Jurisprudentie Alarm

Geconsolideerde omzet beslissend voor 80%-criterium bij quasi-inbesteding



nr. 21

De zaak

Afvalsturing Friesland N.V. (‘AF’) is in 1995 opgericht door Friese gemeenten als gezamenlijke publieke afvalverwerker en staat aan het hoofd van een groep van dochtervennootschappen, waarvan een deel ook activiteiten verricht op de vrije markt. NV Irado (‘Irado’) is een publieke afvalverwerker die sinds 2017 aandeelhouder is van AF en haar huishoudelijk restafval door AF laat verwerken. De gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk (de ‘BAR-gemeenten’) hebben in 2015 NV BAR-Afvalbeheer (‘BAR’) opgericht en in 2019 besloten dat BAR zou deelnemen in Irado en dat Irado de inzameling en verwerking van hun huishoudelijk restafval zou verzorgen.

Op 13 december 2019 sloten Irado en AF een overeenkomst voor de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten; op 20 december 2019 sloten BAR en Irado een dienstverleningsovereenkomst. Beide opdrachten werden zonder aanbestedingsprocedure gegund onder de quasi-inbestedingsuitzondering. AVR-Afvalverwerking B.V. (‘AVR’), een commerciële afvalverwerker die hierdoor opdrachten verloor, stelde dat niet werd voldaan aan de voorwaarden van die uitzondering. De rechtbank Den Haag wees de vorderingen van AVR af; AVR ging in hoger beroep. Het gerechtshof Den Haag stelde vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (‘HvJEU’), dat op 15 januari 2026 oordeelde dat bij de toepassing van het 80%-activiteitencriterium ook de omzet van andere groepsentiteiten moet worden meegenomen als de gecontroleerde rechtspersoon een moedermaatschappij is. Zie naar aanleiding daarvan onze publicatie op 26 januari 2026 (JA nr. 2).

AVR voerde in hoger beroep aan dat, nu het HvJEU heeft geoordeeld dat bij een groep de geconsolideerde omzet moet worden betrokken bij het 80%-criterium, AF daaraan niet voldeed. BAR c.s. (BAR, de BAR-gemeenten, Irado en AF) stelde zich op het standpunt dat alleen moest worden gekeken naar de omzet van AF zelf in de drie jaar voorafgaand aan de gunning, en dat deze uitleg bovendien niet mocht worden tegengeworpen aan partijen die in 2019 op de toen geldende wettekst hadden vertrouwd. Subsidiair bepleitte BAR c.s. dat het hof de werking van de door het HvJEU gegeven uitleg zou beperken tot overeenkomsten gesloten na de datum van het prejudiciële arrest.

Het hof volgt BAR c.s. niet. Tussen partijen staat vast dat AF op grond van artikel 2:406 BW een geconsolideerde jaarrekening opstelt in de zin van artikel 2:405 BW, ter omzetting van de artikelen 22 en 24 van Richtlijn 2013/34/EU, en dat AF op geconsolideerde basis in de relevante periode niet meer dan 80% van haar activiteiten heeft verricht ter uitvoering van taken die haar waren toegewezen door haar controlerende aandeelhouders. Daarmee is in de verhouding Irado-AF niet voldaan aan het activiteitencriterium.

Het hof verwerpt ook het beroep van BAR c.s. op het vertrouwensbeginsel, het legaliteitsbeginsel en het verbod op terugwerkende kracht. Nationale omzettingswetgeving moet na het verstrijken van de omzettingstermijn zoveel mogelijk richtlijnconform worden uitgelegd, en de Nederlandse wettekst (‘activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon’) laat de door het HvJEU gegeven uitleg toe. Verder geldt dat een door het HvJEU aan een Unierechtelijke bepaling gegeven uitleg de betekenis van die bepaling verklaart zoals deze sinds haar inwerkingtreding had moeten worden toegepast, en dus ook geldt voor rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het prejudiciële arrest. Het hof vernietigt daarom de betrokken overeenkomsten en wijst de schadevergoedingsvordering van AVR deels toe op basis van de leer van de kansschade.

Juridisch kader

- **Artikel 2.24b Aw 2012** (omzetting van artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU) staat rechtstreekse gunning toe aan een entiteit waarop meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, mits meer dan 80% van de activiteiten van die entiteit bestaat uit taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten en er geen directe participatie van privékapitaal is.

- **Artikel 2.24a lid 4 Aw 2012** (omzetting van artikel 12 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU) bepaalt dat het 80%-percentage wordt vastgesteld op basis van de gemiddelde totale omzet, of een gelijkwaardige op activiteit gebaseerde maatstaf, over de laatste drie jaar voorafgaand aan de gunning.

- **Artikel 4.15 lid 1** onder a Aw 2012 bepaalt dat een overeenkomst die zonder voorafgaande Europese aankondiging is gesloten, vernietigbaar is wanneer dit in strijd is met deel 2 van de Aw 2012, waaronder de gunningsregels waarop de quasi-inbestedingsuitzondering een uitzondering vormt.

Rechters aan het woord

- Het leerstuk van (quasi-)inbesteding gaat terug tot het arrest van het HvJEU van 18 november 1999 in de zaak Teckal. Daarin werd 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 entiteit die weliswaar rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst, 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.
- In het arrest van 11 mei 2006 van het HvJEU (Carbotermo en Consorzio Alisei) werd geoordeeld dat het activiteitencriterium moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante kwantitatieve en kwalitatieve omstandigheden van de zaak.
- In het Stadt Halle-arrest werd geoordeeld dat de (destijds nog ongeschreven) quasi-inbestedingsuitzondering strikt moet worden uitgelegd. Het HvJEU verbond daaraan dat degene die zich op de uitzondering beroept, moet bewijzen dat de omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen daadwerkelijk bestaan. Het hof leidt hieruit af dat deze strikte bewijslastverdeling ook geldt voor het activiteitencriterium van de quasi-inbestedingsuitzondering.
- In het prejudiciële arrest van 15 januari 2026 (C-692/23) werd geoordeeld dat, wanneer het 80%-activiteitencriterium wordt beoordeeld aan de hand van omzet en de gecontroleerde rechtspersoon de moedermaatschappij is van een groep, ook de omzet van de andere groepsentiteiten moet worden meegenomen, in voorkomend geval op basis van de geconsolideerde omzet die volgt uit de artikelen 22 en 24 van Richtlijn 2013/34/EU. Het hof past deze uitleg in dit arrest direct toe op de verhouding Irado-AF en concludeert dat AF, op geconsolideerde basis bezien, niet aan het 80%-criterium voldeed.

Tips voor de praktijk

- Maak je als aanbestedende dienst gebruik van quasi-inbesteding bij een opdrachtnemer die onderdeel is van een groep? Reken dan het 80%-criterium door op basis van de geconsolideerde omzet van de hele groep, niet alleen op basis van de omzet van de gecontroleerde entiteit zelf.

- Vertrouw niet altijd op de letterlijke wettekst van de Aw 2012 als die botst met de uitleg die het HvJEU aan de onderliggende richtlijnbepaling geeft. De richtlijnconforme uitleg geldt met terugwerkende kracht, ook voor overeenkomsten die al zijn gesloten.

MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze website.

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met Van Doorne Advocaten, notarissen & fiscalisten en EPSA Procurement.