

Het merendeel criterium bij de ‘quasi in-house’ uitzondering

Pieter Kuypers

1. Inleiding

Jan-Michiel Hebly en ik zijn onze academische carrière op dezelfde wijze begonnen: met een proefschrift op het gebied van het internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden. In 1994 promoveerde Jan-Michiel Hebly aan de Universiteit Leiden op het proefschrift: *Verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken*.¹ Een mooi onderwerp in het internationaal privaatrecht dat aan belang in de internationale procespraktijk niets heeft verloren. Aan dezelfde universiteit verdedigde ik in 2008 een proefschrift over *forumkeuze in het internationaal privaatrecht*.² Ook een onderwerp behorende tot het internationale procesrecht, dat nog steeds een belangrijke rol speelt. Daarna zijn we beiden in het aanbestedingsrecht beland. Jan-Michiel Hebly heeft die switch eerder gemaakt. Tussendoor heb ik nog veel aantrekkingskracht gevoeld voor het mededingingsrecht, terwijl Jan-Michiel Hebly zich verdiepte in het bouwrecht. Daarom heb ik – volgens mij meer dan Jan-Michiel Hebly - steeds een sterke belangstelling voor het snijvlak van het aanbestedings- en mededingingsrecht behouden. Een van de belangrijkste uitzonderingen op de plicht aan te besteden onder waarborging van daadwerkelijke mededinging, is de mogelijkheid om opdrachten quasi in-house te verlenen. De belangrijkste bepaling over ‘quasi in-house’ opdrachten is artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU: overheden zijn – onder voorwaarden gerechtigd overheidsopdrachten binnen de eigen organisatie te plaatsen zonder een oproep tot mededinging.

Sanchez Graells suggereert dat een van de hoofddoelen van de aanbestedingsregels de bescherming van de mededinging is, aangezien het HvJ EU herhaaldelijk heeft verklaard dat het doel van de aanbestedingsregels ‘de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten’ is.³ Volgens de rechtspraak van het HvJ EU zijn de regels inzake overheidsopdrachten in het leven geroepen om de totstandkoming van een interne markt te bevorderen. Het vrije verkeer moet worden gewaarborgd en de beperkingen van de mededinging moeten worden beperkt. Op basis van zijn waarnemingen over de vorige

¹ J.M. Hebly, *Verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken*, diss. Leiden (1994). Voor een bespreking zie L. Strikwerda, *NJB* 1995, p. 1635-1636.

² P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, diss. Leiden (2008).

³ A. Sanchez Graells, *Public procurement and the EU competition rules*, 2011, p.109 e.v.

generaties van de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten en van de rechtspraak van het HvJ EU, stelt Sanchez Graells voor dat de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten mede moet worden opgebouwd rond een ‘mededingingsbeginsel’.⁴ Hij ziet dit beginsel bevestigd in artikel 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, hoewel mijns inziens deze bepaling op dit punt niet uitblinkt in duidelijkheid.⁵ De erkenning van een dergelijk beginsel, dat volgens Sanchez Graells al impliciet bestaat in het primaire EU aanbestedingsrecht, zou ertoe leiden dat de toepassing en de uitlegging van de aanbestedingsregels gericht moeten zijn op het niet belemmeren, beperken of vervalsen van de mededinging.⁶ De regels inzake overheidsopdrachten zouden derhalve door het HvJ EU worden geïnterpreteerd om beperkingen of verstoringen van de mededinging en het vrije verkeer te voorkomen. Uitzonderingen op de regels inzake overheidsopdrachten kunnen gerechtvaardigd zijn, zolang de uitzondering geen belemmering vormt voor het vrije verkeer van personen, kapitaal en goederen of voor de mededinging op de interne markt. In mijn oratie heb ik op andere gronden eveneens bepleit dat een mededingingsbeginsel een steviger plaats moet krijgen in het aanbestedingsrecht.⁷

Het lijkt er dus op dat het HvJ EU zijn arresten hoogstwaarschijnlijk zal baseren op overwegingen betreffende een mogelijk gevaar voor een uniforme interpretatie van het EU-recht, het vrije verkeer en de mededinging. Daarom zal ik in deze bijdrage de mogelijke toekomstige ontwikkelingen over het merendeelcriterium in het licht van deze overwegingen onderzoeken.

2. Artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU

Algemeen

Volgens de rechtspraak van het HvJ EU zijn de regels inzake overheidsopdrachten in het leven geroepen om de totstandkoming van een interne markt te bevorderen. Het vrije verkeer moet worden gewaarborgd en de beperkingen van de mededinging moeten worden teruggebracht. Artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU was bedoeld om de leerstukken met betrekking tot de vrijstellingen zoals die in de rechtspraak van het HvJ EU zijn ontwikkeld, te codificeren. De bepaling moest voorkomen dat de vrijstellingen in de verschillende lidstaten van de Europese Unie verschillend zouden worden uitgelegd en alle rechtsonzekerheid die door de doctrines van het

⁴ Sanchez Graells 2011, p. 190 e.v.

⁵ Sanchez Graells doelt op de volgende zinnen in het eerste lid: ‘Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.’

⁶ O.c. noot 3, p. 149.

⁷ P.H.L.M. Kuypers, *TAAAN* 2014, Afl. 3, Aanbesteding en mededinging. Een koningskoppel?

HvJ EU was blijven bestaan, opheffen.⁸ De nieuwe EU-wetgeving – waarvan Richtlijn 2014/24/EU deel uitmaakt - liet echter een aantal vragen onbeantwoord. En vragen over de nieuwe vrijstellingen zullen nodig zijn om de inhoud te begrijpen. De daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid en het mogelijke misbruik van de vrijstellingen zullen naar alle waarschijnlijkheid leiden tot nieuwe procedures in aanbestedingszaken, waarin het HvJ EU zal worden verzocht de vragen die de Europese wetgever heeft opengelaten of onbeantwoord zijn gebleven, op te helderen. De precisering en uitlegging van de nieuwe regels over 'quasi in-house'-opdrachten zal dus door het HvJ EU moeten worden beslist. Het is onmogelijk om met zekerheid te voorspellen welke arresten het HvJ EU in deze toekomstige zaken zal wijzen om richting te geven aan de 'quasi in-house'-uitzondering. Daarvoor zijn de rechtsstelsels in de EU staten te verschillend en de organisatie van de publieke sector te uiteenlopend.

Uitzonderingen op de regels inzake overheidsopdrachten – zoals de 'quasi in-house'-regeling – kunnen gerechtvaardigd zijn zolang de uitzondering geen belemmering vormt voor het vrije verkeer van personen, kapitaal en goederen of voor de mededinging op de interne markt. Het lijkt er dus op dat het HvJ EU zijn beslissingen hoogstwaarschijnlijk zal baseren op overwegingen betreffende een mogelijk gevaar voor een uniforme interpretatie van het EU-recht, het vrije verkeer en de mededinging.

Artikel 12 lid 1: quasi in-house

Volgens artikel 12 lid 1 onder b Richtlijn 2014/24/EU is de 'quasi in-house'-vrijstelling alleen van toepassing in situaties waarin de gecontroleerde entiteit meer dan 80 procent van haar activiteiten verricht met de controlerende aanbestedende dienst. Met dit lid heeft de Europese wetgever een kwantitatieve markering gegeven voor de vervulling van het merendeel criterium. Toch is het duidelijk dat dit 'merendeel criterium' niet volledig overeenstemt met het 'merendeel criterium' dat in de rechtspraak van het HvJ EU is ontwikkeld.⁹ Hoewel het HvJ EU kwantitatieve factoren in aanmerking heeft genomen, heeft het nooit een specifiek, vast (minimum)percentage aanvaard om 'het wezenlijke deel van de werkzaamheden' te definiëren. Bovendien acht het HvJ EU zowel kwalitatieve als kwantitatieve factoren van belang om dit 'essentiële deel van de werkzaamheden' te bepalen. De vraag is dus of het HvJ EU zijn benadering zal wijzigen en niet langer kwalitatieve factoren in aanmerking zal nemen bij de beoordeling of het voor de controlerende aanbestedende dienst verrichte deel van de werkzaamheden essentieel is.

De richtlijn heeft het merendeel criterium van het HvJ EU niet woordelijk overgenomen, zoals dat wel met andere criteria is gebeurd. Het criterium is gewijzigd van een vereiste van een 'essentieel deel' van de activiteiten naar een vereiste van 80 procent. Omdat het criterium niet langer afhankelijk is van een

⁸ Considerans Richtlijn 2014/24/EU, par. 31.

⁹ HvJ EU 19 April 2007, C-295/05 (*Asemfo*), r.o. 63.

begrip als ‘wezenlijk deel’, maar alleen van een kwantitatieve voorwaarde, laat de letter van artikel 12 lid 1 sub b Richtlijn 2014/24/EU geen ruimte voor kwalitatieve factoren naast het kwantitatieve cijfer. Het HvJ EU zou moeten ingaan tegen de gewijzigde benadering in artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU, die niet langer uitgaat van essentiële activiteiten, maar van een drempel. Het lijkt onwaarschijnlijk dat het HvJ EU tegen deze benadering van de Europese wetgever zal ingaan en het Hof een standpunt inneemt dat in strijd is met de nieuwe benadering in artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU. Aangezien het HvJ EU streng leek in zijn benadering van het criterium van gelijksoortige activiteiten, is het waarschijnlijk dat de beoordeling van 80 % ook streng zal zijn. In artikel 12 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU wordt erop gewezen dat de activiteiten moeten worden bepaald op basis van de omzet of een andere geschikte op activiteiten gebaseerde maatstaf. Het HvJ EU zal waarschijnlijk terughoudend zijn bij de aanvaarding van deze alternatieve berekeningen en wellicht toch kijken naar de wezenlijke aard van de activiteiten. Kosten zijn op zich geen duidelijke indicator voor de omvang van de activiteiten, omdat in de publieke sector kosten vaak op een andere basis worden berekend dan in ondernemingen en het in veel gevallen moeilijk is om kosten rechtstreeks aan bepaalde activiteiten toe te rekenen.

De Europese wetgever heeft voorts een nieuw element aan het merendeel criterium toegevoegd door te besluiten dat ook indirect aan het criterium kan worden voldaan, doordat een derde die wordt gecontroleerd door de aanbestedende dienst de opdrachten verleent. Het openen van de mogelijkheid om op deze wijze indirect aan het merendeel criterium te voldoen, leidt tot een soortgelijke rechtsonzekerheid als die bestaat over indirecte zeggenschap. Is de omstandigheid dat slechts indirect aan het criterium wordt voldaan relevant voor de vervulling van het criterium? Het HvJ EU is nooit ingegaan op de mogelijkheid dat het merendeel criterium indirect vervuld wordt door rekening te houden met de activiteiten die niet voor de aanbestedende dienst worden verricht, maar voor een entiteit die ook door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Het standpunt van het HvJ EU over dit onderwerp is dus niet bekend. Het HvJ EU heeft zich echter uitdrukkelijk restrictief uitgelaten over de indirecte vervulling van het controlecriterium. Het lijkt waarschijnlijk dat het HvJ EU de indirecte vervulling van een ander criterium in hetzelfde kader (‘quasi in-house’-situaties) even restrictief zal behandelen. Er is geen duidelijke reden waarom de rechter de indirecte vervulling van het activiteiten-criterium anders zou moeten benaderen dan de indirecte vervulling van het toezichtscriterium. Beide criteria zijn bedoeld om vast te stellen dat de partij bij de overeenkomst afhankelijk is van de aanbestedende dienst, op een economische respectievelijk bestuurlijke wijze. Ten tweede en in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU zeker zo belangrijk wordt hiermee voorkomen dat de aanbestedende partij de mededinging vervalst. De positionering van een derde partij (of derden) in de relatie tussen de aanbestedende dienst en de aanbestedende partij zal nagenoeg altijd bijdragen tot een verzwakking van de band tussen deze twee entiteiten. De afhankelijkheid neemt af, omdat de aanbestedende partij minder afhankelijk is van de aanbestedende dienst. Het lijkt daarom waarschijnlijk dat het HvJ EU het feit dat de activiteiten

niet rechtstreeks voor de aanbestedende dienst zelf worden verricht (maar voor een derde die de aanbestedende dienst controleert), als een mogelijke belemmering voor de vervulling van het merendeel criterium zal beschouwen.

Verdere rechtsonzekerheid ten aanzien van artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU vloeit voort uit de reikwijdte van de potentiële kring van cliënten waarvoor de gecontroleerde entiteit haar activiteiten mag verrichten. De nieuwe bepaling neemt niet alleen de activiteiten in aanmerking die rechtstreeks voor de aanbestedende dienst worden uitgeoefend, maar maakt het ook mogelijk activiteiten op te nemen die worden uitgeoefend voor entiteiten die indirect door de aanbestedende dienst worden gecontroleerd. Aangezien de Europese wetgever geen beperkingen heeft gesteld, kan de bepaling zo worden uitgelegd dat zij betrekking heeft op alle activiteiten die worden verricht voor elke entiteit die onder controle van de aanbestedende dienst staat. Zal het HvJ EU artikel 12 lid 1 onder b) zo ruim uitleggen? Een dergelijk ruim toepassingsgebied zou het aantal entiteiten waarvoor de gecontroleerde entiteit (aangebestede partij) vrij activiteiten kan verrichten, aanzienlijk kunnen verruimen. Zeker in die gevallen waarin de 'kerstboom' aan entiteiten groot en 'meerlagig' is. De gedachte achter het merendeel criterium is vast te stellen dat de gecontroleerde entiteit economisch afhankelijk is van de aanbestedende dienst en de mededinging door de overblijvende 20% niet wordt verstoord.¹⁰ Kan de economische afhankelijkheid van de aanbestedende partij echter werkelijk worden vastgesteld door rekening te houden met alle activiteiten die worden verricht voor een breder scala van entiteiten, ook al worden zij gecontroleerd door de aanbestedende dienst? Het lijkt plausibeler dat het HvJ EU de verscheidenheid van entiteiten die in aanmerking kunnen worden genomen voor de activiteiten, restrictief zal benaderen door in de beoordeling een economische afhankelijkheid van de gecontroleerde entiteit op te nemen.

Artikel 12, lid 2 de nieuwe 'quasi in-house'-varianten

Artikel 12 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU bevestigt het bestaan van twee nieuwe vrijstellingen, de 'horizontale in-house'-vrijstelling en de 'omgekeerde verticale in-house'-vrijstelling. Hoewel het artikel uitlegt welke twee soorten situaties kunnen worden vrijgesteld van de regels inzake overheidsopdrachten, vermeldt het lid slechts één voorwaarde voor de toepasselijkheid van de vrijstellingen. Het lijkt erop dat het enige criterium voor de toepasselijkheid van de vrijstellingen is dat er geen rechtstreekse privé deelneming in de opdrachtnemer is. Aangezien het tweede lid het eerste lid echter van toepassing verklaart op de in het tweede lid beschreven situaties, zou kunnen worden betoogd dat de voorwaarden van artikel 12 lid 1, evenzeer van toepassing zijn op de situaties van artikel 12 lid 2. Er bestaat enige verwarring over de criteria voor de toepassing van deze vrijstellingen. Het lijkt waarschijnlijk dat het HvJ EU de criteria voor de toepasselijkheid van de vrijstellingen 'horizontale in house' en 'omgekeerde verticale in house' met een strikte benadering zal verduidelijken. Het is duidelijk dat in beide situaties de

¹⁰ HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo*), r.o. 58; HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle en RPL Lochau*), r.o. 44 en 51.

werkingssfeer van de 'quasi in-house'-vrijstelling zal worden verruimd, wat er op zijn beurt waarschijnlijk toe zal leiden dat het HvJ EU een strikte benadering zal volgen. Het is onwaarschijnlijk dat deze twee situaties, ook al zijn zij door het HvJ EU niet als zodanig erkend als verdere verruiming van de 'quasi in-house'-vrijstelling, aan minder voorwaarden zullen worden onderworpen.

De aanbestedende dienst dient meer dan 80% van zijn activiteiten uit te voeren voor zijn controlerende entiteit. In het scenario 'omgekeerd verticaal in house' betekent dit dat de gecontroleerde entiteit meer dan 80% van zijn activiteiten moet verrichten voor zijn moederentiteit of entiteiten waarover hij zeggenschap uitoefent. Aangezien de 'horizontale in-house'-vrijstelling haar oorsprong vindt in het argument dat beide bij de opdracht betrokken entiteiten 'quasi in-house'-entiteiten zijn, lijkt het voor de hand te liggen dat de entiteit waaraan de opdracht wordt gegund meer dan 80% van haar activiteiten ook voor de controlerende entiteit (moeder) moet verrichten. Deze benadering zou ook aansluiten bij het standpunt van de Advocaat-generaal, die de klassieke 'in house'-vrijstelling gerechtvaardigd achtte op grond van het feit dat een opdracht tussen een aanbestedende dienst en een dienst die onder zijn zeggenschap staat, niet wordt gevormd door twee afzonderlijke wilsuitingen, maar door één en dezelfde wil. De gecontroleerde entiteit heeft geen zelfstandige zeggenschap binnen de groep en daardoor kan hij niet worden beschouwd als een entiteit met een eigen wil. In zekere zin zou deze praktijk het recht inzake overheidsopdrachten dichter bij het mededingingsrecht brengen, omdat alle entiteiten binnen een concern worden beschouwd als één onderneming (in de zin van de artikelen 101 en 107 VWEU), indien zij worden gecontroleerd door een andere onderneming die een beslissende invloed uitoefent op de gecontroleerde entiteiten. Het is derhalve zeer waarschijnlijk dat het HvJ EU deze voorwaarde zal blijven toepassen in alle toekomstige zaken betreffende 'quasi in-house'-vrijstelling, ongeacht of deze op artikel 12 lid 1 of lid 2 berusten. Het meest voor de hand ligt een aansluiting bij het begrip beslissende invloed of zeggenschap. Deze wordt verondersteld te bestaan bij 100% deelnemingen en wordt verder materieel getoetst: welke besluiten kan de moeder nemen in de groep van rechtspersonen? Daarbij dient door structuren heen te worden gekeken: het gaat om alle mogelijkheden om aan de touwtjes binnen de groep van rechtspersonen te trekken.

Artikel 12 lid 3 collectieve quasi in-house

Net als het merendeel criterium van artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU staat de Europese wetgever toe dat ook op indirecte wijze aan het merendeel criterium van artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU wordt voldaan. Aangezien dit lid betrekking heeft op structuren waarin verschillende overheidsinstanties gezamenlijk een entiteit controleren, zijn de activiteiten die in aanmerking kunnen worden genomen voor het merendeel criterium niet alleen de activiteiten die worden verricht voor de aanbestedende dienst en de entiteiten die door hem worden gecontroleerd, maar laat Richtlijn 2014/24/EU ook ruimte voor activiteiten die worden verricht voor de andere controlerende (aangebestedende) diensten en de entiteiten die onder hun controle staan. De Europese wetgever is niet erg precies

geweest over het toepassingsbereik van deze bepaling. Het is niet duidelijk welke entiteiten als een gecontroleerde entiteit mogen worden aangemerkt. Evenmin blijkt uit de bepaling of het artikel toestaat rekening te houden met elke activiteit die wordt uitgeoefend voor elke entiteit die onder zeggenschap staat van een van de samenwerkende overheidsinstanties, dan wel of het alleen activiteiten in aanmerking neemt die worden uitgeoefend voor entiteiten die gezamenlijk onder zeggenschap staan van alle dezelfde overheidsinstanties als relevant voor het merendeel criterium. Vanuit een mededingingsbenadering zou de tweede oplossing zeker de voorkeur hebben, omdat afgezien van de afhankelijkheidsgedachte het de bedoeling is van het merendeel criterium om concurrentie van derden (privé ondernemers) te verhinderen.¹¹

Het lijkt waarschijnlijk dat het HvJ EU de indirecte vervulling van het merendeel criterium van artikel 12 lid 1 onder c restrictief zal uitleggen. De richtlijn is verder gegaan dan de eerdere jurisprudentie aanvaardbaar achtte (90% was het essentiële deel (of merendeel) vóór de richtlijn),¹² waardoor het HvJ EU waarschijnlijk terughoudend zal zijn. Er zijn geen redenen om een onderscheid te maken tussen het merendeel criterium van artikel 12 lid 1 onder c en dat van artikel 12 lid 3 onder b Richtlijn 2014/24/EU. Het enige verschil tussen deze twee criteria is dat de indirecte vervulling van het merendeel criterium in lid 3 het potentiële aantal partijen voor de gecontroleerde entiteit nog ruimer zou kunnen maken. Indien de activiteiten worden verricht voor een entiteit die onder zeggenschap staat van een van de samenwerkende overheidsinstanties, zou het aantal entiteiten waarvoor de aanbestedende partij activiteiten kan verrichten, aanzienlijk kunnen zijn. Men denke aan de situatie in het arrest *Datenlotsen*, waarin de aanbestedende partij een entiteit was die gezamenlijk in handen was van de Duitse staat en de 16 deelstaten.¹³ Met 17 controlerende overheidsinstanties die zeker talrijke entiteiten onder hun controle hebben, zou het moeilijk kunnen zijn de aanbestedende partij als economisch afhankelijk te definiëren. In het geval van gezamenlijke constructies van aanbestedende diensten lijkt het daarom nog onwaarschijnlijker dat het HvJ EU een zo breed scala van mogelijke entiteiten zou aanvaarden voor het merendeel criterium.

Gezamenlijke constructies van 'omgekeerde verticale in-house'- en 'horizontale in-house'-vrijstellingen zijn vanuit het oogpunt van controle nog moeilijker te verdedigen. Richtlijn 2014/24/EU heeft met artikel 12 lid 3 bevestigd wat het HvJ EU in zijn rechtspraak al had vastgesteld: wanneer een aanbestedende dienst niet alleen aan de criteria voldoet, kunnen deze door meerdere overheidsdiensten gezamenlijk worden vervuld. Helaas hebben het HvJ EU, noch de Richtlijn 2014/24/EU verduidelijkt of dit ook geldt voor uitbreidingen van de 'quasi in-house'-vrijstelling, zoals de situaties beschreven in de artikelen 12 lid 2 en artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU. Kan aan de criteria voor deze twee 'quasi-inhouse'-varianten ook gezamenlijk worden voldaan? Het HvJ EU heeft ons over deze vraag geen

11 Vgl. HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo*), r.o. 58.

12 HvJ EU 19 april 2007, C-295/05 (*Asemfo*), r.o. 63.

13 HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-15/13 (*Datenlotsen*).

uitsluitel gegeven. De Advocaat-generaal ontraadde echter de mogelijkheid om gezamenlijk aan de ‘horizontale in-house’-vrijstelling te voldoen. Volgens hem kan een overeenkomst tussen entiteiten die beide door dezelfde overheidsinstantie worden gecontroleerd, maar die tegelijkertijd door andere aanbestedende diensten worden gecontroleerd, niet worden beschouwd als de uitdrukking van één enkele wil, hetgeen doorslaggevend lijkt te zijn voor een ‘in house’-situatie.¹⁴ Het bijzondere karakter van deze vrijstelling, waarbij de aanbestedende dienst niet rechtstreeks zeggenschap heeft over de partij aan wie de opdracht wordt gegund, vereist dat de moederinstantie de uitsluitende zeggenschap heeft over de twee partijen bij de overheidsopdracht. De Europese wetgever heeft niet de doctrine van het HvJ EU gevolgd dat aan de criteria van de ‘quasi in house’-uitzondering gezamenlijk kan worden voldaan, maar in plaats daarvan voor de ‘quasi in house’-situatie een afzonderlijk lid in artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU gecreëerd. Naar mijn mening maakt Richtlijn 2014/24/EU onderscheid tussen de klassieke ‘in-house’ en de ‘gezamenlijke in-house’-vrijstelling. Ook de formulering van artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU lijkt zich hiertegen te verzetten door te verwijzen naar één enkele controlerende autoriteit. Hoewel het HvJ EU zijn mening over deze kwestie nog niet heeft gegeven, lijkt het waarschijnlijk dat het HvJ EU de mening van de Advocaat-generaal en de Europese wetgever zal volgen, omdat het niet toestaan dat de criteria van de twee uitbreidingen van de ‘quasi in-house’-vrijstelling gezamenlijk worden vervuld, de meest restrictieve uitlegging van artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU zou zijn. De mededinging zou er wel bij varen.

3. Conclusie

Interne opdrachten tussen publieke entiteiten binnen de overheid werden aanvankelijk niet beschouwd als een uitzondering op de EU-regels inzake overheidsopdrachten. De ‘quasi in-house’-doctrine werd voor het eerst ontwikkeld in het Teckal arrest en werd een belangrijk onderdeel van de rechtspraak van het HvJ EU. In de loop der jaren breidde het HvJ EU de ‘quasi in-house’-doctrine uit, bijvoorbeeld door de mogelijkheid van gezamenlijke en indirecte zeggenschap toe te voegen. Artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU bevat deels een codificatie, maar brengt ook nieuwe elementen met zich mee, zoals de ‘omgekeerde verticale quasi in-house’-vrijstelling.

Hoewel het niet mogelijk is om toekomstige EU-rechtspraak te voorspellen, lijkt het zeer waarschijnlijk dat de rechter zal kiezen voor een algehele, restrictieve benadering van de verruimde regels van artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU. Hetzelfde geldt voor de artikelen 17 en 28 in de Richtlijnen 2014/23/EU (Concessie Richtlijn) respectievelijk 2014/25/EU (Richtlijn Speciale Sectoren), omdat de tekst hetzelfde is. Het valt daarom nog te bezien of het HvJ EU zijn redenering over

¹⁴ Opinie Advocaat-Generaal Mengozzi 23 januari 2014, C-15/13 (*Datenlotsen*), randnr 44.

'quasi in-house'-overeenkomsten in de jurisprudentie van vóór de inwerkingtreding van de richtlijnen zal blijven volgen. Om meer rechtszekerheid te hebben, zal echter moeten worden gewacht op verduidelijking in toekomstige arresten van het HvJ EU. Aangezien de zaak waarschijnlijk gebaseerd zal zijn op feiten die zich na de omzettingstermijn van 18 april 2016 hebben voorgedaan, duurt het zoals gebruikelijk voordat we de eerste arresten over artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU mogen verwachten. Intussen moeten inschattingen worden gemaakt over de intenties van de Europese wetgever met de invoering van artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU. Deze bijdrage over quasi in-house en het merendeel criterium, zal daar hopelijk aan bijdragen. Het is zeker geen revolutie, maar meer een stapsgewijze ontwikkeling met meer nadruk op publieke samenwerking, die goed past in de huidige tendens in de EU om een beetje los te komen van het geloof in samenwerking, één van de sleutels tot succes bij aanbestedingen. Meer aandacht voor publieke samenwerking past dan ook in de huidige tijdsgewricht waarin publieke oplossingen meer worden beproefd dan in 1994, toen Jan-Michiel Hebly zijn wetenschappelijke carrière begon.¹⁵ Ondanks zijn emeritaat, zal Jan-Michiel Hebly hopelijk blijven bijdragen aan de rechtsontwikkeling over 'quasi in-house'-overeenkomsten; zonder twijfel één van de belangrijkste uitzonderingen in het aanbestedingsrecht en één van de belangrijkste beperkingen voor de vrije mededinging op de markt voor overheidsopdrachten en openbare concessies.

¹⁵ Vgl. considerans Richtlijn 2014/24/EU, par. 31.