AB 2013/108: Staatssteun. Geen enkele verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van een overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig i...

Instantie:	Hoge Raad	Datum:	18 januari 2013
Magistraten:	Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Snijders, J.C. van Oven	Zaaknr:	11/02728
Conclusie:	A-G mr. Keus	LJN:	BY0543
Noot:	A.J. Metselaar[*] en W. den Ouden	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2013:BY0543, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 18-01-2013; ECLI:NL:PHR:2013:BY0543, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 12-10-2012; Beroepschrift, Hoge Raad, 27-01-2012; Beroepschrift, Hoge Raad, 27-01-2012; Beroepschrift, Hoge Raad, 01-06-2011		

Wetingang: Art. 107, 108, 49, 56 VWEU; Richtlijn 92/50/EEG
Brondocument: HR, 18-01-2013, nr 11/02728

Essentie

Naar boven

Een enkele verklaring voor recht dat de (verdere) uitvoering van een overeenkomst waarin staatssteun zou zijn besloten kan niet worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie.

Samenvatting

Naar boven

In geval van een inbreuk op art. 108 VWEU moeten de nationale rechterlijke instanties ervoor zorgen dat maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de desbetreffende staatssteun wordt hersteld, hetgeen betekent dat de rechter bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen kan overgaan tot nietigverklaring van de rechtshandeling waarbij de staatssteun is verleend (vgl. HvJEU 8 december 2011, nr. C-275/10, LJN BU8588, NJ 2012/124 (Residex), punten 34 en 44-49). (…)
Het hof heeft terecht geoordeeld dat een enkele verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van de overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens P1 (dus zonder een daaraan gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie als zojuist bedoeld) in dit verband niet kan worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun.

Partij(en)

Naar boven

P1 Holding B.V., eiseres tot cassatie, verweerster in het (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel,
tegen

1. De Gemeente Maastricht, verweerster in cassatie, eiseres in het (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep, advocaat: aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans mr. M.J. Schenck,
2. Q-Park Exploitatie B.V., verweerster in cassatie, eiseres in het (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep, advocaat: aanvankelijk mr. K.G.W. van Oven, thans mr. W.H. van Hemel en mr. R.L. Bakels.

Uitspraak

Naar boven

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. het vonnis in de zaak 119309/HA ZA 07-419 van de Rechtbank Maastricht van 8 oktober 2008;
b. de arresten in de zaak HD 200.018.435 van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 23 juni 2009, 8 december 2009 en 1 maart 2011.

Het arrest van het hof van 1 maart 2011 is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; red.).

2. Het geding in cassatie

Tegen laatstvermeld arrest van het hof heeft P1 beroep in cassatie ingesteld. De Gemeente en Q-Park hebben afzonderlijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de beide conclusies van antwoord tevens houdende (deels voorwaardelijke) incidentele cassatieberoepen zijn aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; red.) en maken daarvan deel uit.
Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.
De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor P1 mede door mr. J.F. de Groot en mr. J.W.A. Meesters, advocaten te Amsterdam.
De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping van het principale beroep, alsmede tot verwerping van de beide incidentele beroepen, voor zover deze onvoorwaardelijk zijn ingesteld.
Namens P1 hebben haar advocaat en mr. De Groot voornoemd bij brief van 9 november 2012 op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) In 1979 is de parkeergarage aan het Vrijthof te Maastricht (hierna: de Vrijthofgarage) met ingangsdatum maart 1972 voor 50 jaar verhuurd. In 1988 is de parkeergarage aan het Onze Lieve Vrouweplein (hierna: de OLV-garage) voor 40 jaar verhuurd. Omstreeks die tijd is voor zeven andere parkeergarages een beheerovereenkomst gesloten. Onderhoud kwam voor rekening van de Gemeente. De negen garages werden gehuurd of beheerd door Q-Park.

(ii) De huurovereenkomsten voor de Vrijthofgarage en OLV-garage waren destijds gesloten op voor de Gemeente zeer ongunstige voorwaarden. Er was geen indexering afgesproken zodat die overeenkomsten, gelet op de zeer lange duur, voor Q-Park steeds lucratiever werden, ook al zou de nominale huur bij de aanvang marktconform zijn geweest. Daarom zat er een forse goodwill in die huurovereenkomsten.

(iii) Tussen 1995 en 2002 hebben de Gemeente en Q-Park onderhandeld over de overname van de parkeergarages. Renovatie, die voor de Vrijthofgarage neerkwam op vernieuwbouw, zou in het kader daarvan door Q-Park worden uitgevoerd. Op enig moment is het voornemen de garages in eigendom over te dragen verlaten en kwam uitgifte in erfpacht in beeld.

(iv) In 2002 is tussen de Gemeente en Q-Park een intentieovereenkomst gesloten en in juli 2003 zijn een samenwerkingsovereenkomst en een erfpachtovereenkomst gesloten (hierna ook, voor zover nodig ook samen met de intentieovereenkomst van 2002, samen te noemen de ‘Overeenkomst van 2003’). De Gemeente heeft niet met andere gegadigden over de exploitatie van de garages onderhandeld, noch heeft zij in dat verband enige aanbestedingsprocedure gevolgd. Bij het aangaan van de nieuwe overeenkomsten is met de in de oude huurovereenkomsten besloten liggende goodwill rekening gehouden.

(v) De Overeenkomst van 2003 houdt, summier weergegeven, het volgende in:
— beëindiging lopende huurcontracten van de Vrijthof- en OLV-garages;
— sloop en nieuwbouw van de Vrijthofgarage, door en op kosten Q-Park, met een bijdrage van de Gemeente; de verbouwing van de Vrijthofgarage zou naar schatting € 13 miljoen kosten en die van de OLV-garage alsmede de garages aan de Boschstraat en de Griend € 4,8 miljoen, waarvan de Gemeente € 3,6 miljoen voor haar rekening zou nemen, samen € 17,8 miljoen;

— uitvoering onderhoud overige garages;
— plicht parkeerruimte in stand te houden en te exploiteren met nevenverplichtingen;

— erfverpachting van de grond waarop de negen parkeergarages stonden;
— vaststelling van de erfpachtcanon als resultante van een berekening waarbij de verschillende relevante elementen werden gewaardeerd;
— betaling door de Gemeente van een bedrag van € 32 miljoen ineens bij het einde van de erfpacht na 30 jaar in verband met overname goodwill en renovatie/onderhoud, inclusief overname van een eventueel in verband daarmee staande fiscale claim tot een bedrag van maximaal € 9,4 miljoen;
— afspraak dat Q-Park boven een bepaald drempelresultaat een deel van het resultaat zal storten in een gemeentelijk mobiliteitsfonds.

3.2 In de onderhavige procedure heeft P1 aan haar (door het hof in rov. 3 weergegeven) vorderingen ten grondslag gelegd dat de Gemeente, door de exploitatie van de onder de Overeenkomst van 2003 vallende parkeerterreinen onderhands aan Q-Park te gunnen, heeft gehandeld in strijd met regels van aanbestedingsrecht, zoals die volgen uit het Europese recht, meer in het bijzonder in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, van non-discriminatie en van transparantie zoals die blijkens de jurisprudentie van (thans) het HvJEU uit het EG-Verdrag voortvloeien. Daarnaast is volgens P1 de Overeenkomst van 2003, wegens de financiële bepalingen die daarin zijn opgenomen, in strijd met het verbod tot het verlenen van staatssteun, zoals dat is neergelegd in art. 87 EG (thans art. 107 VWEU). De rechtbank heeft de vorderingen van P1 afgewezen.

3.3. Het hof heeft vooraf enkele verweren van de Gemeente en Q-Park verworpen (rov. 4.9-4.17), onder meer het verweer dat P1 haar rechten zou hebben verwerkt.
Het hof heeft voorts geoordeeld dat de Overeenkomst van 2003 in hoofdzaak moet worden aangemerkt als een concessieovereenkomst (niet voor werken maar) voor diensten, die niet onder het bereik van Richtlijn 92/50/EEG viel en reeds daarom niet aanbestedingsplichtig was (rov. 4.61). Wat betreft de mogelijk uit de fundamentele regels van het Verdrag (voorheen EG-Verdrag, thans VWEU) voor de Gemeente voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot het creëren van een passende mate van openbaarheid en het volgen van een objectieve en transparante procedure, heeft het hof het verweer van de Gemeente onderschreven dat P1 onvoldoende heeft onderbouwd dat van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de Overeenkomst van 2003 sprake was (rov. 4.70). Tegen die achtergrond kan volgens het hof niet worden aangenomen dat de Gemeente (bij niet-toepasselijkheid van Richtlijn 92/50/EEG) niettemin op grond van die fundamentele regels tot het volgen van een ‘soort’ aanbestedingsprocedure was gehouden (rov. 4.72).
Met betrekking tot de voor de toekomst gevorderde voorzieningen heeft het hof overwogen dat Richtlijn 2004/18/EG zich wel uitstrekt tot concessieovereenkomsten voor diensten, maar dat ook daarvoor zal gelden dat, zolang het gaat om de exploitatie van parkeerterreinen, zulks niet aanbestedingsplichtig is (rov. 4.73), en dat er geen grond is voor toewijzing van een gebod dat de Gemeente zich in de toekomst aan een eventuele aanbestedingsplicht zal houden, nu niet is gebleken dat zij in het verleden in strijd met een aanbestedingsplicht heeft gehandeld (rov. 4.74).
Volgens het hof zijn er onvoldoende aanwijzingen voorhanden om te oordelen dat de destijds (in 1979 en 1988) in de oude huurovereenkomsten gemaakte afspraken moeten worden aangemerkt als afspraken waarin naar de toenmalige maatstaven staatssteun was begrepen (rov. 4.89). Bij de totstandkoming van de Overeenkomst van juli 2003 was derhalve sprake van een geheel nieuwe, zelfstandig te beoordelen situatie. Bij de beoordeling daarvan komt betekenis toe aan het gegeven dat er nu eenmaal voor Q-Park zeer gunstige huurafspraken bestonden welke haar het recht gaven de garages nog decennia te exploiteren op basis van elk jaar gunstiger condities (rov. 4.92). Indien en voor zover ten tijde van de totstandkoming van de Overeenkomst van 2003 sprake was van staatssteun, zou de tussenstaatse handel ongunstig kunnen worden beïnvloed, onder het voorbehoud dat Q-Park niet slaagt in de eerder genoemde bewijsopdracht (waarmee kennelijk wordt gedoeld op het in rov. 4.98 besproken bewijsaanbod van Q-Park dat van buitenlandse interesse geen sprake was) (rov. 4.99 onder 3). Voor het antwoord op de vraag of sprake was van staatssteun heeft het hof beslissend geacht of het rendement op de nieuwe overeenkomst (de additionele door de Gemeente voor de goodwill op de oude overeenkomsten te betalen contante vergoeding weggedacht) substantieel hoger ligt dan een marktconform rendement (rov. 4.103).
Volgens het hof dienen deskundigen te rapporteren over de vraag of de Overeenkomst van 2003

marktconform was dan wel daarin staatssteun besloten lag. Het hof heeft de zaak verwezen naar de rol opdat partijen zich bij akte kunnen uitlaten over het aantal, de deskundigheid en de persoon van de te benoemen deskundige(n) en over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen (rov. 4.120). Voorts heeft het hof bepaald dat van zijn arrest tussentijds beroep in cassatie kan worden ingesteld (rov. 4.121 en dictum).

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep en de middelen in de incidentele beroepen

Rechtsverwerking

4.1.1 Het incidentele onderdeel 1 van de Gemeente en de incidentele onderdelen 1-5 van Q-Park betreffen de verwerping door het hof in rov. 4.14 e.v. van het beroep van de Gemeente en Q-Park op rechtsverwerking. Het hof heeft overwogen dat zuiver tijdsverloop op zichzelf een beroep op rechtsverwerking niet rechtvaardigt.
Dit oordeel is juist, hetgeen meebrengt dat het hof mocht eisen dat de Gemeente en Q-Park naast het enkele 'stilzitten' van P1 bijkomende omstandigheden zouden stellen. Het oordeel van het hof dat zodanige omstandigheden onvoldoende zijn gesteld, is in het licht van hetgeen het onderdeel aanvoert niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Anders dan het onderdeel veronderstelt, ligt in rov. 4.15 niet besloten dat voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking is vereist dat een onomkeerbare situatie is ontstaan, of dat voor het slagen van een zodanig beroep in het algemeen of in het onderhavige geval zou zijn vereist dat de Gemeente of Q-Park hebben voortgebouwd op enig door P1 gewekt vertrouwen en extra schade lijden indien P1 haar aanspraak geldend kan maken.
Op het bovenstaande stuiten de onderdelen 1.5-1.9 van de Gemeente en de onderdelen 6-10 van Q-Park af.

4.1.2 Gelet op hetgeen hierna in 4.2-4.4 wordt overwogen ten aanzien van de principale onderdelen 1-4, hebben de Gemeente en Q-Park geen belang bij hun klachten in de incidentele onderdelen 1.1-1.4, respectievelijk 1-5, waarin zij betogen dat uit de Europeesrechtelijke 'Grossmann-jurisprudentie' (HvJEG 12 februari 2004, zaak C-230/02, Jur. 2004, p. I-1829, LJN BF6930) zou voortvloeien dat P1 haar aanbestedingsrechtelijke aanspraken heeft verwerkt. Reeds hierom kunnen deze onderdelen niet tot cassatie leiden.

De aanbesteding

4.2 De klachten van het principale onderdeel 2 — onderdeel 1 bevat geen klachten — kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.3 Het hof heeft geoordeeld dat de Overeenkomst van 2003 moet worden aangemerkt als een concessieovereenkomst voor diensten die niet valt onder het bereik van Richtlijn 92/50/EEG dan wel niet op grond van die Richtlijn aanbestedingsplichtig is. Het principale onderdeel 3 bestrijdt de kwalificatie als dienstenconcessie. Het onderdeel faalt. Het hof heeft terecht de hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde overeenkomsten in hun geheel beschouwd en diende derhalve op grond van de uit het partijdebat blijkende omstandigheden van dit geval te onderzoeken of het overwegende element van die overeenkomsten was gelegen in de aanbesteding van werken of in de opdracht tot verlening van diensten. Zijn beslissing in laatstgenoemde zin getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en berust voor het overige op waarderingen van feitelijke aard. Die waarderingen zijn niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd en onttrekken zich voor het overige aan beoordeling in cassatie.

4.4.1 Bij de beoordeling van het principale onderdeel 4 — dat opkomt tegen het oordeel van het hof dat op de Gemeente in dit geval niet een transparantieverplichting op grond van het EG-Verdrag rustte — wordt het volgende vooropgesteld. Ook indien de Overeenkomst van 2003 niet op grond van een aanbestedingsrichtlijn in het openbaar behoefde te worden aanbesteed, diende de Gemeente de fundamentele regels van het EG-Verdrag, met name de artikelen 43 en 49 EG (thans art. 49 en 56 VWEU) en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht te nemen (zie onder meer HvJEG 7 december 2000, zaak C-324/98, Jur. I-10745, LJN AD4279, NJ 2001/387 (Telaustria en Telefonadress), punten 60-62, HvJEG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, Jur. I-8585, LJN AW2848, NJ 2006/226 (Parking Brixen), punten 46-49 en HvJEU 13 april 2010, zaak C-91/08, Jur. I-2815, LJN BM1484, NJ 2010/367 (Wall), punt 33). Deze transparantieverplichting is van toepassing wanneer een

onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt verleend, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn (arrest Wall, punt 34, met verwijzing naar eerdere rechtspraak).

4.4.2 Mede gelet op hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen, heeft het hof zonder schending van enige rechtsregel kunnen vaststellen dat de Overeenkomst van 2003 betrekking heeft op diensten die vallen onder Bijlage I-B bij Richtlijn 92/50/EEG. Op grond van de argumenten genoemd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.28 dient dan te worden uitgegaan van het vermoeden dat de Overeenkomst van 2003 naar zijn aard geen grensoverschrijdend belang heeft. In een zodanig geval ligt het op de weg van de partij die zich op het niet naleven van de transparantieverplichting beroept om een (duidelijk) grensoverschrijdend belang te stellen en zo nodig te bewijzen. Hiervan uitgaande getuigt het oordeel van het hof in rov. 4.69 en 4.70 dat P1 haar stelling dat van een zodanig belang sprake was onvoldoende heeft onderbouwd, niet van een onjuiste rechtsopvatting.
Dit oordeel is ook toereikend gemotiveerd. Het onderdeel faalt derhalve.

Staatssteun

4.5.1 Het principale onderdeel 5 betreft de vraag of in de Overeenkomst van 2003 staatssteun is vervat en richt zich tegen de verwerping door het hof van de stelling van P1 dat (reeds) de overeenkomsten van 1979 en 1988 staatssteun inhielden. Het hof heeft daartoe overwogen dat niet is gesteld of gebleken dat de nominale huur zoals die in 1979 respectievelijk 1988 werd afgesproken niet marktconform zou zijn (rov. 4.86) en dat uit het achterwege laten van een indexeringsclausule nog niet volgt dat de overeenkomsten destijds zijn aangegaan onder andere dan normale marktvoorwaarden (rov. 4.86 en 4.87). Ook heeft het hof overwogen (rov. 4.88) dat de Gemeente onweersproken heeft gesteld dat in die tijd ‘parkeren’ door gemeenten vooral als een kostenpost en niet als een potentieel lucratieve inkomstenbron werd gezien, en dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat in de perceptie van destijds sprake was van afspraken die als concurrentievervalsing werden gezien (rov. 4.88).

4.5.2 Het onderdeel bestrijdt deze oordelen met onder meer de klacht dat het hof zijn onderzoek niet mocht beperken tot het moment van het sluiten van de overeenkomsten van 1979 en 1988. Deze klacht faalt. Voor de beantwoording van de vraag of bij een overeenkomst een voordeel is verstrekt dat niet langs normale commerciële weg zou zijn verkregen, zijn de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst kenbare marktsituatie en voorzienbare marktontwikkelingen bepalend. Indien op het moment van sluiten van die overeenkomst geen sprake is van verstoring van de concurrentieverhoudingen, brengt de omstandigheid dat een op een later tijdstip — zoals in het onderhavige geval 2003 — onder dezelfde voorwaarden gesloten overeenkomst niet marktconform zou zijn, dus niet mee dat alsnog van een zodanige verstoring moet worden uitgegaan.

4.5.3 Ook de overige klachten van onderdeel 5 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.6.1 Wat betreft de klachten van het principale onderdeel 6 verdient in de eerste plaats opmerking dat, anders dan P1 in onderdeel 6.8 betoogt, het hof in rov. 4.102 en 4.103 niet heeft geoordeeld dat geen staatssteun besloten kan liggen in de aan de Gemeente te betalen vergoeding voor goodwill die in de oude overeenkomsten besloten lag. Het hof heeft kennelijk slechts willen verwijzen naar zijn eerdere overwegingen (rov. 4.100 en 4.101, die voortbouwen op rov. 4.92). Evenmin valt in de overwegingen van het hof te lezen dat de overige omstandigheden die P1 in onderdeel 6.6 als ‘niet-marktconforme elementen’ aanduidt, geen rol kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of in de Overeenkomst van 2003 staatssteun was vervat.
Uit rov. 4.100 (‘alle componenten’) en 4.106 (‘meeromvattend rapport’) blijkt dat het hof ter zake geen beperkte beoordeling voor ogen heeft gestaan.
In zoverre falen de klachten.

4.6.2 Bij de klachten van onderdeel 6 betreffende het oordeel van het hof over de door P1 in verband met staatssteun ingestelde vorderingen, wordt het volgende vooropgesteld. In geval van een inbreuk op art. 108 VWEU moeten de nationale rechterlijke instanties ervoor zorgen dat maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de

desbetreffende staatssteun wordt hersteld, hetgeen betekent dat de rechter bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen kan overgaan tot nietigverklaring van de rechtshandeling waarbij de staatssteun is verleend (vgl. HvJEU 8 december 2011, zaak C-275/10, LJN BU8588, NJ 2012/124 (Residex), punten 34 en 44-49). Hiervan uitgaande:

i) valt niet in te zien waarom art. 108 VWEU zich principieel zou verzetten tegen het uitspreken van partiële nietigheid van een rechtshandeling, zoals onderdeel 6.10 betoogt;

ii) heeft, anders dan onderdeel 6.11 bepleit, het hof in rov. 4.113 terecht geoordeeld dat een enkele verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van de overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens P1 (dus zonder een daaraan gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie als zojuist bedoeld) in dit verband niet kan worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun.

Deze onderdelen falen derhalve.

4.6.3 Het hof heeft blijkens rov. 4.107 kennelijk onvoldoende toegelicht geacht dat de Overeenkomst van 2003 tot een niet marktconforme bevoordeling van Q-Park zal kunnen leiden voordat de totale duur van die overeenkomst is verstreken en de afspraken omtrent de betaling van het additionele bedrag worden uitgevoerd, in welk geval naar het oordeel van het hof ook zou kunnen worden volstaan met partiële nietigheid ter zake van alleen die afspraken. Anders dan P1 in onderdeel 6.9 betoogt is dit oordeel niet onbegrijpelijk, waarbij mede wordt verwezen naar de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.79, laatste alinea.

Van zijn rov. 4.107 uitgaande kon het hof zonder schending van enige rechtsregel of motiveringseis komen tot zijn oordeel dat voor opschorting van de Overeenkomst van 2003 geen plaats is (rov. 4.114). Onderdeel 6.14 faalt dan ook.

4.6.4 Ook de overige klachten van onderdeel 6 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.7 De incidentele onderdelen 2 van de Gemeente en 11-18 van Q-Park behoeven geen behandeling, aangezien de voorwaarde waaronder deze onderdelen zijn ingesteld niet is vervuld.

5. Beslissing

De Hoge Raad:
in het principale beroep:
verwerpt het beroep;
veroordeelt P1 in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente begroot op € 781,34 aan verschotten en € 2200 voor salaris, en aan de zijde van Q-Park begroot op € 781,34 aan verschotten en € 2200 voor salaris;
in het incidentele beroep:
verwerpt het beroep;
veroordeelt de Gemeente en Q-Park gezamenlijk in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van P1 begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2200 voor salaris.

Conclusie

Naar boven

Conclusie A-G mr. L.A.D. Keus:

1. Feiten[1.] en procesverloop

1.1 Het gaat in deze zaak om negen parkeergarages in Maastricht. De grootste twee daarvan zijn de parkeergarage aan het Vrijthof en die aan het Onze Lieve Vrouweplein (hierna: OLV). In 1979 werd de Vrijthofgarage met ingang van 1972 voor 50 jaar verhuurd, zulks met ingang van maart 1972, dus tot 2022. In 1988 werd de OLV-garage voor 40 jaar verhuurd. Omstreeks die tijd werd voor de overige zeven garages een beheerovereenkomst gesloten. Onderhoud kwam voor rekening van de Gemeente.

De negen garages werden gehuurd of beheerd door Q-Park[2.].

1.2 De huurovereenkomsten voor de Vrijthofgarage en OLV-garage waren destijds gesloten op voor de Gemeente zeer ongunstige voorwaarden. Er was geen indexering afgesproken zodat die overeenkomsten, gelet op de zeer lange duur, voor Q-Park steeds lucratiever werden, ook al zou de nominale huur bij de aanvang marktconform zijn geweest. Daarom zat er een forse goodwill in die huurovereenkomsten.

1.3 Tussen 1995 en 2002 hebben de Gemeente en Q-Park over de overname van de parkeergarages onderhandeld. Renovatie, welke voor de Vrijthofgarage op vernieuwbouw neerkwam, zou in het kader daarvan door Q-Park worden uitgevoerd. Op enig moment is het voornemen de garages in eigendom over te dragen verlaten en kwam uitgifte in erfpacht in beeld.

1.4 In 2002 is tussen de Gemeente en Q-Park een intentieovereenkomst gesloten en in juli 2003 zijn een samenwerkingsovereenkomst en een erfpachtovereenkomst gesloten. Deze overeenkomsten dienen in onderlinge samenhang te worden bezien. Waar hierna van de "Overeenkomst van 2003" wordt gesproken, worden daarmee de beide overeenkomsten van juli 2003 en waar nodig ook de intentieovereenkomst van 2002 aangeduid. De Gemeente heeft niet met andere gegadigden over de exploitatie van deze garages onderhandeld. Noch heeft zij in dat verband enige aanbestedingsprocedure gevolgd. Bij het aangaan van de nieuwe overeenkomsten is met de in de oude huurovereenkomsten besloten liggende goodwill rekening gehouden.

1.5 De Overeenkomst van 2003 houdt, summier weergegeven, het volgende in:
- beëindiging lopende huurcontracten Vrijthof en OLV;
- sloop en nieuwbouw Vrijthof, door en op kosten Q-Park, met een bijdrage van de Gemeente; de verbouwing van de Vrijthofgarage zou naar schatting € 13 miljoen kosten en die van de OLV-garage alsmede de garages aan de Boschstraat en de Griend € 4,8 miljoen, waarvan de Gemeente € 3,6 miljoen voor haar rekening zou nemen, samen € 17,8 miljoen
- uitvoering onderhoud overige garages
- plicht parkeerruimte in stand te houden en te exploiteren met nevenverplichtingen
- erfverpachting van de grond waarop de negen parkeergarages stonden
- vaststelling van de erfpachtcanon als resultante van een berekening waarbij de verschillende relevante elementen werden gewaardeerd
- betaling door de Gemeente van een bedrag van € 32 miljoen ineens bij het einde van de erfpacht na 30 jaar in verband met overname goodwill en renovatie/onderhoud, inclusief overname van een eventueel in verband daarmee staande fiscale claim tot een bedrag van maximaal € 9,4 miljoen
- afspraak dat Q-Park boven een bepaald drempelresultaat een deel van het resultaat zal storten in een gemeentelijk mobiliteitsfonds.

1.6 Bij exploot van 20 april 2007 heeft P1 de Gemeente gedagvaard voor de rechtbank Maastricht. Na wijziging van eis heeft zij gevorderd dat de rechtbank:

"I. voor recht verklaart dat

a) de gemeente verplicht was om - primair - ten behoeve van de gunning van de overeenkomst

(i) een oproep tot mededinging te publiceren althans een passende mate van openbaarheid te betrachten door middel waarvan derden in de gelegenheid zouden zijn gesteld mee te dingen naar de overeenkomst althans daarvoor hun interesse te tonen, waarbij

(ii) de gemeente, nadat zich derden zouden hebben aangemeld althans belangstelling zouden hebben getoond, door middel van een objectieve en transparante selectieprocedure althans een procedure die voldoet aan de eisen voortvloeiend uit het EG-Verdrag mededinging tussen geïnteresseerde ondernemingen mogelijk had dienen te maken,
althans -subsidiair- de overeenkomst hadden (lees: had; LK) dienen aan te besteden door middel van één van de procedures omschreven in Richtlijn 93/37/EEG en/of Richtlijn 92/50/EEG;

b) gunning van de overeenkomst aan Q-Park zodoende onrechtmatig was/is jegens P1;

c) de overeenkomst overeenkomstig artikel 88 lid 3 EG-Verdrag c.q. artikel 2, eerste lid, en 3 van de Verordening 659/1999 had behoren te worden gemeld bij de Europese Commissie;

d) de (verdere) uitvoering van de overeenkomst in verband met (i) de onrechtmatige gunning aan Q-Park en/of (ii) het nalaten van de gemeente de overeenkomst te melden bij de Europese Commissie onrechtmatig is jegens P1.

II. de gemeente te gebieden om

(primair) de overeenkomst te beëindigen, althans op te zeggen, althans te ontbinden om reden dat de gunning van de overeenkomst aan Q-Park onrechtmatig was jegens P1, althans

(subsidiair) de verdere uitvoering van de overeenkomst op te schorten tot het moment dat de Europese Commissie heeft vastgesteld dat de overeenkomst, althans de daarin verdisconteerde steunmaatregel(en), in het licht van het bepaalde in artikel 87 EG-Verdrag ten uitvoer mag/mogen worden gelegd, althans
(meer subsidiair) de gemeente te verbieden de overeenkomst te verlengen en/of gedurende de looptijd daarvan te wijzigen, het een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000 per dag dat de gemeente in strijd met voormeld gebod handelt;

III. de gemeente te gebieden, zodra zij voornemens is om (i) de parkeergarages en/of parkeerterreinen die thans ingevolge de overeenkomst door Q-Park worden geëxploiteerd, na afloop danwel na beëindiging, althans opzegging, althans ontbinding van de overeenkomst opnieuw te doen exploiteren door een marktpartij, in het bijzonder Q-Park, en/of (ii) nieuwe/andere parkeerterreinen en/of garages in exploitatie uit te geven, om

(i) een oproep tot mededinging te publiceren door middel waarvan geïnteresseerde marktpartijen in de gelegenheid worden gesteld zich bij de gemeente aan te melden teneinde mee te kunnen dingen naar de exploitatie van voornoemde parkeerterreinen en/of garages, waarna

(ii) de gemeente bij gebleken interesse van marktpartij(en) door middel van objectieve en transparante selectieprocedure mededinging tussen de geïnteresseerde ondernemingen mogelijk maakt;

IV. de gemeente te gebieden de reeds verleende en nog te verlenen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG-Verdrag (terug) te vorderen van Q-Park, welke staatssteun bestaat uit het verschil tussen (i) de bedragen die Q-Park onder de overeenkomst tot op heden aan de gemeente verschuldigd is geweest en in de toekomst verschuldigd zal zijn, en (ii) het, door een door de rechtbank te benoemen deskundige te bepalen, althans door de rechtbank in goede justitie te bepalen, marktconforme niveau van deze bedragen;

V. de gemeente te veroordelen in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen een redelijke tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand gevallen aan de zijde van P1;

VI. De gemeente te veroordelen tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten."[3.]

P1 heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de Gemeente, door de exploitatie van de onder de Overeenkomst van 2003 vallende parkeerterreinen onderhands aan Q-Park te gunnen, heeft gehandeld in strijd met regels van aanbestedingsrecht, zoals die volgen uit het Europese recht en in het bijzonder in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, van non-discriminatie en van transparantie zoals die blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van (voorheen) de Europese Gemeenschappen (thans: de Europese Unie; hierna bij verkorting HvJ EG/EU) uit het EG-Verdrag voortvloeien. Daarnaast is, nog steeds volgens P1, de Overeenkomst van 2003, wegens de financiële bepalingen die daarin zijn opgenomen, in strijd met het verbod tot het verlenen van staatssteun, zoals dat is neergelegd in art. 87 EG (thans art. 107 VWEU)[4.].

De Gemeente heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

1.7 Nadat partijen de zaak op 22 januari 2008 hadden bepleit, heeft de rechtbank bij vonnis van 8 oktober 2008 de vorderingen van P1 afgewezen. Daartoe heeft zij, onder verwerping van de daarop betrekking hebbende verweren van de Gemeente, geoordeeld dat de overeenkomst waarbij aan Q-Park gedurende een periode van 30 jaar een recht van erfpacht wordt verleend met betrekking tot een aantal parkeergarages onder de verplichting deze parkeergarages te renoveren en te exploiteren tegen in overleg met de Gemeente vastgestelde tarieven, als een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van art. 1 onder d van Richtlijn 93/37/EEG[5.] moet worden beschouwd (rov. 3.2). Niettemin moeten de vorderingen van P1 volgens de rechtbank worden afgewezen, ook de primaire vordering onder II, nu uit het Europese recht niet voortvloeit dat het aangaan van een overeenkomst in strijd met de Europese regelgeving op het terrein van het aanbestedings- of mededingingsrecht tot nietigheid of vernietigbaarheid van die overeenkomst leidt[6.] (rov. 3.3.2), de Gemeente overigens geen wettelijke of contractuele bevoegdheid toekomt om de bestaande overeenkomst met Q-Park ongedaan te maken en de rechter bij die stand van zaken niet een gebod tot zodanige ongedaanmaking kan opleggen (rov. 3.3.3-3.3.5). De vordering onder III, voor zover die ertoe strekt dat de Gemeente zal worden bevolen de parkeergarages en -terreinen die ingevolge de overeenkomst door Q-Park worden geëxploiteerd, na beëindiging van de overeenkomst overeenkomstig de Europese regelgeving aan te besteden, heeft de rechtbank verworpen, omdat P1 naar haar oordeel op dit moment onvoldoende belang bij toewijzing van dit onderdeel van de vordering heeft (rov. 3.4.1). Voor zover de vordering onder III ertoe strekt dat de Gemeente wordt geboden om, zodra zij voornemens is nieuwe en andere parkeerterreinen en -garages in exploitatie uit te geven, een oproep tot mededinging te publiceren en door middel van een objectieve en transparante selectieprocedure mededinging tussen de geïnteresseerde ondernemingen mogelijk te maken, heeft de rechtbank haar eveneens verworpen, onder meer omdat bij gebreke van nadere informatie niet op voorhand duidelijk is of een eventuele uitgifte al dan niet onder de werking van de thans geldende Richtlijn 2004/18/EG[7.] zal vallen en of, zo dit niet het geval zou zijn, een dergelijke uitgifte een voldoende internationale dimensie zal hebben om haar binnen het bereik van de bepalingen van het EG-Verdrag (thans VWEU) te brengen (rov. 3.4.2-3.4.3). Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat P1, nu zij in verband met de gestelde schending van het aanbestedingsrecht geen andere constitutieve dan wel condemnatoire veroordelingen heeft gevorderd dan de primair onder II en III geformuleerde vorderingen en evenmin heeft aangegeven in de toekomst belang te hebben bij zodanige veroordelingen, geen belang heeft bij een zuiver declaratoire verklaring voor recht, zoals gevorderd onder I sub a en b (rov. 3.5). Na te hebben vooropgesteld dat de overige onder I, II en IV geformuleerde vorderingen alle (mede) zijn gebaseerd op beweerde strijd met art. 87 lid 1 EG betreffende het verbod tot het verlenen van staatssteun (rov. 3.6), heeft de rechtbank geoordeeld dat uit hetgeen P1 heeft gesteld, niet volgt dat door het sluiten van de overeenkomst en in het bijzonder door de financiële afspraken die daarin zijn gemaakt, de handel tussen de lidstaten in de door art. 87 lid 1 EG bedoelde zin ongunstig wordt beïnvloed en dat bij die stand van zaken een schending van art. 87 EG onvoldoende is onderbouwd. Om die reden heeft de rechtbank ook de op zodanige schending gebaseerde vorderingen zoals die zijn geformuleerd onder I sub c en d, onder II subsidiair en meer subsidiair en onder IV afgewezen (rov. 3.7.1-3.7.3).

1.8 Bij exploot van 13 oktober 2008 heeft P1 bij het hof 's-Hertogenbosch hoger beroep tegen het vonnis van 8 oktober 2008 ingesteld. P1 heeft bij memorie een zestal grieven aangevoerd en een incidentele vordering als bedoeld in art. 843a Rv ingesteld. Tevens heeft zij bij die memorie haar eis gewijzigd, en wel in dier voege, dat zij het hof in de hoofdzaak heeft gevorderd:

"I. te verklaren voor recht dat:

a) de Gemeente verplicht was om - primair - ten behoeve van de gunning van de Overeenkomst (i) een oproep tot mededinging te publiceren althans een passende mate van openbaarheid te betrachten door middel waarvan derden in de gelegenheid zouden zijn gesteld mee te dingen naar de overeenkomst althans daarvoor hun interesse te tonen, waarbij (ii) de Gemeente, nadat zich derden zouden hebben aangemeld althans belangstelling zouden hebben getoond, door middel van objectieve en transparante

selectieprocedure althans een procedure die voldoet aan de eisen voortvloeiend uit het EG-Verdrag mededinging tussen geïnteresseerde ondernemingen mogelijk had dienen te maken, althans - subsidiair - de overeenkomst aan te besteden door middel van één van de procedures omschreven in Richtlijn 93/37/EEG en/of Richtlijn 92/50/EEG;

b) gunning van de Overeenkomst aan Q-Park zodoende onrechtmatig was/is jegens P1;

c) de Overeenkomst overeenkomstig art. 88, lid 3, EG-Verdrag c.q. artikel 2, eerste lid, Verordening 659/1999 had behoren te worden gemeld bij de Commissie;

d) de Overeenkomst nietig is in verband met de onrechtmatige staatssteun die daarin is verdisconteerd, althans de (verdere) uitvoering van de Overeenkomst onrechtmatig is jegens P1 in verband met (i) de onrechtmatige gunning aan Q-Park en/of (ii) het nalaten van de Gemeente de Overeenkomst te melden bij de Commissie en/of (iii) de onrechtmatige staatssteun die Q-Park door middel van de Overeenkomst van de Gemeente ontvangt;

II. a. de Gemeente te gebieden om (primair) uitvoering van de Overeenkomst te staken, althans om (subsidiair) de Overeenkomst te beëindigen, althans op te zeggen, althans te ontbinden om reden dat de gunning van de Overeenkomst aan Q-Park onrechtmatig was jegens P1, althans (meer subsidiair) de verdere uitvoering van de overeenkomst op te schorten tot het moment dat de Commissie heeft vastgesteld dat uitvoering van de Overeenkomst, althans de daarin verdisconteerde steunmaatregel(en), niet ontoelaatbaar is/zijn in het licht van het bepaalde in art. 87 EG-Verdrag, althans (meer subsidiair) de Gemeente te verbieden de Overeenkomst te verlengen en/of gedurende de looptijd daarvan te wijzigen, op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 100.000,= per dag dat de Gemeente in strijd met voormeld gebod handelt;

en

b. de Gemeente te veroordelen P1 de schade te vergoeden die zij (heeft geleden) in verband met (i) de (onrechtmatige) gunning van de Overeenkomst aan Q-Park en/of (ii) de (onrechtmatige) staatssteun die de Gemeente Q-Park door middel van de Overeenkomst heeft verleend, nader op te maken bij staat;

III. de Gemeente te gebieden, zodra zij voornemens is om (i) de parkeergarages en/of parkeerterreinen die thans ingevolge de Overeenkomst door Q-Park worden geëxploiteerd, na afloop danwel na beëindiging, althans opzegging, althans ontbinding van de Overeenkomst opnieuw te doen exploiteren door een marktpartij, in het bijzonder Q-Park, en/of (ii) nieuwe/andere parkeerterreinen en/of -garages in exploitatie uit te geven, om (i) de alsdan te sluiten overeenkomsten aan te besteden onder het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en/of Richtlijn 2004/18/EEG althans de dan geldende nationale en/of Europese wetgeving, althans (ii) een oproep tot mededinging te publiceren door middel waarvan geïnteresseerde marktpartijen in de gelegenheid worden gesteld zich bij de Gemeente aan te melden teneinde mee te kunnen dingen naar de exploitatie van voornoemde parkeerterreinen en/of -garages, waarna de Gemeente bij gebleken interesse van marktpartij(en) door middel van objectieve en transparante selectieprocedure mededinging tussen de geïnteresseerde ondernemingen mogelijk had gemaakt, op straffe van verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 500.000,= per dag dat de Gemeente in strijd met voormeld verbod handelt;

IV. de Gemeente te veroordelen in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen een redelijke tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand gevallen aan de zijde van P1, het een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente daarover verschuldigd en berekend in de periode berekend vanaf de datum van het door Uw Gerechtshof te wijzen arrest en de dag der algehele voldoening."[8.]

Het hof heeft in rov. 3 de gewijzigde vordering van P1 op eigen wijze geordend, en wel aldus dat het onder A de vorderingen met betrekking tot de aanbesteding en onder B de vorderingen met betrekking

tot de staatssteun heeft samengebracht en daarbij zowel onder A als B heeft onderscheiden tussen (a) de gevraagde verklaringen voor recht, (b) de gevorderde ge- en verboden met betrekking tot de litigieuze overeenkomst en (c) de gevorderde schadevergoeding, alsmede, zij het slechts onder A, (d) het gevorderde gebod met betrekking tot in de toekomst te sluiten overeenkomsten.
Nadat de Gemeente op de incidentele vordering had geantwoord, heeft het hof die vordering bij arrest van 23 juni 2009 afgewezen. Bij incidentele conclusie van 15 september 2009 heeft Q-Park[9.] gevorderd als gevoegde partij aan de zijde van de Gemeente te worden toegelaten. Nadat P1 en de Gemeente zich te dien aanzien aan het oordeel van het hof hadden gerefereerd, heeft het hof deze voeging bij arrest van 8 december 2009 toegestaan. De Gemeente en Q-Park[10.] hebben op de grieven van P1 geantwoord. Nadat partijen de zaak op 10 november 2010 hadden bepleit, heeft het hof op 1 maart 2011 een tussenarrest gewezen[11.].

1.9 Het hof heeft in zijn tussenarrest allereerst het verweer van de Gemeente en Q-Park besproken, dat P1 ten tijde van de gewraakte handelingen nog niet zou hebben bestaan, dat P1 geen belang bij de vorderingen zou hebben en dat P1 haar rechten zou hebben verwerkt, redenen waarom zij niet in haar vorderingen zou kunnen worden ontvangen (rov. 4.8). Het hof heeft dat verweer verworpen (rov. 4.9-4.17).
Vervolgens is het hof ingegaan op de identiteit van de wederpartij van de Gemeente bij de oude huurovereenkomsten. In dat verband heeft het hof het standpunt van P1 verworpen dat, ook al zou de Gemeente de nieuwe overeenkomsten hebben gesloten met andere partijen dan de wederpartijen bij de bestaande overeenkomsten, zulks niet uitsluit dat bij de (staatssteunrechtelijke) beoordeling van de nieuwe overeenkomsten rekening moet worden gehouden met de waarde van de oude huurrechten, ook al zouden deze met het oog op de nieuwe overeenkomsten zijn opgegeven door andere partijen dan die met wie de nieuwe overeenkomsten zijn gesloten (rov. 4.18-4.26).
Anders dan de rechtbank heeft het hof geoordeeld dat de Overeenkomst van 2003 wél kan worden beëindigd (rov. 4.31). Eveneens in afwijking van het vonnis van de rechtbank heeft het hof echter voorts geoordeeld dat de Overeenkomst van 2003 in hoofdzaak moet worden aangemerkt als een concessieovereenkomst (niet voor werken maar) voor diensten, die niet onder het bereik van Richtlijn 92/50/EEG[12.] viel en reeds daarom niet aanbestedingsplichtig was (rov. 4.61). Wat betreft de mogelijk uit de fundamentele regels van het Verdrag (voorheen EG-Verdrag, thans VWEU) voor de Gemeente voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot het creëren van een passende mate van openbaarheid en het volgen van een objectieve en transparante procedure, heeft het hof het verweer van de Gemeente onderschreven dat P1 onvoldoende heeft onderbouwd dat van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de Overeenkomst van 2003 sprake was (rov. 4.70). Tegen die achtergrond kan volgens het hof niet worden aangenomen dat de Gemeente (bij niet-toepasselijkheid van Richtlijn 92/50/EEG) niettemin op grond van die fundamentele regels tot het volgen van een "soort" aanbestedingsprocedure was gehouden (rov. 4.72).
Met betrekking tot de voor de toekomst gevorderde voorzieningen heeft het hof overwogen dat Richtlijn 2004/18/EG zich wel uitstrekt tot concessieovereenkomsten voor diensten, maar dat ook daarvoor zal gelden dat, zolang het gaat om de exploitatie van parkeerterreinen, zulks niet aanbestedingsplichtig is (rov. 4.73), en dat, hoe dit alles ook zij, er geen grond is voor toewijzing van een gebod dat de Gemeente zich in de toekomst aan een eventuele aanbestedingsplicht zal houden, nu niet is gebleken dat zij in het verleden in strijd met een aanbestedingsplicht heeft gehandeld (rov. 4.74).
Ten aanzien van een mogelijke schending van het verbod van staatssteun heeft het hof geoordeeld dat er onvoldoende aanwijzingen voorhanden zijn om te oordelen dat de destijds (in 1979 en 1988) in de oude huurovereenkomsten gemaakte afspraken moeten worden aangemerkt als afspraken waarin naar de toenmalige maatstaven staatssteun was begrepen (rov. 4.89). Dat betekent dat bij de totstandkoming van de Overeenkomst van juli 2003 van een geheel nieuwe, zelfstandig te beoordelen situatie sprake was, bij de beoordeling waarvan betekenis toekomt aan het gegeven dat er nu eenmaal voor Q-Park zeer gunstige huurafspraken bestonden welke haar het recht gaven de garages nog decennia te exploiteren op basis van elk jaar gunstiger condities (rov. 4.92). Wederom anders dan de rechtbank heeft het hof (in rov. 4.99 onder 3) geoordeeld dat, indien en voor zover ten tijde van de totstandkoming van de Overeenkomst van 2003 sprake was van staatssteun, de tussenstaatse handel

ongunstig zou kunnen worden beïnvloed, onder het voorbehoud dat Q-Park niet slaagt in de eerder genoemde bewijsopdracht (waarmee kennelijk wordt gedoeld op het in rov. 4.98 besproken bewijsaanbod van Q-Park dat van buitenlandse interesse geen sprake was)[13.]. Voor de vraag of er sprake was van staatssteun heeft het hof beslissend geacht of het rendement op de nieuwe overeenkomst (de additionele door de Gemeente voor de goodwill op de oude overeenkomsten te betalen contante vergoeding weggedacht) substantieel hoger ligt dan een marktconform rendement (rov. 4.103). Volgens het hof dienen deskundigen te rapporteren over de vraag of de Overeenkomst van 2003 marktconform was dan wel daarin staatssteun besloten lag.
Het hof heeft de zaak verwezen naar de rol opdat partijen (P1 als eerste) zich bij akte uitlaten over aantal, deskundigheid en (bij voorkeur eensluidend) over de persoon van de te benoemen deskundige(n) en over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen (rov. 4.120). Voorts heeft het hof bepaald dat van zijn arrest beroep in cassatie kan worden ingesteld (rov. 4.121 en dictum).

1.10 Bij dagvaarding van 1 juni 2011 heeft P1 (tijdig) beroep in cassatie tegen het arrest van 1 maart 2011 ingesteld. De Gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping en heeft harerzijds (gedeeltelijk onvoorwaardelijk, gedeeltelijk voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld. Ook Q-Park heeft geconcludeerd tot verwerping; voorts heeft ook zij (gedeeltelijk onvoorwaardelijk, gedeeltelijk voorwaardelijk) beroep in cassatie ingesteld en daartoe woordelijk nagenoeg gelijkluidende klachten als de Gemeente voorgesteld. Partijen hebben hun respectieve standpunten schriftelijk doen toelichten; vervolgens hebben zij gere- en gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel in het principale beroep

2.1 P1 heeft één cassatiemiddel voorgesteld. Dat middel omvat, naast een inleiding (onder 1), een vijftal onderdelen (onder 2-6), die steeds in meer subonderdelen uiteenvallen. Onder 7 heeft P1 zich ten slotte in verband met het ontbreken van het proces-verbaal van de pleitzitting in hoger beroep het recht voorbehouden om, indien dat proces-verbaal daartoe aanleiding geeft, aanvullende cassatieklachten aan te voeren. Van dat voorbehoud is geen gebruik gemaakt.

2.2 Onderdeel 2 ("Oordeel over beëindigingsmogelijkheden onjuist of onbegrijpelijk") is blijkens subonderdeel 2.1 gericht tegen de rov. 4.31-4.32, in samenhang met rov. 4.30:

> "4.30 Art. 16 van de samenwerkingsovereenkomst luidt als volgt:
> De Overeenkomst kan door Partijen gedurende haar looptijd van dertig jaar niet tussentijds worden beëindigd, tenzij beëindiging redelijkerwijs is toe te rekenen aan de andere Partij. Indien een der partijen om een andere reden de Overeenkomst desalniettemin wenst te beëindigen, dan dient deze Partij de andere Partij volledig schadeloos te stellen. (etc.)
>
> 4.31. Het hof leidt hieruit af dat de Overeenkomst van 2003 we`l kan worden beëindigd, zij het met ernstige financiële consequenties voor de opzeggende partij. Het hof acht goed voorstelbaar dat die financiële consequenties zo´ ernstig van aard zijn, dat deze in de praktijk prohibitief zijn, doch dat laat onverlet dat de overeenkomsten enige opening voor tussentijdse beëindiging bieden. In zoverre is grief 3 terecht voorgedragen.
>
> 4.32. Dat betekent dat het hof de overige in dit verband door P1 aangevoerde grondslagen (opzegging op grond van algemeen belang; opzegging van aanneming van werk/opdracht; herijking/ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden; dwaling; onaannemelijkheid van het ontbreken van een contractuele ontbindingsmogelijkheid; beëindiging op grond van gemeenschapstrouw) onbesproken kan laten omdat deze in de opzet van de memorie van grieven er slechts toe strekken op te komen tegen de overwegingen van de rechtbank sub 3.3.3-5. Met de gegrondverklaring van grief 3 in het algemeen is zulks afdoende aan de orde gekomen."

2.3 Subonderdeel 2.2 klaagt dat indien het hof bij deze oordelen ervan is uitgegaan dat beëindiging van de Overeenkomst van 2003 op ieder van de door P1 aangevoerde overige grondslagen eveneens ernstige financiële consequenties voor de beëindigende partij heeft, dit oordeel onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. Het subonderdeel memoreert dat P1 zich erop heeft beroepen dat de Overeenkomst van 2003 (i) opzegbaar is op grond van algemeen belang, (ii) opzegbaar is op grond van

art. 7:403 en/of 764 BW (iii) herijkbaar/ontbindbaar is op grond van onvoorziene omstandigheden, (iv) vernietigbaar is op grond van dwaling, (v) beëindigbaar is op grond van de Overeenkomst van 2003 zelf en (vi) beëindigbaar is op grond van de eis van gemeenschapstrouw. Voor ieder van deze gronden geldt dat niet, althans niet zonder meer valt in te zien dat het inroepen ervan (ernstige) financiële consequenties voor de Gemeente heeft. Subonderdeel 2.3 klaagt dat indien het hof niet ervan is uitgegaan dat inroeping van ieder van de door P1 aangevoerde overige grondslagen ernstige financiële consequenties heeft, zijn oordeel dat het de overige grondslagen onbesproken kan laten, onbegrijpelijk is, nu de gronden waarop en de voorwaarden waaronder de Gemeente de Overeenkomst van 2003 kan beëindigen, relevant zijn voor de beoordeling van P1's vordering sub IIa (welke vordering mede ertoe strekt dat de Gemeente de Overeenkomst van 2003 beëindigt vanwege de onrechtmatigheid van de gunning daarvan) en ook onmiskenbaar daartoe strekken. Bij schriftelijke toelichting (p. 12) heeft P1 de subonderdelen 2.2 en 2.3 ingetrokken, voor zover deze betrekking hebben op de in subonderdeel 2.2 onder (ii) genoemde grond (art. 7:403 en/of 764 BW).

2.4 De beide subonderdelen kunnen niet tot cassatie leiden. In de bestreden rechtsoverwegingen lees ik niet dat het hof van oordeel zou zijn dat, zo beëindiging van de Overeenkomst van 2003 al op een of meer van de door het hof onbesproken gelaten grondslagen mogelijk zou zijn, zij voor de Gemeente steeds dezelfde (ernstige) financiële consequenties zou hebben als de door het hof in elk geval voor mogelijk gehouden beëindiging op grond van art. 16 van de samenwerkingsovereenkomst, en evenmin dat de financiële consequenties van de mogelijke wijzen van beëindiging naar het oordeel van het hof niet relevant zouden zijn bij de beoordeling van de vraag of en zo ja, op welke van deze grondslagen de Gemeente in voorkomend geval kan worden geboden de Overeenkomst van 2003 vanwege de onrechtmatigheid van de gunning daarvan te beëindigen.
Het bestreden oordeel dient naar mijn mening aldus te worden verstaan dat het hof in elk geval onjuist heeft geoordeeld dat naar nationaal recht iedere mogelijkheid van beëindiging van de Overeenkomst van 2003 ontbreekt en dit reeds aan een tot beëindiging strekkend rechterlijk gebod in de weg staat. Daarop wijst ook dat het hof in rov. 4.33 aan het bestreden oordeel de consequentie heeft verbonden dat de overige inhoudelijke verweren van de Gemeente (dus) aan de orde dienen te komen. De bespreking van die overige inhoudelijke verweren heeft het hof vervolgens geen aanleiding gegeven een rechterlijk gebod tot beëindiging nader te overwegen en zich in dat verband (nader) van de verschillende mogelijkheden tot beëindiging en van de uiteenlopende financiële consequenties daarvan voor de Gemeente rekenschap te geven.
Ten slotte geldt dat het bestreden oordeel dat de overige door P1 aangevoerde grondslagen voor beëindiging onbesproken kunnen blijven, uitdrukkelijk berust op een uitleg van grief 3 van P1. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof die grief aldus begrepen dat P1 daarmee ter discussie stelde dat naar nationaal recht iedere mogelijkheid tot beëindiging van de Overeenkomst van 2003 ontbrak. De beide subonderdelen bestrijden die uitleg niet, en kunnen ook daarom niet tot cassatie leiden.

2.5 Onderdeel 3 ("Kwalificatie Overeenkomst van 2003 onjuist of onbegrijpelijk") is blijkens subonderdeel 3.1 gericht tegen de rov. 4.51-4.55 en 4.61:

"4.51. Zoals hierna zal blijken ziet de Europese wetgever het exploiteren van parkeerterreinen (waaronder dit hof ook parkeergarages rekent) als een dienst.

4.52. De derde volzin van art. 1 lid 2 sub d. van Richtlijn 2004/18 (welke, het zij herhaald, niet rechtstreeks van toepassing is), bepaalt dat als - bij een overeenkomst welke deels op werken, deels op diensten betrekking heeft - de "diensten" de hoofdmoot vormen, de overheidsopdracht als een opdracht "voor diensten" wordt beschouwd.
Aldus ook hoofdstuk 2.3 van de Interpretatieve mededeling.
Tenslotte gaat ook de considerans van Richtlijn 92/50 ervan uit dat overheidsopdrachten voor dienstverlening, met name op het gebied van diensten inzake het beheer van eigendommen, in bepaalde gevallen werken kunnen omvatten; dat uit Richtlijn 71/305/EEG voortvloeit dat een overeenkomst slechts als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien zij betrekking heeft op de uitvoering van een werk; dat, voor zover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering

van werken kunnen rechtvaardigen.

4.53. Het hof verwijst naar de opsomming hiervoor in r.o. 4.6, tweede tot en met zevende bolletje[14.]. Daaruit volgt dat QP werken tot stand zou (doen) brengen en diensten zou verlenen; het tot stand (doen) brengen van de werken had een grotendeels eenmalig karakter en het verlenen van de diensten een voortdurend karakter. De tegenprestatie bestond uit de door QP uit de exploitatie te ontvangen opbrengsten en uit het op termijn door de Gemeente te betalen bedrag. Gedurende de looptijd diende QP wel erfpacht te betalen. Het hof acht voorts van belang dat - naar uit de standpunten van partijen voldoende volgt - zowel QP als P1 hun hoofdbedrijf maken van het exploiteren van parkeerruimte, niet van de aannemerij of de bouw.
Verder is relevant dat de renovatie van de Vrijthofgarage weliswaar de facto (...) op nieuwbouw neer kwam, maar dat gold niet voor de OLV-garage (welke enkel opgeknapt diende te worden) en, naar het hof begrijpt, in nog mindere mate voor de zeven andere garages. Het ging dus bij de twee overeenkomsten om veel me´e´r dan de enkele bouw van een parkeergarage met daar tegenover het recht om bij wijze van tegenprestatie het gebouwde gedurende enkele decennia te mogen exploiteren.
Ten slotte geldt dat het financiële belang van de gehele overeenkomst veel groter was dan enkel de bouwsom van de te renoveren garage(s).

4.54. De onderhavige Overeenkomst van 2003 kan dus weliswaar worden aangemerkt als concessieovereenkomst voor werken en voor diensten, maar de nadruk lag daarbij zozeer op de exploitatie van parkeergarages en niet op de bouw daarvan, dat deze overeenkomst in hoofdzaak als een concessieovereenkomst voor diensten (waarop Richtlijn 92/50, als gezegd, niet van toepassing is omdat deze de concessieovereenkomst niet kent) dient te worden aangemerkt. De door P1 in haar pleitnota sub 36 aangehaalde arresten leiden niet tot een ander oordeel.

4.55. Het hof komt dus tot een andere kwalificatie dan de rechtbank en merkt de Overeenkomst van 2003 niet aan als concessieovereenkomsten voor werken; het hof gaat dan ook aan een daarop betrekking hebbend bewijsaanbod voorbij, nu het gaat om een juridische kwalificatie van een rechtsverhouding.

(...)

4.61. De Overeenkomst van 2003 moet in hoofdzaak worden aangemerkt als een concessieovereenkomst voor diensten, welke echter niet onder het bereik vielen van Richtlijn 92/50 omdat deze geen concessieovereenkomsten (voor diensten) kende, zodat deze overeenkomst reeds daarom niet aanbestedingsplichtig was, en welke, zo deze wel onder het bereik van de Richtlijn 92/50 viel, niet aanbestedingsplichtig was nu het in hoofdzaak de exploitatie van parkeergarages betrof en zulks als niet aanbestedingsplichtige I-B dienst moet worden beschouwd."

2.6 Subonderdeel 3.2 klaagt allereerst dat het oordeel dat de Overeenkomst van 2003 als een concessieovereenkomst voor diensten en niet als een concessieovereenkomst voor werken moet worden gekwalificeerd, onjuist is, indien het hof daarmee en in zijn beschouwingen in rov. 4.52 heeft miskend dat op grond van het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst moet worden bepaald of van een concessieovereenkomst voor diensten of voor werken sprake is.

2.7 Het subonderdeel mist feitelijke grondslag. Het oordeel van het hof dat bij de Overeenkomst van 2003 (in de woorden van rov. 4.54:) "de nadruk (...) zozeer (lag) op de exploitatie van parkeergarages en niet op de bouw daarvan, dat deze overeenkomst als in hoofdzaak als een concessieovereenkomst voor diensten (...) dient te worden aangemerkt", impliceert dat de exploitatie van de parkeergarages als het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst moet worden beschouwd en dat de overeenkomst op grond dáárvan als een concessieovereenkomst voor diensten moet worden gekwalificeerd.

2.8 Subonderdeel 3.3 klaagt dat, als het hof het voorgaande niet heeft miskend, maar op grond van de in

rov. 4.53 genoemde omstandigheden heeft geoordeeld dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de Overeenkomst van 2003 dienstverlening inhoudt, dat oordeel onjuist of onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd. Daartoe voert het subonderdeel met betrekking tot de bedoelde omstandigheden het volgende aan:

"a. Dat totstandbrenging van de werken een grotendeels eenmalig karakter had, terwijl het verlenen van de diensten een voortdurend karakter had, is (althans in beginsel) eigen aan iedere overeenkomst die betrekking heeft op zowel werken als diensten, zodat deze omstandigheid niet relevant is voor de beantwoording van de vraag wat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van een overeenkomst is.

b. Dat de tegenprestatie voor de totstandbrenging van de werken en het verrichten van de diensten werd gevormd door uit de exploitatie te ontvangen opbrengsten, eventueel vermeerderd met een aanvullend te betalen bedrag, is eveneens (althans in beginsel) eigen aan zowel werkenconcessies als dienstenconcessies, zodat deze omstandigheid niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of het hoofdvoorwerp of het overwegende element van een dergelijke overeenkomst de totstandbrenging van werken dan wel dienstverlening is. Voorts valt niet in te zien wat de omstandigheid dat QP erfpacht moest betalen aan de Gemeente, bijdraagt aan de conclusie dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de Overeenkomst van 2003 dienstverlening inhoudt.

c. Dat zowel QP als P1 hun hoofdbedrijf maken van het exploiteren van parkeerruimte en niet van de aannemerij of bouw, is niet relevant voor de beantwoording van de vraag wat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de Overeenkomst van 2003 is. Voor zover het hof met dit argument heeft miskend dat voor de kwalificatie van een opdracht als werkenconcessie de hoedanigheid van de opdrachtnemer niet relevant is en/of dat om als aannemer te kunnen worden aangemerkt niet nodig is dat de overeengekomen prestatie(s) met eigen middelen kunnen worden verricht, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

d. Dat de renovatie van de Vrijthofgarage op nieuwbouw neerkwam, maar dat de OLV-garage slechts opgeknapt werd en bij de zeven andere garages in nog mindere mate van nieuwbouw sprake was, doet er niet aan af dat de in rov.4.6 genoemde nieuw- en verbouwwerkzaamheden werken inhouden, dat dit in samenhang met de door het hof genoemde tegenprestatie in de vorm van het recht het gebouwde gedurende enkele decennia te mogen exploiteren, juist erop wijst dat de Overeenkomst van 2003 een concessieovereenkomst voor werken is, en niet, althans niet zonder meer, valt in te zien welke in rov. 4.6 genoemde aspecten van de Overeenkomst van 2003 het door het hof bedoelde 'veel meer' vormen dat desalniettemin de conclusie zou rechtvaardigen dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de Overeenkomst van 2003 dienstverlening inhoudt, laat staan dat (zonder meer) begrijpelijk is dat dit 'meerdere' die conclusie kan rechtvaardigen. Dit geldt temeer omdat het exploitatierecht dat bij een concessieovereenkomst de tegenprestatie voor de opdracht vormt, niet ook zelf als dienst kan gelden.

e. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat het financiële belang van de gehele overeenkomst veel groter was dan enkel de bouwsom van de te renoveren garages. Onjuist of niet zonder meer begrijpelijk is althans 's hofs oordeel dat de financiële aspecten van de Overeenkomst van 2003 bijdragen aan de conclusie dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element ervan dienstverlening inhoudt."

Daaraan voegt het subonderdeel nog toe dat het hof niet is ingegaan op het essentiële betoog van P1 dat het de Gemeente juist te doen was om de bouw respectievelijk de bouwkundige aanpassingen aan de belangrijkste parkeergarages, waarvoor evenwel de financiële middelen ontbraken, en dat om die reden de constructie is gekozen dat Q-Park deze werken diende te realiseren, waartegenover zij een exploitatierecht zou verkrijgen. Als het hof zulks niet relevant zou hebben geoordeeld voor de vraag naar het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de Overeenkomst van 2003 heeft het volgens het subonderdeel van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. Indien het hof van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan, heeft het zijn oordeel, nog steeds volgens het subonderdeel, onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

2.9 Bij de beoordeling van het subonderdeel stel ik voorop dat, in het geval van een als één geheel te beschouwen gemengde overeenkomst, de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar geheel als een eenheid moet worden onderzocht en moet worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt[15.]. Het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst moet worden bepaald door middel van een objectief onderzoek van de gehele opdracht waarop de overeenkomst betrekking heeft[16.]. Daarbij moet worden onderscheiden tussen de essentiële verplichtingen die primeren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht, en verplichtingen die slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien; de waarde van de verschillende prestaties is één van de criteria die bij de vaststelling van het hoofdvoorwerp of het overwegende element in aanmerking dient te worden genomen[17.]. Het HvJ EG/EU laat het in beginsel aan de nationale rechter over te beoordelen wat als hoofdvoorwerp of overwegend element van de overeenkomst heeft te gelden[18.]; dat ligt ook voor de hand, nu die beoordeling goeddeels op waarderingen van feitelijke aard steunt. Het subonderdeel heeft de door het hof gehanteerde argumenten één voor één besproken. Alvorens op die bespreking in te gaan teken ik aan dat het (in verband met de integrale beoordeling die het HvJ EG/EU voorschrijft en die overigens ook naar Nederlands recht bij de kwalificatie van gemengde rechtsverhoudingen is geboden[19.]) niet aankomt op het lot van afzonderlijke argumenten, maar op de vraag of het geheel van de gehanteerde argumentatie de conclusie kan dragen dat in de Overeenkomst van 2003 het dienstenaspect overweegt.

2.10 Het subonderdeel onder a bestrijdt het argument dat de totstandbrenging door Q-Park van de werken een grotendeels eenmalig karakter had, terwijl de overeengekomen diensten voortdurend worden verleend. Volgens het subonderdeel is die omstandigheid in beginsel eigen aan overeenkomsten die zowel op werken als op diensten betrekking hebben, zodat zij voor de bepaling van het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst niet relevant kan zijn.
Dat, zoals het subonderdeel lijkt te suggereren, in een overeenkomst die zowel op werken als diensten betrekking heeft, bij het volgen van de benadering van het hof het dienstenaspect steeds prevaleert, acht ik niet juist. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de betrokken diensten verband houden met de uitvoering van de werken en daaraan onmiskenbaar ondergeschikt zijn. In dat geval staat de door het hof gevolgde benadering geenszins eraan in de weg de uitvoering van de werken als hoofdvoorwerp of overwegend element van de overeenkomst aan te merken.
Overigens zie ik niet in waarom de omstandigheid dat zich vaak zal voordoen dat de verlening van overeengekomen (niet direct met de uitvoering van de werken verband houdende) diensten de uitvoering van de werken zal "overleven", met zich zou brengen dat het voortdurende karakter van de overeengekomen dienstverlening niet bij de vaststelling van het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst in aanmerking zou mogen worden genomen.

2.11 Onder b bestrijdt het subonderdeel het argument dat de tegenprestatie voor Q-Park bestond uit de door Q-Park uit de exploitatie te ontvangen opbrengsten en uit het door de Gemeente op termijn te betalen bedrag, terwijl Q-Park erfpacht moest betalen aan de Gemeente.
Anders dan het subonderdeel kennelijk aanneemt, betwijfel ik of het hof in de hier bedoelde aspecten een (beslissend) argument heeft gezien voor het prevaleren van het dienstenaspect. Het hof, dat tot een integrale beoordeling van de Overeenkomst van 2003 was gehouden, heeft in verband daarmee terecht ook de financiële verhoudingen tussen partijen gereleveerd. Dat Q-Park haar tegenprestatie, zowel voor de werken als voor de diensten, afgezien van een op termijn door de Gemeente te betalen bedrag, uit de exploitatie van de parkeergarages zou moeten ontlenen en dat Q-Park gedurende de looptijd erfpacht diende te betalen, was voor het hof op zichzelf echter geen argument om het dienstenaspect te laten prevaleren. Wat de financiële verhoudingen tussen partijen betreft, was voor het hof kennelijk wél een argument "dat het financiële belang van de gehele overeenkomst veel groter was dan enkel de bouwsom van de te renoveren garage(s)". Dat argument wordt door het subonderdeel bestreden onder e, waartoe het subonderdeel overigens niet meer stelt dan dat zonder nadere toelichting niet valt in te

zien dat het financiële belang van de gehele overeenkomst veel groter was dan enkel de bouwsom van de te renoveren garages. Ook in dat opzicht kan het subonderdeel niet slagen. Hetgeen het hof heeft overwogen, moet immers worden bezien in het licht van het partijdebat, waarin Q-Park zich (gedocumenteerd) op het standpunt heeft gesteld dat de geldelijke waarde van de werken veel lager is dan de geldelijke waarde van de diensten: de totale waarde van de werken zou € 14,2 miljoen bedragen, welk bedrag ruimschoots wordt overtroffen door de door P1 zelf geschatte omzet van € 4,8 miljoen per jaar over een periode van 30 jaar. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof het door Q-Park gestelde (en overigens ook alleszins aannemelijke) waardeverschil tussen de werken en de diensten als niet of onvoldoende door P1 betwist beschouwd.

2.12 Onder c bestrijdt het subonderdeel het argument dat zowel Q-Park als P1 hun hoofdbedrijf maken van het exploiteren van parkeerruimte en niet van de aannemerij of bouw.
Het subonderdeel voert terecht aan dat de bedoelde omstandigheid op zichzelf niet uitsluit dat aan Q-Park (en/of P1) een opdracht of concessie met betrekking tot de uitvoering van werken wordt verleend. Dat neemt echter niet weg dat aan die omstandigheid minst genomen de aanwijzing kan worden ontleend dat, gelet op het aandachtsgebied van de contractpartner van de Gemeente, de exploitatie van parkeerruimte het overwegende element van de (in elk geval gemengde) Overeenkomst van 2003 vormt.

2.13 Onder d bestrijdt het subonderdeel het argument dat slechts de renovatie van de Vrijthofgarage op nieuwbouw neerkwam en dat aan de overige betrokken parkeergarages minder ingrijpende werkzaamheden behoefden te worden verricht.
Kennelijk heeft het hof bedoeld dat voor de vaststelling van het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de Overeenkomst van 2003 niet slechts de verhouding tussen de vernieuwbouw van de Vrijthofgarage (als "werken"-aspect) en de exploitatie van die parkeergarage (als "diensten"-aspect) in aanmerking moet worden genomen, maar ook de verhouding tussen het "werken"- en het "diensten"-aspect met betrekking tot elk van de overige betrokken parkeergarages, in welke verhouding het aspect van de uitvoering van werken steeds minder zwaar weegt dan ten aanzien van de Vrijthofgarage het geval is. Mede gelet op de integrale beoordeling van de Overeenkomst van 2003 waartoe het hof was gehouden, getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk dat het hof aan de voor de verschillende parkeergarages uiteenlopende verhoudingen tussen het "werken"- en het "diensten"-aspect betekenis heeft toegekend.

2.14 Ook voor zover het subonderdeel aanvoert dat P1 heeft gesteld dat de Gemeente voor een gemengde concessie heeft gekozen om de financiering van noodzakelijke werkzaamheden aan haar parkeergaragebestand mogelijk te maken, kan het niet tot cassatie leiden. Het door het subonderdeel bedoelde partijmotief draagt niet noodzakelijkerwijs bij aan de conclusie dat in de gemengde Overeenkomst het "werken"-aspect (dus) boven het "diensten"-aspect prevaleert, temeer niet nu het ook de Gemeente met de noodzakelijke werkzaamheden aan de parkeerinfrastructuur uiteindelijk slechts erom te doen was de (aan Q-Park gegunde) verlening van parkeerdiensten mogelijk te maken. In dit verband heeft de rechtbank in rov. 3.2 van haar vonnis (in hoger beroep onbestreden) overwogen dat uit de considerans van de overeenkomst blijkt dat de Gemeente deze sluit in verband met de uitvoering van haar parkeerbeleid.

2.15 Subonderdeel 3.4 memoreert dat het hof in rov 4.5 het aanbod van P1 om te bewijzen dat de Overeenkomst van 2003 alle feitelijke kenmerken heeft van een concessieovereenkomst voor werken heeft gepasseerd op de grond dat het hier gaat om de juridische kwalificatie van een rechtsverhouding. Indien het hof aldus heeft miskend dat de (ten bewijze aangeboden) feitelijke kenmerken van een overeenkomst relevant zijn voor de (hier in geschil zijnde) kwalificatie ervan, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel, nog steeds volgens het subonderdeel, onbegrijpelijk, omdat het bewijsaanbod van P1 nu juist ziet op feitelijke kenmerken van de overeenkomst die relevant zijn voor de in geschil zijnde kwalificatie ervan.

2.16 Het subonderdeel kan naar mijn mening geen doel treffen, reeds omdat kennelijk ook naar het oordeel van het hof de Overeenkomst van 2003 mede als een concessieovereenkomst voor werken kan worden aangemerkt en (dus) ook alle kenmerken van een concessieovereenkomst voor werken bezit. Dat dit laatste het geval is, behoefde daarom geen nader bewijs.

Het hof heeft niet miskend dat de Overeenkomst van 2003 (ook) alle kenmerken van een concessieovereenkomst voor werken bezit, maar heeft geoordeeld dat de nadruk zozeer op de exploitatie van de parkeergarages ligt dat het dienstenaspect boven het werkenaspect prevaleert. Het subonderdeel klaagt niet (en uit de door het subonderdeel genoemde vindplaatsen vloeit ook niet voort) dat P1 te bewijzen heeft aangeboden dat het omgekeerde het geval is. Zowel in de conclusie van repliek als in de memorie van grieven, waarnaar het subonderdeel verwijst, heeft P1 zich primair op het standpunt gesteld dat de Overeenkomst een dienstenconcessie is waarop - kort gezegd - de transparantieverplichting van toepassing is en subsidiair dat sprake is van een aanbestedingsplicht ingevolge de op de aanbesteding van werken toepasselijke richtlijn[20.]. Voorafgaand aan het bewijsaanbod in de conclusie van repliek onder 37 (wat daarvan overigens zij) heeft P1 onder 35 gesteld dat, als de Gemeente onverhoopt wordt gevolgd in haar stelling dat zij de concessie één-op-één aan Q-Park had mogen gunnen, de concessie ook is te kwalificeren als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, althans tevens een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken omvat. Het bewijsaanbod onder 37 betreft slechts de uitwerking van die laatste stelling (zie ook de slotzin onder 35: "P1 licht dit - waar het gaat om de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken - als volgt nader toe."). De memorie van grieven onder 4.2.7, waarnaar het subonderdeel voor het bedoelde bewijsaanbod eveneens verwijst, opent aldus:

> "Kwalificeert de Overeenkomst niet als dienstenconcessie dan zal de Overeenkomst - subsidiair - een concessie voor een openbaar werk, althans een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken zijn."

Overigens strekt het vervolgens in die memorie geformuleerde bewijsaanbod (wat daarvan overigens zij) niet tot bewijs van de stellingen van P1 met betrekking tot de subsidiair verdedigde concessie voor een openbaar werk, maar tot bewijs "dat de Overeenkomst alle feitelijke kenmerken heeft van een openbare dienstenconcessie (...)")[21.].

2.17 Onderdeel 4 ("Beoordeling aanbestedingsplicht onjuist of onbegrijpelijk") richt zich blijkens subonderdeel 4.1 tegen de rov. 4.67-4.72:

> "4.67. Gelet op de door de Gemeente en QP aangehaalde jurisprudentie gaan de verplichtingen welke op een "aanbestedende" dienst zouden rusten op basis van het EG-verdrag niet zo ver dat in alle gevallen waarin geen aanbestedingsplicht geldt toch een "soort" aanbestedingsprocedure in het leven dient te worden geroepen. Slechts als er een duidelijk grensoverschrijdend belang is komt dit aan de orde. Dat een dergelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is staat geenszins vast. Het is dan P1 die gemotiveerd moet stellen en bij betwisting moet bewijzen dat zich een situatie voordeed waarin verplichting van de aanbestedende dienst bestond om een passende mate van openbaarheid te betrachten en bij eventuele interesse een objectieve en transparante procedure in het leven te roepen waarbij alle geïnteresseerden gelijke kansen krijgen. En dat betekent dat zij onder meer gemotiveerd dient te stellen, dient toe te lichten en bij betwisting dient te bewijzen dat er concrete belangstelling van derden, met name buitenlandse ondernemingen, bestond (of zou hebben bestaan als de Gemeente meer openbaarheid had betracht).
>
> 4.68. In verband met de vraag of er sprake zou zijn geweest van staatssteun (welke vraag verderop aan de orde komt) stelt QP zich op het standpunt dat helemaal niet vast staat of reeds bij het sluiten van de Overeenkomst van 2003 sprake was van internationale concurrentie op parkeergebied. De rechtbank oordeelde in r.o. 3.7.3 dat onvoldoende was gebleken van of gesteld omtrent ongunstige beïnvloeding van tussenstaatse handel.
>
> 4.69. P1 heeft in verband met de staatssteun in haar pleitnota sub 43 toegelicht welke buitenlandse parkeerondernemingen in 2003 feitelijk reeds actief waren op de Nederlandse markt. Door haar is evenwel op geen enkele wijze toegelicht dat er bij die partijen belangstelling voor de Maastrichtse garages bestond (of zou hebben bestaan als zij ervan op de hoogte waren geweest dat er in de Maastrichtse parkeerbranche belangrijke veranderingen op komst waren).
>
> 4.70. Aldus heeft P1 onvoldoende met concrete, eventueel voor bewijs vatbare feiten onderbouwd

dat er sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de onderhavige Overeenkomst van 2003. Het op pag. 19 van de memorie van grieven gedane bewijsaanbod komt dan ook niet voor inwilliging in aanmerking. De door P1 aangehaalde jurisprudentie leidt er bij die stand van zaken niet toe dat de Gemeente een grotere mate van openheid had dienen te betrachten dan zij feitelijk heeft gedaan en/of in een soort "aanbestedingsprocedure" ook anderen, met name buitenlandse ondernemers, maar ook binnenlandse concurrenten zoals P1, in de gelegenheid had moeten stellen aanbiedingen te doen in verband met de exploitatie van de onderhavige parkeergarages.

4.71. Hierbij komt dat naar 's hofs oordeel ook gewicht moet worden toegekend aan het gegeven dat de Gemeente niet vrijelijk de keus had met wie zij in zee zou gaan. Zij kon niet eenzijdig de bestaande (oude) huurovereenkomsten met QP opzeggen. Haar verplichting om transparantie te betrachten en niet te discrimineren naar nationaliteit (hetgeen er onder omstandigheden ook toe zou kunnen leiden dat binnenlandse concurrenten kunnen profiteren van een grotere mate van transparantie) gaat niet zo ver dat zij eerst tegen hoge kosten (het betalen van een afkoopsom) een situatie moet creëren waarin zij haar handen geheel vrij had, om vervolgens in een open "aanbestedingsprocedure" alle mogelijke gegadigden een gelijke kans te kunnen bieden.

4.72. Nu aldus de weren van de Gemeente tegen het verwijt dat zij een aanbestedingsplicht zou hebben gegrond zijn, en ook het standpunt van P1 dat het Verdrag in dit concrete geval de Gemeente ertoe verplichtte om een "soort" aanbestedingsprocedure in het leven te roepen door het hof wordt verworpen, leidt grief 1 niet tot vernietiging van het vonnis, ook al komt het hof tot een andere kwalificatie dan de rechtbank en ook al is grief 3 gegrond. Grief 2 behoeft dus geen bespreking meer voor zover deze betrekking heeft op aanbesteding; het beroep op nietigheid in verband met staatssteun komt verderop aan de orde. En het verweer van de Gemeente, als hiervoor weergegeven in r.o. 4.64, behoeft dan evenmin bespreking. Eventuele nietigheid in verband met verleende staatssteun komt verderop aan de orde."

2.18 Alvorens de klachten van het onderdeel te bespreken, wijs ik erop dat het hof, na in de bestreden rechtsoverwegingen te hebben geoordeeld dat, kort gezegd, bij ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de Overeenkomst van 2003 de in de rechtspraak van het HvJ EG/EU ontwikkelde transparantieverplichting niet aan de orde is, in de daarop volgende rov. 4.71 heeft geoordeeld dat bedoelde transparantieverplichting overigens niet zover gaat dat de Gemeente zich van de bestaande binding aan Q-Park had moeten bevrijden om vervolgens in een open "aanbestedingsprocedure" alle mogelijke gegadigden een gelijke kans te kunnen bieden. Aldus berust de conclusie in rov. 4.72 dat de Gemeente geen (uit de transparantieverplichting voortspruitende) "aanbestedingsplicht" heeft geschonden, op twee zelfstandig dragende gronden. De bedoelde conclusie houdt slechts dan geen stand, indien beide gronden met succes door het onderdeel zullen blijken te zijn aangevochten.

2.19 Partijen zijn in hun schriftelijke toelichtingen uitvoerig op de zogenaamde transparantieverplichting ingegaan. Ik verwijs naar de schriftelijke toelichting van de mrs. De Groot, Meesters en Van der Wiel, in het bijzonder onder 4.2-4.3, de schriftelijke toelichting van mr. Schenck, in het bijzonder onder 3.4.2-3.4.8, en de schriftelijke toelichting van de mrs. Bakels en Van Hemel, in het bijzonder onder 94-115. Ook ik hecht eraan over de transparantieverplichting enkele inleidende opmerkingen te maken, alhoewel ik daarbij, mede gelet op de reeds uitvoerige beschouwingen van partijen, daarbij naar beperking zal streven.

2.20 Ook als de op de aanbesteding van overheidsopdrachten voor diensten betrekking hebbende richtlijn[22.] niet of niet ten volle van toepassing is (het eerste doet zich onder meer voor in het geval van dienstenopdrachten beneden de daarvoor geldende drempelwaarde en in het geval van concessieovereenkomsten voor diensten, het tweede in het geval van opdrachten die betrekking hebben op de zogenaamde niet-prioritaire diensten van bijlage IB van de bedoelde richtlijn[23.]), blijven volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG/EU de algemene regels van het Verdrag op de verlening van de desbetreffende opdracht of concessieovereenkomst van toepassing. Het HvJ EG/EU[24.] pleegt

in dat verband in het bijzonder te refereren aan art. 43 EG (vrijheid van vestiging; thans art. 49 VWEU) en art. 49 EG (vrij dienstenverkeer; thans art. 56 VWEU), uit welke bepalingen het een onder omstandigheden door de aanbestedende dienst in acht te nemen "transparantieverplichting" afleidt[25.]. De genoemde bepalingen zijn slechts van toepassing in situaties met grensoverschrijdende aspecten; in louter interne situaties missen zij toepassing. Datzelfde heeft te gelden voor de uit die bepalingen afgeleide transparantieverplichting, die blijkens de rechtspraak van het HvJ EG/EU slechts een rol speelt in het geval van opdrachten of concessieovereenkomsten die een duidelijk[26.] grensoverschrijdend belang vertonen.

2.21 Q-Park heeft in cassatie de vraag naar de temporele werking van het transparantiebeginsel opgeworpen (zie schriftelijke toelichting mrs. Bakels en Van Hemel onder 127-145). Haar betoog strekt ertoe dat het rechtszekerheidsbeginsel boven het transparantiebeginsel prevaleert, als het gaat om overeenkomsten ten aanzien waarvan de beslissing over het al dan niet volgen van een aanbestedingsprocedure is genomen vóórdat, eind jaren negentig van de vorige eeuw, het transparantiebeginsel in de rechtspraak van het HvJ EG/EU tot ontwikkeling kwam (Q-Park noemt in dit verband het arrest Unitron Scandinavia van 18 november 1999[27.]). Waar dit laatste zich in de onderhavige zaak heeft voorgedaan (Q-Park noemt als markant moment de intentieovereenkomst van juli 1996[28.]), zou het transparantiebeginsel toepassing missen en zou, waar na cassatie en verwijzing de rechter na verwijzing niet tot een ander oordeel zou kunnen komen, P1 belang bij haar klachten met betrekking tot het transparantiebeginsel missen.

2.22 Het is vaste rechtspraak van het HvJ EG/EU dat een prejudicieel arrest het Unierecht weergeeft zoals dat reeds vóór dat arrest gold en dat slechts het HvJ EG/EU zelf bij wijze van uitzondering om redenen van rechtszekerheid de werking van zijn prejudiciële arresten in de tijd kan beperken, welke beperking in de tijd doorgaans de vorm aanneemt dat reeds tot stand gekomen rechtsbetrekkingen worden ontzien[29.]. Ook als ten tijde van het arrest Unitron Scandinavia reeds een "point of no return" in de totstandbrenging van de Overeenkomst van 2003 was gepasseerd, kan naar mijn mening niet worden aangenomen dat het transparantiebeginsel hier om de door Q-Park bedoelde redenen toepassing mist, nu het HvJ EG/EU in zijn prejudiciële arrest(en) over het transparantiebeginsel de werking van dat (die) arrest(en) niet uitdrukkelijk in de tijd heeft beperkt. Daarvoor vind ik ook steun in het arrest Engelmann[30.], waarin het HvJ EG/EU van de hand wees dat voor een concessie die reeds was verleend vóórdat uit de rechtspraak van het HvJ EG/EU een transparantieverplichting kon worden afgeleid, geen transparantieverplichting zou gelden.
Niettemin kan het rechtszekerheidsbeginsel, ook zonder dat dit tot een uitdrukkelijke beperking van een prejudicieel arrest in de tijd heeft geleid, de uitwerking van het transparantiebeginsel op reeds tot stand gekomen rechtsbetrekkingen beïnvloeden. Q-Park heeft in dit verband terecht gewezen op het arrest ASM Brescia[31.]. Daarin oordeelde het HvJ EG/EU dat de ongelijke behandeling waartoe de schending van het transparantiebeginsel leidt, kan worden gerechtvaardigd door objectieve omstandigheden, "zoals de noodzaak het rechtszekerheidsbeginsel in acht te nemen" (punt 64). Voorts overwoog het:

> "69. In de derde plaats verlangt het rechtszekerheidsbeginsel onder meer dat de gevolgen van rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelig kunnen werken voor particulieren en ondernemingen (zie in die zin arrest van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, Jurispr. blz. I-4983, punt 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
>
> 70. In dit opzicht is van belang dat de concessie die in het hoofdgeding aan de orde is, is verleend in 1984, voordat het Hof besliste dat voor overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang krachtens het primaire gemeenschapsrecht transparantieplichten konden gelden in de in de punten 59 en 60 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte omstandigheden.
>
> 71. In deze omstandigheden, en zonder dat hoeft te worden ingegaan op het vertrouwensbeginsel, levert het rechtszekerheidsbeginsel niet alleen grond op, maar vereist het ook, dat aan de beëindiging van een dergelijke concessie een overgangsperiode wordt

verbonden, zodat de medecontractanten hun contractuele betrekkingen in aanvaardbare omstandigheden kunnen afwikkelen, zowel vanuit het oogpunt van de eisen van de openbare dienst als in economisch opzicht."

Het rechtszekerheidsbeginsel kan dus een rol spelen, onder meer door aan de beëindiging van een in strijd met de transparantieverplichting verleende concessie een overgangsperiode voor een ordelijke afwikkeling te verbinden. Deze werking van het rechtszekerheidsbeginsel (die in voorkomend geval na cassatie en verwijzing nog aan de orde zal kunnen komen) is echter niet van dien aard dat zij P1 bij voorbaat ieder belang bij haar cassatieklachten over het transparantiebeginsel zou ontnemen.

2.23 In de onderhavige zaak heeft het hof, met het oog op de eis van een duidelijk grensoverschrijdend belang, geoordeeld dat op P1 de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de aanwezigheid van een dergelijk belang rusten. Volgens het hof moet P1 gemotiveerd stellen en bij betwisting bewijzen dat er concrete belangstelling van buitenlandse ondernemingen bestond of althans zou hebben bestaan als de Gemeente meer openbaarheid had betracht. Aanwezigheid van een dergelijk grensoverschrijdend belang is inderdaad een voorwaarde voor toepasselijkheid van een transparantieverplichting van de Gemeente met betrekking tot de litigieuze concessieovereenkomst[32.]. Ik meen echter dat met de aanwezigheid van een dergelijk belang niet mede is gegeven dat een in Nederland gevestigde partij als P1 zich in voorkomend geval op een schending van die transparantieverplichting kan beroepen. Het HvJ EG/EU is consequent in zijn omschrijving van de gevolgen van een schending van de transparantieverplichting in verband met buiten het bereik van het communautaire aanbestedingsregime vallende opdrachten en concessieovereenkomsten. Voor zover een dergelijke opdracht of overeenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, levert de gunning daarvan aan een "nationale", in de lidstaat van de betrokken overheid gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, volgens het HvJ EG/EU "een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijkerwijs in deze opdracht geïnteresseerd zijn"[33.]. De transparantieverplichting strekt, met andere woorden, ter bescherming van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen tegen een ongelijke behandeling te hunnen nadele. Op die strekking wijst ook het arrest Coname, waarin het HvJ EG/EU heeft gesproken van "de eisen van transparantie, die, zonder een verplichting tot het volgen van een aanbestedingsprocedure in te houden, een onderneming in een andere lidstaat (...) met name in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen", en waarop het HvJ EG/EU, in lijn met de hiervoor al bedoelde rechtspraak, heeft laten volgen dat, als niet aan die eisen is voldaan, "er sprake is van een ongelijke behandeling ten nadele van deze (in een andere lidstaat gevestigde; LK) onderneming". Die op bescherming van ondernemingen in andere lidstaten gerichte strekking is ook consistent met het gegeven dat de transparantieverplichting haar oorsprong vindt in de art. 43 EG (vrijheid van vestiging; thans art. 49 VWEU) en art. 49 EG (vrij dienstenverkeer; thans art. 56 VWEU), welke artikelen marktpartijen (slechts) in hun belang bij grensoverschrijdende vestiging en grensoverschrijdend dienstenverkeer (kunnen) beschermen. Uiteraard zullen ook "nationale" en mogelijk geïnteresseerde marktpartijen baat erbij hebben als de betrokken overheid ten behoeve van in andere lidstaten gevestigde marktpartijen een grotere mate van openheid dient te betrachten[34.], maar daarmee is niet gegeven dat een eventuele schending van de transparantieverplichting ook jegens die "nationale" marktpartijen onrechtmatig is en (ook) zulke "nationale" marktpartijen rechtens afdwingbare aanspraken uit dien hoofde biedt (vergelijk art. 6:163 BW). Naar mijn mening kan slechts een geïnteresseerde en in het buitenland gevestigde marktpartij in rechte tegen een eventuele schending van de transparantieverplichting opkomen. Dat impliceert dat P1 belang mist bij haar klachten die verband houden met de transparantieverplichting, ook die welke de stelplicht en de bewijslast in verband met een beweerde schending van de transparantieverplichting betreffen.

2.24 Nadat de Gemeente en Q-Park zich reeds in de feitelijke instanties op het standpunt hadden gesteld dat er in dit geval sprake is van een louter interne aangelegenheid en dat aan P1 daarom geen beroep toekomt op de fundamentele vrijheden die het Verdrag beoogt te verzekeren, heeft Q-Park ook in

cassatie het belang bij de klachten van P1 over de transparantieverplichting betwist, in wezen met het betoog dat (in voorkomend geval na cassatie en na verwijzing niet anders zal kunnen worden geoordeeld dan dat) P1 zich niet op een schending van de transparantieverplichting zal kunnen beroepen (schriftelijke toelichting mrs. Bakels en Van Hemel onder 146-151). Met die conclusie ben ik het eens, zij het dat Q-Park daarbij wel een zwaar accent legt op de stelling dat hier slechts van een interne situatie sprake zou zijn. Die stelling behoeft nuancering. In het geval dat de betrokken overeenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, is in zoverre van een louter interne situatie geen sprake[35.]. Waar het echter om gaat, is dat het (mogelijk) aanwezige grensoverschrijdende aspect de betrokken "nationale" onderneming niet raakt en (vooral) dat de (mogelijk) geschonden Europese norm niet strekt tot bescherming van de "nationale" onderneming die hoe dan ook niet in haar grensoverschrijdende activiteiten wordt belemmerd.

2.25 Naar aanleiding van het beroep van Q-Park op een louter interne situatie heeft P1 bij schriftelijke repliek onder 4.3.6 geciteerd uit het arrest Telaustria[36.], waarin wordt overwogen dat de transparantieverplichting inhoudt dat "aan elke potentiële inschrijver" een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd. Naar mijn mening kan echter niet worden aangenomen dat het HvJ EG/EU daarmee heeft bedoeld dat ook potentiële inschrijvers in de eigen lidstaat binnen het beschermingsbereik van de verplichting vallen, al was het maar omdat het HvJ EG/EU in de genoemde punten (en met name in punt 61) de transparantieverplichting uit het verbod van discriminatie naar nationaliteit heeft afgeleid: kennelijk gaat het erom dat met name aan potentiële inschrijvers in andere lidstaten een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd om discriminatie naar nationaliteit van die inschrijvers te voorkomen. De formulering "elke potentiële inschrijver" komt ook voor in het arrest Parking Brixen[37.], waarin het HvJ EG/EU naast het beginsel van non-discriminatie ook het beginsel van gelijke behandeling noemt[38.]. Bij de bespreking van de vraag of niet sprake is van een louter interne situatie waarin het transparantiebeginsel überhaupt geen toepassing kan vinden, valt het HvJ EG/EU echter weer terug op de discriminatie van ondernemingen in andere lidstaten die als gevolg van het ontbreken van transparantie dreigt:

> "55. Dit argument (dat sprake zou zijn van een interne situatie; LK) kan niet worden aanvaard. Immers kan in het hoofdgeding niet worden uitgesloten dat in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek gevestigde ondernemingen ook belangstelling hadden voor het verrichten van de betrokken diensten (...). De gunning van een openbaredienstenconcessie zoals die in het hoofdgeding zonder openbaarheid en openstelling voor mededinging levert evenwel - althans potentieel - discriminatie op in het nadeel van ondernemingen van andere lidstaten die geen gebruik kunnen maken van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van dienstverrichting en van vestiging (...)."

Uit de rechtspraak die in de schriftelijke repliek van P1 wordt genoemd, blijkt naar mijn mening niet dat het beschermingsbereik van de transparantieverplichting, anders dan het beschermingsbereik van de art. 49 en 56 VWEU, uit welke bepalingen die verplichting voortvloeit, zich mede tot nationale ondernemingen zonder (voorgenomen) grensoverschrijdende activiteiten zou uitstrekken.

2.26 Voor zover de klachten van de subonderdelen in verband met het voorgaande nog bespreking behoeven, merk ik daarover het volgende op.

2.27 Subonderdeel 4.2 klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door tot uitgangspunt te nemen dat op P1 de bewijslast rust van de aanwezigheid van het vereiste grensoverschrijdend belang. Dit belang wordt volgens het subonderdeel verondersteld aanwezig te zijn.

2.28 Het middel kan niet tot cassatie leiden. Zoals het hof in de rov. 4.56-4.60 terecht heeft vastgesteld, betreft de litigieuze concessieovereenkomst diensten die vallen onder bijlage I-B van Richtlijn 92/50/EEG. Zulke diensten worden naar hun aard vermoed juist niet grensoverschrijdend te worden verricht. Het HvJ EG/EU overwoog daarover:

> "Voor diensten die onder bijlage I B bij richtlijn 92/50 vallen, is de gemeenschapswetgever immers, onder voorbehoud van de in artikel 43 van deze richtlijn genoemde latere evaluatie, uitgegaan van het vermoeden dat de opdrachten voor het verlenen van dergelijke diensten, gelet op de specifieke aard ervan, a priori geen grensoverschrijdend belang hebben dat kan rechtvaardigen dat de

gunning ervan plaatsvindt na een aanbestedingsprocedure die ondernemingen uit andere lidstaten de mogelijkheid dient te bieden, kennis te nemen van de aankondiging van de opdracht en een offerte in te dienen. Om deze reden schrijft richtlijn 92/50 voor deze categorie diensten enkel een bekendmaking ex post voor."[39.]

Weliswaar betreft de geciteerde passage opdrachten voor "I-B"-diensten, maar er is mijns inziens geen reden om voor concessieovereenkomsten met betrekking tot diezelfde diensten wezenlijk anders te oordelen. De specifieke aard van de betrokken diensten is immers beslissend en die specifieke aard is niet anders, al naar gelang de betrokken diensten voorwerp van een "gewone" opdracht dan wel van een concessieovereenkomst vormen. Daarbij moet worden bedacht dat een concessieovereenkomst slechts gradueel (en wel op het punt van de aan de betrokken onderneming toekomende tegenprestatie) van een "gewone" opdracht verschilt. Naar luid van art. 1 lid 4 van Richtlijn 2004/18/EG is "(d)e "concessieovereenkomst voor diensten" (...) een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs." Het vereiste grensoverschrijdend belang wordt in verband met de bijzondere aard van de daarbij betrokken diensten met betrekking tot de litigieuze Overeenkomst van 2003 niet verondersteld aanwezig te zijn; het subonderdeel, dat het tegendeel verdedigt, gaat van een onjuiste rechtsopvatting uit.

2.29 Het subonderdeel lijkt intussen in belangrijke mate te berusten op het arrest Coname[40.] en op de uitleg die Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys[41.] daaraan geven[42.]. Volgens de genoemde auteurs impliceert de argumentatie in dat arrest dat moet worden uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden dat van buitenlandse belangstelling sprake zal zijn. Naar mijn mening kan het arrest Coname reeds daarom niet beslissend zijn, omdat het arrest betrekking had op een prioritaire dienst (gasdistributie), die, anders dan de niet-prioritaire diensten in de onderhavige zaak, niet a priori wordt vermoed géén grensoverschrijdend belang te hebben. Maar ook overigens past mijns inziens voorzichtigheid bij het generaliseren van hetgeen het HvJ EG/EU in het arrest Coname heeft geoordeeld.

2.30 Volgens de Nederlandse vertaling van het arrest heeft het HvJ EG/EU in het arrest Coname onder meer als volgt overwogen:

"17 Dienaangaande zij opgemerkt dat, aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti in deze concessie geïnteresseerd kan zijn, de toewijzing, zonder enige transparantie, van deze concessie aan een onderneming in laatstgenoemde lidstaat, een ongelijke behandeling in het nadeel van de onderneming in de andere lidstaat oplevert (...).

18 Doordat er geen transparantie heerst, heeft laatstgenoemde onderneming immers geen reële mogelijkheid om haar interesse voor deze concessie te tonen.

19 Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die, doordat alle in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen worden uitgesloten, voornamelijk in het nadeel van deze laatste ondernemingen is, evenwel een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (...).

20 Wat het hoofdgeding betreft, kan blijkens de stukken niet redelijkerwijs worden aangenomen dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti niet geïnteresseerd is in deze concessie, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden (...)."

Het lijkt alsof het HvJ EG/EU in het geciteerde punt 17 een ontoelaatbare ongelijke behandeling aanneemt, omdat een onderneming in een andere lidstaat mogelijk in de concessie is geïnteresseerd. Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys spreken in dit verband van "een loutere hypothese".

Zij concluderen dat in de benadering van het HvJ EG/EU het enkele feit dat "die hypothetische onderneming" haar interesse niet heeft kunnen tonen, voldoende is om een indirecte discriminatie te construeren, tenzij blijkt van bijzondere omstandigheden zoals in punt 20 bedoeld. Andere taalversies van het arrest geven echter een ander beeld. Blijkens de Franse tekst van punt 17 (die met andere taalversies, onder andere de - authentieke - Italiaanse versie overeenstemt) wordt een ontoelaatbare ongelijke behandeling niet aangenomen omdat de concessie voor een onderneming in een andere lidstaat interessant kan zijn, maar in de mate waarin dat laatste het geval is:

> "17 À cet égard, il convient de relever que, dans la mesure où ladite concession est susceptible d'intéresser également une entreprise située dans un État membre autre que celui du comune di Cingia de' Botti, l'attribution, en l'absence de toute transparence, de cette concession à une entreprise située dans ce dernier État membre est constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans l'autre État membre (...)."

Dat in het geval van dienstenconcessies (óók die met betrekking tot niet-prioritaire diensten) belangstelling van ondernemingen in andere lidstaten moet worden voorondersteld, kan ik in het arrest niet lezen. Het HvJ EG/EU stelt een ontoelaatbare ongelijke behandeling juist afhankelijk van de mate waarin de concessie voor buitenlandse ondernemingen interessant kan zijn. Als hier al een rechtsvermoeden geldt, dan is dat het vermoeden dat, zoals hiervóór (onder 2.28) betoogd, opdrachten (en concessies) met betrekking tot diensten die vallen onder bijlage I-B van Richtlijn 92/50/EEG, gelet op de specifieke aard van die diensten, a priori geen grensoverschrijdend belang hebben dat kan rechtvaardigen dat de gunning ervan plaatsvindt na een aanbestedingsprocedure die ondernemingen uit andere lidstaten de mogelijkheid dient te bieden van de aankondiging van de opdracht kennis te nemen en een offerte in te dienen. Dat vermoeden sluit een grensoverschrijdend belang niet uit, maar dat belang zal in voorkomend geval wel (concreet) moeten worden gesteld en bewezen.
Overigens moet worden bedacht dat de prejudiciële vraag in de zaak Coname als zodanig niet de bewijsdrempel voor een geslaagd beroep op een schending van de transparantieverplichting betrof. De door de Italiaanse rechter gestelde prejudiciële vraag strekte er vooral toe te vernemen of rechtstreekse gunning zonder aanbestedingsprocedure toelaatbaar was in verband met de overheidsdeelneming in de onderneming waaraan de concessie was gegund (de verwijzende rechter sprak hier van "in house management").

2.31 Bij schriftelijke repliek (onder 4.1.2) heeft P1 onder verwijzing naar de arresten Parking Brixen[43.] en Commissie/Italië[44.] betoogd dat het HvJ EG/EU ook voor concessies met betrekking tot niet-prioritaire diensten vasthoudt aan het (door P1 veronderstelde) uitgangspunt dat het grensoverschrijdend belang van dienstenconcessies in beginsel geacht wordt aanwezig te zijn, behoudens door de aanbestedende dienst te leveren bewijs van de afwezigheid daarvan. In geen van beide arresten lees ik echter dat het HvJ EG/EU een dergelijk rechtsvermoeden hanteert. In het arrest Parking Brixen heeft het HvJ EG/EU (in punt 55) naar aanleiding van het verweer dat van een interne situatie sprake was, overwogen dat "in het hoofdgeding niet (kan) worden uitgesloten dat in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek gevestigde ondernemingen ook belangstelling hadden voor het verrichten van de betrokken diensten". Dat is niet hetzelfde als dat die belangstelling wordt voorondersteld. Het arrest Commissie/Italië (dat in een inbreukprocedure werd gewezen) laat mijns inziens geen verdere conclusie toe dan dat het (duidelijk) grensoverschrijdende belang van de betrokken diensten noch in de precontentieuze fase, noch in de beroepsfase door Italië (of een van de interveniërende lidstaten) is betwist. Overigens verdient het in verband met beide arresten de aandacht dat het HvJ EG/EU de voorwaarde van een duidelijk grensoverschrijdend belang voor toepasselijkheid van de transparantieverplichting met betrekking tot niet-prioritaire diensten (en ook voor opdrachten beneden de drempelwaarde en voor dienstenconcessies) eerst nadien is gaan hanteren[45.].

2.32 Volledigheidshalve teken ik nog aan dat ook volgens het arrest Coname (punt 18) een schending van de transparantieverplichting ertoe leidt dat, "(d)oordat er geen transparantie heerst, (...) laatstgenoemde onderneming (hiermee bedoelt het Hof de in punt 17 genoemde, geïnteresseerde onderneming in een andere lidstaat) immers geen reële mogelijkheid (heeft) om haar interesse voor deze concessie te tonen", hetgeen (volgens punt 19) "een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte

discriminatie op grond van nationaliteit" en (volgens punt 20) een inbreuk op de fundamentele vrijverkeerbepalingen vormt. Als het zo is dat (zoals ik meen) slechts een onderneming zoals door het HvJ EG/EU bedoeld zich in voorkomend geval met vrucht op een schending van de transparantieverplichting kan beroepen, is al dan niet te leveren bewijs van het bestaan van een dergelijke concrete onderneming verder niet aan de orde; voldoende (maar wel noodzakelijk) is dan dat de eisende partij zelf zich als een in een andere lidstaat gevestigde en potentieel in haar grensoverschrijdende activiteiten belemmerde onderneming kan legitimeren.

2.33 Subonderdeel 4.3 klaagt dat het hof voorts (of althans) blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, indien het heeft miskend dat voor het aannemen van het vereiste grensoverschrijdend belang voldoende is dat belangstelling kan bestaan van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen.

2.34 Het hof heeft in rov. 4.67 verlangd dat P1 onder meer gemotiveerd dient te stellen, dient toe te lichten en bij betwisting dient te bewijzen dat er concrete belangstelling van derden, met name buitenlandse ondernemingen, bestond (of zou hebben bestaan als de Gemeente meer openheid had betracht). Met dit oordeel heeft het hof naar mijn mening niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. Zowel het feit dat volgens het HvJ EG/EU van een gekwalificeerd grensoverschrijdend belang (een "duidelijk" of een "bepaald" grensoverschrijdend belang) sprake moet zijn als de termen waarin het HvJ EG/EU een dergelijk belang omschrijft (het HvJ EG/EU acht een transparantieverplichting van toepassing "wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt verleend, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn"[46.]), wijzen erop dat vermoedens en abstracte redeneringen niet volstaan maar dat moet worden gesteld en zo nodig moet worden bewezen dat een of meer concrete, in een andere lidstaat gevestigde en ten minste potentieel geïnteresseerde ondernemingen, hun belangstelling in de concessie nader hadden bepaald als transparantie was betracht. Een en ander vindt bevestiging in het arrest An Post[47.], welk arrest werd gewezen in een inbreukprocedure en waarin onder meer de bewijspositie van de Commissie met betrekking tot een door haar aan de betrokken lidstaat verweten schending van de transparantieverplichting bij het gunnen van een opdracht met betrekking tot een niet-prioritaire dienst aan de orde was. Het HvJ EG/EU overwoog:

> "32. In deze omstandigheden dient de Commissie aan te tonen dat de betrokken opdracht, ondanks het feit dat zij betrekking heeft op de onder bijlage I B bij richtlijn 92/50 vallende diensten, duidelijk belang had voor een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst, en dat deze onderneming haar interesse voor deze opdracht niet heeft kunnen uiten doordat zij vóór de gunning ervan geen toegang had tot bruikbare informatie."

Weliswaar betrof deze uitspraak een inbreukprocedure waarin op de Commissie de bewijslast rustte van de door haar gestelde inbreuk (in casu schending van de transparantieverplichting), maar het valt niet in te zien dat het Unierecht een andere bewijslast zou verlangen in het geval dat niet de Commissie maar een particulier zich op een schending van de transparantieverplichting beroept. Ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys menen dat uit de geciteerde passage valt af te leiden "dat ook buiten de context van een Verdragsinbreukprocedure de bewijslast niet op de aanbestedende dienst rust, maar op de klagende partij die meent dat de aanbestedende dienst de opdracht bekend had moeten maken"[48.]. Dat aannemelijk wordt gemaakt dat belangstelling kan bestaan van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, volstaat, anders dan het subonderdeel verdedigt, bij die stand van zaken niet voor het aannemen van het vereiste grensoverschrijdend belang. Dat belang vereist dat een of meer concrete, in een andere lidstaat gevestigde en ten minste potentieel geïnteresseerde ondernemingen zoals hiervoor bedoeld wordt of worden geïndividualiseerd. Zoals hiervóór (onder 2.23) reeds aan de orde kwam, meen ik dat de drempel zelfs nog hoger ligt en dat voor een geslaagd beroep op een schending van een slechts aan art. 43 EG (vrijheid van vestiging; thans art. 49 VWEU) en art. 49 EG (vrij dienstenverkeer; thans art. 56 VWEU) te ontlenen transparantieverplichting niet voldoende is dat men één of meer van dergelijke in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen individualiseert, maar dat is vereist dat men zelf één van die (potentieel in haar grensoverschrijdende activiteiten belemmerde) ondernemingen is, vooraleer men de bescherming van de genoemde

vrijverkeerbepalingen kan inroepen. Ook subonderdeel 4.3 kan daarom niet tot cassatie leiden.

2.35 Subonderdeel 4.4 klaagt dat het hof voorts (of althans) blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, indien het heeft miskend dat het vereiste grensoverschrijdend belang slechts ontbreekt indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat niet geïnteresseerd is of kan zijn in deze concessie, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden.

2.36 Ook deze klacht is kennelijk geïnspireerd door het arrest Coname[49.]. In dat arrest, dat een concessie voor het beheer van de openbare dienst van gasdistributie betreft, heeft het HvJ EG/EU in punt 20 overwogen dat "blijkens de stukken niet redelijkerwijs (kan) worden aangenomen dat, wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie, een onderneming in een andere lidstaat dan die van de comune di Cingia de' Botti niet geïnteresseerd is in deze concessie, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden (...)". Uit deze overweging, welke de precieze betekenis daarvan ook zij, kan naar mijn mening niet worden afgeleid dat een duidelijk grensoverschrijdend belang (zoals het HvJ EG/EU overigens eerst in latere rechtspraak als voorwaarde voor toepasselijkheid van de transparantieverplichting is gaan hanteren) slechts ontbreekt als zich de in punt 20 genoemde omstandigheden voordoen. Althans geldt dat voor concessies met betrekking tot niet-prioritaire diensten die op grond van hun specifieke aard nu juist worden vermoed niet van grensoverschrijdend belang te zijn. Al om die reden kan het subonderdeel niet tot cassatie leiden.

2.37 Subonderdeel 4.5 klaagt dat het oordeel dat P1 met betrekking tot de aanwezigheid van het vereiste grensoverschrijdend belang niet aan haar stelplicht heeft voldaan, onjuist dan wel onvoldoende (begrijpelijk) zou zijn gemotiveerd. Volgens het subonderdeel valt niet, althans niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, in te zien waarom de stellingen van P1 over de activiteiten van buitenlandse parkeerondernemingen op de Nederlandse in 2003 niet de conclusie kunnen dragen dat die partijen belangstelling voor de Maastrichtse garages hadden, of hadden gehad als zij ervan op de hoogte waren geweest dat er in de Maastrichtse parkeerbranche veranderingen op komst waren. Volgens het subonderdeel kunnen, mede op grond van het effectiviteitsbeginsel, geen hogere eisen aan de stellingen van P1 ter zake worden gesteld. Bovendien heeft het hof, nog steeds volgens het subonderdeel, kennelijk slechts acht geslagen op het betoog van P1 over het grensoverschrijdend belang in verband met staatssteun, terwijl het ook acht had dienen te slaan op het betoog van P1 over grensoverschrijdend belang (i) in haar toelichting op grief IV, welk betoog ook betrekking heeft op de vraag of ten tijde van de Overeenkomst van 2003 van grensoverschrijdend belang sprake was, en (ii) in eerste aanleg, zulks in verband met de devolutieve werking van het appel.

2.38 Het subonderdeel kan niet tot cassatie leiden. P1 heeft zich in algemene zin op de aanwezigheid van buitenlandse partijen op de Nederlandse parkeermarkt en op de belangstelling van zulke partijen voor de exploitatie van andere dan de litigieuze parkeergarages in Maastricht beroepen. P1 heeft haar stellingen niet toegespitst op concrete belangstelling voor de Overeenkomst van 2003 die bestond of bij de vereiste transparantie zou hebben bestaan bij concrete, in een andere lidstaat of andere lidstaten gevestigde partijen, alhoewel de Gemeente en Q-Park, naar aanleiding van de algemene stellingen van P1, nu juist op het ontbreken van (aanwijzingen voor) een zodanige concrete belangstelling van buitenlandse partijen voor een publiek-private samenwerking bij de exploitatie van de litigieuze parkeergarages en voor de redenen daarvan (de combinatie met een vastgoedtransactie waarvoor de nodige financiële middelen moesten worden vrijgemaakt) hebben gewezen[50.]. Bij die stand van zaken getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat P1 op geen enkele wijze heeft toegelicht dat er bij de door P1 bedoelde partijen belangstelling voor de Maastrichtse garages bestond (of zou hebben bestaan als zij ervan op de hoogte waren geweest dat er in de Maastrichtse parkeerbranche belangrijke veranderingen op komst waren).

Anders dan het subonderdeel betoogt, kan het feit dat P1 niet aan haar stelplicht heeft voldaan, niet worden gepardonneerd met een beroep op het effectiviteitsbeginsel, op grond waarvan nationaal procesrecht soms moet wijken, als het de verwerkelijking van aan het Unierecht ontleende aanspraken onmogelijk of uiterst moeilijk maakt[51.]. Nog daargelaten dat de stelplicht hier feiten en omstandigheden betreft die nu juist beslissend zijn voor de vraag of Unierecht (de transparantieverplichting) überhaupt toepasselijk is en of aan het Unierecht ontleende aanspraken überhaupt aan de orde zijn, valt zonder nadere toelichting niet in te zien, waarom de gehanteerde stelplicht de verwerkelijking van aan het Unierecht ontleende aanspraken onmogelijk of uiterst moeilijk zou maken. Daarbij ware mede te bedenken dat het de in het buitenland gevestigde onderneming, tot wier bescherming de door het HvJ EG/EU ontwikkelde transparantieverplichting in werkelijkheid strekt, doorgaans niet moeilijk zal vallen gemotiveerd te stellen en aannemelijk te maken dat het ontbreken van transparantie haar in haar grensoverschrijdende activiteiten heeft gehinderd of nog zal hinderen.
De klacht dat het hof slechts acht zou hebben geslagen op de stellingen van P1 over de grensoverschrijdende aspecten in het kader van de discussie over staatssteun, mist feitelijke grondslag. Alhoewel het hof in rov. 4.69 inderdaad van "staatssteun" spreekt, betreft de in die rechtsoverweging opgenomen verwijzing naar de pleitnota van P1 wel degelijk haar beschouwingen over het aanbestedingsrecht. Overigens verduidelijkt het subonderdeel niet welke essentiële stellingen over het grensoverschrijdend belang in aanbestedingsrechtelijke zin het hof volgens P1 zou hebben "gemist".

2.39 Subonderdeel 4.6 klaagt dat indien een van de eerder aangevoerde klachten slaagt, ook de beslissing in rov. 4.70 om het bewijsaanbod van P1 te passeren, niet in stand kan blijven, evenmin als het oordeel in rov. 4.70 dat de Gemeente geen grotere mate van openheid had dienen te betrachten dan zij heeft gedaan en evenmin een soort aanbestedingsprocedure had moeten houden.

2.40 Het subonderdeel kan evenmin tot cassatie leiden als de klachten waarop het voortbouwt.

2.41 Subonderdeel 4.7 klaagt dat het hof in rov. 4.71 ook gewicht heeft toegekend aan het gegeven dat de Gemeente niet vrijelijk de keus had met wie zij in zee zou gaan, omdat zij niet eenzijdig de bestaande (oude) huurovereenkomsten met Q-Park kon opzeggen. Dit oordeel is volgens het subonderdeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd in het licht van het betoog van P1 dat de Gemeente de oude overeenkomsten had kunnen beëindigen. Als het hof dit betoog als onvoldoende onderbouwd zou hebben gepasseerd, is dat volgens het subonderdeel onjuist of onbegrijpelijk omdat van P1 als derde en in verband met het effectiviteitsbeginsel geen nadere onderbouwing kan worden gevergd. Als het hof van oordeel was dat dit betoog buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep viel, heeft het, nog steeds volgens het subonderdeel, de devolutieve werking van het hoger beroep miskend.

2.42 Hiervóór (onder 2.18) kwam al aan de orde dat de gebondenheid van de Gemeente aan Q-Park slechts een van de twee zelfstandig dragende pijlers is voor het oordeel dat op de Gemeente niet een (soort) aanbestedingsprocedure rustte. Als de voorgaande klachten met betrekking tot het ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang van de Overeenkomst van 2003 falen, kan ook de klacht met betrekking tot de gebondenheid van de Gemeente aan Q-Park, wat daarvan overigens zij, niet tot cassatie leiden.

2.43 Overigens meen ik dat de klacht van het subonderdeel doel mist. Het hof heeft niet geoordeeld dat de Gemeente de oude overeenkomsten niet had kunnen beëindigen. Integendeel; in rov. 4.71 is ook het hof ervan uitgegaan dat de Gemeente (in de woorden van die rechtsoverweging) "een situatie (...) (had kunnen) creëren waarin zij haar handen geheel vrij had", zij het dat daaraan volgens het hof hoge kosten zouden zijn verbonden. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk in het licht van het betoog van P1 dat de Gemeente de oude overeenkomsten met Q-Park had kunnen beëindigen.
Een "betoog" van de door het subonderdeel bedoelde strekking kan ik op de door het subonderdeel aangegeven vindplaatsen overigens niet lezen. P1 heeft (in eerste instantie) slechts bij gebrek aan wetenschap betwist dat de Gemeente niet bevoegd was tot beëindiging (en dat beëindiging haar mogelijk schadeplichtig zou hebben gemaakt). Nadat de Gemeente en Q-Park naar aanleiding van die betwisting (ook) in hoger beroep het standpunt hadden ingenomen dat de oude overeenkomsten slechts op een beperkt aantal gronden opzegbaar waren en dat de Gemeente zich daarmee tot ver na 2020 had gecommitteerd, is P1 daarop in hoger beroep niet meer teruggekomen[52.]. Dat bij die stand van zaken zich (ook) de mogelijkheid opdringt dat het bedoelde "betoog" als onvoldoende gemotiveerd

is gepasseerd, is het subonderdeel niet ontgaan. Anders dan het subonderdeel verdedigt, kon het hof dat "betoog" als onvoldoende gemotiveerd passeren, ondanks het feit dat P1 zelf bij de bedoelde overeenkomsten geen partij was; die omstandigheid verklaart op zichzelf immers niet dat P1 zich van iedere reactie op hetgeen de Gemeente en Q-Park ter zake (ook) in hoger beroep hebben aangevoerd, heeft onthouden. Ten slotte zie ik niet in waarom het effectiviteitsbeginsel hier een rol zou spelen.

2.44 Subonderdeel 4.8 is gericht tegen het oordeel in rov. 4.71 dat de transparantie- en non-discriminatieverplichting van de Gemeente niet zo ver gaan dat zij eerst tegen hoge kosten een situatie moet creëren waarin zij haar handen vrij had, om vervolgens in een open "aanbestedingsprocedure" alle mogelijke gegadigden een gelijke kans te kunnen bieden. Volgens het subonderdeel heeft het hof met dat oordeel van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven, omdat een economisch belang althans een bestaande financiële verplichting geen beperking van de rechten op transparantie en non-discriminatie kan (helpen te) rechtvaardigen. Voorts of althans heeft het hof miskend dat bij de beoordeling van een eventuele beperking ook relevantie toekomt aan de vraag of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en of is voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Als het hof zulks niet zou hebben miskend, heeft het volgens het subonderdeel zijn oordeel in elk geval niet voldoende begrijpelijk gemotiveerd, nu het niet kenbaar op het betoog van P1 ter zake is ingegaan.

2.45 Naar mijn mening mag het bestreden oordeel niet aldus worden gelezen dat het hof de gebondenheid van de Gemeente aan Q-Park als een rechtvaardiging voor een beperking van de transparantieverplichting heeft opgevat. Ik lees het bestreden oordeel ("Haar verplichting (...) gaat niet zo ver (...)") aldus dat zich volgens het hof, gelet op de gebondenheid van de Gemeente aan Q-Park, niet een situatie voordeed waarin überhaupt ruimte was voor mededinging, dat de Gemeente niet was gehouden die ruimte (tegen hoge kosten) te creëren en dat bij die stand van zaken het bieden van gelijke kansen aan mogelijk geïnteresseerde ondernemingen in een andere lidstaat door het betrachten van transparantie in het geheel niet aan de orde was. Dat oordeel, wat daarvan overigens zij, miskent niet dat in het geval dat de transparantieverplichting wel aan de orde is, een ongelijke behandeling als gevolg van een schending van die verplichting objectief kan worden gerechtvaardigd[53.], in welk verband de door het subonderdeel gereleveerde gezichtspunten (geen economische of financiële rechtvaardiging, een dwingende reden van algemeen belang, proportionaliteit en subsidiariteit) inderdaad een rol spelen.
Het subonderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.

2.46 Subonderdeel 4.9 strekt ten betoge dat bij welslagen van een of meer van de eerdere klachten ook rov. 4.72 niet in stand kan blijven.

2.47 Het subonderdeel kan evenmin als de eerdere klachten waarop het voortbouwt, tot cassatie leiden.

2.48 Onderdeel 5 ("De oude overeenkomsten houden verboden staatssteun in") is blijkens subonderdeel 5.1 gericht tegen de rov. 4.84-4.89:

> "4.84. Het verschijnsel dat de daadwerkelijk verschuldigde huur en een marktconforme huur uiteen gaan lopen zal zich eerst metterjaren zijn gaan manifesteren. De vraag is dan of een beoordeling of er sprake is van staatssteun gericht dient te zijn op de jaren waarin de voordelen zich daadwerkelijk gaan manifesteren, dan wel op het tijdstip waarop de initiële afspraken waren gemaakt.
> Uit het arrest Hamsa-Commissie (GvEA 11 juli 2002, Jur. 2002/II pag. 3049) volgt dat de beoordeling of sprake is van staatssteun dient plaats te vinden aan de hand van de situatie waarin de aangevochten handelingen werden verricht, dus resp. 1979 en 1988. Daaraan doet niet af dat bedoeld arrest strikt genomen betrekking had op een kwestie die het spiegelbeeld vormde van de in dit geding aan de orde zijnde situatie: in die zaak, immers, ging het erom of het gegeven dat uiteindelijk in de praktijk van bevoordeling niet was gebleken, voldoende was om het op basis van de gemaakte afspraken tot stand gekomen oordeel dat in die afspraken staatssteun besloten lag teniet te doen, hetgeen volgens het HvJ niet het geval was.

4.85. Staatssteun kan besloten (...) liggen in geldsbedragen welke door de overheid aan een particulier bedrijf worden uitbetaald, maar ook in "te lage" prijzen welke door de overheid aan een particulier bedrijf in rekening worden gebracht.

4.86. Dat de nominale huur zoals die in 1979 resp. 1988 werd afgesproken bij de aanvang niet marktconform zou zijn is gesteld noch gebleken. Bij huur van diverse soorten objecten (woningen, bedrijfsruimte) was het opnemen van indexeringsclausules destijds niet ongebruikelijk. Voorzienbaar was ook dat het achterwege laten van enige afspraak omtrent indexering op termijn ertoe zou kunnen leiden dat de actuele en een marktconforme huur uit elkaar zouden gaan lopen.
Door geen van partijen is toegelicht of het destijds ook bij verhuur van parkeergarages gebruikelijk was dat een indexeringsclausule wordt opgenomen. Als zulks wel gebruikelijk was doch zulks in casu achterwege bleef, dan ligt het voor de hand dat toen duidelijk moet zijn geweest dat daarin een bevoordeling besloten zou kunnen liggen, zeker indien het gaat om duurovereenkomsten met een - zoals in casu - zeer lange duur, van (in het ene geval) vijftig jaren.
Of het achterwege laten van indexering op een bewuste keuze of op een vergissing berust is niet duidelijk; partijen hebben dienaangaande geen nadere gegevens verschaft.

4.87. QP heeft voorts bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep wel toegelicht dat die contracten moesten worden bezien tegen de achtergrond van het gegeven dat het ging om een "sale and lease back"- constructie. Op zichzelf valt niet in te zien waarom die enkele omstandigheid redengevend zou zijn voor het achterwege laten van een afspraak omtrent indexering, doch uit de gegeven toelichting bleek dat het (ook toen) ging om een "package deal" waarvan verschillende elementen deel uitmaakten. Nadere gegevens daaromtrent hebben partijen niet verschaft.
Bij die stand van zaken kan niet een enkel onderdeel uit die overeenkomst worden gelicht en worden geoordeeld dat daarin staatssteun zou zijn begrepen.

4.88. Dat in de perceptie van destijds - 1979 en 1988 - sprake was van afspraken die als concurrentievervalsing werden gezien is onvoldoende aannemelijk geworden.
De Gemeente heeft onweersproken gesteld dat in die tijd "parkeren" door gemeenten vooral als een kostenpost en niet als een potentiële lucratieve inkomstenbron werd gezien.
Gesteld noch gebleken is dat er destijds, in 1979 en 1988, reeds sprake was van op enige schaal van belang internationaal opererende parkeerbedrijven. Voor ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel destijds zijn dan ook onvoldoende aanwijzingen voorhanden.
Overigens zijn er zelfs onvoldoende aanwijzingen - daaromtrent is door partijen ook onvoldoende gesteld - dat er destijds op nationaal of regionaal niveau sprake was van elkaar beconcurrerende ondernemingen die parkeergarages uitbaatten.

4.89. De voorgaande feiten en omstandigheden tegen elkaar afwegend komt het hof tot het oordeel dat er onvoldoende aanwijzingen voorhanden zijn dat de destijds (in 1979 en 1988) gemaakte afspraken aangemerkt moeten worden als afspraken waarin naar de toenmalige maatstaven staatssteun was begrepen.
De omstandigheid dat er allengs een grotere discrepantie tussen de feitelijke huur en een marktconforme huur op trad waardoor de aanvankelijk latente bevoordeling manifest werd leidt er niet toe dat vanaf enig moment de "te lage" huur als staatssteun gezien moest gaan worden."

2.49 Alvorens de klachten van het onderdeel te bespreken wijs ik erop dat van staatssteun die (in het stadium dat hij is voorgenomen) op de voet van (thans) art. 108 lid 3 VWEU door de lidstaat aan de Europese Commissie moet worden gemeld, slechts sprake is als cumulatief aan een viertal voorwaarden is voldaan: in de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd, in de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden, in de derde plaats moet de maatregel de begunstigde een voordeel

verschaffen en in de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen[54.]. Het hof, dat onvoldoende aanwijzingen voorhanden achtte dat in de oude overeenkomsten staatssteun was begrepen (rov. 4.89), heeft daartoe onder meer geoordeeld dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat "in de perceptie van destijds - 1979 en 1988 - sprake was van afspraken die als concurrentievervalsing werden gezien" en dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat er destijds op nationaal of regionaal niveau sprake was van elkaar beconcurrerende ondernemingen die parkeergarages uitbaatten. Kennelijk was het hof van oordeel dat (ook) een (dreigende) vervalsing van de mededinging niet kan worden aangenomen. Dit oordeel, dat de conclusie dat van aanmeldingsplichtige staatssteun geen sprake was, zelfstandig kan dragen, is in cassatie niet bestreden. Bij die stand van zaken mist P1 een voldoende belang bij de wél aangevoerde klachten van het onderdeel. Het is dan ook louter ten overvloede dat ik die klachten niettemin bespreek.

2.50 Subonderdeel 5.2 klaagt dat, indien het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat voor de vraag of sprake is van staatssteun relevant is welke opvattingen ten tijde van het verrichten van de litigieuze handelingen bij de betrokken partijen en/of in het algemeen bestonden over wat al dan niet staatssteun inhoudt, het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Voor de vraag of sprake is van staatssteun is beslissend of de overheid een voordeel verstrekt aan een onderneming dat deze niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen.

2.51 Dat als (één van de) voorwaarde(n) voor een kwalificatie als staatssteun geldt dat sprake moet zijn van een door de overheid aan een onderneming verstrekt voordeel dat deze onderneming niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen, is door het hof geenszins miskend. In de rov. 4.80-4.87 heeft het hof zich immers ampel rekenschap gegeven van de vraag of de in het verleden afgesproken huur, in het bijzonder in verband met het achterwege laten van een indexering daarvan, al dan niet als marktconform kan gelden. De klacht van het subonderdeel treft al daarom geen doel, nog daargelaten of, in welke opzichten en in hoeverre het hof de ten tijde van de litigieuze overeenkomsten bij partijen en/of in het algemeen levende opvattingen inderdaad voor de beoordeling van het staatssteunkarakter van die overeenkomsten relevant heeft geacht. Opvattingen zoals door het subonderdeel bedoeld kunnen in elk geval niet iedere relevantie worden ontzegd; zo wordt mede door zulke opvattingen bepaald, wat op enig moment al dan niet als marktconform kan gelden.

2.52 Subonderdeel 5.3 klaagt dat, als het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat een voordeel dat eerst na het verrichten van de litigieuze handelingen manifest wordt, niet kan bijdragen aan de conclusie dat van staatssteun sprake is, het heeft miskend dat voor de vraag of van staatssteun sprake is, beslissend is of de overheid een voordeel verstrekt aan een onderneming dat deze niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen, en het feit dat eerst na het verrichten van een handeling een daarbij verstrekt voordeel manifest wordt, niet (zonder meer) de conclusie kan dragen dat dit voordeel langs normale commerciële weg zou kunnen worden verkregen. Voorts of althans heeft het hof miskend dat indien eerst (enig moment) na het verrichten van de litigieuze handeling van staatssteun sprake is, dit meebrengt dat de daaraan verbonden rechtsgevolgen alsnog intreden, zodat het hof zijn onderzoek niet had mogen beperken tot het moment van het verrichten van de litigieuze handelingen (1979 en 1988).

2.53 In de bestreden rechtsoverwegingen lees ik niet dat het hof van oordeel zou zijn dat het feit dat een voordeel eerst later manifest wordt, zonder meer impliceert dat dit voordeel langs normale commerciële weg is verkregen. Het hof heeft zich blijkens rov. 4.86 (terecht) rekenschap gegeven van de vraag of ten tijde van de litigieuze overeenkomsten reeds duidelijk was dat in het achterwege laten van indexering een bevoordeling besloten zou kunnen liggen. Indien die vraag in bevestigende zin moet worden beantwoord (en volgens het hof is dat het geval indien destijds gebruikelijk was bij de verhuur van parkeergarages een indexeringsclausule op te nemen), kan, ook naar het oordeel van het hof, een mogelijk eerst later intredende bevoordeling niet als marktconform gelden. Overigens heeft het hof de vraag of duidelijk was dat later mogelijk een voordeel zou kunnen intreden, bij gebrek aan nadere toelichting en gegevens niet kunnen beantwoorden (rov. 4.86). Wel heeft het hof in rov. 4.87 nog geoordeeld dat, nu het ook bij de oude overeenkomsten ging om een "package deal", niet zonder nadere gegevens kan worden geoordeeld dat één enkel daaruit gelicht onderdeel staatssteun omvat. Waar het subonderdeel klaagt dat het hof voorts of althans heeft miskend dat, indien eerst (enig

moment) na het verrichten van de litigieuze handeling van staatssteun sprake is, dit meebrengt dat de daaraan verbonden rechtsgevolgen alsnog intreden, zodat het hof zijn onderzoek niet had mogen beperken tot het moment van het verrichten van de litigieuze handelingen (1979 en 1988), miskent het dat in het Europese regime van toezicht op staatssteun de rol van de nationale rechter in beginsel is beperkt tot toezicht op naleving van de notificatieverplichting van art. 108 lid 3 VWEU. Zo overwoog het HvJ EG/EU in het arrest Residex[55.]:

"25. In het kader van de beantwoording van het eerste deel van de vraag, moet eraan worden herinnerd dat de toepassing van de toezichtregeling voor staatssteun, zoals die voortvloeit uit artikel 88 EG en uit de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het Hof, een taak van de Commissie en ook van de nationale rechterlijke instanties is (arrest van 5 oktober 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich e.a., C-368/04, Jurispr. p. I-9957, punt 36).

26. In dit verband vervullen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie onderscheiden, maar elkaar aanvullende taken (zie arresten van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, Jurispr. p. I-3547, punt 41, en 21 oktober 2003, Van Calster e.a., C-261/01 en C-262/01, Jurispr. p. I-12249, punt 74, en arrest Transalpine Ölleitung in Österreich e.a., reeds aangehaald, punt 37).

27. Immers, terwijl de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt, die daarbij onder toezicht van de rechters van de Unie staat, zien de nationale rechterlijke instanties toe op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van schending van de verplichting tot voorafgaande aanmelding van de steunmaatregelen bij de Commissie als voorzien in artikel 88, lid 3 , EG (reeds aangehaalde arresten Van Calster e.a., punt 75, en Transalpine Ölleitung in Österreich e.a., punt 38)."

Latere omstandigheden die met zich brengen dat anders over het staatssteunkarakter van een reeds uitgevoerde of reeds in uitvoering zijnde overheidsmaatregel moet worden geoordeeld, roepen geen, althans geen ter beoordeling van de nationale rechter staande rechtsgevolgen in het leven. Een verplichting tot notificatie van een voorgenomen maatregel als steunmaatregel kan immers niet worden aangenomen op de enkele grond van een aanvankelijk nog niet duidelijk en eerst later, tijdens de uitvoering van die maatregel opgekomen voordeel, nog daargelaten naar welk tijdstip het staatssteunkarakter van een overheidsmaatregel in het algemeen moet worden beoordeeld[56.]. Ook in zoverre acht ik de klacht van het subonderdeel ongegrond.

2.54 Subonderdeel 5.4 klaagt dat, indien het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten van 1979 en 1988 niet kenbaar was dat hierin een voordeel lag besloten dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen, dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd, nu (i) het hof zelf tot uitgangspunt heeft genomen dat voorzienbaar was dat het achterwege laten van een indexeringsafspraak op termijn ertoe zou kunnen leiden dat de actuele en een marktconforme huur uit elkaar zouden gaan lopen, (ii) P1 heeft aangevoerd dat bij dergelijke langdurige huurovereenkomsten het ontbreken van een indexeringsclausule "welhaast onwaarachtig, niet markt-conform" is, "ook zelfs wanneer men deze contracten houdt tegen de tijd waarin ze zijn afgesloten (jaren zeventig van de vorige eeuw)" en (iii) niet (zonder meer) valt in te zien wat het feit dat "parkeren" destijds door gemeenten vooral als een kostenpost werd gezien, eraan afdoet dat door het achterwege blijven van een indexeringsafspraak sprake was van een voordeel dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen.

2.55 Het subonderdeel mist in die zin feitelijke grondslag dat het hof niet tot uitgangspunt heeft genomen dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten van 1979 en 1988 niet kenbaar was dat hierin een voordeel lag besloten dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen. Het hof heeft de kenbaarheid van bedoeld voordeel (in rov. 4.86) in het midden gelaten, nu die kenbaarheid volgens het hof (mede) afhangt van de vraag of het destijds ook bij de verhuur van parkeergarages gebruikelijk was dat een indexeringsclausule werd opgenomen en partijen daarover geen informatie hebben verstrekt ("Door geen van partijen is toegelicht (...)").
Voor zover het subonderdeel doelt op de derde volzin van rov. 4.86 ("Voorzienbaar was ook dat het achterwege laten van enige afspraak omtrent indexering op termijn ertoe zou kunnen leiden dat de

actuele en een marktconforme huur uit elkaar zouden gaan lopen."), geldt dat die volzin betrekking heeft op de huur van diverse objecten (woningen, bedrijfsruimte) waarbij het opnemen van indexeringsclausules destijds niet ongebruikelijk was. Uit het vervolg van de rechtsoverweging (op p. 18) blijkt dat het hof een gelijke voorzienbaarheid bij verhuur van parkeergarages zou aannemen als ook daarbij indexeringsclausules gebruikelijk waren, maar dat het zich buiten staat heeft geacht te beoordelen of dat laatste werkelijk het geval was.
In de onder (ii) bedoelde stellingen heeft het hof kennelijk niet gelezen dat indexeringsclausules destijds gebruikelijk waren bij de verhuur van parkeergarages. Dat is niet onbegrijpelijk.
De onder (iii) bedoelde opmerking in rov. 4.88 dat gemeenten "parkeren" destijds vooral als een kostenpost en niet als een potentiële inkomstenbron zagen, houdt kennelijk verband met de in rov. 4.88 vervatte constatering dat destijds concurrentie op het gebied van de exploitatie van parkeergarages ontbrak en is kennelijk niet (mede-)redengevend voor het oordeel in de rov. 4.86 en 4.87 over de in de oude overeenkomsten vervatte bevoordeling en de voorzienbaarheid daarvan.
Ook in zoverre mist het subonderdeel doel.

2.56 Subonderdeel 5.5 klaagt dat indien het hof heeft geoordeeld dat gelet op het "package deal"-karakter van de overeenkomsten van 1979 en 1988 niet kan worden geoordeeld dat daarin een voordeel besloten ligt dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen, dit oordeel onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. Volgens het subonderdeel staat immers (in ieder geval veronderstellenderwijs) vast dat het achterwege blijven van een indexeringsafspraak op zichzelf een voordeel vormt dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom het "package deal"-karakter van de overeenkomsten zou meebrengen dat deze per saldo desalniettemin geen voordeel inhielden dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen. Bovendien (of althans) heeft het hof miskend dat het aan de Gemeente was om als partij bij de overeenkomsten van 1979 en 1988 in het kader van haar betwisting te onderbouwen waarom hierin, ondanks het ontbreken van een indexeringsregeling, geen staatssteun lag besloten. Indien het hof mocht hebben geoordeeld dat de Gemeente dit voldoende heeft gedaan, is dit oordeel onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Dit alles klemt temeer nu (i) het hof zelf heeft geoordeeld dat partijen geen nadere gegevens hebben verschaft over de verschillende elementen die van de "package deal" deel uitmaakten, terwijl (ii) (dit laatste bovendien in zoverre onjuist is dat) P1 heeft aangevoerd dat de niet-marktconformiteit van de oude overeenkomsten ook blijkt uit het feit dat de Gemeente aanleiding zag om Q-Park apart te compenseren voor de goodwill van de oude overeenkomsten ondanks dat Q-Park op grond van de Overeenkomst van 2003 nog voor een veel langere periode exploitant bleef van de garages, dat de Gemeente noch Q-Park betwist dat de oude overeenkomsten niet-marktconform waren en dat de goodwillcompensatie veel hoger was dan marktconform.

2.57 Het subonderdeel mist feitelijke grondslag, omdat het hof niet heeft beslist dat, gelet op het "package deal"-karakter van de oude overeenkomsten, niet kan worden geoordeeld dat daarin een voordeel besloten ligt dat Q-Park niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen. Het hof heeft niet meer geoordeeld dan dat, gelet op het "package deal"-karakter van de oude overeenkomsten, niet uit één enkel, daaruit gelicht onderdeel kan worden geoordeeld dat in de oude overeenkomsten staatssteun zou zijn begrepen (en dat de "package deal" daartoe dus in zijn geheel zou moeten worden onderzocht). Het subonderdeel mist voorts feitelijke grondslag voor zover het ervan uitgaat dat in elk geval veronderstellenderwijs zou vaststaan dat in het ontbreken van een indexeringsafspraak een niet-marktconforme bevoordeling zou zijn gelegen. Het hof heeft dat laatste niet in het midden gelaten; het heeft een dergelijke niet-marktconforme bevoordeling niet kunnen aannemen, omdat partijen (en dus ook P1, op wier weg het lag een niet-marktconforme bevoordeling te stellen) onvoldoende hebben aangevoerd over de gebruikelijkheid van een indexeringsclausule ten tijde van de oude overeenkomsten, welke gebruikelijkheid het hof bepalend heeft geacht voor de beantwoording van de vraag of van een niet-marktconforme bevoordeling sprake was. Bij die stand van zaken mist ook de klacht dat de Gemeente had te onderbouwen waarom in de overeenkomsten van 1979 en 1988, "ondanks het ontbreken van een indexeringsregeling", geen staatssteun besloten lag, doel. Voor zover het subonderdeel ten slotte aanvoert dat de niet-marktconformiteit van de oude overeenkomsten blijkt uit

de aparte compensatie voor de goodwill van die overeenkomsten, ondanks het feit dat Q-Park op grond van de Overeenkomst van 2003 nog voor een veel langere periode exploitant bleef van de garages, acht ik het evenmin gegrond, reeds omdat daaruit niet noodzakelijkerwijs voortvloeit dat ten tijde van het sluiten van de oude overeenkomsten het opnemen van een indexeringsclausule bij de verhuur van parkeergarages gebruikelijk was en het achterwege laten van een dergelijke clausule in de oude overeenkomsten daarom niet-marktconform was.

2.58 Subonderdeel 5.6 klaagt dat, als het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat aan het vereiste van beïnvloeding van de tussenstaatse handel eerst is voldaan indien ten tijde van het verrichten van de litigieuze handeling van internationale concurrentie "op enige schaal van belang" van parkeerbedrijven sprake is, het in verschillende opzichten van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. Ten eerste heeft het hof aldus miskend dat er geen drempel of percentage bestaat waaronder het handelsverkeer tussen lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. Ten tweede, zo vervolgt subonderdeel 5.7, heeft het hof aldus miskend dat iedere ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten rechtens relevant is in verband met in de oude overeenkomsten besloten staatssteun, niet alleen ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten in de parkeerbranche. Indien het hof dit niet heeft miskend heeft het zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd door niet (kenbaar) in te gaan op het betoog van P1 dat het Ruijters-concern altijd actief is geweest in de vastgoedbranche, die door een hoge mate van grensoverschrijdende investeringen wordt gekenmerkt. Ten derde heeft het hof volgens subonderdeel 5.8 miskend dat, indien aan het vereiste van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten eerst (enig moment) na het verrichten van de litigieuze handeling wordt voldaan, dit meebrengt dat de aan het vervullen van dat vereiste verbonden rechtsgevolgen alsnog intreden, zodat het hof zijn onderzoek niet had mogen beperken tot het moment van het verrichten van de litigieuze handelingen (1979 en 1988).

2.59 Alhoewel aan P1 moet worden toegegeven dat (zoals subonderdeel 5.7 betoogt) staatssteun de tussenstaatse handel óók ongunstig kan beïnvloeden buiten het specifieke gebied van economische bedrijvigheid waarop de betrokken steunmaatregel betrekking heeft, ligt het voor de hand in de eerste plaats te onderzoeken of op dat specifieke gebied van een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel sprake is. In dat licht getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook niet onbegrijpelijk dat het hof heeft gereleveerd dat gesteld noch gebleken is dat destijds, in 1979 en 1988, reeds sprake was van op enige schaal van belang internationaal opererende parkeerbedrijven en dat in zoverre onvoldoende "aanwijzingen" voor een ongunstige beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer voorhanden zijn.
Uit het feit dat het hof van "aanwijzingen" heeft gesproken, kan worden afgeleid dat het hof geenszins heeft willen uitsluiten dat zich niettemin een zodanige beïnvloeding heeft voorgedaan, bijvoorbeeld (zoals subonderdeel 5.7 betoogt) op andere markten dan die voor parkeerdiensten of op die laatste markt, omdat, ondanks het ontbreken van grote internationale spelers, (zoals subonderdeel 5.6 betoogt) niettemin van grensoverschrijdende activiteiten van parkeerbedrijven sprake kon zijn. Of het hof, bij ontbreken van de bedoelde aanwijzingen, een en ander nader had moeten onderzoeken, hangt echter af van hetgeen partijen (en in het bijzonder P1, die zich op onrechtmatige staatssteun had beroepen en op wier weg het lag te stellen en zo nodig aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden daarvoor was voldaan) dienaangaande hebben gesteld. Kennelijk heeft het hof in de stellingen van partijen (en in het bijzonder die van P1) onvoldoende aanknopingspunten voor een dergelijk onderzoek gezien. Dat getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, nu P1, die eerst bij pleidooi in appel heeft gesteld dat aan de voorwaarde van een ongunstige beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer was voldaan, daartoe slechts heeft gesteld dat het Ruijters-concern ook actief was in de vastgoedsector en dat die sector in hoge mate door grensoverschrijdende investeringen wordt gekenmerkt[57.]. Zonder nadere onderbouwing valt echter niet goed in te zien dat en hoe het ontbreken van een indexeringsclausule in de oude overeenkomsten tot een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse vastgoedinvesteringen zou leiden en waarom dat reeds bij de totstandkoming van die overeenkomsten voorzienbaar zou zijn geweest.
Alhoewel ik in de bestreden overweging niet lees dat het hof van oordeel zou zijn geweest dat een in aanmerking te nemen ongunstige beïnvloeding van het tussenstaatse verkeer zich slechts boven een

bepaalde drempel of boven een bepaald percentage voordoet, teken ik nog aan dat ik de opvatting van subonderdeel 5.6 dat de mate van beïnvloeding niet ertoe doet, niet deel. Weliswaar sluit volgens het HvJ EG/EU de betrekkelijk geringe omvang van de steun of van de betrokken onderneming de mogelijkheid dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed niet a priori uit[58.]. Dat neemt echter niet weg dat - evenals in het kartelrecht - ook in het Europese staatssteunrecht een de minimis-regel heeft postgevat, volgens welke staatssteun beneden een bepaald volume niet behoeft te worden aangemeld, omdat "(i)n het licht van de ervaring van de Commissie kan worden vastgesteld dat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van 100000 EUR niet overschrijdt, het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt en de mededinging niet vervalst of dreigt te vervalsen"[59.]. Daarnaast moet worden bedacht dat ook daar waar het HvJ EG/EU, met name bij toepassing van de vrijverkeerbepalingen van het VWEU, een de minimis-regeling afwijst, zich kan voordoen "dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden (...) als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden (...)"[60.].

De klacht van subonderdeel 5.8, volgens welke een eerst later intredende ongunstige beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer de rechtsgevolgen van onrechtmatige steunverlening doet intreden, faalt op de gronden die hiervoor (onder 2.53) reeds aan de orde kwamen.

2.60 Subonderdeel 5.9 klaagt dat, als het hof heeft geoordeeld dat bestaande concurrentie noodzakelijk is om te kunnen oordelen dat staatssteun ongunstige invloed heeft op het handelsverkeer tussen lidstaten, het heeft miskend dat het enkele gegeven dat de markt waarop de betrokken onderneming actief is, openstaat voor concurrentie van ondernemingen uit andere lidstaten, voldoende is om aan te nemen dat aan die onderneming verleende staatssteun ongunstige invloed heeft op het handelsverkeer tussen lidstaten. Althans heeft het hof miskend dat staatssteun het ontstaan van concurrentie kan voorkomen en op die wijze invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten. Indien het hof dit niet heeft miskend, maar heeft geoordeeld dat het handelsverkeer tussen lidstaten door de oude overeenkomsten niet ongunstig kan worden beïnvloed, is zijn oordeel volgens het subonderdeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd met het enkele argument dat gesteld noch gebleken is dat er in 1979 en 1988 sprake was van op enige schaal van belang internationaal opererende parkeerbedrijven. Ten eerste doet dit argument, nog steeds volgens het subonderdeel, niet eraan af dat de oude overeenkomsten het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden, nu in de oude overeenkomsten besloten liggende staatssteun juist voorkomt dat parkeerbedrijven uit andere lidstaten de Nederlandse parkeermarkt betreden. Ten tweede, zo betoogt het onderdeel, heeft het hof miskend dat P1 heeft aangevoerd dat in ieder geval al in 1985 parkeerbedrijven uit andere lidstaten in Nederland actief waren. Indien het hof mocht hebben geoordeeld dat P1 haar stellingen ter zake onvoldoende heeft onderbouwd, is dit oordeel onjuist of onbegrijpelijk, omdat, gelet op het effectiviteitsbeginsel, het achterwege blijven van een (gemotiveerde) betwisting zijdens de Gemeente en het feit dat de in te nemen stellingen betrekking hebben op een periode van tientallen jaren geleden, in dit opzicht niet meer van P1 kon worden gevergd dan zij heeft gedaan.

2.61 De klacht van het subonderdeel mist feitelijke grondslag. Het hof heeft niet beslist dat concurrentie noodzakelijk is om te kunnen oordelen dat staatssteun ongunstige invloed heeft op het handelsverkeer tussen lidstaten, maar heeft in het ontbreken van op enige schaal van belang internationaal opererende (en concurrerende) parkeerbedrijven kennelijk slechts een aanwijzing gezien voor het ontbreken van een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Voorts heeft het hof, waar het in de laatste volzin van rov. 4.88 heeft gesproken van onvoldoende aanwijzingen dat er destijds op nationaal of regionaal niveau sprake was van elkaar beconcurrerende ondernemingen die parkeergarages uitbaatten, kennelijk überhaupt niet op de voorwaarde van een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, maar op de voorwaarde van een (dreigende) vervalsing van de mededinging gedoeld.

De opvatting dat voor de vereiste ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel zou volstaan dat de markt waarop de gesteunde onderneming actief is, voor concurrentie van ondernemingen uit andere lidstaten openstaat, acht ik overigens onjuist. Wanneer de financiële steun van een lidstaat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het

intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer volgens het HvJ EG/EU worden geacht door de steun te worden beïnvloed[61]. Zelfs als zou moeten worden aangenomen dat in dit verband een versterking van de positie van de gesteunde onderneming in het tussenstaatste handelsverkeer ten opzichte van potentiële concurrenten volstaat, geldt mijns inziens dat met het enkele openstaan van de betrokken markt voor concurrentie een reële potentiële concurrentie nog niet is gegeven. Minst genomen zal van een reële potentiële concurrentie sprake moeten zijn vooraleer men kan concluderen dat het tussenstaatse handelsverkeer ongunstig is beïnvloed doordat de betrokken steunmaatregel heeft voorkomen dat parkeerbedrijven uit andere lidstaten de Nederlandse parkeermarkt hebben betreden. Dat dit laatste effect zich heeft voorgedaan valt zonder nadere motivering niet in te zien en is ook in de feitelijke instanties niet aannemelijk gemaakt (het subonderdeel verwijst hier ook niet naar vindplaatsen in de stukken van de feitelijke instanties). De stelling van het subonderdeel dat de in de oude overeenkomsten besloten liggende staatssteun juist voorkomt dat parkeerbedrijven uit andere lidstaten de Nederlandse parkeermarkt betreden, gaat in elk geval niet op. Weliswaar konden de aan Q-Park verhuurde parkeergarages niet voor een tweede keer worden verhuurd, ook niet aan een parkeerbedrijf uit een andere lidstaat (als al een zodanig bedrijf daarin was geïnteresseerd), maar die onmogelijkheid vloeit reeds voort uit het enkele feit dat de parkeergarages nu eenmaal aan Q-Park waren verhuurd en niet uit de voorwaarden waaronder dat was gebeurd en uit de in die voorwaarden mogelijk besloten liggende staatssteun. Dat er al in 1985 concrete belangstelling voor de litigieuze parkeergarages was van parkeerbedrijven uit andere lidstaten (of dat de volgens het subonderdeel reeds in 1985 in Nederland actieve parkeerbedrijven uit andere lidstaten "op enige schaal van belang internationaal opererende parkeerbedrijven" in de zin van rov. 4.88, derde volzin, waren), heeft het hof kennelijk niet in de stellingen van P1 gelezen.
Voor zover het subonderdeel een mogelijk tekortschieten van P1 in haar stelplicht tracht te pardonneren met een beroep op het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel, faalt het op de al eerder (onder 2.38) aangevoerde gronden, die hier mutatis mutandis van toepassing zijn. Het valt niet in te zien waarom de stelplicht van P1, op grond waarvan zij is gehouden gemotiveerd aan te voeren dat en waarom de tussenstaatse handel door de beweerde staatssteun ongunstig zou zijn beïnvloed, het verwerkelijken van aan het Unierecht ontleende aanspraken onmogelijk of uiterst moeilijk zou maken.

2.62 Subonderdeel 5.10 betoogt dat het welslagen van een van de voorgaande klachten met zich brengt dat ook de rov. 4.90-4.92, 4.99 sub 2 en 4.100 en volgende niet in stand blijven.

2.63 Waar geen van de bedoelde klachten tot cassatie kan leiden, doet de door het subonderdeel bedoelde doorwerking van het welslagen daarvan zich niet voor.

2.64 Onderdeel 6 betreft in de Overeenkomst van 2003 besloten liggende staatssteun. Subonderdeel 6.1 is gericht tegen rov. 4.78 en 4.99 sub 1:

> "4.78. Algemeen bekend is dat Maastricht zeer dicht bij de Belgische grens, en vrij dicht bij de Duitse grens is gesitueerd. Voorts is Maastricht een oude stad met veel bezienswaardigheden en een gevarieerd winkelaanbod. Het ligt voor de hand dat die combinatie van ligging en aantrekkelijkheid een grote aantrekkingskracht zal uitoefenen op toeristen. Het is bovendien niet uitgesloten dat regionale bedrijven die in België of Duitsland net over de grens opereren, hun werkzaamheden zullen willen uitbreiden en dan in Limburg, meer in het bijzonder Maastricht, economische bedrijvigheid zullen willen ontplooien.
> Doch bij gebreke van enige nadere toelichting valt niet in te zien waarom grote, internationaal opererende parkeerbedrijven de voorkeur zouden geven aan Maastricht boven, bij voorbeeld, Den Haag, louter vanwege de nabijheid van Maastricht tot de landsgrenzen.
> Dit facet kan dus buiten beschouwing blijven.
>
> (...)
>
> Tussenconclusies
>
> 4.99. In het vorenoverwogene liggen de volgende tussenconclusies besloten ter zake van de vraag of er sprake is van ontoelaatbare staatssteun.

1. het aspect dat Maastricht zeer dicht bij België, en vrij dicht bij Duitsland ligt, speelt geen rol.
(...)"

Het subonderdeel klaagt dat deze overwegingen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, indien het hof heeft miskend dat voor de vraag of aan QP verleende staatssteun de interstatelijke handel beïnvloedt, de plaats van uitvoering van de betrokken opdracht relevant[62.] is. Als het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel niet naar behoren gemotiveerd, nu, naar het hof zelf heeft overwogen, net over de grens regionaal opererende bedrijven in België of Duitsland in het bijzonder bedrijvigheid in Maastricht zullen willen ontplooien, hetgeen nu juist de conclusie rechtvaardigt dat er belangstelling voor de opdracht van ondernemingen uit andere lidstaten kan zijn.

2.65 Bij de beoordeling van het subonderdeel stel ik voorop dat het hof met betrekking tot mogelijk in de Overeenkomst van 2003 besloten liggende staatssteun heeft geoordeeld, dat, "indien en zover er sprake was van staatssteun in 2003, sprake (zou) zijn van staatssteun waardoor de tussenstaatse handel kon worden beïnvloed" (rov. 4.97 en 4.99, onder 3), welk oordeel in cassatie niet door de Gemeente en/of Q-Park is bestreden. Bij die stand van zaken heeft P1 geen belang bij de klacht van het subonderdeel, die, evenals de andere klachten van onderdeel 6, blijkens het opschrift van onderdeel 6, slechts op (mogelijk) in de Overeenkomst van 2003 besloten liggende staatssteun betrekking hebben. Overigens lees ik in de bestreden overwegingen niet dat het hof de plaats waar de opdracht moet worden uitgevoerd, relevantie heeft ontzegd. Het hof heeft de aanwezigheid van Maastricht tot de landsgrenzen wel degelijk relevant geacht, maar heeft geoordeeld dat bij gebreke van nadere toelichting niet valt in te zien dat ("louter") die nabijheid tot de landsgrenzen voor internationaal opererende parkeerbedrijven beslissend zal zijn om hun activiteiten mede op Maastricht te richten. Evenals de rechtsklacht faalt ook de motiveringsklacht van het subonderdeel; weliswaar heeft het hof in rov. 4.78 overwogen dat niet is uitgesloten dat regionale bedrijven die in België of Duitsland net over de grens opereren, meer in het bijzonder in Maastricht economische bedrijvigheid zullen willen ontplooien, maar blijkens het vervolg van die rechtsoverweging heeft het hof geoordeeld dat niet zonder nadere toelichting kan worden aangenomen dat zulks ook voor grote, internationaal opererende parkeerbedrijven opgeld doet.

2.66 Subonderdeel 6.2 is gericht tegen rov. 4.92:

"4.92. Er was bij de totstandkoming van de Overeenkomst van juli 2003 dus sprake van een geheel nieuwe, zelfstandig te beoordelen situatie. Bij de weging van de verschillende componenten komt betekenis toe aan het gegeven dat er nu eenmaal bestaande, voor QP zeer gunstige huurafspraken bestonden welke haar het recht gaven de garages nog decennia te exploiteren op basis van elk jaar gunstiger condities."

Het subonderdeel klaagt dat het hof, door betekenis toe te kennen aan de nu eenmaal voor Q-Park bestaande, zeer gunstige huurafspraken, van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven, omdat het hof aldus heeft miskend dat voor de vraag of de Overeenkomst van 2003 staatssteun inhoudt, beslissend is of daarin voor Q-Park een voordeel ligt besloten dat zij niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen.

2.67 Ik kan de opvatting van het subonderdeel niet volgen. Uitkomst van de beschouwingen van het hof over de oude huurovereenkomsten was dat niet kan worden aangenomen dat daarin een niet-marktconforme bevoordeling van Q-Park was gelegen. Bij die stand van zaken valt niet in te zien waarom het oordeel dat de omstandigheid dat voor Q-Park ingevolge die oude overeenkomsten nog zeer gunstige huurafspraken golden, in de nieuwe overeenkomst moest worden verdisconteerd, onverenigbaar zou zijn met het gegeven dat voor de vraag of die nieuwe overeenkomst al dan niet staatssteun inhoudt, het onder meer (naast andere vereisten) aankomt op de vraag of daarin een niet-marktconforme bevoordeling van Q-Park is gelegen.

2.68 Subonderdeel 6.3 is gericht tegen de rov. 4.97-4.98:

"4.97. Dat argument gaat - in het kader van het thans aan de orde zijnde geschilpunt, betrekking hebbende op het verwijt dat in de Overeenkomst van 2003 staatssteun besloten ligt - niet op; gelet op de door P1 aangehaalde jurisprudentie vindt de toetsing van de onderhavige vraag plaats aan de hand van andere criteria dat die welke aan de orde zijn bij de hiervoor

in r.o. 4.62 e.v. Dat QP internationaal actief was is door de Gemeente niet betwist. Dat zo zijnde zou, indien en voor zover er sprake was van staatssteun in 2003, sprake zijn van staatssteun waardoor de tussenstaatse handel kon worden beïnvloed. Het hof verwijst naar r.o. 4.76.

4.98. QP betwist wel dat er in 2003 buitenlandse interesse was in de exploitatie van parkeerbedrijven in Nederland en zij verwijst naar een rapport van Grontmij. P1 zou zulks mitsdien aan dienen te tonen en zij haalt daartoe een in 2000 door de Commissie gegeven beoordeling van een steunmaatregel, waarin gewag wordt gemaakt van exploitatie van parkeerterreinen in Nederland door een Nederlandse dochteronderneming van een Belgische onderneming aan. QP biedt te bewijzen aan dat er geen sprake was van buitenlandse interesse doch is op deze door P1 gegeven onderbouwing van haar standpunt dat destijds wel buitenlandse interesse bestond niet ingegaan, zodat zij deze ook onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Bij die stand van zaken komt bewijslevering in dat opzicht niet aan de orde."

Het subonderdeel klaagt dat, voor zover in deze rechtsoverwegingen ligt besloten dat in de Overeenkomst van 2003 vervatte staatssteun de handel tussen lidstaten niet kan beïnvloeden indien (i) de onderneming die steun ontvangt niet internationaal actief is en/of (ii) er geen buitenlandse interesse is voor de exploitatie van parkeerbedrijven in Nederland, het hof heeft miskend dat staatssteun de handel tussen lidstaten ook kan beïnvloeden door het bemoeilijken van toetreding door ondernemingen uit andere lidstaten. Subonderdeel 6.4 voegt daaraan toe dat, als het hof van de hiervoor bedoelde opvatting is uitgegaan, de in de rov. 4.97-4.98 vervatte oordelen in zoverre niet in stand kunnen blijven.

2.69 P1 mist belang bij de klachten van beide subonderdelen, wat daarvan overigens zij, nu het hof daarin (zonder dat zulks in incidenteel beroep is bestreden) heeft aangenomen dat Q-Park internationaal actief was (hetgeen volgens het hof op zichzelf reeds volstond voor de conclusie dat de tussenstaatse handel kon worden beïnvloed) én dat sprake was van buitenlandse interesse. De beide subonderdelen kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

2.70 Subonderdeel 6.5 is gericht tegen rov. 4.99 sub 3:
Tussenconclusies

4.99. In het vorenoverwogene liggen de volgende tussenconclusies besloten ter zake van de vraag of er sprake is van ontoelaatbare staatssteun.
(...)

3. Ten tijde van het tot stand komen van de Overeenkomst van 2003 zou, indien en voor zover sprake was van staatssteun, daardoor de tussenstaatse handel kunnen worden beïnvloed; het hof komt tot deze tussenconclusie onder het voorbehoud dat QP in de hiervoor genoemde bewijsopdracht niet slaagt."

Volgens het subonderdeel is die rechtsoverweging onbegrijpelijk voor zover het hof daarin een voorbehoud heeft gemaakt "dat QP in de hiervoor genoemde bewijsopdracht niet slaagt", terwijl noch in de voorgaande overwegingen, noch in het dictum van een dienovereenkomstige bewijsopdracht sprake is.

2.71 De klacht van het subonderdeel is op zichzelf terecht voorgesteld. Temeer waar het hof in rov. 4.98, slotzin, heeft geoordeeld dat bewijslevering in dat opzicht (met betrekking tot de buitenlandse interesse in de exploitatie van parkeergarages in Nederland in verband met het vereiste van beïnvloeding van de tussenstaatse handel) niet aan de orde komt, berust de bestreden passage in rov. 4.99 onder 3 echter onmiskenbaar op een verschrijving. Bij die stand van zaken mist P1 belang bij de klacht van het subonderdeel.

2.72 Subonderdeel 6.6 is gericht tegen de rov. 4.102-4.103:

"4.102. P1 stelt dat QP dubbel is gecompenseerd voor de goodwill die in de oude overeenkomsten besloten lag, in de eerste plaats door het (te zijner tijd) door de Gemeente aan QP te betalen bedrag, and in de tweede plaats door de verdiencapaciteit die in de nieuwe overeenkomst besloten ligt.

4.103. Dit argument gaat uitsluitend op, indien het rendement op de nieuwe overeenkomst (de additionele door de Gemeente voor de goodwill op de oude overeenkomsten te betalen contante vergoeding weggedacht) substantieel hoger ligt dan een marktconform

rendement."

Het subonderdeel klaagt dat, indien het hof aldus heeft geoordeeld dat P1 haar betoog dat de Overeenkomst van 2003 staatssteun inhoudt, louter heeft onderbouwd met een beroep op de door het hof bedoelde "dubbele compensatie", dit onbegrijpelijk is in het licht van de stellingen van P1 dat die overeenkomst meerdere niet-marktconforme elementen bevat, zoals met name de herbouw/upgradingsvergoeding, de goodwill-compensatie (zowel omdat de Gemeente in 2032 een te hoog bedrag is verschuldigd als omdat de erfpachtcanon te laag is), het exploitatierendement en de overname van een belastingverplichting.

2.73 In het bestreden oordeel lees ik niet dat het hof de stellingen van P1 aldus heeft begrepen dat P1 zich slechts heeft beroepen op een voordeel voor Q-Park dat in een "dubbele" compensatie van de in de oude overeenkomsten besloten liggende goodwill bestond. Het hof heeft blijkens rov. 4.103 de beantwoording van de vraag of, afgezien van de additionele door de Gemeente te betalen vergoeding voor goodwill, in de nieuwe overeenkomst een niet-marktconform voordeel voor Q-Park ligt besloten, hiervan afhankelijk gesteld of het rendement op de nieuwe overeenkomst al dan niet substantieel hoger ligt dan een marktconform rendement. Mede gelet op (i) het uitgangspunt van het hof in rov. 4.100 dat "alle componenten" moeten worden betrokken bij de beoordeling of van staatssteun sprake is, (ii) de omstandigheid dat naar het oordeel van het hof bij de beoordeling van het rendement mede acht moet worden geslagen op een component ter vergoeding van de door Q-Park gedane investeringen (die bij het einde van de erfpacht aan de Gemeente zullen toevallen) en (iii) de uit rov. 4.106 blijkende opvatting van het hof dat deskundigen (ook) meer in het algemeen zouden moeten rapporteren over de vraag "in hoeverre de Overeenkomst van 2003 marktconform was dan wel of daarin staatssteun besloten lag", heeft het hof geenszins willen uitsluiten dat de Overeenkomst van 2003 meer en/of andere niet-marktconforme elementen bevat dan een "dubbele" (als zodanig bedoelde) compensatie voor de goodwill die in de oude overeenkomsten lag besloten.

2.74 Subonderdeel 6.7 is gericht tegen het oordeel in rov. 4.103 dat voor het staatssteunkarakter van de Overeenkomst van 2003 beslissend is of het rendement op die overeenkomst (de additionele, door de Gemeente te betalen goodwill-vergoeding weggedacht) substantieel hoger ligt dan een marktconform rendement. Als het hof heeft miskend dat voor de vraag of een bepaalde maatregel staatssteun inhoudt, beslissend is of deze maatregel voor de betrokken onderneming een voordeel inhoudt dat deze niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen, getuigt het bestreden oordeel volgens het subonderdeel van een onjuiste rechtsopvatting. In het andere geval is het bestreden oordeel niet naar behoren gemotiveerd, nu het hof niet (kenbaar) is ingegaan op het in subonderdeel 6.6 bedoelde betoog van P1 over de niet-marktconformiteit van de Overeenkomst van 2003.

2.75 Het hof heeft niet miskend dat voor de vraag of een bepaalde maatregel staatssteun inhoudt, (náást de overige vereisten waaraan moet zijn voldaan vooraleer van staatssteun in de zin van art. 107 VWEU kan worden gesproken) bepalend is of deze maatregel voor de betrokken onderneming een voordeel inhoudt dat deze niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen. Zo heeft het hof in rov. 4.100 voorop gesteld dat een "marktconforme situatie" geen staatssteun oplevert. In rov. 4.103 heeft het hof mijns inziens niet wezenlijk iets anders bedoeld, ook niet met de toevoeging dat het rendement op de overeenkomst substantieel groter moet zijn dan een marktconform rendement om als (mogelijke) staatssteun te kwalificeren. In dit verband ware te bedenken dat het hof in rov. 4.103 heeft gerespondeerd op het betoog van P1 dat sprake is van een "dubbele" compensatie van de goodwill die in de oude overeenkomsten lag besloten (zie rov. 4.102) en dat in dat licht begrijpelijk is dat het hof heeft gezocht naar een in de nieuwe overeenkomst, de additionele contante goodwill-vergoeding "weggedacht", besloten liggend, niet-marktconform voordeel in de orde van grootte van die contante vergoeding. Overigens laat het begrip "marktconform" mijns inziens een bepaalde bandbreedte toe, terwijl al eerder aan de orde kwam dat ook in het staatssteunrecht een de minimis-regel wordt erkend. Ook in dat licht is het niet onbegrijpelijk dat het hof heeft gesproken van een rendement dat substantieel hoger ligt dan een marktconform rendement.
Wat betreft de motiveringsklacht van het subonderdeel merk ik op dat het hof in rov. 4.103 niet op voorhand een beperking heeft aangebracht in de voordelen die tot het "rendement op de nieuwe overeenkomst" dienen te worden gerekend en ook in de in rov. 4.106 bedoelde vraagstelling aan

deskundigen ("in hoeverre de Overeenkomst van 2003 marktconform was dan wel daarin staatssteun besloten lag") de in aanmerking te nemen voordelen niet a priori heeft beperkt.

2.76 Subonderdeel 6.8 klaagt dat het hof met het uitgangspunt in rov. 4.103 en volgende dat de additionele door de Gemeente voor de goodwill op de oude overeenkomsten te betalen contante vergoeding mag worden weggedacht, heeft miskend dat deze vergoeding ook op zichzelf staatssteun kan inhouden. Heeft het hof zulks niet miskend, dan is zijn oordeel dat deze vergoeding geen staatssteun inhoudt in het licht van het betoog van P1 onvoldoende gemotiveerd.

2.77 In rov. 4.103 lees ik niet dat de additionele door de Gemeente te betalen contante vergoeding voor de goodwill die in de oude overeenkomsten besloten lag, naar het oordeel van het hof "mag" worden weggedacht, in die zin dat daarin in geen geval een in aanmerking te nemen voordeel kan zijn gelegen. Om de vraag naar een mogelijke "dubbele" compensatie zoals door P1 gesteld (zie rov. 4.102) te kunnen beantwoorden, heeft het hof terecht tussen de contante vergoeding en de rest van het rendement op de nieuwe overeenkomst onderscheiden en heeft het beoordeeld of de nieuwe overeenkomst, de contante vergoeding "weggedacht", (ook) voor het overige het wegvallen van de voordelen van de oude overeenkomsten (en dus "dubbel") compenseert.
Het hof heeft zich in rov. 4.103 niet nader uitgelaten over de marktconformiteit van de contante goodwillvergoeding. Zie ik het wel, dan heeft P1 de marktconformiteit van die vergoeding bestreden met het betoog dat zij moet worden bepaald op basis van de goodwill bij marktconforme huurprijzen[63.]. Dat betoog, dat als het ware een correctie op de aanspraken van Q-Park uit hoofde van de oude overeenkomsten voorstaat, heeft reeds weerlegging gevonden in het oordeel in rov. 4.99 onder 2 dat de aanspraken van Q-Park uit de oude overeenkomsten een gegeven vormen.

2.78 Subonderdeel 6.9 is gericht tegen rov. 4.107:

> "4.107. Het hof wijst nog op het volgende.
> Voor de Overeenkomst van 2003 geldt dat eerst na ommekomst van de totale duur van de overeenkomst, over enkele tientallen jaren, de Gemeente een (aanzienlijk) additioneel bedrag verschuldigd zal zijn aan QP. Dat er sprake zou zijn van staatssteun indien dat additionele door de Gemeente te betalen bedrag wordt weggedacht is onvoldoende toegelicht. Dit betekent dat er thans geen acute situatie bestaat waarin voorzien moet worden; er bestaat zelfs geruime tijd om te beoordelen of de overeenkomst inclusief die additionele betaling leidt tot de conclusie dat er sprake is van staatssteun. Mocht die vraag bevestigend worden beantwoord, dan zou dat - bijvoorbeeld - kunnen leiden tot partiële nietigheid, enkel ten aanzien van de afspraken omtrent die bijbetaling, hetgeen de overige elementen van de afspraak intact zou kunnen laten."

Het subonderdeel betoogt onder verwijzing naar de subonderdelen 6.6 en 6.7 dat onjuist of onbegrijpelijk zou zijn dat onvoldoende is toegelicht dat er sprake zou zijn van staatssteun indien het additionele door de Gemeente te betalen bedrag wordt weggedacht.

2.79 In rov. 4.107 heeft het hof, met het oog op de te treffen voorzieningen, kennelijk de vraag onder ogen gezien of aannemelijk is dat, nog vóórdat de additionele contante vergoeding voor de in de oude overeenkomsten besloten liggende goodwill tot uitkering toekomt, door de uitvoering van de Overeenkomst van 2003 aan Q-Park reeds zoveel extra (en op zichzelf genomen - afgezien van de aanspraken van Q-Park op vergoeding van goodwill - niet-marktconforme) voordelen zullen toevallen, dat deze voordelen de waarde van de volgens het hof vaststaande aanspraken op goodwill ingevolge de oude overeenkomsten zullen overstijgen. Het hof heeft, dit laatste onvoldoende toegelicht oordelend, voor een onverwijld te treffen voorziening geen aanleiding gezien, omdat bij de gegeven stand van zaken, óók als gedurende de uitvoering van de Overeenkomst van 2003 zulke voordelen aan Q-Park zouden toevallen, eerst door betaling van de additionele vergoeding de extra aan Q-Park toevallende voordelen het niveau van de aanspraken van Q-Park ter zake van de in de oude overeenkomsten besloten liggende goodwill zullen overstijgen en in zoverre tot een per saldo niet-marktconforme bevoordeling van Q-Park zullen leiden.
Anders dan het subonderdeel kennelijk veronderstelt, sluit het hof in rov. 4.107 allerminst uit dat de

Overeenkomst van 2003 Q-Park buiten de additionele contante vergoeding gelegen en op zichzelf genomen - afgezien van de aanspraken van Q-Park op vergoeding van goodwill - niet-marktconforme voordelen biedt; wat het hof onvoldoende acht toegelicht is dat reeds de uitvoering van de Overeenkomst van 2003, vóórdat betaling van de contante vergoeding aan de orde is, voordelen biedt, die niet voorshands tegen de aanspraken van Q-Park op vergoeding van goodwill kunnen worden "weggestreept".
Het bestreden oordeel is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de stellingen van P1 over de buiten de additionele vergoeding aan Q-Park toekomende extra voordelen. P1 heeft zich in dat verband op een "dubbele" compensatie voor de aanspraken van Q-Park beroepen, en niet op een reeds in die bijkomende voordelen gelegen overcompensatie, die de goodwill-aanspraken van Q-Park overstijgt.

2.80 Subonderdeel 6.10 bestrijdt het oordeel dat, indien sprake is van staatssteun, dit tot partiële nietigheid van de Overeenkomst van 2003 zou kunnen leiden. Daarmee zou het hof volgens het subonderdeel miskennen dat de vraag of sprake is van staatssteun juist moet worden beoordeeld aan de hand van de rechten en verplichtingen van de Overeenkomst, in onderlinge samenhang bezien, en voorts dat doel en strekking van art. 108 VWEU aan het aannemen van partiële in plaats van algehele nietigheid in de weg staan.

2.81 Dat aan de hand van de rechten en verplichtingen van de Overeenkomst van 2003, in onderlinge samenhang bezien, zal moeten worden beoordeeld of in deze Overeenkomst staatssteun ligt besloten, sluit mijns inziens niet uit dat, als eenmaal is vastgesteld dat van staatssteun sprake is, die staatssteun slechts een deel van de overeenkomst betreft en slechts dat deel van de overeenkomst op de voet van art. 3:41 BW door de nietigheid van art. 3:40 BW (als daarvan überhaupt al sprake kan zijn) wordt getroffen.
Anders dan het subonderdeel poneert, dwingt art. 108 VWEU niet tot algehele nietigheid en verzet het zich niet tegen partiële nietigheid. In het arrest Residex[64.] heeft het HvJ EG/EU overwogen:

"44. Na deze verduidelijking dient aangaande de nietigverklaring van de garantie te worden opgemerkt - en zulks ongeacht wie de begunstigde is - dat het recht van de Unie de nationale rechterlijke instanties niet ertoe verplicht om een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun.

45. Zoals evenwel uit punt 34 van het onderhavige arrest volgt, strekken de maatregelen die de nationale rechterlijke instanties in geval van een inbreuk op artikel 88, lid 3 , EG moeten treffen, er met name toe om de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun te herstellen, zodat de rechterlijke instanties ervoor moeten zorgen dat deze doelstelling met de maatregelen die zij ten aanzien van de geldigheid van genoemde handelingen treffen, kan worden bereikt.

46. Het staat dus aan de verwijzende rechter om na te gaan of de nietigverklaring van de garantie, in de omstandigheden die eigen zijn aan het bij hem aanhangige geding, doeltreffender kan blijken te zijn dan andere maatregelen met het oog op dit herstel.

47. Er kunnen immers gevallen zijn waarin de nietigverklaring van een contract, voor zover dit ertoe zou leiden dat over en weer de door partijen verrichte prestaties worden teruggedraaid of dat een voordeel voor de toekomst verdwijnt, meer geschikt is ter bereiking van de doelstelling van het herstel van de mededingingssituatie van vóór de steunverlening.

48. Hieruit volgt dat in het hoofdgeding de verwijzende rechter, bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen, over kan gaan tot de nietigverklaring van de door de Gemeente Rotterdam aan Residex verstrekte garantie, indien hij van oordeel is dat, gelet op de omstandigheden die aan de onderhavige zaak eigen zijn, die nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld.

49. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de laatste volzin van artikel 88, lid 3 , EG, aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om een garantie nietig te verklaren in een situatie zoals die in het hoofdgeding, waarin een onwettige steunmaatregel tot uitvoering is gebracht door middel van een door de

overheid verstrekte garantie ter dekking van een lening die door een financiële maatschappij is toegekend aan een onderneming die een dergelijke financiering niet tegen normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen. Bij de uitoefening van die bevoegdheid moeten genoemde rechterlijke instanties ervoor zorgen dat de steun wordt teruggevorderd en kunnen zij te dien einde de garantie nietig verklaren, met name wanneer bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen, deze nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld."

Nog daargelaten of uit het geciteerde arrest niet voortvloeit dat art. 108 lid 3 VWEU niet, althans niet in algemene zin, de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten en dat art. 3:40 lid 2 BW op grond van art. 3:40 lid 3 BW deswege niet, althans niet in alle gevallen, op in strijd met de standstill-verplichting van art. 108 lid 3 VWEU tot stand gebrachte rechtshandelingen van toepassing is, meen ik dat in dat arrest in elk geval ligt besloten dat, indien partiële nietigheid ertoe leidt dat uitkering van het niet-marktconforme voordeel wordt voorkomen of ongedaan wordt gemaakt, vanuit Unierechtelijk oogpunt tegen een zodanige partiële nietigheid in plaats van een algehele nietigheid geen enkel bezwaar bestaat. Veeleer het tegendeel moet worden aangenomen: het is de vraag of in een dergelijk geval, in verband met het voorhanden zijn van een "minder dwingende procedurele maatregel", Unierechtelijk een algehele in plaats van een partiële nietigheid kan worden uitgesproken. Om deze redenen kan het subonderdeel niet tot cassatie leiden.

2.82 Subonderdeel 6.11 is gericht tegen rov. 4.113. Die rechtsoverweging en de daarmee verband houdende en de daaraan voorafgaande rov. 4.109 en 4.112 luiden:

"4.109. Het hof verwijst naar (onder meer) HR 28 mei 2010, LJN BL4082. Uit die uitspraak, andere uitspraken en literatuur blijkt enerzijds dat het niet aan de nationale rechter is om declaratoire uitspraken te doen of er ten onrechte staatssteun is verleend die gemeld had moeten worden, maar anderzijds dat de nationale rechter, overeenkomstig zijn nationale recht, op vordering van betrokkenen wel (voor zover toewijsbaar) veroordelingen moet uitspreken om de effectuering van het verbod op het verlenen van staatssteun effectief te doen zijn.

(...)

4.112. Voor onderdeel i. geldt dat voor zover daaraan consequenties worden verbonden in een van de daarop volgende vorderingen, de nationale rechter op die grond kan toetsen of art. 88 lid 3 EG-verdrag inderdaad is overtreden; voor het overige dient de nationale rechter zich evenwel te onthouden van een louter declaratoire uitspraak dat de melding ten onrechte niet is geschied.

4.113. Om dezelfde reden kan de nationale rechter ook geen uitspraak doen omtrent het gevorderde in onderdeel ii sub 2, behoudens indien en voor zover hetgeen daarin aan de orde wordt gesteld tevens ten grondslag wordt gelegd aan een der andere vorderingen."

Volgens het subonderdeel is dit oordeel onjuist of onbegrijpelijk voor zover dit betrekking heeft op de in rov. 3 (onder Baii2b) bedoelde vordering van een verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van de overeenkomst jegens P1 onrechtmatig is. Deze vordering betreft volgens het subonderdeel immers een aan de nationale rechter voorbehouden veroordeling die strekt tot effectuering van het verbod op staatssteun.

2.83 Het subonderdeel kan niet tot cassatie leiden. Zonder nadere toelichting kan niet worden aangenomen dat een enkele verklaring voor recht tot effectuering van het verbod op staatssteun strekt. Overigens herinner ik eraan, dat - ook afgezien van de verdeling van de bevoegdheden van de Europese Commissie en de nationale rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht - naar nationaal recht een verklaring voor recht niet steeds kan worden gevorderd. Ik wijs op art. 3:302 BW, en op HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29, m.nt. Ph.A.N.H., waarin de Hoge Raad oordeelde:

"(...) dat een vordering, welke uitsluitend strekt om bij gewijsde het bestaan van een rechtsverhouding te doen vaststellen, slechts toelaatbaar is, indien de eiser belang er bij heeft, dat zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door den rechter wordt gegeven; dat de rechter op het aanwezig zijn van zodanig belang, als een onmisbaar vereiste voor het bestaan van het recht op rechtsbescherming door rechtserkenning zonder meer, zelfs ambtshalve

letten moet; (...)"

Deze rechtspraak heeft met de inwerkingtreding van art. 3:302 BW en art. 3:303 BW haar gelding behouden, in die zin dat zich met betrekking tot een vordering, louter strekkende tot een verklaring voor recht, een uitzonderi ng voordoet op de regel dat een voldoende belang van de eisende partij bij de vordering mag worden verondersteld[65.].

2.84 Subonderdeel 6.12 is gericht tegen rov. 4.114:

"4.114. Voor de hiervoor onder B sub b onder i geformuleerde vordering geldt het volgende. Het valt niet goed voor te stellen wat P1 zich hierbij voorstelt en dat heeft zij ook niet toegelicht. Zij zal niet willen betogen dat QP haar erfpachtbetalingen zou mogen opschorten. Voor het overige valt er geen "uitvoering" aan de zijde van de Gemeente op te schorten, want alle "uitvoeringen" van haar zijde - met uitzondering van de slotbetalingen in 2032 - zijn reeds geëffectueerd. De Gemeente heeft immers reeds voldaan aan haar verplichting om door middel van een notariële akte de garages in erfpacht uit te geven en QP exploiteert die garages thans niet krachtens enige telkens weer door de Gemeente uitgevoerde handeling, doch krachtens een eigen zakelijk recht. Overigens begrijpt het hof (memorie van antwoord van de Gemeente) dat enkele parkeerterreinen nog niet in erfpacht zijn uitgegeven, maar voor de belangrijkste, de Vrijthofgarage en OLV-garage geldt dat wel.
Mitsdien is deze vordering niet toewijsbaar.
Voor de uitbetaling welke in 2032 zal dienen plaats te vinden geldt dat daaromtrent thans niet behoeft te worden beslist; hoe daarmee gehandeld dient te worden hangt af van de beslissing op de vordering onder B sub a onderdeel ii sub 1."

Volgens het subonderdeel is dit oordeel onbegrijpelijk, nu, naar het hof ook zelf heeft overwogen, nog enkele parkeergarages in erfpacht dienen te worden uitgegeven en de verdere uitvoering van de Overeenkomst van 2003 in zoverre nog kan worden opgeschort.

2.85 Het bestreden oordeel betreft de vordering van P1 om de Gemeente te gebieden de verdere uitvoering van de Overeenkomst op te schorten tot het moment waarop de Europese Commissie heeft vastgesteld dat de uitvoering van de Overeenkomst, althans de daarin vervatte steunmaatregel(en) niet ontoelaatbaar is (zijn) in het licht van art. 107 VWEU. Het hof acht de vordering niet toewijsbaar, in het bijzonder op de grond dat niet goed valt in te zien wat P1 zich hierbij voorstelt en zij dat ook niet heeft toegelicht. Daaraan doet in de gedachtegang van het hof kennelijk niet af dat het uit de stellingen van (nota bene:) de Gemeente heeft begrepen dat in zoverre nog van verdere "uitvoering" aan de zijde van de Gemeente sprake zou kunnen zijn dat enkele (maar uitdrukkelijk niet de belangrijkste) parkeerterreinen nog niet in erfpacht zijn uitgegeven. In het bestreden oordeel ligt mijns inziens besloten dat het hof van oordeel was dat zonder nadere toelichting niet kan worden aangenomen dat de betrokken vordering mede op de uitgifte in erfpacht van die parkeergarages was gericht c.q. dat P1 een dreigende uitgifte van die parkeergarages in erfpacht mede aan die vordering ten grondslag heeft willen leggen. Kennelijk was die uitgifte in erfpacht naar het oordeel van het hof nog niet aan de orde, evenmin als de uitbetaling van de additionele contante vergoeding voor goodwill, ten aanzien waarvan het hof eveneens in rov. 4.114 heeft overwogen dat "daaromtrent thans niet behoeft te worden beslist". Ten slotte is er een verband met rov. 4.107, waarin reeds het oordeel ligt besloten dat er bij gebrek aan voldoende aanwijzingen dat, de additionele betaling weggedacht, van staatssteun sprake is, "thans geen acute situatie bestaat waarin voorzien moet worden". Die beslissing dekt mede de vordering die op opschorting van de uitvoering van de Overeenkomst van 2003 aan de zijde van de Gemeente is gericht, voor zover P1 daaraan al (mede) een dreigende uitgifte in erfpacht van de bedoelde parkeerterreinen ten grondslag heeft gelegd.

2.86 Subonderdeel 6.13 is gericht tegen rov. 4.116:

"4.116. Voor de hiervoor onder B sub c geformuleerde vordering geldt, dat de eisen welke gesteld worden aan een veroordeling tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, niet hoog zijn. De mogelijkheid van op geld waardeerbare schade is voldoende.

In het onderhavige geval is P1 echter volstrekt in gebreke gebleven om ook maar op enige wijze aan te geven welk nadeel zij als gevolg van het handelen van de Gemeente heeft geleden. Zij komt niet verder dan te verwijzen naar de "gemiste kans" om door het verwerven van "de Overeenkomst" rendement te realiseren. Als die situatie zich al zou voordoen, dan zou
dat echter uitsluitend gelden in verband met schade als gevolg van een ten onrechte niet uitgeschreven aanbesteding, maar wat de - eventueel - ten onrechte verleende staatssteun betreft valt niet in te zien wat dit van doen heeft met het al dan niet verwerven door P1 van "de Overeenkomst".
Voor zover het er P1 niet zozeer om zou gaan dat aan haar de door haar geleden schade wordt vergoed, doch dat veeleer een voordeel aan QP wordt ontnomen teneinde te bewerkstelligen dat deze in dezelfde positie komt te verkeren als haar concurrenten zoals P1, geldt dat zulks het karakter van een boete zou hebben. Ook al dient de nationale rechter bij te dragen aan een zinvolle handhaving van het verbod op staatssteun, het opleggen van boetes blijft tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie behoren."

Het subonderdeel betoogt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven, als het heeft miskend dat voor verwijzing naar de schadestaatprocedure voldoende is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Als het hof heeft geoordeeld dat de mogelijkheid van schade niet aannemelijk is, heeft het hof zijn oordeel volgens het subonderdeel niet naar behoren gemotiveerd. Volgens P1 ligt de mogelijkheid van schade volstrekt voor de hand, ook in het geval van het sluiten en uitvoeren van een wegens de daarin besloten staatssteun nietige overeenkomst. Ook als de Overeenkomst van 2003 niet zou zijn gesloten, zou P1 volgens het subonderdeel een kans hebben gehad het recht op exploitatie van de parkeergarages te verwerven. Volgens het subonderdeel behoefde P1 deze naar hun aard hypothetische scenario's niet verder uit te werken om de mogelijkheid van schade aannemelijk te maken. Wat het verlenen van staatssteun aan Q-Park betreft, geldt volgens het subonderdeel bovendien dat evident is dat de concurrentiepositie van Q-Park tegenover die van P1 op onrechtmatige wijze is versterkt, hetgeen de mogelijkheid dat P1 hierdoor schade lijdt, aannemelijk maakt.

2.87 Het hof heeft in rov. 4.116 voorop gesteld dat de eisen die gesteld worden aan een veroordeling tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, niet hoog zijn en dat de mogelijkheid van op geld waardeerbare schade voldoende is. Het hof is blijkens deze overweging niet van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure geldende eisen uitgegaan.
Overigens geldt dat het hof zijn oordeel toereikend heeft gemotiveerd, mede in het licht van rov. 4.107. Daarin heeft het hof in het bijzonder voor mogelijk gehouden dat, als de Overeenkomst van 2003 staatssteun zal blijken in te houden, effectuering van die staatssteun (en een daaruit voortvloeiende, daadwerkelijke versterking van de concurrentiepositie van Q-Park) nog zal kunnen worden voorkomen c.q. ongedaan zal kunnen worden gemaakt door partiële nietigheid van de afspraken over de eerst in 2032 te verrichten additionele betaling, derhalve zonder dat P1 een kans zal hebben (gehad) de exploitatie van de betrokken parkeergarages te verwerven. In dat licht is het niet onbegrijpelijk dat P1 naar het oordeel van het hof voor het aannemelijk maken van door haar geleden schade niet heeft mogen volstaan met een verwijzing naar een "gemiste kans", dan wel, in algemene zin, naar een versterking van de concurrentiepositie van Q-Park.

2.88 Subonderdeel 6.14 klaagt over het voorts in rov. 4.116 vervatte oordeel dat ontneming van een voordeel aan P1 het karakter van een boete zou hebben, waarvan de oplegging tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie zou behoren. Volgens het subonderdeel heeft het hof miskend dat art. 6:104 BW de mogelijkheid geeft de door P1 geleden schade te begroten op (een deel van) het bedrag van de door Q-Park genoten winst en/of dat ontneming van in de vorm van staatssteun genoten voordeel wel degelijk een taak is van de nationale rechter ter effectuering van het verbod op staatssteun.

2.89 Wat overigens zij van de mogelijkheid tot ontneming van een door Q-Park genoten voordeel, de klacht kan niet tot cassatie leiden, reeds omdat de in rov. 3 onder Bc bedoelde vordering waarop de bestreden rov. 4.116 betrekking heeft, niet strekt tot vergoeding van schade door Q-Park of tot ontneming van door

Q-Park genoten voordeel, maar tot veroordeling van de Gemeente tot (nader bij staat op te maken) schadevergoeding.

3. Bespreking van het incidentele cassatiemiddel van de Gemeente

3.1 De Gemeente heeft onder aanvoering van één middel van cassatie incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het middel omvat twee onderdelen, waarvan onderdeel I, naast een inleiding in subonderdeel 1.0, in de subonderdelen 1.1-1.9 een negental klachten omvat. Onderdeel II omvat een inleiding in de subonderdelen 2.0.1-2.0.3, alsmede een drietal klachten in de subonderdelen 2.1-2.3. Voor wat betreft onderdeel I geldt dat de Gemeente haar beroep onvoorwaardelijk heeft ingesteld. Voor wat betreft onderdeel 2 is het beroep ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de principale klachten van P1 tegen de rov. 4.84-4.89 (met betrekking tot de beweerdelijk in de oude overeenkomsten besloten liggende staatssteun) zouden slagen en in beginsel tot cassatie zouden moeten leiden.

3.2 Onderdeel I is blijkens de inleiding in subonderdeel 1.0 gericht tegen de rov. 4.15-4.17:

> "4.15. De Gemeente en QP stellen voorts dat P1 (althans een gerelateerde onderneming PMN) in 2004 - dus na het sluiten van de overeenkomst - om inlichtingen heeft gevraagd, maar het er daarna bij heeft laten zitten tot 2007.
> Onder omstandigheden zou dat gegeven, in samenhang met andere aanwijzingen, kunnen leiden tot het oordeel dat P1 haar rechten heeft verwerkt. De Gemeente en QP hebben echter nagelaten aan te geven wat op dat moment - in 2004 - nog had kunnen worden gewijzigd of worden tegengehouden, doch in 2007 niet meer kon worden gewijzigd of tegengehouden.
> Dat QP (zoals de Gemeente stelt in de memorie van antwoord sub 109) na 2004 nog aanzienlijke investeringen heeft verricht neemt het hof op voorhand voor waar aan, maar doet hier niet aan af.
>
> 4.16. Voor rechtsverwerking acht het hof dus onvoldoende aanwijzingen voorhanden en daartoe zijn door de Gemeente en QP ook onvoldoende voor bewijs vatbare feiten gesteld.
>
> 4.17. De verwijzing door QP naar de Grossmann-jurisprudentie gaat niet op, reeds omdat zich in dit geval niet de situatie voordoet dat één van de inschrijvers bij een aanbesteding, aan welke inschrijver de opdracht niet is gegund, zich over de werkwijze van de aanbestedende dienst beklaagt."

Van het onderdeel hebben de subonderdelen 1.1-1.4 betrekking op de hierna nog te bespreken Grossmann-jurisprudentie van het HvJ EG/EU en daarmee op de "aanbestedingsrechtelijke" kant van de aanspraken van P1, waaronder begrepen haar aanspraken op grond van de door haar beweerde schending van het transparantiebeginsel. Alhoewel het (gehele) onderdeel onvoorwaardelijk is voorgesteld, meen ik dat de Gemeente belang bij de onderdelen 1.1-1.4 mist, als het oordeel van het hof dat het transparantiebeginsel hier niet van toepassing is, stand houdt, dan wel ervan moet worden uitgegaan dat, zoals ik meen, P1 zich niet op een schending van het transparantiebeginsel kan beroepen.

3.3 Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, als het ervan zou zijn uitgegaan dat het nationale recht inzake rechtsverwerking slechts in overeenstemming met het Unierecht, althans de Grossmann-jurisprudentie, dient te worden uitgelegd in het in rov. 4.17 bedoelde geval dat "één van de inschrijvers bij een aanbesteding, aan welke inschrijver de opdracht niet is gegund, zich over de werkwijze van de aanbestedende dienst beklaagt". Volgens het subonderdeel strekt het Unierecht dat het hof heeft aangeduid als de Grossmann-jurisprudentie zich uit tot een ieder die belang heeft bij gunning althans verlening van een bepaalde opdracht en die door een beweerde schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten is of dreigt te worden geschaad. Voor zover het gaat om opdrachten waarop (thans) Richtlijn 2004/18/EG van toepassing is, dient de Nederlandse rechter volgens het subonderdeel bedoeld Unierecht in aanmerking te nemen door richtlijnconforme interpretatie van het Nederlandse recht inzake rechtsverwerking, waarbij ook en vooral de zogenaamde rechtsbeschermingsrichtlijnen[66.] zouden moeten worden betrokken. Voor zover het gaat om overheidsopdrachten waarop (thans) Richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing is maar waarvoor wél het transparantiebeginsel geldt, moet de Nederlandse rechter volgens het subonderdeel het bedoelde leerstuk van het Unierecht in aanmerking nemen door het nationale recht inzake rechtsbescherming uit

te leggen in overeenstemming met de algemene beginselen van Unierecht, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel. Het subonderdeel betoogt dat zowel de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de rechtsbeschermingsrichtlijnen als het (fundamentele) rechtszekerheidsbeginsel alsook de eis van daadwerkelijke toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen respectievelijk de transparantieverplichting verlangen dat een ieder die bij overheidsopdrachten betrokken is en tot wie de Grossmann-rechtspraak zich uitstrekt, steeds voldoende voortvarendheid betracht en voorkomt dat zonder objectieve reden vertraging optreedt, ongeacht of eventuele bezwaren of vervolgstappen strekken tot het voorkomen of ongedaan maken van de beslissing tot gunning of verlening van de opdracht dan wel tot schadevergoeding. Het subonderdeel betoogt voorts dat het in overeenstemming met de doelen van de rechtsbeschermingsrichtlijnen en het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel is dat sancties bestaan die meebrengen dat onwettige besluiten van aanbestedende diensten, zodra de belanghebbenden daarvan kennis krijgen, zo snel mogelijk worden aangevochten en hersteld, en dat met een "conforme" uitleg van het nationale recht inzake rechtsbescherming daarom ook de nuttige werking, de volledige verwerkelijking van de doelen en de effectiviteit van de rechtsbeschermingsrichtlijnen en het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel in het geding zijn.

3.4 Met de in rov. 4.167 genoemde "Grossmann-jurisprudentie" heeft het hof gedoeld op de rechtspraak van het HvJ EG/EU, die met Grossmann-arrest[67.] werd ingeleid. Daarin overwoog het HvJ EG/EU onder meer:

"34. De verwijzende rechter wenst bijgevolg in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3 , van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat een persoon die niet alleen niet heeft deelgenomen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, maar bovendien geen beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang meer te hebben bij de gunning van die opdracht en dus geen toegang meer heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn.

35. Deze vraag moet worden onderzocht aan de hand van de doelstelling van richtlijn 89/665.

36. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat richtlijn 89/665, blijkens de eerste en de tweede overweging van de considerans ervan, bedoeld is ter versterking van de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de doeltreffende toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten moeten waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Daartoe verplicht artikel 1, lid 1 , van deze richtlijn de lidstaten te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen onwettige besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld (zie met name arresten van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 33 en 34; 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C- 70/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 74, en 19 juni 2003, Fritsch, Chiari & Partner e.a., C-410/01, Jurispr. blz. I-6413, punt 30).

37. Vastgesteld moet worden dat wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd acht omdat zij hem beletten op zinvolle wijze deel te nemen aan de betrokken aanbestedingsprocedure, en de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665.

38. Een dergelijke handelwijze belemmert immers de daadwerkelijke toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat zij de instelling van beroepsprocedures, waarvoor de lidstaten ingevolge richtlijn 89/665 moeten zorgen, zonder objectieve reden kan vertragen.

39. In deze omstandigheden doet het niet af aan de nuttige werking van genoemde richtlijn, wanneer een persoon die noch heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, noch

beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht en bijgevolg geen toegang heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665."

In de geciteerde punten staat de nuttige werking van Richtlijn 89/665/EEG centraal. Die richtlijn verzet zich niet ertegen dat "een persoon die noch heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, noch beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht en bijgevolg geen toegang heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665". In latere rechtspraak heeft het HvJ EG/EU aan het Grossmann-arrest de consequentie verbonden dat de lidstaten erin kunnen voorzien dat in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen voorbereidende maatregelen en tussentijdse besluiten binnen korte termijnen dienen te worden betwist, mits de lidstaten daarbij (onder meer) het rechtszekerheidsbeginsel in acht nemen:

"38. Zoals in punt 29 van het onderhavige arrest in herinnering wordt gebracht, verplicht artikel 1, lid 1 , van richtlijn 89/665 de lidstaten te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. Om de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling van voortvarendheid te verwezenlijken, staat het de lidstaten vrij beroepstermijnen op te leggen teneinde de marktdeelnemers te verplichten, in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen voorbereidende maatregelen en tussentijdse besluiten binnen korte termijnen te betwisten (zie in die zin arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a., reeds aangehaald, punten 75-79; arrest van 12 februari 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, Jurispr. p. I-1829, punten 30 en 36-39, en arrest van 11 oktober 2007, Lämmerzahl, C-241/06, Jurispr. p. I-8415, punten 50 en 51).

39. De door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid moet in het nationale recht worden verwezenlijkt met inachtneming van de vereisten van rechtszekerheid. Te dien einde zijn de lidstaten verplicht, een termijnregeling in te voeren die zo nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar is, dat de particulier zijn rechten en plichten kan kennen (zie in die zin arresten van 30 mei 1991, Commissie / Duitsland, C-361/88, Jurispr. p. I-2567, punt 24, en 7 november 1996, Commissie / Luxemburg, C-221/94, Jurispr. p. 5669, punt 22).

40. Bovendien staat de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid de lidstaten niet toe, af te wijken van het effectiviteitsbeginsel, volgens hetwelk de wijze van toepassing van de nationale vervaltermijnen de uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken, welk beginsel ten grondslag ligt aan de in artikel 1, lid 1 , van die richtlijn uitdrukkelijk geformuleerde doelstelling van de doeltreffendheid van het beroep."[68.]

3.5 Ik kan de klacht van het subonderdeel dat de Grossmann-leer óók van toepassing is op overheidsopdrachten c.q. concessieovereenkomsten die buiten het bereik van (thans) Richtlijn 2004/18/EG vallen, maar bij de totstandkoming waarvan in verband met een duidelijk grensoverschrijdend belang het transparantiebeginsel op grond van (thans) art. 49 en art. 56 VWEU dient te worden nageleefd, niet volgen.

In de eerste plaats staan de rechtsbeschermingsrichtlijnen in de Grossmann-rechtspraak centraal. Die richtlijnen zien slechts op opdrachten (en concessies) die onder de werkingssfeer van de Richtlijn 2004/18/EG (en voordien, tot de intrekking van die richtlijnen bij Richtlijn 2004/18/EG, van één van de afzonderlijke aanbestedingsrichtlijnen voor diensten, leveringen en werken[69.]) vallen (vielen). Waar van een dergelijke opdracht of concessie geen sprake is, spelen de rechtsbeschermingsrichtlijnen evenmin als Richtlijn 2000/18/EG en de daaraan voorafgaande aanbestedingsrichtlijnen een rol.

In de tweede plaats acht ik het gewaagd te veronderstellen dat, ook al ware dat laatste anders, bij een niet volledige of niet correcte implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, de nationale rechter gehouden zou zijn om, zoals het subonderdeel betoogt, bij wege van richtlijnconforme interpretatie en in afwijking van het overigens geldende nationale recht met betrekking tot rechtsverwerking beperkingen aan te brengen op de termijn waarbinnen een door een schending van de aanbestedingsregels

gelaedeerde partij haar aanspraken ter zake dient geldend te maken. Uit het hiervóór (onder 3.4) geciteerde arrest van 28 januari 2010 lijkt veeleer voort te vloeien dat daartoe een expliciete termijnregeling is vereist die zo nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar is dat de particulier zijn rechten en plichten kan kennen. Voor zover aan de Grossmann-rechtspraak al ten grondslag ligt dat het rechtszekerheidsbeginsel in het belang van de aanbestedende dienst en andere belanghebbenden bij de aanbesteding verlangt dat met het oog op een spoedige beslissing daarvan aanbestedingsgeschillen met voortvarendheid door de betrokken belanghebbende moeten worden aangebracht, prevaleert bij het ontbreken van een duidelijke nationale regeling ter zake kennelijk een ander aspect van het rechtszekerheidsbeginsel, en wel het aspect dat de gelaedeerde belanghebbende tegen de gelding van een onvoorzienbaar korte termijn om te ageren beschermt. In dit verband ware te bedenken dat het rechtszekerheidsbeginsel ook meer in het algemeen een rol speelt bij de begrenzing van de mogelijkheden van richtlijnconforme interpretatie[70.].
In de derde plaats zie ik, mede gelet op de balans die het HvJ EG/EU kennelijk heeft aangebracht tussen de verschillende belangen tot bescherming waarvan het rechtszekerheidsbeginsel strekt (het belang van de aanbestedende dienst en de andere belanghebbenden bij duidelijkheid over de uitkomst van de aanbestedingsprocedure respectievelijk het belang van de gelaedeerde bij duidelijkheid over de termijn waarbinnen hij op straffe van verval van zijn aanspraken dient te ageren), in een situatie die niet door de rechtsbeschermingsrichtijnen en de aanbestedingsrichtlijn(en) maar (hooguit) slechts door art. 49 en art. 56 VWEU wordt bestreken, geen ruimte om, louter op basis van het rechtszekerheidsbeginsel, de nationale rechter ertoe gehouden te achten in afwijking van het nationale recht met betrekking tot rechtsverwerking de termijn waarbinnen een door schending van die verdragsbepalingen gedupeerde partij dient te ageren, te beperken.
Het hof heeft in zoverre niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven.

3.6 Subonderdeel 1.2 betoogt dat voorts (dan wel althans) het bestreden oordeel onbegrijpelijk en/of onvoldoende is gemotiveerd, voor zover daarin ligt besloten dat zich in de zaak Grossmann wél voordeed dat één van de inschrijvers bij een aanbesteding, aan welke inschrijver de opdracht niet was gegund, zich over de werkwijze van de aanbestedende dienst beklaagde. Volgens het subonderdeel kan uit het arrest niet anders worden afgeleid dan dat Grossmann géén inschrijver bij de relevante aanbesteding was. Voor zover aan rov. 4.17 en in het bijzonder aan de woorden "reeds omdat" ten grondslag zou liggen dat de Grossmann-jurisprudentie ook niet van toepassing is, althans niet van invloed is op de toepassing van het Nederlandse nationale ongeschreven recht inzake rechtsverwerking, in die gevallen waarin het wél gaat om een inschrijver bij een aanbesteding aan wie de opdracht niet is gegund, geeft het bestreden oordeel volgens het subonderdeel van een onjuiste rechtsopvatting blijk op de door subonderdeel 1.1 aangevoerde gronden.

3.7 De eerste klacht van het subonderdeel is in zoverre gegrond, dat ook Grossmann in de zaak die ten grondslag lag aan het prejudiciële arrest van het HvJ EG/EU niet een inschrijver was aan wie de opdracht niet was gegund. Grossmann had van inschrijving afgezien, omdat zij meende dat de specificaties van de oproep tot inschrijving haar beletten op zinvolle wijze aan de betrokken aanbestedingsprocedure deel te nemen. De klacht kan echter niet tot cassatie leiden, omdat het hier überhaupt ontbreekt aan een aanbesteding in de zin van de rechtsbeschermingsrichtlijnen en Richtlijn 2004/18/EG c.q. de daaraan voorafgaande, afzonderlijke aanbestedingsrichtlijnen. Ook als het hof zou hebben bedoeld zijn oordeel mede daarop te baseren dat in het Grossmann-arrest (slechts) de positie van een inschrijver aan de orde was, zou een eventuele misvatting van de feiten die aan het Grossmann-arrest ten grondslag lagen, om de hiervóór (onder 3.5) reeds besproken redenen niet ertoe hebben geleid dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting zou hebben blijk gegeven door het Grossmann-arrest in de onderhavige zaak niet van toepassing te achten.

3.8 Subonderdeel 1.3 klaagt dat het oordeel in rov. 4.17 (waarin sprake is van "(d)e verwijzing door QP naar de Grossmann-jurisprudentie") onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd, daar niet alleen Q-Park, maar ook (en vooral) de Gemeente zich op de Grossmann-rechtspraak heeft beroepen.

3.9 Waar voor het welslagen van het beroep op de Grossmann-rechtspraak niet van belang is of de Gemeente dan wel Q-Park als gevoegde partij aan de zijde van de Gemeente zich op die rechtspraak heeft beroepen (en het bestreden arrest geen enkel aanknopingspunt biedt voor de gedachte dat het

hof dit anders zou hebben gezien), kan het subonderdeel niet tot cassatie leiden.

3.10 Subonderdeel 1.4 klaagt dat het oordeel in de rov. 4.15-4.17 in elk geval onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is, omdat onvoldoende blijkt of en zo ja, op welke wijze het hof, ondanks zijn overweging in rov. 4.17, het Nederlandse, nationale (ongeschreven) recht ter zake van rechtsverwerking in overeenstemming met (de doelstellingen van) de Rechtsbeschermingsrichtlijn (het subonderdeel doelt hier kennelijk op Richtlijn 89/665/EEG in haar ten tijde van de litigieuze feiten geldende versie) respectievelijk het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel heeft uitgelegd, ingevuld en toegepast.

3.11 De klacht kan niet tot cassatie leiden. Het oordeel dat het beroep op de Grossmann-jurisprudentie niet opgaat, impliceert dat het hof tot een door die jurisprudentie geïnspireerde uitleg, invulling en toepassing van het nationale recht ter zake van rechtsverwerking in overeenstemming met (de doelstellingen van) de rechtsbeschermingsrichtlijnen c.q. het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel geen aanleiding heeft gezien. Het hof behoefde bij die stand van zaken niet nader te verantwoorden of en in hoeverre het niettemin een zodanige uitleg, invulling en toepassing aan het relevante nationale recht heeft gegeven. Overigens kan het door het hof gegeven (rechts)oordeel over de juiste uitleg, invulling en toepassing van het relevante nationale recht niet met succes met een motiveringsklacht worden bestreden.

3.12 Subonderdeel 1.5 klaagt over rov. 4.15, voor zover daarin het oordeel ligt besloten dat voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking steeds, althans in een geval als het onderhavige, is vereist dat door het tijdsverloop een situatie is ontstaan die niet meer te wijzigen is. Volgens het subonderdeel geeft dat oordeel van een onjuiste rechtsopvatting blijk. Volgens het subonderdeel komt het voor rechtsverwerking erop aan dat de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht, waartoe is vereist dat hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard ingeval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. Het subonderdeel betoogt dat van dit een en ander mede sprake kan zijn in de door het hof in rov. 4.15 bedoelde situatie.

3.13 In rov. 4.15 lees ik niet dat het hof als vaste en onveranderlijke voorwaarde voor rechtsverwerking heeft gehanteerd dat door het aan de schuldeiser te wijten tijdsverloop een (kort gezegd) onomkeerbare situatie is ontstaan. Kennelijk heeft het hof slechts het oog gehad op een mogelijke benadeling of verzwaring van de positie van de Gemeente en Q-Park als gevolg van het feit dat P1, na reeds in 2004 inlichtingen te hebben gevraagd, eerst in 2007 rechtsmaatregelen heeft ingeleid. Kennelijk van oordeel dat de positie van de Gemeente en die van Q-Park tussen 2004 en 2007 niet wezenlijk is veranderd en voorts van oordeel dat de Gemeente en Q-Park onvoldoende voor bewijs vatbare feiten hebben gesteld, heeft het hof voor rechtsverwerking onvoldoende aanwijzingen gezien (zie rov. 4.16: "Voor rechtsverwerking acht het hof dus onvoldoende aanwijzingen voorhanden en daartoe zijn door de Gemeente en QP ook onvoldoende voor bewijs vatbare feiten gesteld.").

3.14 Subonderdeel 1.6 klaagt over een onjuiste rechtsopvatting van het hof, indien het hof zou hebben geoordeeld dat voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking steeds nadeel aan de zijde van de schuldenaar is vereist, in die zin dat de schuldenaar, in het vertrouwen dat de schuldeiser zijn aanspraak niet meer geldend zou maken, iets heeft gedaan of nagelaten wat tot extra schade leidt in het geval dat de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend maakt. Voorts klaagt het subonderdeel dat het hof in elk geval van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door te miskennen dat de eis van (extra) nadeel niet geldt in een geval als het onderhavige, waarin, naast de belangen van P1 en de Gemeente, ook de belangen van derden (onder wie Q-Park) een rol spelen en de eisen van het rechtsverkeer meebrengen dat binnen een redelijke termijn de rechtstoestand van elk van de betrokkenen vaststaat.

3.15 Alhoewel juist is dat volgens de heersende leer nadeel in de door het subonderdeel bedoelde zin niet als vaste en onveranderlijke voorwaarde voor een beroep op rechtsverwerking kan worden aanvaard, vormt eventueel nadeel wel een belangrijk, mede in aanmerking te nemen gezichtspunt[71.]. Voor zover het hof al het ontbreken van nadeel aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, heeft het daaraan geen verdergaande conclusie verbonden dan dat aanwijzingen voor rechtsverwerking ontbreken. Met dat

oordeel heeft het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven.
Voor zover het subonderdeel mede beoogt te betogen dat in een situatie als de onderhavige, waarin derden mede zijn betrokken en de eisen van het rechtsverkeer duidelijkheid over de rechtsbetrekkingen tussen elk van de betrokkenen verlangen, eventueel nadeel zelfs niet als relevant gezichtspunt in aanmerking mag worden genomen, gaat het van een onjuiste rechtsopvatting uit. Weliswaar zal het gezichtspunt van nadeel minder zwaar wegen naarmate de billijkheid minder en de rechtszekerheid meer centraal staat[72.], maar dat gegeven ontneemt het gezichtspunt van al dan niet ondervonden nadeel niet bij voorbaat iedere relevantie.

3.16 Subonderdeel 1.7 klaagt over een onbegrijpelijke althans onvoldoende motivering van het oordeel dat de omstandigheid dat Q-Park na 2004 nog aanzienlijke investeringen heeft verricht, niet eraan afdoet dat de Gemeente en Q-Park hebben nagelaten aan te geven wat in 2004 nog had kunnen worden gewijzigd of tegengehouden.

3.17 Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof in de bedoelde investeringen niet een nadeel gezien dat de Gemeente en/of Q-Park als gevolg van het "stilzitten" van P1 hebben opgelopen, maar als prestaties waartoe Q-Park zich hoe dan ook (en al vóór 2004) jegens de Gemeente had verbonden. Overigens is niet goed denkbaar dat Q-Park in het geval van een (gedeeltelijke) nietigheid van de Overeenkomst van 2003 niet voor die investeringen zou worden gecompenseerd en dat de Gemeente bij het sluiten van een overeenkomst met een andere partij dan Q-Park de inmiddels gedane investeringen niet op enigerlei wijze zou kunnen verzilveren.

3.18 Subonderdeel 1.8 verwijt het hof bovendien of althans een onjuiste rechtsopvatting, aangezien in een geval als het onderhavige een (onredelijk) nadeel, althans een (onredelijke) verzwaring van de positie van (in dit geval) de Gemeente en Q-Park niet afzonderlijk, althans niet nader onderbouwd, behoeft te worden gesteld, aangezien in de gang van zaken bij het verstrekken van een overheidsopdracht als in casu ligt besloten dat het "terugdraaien" (en/of financieel compenseren) van de opdracht na een tijdsverloop van meer dan 2,5 jaar zoals hier aan de orde is, tot een onredelijke verzwaring van de positie van de Gemeente (en/of Q-Park) leidt.

3.19 Het subonderdeel kan niet tot cassatie leiden. Ook als P1 onmiddellijk na het vragen van informatie in 2004 in actie was gekomen, had de opdracht in voorkomend geval moeten worden "teruggedraaid" en had financiële compensatie moeten worden geboden. Het valt niet in te zien waarom zonder daarop gerichte en nader onderbouwde stellingen van de Gemeente en/of Q-Park zou moeten worden aangenomen dat in de gegeven situatie louter een verder tijdsverloop een onredelijk nadeel c.q. een onredelijke verzwaring van hun positie heeft doen ontstaan.

3.20 Subonderdeel 1.9 klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven, althans zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd en/of aan essentiële stellingen van de Gemeente (en Q-Park) is voorbijgegaan, voor zover het op geen enkele wijze kenbaar aandacht heeft besteed aan het herhaalde betoog van de Gemeente (en Q-Park) dat P1 op cruciale momenten heeft stilgezeten waar handelen redelijkerwijs van haar mocht worden verwacht en dat P1 aldus bij de Gemeente (en Q-Park) het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat van de zijde van P1 geen actie meer zou volgen.

3.21 De klachten van het subonderdeel missen doel. Het hof heeft in de eerste twee volzinnen van rov. 4.15, zonder daarbij van een onjuiste rechtsopvatting blijk te geven, geoordeeld dat het enkele stilzitten van P1 tot 2007 ("dat P1 (...) het er daarna bij heeft laten zitten tot 2007") niet tot rechtsverwerking leidt, maar dat dit onder bijkomende omstandigheden ("in samenhang met andere aanwijzingen") anders zou kunnen zijn. Vervolgens heeft het hof (zie in het bijzonder rov. 4.16) geoordeeld dat het voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking onvoldoende bijkomende omstandigheden voorhanden acht en dat de Gemeente en Q-Park daartoe ook onvoldoende voor bewijs vatbare feiten hebben gesteld. Kennelijk en niet onbegrijpelijk was het hof van oordeel dat de Gemeente en Q-Park, náást het stilzitten van P1, onvoldoende bijkomende omstandigheden hebben gesteld om zich met succes te kunnen beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen dat van de zijde van P1 geen verdere actie zou volgen.

3.22 Onderdeel II is blijkens de inleidende opmerkingen in subonderdeel 2.0.1 gericht tegen de rov. 4.80-4.88:

"In de oude overeenkomsten besloten liggende staatssteun

4.80. Vast staat dat in het verleden de garages aan het Vrijthof en aan het OLV-plein door de Gemeente aan QP zijn verhuurd op voor QP uiteindelijk zeer gunstige condities, de garage aan het Vrijthof in 1988 voor 40 jaar en de garage aan het OLV-plein in 1979 voor 50 jaar, ingaande in 1972. Dat de huur zoals die destijds is afgesproken bij de aanvang niet marktconform zou zijn is gesteld noch gebleken, doch destijds is geen indexering afgesproken.

4.81. Uit algemeen toegankelijke bronnen (met name CBS-gegevens) blijkt dat de inflatie in de jaren zeventig opliep van ongeveer 6 % omstreeks 1970 tot 13 % omstreeks 1974, om vervolgens even terug te vallen tot 4 % en daarna weer te stijgen tot 7 %. In de jaren tachtig daalde de inflatie sterk, vooral tegen het midden van de jaren tachtig, om vervolgens uit te komen op een getal tussen de 2 en 4 % en dat is in de jaren negentig zo gebleven.

4.82. Vanzelfsprekend was dat alles vooraf niet bekend, doch bij het afsluiten van de beide huurovereenkomsten moest wel bekend zijn dat de inflatie in het verleden bepaald niet verwaarloosbaar was geweest.

4.83. Het ging dus, nu geen indexering was overeengekomen, om voor QP zeer lucratieve contracten, hetgeen de noodzaak opwierp om, toen de Overeenkomst van 2003 werd gesloten, QP tegemoet te komen wegens het verlies van de in oude huurcontracten besloten liggende winstpotentie, omdat QP anders niet bereid was om mee te werken.

4.84. Het verschijnsel dat de daadwerkelijk verschuldigde huur en een marktconforme huur uiteen gaan lopen zal zich eerst metterjaren zijn gaan manifesteren. De vraag is dan of een beoordeling of er sprake is van staatssteun gericht dient te zijn op de jaren waarin de voordelen zich daadwerkelijk gaan manifesteren, dan wel op het tijdstip waarop de initiële afspraken waren gemaakt.
Uit het arrest Hamsa-Commissie (GvEA 11 juli 2002, Jur. 2002/11 pag. 3049) volgt dat de beoordeling of sprake is van staatssteun dient plaats te vinden aan de hand van de situatie waarin de aangevochten handelingen werden verricht, dus resp. 1979 en 1988. Daaraan doet niet af dat bedoeld arrest strikt genomen betrekking had op een kwestie die het spiegelbeeld vormde van de in dit geding aan de orde zijnde situatie: in die zaak, immers, ging het erom of het gegeven dat uiteindelijk in de praktijk van bevoordeling niet was gebleken, voldoende was om het op basis van de gemaakte afspraken tot stand gekomen oordeel dat in die afspraken staatssteun besloten lag teniet te doen, hetgeen volgens het HvJ niet het geval was.

4.85. Staatssteun kan besloten kan liggen in geldsbedragen welke door de overheid aan een particulier bedrijf worden uitbetaald, maar ook in "te lage" prijzen welke door de overheid aan een particulier bedrijf in rekening worden gebracht.

4.86. Dat de nominale huur zoals die in 1979 resp. 1988 werd afgesproken bij de aanvang niet marktconform zou zijn is gesteld noch gebleken. Bij huur van diverse soorten objecten (woningen, bedrijfsruimte) was het opnemen van indexeringsclausules destijds niet ongebruikelijk. Voorzienbaar was ook dat het achterwege laten van enige afspraak omtrent indexering op termijn ertoe zou kunnen leiden dat de actuele en een marktconforme huur uit elkaar zouden gaan lopen.
Door geen van partijen is toegelicht of het destijds ook bij verhuur van parkeergarages gebruikelijk was dat een indexeringsclausule wordt opgenomen. Als zulks wel gebruikelijk was doch zulks in casu achterwege bleef, dan ligt het voor de hand dat toen duidelijk moet zijn
geweest dat daarin een bevoordeling besloten zou kunnen liggen, zeker indien het gaat om duurovereenkomsten met een - zoals in casu - zeer lange duur, van (in het ene geval) vijftig jaren.
Of het achterwege laten van indexering op een bewuste keuze of op een vergissing berust is niet duidelijk; partijen hebben dienaangaande geen nadere gegevens verschaft.

4.87. QP heeft voorts bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep wel toegelicht dat die contracten moesten worden bezien tegen de achtergrond van het gegeven dat het ging om een "sale and lease back"-constructie. Op zichzelf valt niet in te zien waarom die enkele omstandigheid redengevend zou zijn voor het achterwege laten van een afspraak omtrent indexering, doch uit de gegeven toelichting bleek dat het (ook toen) ging om een "package deal" waarvan verschillende elementen deel uitmaakten. Nadere gegevens daaromtrent hebben partijen niet verschaft.
Bij die stand van zaken kan niet een enkel onderdeel uit die overeenkomst worden gelicht en worden geoordeeld dat daarin staatssteun zou zijn begrepen.

4.88. Dat in de perceptie van destijds - 1979 en 1988 - sprake was van afspraken die als concurrentievervalsing werden gezien is onvoldoende aannemelijk geworden.
De Gemeente heeft onweersproken gesteld dat in die tijd "parkeren" door gemeenten vooral als een kostenpost en niet als een potentiële lucratieve inkomstenbron werd gezien.
Gesteld noch gebleken is dat er destijds, in 1979 en 1988, reeds sprake was van op enige schaal van belang internationaal opererende parkeerbedrijven. Voor ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel destijds zijn dan ook onvoldoende aanwijzingen voorhanden.
Overigens zijn er zelfs onvoldoende aanwijzingen - daaromtrent is door partijen ook onvoldoende gesteld - dat er destijds op nationaal of regionaal niveau sprake was van elkaar beconcurrerende ondernemingen die parkeergarages uitbaatten."

Het subonderdeel releveert dat P1 eerst bij memorie van grieven het standpunt heeft betrokken dat in de oude huurovereenkomsten staatssteun was vervat en dat zij daartoe heeft aangevoerd dat de huurprijzen van de oude huurovereenkomsten in geen verhouding stonden tot het prijspeil in 2002, dat het verschil tussen de door Q-Park verschuldigde huur en het marktconforme niveau van die huur staatssteun vormt en dat de vergoeding voor de goodwill van de oude overeenkomsten dientengevolge veel hoger is dan marktconform. De (eveneens van inleidende aard zijnde) subonderdelen 2.0.2 en 2.0.3 herinneren vervolgens eraan dat P1 bij pleidooi in appel nieuwe stellingen ten aanzien van de bedoelde staatssteun heeft betrokken en daartoe nieuwe feiten heeft gesteld, te weten (i) (met een beroep op een eerst bij pleidooi in appel overgelegd rapport van prof. Blommaert) dat het achterwege laten van indexering van de huur in de oude huurovereenkomsten "een welhaast onwaarachtige, niet marktconforme clausule (oplevert), ook zelfs wanneer men deze contracten houdt tegen de tijd waarin ze zijn afgesloten (jaren zeventig van de vorige eeuw)"; (ii) dat de oude huurovereenkomsten de mededinging zouden hebben verstoord, welke verstoring een (potentiële) invloed zou hebben gehad op de handel tussen lidstaten en (ter onderbouwing van die stelling) "dat het Ruijters-concern (dat tot december 2001 feitelijk huurder was van beide garages) altijd actief is geweest in de vastgoedsector, die gekenmerkt wordt door een hoge mate aan grensoverschrijdende investeringen (vgl. Commissie beschikking van 15 december 2009, Zaken E/2005 en N/642/2008 Nederlandse woningcorporaties, randnr. 15)"; (iii) dat de oude huurovereenkomsten vanwege strijd met het staatssteunrecht nietig zouden zijn.
Alhoewel de voorwaarde waaronder onderdeel 2 is voorgesteld (te weten dat één of meer van de principale klachten tegen de rov. 4.84-4.89 zouden slagen en in beginsel tot cassatie zouden moeten leiden) naar mijn mening niet is vervuld, zal ik de klachten van het onderdeel niettemin (ten overvloede) bespreken.

3.23 Subonderdeel 2.1 klaagt dat het hof de in de subonderdelen 2.0.2 en 2.0.3 bedoelde stellingen van P1 en de in verband daarmee door P1 gestelde feiten niet bij zijn beoordeling in aanmerking had mogen nemen. Het hof heeft dat volgens het subonderdeel wel gedaan door in te gaan op de vraag (a) of indexeringsclausules ten tijde van de totstandkoming van de oude overeenkomsten bij de verhuur van diverse objecten dan wel bij de verhuur van parkeergarages gebruikelijk waren (rov. 4.86), (b) waarom bij de oude huurovereenkomsten een indexeringsclausule achterwege is gelaten (rov. 4.86-4.87), (c) of de oude huurovereenkomsten tot een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel hebben geleid (rov. 4.88), (d) of de oude huurovereenkomsten, indien daarin staatssteun besloten zou liggen, nietig zouden zijn (rov. 4.88). Volgens het subonderdeel heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste

rechtsopvatting over de in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende "twee-conclusie-regel", die verlangt dat een appellant in zijn memorie van grieven niet alleen al zijn bezwaren tegen de beslissingen van de lagere rechter aanvoert, maar ook de nieuwe feiten of stellingen naar voren brengt waarop hij zich in appel mede wenst te beroepen. Volgens het subonderdeel brengt deze regel met zich dat de appelrechter geen acht mag slaan op feiten of stellingen die de appellant voor het eerst bij pleidooi in appel naar voren heeft gebracht.
Het subonderdeel memoreert dat er op de regel weliswaar een uitzondering geldt voor het geval dat de wederpartij ondubbelzinnig ermee heeft ingestemd dat het nieuwe feit of de nieuwe stelling alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken, maar betoogt dat, als het hof heeft geoordeeld dat een uitzondering zoals hiervoor bedoeld zich voordoet, het bestreden oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de hiervoor bedoelde - en tot terughoudendheid nopende - maatstaf dan wel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd. In verband met de motiveringsklacht voert het subonderdeel aan (i) dat de Gemeente bij pleidooi in appel heeft verzocht het rapport van prof. Blommaert buiten beschouwing te laten, (ii) dat namens de Gemeente bezwaar is gemaakt tegen het feit dat P1 niet eerder ter sprake heeft gebracht dat er naar haar mening in de oude huurovereenkomsten relevante elementen van staatssteun verborgen zaten, althans is opgemerkt dat de proceshouding van P1 opmerkelijk is omdat zij dit punt niet eerder ter sprake heeft gebracht; (iii) dat namens Q-Park, in antwoord op een vraag van de voorzitter omtrent staatssteun in de oude huurovereenkomsten, naar het namens de Gemeente gemaakte bezwaar althans de namens de Gemeente gemaakte opmerking is verwezen en (iv) namens de Gemeente vervolgens niet inhoudelijk is ingegaan op de vraag of er in de oude overeenkomsten relevante aspecten van staatssteun besloten lagen en namens Q-Park evenmin (althans hooguit in - zeer - beperkte mate).

3.24 Voor de klachten van het subonderdeel acht ik beslissend naar welk criterium de toelaatbaarheid van eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerde nieuwe feiten dient te worden beoordeeld. Daarbij moet naar mijn mening worden onderscheiden tussen nieuwe feiten die tevens kunnen worden opgevat als een nieuwe grief, en nieuwe feiten ten aanzien waarvan dat laatste niet het geval is. Het subonderdeel gaat uit van het criterium dat de wederpartij ondubbelzinnig ermee heeft ingestemd dat het nieuwe feit of de nieuwe stelling alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken. Daarmee sluit het subonderdeel aan bij het criterium voor de tijdigheid van grieven[73.], maar niet bij het criterium dat althans in het verleden gold voor de toelaatbaarheid van eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerde nieuwe feiten die niet tevens als een nieuwe grief kunnen worden opgevat. Dat laatste criterium stelt de toelaatbaarheid van een eerst bij pleidooi in appel gedaan beroep op zulke feiten slechts afhankelijk van de vraag of zodanig beroep al dan niet met een goede procesorde in strijd is[74.].
Over de onverkorte gelding van dat laatste criterium is echter twijfel ontstaan na het arrest Willemsen c.s./NOM[75.]. Daarin overwoog de Hoge Raad:

> "4.2.3 Dit stelsel hangt samen met het feit dat het debat in hoger beroep voortbouwt op hetgeen in eerste aanleg is geschied en in zoverre ten opzichte van de eerste aanleg als voortgezette instantie heeft te gelden. In het belang van de concentratie van het debat en van een spoedige afdoening van het geschil, mag in dit licht van appellant in beginsel worden verlangd dat hij in zijn conclusie van eis (memorie van grieven) aanstonds niet alleen al zijn bezwaren tegen de beslissingen van de lagere rechter aanvoert, maar ook de nieuwe feiten of stellingen naar voren brengt waarop hij zich in appel mede wenst te beroepen."

De Hoge Raad verbond aan de hier geciteerde overweging de gevolgtrekking dat de twee-conclusie-regel ook de aan de oorspronkelijke eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van eis in hoger beroep (welke bevoegdheid voordien, evenals het beroep op nieuwe feiten die niet als een nieuwe grief kunnen worden opgevat, slechts aan de eisen van een goede procesorde onderworpen werd geacht[76.]) beperkt "in die zin dat hij in beginsel zijn eis slechts kan veranderen of vermeerderen niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord". Naar de letter genomen brengt de geciteerde overweging echter ook (alle) nieuwe feiten onder de twee-conclusie-regel en de daarop toegelaten uitzonderingen[77.]. Deze uitkomst wordt bestreden, in het bijzonder door Van der Wiel[78.]. Van der Wiel pleit ervoor nieuwe feiten ter nadere onderbouwing van grieven, gronden of

verweren volgens de maatstaven van een goede procesorde te blijven behandelen en meent voor die benadering ook enige steun te vinden in het arrest De Beeldbrigade/Hulskamp[79.]. Daarin overwoog de Hoge Raad:

> "3.9. De klachten van de onderdelen III en IV richten zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.11. De klachten strekken ten betoge dat het hof ten onrechte, althans op niet begrijpelijke gronden, heeft geoordeeld dat het beroep van De Beeldbrigade op stuiting van de verjaring door de brief van 1 december 2005 buiten beschouwing moet blijven (onderdeel III) en dat het hof ten onrechte, althans zonder voldoende motivering, De Beeldbrigade niet heeft toegelaten tot het ter zake door haar aangeboden (tegen)bewijs (onderdeel IV). De klachten zijn gegrond. Ruijters heeft voor het eerst in haar memorie van grieven een beroep op verjaring van de rechtsvordering van De Beeldbrigade gedaan. In reactie daarop heeft De Beeldbrigade in haar memorie van antwoord onder 52 aangevoerd dat zij Ruijters eind 2005 schriftelijk in kennis had gesteld van de schadebegroting en haar voor de laatste maal gesommeerd de schade te vergoeden. In dat licht bezien gelden haar nadere stellingen bij pleidooi als een toelaatbare precisering van deze eerdere stelling. Ook de betwisting door Ruijters bij gebrek aan wetenschap is geen reden om het door De Beeldbrigade gedane bewijsaanbod te passeren."

Van der Wiel hoopt dat achter het arrest de rechtsopvatting schuilgaat dat een nieuw feit (waarbij geen sprake is van een nieuwe weer of een nieuwe (grondslag voor de) eis) steeds een precisering inhoudt die niet onderhevig is aan de beperkingen van de in beginsel strakke regel. Anderzijds meent ook Van der Wiel dat "(s)trikt genomen valt vol te houden dat het bij pleidooi gedane beroep op de brief van 1 december 2005 niet meer is dan een meer gedetailleerde verwoording van het reeds bij memorie gedane beroep op sommatie eind 2005 en dat in zoverre geen sprake is van een nieuw feit." Alhoewel over de wenselijkheid van de door Van der Wiel verdedigde opvatting verschillend kan worden gedacht, zie ik althans in het arrest De Beeldbrigade/Ruijters geen grond het arrest Willemsen c.s./NOM anders te verstaan dan het letterlijk dient te worden opgevat, hetgeen impliceert dat nieuwe feiten in beginsel aan de twee-conclusie-regel en de daarop toegelaten uitzonderingen zijn onderworpen.

3.25 Naar mijn mening kunnen de bij pleidooi door P1 aangevoerde stellingen bezwaarlijk als (slechts) een precisering van haar stellingen in de memorie van grieven worden aangemerkt. P1 voerde immers eerst bij pleidooi de niet-marktconformiteit van het ontbreken van een indexeringsclausule aan, terwijl zij zich in de memorie van grieven tot de niet-marktconformiteit van de huren die Q-Park was verschuldigd en (deswege) de niet-marktconformiteit van de ingevolge de Overeenkomst van 2003 aan Q-Park toekomende goodwill had beperkt. Voorts voldeed P1 eerst bij pleidooi aan haar stelplicht met betrekking tot de voor ontoelaatbare staatssteun vereiste (dreigende) vervalsing van de mededinging (één van de essentialia voor meldingsplichtige staatssteun) en ongunstige beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer als gevolg van de oude overeenkomsten (eveneens één van de essentialia voor meldingsplichtige staatssteun). Nieuw was ook haar beroep bij pleidooi op de ingevolge de Overeenkomst van 2003 verschuldigde canon, zulks ter adstructie van de niet-marktconformiteit van de oude overeenkomsten, haar beroep op de marge van Q-Park onder de oude overeenkomsten en haar beroep op de ongeldigheid van de oude overeenkomsten. Waar het hof niet heeft vastgesteld en ook overigens niet uit de stukken blijkt dat de Gemeente (en Q-Park) ondubbelzinnig ermee heeft (hebben) ingestemd dat het hof mede op basis van de eerst bij pleidooi in appel door P1 aangevoerde feiten zou oordelen, acht ik voor het geval dat is voldaan aan de voorwaarde waaronder de klachten van het subonderdeel zijn voorgesteld, die klachten gegrond. Daarbij teken ik nog aan dat, anders dan de mrs. De Groot, Meesters en Van der Wiel bij schriftelijke repliek (onder 1.2) hebben verdedigd, de bedoelde stellingen, die betrekking hebben op de oude overeenkomsten die eerst bij memorie van antwoord in het geding waren gebracht, naar mijn mening niet aan de werking van "de in beginsel strakke regel" ontsnappen doordat daarmee, in de woorden van het arrest Wertenbroek q.q./Van Vlerken c.s.[80.], rov. 2.4.4, "aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip (na de memorie van grieven; LK) voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden". Nog daargelaten dat de hiervoor geciteerde passage geen betrekking heeft op nieuwe feiten maar op een nieuwe grief of een verandering of vermeerdering van eis, eerst na de memorie van grieven of memorie van antwoord, valt

niet in te zien dat en waarom P1 de bedoelde stellingen eerst aan de hand van de bij memorie van antwoord overgelegde overeenkomsten heeft kunnen ontwikkelen. Dat geldt niet alleen voor de stellingen met betrekking tot de effecten van die overeenkomsten op de mededinging en de tussenstaatse handel, de nietigheid van die overeenkomsten en hetgeen aan de ingevolge de (latere) Overeenkomst van 2003 verschuldigde canon valt te ontlenen, maar ook voor de stellingen met betrekking tot het ontbreken van een indexering; P1 heeft het ontbreken van een indexering als oorzaak van de niet-marktconformiteit van de ingevolge de oude overeenkomsten verschuldigde huren immers reeds bij memorie van grieven (onder 5.4.3.15) ter sprake gebracht.

3.26 Subonderdeel 2.3 ten slotte klaagt dat, als het hof geen acht heeft geslagen op de door P1 voor het eerst bij pleidooi in appel ingenomen stellingen en naar voren gebrachte feiten, het hof de grondslag van de vorderingen van P1 heeft aangevuld terwijl hem dat niet was toegestaan, althans buiten de rechtsstrijd tussen partijen is getreden.

3.27 Het subonderdeel mist feitelijke grondslag, nu het hof onmiskenbaar op de bedoelde stellingen en feiten acht heeft geslagen.

4. Bespreking van het incidentele cassatiemiddel van Q-Park

4.1 Q-Park heeft één middel van cassatie voorgesteld. Dat middel omvat een achttiental onderdelen, waarvan de onderdelen 1-10 op de oordelen van het hof over rechtsverwerking, en de onderdelen 11-18 op de oordelen van het hof over staatssteun betrekking hebben. De klachten met betrekking tot rechtsverwerking zijn onvoorwaardelijk voorgesteld, die met betrekking tot staatssteun onder de voorwaarde dat één of meer klachten van P1 tegen de rov. 4.84-4.89 doel zouden treffen en in beginsel tot cassatie zouden moeten leiden.

4.2 De klachten van Q-Park zijn, afgezien van de nummering, (nagenoeg) woordelijk gelijkluidend aan die van de Gemeente. Voor een bespreking van de klachten van Q-Park verwijs ik dan ook naar de bespreking van de incidentele klachten van de Gemeente, hiervóór onder 3.1-3.27. Daarbij teken ik nog aan dat ik bij de behandeling van de incidentele klachten van de Gemeente mede met de schriftelijke toelichting en de dupliek van de zijde van Q-Park, voor zover die op de corresponderende klachten van Q-Park betrekking hebben, rekening heb gehouden. Ten slotte vermeld ik hieronder voor alle duidelijkheid de randnummers van de klachten van Q-Park en die van de daarmee corresponderende klachten van de Gemeente.

Q-Park	Q-Park
1	1.0
2.	1.1
3.	1.2
4.	1.3
5.	1.4
6.	1.5
7.	1.6
8.	1.7
9.	1.8
10.	1.9
11.	2.0.1
12.	2.0.2
13.	2.0.3
14.[81.]	-
15.	2.1 (begin)
16.	2.1 (vervolg)
17.	2.2
18.	2.3

5. Prejudiciële verwijzing?

5.1 Alhoewel partijen tal van Europeesrechtelijke vragen in hun debat hebben betrokken, meen ik dat beantwoording van die vragen voor de beslechting van het onderhavige geschil niet steeds noodzakelijk is. Zo behoeven, in verband met de aanbestedingsrechtelijke aspecten, stelplicht en bewijsdrempel met betrekking tot een schending van de transparantieverplichting niet aan de orde te komen, indien (zoals ik meen) een onderneming als P1 ten aanzien waarvan niet is gebleken dat zij in enige door art. 49 of 56 VWEU beschermde grensoverschrijdende activiteit wordt geraakt, een schending van die verdragsbepalingen naar nationaal recht niet aan haar rechtsvorderingen tegen de betrokken overheid ten grondslag kan leggen. Ook in het debat over de mogelijk in de oude overeenkomsten besloten liggende staatssteun kan Unierecht niet beslissend zijn, als reeds naar nationaal (proces)recht moet worden geoordeeld dat het hof geen acht had mogen slaan op voor de beoordeling van zulke staatssteun essentiële feiten en stellingen die P1, zonder dat de Gemeente en Q-Park daarmee ondubbelzinnig hebben ingestemd, eerst bij pleidooi in hoger beroep heeft aangevoerd, dan wel dat P1 in cassatie niet is opgekomen tegen het oordeel van het hof dat met betrekking tot zulke staatssteun niet aan de voorwaarde van een (dreigende) vervalsing van de mededinging zou zijn voldaan.

5.2 Overigens meen ik dat de juiste beantwoording van de bedoelde, in het debat tussen partijen betrokken Unierechtelijke vragen (voor zover zij al beslissend zijn), niet onderhevig is aan twijfel die tot het stellen van prejudiciële vragen noopt. Daarbij ware te bedenken dat de meeste van die vragen, zoals de vraag naar het (duidelijk) grensoverschrijdend belang van de Overeenkomst van 2003, de vraag naar het in de oude overeenkomsten en in de Overeenkomst van 2003 besloten liggende voordeel, alsmede de vraag of dat voordeel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloedt, goeddeels van feitelijke aard zijn en door het HvJ EG/EU aan de nationale rechter plegen te worden overgelaten.

5.3 Een thema dat naar mijn mening niet tot een prejudiciële verwijzing dwingt, maar dat zich wel voor een prejudiciële verwijzing zou lenen als de Hoge Raad zodanige verwijzing niettemin opportuun zou achten, betreft de vraag of het Unierecht zich ertegen verzet dat een mogelijk geïnteresseerde onderneming die in dezelfde lidstaat is gevestigd als de dienst die een buiten het Europese aanbestedingsregime vallende opdracht of concessieovereenkomst wil plaatsen of gunnen, in verband met het (tot het belang bij grensoverschrijdende activiteiten) beperkte beschermingsbereik van de art. 49 en 56 VWEU, naar nationaal recht een mogelijke schending van de Europeesrechtelijke transparantieverplichting niet aan haar rechtsvorderingen tegen die dienst ten grondslag kan leggen.
Zou het HvJ EG/EU, ondanks het (tot het belang bij grensoverschrijdende activiteiten) beperkte beschermingsbereik van de art. 49 en 56 VWEU, oordelen dat ook een dergelijke "nationale" onderneming een schending van de transparantieverplichting aan haar rechtsvorderingen tegen de betrokken dienst ten grondslag moet kunnen leggen, zouden vervolgens de stelplicht en de bewijsdrempel met betrekking het (duidelijk) grensoverschrijdend belang van de Overeenkomst van 2003 aan de orde komen. Uiteraard zou de Hoge Raad desgewenst ook over die thema's vragen kunnen stellen, waarbij in voorkomend geval ware te benadrukken dat de litigieuze overeenkomst diensten betreft die ook volgens het HvJ EG/EU vermoed worden niet van (een duidelijk) grensoverschrijdend belang te zijn.
Een laatste, zich mogelijk voor een prejudiciële verwijzing lenend thema dat ik, zonder zodanige verwijzing te suggereren, niettemin noem, betreft de door de Gemeente en Q-Park in hun (in zoverre onvoorwaardelijke) incidentele beroepen opgeworpen vraag of (ook) in verband met plaatsing van een opdracht c.q. gunning van een concessieovereenkomst buiten het Europese aanbestedingsregime, het Unierecht (waaronder het Europeesrechtelijke rechtszekerheidsbeginsel) verlangt dat een partij die zich niet met de gang van zaken bij de plaatsing van die opdracht c.q. de gunning van die overeenkomst kan verenigen, op straffe van verval van haar aanspraken voortvarendheid betracht bij het (langs gerechtelijke weg) geldend maken van die aanspraken, zulks naar analogie van hetgeen is beslist in het Grossmann-arrest.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principale beroep, alsmede tot verwerping van de beide incidentele

beroepen, voor zover deze onvoorwaardelijk zijn ingesteld.

Noot

Naar boven

Auteur: A.J. Metselaar[*] en W. den Ouden

Dit arrest van de Hoge Raad is met name opgenomen vanwege een belangrijke parallel met de Thuiszorgservice-zaak van het CBb (LJN BX6991, AB 2013/115). Ook de Hoge Raad gaat expliciet in op de taak van de nationale rechter in casus waarin de concurrentiepositie beweerdelijk is verstoord door staatssteun. Ook de Hoge Raad oordeelt dat een enkele verklaring voor recht dat de uitvoering van bepaalde overeenkomsten in verband met staatssteun onrechtmatig is geen passende maatregel is die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de (mogelijke) staatssteun (r.o. 4.6.2). Daarmee voldoet een nationale rechter dus niet aan de eisen die uit de Europese jurisprudentie kunnen worden afgeleid. Voor de overige interessante aspecten van dit arrest, zoals de aanbestedingsrechtelijke en bewijsaspecten verwijzen wij naar de lezenswaardige (hier niet opgenomen) conclusie van A-G Keus.

Voetnoten

Voetnoten "Conclusie"

[1.] Rov. 4.1-4.6 van het bestreden arrest.

[2.] Zie rov. 4.2, waarin het hof heeft gereleveerd dat één van de geschilpunten de identiteit van de wederpartij van de Gemeente (Q-Park dan wel Ruijters Parking B.V.) bij de oude huur- en beheerovereenkomsten betreft. Het hof heeft voor de leesbaarheid van zijn schets van de feiten steeds gesproken van Q-Park, ook daar waar die schets (mogelijk) Ruijters Parking B.V. (Ruijters Parking) betreft. Zie ook de rov. 4.18-4.26.

[3.] Zie rov. 2.3 van het vonnis van de rechtbank Maastricht van 8 oktober 2008.

[4.] Zie rov. 2.2 van het vonnis van de rechtbank Maastricht van 8 oktober 2008.

[5.] 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, PbEG 1993, L 199/54-83, nadien gewijzigd en ingetrokken door Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 2004, L 134/114-240, nadien gewijzigd.

[6.] Met de Europese regelgeving op het terrein van het mededingingsrecht heeft de rechtbank in dit verband kennelijk slechts gedoeld op het verbod van staatssteun, zoals vervat in (destijds) art. 87 EG (thans art. 107 VWEU); vgl. rov. 3.3.1. Nietigheid is wél voorzien in verband met het eveneens tot de Europese mededingingsregels behorende kartelverbod van art. 81 EG (thans art. 101 VWEU).

[7.] Zie voor de volledige titel en de vindplaats van deze richtlijn voetnoot 5.

[8.] Memorie van grieven, p. 104-106.

[9.] Als eiseressen in het incident traden Q-Park Exploitatie B.V. en Q-Park N.V. op.

[10.] Q-Park Exploitatie B.V. en Q-Park N.V.; zie voetnoot 9.

[11.] In de aanhef van het arrest wordt slechts Q-Park Exploitatie B.V. als gevoegde partij genoemd.

[12.] Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PbEG 1992, L 209/1-24, nadien gewijzigd en ingetrokken door Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 2004, L 134/114-240, nadien gewijzigd.

[13.] Het is opmerkelijk dat het hof in rov. 4.99 onder 3 spreekt van een bewijsopdracht ("dat QP in de hiervoor genoemde bewijsopdracht niet slaagt"), na in rov. 4.98 te hebben overwogen dat bewijslevering niet aan de orde komt ("(...) QP biedt te bewijzen aan dat er geen sprake was van buitenlandse interesse doch is op deze door P1 gegeven onderbouwing van haar standpunt dat destijds wel buitenlandse interesse bestond niet ingegaan, zodat zij deze ook onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Bij die stand van zaken komt bewijslevering in dat opzicht niet aan de orde.").

[14.] De in rov. 4.6 opgesomde punten zijn hiervóór onder 1.5 weergegeven.

[15.] HvJ EG 6 mei 2010 (Loutraki), C-145/08 en C-149/08, LJN: BM5346, Jurispr. 2010, p. I-4165, NJ 2010, 431, m.nt. M.R. Mok, punt 48.

[16.] HvJ EG 21 februari 2008 (Commissie/Italië), C-412/04, LJN: BG0702, Jurispr. 2008, p. I-619, punt 48.

[17.] HvJ EG 21 februari 2008 (Commissie/Italië), C-412/04, LJN: BG0702, Jurispr. 2008, p. I-619, punt 49.

[18.] Vgl. HvJ EG 19 april 1994 (Gestión Hotelera), C-331/92, LJN: BF9753, Jurispr. 1994, p. I-1329, punt 28.

[19.] Vgl. bijv. HR 11 februari 2011 (Schena/Akgi), LJN: BO9673, NJ 2012, 73, m.nt. A.L.M. Keirse, rov. 4.5: "(...) In de daartegen aangevoerde klachten wordt ten aanzien van elk van de door het hof genoemde kenmerken naar de kern genomen betoogd dat aan het desbetreffende aspect niet kan worden ontleend dat dit in de weg staat aan kwalificatie van de Overeenkomsten als huur. De klachten zien evenwel er aan voorbij dat, ook indien elk afzonderlijk aspect op zichzelf niet onverenigbaar zou behoeven te zijn met het aannemen van huur, het hof deze aspecten in onderling verband en samenhang heeft beschouwd en, zonder miskenning van de hiervoor in 4.4 bedoelde maatstaf, op grond van dit samenstel van feiten en omstandigheden heeft kunnen aannemen dat de huurbepalingen op de Overeenkomsten niet van toepassing zijn. (...)"

[20.] Zie onder meer de conclusie van repliek onder 6 en 39, alsmede de memorie van grieven onder 4.2.7.

[21.] Op het bewijs van de stellingen met betrekking tot de subsidiair gestelde concessieovereenkomst voor openbare werken heeft de memorie van grieven onder 4.2.10 betrekking. De klacht is echter niet mede op die passage gebaseerd.

[22.] Ten tijde van de totstandkoming van de Overeenkomst van 2003 was dat Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PbEG 1992, L 209/1-24, nadien gewijzigd en inmiddels ingetrokken door Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 2004, L 134/114-240, nadien gewijzigd.

[23.] In Richtlijn 2004/18/EG is de bijlage vernummerd tot bijlage IIB.

[24.] Zie onder meer HvJ EU 13 april 2010 (Wall), C-91/08, LJN: BM1484, Jurispr. 2010, p. I-2815, NJ 2010, 367, punt 33.

[25.] Volledigheidshalve teken ik aan dat de Europese Commissie op 21 december 2011 een Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten (COM/2011/0897 definitief) aan de Raad en het Europees Parlement heeft gezonden. Het voorstel voorziet in bekendmaking van concessiegunningsaankondigingen (ook met betrekking tot concessies voor diensten) boven een bepaalde financiële drempel in het Publicatieblad van de Europese Unie, alsmede in een regeling van procedurele waarborgen, selectie- en gunningscriteria en rechtsmiddelen. Als een richtlijn van de voorgestelde strekking tot stand komt, behoeft het transparantiebeginsel uiteraard niet meer uit de algemene regels van het Verdrag, meer in het bijzonder uit de art. 49 en 56 VWEU, te worden afgeleid.

[26.] Het HvJ EG/EU heeft de eis van een duidelijk grensoverschrijdend belang in elk geval geformuleerd voor opdrachten voor niet-prioritaire ("IB-")diensten; zie HvJ EG 13 november 2007 (An Post), C-507/03, LJN: BC1275, Jurispr. 2007, p. I-9777, NJ 2008, 101, punt 29: "Hieruit volgt dat de door de gemeenschapswetgever vastgestelde regeling inzake de bekendmaking van opdrachten voor het verlenen van onder bijlage I B vallende diensten niet aldus kan worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan de toepassing van de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende beginselen in het geval dat dergelijke opdrachten toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen." Voor dienstenopdrachten beneden de drempelwaarde bedoelt het HvJ EG/EU waarschijnlijk hetzelfde, waar het in HvJ EG 21 februari 2008 (Commissie/Italië), C-412/04, LJN: BG0702, Jurispr. 2008, p. I-619, punt 66, spreekt van het geval dat "vaststaat dat een dergelijke opdracht een bepaald grensoverschrijdend belang vertoont". De formulering van "een duidelijk grensoverschrijdend belang" wordt ook gebruikt voor een dienstenconcessie in HvJ EG 17 juli 2008 (ASM Brescia), C-347/06, LJN: BF9892, Jurispr. 2008, p. I-5641, punt 59, alhoewel men op grond van de volledige overweging van het HvJ EG/EU over de absolute gelding van die eis kan aarzelen: "In het bijzonder wanneer een dergelijke concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, levert de verlening ervan aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat

gevestigde ondernemingen die in deze concessie geïnteresseerd zouden kunnen zijn (zie in die zin arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 30)" (onderstreping toegevoegd; LK). Vgl. de schriftelijke toelichting van mr. Schenck, voetnoot 108. Mede op grond van de onderlinge samenhang van de punten 58 en 59 en een vergelijking met andere taalversies van het arrest neem ik echter aan dat met de woorden "In het bijzonder" niet is bedoeld dat in het geval van een dienstenconcessie ook een grensoverschrijdend belang dat niet "duidelijk" is, zou volstaan. De Franse tekst luidt: "Plus particulièrement, dans la mesure où une telle concession présente un intérêt transfrontalier certain, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci qui sont situées dans un autre État membre (...)" en de Duitse tekst: "Soweit an einer solchen Konzession ein bestimmtes grenzüberschreitendes Interesse besteht, liegt in ihrer ohne jede Transparenz erfolgenden Vergabe an ein Unternehmen, das in dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, dem der öffentliche Auftraggeber angehört, eine Ungleichbehandlung zum Nachteil der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, die an dieser Konzession interessiert sein könnten (...)." Blijkens punt 18 van de considerans van het in voetnoot 25 genoemde richtlijnvoorstel gaat ten slotte ook de Commissie met betrekking tot concessies van de gelding van de eis van een duidelijk grensoverschrijdend belang uit: "De drempels dienen het duidelijk grensoverschrijdende belang van concessies voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers weer te geven."

[27.] HvJ EG 18 november 1999 (Unitron Scandinavia), C-275/98, LJN: BF8470, Jurispr. 1999, p. I-8291, Ondernemingsrecht 2000, 39, m.nt. MRM.

[28.] Q-Park noemt in dit verband HvJ EG 5 oktober 2000 (Matra), C-337/98, LJN: BF9803, Jurispr. 2000, p. I-8377, in welk arrest het HvJ oordeelde dat het met het oog op de temporele werking van Richtlijn 93/38/EEG (één van de aanbestedingsrichtlijnen) in verband met het rechtszekerheidsbeginsel niet aankomt op de datum van gunning, maar op het moment waarop de wezenlijke kenmerken van het verloop van de procedure worden bepaald; zie in het bijzonder punt 36: "Anderzijds zij erop gewezen, dat de beslissing van een aanbestedende dienst over het type te volgen procedure en over de noodzaak van een voorafgaande oproep tot mededinging om een overheidsopdracht te gunnen, een specifieke fase van de procedure vormt, waarin de wezenlijke kenmerken van het verloop van deze procedure worden bepaald, en die in de regel alleen in het aanvangsstadium ervan is te situeren."

[29.] Zie bijv. HvJ EG 17 mei 1990 (Barber), C-262/88, LJN: AD1113, Jurispr. 1990, p. I-1889, NJ 1992, 436, punten 40-45.

[30.] HvJ EU 9 september 2010 (Engelmann), C-64/08, LJN: BN7613, Jurispr. 2010, p. I-8219, NJ 2010, 661.

[31.] HvJ EG 17 juli 2008 (ASM Brescia), C-347/06, LJN: BF9892, Jurispr. 2008, p. I-5641.

[32.] Zie voetnoot 25.

[33.] HvJ EG 13 november 2007 (An Post), C-507/03, LJN: BC1275, Jurispr. 2007, p. I-9777, NJ 2008, 101, punt 30; zie ook HvJ EG 17 juli 2008 (ASM Brescia), C-347/06, LJN: BF9892, Jurispr. 2008, p. I-5641, punt 59, en HvJ EG 21 februari 2008 (Commissie/Italië), C-412/04, LJN: BG0702, Jurispr. 2008, p. I-619, punt 66.

[34.] Op dat voordeel voor "nationale" marktpartijen wijst ook het hof in rov. 4.70: "(...) De door P1 aangehaalde jurisprudentie leidt er bij die stand van zaken niet toe dat de Gemeente een grotere mate van openheid had dienen te betrachten dan zij feitelijk heeft gedaan en/of in een soort "aanbestedingsprocedure" ook anderen, met name buitenlandse ondernemers, maar ook binnenlandse concurrenten zoals P1, in de gelegenheid had moeten stellen aanbiedingen te doen in verband met de exploitatie van de onderhavige parkeergarages."

[35.] Vgl. HvJ EG 13 oktober 2005 (Parking Brixen), C-458/03, LJN: AW2848, Jurispr. 2005, p. I-8585, NJ 2006, 226, m.nt. MRM, punten 54-55. Ook de mrs. De Groot, Meesters en Van der Wiel wijzen in hun schriftelijke repliek onder 4.3.7 ter bestrijding van de stelling dat in casu slechts van een interne situatie sprake zou zijn, op deze punten.

[36.] HvJ EG 7 december 2000 (Telaustria), C-324/98, LJN: AD4279, Jurispr. 2000, p. I-10745, NJ 2001, 387, punten 61 en 62.

[37.] HvJ EG 13 oktober 2005 (Parking Brixen), C-458/03, LJN: AW2848, Jurispr. 2005, p. I-8585, NJ 2006, 226, m.nt. MRM.

[38.] Opmerkelijk is overigens punt 49, waarin het HvJ EG/EU, na te hebben herinnerd aan zijn rechtspraak over

de aanbestedingsrichtlijnen volgens welke het beginsel van gelijke behandeling tot doel heeft alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen te bieden, ongeacht hun nationaliteit, heeft overwogen dat "(b)ijgevolg (...) het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers toepassing vindt op openbaredienstenconcessies, ook wanneer van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is." Ik kan mij niet voorstellen dat het HvJ EG/EU hiermee heeft bedoeld dat het beginsel van gelijke behandeling buiten het communautaire aanbestedingsregime exact dezelfde verplichtingen met zich brengt als daarbinnen. Binnen het communautaire aanbestedingsregime doet het al dan niet aanwezig zijn van grensoverschrijdende aspecten niet ter zake. Buiten dat regime kan het gelijkheidsbeginsel c.q. de daaruit afgeleide transparantieverplichting echter slechts bij de gratie van (een inbreuk op) de vrijverkeerbepalingen van toepassing zijn, zoals het HvJ EG/EU in punt 55 ook heeft onderkend. Overigens is juist (en wellicht is de geciteerde overweging in die zin te verstaan) dat de relevante vrijverkeerbepalingen zich niet louter verzetten tegen discriminatoire belemmeringen van de betrokken vrijheden, maar tegen alle belemmeringen waarvoor een rechtvaardiging ontbreekt. Zo doet aan strijd met de transparantieverplichting niet af dat naast (potentieel) geïnteresseerde inschrijvers in andere lidstaten ook potentieel geïnteresseerde inschrijvers in de eigen lidstaat onkundig zijn gehouden.

[39.] HvJ EG 13 november 2007 (An Post), C-507/03, LJN: BC1275, Jurispr. 2007, p. I-9777, NJ 2008, 101, punt 25.

[40.] HvJ EG 21 juli 2005 (Coname), C-231/03, LJN: AV6046, Jurispr. 2005, p. I-7287, NJ 2006, 171, m.nt. MRM.

[41.] E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, Aanbestedingsrecht (2009), p.154.

[42.] Zie de schriftelijke toelichting van de mrs. De Groot, Meesters en Van der Wiel onder 4.2.6.

[43.] HvJ EG 13 oktober 2005 (Parking Brixen), C-458/03, LJN: AW2848, Jurispr. 2005, p. I-8585, NJ 2006, 226, m.nt. MRM.

[44.] HvJ EG 13 september 2007 (Commissie/Italië), C-260/04, LJN: BB8456, NJ 2008, 40.

[45.] Zie de in voetnoot 26 genoemde rechtspraak. Zie ook de noot van A.E. Broesterhuizen bij het arrest Commissie/Italië in BR 2008/131, waarin - onder 5 - als posterieure ontwikkeling wordt gesignaleerd dat " (h)eel recent - bij arrest van 13 november 2007 - (...) het Hof van Justitie van de EG in de zaak C-507/03 (heeft) vastgesteld dat ook bij de gunning van IIB-diensten de nodige transparantie moet worden verzekerd, mits overigens een duidelijk grensoverschrijdend effect uitgaat van de gunning van de IIB-dienst (voor dergelijke diensten neemt het Hof aan dat een grensoverschrijdend effect zich voor dergelijke diensten in beginsel niet voordoet)."

[46.] HvJ EU 13 april 2010 (Wall), C-91/08, LJN: BM1484, Jurispr. 2010, p. I-2815, NJ 2010, 367, punt 34.

[47.] HvJ EG 13 november 2007 (An Post), C-507/03, LJN: BC1275, Jurispr. 2007, p. I-9777, NJ 2008, 101.

[48.] E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, Aanbestedingsrecht (2009), p.162.

[49.] HvJ EG 21 juli 2005 (Coname), C-231/03, LJN: AV6046, Jurispr. 2005, p. I-7287, NJ 2006, 171, m.nt. MRM.

[50.] Zie de vindplaatsen, genoemd in voetnoot 81 van de schriftelijke toelichting van de mrs. Bakels en Van Hemel.

[51.] In die zin reeds HvJ EG 16 december 1976 (Rewe), 33-76, LJN: BE4264, Jurispr. 1976, p. 1989, punt 5.

[52.] Vgl. schriftelijke toelichting mr. Schenck onder 7.7.2.2.

[53.] Zie voor de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging onder meer HvJ EG 13 november 2007 (An Post), C-507/03, LJN: BC1275, Jurispr. 2007, p. I-9777, NJ 2008, 101, punt 31.

[54.] HvJ EG 30 maart 2006 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti), C-451/03, LJN: AX6157, Jurispr. 2006, p. I-2941, NJ 2006, 477, m.nt. MRM, punten 54 en 55.

[55.] HvJ EU 8 december 2011 (Residex), C-275/10, LJN: BU8588, NJ 2012, 124, m.nt. M.R. Mok.

[56.] Vgl. in dit verband HvJ EG 16 mei 2002 (Frankrijk/Commissie), C-482/99, LJN: AF5767, Jurispr. 2002, p. I-4397, NJ 2003, 107, m.nt. MRM, punt 71: "In casu wordt tussen partijen niet betwist dat met betrekking tot de vraag of de staat zich als een voorzichtige investeerder in een markteconomie heeft gedragen, voor de beoordeling van de economische rationaliteit van het gedrag van de staat moet worden uitgegaan van de periode waarin de financiële steunmaatregelen zijn genomen, en dus niet van een latere situatie."

[57.] Zie de pleitnota in appel van P1 onder 63; weliswaar wordt op de aangegeven plaats nog verwezen naar de memorie van grieven onder 6.11 en naar de uiteenzettingen, "verderop in deze pleitnota", maar de

bedoelde passages hebben niet specifiek op een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel door de oude overeenkomsten betrekking.

[58.] Zie HvJ EG 21 maart 1990 (Tubemeuse), C-142/87, LJN: BF2338, Jurispr. 1990, p. I-959, punt 43.

[59.] Zie Verordening (EG) nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, considerans onder 5. Deze verordening is gebaseerd op art. 2 (De minimis) van Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, PbEG 1998, L 142/1-4. Een de minimis-regel was al eerder opgenomen in de Communautaire kaderregeling inzake overheidssteun voor het MKB, PbEG 1992, C 213/2, en in de Mededeling van de Commissie inzake de minimis-steun, PbEG 1996, C 068/9-10. Ook in die mededelingen wordt een verband gelegd tussen een geringe omvang van de steun en de beperkte gevolgen voor de tussenstaatse handel, waardoor geringe steun niet onder (thans) art. 107 VWEU zou vallen. In de eerste mededelingen wordt onder meer opgemerkt dat "niet alle steun merkbare gevolgen heeft voor het handelsverkeer en de mededinging tussen Lid-Staten", in de laatste mededeling wordt gesproken van "bepaalde steunmaatregelen waarvan duidelijk was dat zij de mededinging en het handelsverkeer tussen de Lid-Staten niet merkbaar zouden beïnvloeden".

[60.] Zie het hiervóór (onder 2.30) reeds opgenomen citaat van punt 20 van het arrest Coname.

[61.] HvJ EG 17 september 1980 (Philip Morris), 730/79, LJN: AC6973, Jurispr. 1980, p. 2671, NJ 1981, 264, punt 11.

[62.] Het subonderdeel spreekt kennelijk abusievelijk van "niet relevant"; zie ook de schriftelijke toelichting van de mr. De Groot, Meesters en Van der Wiel onder 6.4, de schriftelijke toelichting van mr. Schenck, voetnoot 353, en de schriftelijke toelichting van de mrs. Bakels en Van Hemel, voetnoot 95.

[63.] Memorie van grieven onder 5.4.3.12-5.4.3.23.

[64.] HvJ EU 8 december 2011 (Residex), C-275/10, LJN: BU8588, NJ 2012, 124, m.nt. M.R. Mok.

[65.] Vermogensrecht, Art. 302, aant.6 (A.W. Jongbloed; 15-10-2008): "In het algemeen mag worden verondersteld dat een eiser voldoende belang bij zijn vordering heeft. Vordert hij echter uitsluitend een verklaring voor recht, dan zal eiser hebben te bewijzen dat hij voldoende belang bij die vordering heeft."

[66.] Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, PbEG 1989, L 395/33-35, nadien gewijzigd, in het bijzonder door Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, PbEU 2007, L 335/31-46. Het subonderdeel spreekt (in meervoud) van rechtsbeschermingsrichtlijnen, daarbij doelend op Richtlijn 89/665/EEG en Richtlijn 2007/66/EG. Bij laatstgenoemde richtlijn is naast de eerstgenoemde richtlijn nog een tweede rechtsbeschermingsrichtlijn gewijzigd, te weten Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PbEG 1992, L 76/14-20, nadien gewijzigd.

[67.] HvJ EG 12 februari 2004 (Grossmann), C-230/02, LJN: BF6930, Jurispr. 2004, p. I-1829.

[68.] HvJ EU 28 januari 2010 (Uniplex), C-406/08, LJN: BL2781, Jurispr. 2010, p. I-817, NJ 2010, 292; vgl. HvJ EU 28 januari 2010 (Commissie/Ierland), C-456/08, LJN: BL2782, Jurispr. 2010, p. I-859, NJ 2010, 293, punten 60-62.

[69.] Zie achtereenvolgens Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PbEG 1992, L 209/1-24, nadien gewijzigd, Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PbEG 1993, L 199/1-53, nadien gewijzigd, en 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, PbEG 1993, L 199/54-83, nadien gewijzigd.

[70.] Zie onder meer HvJ EG 4 juli 2006 (Adeneler), C-212/04, LJN: AY0534, Jurispr. 2006, p. I-6057, NJ 2006, 593, m.nt. M.R. Mok, punt 110.

[71.] Zie in het bijzonder HR 7 juni 1991, LJN: ZC0271, NJ 1991, 708, rov. 3.3.5. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 429, alsmede R.P.J.L. Tjittes, Rechtsverwerking (2007), p. 37.

[72.] R.P.J.L. Tjittes, Rechtsverwerking (2007), p. 40. Volgens Tjittes speelt de rechtszekerheid vooral op het terrein van het zakenrecht, het huwelijksgoederenrecht en het procesrecht een belangrijke rol, belangrijker dan in het verbintenissenrecht.

[73.] Zie onder meer HR 11 november 1983, LJN: AG4687, NJ 1984, 298.

[74.] Zie onder meer HR 29 september 1995, LJN: ZC1821, NJ 1996, 104, rov. 3.3.2.

[75.] HR 20 juni 2008 (Willemsen c.s./NOM), LJN: BC4959, NJ 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, rov. 4.2.3-4.2.4.

[76.] HR 27 november 1987, LJN: AD0087, NJ 1988, 369, waarin onder verwijzing naar art. 134 lid 1 (oud) Rv een wijziging van eis na memorie van grieven c.q. antwoord mogelijk werd geacht. Het ligt voor de hand dat in deze benadering ook in hoger beroep de beperking gold van art. 134 lid 2 (oud) Rv, volgens welke de wederpartij zich tegen een verandering of vermeerdering van eis kan verzetten, indien hij daardoor in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd.

[77.] Vgl. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 (2009), nr. 160 ("Daartoe dient de 'in beginsel strakke regel', die over de gehele linie de bevoegdheid tot introductie van nova in appel beperkt.") en nr. 161 ("De eisen van een goede procesorde worden ingekleurd door de regel dat appellant de nieuwe feiten waarop hij zich in appel mede wenste te beroepen, in beginsel bij memorie van grieven moeten aanvoeren.", die laatste passage onder verwijzing naar het arrest van 20 juni 2008, en verderop: "Naar onze mening bestrijkt deze regel (de "in beginsel strakke regel"; LK) niet het geval dat geen nieuwe feiten worden aangevoerd, maar al eerder aangevoerde feiten worden uitgewerkt. De regel geldt wel indien de nieuwe feiten een verandering of vermeerdering van eis impliceren (...)").

[78.] B.T.M. van der Wiel, De in beginsel strakke regel, TCR 2012, p. 71-82 , in het bijzonder p. 77-78.

[79.] HR 27 april 2012 (De Beeldbrigade/Hulskamp), LJN: BV1301, NJ 2012, 293.

[80.] HR 19 juni 2009 (Wertenbroek q.q./Van Vlerken c.s.), LJN: BI8771, NJ 2010, 154, m.nt. H.J. Snijders, rov. 2.4.4.

[81.] Onderdeel 14 bevat geen klacht, maar omschrijft de voorwaarde waaronder de klachten onder 15–18 worden voorgesteld.

Voetnoten "Noot"

[*] Alke Metselaar is promovenda bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

©2013 Kluwer. Alle rechten voorbehouden.