

# 4. Deze snelwegconcessie is wel/niet/deels wezenlijk gewijzigd

MR. DRS. H. PLAS

De realisatie en exploitatie van een snelweg heeft veel voeten in de aarde. Met een geschiedenis van snelwegconcessies die bijna honderd jaar teruggaat, kennen ze in Italië wat dat betreft het klappen van de zweep.<sup>1</sup> Op deze plaats staat centraal de concessie voor de realisatie en exploitatie van een groot gedeelte van de A12. Die concessie was volgens de Europese Commissie wezenlijk gewijzigd. Zij zag zich in dat standpunt gesteund door de conclusie van de gerenommeerde advocaat-generaal Sharpston.<sup>2</sup> Het Hof komt echter tot een grotendeels tegenovergesteld oordeel.<sup>3</sup> Dat rechtvaardigt een nadere blik.

## 1. Achtergrond<sup>4</sup>

De A12 is een snelweg langs de Italiaanse westkust die ook wel bekend staat als de *Autostrada Azzurra*. Gebruikers weten dat deze snelweg niet aan één stuk doorloopt: er mist een groot tussenstuk. Daarover gaat deze inbreukprocedure, met aan de ene kant de Europese Commissie en aan de andere concessieverlener ANAS en concessiehouder SAT. Inzet is de concessie inzake de realisatie en exploitatie van de A12 tussen Livorno en Civitavecchia. Voor de discussie is van belang dat onderscheid wordt gemaakt tussen drie delen van dit stuk snelweg:

1. Livorno – Cecina (36,6 km);
2. Cecina (Rosignano) – Grosseto (110,5 km);
3. Grosseto – Civitavecchia (95,5 km).

Centrale verwijt is dat de concessie Livorno-Civitavecchia tot 31 december 2046 is verlengd, wat als wezenlijke wijziging kwalificeert

De realisatie gaat niet zonder slag of stoot. Met twee lange tussenpozen wordt al sinds 1969 aan dit miljardenproject

gewerkt,<sup>5</sup> en het einde is nog niet in zicht. Partijen hebben in de loop der jaren drie keer aanleiding gezien hun onderlinge samenwerking aan te passen. Staccato kan het tijdsverloop als volgt worden geschetst, waarbij met name de (exploitatie)duur in de overeenkomsten van belang is.

- Overeenkomst 1969: regelt de realisatie en exploitatie; bepaalt dat de concessie eindigt na het verstrijken van het dertigste jaar na aanvang van de exploitatie van de hele snelweg, maar hoe dan ook niet langer dan dertig jaar na de voltooiing van de werkzaamheden.
- 1975-1982: wettelijk verbod op nieuwbouw snelwegen; de realisatie wordt stilgelegd.
- Addendum 1987: er geldt een exploitatieduur van dertig jaar vanaf de datum waarop de volledige autosnelweg voor het verkeer is opengesteld; vervangt op dit punt de overeenkomst 1969.
- 3 juli 1993: openstelling van het gedeelte Livorno – Cecina.
- 1997-2001: wettelijk verbod op nieuwbouw snelwegen; de realisatie wordt opnieuw stilgelegd.
- Overeenkomst 1999: regelt exploitatie opengestelde deel; stelt vast dat – als weer gebouwd kan worden – partijen via een addendum afspraken zullen maken voor de aanleg en exploitatie van de twee resterende delen; bepaalt dat ‘*de concessie afloopt op 31 oktober 2028*’.

1 D. Albalade, *The Privatisation and Nationalisation of European Roads. Success and Failure in Public Private Partnerships*, Edward Elgar: Cheltenham 2014, p. 146-169.

2 Conclusie A-G Sharpston 21 maart 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*).

3 Arrest 18 september 2019, C-526/17 (*Commissie/Italië*).

4 Zie alinea's 9 – 54 arrest en alinea's 9 – 37 conclusie.

5 Partijen gingen er in 2011 van uit dat SAT € 3,4 miljard zou investeren om de snelweg in 2028 gereed te hebben. Bij een beëindiging in 2028, zou SAT circa € 1,1 miljard aan inkomsten mislopen. In 2016 gingen zij uit van een investering tot 2023 ad circa € 1,4 miljard, waarvan circa € 253 miljoen al was besteed. Een beëindiging in 2028, zou SAT circa € 505 miljoen aan inkomsten schelen (rekening houdend met toezeggingen van Italië gedaan tijdens de precontentieuze fase). Zie alinea 35 conclusie.

- Overeenkomst 2009: vervangt voorgaande overeenkomsten;<sup>6</sup> bepaalt dat ‘voor de voltooiing van de auto-snelweg Cecina (Rosignano)-Civitavecchia [de concessie verstrekt] op 31 december 2046’.
- De delen Cecina – Grosseto en Grosseto – Civitavecchia zijn tot op heden niet opgeleverd.<sup>7</sup>

De exploitatieduur uit de overeenkomst 2009 leidt tot een klacht bij de Europese Commissie. In de discussies met de Commissie biedt Italië – onder meer – aan de looptijd van de concessie terug te brengen tot achtereenvolgens 2043, 2040 en 2038. De Commissie neemt daar geen genoegen mee, en brengt de zaak voor het HvJ EU. Centrale verwijt is dat de concessie Livorno-Civitavecchia tot 31 december 2046 is verlengd, wat als wezenlijke wijziging kwalificeert en zodoende een schending vormt van art. 2 (aanbestedingsbeginselen) en 58 (aankondiging werkenconcessie) Richtlijn (EG) nr. 2004/18. De Commissie wordt daarin gevolgd door A-G Sharpston.

Bij die stand van zaken dient het Hof de zaak te beslechten aan de hand van twee vragen. Ten eerste: kan aan Richtlijn (EG) nr. 2004/18 worden getoetst? Zo ja: is sprake van een wezenlijke wijziging?

## 2. Welke Richtlijn is van toepassing?

Aanbestedingsrechtelijk is in beginsel het recht van toepassing dat geldt wanneer de aanbestedende dienst beslist of een (Europese) aanbestedingsverplichting bestaat c.q. de keuze maakt voor het type procedure.<sup>8</sup> Het peilmoment is dus niet de datum van gunning van de opdracht.<sup>9</sup> Verder wordt aangenomen dat het oude recht van toepassing blijft op een aanbesteding die doorloopt tot na het verstrijken van de implementatietermijn van een nieuwe richtlijn.<sup>10</sup> Tot slot brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst worden gerespecteerd, ook als die overeenkomst nadien (op onderdelen) onverenigbaar blijkt met het Unierecht.<sup>11</sup> Zo bezien, blijft op een lopende (aanbestede) overeenkomst in beginsel het oude recht van toepassing.

Dit kan anders worden bij wijzigingen. Vanwege wijzigingen tijdens de onderhandelingen / aanbesteding, dan wel de

uitvoering,<sup>12</sup> kan toepassing van het nieuwe recht op zijn plaats zijn.<sup>13</sup> Die benadering wordt gegrond op de veronderstelling dat een wezenlijke wijziging de feitelijke plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht inhoudt.<sup>14</sup> Dan zijn de datum en aard van wijziging dus doorslaggevend voor het bepalen van het toepasselijke recht.<sup>15</sup>

In het algemeen lijkt mij ook het volgende van belang. In de nieuwe richtlijnen zijn de wijzigingsmogelijkheden verduidelijkt en uitgebreid, zie inmiddels hoofdstuk 2.5 AanbW 2012.<sup>16</sup> Er worden echter nog vele contracten uitgevoerd die onder het oude recht zijn aanbesteed. Als wordt aangesloten bij het moment van wijziging, dan lijkt het mij gerechtvaardigd om – in ieder geval voor wijzigingen die na 18 april 2016<sup>17</sup> zijn doorgevoerd – dat nieuwe recht toe te passen, met inbegrip van de daarin vervatte wijzigingsmogelijkheden. Die mogelijkheden kleuren immers de vraag of wezenlijk wordt gewijzigd.

Het A12-arrest past naadloos in deze vaste jurisprudentie. Hoewel de samenwerking tussen ANAS en SAT teruggaat tot 1969, kan volgens het Hof aan Richtlijn (EG) nr. 2004/18 worden getoetst. In geding is namelijk de vraag of de overeenkomst 2009 een wezenlijke wijziging vormt ten opzichte van de overeenkomst 1999. Het staat verder vast de overeenkomst 2009 materieel onder de werkingssfeer van Richtlijn (EG) nr. 2004/18 valt. Als daardoor de concessie wezenlijk zou worden gewijzigd, zou dat in deze zaak leiden tot zowel toepasselijkheid als schending van de Richtlijn.<sup>18</sup> Zodoende kan het Hof tot een inhoudelijke beoordeling komen.

## 3. Wezenlijke wijziging?<sup>19</sup>

Wezenlijke wijziging-discussies kunnen in essentie worden teruggebracht tot drie vragen: wordt er gewijzigd? Zo ja: is die wijziging wezenlijk? Zo ja: wat zijn de gevolgen? In dit geval gaat het voor de Commissie al grotendeels mis op de eerste vraag.

Het Hof markeert eerst dat de overeenkomst 2009 uitgelegd dient te worden in het licht van de overeenkomst 1999 (op deze keuze kom ik hierna nog terug). Daarna stelt hij vast dat de rechtmatigheid van de overeenkomst 1999 niet in geding is. Vervolgens is de vraag hoe de overeenkomst

6 Deze overeenkomst kwalificeert volgens de Italiaanse regering als novatie, zie alinea 50 arrest. Zie over de novatie in relatie tot de wezenlijke wijziging H. Plas, ‘De (on)mogelijkheid een wezenlijk gewijzigde opdracht te beëindigen’, *TA* 2017/42.

7 Wel zijn in 2012 en 2016 nog twee stukjes van tezamen 18 kilometer opgeleverd, zie alinea’s 35-36 conclusie.

8 HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 36 en 37); HvJ EU 11 juli 2013, C-576/10 (*Doornakkers*, r.o. 52 en 58); HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti*, r.o. 31-33).

9 HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 40); HvJ EU 11 juli 2013, C-576/10 (*Doornakkers*, r.o. 53).

10 HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 38 en 39); HvJ EG 15 oktober 2009, C-138/09 (*Hochtief*, r.o. 24-30).

11 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40). Vgl. HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 71-80).

12 HvJ EG 5 oktober 2000, C-337/98 (*Rennes*, r.o. 42-44); HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*, r.o. 34); HvJ EU 11 juli 2013, C-576/10 (*Doornakkers*, r.o. 52-64); HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40).

13 Zie ook nadrukkelijk alinea 43 conclusie A-G Sharpston.

14 Zie o.a. HvJ EU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 28, 30, 34, 37 en 38).

15 Vgl. UK Supreme Court 1 juli 2015, UKSC 2015/0080 (*Edenred*, punten 6, 29 en 30) en R. Ashmore & P. Henty, ‘The Utilities Contracts Regulations 2016’, *Public Procurement Law Review*, 2016, 4, NA132 – NA137.

16 En de schakelbepalingen in art. 2a.53 en 3.80d AanbW 2012.

17 De datum waarop uiterlijk aan de implementatieverplichtingen moest zijn voldaan, zie o.a. art. 90 lid 1 Richtlijn (EU) nr. 2014/24.

18 R.o. 57 – 62 arrest. Zie ook alinea’s 38-46 conclusie.

19 R.o. 63 – 80 arrest en alinea’s 47-93 conclusie.

1999 moet worden geïnterpreteerd: ziet de bepaling dat ‘*de concessie afloopt op 31 oktober 2028*’ alleen op het in 1993 opengestelde deel, of op de gehele concessie? Alleen in het laatste geval kan de overeenkomst 2009 namelijk een wijziging inhouden ten opzichte van de overeenkomst 1999.

### Wezenlijke wijziging-discussies kunnen worden teruggebracht tot drie vragen: wordt er gewijzigd? Zo ja: is die wijziging wezenlijk? Zo ja: wat zijn de gevolgen?

Het Hof kiest echter voor de eerste interpretatie. Hij kijkt naar zowel naar de bewoordingen van de overeenkomst 1999 als naar de plaats van die overeenkomst binnen de contractuele samenwerking:

1. Die overeenkomst regelde primair de exploitatie van het opengestelde deel, én bepaalde verder dat voor de realisatie en exploitatie van de andere delen een addendum zou worden opgesteld.
2. Ten tijde van het sluiten van die overeenkomst was nog niet met de realisatie van die twee delen begonnen (en leek daar ook nog niet direct zicht op te zijn). Als voor die delen de einddatum al wel definitief op 31 oktober 2028 zou worden gesteld, zou dit gevolgen voor SAT hebben. In plaats van een exploitatieduur van 30 jaar, zou zij ‘slechts’ 29 jaar hebben voor de aanleg, ingebruikname én exploitatie. Dit terwijl op dat moment onduidelijk was wanneer ze haar werkzaamheden weer kon hervatten. Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden zegt, kan hieruit worden afgeleid dat het hij van mening is dat SAT niet (zonder meer) akkoord zou zijn gegaan met zo’n majeure aanpassing, die relatief snel zwaar in haar nadeel kon uitvallen.

Doordat volgens het Hof de overeenkomst 1999 geen regeling bevatte over de einddatum van de concessie voor de resterende twee delen, werd die einddatum door de overeenkomst 2009 dus ook niet gewijzigd. Voor het deel Livorno-Cecina ligt dat anders. Het Hof concludeert dat partijen daar wel een verlenging van circa 18 jaar zijn overeengekomen. Aangezien het verdienmodel van een concessie hoofdzakelijk gelegen is in de exploitatieduur, kwalificeert het Hof deze verlenging als wezenlijk.<sup>20</sup>

De Italiaanse regering doet nog wel tevergeefs een poging tot rechtvaardiging met de stelling dat deze verlenging nodig was om het economisch evenwicht van de concessie te waarborgen.<sup>21</sup> Dat het Hof hieraan voorbijgaat, is in het licht van *Belgacom*<sup>22</sup> en *Finn Frogne*<sup>23</sup> niet verrassend.

In die arresten oordeelde het Hof kort samengevat dat het oplossen van uitvoeringsproblemen waar partijen ‘*totaal geen vat*’ op hadden, niet mee mag brengen dat wezenlijk wordt gewijzigd. Evenmin kan volgens die arresten het rechtszekerheidsbeginsel worden aangevoerd om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht.

Daar komt bij dat het vaste rechtspraak van het HvJ EU is dat een lidstaat zich niet op praktische, financiële of administratieve moeilijkheden kan beroepen om haar Unierechtelijke verplichtingen niet na te komen.<sup>24</sup> Of, zoals A-G Sharpston het formuleerde: ‘*De Italiaanse regering mag dan misschien volstrekt geldige redenen hebben gehad om maatregelen te nemen die gevolgen hadden voor de eerder gegunde concessieovereenkomst voor openbare werken en wellicht de impact van die wetgeving op SAT hebben willen verzachten, zij kon dit dus niet doen zonder rekening te houden met het Unierecht inzake overheidsopdrachten.*’<sup>25</sup>

Over de gevolgen van deze kwalificatie laat het Hof zich niet uit. Het lijkt echter in de rede te liggen de concessie voor het gedeelte Livorno-Cecina per 31 oktober 2028 te beëindigen.

Hoewel dit punt dus in het nadeel van SAT en ANAS uitvalt, vermoed ik dat zij daar vrede mee kunnen hebben, omdat deze nederlaag dus ‘slechts’ betrekking heeft op een klein deel van de concessie. Te meer nu A-G Sharpston een voor SAT en ANAS veel nadeligere benadering koos. Zij wijst erop dat de overeenkomst 1969, het addendum 1987 en de overeenkomst 2009 geen onderscheid maken in de einddatum voor de verschillende concessiedelen. Daarom betoogt zij dat de overeenkomst 1999 dit evenmin doet, en dus dat de einddatum in die overeenkomst op het geheel zag. Los daarvan meent zij dat de overeenkomst 2009 een wijziging vormde ten opzichte van de overeenkomst 1969 en het addendum 1987.<sup>26</sup> In beide gevallen is volgens haar sprake is van een wezenlijke wijziging.<sup>27</sup> Zodoende lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat SAT en ANAS de dans dus (ternauwernood) grotendeels te hebben ontsprongen.

#### 4. Verklaarbaar, maar inhoudelijk opvallend

Deze uitkomst lijkt mij goeddeels te danken aan de verklaarbare, maar inhoudelijk opvallende keuze van het Hof alleen te kijken naar de relatie tussen de overeenkomst 1999 en de overeenkomst 2009. Verklaarbaar omdat de Commissie de rechtsstrijd tot die relatie had beperkt, zodat het Hof ook alleen daarop in kon gaan. Inhoudelijk opvallend, omdat het Hof zo maar een deel van het dossier beoordeelde. Het Hof laat immers de overeenkomst 1969 en – met name – het addendum 1987 buiten beschouwing.

20 Vgl. inzake verlengingen: Rb. Midden-Nederland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5006 («JAAN» 2018/11 m.nt. Plas).

21 Alinea 54 en r.o. 78 arrest.

22 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40).

23 HvJ EU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 32-36).

24 HvJ EU 18 oktober 2012, C-301/10 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 66).

25 Alinea 80 conclusie.

26 Alinea’s 55-64 conclusie.

27 Alinea’s 65-93 conclusie.

Ik sluit niet uit dat als de Commissie een andere strategie had gekozen, door het addendum 1987 (mede) aan de gestelde schending ten grondslag te leggen, het Hof tot een andere conclusie had kunnen komen. Dan zou namelijk wel een wijziging voor de twee resterende delen aan de orde zijn. In 1987 bedroeg de exploitatieduur immers 30 jaar, te rekenen vanaf de volledige openstelling van de snelweg. In 2009 werd als einddatum voor (kennelijk)<sup>28</sup> de hele snelweg op 31 december 2046 vastgesteld, een datum die op dat moment 37 jaar in de toekomst lag.

### Het Hof oordeelde dat het oplossen van uitvoeringsproblemen waar partijen 'totaal geen vat' op hadden, niet mee mag brengen dat wezenlijk wordt gewijzigd

Die andere strategie had potentieel tot een interessante, maar complexe analyse kunnen leiden. Zou bijvoorbeeld een andere marktpartij (bijvoorbeeld de klager bij de Commissie) in staat en bereid zijn de realisatie en exploitatie op zich te nemen?<sup>29</sup> Zou geoordeeld kunnen worden dat die wijziging in het voordeel van SAT uitwerkt, mede gelet op de omstandigheid dat een aanzienlijk deel van de snelweg nog gerealiseerd moest worden, waardoor de exploitatieduur (en daarmee de *business case* van SAT) niet geheel vast stond? Het antwoord op die vragen blijft onbeantwoord.<sup>30</sup>

## 5. Slotopmerkingen

De wezenlijke wijziging kent vele facetten. In het algemeen is het in dat verband een goed uitgangspunt te veronderstellen dat uitgegaan moet worden van het recht op het moment van wijzigen, en dat de beoordeling moet worden gedaan op basis van alle relevante feiten.

Vanwege de specifieke juridische context, loopt het in de A12-zaak net iets anders: de wezenlijke wijziging-discussie wordt hier op basis van een analyse van een deel van het dossier beslecht. Desalniettemin geeft dit atypische arrest de praktijk wel twee aandachtspunten mee.

### Ik sluit niet uit dat als de Commissie een andere strategie had gekozen, het Hof tot een andere conclusie had kunnen komen

Ten eerste de bevestiging dat de verlenging van een concessie een wezenlijke wijziging kan vormen: tijd is immers geld in een concessie, en meer tijd is meer geld. Tegelijkertijd zou deze conclusie niet te snel getrokken moeten worden, aangezien de waarde van een wijziging op zichzelf niet altijd doorslaggevend is.<sup>31</sup> Het gaat er uiteindelijk om of door de wijziging de mededinging wordt geschaad.

Ten tweede blijkt weer het belang om vooraf flexibiliteit in te bouwen. Het Hof blijkt tot op heden immers niet gevoelig voor het argument dat wijziging gewenst c.q. nodig was om tegemoet te komen aan uitvoeringsproblemen. Daar kunnen we wat van vinden, maar de jurisprudentie is en blijft bikkelhard op dit punt, en de kans op een koerswijziging klein. De grootste winst lijkt dus in de voorbereiding te behalen, hoe uitdagend die exercitie ook kan zijn. Zelfs met de overige wijzigingsmogelijkheden die hoofdstuk 2.5 AanbW 2012 nu biedt, blijft voorkomen beter dan genezen.

#### Over de auteur

#### Mr. drs. H. (Erik) Plas

Wetenschappelijk medewerker bij Infense advocaten. Daarnaast verricht hij onder begeleiding van prof. mr. J.M. Hebly en prof. mr. H.B. Krans promotieonderzoek naar de wezenlijke wijziging van overheidsopdrachten. Op- en aanmerkingen zijn welkom via [erik.plas@infense.nl](mailto:erik.plas@infense.nl).

28 De tekst van de overeenkomst 2009 is op dit punt niet helemaal helder. Op grond van de bewoordingen zou gesteld kunnen worden dat de verlenging alleen zag op de twee resterende delen. Anderzijds behelst die overeenkomst een novatie, met als gevolg dat de overeenkomst 1999 haar werking verloor, zodat de einddatum van 2046 voor alle delen van de concessie geldt. Getuige de conclusies van het Hof, is hij uitgegaan van die laatste uitleg.

29 Ook als dit een 'kleinere' opdracht zou zijn, vgl. HvJ EU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*, r.o. 29).

30 Een vanuit commercieel-strategisch oogpunt interessante vraag zou kunnen zijn of de samenwerking met SAT voor ANAS nog wel rendabel is, gelet op de bijzonder lange duur en hoge kosten gemoeid met deze concessie.

31 Art. 2a.53 jo. 2.163g lid 1 AanbW 2012.