

Memo aan haar aandeelhouders

Betreft: bericht HVC aan aandeelhouders inzake brief AVR d.d. 23 juli 2021

1. Inleiding

HVC is door verschillende gemeenten op de hoogte gesteld van een brief van AVR aan het college en de raad (zie bijlage a).

Wij verwachten dat AVR een dergelijke brief aan alle in HVC deelnemende gemeenten heeft gestuurd. U ontvangt daarom dit voorliggend memo, waarin wij de brief van AVR nader duiden. Wij gaan daarbij eerst in op de achtergrond van het handelen van AVR, vervolgens op de aanbestedingsrechtelijke argumenten die AVR gebruikt, en ten slotte op het mogelijke vervolg.

2. Achtergrond

AVR is een commerciële afvalverwerker, volledig eigendom van en in hoofdzaak bestuurd door een buitenlands investeringsfonds (*Cheung Kong Infrastructure*), dat zich voornamelijk richt op het verbranden van huishoudelijk- en bedrijfsafval. AVR beschikt over een verwerkingscapaciteit van 1,7 miljoen ton (2020) en is daarmee de grootste afvalverbrander van Nederland. Een groot deel van het afvalaanbod aan AVR betreft huishoudelijk afval, afkomstig van gemeenten die de verwerking van dit afval hebben uitbesteed aan de markt.

Als onderdeel van de brede liberaliserings- en privatiseringstrend in de jaren tachtig, negentig en tweeduizend hebben veel gemeenten de inzameling, be- en -verwerking van het huishoudelijk afval verkocht dan wel uitbesteed aan marktpartijen. Ook AVR zelf is in die tijd verkocht aan de markt.

Het afgelopen decennium laat echter een geleidelijke kentering zien ten gunste van het publieke domein. In toenemende mate kiezen gemeenten ervoor om de uitvoering van het afvalbeheer weer naar zich toe te halen, al dan niet georganiseerd via het eigen overheidsbedrijf. Daar zijn diverse redenen voor. Eén daarvan is dat door gelijk gerichte belangen de uitvoering van het afvalbeheer nauwer kan aansluiten op de dynamische ontwikkeling van het gemeentelijke afvalstoffenbeleid. Commerciële belangen, geborgd middels langjarige, gefixeerde contracten, staan de gewenste flexibele uitvoering van de beleidsdoelstellingen meestal in de weg.

De marktpartijen zien deze ontwikkeling met lede ogen aan. Met het behoud van een marktpositie op het gebied van afvalverwerking zijn grote financiële belangen gemoeid en commerciële partijen kunnen scherp acteren waar marktaandeel wordt bedreigd.

Zo zijn gemeenten die wilden toetreden tot Omrin (waaronder Schiedam, Barendrecht, Albrandswaard, Ridderkerk, Groningen, Harderwijk, Putten, Nunspeet, Ermelo, Oldenbroek) geconfronteerd met (deels nog steeds) voortslpende rechtszaken tegen deze toetreding.

De gemeente Westland heeft hetzelfde ervaren. AVR heeft in de periode 2009-2011 tegen de toetreding van Westland tot HVC tot en met de Hoge Raad geprocedeerd.

Recentelijk hebben ook de college- en raadsleden van de Avalex-gemeenten (Delft, Midden-Delfland, Leidschendam-Voorburg, Pijnaker-Nootdorp, Rijswijk en Wassenaar) gemerkt hoe commerciële partijen, waaronder AVR kunnen handelen, wanneer gemeenten ertoe neigen een keuze te maken die de marktpositie van commerciële partijen bedreigt.

Nu deze partijen de Avalex-gemeenten er niet van konden weerhouden toe te treden tot HVC, blijkt AVR vervolgstappen te ondernemen, zowel richting HVC (zie bijlagen b en c) als richting de individuele aandeelhouders; ook aan andere publieke verwerkers zijn soortgelijke brieven gestuurd, alle gericht op het verzwakken van de relatie tussen overheden en het overheidsbedrijf.

3. Inhoud

AVR stelt in de brief dat HVC niet voldoet aan de aanbestedingsrechtelijke eisen met betrekking tot quasi-inbesteding.

Quasi-inbesteding is, in het kort, het opdragen van werkzaamheden (of leveringen) door een aanbestedende dienst (meestal een overheid) aan een andere entiteit waarop door deze aanbestedende dienst toezicht wordt uitgeoefend. Dat is rechtmatig indien wordt voldaan aan de aanbestedingsrechtelijke criteria voor quasi-inbesteding.

Eén van die criteria is dat de werkzaamheden die de entiteit (i.c. HVC) uitvoert voor het merendeel (tenminste 80%) is opgedragen door de toezichthoudende aanbestedende dienst(en) (i.c. de deelnemende gemeenten en waterschappen in HVC).

Onder verwijzing naar het jaarverslag 2020 vergelijkt AVR de in de AEC's van HVC verwerkte hoeveelheid huishoudelijk afval van de deelnemende gemeenten ten opzichte van het totale tonnage afval dat hierin wordt verwerkt. AVR stelt dat het aldus gevonden percentage (45%) aantoont dat HVC niet voldoet aan de 80%-eis.

Wat echter AVR op grond van haar kennelijke lezing van het jaarverslag wel weet of behoort te weten, maar achterwege laat te vermelden, is dat HVC vele activiteiten voor haar aandeelhouders uitvoert, waaronder afvalinzameling, GFT-vergisting en -compostering, en slibverwerking.

De hieruit voortvloeiende omzet die wordt gefactureerd aan de deelnemende gemeenten en waterschappen, bedraagt meer dan 80% van de totale omzet van HVC. Daarmee wordt voldaan aan het betreffende criterium voor quasi-inbesteding.

4. Vervolg

De stelling van AVR dat HVC niet voldoet aan de aanbestedingsrechtelijke eisen ten aanzien van het 80%-omzetcriterium werkt logischerwijs naar de gemeenteraad toe als alarmbel. Een deugdelijke onderbouwing daarvan zou daarom heel belangrijk moeten zijn. AVR laat dat echter achterwege. Het alarm is namelijk bedoeld als middel om bij de gemeente binnen te komen. AVR is daar in de brief ook duidelijk over: het bedrijf wil met de gemeente "zo spoedig mogelijk in gesprek komen".

Waarom wil AVR dat? Uit eerdere ervaringen blijkt dat AVR graag in de gemeenteraad twijfel zaait en druk uitoefent. Door schade toe te brengen aan het samenwerkingsverband met HVC ontstaan namelijk marktkansen voor AVR. Vanuit de grote commerciële belangen die spelen, is dat een verklaarbare opstelling. Zoals u zult begrijpen, adviseren wij u echter om AVR hierin niet te faciliteren.

Voorshands valt niet te zeggen of AVR overgaat tot juridische acties jegens een of meerdere deelnemende gemeenten. Zodra die situatie zich voordoet, zal HVC de betreffende gemeenten zo volledig mogelijk ondersteunen.

Alkmaar, 11 augustus 2021

NV HVC

Dion van Steensel,
algemeen directeur

Bijlagen

- a. brief AVR d.d. 23 juli 2021 aan in HVC deelnemende gemeenten
- b. brief AVR d.d. 30 juni 2021 gericht aan HVC
- c. brief HVC d.d. 30 juli 2021 gericht aan AVR

Gemeente Urk
Singel 9
8321 GT Urk

27 JUL 2021

**College B&W en de gemeenteraad
(t.a.v. de gemeentesecretaris en de griffie)**

Betreft: Afvalverwerking HVC

23 juli 2021

Geacht College, geachte raad,

AVR-Afvalverwerking B.V. ("**AVR**") richt zich met deze brief tot u om haar zorgen uit te spreken over de wijze waarop publiek afval wordt verwerkt. Die zorgen – die kort gezegd behelzen dat publieke afvalverwerkers meer en meer in strijd met wettelijke kaders de private markt betreden, waarbij de tarieven die zij vragen in scherp contrast staan met de commerciële tarieven – schetsen wij hierna met name toegespitst op uw relatie met N.V. HVC ("**HVC**"). Ik zou hierover graag met u aan de hand van deze brief op korte termijn in gesprek gaan.

Korte feiten en juridisch kader

De gemeente Urk heeft haar afval uitbesteed op basis van een afvalverwerkingscontract aan HVC. De aandelen van HVC worden gehouden door een groot aantal gemeenten en waterschappen en in oorsprong was het de bedoeling dat HVC (vrijwel) uitsluitend zou werken voor die aandeelhouders. Voor de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden aandeelhouders van HVC (en andere publieke partijen) opdrachten mogen verstrekken aan van hen te onderscheiden entiteiten waarin publieke partijen samenwerken – zoals HVC – is met name de zgn. quasi-inhouse uitzondering uit de aanbestedingswet relevant. Deze uitzondering is vastgelegd in artikel 2.24b Aanbestedingswet.

Voor een rechtmatige opdrachtverlening binnen het Europeesrechtelijk kader van de quasi-inhouse uitzondering is (onder andere) vereist dat HVC het merendeel van haar activiteiten voor haar aandeelhouders verricht. Alleen als aan die criteria wordt voldaan is sprake van een aanvaardbare quasi-inbestedingssituatie, zodat zonder aanbesteding afspraken kunnen worden gemaakt.

Bezwaar

Vooropgesteld moet worden dat een opdracht tot het inzamelen en/of verwerken van (huishoudelijk) afval aan een derde in beginsel Europees moet worden aanbesteed in overeenstemming met de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Dit is – voor zover relevant – anders indien wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aw 2012, die de zogenaamde quasi-inbesteding regelt. Quasi-inbesteden is mogelijk als (in dit geval) HVC het merendeel van haar activiteiten verricht (ten minste 80%) voor haar publieke aandeelhouders.

Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan. Sterker nog, uit openbaar beschikbare informatie blijkt dat HVC op de commerciële markt actief is en ook moet zijn om de totale verwerkingscapaciteit efficiënt en kostenverantwoord te kunnen exploiteren.

Zie:

Jaarverslag HVC 2020, p. 11:

activiteiten in kaart.

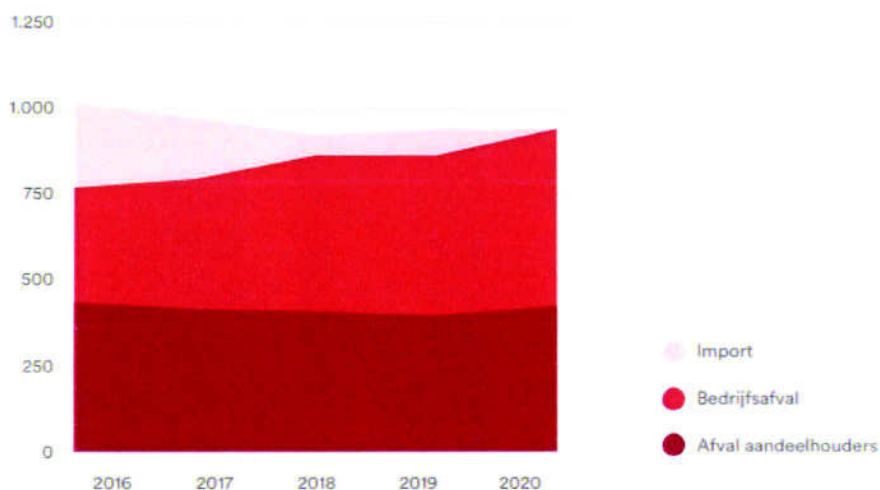


Jaarverslag HVC 2020, p. 18:

"Onze AEC's hebben een goed jaar gedraaid. Het aanbod van brandbaar bedrijfsafval was weliswaar lager dan geprognostiseerd maar dat werd grotendeels gecompenseerd door een toegenomen aanbod aan huishoudelijk restafval. (...) Ook voor de komende jaren streeft HVC naar vollast van de AEC's op basis van zoveel mogelijk Nederlands huishoudelijk en bedrijfsafval."

Jaarverslag HVC 2020, p. 47:

Afvalhoeveelheden verwerkt door aec's
(in kton)



AVR constateert op basis van een eigen berekening dat HVC niet 80% van haar activiteiten verricht voor aandeelhouders, maar slechts 45%.

Verwerkingscapaciteit (aandeelhouders & niet-aandeelhouders)

913.000 ton¹

Hoeveelheid huishoudelijk afval aandeelhoudende gemeenten

411.000 ton²

Hoeveelheid bedrijfsafval

502.000 ton³

Aandeel omzet uit verwerken brandbaar huishoudelijk restafval aandeelhoudende gemeenten
45%

Op basis van het bovenstaande kan AVR niet anders, dan concluderen dat niet wordt voldaan aan het merendeelcriterium en uw gemeente dus geen beroep kan doen op de quasi-inhouse uitzondering.

Conclusie en verzoek

AVR is er niet op uit om buiten de concurrentie om een opdracht voor de in HVC deelnemende aanbestedende diensten uit te voeren. AVR wil aandeelhouders van HVC juist de mogelijkheid bieden te kiezen voor een verwerker die het beste bij hen past. Ik kom graag nader toelichten op welke wijze AVR uw gemeente kan helpen bij het realiseren van haar doelstellingen.

¹ Jaarverslag HVC 2020, p. 13.

² Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

³ Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

Omwille van de transparantie stuur ik u bijgaand nog een afschrift van de brief aan HVC die namens AVR op 30 juni 2021 is verzonden. AVR zal aan haar aankondiging aan HVC, dat zij zich niet (voor meer dan 20%) op de private markt mag begeven en haar activiteiten daar ook zal moeten inperken, opvolging geven.

Ik neem binnen afzienbare tijd contact met u op om een en ander met u te bespreken.



Met vriendelijke groet,

Jasper de Jong, Commercieel Directeur AVR

N.V. HVC
t.a.v. Dion van Steensel, algemeen directeur
Postbus 9199
1800 GD Alkmaar

Atrium | Parnassusweg 737
NL-1077 DG Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Bankrekening (Stichting Derdengelden)
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49
Swift/bic: RABONL2U

Tevens per e-mail: d.vansteensel@hvcgroep.nl

mr. P.F.C. Heemskerk
Partner | Advocaat
T +31 20 301 62 95
F +31 20 301 63 33
E petra.heemskerk@cms-dsb.com
I cms.law

Onze ref. 12101274/PH/9484145/PH

Betreft: Bedrijfsafvalverwerking HVC

30 juni 2021

Geachte heer Van Steensel,

Tot ons wendde zich AVR-Afvalverwerking B.V. ("AVR") omtrent de positie van N.V. HVC ("HVC") op het gebied van afvalverwerking. Meer in het bijzonder is bij AVR uit publiek toegankelijke informatie meer en meer gebleken dat op grond van het aanbestedingsrecht en het verbod op onrechtmatige staatssteun vraagtekens kunnen worden gezet bij de rechtmatigheid van opdrachtverlening door aandeelhouders van HVC aan HVC met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering.

Voor een rechtmatige opdrachtverlening binnen het Europeesrechtelijk kader van de quasi-inhouse uitzondering is (onder andere) vereist dat HVC het merendeel van haar activiteiten voor haar aandeelhouders verricht. AVR komt tot de conclusie dat niet wordt voldaan aan het merendeelcriterium van de quasi-inhouse uitzondering. Deze conclusie heeft voor de aandeelhouders van HVC als gevolg dat zij bij de huidige stand van zaken onrechtmatig overeenkomsten met HVC hebben gesloten en dat deze onrechtmatige situatie moet worden stopgezet. Daarnaast zullen er geen overeenkomsten mogen worden gesloten met nieuwe aanbestedende diensten, zoals de Avalex-gemeenten, met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering. Deze conclusie heeft ook impact op HVC, die namelijk zal moeten kiezen of delen. Ofwel zij werkt overwegend voor aandeelhoudende opdrachtgevers, in welk geval zij (i) niet meer mag meedingen in aanbestedingen die worden georganiseerd door aanbesteders die geen aandeelhouder in HVC zijn en (ii) niet of heel beperkt actief

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponereerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 84/2020 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op cms.law en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cms.law.

CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Belgrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Genève, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Keulen, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Milaan, Moskou, München, Muscat, Parijs, Poznań, Praag, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

mag zijn op de commerciële markt, bijvoorbeeld op de markt voor verwerking van bedrijfsafval. Ofwel zij wenst een breed palet aan publieke en private opdrachtgevers te bedienen, in welk geval geen beroep kan worden gedaan op de quasi-inhouse uitzondering uit het aanbestedingsrecht en niet zonder voorafgaande aanbesteding afspraken mogen worden gemaakt met haar aandeelhoudende aanbestedende diensten.

Wij lichten dit kort toe.

Juridische randvoorwaarden in relatie tot de feiten

Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst een opdracht tot het inzamelen en/of verwerken van (huishoudelijk) afval aan een derde in beginsel Europees moet aanbesteden in overeenstemming met de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Dit is – voor zover relevant – anders indien wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 2.24b Aw 2012 (de zogenaamde quasi-inbesteding). Quasi-inbesteden is mogelijk als (in dit geval) HVC het merendeel van haar activiteiten verricht (ten minste 80%) voor haar publieke aandeelhouders.

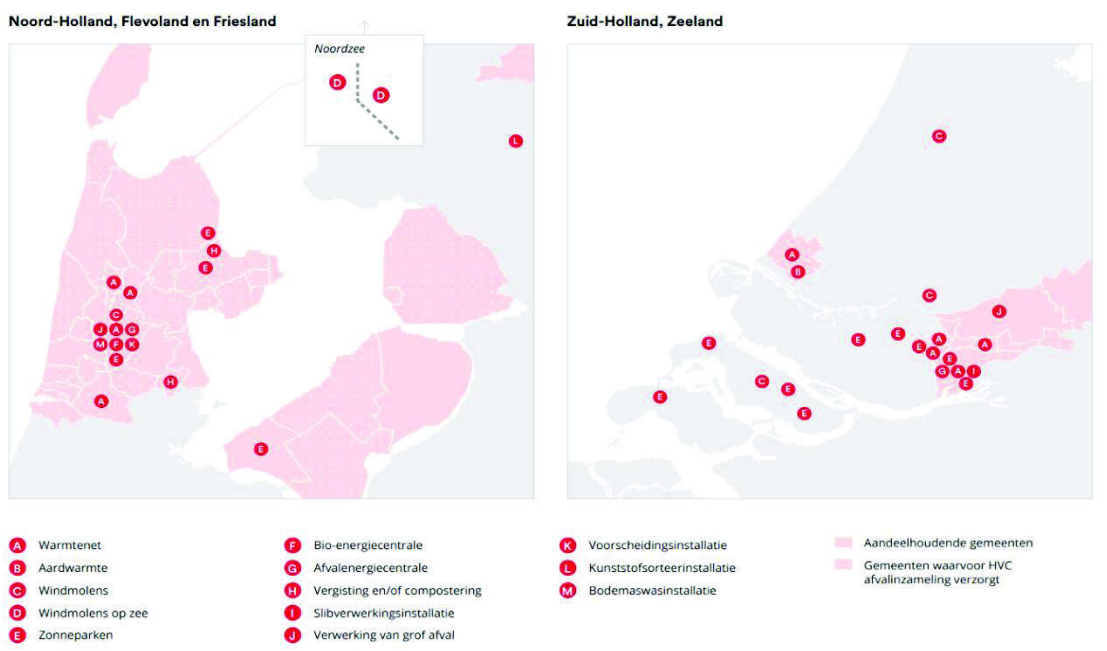
Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan.

Op basis van algemene informatie is duidelijk dat HVC voor meer dan 20% actief is op ofwel de commerciële markt ofwel voor publieke partijen die geen aandeelhouder zijn van HVC.

Zie:

- Jaarverslag HVC 2020, p. 11:

activiteiten in kaart.



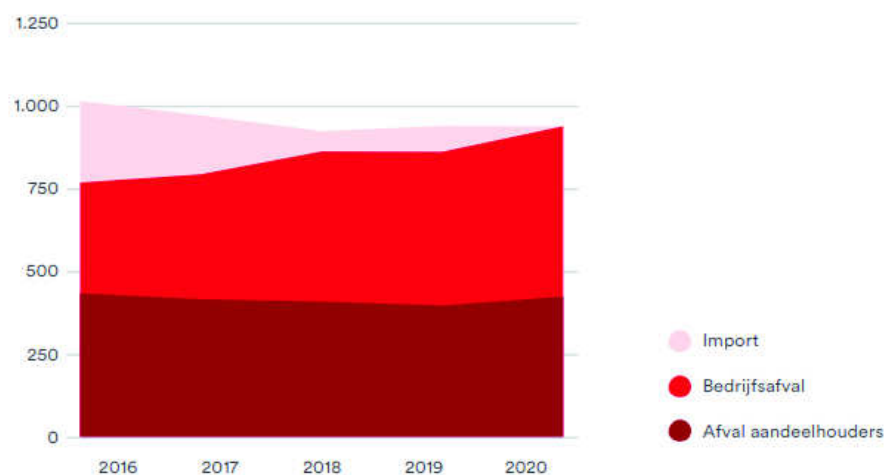
- Jaarverslag HVC 2020, p. 18:

"Onze AEC's hebben een goed jaar gedraaid. Het aanbod van brandbaar bedrijfsafval was weliswaar lager dan geprognotiseerd maar dat werd grotendeels gecompenseerd door een

toegenomen aanbod aan huishoudelijk restafval. (...) Ook voor de komende jaren streeft HVC naar vollast van de AEC's op basis van zoveel mogelijk Nederlands huishoudelijk en bedrijfsafval."

– Jaarverslag HVC 2020, p. 47:

Afvalhoeveelheden verwerkt door aec's
(in kton)



Op basis van een eigen berekening constateert AVR dat HVC niet 80% van haar activiteiten verricht voor aandeelhouders, maar slechts 45%.

Verwerkingscapaciteit (aandeelhouders & niet-aandeelhouders)

913.000 ton¹

Hoeveelheid huishoudelijk afval aandeelhoudende gemeenten

411.000 ton²

Hoeveelheid bedrijfsafval

502.000 ton³

Aandeel omzet uit verwerken brandbaar huishoudelijk restafval aandeelhoudende gemeenten
45%

Op basis van het bovenstaande kan AVR niet anders, dan concluderen dat niet wordt voldaan aan het merendeelcriterium en de aandeelhouders van HVC dus geen beroep toekomt op de quasi-inhouse uitzondering.

Conclusie en sommatie

Voor AVR is duidelijk dat de overeenkomsten met HVC onrechtmatig zijn gesloten. Dit geldt ook voor nieuwe overeenkomsten – zoals met de Avalex-gemeenten in 2022 – indien HVC in de toekomst

¹ Jaarverslag HVC 2020, p. 13.

² Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

³ Jaarverslag HVC 2020, p. 47.

haar strategie niet aanpast. Voor de huidige situatie meent AVR in ieder geval dat HVC haar activiteiten voor andere partijen dan haar aandeelhouders zal moeten terugschroeven en daaraan ook geen nieuwe activiteiten zal mogen toevoegen, althans niet zolang zij ook wil kunnen profiteren van de quasi-inhouse uitzondering. Dit heeft ook tot gevolg dat bijvoorbeeld HVC niet zal mogen meedoen aan aanbestedingen, omdat zij daarmee nu al haar (veel) grotere aandeel dan 20% alleen nog maar verder en onrechtmatig zal uitbreiden.

Ik verzoek en voor zover nodig sommeer u uiterlijk **1 augustus 2021** gemotiveerd op het bovenstaande te reageren. Cliënt behoudt zich het recht voor zonder verdere aankondiging maatregelen te treffen indien uw reactie niet adequaat is.

Het lijkt AVR juist u erop te wijzen dat wij ook contact zullen zoeken met uw deelnemende aanbestedende diensten om ook met hen hierover in gesprek te gaan. AVR is ook alert in komende aanbestedingen op deelname door HVC, en zal daarnaast ook monitoren hoe de positie van HVC op andere markten is. AVR behoudt zich het recht voor daarop nog terug te komen.

Met vriendelijke groet,



P.F.C. Heemsker

CMS

Mevrouw mr. P.F.C. Heemskerk
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

IBAN NL95 RABO 0376 4500 10
BIC RABONL2U
IBAN NL41 INGB 0651 0045 00
BIC INGBNL2A
KVK 37061260
BTW NL 8106.96.459.B.01

datum 30 juli 2021

uw kenmerk 12101274/PH/9484145/PH

onderwerp Bedrijfsafvalverwerking HVC

uw brief van 30 juni 2021

Geachte mevrouw Heemskerk,

In reactie op uw bovengenoemde brief bericht ik u hierbij als volgt.

In de eerste plaats dank voor uw brief. Kennelijk bestaat er enige zorg aan de zijde van uw cliënte wat betreft het rechtmatige karakter van activiteiten die HVC in opdracht van haar aandeelhouders verricht.

U stelt dat de aandeelhouders van HVC geen rechtmatig beroep op quasi-inbesteding zou toekomen, omdat niet voldaan zou zijn aan het merendeelcriterium van deze uitzondering binnen het aanbestedingsrecht. Ter onderbouwing van uw stelling verwijst u naar een drietal pagina's uit het jaarverslag 2020 van HVC en concludeert u, althans uw cliënte, dat op basis van de resultaten van 2020 van de beide AEC's van HVC niet aan het merendeelcriterium wordt voldaan.

Uw conclusie is opmerkelijk en onjuist. Opmerkelijk, omdat u ook het brede scala aan activiteiten van HVC ten behoeve van haar aandeelhouders hebt geconstateerd (op pag. 11 jaarverslag 2020) maar vervolgens de stelling inneemt dat HVC niet aan het merendeelcriterium zou voldoen omdat het omzetaandeel uit de verwerking van huishoudelijk restafval van aandeelhoudende gemeenten 45% is en dus niet het minimale vereiste van 80%. Hier mist u toch wel een groot deel van onze andere activiteiten ten behoeve van onze aandeelhouders (thans 6 waterschappen en 44 gemeenten).

Gelukkig is de totale omzet van HVC niet uitsluitend afkomstig uit de inzameling en verwerking van huishoudelijk restafval van aandeelhoudende gemeenten. Tal van andere activiteiten die HVC ten behoeve van haar aandeelhoudende gemeenten én waterschappen verricht, resulteren in een totaal omzet die voldoet aan het merendeelcriterium. Kortheidshalve verwijs ik u in dit kader naar de beide kaartjes op pagina 2 van uw brief en noem ik als voorbeeld de inzameling en verwerking van GFT voor onze aandeelhoudende gemeenten en de verwerking van het slib van aandeelhoudende waterschappen.

Op grond van het voorgaande voldoet HVC aan de criteria van quasi-inbesteding. Wij monitoren dit ook zodat het onze aandeelhouders vrij staat om al dan niet gebruik te maken van de wettelijke uitzondering van quasi-inbesteding.

Ter afsluiting ga ik ervan uit dat de zorg en onduidelijkheid die kennelijk bij uw cliënte leefde, hierbij is weggenomen.

Met vriendelijke groet,
HVC

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'M' followed by several horizontal strokes.

D.A. van Steensel
Algemeen Directeur