

65. JCDecaux - NS Stations II

Over de kwalificatie als aanbestedende dienst, grensoverschrijdend belang en rechtsverwerking

MR. J.I. KOHLEN EN MR. M.A.M.L. VAN DE SANDEN¹

Op 1 oktober 2019 oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat NS Stations de concessieovereenkomsten die het had gesloten met Exterior en Ngage-Media had moeten aanbesteden. Concurrent JCDecaux werd daarmee in het gelijk gesteld. Centraal in het arrest stonden o.a. de vragen of (i) NS Stations kwalificeert als een aanbestedende dienst en (ii) of de overeenkomsten kwalificeren als overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. De rechtbank en het hof verschilden daarover (deels) van opvatting.

1. Inleiding

In de strijd van JCDecaux Nederland B.V. (JCDecaux) om terrein te winnen in Nederland op het gebied van exploitatie van reclameobjecten, zoals vitrines enabri's, lijkt ook NS Stations B.V. (NS Stations) het onderspit te delven.² Aanleiding voor het geschil zijn twee door NS Stations aan Exterior Media B.V. (Exterior) en aan Ngage Media B.V. (Ngage) in 2011 respectievelijk 2015 verleende concessies voor het exploiteren van reclameobjecten op haar stations in Nederland. Volgens JCDecaux had NS Stations beide concessieovereenkomsten moeten aanbesteden, zodat ook zij een eerlijke kans had gehad om mee te dingen naar de concessieovereenkomsten.

Samengevat, en voor zover hier relevant, oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland (de rechtbank) bij vonnis van 18 oktober 2017 dat NS Stations een aanbestedende

dienst is.³ JCDecaux had echter onvoldoende onderbouwd dat er met betrekking tot de concessieovereenkomsten met Exterior en Ngage sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zodat NS Stations ten aanzien daarvan niet aanbestedingsplichtig was, aldus de rechtbank.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hof) is het met de rechtbank, en JCDecaux, eens dat NS Stations kwalificeert als aanbestedende dienst (par 2).⁴ In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het hof dat wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (par 3). Het hof vernietigt het vonnis in eerste aanleg en wijst de vorderingen van JCDecaux toe.

Even zo belangrijk is echter ook het (niet-succesvolle) beroep van NS Stations op rechtsverwerking (par 4). Hoewel er tussen de rechtbank en het hof geen discussie over leek te bestaan dat een beroep hierop niet slaagt, mogen de consequenties hiervan voor de rechtszekerheid bij de uitvoering van een overheidsopdracht niet onderbelicht blijven.

1 De auteurs danken mr. Hera Butt en mr. Manuela Cox (beiden Bird & Bird (Netherlands) LLP) voor hun bijdragen aan deze noot.

2 Zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 (*Eindhovense bushokjes*); HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722 (*RET*) en Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:470 (*Overbruggingsovereenkomst RET*).

3 Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218. Zie over dit vonnis mr. C.A.M. Lombert, 'JCDecaux – NS Stations, over grensoverschrijdend belang en het ontbreken van een functionele ondernemingstoets', *TA* 2018/90, afl. 6. De rechtbank heeft in dat tussenvonnis de beslissing aangehouden over de vraag of NS Stations onrechtmatig heeft gehandeld tegenover JCDecaux door een verlengde overeenkomst met Ngage-Media niet aan te besteden (omdat vanaf 1 juli 2016 een ander wettelijk regime voor concessieovereenkomsten geldt). In het eindvonnis van 7 november 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:6488) heeft de rechtbank overwogen dat alleen is gebleken dat NS Stations in november 2015 een raamovereenkomst met Ngage-Media heeft gesloten, waarvoor op dat moment geen aanbestedingsplicht gold, en dat niet is gebleken dat deze overeenkomst daarna nog is verlengd. De rechtbank heeft op grond van het voorgaande voor recht verklaard dat NS Stations vanaf medio 2011 een aanbestedende dienst is en de overige vorderingen van JCDecaux afgewezen.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958.

2. NS Stations een aanbestedende dienst: voorzien in behoeften van algemeen belang

Een overheidsbedrijf kwalificeert als aanbestedende dienst als sprake is van een bedrijf dat (i) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, (ii) rechtspersoonlijkheid bezit en (iii) sprake is van overwegende mate van overheidsinvloed.⁵ Over (ii) en (iii) bestond geen discussie; over (i) wel.

Het is irrelevant dat NS Stations naast haar specifieke taak van algemeen belang tevens andere activiteiten met winstoogmerk en in concurrentie verricht

In lijn met de uitspraak van de rechtbank oordeelt het hof dat NS Stations voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard.⁶ Bij dat oordeel zijn het wettelijk en het beleidskader en alle relevante feiten en omstandigheden betrokken. Grieven van NS Stations die erop neerkomen dat is beoogd een strikte scheiding van publieke en private activiteiten rond het spoor tot stand te brengen, waarbij NS Stations geen rol vervult ten aanzien van de publieke activiteiten, maar enkel activiteiten verricht met winstoogmerk en in concurrentie, slagen niet. Volgens het hof is in ieder geval de uitwerking in het beleid en in de praktijk een andere geweest.

Daar komt bij dat ook de *Mannesman*⁷ en *Aigner*⁸-arresten NS Stations niet gunstig gezind waren: uit die arresten volgt dat het voor de beoordeling van (iii) irrelevant is dat NS Stations naast haar specifieke taak van algemeen belang tevens andere activiteiten met een winstoogmerk en in concurrentie verricht. Het aandeel van de met een winstoogmerk uitgeoefende activiteiten in de algehele activiteiten van NS Stations is voor de kwalificatie ervan als publiekrechtelijke instelling evenmin relevant.⁹ Zolang een entiteit zich kwijt van haar taak ten behoeve van het algemeen belang, maakt het niet uit dat zij ook nog commerciële activiteiten (in concurrentie en/of met winstoogmerk) verricht, ook niet als dit er zelfs méér zijn dan de activiteiten die voorzien in algemeen belang.

5 Art. 1.1 AanbW. Zie ook art. 1 sub q Bao, voor zover de vorderingen zijn op de periode van voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012. De drie voorwaarden zijn overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) van cumulatieve aard.

6 En zoals voorspeld door mr. C.A.M. Lombert, 'JCDecaux – NS Stations, over grensoverschrijdend belang en het ontbreken van een functionele ondernemingstoets', *TA* 2018, afl. 6, p. 2.

7 HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96 (*Mannesmann*).

8 HvJ EU 10 april 2008, C-393/06 (*Aigner*).

9 Of NS Stations (ook) kwalificeert als speciaal sectorbedrijf wordt door het hof niet behandeld, nu zij heeft geoordeeld dat NS Stations kwalificeert als aanbestedende dienst.

3. Grensoverschrijdend belang

Per 1 juli 2016 zijn in de Aanbestedingswet 2012 speciale regels opgenomen voor concessieopdrachten.¹⁰ Tot die tijd golden wel de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, objectiviteit en proportionaliteit mits sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang.¹¹ Nu de overeenkomsten in deze zaak dateren van voor 1 juli 2016, was dit criterium ook hier van belang.¹² De rechtbank oordeelde dat JCDecaux onvoldoende gemotiveerd had onderbouwd dat sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang. JCDecaux had gewezen op de aanzienlijke waarde van de concessie en dat het grondgebied van de concessie heel Nederland betreft, waardoor de concessie aantrekkelijk is voor Europese marktpartijen. Echter, de rechtbank oordeelde dat dit enkel hypothetisch zou zijn en daarmee onvoldoende om van een duidelijk grensoverschrijdend belang ten aanzien van de overeenkomst met Exterior uit te gaan. Dat JCDecaux onderdeel is van een Frans concern maakte die conclusie niet anders. Wat ons betreft een onbegrijpelijke redenering dat er geen sprake zou zijn van een grensoverschrijdend belang gelet op deze feiten. Het hof is het dan ook niet eens met de rechtbank. Volgens het hof blijkt een duidelijk grensoverschrijdend belang wel degelijk uit de door JCDecaux genoemde concrete en relevante feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien. Daarbij weegt het hof mee dat sprake is van een langdurige overeenkomst (2011-2028), met een aanzienlijke economische waarde van ten minste (volgens Exterior zelf) € 50 miljoen. Voorts ziet de concessie op bijna driehonderd stations en daarmee vrijwel het hele grondgebied van Nederland en had de concessie in ieder geval vanaf medio 2011 de daadwerkelijke belangstelling van JCDecaux en (vertegenwoordigers van) haar moeder vennootschap JCDecaux SA, een Franse onderneming.

Buitenlandse interesse

Een duidelijk grensoverschrijdend belang kan blijken uit de economische waarde van de opdracht, bezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de specifieke kenmerken ervan. Een eventuele andere relevante omstandigheid kan zijn het belang van in andere lidstaten gevestigde ondernemers, mits dit belang reëel en niet fictief is.¹³ Dat een buitenlandse onderneming (hier: JCDecaux SA) belangstelling heeft getoond kan derhalve een relevante, mee te wegen omstandigheid zijn. Hier is echter niet zonder meer sprake van. De Hoge Raad oordeelde in de zogenaamde *Eindhovense bushokjes*-zaak nog dat:

10 Deel 2a AanbW.

11 Zie ook HvJ EU 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*) en HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*).

12 Het criterium 'grensoverschrijdend belang' is nu vooral nog van belang voor opdrachten onder de drempelwaarde.

13 Zie onder meer de arresten HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*), punt 29; HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (*Tecnoedi*), punt 20 en HvJ EU 5 april 2017, C-298/15 (*Borta/Klaipedos*), punt 44.

‘Het oordeel dat een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, moet zijn gebaseerd op een weging van alle relevante omstandigheden van het geval (zie hiervoor in 3.4.4). Een relevante – en dus mee te wegen – omstandigheid kan zijn dat een buitenlandse partij concrete belangstelling heeft getoond voor de desbetreffende opdracht. Die belangstelling kan ook erin bestaan dat de buitenlandse partij die opdracht wenst te verwerven via een lokale dochtervennootschap. Het enkele feit dat de lokale dochtervennootschap belangstelling voor de opdracht heeft getoond, brengt echter nog niet mee dat die belangstelling moet worden aangemerkt als belangstelling van de buitenlandse moedervennootschap. Dat wordt niet anders als de dochtervennootschap (mede) door de buitenlandse moedervennootschap wordt bestuurd.’¹⁴

Hieruit volgt dat het enkele feit dat een partij wordt bestuurd door een buitenlandse moedervennootschap onvoldoende is om te kunnen spreken van daadwerkelijke belangstelling van een buitenlandse partij. Ook de stellingen van JCDecaux in de *Eindhovense bushokjes*-zaak dat zij geen standalone vennootschap is, dat sprake is van een door heel Europa opererend concern dat, teneinde succesvol te zijn, lokale entiteiten opricht, dat zij wordt aangestuurd vanuit Parijs (waar de moedervennootschap zetelt) en dat haar resultaat uiteindelijk ten goede komt aan de aandeelhouders van de moedervennootschap werden verworpen. Die stellingen zien namelijk allemaal op de verhouding tussen JCDecaux en haar moedervennootschap in het algemeen, aldus de Hoge Raad.¹⁵

Zie in vergelijkbare zin ook het Gerechtshof Den Haag in de zogenaamde *overbruggingsovereenkomst RET*-zaak¹⁶:

‘21. Het enkele feit dat de Franse moedermaatschappij van JCDecaux Nederland B.V. ook als eiseres in deze procedure is betrokken en haar belangstelling voor de nieuwe concessieovereenkomst kenbaar heeft gemaakt, acht het hof onvoldoende om een duidelijk grensoverschrijdend belang voor de overbruggingsovereenkomst aan te nemen.’

In de onderhavige *NS Stations*-zaak acht het hof, in tegenstelling tot de rechtbank, het feit dat JCDecaux onderdeel is van een Frans concern wel voldoende om van ‘buitenlandse interesse’ voor de concessie te spreken. Dat oordeel lijkt het hof te baseren op de volgende omstandigheden die door JCDecaux naar voren waren gebracht: (i) de groep is organisch gegroeid en niet door overnames tot stand gekomen, (ii) de resultaten van JCDecaux worden in de jaarrekening van moederbedrijf JCDecaux SA geconsolideerd, (iii) JCDecaux SA richt zich volgens haar statuten ook op markten buiten Frankrijk, (iv) de marketing- en salesafdeling van de JCDecaux-groep bevindt zich in Frankrijk,

(v) JCDecaux dient alle investeringen boven € 1 miljoen af te stemmen met het moederbedrijf in Frankrijk, (vi) bij de contacten/besprekingen die met NS Stations hebben plaatsgevonden tussen 2011 en 2014 waren ook de CEO van JCDecaux UK en Noord-Europa en de chairman van JCDecaux SA betrokken en (vii) de inkoop van straatmeubilair vindt altijd via JCDecaux SA plaats.

Als wij het oordeel van de Hoge Raad in de *Eindhovense bushokjes*-zaak strikt interpreteren, zouden (ii) tot en met (v) geen relevante, mee te wegen omstandigheden zijn. Die punten zien immers op de verhouding tussen JCDecaux en haar moederbedrijf in het algemeen. Afhankelijk van hoe de inkoop van het straatmeubilair plaatsvindt kan ons inziens ook worden betwijfeld of (vii) een relevante, mee te wegen omstandigheid is. Plaatst JCDecaux zelf haar orders voor straatmeubilair via JCDecaux SA, dan zien wij daarin niet hoe daaruit de directe belangstelling van JCDecaux SA voor de concessie blijkt. De omstandigheid dat de CEO van JCDecaux UK en Noord-Europa en de chairman van JCDecaux SA bij de besprekingen betrokken waren (vi) kan ons inziens wel een relevante, mee te wegen omstandigheid zijn. Onduidelijk blijft echter waar die betrokkenheid uit bestond.

Afgevraagd kan ook worden in hoeverre de omstandigheid dat (i) ‘de groep organisch gegroeid is en niet door overnames tot stand is gekomen’ te rijmen valt met de overweging van het hof in de *RET*-zaak dat ‘(Potentiele) buitenlandse belangstelling kan er ook uit bestaan dat ondernemingen uit andere lidstaten zich permanent in Nederland hebben gevestigd, of Nederlandse ondernemingen hebben geacquireerd.’¹⁷ Overigens leek de Hoge Raad dit dus geen relevante, mee te wegen omstandigheid te vinden in de *Eindhovense bushokjes*-zaak.

Verder blijkt volgens het hof, anders dan NS Stations en Exterion hadden aangevoerd, uit de oprichting van een Nederlandse JCDecaux-dochter niet dat er géén duidelijk grensoverschrijdend belang is: ‘In ieder geval blijkt uit het feit dat reclamecontracten veelal door lokale vennootschappen van internationale concerns worden uitgevoerd niet dat bij deze contracten geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.’ Dit lijkt ons ook een juist oordeel. Vergelijk ook het gerechtshof in de *RET*-zaak, waarin eveneens is geoordeeld dat ‘het feit dat JCDecaux Nederland en niet JCDecaux SA heeft ingeschreven op andere aanbestedingen voor soortgelijke diensten dus niet zonder meer op het ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang.’¹⁸

Zoals hiervoor aangegeven oordeelde de Hoge Raad in de *Eindhovense bushokjes*-zaak dat de oprichting van lokale entiteiten geen relevante, mee te wegen omstandigheid is. Ook de omstandigheid dat ook Exterion en Clear Chan-

¹⁴ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720, r.o. 3.7.1 (*Eindhovense bushokjes*).

¹⁵ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720, r.o. 3.7.1 (*Eindhovense bushokjes*), r.o. 3.7.2.

¹⁶ Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:470, r.o. 21. Overigens ging het in die zaak om een overbruggingsovereenkomst met een beperkte duur en waarde.

¹⁷ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722, r.o. 40 (*RET*).

¹⁸ Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169, r.o. 40. Onderdelen gericht tegen die overweging konden bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Naar wij begrijpen uit het arrest van de Hoge Raad moet deze overweging van het hof ook worden gelezen in de context dat het hof heeft beoogd te beoordelen of dit een aanwijzing kan vormen tegen het aannemen van een grensoverschrijdend belang.

nel een link hebben met buitenlandse ondernemingen was irrelevant.¹⁹ Dit lijkt niet te stroken met de hiervoor opgenomen citaten uit de *NS Stations*- en *RET*-zaken. Echter, in die zaken zag het oordeel niet op de vraag of het oprichten van lokale entiteiten een omstandigheid is die wijst op het (wel) bestaan van ‘buitenlandse interesse’. In die zaken kwam de rechter al tot het oordeel dat wél sprake was van buitenlandse interesse en was het de vraag of de oprichting van lokale entiteiten een omstandigheid is die wijst op het tegendeel daarvan (géén buitenlandse interesse).

Overigens, zelfs als het hof in de onderhavige *NS Stations*-zaak had geoordeeld dat géén sprake is van ‘buitenlandse interesse’ door de betrokkenheid van JCDecaux SA, zou dat waarschijnlijk niet hebben geleid tot een ander oordeel over de vraag of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Dat belang lijkt het hof ook al aan te kunnen nemen op basis van de waarde van de concessie, de reikwijdte en de looptijd.

Saillant detail is dat JCDecaux al vanaf 2008 interesse had getoond voor het meedingen naar reclamecontracten

Bijzonder is het dan ook dat NS Stations zelf tot het oordeel is gekomen dat er geen sprake zou zijn van een grensoverschrijdend belang, voorafgaand aan het gunnen van deze (in ieder geval de tweede) concessie. Immers, in 2008 toonde JCDecaux al interesse in de concessie en in 2011 was JCDecaux het kort geding gestart. Op basis daarvan had NS Stations er in ieder geval bedacht op moeten zijn dat een grensoverschrijdend belang zou kunnen bestaan.

Het hof neemt de volgende overwegingen mee bij de afwijzing van het beroep op rechtsverwerking (zie hierna in par. 4), maar deze zijn wat ons betreft ook relevant ten aanzien van het grensoverschrijdende belang en dientengevolge de verplichting om de concessie aan te besteden omdat daaruit volgt dat NS Stations op de hoogte was c.q. had moeten zijn van de interesse van JCDecaux en er mogelijk sprake was van een grensoverschrijdend belang (zie r.o. 3.4):

‘Het hof maakt dat oordeel tot het zijne en voegt daaraan het volgende toe. De door JCDecaux gestelde feiten en omstandigheden, waaronder:

– JCDecaux heeft vanaf 2008 bij NS Stations en haar rechtsvoorgangsters kenbaar gemaakt dat zij geïnteresseerd is in het meedingen naar (kort gezegd) reclamecontracten;

– de e-mail van 13 september 2010 van NS Poort (rechtsvoorgangster van NS Stations) waarin wordt gesproken over een shortlist waarop JCDecaux zou staan;

– de uitspraken van NS Stations in 2011 waaruit JCDecaux leek te mogen opmaken dat de met Exterior te sluiten overeenkomst voor hoogstens 5 a 7 jaar zou gelden, waarna een aanbesteding zou volgen,

– het gebrek aan openheid van NS Stations over de contractspartner, omvang en inhoud van de concessieovereenkomst 2011,

schetsen het beeld van een situatie waarin NS Stations vanaf 2010 vaag is gebleven over haar onderhandelingen met Exterior over de concessieovereenkomst 2011 alsmede over de inhoud en omvang daarvan.’

Verduidelijking maatstaf Hoge Raad

Interessant is nog ten aanzien van de hanteren maatstaf voor de beoordeling of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang dat het hof opmerkt dat de Hoge Raad in het arrest van 18 mei 2018²⁰ niet heeft beoogd te oordelen dat de economische waarde van de opdracht van doorslaggevend belang is, maar dat alle omstandigheden relevant zijn. Een andere uitleg zou volgens NS Stations en Exterior namelijk in strijd zijn met de jurisprudentie van het HvJ EU.²¹ Of de rechtbank het arrest van de Hoge Raad en/of de jurisprudentie van het HvJ EU onjuist heeft geïnterpreteerd laat het hof in het midden.²²

4. Rechtsverwerking en het *Grossmann*-verweer

Saillant detail is dat JCDecaux al vanaf 2008 interesse had getoond voor het meedingen naar reclamecontracten en reeds in 2011 aan NS Stations had meegedeeld dat zij de concessieovereenkomst met Exterior in 2011 had moeten aanbesteden. Het door haar in juni 2011 aangespannen kort geding hierover zette zij echter niet door. NS Stations en Exterior beriepen zich daarom op rechtsverwerking en de *Grossmann*-doctrine.²³ Immers, er was al ongeveer zes jaar verstreken sinds de intrekking van het kort geding

19 In de *Eindhovense bushokjes*-zaak had JCDecaux aangevoerd dat Exterior en CCH ook een link hebben met buitenlandse ondernemingen. De Hoge Raad oordeelde daarover dat enkele binding met buitenlandse bedrijven voor wat betreft het bestuur en/of deelnemingen niet tot gevolg heeft dat interesse van een in Nederland gevestigde onderneming voor een concessie kan worden aangemerkt als interesse vanuit het buitenland.

20 In het arrest van het hof wordt een verkeerd jaartal genoemd (2015 i.p.v. 2018).

21 Hoewel geen jurisprudentie is opgenomen, kunnen wij ons voorstellen dat daarmee wordt bedoeld op onder andere HvJ EU 29 april 2010, C-160/08 (*Commissie/Duitsland*) en HvJ EU 19 april 2018, C-65/17 (*Oftalma Hospital*).

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958, r.o. 3.41.

23 HvJ EU 13 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*). In de nationale jurisprudentie wordt uit het ‘*Grossmann*-arrest’ en de daarop gebaseerde jurisprudentie de regel afgeleid dat van een adequaat handelend inschrijver mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De inschrijver dient zijn bezwaren duidelijk naar voren te brengen en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde te stellen, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure.

voordat de onderhavige bodemprocedure werd ingeleid in 2017 en vijf jaar verstreken sinds de concessieovereenkomst met Exterior in 2011 was gesloten.

Ook een beroep op de *Grossmann*-doctrine kon NS Stations en Exterior niet redden

In navolging van de rechtbank wijst ook het hof het beroep op rechtsverwerking en de *Grossmann*-doctrine af. Volgens het hof is het enkel intrekken van een kort geding onvoldoende om aan te nemen dat het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat JCDecaux niet meer het standpunt zou innemen dat NS Stations de betreffende concessieovereenkomst had moet aanbesteden. Ook van onredelijke benadeling van NS Stations is geen sprake, omdat zij bij het sluiten van de concessieovereenkomst in 2011 ermee bekend was dat JCDecaux vond dat NS Stations de concessie had moeten aanbesteden. Dat NS Stations het huidige contract met Exterior moet openbreken als de vorderingen van JCDecaux worden toegekend is daarvoor ontoereikend. Hieraan voegt het hof toe dat NS Stations zelf vaag is gebleven richting JCDecaux over zowel de omvang als de inhoud van de overeenkomst waardoor voor JCDecaux sprake was van een onduidelijke situatie, *'waarin zij niet (precies) wist waartegen zij zich (eventueel in rechte) diende te verzetten.'* Ook zou NS Stations een 'vage toezegging' hebben gedaan dat zij in 2015 alsnog de uitgifte van de concessie zou openstellen, waarop JCDecaux besloot het kort geding in te trekken. Deze concessie werd echter vervolgens in 2015 onderhands aan Ngage gegund. Het is onze inschatting dat dit waarschijnlijk in het verkeerde keelgat schoot bij JCDecaux.

Ook een beroep op de *Grossmann*-doctrine kon NS Stations en Exterior niet redden. Volgens de rechtbank en het hof is die doctrine in dit geval niet van toepassing, omdat geen sprake was van een lopende aanbestedingsprocedure. Bij gebrek daaraan is het onduidelijk op welk moment JCDecaux had moeten klagen over het niet aanbesteden, aldus de rechtbank en het hof. Het hof voegt ook in dit kader daaraan toe dat NS Stations zélf onduidelijkheid liet bestaan richting JCDecaux over de inhoud, omvang en looptijd van de concessieovereenkomst waardoor JCDecaux 'in het duister tastte'.

Afgevraagd kan worden of dit oordeel ook de andere kant uit had kunnen vallen. Was het wel zo onduidelijk op welk moment JCDecaux had moeten klagen? Zij had toch in 2011 een kort geding gestart; klaarblijkelijk omdat zij voldoende aanwijzingen had dat NS Stations de op haar rustende aanbestedingsplicht niet waarmaakte. En was die onduidelijkheid deels niet aan JCDecaux zelf te wijten? Immers, zij nam genoegen met 'vage' toezeggingen. Eerst toen die toezeggingen niet werden nagekomen in 2015, achtte JCDecaux het opportuun (en eigenlijk ook noodzakelijk) om een procedure te starten.

Onlangs meende de Commissie van Aanbestedingsexperts nog in een zaak over de vraag of het ontwerp van een monument moest worden aanbesteed dat de aanbestedende dienst een geslaagd beroep op rechtsverwerking c.q. de *Grossmann*-doctrine deed. In die zaak hadden de klagers pas na vijf jaar de vermeende aanbestedingsplicht aangekaart, waardoor zij volgens de Commissie onvoldoende proactief hadden gehandeld en geen beroep meer konden doen op het niet-naleven van een aanbestedingsplicht.²⁴ De Commissie lijkt daarmee aldus een andere lijn te volgen dan het hof doet in de onderhavige *NS Stations*-zaak, maar mogelijk lagen de feiten ook echt anders.

Ook in de zaak *GVS* oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat Connexxion haar rechten had verwerkt, omdat zij geen kort geding aanhangig had gemaakt terwijl uit correspondentie duidelijk was geworden dat *GVS* niet aan de bezwaren van Connexxion tegemoet wilde komen.²⁵ In dat geval had Connexxion echter alsnog ingeschreven op de aanbestedingsprocedure, waardoor volgens de rechtbank het gerechtvaardigd vertrouwen was ontstaan dat Connexxion geen beroep meer zou doen op haar recht om te klagen. Een dergelijke (actieve) handeling (inschrijving op een aanbesteding) vond echter niet plaats in de onderhavige *NS Stations*-zaak. Het enkele intrekken van een kort geding is daarvoor onvoldoende: een (andere) actieve handeling, zoals dus het inschrijven op de aanbesteding, is vereist.

In de *ParkeerService*-zaak werd geoordeeld dat Cannock al vóór haar inschrijving ermee bekend was dat ParkeerService de opdracht Europees had moeten aanbesteden. Derhalve was ook in die zaak wel degelijk sprake van rechtsverwerking. Echter, het beroep op rechtsverwerking werd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht.²⁶ Onaanvaardbaar, omdat het doel van aanbestedingen het bevorderen van de mededinging is, zwaarder weegt dan het beroep op rechtsverwerking, aldus de rechtbank. In zoverre biedt ook deze zaak geen gunstig precedent voor *NS Stations* en *Exterior* in de onderhavige zaak.

Wij zijn het met mr. E.L.H. Snijders-Van Erp eens dat dit overigens een bijzondere redenering is. Immers, het is inherent aan het honoreren van een beroep op rechtsverwerking, alsook het *Grossmann*-verweer dat een prominente plaats inneemt in aanbestedingszaken, dat de aanbestedende dienst met een schending 'wegkomt'.²⁷ Het is echter afhankelijk van de ernst van de schending of en wanneer de rechtszekerheid van de contractanten boven de rechtsverwerking dient te gaan. Dat zou wat ons betreft het vraagstuk dienen te zijn wanneer, zoals in onderhavige situatie van JCDecaux, art. 4.15 AanbW niet van toepassing is. In die zin is de redenering inzake de *ParkeerService*-zaak ook hier toepasselijk. Het bevorderen van de mededinging,

²⁴ Commissie van Aanbestedingsexperts, 10 februari 2020, advies 517.

²⁵ Rb. Midden-Nederland 12 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3625 (*GVS-Connexxion*).

²⁶ Rb. Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299 (*ParkeerService*).

²⁷ «JAAN» 2019/92 met noot van mr. E.L.H. Snijders-Van Erp.

wat onder andere het doel is van het aanbestedingsrecht, dient dan bij een dergelijke schending van het ten onrechte niet aanbesteden, te prevaleren boven de eventuele argumenten van rechtsverwerking dan wel *Grossmann*-verweer. Immers, wanneer er ten onrechte niet geklaagd is over eventuele gebreken in de aanbesteding of onduidelijkheden of disproportionele clausules in de contracten, dan nog heeft er een moment van mededinging plaatsgevonden. Namelijk op of voorafgaand aan het moment van de inschrijving. Wat er echter ook juridisch gezien van zij, het signaal dat met het arrest van het hof inzake *JCDecaux* wordt afgegeven is dat benadeelden nog na vele jaren de geldigheid van gesloten en inmiddels uitgevoerde overeenkomsten ter discussie kunnen stellen. Hoewel dit de rechtsbescherming ten goede komt, is dat niet zo voor wat betreft de rechtszekerheid. Voor een kritische noot over hoe het evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid in aanbestedingsgeschillen op de helling lijkt te staan, verwijzen wij naar een zeer lezenswaardige noot van mr. G.J. Huith.²⁸

5. Afsluitende opmerkingen

In het najaar van 2019 maakten veel kranten melding van deze zaak. Een van de koppen was ‘*NS verwijderd reclames op stations na blunder met aanbesteding*’²⁹. Maar was dit wel zo’n blunder? Had NS Stations moeten weten dat zij als aanbestedende dienst kwalificeerde en de concessie voor het exploiteren van reclameobjecten op haar stations had moeten aanbesteden? Menigeen zal beamen dat een van de lastigste vraagstukken in het aanbestedingsrecht de vraag is wanneer een instelling kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling in de zin van art. 1.1 AanbW.³⁰ Tegelijkertijd heeft NS Stations, of in ieder geval haar moederonderneming, al jaren ervaring met het aanbestedingsrecht. Bovendien dateren de hiervoor genoemde *Mannesman- en Aigner*-arresten al van vóór het sluiten van de concessieovereenkomst in 2011 en lijkt redelijk duidelijk te zijn dat NS Stations aanbestedingsplichtig is voor dit soort

opdrachten en dat de opdracht gezien de omvang, duur en reikwijdte waarschijnlijk ook buitenlandse interesse zou wekken. In ieder geval was dit in 2011 (of zelfs in 2008?) reeds duidelijk en had NS Stations in 2015 niet zomaar onderhands de exploitatie van de reclamezuilen aan Ngage kunnen gunnen.

Exterion voelde de bui waarschijnlijk al hangen, toen zij na de uitspraak van de rechtbank besloot een vordering tot tussenkomst in te stellen.³¹ Dit leidt hier en daar tot bijzondere overwegingen. Zo zou NS Stations, anders dan Exterion, niet het verweer hebben gevoerd dat zij in 2010/2011 een passende mate van openbaarheid heeft betracht.³² In ieder geval biedt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden weer een welkome nadere invulling van belangrijke leerstukken en passeren belangrijke (Europese) uitspraken de revue, waarbij met name meer duidelijkheid wordt gecreëerd voor de invulling van het begrip grensoverschrijdend belang maar ook de rechtszekerheid van de contracten wordt aangetast wanneer de aanbestedende dienst te makkelijk overgaat tot onderhandse gunning wanneer duidelijke interesse is getoond voor een bepaalde opdracht. Het laatste woord is hierover vast nog niet gezegd. Naar wij begrijpen is NS Stations (en Exterion?) in hoger beroep gegaan bij de Hoge Raad. Verder dient de hoogte van de schadevergoeding nog vast te worden gesteld en heeft NS Stations begin dit jaar met succes een deel van de tenuitvoerlegging van het vonnis weten te schorsen/verbieden.³³ Tot slot heeft NS Stations laten weten voorlopig de exploitatie van reclamdraggers op stations in eigen beheer uit te voeren.³⁴ Dat is – voor NS Stations – ook een (voorlopige) oplossing uiteraard.

Over de auteurs

Mr. J.I. (Janneke) Kohlen

Partner/advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP.

Mr. M.A.M.L. (Mariska) van de Sanden

Senior Associate/advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP.

28 Zie voor een kritische noot over de sancties die het hof aan zijn oordelen verbindt G.J. Huith, ‘Effectieve rechtsbescherming: tot welke prijs? Over het wankle evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid’, «JAAN» 2020/1.

29 Ammelrooy, P. van, ‘NS verwijderd reclames op stations na blunder met aanbesteding’, *de Volkskrant*, 9 december 2019, geraadpleegd op 16 juni 2020, <https://www.volkskrant.nl/wetenschap/ns-verwijderd-reclames-op-stations-na-blunder-met-aanbesteding>.

30 J.M.E. Yilmaz en C.M.C. Wagemakers, ‘Anders dan van industriële of commerciële aard?’, *TA* 2017/70.

31 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10159; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10160 en Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5311.

32 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958, r.o. 3.49.

33 Voor zover het betreft het gebod om een verklaring van een onafhankelijke accountant te verstrekken. Zie Rb. Amsterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:888.

34 TenderNed. Informatie met betrekking tot adverteren op treinstations, NS Groep N.V., 3 juni 2020, geraadpleegd op 16 juni 2020, <https://www.tenderned.nl/tenderned-tap/aankondigingen/196664;section=6>. Naar eigen zeggen is NS Stations nog steeds voornemens om de exploitatie van reclamdraggers middels een aanbestedingsprocedure in de markt uit te zetten, maar is de impact van de coronamaatregelen op de advertentiemarkt en op stations zo groot, dat zij hiermee wacht.