

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Staat (Ministerie van Financiën)
van Pels Rijcken (kantoor landsadvocaat)
datum 22 oktober 2024
inzake advies exportkredietverzekeringen Atradius

1 Inleiding

1.1 Op 2 juni 2009 sloot de Staat een Overeenkomst op Hoofdlijnen tot wijziging van het stelsel van exportkredietverzekering en investeringsgaranties met Atradius Dutch State Business N.V. (hierna: ADSB), Atradius Credit Insurance N.V., Atradius Insurance Holding N.V., Atradius Provenuen B.V. en Atradius N.V. Achtergrond van het sluiten van deze Overeenkomst was de inwerkingtreding van de Wijzigingswet Kaderwet.

Zie: Memorie van Toelichting (Kamerstuk II, 2007-2008, 31 382, nr. 3, pg. 1) bij deze wetswijziging:

“Dit voorstel tot wijziging strekt ertoe de Kaderwet aan te passen zodat het bestaande herverekeringsstelsel, waarbij de Staat door een exportkredietverzekeraar verzekerde exportkredietverzekeringen en investeringsgaranties in herverekering neemt, wordt vervangen door een stelsel waarbij de Staat exportkredietverzekeringen en investeringsgaranties rechtstreeks aan banken en exporteurs afgeeft (staatspolissen). (...)”

1.2 Daarnaast is in 2009 een Overeenkomst van samenwerking met betrekking tot exportkredietverzekering en investeringsgaranties alsmede schuldenakkoorden gesloten met ADSB en Atradius Credit Insurance N.V. (hierna zullen alle entiteiten waarmee onder de Overeenkomsten is gecontracteerd tezamen als Atradius worden aangeduid). Met deze Samenwerkingsovereenkomst geeft de Staat Atradius een opdracht in de zin van artikel 7:400 BW om te adviseren over (kort gezegd) exportkredietverzekeringen en investeringsgaranties (artikel II). Verder geeft de Staat aan Atradius de last om in naam en voor rekening en risico van de Staat uitvoering te geven aan (kort gezegd) het sluiten en beheren van exportkredietverzekeringen en investeringsgaranties (artikel III). Voorts wordt aan Atradius de opdracht gegeven werkzaamheden te verrichten om de Staat te ondersteunen bij de uitvoering van Multilaterale Schuldenregelingen en Bilaterale Schuldenakkoorden (artikel IV). De

Overeenkomsten zijn tot stand gekomen zonder het doorlopen van een aanbestedingsprocedure in de zin van de toen geldende Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG.

- 1.3 Bedoelde Overeenkomsten zijn voor onbepaalde tijd aangegaan. Deze Overeenkomsten zijn afgelopen jaar door de ADR (Auditdienstrijck) en de Algemene Rekenkamer als comptabel onrechtmatig aangemerkt, kort gezegd omdat deze niet zijn aanbesteed.
- 1.4 U vroeg ons of er argumenten bestaan om met succes te betogen dat in 2009 geen sprake was van een aanbestedingsplicht, zodat de grondslag voor de comptabele onrechtmatigheid kan komen te ontvallen. Daarbij vroeg u ons tevens in te gaan op het argument van Atradius dat de samenwerking niet behoeft en behoeft te worden aanbesteed omdat deze reeds is aangegaan voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Aanbestedingsrichtlijnen.

NB: Voor de volledigheid merken wij op dat dit advies uitsluitend een aanbestedingsrechtelijke analyse geeft op de bestaande samenwerking met Atradius en niet ingaat op mogelijke andere toekomstige scenario's.

2 Is sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht?

- 2.1 Allereerst rijst de vraag of de dienstverlening van Atradius buiten de werkingssfeer van EU-wetgeving (zoals de Aanbestedingsrichtlijn) valt. Dit zou het geval zijn als sprake is van niet-economische diensten van algemeen belang (oftewel: NEDAB's)¹. Of sprake is van een NEDAB dient van geval tot geval te worden beoordeeld, waarbij moet worden gekeken naar alle kenmerken van de betrokken activiteit, en met name naar de wijze waarop de dienst wordt verricht, georganiseerd en gefinancierd door de betrokken lidstaat.² Activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag en taken die daarmee onlosmakelijk verbonden zijn, kunnen volgens vaste rechtspraak in beginsel worden aangemerkt als NEDAB.³
- 2.2 Wij zien onvoldoende steekhoudende argumenten om te betogen dat in dit geval sprake is van diensten die kwalificeren als een NEDAB. Allereerst is Atradius niet op grond van een wet (of andere publiekrechtelijke regelgeving) *zelf* belast met het (voor eigen rekening en risico) verstrekken van exportkredietfaciliteiten. Zij voert beheer en

¹ Zie artikel 1 lid 4 en overweging 6 van Richtlijn 2014/24/EU. In de overweging staat '*Duidelijk moet worden dat niet-economische diensten van algemeen belang buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn moeten blijven*'.

² SWD(2013) 53 final/2, 'Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang', p. 118; HvJ EU 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH), punt 30.

³ HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (C-138/11 Compass-Datenbank GmbH), punt 36; GvdEU 28 september 2017, ECLI:EU:T:2017:675 (T-138/15 TenderNed) en HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:932 (C-687/17P, TenderNed); SWD(2013) 53 final/2, 'Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang', p. 37.

adviesdiensten (als uitvoerder) uit ten behoeve van deze door de Staat te verstrekken faciliteiten. Zulks uitsluitend op basis van een overeenkomst en de betalingen zijn ook op die overeenkomst gebaseerd. Atradius is bovendien een volledig private (op winst gerichte) partij waarop de Staat geen toezicht uitoefent. Deze omstandigheden vormen belangrijke aanwijzingen dat geen sprake is van een NEDAB. Zo volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EU dat ook als een bepaalde activiteit of maatregel buiten de werkingssfeer (van bepaalde bepalingen) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) valt, dat niet betekent dat het aanwijzen van een derde die (enkel) de uitvoering van die activiteit ter hand neemt ook is vrijgesteld van de aanbestedingsregels⁴. Gelet op het voorgaande vallen de diensten naar ons oordeel onder de werkingssfeer van EU-wetgeving (zoals de Aanbestedingsrichtlijn).

- 2.3 De Europese Aanbestedingsrichtlijn (ten tijde van het sluiten van de Overeenkomsten in 2009 gold Richtlijn 2004/18/EG) is van toepassing indien de Staat overeenkomsten sluit met van hem te onderscheiden rechtspersonen die betrekking hebben op het onder bezwarende titel verrichten van diensten, werken of leveringen (een 'overheidsopdracht'). De Overeenkomst van Samenwerking is een schriftelijke overeenkomst op basis waarvan Atradius (een van de Staat te onderscheiden rechtspersoon) tegen betaling diensten verleent aan de Staat. Met het sluiten van de Samenwerkingsovereenkomst wordt zodoende een overheidsopdracht gegund aan Atradius.
- 2.4 De toenmalige Richtlijn 2004/18/EG was van toepassing op overheidsopdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of groter dan de (toen geldende) drempelbedragen. Het drempelbedrag voor overheidsopdrachten voor diensten verleend door de Centrale overheid bedroeg in 2009 €133.000,-. De betalingen die werden en worden verricht onder deze Samenwerkingsovereenkomst liggen boven deze drempel en ook boven de huidige drempel. Een dergelijke overheidsopdracht boven de toepasselijke drempelbedragen moet in uitgangspunt worden aanbesteed.
- 2.5 De overheidsopdracht die aan Atradius is verstrekt is ook anderszins niet van de werkingssfeer van de Richtlijn uitgezonderd. Er is geen sprake van een uitgesloten opdracht in de zin van afdeling 3 van de Richtlijn 2004/18/EG. De opdracht heeft hoofdzakelijk betrekking op diensten in verband met verzekeringen genoemd in bijlage II A diensten categorie 6 a van deze Richtlijn, waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing was. Ook onder de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn

⁴ Zie bijvoorbeeld naar analogie het arrest C-271/08 Commissie/Duitsland, waarin werd geoordeeld dat het sluiten van collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers ter zake ouderdomspensioenen een grondrecht betreft dat niet onderhevig is aan artikel 101 VWEU, maar de aanwijzing van een assuradeur in een dergelijke collectieve overeenkomst die met de uitvoering van de omstreden maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies wordt belast wel onderhevig is aan de Aanbestedingsrichtlijnen.

2014/24/EU zijn verzekeringsdiensten niet uitgesloten van de werkingssfeer van de Richtlijn.

NB: Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat ook geen sprake is van een quasi-inhouse relatie tussen de Staat en Atradius (in de zin van artikel 2.24 a Aanbestedingswet) of van een uitsluitend recht (in de zin van artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet).

- 2.6 Ook ten tijde van het sluiten van de Overeenkomsten is overigens onderkend dat sprake was van een overheidsopdracht die onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht viel. In het advies van de Raad van State (Kamerstuk II, 2007-2008, 31 382, nr. 4, pg. 5) van 23 november 2007 in reactie op het wetsvoorstel, staat daarover het volgende vermeld:

“5. Een gevolg van het voorstel is dat Atradius DSB niet meer op eigen titel exportkredietverzekeringsovereenkomsten sluit ter uitvoering van de door de overheid beschikbaar gestelde exportkredietverzekeringsovereenkomsten, maar dat de overheid zelf deze overeenkomsten sluit met ondernemers. Het is de bedoeling, zo blijkt uit de toelichting, dat Atradius DSB daarbij als vertegenwoordiger van de Staat optreedt. De Raad stelt vast dat er in dat geval sprake is van het verlenen van een dienst door Atradius DSB, een private partij, ten behoeve van de Staat. De Raad wijst er in dit verband op, dat voor het sluiten van dergelijke dienstverleningsovereenkomsten in voorkomend geval de aanbestedingsverplichtingen van toepassing zijn die voortvloeien uit richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEG L 134). Voorts wijst de Raad op de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voortvloeiende verplichting om, in de gevallen waarin deze aanbestedingsverplichtingen niet bestaan, bij de verstrekking van overheidsopdrachten en concessies te voorzien in transparante en non-discriminatoire procedures. De Raad adviseert op dit aspect in de toelichting nader in te gaan.”

- 2.7 De reactie van de minister op dit advies volgt op 7 maart 2008⁵:

“5. De Raad wijst erop dat voor het sluiten van dienstverleningsovereenkomsten ten behoeve van de uitvoering van de faciliteit in voorkomend geval de Europese aanbestedingsverplichtingen van toepassing zijn. In dit verband wil ik graag benadrukken dat de relevante aanbestedingsregels worden nageleefd en ik heb dit verduidelijkt in de toelichting.”

- 2.8 Als gevolg hiervan is in de Memorie van Toelichting (Kamerstuk II, 2007-2008, 31 382, nr. 3, pg. 4) d.d. 18 maart 2008 vermeld:

⁵ <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/@59714/w06-07-0392-iii/>

“Bij het sluiten van dienstverleningsovereenkomsten ten behoeve van de uitvoering van de faciliteit worden de relevante Europese aanbestedingsregels nageleefd.”

- 2.9 In de Nota naar aanleiding van het verslag van 23 juni 2008 (Kamerstukken II, 2007-2008, 31 382, nr. 6, pg. 7) heeft de minister naar aanleiding van vragen van de Tweede Kamer over de precieze rol van Atradius in relatie tot de Europese aanbestedingsregels bericht:

“De leden van de CDA-fractie vragen hoe het feit dat Atradius optreedt als vertegenwoordiger van de Staat zich verhoudt tot de Europese aanbestedingsregels. Door de stelselwijziging worden de Europese aanbestedingsregels van toepassing op de dienstverlening ten behoeve van de EKV. Ik zal de dienstverlening ten behoeve van de EKV daarom Europees aanbesteden. Dit is echter een complex en langdurig traject. Teneinde de continuïteit van de EKV in de periode tot het aanbestede regime te waarborgen, en om de Staat in de gelegenheid te stellen aangegane verplichtingen af te wikkelen, zal Atradius DSB in de tusseliggende periode als uitvoerder blijven fungeren.” (onderstreping Pels Rijcken)

- 2.10 In 2009 wordt - mede tegen de achtergrond van de kredietcrisis – toch het besluit genomen om de Overeenkomsten met Atradius te sluiten zonder voorafgaande aanbesteding.

Bij brief van 12 juni 2009 (Kamerstukken II, 2008-2009, 31 382, nr. 12) heeft de minister aangegeven:

“Graag informeer ik u, met oog op de behandeling van de Wet Wijziging van de Kaderwet financiële verstrekkingen Financiën, dat ik van mening ben dat er onder de huidige omstandigheden geen realistisch en verantwoord alternatief voor de uitvoering van de onderhavige dienstverlening, anders dan door Atradius Dutch State Business, beschikbaar is. Zoals u weet zijn, sinds de indiening van voornoemd wetsvoorstel, de omstandigheden op de financiële markten en daarmee de positie van de relevante spelers sterk gewijzigd. Ik acht het daarom verstandig de relatie met Atradius Dutch State Business te continueren.”

- 2.11 Deze beslissing doet naar ons oordeel niet af aan voormelde constatering dat in 2009 sprake was van een overheidsopdracht die onder de werking van het aanbestedingsrecht valt. Er is overigens in de wetsgeschiedenis, noch in de gesloten Overeenkomsten enige juridische grondslag gegeven waarom afgezien kan worden van aanbesteding.
- 2.12 Wellicht ten overvloede merken wij nog op dat ons ook op dit moment geen andere feiten of omstandigheden bekend zijn gesteld die maken dat een uitzonderingsgrond van toepassing is op basis waarvan een procedure van gunning door onderhandelingen

zonder bekendmaking kan worden doorlopen. De uitzonderingsgronden moeten restrictief worden uitgelegd en de aanbestedende dienst moet de uitzonderlijke omstandigheden aantonen die het afwijken van de aanbestedingsplicht rechtvaardigen. U heeft volledigheidshalve de afgelopen periode een Europese marktconsultatie gehouden. Naar uw oordeel wijst deze consultatie uit dat niet kan worden aangetoond dat de opdracht slechts door één bepaalde ondernemer kan worden verricht (zie uitzonderingsgrond: artikel 2.32 lid 1 sub b en lid 3 Aanbestedingswet), zodat in ieder geval reeds aan één van de cumulatieve voorwaarden voor toepassing van deze uitzonderingsgrond niet is voldaan. Reden voor u om hierover geen verder advies aan ons te vragen.

3 Samenwerking continueren zonder aanbesteding omdat deze is aangegaan voorafgaand aan inwerkingtreding Aanbestedingsrichtlijnen?

- 3.1 Atradius weerspreekt voor zover ons bekend niet dat in materiële zin sprake is van een overheidsopdracht die thans onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt. Atradius stelt echter dat de samenwerking (voorafgaand aan de stelselwijziging in 2009) reeds is aangegaan in 1991 vóór inwerkingtreding van de Europese aanbestedingsregels (in 1993). Onder verwijzing naar het arrest "Tögel" van het Hof Van Justitie EG (24 september 1998, zaak C-76/97, ECLI:EU:C:1998:432) betoogt Atradius dat een aanbestedende dienst een samenwerking voor onbepaalde tijd mag continueren als de samenwerking tot stand is gekomen vóór inwerkingtreding van de Europese aanbestedingsregels.⁶
- 3.2 Allereerst zij opgemerkt dat het bedoelde arrest meer dan 25 jaar geleden is geweest. Zowel de nationale rechtspraak, als ook de rechtspraak van het Hof van Justitie EU, laten de afgelopen tien jaar een sterke tendens zien - ook in gevallen waarin het aanbestedingsrecht (in het geheel) niet van toepassing is - tot het zo veel mogelijk verzekeren van het naleven van het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan tot het bieden van mededingingsruimte. Het langdurig (of zelfs voor onbepaalde tijd) buiten mededinging om verstrekken van (schaarse) rechten, vergunningen of overeenkomsten wordt mede met oog op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn in de meeste gevallen niet toelaatbaar geacht. Wij sluiten niet uit dat reeds om deze reden een aanbestedende dienst verplicht kan zijn een overeenkomst voor onbepaalde tijd op een zeker moment te beëindigen, opdat naleving van het gelijkheidsbeginsel, althans het aanbestedingsrecht, kan worden geborgd. De kans dat in rechte wordt aanvaard dat de Staat een overheidsopdracht voor zeer lange duur en zonder zicht op een einddatum aan de marktwerking mag onttrekken, terwijl dergelijke overheidsopdrachten materieel reeds meer dan 30 jaar onder de werking van het aanbestedingsrecht vallen, achten wij klein.

⁶ Dit standpunt werd door Atradius ook in 2008 ingenomen. Destijds hebben wij in een advies van 10 juni 2008 aangegeven het niet waarschijnlijk te achten dat deze lijn in rechte zou worden gevolgd.

3.3 Daarbij komt dat ook ten tijde van het Tögel arrest reeds werd onderkend dat het wijzigen van de samenwerking of het heronderhandelen daarvan een nieuw momentum creëert waarop wel weer aan de op dat moment geldende aanbestedingsregelgeving moet worden getoetst.

3.4 Zo geeft de advocaat-generaal Fennelly in punt 63 van zijn conclusie bij de bedoelde Tögel-zaak aan:

“Indien daarentegen deze verhouding tussen de overeenkomst sluitende partijen in het nationale recht enkel een langdurige verhouding vormt die als kader dient voor een periodieke heronderhandeling van de voorwaarden, ben ik van mening dat de in de richtlijn dienstverlening voorziene procedures bij de eerste gelegenheid dienen te worden gevolgd.”

3.5 Ook in het arrest Commissie/Frankrijk (C-337/98, d.d. 5 oktober 2000, ECLI:EU:C:2000:543) wordt onderkend dat het opnieuw onderhandelen over wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst maakt dat de toepassing van de aanbestedingsregelgeving geboden kan zijn:

“Er zij evenwel aan herinnerd, dat de aanbestedende dienst bij twee onderscheiden besluiten van 22 september 1995 enerzijds het besluit van 30 maart 1993 houdende gunning van de opdracht aan Matra heeft ingetrokken en anderzijds Semtcar heeft verzocht met deze vennootschap verder te onderhandelen.

Er dient dus te worden nagegaan, of de na 22 september 1995 aangeknoopte onderhandelingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de reeds gevoerde onderhandelingen, en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst, zodat de toepassing van de bepalingen van richtlijn 93/38 gerechtvaardigd kan zijn.”

3.6 Het Hof van Justitie EU benadrukt voorts dat een wijziging van een overeenkomst die binnen de materiële werkings sfeer van het aanbestedingsrecht valt aan de op moment van die wijziging geldende regelgeving moet worden getoetst. Als sprake is van een wezenlijke wijziging van een bestaande overeenkomst moet de aldus gewijzigde

overeenkomst leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure conform de op dat moment geldende regels:

Zie:

- HvJ EU, 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*), ro. 60 t/m 63, ECLI:EU:C:2019:756).

- 3.7 De kans dat in rechte wordt aangenomen dat al meer dan 30 jaar sprake is van dezelfde overheidsopdracht en dat geen sprake is van heronderhandeling over wezenlijke elementen van de opdracht waardoor deze samenwerking ook nu zonder aanbesteding mag worden gecontinueerd achten wij klein. Ter toelichting daarop nog het volgende.

4 Geen sprake van dezelfde niet (wezenlijke) gewijzigde opdracht als in 1991

- 4.1 Voorafgaand aan de inwerkingtreding in 1993 van de (eerste) Aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten voor Diensten (92-50/EEG) is met de toenmalige Nederlandse Credietverzekering Maatschappij N.V. (hierna: NCM) op 20 maart 1991 een herverzekeringsovereenkomst gesloten. De grondslag voor het sluiten van deze overeenkomst betrof een ministeriële beschikking uit 1983 (no. 138/19880) op basis waarvan in Nederland gevestigde kredietverzekeringsmaatschappijen een verzoek konden indienen bij de minister van Financiën om toestemming te verkrijgen om te handelen als toegelaten kredietverzekeringsmaatschappij. Het besluit stipuleert onder meer dat toestemming alleen wordt verleend aan een kredietverzekeringsmaatschappij die over voldoende eigen vermogen beschikt. Aan het verlenen van de toestemming worden voorwaarden verbonden die zijn vastgelegd in voormelde herverzekeringsovereenkomst en in de daarop van toepassing zijnde "Algemene voorwaarden toelating kredietverzekeringsmaatschappijen". In 1991 was NCM derhalve een toegelaten kredietverzekeraar, waarbij NCM onder de gesloten herverzekeringsovereenkomst het recht had om door haar afgegeven verzekeringen en garanties en daaraan verbonden risico's bij de Staat in herverzekering te geven. Uit de Algemene voorwaarden toelating kredietverzekeringsmaatschappijen en de Herverzekeringsovereenkomst uit 1991 volgt dat daarbij ook werkelijk sprake was van risicoparticipatie of eigen risicodracht door NCM. Onder het toenmalige systeem was overigens geen sprake van een exclusieve opdracht of toestemming; ook andere potentiële kredietverzekeringsmaatschappijen die voldeden aan de voorwaarden uit de beschikking zouden toestemming hebben kunnen vragen. Van een exclusieve opdracht aan NCM was derhalve geen sprake. In de praktijk is het bij NCM als toegelaten maatschappij gebleven.
- 4.2 Sinds 1991 zijn meermaals aanvullende overeenkomsten met NCM gesloten. Zo is in 1999 een nieuwe overeenkomst gesloten om uitvoering te geven aan de OESO-

afspraken omtrent exportkredietverzekeringen. Daarbij zijn hernieuwde afspraken gemaakt over kort gezegd de specifieke risico's die voor herverzekering in aanmerking kunnen komen. Deze afspraken zijn gemaakt na inwerkingtreding van bedoelde Aanbestedingsrichtlijn in 1993.

- 4.3 In 2003 heeft vervolgens een volledige herstructurering van NCM en haar activiteiten plaatsgevonden. Op 5 december 2003 is daartoe de Overeenkomst tot herstructurering gesloten tussen de Staat en NCM, NCM Holding N.V., NCM Credietverzekering voor Opkomende Markten N.V., Atradius A.G. en Atradius N.V. Daarin is afgesproken dat alle rechtsverhoudingen waarbij NCM partij is maar waarvan de Staat het economisch belang draagt, worden ondergebracht in de afzonderlijke vennootschap "NCM Credietverzekering voor Opkomende Markten N.V." (hierna aangeduid als NCM-OM). NCM-OM is het latere ADSB. Anders dan het voormalige NCM sluit NCM-OM alleen exportkredietverzekeringen waarvan het gehele risico door de Staat wordt herverzekerd. NCM-OM wordt op dat moment aangewezen als toegelaten kredietverzekeraar in de zin van voormelde beschikking. In de Overeenkomst tot herstructurering zijn daarbij afspraken gemaakt omtrent de bedrijfsvoering en inrichting van NCM-OM en zekerheidsstellingen die door NCM-OM aan de Staat moeten worden verstrekt. Daarbij is onder meer bedongen dat de Staat alle aandelen in NCM-OM geleverd krijgt als specifieke opschortende voorwaarden intreden. Daarnaast verkrijgt de Staat pandrechten op alle aandelen in NCM-OM als zekerheid voor de nakoming van alle verplichtingen van NCM en verkrijgt de Staat een prioriteitsaandeel in NCM-OM. Onder bepaalde omstandigheden moet NCM-OM op verzoek pandrechten op vorderingen verlenen of overdracht van vorderingen bewerkstelligen. Deze zekerheidsstellingen zijn nodig omdat NCM-OM (later ADSB) als zelfstandig verzekeraar optreedt en op eigen naam polissen en garanties afgeeft aan exporteurs. De Staat treedt daarbij op als herverzekeraar en gaat zodoende geen directe verbintenissen met exporteurs aan. Met het sluiten van deze Overeenkomst met nieuwe entiteiten en een nieuwe structurering van activiteiten is mogelijk reeds gegeven dat geen sprake is van een bestendige niet wezenlijk gewijzigde samenwerking sinds 1991.
- 4.4 In 2009 geeft de stelselwijziging die voortvloeit uit de inwerkingtreding van de Wijzigingswet Kaderwet aanleiding om volledig nieuwe Overeenkomsten te sluiten (onder meer de Overeenkomst van Samenwerking en de Overeenkomst op Hoofdlijnen). Bij inwerkingtreding van de Overeenkomst op Hoofdlijnen in 2009 wordt uitdrukkelijk geregeld dat de herverzekeringsovereenkomst uit 1991 niet meer van toepassing is (artikel 5.3). De toestemming te handelen als toegelaten kredietverzekeringsmaatschappij wordt ingetrokken. De rol van ADSB (voorheen NCM-OM) is met inwerkingtreding van de Overeenkomsten in 2009 niet langer die van zelfstandig kredietverzekeraar, maar die van uitvoerder. De Staat is vanaf dat moment zelf verzekeraar en ADSB krijgt de last om in naam en voor rekening en risico van de Staat polissen en garanties uit te geven aan exporteurs. De vergunning voor

kredietverzekeraar van ADSB wordt dan ook door DNB op 27 januari 2010 ingetrokken. Daarnaast is niet langer sprake van een toelatingssysteem waarin ook andere partijen toestemming kunnen vragen om te worden toegelaten. Atradius krijgt een exclusieve positie als uitvoerder.

- 4.5 De gewijzigde rol van Atradius maakt ook dat afspraken worden gemaakt in de Overeenkomst op Hoofdpijnen over de overgang 'om niet' van vermogensbestanddelen van Atradius naar de Staat gerelateerd aan in het verleden door Atradius gesloten exportkredietverzekeringen en investeringsgaranties. De zekerheden, die de Staat in 2003 heeft bedongen bij de herstructurering in 2003 zijn als gevolg van de stelselwijziging ook niet meer nodig. Bij ondertekening van de Overeenkomst van Uitgangspunten van 27 september 2007 wordt voorzien in beëindiging van deze zekerheden.
- 4.6 De kans is groot dat in rechte zal worden geoordeeld dat hiermee sprake is van wezenlijk andere afspraken dan voorheen in 1991. In de Overeenkomsten uit 2009 is allereerst uitdrukkelijk gestipuleerd dat de herverzekeringsovereenkomst uit 1991 niet meer van toepassing is. Bovendien is de aard van de overeenkomst ten principale veranderd waarbij de rol van opdrachtnemer is veranderd van verzekeraar naar uitvoerder. De uitvoerder sluit geen verzekeringen meer af op eigen naam en heeft geen recht op herverzekering meer. Deze verandering van rol ging gepaard met overdracht van vermogensbestanddelen van Atradius naar de Staat en de (vergaande) zekerheidsstellingen die de Staat eerder heeft bedongen als herverzekeraar worden nu niet meer gevraagd. De opdracht behoeft nu ook niet meer door een verzekeringsmaatschappij te worden uitgevoerd. Er wordt daarnaast overigens ook nog eens periodiek over de (systematiek van) vergoeding aan Atradius (een element dat in jurisprudentie al snel als wezenlijk wordt beschouwd) onderhandeld. De kans dat in rechte zal worden aanvaard dat de huidige overheidsopdracht in 2009 niet behoefde te worden aanbesteed omdat reeds in 1991 een samenwerking bestond met de rechtsvoorganger van Atradius lijkt ons gelet op voormelde aspecten klein. De kans dat een rechter op deze door Atradius aangevoerde grond zal oordelen dat de Staat de samenwerking met Atradius ook nu nog zonder enig zicht op beëindiging (dus oneindig) mag continueren en daarbij periodiek de prijs middels onderhandelingen opnieuw mag vaststellen met een beroep op de eerdere samenwerking in 1991 lijkt ons onwaarschijnlijk.

5 Conclusie

- 5.1 De in 2009 met Atradius gesloten overeenkomsten tot (kort gezegd) uitvoeren van de exportkredietfaciliteiten vallen onder de werkingssfeer van de EU-wetgeving, waaronder de Aanbestedingsrichtlijnen. De overeenkomsten kwalificeren als een overheidsopdracht in de zin van die Aanbestedingsrichtlijnen. De opdracht heeft in de hoofdzaak betrekking op uitvoering van verzekeringsdiensten, zodat geen sprake is

van een van de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht uitgesloten opdracht. Er gold en geldt dus een aanbestedingsplicht voor deze opdracht. Uitzonderlijke omstandigheden die kunnen leiden tot een uitzondering op de verplichting tot publicatie van een dergelijke opdracht (dat wil zeggen het openstellen voor mededinging) zijn ons niet gebleken.

- 5.2 Atradius stelt nog dat de Overeenkomsten niet onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen omdat deze hun oorsprong hebben in een samenwerking met (de rechtsvoorganger van) Atradius die is aangegaan voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Aanbestedingsrichtlijnen (d.w.z. vóór 1993). Atradius miskent naar ons oordeel dat geen sprake is van een vóór 1993 aan Atradius gegunde overheidsopdracht die sindsdien ongewijzigd en bestendig is voortgezet. De samenwerking is meermaals ingrijpend gewijzigd, waarbij in ieder geval met het sluiten van de overeenkomsten in 2009 dusdanig wezenlijk andere afspraken tot stand zijn gekomen dat aannemelijk is dat in rechte geoordeeld zal worden dat de overeenkomsten in 2009 als nieuwe overheidsopdracht hebben te gelden, zodat daarop "gewoon" de in 2009 geldende aanbestedingsregels hadden moeten worden toegepast.
- 5.3 Ten overvloede zij opgemerkt dat ook als het aanbestedingsrecht niet van toepassing zou zijn het langdurig (of zelfs voor onbepaalde tijd) buiten mededinging om verstrekken van (schaarse) rechten, vergunningen of overeenkomsten ook met het oog op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de bepalingen uit de Dienstenrichtlijn meestal niet toelaatbaar wordt geacht. Wij sluiten niet uit dat ook om deze reden een aanbestedende dienst verplicht kan zijn een overeenkomst voor onbepaalde tijd op een zeker moment te beëindigen, opdat naleving van het gelijkheidsbeginsel, althans het aanbestedingsrecht, kan worden geborgd. De kans dat in rechte wordt aanvaard dat de Staat een overheidsopdracht voor zeer lange duur en zonder zicht op een einddatum aan de marktwerking mag onttrekken, terwijl de opdracht materieel reeds meer dan 30 jaar onder de werking van het aanbestedingsrecht valt, achten wij klein.