



arrest

C-692/23 - 1

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht
Team Handel

Zaaknummer : 200.290.736/01
Zaaknummer rechtbank : C/10/590814 HA ZA 20-135

Arrest van 14 november 2023 tot verwijzing van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU op grond van artikel 267 lid 2 VWEU

in de zaak van

AVR-Afvalverwerking B.V.,
gevestigd in Rotterdam,
appellante,
advocaat: mr. E.L. Vos, kantoorhoudend in Amsterdam,

tegen

1. **N.V. BAR-Afvalbeheer**,
gevestigd in Rhoon,
2. de **Gemeente Barendrecht**,
zetelend in Barendrecht,
3. de **Gemeente Albrandswaard**,
zetelend in Poortugaal,
4. de **Gemeente Ridderkerk**,
zetelend in Ridderkerk,
advocaat: mr. L. Bozkurt, kantoorhoudend in Amsterdam,

5. **N.V. Irado**,
gevestigd in Schiedam,
advocaat mr. D.B. Zieren te Rotterdam, en

6. **Afvalsturing Friesland N.V.**,
gevestigd in Leeuwarden,
hierna te noemen: AF,
advocaat: mr. L.E.J. Korsten te Amsterdam,
verweersters.

Het hof noemt partijen hierna AVR, BAR, de BAR-gemeenten, Irado en AF, en verweersters gezamenlijk BAR c.s.

1. Doel van dit verwijzingsarrest

1.1 Deze zaak heeft betrekking op opdrachten van drie gemeenten en een tussengelegen rechtspersoon voor de verwerking van het huishoudelijk restafval van die gemeenten. De gemeenten en de tussengelegen rechtspersoon hebben voor deze opdrachten geen

aanbestedingsprocedure gevolgd en beroepen zich daarvoor op de zogeheten quasi-inhouse-uitzondering (met meerdere controlerende aanbestedende diensten) van artikel 2.24b lid 1 Aanbestedingswet 2012.

- 1.2 Het hof legt in dit arrest prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie EU over de uitleg van het voor die uitzondering relevante activiteitscriterium van artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b) en lid 5 van Richtlijn 2014/24/EU¹ (hierna ook: de richtlijn).

2. Het juridisch kader

Aanbestedingsrecht

- 2.1 De richtlijn maakt deel uit van de derde generatie van aanbestedingsrichtlijnen en is in zoverre de opvolgsterrichtlijn van de Richtlijnen Diensten (92/50/EEG), Leveringen (93/36/EEG) en Werken (93/37/EEG) en de daarop volgende eerste algemene Aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG).
- 2.2 Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 18 november 1999 in de zaak *Teckaf*² met betrekking tot de Aanbestedingsrichtlijn Diensten 92/50/EEG geoordeeld dat deze niet van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een opdracht verleent aan een persoon die daar weliswaar rechtens van onderscheiden is, maar:
- (i) waarover de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten; en
 - (ii) die het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen (hierna: het activiteitscriterium).
- Daarna heeft het Hof van Justitie EG (vanaf 2009 EU) deze uitzondering in uitgebreide rechtspraak uitgewerkt.
- 2.3 De Uniewetgever heeft het doel van de richtlijn als volgt verwoord in overweging 1 van haar considerans:

“Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.”

- 2.4 De overwegingen 5, eerste volzin, 31 en 32, eerste alinea, van de considerans van de Richtlijn luiden als volgt:

“(5) Er zij op gewezen dat geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij

¹ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65, met rectificaties in *PbEU* 2015, L 184/31, en *PbEU* 2020, L 317/40).

² Zaak C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, punt 50.

willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen."

(...)

(31) Er is een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De desbetreffende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie wordt door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moet worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.

Hierbij moeten de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beschreven richtinggevend zijn. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten.

Er moet voor worden gezorgd dat vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers in die zin dat een particuliere dienstverlener bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten.

(...)

*(33) Overheidsopdrachten die worden gegund aan gecontroleerde rechtspersonen, zijn niet aan de bij onderhavige richtlijn vastgestelde procedures onderworpen indien de aanbestedende dienst over die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, mits de activiteit van de gecontroleerde rechtspersoon voor ten minste 80 % bestaat uit het uitvoeren van taken die hem zijn opgedragen door de controle uitoefenende aanbestedende dienst of door andere rechtspersonen waarover die aanbestedende dienst controle uitoefent, ongeacht de begunstigde van de uitvoering van de opdracht.
(...)"*

- 2.5 Titel I van de richtlijn, met als opschrift „Toepassingsgebied, definities en algemene beginselen”, bevat een hoofdstuk I, „Toepassingsgebied en definities”, waarvan afdeling 3, „Uitsluitingen”, onder andere artikel 12 bevat.
- 2.5.1. Artikel 12 lid 1 van de richtlijn regelt de situatie waarin één aanbestedende dienst een andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon controleert, terwijl artikel 12 lid 3 de situatie regelt waarin rechtspersoon door meerdere aanbestedende diensten wordt gecontroleerd. Lid 3 luidt als volgt, waarbij de onderdelen a) tot en met c) identiek zijn aan dezelfde onderdelen in lid 1:

“Een aanbestedende dienst die op een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder deze richtlijn toe te passen een overheidsopdracht gunnen aan die rechtspersoon, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de aanbestedende dienst oefent samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uit zoals op hun eigen diensten;*
- b) meer dan 80 % van de activiteiten van die rechtspersoon behelst de*

uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en

c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (...)."

2.5.2. Artikel 12 lid 5 eerste alinea van de richtlijn luidt, voor zover van belang, als volgt:

"Het percentage van de activiteiten als bedoeld in lid 1, eerste alinea, onder b), lid 3, eerste alinea, onder b), en (...) wordt bepaald aan de hand van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht."

2.6 Deze bepalingen zijn voor Nederland als volgt omgezet in de Aanbestedingswet 2012, Afdeling 2.1.3. "Uitgezonderde overheidsopdrachten en prijsvragen", artikelen 2.24a (één controlerende aanbestedende dienst) en 2.24b (meerdere controlerende aanbestedende diensten):

"Artikel 2.24a

(...)

4. Het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel b, wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.

(...)

Artikel 2.24b

1. In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund, indien:

- a. de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten,
- b. meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en
- c. er geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.

(...)

3. Op het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel b, is artikel 2.24a, vierde en vijfde lid, van overeenkomstige toepassing."

Jaarrekeningenrecht

- 2.7 Omdat AVR het standpunt heeft ingenomen dat voor toepassing van het activiteitscriterium van artikel 12 leden 3 en 5 van de richtlijn moet worden uitgegaan van de geconsolideerde omzet van de gecontroleerde rechtspersoon, zijn ook de regels inzake het jaarrekeningrecht van belang.
- 2.8 Het jaarrekeningrecht van de lidstaten is geharmoniseerd bij Richtlijn 2013/34/EU (hierna: richtlijn 2013/34),³ wat Nederland betreft onder andere voor de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.⁴ Deze richtlijn bevat een Hoofdstuk 6 "Geconsolideerde financiële overzichten en verslagen", dat onder andere de artikelen 22 en 24 bevat.
- 2.9 Artikel 22 van richtlijn 2013/34, met als opschrift "Het voorschrijf geconsolideerde financiële overzichten op te stellen", luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

"1. Een lidstaat schrijft voor dat een onder zijn nationale recht vallende onderneming geconsolideerde financiële overzichten en een geconsolideerd bestuursverslag opstelt, indien die onderneming (een moederonderneming):

- a) de meerderheid bezit van de stemrechten van de aandeelhouders of vennoten in een andere onderneming (een dochteronderneming),*
- b) het recht heeft de meerderheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudende orgaan van een andere onderneming (een dochteronderneming) te benoemen of te ontslaan, en tevens aandeelhouder of vennoot in die onderneming is;*
- c) het recht heeft een overheersende invloed uit te oefenen op een onderneming (een dochteronderneming) waarvan zij aandeelhouder of waarin zij vennoot is, krachtens een met deze onderneming gesloten overeenkomst of een bepaling in de statuten van die onderneming, indien het recht waaronder die dochteronderneming valt, toestaat dat zij aan de werking van dergelijke overeenkomsten of statutaire bepalingen onderworpen is.*
De lidstaten behoeven niet voor te schrijven dat de moederonderneming aandeelhouder van of vennoot in haar dochteronderneming moet zijn. Lidstaten waarvan het recht dergelijke overeenkomsten of statutaire bepalingen niet kent, behoeven deze bepaling niet toe te passen; of
- d) aandeelhouder van of vennoot in een onderneming is en:*
 - i) een meerderheid van de leden van het bestuurs-, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan van die onderneming (een dochteronderneming) die gedurende het boekjaar, gedurende het voorafgaande boekjaar en tot aan de opstelling van de geconsolideerde financiële overzichten in functie zijn, werden benoemd, enkel door de uitoefening van haar stemrechten, of*
 - ii) op grond van een overeenkomst met andere aandeelhouders van of vennoten in die onderneming (een dochteronderneming), als enige de meerderheid van de stemrechten van de aandeelhouders van of vennoten in die onderneming beheerst. De lidstaten*

³ Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad. *PhEU* 2013 L 182/19, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2022/2464 (*PhEU* 2022, L 322/15), met rectificatie in *PhEU* 2023, L 183/64.

⁴ Zie Bijlage I bij deze richtlijn.

kunnen nadere eisen betreffende vorm en inhoud van die overeenkomst vaststellen.

De lidstaten schrijven ten minste de subpunt ii) genoemde regeling voor. Zij kunnen de toepassing van het subpunt i) afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de stemrechten ten minste 20 % van het totaal vertegenwoordigen.

Subpunt i) is evenwel niet van toepassing indien een derde partij tegenover die onderneming de in de punten a), b) of c) bedoelde rechten heeft.

(...)

3. Voor de toepassing van lid 1, punten a), b) en d), worden de stemrechten en de rechten inzake benoeming en ontslag van enige andere dochteronderneming en van enige persoon die in eigen naam maar voor rekening van de moederonderneming of van een andere dochteronderneming handelt, bij de rechten van de moederonderneming geteld.

4. Voor de toepassing van lid 1, punten a), b) en d), worden op de in lid 3 genoemde rechten in mindering gebracht de rechten

a) verbonden aan de aandelen die worden gehouden voor rekening van personen die noch de moederonderneming noch een dochteronderneming van die moederonderneming zijn, of

b) verbonden aan de aandelen die

i) tot zekerheid worden gehouden, mits deze rechten in overeenstemming met de ontvangen instructies worden uitgeoefend, of

ii) worden gehouden in verband met gewone transacties in het kader van leningverstrekking activiteiten, op voorwaarde dat de stemrechten worden uitgeoefend in het belang van de persoon die de zekerheid stelt.

5. Voor de toepassing van lid 1, punten a) en d), worden het totaal van de stemrechten van de aandeelhouders van of de vennoten in de dochteronderneming vermindert met de stemrechten verbonden aan de aandelen die worden gehouden door deze onderneming zelf, door een dochteronderneming van deze onderneming of door een persoon die in eigen naam, maar voor rekening van deze ondernemingen handelt.

6. Onverminderd artikel 23, lid 9, worden de moederonderneming en al haar dochterondernemingen in de consolidatie opgenomen, ongeacht de plaats van de zetel van die dochterondernemingen.

(...)"

2.10 Artikel 23 van richtlijn 2013/34 voorziet in vrijstellingen van de consolidatieplicht.

2.11 Artikel 24 van deze richtlijn, met als opschrift "De opstelling van geconsolideerde financiële overzichten", luidt, wat de winst- en verliesrekening betreft en voor zover hier van belang, als volgt:

"4. Indien aandelen in de consolidatie opgenomen dochterondernemingen worden gehouden door personen, andere dan die ondernemingen, wordt het aan die aandelen toe te rekenen bedrag afzonderlijk, als minderheidsbelangen, in de geconsolideerde balans vermeld.

5. De baten en lasten van de in de consolidatie opgenomen ondernemingen worden volledig in de geconsolideerde winst-en-verliesrekening opgenomen.

6. Het aan de in lid 4 bedoelde aandelen toe te rekenen bedrag van de winst of het verlies wordt afzonderlijk, als aan minderheidsbelangen toe te rekenen winst of verlies, in de geconsolideerde winst-en-verliesrekening vermeld.

7. In de geconsolideerde financiële overzichten worden de (...) winsten of verliezen van de in de consolidatie opgenomen ondernemingen opgenomen alsof deze één enkele onderneming vormen. Meer bepaald wordt het volgende uit de

geconsolideerde financiële overzichten weggelaten:

(...)

- c) de winsten en verliezen die voortvloeien uit transacties tussen de ondernemingen, indien die in de boekwaarde van de activa begrepen zijn."*

- 2.12 Deze bepalingen zijn voor Nederland omgezet in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), Boek 2 Rechtspersonen. Titel 9 De jaarrekening en het bestuursverslag. Afdeling 13 Geconsolideerde jaarrekening. De artikelen 2:405, 2:406 en 2:410 BW luiden, voor zover van belang, als volgt:

"Artikel 405

- 1. Een geconsolideerde jaarrekening is de jaarrekening waarin de activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen en andere in de consolidatie meegenomen rechtspersonen en vennootschappen, als één geheel worden opgenomen*
- 2. De geconsolideerde jaarrekening moet overeenkomstig artikel 362 lid 1 inzicht geven betreffende het geheel van de in de consolidatie opgenomen rechtspersonen en vennootschappen.*

Artikel 406

- 1. De rechtspersoon die, alleen of samen met een andere groepsmaatschappij, aan het hoofd staat van zijn groep, stelt een geconsolideerde jaarrekening op, waarin opgenomen de eigen financiële gegevens met die van zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft.*
- 2. Een rechtspersoon waarop lid 1 niet van toepassing is, maar die in zijn groep een of meer dochtermaatschappijen heeft of andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft, stelt een geconsolideerde jaarrekening op. Deze omvat de financiële gegevens van het groepsdeel, bestaande uit de rechtspersoon, zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen die onder de rechtspersoon vallen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft.*
- (...)*

Artikel 410

- 1. De bepalingen van deze titel over de jaarrekening en onderdelen daarvan, uitgezonderd (...), zijn van overeenkomstige toepassing op de geconsolideerde jaarrekening.*
- (...)"*

Mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip

- 2.13 AVR heeft daarnaast het standpunt ingenomen dat voor toepassing van het activiteitscriterium van artikel 12 leden 3 en 5 van de richtlijn moet worden uitgegaan van de omzet van de onderneming waarvan de gecontroleerde rechtspersoon deel uitmaakt en rekening moet worden gehouden met de economische werkelijkheid.
- 2.14 Het begrip "onderneming" omvat in het mededingingsrecht van de Unie elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van deze entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, en duidt bijgevolg een economische eenheid aan, ook al bestaat deze uit juridisch oogpunt uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen.

Deze economische eenheid bestaat in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan meewerken aan een in de artikelen 101 lid 1 of 102 VWEU bedoelde inbreuk. Daarbij moet worden opgemerkt dat de organisatie van ondernemingsgroepen die een economische eenheid kunnen vormen, zeer verschillend kan zijn, afhankelijk van de groep. Meer bepaald bestaan er ondernemingsgroepen van het type „conglomeraat”, die actief zijn in verschillende economische sectoren waartussen geen verband bestaat. Het gaat daarom bij het ondernemingsbegrip in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU om een functioneel begrip, waarbij de economische eenheid die de onderneming vormt, moet worden bepaald op basis van het voorwerp van de betrokken mededingingsbepalende afspraak. Een en dezelfde moedermaatschappij kan dus deel uitmaken van meerdere economische eenheden die, naargelang van de betrokken economische activiteit, bestaan uit haarzelf en verschillende combinaties van haar dochterondernemingen die alle tot dezelfde ondernemingsgroep behoren.

Afvalstoffenrecht

- 2.15 Omdat de vragen mede betrekking hebben op de kwalificatie van omzet uit de exploitatie van een stortplaats worden hier ook de bepalingen vermeld van de Kaderrichtlijn afvalstoffen 2008/98/EG (hierna: richtlijn 2008/98)⁶ en de Richtlijn storten 1999/31/EEG (hierna: richtlijn 1999/31)⁷ en van de omzetting daarvan voor Nederland.
- 2.16 Uit artikel 1 van richtlijn 1999/31 volgt dat deze, samengevat, tot doel heeft het storten van afval geleidelijk te verminderen en middels strenge voorschriften inzake afvalstoffen en stortplaatsen te voorzien in maatregelen om negatieve gevolgen van het storten van afvalstoffen voor het (wereldwijde) milieu en de volksgezondheid te voorkomen of zo veel mogelijk te verminderen.
- 2.17 Op grond van artikel 2 aanhef en onder g van richtlijn 1999/31 wordt “stortplaats” voor de doeleinden van die richtlijn gedefinieerd als:

“een afvalverwijderingsterrein voor het storten van afvalstoffen op of in de bodem (d.w.z. onder de grond), met inbegrip van:
— *interne afvalstortplaatsen (d.w.z. stortplaatsen waar een afvalproducent zijn eigen afval op de plaats van de productie verwijdert), en*
— *een terrein dat permanent (d.w.z. meer dan een jaar lang) wordt gebruikt voor de tijdelijke opslag van afval,*
maar met uitsluiting van:
— *voorzieningen waar afvalstoffen worden uitgeladen ter voorbereiding van verder transport voor terugwinning, behandeling of verwijdering elders, en*
— *van opslag van afval voorafgaand aan terugwinning of behandeling voor een periode van in de regel minder dan drie jaar, of*
— *van opslag van afvalstoffen voorafgaand aan verwijdering, voor een periode*

⁵ HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:800, C-882/19 (*Sumal Mercedes Benz Trucks España*), punten 41 en 45 tot en met 47 en aldaar aangehaalde vaste rechtspraak.

⁶ Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen. *PbEU* 2008, L 312/3, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2018/851. *PbEU* 2018, L 150/109, laatstelijk gerectificeerd in *PbEU* 2019, L 3/6.

⁷ Richtlijn 1999/31/EEG van de Raad van 26 april 1999 betreffende het storten van afvalstoffen. *PbEU* 1999, L 182/1, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2018/850. *PbEU* 2018, L 150/100, laatstelijk gerectificeerd in *PbEU* 2018, L 195/58.

van minder dan een jaar;”

- 2.18 Artikel 5 van richtlijn 1999/31 heeft als opschrift “Afvalstoffen en vormen van behandeling die niet op een stortplaats mogen worden aanvaard”. Lid 5 daarvan luidt als volgt:

“De lidstaten treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de hoeveelheid gestort stedelijk afval tegen 2035 tot 10 % of minder van de totale geproduceerde hoeveelheid stedelijk afval (in gewicht) wordt verminderd.

- 2.19 Deze bepalingen zijn voor Nederland als volgt omgezet. Krachtens artikel 1.1 Wet milieubeheer is “storten” gedefinieerd als het “op of in de bodem brengen van afvalstoffen om deze daar te laten”. Krachtens 8.40 van die wet is het Besluit stortplaatsen en stortverboden afvalstoffen vastgesteld. Artikel 1 lid 1 van dit besluit⁸ bepaalt dat het in inrichtingen voor het storten van afvalstoffen verboden is afvalstoffen te storten die behoren tot een meer van de in die bepaling beschreven categorieën, waaronder categorieën 15 en 16:

*“15 a. huishoudelijk restafval en daarmee vergelijkbaar restafval van bedrijven;
b. deelstromen of residuen, afkomstig van de handmatige en mechanische verwerking van stromen restafval als bedoeld onder a;*

*16. a. grof huishoudelijk restafval;
b. deelstromen of residuen van de handmatige en mechanische verwerking van grof huishoudelijk afval;”*

- 2.20 Voor dit stortverbod geldt het volgende, in de artikel 4 tot en met 6 van dit besluit geregelde stelsel van ontheffingen die kunnen worden verleend door het college van gedeputeerde staten, dat wil zeggen de uitvoerende macht van de betrokken provincie:

Artikel 4

1. Gedeputeerde staten kunnen aan een omgevingsvergunning voor een stortplaats het voorschrift verbinden dat voor daarbij aangewezen afvalstoffen het in artikel 1, eerste lid, bedoelde verbod niet geldt indien die afvalstoffen zijn aangewezen krachtens artikel 5, dan wel indien daarvoor een verklaring geldt als bedoeld in artikel 6.

(...)

Artikel 5

Bij regeling van Onze Minister kunnen categorieën van afvalstoffen, genoemd in artikel 1, eerste lid, categorie 15 en volgende, of delen van die categorieën worden aangewezen, waarvoor naar zijn oordeel in Nederland geen andere wijze van afvalbeheer mogelijk is dan storten.

Artikel 6

1. Op verzoek van degene die een stortplaats drijft, kunnen gedeputeerde staten verklaren dat er naar hun oordeel in Nederland geen andere wijze van afvalbeheer mogelijk is dan storten voor in artikel 1, eerste lid, categorie 15 en volgende, genoemde afvalstoffen of voor een deel van een zodanige categorie.

(...)”

⁸ Gelezen in samenhang met Bijlage I, Onderdeel C, Categorie 28 lid 1 aanhef en onder c bij het Besluit omgevingsrecht.

2.21 Artikel 28 lid 1 eerste alinea van richtlijn 2008/98 bepaalt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat hun bevoegde instanties overeenkomstig de artikelen 1, 4, 13 en 16, één of meer afvalbeheerplannen vaststellen.”

2.22 Deze bepaling is voor Nederland omgezet in artikel 10.3 van de Wet milieubeheer, dat bepaalt dat de bevoegde minister ten minste eenmaal in de zes jaar een afvalbeheerplan vaststelt.

2.23 Op dit moment geldt het derde Landelijk Afvalbeheerplan na tweede wijziging, in werking getreden op 2 maart 2021. Dit plan bevat een Hoofdstuk 4 “Algemene uitgangspunten en algemeen beleid”. Dit hoofdstuk bevat een Afdeling 4.2 “Afvalhiërarchie” waarin storten in overeenstemming met de afvalhiërarchie van artikel 4 van Richtlijn 2008/98, zoals omgezet in artikel 10.4 Wet milieubeheer, op de onderste plek van die hiërarchie is geplaatst. Dit Hoofdstuk 4 bevat ook een Afdeling 4.5 “Vrije markt versus nutsfuncties”, met onder andere de volgende inhoud:

*“A.4.5.1 De nutsfunctie en de bijzondere verantwoordelijkheid van de overheid
Een nutsfunctie is een maatschappelijk onmisbare voorziening waarvan het voortbestaan absoluut moet zijn gewaarborgd, zoals schoon drinkwater en energie. In het afvalbeheer vallen (...) en het storten van afvalstoffen onder de nutsfunctie (...). Dit betekent dat de overheid de beschikbaarheid, continuïteit en kwaliteit van deze taken moet garanderen. De legitimatie daarvoor is dat als deze continuïteit niet is gewaarborgd, afvalstoffen op een maatschappelijk ongewenste manier in het milieu terecht kunnen komen (dumpen). Dit kan tal van schadelijke gevolgen hebben voor de volksgezondheid en het milieu. Daarnaast is het zorgdragen voor de hier genoemde nutsfuncties mede gericht op bescherming van en toegankelijkheid voor de burger.
Het garanderen van de beschikbaarheid, continuïteit en kwaliteit van deze taken betekent overigens niet dat de overheid de feitelijke uitvoering ook zelf moet verzorgen. De hiervoor genoemde activiteiten die onder de nutsfunctie voor afvalbeheer vallen, worden door zowel de publieke als de private sector uitgevoerd. (...) Verder is begin 2015 ongeveer 59% van de restcapaciteit voor storten in private handen. (...)*

(...)

*A.4.5.3 Storten en de bijzondere verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid
Nutsfunctie*

Bij het streven naar een circulaire economie hoort dat storten tot een minimum moet worden beperkt en op termijn liefst niet meer nodig is. Echter, vooralsnog is storten een fundamentele voorziening die absoluut goed geregeld moet zijn. Op elk moment moet immers het afval op een milieuhygiënisch verantwoorde en veilige manier kunnen worden verwijderd wanneer daar (nog) geen andere optie voor is. Dat geldt zowel voor het restafval dat niet nuttig kan worden toegepast of kan worden verbrand, als voor het afval dat normaliter wel nuttig wordt toegepast of wordt verbrand, maar waarvan die verwerking (al aan niet tijdelijk) stagneert. In het laatste geval wordt gesproken van storten als achtervang. Daarnaast is het van belang dat de continuïteit voor het milieuhygiënisch verantwoorde beheer van afvalstoffen is gewaarborgd, dus dat ook in de toekomst voldoende capaciteit beschikbaar is. Storten wordt daarom in dit LAP als nutsfunctie gekarakteriseerd en stortplaatsen zijn om die redenen aan te merken als nutsvoorzieningen, als maatschappelijk onmisbare voorzieningen.

De nutsfunctie voor storten is niet wettelijk geregeld, maar is de continuering van een taak die de overheid in het verleden aan zichzelf heeft opgelegd. De nutsfunctie richt zich daarbij op al het onbrandbaar en brandbaar afval dat (tijdelijk) niet nuttig wordt toegepast of niet wordt verbrand als vorm van verwijdering.

*Bijzondere verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid
Het aanmerken van storten als nutstaak geeft de overheid een bijzondere verantwoordelijkheid voor de continuïteit. Als de instandhouding van bestaande, noodzakelijke stortcapaciteit in gevaar komt of als de realisatie van nieuwe, noodzakelijke stortcapaciteit niet plaatsvindt, heeft het Rijk een bijzondere verantwoordelijkheid. Dit betekent dat het Rijk in genoemde gevallen maatregelen treft voor het instandhouden of realiseren van de noodzakelijke capaciteit. (...)*

*Capaciteitsplanning
Belangrijk aspect is de capaciteit die nodig is om die nutstaak te kunnen uitvoeren. Voor het storten van afvalstoffen is capaciteitsplanning noodzakelijk, omdat Nederland - met uitzondering van enkele specifieke afvalstoffen (...) - voor storten zelfvoorzienend wil blijven. (...)."*

3. De feiten

Partijen

- 3.1 AVR is een commerciële afvalverwerker.
- 3.2 De gemeenten van de provincie Friesland hebben in 1995 AF opgericht als gezamenlijke afvalverwerker zonder winstoogmerk, in opvolging van een gemeenschappelijke regeling die zij in 1981 hadden opgericht. Na 1995 zijn ook andere, niet-Friese gemeenten aandeelhouder geworden van AF.
- 3.3 AF staat aan het hoofd van een groep dochtervennootschappen die voor een deel actief zijn op een ander gebied dan ter uitvoering van de taken die aan AF of die dochtervennootschappen zijn toegewezen door de gemeenten die aandelen houden in AF.
- 3.4 AF stelt geconsolideerde jaarrekeningen op waarin zij op grond van artikel 2:406 lid 1 BW haar eigen financiële gegevens consolideert met die van haar dochtermaatschappijen, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop zij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover zij de centrale leiding heeft. Onderdeel van die geconsolideerde jaarrekeningen zijn winst- en verliesrekeningen waarin AF aan de batenkant de omzet consolideert van de in vorige volzin bedoelde entiteiten, met uitsluiting van onderlinge transacties.
- 3.5 De BAR-gemeenten zijn gelegen in de provincie Zuid-Holland. Zij hebben in 2015 BAR opgericht als organisatie zonder winstoogmerk voor de uitvoering van hun afvalbeheer.
- 3.6 Irado is in 2000 door drie andere Zuid-Hollandse gemeenten⁹ opgericht als uitvoeringsorganisatie zonder winstoogmerk voor afvalbeheer en het beheer van de openbare ruimte. Irado is in 2017 aandeelhouder geworden in AF en laat sinds 1 januari

⁹ Capelle aan den IJssel, Schiedam en Vlaardingen

2017 het huishoudelijk restafval dat zij in die drie andere Zuid-Hollandse gemeenten inzamelt, door AF verwerken.

De stortplaats van AF

- 3.7 AF exploiteert zelf (dus niet via een van haar groepsvennootschappen) in opdracht van de gemeenten van de provincie Friesland een afvalstortplaats (hierna: de stortplaats).
- 3.8 Op de stortplaats wordt niet-huishoudelijk restafval gestort.¹⁰ Het gaat hierbij onder andere om bedrijfsafval en om afval afkomstig uit gemeentelijke projecten zoals grondsanering bij woningbouw en asbestsanering.
- 3.9 Voor stortplaatsen geldt in Nederland de capaciteitsplanning bedoeld in Alinea A.4.5.3. van het derde Landelijke Afvalbeheerplan (zie hiervoor onder 2.23). Binnen die planning worden stortplaatsen in Nederland geëxploiteerd zowel door private marktpartijen als door openbare lichamen.

De omstreden opdrachten

- 3.10 Tot en met 31 december 2019 had iedere BAR-gemeente een eigen overeenkomst met verschillende afvalverwerkingsbedrijven en verwerkte AVR op grond van die overeenkomsten (deels als onderaannemer) hun huishoudelijk restafval. Op enig moment in 2019 hebben de BAR-gemeenten besloten BAR te laten deelnemen in Irado en aan Irado de opdracht te verstrekken hun huishoudelijk restafval te laten ophalen en verwerken.
- 3.11 Op 13 december 2019 hebben Irado en AF een overeenkomst gesloten voor de levering, transport en verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten met ingang van 1 januari 2020.
- 3.12 Op 20 december 2019 hebben BAR en Irado een dienstverleningsovereenkomst gesloten die mede betrekking heeft op de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten.
- 3.13 Op 31 december 2019 is BAR aandeelhouderster geworden van Irado.

4. De nationale procedure

- 4.1 AVR heeft verweersters voor de rechtbank Den Haag gedagvaard en diverse vorderingen ingesteld die, kort gezegd, neerkomen op vernietiging (primair) dan wel opzegging of niet-uitvoering (subsidiar) van de hiervoor onder 3.11 en 3.12 bedoelde opdrachten, gepaard met een verklaring voor recht dat in verband met die opdrachten niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aanbestedingswet 2012 en een gebod om die opdrachten Europees aan te besteden als de BAR-gemeenten die nog wensen te vergeven.

¹⁰ Niet zijnde afval waarvan de stort is verboden krachtens artikel 5 leden 1 tot en met 4 Richtlijn 1999/31/EEG, zoals omgezet in artikel 1 lid 1 onder 1 tot en met 14 Besluit stortplaatsen en stortverboden afvalstoffen

- 4.2 De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen omdat zij van oordeel was dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aw.
- 4.3 AVR is van dit vonnis in hoger beroep gekomen en vordert dat het hof haar vorderingen alsnog toewijst, met als bijkomende vordering dat het hof BAR c.s. hoofdelijk veroordeelt tot het betalen van een schadevergoeding aan AVR.
- 4.4 Na eerdere procedurele stappen heeft het hof partijen bij arrest van 13 juni 2023 in concept prejudiciële vragen voorgelegd met het verzoek daarop te reageren. AVR en BAR c.s. hebben daar ieder bij akte van 8 augustus 2023 op gereageerd en hebben vervolgens ieder bij antwoordaktes van 5 september 2023 op elkaars hiervoor bedoelde aktes gereageerd. Voor zover deze aktes en antwoordaktes betrekking hadden op het toevoegen, verwijderen of aanpassen van vragen, vormt dit arrest de reactie daarop.¹¹ Voor zover partijen daarin andere onderwerpen aan de orde hebben gesteld, zal het hof daar waar nodig later op terugkomen.

5. Achtergrond van de prejudiciële vragen

Partijdebat

- 5.1 Tussen partijen is niet in geschil dat de opdracht van BAR aan Irado en die van Irado aan AF worden beheerst door de aanbestedingsplicht van de richtlijn, zoals omgezet in de Aanbestedingswet 2012. BAR en Irado doen voor die respectieve opdrachten een beroep op de uitzondering van artikel 2.24b van die wet.
- 5.2 Voor de vraag of dat beroep slaagt is onder andere van belang of AF in de verhouding tot de aanbestedende diensten die haar controleren voldoet aan het activiteitscriterium van artikel 2.24b lid 1 onder b, gelezen in samenhang met artikel 2.24a lid 3, Aanbestedingswet 2012, zoals uitgelegd conform artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b en lid 5 eerste alinea van de richtlijn.

De rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het activiteitscriterium uit zijn Teckal-rechtspraak

- 5.3 Het Hof van Justitie heeft in zijn arresten van 11 mei 2006 in de zaak *Carbotermo*¹² en van 8 december 2016 in de zaak *Undis Servizi*¹³ toegelicht wat de achtergrond is van het activiteitscriterium uit zijn eerdere aangehaald *Teckal*-arrest:

- *Carbotermo* (verwijzingen achterwege gelaten):
"58. Er zij herinnerd aan het hoofddoel van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten, namelijk het vrije verkeer van goederen en diensten alsmede de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten (...).
59. De in het reeds aangehaalde arrest *Teckal* gestelde voorwaarden waaronder richtlijn 93/36 niet van toepassing is op overeenkomsten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, te weten dat het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht moet uitoefenen zoals op

¹¹ Zie HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10, EU:C:2011:506 (*Kelly*), punten 63-65.

¹² Zaak C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308.

¹³ Zaak C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935.

zijn eigen diensten en dat deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden moet verrichten voor het lichaam (de lichamen) dat (die) hem controleert (controleren), dienen meer in het bijzonder te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst.

60. Het vereiste dat de betrokken persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat hem controleert of de overheidslichamen die hem controleren, heeft inzonderheid tot doel te waarborgen dat richtlijn 93/36 van toepassing blijft ingeval een door een of meer overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren.

61. Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat het overheidslichaam dat haar controleert toezicht uitoefent op de beslissingen die haar aangaan, indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen

62. Daarnaast is dus nog vereist dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend voor dit lichaam verricht. Binnen deze grenzen lijkt het gerechtvaardigd dat de dwingende bepalingen van richtlijn 93/36, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.

63. Onder toepassing van deze beginselen kan de betrokken onderneming slechts worden geacht het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten voor het lichaam dat haar controleert, in de zin van het reeds aangehaalde arrest Teckal, wanneer de activiteit van deze onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op dit lichaam en elke andere activiteit marginaal is.

64. Om uit te maken of dit het geval is, dient de bevoegde rechter alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak in de beschouwing te betrekken."

- Undis Servizi (verwijzingen achterwege gelaten):

"28. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof impliceert het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten, te weten het vrije verkeer van producten en diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, de verplichting om de in de toepasselijke richtlijnen voorziene regels inzake aanbestedingsprocedures toe te passen wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriale overheid, voornemens is om met een rechtens onderscheiden entiteit schriftelijk een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten, ongeacht de vraag of deze entiteit zelf een aanbestedende dienst is of niet (...).

29. Het Hof heeft onderstreept dat elke uitzondering op de toepassing van deze verplichting strikt moet worden uitgelegd (...).

30. Aangezien een overheidsinstantie haar taken van algemeen belang kan vervullen met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe entiteiten die niet tot haar diensten behoren (...), heeft het Hof de erkenning van de uitzondering voor de zogeheten „in house“-gunningen gerechtvaardigd met het bijzondere interne verband dat in een dergelijk geval bestaat tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemende entiteit, zelfs indien laatstgenoemde een entiteit is die rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst (...). In dergelijke gevallen kan worden geoordeeld dat de aanbestedende dienst in werkelijkheid zijn eigen middelen gebruikt (...) en dat de opdrachtnemende entiteit nagenoeg deel uitmaakt van de interne diensten van de aanbesteder.

31. Die uitzondering vereist, behalve dat de aanbestedende dienst over de opdrachtnemende entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, dat deze entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten gunste van de

aanbestedende dienst/diensten die haar aandelen houdt/houden (...).

32. Derhalve is het onontbeerlijk dat de werkzaamheden van de opdrachtnemende entiteit hoofdzakelijk in dienst staan van de overheidsinstantie(s) die haar aandelen houdt/houden en dat elke andere activiteit slechts marginaal kan zijn. Om uit te maken of dit het geval is, dient de bevoegde rechter alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak in de beschouwing te betrekken. Dienaangaande is de relevante omzet die welke deze entiteit behaalt krachtens gunningsbesluiten van deze toezichthoudende instantie of deze toezichthoudende instanties (...).

33. Het vereiste dat de desbetreffende persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor de overheidsinstantie(s) die zijn aandelen houdt(houden), heeft tot doel te waarborgen dat richtlijn 2004/18 van toepassing blijft ingeval een onderneming waarop door een of meer overheidsinstanties toezicht wordt gehouden, op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren. Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat op de beslissingen die haar aangaan toezicht wordt uitgeoefend door de overheidsinstantie(s) die haar aandelen houdt(houden), indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteiten voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen. Indien deze onderneming daarentegen het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend verricht voor deze overheidsinstantie(s), lijkt het gerechtvaardigd dat de dwingende bepalingen van richtlijn 2004/18, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is (...)."

- 5.4 Het Hof van Justitie is in zijn arrest *Carbotermo* ook nader ingegaan op de vraag of omzet behaald van derden kan worden aangemerkt als omzet behaald bij werkzaamheden verricht ten behoeve van het controleren lichaam of de controlerende lichamen:

"65. Wat de vraag betreft of in deze context enkel rekening moet worden gehouden met de omzet uit voor het toezichthoudende overheidslichaam verrichte activiteiten dan wel met de omzet die is behaald op het grondgebied van dit lichaam, moet ervan worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.

66. De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegund zijn immers alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert.

67. Het doet er niet toe wie de betrokken onderneming vergoedt – het overheidslichaam dat haar controleert of de derden-gebruikers van de diensten die worden verricht krachtens concessies die dit lichaam heeft verleend, of andere rechtsverhoudingen die het tot stand heeft gebracht. Irrelevant is eveneens op welk grondgebied deze diensten worden verricht."

De omzet van AF

- 5.5 Volgens BAR c.s. is het percentage van de activiteiten die AF verricht ter uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door controlerende aanbestedende diensten (hierna: taakuitvoeringsomzet), gemeten op basis van de gemiddelde omzet over de jaren 2016-2018:
- lager dan 80% wanneer wordt gekeken naar de geconsolideerde omzet van de groep

waartoe AF behoort; en

- hoger dan 80% wanneer wordt gekeken naar de niet-geconsolideerde omzet van alleen AF.

- 5.6 BAR c.s. heeft bij de berekening van dat percentage de omzet die AF behaalt met het exploiteren van de stortplaats als taakuitvoeringsomzet in aanmerking genomen. Het wel of niet in aanmerking nemen van die omzet als taakuitvoeringsomzet kan van invloed zijn op de vraag of AF, berekend op alleen vennootschapsniveau, aan het activiteitscriterium voldoet.

Omzet van alleen de gecontroleerde rechtspersoon?

- 5.7 Volgens BAR c.s. moet de berekening van het percentage van taakuitvoeringsomzet worden toegepast op alleen de (niet-geconsolideerde) omzet van AF, omdat artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b) van de richtlijn verwijst naar "de activiteiten van de rechtspersoon" en artikel 12 lid 5 van de richtlijn naast omzet ook toelaat dat wordt gekeken naar een "alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken". Als uitgegaan zou worden van de geconsolideerde omzet, zou daarentegen ook de omzet meetellen van andere rechtspersonen dan de gecontroleerde rechtspersoon, hetgeen een toepassing *contra legem* van het activiteitscriterium zou opleveren.
- 5.8 Volgens AVR moet de groepsomzet in aanmerking worden genomen, omdat in het geval van een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep alleen op die manier voldoende rekening kan worden gehouden met de feitelijke en economische werkelijkheid. Indien alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon in aanmerking zou worden genomen, zou dat leiden tot een ongerechtvaardigd hoog aantal uitzonderingen op de toepasselijkheid van de richtlijn en daarmee tot minder concurrentie, hetgeen strijdig is met het doel van de aanbestedingsregels. Alleen door de groepsomzet in aanmerking te nemen kan worden gewaarborgd dat (i) de richtlijn van toepassing blijft "*ingeval een door een of meer overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren*", (ii) de gecontroleerde rechtspersoon haar "*handelingsvrijheid verliest*" omdat zij niet meer "*althans een belangrijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen*", en (iii) "*de dwingende bepalingen van [in dit geval de richtlijn, hof], die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is*"¹⁴. AVR heeft er daarnaast op gewezen dat de benadering van BAR c.s. tot het – vanuit het oogpunt van onvervalste mededinging ongewenste – gevolg zou leiden dat een door aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersoon de 80/20-verhouding uit het activiteitscriterium zou kunnen omzeilen door in groepsverband actief te zijn en in dat verband zelf voor meer dan 80% werkzaam te zijn ten behoeve van die controlerende aanbestedende diensten en een of meer groepsvennootschappen op de vrije markt actief te laten zijn. AVR voert daarnaast aan dat AF dusdanig economisch en organisatorisch is verbonden met haar dochtervennootschappen dat *de facto* sprake is van één onderneming.

- 5.9 Indien zou moeten worden uitgegaan van andere omzet dat alleen die van de

¹⁴ Reeds aangehaalde arresten *Carbotermo*, punten 60 tot en met 62, en *Undis Servizi*, punt 33.

gecontroleerde rechtspersoon, klaagt BAR c.s. dat de geconsolideerde omzet daarvoor geen goed aanknopingspunt biedt, omdat het jaarrekeningrechtelijk consolidatieleerstuk te technisch en ingewikkeld is en ook veel uitzonderingen kent.

- 5.10 Het hof ziet daarom aanleiding om de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie:

1. Moet het activiteitscriterium van artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b) van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in samenhang met artikel 12 lid 5 van die richtlijn,

aldus worden uitgelegd dat:

wanneer het daar bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van omzet en de gecontroleerde rechtspersoon deel uitmaakt van een groep,

alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen of ook de omzet van al dan niet binnen de groep verbonden vennootschappen, zoals bijvoorbeeld:

(i) de geconsolideerde omzet uit de geconsolideerde jaarrekening die voor de betrokken groep van vennootschappen moet worden opgesteld op grond van de nationale omzetting van de artikelen 22 en 24 van Richtlijn 2013/34/EU; of

(ii) de omzet van de entiteiten waarmee de gecontroleerde rechtspersoon een economische eenheid vormt in de zin van het ondernemingsbegrip uit het mededingingsrecht van de Unie?

Omzet behaald bij derden?

- 5.11 Indien het Hof van Justitie oordeelt dat alleen de omzet van de gecontroleerde persoon zelf in aanmerking moet worden genomen, moet vervolgens worden beoordeeld of BAR c.s. de omzet van AF uit de stortplaats terecht in aanmerking heeft genomen als taakuitvoeringsomzet.

- 5.12 AVR wijst erop dat op de stortplaats geen huishoudelijk restafval kan worden gestort, waardoor bedrijfsafval overblijft, en dat stortplaatsen in Nederland deels door private marktpartijen worden geëxploiteerd. Met het exploiteren van de stortplaats concurreert AF daarom volgens AR rechtstreeks met die private bedrijven. Volgens haar kan de stortomzet van AF daarom niet in aanmerking worden genomen als taakuitvoeringsomzet.

- 5.13 BAR c.s. wijst erop dat op de stortplaats ook afval in opdracht van gemeenten wordt gestort, zoals afval afkomstig uit bodem- en asbestsanering, en dat het college van gedeputeerde staten van de provincie Friesland een vrijstelling kan verlenen voor het storten van reststromen uit de verwerking van huishoudelijk afval. Daarnaast volgt volgens BAR c.s. uit het reeds aangehaalde arrest *Carbotermo* met zoveel woorden dat de omzet van AF uit de stortplaats als taakuitvoeringsomzet moet worden aangemerkt, ongeacht het feit dat die omzet bij de bedrijven wordt behaald die hun afval daar storten. Het Hof van Justitie heeft in dat arrest namelijk uitdrukkelijk onder ogen gezien dat de werkzaamheden die de gecontroleerde rechtspersoon verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen krachtens gunningsbesluiten niet alleen ten goede kunnen komen aan de controlerende aanbestedende diensten zelf, maar ook aan "derden-gebruikers". Wanneer die derden-gebruikers daarvoor betalen, moet die omzet mede in aanmerking worden genomen als taakuitvoeringsomzet. Volgens BAR c.s. doet precies die situatie zich hier voor: de Friese gemeenten hebben AF opgedragen een

stortplaats te exploiteren, die stortplaats wordt gebruikt door derden-gebruikers die daarvoor betalen en die omzet geldt daarom als taakuitvoeringsomzet.

5.14 Het hof ziet daarom aanleiding de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:

2. Moet, in geval het antwoord op vraag 1 luidt dat alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen, het in die vraag bedoelde activiteitencriterium in die zin worden uitgelegd dat omzet afkomstig van derden-gebruikers die afvalstoffen storten op een stortplaats die de gecontroleerde rechtspersoon exploiteert in opdracht van controlerende aanbestedende diensten, moet worden aangemerkt als omzet behaald bij de uitvoering van taken die aan die rechtspersoon zijn toegewezen door die controlerende aanbestedende diensten, in aanmerking nemende dat de gecontroleerde rechtspersoon, bij die exploitatie onder andere concurreert met private partijen?

Slotsom

5.15 Het hof zal deze vragen verwijzen en elke nadere beslissing aanhouden. Het hof ziet geen aanleiding om, zoals BAR c.s. heeft gevraagd, tegen dit verwijzingsarrest tussentijds cassatieberoep open te stellen.

6. Beslissing

Het hof:

- verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen met betrekking tot de volgende prejudiciële vragen:

1. Moet het activiteitencriterium van artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b) van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in samenhang met artikel 12 lid 5 van die richtlijn, aldus worden uitgelegd dat: wanneer het daar bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van omzet en de gecontroleerde rechtspersoon deel uitmaakt van een groep, alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen of ook de omzet van al dan niet binnen de groep verbonden vennootschappen, zoals bijvoorbeeld:

(i) de geconsolideerde omzet waarin de omzet van de betrokken rechtspersoon op grond van de nationale omzetting van de artikelen 22 en 24 van Richtlijn 2013/34/EU bij die van andere groepsentiteiten moet worden opgeteld; of

(ii) de omzet van de entiteiten waarmee de gecontroleerde rechtspersoon een economische eenheid vormt in de zin van het ondernemingsbegrip uit het mededingingsrecht van de Unie?

2. Moet, in geval het antwoord op vraag 1 luidt dat alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen, het in die vraag bedoelde activiteitencriterium in die zin worden uitgelegd dat

omzet afkomstig van derden-gebruikers die afvalstoffen storten op een stortplaats die de gecontroleerde rechtspersoon exploiteert in opdracht van controlerende aanbestedende diensten, moet worden aangemerkt als omzet behaald bij de uitvoering van taken die aan die rechtspersoon zijn toegewezen door die controlerende aanbestedende diensten, in aanmerking nemende dat de gecontroleerde rechtspersoon, bij die exploitatie onder andere concurreert met private partijen?

- houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.M.H. Speyart van Woerden, G. Dulek-Schermers en P. Glazener en in het openbaar uitgesproken op 14 november 2023 in aanwezigheid van de griffier.



Voor afschrift
De Griffier van het Gerechtshof
Den Haag

