
Nr. R5

Rb. Almelo 4 maart 1998, zaaknr. 20825 HA ZA 571

Vereniging Afvalbeheer (procureur mr H.A.A. Kienhuis en advocaat mr P. Glazener) / Gemeente Almelo, Gemeente Enschede, Gemeente Hengelo (O), Gemeente Oldenzaal (procureur mr H.A.A. Kienhuis en advocaten mr E.H. Pijnacker Hordijk en mr L.H. van Lennep)

Aanbestedingsrecht, artikel 6 Richtlijn Diensten (m.nt. W. Knibbeler)

Feiten

De vier gemeenten hebben in 1997 een gemeenschappelijke onderneming opgericht onder de naam Twente Milieu N.V. Met uitzondering van de gemeente Hengelo hebben de betrokken gemeenten in hun afvalstoffenverordeningen Twente Milieu een alleenrecht verstrekt voor de inzameling van huishoudelijk afval.

In zogenoemde 'service level agreements', werden bovendien opdrachten voor de inzameling van afval aan Twente Milieu verstrekt voor een periode van tien jaar met de mogelijkheid tot verlenging. Aan Hanze Milieu B.V. – een commerciële dochteronderneming van het nutsbedrijf EDON – werd de opdracht verstrekt de directie te voeren over Twente Milieu.

Tegen deze achtergrond vorderde de Vereniging Afvalbeheer ('Afvalbeheer') – een organisatie die de belangen van particuliere afvalinzamelaars behartigt – onder meer een verklaring voor recht dat de Richtlijn Diensten¹ door de gemeenten als gevolg van het verlenen van de betrokken opdracht geschonden was. Afvalbeheer stelde zich op het standpunt dat de gemeenten zich aan hun verplichting tot aanbesteding hadden onttrokken door ten onrechte een beroep te doen op artikel 6 van de Richtlijn Diensten. Volgens deze bepaling is de Richtlijn niet van toepassing op opdrachten die worden gegund aan een

¹ 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 nr. L 209, 24 juli 1992, p. 1. De Richtlijn Diensten is in Nederland geïmplementeerd bij de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (Stb.1993, 212) en het daarop gebaseerde Besluit overheidsaanbestedingen (Stb.1993, 305).

instantie die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van de Richtlijn Diensten, mits de opdracht direct verband houdt met een exclusief recht dat verankerd is in een bekendgemaakte publiekrechtelijke regeling.²

Afvalbeheer stelt zich primair op het standpunt dat het aan Twente Milieu verleende exclusieve recht niet kan dienen als basis voor een beroep op artikel 6 van de Richtlijn Diensten, omdat feitelijk niet Twente Milieu, maar EDON de inzameling van het huishoudelijk afval voor haar rekening neemt. Het is gemeengoed dat EDON geen aanbestedende dienst is met betrekking tot de inzameling van afval. Afvalbeheer wijst er daarbij op dat niet alleen de directie aan EDON is opgedragen, maar dat deze onderneming ook betrokken is bij de oprichting van Twente Milieu, garanties heeft afgegeven voor wat betreft werkgelegenheid, arbeidsvoorwaarden en tarieven en het startkapitaal vrijwel volledig financiert. Ook overigens neemt EDON in de ogen van Afvalbeheer de risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van Twente Milieu volledig voor haar rekening. Twente Milieu wordt in de ogen van Afvalbeheer uitsluitend gebruikt met de bedoeling om te ontsnappen aan de aanbestedingsplicht ingevolge de Richtlijn Diensten. Onder deze omstandigheden kan een alleenrecht van Twente Milieu volgens Afvalbeheer niet dienen als basis voor een beroep op artikel 6 van de Richtlijn Diensten.

Subsidiair onderbouwt Afvalbeheer haar vordering met de stelling dat Twente Milieu geen 'publiekrechtelijke instelling' is in de zin van artikel 1 onder b van de Richtlijn Diensten. In dat geval zou het beroep op de uitzondering die vervat is in artikel 6 van de Richtlijn Diensten in geen geval kunnen slagen. Twente Milieu is volgens Afvalbeheer een instelling van industriële of commerciële aard, de onderneming concurreert immers met particuliere afvalinzamelaars. Voorts meent Afvalbeheer dat gelet op de economische verhoudingen niet gezegd kan worden dat de gemeenten zeggenschap hebben in Twente Milieu. Daarmee is in de ogen van Afvalbeheer evenmin aan de definitie van een 'publiekrechtelijke instelling', voldaan. Voor het geval mocht komen vast te staan dat Twente Milieu wel een publiekrechtelijke instelling is – en de uitzondering van opdrachtverlening tussen aanbestedende diensten derhalve toepasselijk is – verwijt Afvalbeheer de gemeenten dat Twente Milieu de diensten die zij inhuurt – waaronder het voeren van de directie door EDON – niet heeft aanbesteed.

Ten slotte heeft Afvalbeheer aangevoerd dat de gehele constructie onrechtmatig is omdat EDON met gebruikmaking van de voordelen die zij geniet uit hoofde van haar monopoliepositie op het gebied van de levering van energie in concurrentie treedt met particuliere ondernemingen.

Beoordeling van het geschil

De Rechtbank kiest ervoor allereerst te beoordelen of de in artikel 6 van de Richtlijn Diensten vervatte uitzondering zich voordoet. Daartoe stelt de Rechtbank vast dat in ieder geval door drie van de vier gemeenten de opdrachten

aan Twente Milieu zijn verstrekt op basis van een exclusief recht dat publiekrechtelijk verankerd is. Voor de vraag of Twente Milieu kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling gaat de Rechtbank te rade bij de drie cumulatieve eisen die vervat zijn in artikel 1 sub b van de Richtlijn diensten. Als publiekrechtelijke instelling wordt aangemerkt iedere instelling die:

- 1 is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële en/of commerciële aard;
- 2 rechtspersoonlijkheid bezit;
- 3 waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door (semi)-overheidsinstellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door de laatste, ofwel de leden van de directie, de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht voor meer dan de helft door (semi)overheidsinstellingen zijn aangewezen.

Blijkens de statuten van Twente Milieu is aan de laatste twee eisen voldaan. De Rechtbank oordeelt dat ook aan de eerste eis is voldaan:

'Door Afvalbeheer is niet in concreto aan de hand van voorbeelden en/of 'overtredingen' gesteld dat Twente Milieu N.V. zich bezighoudt c.q. dat valt te vrezen dat Twente Milieu N.V. zich zal gaan bezighouden met andere buiten het kader van het algemeen belang vallende hoofd- en/of neventaken. (...). Voor zich spreekt dat de activiteiten die Twente Milieu N.V. daadwerkelijk verricht c.q. zal gaan verrichten, in overeenstemming moeten zijn met de hiervoor aangehaalde statutaire doelomschrijving. In het geval de industriële en/of commerciële activiteiten het voorzien in behoefte van algemeen belang gaan overschaduwten, kan het moment intreden dat niet meer kan worden gezegd dat sprake is van een publiekrechtelijke instelling in de zin van de Richtlijn Diensten.'

De stelling van Afvalbeheer dat gelet op de economische realiteit Twente Milieu met EDON moet worden vereenzelvigd lijkt de Rechtbank evenwel te delen:

'Afvalbeheer moet worden toegegeven dat – mede gelet op hetgeen terzake de bemoeienis van EDON bij de totstandkoming en het functioneren van Twente Milieu N.V. hierboven reeds is vastgesteld over de financiering van Twente Milieu N.V. door EDON en het afkopen door EDON van de gemeenten in verband met 'good-will' en/of 'desintegratie' – aan de juistheid van deze voorstelling van zaken niet valt te tornen.'

De Rechtbank verbindt aan deze vaststelling evenwel niet de door Afvalbeheer gewenste conclusie:

'Desondanks kan in het licht van het hiervoor overwogene niet gezegd worden dat sprake is geweest van een aanbesteding door de gemeenten aan EDON van de huis-

2 De uitzondering die vervat is in de Richtlijn Diensten is in verband met de problematiek met betrekking tot verzelfstandiging van gemeentelijke diensten desgevraagd door de Commissie in een brief aan de Nederlandse regering d.d. 7 december 1995 toegelicht.

vuilinzamelactiviteiten en de meer genoemde nevenactiviteiten en dat de gehele opzet (dus) moet worden aangemerkt als een manier om te ontkomen aan de verplichte Europese aanbesteding van die werkzaamheden.'

Met de – op het eerste gezicht niet zeer uitgewerkte – argumenten van Afvalbeheer terzake van concurrentievervalsing maakt de Rechtbank korte metten. De Rechtbank wijst er daarbij op dat EDON en/of Twente Milieu door Afvalbeheer niet in rechte zijn betrokken. Ook bestaat in de ogen van de Rechtbank geen concurrentieverhouding tussen Afvalbeheer en de gemeenten. De Rechtbank oordeelt dat de managementactiviteiten die EDON zal verrichten voor Twente Milieu N.V. niet onder bijlage I bij de Richtlijn Diensten vallen en daarom niet aanbestedingsplichtig zijn. Dat ligt voor wat betreft de door EDON verschaft financiering anders. De Rechtbank oordeelt evenwel dat Afvalbeheer rechtens geen belang heeft om deze financiering aan de orde te stellen omdat niet is 'gesteld of gebleken dat één of meer leden van Afvalbeheer een dergelijke forse financiering op zich zouden willen nemen zonder (enige) invloed in de directie van Twente Milieu N.V. te kunnen uitoefenen'.

Commentaar

De EG-aanbestedingsrichtlijnen zijn niet alleen van toepassing op centrale en lagere overheden maar ook op semi-overheidsinstellingen. Deze instellingen worden in de richtlijnen aangeduid met het verzamelbegrip 'publiekrechtelijke instellingen'. In de eerste aanbestedingsrichtlijnen werden de instellingen waarop deze kwalificatie van toepassing was in een uitputtende lijst in de bijlagen opgesomd.³ Nadien is het systeem van limitatieve opsommingen verlaten en is gekozen voor een definitie die ertoe strekt alle semi-overheidsinstellingen in de Gemeenschap onder één noemer te brengen op basis van drie cumulatieve eisen. De eerste van deze drie eisen roept in de praktijk dikwijls interpretatieproblemen op.⁴ Uit de definitie is bijvoorbeeld niet duidelijk of de zinsnede 'andere dan die van industriële of commerciële aard' slaat op de instelling of op de behoeften. Uit de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling in de Richtlijn Nutssectoren⁵ zou kunnen worden afgeleid dat deze zinsnede slaat op de instelling. Van belang lijkt vooral de vraag of van de instelling verwacht wordt dat zij rechtstreeks aan concurrentie bloot zal staan. In dat geval bestaat er immers een structurele prikkel om te kiezen voor de goedkoopste of gunstigste offertes en is toepasselijkheid van het aanbestedingsregime niet noodzakelijk. Zo bezien is het belangrijkste aanknopingspunt voor de eerste eis de tijdens de oprichting beoogde *modus operandi* van de betrokken instelling.

Rechtspersonen die als publiekrechtelijke instelling in de zin van de EG-richtlijnen worden aangemerkt zijn in beginsel aanbestedingsplichtig, zelfs indien opdrachten worden verleend aan met hen verbonden ondernemingen. Op dit beginsel wordt een uitzondering gemaakt in artikel 6 van de Richtlijn Diensten, voor opdrachten die worden

geplaatst door aanbestedende diensten onderling. Een ruime interpretatie van het begrip publiekrechtelijke instelling leidt er derhalve enerzijds toe dat een groot aantal semi-overheidsinstellingen aan het aanbestedingsrecht blijft onderworpen, maar verschaft anderzijds ruimte om opdrachten voor dienstverlening zonder aanbesteding aan semi-overheidsinstellingen te gunnen. Het is in dit spanningsveld dat zich in Nederland enkele procedures met betrekking tot de verzelfstandiging van gemeentelijke bedrijven voor de inzameling van huishoudelijk afval hebben voorgedaan.⁶ In een arrest d.d. 25 juni 1996 (BFI/gemeenten Arnhem en Rheden) heeft het Gerechtshof te Arnhem besloten prejudiciële vragen te stellen over het begrip publiekrechtelijke instelling. Deze vragen zijn bij het Hof gerezen in een geschil betreffende de verlening van een opdracht voor de inzameling van huishoudelijk afval aan een door de opdrachtverlenende gemeenten gehouden vennootschap. De uitspraak van het Hof van Justitie in deze zaak wordt in de loop van de herfst verwacht.⁷

Ofschoon zowel in de zaak BFI/gemeenten Arnhem en Rheden en in de onderhavige zaak het onderbrengen van de inzameling van huishoudelijk afval in een aan de gemeenten toebehorende rechtspersoon centraal staat, lijkt tussen beide procedures een belangrijk verschil te bestaan. Dit verschil is gelegen in de nauwe betrokkenheid van EDON bij de inzameling van huishoudelijk afval door Twente Milieu. Blijkens het vonnis acht de Rechtbank de door Afvalbeheer gepresenteerde uiteenzetting waarin er van wordt uitgegaan dat de activiteiten van Twente Milieu feitelijk voor rekening en risico van EDON geschieden aannemelijk. Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat de Rechtbank niettemin het beroep van de gemeenten op de in artikel 6 van de Richtlijn Diensten vervatte uitzondering honoreert. De Rechtbank acht het doorslaggevend dat Twente Milieu activiteiten zal gaan verrichten die voorzien in behoeften van algemeen belang en die in overeenstemming zijn met haar statutaire doelomschrijving. Daarbij neemt de Rechtbank in aanmerking dat industriële en/of commerciële activiteiten in de bedrijfsvoering van Twente Milieu voorshands niet domineren. De Rechtbank hanteert

3 Vgl. de eerste coördinatie richtlijn terzake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, Richtlijn 71/305/EEG van 26 juli 1971, PbEG nr. L 185, 16 augustus 1971, p. 5.

4 Vgl. Mr M.J.M.M. Essers 'Het begrip publiekrechtelijke instelling nogmaals onder de loep', *NTER* 1998, p. 65; De Europese Commissie bereidt een interpretatieve mededeling voor over het begrip 'publiekrechtelijke instelling', vgl. de mededeling van de Commissie 'Overheidsopdrachten in de EG', COM (1998) 143 def. d.d. 11 maart 1998.

5 Richtlijn 98/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PbEG nr. L 199, 9 augustus 1993, p. 84.

6 Vgl. Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 28 oktober 1996 (huisvuil Voerendaal), BR 1997, p. 269 en Gerechtshof Arnhem 25 juni 1996 (BFI/gemeenten Arnhem en Rheden), BR 1996 p. 753, zaak C 360/96 conclusie van advocaat-generaal La Pergola van 19 februari 1998.

7 Voor een bespreking van deze zaak wordt verwezen naar Pijnacker Hordijk/Van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, SDU 1996, pp. 29/31.

daarbij een dynamisch begrip. In de visie van de Rechtbank kan een moment aanbreken waarop industriële en/of commerciële activiteiten van Twente Milieu haar activiteiten waarmee voorzien wordt in behoeften van algemeen belang gaan overschaduwen, hetgeen ertoe zou leiden dat niet langer sprake is van een publiekrechtelijke instelling.

Het vonnis van de Rechtbank valt moeilijk te rijmen met de uitspraak van het Hof van Justitie d.d. 15 januari 1998 in de zaak Mannesmann.⁸ In deze uitspraak oordeelde het Hof dat een uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling 'in die zin, dat de toepassing ervan zou variëren naar gelang het relatieve aandeel van de activiteiten die worden verricht ter voorziening in andere behoeften dan die van industriële en/of commerciële aard, groter of kleiner is, in strijd is met het rechtzekerheidsbeginsel' (...). Dat de voorziening in behoeften van algemeen belang slechts een relatief klein deel uitmaakt van de activiteiten die een publiekrechtelijke instelling in werkelijkheid verricht, is volgens het Hof van Justitie irrelevant voor de vraag of sprake is van een publiekrechtelijke instelling. Uit deze uitspraak van het Hof van Justitie valt af te leiden dat de wijze waarop beoogd is dat een instelling haar activiteiten uitoefent, doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van een publiekrechtelijke instelling.

De lezer van het vonnis blijft achter met de vraag waarom EDON bereid was zulke substantiële risico's op zich te nemen en zulke verstrekkende verplichtingen aan te gaan, als daar alleen maar een benoeming tot directeur en een managementvergoeding tegenover zouden staan. Blijkens het vonnis had Afvalbeheer aanvullend bewijs aangeboden van haar stelling dat EDON en Twente Milieu vereenzelvigd moeten worden. Voor de Rechtbank zou het met name van belang kunnen zijn geweest te vernemen welke tegenprestatie door de gemeenten aan EDON voor de door haar genomen substantiële risico's in het vooruitzicht was gesteld. Voor zover deze tegenprestatie het karakter van een managementvergoeding ontstijgt, rijst de vraag of de gemeenten zich redelijkerwijs met een beroep op de status van Twente Milieu in het licht van artikel 6 van de Richtlijn Diensten aan een aanbesteding zouden moeten kunnen onttrekken. Evenals bij de beoefening van het mededingingsrecht dient bij de interpretatie van aanbestedingsregels de economische realiteit immers de belangrijkste leidraad te zijn.

8 Zaak C-44/96, Mannesmann, n.n.g.