ARREST VAN HET HOF

10 november 1998 *

In zaak C-360/96,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van het Gerechtshof te Arnhem (Nederland), in het aldaar aanhangig geding tussen

Gemeente Arnhem,

Gemeente Rheden

en

BFI Holding BV,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 1 en 6 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1),

wijst

* Procestaal: Nederlands.

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, P. J. G. Kapteyn, J.-P. Puissochet en P. Jann (rapporteur), kamerpresidenten, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, D. A. O. Edward, L. Sevón, M. Wathelet, R. Schintgen en K. M. Ioannou, rechters,

advocaat-generaal: A. La Pergola
griffier: D. Louterman-Hubeau, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— de gemeente Arnhem en de gemeente Rheden, vertegenwoordigd door L. H. van Lennep, advocaat te 's-Gravenhage,

— BFI Holding BV, vertegenwoordigd door P. Glazener, advocaat te Amsterdam, en J. J. M. Essers, advocaat te Utrecht,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door A. Bos, juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Deense regering, vertegenwoordigd door P. Biering, afdelingshoofd bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door C. de Salins, onderdirecteur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en P. Lalliot, secretaris buitenlandse zaken bij dezelfde directie, als gemachtigden,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek, Ministerialrat bij het Bundeskanzleramt, als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier als gemachtigde,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gelet op de schriftelijke antwoorden die op de vragen van het Hof zijn gegeven door:

— de gemeente Arnhem en de gemeente Rheden, vertegenwoordigd door L. H. van Lennep,

— BFI Holding BV, vertegenwoordigd door P. Glazener,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door J. G. Lammers, waarnemend juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Deense regering, vertegenwoordigd door J. Molde, juridisch adviseur, afdelingshoofd bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, als gemachtigde,

— de Spaanse regering, vertegenwoordigd door S. Ortiz Vaamonde, abogado del Estado, als gemachtigde,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur internationaal economisch recht en gemeenschapsrecht bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en P. Lalliot,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door H. Rotkirch, ambassadeur, hoofd van de dienst juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Zweedse regering, vertegenwoordigd door L. Nordling, rättschef bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. E. Collins, van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde, bijgestaan door K. P. E. Lasok, QC, en R. Williams, Barrister,

— de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de gemeente Arnhem en de gemeente Rheden, vertegenwoordigd door L. H. van Lennep; BFI Holding BV, vertegenwoordigd door P. Glazener en J. J. M. Essers; de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door J. S. van den Oosterkamp, assistent juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde; de Franse regering vertegenwoordigd door P. Lalliot; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann, van het Bundeskanzleramt, als gemachtigde; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. E. Collins, bijgestaan door K. P. E. Lasok en R. Williams, en de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier, ter terechtzitting van 18 november 1997,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 februari 1998,

het navolgende

Arrest

1 Bij arrest van 29 oktober 1996, ingekomen bij het Hof op 5 november daaraanvolgend, heeft het Gerechtshof te Arnhem krachtens artikel 177 EG-Verdrag zeven prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 1, sub b, en 6 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1).

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen de gemeente Arnhem en de gemeente Rheden (hierna: „gemeenten") en BFI Holding BV (hierna: „BFI"), die stelt dat een opdracht voor de inzameling van afval moet worden gegund volgens de procedure die in de richtlijn is voorgeschreven.

Toepasselijke gemeenschapsregeling

3 Artikel 1 van richtlijn 92/50 bepaalt onder meer:

„In de zin van deze richtlijn:

(...)

b) worden als *‚aanbestedende diensten'* beschouwd: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder *‚publiekrechtelijke instelling'* wordt verstaan, iedere instelling die:

— is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en

— rechtspersoonlijkheid heeft en

— waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

De lijsten van de instellingen en van de categorieën van publiekrechtelijke instellingen die voldoen aan de in de tweede alinea van dit punt genoemde criteria, staan in bijlage I van richtlijn 71/305/EEG. Deze lijsten zijn zo volledig mogelijk en kunnen worden herzien volgens de procedure van artikel 30 ter van deze laatste richtlijn;

(...)"

4 Artikel 6 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De bepalingen van deze richtlijn zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, onder b, op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag."

De Nederlandse regeling

5 Richtlijn 92/50 is in Nederlands recht omgezet bij de Raamwet van 31 maart 1993 (*Stbl.* 12) tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten, juncto artikel 13 van het Besluit overheidsaanbestedingen van 4 juni 1993 (*Stbl.* 305), zoals gewijzigd bij besluit van 30 mei 1994 (*Stbl.* 379).

6 De artikelen 10.10 en 10.11 van de Wet milieubeheer verplichten de gemeenten er zorg voor te dragen, dat ten minste eenmaal per week de huishoudelijke afvalstoffen worden ingezameld bij elk binnen hun grondgebied gelegen perceel waar zodanige afvalstoffen geregeld kunnen ontstaan. De gemeenten dienen een instantie aan te wijzen die die inzameling op zich neemt.

7 Ingevolge artikel 2 van de Afvalstoffenverordening van de gemeente Rheden, zoals gewijzigd op 21 december 1993, is de inzameldienst de „Dienst Openbare Werken en Woningzaken, Afdeling Wegen en Reiniging, dan wel de daarvoor in de plaats tredende verzelfstandigde dienst". Artikel 2 van de Afvalstoffenverordening van de gemeente Arnhem, zoals gewijzigd op 4 juli 1994, wijst als inzameldienst aan de Dienst Milieu en Openbare Werken. Bovendien preciseert dit artikel, dat „na 1 juli 1994 deze aanwijzing overgaat op de NV ARA, de verzelfstandigde gemeentelijke reinigingsdienst".

Het hoofdgeding

8 In 1993 waren de gemeenten voornemens de gemeentelijke inzameldiensten samen te voegen en onder te brengen in een nieuwe rechtspersoon. Bij besluiten van 6 respectievelijk 28 juni 1994 besloten de gemeenten Arnhem en Rheden de NV ARA op te richten en haar een aantal wettelijke taken op het gebied van de afvalverwijdering en, in het geval van de gemeente Arnhem, van de stadsreiniging op te dragen.

9 ARA werd opgericht op 1 juli 1994. Artikel 2 van haar statuten bepaalt:

„1. De vennootschap heeft ten doel:

a. het verrichten van alle handelingen op economisch gebied die ten doel hebben het op een efficiënte, effectieve en milieuverantwoorde wijze (doen) inzamelen (en zo mogelijk hergebruiken) van afval, zoals huishoudelijk afval, bedrijfsafval en de te onderscheiden deelstromen, alsmede het verrichten van activiteiten op het gebied van reiniging van straten en riolen, plaagdierbestrijding en ontsmettingen;

b. het (mede)oprichten van, het samenwerken met, het deelnemen in, het (mede)voeren van de directie over en het houden van toezicht op, alsmede het overnemen en financieren van andere ondernemingen, wier activiteiten in enigerlei betrekking staan tot het hierboven sub a omschrevene;

c. het verrichten van alle handelingen op economisch gebied, die met het vorenstaande verband houden of daarvoor bevorderlijk kunnen zijn (mits hierdoor wordt voorzien in behoeften van algemeen belang).

2. De vennootschap verricht haar werkzaamheden op maatschappelijk aanvaardbare wijze."

10 Ingevolge artikel 6 van de statuten kunnen slechts publiekrechtelijke rechtspersonen of vennootschappen waarvan de aandelen voor ten minste 90 % door die rechtspersonen worden gehouden, en voorts de vennootschap zelf aandeelhouder van ARA zijn. Overeenkomstig artikel 13, lid 2, van de statuten benoemen de gemeenten vijf van de ten minste zeven en ten hoogste negen leden van de raad van commissarissen.

11 In de consideransen van de door de gemeenten met ARA gesloten raamovereenkomsten wordt onder meer gespecificeerd, dat de gemeenten de betrokken taken exclusief door ARA willen doen uitvoeren, om welke reden zij haar ter zake een concessie hebben verleend.

12 Met betrekking tot de vergoeding van ARA wordt in artikel 8 van de tussen de gemeente Rheden en ARA gesloten raamovereenkomst onder meer bepaald:

„8.1 Rheden betaalt nader te bepalen vergoedingen voor de door ARA verleende diensten.

8.2 De in het vorige lid genoemde vergoedingen voor de dienstverlening worden geregeld door toevoeging van een financiële paragraaf in de per activiteit gegeven specificaties en kwaliteitseisen in de deelcontracten.

8.3 De feitelijke vergoedingen voor de dienstverlening worden vastgesteld:

a. hetzij op basis van vooraf overeengekomen eenheidsprijzen per verrichting, per resultaat of per prestatie-eenheid;

b. hetzij op basis van een vooraf overeengekomen vaste prijs voor een afgebakende opdracht;

c. hetzij op basis van doorberekening van werkelijk gemaakte kosten.

(...)"

13 Artikel 9 van deze raamovereenkomst bevat de volgende bepalingen:

„9.1 Op de betaling van de vergoedingen als boven omschreven zullen voorschotten worden verstrekt per nader te bepalen periode of per groep verrichtingen, resultaten of prestatie-eenheden. Deze voorschotten zullen worden verrekend met de definitieve betalingen.

9.2 Indien ARA factureert en/of incasso-activiteiten verricht ten behoeve van Rheden dan wel uit naam van Rheden andere vergoedingen van derden ontvangt, zullen deze inkomsten op nader overeen te komen wijze worden afgedragen aan Rheden. Met betrekking tot het betalingsrisico van deze bedragen zal eveneens een nadere regeling worden getroffen."

14 Volgens artikel 7 van de tussen de gemeente Rheden en ARA gesloten dienstverleningsovereenkomst inzameling huishoudelijk afval zijn de vergoeding die de gemeente aan ARA betaalt voor het inzamelen en het afvoeren van de afvalstoffen, en de wijze van vaststelling van deze vergoeding omschreven in het werkplan.

15 Tussen de gemeente Arnhem en ARA geldt dezelfde vergoedingsregeling.

16 Terwijl ARA aanvankelijk alle werkzaamheden op het gebied van de inzameling van huishoudelijk afval, de stadsreiniging en de inzameling van bedrijfsafval verrichtte, zijn deze werkzaamheden nadien opgesplitst tussen haar en Aracom NV. ARA blijft voor de inzameling van huishoudelijk afval zorgen en aan Aracom is de inzameling van bedrijfsafval toevertrouwd. Bovendien is een houdstermaatschappij opgericht, ARA Holding NV, die 100 % van het kapitaal van deze beide vennootschappen in handen heeft.

17 BFI is een particuliere onderneming, die zich onder meer bezighoudt met de inzameling en verwerking van huishoudelijk afval en bedrijfsafval.

18 Op 2 november 1994 diende BFI bij de Arrondissementsrechtbank te Arnhem een vordering in, dat voor recht wordt verklaard, dat richtlijn 92/50 van toepassing is op de aan ARA gegunde overheidsopdracht, zodat de gemeenten de in deze richtlijn voorgeschreven aanbestedingsprocedure moesten volgen. Bij vonnis van 18 mei 1995 wees de Arrondissementsrechtbank te Arnhem de vordering van BFI toe. De rechtbank was van oordeel, dat de betrokken opdracht niet aan een instantie was gegund op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genoot, zodat de in artikel 6 van richtlijn 92/50 voorziene uitzondering niet van toepassing was.

19 De gemeenten stelden tegen dit vonnis hoger beroep in bij het Gerechtshof te Arnhem.

20 In zijn tussenarrest van 25 juni 1996 verwierp het Gerechtshof te Arnhem de opvatting van de Arrondissementsrechtbank, dat de opdracht niet aan een instantie was gegund op basis van een alleenrecht uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen in de zin van artikel 6 van richtlijn 92/50.

21 Het Gerechtshof was namelijk van oordeel, dat krachtens de Wet milieubeheer op de gemeenten de zorgplicht rust om te bewerkstelligen, dat huishoudelijk afval wordt ingezameld. Om aan deze plicht te voldoen, hebben de gemeenten bij besluiten van 6 en 28 juni 1994 ARA als enige inzameldienst aangewezen. Bovendien hebben zij uitdrukkelijk hun afvalverordeningen gewijzigd, die met zoveel woorden aan ARA een alleenrecht toekennen: in deze verordeningen wordt het aan ieder ander dan de inzameldienst verboden, zonder vergunning van burgemeester en wethouders huishoudelijk afval in te zamelen.

22 Derhalve oordeelde het Gerechtshof te Arnhem, dat ARA onder de uitzondering van artikel 6 van richtlijn 92/50 viel, voor zover zij als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 moest worden beschouwd.

23 In die omstandigheden heeft de nationale rechterlijke instantie de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet in het kader van de uitleg van artikel 6, artikel 1, onder b, eerste liggende streepje, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, waar is bepaald dat ‚onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan: iedere instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard', zo worden uitgelegd

i) dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen — enerzijds — behoeften van algemeen belang en — anderzijds — behoeften van industriële of commerciële aard,

of

ii) dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen — enerzijds — behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en — anderzijds — behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn?

2) Indien het antwoord op de eerste vraag luidt dat het aldaar onder i) bedoelde onderscheid moet worden gemaakt:

a) moet het begrip ‚behoeften van algemeen belang' dan zo worden verstaan, dat geen sprake kan zijn van het voorzien in behoeften van algemeen belang indien particuliere ondernemingen voorzien in dergelijke behoeften?

en

b) moet, indien a) bevestigend wordt beantwoord, het begrip ‚behoeften van industriële of commerciële aard' dan zo worden verstaan, dat van het voorzien in behoeften van industriële of commerciële aard sprake zal zijn telkens wanneer particuliere ondernemingen voorzien in dergelijke behoeften?

3) Indien het antwoord op de eerste vraag luidt dat het aldaar onder ii) bedoelde onderscheid moet worden gemaakt, moeten de begrippen ‚behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn', respectievelijk ‚behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn', dan zo worden verstaan, dat het verschil tussen deze begrippen wordt bepaald door de beantwoording van de vraag of (concurrerende) particuliere ondernemingen al dan niet voorzien in dergelijke behoeften?

4) Moet het vereiste dat de instelling is opgericht ‚met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard', zo worden uitgelegd, dat van dat ‚specifieke doel' alleen dan sprake is indien de instelling uitsluitend voorziet in deze behoeften?

5) Indien vraag 4 ontkennend wordt beantwoord: moet een instelling vrijwel uitsluitend, of in aanmerkelijke mate, of in overwegende mate, of in nog andere mate voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan van industriële of commerciële aard, teneinde te kunnen (blijven) voldoen aan het vereiste dat de instelling is opgericht met het specifieke doel in deze behoeften te voorzien?

6) Maakt het voor de beantwoording van de vragen 1 tot en met 5 verschil of de behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard, waarin de instelling geacht wordt te voorzien, ontleend zijn aan een wet in formele zin, bestuursrechtelijke bepalingen, daden van bestuur of anderszins?

7) Maakt het voor de beantwoording van vraag 4 verschil of de commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon, die deel uitmaakt van één groep/concern binnen welke ook activiteiten gericht op behoeften van algemeen belang plaatsvinden?"

24 Vooraf zij erop gewezen, dat de Franse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft verklaard, dat naar haar mening de overeenkomsten tussen de gemeenten en ARA als een concessie voor een openbare dienst konden worden aangemerkt, zodat zij van de werkingssfeer van richtlijn 92/50 zouden zijn uitgesloten. Wil er van een concessie voor een openbare dienst in de zin van het gemeenschapsrecht sprake zijn, moet de vergoeding van de contractant volgens haar worden gevormd door het recht op exploitatie van de dienst, dan wel door dit recht tezamen met een betaling.

25 Het begrip concessie voor een openbare dienst, waarop de vragen van de nationale rechter geen betrekking hebben, behoeft niet te worden uitgelegd; het volstaat, vast te stellen dat uit de door de gemeenten in antwoord op een vraag van het Hof verstrekte inlichtingen, en inzonderheid uit de artikelen 8 en 9 van de raamovereenkomst tussen de gemeente Rheden en ARA, alsmede uit artikel 7 van de tussen dezelfde partijen gesloten dienstverleningsovereenkomst inzameling huishoudelijk afval blijkt, dat de aan ARA betaalde vergoeding uitsluitend bestaat in een betaling en niet in het recht op exploitatie van de dienst.

26 De Franse regering heeft eveneens gesteld, dat ARA moet worden aangemerkt als een vereniging gevormd door meerdere lichamen, in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50. Een dergelijke vereniging zou van rechtswege een aanbestedende dienst zijn, zodat buiten beschouwing zou kunnen blijven, of zij een publiekrechtelijke instelling is.

27 Gelijk de advocaat-generaal in de punten 40 en 41 van zijn conclusie heeft beklemtoond, kan een bepaalde entiteit niet tegelijkertijd onder twee verschillende in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 genoemde categorieën vallen, en heeft het begrip vereniging slechts een restfunctie, hetgeen overigens wordt bevestigd door de plaats van dit begrip in de tekst van deze bepaling. Bijgevolg moet worden nagegaan, of

een vennootschap als ARA, hoewel op initiatief van twee gemeenten opgericht, als publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt.

28 Dienaangaande volgt uit artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50, dat een publiekrechtelijke instelling een instelling is, die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid heeft en nauw met de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen verbonden is (zie arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 20).

29 Gelijk het Hof in het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 21, heeft vastgesteld, zijn de drie voorwaarden die in deze bepaling worden genoemd, cumulatieve voorwaarden.

30 De verwijzende rechter is van oordeel, dat aan de tweede en de derde voorwaarde is voldaan, zodat zijn vragen slechts betrekking hebben op de eerste voorwaarde.

De eerste vraag

31 Met zijn eerste vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof om te preciseren, wat de relatie is tussen de uitdrukking „behoeften van algemeen belang" en de uitdrukking „andere dan die van industriële of commerciële aard". Inzonderheid vraagt hij, of deze laatste uitdrukking het begrip behoeften van algemeen belang wil beperken tot de behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, dan wel of zij integendeel betekent, dat alle behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard zijn.

32 Uit de formulering van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 in zijn verschillende taalversies blijkt, dat „van andere dan industriële of commerciële aard" een criterium is, dat het begrip behoeften van algemeen belang in de zin van deze bepaling nader preciseert.

33 In het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punten 22 tot en met 24, heeft het Hof dezelfde uitlegging gekozen met betrekking tot artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), een bepaling die in hoofdzaak identiek is aan artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50.

34 Bovendien is de uitlegging volgens welke bij artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 binnen de categorie van behoeften van algemeen belang een subcategorie van behoeften van algemeen belang is gecreëerd, die niet van industriële of commerciële aard zijn, de enige uitlegging die het nuttig effect van dit artikel kan waarborgen.

35 Indien de gemeenschapswetgever van oordeel was geweest, dat alle behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard zijn, had hij geen nadere precisering aangebracht, daar in die optiek dit tweede bestanddeel van de definitie geen enkel nut zou hebben.

36 Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 aldus moet worden uitgelegd, dat de wetgever onderscheid heeft gemaakt tussen, enerzijds, behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en, anderzijds, behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn.

De tweede vraag

37 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

De derde vraag

38 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of het begrip „behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard", behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt voorzien.

39 Volgens BFI kan er geen sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling, wanneer particuliere ondernemingen dezelfde activiteiten kunnen verrichten, waarvoor dus concurrentie kan bestaan. In casu zou meer dan de helft van de Nederlandse gemeenten de afvalinzameling aan particuliere marktdeelnemers toevertrouwen. Het zou dus gaan om een commerciële markt en de instellingen die op deze markt actief zijn, zouden geen publiekrechtelijke instellingen in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 zijn.

40 Om te beginnen zij opgemerkt, dat in artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 92/50 enkel wordt gesproken van de behoeften waarin de instelling moet voorzien, en daarin geheel buiten beschouwing wordt gelaten of in deze behoeften al dan niet ook door particuliere ondernemingen kan worden voorzien.

41 Vervolgens zij eraan herinnerd, dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrij verrichten van diensten op te heffen en dus om de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden.

42 Bijgevolg heeft richtlijn 92/50 tot doel, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden (zie, in die zin, arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 33).

43 Het feit dat er concurrentie bestaat, volstaat evenwel niet om de mogelijkheid uit te sluiten, dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden. Zo kan men een dergelijke instelling bijvoorbeeld financiële verliezen laten lijden in het kader van een bepaald aankoopbeleid van de entiteit waarmee zij nauw verbonden is.

44 Aangezien het moeilijk denkbaar is, dat activiteiten in geen geval door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht, zou bovendien de voorwaarde dat er geen particuliere ondernemingen zijn die kunnen voorzien in de behoeften waarvoor de betrokken instelling is opgericht, het in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 bedoelde begrip publiekrechtelijke instelling kunnen uithollen.

45 Hiertegen kan niet worden ingebracht, dat de aanbestedende diensten zich met een beroep op artikel 6 van richtlijn 92/50 kunnen onttrekken aan de concurrentie van particuliere ondernemingen die in dezelfde behoeften van algemeen belang menen te kunnen voorzien als de betrokken instelling. De bescherming van de concurrenten van de publiekrechtelijke instellingen wordt immers reeds gewaarborgd door de artikelen 85 en volgende EG-Verdrag, omdat voor de toepassing van artikel 6 van richtlijn 92/50 als voorwaarde wordt gesteld, dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarop het door de instelling genoten alleenrecht berust, verenigbaar zijn met het Verdrag.

46 Zo heeft het Hof in het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 24, geoordeeld, dat een staatsdrukkerij in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard voorzag, zonder de vraag te onderzoeken, of particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften konden voorzien.

47 Hieruit volgt, dat artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 op een bepaalde instelling van toepassing kan zijn, zelfs indien particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften voorzien of kunnen voorzien als die instelling, en dat het ontbreken van mededinging geen noodzakelijk element van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling is.

48 Het bestaan van concurrentie is evenwel niet geheel irrelevant voor de beantwoording van de vraag, of een behoefte van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard is.

49 Het bestaan van een sterke concurrentie, en inzonderheid het feit dat de betrokken instelling op de markt met anderen moet concurreren, kan een aanwijzing zijn voor het feit dat het niet om een behoefte van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard gaat.

50 In deze laatste behoeften wordt daarentegen in de regel op een andere wijze voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, zoals blijkt uit de opsomming van de publiekrechtelijke instellingen in bijlage I bij richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), zoals gewijzigd bij richtlijn 93/37, waarnaar artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 verwijst. Hoewel deze lijst niet uitputtend is, wil zij wel zo volledig mogelijk zijn.

51 Bij onderzoek van deze opsomming blijkt het in het algemeen om behoeften te gaan waarin de staat om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.

52 In casu kan niet worden betwist, dat het ophalen en de verwerking van huishoudelijk afval als een behoefte van algemeen belang kunnen worden beschouwd. Aangezien het mogelijk is dat ophaaldiensten die geheel of gedeeltelijk door particuliere marktdeelnemers aan particulieren worden aangeboden, niet in die behoefte voorzien in de mate als uit hoofde van volksgezondheid of milieubescherming noodzakelijk wordt geacht, is dit een van de activiteiten ten aanzien waarvan de staat kan beslissen dat zij door overheidsdiensten moeten worden verricht, of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wenst te behouden.

53 Gelet op het voorgaande, moet op de derde vraag worden geantwoord, dat het begrip behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, niet behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien.

De vierde, de vijfde en de zevende vraag

54 Met de vierde, de vijfde en de zevende vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de voorwaarde dat een instelling moet zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, inhoudt, dat de activiteit van deze instelling in aanmerkelijke mate tot doel moet hebben, in die behoeften te voorzien.

55 In het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 25, heeft het Hof vastgesteld, dat het in dit verband zonder belang is, dat een entiteit naast haar taak om in behoeften van algemeen belang te voorzien, vrij is om andere

activiteiten te verrichten. Dat de voorziening in behoeften van algemeen belang slechts een relatief klein deel uitmaakt van de activiteiten die deze entiteit werkelijk verricht, is eveneens irrelevant, zolang zij zich blijft kwijten van de taken die haar specifiek zijn opgedragen.

56 Aangezien de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling niet afhangt van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, is het zeker niet van belang, of commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon die tot dezelfde groep of hetzelfde „concern" behoort als die instelling.

57 Omgekeerd volstaat het feit dat een van de ondernemingen een publiekrechtelijke instelling is, niet om alle ondernemingen die lid zijn van een groep of een „concern", als aanbestedende diensten te beschouwen (zie, in die zin, arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e. a., reeds aangehaald, punt 39).

58 Mitsdien moet op de vierde, de vijfde en de zevende vraag worden geantwoord, dat de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling niet afhangt van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard. Evenmin is het van belang, of commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon die tot dezelfde groep of hetzelfde „concern" behoort als die instelling.

De zesde vraag

59 Met zijn zesde vraag vraagt de verwijzende rechter het Hof ten slotte, welke gevolgen moeten worden verbonden aan het feit dat de bepalingen waarbij de

betrokken instelling wordt opgericht en de behoeften worden gespecificeerd waarin zij moet voorzien, wettelijke, bestuursrechtelijke of andere bepalingen zijn.

60 Dienaangaande zij vastgesteld, dat terwijl het voor de toepassing van artikel 6 van richtlijn 92/50 essentieel is, dat het alleenrecht zijn grondslag heeft in bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, dit geen onderdeel is van de definitie van publiekrechtelijke instelling.

61 Immers, de formulering van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 bevat geen enkele verwijzing naar de rechtsgrondslag van de activiteiten van de betrokken instelling.

62 Voorts zij eraan herinnerd, dat het begrip aanbestedende dienst, om volle werking te geven aan het beginsel van het vrije verkeer, een functionele uitlegging moet krijgen (zie, in die zin, arrest van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 11). Dit vereiste staat eraan in de weg, dat onderscheid wordt gemaakt naargelang de rechtsvorm van de bepalingen waarbij de instelling wordt opgericht en de behoeften worden gespecificeerd waarin zij moet voorzien.

63 Mitsdien moet op de zesde vraag worden geantwoord, dat artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 aldus moet worden uitgelegd, dat het al dan niet bestaan van behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard objectief wordt beoordeeld, en dat de rechtsvorm van de bepalingen waarin die behoeften zijn geformuleerd, in dit verband niet van belang is.

Kosten

64 De kosten door de Nederlandse, de Deense, de Duitse, de Spaanse, de Franse, de Oostenrijkse, de Finse en de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Gerechtshof te Arnhem bij arrest van 29 oktober 1996 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) **Artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moet aldus worden uitgelegd, dat de wetgever onderscheid heeft gemaakt tussen, enerzijds, behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en anderzijds, behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn.**

2) **Het begrip behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard sluit niet behoeften uit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien.**

3) De hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling hangt niet af van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard. Evenmin maakt het verschil, of commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon die tot dezelfde groep of hetzelfde „concern" behoort als die instelling.

4) Artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 moet aldus worden uitgelegd, dat het al dan niet bestaan van behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard objectief wordt beoordeeld, en dat de rechtsvorm van de bepalingen waarin die behoeften zijn geformuleerd, in dit verband niet van belang is.

Rodríguez Iglesias Kapteyn Puissochet

Jann Mancini Moitinho de Almeida Edward

Sevón Wathelet Schintgen Ioannou

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 november 1998.

De griffier De president

R. Grass G. C. Rodríguez Iglesias