


PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Ministerie SZW, directie WBJA
van 
datum 5 december 2024
inzake Advies inzake activiteiten stichting Inlichtingenbureau
zaaknr 11022810

1 Inleiding en vraagstelling

- 1.1 Momenteel worden in samenspraak tussen het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (**SZW**), de Vereniging Nederlandse Gemeenten (**VNG**) en Stichting Inlichtingenbureau (hierna ook wel genoemd: **het IB** of **de stichting**) de statuten van het IB gewijzigd naar aanleiding van een AEF-rapport.
- 1.2 U vroeg ons daarbij vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief te adviseren over de volgende vragen:
 1. Is het bepleitbaar dat de activiteiten van het IB kwalificeren als niet-economische diensten van algemeen belang (**NEDAB**)?
 2. Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt: binnen welke reikwijdte zouden toekomstige activiteiten van het IB ook onder de 'NEDAB' kunnen vallen?
- 1.3 In het kader van de tweede vraag verzocht u ons om – zo mogelijk – een checklist of kader te geven waarmee duidelijk wordt wanneer sprake is van een NEDAB en wanneer dat niet het geval is. Doel hiervan is om houvast te hebben voor eventuele toekomstige situaties waarin het IB gevraagd wordt om nieuwe diensten uit te voeren.
- 1.4 Wij voldoen graag aan uw verzoek.
- 1.5 In paragraaf 2 van dit advies staan wij stil bij de activiteiten van het IB en de wijze waarop deze worden gefinancierd. Daarna behandelen wij het juridisch kader in paragraaf 3, waarbij wij diverse gezichtspunten – zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (**Hof van Justitie**) – bespreken. Vervolgens beantwoorden wij uw adviesvragen in paragraaf 4, waarbij wij nader ingaan op de vraag of de activiteiten van het IB als niet-economisch kunnen worden beschouwd.

2 Activiteiten van het IB en de wijze van financiering

Achtergrond gegevensuitwisseling tussen overheden

- 2.1 De overheid heeft van oudsher veel informatie over haar burgers. Deze informatie heeft de overheid nodig voor de uitvoering van haar taken, zoals het uitbetalen van kinderbijslag en het innen van belasting. Dat dient rechtmatig te gebeuren en daar hoort ook het houden van toezicht en het opsporen van bijvoorbeeld fraude bij. Door de voortschrijdende digitalisering is het technisch mogelijk om de diverse gegevensregistraties binnen de overheid te hergebruiken. Daardoor zijn organisaties allang niet meer beperkt tot de informatie die zij zelf hebben, maar maken ze ook gebruik van het stelsel van basisregistraties of andere data binnen de overheid.¹

Activiteiten IB

- 2.2 Het IB is – op initiatief van het ministerie van SZW in overleg met de VNG – opgericht in 2001 met als doel om de uitwisseling van (persoons)gegevens tussen gemeenten en andere overheidsinstanties eenvoudiger te maken. Waar gemeenten voorheen zelf informatie bij deze instanties moesten ophalen om hun (wettelijke) taken te kunnen uitvoeren, doet het IB dit sindsdien voor hen. Het IB vervult daarmee de rol van *informatieknooppunt* voor met name gemeenten. Het IB is bij uitstek in staat om grote hoeveelheden informatie met elkaar te vergelijken en signalen te verstrekken aan alle gemeenten op een wijze die de impact op de privacy voor de burger beperkt. Hierdoor hoeven de betrokken overheidsorganisaties geen volledige inzage in de gegevens van de ander te hebben.

Voorbeeld activiteiten IB: Voor de controle in het kader van de Participatiewet kan het IB door middel van bestandskoppelingen gemeenten faciliteren. Een gemeente geeft aan welke dossiers zij gecontroleerd wil hebben, waarna het IB informatie opvraagt over de desbetreffende uitkeringsgerechtigde bij relevante bronnen. Een gemeente kan op deze manier via het IB bijvoorbeeld een signaal ontvangen zodra uit de polisadministratie van UWV blijkt dat deze inwoner loon ontvangt. Dit is een voorbeeld van het soort signalen en informatie dat het IB aan een gemeente kan geven en gebruikt wordt voor de uitvoering van de Participatiewet. Door de diverse inlichtingenverplichtingen die bij deze uitkering horen, verwerken gemeenten veel informatie om de rechtmatigheid van de uitkeringen te controleren. Het IB zorgt voor een veilige en overzichtelijke gegevensverwerking voor gemeenten.

- 2.3 Het IB vloeit voort uit de Wet SUWI en kent een wettelijke taak voor het domein Wekr en Inkomen en Schulden, maar levert daarnaast ook diensten in het kader van onder andere de Wmo en Jeugdwet, onderwijswetgeving en de Gemeentewet.²

Het IB is in de Wet SUWI aangewezen als de instelling 'die is belast met de coördinatie en dienstverlening ten behoeve van de gemeenten bij de verwerking van gegevens, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van taken op het gebied van sociale zekerheid'.³

¹ Mits hier uiteraard een wettelijke grondslag voor is en voldaan is aan de andere normen die de (Uitvoeringswet) Algemene Verordening Gegevensbescherming geeft. Zie Kamerstukken II, 2020-201, 34352, nr. 215, p. 1-2.

² Voor de Wmo en Jeugdwet wordt momenteel wetgeving voorbereid waarin ook het IB wettelijk wordt verankerd, maar deze wetgeving is nog niet aangenomen.

³ Artikel 1 sub m Wet SUWI.

- 2.4 Niet voor alle taken van het IB is (vooralsnog) sprake van een wettelijke verankering. Dat neemt niet weg dat het IB alleen gegevens verwerkt als daar een wettelijke grondslag voor bestaat; als er geen wettelijke grondslag is voor de gegevensverwerking dan mogen gegevens niet verwerkt worden.⁴ Het IB is transparant over de gegevens die zij verwerkt en de wettelijke basis daarvan o.a. via de gegevensregisters en de openbare dienstencatalogus op haar website waarin per verwerking is aangegeven wat de wettelijke grondslag is, wat de doelen van de verwerking zijn, uit welke bronnen te verwerken gegevens afkomstig zijn, wie de afnemers/ontvangers ervan zijn en welke bewaartermijn wordt aangehouden.⁵
- 2.5 Het doel en de activiteiten van de stichting IB zijn vastgelegd in haar statuten. In lijn met voorgaande beschrijving, blijkt uit de statuten dat het IB ten doel heeft:⁶
- a. het ter uitvoering van wet- en regelgeving tot stand brengen van de uitwisseling van (persoons)gegevens tussen overheidsorganisaties ten behoeve van de uitoefening van hun wettelijke taken, mede door het aanbieden van informatiediensten;
 - b. het verwerken en uitwisselen van bij of krachtens wet- en regelgeving voorgeschreven gegevens ten behoeve van overheidsorganisaties ten behoeve van de uitvoering van hun wettelijke taken;
 - c. de instandhouding en het beheer van elektronische voorzieningen voor de verwerking en uitwisseling van de onder sub a en sub b bedoelde gegevens;
 - d. al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daarvoor bevorderlijk kan zijn.
- 2.6 In het kader van haar doel draagt de stichting IB zorg voor de verzameling van daartoe benodigde gegevens, zodat overheidsorganisaties hun taken efficiënter en effectiever kunnen uitvoeren. Daarmee fungeert de stichting als informatieknooppunt voor gemeenten op onder meer de gebieden 'werk en inkomen', 'schulden', 'maatschappelijke ondersteuning', 'jeugdzorg' en 'onderwijs', alsmede andere gebieden waarvoor gemeenten alsdan verantwoordelijkheid hebben, opdat gemeenten hun taken op bedoelde gebieden goed en efficiënt kunnen uitvoeren.⁷ De stichting tracht dit doel te bereiken door:
- a. het uitvoeren van de haar bij of krachtens de wet- en regelgeving opgedragen taken en opdrachten die overheidsorganisaties en VNG (namens gemeenten) haar in verband met het vorenstaande verstrekken;
 - b. het informeren, voorlichten en ondersteunen van overheidsorganisaties;
 - c. het voeren van overleg met partijen waarvan zij ten behoeve van overheidsorganisaties informatie verkrijgt;
 - d. het informeren van, en verlenen van adviezen aan, de Minister, VNG en andere opdrachtgevers over de uitvoering van haar taken en het doen van voorstellen ter verbetering;
 - e. het verrichten van andere taken waarvoor de Minister vooraf schriftelijke opdracht of toestemming heeft gegeven.

⁴ Kamerstukken II, 2020-201, 34352, nr. 215.

⁵ Zie de [Dienstencatalogus](#) op de website van het IB.

⁶ Het doel en de middelen van de stichting IB zijn vastgelegd in artikel 3 van haar huidige statuten. Dit doel en de activiteiten van de stichting worden nader uitgewerkt in de voorgenomen statutenwijziging. Wij nemen de conceptversie (d.d. 16 augustus 2024) van de statutenwijziging tot uitgangspunt voor dit advies.

⁷ Dit blijkt uit artikel 3.2 van de conceptstatuten van stichting IB.

Financiering IB

- 2.7 Wat betreft de financiering, merken wij allereerst op dat het IB een stichting is en (dus) geen winstoogmerk heeft. Daarnaast is relevant dat het IB uitsluitend wordt gefinancierd met publieke middelen.
- 2.8 Voor de uitvoering van haar wettelijke taken op grond van de Wet SUWI ontvangt het IB jaarlijks een budget van het ministerie van SZW, gebaseerd op een meerjarig financieel kader.⁸ Dit betreft circa 70-75% van de inkomstenstroom van het IB. Deze middelen worden op basis van een jaarverantwoording afgerekend. Om schommelingen in uitgaven te kunnen opvangen, kent het IB een egalisatiereserve. Als de maximale omvang van de egalisatiereserve wordt overschreden, worden de gelden teruggestort aan het ministerie van SZW voor het generale beeld. Ook beschikt het IB over een bestemmingsfonds ter financiering van grootschalige IT-investeringen. Op dit fonds kan echter uitsluitend een beroep worden gedaan na overleg met het ministerie van SZW en de VNG.
- 2.9 De VNG stelt jaarlijks een voorschot beschikbaar op de reguliere beheerkosten (en projectgelden voor extra opdrachten). Dit betreft circa 25-30% van de inkomstenstroom van het IB. In geval van onderbesteding door het IB wordt het overschot tot een maximum toegevoegd aan het bestemmingsfonds voor grootschalige IT-investeringen. Het overige wordt aan de VNG gerestitueerd. In geval van overbesteding door het IB (dat een bepaald percentage van de jaarbijdrage te buiten gaat) verstrekt de VNG een aanvullende bijdrage aan het IB. Naar wij begrijpen is er geen sprake van financiële stromen tussen het IB en individuele gemeenten.
- 2.10 Het IB ontvangt daarnaast nog enige inkomsten (<3% van de inkomstenstroom van het IB) vanuit waterschappen in het kader van de 'informatiedienst rechtmatigheidscontrole (verlenging) kwijtschelding' en van het ministerie van OCW in verband met dienstverlening ter zake voortijdige schoolverlaters.
- De overeenkomst 'beheer VSV-applicatie' tussen het IB en OCW kent een vaste vergoeding van € 118.560,00 exclusief btw. Uit de overeenkomst volgt dat dit leidt tot een bedrag van € 143.457,60 inclusief btw. Zoals wij hierna onder 3.6 e.v. toelichten, is de heffing van btw een aandachtspunt bij de vraag of al dan niet sprake is van economische activiteiten.⁹
- 2.11 Uit het Jaarverslag 2023 van het IB blijkt dat – na een toets door Baker Tilly en in overleg met de Belastingdienst over de toepasselijkheid van vennootschapsbelasting – de conclusie is dat de stichting geen voor de vennootschapsbelasting belastbare activiteiten verricht mede door toepassing van objectieve vrijstellingen.¹⁰

⁸ En in voorkomende gevallen op basis van extra opdrachten projectgelden. Vergelijk het Jaarverslag 2023 van de stichting Inlichtingenbureau.

⁹ Wij zijn niet bekend met de afspraken tussen het IB en waterschappen en zijn er dus ook niet bekend of er btw in rekening wordt gebracht.

¹⁰ Deze conclusie hebben wij niet getoetst. Dit valt buiten de scope van de onderhavige advisering.

Wij merken op dat stichtingen onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting indien en voor zover zij een onderneming drijven.¹¹ Daarvan is – kort gezegd – sprake indien de stichting activiteiten ontplooit waarmee zij concurreert met ondernemers. Dat het IB naar het oordeel van de Belastingdienst is vrijgesteld van vennootschapsbelasting kan derhalve een aanwijzing vormen voor het niet-economische karakter van de activiteiten van het IB.¹²

3 Juridisch kader

Aanbestedingsrecht niet van toepassing op niet-economische activiteiten

- 3.1 Het aanbestedingsrecht vindt zijn grondslag in het primaire Unierecht, in het bijzonder de bepalingen van het VWEU omtrent het vrij verkeer van goederen en diensten. Dit heeft tot gevolg dat de reikwijdte van het aanbestedingsrecht – als secundair Unierecht – is begrensd tot activiteiten die onder het toepassingsbereik van het primaire Unierecht vallen. Concreet betekent dit dat het Europese aanbestedingsrecht beperkt is tot economische activiteiten. Opdrachten voor niet-economische activiteiten vallen buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijn. Dit is door het Hof van Justitie bevestigd in het *ASADE*-arrest uit 2022.¹³

Wat zijn niet-economische activiteiten?

- 3.2 Het Unierecht laat de lidstaten vrij om niet-economische diensten te verrichten, te doen verrichten en te organiseren. Dit is expliciet bevestigd in artikel 2 van het 26^e Protocol 'Betreffende de diensten van algemeen belang':¹⁴

'De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.'

- 3.3 Indien sprake is van een niet-economische dienst, is deze dus niet onderworpen aan de regels inzake de interne markt en mededinging zoals neergelegd in het VWEU of specifieke EU-regelgeving zoals de aanbestedingsregels. Er hoeft daarvoor overigens geen sprake te zijn van een niet-economische dienst van *algemeen belang*, voldoende is dat er sprake is van niet-economische activiteiten.
- 3.4 Uit rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁵ volgt dat iedere entiteit die economische activiteiten verricht, als een onderneming moet worden beschouwd.¹⁶ Dit is ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹⁷ Om te bepalen of een activiteit economisch of niet-economisch is, moet de aard van de activiteit worden

¹¹ Artikel 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹² Wij zijn niet bekend met toets door Baker Tilly en de precieze overwegingen van de Belastingdienst die tot deze conclusie hebben geleid. Het lijkt raadzaam hieromtrent zo nodig navraag te doen bij het IB.

¹³ HvJ EU 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:559 (C-436/20 *ASADE*), r.o. 52-61. In het *ASADE*-arrest geeft het Hof van Justitie diverse aanknopingspunten voor de vaststelling van de (niet-)economische aard van bepaalde activiteiten. De voorwaarden die gelden bij de vraag of er sprake is van economische activiteiten in de zin van het aanbestedingsrecht zijn vergelijkbaar met de voorwaarden die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in het staatssteunrecht zoals hierna beschreven in paragraaf 3.2 e.v. Zie ook JAAN 2022/125.

¹⁴ Protocol bij het Verdrag betreffende de Europese Unie (**VEU**).

¹⁵ De hier genoemde rechtspraak van het Hof van Justitie heeft betrekking op het staatssteunrecht. Naar onze mening kunnen de gezichtspunten die het HvJ EU in dat verband heeft ontwikkeld – voor zover die gezichtspunten niet reeds geheel van overeenkomstige toepassing zijn – minst genomen als richtinggevend maatstaf worden gehanteerd in het aanbestedingsrecht.

¹⁶ HvJ EU 16 juni 1987, ECLI:EU:T:2000:290 (T-128/98 *Aéroports de Paris/Commissie*) punt 108.

¹⁷ HvJ EG 13 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (zaak C-41/90 *Höfner en Elser/Macrotron*) punten 20-21.

onderzocht.¹⁸ Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit 'elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.¹⁹ Het moet gaan om activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Bepalend is dus of deze activiteiten ook door particuliere ondernemingen op een markt kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt of zou kunnen treden. Hierbij is (onder meer) relevant wat het doel is waarmee de activiteiten worden verricht en aan welke regels de activiteiten zijn onderworpen.²⁰ Dit kan dus verschillen van lidstaat tot lidstaat en kan ook mettertijd veranderen, bijvoorbeeld als gevolg van politieke besluiten over de wijze waarop de activiteit wordt georganiseerd of gefinancierd, of als gevolg van ontwikkelingen op de markt.²¹ Verder is van belang in hoeverre de activiteit verband houdt met de taken van een overheid.²² Activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag hebben volgens vaste rechtspraak geen economisch karakter.²³

Uitoefening van overheidsgezag en daarmee samenhangende activiteiten
 Activiteiten in het kader van de *uitoefening van overheidsgezag*²⁴ hebben geen economisch karakter. Een entiteit kan worden geacht bij haar handelen overheidsgezag uit te oefenen wanneer de betrokken activiteit tot de kerntaken van de overheid behoort of die wegens haar aard, doel en regels waaraan zij is onderworpen, met die taken verband houdt. Dit noemt het Hof van Justitie het '*connection-criterium*'. Algemeen gesproken vormen activiteiten die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoren en die de overheid op zich neemt, geen economische activiteiten.

Voorbeelden van dit soort activiteiten zijn het leger, de politie²⁵ en de luchtverkeersleiding.²⁶ Een ander voorbeeld kan gevonden worden in het arrest *Diego Cali & Figli*²⁷, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de activiteiten van een private onderneming – die met een exclusief recht was belast om voor de havenautoriteit van Genua milieu-inspecties uit te voeren – niet-economisch van aard waren omdat de milieu-inspectie 'een taak van algemeen belang is die behoort tot de kerntaken van de staat op het gebied van bescherming van het mariene milieu'. De vergoeding die de onderneming in rekening bracht maakte een integrerend deel uit van de toezichthoudende taak.

Voor zover een overheidsinstantie een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld, handelt die instantie, wat die activiteit betreft, als onderneming (en is het aanbestedingsrecht dus van toepassing). Indien daarentegen die economische activiteit niet van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden gescheiden, hangen alle door die overheidsinstantie verrichte activiteiten samen met

¹⁸ HvJ EU 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH), punt 19.

¹⁹ HvJ EU 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA), punt 69.

²⁰ HvJ EU 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH), punt 30.

²¹ HvJ EU 17 februari 1993, ECLI:EU:C:1993:63 (Gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 Poucet en Pistre).

²² HvJ EU 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191 (C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA), punt 72 e.v.

²³ HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (C-138/11 Compass-Datenbank GmbH), punt 36.

²⁴ In de rechtspraak van het Hof van Justitie worden afwisselend de termen 'overheidsgezag', 'openbaar gezag' en de 'uitoefening van overheidsprerogatieven' gehanteerd, zonder dat daarmee een andere betekenis aan deze termen moet worden toegekend.

²⁵ Vergelijk het Besluit van de Commissie van 7 december 2011 betreffende steunmaatregel SA.32820 (2011/NN) — Verenigd Koninkrijk — Aid to Forensic Science Services (PB C 29 van 2.2.2012, blz. 4), r.o. 8.

²⁶ HvJ EU 19 januari 1994, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (SAT Fluggesellschaft) r.o. 27 en HvJ EU 26 maart 2009, C-113/07, ECLI:EU:C:2009:191 (SELEX Sistemi Integrati), r.o. 71.

²⁷ HvJ EU 18 maart 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160

de uitoefening van deze bevoegdheden van openbaar gezag.²⁸ Dit noemt het Hof van Justitie het *separation-criterium*.

Compass-Datenbank-arrest

Ter illustratie wijzen wij op het Compass-Datenbank-arrest van het Hof van Justitie. Deze zaak had betrekking op de door lidstaat Oostenrijk bijgehouden databank met het ondernemingsregister ('Firmenbuch'). In deze databank werden gegevens opgeslagen van ondernemingen op grond van een wettelijke meldingsplicht. Lidstaat Oostenrijk verleende vervolgens tegen vergoeding inzage in de databank aan belanghebbenden. Het Hof van Justitie moest beoordelen of het verzamelen en beheren van die gegevens, alsmede het voor het publiek toegankelijk maken van die gegevens, als economische activiteit diende te worden aangemerkt.

Het Hof van Justitie oordeelde dat het verzamelen van gegevens betreffende ondernemingen op grond van een aan deze ondernemingen wettelijk opgelegde mededelingsplicht en de daaraan gekoppelde handhavingsbevoegdheden tot de uitoefening van openbaar gezag behoort en bijgevolg geen economische activiteit betreft (r.o. 40). Wat betreft het 'overeenkomstig de toepasselijke nationale wettelijke regeling voor het publiek toegankelijk maken en houden van de aldus verzamelde gegevens, hetzij via eenvoudige inzage, hetzij via de verstrekking van print-outs' oordeelde het Hof van Justitie dat dit evenmin een economische activiteit vormt, 'aangezien het bijhouden van een databank met dergelijke gegevens en het beschikbaar stellen daarvan aan het publiek activiteiten zijn die niet van het verzamelen van die gegevens kunnen worden gescheiden. Het verzamelen van die gegevens zou namelijk in grote mate zijn nut verliezen indien er geen databank werd bijgehouden waarin zij ter inzage van het publiek worden opgenomen (r.o. 41). Als de vergoeding die wordt geïnd voor het publiek beschikbaar stellen van de data wettelijk is vastgesteld (en dus niet rechtstreeks of indirect door de betrokken instantie wordt vastgesteld), heeft dit niet tot gevolg dat de activiteit als economische activiteit moet worden aangemerkt (r.o. 42).²⁹

- 3.5 Conclusie is dat ook indien sprake is van activiteiten die op zichzelf beschouwd een economisch karakter hebben (en geen verband houden met de uitoefening van overheidsgezag) en dergelijke activiteiten niet zijn los te koppelen van de activiteiten waarmee uitvoering worden gegeven aan bevoegdheden van overheidsgezag, *alle* activiteiten samenhangen met de uitoefening van overheidsgezag. Feitelijk volgen de economische activiteiten dan het niet-economische karakter van de activiteiten waarmee uitvoering wordt gegeven aan overheidsgezag.³⁰

²⁸ HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (Compass-Datenbank), r.o. 38, en HvJ EU 26 maart 2009, C-113/07, ECLI:EU:C:2009:191 (SELEX Sistemi Integrati), r.o. 72 e.v. Zie ook HvJ EU 28 september 2017, C-687/17 P (TenderNed), r.o. 44. Voor alle duidelijkheid: men komt pas aan het 'separation criterion' toe in de situatie waarbij (eerst) is geconcludeerd dat een bepaalde entiteit naast niet-economische activiteiten ook economische activiteiten uitvoert.

²⁹ Vergelijk in de context van de Wet Markt en Overheid de [analyse van de ACM](#) over de vraag of de RDW met de dienst 'online voertuiginformatie' voor particulieren en zakelijke gebruikers een economische activiteit verricht. De ACM concludeert dat het enkel verstrekken aan het publiek van deze gegevens, die de RDW in het kader van haar wettelijke taak beheert, geen economische activiteit is.

³⁰ Het connection en separation-criterium worden ook in nationale rechtspraak toegepast. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (11 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1954) over de huur van een huurovereenkomst tussen de gemeente Heerlen en UWV. Andere voorbeelden zijn het gratis aanbieden van de Klic-viewer door het Kadaster (College van Beroep voor het bedrijfsleven, 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204) en het gratis aanbieden van de doorontwikkelde Klic-viewer en applicaties (Rechtbank Rotterdam 10 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9563). Ook het reguleren van straatparkeren door de gemeente Veenendaal is als NEDAB aangemerkt, waarbij het CBB overigens oordeelde dat het aanbieden van 'slagboomparkeren' wel een economische activiteit is (College van Beroep voor het bedrijfsleven, 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923).

- 3.6 Tevens is relevant (maar niet doorslaggevend) of voor de activiteit moet worden betaald en of er een winsttoegemerk bestaat.³¹ Daarbij is ook van belang of omzetbelasting (btw) wordt geheven op de activiteiten. De omstandigheid dat btw in rekening wordt gebracht voor bepaalde activiteiten kan namelijk een sterke indicatie opleveren dat die activiteiten ook in het kader van het Unierecht moet worden gekwalificeerd als economische activiteit. Dit lichten wij onderstaand toe.

Belastingrecht in relatie tot kwalificatie (niet-) economische activiteit

- 3.7 Zowel in het belastingrecht als het aanbestedingsrecht speelt het begrip *economische activiteit* een belangrijke rol. Dit begrip kent echter niet noodzakelijk dezelfde invulling.³² De begrippen moeten binnen hun eigen juridische context worden uitgelegd. In het kader van het belastingrecht is het begrip economische activiteit van belang om te bepalen of sprake is van een *belastingplichtige*. In het kader van het aanbestedingsrecht is het begrip van belang om vast te stellen of sprake is van een *onderneming*.

Op grond van **btw-richtlijn** 2006/112/EG³³ zijn diensten die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht, onderworpen aan btw. Artikel 9 van deze richtlijn bepaalt: ³⁴ '1. Als „belastingplichtige” wordt beschouwd eenieder die, ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Als „economische activiteit” worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.'

De Wet op de Omzetbelasting 1968 (**Wet OB**) geeft uitvoering aan de btw-richtlijn. Artikel 7 van de Wet OB 1968 bevat een definitie van het begrip 'ondernemer' en is de nationaalrechtelijk pendant van artikel 9 lid 1 btw-richtlijn. In deze definitie komt het begrip 'economische activiteit' niet voor. Desondanks speelt het ook bij de interpretatie van artikel 7 Wet OB 1968 een belangrijke rol. De Hoge Raad heeft namelijk op 2 mei 1984 beslist dat de Nederlandse wetgever geen van het begrip 'belastingplichtige' afwijkende betekenis heeft willen toekennen aan het begrip 'ondernemer' in artikel 7 Wet OB 1968. Oftewel, artikel 7 Wet OB 1968 moet richtlijnconform worden uitgelegd (ECLI:NL:HR:1984:AW8625).³⁵

- 3.8 In de aanbestedingsrechtelijke doctrine wordt niet verwezen naar het begrippenkader van de omzetbelasting en andersom evenmin. Dit laat onverlet dat het wringt als ten aanzien van één en dezelfde activiteit in het kader van de omzetbelasting zou worden aangegeven dat het een economische activiteit betreft, terwijl in aanbestedingsrechtelijke zin zou worden betoogd dat dit niet het geval is.

³¹ HvJ EU 28 september 2017, ECLI:EU:T:2017:675 (T-138/15 TenderNed), punt 58.

³² Idem W. Blokland, Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering (FM nr. 147) 2016/I.3.2.2.

³³ Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 347, blz. 1).

³⁴ In het arrest *Lajvér* geeft het Hof van Justitie een nadere omschrijving van de rechtspraak over het begrip 'economische activiteit' zoals genoemd in artikel 9 lid 1 tweede alinea van richtlijn 2006/112 (HvJ EU van 2 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:392 (C-263/15, *Lajvér*).

³⁵ W. Blokland, Omzetbelastingaspecten van ondernemingsfinanciering (FM nr. 147) 2016/I.3.2.2.

- 3.9 Daarbij merken wij op dat het niet aan het IB zelf is om te bepalen of de door haar verrichte activiteiten 'economische activiteiten' zijn in de zin van het belastingrecht. Gelet op de autonome en uniforme uitleg van het Unierecht, is dit aan de belastinginspecteur en uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen.³⁶

4 Zijn de activiteiten van IB aan te merken als niet-economische activiteiten?

- 4.1 In deze paragraaf gaan wij nader in op de vraag of de (huidige) activiteiten van het IB als niet-economisch kunnen of moeten worden beschouwd.

- 4.2 Van geval tot geval zal moeten worden bezien of sprake is van een economische activiteit of niet. Het is van belang dat in het licht van het doel en de aard van de activiteiten die het IB ontplooit, per activiteit inhoudelijk kan worden onderbouwd dat deze niet-economische van aard is. Wanneer sprake is van niet-economische activiteiten, is de Europeesrechtelijke aanbestedingswetgeving niet van toepassing.

Antwoord op vraag 1

- 4.3 Het is aannemelijk dat de activiteiten van het IB – die primair bestaan uit het verwerken en uitwisselen van (persoons)gegevens tussen overheidsorganisaties ten behoeve van de uitvoering van hun wettelijke taken, mede door het aanbieden van informatiediensten – niet-economisch van aard zijn.
- 4.4 Hierbij is van belang dat het IB haar activiteiten niet aanbiedt op een markt. Het IB voert haar activiteiten immers uitsluitend uit ten behoeve van overheidsorganisaties en biedt haar activiteiten niet aan het publiek aan. Het IB treedt dus niet (potentieel) in concurrentie met commerciële partijen.
- 4.5 Ditzelfde geldt voor de overige activiteiten van het IB, zoals het informeren, voorlichten, adviseren en ondersteunen van overheidsorganisaties en het voeren van overleg met overheidsorganisaties.
- 4.6 Ten aanzien van de activiteiten die het IB verricht ter uitvoering van haar wettelijke taak (zie paragraaf 2.3 e.v. van dit advies), is verdedigbaar dat het IB handelt ter uitoefening van openbaar gezag, zodat dergelijke activiteiten ook om die reden kwalificeren als niet-economisch.
- 4.7 Het IB verwerkt alleen gegevens als daar een wettelijk grondslag voor bestaat; als er geen wettelijke grondslag is voor de gegevensverwerking dan mogen gegevens niet

³⁶ Een voorbeeld is de zaak die zag op leerlingenvervoer dat werd georganiseerd door de gemeente Borsele. Het Hof van Justitie oordeelde in het arrest van 12 mei 2016 in antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad (arrest van 7 november 2014, nr. 12/02683, ECLI:NL:HR:2014:3122) dat de gemeente hiermee geen economische activiteit uitoefende en derhalve niet de hoedanigheid van belastingplichtige had (C-520/14, ECLI:EU:C:2016:334, BNB 2016/186). In het arrest van 18 november 2016 oordeelde de Hoge Raad dat de gemeente gelet hierop geen recht had op een bijdrage uit het btw-compensatiefonds (arrest van 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2600).

verwerkt worden. Naar wij begrijpen, mag het IB haar activiteiten vanwege deze (wettelijke) restricties niet aanbieden op de markt.

- 4.8 De stichting IB staat onder (statutair) toezicht van publieke partijen.
- 4.9 Het IB voert haar werkzaamheden uit zonder winstoogmerk. Dit is niet doorslaggevend, maar telt wel mee in de beoordeling of er sprake is van economische activiteiten.
- 4.10 Daarnaast is relevant dat het IB uitsluitend wordt gefinancierd met publieke middelen. Bij onderbesteding moeten gelden door het IB worden teruggestort, terwijl bij overbesteding een aanvullende bijdrage (vanuit de VNG of het departement) mogelijk is.
- 4.11 De omstandigheid dat het IB kennelijk is vrijgesteld van vennootschapsbelasting kan een verdere aanwijzing vormen voor het niet-economische karakter van de activiteiten van het IB.
- 4.12 Daar staat tegenover staat dat – indien het IB omzetbelasting zou rekenen ten aanzien van de overige activiteiten die zij voor overheidsinstanties verricht (zoals bij opdrachten vanuit OCW en waterschappen) – dit een contra-indicatie kan zijn voor het niet-economische karakter van die activiteiten. Het wringt immers als ten aanzien van één en dezelfde activiteit in het kader van de omzetbelasting zou worden aangegeven dat het een economische activiteit betreft, terwijl in aanbestedingsrechtelijke zin zou worden betoogd dat dit niet het geval is.
- 4.13 Voor zover in incidentele gevallen IB secundaire activiteiten ontplooit die op zich genomen als economisch van aard kunnen worden aangemerkt³⁷, is het van belang dat deze aantoonbaar onlosmakelijk verbonden zijn met, en ondergeschikt zijn aan en ondersteunend voor de primaire niet-economische activiteiten van IB.

Antwoord op uw vraag 2

- 4.14 Om te bezien of eventuele toekomstige activiteiten van het IB eveneens binnen de reikwijdte van 'niet-economische activiteiten' vallen, zal van geval tot geval een beoordeling moeten worden gemaakt. De uit de rechtspraak van het Hof van Justitie ontleende gezichtspunten – zoals opgenomen in paragraaf 3 van dit advies – kunnen daarbij desgewenst als checklist of kader worden gehanteerd. Kernvraag is of sprake is van het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Zolang dat niet het geval is, is sprake van niet-economische activiteiten.

³⁷ Naar wij begrijpen is het IB hierin beperkt omdat de minister van SZW hier toestemming voor moet geven.