

PUBLIC PROCUREMENT RESEARCH CENTRE

Een samenwerkingsverband van de Universiteit Utrecht en de Universiteit Twente

Aan: de Raad van bestuur en de directeur van de Kansspelautoriteit

Betreft: Advies over de vraag of de Nederlandse Loterij B.V. onder een van de twee uitzonderingen op het transparantiebeginsel als genoemd in het *Betfair*-arrest valt

Utrecht, 31 augustus 2016

Geachte leden van de Raad van Bestuur van de Kansspelautoriteit,

Bij brief van 25 maart 2016 heeft u mij verzocht een advies uit te brengen over de vraag of “De Nederlandse Loterij B.V.” onder een van de twee uitzonderingen op het transparantiebeginsel als genoemd in het *Betfair*-arrest valt.¹

1. Aanleiding tot de vraag / onderwerp van het advies

Die vraag is gerezen naar aanleiding van de rechtstreekse verlening - zonder competitie dus - op 25 november 2014 door de Kansspelautoriteit van twee vergunningen aan SNS (Stichting Nationale Sporttotalisator) om de lotto en de toto te organiseren (i) en om de instantloterij, de zogenoemde ‘krasloten’, te organiseren (ii). De Kansspelautoriteit was destijds van mening dat deze onderhandse verstrekking juridisch toelaatbaar was omdat SNS onder een van de twee uitzonderingen viel die het Hof van Justitie EU in het *Betfair* arrest van 3 juni 2010 formuleerde, namelijk wanneer er sprake is van een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht van de Staat valt (i) dan wel van een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen (ii) (ro. 59).

Na beroep van een concurrerende aanbieder op de kansspelenmarkt bij de rechter, oordeelde de rechtbank Den Haag in 2016 in een aantal uitspraken² echter dat de onderhandse verlening juridisch ontoelaatbaar is, onder meer omdat het toezicht niet aan de strenge eisen voldoet zoals die in het *Betfair*-arrest worden gesteld.

De ministeries van Financiën en Veiligheid & Justitie zijn van mening dat de Kansspelautoriteit de vergunningen voor het organiseren van de lotto/toto en de instantloterij onderhands kan verlenen aan de nieuwe B.V. “De Nederlandse Loterij”, een holding die per 1 april 2016 ontstaan is na de fusie tussen SNS met SENS (Stichting Exploitatie Nederlandse Loterij), door een beroep te doen op een van de twee uitzonderingen uit het *Betfair*-arrest.

De Kansspelautoriteit is echter gaan twijfelen over de juistheid van de juridische toelaatbaarheid van deze onderhandse vergunningverstrekkingen mede als gevolg van de uitspraken uit dit jaar van de lagere rechter maar ook wegens inconsistenties in doelstellingen, beleid en regelgeving. De belangen van het ministerie van Financiën, dat voor 99% de aandeelhouder van deze nieuwe B.V. is, komen mogelijk in conflict met de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid, die de rechtvaardiging

¹ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *Sporting Exchange Ltd tegen Minister van Justitie*, ECLI:EU:C:2010:307.

² Zie o.a.: Rechtbank Den Haag 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385.

vormen voor de beperkingen op het vrij verkeer van diensten, namelijk verslavingspreventie, consumentenbescherming, voorkomen van criminaliteit en illegaliteit. Bovendien speelt een rol dat De Nederlandse Loterij een deel van haar winst rechtstreeks dient af te dragen aan NOC*NSF (het Nederlands Olympisch Comité; de Nederlandse Sport Federatie)³ en aan ALN (Stichting Aanwending Loterijgelden Nederland),⁴ die ook enige vorm van zeggenschap hebben binnen de nieuwe organisatie. Ook de belangen van NOC*NSF en ALN staan daardoor mogelijk haaks op de doelstellingen van het Nederlandse kansspelbeleid. Over de casus hierna meer onder ‘*De casus*’.

2. Afbakening van de vraag onderwerp van dit advies

Dit advies bestaat uit twee delen. In Deel I wordt gezien of de Kansspelautoriteit de vergunningen voor het organiseren van de lotto/toto en de instantloterij onderhands kan verlenen aan de nieuwe B.V. “De Nederlandse Loterij” door een beroep te doen op een van de twee uitzonderingen uit het *Betfair*-arrest. Na een korte bespreking van wat deze twee uitzonderingen inhouden, worden de eisen behandeld die door de Europese en de nationale rechter aan het toezicht worden gesteld. In een slot beschouwing worden deze eisen aan de casus getoetst.

Uit de opdrachtbrief van 25 maart, zoals nader is verduidelijkt in het gesprek dat ik op 13 mei 2016 in Utrecht met de heer Roy Wildemors voerde, is vast komen te staan dat de vraag die u mij wegens mijn aanbestedingsrechtelijke expertise gesteld heeft, ook bedoeld is om de inbestedingsdoctrine uit het aanbestedingsrecht op de onderhandse vergunningverlening aan “De Nederlandse Loterij B.V.” te toetsen.

De Advocaat-Generaal Bot in zijn conclusie in de *Betfair* zaak verwees namelijk naar het arrest van het Hof van Justitie van de EU in het *Teckal*-arrest⁵ uit 1999 dat als het nulpunt moet worden gezien voor het ontstaan van de inbestedingsdoctrine. Het Hof formuleerde in de *Teckal* zaak een uitzondering op de aanbestedingsplicht voor de situatie waarin de overheid een dienst ‘in eigen beheer’ uitvoert, binnen de eigen organisatie dus (*inbesteden*), in plaats van die door een derde via een competitieve procedure te laten uitvoeren (*aanbesteden*). In een aantal zaken na *Teckal* heeft het Hof nader uitgelegd hoe het toezicht door de concessieverlenende overheidsopdrachtgever plaats moet vinden om onder de inbestedingsuitzondering uit de *Teckal* zaak te mogen vallen.

Aan mij is kortom ook gevraagd om te bezien in hoeverre de onderhandse vergunningverlening aan de vennootschap “De Nederlandse Loterij” onder deze *Teckal*-uitzondering kan worden gebracht. Deze toets bespreek ik in Deel II van het advies. Specifieker zal de kern van dit onderdeel van het advies bestaan uit een bestudering van de vraag in hoeverre de wijze waarop *het toezicht* door de Staat op de holding “De Nederlandse Loterij B.V.” vorm is gegeven, aan de toezichtseisen uit de *Teckal* inbestedingsdoctrine voldoet door eerst zorgvuldig deze jurisprudentie - voor zover dat voor de onderhavige casus van belang is - in kaart te brengen.

Deze bestudering zal ik verrichten op grond van het aanbestedingsrecht, specifiek de jurisprudentie en regelgeving over inbesteden en niet op grond van het Nederlandse BW en / of vennootschapsrecht.

Men dient zich wel te realiseren dat een vergelijking tussen de twee soorten uitzonderingen mank gaat. Een dergelijke vergelijking vertoont meer verschillen dan overeenkomsten en voor juridische analyses

³ De afdracht verkregen uit de betreffende kansspelen zijn de belangrijkste bron van inkomsten voor NOC*NSF.

⁴ Deze Stichting keert gelden uit aan instellingen die werkzaam zijn op het gebied van maatschappelijk welzijn, volksgezondheid en cultuur. De afdracht verkregen uit de betreffende kansspelen zijn haar enige inkomstenbron.

⁵ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), ro. 41-42. Ten tijde van het *Teckal* arrest nog Hof van de “EG”. In dit advies zal ik het Hof van Justitie verder als van de “EU” aanduiden.

zijn verschillen belangrijker dan overeenkomsten. Cruciaal in de *Teckal*-uitzondering is de afhankelijkheidsrelatie tussen de opdracht- of concessieverlenende overheidsinstantie en de opdrachtnemer. Daarom dient het toezicht op de opdrachtnemer (in een vergelijking met de onderhavige casus is deze de Nederlandse Loterij B.V.) bij inbestedingsconstructies door de overheidsinstantie te worden uitgeoefend die de opdracht dan wel de concessie verstrekt (de Kansspelautoriteit). In de onderhavige casus wordt het toezicht *de facto* door de Staat uitgeoefend. Die afhankelijkheid is noodzakelijk om van een relatie ‘binnen dezelfde overheidsinstantie(s)’ te kunnen spreken, wat het kenmerk is voor inbesteden. Anders dus dan in de *Betfair* uitzonderingen waar het toezicht door de Staat (dan wel de overheid) kan worden uitgeoefend, die niet de directe opdracht- of concessieverlenende instantie is. Wel is in de inbestedingsjurisprudentie zoals die in de laatste aanbestedings- en concessierichtlijnen is gecodificeerd – die per 1 juli 2016 reeds in het Nederlands recht zijn geïmplementeerd (hierover meer onder 8 van Deel II) -, de mogelijkheid gecreeerd om dit toezicht door diverse overheidsinstanties *gezamenlijk* uit te oefenen. Maar ook in dit laatste geval zijn de overheidsinstanties die het – zij het – gezamenlijk toezicht uitoefenen, allen concessieverlenende instanties (of overheidsopdrachtgevers). Ook dit wordt nader in Deel II besproken.

De vergelijking tussen *Betfair* en *Teckal* is in ieder geval waardevol en kan belangrijke informatie opleveren om de mate van toezicht vast te stellen op de Nederlandse Loterij B.V.

Dit advies wordt afgesloten (hierna onder 9) met een opsomming van de aanknopingspunten uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en van de nationale rechter volgens *Betfair* en het licht van *Teckal* die op de onderhavige casus worden getoetst. Ik sluit af met enkele conclusies.

Alvorens tot de bespreking van de *Betfair*-uitzonderingen (Deel I) en de *Teckal*-uitzondering (Deel II) over te gaan, breng ik eerst de relevantie van het aanbestedingsrecht voor de verlening van vergunningen kort in herinnering (hierna onder 3) en schets ik kort de casus waar het advies over gaat (hierna onder 4).

Omdat kansspelen diensten zijn in de zin van het EU-Werkingsverdrag (hierna: VWEU), worden in dit advies wanneer van opdrachten en concessies gesproken wordt die onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht vallen, uitsluitend opdrachten en concessies voor diensten bedoeld.

3. *Waarom een aanbestedingsrechtelijke vraag bij de verlening van een vergunning?*

De liberalisering van de markt voor kansspelen binnen de EU en haar lidstaten is een controversieel onderwerp: vele en soms met elkaar botsende belangen kenmerken deze markt. Europese en nationale overheden erkennen de gevaren voor criminaliteit en gokverslaving die een commerciële exploitatie van kansspelen als gevolg zouden kunnen hebben en perken om die reden de numerieke exploitatiemogelijkheden in of onderwerpen deze laatste aan voorwaarden en / of aan een strenge controle. Ook in Nederland is de regulering grotendeels gericht op inperking en monitoring van de exploitatiemogelijkheden.

Tegelijkertijd zijn bepaalde vormen van kansspelen in (enkele van) de lidstaten - zij het met beperkingen en onder voorwaarden - geliberaliseerd (zoals bijvoorbeeld speelautomaten in horecabedrijven) en wordt (een gedeelte van) de winst die bijvoorbeeld met loterijen wordt gerealiseerd aan goede doelen besteed. Dit laatste is in Nederland het geval. Regulering door de Europese Unie op dit terrein is tot nu toe achterwege gebleven omdat die beschouwd wordt als een materie die tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort.

Dit uitgangspunt is bevestigd in de nieuwe richtlijn voor concessieovereenkomsten (2014/23/EU) die de Europese Unie in 2014 heeft aangenomen en waarmee voor het eerst concessieovereenkomsten op

EU niveau zijn gereguleerd. Deze richtlijn maakt deel uit van een grotere juridische operatie gericht op vernieuwing van het juridisch aanbestedingskader en op de codificatie van de talrijke jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU in aanbestedingszaken. Van dit nieuwe wetgevende pakket maken ook deel uit richtlijn 2014/24/EU en 2014/25/EU voor de gunning van overheidsopdrachten in de resp. klassieke en nutssectoren. Alle drie de richtlijnen zijn in de herziene Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd die per 1 juli 2016 in werking is getreden.⁶

Vergunningen die als concessies kunnen worden aangemerkt dienen dus vanaf 1 juli 2016 via competitieve procedures te worden onderworpen. Een concessieovereenkomst voor diensten wordt in art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 gedefinieerd als *“een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder een overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.”*

Door de definitie wordt duidelijk dat niet alle vergunningen onder de werkingssfeer van de concessierichtlijn 2014/23/EU vallen.⁷ Ten aanzien van kansspelen herinnert overweging 35 van de preambule van richtlijn 2014/23/EU dat de regulering van kansspelen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort: *“De richtlijn dient de vrijheid van de lidstaten om, overeenkomstig de Uniewetgeving, methoden te kiezen voor het organiseren en controleren van de werking van kansspelen en weddenschappen, mede door middel van vergunningen, onverlet te laten”*. En verder: *“Het is passend van het toepassingsgebied van deze richtlijn concessies voor de exploitatie van loterijen uit te sluiten die door een lidstaat aan een ondernemer zijn gegund op grond van een uitsluitend recht dat is verleend in het kader van een procedure waaraan geen bekendheid is gegeven, overeenkomstig toepasselijke nationale wettelijke en bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die in overeenstemming zijn met het VWEU. Deze uitsluiting wordt gerechtvaardigd door het feit dat een ondernemer een uitsluitend recht geniet, waardoor er geen sprake kan zijn van toepassing van een mededingingsprocedure, en is tevens ingegeven door de noodzaak om voor de lidstaten de mogelijkheid te behouden de kanspelsector om redenen van bescherming van de openbare orde en de samenleving nationaal te reguleren.”*

Specifieker ten aanzien van concessies voor loterijen, die onder CPV-code 92351100-7 (loterijdiensten) vallen, bepaalt lid 9 van art. 10 van richtlijn 2014/23/EU die specifiek over uitsluitingen gaat, dat de richtlijn niet van toepassing is op een dergelijke concessie die door een lidstaat aan een ondernemer is gegund op basis van een uitsluitend recht. De laatste alinea van deze bepaling verbindt daaraan wel de eis dat ook de toekenning van een dergelijk exclusief recht aan competitie moet worden onderworpen: *“De toekenning van een dergelijk exclusief recht geschiedt op grond van bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.”* Deze bepaling verduidelijkt dat ook de toekenning van een exclusief recht voor de exploitatie van loterijen aan transparantie dient

⁶ Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Stb. 542 van 8 november 2012; met de wijzigingen als gepubliceerd in: Stb. 241 van 30 juni 2016, 243.

⁷ Onderscheidend element tussen een concessie overeenkomst en een vergunning is dat een ‘gewone’ vergunning doorgaans geen uitvoeringsplicht bevat maar verleent een onderneming bevoegdheid om een bepaalde (economische) activiteit te exploiteren. Deze bevoegdheid berust veelal niet op een contractuele relatie of overeenkomst onder bezwarende titel. Slechts onder bepaalde omstandigheden, indien bijvoorbeeld een uitvoeringsplicht is verbonden aan een schaarse vergunning, moet een vergunning worden aangemerkt als een concessie. Zie ook overweging 14 uit de considerans bij richtlijn 2014/23/EU.

te worden onderworpen⁸ maar dat een dergelijke transparantieplichting niet zo ver gaat dat die plaats moet vinden met inachtneming van alle procedurele bepalingen uit de concessierichtlijn. De bepaling codificeert enkele van de uitspraken van het Hof van Justitie van de EU over de competitieve verdeling van exclusieve vergunningen voor kansspelen. Die uitspraken maken deel uit van een inmiddels uitgebreide jurisprudentie van het Hof van Justitie EU uit de laatste decennia waarin het Hof in antwoord op prejudiciële vragen van de nationale rechter in zaken waar particuliere exploitanten zich door de beperkingen bij kansspelen gediscrimineerd achtten, de ruimte heeft gevonden om in ieder geval te verduidelijken dat kansspelen diensten zijn in de zin van artikel 56 van het VWEU⁹ en dat de verstrekking van de vergunningen voor de exploitatie daarvan onder de fundamentele regels van het VWEU valt, waarvan in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting.¹⁰

Wat hier gebeurt is dat bij gebreke van adequate regels en van consistent beleid individuele ondernemingen zich bij de rechter - met succes - op een schending van het non discriminatie beginsel en de daaruit voortvloeiende beginselen beroepen.

Deze lijn is goed zichtbaar in de Nederlandse *Betfair* zaak die ook in ander opzicht van groot belang is: het Hof formuleerde een tweetal uitzonderingen op het transparantiebeginsel die de mogelijkheid creëren om een vergunning op het terrein van de kansspelen zonder competitieve procedure - onderhands dus - zowel aan een openbare exploitant te verlenen wanneer het beheer van deze laatste onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat (i) dan wel aan een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen (ii).¹¹

In zijn conclusie¹² bij het *Betfair* arrest, die een gelijkkluidende strekking heeft als het arrest, verwijst Advocaat-Generaal Bot in dit verband uitdrukkelijk naar jurisprudentie uit het aanbestedingsrecht waarin het inbestedingsvraagstuk als uitzondering op de aanbestedingsplicht is geïntroduceerd, specifiek naar het *Teckal*-arrest. Het is mijns inziens niet opmerkelijk dat het Hof wel de conclusie van de AG overneemt om uitzonderingen toe te laten voor een rechtstreekse verlening van vergunningen zonder competitie, maar niet de verwijzing naar het *Teckal*-arrest. Een vergelijking tussen de twee soorten uitzonderingen - die uit *Teckal* met die uit *Betfair* - levert meer verschillen dan overeenkomsten op, zoals ik hierna kort zal bespreken. Desalniettemin levert een bespreking van de eisen over de mate van toezicht die het Hof in de omvangrijke inbestedingsjurisprudentie heeft geformuleerd inspirerende en leerzame informatie op om de mate van afhankelijkheid van de Nederlandse Loterij B.V. ten opzichte van de Staat (/ de overheid) te bepalen.¹³

4. De casus

Per 1 april 2016 is SNS met SENS (Stichting Exploitatie Nederlandse Loterij) gefuseerd, het bedrijf dat de Staatsloterij organiseert en er is een nieuwe B.V. genaamd “De Nederlandse Loterij B.V.”

⁸ Zie over de gevolgen van de eis tot een bekendmaking vooraf: E.R. Manunza, ‘Alle aanbestedingen zijn interstatelijk’ in: E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Wolf Legal Publishers 2006, pp. 71-91. Zie ook E.R. Manunza, R.G.T. Bleeker, ‘De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht’ In A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (Eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht* (pp. 741-810). Kluwer, 2014, Deel 81-II, Bijzonder deel.

⁹ Zie bijv. het arrest van 24 maart 1994, C-275/92 (Schindler), ro. 25.

¹⁰ HvJ EU 13 september 2007, C-260/04, *Commissie vs. Italië*, ECLI:EU:C:2007:508, ro. 22 t/m 24.

¹¹ *Betfair*, zie noot 1, par. 59.

¹² Overwegingen 129 e.v.

¹³ Zie de conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, appellante v. de burgemeester van Vlaardingen, ECLI:NL:RVS:2016:1421, par. 3.8.

opgericht door de Staat der Nederlanden, NOC*NSF en ALN¹⁴. Deze B.V. is opgericht in de vorm van een Holding zodat de gefuseerde partijen als één organisatie kunnen handelen en naar buiten kunnen treden. De Staatsloterij en SNS die eerst aparte stichtingen waren, zijn omgezet in B.V.'s en vallen nu als dochtervennootschappen onder de Holding, respectievelijk als Staatsloterij B.V en Lotto B.V. Daarnaast heeft de Holding ook nog twee andere dochtervennootschappen, Online B.V. (voor de online-activiteiten van de Holding) en SSC B.V. (het Shared Service Center waar het personeel in onder is gebracht).

Gewone aandelen en stemrechtloze aandelen

Uit de kamerbrief van 9 oktober 2015 blijkt dat de Staat (iets meer dan) 99% van de aandelen van deze nieuwe B.V. bezit, ook wel 'gewone aandelen', met het doel o.a. de volledige zeggenschap over alle aandeelhoudersbesluiten bij de Staat te houden (hierna wordt bestudeerd in hoeverre hierdoor het toezicht als 'direct' dan wel als een 'sterke controle' kan worden beschouwd; dan wel aan de *Teckal*-eisen voldoet.

Alle bevoegdheden die in de statuten aan de Algemene Vergadering toekomen, komen aan de Staat toe met de enige uitzondering van de rechten verbonden aan de (rest van de) 'stemrechtloze aandelen' die in handen van NOC*NSF en ALN zijn.

Volgens deze kamerbrief zijn de aandeelhoudersrechten en instrumenten van de Staat conform het Burgerlijk Wetboek en conform de standaard statuten die de Staat hanteert.

Voorafgaande toestemming van de Algemene Vergadering v. raadplegende stem

Volgens het tweede lid van art. 19 van de statuten is *voorafgaande toestemming* van de Algemene Vergadering (hierna: AV) enkel 'vereist' voor besluiten van het Bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de met haar verbonden onderneming.

Wanneer de AV voorafgaande toestemming verleent is het *de facto* de Staat die dat doet omdat hij 99% van de aandelen in zijn handen heeft en omdat het voor de rest om stemrechtloze aandelen gaat.

In sub c en d van deze bepaling lezen we dat deze goedkeuring *ex ante* bijvoorbeeld bij investeringen binnen en buiten Nederland boven een bepaalde drempel dient plaats te vinden.

Maar ten aanzien van bepaalde besluiten heeft de Algemene Vergadering enkel een raadplegende stem en enkel een rol bij benoeming en ontslag. Wel heeft de AV op grond van lid 5 van art. 19 de bevoegdheid om besluiten van het Bestuur die niet onder lid 2 staan vermeld aan haar voorafgaande goedkeuring te onderwerpen na schriftelijke duidelijke omschrijving en mededeling aan het Bestuur. Over de vraag of deze vorm van toezicht aan de *Betfair*-, en /of de *Teckal*-eisen voldoet hierna meer.

Verder besluit de AV volgens art. 6 over de uitgifte van aandelen; over de verkrijging van eigen aandelen besluit volgens art. 9 het Bestuur maar is wel goedkeuring van de AV nodig. Deze AV besluit weer wel in geval van kapitaalvermindering volgens art. 11 en over het vruchtgebruik (art.12) is de goedkeuring van de AV nodig.

De benoeming van de bestuurders geschiedt op grond van art. 15 door AV (*de facto* de Staat dus) op bindende voordracht van de Raad van Commissarissen (maar het bindende karakter kan weer door besluit AV ontnomen worden). Op basis van lid 4 en 5 geschiedt het schorsen en ontslaan van de bestuurder door de AV (*de facto* de Staat) na het horen van de Raad van Commissarissen. Op voorstel

¹⁴ "Nederlands Olympisch Comité * Nederlandse Sport Federatie", respectievelijk stichting "Aanwending Loterijgelden Nederland".

van de Raad van Commissarissen stelt de AV het bezoldigingsbeleid van het Bestuur vast volgens lid 6.

*Aandeelhoudersrechten / 'passende' zeggenschap voor 1% in handen van de NOC*NSF en ALN*

Het overige aandelenbelang van net geen 1% is in handen van NOC*NSF en ALN. Hun aandelen hebben geen stemrecht, waardoor ze *de facto* niet mee kunnen beslissen/ geraadpleegd kunnen worden, tenzij het de bijzondere rechten betreft.

Aan deze stemrechtloze aandelen zijn alleen winstrechten en enkele bijzondere goedkeuringsrechten verbonden om NOC*NSF en ALN een 'passende zeggenschap' te verstrekken. Het betreffen aandeelhouders- en bestuursbesluiten die dermate zwaarwegend zijn dat deze niet kunnen worden genomen zonder hun instemming omdat hiermee bijvoorbeeld de rechten van de houders van de stemrechtloze aandelen wijzigt, zoals de goedkeuring op het wijzigen van de doelomschrijving in de statuten, het wijzigen van de statutaire winstrechten die NOC*NSF en ALN hebben en het vervreemden / ontbinden van (delen van) de fusieorganisatie. In hoeverre deze bijzondere goedkeuringsrechten de eisen aan het toezicht kunnen afzwakken wordt besproken onder 9.

Voor het overige is het Bestuur en de Raad van Commissarissen van de Holding bevoegd, in onafhankelijkheid, te handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

De Staat kan daarbij alle inlichtingen van de dochters opvragen; tevens moeten bepaalde voorgenomen besluiten in de dochtervennootschappen ook aan de Staat als aandeelhouder ter goedkeuring worden voorgelegd als het besluiten betreft waarvoor de Staat ook in de Holding goedkeuring moet geven.

Bij de oprichting is de Holding als een private onderneming gezien waarmee financiële voordelen worden beoogd en die niet met publieke middelen wordt bekostigd. Het startkapitaal van de Holding is in feite alleen afkomstig van de Staatsloterij, in ruil waarvoor de Staat meer zeggenschap krijgt dan de NOC*NSF en ALN. Onder 5, hierna wordt nader gezien of de Holding ook volgens de *Betfair* rechtspraak als een particuliere exploitant kan worden gezien en of dit consequenties heeft voor de mate van toezicht.

De Staat stelt als enige aandeelhouder met gewoon stemrecht de jaarrekening vast en beslist daarnaast over de bestemming van de winst van de Holding nadat het bestuur hierover een voorstel aan de aandeelhouders heeft gedaan. Verder zijn op grond van de kansspelvergunningen de Staatsloterij B.V. en Lotto B.V. verplicht afdrachten aan de Staat en NOC*NSF/ ALN te betalen. Het afdrachtpercentage van de Staatsloterij wordt vastgesteld door de minister van Financiën.

Hierna wordt nader gezien hoe deze situatie zich verhoudt met de eisen uit *Betfair* en de strenge toezichtseisen die door het Hof van Justitie EU in de inbestedingsjurisprudentie zijn geformuleerd.

DEEL I: De Betfair-uitzonderingen

In *Betfair* besloot het Hof van Justitie EU in antwoord op prejudiciële vragen van de Raad van State (RvS) dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting van toepassing zijn op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van de kansspelen. Volgens het Hof zou echter het verlenen van de vergunning zonder competitie "*hoe dan ook kunnen worden geacht te zijn gerechtvaardigd, indien de betrokken lidstaat zou besluiten de vergunning te verlenen aan of te verlengen voor een openbare*

exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen” (ro. 59).

De begrippen ‘openbare exploitant’, ‘particuliere exploitant’, ‘rechtstreeks toezicht’, ‘strenge controle’ worden hierna behandeld omdat ze een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de verlening van een onderhandse vergunning aan ‘De Nederlandse Loterij B.V.’ onder een van de twee *Betfair* uitzonderingen kan worden gebracht.

5. *De Nederlandse Loterij B.V.: openbare of particuliere exploitant?*

De jurisprudentie over kansspelen¹⁵ geeft weinig aanknopingspunten om op heldere wijze een onderscheid te kunnen maken tussen het begrip ‘openbare exploitant’ en ‘particuliere exploitant’. Het onderscheid wordt voor het eerst gemaakt door het Hof van Justitie van de EU in *Betfair*, maar behoudens een verwijzing in rechtsoverweging 59 naar twee andere arresten - *Läärä* uit 1999 en *Liga Portuguesa* uit 2009 -¹⁶ gaat de rechter niet in op het verschil tussen een openbare en een particuliere exploitant. Ook in latere jurisprudentie wordt op dit onderscheid niet ingegaan. In de literatuur wordt er vanuit gegaan dat de zaak *Läärä* ten grondslag ligt aan de uitzondering betreffende de ‘openbare exploitant’ en dat *Liga Portuguesa* eenzelfde rol vervult voor de ‘particuliere exploitant’.¹⁷ In *Läärä* omschrijft het Hof namelijk de exclusieve vergunninghouder RAY als ‘*een publiekrechtelijke vereniging (is), wier werkzaamheid door de staat wordt gecontroleerd*’ (ro. 40). In *Liga Portuguesa* refereert het Hof aan de exclusieve vergunninghouder Santa Casa als ‘*één enkele door de overheid streng gecontroleerde marktdeelnemer*’ (ro. 67). Terzijde zij opgemerkt dat - anders dan in *Betfair* - het voorwerp van geschil in deze zaken niet om de vraag ging of er sprake was van een gerechtvaardigde beperking op het transparantiebeginsel, maar om de vraag of exclusieve vergunningstelsels een gerechtvaardigde beperking kunnen vormen op het beginsel van vrije dienstenverrichting.

In de uitspraak van de Raad van State (RvS) uit 2011 in de *Betfair* zaak gaat de Afdeling ook niet in op het onderscheid tussen particuliere en openbare exploitanten maar stelt eenvoudigweg vast dat “niet in geschil” is dat Stichting Nationale Sporttotalisator (de Lotto), de exclusieve vergunninghouder voor sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel, en Scientific Games Racing B.V. (SGR), de exclusieve vergunninghouder voor het organiseren van een totalisator op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen, geen openbare exploitanten zijn.¹⁸

Ook de rechtbank Den Haag gaat in de uitspraken van maart jl. in het geheel niet in op de vraag of de Lotto en SGR particuliere of openbare exploitanten zijn; de rechter toetst direct aan de eis van ‘strenge controle’ die op particuliere exploitanten dient te worden uitgeoefend om aan de betreffende *Betfair* uitzondering te kunnen voldoen.¹⁹

¹⁵ HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92, *Customs and Excise vs. Schindler (Schindler)*, ECLI:EU:C:1994:119; HvJ EU 21 september 1999, C-124/97, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd and Oy Transatlantic Software Ltd v Kihlakunnansyyttäjät (Jyväskylä) and Suomen valtio (Läärä)*, ECLI:EU:C:1999:435; HvJ EU 21 oktober 1999, C-67/98, *Questore di Verona vs. Zenatti, Jur.* 1999, ECLI:EU:C:1999:514; HvJ EU 6 november 2003, C-243/01, *Gambelli e.a.*, ECLI:EU:C:2003:597; HvJ EU 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica, Palazzese en Sorricchio*, ECLI:EU:C:2007:133; HvJ EU 13 september 2007, C-260/04, *Commissie vs. Italië*, ECLI:EU:C:2007:508; HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd en Ladbrokes International Ltd vs. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, ECLI:EU:C:2010:308; HvJ EU 8 september 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International Ltd v Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (Liga Portuguesa)*, ECLI:EU:C:2009:519.

¹⁶ Zie de verwijzingen in noot 15.

¹⁷ Noot bij *Betfair* door C.J. Wolswinkel, JB 2010/171.

¹⁸ RvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, ro. 2.10.7.

¹⁹ Rechtbank Den Haag 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385; ECLI:NL:RBDHA:2016:2389; ECLI:NL:RBDHA:2016:2390.

De Lotto was toentertijd een stichting en Scientific Games Racing een B.V., die volgens de Raad van State ‘geen bijzondere relatie met de overheid’ had (zie ro. 2.10.10). Uit de feiten in deze zaak blijkt niet dat de aandelen in handen waren van de overheid. Anders dus dan nu het geval is bij de Nederlandse Loterij B.V., wiens aandelen voor (iets meer dan) 99% in handen van de Staat zijn. Of dit voldoende is om de nieuwe vennootschap De Nederlandse Loterij B.V. – anders dan bij de oprichting nagestreefd - als een openbare en niet als een particuliere exploitant op basis van deze jurisprudentie aan te kunnen merken, kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Uit de Kamerbrief van 9 oktober 2015 blijkt in ieder geval dat de Nederlandse Loterij B.V. opgericht is vanuit de gedachte om meer gelden te verwerven. En deze laatste omstandigheid wordt in de jurisprudentie gezien als een aanwijzing om van een particuliere exploitant te spreken.

Of een instelling publiek dan wel particulier is, hangt van de vraag af die men zich stelt; zo kan een zelfde instelling tegelijkertijd als een onderneming vanuit mededingingsrechtelijke oogpunt worden aangemerkt en een aanbestedende dienst vanuit aanbestedingsrechtelijke oogpunt. Van belang is te herinneren aan het feit dat in het Europees recht het begrip ‘overheid’ en ‘Staat’ een functionele uitleg dient te krijgen. Dit betekent dat de invulling daarvan veelal *ad hoc* dient te geschieden aan de hand van de criteria uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Het Europees recht bevat namelijk geen specifieke definitie van wat, in materiële zin, onder nationale overheid moet worden verstaan. De functionele benadering van de Europese wetgever en het Hof brengt mee dat bij de uitleg van dit begrip niet wordt gekozen voor één uniforme, op objectieve en formele criteria gebaseerde definitie die in het Unierecht algemene gelding heeft, maar voor diverse definities die telkens met *ad hoc* opgestelde criteria worden ingevuld en die om deze reden van elkaar verschillen, afhankelijk van het doel dat in die bepaalde situatie wordt nagestreefd. Een Unierechtelijk leidend beginsel in al deze verschillende benaderingen is het effectiviteitsbeginsel. Dit beginsel brengt met zich mee dat een *ruime* interpretatie van de begrippen ‘overheid’ en ‘Staat’ in bepaalde omstandigheden nodig is om simpele ontduiking van EU-discipline tegen te gaan. Hetzelfde beginsel brengt met zich mee dat dit begrip bij uitzonderingen op Unierechtelijke bepalingen *eng* dient te worden geïnterpreteerd.²⁰ Deze functionele interpretatie betekent praktisch gezien dat men de kenmerken en de functie van de entiteit in kwestie in beschouwing moet nemen bij het vaststellen of een entiteit als publiek of privaat, als overheid of Staat, moet worden aangemerkt. Daarbij moet met name worden gelet op de samenstelling en de taak van de entiteit in kwestie, bijvoorbeeld of deze in de wet zijn geregeld, en of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid.

²⁰Deze functionele interpretatie geldt ook op het terrein van het Europees aanbestedingsrecht. In het *Beentjes*-arrest werd het Hof van Justitie gevraagd om een beslissing te nemen over de vraag of de (destijds geldende) Richtlijn Werken 71/305/EEG van toepassing was op een openbare aanbesteding van werken door een lichaam als de plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling.²⁰ Het Hof stelde vast dat deze commissie een lichaam zonder eigen rechtspersoonlijkheid was, waarvan de taak en de samenstelling bij de wet waren geregeld en waarvan de leden werden aangewezen door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie. Verder was zij in haar functioneren geheel afhankelijk van de centrale commissie, waarvan de leden door de Kroon werden benoemd; de door haar aanbestede werken werden door de overheid gefinancierd en de nakoming van haar verplichtingen werd gegarandeerd door de Staat. Het Hof van Justitie besloot dat aan het begrip ‘Staat’ uit de Richtlijn Werken een *functionele* uitleg moest worden gegeven en dat de commissie voor de ruilverkaveling onder dit begrip viel. Immers *het doel van deze richtlijn zou in gevaar komen* indien zij moest worden geacht niet van toepassing te zijn enkel omdat de opdracht werd gegund door een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakte van de overheidsadministratie.

In het aanbestedingsrecht wordt de vraag beantwoord aan de hand van de wettelijke definitie van een publiekrechtelijke instelling die een instelling is die opgericht is met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële en commerciële aard (a), rechtspersoonlijkheid heeft (b), en voor meer dan de helft onder de invloed van de overheid staat (c) (of door de benoemingen (i), het toezicht(ii) of de financiën (iii)). De eisen a t/m c zijn cumulatief; de eisen i t/m iii zijn alternatief.

Daarnaast verwijst de Advocaat-Generaal La Pergola in zijn conclusie in *Läärä* naar de volgende definitie van “openbaar bedrijf”: “*elk bedrijf waarop overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen. Een dergelijke invloed wordt vermoed (...) wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, de meerderheid van het geplaatste kapitaal bezitten, of over de meerderheid van de stemrechten beschikken of meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van het betrokken bedrijf kunnen benoemen*”. Deze definitie komt uit de richtlijn betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven²¹ en wordt door de Advocaat-Generaal gehanteerd om de vraag te beantwoorden of het publiekrechtelijk lichaam RAY een “onderneming” is in de zin van het mededingingsrecht. Of deze definitie is die in de context van de *Betfair*-uitzonderingen gehanteerd dient te worden, is daarom niet met zekerheid te stellen. In dat geval, zou in ieder geval het karakter van de Nederlandse Loterij B.V. als ‘openbare exploitant’ wel vaststaan door het vervuld zijn van een van deze alternatieve criteria (de meerderheid van het geplaatste kapitaal is immers in handen van de Staat).

Nu het Hof van Justitie EU niet expliciet op het onderscheid openbare en particuliere exploitant ingaat, waardoor het niet met zekerheid vast te stellen is onder welke van de twee *Betfair* uitzonderingen de Nederlandse Loterij B.V. zou kunnen vallen, is het van belang op zijn minst de ratio in kaart te brengen die het Hof hanteert om tot een rechtvaardiging te komen van de uitzondering op de transparantieplichting.

Voor *beide* uitzonderingen (zowel ten aanzien van de particuliere als van de openbare exploitant) is ‘rechtstreeks toezicht’ dan wel ‘strengere controle’ noodzakelijk wegens dwingende reden(en) van algemeen belang. Rechtstreeks toezicht dan wel een strenge controle kunnen de uitzondering op de transparantieplichting rechtvaardigen. De exclusieve exploitant moet in een dermate afhankelijke relatie ten opzichte van de Staat of de overheid staan dat de realisering van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang als de bescherming van consumenten en de bestrijding van criminaliteit mogelijk is. Deze ratio wordt bevestigd door de RvS in *Betfair* ten aanzien van de eis van ‘strengere controle’:

‘Uit overweging 59 [van het *Betfair* arrest van het Hof van Justitie EU] en de daar vermelde arresten van het Hof van Justitie leidt de Afdeling af dat het door het Hof van Justitie gestelde criterium van een strenge controle door de overheid betrekking heeft op de bijzondere relatie die de particuliere exploitant aan wie de vergunning wordt verleend heeft met de overheid die als gevolg daarvan een strenge controle kan uitoefenen, die de overheid niet kan uitoefenen op een exploitant met wie zij zodanige relatie niet heeft. Via die strenge controle wordt het algemeen belang, de met de Wok nagestreefde doelstellingen, geborgd. Bij de openbare exploitant is die borging verzekerd door het rechtstreeks toezicht door de Staat.’ (ro. 2.10.8)

Doorslaggevend voor de onderhavige *casus* is kortom de relatie tussen de Nederlandse Loterij B.V. en de Staat (dan wel de overheid). Deze relatie moet dermate afhankelijk zijn dat de doelstellingen die met het kansspelbeleid nagestreefd worden, gerealiseerd kunnen worden (zie in die zin ook *Liga Portuguesa*, ro. 65-67).

²¹ Artikel 2 van Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PB L 195, blz. 35, zoals nadien gewijzigd).

6. ‘Rechtstreeks toezicht’ of ‘strengere controle’

Ook het onderscheid tussen ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strengere controle’ wordt noch in de *Betfair*-zaak noch in de daarop volgende jurisprudentie nader verduidelijkt. Wel beschikken we over aanknopingspunten om de mate van aanwezigheid van ‘strengere controle’ te kunnen toetsen dankzij de beslissingen van de Raad van State in *Betfair* en van de rechtbank Den Haag van maart jl.

Beide rechterlijke instanties besloten uiteindelijk - om de redenen die hierna worden besproken - dat er in de aan hun (resp.) oordeel onderworpen zaken geen sprake was van een strengere controle. Terugkomend op de constatering dat eigenlijk beide *Betfair* uitzonderingen bedoeld zijn om de mate van afhankelijkheid van de exclusieve exploitant met de Staat / overheid vast te stellen, kunnen deze uitspraken tevens aanknopingspunten opleveren om aan het ‘rechtstreeks toezicht’ te toetsen.

Bij gebrek aan jurisprudentie van het Hof van Justitie EU die ingaat op de invulling van het ‘rechtstreeks toezicht’ en de ‘strengere controle’, wordt in literatuur met regelmaat verwezen naar de *Teckal*-doctrine, die in ieder geval als inspiratie zou kunnen dienen voor de invulling van de *Betfair*-uitsonderingen.²² Los van de verwijzing naar de eerder genoemde conclusie van Advocaat-Generaal Bot in *Betfair* wordt in de literatuur gesteld dat de *Betfair* uitzondering(en) ‘enigszins vergelijkbaar’²³ of zelfs ‘doelt op’²⁴ de *Teckal* doctrine.²⁵ Advocaat-Generaal Widdershoven heeft dit recentelijk²⁶ ook bevestigd door te beargumenteren dat ‘deze uitzondering lijkt te zijn geïnspireerd door de in het gereguleerde aanbestedingsrecht onder voorwaarden geaccepteerde uitzondering op een openbare aanbesteding van diensten in geval van ‘inbesteding’, waarin de aanbestedende dienst de dienst zelf uitvoert, of van ‘quasi-inbesteding’, waarin de activiteit wordt verricht door een dienst waarop de aanbestedende dienst toezicht houdt zoals op haar eigen diensten’ (par. 3.8).

Zoals zal blijken uit de hieronder te bespreken jurisprudentie zijn er veel overeenkomsten tussen de toets in de uitspraken over strengere controle en de voorwaarden uit de *Teckal* rechtspraak (zie Deel II van dit advies). Er is echter ook een fundamenteel verschil (zoals uit het hierna zal blijken) dat duidelijk maakt dat het hanteren van de *Teckal* criteria bij de toets van de *Betfair* uitzonderingen niet bevredigend is: bij inbesteden gaat het om de erkenning dat de overheid over de bevoegdheid beschikt om een dienst zelf uit te kunnen voeren door gebruik te maken van haar eigen middelen en structuren; dit is mogelijk ook wanneer de dienst door een externe rechtspersoon wordt uitgevoerd waarop de overheid toezicht uitoefent als op ‘haar eigen diensten’. Volgens het Hof is dit echter onmogelijk wanneer in de externe rechtspersoon particulier kapitaal aanwezig is, behoudens zeer bijzondere omstandigheden. Onderhandse verlening van een concessie aan een ‘particuliere’ exploitant volgens *Betfair* staat dus in deze zin haaks op de *Teckal* -uitsondering.

Waarom er geen sprake was van ‘strengere controle’ in *Betfair*

De aanleiding voor de *Betfair* zaak was de afwijzing van de vergunningaanvraag van The Sporting Exchange Ltd. (*Betfair*) om sportprijsvragen te organiseren in Nederland, omdat een exclusieve vergunning reeds was verleend aan de Lotto en SGR. De minister van Justitie wees ook het bezwaar

²² S. van den Bogaert, A. Curvers, ‘Money for nothing: The case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling’, *CMLR* 2011, p. 1188-1190; M. Koppenol-Laforce, W. Wefers Bettink, A. Koburg, ‘Online kansspelen in Nederland: the next level’, *Mediaforum*, 2012-9, p. 276.

²³ C.J. Wolswinkel, Noot bij RvS 2011, AB 2011/230 (punt 4).

²⁴ H.M. Stergiou, ‘Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel’, *NTER*, 2011, p. 84.

²⁵ Zie echter ook Van der Beek over de vraag of het Hof impliciet verwijst naar de *Teckal* doctrine: “dat lijkt niet het geval te zijn nu het Hof van Justitie uitsluitend naar de arresten *Läärä* en *Liga Portuguesa* verwijst en niet naar de ruime jurisprudentie op het gebied van ‘quasi-inbesteding’, J.C.M. Van Beek, ‘Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga’, *NTER* 2010, p. 315-316p. 315.-316.

²⁶ Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, appellante v. de burgemeester van Vlaardingen, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

van *Betfair* tegen de verlenging van de vergunning aan de Lotto en SGR af. De RvS stelt in deze zaak voorop vast dat de verleende vergunningen zonder oproep tot mededinging aan de Lotto en SGR zijn verleend. Dit is in strijd met de conclusie van het Hof van Justitie EU dat een stelsel van vergunningen moet zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet discriminerend en vooraf kenbaar en bekend zijn. Gezien de vaststelling dat er sprake is van particuliere exploitanten, gaat de RvS daarom na of er sprake is van ‘strengere controle’. Uit het *Betfair* arrest van het Hof van Justitie EU leidt de RvS af dat het vereiste van “strengere controle” slaat op een bijzondere relatie die de particuliere exploitant aan wie de vergunning wordt verleend met de overheid heeft die als gevolg daarvan een strenge controle kan uitoefenen. Door deze controle wordt het algemeen belang (de nagestreefde doelstellingen van de kansspelregulering) gewaarborgd. De RvS beslist dat er in deze zaak geen sprake is van ‘strengere controle’ op de Lotto of SGR (ro. 2.10.8-2.10.12). Er bestond daarom geen rechtvaardiging om zonder oproep tot mededinging de vergunningen te verlenen dan wel te verlengen, ondanks de volgende omstandigheden:

1. *De bevoegdheid om voorwaarden aan de vergunningverlening te verbinden en deze in te trekken*
De minister van Justitie, als vergunningsverlener, kan voorwaarden stellen bij de vergunningverlening (vooruitlopend op de toets in onderhavige casus merk ik op dat in de nieuwe situatie de vergunning door de Kansspelautoriteit wordt verleend) en deze intrekken als daar niet aan wordt voldaan.
2. *De bevoegdheid om aanwijzingen te geven of anderszins in te grijpen*
De minister heeft ook de bevoegdheid om aanwijzingen te geven of anderszins in te grijpen, bijvoorbeeld bij reclame-uitgaven en marketingactiviteiten.
 - De RvS vindt dit onvoldoende voor strenge controle; het gaat om gangbare bevoegdheden in het vergunningenstelsel van Nederland, ongeacht of het gaat om exclusieve of niet-exclusieve vergunningen en of het om een particuliere of openbare exploitant gaat.
3. *Minister en College van Toezicht belast met het toezicht op de naleving van de Wok*
 - Niet voldoende wordt geacht het feit dat de minister en het College van toezicht op de kansspelen (het College) met het toezicht op de naleving van de Wet op de kansspelen belast zijn.
4. *College geeft aanbevelingen en advies / in de toekomst oprichting KSA*
Het College kan verder aanbevelingen doen en advies geven. In de toekomst zal toezicht en handhaving worden uitgeoefend door een Kansspelautoriteit, die de bevoegdheid zal krijgen lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes op te leggen.
 - Volgens de RvS is het adviesrecht van het College geen strenge controle. Dat in de toekomst een Kansspelautoriteit met toezicht en handhaving zal worden belast, kan in deze procedure geen rol spelen. Verder wordt deze eis niet getoetst, waardoor het niet duidelijk is of de rol van de KSA op dit ogenblik wel op strenge controle zou wijzen. Van belang is in ieder geval dat de RvS de controlemogelijkheden van beide instanties (de minister en het College) toetst, waardoor het lijkt alsof het mogelijk is om gezamenlijk controle uit te oefenen.

5. *Geen winstoogmerk maar wel doel om gelden te verwerven*

Volgens de RvS onderscheidt de Lotto – ondanks de afwezigheid van een winstoogmerk – zich niet van andere kansspelaanbieders omdat ook de Lotto zich ten doel stelt om gelden te verwerven.

6. *Benoeming deel van Commissarissen door andere organisaties problematisch*

De aanwezigheid van een door de minister benoemde commissaris betekent weliswaar dat hij een zekere controle kan uitoefenen, maar niet is gebleken dat deze controle voldoende streng is, vooral nu een deel van de commissarissen ook door andere organisaties (NOC*NSF en ALN) wordt benoemd.

Strengere controle van een particuliere exploitant

Raad van State 23 maart 2011 (Betfair)

Strengere controle van activiteiten van particuliere exploitanten heeft betrekking op de bijzondere relatie, die de particuliere exploitant aan wie de vergunning wordt verleend met de overheid heeft.

De volgende aanknopingspunten voor de toetsing van ‘strengere controle’ kunnen aan de *Betfair* zaak ontleend worden:

- De mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden en de bevoegdheid tot intrekken of wijzigen van een exclusieve vergunning op basis van het niet voldoen aan deze voorwaarden is onvoldoende om strenge controle vast te stellen, aangezien dit gangbare bevoegdheden zijn binnen het Nederlandse vergunningsstelsel;
- Het feit dat de minister en het College met toezicht belast zijn, is niet voldoende voor strenge controle. Aangezien de RvS zowel de rol van de minister alsook van het College toetst, lijkt het mogelijk te zijn om gezamenlijk controle uit te oefenen over een exploitant;
- Wanneer een exploitant tot doel heeft gelden te verwerven, lijkt het ontbreken van een winst oogmerk de beoordeling van de controlemogelijkheden niet te beïnvloeden;
- De benoeming van één commissaris door de minister zorgt niet per definitie voor strenge controle. De benoeming van commissarissen door andere organisaties lijkt deze mogelijkheid zelfs te verzwakken.

Waarom de rechtbank Den Haag concludeerde dat er nog steeds geen strenge controle was: Liga Portuguesa als toetsingsmaatstaf

De rechtbank Den Haag heeft zich uitgelaten over de verlenging van de vergunningen van de Lotto en SGR in november 2014. Tussen het wijzen van deze uitspraken en de *Betfair* uitspraak van de RvS zijn de statuten van de Lotto gewijzigd in september 2011 en is op 1 april 2012 de Kansspelautoriteit opgericht. De eisers in de drietal zaken²⁷ waarover de rechtbank Den Haag zich uitsprak op 7 maart jl. zagen na deze verlenging hun aanvraag afgewezen. Bij het besluit tot afwijzing beriep de Kansspelautoriteit, die de vergunningen had verlengd, zich op het exclusieve vergunningsstelsel en stelde dat (1) de Kansspelautoriteit niet was gehouden eisers te laten meedingen naar de vergunning in een transparante gunningsprocedure en dat (2) artikel 3 van de Beleidsregel aanvragen kansspelvergunningen²⁸ bepaalt dat aan de bestaande vergunninghouders opnieuw een vergunning moet worden verleend.

²⁷ Rechtbank Den Haag 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385; ECLI:NL:RBDHA:2016:2389; ECLI:NL:RBDHA:2016:2390.

²⁸ Beleidsregel aanvragen kansspelvergunningen, *Stcrt* 2014, nr. 28930.

De eisers voeren aan dat deze niet-transparante wijze van vergunningverlening onrechtmatig is gelet op de uitspraak van de RvS in *Betfair*. Met betrekking tot de vergunning van SGR²⁹ sluit de rechtbank zich aan bij de uitspraak van de RvS en beslist dat bij de vergunningverlening een transparante gunningsprocedure had moeten worden gevolgd.

Artikel 3 van de Beleidsregel doet hier niet aan af, nu deze slechts bepaalt dat het belang van de bestaande vergunninghouder een belang is dat zwaar moet worden meegewogen, maar niet op zichzelf doorslaggevend is.

In de beoordeling van de omstandigheden in deze zaak, verwijst de rechtbank Den Haag naar de omstandigheden uit de *Liga Portuguesa* zaak. Hoewel het niet duidelijk is dat deze omstandigheden de standaard beoordelingsnorm moet worden van ‘strengere controle’, heeft het Hof van Justitie EU in *Betfair* namelijk wel naar deze zaak verwezen. Hieruit leidt de rechtbank af dat het Hof bijzondere waarde toekent aan deze zaak en dus aan de organisatie en werkwijze van Santa Casa en de wijze waarop de Portugese overheid controle uitoefent over Santa Casa (ro. 8.3). Het is daarom van belang om de feiten en toetsing in deze zaak uiteen te zetten, alvorens over te gaan tot de bespreking van de toetsing van de rechtbank Den Haag. Zoals eerder besproken gaat deze zaak echter niet specifiek over de ‘strengere controle’, maar over de vraag of de Portugese wettelijke regeling omtrent kansspelen een gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt.

Van oudsher heeft Santa Casa de exclusieve bevoegdheid tot het exploiteren van (online) kansspelen in Portugal. Santa Casa is een rechtspersoon van “publiek nut”, dat wil zeggen: een particuliere rechtspersoon waarvan de autoriteiten erkennen dat zij geen winstoogmerk heeft en doelstellingen van algemeen belang nastreeft. Na een herhaling van de conclusies uit de eerdergenoemde zaak *Läärä*, overweegt het Hof van Justitie EU dat de verwezenlijking van een doelstelling, die ter rechtvaardiging van een beperking van het vrij verkeer voor diensten dient, slechts geschikt is wanneer ‘de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd’ (ro. 61).

In deze zaak was de hoofddoelstelling van Santa Casa de bestrijding van criminaliteit dat een dwingende reden van algemeen belang kan zijn. Exclusieve rechten hebben volgens het Hof het voordeel dat de risico’s van de exploitatie van kansspelen worden vermeden. Een dergelijke beperking van het vrij verkeer van diensten wegens de verlening van een exclusief recht aan Santa Casa kan echter gerechtvaardigd worden wanneer uit ‘het nationale juridische kader blijkt dat de organisatie en het functioneren van Santa Casa worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met doelstellingen van algemeen belang.’ (ro. 66). Daarbij speelden ook de volgende omstandigheden een rol:

1. *Santa Casa belast met taken van algemeen belang*

Aan Santa Casa zijn specifieke taken opgedragen op het gebied van bescherming van bepaalde groepen, zoals moeders, kinderen en bejaarden;

2. *Inkomsten komen ten goede aan op sociaal gebied actieve instellingen*

De inkomsten uit de exploitatie van de kansspelen worden verdeeld onder Santa Casa en andere instellingen van openbaar nut of instellingen die actief zijn op sociaal gebied;

3. *Benoeming directeur en RvB Santa Casa en van Afdeling kansspelen door minister(s) en/of regering*

²⁹ Aan bod in zaak Rechtbank Den Haag 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2390.

- De directeur van Santa Casa wordt benoemd bij besluit van de minister-president;
 - De overige leden van de raad van bestuur van Santa Casa worden benoemd bij besluit van de leden van de regering;
 - De afdeling kansspelen van Santa Casa – waaronder de exploitatie van de kansspelen valt - wordt voorgezeten door de directeur van Santa Casa en bestaat verder uit twee bestuurders, die worden benoemd bij gezamenlijk besluit van de minister van Arbeid en Solidariteit en de minister van Volksgezondheid. Alle leden worden kortom door de regering benoemd.
4. *Benoeming wedstrijdjury, klachten comité geschiedt door overheid (ook bij besluit van de minister)*
- De meeste leden van de wedstrijdjury, van de jury die waakt over de trekkingen en van het klachtencomité, zijn vertegenwoordigers van de publieke administratie;
 - Het klachtencomité wordt voorgezeten door een bij besluit van de minister van Justitie benoemde magistraat van de rechterlijke orde, die een doorslaggevende stem heeft. Twee van de drie leden van dit comité worden respectievelijk benoemd bij besluit van de inspecteur-generaal van Financiën en door het hoofd van het district Lissabon, terwijl het derde lid van het comité wordt benoemd door de directeur van Santa Casa;
5. *Bevoegdheden Afdeling kansspelen Santa Casa*
- Aan de afdeling kansspelen van Santa Casa zijn administratieve bevoegdheden verleend om inbreukprocedures in te leiden wegens de onrechtmatige exploitatie van de exclusief aan Santa Casa vergunde kansspelen, en om in het kader daarvan onderzoek te verrichten en tot vervolging over te gaan.

Het Hof van Justitie EU concludeert dat de Portugese regering door de toekenning van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen via het internet aan een ‘streng gecontroleerde marktdeelnemer als Santa Casa’ ervoor kon zorgen dat de exploitatie van deze kansspelen geschikt was om criminaliteit te bestrijden.

De toetsingsmaatstaf van Liga Portuguesa

C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissiona en Bwin International Ltd

Een beperking van het vrij verkeer van dienstverrichting dient geschikt te zijn om het beoogde doel te bereiken. Wanneer gekozen wordt voor een exclusief vergunningsstelsel, dan kunnen bij de beoordeling van de geschiktheid van een beperking de volgende omstandigheden van belang zijn:

- Alle leden van de raad van bestuur van de vergunninghouder worden benoemd door de minister/regering;
- Alle andere bestuurders van organisatorische onderdelen van de vergunninghouder worden benoemd door de minister/regering;
- De vergunninghouder streeft doelstellingen van algemeen belang na, zoals op het gebied van bescherming van bepaalde groepen, zoals moeders, kinderen en bejaarden;
- De inkomsten uit kansspelen worden verdeeld onder instellingen die het algemeen belang nastreven.

Toepassing van Liga Portuguesa door de rechtbank Den Haag

Zoals eerder vermeld werden de statuten van de Lotto³⁰ na de uitspraak van de Raad van State in *Betfair* gewijzigd. Daarom moest een nieuwe toetsing plaatsvinden met betrekking tot de vraag of de Lotto nu wel aan de voorwaarde van strenge controle door de overheid voldeed. De volgende omstandigheden ten aanzien van de Commissarissen zijn van belang met de nieuwe statuten:

Bevoegdheden Commissarissen

- Er is een extra commissaris D toegevoegd aan de Raad van Commissarissen;
- De Commissarissen moeten zich richten naar het belang van de stichting, daarbij in ogenschouw nemend het in Nederland vigerende kansspelbeleid (ten overvloede: dit was ook reeds het geval voor de uitspraak in de *Betfair* zaak);
- De Raad van Commissarissen bestaat nu uit zes commissarissen: twee commissarissen A, twee commissarissen B, een commissaris C en een commissaris D;
- De commissarissen C en D worden benoemd door de minister van Veiligheid en Justitie, de commissaris C op voordracht van het NOC*NSF en de Stichting Aanwending Loterijgelden Nederland en de commissaris D gehoord hebbend die organisaties;
- Commissaris C is voorzitter van de Raad van Commissarissen en wordt benoemd door de minister of de staatssecretaris (ten overvloede: dit was ook reeds het geval voor de uitspraak in de *Betfair* zaak);
- Commissaris D heeft de taak van bijzonder toezicht op het kansspelbeleid van de Lotto in relatie tot het Nederlandse kansspelbeleid en voert daartoe periodiek overleg met de minister of staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, welk overleg ook op initiatief van die minister of staatssecretaris kan plaatsvinden. Commissaris D heeft voorts vetorechten over besluiten die in strijd zijn met het Nederlands kansspelbeleid.

De rechtbank Den Haag concludeert dat er – ook onder de aangepaste statuten – nog steeds geen sprake is van ‘strenge controle’ (ro. 8.4):

Vetorecht van ‘nieuwe’ Commissaris D is niet t.a.v. alle besluiten; vorm en inhoud overleg met minister onduidelijk

- De Raad van Commissarissen beslist bij volstrekte meerderheid van stemmen, tenzij de statuten anders bepalen en dat bepaalde besluiten geldig zijn, tenzij de Commissaris D tegenstemt. Dit is onvoldoende om de stelling te onderbouwen dat Commissaris D een vetorecht heeft ten aanzien van *alle* besluiten die raken aan het Nederlands kansspelbeleid. Bovendien is niet gebleken dat de Raad van Commissarissen geen besluiten kan aannemen in afwezigheid van Commissaris D.
- De Rechtbank neemt daarnaast in aanmerking dat verweerder op geen enkele wijze inzicht heeft gegeven in vorm en inhoud van het overleg tussen Commissaris D en de minister of staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. De toezichthoudende rol van de andere commissarissen lijkt daarom niet in bijzondere mate af te wijken van Commissaris D.

³⁰ Aan bod in zaken Rechtbank Den Haag 7 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2385 en ECLI:NL:RBDHA:2016:2389.

Geen strenge controle ondanks toevoeging extra commissaris

Rechtbank 's-Gravenhage 7 maart 2016

Volgens de Rechtbank Den Haag zijn de controlemogelijkheden van de Portugese regering op Santa Casa uit *Liga Portuguesa* weliswaar niet de standaard beoordelingsnorm, maar kent het Hof bijzondere waarde toe aan deze werkwijze bij de beoordeling van ‘strenge controle’.

Strenge controle op particuliere exploitant moet aannemelijk worden gemaakt. De toevoeging van een extra - door de minister benoemde – Commissaris D met vetorechten die overlegt met de minister is niet voldoende, als:

- Niet voldoende is onderbouwd dat de Commissaris D inderdaad een vetorecht heeft ten opzichte van *alle* besluiten die raken aan het Nederlands kansspelbeleid;
- Niet voldoende is onderbouwd dat de Raad van Commissarissen geen besluiten kan nemen in afwezigheid van de Commissaris D;
- Niet voldoende inzicht is gegeven in de vorm en inhoud van het overleg tussen de minister en de Commissaris D;
- De toezichthoudende rol van de commissaris D niet in bijzondere mate afwijkt van de rol van de overige commissarissen, aangezien zij allemaal zich moeten richten naar het belang van de stichting, daarbij het kansspelbeleid in ogenschouw nemend.

Onder 9 zullen de aanknopingspunten uit de hiervoor beschreven Europese en nationale jurisprudentie worden toegepast op de vraag of de Nederlandse Loterij B.V. onder een van de twee uitzonderingen op het transparantiebeginsel als genoemd in het *Betfair*-arrest valt.

DEEL II: De Teckal uitzondering

7. De Teckal doctrine: aanbesteden v. inbesteden

Behoudens uitzonderingen zijn de aanbestedingsregels van toepassing wanneer aanbestedende diensten buiten hun interne organisatie, met een derde dus, overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten sluiten voor de uitvoering van diensten (werken en leveringen). Beide soorten overeenkomsten zijn in art. 1.1 aanbestedingswet 2012 gedefinieerd als een “schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een of meer ondernemers en een of meerdere aanbestedende dienst(en)”. Omdat naar Europees recht vergunningen concessies kunnen zijn en omdat vergunningen in ieder geval de meeste overeenkomsten met concessies vertonen, wordt in het hierna volgende wanneer over de aanbestedingsregelgeving wordt gesproken, uitsluitend over de regels inzake concessieovereenkomsten ingegaan.

Geen regel verplicht echter de overheid om diensten (maar ook leveringen en werken) door derden onder bezwarende titel te laten uitvoeren. Noch het Europees, noch het nationaal recht³¹ verlangt dat overheden de uitvoering van diensten aan derden, en specifiek aan commerciële partijen op de markt overlaten. Of die derde partij nu andere overheden / overheidsbedrijven, commerciële marktpartijen,

³¹ In hoeverre dit uitgangspunt nog hard gemaakt kan worden ten aanzien van het Nederlandse recht wanneer de conclusie van AG Widdershoven in zaak ECLI:NL:RVS:2016:1421 van 25 mei 2016 door de rechter wordt overgenomen, is zeer de vraag. Bestudeerd zal moeten worden welke de gevolgen voor het inbestedingsvraagstuk zijn van het bestaan van een rechtsnorm naar Nederlands recht die een competitieverplichting inhoudt, gebaseerd op het beginsel van gelijke kansen, (punt 1 van zijn conclusie): “Naar Nederlands recht bestaat er een rechtsnorm, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen”.

sociale ondernemingen en zelfs burgers of burgerinitiatieven zijn, is overigens voor de toepassing van de aanbestedingsregels niet relevant.³²

De overheid behoudt binnen het Europees recht het prerogatief om zelf te bepalen hoe zij de uitvoering van bepaalde soorten diensten (maar ook leveringen en werken) wenst: intern binnen de eigen organisatie (de zogenoemde ‘publieke weg’) of extern door een derde partij. De gemaakte keuze is vervolgens wel aan strikte eisen en voorwaarden verbonden. Discretionaire beslissingsruimte bestaat kortom uitsluitend ten aanzien van de keuze ‘inbesteden of aanbesteden’.

Ook in geval de overheid voor de *publieke weg* kiest (inbesteden), ontstaan verplichtingen van juridische aard. Anders gezegd: de overheid heeft de vrijheid om te kiezen voor uitvoering via de publieke weg maar zodra die keuze is gemaakt dan bepaalt het EU-recht welke eisen en voorwaarden in acht dienen te worden genomen.

Het Hof van Justitie EU heeft in de laatste 17 jaren de eisen en voorwaarden ontwikkeld die bepalen wanneer uitvoering in eigen beheer niet in strijd komt met het aanbestedingsrecht en de fundamentele verdragsvrijheden. Het nulpunt van deze jurisprudentie is de zaak *Teckal Srl, Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia (C-107/98)* uit 1999 waarin het Hof de randvoorwaarden formuleerde om de scheidingslijn tussen inbesteden en aanbesteden te kunnen trekken.³³ De verwijzende rechter legde het Hof de vraag voor of de aanbestedingsregels van toepassing zijn wanneer een territoriaal lichaam aan een *samenwerkingsverband* - AGAC - waarvan het deel uitmaakt, opdraagt goederen te leveren en diensten te verlenen. In casu was AGAC een samenwerkingsverband voor energie- en milieubeheer gevormd door verschillende gemeenten (een ‘consorzio’), waaronder Viano in de zin van de wet inzake de plaatselijke overheden.³⁴ Deze *speciale onderneming*, een instelling met rechtspersoonlijkheid, kon zelfstandig ondernemen en had eigen statuten die door de gemeente- en provincieraad waren goedgekeurd.

Zoals gebruikelijk overweegt het Hof *in abstracto* wanneer van een leveringsovereenkomst in de zin van de richtlijnen sprake is. Volgens het Hof is dit het geval indien een overeenkomst wordt gesloten tussen een territoriaal lichaam en een (rechts)persoon die daar *rechtens* van (te) onderscheiden is. Het Hof voegde er aan toe dat dit ‘(..) *slechts anders is wanneer het territoriale lichaam op de betrokken (rechts)persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten (1) en deze (rechts)persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (2)*’.³⁵

³² Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Stb. 542 van 8 november 2012 (met de wijzigingen als gepubliceerd in: Stb. 241 van 30 juni 2016). Zie ook Artikel 2 richtlijn 2014/24/EU: “schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.” Zo ook het Hof in ro. 42 uit het Teckal arrest.

³³ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia*), ro. 49: “Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, moet de nationale rechter nagaan, of er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen.” Zie ook Ro 50: “Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.”

³⁴ Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden, zoals gewijzigd met de Wet van 25 maart 1993, nr. 81 en met de Wet van 15 mei 1997, nr. 127 (*ordinamento delle autonomie locali*). Gepubliceerd in G.U.R.I. van 12 juni 1990.

³⁵ Ro. 50. Toevoeging tussen haakjes EM.

Scheidingslijn in *Teckal* tussen aanbesteden en inbesteden

Uit de bewoordingen van het Hof kunnen een aantal onderscheidende criteria worden gedistilleerd die hanteerbaar zijn voor het trekken van een scheidingslijn tussen in- en aanbesteding:

een entiteit behoort *niet* tot de (*gezags*)structuur van een andere aanbestedende dienst wanneer die er *rechtens* van te onderscheiden is (in dit geval is er sprake van aanbesteding);

Maar voor zover een onderscheid mogelijk is:

(1) behoort een entiteit *wel* tot de (*gezags*)structuur van een andere aanbestedende dienst wanneer de aanbestedende dienst op de betrokken entiteit *toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten* en

(2) deze entiteit tegelijkertijd *het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen* (in dit geval is er sprake van inbesteding).

Deze twee voorwaarden zijn cumulatief van aard. Er moet aan beide zijn voldaan om te mogen inbesteden via een aparte rechtspersoon. Deze kan zowel via het privaatrecht in de vorm van een stichting, een N.V. of een B.V. worden opgericht, als in publiekrechtelijke vorm.³⁶

De participatie van de gemeente Viano in AGAC was maar 0,9%, waaruit kon worden geconcludeerd dat deze gemeente *geen* wezenlijke invloed op AGAC kon uitoefenen.³⁷ Het Hof stond deze inbestedingsconstructie *in casu* dan ook niet toe.

Kenmerken toezicht bij inbesteding:

Teckal

- (Geen kleine) participatie in de opdrachtnemer:

Een kleine participatie van de aanbestedende dienst (hier:0,9%) in de opdrachtnemer is te weinig om wezenlijke invloed te kunnen uitoefenen.

NB: toezicht is niet het enige vereiste in inbestedingszaken om een opdracht te mogen inbesteden.

De gecontroleerde rechtspersoon dient ook het merendeel (nu gesteld op 80%) van de activiteiten aan de controlerende overheidsinstanties leveren.

Na *Teckal* zijn in diverse zaken door het Hof de voorwaarden om te mogen inbesteden aangescherpt, waardoor het leek dat inbestedingsconstructies steeds moeilijker werden gemaakt. Het Hof verduidelijkte in (ro. 48) *Stadt Halle en RPL Lochau* (11 januari 2005, C-26/03) dat een overheidsinstantie haar taken van algemeen belang kan vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren. Maar besloot in deze zaak - net als in de zaken die kort daarop volgden, *Coname* (21 juli 2005, C-231/03, *NJ* 2006, 171), *Parking Brixen* (13 oktober 2005, C-458/03, *NJ* 2006, 226) en *Carbotermo* (11 mei 2006, C-340/04) - dat niet aan de randvoorwaarden om van

³⁶ Privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden (zoals een B.V. of stichting) lijken de voorkeur te krijgen boven publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden (zoals een gemeenschappelijke regeling Wet gemeenschappelijke regelingen, Stb. 1984, 669.³⁶). Dit blijkt uit een oudere telling uit 2010 die het bestaan tot dan toe van 698 samenwerkingsverbanden in publiekrechtelijke en 1022 in privaatrechtelijke vorm bevestigde (R.J.M.H. de Greef m.m.v. F. Maas, *Samenwerking tussen decentrale overheden, Een nadere analyse van samenwerking op grond van gemeenschappelijke regelingen*, december 2010, Berenschot/Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, te vinden via: <http://kennisopenbaarbestuur.nl/media/48839/samenwerking-tussen-decentrale-overheden.pdf> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

³⁷ Met participatie wordt hier het toezicht bedoeld maar ook de hoeveelheid uitgeoefende werkzaamheden.

toezicht als op de eigen diensten te spreken was voldaan en honoreerde daarom geen van de in-house constructies in het geding in die zaken.

De externe rechtspersoon (in onze casus de Nederlandse Loterij B.V.) dient kortom in een *afhankelijkheidsrelatie* tot de hoogste leiding van de concessie-verlenende overheidsinstantie te staan, zowel financieel als qua toezicht, om van inbesteding te mogen spreken.³⁸

Waarom het toezicht in Stadt Halle en RLP Lochau niet volstond

RPL Lochau is een in 1996 opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. 75,1 % van haar kapitaal behoort toe aan Stadtwerke Halle GmbH, waarvan de enige aandeelhouder, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, voor 100 % in handen is van de gemeente Stadt Halle, en 24,9 % aan een particuliere vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.³⁹

De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit volgens het Hof hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (ro. 49). Het Hof merkt daarbij op dat de “verhouding tussen overheidsorgaan en eigen diensten wordt beheerst door doelstellingen van algemeen belang, terwijl plaatsing van privé-kapitaal verband houdt met (andere) particuliere belangen“ (ro.50).

Kenmerken toezicht bij inbesteding:

Stadt Halle en RLP Lochau

- Geen participatie van een particuliere onderneming in het kapitaal van de opdrachtnemer: Deelneming, ook al is het voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de aanbestedende dienst deelneemt, sluit toezicht als op eigen diensten uit.

Waarom het toezicht in Parking Brixen niet volstond

In deze zaak is van belang dat de voorheen (zogenoemde) speciale onderneming Stadtwerke Brixen omgezet is in een aandelenvennootschap de N.V. “Stadtwerke Brixen AG”. De toets van het Hof aan het toezicht vindt *in casu* plaats in ro. 66-69:

- Voorheen was de speciale onderneming Stadtwerke Brixen een gemeentelijke instelling met als specifieke functie de plaatselijke openbare diensten (..) te verrichten. De gemeenteraad stelde het algemene beleid vast, wees het werkkapitaal toe, zorgde voor dekking van eventuele sociale lasten, onderzocht de bedrijfsresultaten en oefende het strategische toezicht uit, waarbij de onderneming verzekerd was van de nodige zelfstandigheid.
- Stadtwerke Brixen AG is volgens het Hof daarentegen een marktgerichte onderneming, zodat het toezicht van de gemeente wordt afgezwakt. Dit valt af te leiden uit:

a) de omzetting van Stadtwerke Brixen — speciale onderneming van de gemeente Brixen — in een naamloze vennootschap (Stadtwerke Brixen AG) en de aard van dit vennootschapstype;

³⁸ In deze zin bijvoorbeeld AG La Pergola in zijn conclusie van 19 februari 1998 in de Nederlandse zaak BFI-ARA.

³⁹ Ten overvloede: De verwijzende rechter noemt RPL Lochau een „overheidsonderneming met particuliere deelneming” en merkt op dat de verdeling van het kapitaal van de vennootschap pas eind 2001 in een vennootschapsovereenkomst is neergelegd, toen sprake was van het voornemen tot gunning van het betrokken project.

- b) de verruiming van het maatschappelijk doel, aangezien de vennootschap activiteiten heeft ontplooid op belangrijke nieuwe gebieden, met name vervoer van personen en goederen, alsmede informatica en telecommunicatie. Opgemerkt zij dat de vennootschap de ruime waaier van voorheen door de speciale onderneming uitgeoefende activiteiten heeft behouden (...).
- c) de verplichte openstelling, op korte termijn, van de vennootschap voor ander kapitaal;
- d) de territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap tot het hele land (in casu geheel Italië) en het buitenland;
- e) de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd:
 - o Aan de raad van bestuur zijn op grond van de statuten van Stadtwerke Brixen AG bijzonder ruime bevoegdheden voor het beheer van deze vennootschap verleend, aangezien het elke handeling kan stellen die het ter bereiking van het doel van de vennootschap noodzakelijk acht.
 - o Ook wijst de bevoegdheid zekerheden te stellen tot vijf miljoen euro of andere verrichtingen te stellen zonder voorafgaande toestemming van de aandeelhoudersvergadering op een ruime zelfstandigheid van deze vennootschap ten overstaan van haar aandeelhouders.
 - o Dat de gemeente Brixen de meerderheid van de leden van de raad van bestuur van Stadtwerke Brixen AG benoemt, is dus niet voldoende.
 - o Het toezicht van deze gemeente op Stadtwerke Brixen AG wordt echter in wezen beperkt door de handelingsvrijheid waarover de meerderheid van de vennoten *krachtens het vennootschapsrecht beschikt*, zodat de afhankelijkheid die de verhouding tussen deze gemeente en de speciale onderneming Stadtwerke Brixen kenmerkte, aanzienlijk is afgezwakt, gelet met name op de ruime bevoegdheden van de raad van bestuur van Stadtwerke Brixen AG.

Het Hof honoreert de investering niet: “wanneer een concessiehouder over een mate van zelfstandigheid beschikt die beantwoordt aan de hiervoor genoemde kenmerken, is het uitgesloten dat de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent als op haar eigen diensten”.

Kenmerken toezicht bij investering:	
<i>Parking Brixen</i>	
-	Mate van zelfstandigheid van de betrokken onderneming ten opzichte van de aanbestedende dienst.
-	Een marktgerichte onderneming verzwakt het toezicht, af te leiden uit specifieke factoren, bijv. <i>in casu</i> : aard van het vennootschapstype (N.V.), verruiming van maatschappelijke doel, verplichte openstelling voor ander kapitaal, territoriale uitbreiding van activiteiten, aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer nauwelijks wordt gecontroleerd door de overheidsinstantie.
-	Aanknopingspunten te grote bevoegdheden van het bestuur/ vennoten, <i>in casu</i> : ➤ Raad van bestuur ruime bevoegdheden voor het beheer, kan elke handeling stellen die het

ter bereiking van het doel van de vennootschap noodzakelijk acht, zekerheden stellen tot 5 miljoen euro en andere verrichtingen (zonder voorafgaande toestemming AV);

➤ Handelingsvrijheid van de meerderheid van de vennoten.

Waarom het toezicht in Carbotermo en Consorzio Alisei niet volstond

De aanbestedende dienst bezit in deze zaak 99,98 % van het kapitaal van AGESP Holding, terwijl de overige 0,02 % is in handen van andere territoriale lichamen.

Volgens de statuten van AGESP Holding kunnen particuliere aandeelhouders onder twee voorwaarden in deze vennootschap een belang nemen: de meerderheid van de aandelen moet in handen van de gemeente Busto Arsizio blijven, en geen enkele particuliere aandeelhouder mag meer dan 10 % van het maatschappelijk kapitaal bezitten (ro. 34).

AGESP Holding zelf heeft 100 % van het kapitaal van AGESP in handen. Volgens de statuten van AGESP kunnen particuliere aandeelhouders inschrijven op haar kapitaal, maar buiten AGESP Holding mag geen enkele aandeelhouder meer dan één tiende van het kapitaal van deze vennootschap bezitten (ro. 35). Het Hof verwijst naar Parking Brixen en beslist als volgt (ro. 37-39):

1. *Volledige kapitaal in handen van de vennootschap enkel ‘aanwijzing’ van toezicht als op de eigen diensten*
 - De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is niet beslissend, maar is een aanwijzing dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (volgens *Teckal*).

2. *Opdrachtgever geen bijzondere controlebevoegdheden of bijzonder stemrecht om handelingsvrijheid raden van bestuur te beperken*
 - De statuten van AGESP Holding en van AGESP verlenen de raad van bestuur van elk van deze vennootschappen de ruimste bevoegdheden ter verzekering van het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap. Maar ze verlenen de gemeente Busto Arsizio geen bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht waarmee zij de handelingsvrijheid van deze raden van bestuur zou kunnen beperken.

3. *Toezicht aanzienlijk beperkt*
 - Haar toezicht op deze twee vennootschappen komt in wezen overeen met de marge waarover de meerderheid van aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikt, wat de mogelijkheid voor haar om de beslissingen van deze vennootschappen te beïnvloeden aanzienlijk beperkt.

4. *Toezicht via holding is verzwakking toezicht*
 - Verder oefent de gemeente Busto Arsizio haar eventuele invloed op de beslissingen van AGESP uit middels een holdingvennootschap. Een dergelijke tussenpersoon kan, naar gelang van de omstandigheden, tot een verzwakking leiden van het eventuele toezicht dat de aanbestedende dienst op een aandelenvennootschap uitoefent door het enkele feit van haar deelneming in het kapitaal daarvan.

Het Hof van Justitie EU concludeert dat in dergelijke omstandigheden de aanbestedende dienst op de vennootschap waaraan de overheidsopdracht wordt toegewezen geen toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten.⁴⁰

Kenmerken toezicht inbestedingszaken:

Carbotermo en Consorzio Alisei

- Aanwijzing voldoende toezicht als overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap in handen hebben, daarnaast echter:
- Raad van bestuur van elk van de vennootschappen mogen niet de ruimste bevoegdheden ter verzekering van het gewone en het buitengewone beheer van de vennootschap hebben zonder dat de aanbestedende dienst een bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht heeft waarmee zij de handelingsvrijheid van deze raden van bestuur zou kunnen beperken.
- Toezicht aanbestedende dienst moet groter zijn dan die van de andere aandeelhouders, anders wordt haar mogelijkheid om de beslissingen van deze vennootschappen te beïnvloeden aanzienlijk beperkt.
- Invloed uitoefenen via een holdingvennootschap kan tot verzwakking van het toezicht leiden.

Een kentering in de jurisprudentie is zichtbaar in 2007 met de Spaanse zaak Tragsa⁴¹, de eerste zaak waarin het Hof een inbestedingsconstructie goedkeurde. Deze kentering wordt nog duidelijker met de beslissing van het Hof in de zaak *Sea Srl tegen Comune di Ponta Nossa*.⁴² Door in *Sea srl* te aanvaarden dat een eventuele ‘toekomstige’ deelneming van particulier kapitaal de inbesteding niet uitsluit, en de mate waarin toezicht aanwezig dient te zijn in consistente mate te verzwakken, heeft het Hof in ieder geval de mogelijkheden om voor inbesteding te kiezen verruimd.

Waarom het toezicht in Tragsa wel volstond

Het Hof bepaalt allereerst dat de omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het *volledige kapitaal* van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, een aanwijzing is dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefenen zoals op de eigen diensten. (ro. 57).

De toets van het toezicht door het Hof vindt *in casu* plaats in ro. 58-61:

- De Spaanse Staat heeft zowel rechtstreeks als via een holdingvennootschap en een garantiefonds 99 % van het maatschappelijk kapitaal van Tragsa in handen. Voor het overige hebben vier autonome regio's, die elk één aandeel bezitten, 1 % van voornoemd kapitaal in handen.
- Het Hof aanvaardt de stelling niet dat aan de voorwaarde van toezicht als op de eigen diensten enkel wordt voldaan voor opdrachten die worden verleend door de Spaanse staat, met uitsluiting van die welke worden verleend door de autonome regio's, ten aanzien waarvan Tragsa als een derde zou moeten worden aangemerkt omdat:
 - op grond van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen Tragsa *verplicht is om de opdrachten uit te voeren* die haar worden toegewezen door de overheidsorganen, met inbegrip van de autonome regio's.

⁴⁰ Zie ook ro. 61: Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat het overheidslichaam dat haar controleert toezicht uitoefent op de beslissingen die haar aangaan, indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen.

⁴¹ HvJ EG van 19 april 2007, C-295/05, Asemfo tegen Transformación Agraria SA (Tragsa) Administración del Estado.

⁴² HvJ EG van 15 september 2009, C-573/2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponte Nossa*.

- Uit deze nationale regeling lijkt eveneens voort te vloeien dat Tragsa in het kader van de werkzaamheden die zij als instrumenteel middel en technische dienst ten behoeve van deze regio's verricht, evenmin als in haar verhouding tot de Spaanse Staat, beschikt over de mogelijkheid om vrijelijk het tarief voor haar activiteiten vast te stellen, en dat haar betrekkingen met deze regio's niet van contractuele aard zijn.

Daarom concludeert het Hof (ro. 61) dat Tragsa niet als derde kan worden aangemerkt ten opzichte van de autonome regio's die een deel van haar kapitaal in handen hebben en keurt de inbesteding goed.

Kenmerken toezicht in inbestedingszaken:
<i>Tragsa</i>
<ul style="list-style-type: none"> - Grote / volledige deelneming Staat in vennootschap aanwijzing toezicht als op eigen diensten - (On)zelfstandigheid vennootschap: verplichte uitvoering na toewijzen opdracht overheidsorganen en geen mogelijkheid tot vaststellen tarieven
Een klein aandelenkapitaal in de rechtspersoon maakt toezicht niet mogelijk maar bij een te klein aandeel is toezicht toch mogelijk als de rechtspersoon 'intern gericht is, afhankelijk, ondergeschikt'

Verdere verduidelijking “toezicht” in Coditel, Sea srl en Econord

In uitspraken⁴³ na deze zaken zijn de mogelijkheden om te mogen investeren nader verduidelijkt en enigszins verruimd.

In het arrest *Coditel Brabant* hanteerde het Hof als relevante omstandigheden om de mate van toezicht te toetsen het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder(i), de samenstelling van zijn beslissingsorganen (ii) en de omvang van de bevoegdheden van zijn raad van bestuur (iii).

In *Coditel* gaat het om een intercommunale coöperatieve vennootschap waartoe particuliere vennoten niet kunnen toetreden. In casu vond het Hof van belang dat de beslissingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon uit afgevaardigden van de overheidsinstanties bestaan die bij haar zijn aangesloten. Dit wijst volgens het Hof erop dat deze instanties controle uitoefenen op de beslissingsorganen en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap.

De raad van bestuur van de externe rechtspersoon heeft de meest uitgebreide bevoegdheden; zo stelt hij met name de tarieven vast. Hij heeft bovendien de mogelijkheid, maar niet de verplichting, om aan de sector- of ondersectorcomités de oplossing van bepaalde aangelegenheden die aan deze sectoren of ondersectoren eigen zijn, te delegeren. Daarom twijfelde het Hof of deze rechtspersoon daardoor een marktgerichte onderneming is geworden en over welke mate van zelfstandigheid zij beschikt die het toezicht van de bij haar aangesloten overheidsinstanties onzeker maakt. In het voordeel was dat deze rechtspersoon niet als een aandelenvennootschap of een naamloze vennootschap was opgericht die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven, maar een intercommunale coöperatieve vennootschap die door de wet betreffende de intercommunales werd beheerst. Bovendien had ze op grond van die wet geen handelskarakter. De rechtspersoon had ten slotte als statutaire doel de taak het gemeentelijk belang te vervullen waarvoor zij was opgericht en streefde geen ander belang

⁴³ Zie de zaken C-480/06 van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland* (deze zaak vormt het nulpunt van de ontwikkeling van een andere vorm van investeren, ook genaamd 'horizontale investering' dan wel 'publieke samenwerking tussen overheidsinstanties'; het blijft in dit advies verder buiten beschouwing); C-324/07 van 13 november 2008, *Coditel*; C-573/07 van 10 september 2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponte Nossia*; C-196/08 van 15 oktober 2009, *Acoset SpA*; vgl. ook de feiten en de beslissing in C-145/08 en C-149/08 van 6 mei 2010, *Club Hotel Loutraki AE*.

na dan dat van de bij haar aangesloten overheidsinstanties. Het Hof bepaalde dat (behoudens verificatie van de feiten door de verwijzende rechter), ondanks de omvang van de bevoegdheden van haar raad van bestuur Brut  l   niet beschikt over een mate van zelfstandigheid die uitsluit dat de bij haar aangesloten gemeenten op haar toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten (ro.39).

Kenmerken toezicht inbestedingszaken:

Coditel Brabant

- Houderschap van het kapitaal van de concessiehouder; (in casu geen particuliere vennoten);
- Samenstelling van zijn beslissingsorganen (in casu afgevaardigden van de overheidsinstanties);
- Omvang van de bevoegdheden van zijn raad van bestuur. (in casu meest uitgebreide bevoegdheden, wat mate van toezicht - want geeft zelfstandigheid - onzeker maakt);
- Een B.V. of N.V. of anderszins hebben van handelskarakter kan belemmering zijn;
- Relevant is beantwoording van de vraag: welke doelen worden nagestreefd?

In *Sea Srl tegen Comune di Ponta Nossa* (ECLI:EU:C:2009:532) besloot de gemeente Ponte Nossa met een minderheidsparticipatie in Setco om rechtstreeks aan deze vennootschap te gunnen. Dit werd in rechte betwist omdat er geen sprake van toezicht als op de eigen diensten kon zijn, omdat de meerderheidsaandeelhoudster de gemeente Clusone was. Problematisch was ook het feit dat de rechtspersoon Setco volgens haar statuten preferente aandelen kon uitgeven ter eventuele bevordering van het aandeelhouderschap op lokaal niveau van burgers en ondernemers of dat van werknemers. Er konden dus particuliere investeerders een participatie nemen in het kapitaal van de betrokken vennootschap (maar in de praktijk had dit zich nog niet voorgedaan). Het Hof bepaalde dat het op het moment van de gunning dient te worden nagegaan of er werkelijk sprake is van een concreet kortetermijnperspectief van een dergelijke openstelling voor particuliere participatie.

Kenmerken toezicht inbestedingszaken:

Sea Srl tegen Comune di Ponta Nossa

- Als er geen particuliere investeerders zijn in het kapitaal van de vennootschap en concreet op korte termijn geen sprake van openstelling is, dan kan aan het ‘toezicht als op de eigen diensten’ worden voldaan.

In de zaak van 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11, *Econord* (ECLI :EU:C:2012:758) legt het Hof verder uit op welke wijze het ‘gezamenlijk’ toezicht dient te worden uitgeoefend om van toezicht als op de eigen diensten te kunnen spreken (ro. 30-33). Volgens het Hof is het niet vereist dat al de autoriteiten die in de vennootschap participeren afzonderlijk individuele toezichtsbevoegdheid hebben over deze entiteit, maar het kan ook niet zo zijn dat het toezicht uitsluitend kan berusten op de toezichtsbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken entiteit, aangezien het begrip „gezamenlijk toezicht” anders zou worden uitgehouden. De verwijzende rechter dient na te gaan in hoeverre alle participerende overheden effectief kunnen deelnemen aan het toezicht op grond van het feit dat zij in casu:

- een aandeelhoudersovereenkomst hebben gesloten, die hun het recht verleent om te worden geraadpleegd;
- om een lid van de raad van toezicht te benoemen; en
- om in overleg met de andere overheden die deze overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen.

Volgens het Hof is in geval van meerdere participerende overheden in een vennootschap pas aan het toezichtvereiste voldaan wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit(i) alsook deel uitmaken van de bestuursorganen(ii) ervan.

Kenmerken toezicht inbestedingszaken:
<i>Econord</i>
<ul style="list-style-type: none"> - Gezamenlijk toezicht betekent dat alle participerende overheden effectief kunnen deelnemen aan het toezicht, dat is het geval als: <ul style="list-style-type: none"> - ze partij zijn in de aandeelhoudersovereenkomst, inclusief recht om te worden geraadpleegd; - een lid van de raad van toezicht mogen benoemen - in overleg met de andere overheden een lid van de raad van bestuur mogen benoemen. <p>Dus, gaat om:</p> <ul style="list-style-type: none"> - allen moeten deelnemen in het kapitaal; - allen moeten deel uitmaken van de bestuursorganen ervan.

Tot slot is voor dit advies interessant de conclusie voor het arrest van het Hof van Justitie van 19 juni 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal en SUCH* (ECLI:EU:C:2014:2004). De rechtspersoon waarop toezicht moest worden gehouden als op de eigen diensten, SUCH, was ten tijde van de onderhandse gunning samengesteld uit publieke leden én uit entiteiten uit de particuliere sector. Het Hof besloot dan ook (ro. 44) dat de voorwaarde van „toezicht zoals op de eigen diensten” niet vervuld kan zijn wanneer de voor een overheidsopdracht geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is waarbij ten tijde van de gunning van die opdracht niet alleen entiteiten uit de publieke sector zijn aangesloten, maar ook particuliere instellingen (...) die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten.

Kenmerken toezicht inbestedingszaken:
<i>Centro Hospitalar de Setúbal en SUCH</i>
<ul style="list-style-type: none"> - De betrokken vennootschap mag niet bestaan uit entiteiten uit de particuliere sector, zelfs indien het een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is.

8. Codificatie jurisprudentie in nieuwe richtlijnen en omzetting in Aanbestedingswet 2012

Inmiddels is door de Europese wetgever bij de recente herziening van de richtlijnen overheidsopdrachten en concessies in 2014 de inbestedingsjurisprudentie gecodificeerd. De regels om via een aparte rechtspersoon te mogen investeren zijn in art. 12 richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke sectoren,ⁱ in art. 28 richtlijn voor de nutssectoren 2014/25/EU en art. 17 richtlijn betreffende concessieovereenkomsten 2014/23/EUⁱⁱ neergelegd. Per 1 juli zijn deze bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 letterlijk geïmplementeerd: zie de artikelen Art. 2.24a, 2.24b en 2.24c (klassieke sectoren); 3.23a, 3.23b en 3.23c (speciale sectoren); 2a.25 (concessies).

Kort samengevat bepalen deze artikelen dat overheidsopdrachten die aan gecontroleerde (externe) rechtspersonen worden gegund niet aan de aanbestedingsregels zijn onderworpen indien (1) de aanbestedende dienst over die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, (2) mits de activiteit van de gecontroleerde rechtspersoon voor ten minste 80 % bestaat uit het uitvoeren van taken die hem zijn opgedragen door de controle uitoefenende aanbestedende dienst of door andere rechtspersonen waarover die aanbestedende dienst controle uitoefent, ongeacht de begunstigde van de uitvoering van de opdracht.

Betekenis regulering inbestedingsjurisprudentie voor het aanbestedingsrecht

Met deze regulering wordt door de Unie niet alleen een duidelijk statement gemaakt, namelijk dat de overheid de *discretionaire bevoegdheid* behoudt om zelf taken, diensten, werken e.a. uit te voeren via externe rechtspersonen of in samenwerking met andere overheden. Tevens wordt voor de eerste keer in de geschiedenis van de Europese Unie ook de onzekerheid weggehaald over de vraag wanneer de overheid voor de publieke weg mag kiezen in plaats dan voor de markt. Dat is een vraag die jarenlang bijvoorbeeld ook de discussie heeft gedomineerd over de vraag of diensten van algemeen (economisch) belang (DAB / DAEB) wel of niet aanbesteed moesten worden.

Nu is in ieder geval duidelijk gemaakt dat voor de beantwoording van die *vraag niet de aard van de dienst* maar de voorwaarden waaronder de uitvoering wordt geregeld, doorslaggevend zijn. Er moet uiteraard wel in cumulatieve zin aan de voorwaarden worden voldaan die de richtlijn stelt. In de codificering van de Teckal-uitzondering wordt de eis namelijk niet gesteld dat alleen activiteiten van algemeen belang mogen worden inbesteed.

Ook de uitvoering van zuiver *economische* activiteiten mag dus aan een externe rechtspersoon worden toevertrouwd met inachtneming van alle eisen die de wet stelt, zonder dat de EU-regels inzake overheidsopdrachten behoeven te worden nageleefd.

Dit lijkt te worden bevestigd doordat de eis dat er sprake is van een taak van openbaar / algemeen belang wel gesteld is bij de codificering van een tweede inbestedingsuitzondering die door het Hof van Justitie in de zaak *Commissie tegen Duitsland*, C-480/06 van 9 juni 2009 werd geformuleerd.⁴⁴ In deze zaak verduidelijkte het Hof dat overheidsinstanties de mogelijkheid hebben om een taak van algemeen belang gezamenlijk uit te voeren. In lid 4 van art. 12 richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke sectoren, lid 4 van art. 28 richtlijn voor de nutssectoren 2014/25/EU en lid 4 van art. 17 richtlijn betreffende concessieovereenkomsten 2014/23/EU is deze uitzondering gecodificeerd.

Lid 4 luidt: “Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer (...) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat *de openbare diensten die zij moeten uitvoeren*, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van *hun gemeenschappelijke doelstellingen* (...) (cursivering EM)”⁴⁵

Nadere omschrijving toezicht als op eigen diensten

⁴⁴ In dit advies is deze tweede inbestedingsuitzondering die overheidsopdrachtgevers hebben om gezamenlijk ‘publiek’ samen te werken wegens de irrelevantie voor de onderhavige casus niet behandeld.

⁴⁵ Lid 4 luidt: “Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen; b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.”

In de laatste alinea van lid 1 van zowel art. 17 van de richtlijn concessieovereenkomsten 2014/23/EU, (als van art. 12 van de richtlijn overheidsopdrachten in de klassieke sectoren 2014/24/EU, en van art. 28 van de richtlijn nutssectoren 2014/25/EU) wordt t.a.v. de eisen aan het toezicht als op de eigen diensten als volgt bepaald:

“Een aanbestedende dienst (...) wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen (...) wanneer *hij zowel op strategische doelstellingen als significante beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent*. Dat toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie wordt gecontroleerd”.

Inbesteden alsnog mogelijk bij afwezigheid toezicht als op de eigen diensten?

Een aanbestedende dienst die geen toezicht over een rechtspersoon uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder de bepalingen van de richtlijn(en) toe te passen een opdracht gunnen aan een rechtspersoon die hij gezamenlijk met andere aanbestedende diensten controleert, wanneer aan elk van de volgende voorwaarden - cumulatief dus - is voldaan:

- (a) de aanbestedende dienst oefent op de betrokken rechtspersoon gezamenlijk met andere aanbestedende diensten toezicht uit zoals op hun eigen diensten;
- (b) meer dan 80% van de activiteiten van die rechtspersoon wordt verricht voor de controlerende aanbestedende diensten of andere rechtspersonen die door dezelfde aanbestedende diensten worden gecontroleerd;
- (c) er is geen directe privé-deelneming in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Uitleg wijziging eis omtrent deelneming privé kapitaal

Op sommige punten zijn de voorwaarden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU door de Europese wetgever, na behandeling in het Europees Parlement, aangepast en nader verduidelijkt. Bijvoorbeeld die omtrent de eis die het Hof telkens strikt heeft toegepast dat in de gecontroleerde rechtspersoon - om de inbestedingsconstructie juridisch toelaatbaar te mogen achten – geen privé kapitaal aanwezig mag zijn. Een eis die het Hof in *Sea srl* versoepelde door de eis te beperken tot “concrete en korte-termijn perspectief” om privé kapitaal aan te trekken.

Bij de codificatie is het verbod om privé kapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon te bezitten, beperkt tot rechtstreekse participatie van privékapitaal; er is een uitzondering gemaakt voor de krachtens de nationale wetgeving vereiste niet-controlerende en niet-blokkerende vormen van participatie van privékapitaal die in overeenstemming met het Verdrag zijn, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon. In dit laatste geval is deelneming van privé kapitaal dus wel mogelijk.

Dit zou de participatie van NOC*NSF en aan ALN in de Holding Nederlandse Loterij B.V. in een ander licht kunnen brengen indien vast zou komen te staan dat de privé deelneming in casu: een niet-controlerende en niet-blokkerende vorm van participatie van privékapitaal is (i), die krachtens de wet is vereist (ii), in overeenstemming met het verdrag (iii) en die geen beslissende invloed kan uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon (iv). Hieronder onder 9 meer.

Lid 3 van de betreffende bepalingen tot slot verduidelijkt verder wanneer er sprake is van *gezamenlijk toezicht*:

‘Voor de toepassing van punt a) (gezamenlijk toezicht, toevoeging EM) worden aanbestedende diensten geacht gezamenlijk toezicht uit te oefenen over een rechtspersoon wanneer aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i. de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen;
- ii. deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
- iii. de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

9. Aanknopingspunten uit *Betfair* en *Teckal* om vast te stellen of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen de Staat/overheid en De Nederlandse Loterij B.V.

In deze afrondende paragraaf worden de aanknopingspunten die de rechter formuleerde in de *Betfair* jurisprudentie opgesomd met het doel om te bezien of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen de Staat/overheid en De Nederlandse Loterij B.V. en zo doende te kunnen concluderen of de onderhandse vergunningverlening onder een van de twee *Betfair* uitzonderingen kan worden gebracht. Door de aandacht voor *Teckal* door de A-G in *Betfair* en in de literatuur wordt dezelfde toets ook ten aanzien van de aanknopingspunten in *Teckal* verricht.

- 1) Bij de formulering door het Hof van Justitie EU van de uitzonderingen op de transparantieplichting uit het arrest *Betfair* wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘openbare exploitant’ en ‘particuliere exploitant’.

Openbare of particuliere exploitant

- 2) De jurisprudentie over kansspelen geeft weinig aanknopingspunten om op heldere wijze een onderscheid te kunnen maken tussen het begrip ‘openbare exploitant’ en ‘particuliere exploitant’, waardoor het niet met zekerheid vast te stellen is onder welke variant de Nederlandse Loterij B.V. valt.
 - Het feit dat (iets meer dan) 99% van het aandelenkapitaal in handen van de Staat is, is een aanwijzing dat sprake is van een openbare exploitant maar het feit dat de Nederlandse Loterij als een B.V is opgericht om gelden te verwerven wijst op een particuliere exploitant.
 - Het laatste punt blijft in het licht van *Betfair* problematisch. Deze omstandigheid was immers een van de redenen voor de RvS om in *Betfair* te bepalen dat de Lotto zich – ondanks de afwezigheid van een winsttoegmerk – niet van andere kansspel aanbidders kon onderscheiden omdat ook de Lotto zich ten doel stelde om gelden te verwerven.
- 3) In een geval als *in casu* is dus van belang te bezien wat de ratio is die het Hof in *Betfair* hanteert om tot een rechtvaardiging te komen van de uitzondering op de transparantieplichting.
- 4) Bij deze toetsing gaat het er met name om vast te stellen of de relatie tussen de Nederlandse Loterij B.V. en de Staat/ overheid dermate afhankelijk is dat de doelstellingen die met het kansspelbeleid worden nagestreefd, gerealiseerd kunnen worden. In hoeverre de doelstellingen op zich een rol spelen later meer.

Afhankelijkheidstoets: ‘rechtstreeks toezicht’ en ‘strengere controle’

- 5) In *Betfair* en daaropvolgende jurisprudentie van het Hof van Justitie EU wordt niet ingegaan op rechtstreeks toezicht of strenge controle. Door de beslissingen van de RvS in *Betfair* en van de rechtbank Den Haag van maart jl. beschikken we wel over aanknopingspunten om te kunnen toetsen of er van ‘strengere controle’ sprake is. Hieronder toets ik de feiten in onderhavige casus aan deze aanknopingspunten en geef ik weer welke in de richting van een ‘strengere controle’ wijzen en welke juist de stelling dat er sprake is van strenge controle verzwakken.

Aanknopingspunten *Betfair*:

- 6) Uit *Betfair* volgt dat het niet van doorslaggevend belang is dat de minister de mogelijkheid heeft tot het stellen van voorwaarden en de bevoegdheid tot intrekken of wijzigen van een exclusieve vergunning op basis van het niet voldoen aan deze voorwaarden. Dit is onvoldoende om strenge controle vast te stellen, aangezien het gangbare bevoegdheden zijn binnen het Nederlandse vergunningsstelsel.
- Uit het voorgaande volgt dat het feit dat de KSA momenteel deze bevoegdheden heeft, geen argument is om van een vorm van ‘strenge controle’ over De Nederlandse Loterij B.V. te kunnen spreken.
- 7) Uit *Betfair* lijkt te volgen dat, wanneer een exploitant tot doel heeft gelden te verwerven, het ontbreken van een winstoogmerk de beoordeling van de controlemogelijkheden niet lijkt te beïnvloeden.
- Het feit dat in de statuten niets staat over winstoogmerk doet niets af aan het feit dat de fusie en oprichting van De Nederlandse Loterij B.V. onder meer gericht is op (beter) inkomsten genereren. Het verwerven van gelden kan dan ook wel als doel van de holding worden gezien.
- 8) Uit *Betfair* lijkt te volgen dat ‘strenge controle’ ook gezamenlijk uitgeoefend kan worden. Ook de RvS toetst zowel de rol van de minister alsook van het College.
- Het is kortom mogelijk dat de Staat en KSA over de B.V. *gezamenlijk* ‘strenge controle’ uitoefenen; hun bevoegdheden behoeven dus niet individueel daarop te wijzen.
- 9) In *Betfair* benadrukt de RvS het belang van controle via de benoeming van commissarissen. De benoeming van één commissaris door de minister zorgde niet per definitie voor strenge controle.
- Bij de Nederlandse Loterij B.V. zijn de controlemogelijkheden via de benoeming van commissarissen uitgebreider (en dus op dit punt ‘beter’) geregeld dan in *Betfair* (zie toetsing hierna).

Aanknopingspunten *Rb Den Haag en Liga Portuguesa*:

- 10) Op basis van *Liga Portuguesa* bevestigt de Rb Den Haag het belang van de controle/toezicht via de benoeming van bestuurders en/of commissarissen. In *Liga Portuguesa* werden alle leden van de raad van bestuur en alle andere bestuurders van organisatorische onderdelen van de vergunninghouder benoemd door de minister/regering.

In de zaken waarover de rechtbank Den Haag een uitspraak wees, was dit minder verstrekkend geregeld. Er was wel een extra Commissaris D met vetorechten toegevoegd die met de minister overlegt - ten opzichte van de RvS *Betfair* zaak – maar volgens de rechtbank werd:

- niet voldoende onderbouwd dat de Commissaris D inderdaad een vetorecht had ten opzichte van alle besluiten die raken aan het Nederlands kansspelbeleid;
- niet voldoende onderbouwd dat de Raad van Commissarissen geen besluiten aan nemen in afwezigheid van de Commissaris D;
- niet voldoende inzicht gegeven in de vorm en inhoud van het overleg tussen de minister en de Commissaris D;

- de mate waarin de toezichhoudende rol van de commissaris D in bijzondere mate afwijkt van de rol van de overige commissarissen niet goed afgebakend, aangezien zij zich allemaal moe(s)ten richten naar het belang van de stichting, daarbij het kansspelbeleid in ogenschouw nemend.

11) Dit is in *onderhavige* casus beter geregeld want de AV (lees: de Staat, aangezien iets meer dan 99% van de aandelen in handen van de Staat zijn en de overige aandelen ‘stemrechtloze aandelen’ zijn) heeft uitgebreide bevoegdheden ten aanzien van het bestuur van de Nederlandse Loterij B.V.:

- *Uitgebreide bevoegdheden AV ten aanzien van bestuur Nederlandse Loterij B.V.:*
 - Hoewel de AV op basis van bindende voordracht van de Raad van Commissarissen de bestuurders van de Nederlandse Loterij benoemt (art. 15), kan dit bindende karakter weer door een besluit van de AV ontnomen worden;
 - De AV is bevoegd de bestuurders te schorsen en te ontslaan na het horen van de Raad van Commissarissen (lid 4 en 5);
 - De AV stelt op voorstel van de Raad van Commissarissen het bezoldigingsbeleid van het Bestuur vast (lid 6).

- *Ook de bevoegdheden rondom de benoeming en ontslag van de Raad van Commissarissen is vrijwel in handen van de AV (oftewel de Staat), maar ze zijn niet allemaal even sterk:*
 - De commissarissen worden, behoudens het bepaalde in lid 6, op voordracht van de Raad van Commissarissen benoemd door de Algemene Vergadering (art 22).
 - De Algemene Vergadering en de ondernemingsraad kunnen aan de Raad van Commissarissen personen enkel aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen (lid 2). Dit betreft de zwakste regeling op dit punt; maar het is de vraag in hoeverre aanpassing nodig is gelet op het volgende punt.
 - De Algemene Vergadering kan bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste één derde (1/3e) van het geplaatste kapitaal, de voordracht afwijzen (lid 6). Omdat de Staat 99% aandeelhouder is, wordt *de facto* hier altijd aan voldaan.
 - De Algemene Vergadering kan bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste één derde (1/3e) van het geplaatste kapitaal, het vertrouwen in de Raad van Commissarissen opzeggen (lid 9). Omdat de Staat 99% aandeelhouder is, wordt daar ook in dit geval *de facto* altijd aan voldaan.
 - Het besluit bedoeld in lid 9 heeft het onmiddellijk ontslag van de commissarissen tot gevolg (lid 11).
 - De Algemene Vergadering stelt de bezoldiging van de Raad van Commissarissen vast (lid 13).

12) Verder was het in *Liga Portuguesa* van belang dat de vergunninghouder doelstellingen van algemeen belang nastreeft, zoals op het gebied van bescherming van bepaalde groepen, zoals moeders, kinderen en bejaarden;

- Uit de kamerbrief van 9 oktober 2015 blijkt dat afdrachten van de winst worden gedaan aan diverse maatschappelijke doelen, sport én de Staat. Op basis van mijn kennis kan ik mij niet uitlaten over de vraag of ook de afdrachten aan de Staat als een doel van algemeen belang kunnen worden gezien.

Aanknopingspunten aandeelhouderschap Staat:

13) Van *belang* hier is om te constateren dat meer dan 99% van de aandelen in handen zijn van de Staat in samenhang met het feit dat de overige aandelen ‘stemrechtloze aandelen’ betreffen.

Daardoor beschikt de Staat over de meeste bevoegdheden die krachtens de statuten aan de AV toekomen, o.a.:

- De AV dient voorafgaande toestemming te geven voor besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de met haar verbonden onderneming (art. 19 lid 2);
- De AV heeft de bevoegdheid om besluiten aan haar voorafgaande goedkeuring te onderwerpen, na schriftelijke duidelijke omschrijving en mededeling aan het Bestuur (art. 19 lid 5);
- De AV heeft bevoegdheden tot benoeming en ontslag van Bestuur en Raad van Commissarissen (als hiervoor besproken).
- De AV dient goedkeuring te geven over kapitaalvermindering (art. 11) en over het vruchtgebruik (art.12);
- De AV besluit over de uitgifte van aandelen (art. 6);
- De AV dient goedkeuring te geven wanneer het bestuur over de verkrijging van eigen aandelen besluit (art. 9).

Al deze bevoegdheden die aan de aandeelhouder toekomen en dus de facto aan de Staat, versterken de controle van de Staat over de B.V.

14) Problematisch kan wel het feit zijn dat aan de ‘stemrechtloze aandelen’ bevoegdheden zijn verbonden die het toezicht/ de controle van de Staat begrenzen. Voor bepaalde belangrijke beslissingen is immers een goedkeurende stem van NOC*NSF en ALN nodig. Het doel deze aandelen ‘passende zeggenschap’ te geven o.a. door de toekenning van deze bevoegdheden, bemoeilijkt de mogelijkheid tot uitoefenen van strenge controle/ rechtstreeks toezicht door de Staat (en/of KSA).

- Art. 35 uit de Statuten (bijzondere besluiten) bepaalt dat de AV de schriftelijke goedkeuring behoeft van de Vergadering van de Houders van Stemrechtloze Aandelen ten aanzien van:
 - het wijzigen van de doelomschrijving in de statuten;
 - het wijzigen van de statutaire winstrechten die NOC*NSF en ALN hebben;
 - uitgifte van aandelen;
 - intrekking van stemrechtloze Aandelen;
 - en het vervreemden / ontbinden van (delen van) de fusieorganisatie (juridische fusie / juridische splitsing).

Ik adviseer dan ook om naar de bevoegdheden die art. 35 aan de stemrechtloze aandelen toekent te kijken omdat deze aanleiding kunnen zijn om te twifelen dat de controle die de Staat via de AV uitoefent streng is.

Inspiratie uit de *Teckal* doctrine om te toetsen of er in casu sprake is van ‘strenge controle’/ ‘rechtstreeks toezicht’

1) Mede door de verwijzing naar *Teckal* door Advocaat-Generaal Bot in de *Betfair* zaak wordt beargumenteerd in de literatuur en in de recente conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven dat de *Betfair*-uitzonderingen lijken te zijn geïnspireerd door de *Teckal* doctrine.

Het is zeer de vraag – gezien de verschillen tussen de doelen die aan beide uitzonderingen ten grondslag liggen en de eisen die voor de toepassing van de inbestedingsuitzondering vervuld moeten zijn, in hoeverre de inzichten uit de *Teckal* doctrine ter interpretatie van het vereiste van ‘strengere controle’ dan wel ‘rechtstreeks toezicht’ kunnen dienen.

- 2) Bij inbesteden gaat het om de erkenning van de mogelijkheid die een overheidsinstantie heeft haar taken van algemeen belang te vervullen met *haar eigen administratieve, technische en andere middelen*, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren (arrest *Stadt Halle en RPL Lochau*, reeds aangehaald, punt 48).
- 3) Inmiddels is het duidelijk geworden dat ook diensten die normaliter als commerciële diensten worden gezien mogen worden inbesteed via een externe rechtspersoon die onder (1) toezicht staat als op de eigen diensten van de opdracht-concessieverlenende opdrachtgever (2), mits 80% van de activiteiten door de gecontroleerde rechtspersoon voor de controlerende overheidsinstantie worden uitgevoerd (de twee *Teckal*-vereisten). In de externe rechtspersoon mag geen particulier kapitaal aanwezig zijn, behoudens zeer strikte uitzonderingen die – overigens – niet inroepbaar lijken te zijn in Nederland (hierover later meer).
- 4) Daarom is van essentieel belang om de *afhankelijkheidsrelatie* van de gecontroleerde rechtspersoon aan te tonen ten opzicht van de controlerende overheidsinstantie(s). Die afhankelijkheid is sowieso aanwezig - zelfs in afwezigheid van toezicht als op de eigen diensten - wanneer de gecontroleerde rechtspersoon ‘intern gericht is, afhankelijk, en ondergeschikt’ (*Tragsa*).

Aanknopingspunten *Teckal*-jurisprudentie en aanbestedingswetgeving

- 5) Het Hof van Justitie van de EU heeft in zijn – inmiddels omvangrijke – jurisprudentie over inbestedingszaken steeds herhaald dat zelfs een kleine percentage privaat kapitaal een inbesteding frustreert. In zaak *Stadt Halle en RPL Lochau* (EU:C:2005:5, punten 49 en 50) vindt het Hof niet zozeer de rechtsvorm (een vennootschap) problematisch en zelfs niet dat de houders van de aandelen van de private deelneming een commerciële oogmerk (kunnen) hebben, maar wel het feit dat die particuliere entiteiten zich laten leiden door *overwegingen die verband houden met hun eigen particuliere belangen*, welke verschillen van de door de aanbestedende dienst nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Om die reden werd het toezicht in de zaak *Stadt Halle en RPL Lochau* niet als op de eigen diensten beschouwd.
- 6) In het licht van de inbestedingsdoctrine volgens *Teckal* zal met moeite kunnen worden beargumenteerd dat aan het vereiste van ‘toezicht als op de eigen diensten’ wordt voldaan nu NOC*NSF en ALN deelnemen (iets minder dan 1%) in het aandelenkapitaal. Dit geldt volgens het Hof zelfs wanneer de gecontroleerde rechtspersoon “van algemeen nut is en zonder winstoogmerk” (*SUCH* arrest). Het feit dat De Holding De Nederlandse Loterij B.V. geen winstoogmerk heeft maar wel als private onderneming wordt gezien en bedoeld is om ‘financiële voordelen’ te genereren (zie Kamerbrief in deze zin) zijn geen goede argumenten om voor het voldaan zijn van ‘toezicht als op eigen diensten’ te pleiten.
- 7) Met betrekking tot het vereiste dat er geen privé kapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon aanwezig mag zijn, is door de wetgever een nuancering aangebracht bij de codificering van de

betreffende beslissingen van het Hof. In de richtlijn concessieovereenkomsten uit 2014 en in de onlangs per 1 juli 2016 – naar aanleiding daarvan – herziene Aw 2012 is bepaald dat privé deelneming mogelijk is, wanneer aan de volgende cumulatieve eisen is voldaan:

- i. er moet sprake zijn van een niet-controlerende en niet-blokkerende vorm van participatie van privékapitaal,
- ii. die *krachtens de wet* is vereist,
- iii. in overeenstemming met het verdrag en
- iv. die *geen beslissende* invloed kan uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Het is van belang te bepalen in hoeverre de deelneming van NOC*NSF en ALN die zogenaamde stemrechtloze aandelen bezitten, naar Nederlands vennootschapsrecht en volgens het BW, aan bovenstaande cumulatieve eisen voldoet.

In het onderhavige geval lijkt zelfs deze nuancering geen uitkomst te bieden en blijft die deelneming problematisch omdat:

- deze vorm van privé deelname *niet* krachtens de Nederlandse nationale wet- en regelgeving is vereist;
- er niet aan de laatste cumulatieve eis onder iv. kan zijn voldaan: ten aanzien van bepaalde belangrijke beslissingen via de stemrechtloze aandelen kan immers een *beslissende* invloed worden uitgeoefend; zo hebben zij enkele bijzondere goedkeuringsrechten op basis van art. 35 ‘Bijzondere besluiten’; zoals eerder vermeld betreft dit besluiten die dermate zwaarwegend zijn dat deze niet kunnen worden genomen zonder instemming van de houders van stemrechtloze aandelen, omdat hiermee bijvoorbeeld hun rechten wijzigen.

Private deelneming (NOC*NSF en ALN) problematisch

Volgens het HvJ EU:

- De private deelneming van NOC*NSF en ALN lijkt op het eerste gezicht “toezicht als op de eigen diensten” uit te sluiten. Het Hof van Justitie van de EU heeft in zijn – inmiddels omvangrijke – jurisprudentie over inbestedingszaken steeds herhaald dat zelfs een kleine percentage deelneming privé kapitaal een inbesteding frustreert.
- De Nederlandse Loterij B.V. mag niet bestaan uit entiteiten uit de particuliere sector, zelfs indien een vereniging van algemeen nut zonder winst oogmerk is.
Ogenschijnlijk geen nuancering mogelijk bij de codificering in de onlangs per 1 juli 2016 ingevoerde herziene Aanbestedingswet 2012:
- **Privé deelneming is mogelijk wanneer die geen controle of blokkerende macht opleverende vorm betreft;**
- Deze vorm dient krachtens de nationale wet- en regelgeving vereist te zijn, in overeenstemming met de verdragen. Deze vorm van deelname lijkt *niet* krachtens de Nederlandse nationale wet- en regelgeving vereist te zijn;
- Daarnaast mag deze deelneming geen *beslissende* invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon. Dit lijkt wel het geval te zijn ten aanzien van de besluiten in art. 35 opgesomd.

- 8) Het Hof van Justitie bepaalde in *Parking Brixen* dat het feit dat een gecontroleerde rechtspersoon een marktgerichte onderneming is, het toezicht van de controlerende overheidsinstantie afzwakt. Dit kon het Hof afleiden uit de volgende omstandigheden:

- de omzetting in een naamloze vennootschap en de aard van dit vennootschapstype; in casu is er sprake van een private onderneming in de vorm van een B.V.;
- de verplichte openstelling in Parking Brixen - op korte termijn - van de vennootschap voor ander kapitaal; in de onderhavige casus is die private deelneming al aanwezig;
- de territoriale uitbreiding van de activiteiten van de vennootschap tot het hele land (*in casu* geheel Italië) en het buitenland.

Het feit dat de Nederlandse Loterij B.V. naar Nederlands privaatrecht een ‘private onderneming’ is in de vorm van een B.V. en de statuten van de oprichting van de Nederlandse Loterij B.V. in de mogelijkheid voorzien om buiten Nederland investeringen te verrichten, verzwakt de mogelijkheid om in het licht van *Teckal* van ‘toezicht als op de eigen diensten’ te kunnen spreken.

- 9) Het toezicht door de concessie-verlenende overheid dient gelijk te zijn aan het toezicht dat deze overheidsinstantie op haar eigen diensten uitoefent. Dit houdt in dat er een *beslissende invloed* op zowel de *strategische doelstellingen* als op de *significante besluiten* moet kunnen worden uitgeoefend.

Om te bepalen of hier sprake van is, dient volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie een onderzoek te worden verricht naar alle relevante wetsbepalingen, statutenbepalingen en concrete omstandigheden. Als wij deze eis op de controlerende positie van de Staat willen toepassen, dan betekent dit dat:

- via het toezicht de Staat beslissende invloed moet kunnen uitoefenen op zowel de *strategische doelstellingen* als op de *significante besluiten* van de Nederlandse Loterij B.V.;
- deze invloed moet doorslaggevend kunnen zijn en op alle beslissingen betrekking hebben: zowel op de strategische doelstellingen en keuzes als op belangrijke (beleids)beslissingen van de rechtspersoon;

Dit lijkt wel het geval te zijn als het gaat om de bevoegdheden die de AV (de facto de Staat met 99% aandelen) op basis van art. 19 lid 2 van de statuten heeft:

- Zo is *voorafgaande toestemming* van de Algemene Vergadering ‘vereist’ voor besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de met haar verbonden onderneming. Deze goedkeuring *ex ante* is vereist bijvoorbeeld bij investeringen binnen en buiten Nederland boven een bepaalde drempel.
- De AV heeft op grond van lid 5 van art. 19 ook de bevoegdheid om besluiten van het Bestuur die niet onder lid 2 staan vermeld aan haar *voorafgaande goedkeuring* te onderwerpen na schriftelijke duidelijke omschrijving en mededeling aan het Bestuur.
- Verder besluit de AV in geval van kapitaalvermindering volgens art. 11 en over het vruchtgebruik (art.12) (goedkeuring vereist).
- De AV besluit ook volgens art. 6 over de uitgifte van aandelen; en in geval het Bestuur op grond van art. 9 over de verkrijging van eigen aandelen besluit dan is goedkeuring van de AV nodig.

- De benoeming van de bestuurders geschiedt op grond van art. 15 door AV maar wel op basis van bindende voordracht van de Raad van Commissarissen (maar het bindende karakter kan weer door besluit AV ontnomen worden).
- Op basis van lid 4 en 5 geschiedt het schorsen en ontslaan van de bestuurder door de AV na het horen van de Raad van Commissarissen. Op voorstel van de RvC stelt de AV het bezoldigingsbeleid van het Bestuur vast volgens lid 6.

Gezien de Algemene Vergadering ten aanzien van bepaalde besluiten enkel een raadplegende stem heeft en enkel een rol bij benoeming en ontslag, is het zeer de vraag of dan aan het vereiste van toezicht als op de eigen diensten is voldaan.

10) Volgens het Hof is verder onbelangrijk of beslissingen bij veto of meerderheid worden genomen. De toezichthoudende overheidsinstantie dient *concrete instructies* te kunnen geven.

- Concrete instructies kunnen geven betekent dat beslissingen die door Nederlandse Loterij B.V. worden genomen, door de controlerende overheidsinstantie (de Staat) gecontroleerd en gecorrigeerd moeten kunnen worden; het dient meer in te houden dan louter dominante invloed: er moet sprake zijn van concrete controlerechten.

Uit de beslissingen van het Hof van Justitie EU in de inbestedingszaken blijkt verder dat:

11) Een klein aandelenkapitaal in de rechtspersoon maakt toezicht niet mogelijk maar bij een te klein aandeel is toezicht toch mogelijk als de rechtspersoon ‘intern gericht is, afhankelijk, ondergeschikt’ (*Tragsa*). Gezien de grote deelneming van de Staat is dit hier niet aan de orde. Wel kan de 1% deelneming door particuliere aandeelhouders volgens de *Teckal* doctrine problematisch zijn.

12) Toezicht via een holding is een verzwakking van het toezicht (*Carbotermo*). De Holdingstructuur van de Nederlandse Loterij B.V. kan het toezicht verzwakken. Dit betekent dat ook de relatie van de Staat met de onder de Holding gebrachte B.V.’s zodanig als ‘als op de eigen diensten’ dient te zijn.

Ik concludeer dat:

In het licht van Betfair:

- 1) Het feit dat aan de ‘stemrechtloze aandelen’ bevoegdheden zijn verbonden die het toezicht/ de controle van de Staat begrenzen (zie art. 35 van de statuten), bemoeilijkt de mogelijkheid tot het uitoefenen van strenge controle/ rechtstreeks toezicht door de Staat. Voor bepaalde belangrijke beslissingen is immers een goedkeurende stem van NOC*NSF en ALN nodig. Het wegnemen van deze bevoegdheden aan de stemrechtloze aandelen versterkt de mate waarin de Staat toezicht uitoefent.
- 2) Art. 22 lid 2 van de statuten die over de benoeming van de Commissarissen gaat, kan problematisch zijn omdat de Algemene Vergadering (de facto de Staat) en de ondernemingsraad aan de Raad van Commissarissen kandidaten enkel mag *aanbevelen* om als commissaris te worden voorgedragen (lid 2). Deze bepaling lijkt het toezicht te verzwakken. Wel heeft de Staat uiteindelijk de facto de mogelijkheid om een voordracht af te wijzen op

grond van lid 6. Om problemen op dit punt te voorkomen verdient het aanbeveling om de samenhang tussen lid 2 en 6 te verbeteren.

In het licht van Teckal:

- 3) Het blijft problematisch het feit dat NOC*NSF en ALN, als particulieren, deelnemen (met iets minder dan 1%) in het aandelenkapitaal.
- 4) Het feit dat de Nederlandse Loterij B.V. naar Nederlands privaatrecht een ‘private onderneming’ is in de vorm van een B.V. en de statuten van de oprichting van de Nederlandse Loterij B.V. in de mogelijkheid voorzien om buiten Nederland investeringen te verrichten, verzwakt de eis van ‘toezicht als op de eigen diensten’.
- 5) Gezien de Algemene Vergadering ten aanzien van bepaalde besluiten enkel een raadplegende stem heeft en enkel een rol bij benoeming en ontslag, is het zeer de vraag of dan aan het vereiste van toezicht als op de eigen diensten is voldaan.
- 6) Wanneer particulier kapitaal deelneemt - ook is dat maar voor niet meer dan 1% deelneming - kan niet aan het vereiste van toezicht als op eigen diensten worden voldaan.
- 7) Toezicht via een holding is een verzwakking van het toezicht (*Carbotermo*). De Holdingstructuur van de Nederlandse Loterij B.V. kan het toezicht verzwakken. Dit betekent dat ook de relatie van de Staat met de onder de Holding gebrachte B.V.’s zodanig als ‘als op de eigen diensten’ dient te zijn.

Prof. mr. Elisabetta R. Manunza

Hoogleraar Internationaal en Europees aanbestedingsrecht

Public Procurement Research Centre - www.pprc.eu

Utrecht University, School of Law, Achter Sint Pieter 200, 3512 HT, Utrecht, The Netherlands

T: +(0)30 253 5704 / +(0)30253 6367;

M 06 50695646

E: e.r.manunza@uu.nl;

W: <http://www.uu.nl/rebo/medewerkers/ERManunza>;

ⁱ **Artikel 12 Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector**

1. Een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en
- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissend invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Dit toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd.

2. Lid 1 is eveneens van toepassing wanneer een gecontroleerde rechtspersoon die een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen directe participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

3. Een aanbestedende dienst die op een privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uit zoals op hun eigen diensten;
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en
- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon. Voor de toepassing van punt a) van de eerste alinea oefenen de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uit over een rechtspersoon indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten; individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen;
- ii) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
- iii) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

4. Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

5. Het percentage van de activiteiten als bedoeld in lid 1, eerste alinea, onder b), lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 4,

onder c), wordt bepaald aan de hand van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht.

Wanneer in verband met de datum van oprichting van of aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die rechtspersoon of aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, de omzet of een alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals gemaakte kosten, over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, volstaat het om met name middels bedrijfsprognoses aan te tonen dat de meting van de activiteit aannemelijk is.

ⁱⁱ Artikel 17

Concessies tussen instanties in de overheidssector

1. Een concessie die door een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), is gegund aan een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten, en

b) meer dan 80 % van de activiteiten van de rechtspersoon op wie toezicht wordt uitgeoefend, betreft het verrichten van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of aanbestedende instantie of door andere, door die aanbestedende dienst of aanbestedende instantie gecontroleerde rechtspersonen, en

c) er is geen rechtstreekse participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van de krachtens de nationale wetgeving vereiste niet-controlerende en niet-blokkerende vormen van participatie van privékapitaal, in overeenstemming met het Verdrag, die geen beslissende invloed uitoefenen op gecontroleerde rechtspersoon.

Een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van punt a) van de eerste alinea van dit lid wanneer hij zowel op strategische doelstellingen als significante beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Dat toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie wordt gecontroleerd.

2. Lid 1 is eveneens van toepassing wanneer een gecontroleerde rechtspersoon die een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie is als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), een concessie gunt aan haar controlerende aanbestedende dienst of aanbestedende instantie, of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst of aanbestedende instantie wordt gecontroleerd, mits er geen rechtstreekse participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon waaraan de concessie wordt gegund, met uitzondering van de krachtens de nationale wet- en regelgeving vereiste niet-controlerende en niet-blokkerende vormen van participatie van privékapitaal, in overeenstemming met het Verdrag, die geen enkele beslissende invloed uitoefenen op gecontroleerde rechtspersoon.

3. Een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), die geen toezicht over een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon uitoefent in de zin van lid 1 van dit artikel, kan niettemin zonder toepassing van de bepalingen van deze richtlijn een concessie gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), oefent samen met andere aanbestedende diensten of aanbestedende instanties over die rechtspersoon toezicht uit zoals op de eigen diensten;

b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon betreft het verrichten taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of aanbestedende instanties of door andere, door dezelfde aanbestedende diensten of aanbestedende instanties gecontroleerde rechtspersonen, en

c) er is geen rechtstreekse participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van de krachtens de nationale wetgeving vereiste niet-controlerende en niet-blokkerende vormen van participatie

van privékapitaal, in overeenstemming met het Verdrag, die geen enkele beslissende invloed uitoefenen op gecontroleerde rechtspersoon.

Voor de toepassing van de eerste alinea, onder a), van dit lid, oefenen de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), gezamenlijk toezicht uit over een rechtspersoon indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten of aanbestedende instanties.

Individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten of aanbestedende instanties vertegenwoordigen;

ii) deze aanbestedende diensten of aanbestedende instanties zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en

iii) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met die van de controlerende aanbestedende diensten of aanbestedende instanties.

4. Een overeenkomst die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), is gesloten, valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

a) de overeenkomst brengt een samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten of aanbestedende instanties tot stand of geeft er een invulling aan, teneinde ervoor te zorgen dat de openbare diensten die zij moeten verlenen, worden verricht met het oog op de verwezenlijking van de doelstellingen die zij met elkaar gemeen hebben;

b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c) de deelnemende aanbestedende diensten of aanbestedende instanties verrichten op de open markt minder dan 20 % van de activiteiten waarop de samenwerking betrekking heeft.

5. Het percentage van de activiteiten als bedoeld in lid 1, eerste alinea, onder b), lid 3, eerste alinea, onder b), en lid 4, onder c), wordt bepaald op grond van de totale omzet of een op een passende alternatieve activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die de betrokken rechtspersoon, de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder a), voor de diensten, leveringen en werken in de drie jaar voorafgaand aan de gunning van de concessie heeft gemaakt.

Indien vanwege de datum van oprichting van de betrokken rechtspersoon, de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie of vanwege een reorganisatie van zijn activiteiten, de omzet of de op een alternatieve op activiteiten gebaseerde maatstaf, zoals de kosten, over de drie voorafgaande jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, volstaat het om aan te tonen dat met name op grond van bedrijfsmatige vooruitzichten wordt aangetoond dat de meting van de activiteit aannemelijk is.