedragen om onder overheidstoezicht een dienst van algemeen belang te verrichten, en die daartoe over zeer ruime bevoegdheden beschikte in vergelijking met de in

70 Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26).

71 Punt 19 van het arrest.

72 Zie punten 20-25 van het arrest. De verwijzing naar punt 20 van het arrest *Foster* (met de uitspraak dat tot de lichamen tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, in elk geval, ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam behoort dat aan de genoemde criteria voldoet) kan worden gelezen als subtiële hint aan de nationale rechter dat Telecom Italia voor de toepassing van de verticale rechtstreekse werking inderdaad als overheidsorgaan moest worden aangemerkt.

73 Arrest van 5 februari 2004 (C-157/02, EU:C:2004:76).

74 Zie punten 20 en 21 van het arrest.

75 Arrest van 19 januari 1982 (8/81, EU:C:1982:7, punten 23-25).

76 Arrest van 26 februari 1986 (152/84, EU:C:1986:84, punt 49).

77 Arrest van 12 juli 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313, punten 16 en 17).

78 Arrest van 14 september 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441, punt 23).

79 Zie punten 25 en 26 van het arrest.

de verhouding tussen particulieren geldende voorschriften.⁸⁰ Het Hof kwam derhalve tot de slotsom dat „een dergelijke instelling, ongeacht haar juridische vorm, [behoort] tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben”.⁸¹

63. Volgens mijn lezing van het arrest *Rieser Internationale Transporte* deed het Hof daar precies wat het eerder had gedaan in het arrest *Foster*. Op grond van de gegevens waarover het beschikte, meende het Hof te kunnen vaststellen dat *Asfinag* voldeed aan *alle* in het arrest *Foster* vermelde criteria. *Asfinag* behoorde derhalve „in elk geval” tot de rechtssubjecten tegenover welke een belanghebbende de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen zou kunnen invoeren. Ik wil hieraan toevoegen dat de uitspraak in het arrest *Rieser Internationale Transporte* buiten elke twijfel stelt, dat een privaatrechtelijke vennootschap op aandelen, wier directie niet door instructies van organen van de staat is gebonden, voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking niettemin een overheidsorgaan kan zijn.

64. De zaak *Sozialhilfeverband Rohrbach*⁸² betrof de vraag of de arbeidsovereenkomsten van werknemers van het Sozialhilfeverband, een publiekrechtelijk samenwerkingsverband voor sociale bijstand, waren overgegaan op twee nieuwe vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarvan het Sozialhilfeverband de enige aandeelhouder was. Op de verwijzing werd uitspraak gedaan bij met redenen omklede beschikking, in overeenstemming met het huidige artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Het Hof legde de nadruk op het feit dat de nieuwe vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid onder toezicht stonden van de enige aandeelhouder, zelf een overheidsorgaan. Zo ver ik kan beoordelen, onderzocht het niet echt of het Sozialhilfeverband over bijzondere bevoegdheden beschikte.⁸³

65. In de zaak *Vassallo*⁸⁴ was de verweerder een ziekenhuis, en de kwestie of dit als overheidsorgaan moest worden aangemerkt kwam aan de orde in de context van een exceptie van niet-ontvankelijkheid. Het ziekenhuis voerde aan dat het noch onder de Italiaanse Staat, noch onder een ministerie viel. Het was een autonome instelling met eigen bestuurders, die in het kader van hun beheer verplicht waren om de nationale rechtsregels toe te passen, die zij niet in twijfel konden trekken en waarvan zij niet konden afwijken.⁸⁵ Het Hof volstond met de opmerking, dat uit de verwijzingsbeslissing bleek dat de nationale rechter als vaststaand aannam, dat dit ziekenhuis een met de overheid verbonden instelling uit de openbare sector was. Dat was voor het Hof voldoende om (met gebruik van dezelfde uitgebreide formulering van de toets voor een overheidsorgaan die het in het arrest *Kampelmann e.a.* had gehanteerd) te concluderen dat de door het ziekenhuis opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moest worden verworpen.⁸⁶ Ook hier kan ik in de analyse van het Hof geen onderzoek naar „bijzondere bevoegdheden” ontwaren. Evenmin is intrinsiek aannemelijk (zie het arrest *Marshall*) dat een ziekenhuis uit de publieke sector over zulke bevoegdheden zou beschikken.

80 Punt 27 van het arrest. Wat de „bijzondere bevoegdheden” als onderdeel van de toets betreft, zie verder punten 130 e.v. hieronder.

81 Zie punt 28 van het arrest.

82 Beschikking van 26 mei 2005 (C-297/03, EU:C:2005:315).

83 Voor de feiten waarop het Hof zijn beslissing baseerde, zie de punten 11 en 12 van de met redenen omklede beschikking. De korte analyse van de eerste vraag door het Hof (de vraag die in de onderhavige context relevant is) is te vinden in de punten 27-30 en bevat geen verwijzing naar „bijzondere bevoegdheden”.

84 Arrest van 7 september 2006 (C-180/04, EU:C:2006:518).

85 Punt 24 van het arrest.

86 Zie punten 26 en 27 van het arrest.

66. In het arrest Farrell I haalde het Hof de test aan die het in punt 20 van het arrest Foster (evenals in punt 23 van het arrest Collino en Chiappero en in punt 24 van het arrest Rieser Internationale Transporte) had uiteengezet, en niet die uit punt 18 van het arrest Foster. Het Hof verklaarde evenwel meteen uitdrukkelijk, dat het niet over voldoende gegevens beschikte om uit te maken of het MIBI een overheidsorgaan was, en liet die vraag derhalve over aan de nationale rechter⁸⁷, wat uiteindelijk heeft geleid tot de onderhavige verwijzing.

67. In de zaak Dominguez⁸⁸ behandelde de Grote kamer een vordering op basis van de herschikte werktijdenrichtlijn (richtlijn 2003/88/EG⁸⁹) die een werknemer had ingesteld tegen het Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (centrum voor gegevensverwerking voor de regio Centre Ouest Atlantique) dat, zoals het Hof opmerkte, „een op het gebied van de sociale zekerheid werkzaam orgaan” was⁹⁰. Het Hof volstond ermee, punt 20 van het arrest Foster te citeren en het aan de nationale rechter over te laten om uit te maken of een rechtstreeks werkende bepaling van het Unierecht (artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88) tegen die verweerder kon worden ingeroepen.⁹¹ Ook hier sprak het zich niet uitdrukkelijk erover uit of de verweerder bijzondere bevoegdheden bezat.

68. In de zaak Carratù⁹² behandelde het Hof clausules in arbeidsovereenkomsten die de duur daarvan beperkten. Verweerder was de Poste Italiane (Italiaanse postdienst). De motivering van het Hof met betrekking tot de kwestie of het om een overheidsorgaan ging, was beknopt.⁹³ Het Hof vermeldde dat Poste Italiane volledig eigendom was van de Italiaanse Staat via haar enige aandeelhouder, het ministerie van Economische Zaken en Financiën, en dat het onder toezicht stond van de Staat en van de Corte dei conti (rekenkamer), waarvan een lid in de raad van bestuur van Poste Italiane zat. Tegen die achtergrond concludeerde het Hof dat Poste Italiane voldeed aan de cumulatieve versie van de in het arrest Foster genoemde criteria, en „[behoorde] tot de instellingen” waartegen verticale rechtstreekse werking kon worden ingeroepen.⁹⁴

69. Ik beken dat ik er minder zeker van ben dat ik het arrest in de zaak Portgás (Vijfde kamer)⁹⁵, gewezen op dezelfde dag als het arrest Carratù (Derde kamer), volledig begrijp.

70. Op het relevante tijdstip was Portgás een vennootschap op aandelen naar Portugees recht en houdster van een exclusieve openbaredienstenconcessie (voor gas) in de zin van artikel 2 van richtlijn 93/38/EEG van de Raad.⁹⁶ Zij ontving cofinanciering uit het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, die zij met name gebruikte ter financiering van de aanschaf van gasmeters. Na een audit had een orgaan van de Portugese Staat [de beheerder van het Programa Operacional Norte (Operationeel Programma Noord)] de terugvordering van die financiële steun gelast op de grond dat Portgás de relevante in richtlijn 93/38 neergelegde Unieregels inzake de plaatsing van zulke overheidsopdrachten niet in acht had genomen. Die regels waren nog niet omgezet in het Portugese recht. Was Portgás een overheidsorgaan voor de toepassing van de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen en, zo ja, kon de Portugese staat zelf zich op de niet uitgevoerde richtlijn beroepen tegenover Portgás?

87 Arrest van 19 april 2007, *Farrell I* (C-356/05, EU:C:2007:229, punten 40 en 41).

88 Arrest van 24 januari 2012 (C-282/10, EU:C:2012:33).

89 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9).

90 Punt 36 van het arrest.

91 Punten 39 en 40 van het arrest.

92 Arrest van 12 december 2013 (C-361/12, EU:C:2013:830).

93 Het volgende is overgenomen uit de punten 29-31 van het arrest.

94 Interessant is, dat het Hof niet rechtstreeks het arrest *Foster* aanhaalde, maar verwees naar het arrest *Kuso* (van 12 september 2013, C-614/11, EU:C:2013:544) (een zaak waarin uitspraak werd gedaan zonder conclusie), waarin punt 20 van het arrest *Foster* wordt aangehaald. Er lijkt ook geen bijzonder oordeel te worden gegeven over het element „bijzondere bevoegdheden” van de test in het arrest *Foster*.

95 Arrest van 12 december 2013 (C-425/12, EU:C:2013:829).

96 Richtlijn van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1993, L 199, blz. 84), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB 1998, L 101, blz. 1).

71. De analyse die advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie heeft verricht, bestond uit twee delen: i) tegen wie, en ii) door wie, kunnen de rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn „verticaal” worden ingeroepen? Hij nam punt 20 van het arrest Foster als uitgangspunt omdat hij van mening was dat dit punt de door het Hof in zaak geformuleerde toets bevatte.⁹⁷ Hij leidde hieruit af dat het feit, dat Portgás tegelijkertijd houdster van een openbaardienstconcessie én een aanbestedende dienst in de zin van artikel 2 van richtlijn 93/38 was, niet noodzakelijk betekende dat het als overheidsorgaan moest worden beschouwd, alsmede dat, nu de verwijzende rechter „onvoldoende informatie over Portgás [had] verstrekt om te kunnen vaststellen of deze onderneming ten tijde van de relevante feiten over buitengewone bevoegdheden beschikte en onder toezicht van de overheid stond, het overeenkomstig de in het arrest Foster geformuleerde regel [...] en de benadering die het Hof van oudsher in vergelijkbare zaken heeft gevolgd” een zaak voor de verwijzende rechter was om na te gaan of aan al die voorwaarden was voldaan.⁹⁸ Indien Portgás wel een overheidsorgaan zou zijn, zag hij er geen bezwaar tegen dat de staat zich tegenover Portgás op rechtstreeks werkende bepalingen van de richtlijn zou beroepen.⁹⁹

72. In zijn arrest verklaarde het Hof ten eerste, dat de relevante bepalingen van richtlijn 93/38 inderdaad onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig waren om rechtstreekse werking te hebben.¹⁰⁰ Het verwees vervolgens naar punt 20 van het arrest Foster zoals herhaald in de arresten Collino en Chiappero (punt 23), Rieser Internationale Transporte (punt 24), Farrell I (punt 40), en Dominguez (punt 39).¹⁰¹ Het leidde uit die rechtspraak de stelling af dat „zelfs wanneer een particulier binnen de personele werkingssfeer van een richtlijn valt, [...] deze richtlijn niet als dusdanig jegens hem [kan] worden aangevoerd voor de nationale rechterlijke instanties”. (Ik ben het eens met deze slotsom, maar ik heb de indruk dat deze niet is ontleend aan de aangehaalde rechtspraak, maar aan het arrest Faccini Dori¹⁰².)

73. Het Hof verklaarde vervolgens onmiddellijk: „[a]ldus heeft de enkele omstandigheid dat een particuliere onderneming die exclusief concessiehouder is van een openbare dienst, tot de uitdrukkelijk binnen de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallende entiteiten behoort, niet tot gevolg dat de bepalingen van deze richtlijn aan deze onderneming kunnen worden tegengeworpen”.¹⁰³ Met deze gevolgtrekking ben ik het eens, maar om een iets andere reden. Mijns inziens behelst artikel 2 slechts de definitie van de materiële werkingssfeer van richtlijn 93/38. Het is duidelijk tweeledig: artikel 2, lid 1, onder a) (overheidsdiensten of openbare bedrijven) en artikel 2,

97 Zie punt 35 van zijn conclusie en voetnoot 16. Uit mijn eerdere betoog blijkt duidelijk dat ik niet punt 20 maar punt 18 als het centrale punt van het arrest *Foster* beschouw. In dat verband teken ik aan dat advocaat-generaal Wahl (in punt 43 van zijn conclusie) verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal van Gerven in de zaak *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:188) als (enige) autoriteit voor de stelling dat „het feit dat een particuliere onderneming als houder van een exclusieve concessie is belast met een dienst van openbaar belang, niet [volstaat] om aan haar de bepalingen van een niet in de nationale rechtsorde omgezette richtlijn te kunnen tegenwerpen. Daartoe moet worden vastgesteld dat die onderneming over buitengewone bevoegdheden beschikt en aan overheidstoezicht is onderworpen.” Nu het Hof deze stelling in het arrest *Foster* niet heeft opgepakt, valt moeilijk in te zien hoe de aangehaalde autoriteit hierop kan voortborduren.

98 Zie punt 45 van de conclusie. Advocaat-generaal Wahl noemt „onder meer de reeds aangehaalde arresten Collino en Chiappero (punt 24), Farrell (punt 41) en Dominguez (punt 40)” als voorbeelden van „de benadering die het Hof van oudsher in vergelijkbare zaken heeft gevolgd”. Wellicht bedoelde de advocaat-generaal daarmee enkel „dat de beoordeling van de feiten aan de nationale rechter wordt overgelaten” (wat het Hof in al deze drie zaken inderdaad deed). Wanneer hij evenwel bedoelde dat er een „benadering van oudsher” („traditional approach”) zou zijn volgens welke alle in punt 20 van het arrest *Foster* genoemde elementen cumulatief aanwezig moeten zijn alvorens een lichaam als overheidsorgaan valt aan te merken, blijkt duidelijk uit de uiteenzetting die ik hierboven (in de punten 43-54) heb gegeven, dat mijns inziens een dergelijke benadering niet bewust en consequent is opgenomen in de rechtspraak van het Hof.

99 Zie punten 62-66 van de conclusie van advocaat-generaal Wahl.

100

Zie punten 19 en 20 van het arrest.

101

Zie mijn voorgaande gedetailleerde analyse van elk van deze arresten. De passages die het Hof in punt 24 van *Portgás aanhaalt*, verwijzen alle naar punt 20 van het arrest *Foster* (en zijn gesteld in termen die duidelijk maken dat een lichaam dat aan alle daar geformuleerde criteria voldoet, behoort tot de categorie van „overheidsorganen”). De aangehaalde autoriteiten bieden volgens mij geen steun voor de stelling dat punt 20 van het arrest *Foster* de definitieve definitie bevat van alle lichamen die zijn aan te merken als overheidsorgaan.

102

Arrest van 14 juli 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292, punten 19-25, met name punten 24 en 25).

103

Zie punt 25 van het arrest.

lid 1, onder b) (aanbestedende diensten die *geen* overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn, maar een van de in lid 2 als relevant in de zin van de richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en „die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend”). Ik zie in die definitie van de materiële werkingssfeer (die het antwoord bevat op de vraag „wie moet de richtlijn naleven wanneer deze ten uitvoer is gelegd”?) niet automatisch ook een antwoord op de andere vraag „wanneer deze richtlijn *niet* is uitgevoerd, kunnen haar rechtstreeks werkende bepalingen dan worden ingeroepen tegenover alle lichamen die binnen de definitie van de werkingssfeer ervan vallen?”.

74. Het Hof verklaarde daarop „[v]ereist is namelijk dat die dienst van openbaar belang onder overheidstoezicht wordt verricht en dat bedoelde onderneming over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels” en beriep zich daarvoor op de punten 25 tot en met 27 van het arrest *Rieser Internationale Transporte*. Ik heb die zaak hierboven al besproken.¹⁰⁴ Die drie punten van *Rieser Internationale Transporte* behelsden de toepassing van punt 20 van het arrest *Foster* op de details van de situatie in de zaak *Rieser Internationale Transporte* en leidden tot de slotsom (in punt 28, niet aangehaald in *Portgás*) dat „een dergelijke instelling, ongeacht haar juridische vorm, tot de rechtssubjecten [behoort] tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben”.¹⁰⁵ De genoemde punten bieden op zichzelf geen steun voor de stelling dat alle in punt 20 van het arrest *Foster* vermelde elementen altijd aanwezig dienen te zijn om een orgaan als overheidsorgaan te kunnen aanmerken.

75. In de punten 27 tot en met 30 onderzocht het Hof de met betrekking tot *Portgás* beschikbare informatie. Het kwam tot de slotsom dat, omdat het niet over al de nodige gegevens beschikte om met zekerheid vast te stellen of *Portgás* een overheidsorgaan was, de nationale rechter dit moest uitmaken (punt 31, dat een herformulering van punt 20 van het arrest *Foster* bevat).¹⁰⁶ Het tweede deel van het arrest betrof de kwestie of de staat zelf tegenover een overheidsorgaan een beroep kon doen op een niet uitgevoerde richtlijn – een vraag die het Hof, evenals de advocaat-generaal, bevestigend beantwoordde.¹⁰⁷

76. Ik ben, met alle eerbied, van mening dat de Vijfde kamer in het arrest *Portgás* te werk is gegaan op basis van een onvolkomen begrip van welke toets precies moet worden verricht. Het belang dat zij hecht aan de aanwezigheid van alle in punt 20 van het arrest *Foster* genoemde elementen, lijkt evenmin zijn weerga te hebben in de rechtspraak van het Hof na het arrest *Foster*.

77. Uit dit onderzoek van de rechtspraak na het arrest *Foster* leid ik af, dat het Hof niet zonder meer heeft gekozen voor een restrictieve, cumulatieve toets om uit te maken welke organen voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen als overheidsorgaan moeten worden aangemerkt. Het is waar dat het Hof punt 20 van het arrest *Foster* vaker heeft aangehaald dan punt 18 van dat arrest. Maar mijns inziens heeft het Hof, wat de uitkomst aangaat, niet rigoreus vastgehouden aan de aanwezigheid van alle daar genoemde elementen. Net als in het arrest *Foster*

¹⁰⁴
Zie punten 61-63 hierboven.

¹⁰⁵
Cursivering van mij.

¹⁰⁶
Een licht gewijzigde versie van die herformulering verschijnt vervolgens in het tweede punt van het dictum. Met betrekking tot het element „bijzondere bevoegdheden” van die test, zie verder punten 129 e.v. hieronder.

¹⁰⁷
Rechtsgeleerden hebben zich nadien het hoofd erover gebroken of het laatste probleem wel losstaat van het vraagstuk van de (verticale of horizontale) rechtstreekse werking van richtlijnen, zoals de advocaat-generaal en het Hof beide lijken te impliceren (door de nadruk te leggen op de verplichting van de lidstaat ervoor te zorgen dat een richtlijn wordt nageleefd). Zie bijvoorbeeld Albors-Llorens, A., „*The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a tea-cup? Comment on Portgás*”, in *European Law Review* 2014, blz. 851.

heeft het wel specifieke, beslissende richtsnoeren gegeven aan de nationale rechter wanneer het meende daarvoor voldoende informatie ter beschikking te hebben (met name in het arrest *Rieser Internationale Transporte*). Bij andere gelegenheden heeft het de beslissing of de voorwaarden vervuld zijn, aan de nationale rechter overgelaten.¹⁰⁸

78. Zelfs als ik het hier bij het verkeerde eind heb, biedt de onderhavige verwijzing het Hof de gelegenheid om de nodige opheldering te verschaffen, aangezien de vraag hoe een overheidsorgaan voor de toepassing van de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen moet worden gedefinieerd, thans aan de Grote kamer is voorgelegd.

Inspiratie uit andere gebieden van het Unierecht

79. Ik sta hier even stil bij de vraag of opheldering kan worden verkregen uit drie gebieden van het Unierecht – staatssteun, de regels betreffende de verrichting van diensten van algemeen economisch belang (DAEB), en openbare aanbesteding – waarin het Hof al te maken heeft gehad met vraagstukken die conceptueel niet ver afstaan van het onderhavige probleem, namelijk verfijning van de criteria uit het arrest *Foster* voor de kwalificering als overheidsorgaan in de context van de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen. Op al die gebieden komen de begrippen overheidsinstantie en verrichting van diensten tegen vergoeding aan de orde, en gaat de staat betrekkingen met verschillende soorten lichamen of ondernemingen aan. Ik insinueer niet, dat zelfs maar één van de regelingen die op die gebieden van het Unierecht van toepassing zijn, automatisch of in hun geheel getransponeerd kunnen worden naar de onderhavige context. Zij kunnen evenwel van dienst zijn om meer licht te werpen op de criteria die dienen te worden gehanteerd om de lijn te trekken tussen „de staat en zijn organen” en „particulieren”.

– Staatssteun (artikel 107 VWEU)

80. Vaak dient te worden uitgemaakt of een bepaalde maatregel staatssteun is voor de toepassing van artikel 107 VWEU. In dat verband is de maatstaf die wordt gehanteerd om uit te maken of een maatregel waarbij een voordeel aan een onderneming wordt verleend, geacht moet worden te vallen onder „steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd”, het criterium of die maatregel „afkomstig [is] van de staat”. Om als „afkomstig van de staat” te worden beschouwd, moet een maatregel enerzijds zijn toe te rekenen aan de staat en anderzijds uit staatsmiddelen zijn bekostigd.

81. Wanneer een overheidsinstantie een voordeel aan een begunstigde verleent, is deze maatregel per definitie aan de staat toe te rekenen, zelfs indien de betrokken instantie juridische autonomie geniet ten opzichte van andere overheden.¹⁰⁹ Volgens vaste rechtspraak mag geen onderscheid worden gemaakt tussen de gevallen waarin de steun rechtstreeks door de staat wordt verleend, en de gevallen waarin deze wordt verleend door van overheidswege ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen.¹¹⁰ Hetzelfde geldt wanneer een overheidsinstantie een

¹⁰⁸

Zie punten 58, 60, 65, 66 en 67 hierboven.

¹⁰⁹

Zie Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (hierna: „Commissiemededeling staatssteun”). Die mededeling werd voor het laatst bijgewerkt in juni 2016 (PB 2016, C 262, blz. 1).

¹¹⁰

Arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 23).

privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk orgaan aanwijst om een maatregel te beheren waarbij een voordeel wordt toegekend. Het Unierecht kan niet toestaan dat louter door de oprichting van autonome, met de verdeling van de steun belaste instanties de regels betreffende staatssteun zouden kunnen worden omzeild.¹¹¹

82. Indien het voordeel wordt toegekend via een overheidsbedrijf, ligt evenwel minder voor de hand dat de maatregel aan de staat is toe te rekenen.¹¹² In dergelijke gevallen moet worden uitgemaakt of overheidsinstanties kunnen worden geacht op de een of andere wijze betrokken te zijn geweest bij de vaststelling van de maatregel. Het loutere feit dat een maatregel werd genomen door een overheidsbedrijf, volstaat op zichzelf niet om deze toe te rekenen aan de staat.¹¹³ Aangetoond hoeft echter niet te worden dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen.¹¹⁴

83. Gezien de per definitie nauwe relatie tussen de staat en de openbare bedrijven is het risico reëel dat de via deze bedrijven toegekende staatssteun op weinig transparante wijze en in strijd met de in het Verdrag vastgelegde regeling inzake staatssteun wordt verleend.¹¹⁵ Verder zal het juist als gevolg van de bevoorrechte betrekkingen tussen de staat en openbare bedrijven in de regel voor derden zeer moeilijk zijn om in een concreet geval aan te tonen dat door dergelijke bedrijven genomen steunmaatregelen werkelijk in opdracht van de overheid zijn getroffen.¹¹⁶

84. Op deze gronden kan de toerekenbaarheid aan de staat van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel *worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen* die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen.¹¹⁷

85. Wat de bekostiging uit staatsmiddelen betreft, kunnen in het algemeen alleen voordelen die rechtstreeks of indirect uit staatsmiddelen worden verleend, staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Uit de rechtspraak blijkt echter, dat voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU ook middelen van particuliere lichamen, onder bepaalde omstandigheden, als

¹¹¹

Arresten van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 20 november 2003, *GEMO* (C-126/01, EU:C:2003:622, punt 23). Zie voorts arrest van 12 december 1996, *Air France/Commissie* (T-358/94, EU:T:1996:194, punt 62). Zie ten slotte de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *UTECA* (C-222/07, EU:C:2008:468, punt 124).

¹¹²

Zie in die zin arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 24). Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB 2006, L 318, blz. 17) bevat een nuttige definitie van een overheidsbedrijf. Volgens artikel 2, onder b), van die richtlijn worden onder „openbare bedrijven” verstaan „alle bedrijven waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels”.

¹¹³

Arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 52). Zie ook arrest van 26 juni 2008, *SIC/Commissie* (T-442/03, EU:T:2008:228, punten 93-100).

¹¹⁴

Arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 53). Voorts hoeft niet te worden aangetoond dat het openbare bedrijf zich anders zou hebben gedragen indien het autonoom had gehandeld: zie arrest van 25 juni 2015, *SACE en Sace BT/Commissie* (T-305/13, EU:T:2015:435, punt 48).

¹¹⁵

Arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 53).

¹¹⁶

Arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 54).

¹¹⁷

Arrest van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie* (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 55) (cursivering van mij). De mogelijke aanwijzingen voor toerekenbaarheid worden genoemd in onderdeel 3.1.1 van de Commissiemededeling staatssteun. Zij omvatten de mate waarin het overheidsbedrijf deel uitmaakt van de structuur van de overheidsdiensten, het feit dat het bedrijf waarlangs steun werd verleend, rekening moest houden met de aanwijzingen van overheidsinstanties, de aard van de activiteiten van het overheidsbedrijf en of het op de markt normaal concurreerde met particuliere marktdeelnemers.

staatsmiddelen worden beschouwd. De herkomst van de middelen is irrelevant mits deze, alvorens ze rechtstreeks of middellijk aan de begunstigten worden overgemaakt, onder openbaar toezicht, en daarmee ter beschikking van de nationale autoriteiten stonden.¹¹⁸ Het is niet noodzakelijk dat de overheidsinstantie eigenaar wordt van de middelen.¹¹⁹

86. Volgt hieruit dat, wanneer een onderneming of een lichaam financiering ontvangt uit de staatsbegroting en die financiering plaatsvindt onder voorwaarden die zijn aan te merken als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU, dit volstaat om de begunstigde aan te merken als overheidsorgaan in de context van de verticale rechtstreekse werking van richtlijnen? Ik denk van niet. Zo denk ik niet dat een particuliere bank of kolenmijn die steun voor haar herstructurering heeft ontvangen, een overheidsorgaan zou worden in de zin van de Foster-rechtspraak. Aan de andere zijde van het spectrum kan ik mij evenmin voorstellen dat een onderneming of lichaam door het loutere feit dat deze uit openbare middelen wordt betaald om goederen of diensten te leveren, een overheidsorgaan zou worden. Zo zou een onderneming die na een openbare aanbesteding verantwoordelijk is voor de levering van kantoorbenodigdheden aan een ministerie, niet aan de definitie beantwoorden.

– DAEB

87. Ondernemingen belast met het beheer van DAEB in de zin van artikel 106, lid 2, VWEU „vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert”.¹²⁰ Voor ondernemingen die onder die bepaling kunnen worden gebracht, leidt het feit dat zij geldelijke middelen ontvangen van de staat of over bijzondere of exclusieve rechten beschikken, niet tot de conclusie dat het gaat om een (verboden) staatssteun. De vier voorwaarden aan de hand waarvan wordt uitgemaakt of een bepaalde onderneming DAEB verricht, werden omschreven in het bekende arrest Altmark.¹²¹

88. Volgens de eerste Altmark-voorwaarde (de enige van de vier die voor de onderhavige discussie relevant is) „moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn”. Daar heeft het Gerecht later nog twee vereisten aan toegevoegd: „dat er *sprake is van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een [DAEB]*, en dat die taak universeel en verplicht van aard is” en dat „de lidstaat moet aangeven waarom hij meent dat de betrokken dienst *wegens zijn specifieke karakter verdient als [DAEB] te worden aangemerkt en van andere economische activiteiten te worden onderscheiden*”.¹²²

¹¹⁸

Zie bijvoorbeeld arresten van 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.* (C-206/06, EU:C:2008:413, punt 70), en van 16 mei 2000, *Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie* (C-83/98 P, EU:C:2000:248, punt 50).

¹¹⁹

Zie arrest van 12 december 1996, *Air France/Commissie* (T-358/94, EU:T:1996:194, punten 65-67), betreffende een door de Caisse des Dépôts et Consignations verleende steun die werd gefinancierd uit vrijwillig door particulieren gedeponeerde bedragen die op elk moment weer konden worden opgevraagd. Omdat de Caisse des Dépôts et Consignations gebruik kon maken van geldmiddelen uit het constante saldo van in- en uitboekingen alsof deze middelen haar definitief ter beschikking stonden, werden deze als staatsmiddelen aangemerkt. Zie ook arrest van 16 mei 2000, *Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie* (C-83/98 P, EU:C:2000:248, punt 50).

¹²⁰

Deze bepaling bestrijkt ook ondernemingen „die het karakter dragen van een fiscaal monopolie”. De laatste categorie is naar mijn mening niet van belang voor de onderhavige discussie.

¹²¹

Arrest van 24 juli 2003, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg* (hierna: „Altmark”) (C-280/00, EU:C:2003:415, punten 89 e.v.).

¹²²

Zie arrest van 12 februari 2008, *BUPA e.a./Commissie* (T-289/03, EU:T:2008:29, punt 172) (cursivering van mij). Zie ook arrest van 10 december 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, punt 27).

89. Uit die rechtspraak blijkt, in combinatie met de praktijk van de Commissie met betrekking tot ondernemingen die zich erop beroepen DAEB te verrichten,¹²³ dat zulke diensten *activiteiten behelzen die onder de publieke taak van de staat vallen en die de staat om een of andere reden heeft besloten toe te vertrouwen aan een derde*. Om het vanuit een iets andere hoek te benaderen: diensten van algemeen economisch belang zijn diensten die overheden in de lidstaten (op nationaal, regionaal of plaatselijk niveau, afhankelijk van de bevoegdheidsverdeling in het nationale recht) aanmerken als zijnde van algemeen belang en waaraan specifieke openbardienstverplichtingen zijn verbonden. Het begrip omvat zowel economische activiteiten als de verrichting van niet-economische diensten.¹²⁴

90. De wezenlijke kenmerken van een onderneming die een DAEB verricht, is dat het geleverde het algemeen belang dient en dat de dienst zonder tussenkomst van de overheid door de markt niet (of onder andere voorwaarden inzake kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) zou zijn verricht (het zogenoemde „marktfalen”).¹²⁵ Een voor de hand liggend voorbeeld is de exploitatie van een apotheek in een afgelegen agrarisch gebied. Het Hof heeft derhalve vastgesteld dat DAEB diensten zijn die bijzondere kenmerken vertonen in vergelijking met die van andere economische activiteiten.¹²⁶ Volgens vaste rechtspraak hebben de autoriteiten van de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de omschrijving van wat zij als DAEB beschouwen en kan de Commissie de omschrijving van die diensten door een lidstaat enkel in geval van een kennelijke fout ter discussie stellen.¹²⁷ Vermeldenswaard (zij het niet verrassend) is, dat de omvang en de organisatie van DAEB per lidstaat aanzienlijk uiteenlopen en worden bepaald door de geschiedenis en cultuur op het punt van overheidsinterventie in elke lidstaat. DAEB zijn derhalve heel divers. De behoeften en voorkeuren van gebruikers zullen variëren met de geografische, sociale en culturele omstandigheden. Het is derhalve (heel verstandig) overgelaten aan de overheidsinstanties van elke lidstaat, om de aard en omvang te bepalen van wat daar wordt aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang.

91. De verrichter van de DAEB zal enige beperkingen of bijzondere taken moeten aanvaarden waarvan geen sprake zou zijn bij de verrichting van vergelijkbare diensten op commerciële basis. Om een niet-uitputtende lijst van voorbeelden te geven: verrichting van de diensten op universele basis aan iedereen die daarom verzoekt (in plaats van de vrijheid om je eigen klanten te kiezen); de verplichting om die diensten altijd te verrichten (in plaats van te mogen kiezen wanneer en waar); de verplichting

¹²³

Zie werkdocument van de diensten van de Commissie van 29 april 2013 „Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang” [SWD(2013) 53 final/2]. Zie ook de mededeling van de Commissie over de EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (PB 2012, C 8, blz. 15).

¹²⁴

Mededeling van de Commissie van 20 december 2011 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, COM(2011) 900 definitief, blz. 3.

¹²⁵

Idem, blz. 3. Zie ook de mededeling van de Commissie betreffende diensten van algemeen belang in Europa (PB 2001, C 17, blz. 4), punt 14, waarin staat dat „[i]ndien echter de overheid van mening is dat bepaalde diensten het algemeen belang zijn en het marktmechanisme mogelijk niet in voldoende mate in deze diensten voorziet, [...] zij [kan] overgaan tot het verstrekken van een bepaald aantal diensten, teneinde aan deze behoeften tegemoet te komen uit hoofde van haar verplichtingen tot het verrichten van diensten van algemeen belang.” Zie meer in het bijzonder, in de context van staatssteun in de sector van breedbandnetwerken, de mededeling van de Commissie betreffende de EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken (PB 2013, C 25, blz. 1), punt 20, volgens welk punt „de Commissie van mening [is] dat in gebieden waar particuliere investeerders reeds in een breedbandnetwerkinfrastructuur hebben geïnvesteerd (of het netwerk verder aan het uitbreiden zijn) en reeds concurrerende breedbanddiensten met voldoende dekking aanbieden, het opzetten van een parallel concurrerend breedbandnetwerk met overheidsfinanciering niet als een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106, lid 2, VWEU kan worden aangemerkt”. Zie ook arrest van 16 september 2013, *Colt Télécommunications France/Commissie* (T-79/10, niet gepubliceerd, EU:T:2013:463, punt 154), waarin het Gerecht oordeelde dat „er [...] sprake [moet] zijn van falen van de markt om een activiteit te kunnen aanmerken als dienst van algemeen economisch belang”.

¹²⁶

Arresten van 10 december 1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, punt 27); 17 juli 1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, punt 53), en 18 juni 1998, *Corsica Ferries France* (C-266/96, EU:C:1998:306, punt 45).

¹²⁷

Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak *Ferring* (C-53/00, EU:C:2001:253, punt 51). Zie ook arrest van 15 juni 2005, *Olsen/Commissie* (T-17/02, EU:T:2005:218, punt 216 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie voorts de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PB 2012, C 8, blz. 4), punt 46.

om de dienst te verrichten ongeacht of de verrichting aan een bepaalde klant of in bepaalde omstandigheden commercieel verantwoord is. In ruil hiervoor zal de onderneming die de DAEB verricht meestal een voordeel genieten bestaande uit een of andere vorm van exclusieve rechten, en van de staat een betaling ontvangen die hoger is dan de prijs die volgens de normale marktvoorwaarden voor de geleverde dienst zou worden betaald.

92. De verrichting van de DAEB kan soms ook de toekenning van bijzondere bevoegdheden in de zin van de Foster-rechtspraak meebrengen (bijvoorbeeld de mogelijkheid om dwangmaatregelen op te leggen aan particulieren) *maar dit is niet per definitie het geval*. Ik kom later op dit belangrijke punt terug.¹²⁸

– Openbare aanbesteding

93. In het openbare-aanbestedingsrecht van de Unie is het begrip „overheid” (en overheidsorgaan) synoniem met het begrip „aangebestedende dienst”. Daarvan hangt dan af, of een contract moet worden gegund volgens de regels voor openbare aanbesteding dan wel of een andere procedure mag worden gevolgd.¹²⁹

94. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU definieert een „aangebestedende dienst” als de „staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen”. De definitie in artikel 2, lid 1, punt 4, van „publiekrechtelijke instellingen” luidt als volgt: „instellingen die voldoen aan alle volgende kenmerken: a) zij zijn opgericht voor het specifieke doel *te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard*; b) zij bezitten *rechtspersoonlijkheid*, en c) zij worden merendeels *door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke lichamen gefinancierd*, of hun beheer staat onder toezicht van deze instanties of lichamen, of zij hebben een *bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan* waarvan de leden voor meer dan de helft door de staat, de regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen”.¹³⁰

95. Deze cumulatieve voorwaarden¹³¹ hebben niet alleen betrekking op de *juridische status* (rechtspersoonlijkheid) en de *organische band* met de staat (door financiering of toezicht) maar ook op de *publieke taak* van de aanbestedende dienst (voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard).

96. Op het eerste gezicht lijkt die definitie wellicht enger dan de klassieke toets van het arrest Foster. De uitlegging die het Hof in de praktijk eraan heeft gegeven, is echter ruim en flexibel en houdt rekening met de specifieke omstandigheden van het geval.

¹²⁸

Zie punten 129 e.v. hieronder.

¹²⁹

Zie artikel 1, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EC (PB 2014, L 94, blz. 65). Artikel 1, lid 4, luidt als volgt: „Deze richtlijn doet niet af aan de vrijheid van de lidstaten om in overeenstemming met het Unierecht te bepalen wat zij onder diensten van algemeen economisch belang verstaan, hoe die diensten conform de regels inzake staatssteun moeten worden georganiseerd en gefinancierd, en aan welke specifieke verplichtingen die diensten moeten voldoen. Deze richtlijn doet evenmin af aan de beslissing van overheidsinstanties of, hoe en in welke mate zij taken van openbaar belang zelf wensen uit te voeren, overeenkomstig artikel 14 VWEU en protocol nr. 26.”

¹³⁰

Cursivering van mij.

¹³¹

Het Hof heeft het cumulatieve karakter van de drie voorwaarden bevestigd in het arrest van 15 januari 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* (C-44/96, EU:C:1998:4, punt 21). Zie voorts arrest van 16 oktober 2003, *Commissie/Spanje* (C-283/00, EU:C:2003:544, punt 69).

97. Zo heeft het Hof in het arrest *University of Cambridge* geoordeeld: „Ook al kan de wijze van financiering van een bepaalde instelling erop duiden, dat die instelling in hoge mate afhankelijk is van een andere aanbestedende dienst, daar staat tegenover dat het hier niet om een absoluut criterium gaat. Niet alle betalingen door een aanbestedende dienst hebben tot gevolg, dat een bepaalde ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat of wordt verdiept. Alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als openbare financiering.”¹³² Hieruit volgde „dat het begrip ‚door [een of meer aanbestedende diensten] gefinancierd’ als bedoeld in artikel 1, onder b), tweede alinea, derde streepje, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 aldus moet worden uitgelegd, dat daaronder ook vallen beurzen of toelagen die door een of meer aanbestedende diensten ter ondersteuning van onderzoekswerk worden betaald en studiebeurzen die door plaatselijke onderwijsinstanties aan universiteiten worden betaald ter dekking van collegegelden voor met naam genoemde studenten. Daarentegen vormen geen openbare financiering in de zin van de hierboven vermelde richtlijnen, vergoedingen die door een of meer aanbestedende diensten worden betaald in het kader van een overeenkomst betreffende dienstverlening die onderzoekswerk omvat of als tegenprestatie voor de verlening van andere diensten, zoals adviesverlening of de organisatie van conferenties.”¹³³

98. In het arrest *Mannesmann Anlagenbau* oordeelde het Hof dat een entiteit als de Österreichische Staatsdruckerei (waarvan de werkzaamheden bestonden uit „heatset”-rotatiedruk), die was opgericht bij wet en activiteiten uitoefende die in het algemeen belang maar tevens commercieel van aard waren, moest worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling en bijgevolg als een aanbestedende dienst, zodat de door deze entiteit geplaatste opdrachten voor de uitvoering van werken, van welke aard ook, moesten worden beschouwd als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.¹³⁴ In wezen oordeelde het Hof dat wanneer een lichaam eenmaal een gedeelte van zijn taken uitvoert ten behoeve van het algemeen belang, dat lichaam voor al zijn aanbestedingen onder de openbare-aanbestedingsrichtlijn valt.

99. In het arrest *Adolf Truley* benadrukte het Hof dat het begrip „behoefte van algemeen belang” in de gehele Europese Unie autonoom en op eenvormige wijze moest worden uitgelegd, met inachtneming van de context en het doel van de richtlijn.¹³⁵ Het Hof ontwikkelde zijn opvatting verder in het arrest *Commissie/Spanje*, met de uitspraak dat „bij de beoordeling of er sprake is van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is, [moet] worden gelet op alle relevante elementen rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is, met inbegrip van met name het ontbreken van mededinging op de markt, het niet hoofdzakelijk hebben van een winstoogmerk, het niet dragen van de met die activiteit verbonden risico’s alsook het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen”.¹³⁶

¹³²

Arrest van 3 oktober 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, EU:C:2000:529, punt 21).

¹³³

Arrest van 3 oktober 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, EU:C:2000:529, punt 26). Het Hof oordeelde vervolgens dat de kwalificatie van een instelling als de universiteit van Cambridge als „aangebestedende dienst” moet geschieden op jaarbasis, waarbij het begrotingsjaar waarin een aanbestedingsprocedure wordt geopend, de meest geschikte periode moet worden geacht om de wijze van financiering van die instelling te berekenen (punten 40 en 41).

¹³⁴

Arrest van 15 januari 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* (C-44/96, EU:C:1998:4, punt 35).

¹³⁵

Arrest van 27 februari 2003, *Adolf Truley* (C-373/00, EU:C:2003:110, punten 33-40).

¹³⁶

Arrest van 16 oktober 2003, *Commissie/Spanje* (C-283/00, EU:C:2003:544, punt 81).

100. In het algemeen gaat het bij behoeften van algemeen belang, waarvan de vaststelling cruciaal is bij de beoordeling of een lichaam een publieke taak heeft, „om behoeften waarin in de regel op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden”.¹³⁷

101. Hier houd ik even stil voor een algemene overweging en om de volgende vragen te stellen: moeten alle lichamen of ondernemingen die, in overeenstemming met de eerste Altmark-voorwaarde, met een publieke taak zijn bekleed, of aan welke de verrichting van een DAEB is toevertrouwd, als overheidsorgaan worden aangemerkt? Bij een bevestigend antwoord op een van beide vragen (en ongeacht of dat voldoende of noodzakelijk zou zijn om onder de definitie te vallen), moet een volgende voorwaarde dan zijn, dat die publieke taak als zodanig duidelijk door de relevante wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen wordt gedefinieerd? Een dergelijke bijkomende voorwaarde kan bijdragen tot verhoging van de rechtszekerheid, zowel voor het lichaam of de onderneming in kwestie, als voor de particulier die zich op het beginsel van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen wil beroepen. En wanneer een lichaam met betrekking tot sommige van zijn activiteiten als overheidsorgaan is aangemerkt, moet het dan voor al zijn activiteiten als overheidsorgaan worden aangemerkt, of gaat dat te ver?

102. Twee voorbeelden kunnen hier illustreren tot welke praktische vraagstukken de toepassing van de Foster-test in zijn huidige vorm aanleiding kan geven.

103. Mijn eerste voorbeeld gaat over onderneming X, die veiligheidsdiensten verleent en contracten heeft met twee klanten. De eerste is een groot particuliere advocatenkantoor dat wil verzekeren dat al zijn kantoren op gepaste wijze worden beveiligd; de tweede is de centrale overheid, die bepaalde bewakingstaken in een gevangenis met een gemiddeld beveiligingsregiem heeft uitbesteed. Objectief beschouwd, worden voor beide klanten nagenoeg identieke diensten verricht. Het contract met de eerste klant is een gewone privaatrechtelijke overeenkomst tussen twee particuliere entiteiten. Het contract met de tweede klant verplicht X om een publieke taak te verrichten, die haar wordt opgedragen door de staat. X oefent een gedelegeerde bevoegdheid van de staat zelf uit, en geniet inderdaad bijzondere bevoegdheden (met name de bevoegdheid tot vrijheidsberoving).

104. De onderneming in mijn tweede voorbeeld is Y, een bedrijf dat veerdiensten uitvoert. Het vaart op twee routes. De ene route is een populaire route met een overvloed aan klanten, zowel voor vracht- als passagiersvervoer. Y heeft concurrentie van twee andere bedrijven op die route, maar er zijn nog lucratieve mogelijkheden en Y kan, afhankelijk van de vraag, de intensiteit van de diensten zelf bepalen. De route is een commercieel degelijk project. De andere route is tussen het vasteland en een klein afgelegen eiland. De veerdienst vormt de verbinding van het eiland met de buitenwereld. De exploitatie stond voorheen rechtstreeks onder de controle van de plaatselijke overheid, maar die heeft nu een aan één (enkele) dienstverrichter te gunnen opdracht aangekondigd. Deze route is het tegendeel van een degelijk commercieel project. De aanbestedende dienst heeft bedongen dat de veerdienst het hele jaar door moet varen, door weer en wind, ongeacht de hoeveelheid passagiers of vracht. Y doet een bod en krijgt de opdracht. Wanneer hij op de eerste route vaart is Y een doorsnee markdeelnemer. Wanneer hij op de tweede route vaart, verricht Y een publieke taak. De veerdiensten naar het eiland vallen duidelijk onder de categorie DAEB. Op de door de plaatselijke overheid gewenste termen is het contract uit zuiver commercieel oogpunt eigenlijk niet aantrekkelijk. Hoewel Y wellicht heeft geprobeerd een voorkeursbehandeling, exclusiviteit of bijzondere bevoegdheden te bedingen, zijn die elementen niet van wezenlijk belang voor de verrichting van de DAEB en ontbreken zij mogelijk geheel.

¹³⁷

Arrest van 10 mei 2001, *Agorà en Excelsior* (C-223/99 en C-260/99, EU:C:2001:259, punt 37).

105. Deze twee voorbeelden lijken aan te tonen dat, al naargelang van de precieze omstandigheden, hetzelfde lichaam met betrekking tot sommige van zijn activiteiten als overheidsorgaan wordt aangemerkt, en met betrekking tot andere activiteiten niet. Het is van belang erop te wijzen, dat dit onderscheid *niet* berust op de *hoedanigheid* waarin het lichaam handelt. Het is duidelijk uit de arresten Marshall en Foster dat die er niet toe doet; X en Y handelen in de twee situaties waarop de twee voorbeelden betrekking hadden dan ook ieder in dezelfde hoedanigheid. Het wezenlijke verschil in elk voorbeeld is, dat het lichaam in de ene situatie zuiver commercieel handelt, terwijl hetzelfde lichaam in de andere situatie een publieke taak heeft. De twee voorbeelden laten ook zien, dat X bij de uitvoering van haar publieke taak over „bijzondere bevoegdheden” beschikt, maar Y niet.

106. Tegen die achtergrond bespreek ik nu de tweede vraag van de verwijzende rechter.

107. Ten eerste blijkt het centrale fundamentele beginsel naar mijn mening duidelijk uit de vaste rechtspraak: een particulier kan zich tegenover de staat op nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen van een richtlijn beroepen, ongeacht de hoedanigheid waarin de staat handelt, omdat „moet [...] worden voorkomen dat de staat voordeel heeft bij zijn miskennis van het [Unierecht]”.¹³⁸

108. Ten tweede wijs ik er (wellicht ten overvloede) op, dat de toekenning van rechten aan particulieren meestal met een prijskaartje komt. Zo verplicht de bescherming van de rechten van werknemers, om maar een voorbeeld te noemen, een werkgever om bij verbreken van het arbeidscontract de betrokken werknemer een vergoeding te betalen.

109. Ten derde moet het begrip overheidsorgaan voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking een autonoom Unierechtelijk begrip zijn. Hiervan hangt rechtstreeks af, wie zich wel en wie zich niet kan beroepen op rechtstreeks werkende rechten op grond van een door een lidstaat niet behoorlijk en tijdig in nationaal recht omgezette richtlijn. Het fundamentele vereiste dat het Unierecht in de gehele Europese Unie op uniforme wijze moet worden uitgelegd¹³⁹, verzet zich tegen een definitie die kan variëren naargelang van de in verschillende nationale rechtstelsels verschillende definities van het begrip „dienst van openbaar belang” of „bijzondere bevoegdheden”, of van wat volgens het nationale constitutionele recht wordt verstaan onder „de staat”.

110. Ten vierde moet de Unierechtelijke definitie van een overheidsorgaan, precies omdat de terminologie en de definities in de lidstaten zo ver uiteenlopen, noodzakelijkerwijs in abstracte termen worden geformuleerd.

¹³⁸

Zie onder meer arresten van 15 februari 1986, *Marshall* (152/84, EU:C:1986:84, punt 49); 12 juli 1990, *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:313, punt 17), en 14 september 2000, *Collino en Chiappero* (C-343/98, EU:C:2000:441, punt 23). In zijn conclusie van 18 september 2013 in de zaak *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:623, punt 30) overwoog advocaat-generaal Wahl (met verwijzing naar *Marshall*, punt 47) dat „aan de erkenning van de rechtstreekse werking van richtlijnen uiteindelijk twee complementaire doelstellingen ten grondslag liggen, namelijk de noodzaak om de rechten die particulieren aan deze handelingen kunnen ontleen, op doeltreffende wijze te waarborgen, en de wens om nationale autoriteiten die hebben verzuimd de dwingende werking van richtlijnen te respecteren en een daadwerkelijke toepassing ervan te verzekeren, daarvoor te bestraffen.” Met het eerste deel van die zin stem ik van ganser harte in. Voor zover echter niet alleen uit latere beslissingen, maar ook uit het arrest *Marshall* zelf, duidelijk is gebleken dat lichamen die niets te maken hebben met (en geen invloed konden uitoefenen op) het verzuim van de staat om de richtlijn in nationaal recht om te zetten, volgens de leer van verticale rechtstreekse werking toch rekening moeten houden met rechtstreeks werkende bepalingen van die richtlijn wanneer zij als overheidsorgaan zijn aan te merken, ben ik bang dat ik het tweede deel van die zin niet helemaal kan onderschrijven.

¹³⁹

Zie onder meer arresten van 21 mei 1985, *Schul Douane-Expéditeur* (47/84, EU:C:1985:216, punt 17); 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 40); 9 november 2016, *Wathelet* (C-149/15, EU:C:2016:840, punt 29), en 2 maart 2017, *J. D.* (C-4/16, EU:C:2017:153, punt 24).

111. Ten vijfde is er veel veranderd sinds het Hof in 1990 het arrest Foster heeft gewezen. Veel lidstaten hebben het aantal taken dat zij „in eigen beheer” verrichtten, steeds meer teruggebracht. Het karakter van de entiteiten waaraan zij die taken toevertrouwen, is ook diverser geworden. Terwijl het proces van privatisering van staatseigendom en, in het verlengde daarvan, ook van de voorheen aan de staat toevertrouwde taken (zoals in de zaak Marshall) geenszins voorbij is, is het nu evengoed mogelijk dat die taken, door middel van een overeenkomst („contractisering”) of een concessie worden overgeheveld naar een „openbaar-particulier samenwerkingsverband”.

112. Ik zal eerst verduidelijken wat voor die definitie *niet* belangrijk is.

113. Om te beginnen blijkt duidelijk uit het arrest Foster zelf, alsmede uit latere rechtspraak (met name de arresten Rieser Internationale Transporte en Sozialhilfeverband Rohrbach), dat de juridische vorm van de verweerder irrelevant is.¹⁴⁰

114. Verder is ook duidelijk, dat „de staat” niet in de positie hoeft te verkeren dat hij op dagelijkse basis toezicht of leiding over de werkzaamheden van dat lichaam uitoefent.¹⁴¹ In dat opzicht is de verwijzing in de oudere toets naar een lichaam dat „onder toezicht van de overheid” staat, mijns inziens inmiddels achterhaald.

115. Het is eveneens duidelijk dat, wanneer de staat *wel* de eigenaar is van, of toezicht uitoefent over, het lichaam in kwestie, dat lichaam als overheidsorgaan moet worden aangemerkt.¹⁴² Dat lijkt mij volkomen legitiem: de staat wordt daardoor aansprakelijk gesteld voor de inachtneming van de rechten toegekend door de richtlijn die hij in het nationale recht had moeten omzetten.

116. Ook spreekt welhaast van zelf, dat elk onderdeel van het „staatsapparaat” – gemeentelijke, regionale, lokale lichamen en dergelijke – een overheidsorgaan is. Uit organisch oogpunt kunnen deze gewoon als onderdeel van de staat worden gezien, dus moeten ze ook zonder nader onderzoek als zodanig worden behandeld.¹⁴³

117. Het element „onder gezag van de staat” in de oudere test vraagt naar mijn mening in dit stadium eveneens om nadere opheldering. Uit de rechtspraak na het arrest Foster blijkt mijn inziens duidelijk dat dit aldus moet worden opgevat, dat de staat de omstandigheden en voorwaarden voor het optreden van dat lichaam in het leven heeft geroepen.

118. De kwestie van de financiering ten slotte, is niet relevant. Een lichaam hoeft niet te worden gefinancierd door de staat om er een orgaan van te zijn.¹⁴⁴

¹⁴⁰

Zie met name punten 35, 49 en 62 hierboven.

¹⁴¹

Zie punt 65 hierboven.

¹⁴²

Zie punt 68 hierboven.

¹⁴³

De in punt 19 van het arrest *Foster* aangehaalde oudere rechtspraak laat al zien dat bepaalde lichamen die structureel deel uitmaakten van het staatsapparaat, op dezelfde wijze dienden te worden behandeld als de staat zelf: met name de fiscus (arresten van 19 januari 1982, *Becker*, 8/81, EU:C:1982:7, en 22 februari 1990, *Busseini*, C-221/88, EU:C:1990:84), en territoriale overheden (arrest van 22 juni 1989, *Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256).

¹⁴⁴

Zie punten 61 en 62 hierboven.

119. De resterende kernonderdelen van de verzameling die samen de criteria vormen voor de toets of een bepaald lichaam voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen wel of niet als overheidsorgaan wordt aangemerkt, benaderen die vraag vanuit een functioneel perspectief („vervult het lichaam in kwestie functies die in enig opzicht ‚statelijk’ zijn?”).¹⁴⁵ Deze onderdelen zijn volgens mij (althans wat betreft de criteria die in het arrest *Foster* en de latere rechtspraak zijn vermeld): i) of de staat het lichaam in kwestie heeft belast met een publieke taak die de staat anders wellicht zelf op zich zou hebben genomen; en ii) of de staat dat lichaam heeft uitgerust met een vorm van extra bevoegdheden opdat dit zijn taak doeltreffend kan vervullen (dit is slechts een andere formulering voor „bijzondere, verder gaande bevoegdheden [...] dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden”). Het eerste omvat veel verschillende vormen van publieke taken, van het besturen van ziekenhuizen en onderwijsinstellingen tot het beheer van gevangenen en het verlenen van essentiële diensten in afgelegen delen van het nationale grondgebied. Het tweede is vaak een natuurlijk uitvloeisel van het toevertrouwen van een publieke taak aan een dergelijk lichaam.

120. Ik stel het Hof derhalve voor, de tweede vraag in die zin te beantwoorden dat bij de beoordeling of een verweerder voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen een overheidsorgaan is, de nationale rechter de volgende criteria in acht moet nemen:

- 1) de juridische vorm van het lichaam in kwestie is irrelevant;
- 2) het is niet nodig dat de staat in een positie is om dagelijks toezicht en leiding uit te oefenen over de werkzaamheden van dat lichaam;
- 3) wanneer de staat de eigenaar is van, of toezicht uitoefent over het lichaam in kwestie, moet dat lichaam als overheidsorgaan worden aangemerkt, zonder dat hoeft te worden nagegaan of andere criteria zijn vervuld;
- 4) elk gemeentelijk, regionaal, plaatselijk of daarmee vergelijkbaar lichaam moet automatisch als overheidsorgaan worden beschouwd;
- 5) het lichaam in kwestie hoeft niet te worden gefinancierd door de staat;
- 6) wanneer de staat het lichaam in kwestie heeft belast met de vervulling van een publieke taak die de staat anders wellicht zelf op zich zou hebben genomen, en het heeft toegerust met een soort extra bevoegdheden opdat dit zijn taak doeltreffend kan vervullen, is het lichaam in kwestie in elk geval als overheidsorgaan te beschouwen.

Bij de uitvoering van zijn analyse moet de nationale rechter het onderliggende fundamentele beginsel in acht nemen, dat een particulier zich tegenover de staat op nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen van een richtlijn kan beroepen, ongeacht de hoedanigheid waarin de staat optreedt, omdat moet worden voorkomen dat de staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het Unierecht.

121. Bij mijn bespreking van de derde vraag hieronder behandel ik de vraag of, wanneer die taak is toevertrouwd aan een lichaam als omschreven in punt 120 onder 6) hierboven, de verrichting van een openbare dienst vergezeld moet gaan van de toekenning van „bijzondere bevoegdheden” door de staat.

¹⁴⁵

In punt 19 van het arrest *Foster* noemde het Hof twee lichamen die in functioneel opzicht overheidsorganen waren: constitutioneel onafhankelijke autoriteiten belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid (arrest van 15 mei 1986, *Johnston*, 222/84, EU:C:1986:206) en overheidsorganen die verantwoordelijk zijn voor de gezondheidszorg (arrest van 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84).

Derde vraag

122. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het feit dat een lidstaat een ruime verantwoordelijkheid heeft overgedragen aan een lichaam (zoals het MIBI) met het kennelijke oogmerk om aan zijn Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen, volstaat om dat lichaam voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking aan te merken als overheidsorgaan. Subsidiair vraagt de verwijzende rechter of het nodig is i) dat aan een dergelijk lichaam bijzondere bevoegdheden zijn toegekend, of ii) dat het optreedt onder rechtstreeks toezicht of rechtstreekse supervisie van die lidstaat, opdat een particulier zich tegenover dat lichaam op een rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn kan beroepen.

123. Om te beginnen wijs ik erop dat richtlijnen voorkomen in alle maten en soorten. Sommige, zoals de diverse richtlijnen inzake arbeid in loondienst, roepen over de hele linie rechten en plichten in het leven voor alle werknemers en alle werkgevers, met slechts een beperkt aantal uitzonderingen.¹⁴⁶ Andere definiëren de parameters waarbinnen bepaalde aan het Unierecht ontleende rechten kunnen worden uitgeoefend¹⁴⁷, of geven een kader voor de regulering van bepaalde economische sectoren¹⁴⁸. Weer andere schrijven de lidstaat voor, een specifiek lichaam bepaalde taken op te dragen die voortvloeien uit de door de richtlijn in het leven geroepen rechten en verplichtingen.

124. Dat laatste is hier het geval. Het is duidelijk dat de verplichting om ervoor te zorgen dat bestuurders van motorrijtuigen verzekerd worden tegen het risico dat de oorzaak was van Farrells ongeval, rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht, namelijk in artikel 1 van de Derde richtlijn. Artikel 1, lid 1, tweede alinea, van de Tweede richtlijn had voordien de lidstaten al opgedragen een mechanisme in het leven te roepen voor de eventualiteit dat een bestuurder die niet verzekerd was tegen een risico waarvoor hij een verzekering diende te hebben, een ongeval zou veroorzaken. Uit de combinatie van die twee verplichtingen vloeide voort dat Ierland ervoor diende te zorgen dat de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een inzittende in de positie van Farrell zou worden gedekt, hetzij door de eigen verzekeraar van de bestuurder hetzij (wanneer de bestuurder ongeïdentificeerd of onverzekerd was) door het lichaam waaraan Ierland de voldoening van zulke vorderingen had opgedragen.

125. Als lidstaat had Ierland de keuze uit verschillende wijzen om die verplichting na te komen. Het had een tak van de centrale overheid zelf (zoals het ministerie van Vervoer) kunnen aanwijzen als instantie verantwoordelijk voor het honoreren van schadeclaims van slachtoffers van onverzekerde bestuurders. Het had een nieuw, zelfstandig publiekrechtelijk lichaam kunnen oprichten en daaraan die verantwoordelijkheid kunnen opdragen. Of het kon doen wat het uiteindelijk heeft gedaan: een bestaand privaatrechtelijk lichaam met relevante verwante taken uitkiezen en dat lichaam belasten met de nieuwe verantwoordelijkheden die voortvloeiden uit artikel 1 van de Derde richtlijn.

¹⁴⁶

Zie bijvoorbeeld richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 2002, L 269, blz. 15).

¹⁴⁷

Zie bijvoorbeeld richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB 2005, L 255, blz. 22), zoals recentelijk gewijzigd bij richtlijn 2013/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 tot wijziging van richtlijn 2005/36 en verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt („de IMI-verordening” (PB 2013, L 354, blz. 13). Algemene informatie over de werking van dat stelsel van wederzijdse erkenning is te vinden op http://ec.europa.eu/growth/single-market/diensten/free-movement-professionals_en.

¹⁴⁸

Zie bijvoorbeeld richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 544/2009 en richtlijn 2009/140/EG.

126. Ten tweede is de onderhavige zaak, zoals de Commissie terecht opmerkt, ongebruikelijk in die zin dat het MIBI zijn bestaansreden juist ontleent aan de behandeling van schadeclaims van slachtoffers van onverzekerde bestuurders. Dit is *de specifieke context* waarin de vraag rijst of het *ook* de onderhavige schadeclaim moet honoreren, niettegenstaande het feit dat Ierland op het relevante tijdstip al zijn Unierechtelijke verplichtingen nog niet correct was nagekomen, en het honoreren van die specifieke aansprakelijkheidsvorderingen (nog) niet aan het MIBI had opgedragen. In dat opzicht verschilt de onderhavige zaak van een situatie als die welke aanleiding gaf tot het arrest Marshall¹⁴⁹, waar de verweerder *om andere redenen, in een volslagen verschillende context*, als overheidsorgaan moest worden beschouwd en derhalve de rechtstreeks werkende werknemersrechten die Marshall aan artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 kon ontleen, in acht diende te nemen. Het rechtstreeks werkende recht waarop Farrell zich hier beroept (schadevergoeding ter zake van letsel opgelopen als inzittende van een motorrijtuig), dat voortvloeit uit artikel 1 van de Derde richtlijn, is precies het *soort* recht waarvoor Ierland de residuele aansprakelijkheid voor het geval dat de bestuurder ongeïdentificeerd of onverzekerd is, reeds aan het MIBI had opgedragen.

127. Afgezien hiervan, is de derde vraag in het algemeen relevant voor de toepassing van het Unierecht in de gehele Europese Unie. Ik wil de Grote kamer daarom op het hart drukken deze niet restrictief te beantwoorden (bijvoorbeeld door te verwijzen naar het feit dat alle motorrijtuigenverzekeraars in Ierland lid van het MIBI moeten zijn, wat zou kunnen worden beschouwd als een variatie op het thema van de bijzondere bevoegdheden¹⁵⁰), maar in plaats daarvan de (belangrijke) beginselkwestie te beantwoorden die de verwijzende rechter heeft opgeworpen.

128. Zoals ik al heb aangegeven in mijn antwoord op de tweede vraag, zal de verlening van bijzondere bevoegdheden of de aanwezigheid van rechtstreeks toezicht of supervisie van de kant van de lidstaat volstaan om het lichaam in kwestie als overheidsorgaan aan te merken. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of een van die aspecten een noodzakelijk onderdeel van de onderliggende vergelijking vormt, en zo nee, of het volstaat dat de verplichting om taken te vervullen die anders door de lidstaat zelf moesten worden uitgevoerd, is toevertrouwd aan het betrokken lichaam.

129. In dit verband verkrijgt het begrip „bijzondere bevoegdheden” bijzondere betekenis. Om de functie daarvan in dit verband te begrijpen, loont het om terug te keren naar het arrest Foster.

130. Zoals ik in punt 52 hierboven heb opgemerkt, beoogde het Hof daar niet een uitputtende en permanente test te creëren, maar leidde het een formulering af uit bestaande rechtspraak.

131. Zo vermeldde het Hof in punt 18 van het arrest Foster dat het herhaaldelijk had beslist, dat sprake kon zijn van verticale rechtstreekse werking tegenover organisaties of lichamen „die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere [...] bevoegdheden beschikten”.¹⁵¹ In punt 19 noemde het vier zaken. In drie van die zaken ging het om lichamen (de fiscus, territoriale overheden en een openbaar ziekenhuis) die onder het gezag of het toezicht van de staat stonden, en op die gronden voldeden aan de test. De lichamen in de eerste twee zaken hadden wellicht al aan de

¹⁴⁹
Arrest van 26 februari 1986, 152/84, EU:C:1986:84.

¹⁵⁰
Dan zijn er ook nog de (ietwat ongebruikelijke) regelingen volgens welke het MIBI wordt toegestaan te onderhandelen met de benadeelde partijen en in rechte op te treden *zelfs wanneer* dit niet op een specifieke overeenkomst of machtiging berust. Aangetekend zij, dat het verplichte lidmaatschap van alle motorrijtuigenverzekeraars zowel verzekert dat de marktvoorwaarden uit mededingingsrechtelijk oogpunt gelijk zijn, als meebrengt dat de financiële middelen van het MIBI op de lange termijn niet zullen opdrogen wanneer het ooit te maken krijgt met meer claims dan het had voorzien. Het zal slechts de door de leden te betalen bijdragen moeten aanpassen en de leden zullen daarop het extra bedrag aanpassen dat in de individuele verzekeringspremies is verdisconteerd om hun bijdrage aan het MIBI te financieren.

¹⁵¹
Arrest van 12 juli 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313) (cursivering van mij).

test voldaan op grond van de bevoegdheden waarover zij kennelijk beschikten, maar dit kan niet worden gezegd van het openbare ziekenhuis. In de vierde zaak (Johnston) ging het om een constitutioneel onafhankelijke autoriteit die was belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid. In feite waren aan dit lichaam voor dat doel bijzondere bevoegdheden toevertrouwd.

132. Ik heb de indruk dat het Hof met zijn verwijzing naar het arrest Johnston een zaak uitkoos die voldeed aan de zojuist door het Hof geformuleerde toets, niet (zoals de andere drie voorbeelden) op de grond dat het lichaam in kwestie „onder gezag of toezicht van de staat” stond, maar op grond dat het over „bijzondere bevoegdheden” beschikte. Daarmee richtte het Hof de aandacht op een essentieel element van die zaak.

133. In dat verband is het interessant, dat in het arrest Johnston zelf de term „bijzondere bevoegdheden” niet wordt gebruikt. In plaats daarvan sprak het Hof daar van een „autoriteit van een staat, die belast is met de handhaving van de openbare orde en de openbare veiligheid”.¹⁵² Het voegde daaraan toe dat die autoriteit niet „mag [...] profiteren van het feit dat de staat, waaraan hij zijn gezag ontleent, zich niet aan het [Unierecht] houdt”.

134. Hier zijn een aantal aantekeningen op hun plaats.

135. Ten eerste bevat het arrest Foster (net als de latere rechtspraak) geen definitie van de feitelijke betekenis van „bijzondere bevoegdheden”. Wij vernemen slechts dat zulke bevoegdheden „verder [gaan] dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden”. Ervan uitgaande dat de test in het arrest Foster uniform moet worden toegepast in de gehele Europese Unie, dient die term – om deel te kunnen blijven uitmaken van de test – een autonome betekenis hebben in het Unierecht. Twintig jaar na het arrest Foster heeft een uit één nationaal rechtssysteem ontleende term¹⁵³ echter nog altijd geen duidelijke, autonome betekenis verworven in het Unierecht.

136. Ten tweede heeft mijn analyse van de rechtspraak na het arrest Foster¹⁵⁴ geen vast procedé onthuld waarbij de in een bepaalde zaak aanwezige bijzondere bevoegdheden worden gecontroleerd en geïdentificeerd. Lichamen met verantwoordelijkheid voor de aanleg van wegen of de levering van energie¹⁵⁵, de exclusieve concessiehouder voor telecommunicatiediensten voor overheidsgebruik¹⁵⁶, de particuliere onderneming die de nationale autowegen exploiteerde¹⁵⁷, organisaties voor de verlening van sociale bijstand¹⁵⁸, een openbaar ziekenhuis¹⁵⁹, een op het gebied van de sociale zekerheid

¹⁵²
Arrest van 15 mei 1986 (222/84, EU:C:1986:206, punt 56).

¹⁵³
Zie punt 54 hierboven.

¹⁵⁴
Zie punten 58 e.v. hierboven.

¹⁵⁵
Zie arrest van 4 december 1997, *Kampelmann e.a.* (C-253/96–C-258/96, EU:C:1997:585, en punt 58 hierboven).

¹⁵⁶
Zie arrest van 14 september 2000, *Collino en Chiappero* (C-343/98, EU:C:2000:441, en punten 59 en 60 hierboven).

¹⁵⁷
Zie arrest van 5 februari 2004, *Rieser Internationale Transporte* (C-157/02, EU:C:2004:76), en punten 61-63 hierboven. Punt 12 van het arrest geeft aan dat Asfinag uit hoofde van de overeenkomst tussen haarzelf en de Oostenrijkse staat (in de Engelse tekst ook beschreven als een vergunning) is „toegestaan om in eigen naam en voor eigen rekening tolgelden en gebruiksrechten te heffen om haar kosten te dekken”. Het Hof richtte zijn aandacht vervolgens op de controle die de staat uitoefende (punt 25) en op het feit dat Asfinag „niet zelf de hoogte van de te heffen tol mocht bepalen” omdat dit bedrag bij wet werd vastgesteld (punt 26). Het Hof concludeerde daarop dat Asfinag een overheidsorgaan was, *zonder* nader aan te geven wat de bijzondere bevoegdheden van Asfinag waren (punt 27).

¹⁵⁸
Zie beschikking van 26 mei 2005, *Sozialhilfverband Rohrbach* (C-297/03, EU:C:2005:315), en punt 64 hierboven.

¹⁵⁹
Zie arrest van 7 september 2006, *Vassallo* (C-180/04, EU:C:2006:518), en punt 65 hierboven.

werkzaam regionaal kantoor¹⁶⁰ en de posterijen van een lidstaat¹⁶¹ hadden alle een publieke taak. Uit de beschikbare feitelijke informatie zoals die is weergegeven in de arresten, blijkt minder duidelijk dat alle noodzakelijkerwijs ook over bijzondere bevoegdheden beschikten. In het arrest *Portgás* verklaarde¹⁶² het Hof uitdrukkelijk, dat het genot van bijzondere en exclusieve rechten uit hoofde van een concessieovereenkomst *niet* impliceerde dat het betrokken lichaam per definitie over bijzondere bevoegdheden beschikte, en verwees het deze kwestie naar de nationale rechter voor nader onderzoek.¹⁶³

137. Ten derde is niet duidelijk dat bijkomende bevoegdheden, hoewel deze vaak nodig kunnen zijn voor de vervulling van een publieke taak, altijd noodzakelijk zijn. De aanwezigheid van dergelijke bevoegdheden komt wellicht het duidelijkst naar voren in de context van DAEB. Thans kan de staat in veel economische sectoren (zoals bijvoorbeeld telecommunicatie, water, gas en elektriciteit) bijzondere of exclusieve rechten verlenen.¹⁶⁴

138. Ik kom tot de slotsom, dat het niet nodig is dat het lichaam in kwestie ook over „bijzondere bevoegdheden” beschikt om als overheidsorgaan te worden aangemerkt, en dat een dergelijk vereiste derhalve misplaatst zou zijn.

139. Niettemin dient te worden verduidelijkt dat de verrichting van activiteiten in het algemeen belang een persoon of lichaam niet tot overheidsorgaan maakt. Ik wil hierover het volgende opmerken.

140. Eerst moet er een „lichaam” zijn, waarmee ik bedoel een rechtspersoon. Een natuurlijk persoon kan geen overheidsorgaan zijn.

141. Ten tweede kan een lichaam dat verschillende functies vervult, waarvan sommige een taak vormen die door de staat is opgedragen en andere niet, alleen met betrekking tot activiteiten van de eerste categorie een overheidsorgaan zijn. De benadering die ik hier voorsta, verschilt op dit punt dus van de benadering waarvoor het Hof heeft gekozen in openbare-aanbestedingszaken.¹⁶⁵ Terwijl een lichaam dat voor de toepassing van de regels inzake openbare aanbestedingen als „aangebestede dienst” wordt aangemerkt, ten gevolge daarvan altijd dat specifieke onderdeel van het Unierecht moet volgen en naleven¹⁶⁶, zal een lichaam dat voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen als overheidsorgaan wordt aangemerkt, te maken kunnen krijgen met een veel groter en minder duidelijk afgebakend gedeelte van het Unierecht dat een particulier tegen hem kan afdwingen. Het lijkt derhalve ongepast om hier uit te gaan van het principe „eens een overheidsorgaan, altijd een overheidsorgaan”.

142. Ten derde moet de aldus toevertrouwde taak de hoofdactiviteit van het lichaam in kwestie of, indien van toepassing, van het onderdeel van het lichaam in kwestie zijn.

¹⁶⁰

Zie arrest van 24 januari 2012, *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2012:33), en punt 67 hierboven.

¹⁶¹

Zie arrest van 12 december 2013, *Carratú* (C-361/12, EU:C:2013:830), en punt 68 hierboven.

¹⁶²

Arrest van 12 december 2013, *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:829). Zie verder punten 69-76 hierboven.

¹⁶³

Arrest van 12 december 2013, *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:829, punten 30 en 31).

¹⁶⁴

Zie punt 112 hierboven.

¹⁶⁵

Zie punt 98 hierboven.

¹⁶⁶

Zie in dat verband arrest van 3 oktober 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, EU:C:2000:529, punt 40).

143. Ten vierde moet het lichaam in kwestie een activiteit verrichten die in het algemeen belang wordt ondernomen. Het moet gaan om een taak die daaraan door de betrokken lidstaat is toevertrouwd en die, indien zij niet door dat lichaam zou worden verricht, door de staat zelf zou worden vervuld.

144. In dat opzicht bestrijkt het begrip „taak” activiteiten die worden ondernomen met een ander dan een louter commercieel oogmerk. Er moet, met andere woorden, een element van openbare dienst zijn. De verrichting van een nationale posterdienst, met een verplichting om aan elk adres in het land post te bezorgen, zou bijvoorbeeld binnen die categorie vallen, maar het aanbieden van een plaatselijke besteldienst met een puur winstoogmerk niet.

145. Ik wil hieraan toevoegen dat wat als taak van het algemeen belang wordt beschouwd, van de ene lidstaat tot de andere lidstaat kan uiteenlopen.¹⁶⁷ Zo kan een lidstaat het bijvoorbeeld als zijn taak zien, om te verzekeren dat al zijn burgers zijn aangesloten op een optisch-vezelkabelbreedbandnetwerk, terwijl een andere kan besluiten dit over te laten aan de markt. In het eerste geval zal het met die taak belaste lichaam een overheidsorgaan zijn, in het tweede geval is de particuliere onderneming die hetzelfde product levert, dit niet.

146. Mijns inziens moet de publieke taak, in het belang van de rechtszekerheid voor zowel het betrokken lichaam als particulieren die dit in rechte willen aanspreken, duidelijk als zodanig zijn omschreven in de toepasselijke wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

147. Ik geef het Hof derhalve in overweging, de derde vraag aldus te beantwoorden dat de in het antwoord op de tweede vraag genoemde criteria eveneens van toepassing zijn wanneer een lidstaat aan een lichaam een ruime verantwoordelijkheid heeft overgedragen met het kennelijke oogmerk om aan zijn Unierechtelijke verplichtingen te voldoen. Het is niet noodzakelijk dat dit lichaam bijzondere bevoegdheden bezit die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels.

Naschrift

148. De voorbereiding van deze conclusie en de zoektocht naar antwoorden op de drie prejudiciële vragen vond onvermijdelijk plaats tegen de achtergrond van de (netelige) vraag of het Hof in zijn arrest *Faccini Dori*¹⁶⁸ terecht heeft beslist om geen horizontale rechtstreekse werking te aanvaarden¹⁶⁹, tegen de aanbeveling van advocaat-generaal Lenz in die zaak in¹⁷⁰ en ondanks de argumenten van twee andere advocaten-generaal in eerdere zaken¹⁷¹. Mijn werkhypothese is geweest, dat het Hof de onderhavige zaak niet als de juiste gelegenheid zal beschouwen om dit debat te heropenen.

¹⁶⁷

Zie punt 90 hierboven.

¹⁶⁸

Arrest van 14 juli 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292).

¹⁶⁹

Voor enige voorbeelden van de vele kritische studies over deze rechtspraak, zie Tridimas, T., „*Black, White and Shades of Grey: Horizontality Revisited*”, *Yearbook of European Law*, 2002, deel 21, blz. 327; Dashwood, A., „*From Van Duyn to Mangold via Marshall: reducing Direct Effect to Absurdity*”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2006-2007, deel 9, blz. 81; Dougan, M., „*When worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*”, *Common Market Law Review*, 2007, deel 44, blz. 931; Craig, P., „*The Legal Effects of Directives: Policy, Rules and Exceptions*”, *European Law Review*, 2009, deel 34, blz. 349; en de Moi, M., „*Dominguez: A Deafening Silence*”, *European Constitutional Law Review*, 2002, deel 8, blz. 280.

¹⁷⁰

Conclusie van 9 februari 1994 (C-91/92, EU:C:1994:45, punt 47).

¹⁷¹

Zie de conclusies van advocaat-generaal van Gerven van 26 januari 1993 in de zaak *Marshall II* (C-271/91, EU:C:1993:30, punt 12), en advocaat-generaal Jacobs van 27 januari 1994 in de zaak *Vaneetveld* (C-316/93, EU:C:1994:32, punten 15 e.v.). Meer recentelijk heeft advocaat-generaal Trstenjak de onderliggende vraagstukken besproken in verschillende onderdelen van haar conclusie van 8 september 2011 in de zaak *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2011:559).

149. Ik vind het echter nodig op te merken dat, voor zover de *juridische vorm* van de verweerder irrelevant is geweest (sinds het arrest Foster zelf) voor de vraag of die verweerder een overheidsorgaan is, het Hof al heeft aanvaard dat een privaatrechtelijk lichaam in een geschil met een andere particulier verplicht kan zijn uitvoering te geven aan in een richtlijn vervatte rechtstreeks werkende rechten. Daarmee heeft het Hof in feite zelf al oogluikend een beperkte vorm van horizontale rechtstreekse werking toegestaan.

150. Er zijn, in wezen, drie benaderingen mogelijk (en toegepast) om de door de afwezigheid van algemene horizontale rechtstreekse werking ontstane lacunes op te vullen: i) een ruime benadering van het begrip overheidsorgaan; ii) oprekking tot het uiterste van het beginsel van „*interprétation conforme*” en iii) als vangnet, aansprakelijkheid van de staat tot betaling van schadevergoeding. Vanuit het oogpunt van het bieden van effectieve bescherming van de rechten van particulieren is de huidige situatie verre van bevredigend. Zij is ingewikkeld voor verzoekers en onzeker voor verweerdere. Ik wil mij bij de voormalige advocaten-generaal scharen en het Hof uitnodigen de in het arrest Faccini Dori¹⁷² gegeven motivering voor het verwerpen van horizontale rechtstreekse werking, kritisch opnieuw te bezien en te herzien.¹⁷³

Conclusie

151. Derhalve geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de Supreme Court (Ierland) te beantwoorden als volgt:

- „1) De in het arrest Foster e.a.¹⁷⁴ neergelegde toets om te bepalen wanneer er voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen sprake is van een overheidsorgaan van een lidstaat, is niet vervat in punt 20 maar in punt 18 van dat arrest. De daar omschreven toets moet cumulatief noch alternatief worden gelezen, maar behelst een niet-uitputtende opsomming van de elementen die voor een dergelijke beoordeling relevant kunnen zijn.
- 2) Bij de beoordeling of een particuliere verweerder voor de toepassing van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen een overheidsorgaan is, moet de nationale rechter de volgende criteria in acht nemen:
 - i) de juridische vorm van het betrokken lichaam is irrelevant;
 - ii) het is niet nodig dat de staat in een positie is om dagelijks toezicht en leiding uit te oefenen over de werkzaamheden van dat lichaam;
 - iii) wanneer de staat de eigenaar is van, of toezicht uitoefent over het lichaam in kwestie, moet dat lichaam als overheidsorgaan worden aangemerkt, zonder dat hoeft te worden nagegaan of andere criteria zijn vervuld;
 - iv) elk gemeentelijk, regionaal, plaatselijk of daarmee vergelijkbaar lichaam moet automatisch worden beschouwd als overheidsorgaan;
 - v) het lichaam in kwestie hoeft niet te worden gefinancierd door de staat;

¹⁷²
Arrest van 14 juli 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292).

¹⁷³
In dat verband wil ik de opmerkingen van advocaat-generaal Jacobs in de punten 30 en 31 van diens conclusie in de zaak *Vaneetveld* (C-316/93, EU:C:1994:32), die ik in voetnoot 33 hierboven volledig heb aangehaald, in hun geheel overnemen.

¹⁷⁴
Arrest van 12 juli 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

- vi) wanneer de staat het lichaam in kwestie zowel heeft belast met de vervulling van een publieke taak die de staat anders wellicht zelf op zich zou hebben genomen, als het heeft uitgerust met een soort extra bevoegdheden opdat dit zijn taak doeltreffend kan vervullen, is het lichaam in kwestie in elk geval als overheidsorgaan te beschouwen.

Bij de uitvoering van zijn analyse moet de nationale rechter het onderliggende fundamentele beginsel in acht nemen, dat een particulier zich tegenover de staat op nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen van een richtlijn kan beroepen, ongeacht de hoedanigheid waarin de staat optreedt, omdat moet worden voorkomen dat de staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het Unierecht.

- 3) De in het antwoord op de tweede vraag genoemde criteria zijn eveneens van toepassing wanneer een lidstaat aan een lichaam een ruime verantwoordelijkheid heeft overgedragen met het kennelijke oogmerk om aan zijn Unierechtelijke verplichtingen te voldoen. Het is niet noodzakelijk dat dat lichaam bijzondere bevoegdheden bezit die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels.”