

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 Avalu-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 gedeponeerd 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.

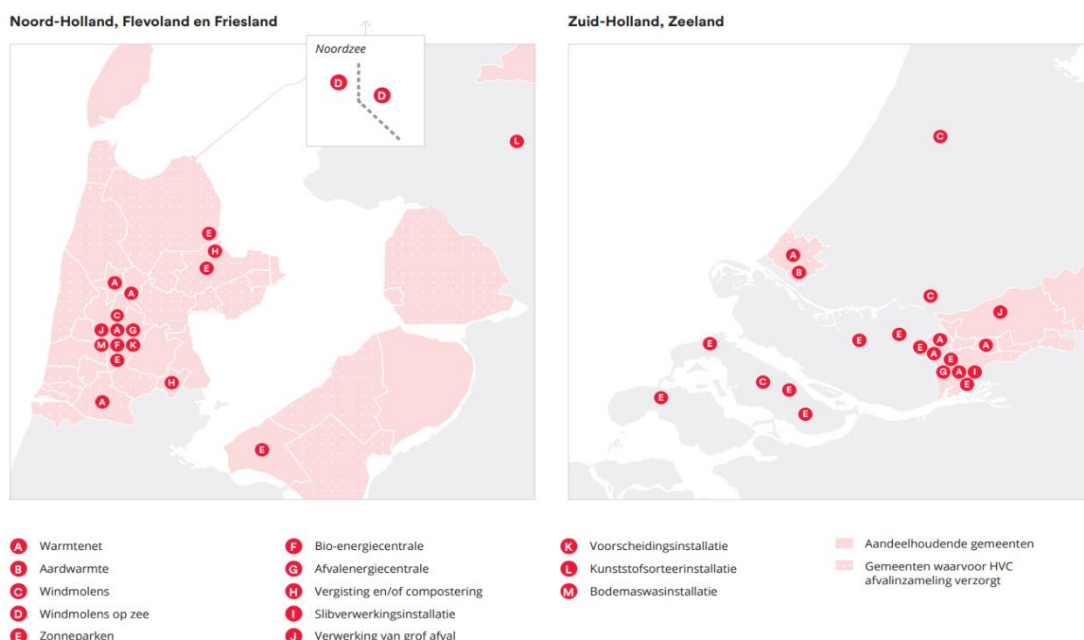
Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan.

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.



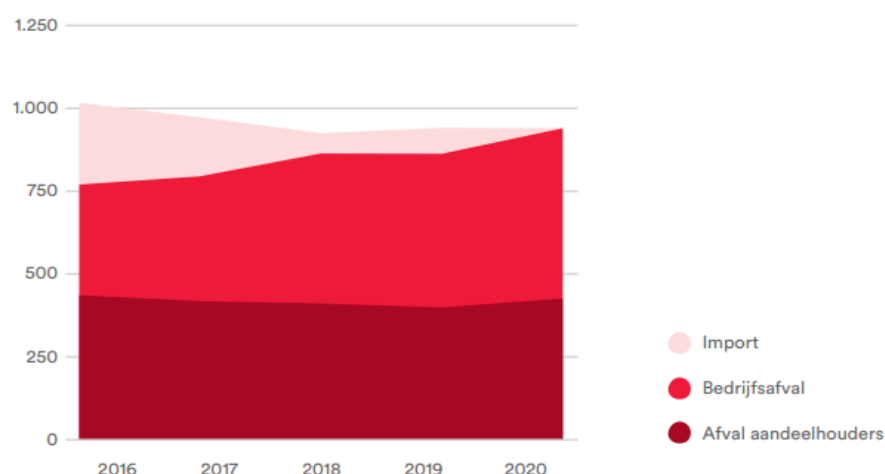
- Jaarverslag HVC 2020, p. 18:

"Onze AEC's hebben een goed jaar gedraaid. Het aanbod van brandbaar bedrijfsafval was weliswaar lager dan geprognoseerd 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. Heemskerk