



Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/600787
Zaaknummer : ACM/22/180130
Datum : **12 juli 2023**

Samenvatting

AVR-afvalverwerking B.V. (hierna: 'AVR') heeft bij de ACM een handhavingsverzoek ingediend tegen de aandeelhoudende gemeenten¹ van het overheidsbedrijf Twence Holding B.V en haar dochterondernemingen (hierna: 'Twence').² Twence en AVR verwerken beide huishoudelijk afval. Volgens AVR bevoordelen de gemeenten Twence door het overheidsbedrijf een opdracht te gunnen voor het verwerken van huishoudelijk afval zonder deze aan te besteden en voor deze opdracht te hoge tarieven te betalen. De ACM heeft het handhavingsverzoek bij besluit van 19 augustus 2022 afgewezen op grond van haar prioriteringsbeleid.³ AVR heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Na heroverweging komt de ACM tot de conclusie dat zij in deze zaak niet in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden. Nader onderzoek naar de marktconformiteit van de tarieven van Twence vergt veel (economisch) onderzoek. Voor dit onderzoek is schaarse, specialistische kennis en capaciteit vereist die dan niet kan worden ingezet in andere zaken. Bovendien is het aannemelijk dat de Europese staatssteunregels van toepassing zijn. De ACM is niet de aangewezen instantie om nader onderzoek te doen. Op basis van haar prioriteringsbeleid ziet de ACM daarom van nader onderzoek af.

1. Achtergrond van de zaak

1. AVR is actief op de markt van afvalverwerking. AVR verwerkt diverse soorten restafval, waaronder huishoudelijk restafval en bedrijfsafval. Twence is ook actief op de markt van afvalverwerking en concurreert met AVR.
2. Twence Holding B.V. heeft drie dochterondernemingen: Twence Bioconversie B.V., Avi-Twente B.V. en Twence B.V.⁴ De gemeenten hebben een overeenkomst gesloten met Avi-Twente B.V. en Twence Bioconversie B.V. voor het verwerken van huishoudelijk restafval, groene-, fruit en tuinafval/bioafval en niet-sorteerbaar grof huishoudelijke restafval (hierna: huishoudelijk afval). De tarieven hiervoor worden door de aandeelhoudersvergadering van Twence Holding B.V. vastgesteld.
3. AVR stelt dat de gemeenten haar overheidsbedrijf Twence⁵ heeft bevoordeeld door in strijd met de aanbestedingsregels haar een opdracht te gunnen (met een lange looptijd) voor het verwerken van huishoudelijk afval. Daarnaast zouden de gemeenten Twence bevoordelen door voor de opdracht een niet-marktconforme vergoeding te betalen.

¹ De gemeenten Almelo, Berkelland Borne, Dinkelland, Enschede, Haaksbergen, Hellendoorn, Hengelo, Hof van Twente, Losser, Oldenzaal, Rijssen-Holten, Tubbergen, Twenterand en Wierden bezitten gezamenlijk alle aandelen van Twence Holding B.V.

² Op grond van artikel 25g, eerste lid, onder a, Mw jo. artikel 25g, tweede lid, onder a, Mw kunnen de gemeenten vanwege hun aandeelhouderschap gezamenlijk het beleid van Twence bepalen.

³ Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt (*Stcr.* 2016, 14564).

⁴ <https://www.twence.nl/assets/files/Vennootschappelijke-structuur-Twence.pdf> (geraadpleegd op 8 juni 2023).

⁵ Hieronder wordt verstaan: Twence Holding B.V., Twence Bioconversie B.V., Avi-Twente B.V. en Twence B.V.

4. AVR heeft de ACM verzocht handhavend op te treden door een overtreding van het bevoordelingsverbod vast te stellen en een last onder dwangsom op te leggen aan de gemeenten strekkende tot beëindiging van de vermeende overtredingen en een preventieve last onder dwangsom op te leggen tot het voorkomen van toekomstige overtredingen. Dit verzoek heeft de ACM op grond van haar prioriteringsbeleid op 19 augustus 2022 afgewezen (hierna: 'bestreden besluit')⁶, omdat handhavend optreden niet doeltreffend en doelmatig en niet in het maatschappelijk belang is. AVR heeft daartegen bezwaar gemaakt.
5. Dit besluit is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt het verloop van de procedure beschreven. In hoofdstuk 3 wordt het prioriteringsbeleid van de ACM besproken. In hoofdstuk 4 worden de gronden van bezwaar samengevat en beoordeeld. In hoofdstuk 5 wordt het verzoek om proceskostenvergoeding beoordeeld.

2. Verloop van de procedure

6. Het verloop van de procedure tot aan het bestreden besluit staat beschreven in hoofdstuk 3 van het bestreden besluit. Tot aan het bestreden besluit is alleen de gemeente Enschede betrokken geweest bij de procedure. AVR heeft op 30 september 2022 pro-forma bezwaar ingediend.⁷ Op 14 november 2022 heeft AVR haar gronden van bezwaar aangevuld.⁸
7. Het bezwaarschrift is doorgestuurd naar de gemeenten en Twence.⁹ Tot aan het bestreden besluit is alleen de gemeente Enschede betrokken geweest bij de procedure. In bezwaar zijn ook de andere gemeenten betrokken. De gemeenten Berkelland, Borne, Dinkelland, Haaksbergen, Hellendoorn, Hengelo, Hof van Twente, Losser, Rijssen-Holten, Tubbergen en Wierden hebben aangegeven zich te laten vertegenwoordigen door de gemeente Enschede (hierna: gemeente Enschede e.a.).¹⁰ De gemeenten Almelo, Oldenzaal en Twenterand laten zich niet vertegenwoordigen door de gemeente Enschede.
8. Op 16 januari 2023 heeft AVR een schriftelijke zienswijze ingediend.¹¹ Op 24 januari 2023 heeft de ACM een hoorzitting gehouden. AVR en de gemeente Enschede zijn op de hoorzitting verschenen. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt¹² en naar alle belanghebbenden verstuurd.¹³
9. Naar aanleiding van de hoorzitting heeft de ACM aanvullende vragen gesteld aan de gemeente Enschede.¹⁴ De gemeente Enschede heeft deze vragen beantwoord.¹⁵ AVR heeft gereageerd op de beantwoording van de aanvullende vragen.¹⁶ Vervolgens heeft de ACM nadere vragen gesteld aan de gemeenten en Twence.¹⁷ De gemeenten en Twence hebben deze vragen beantwoord.¹⁸ AVR heeft hierop gereageerd.¹⁹

3. Prioriteringsbeleid ACM

⁶ Document met kenmerk ACM/UIT/582207 (bestreden besluit).

⁷ Document met kenmerk ACM/IN/718468 (pro-forma bezwaarschrift).

⁸ Document met kenmerk ACM/IN/728371 (bezwaarschrift).

⁹ Daaronder begrepen haar drie dochterondernemingen: Twence Bioconversie B.V., Avi-Twente B.V. en Twence B.V.

¹⁰ Document met kenmerk ACM/UIT/592947.

¹¹ Document met kenmerk ACM/IN/741286 (schriftelijke zienswijze AVR).

¹² Document met kenmerk ACM/UIT/590983 (verslag van de hoorzitting).

¹³ Documenten met kenmerken ACM/UIT/591936 en ACM/UIT/591942.

¹⁴ Document met kenmerk ACM/UIT/591191 (aanvullende vragen).

¹⁵ Document met kenmerk ACM/IN/755303 (beantwoording aanvullende vragen).

¹⁶ Document met kenmerk ACM/IN/762279 (reactie AVR beantwoording aanvullende vragen).

¹⁷ Documenten met kenmerken ACM/UIT/595692, ACM/UIT/595701, ACM/UIT/595706, ACM/UIT/595709 en ACM/UIT/595712 (informatieverzoeken).

¹⁸ Documenten met kenmerk ACM/IN/773963 (reactie gemeente Enschede e.a. op informatieverzoek), ACM/IN/776395 (reactie gemeenten Almelo, Oldenzaal en Twenterand op informatieverzoek) en ACM/IN/773999 (reactie Twence op informatieverzoek).

¹⁹ Document met kenmerk ACM/IN/781865 (reactie AVR).

10. De ACM ontvangt meer handhavingsverzoeken en signalen over mogelijke overtredingen dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit in behandeling kan nemen. De ACM beschikt over de mogelijkheid om bij de uitvoering van haar wettelijke taak te kiezen of en welke handhavingsonderzoeken kunnen worden opgestart. Dit doet zij op basis van haar prioriteringsbeleid. Daarbij toetst de ACM in een vooronderzoek niet alleen welke eventuele overtredingen er in het geding zijn, maar ook hoe hoog wordt gescoord op (één of meerdere) van de drie prioriteringscriteria. De prioriteringscriteria zijn:
 - I. De schadelijkheid van het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart;
 - II. Het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM;
 - III. In hoeverre de ACM in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden.
11. Het prioriteringsbeleid is geen optelsom van de prioriteringscriteria. Op basis van een lage(re) score bij één criterium, kan de ACM al concluderen dat een volledig handhavingsonderzoek (op dat moment) niet is aangewezen en dat het verzoek om handhavend optreden kan worden afgewezen.²⁰
12. Dit beleid vormt, samen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het relevante kader voor de heroverweging in bezwaar.²¹

4. Gronden van bezwaar en beoordeling

4.1. Gronden van bezwaar

13. AVR stelt in bezwaar samengevat dat de ACM ten onrechte het handhavingsverzoek op grond van het prioriteringsbeleid heeft afgewezen en niet zorgvuldig en voortvarend heeft opgetreden bij het vooronderzoek. De ACM heeft volgens AVR ten onrechte vastgesteld dat Twence met het verwerken van huishoudelijk afval geen economische activiteit verricht omdat sprake is van inbesteding. Volgens AVR worden er wel degelijk economische activiteiten verricht. AVR stelt verder dat de ACM de economische en maatschappelijke gevolgen van de gestelde bevoordeling heeft onderschat. Tot slot stelt AVR dat de ACM onvoldoende rekening heeft gehouden met de bewijsachterstand voor AVR in een civiele aanbestedingsrechtelijke procedure tussen haar, de gemeenten en Twence. Volgens AVR kan de ACM met de inzet van haar bevoegdheden Twence dwingen informatie te verschaffen waarmee kan worden vastgesteld of aan de regels voor inbesteding is voldaan.²²
14. In de volgende paragrafen worden de bezwaargronden van AVR beoordeeld. In paragrafen 4.2 en 4.3 worden de bezwaargronden beoordeeld aan de hand van het prioriteringsbeleid van de ACM. In paragraaf 4.4 worden de overige bezwaargronden beoordeeld.

4.2. Nader onderzoek is niet doeltreffend en doelmatig

15. In deze paragraaf gaat de ACM in op het prioriteringscriterium doeltreffendheid en doelmatigheid. Bij doeltreffendheid gaat het om de inschatting of met de inzet van een geschikt handhavingsinstrument op korte termijn een gewenste situatie kan worden bereikt of in voldoende mate benaderd. Bij

²⁰ Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt (*Stcrt.* 2016, 14564). Op 26 mei 2023 is het nieuwe prioriteringsbeleid van de ACM in werking getreden genaamd Beleidsregel Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt 2023 (*Stcrt.* 2023, 151184). Op grond van hoofdstuk 7 van voornoemd prioriteringsbeleid worden lopende bezwaarprocedures op tijdstip van inwerkingtreding van deze beleidsregel afgehandeld overeenkomstig de Beleidsregel Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt van 18 maart 2016 (*Stcrt.* 2016, 14564). AVR heeft op 30 september 2022 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Dat is dus voor inwerkingtreding van het nieuwe prioriteringsbeleid. Het bezwaar van AVR wordt dus afgehandeld overeenkomstig het prioriteringsbeleid uit 2016. Ten overvloede merkt de ACM op dat ook bij het toepassen van het nieuwe prioriteringsbeleid de ACM tot conclusie zou zijn gekomen.

²¹ Zie Rb. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7277, r.o. 15.5.

²² Document met kenmerk ACM/IN/728371 (bezwaarschrift), mr. 3.1.

doelmatigheid gaat het om een kosten-batenanalyse: of de uitvoering van het handhavingsverzoek mogelijk is met de beschikbare menskracht en de toegekende financiële middelen.

16. Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Eerst wordt beoordeeld of het bevoordelingsverbod van toepassing is. Vervolgens wordt beoordeeld of nader onderzoek en handhavend optreden door de ACM doelmatig en doeltreffend is.
Toepasselijkheid van het bevoordelingsverbod: Twence verricht een economische activiteit
17. Zoals blijkt uit randnummer 3 van dit besluit stelt AVR dat de gemeenten op twee manieren het bevoordelingsverbod overtreden: i) door het gunnen van een opdracht zonder deze aan te besteden en ii) door het betalen van te hoge vergoedingen aan Twence voor het verwerken van huishoudelijk afval.
18. Het bevoordelingsverbod betreft alleen de situatie waarin de bevoordeling door een overheid ten goede komt of kan komen aan economische activiteiten van het gerelateerde overheidsbedrijf. Het bevoordelingsverbod is immers gericht op het voorkomen van concurrentievervalsing bij economische activiteiten van het overheidsbedrijf.²³ Als het gestelde voordeel niet ten goede komt aan een economische activiteit dan is het bevoordelingsverbod niet van toepassing. De ACM bekijkt daarom in het kader van het vooronderzoek of Twence een economische activiteit verricht.
19. De gemeente Enschede e.a. stellen dat Twence geen economische activiteit verricht omdat zij zich kan beroepen op de 'inbestedingsuitzondering' van artikel 2.24b Aw.²⁴ Voornoemde gemeenten verwijzen naar randnummer 37 van het bestreden besluit. In dat randnummer heeft de ACM onder verwijzing naar het Marcandi-besluit geoordeeld dat er geen sprake is van een economische activiteit wanneer sprake is van inbesteding.²⁵ De ACM komt na heroverweging tot de conclusie dat dit oordeel in dit geval onjuist is.
20. Uit artikel 2.24b Aw volgt dat er onder bepaalde voorwaarden niet hoeft te worden aanbesteed. Dit betekent echter niet dat geen sprake is van een economische activiteit. Om te beoordelen of sprake is van een economische activiteit moet worden aangesloten bij de Europese rechtspraak en beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie.²⁶ Uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie²⁷ en rechtspraak²⁸ volgt dat wel degelijk sprake kan zijn van een economische activiteit wanneer activiteiten *in-house* worden verricht, oftewel wanneer deze worden inbesteed. Er moet worden geabstraheerd van de aanbieder en de afnemer van de diensten en uitsluitend worden gekeken naar de activiteit in kwestie. Wanneer die activiteit gewoonlijk op een markt wordt aangeboden is er sprake van een economische activiteit.
21. Afvalverwerking is een activiteit die gewoonlijk op een markt wordt aangeboden. Zo verwerkt Twence niet alleen het afval voor de gemeenten, maar ook voor een derde, namelijk de Duitse stad Münster (hierna: Münster).²⁹ Daarnaast zijn er meerdere (private) afvalverwerkers, zoals AVR, op de markt actief en zijn gemeenten normaliter aanbestedingsplichtig. Het feit dat daarop een uitzondering

²³ Nota van toelichting bij het Besluit markt en overheid, p. 8 (Stb. 2012, 255).

²⁴ Deze uitzondering heeft betrekking op de situatie waarin een opdracht niet hoeft te worden aanbesteed, wanneer er sprake is 'inbesteding'. Daarvan is sprake wanneer aanbestedende diensten een overheidsopdracht aan een rechtspersoon gunt waarop zij toezicht kunnen houden, de activiteiten van de rechtspersoon voor meer dan 80% bestaat uit het uitvoeren van overheidstaken en er geen derde beslissende invloed kan uitoefenen op de rechtspersoon, zie artikel 2.24b, eerste lid, Aw.

²⁵ Zie bestreden besluit, randnr. 37 en besluit met kenmerk ACM/DM/2017/201173_OV (Marcandi).

²⁶ Kamerstukken II, 2007/08, 31354, nr. 3, p. 11 en 30-32. Onder een economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt, zie HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (Commissie/Italië), r.o. 7, en HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (Commissie/Italië), r.o. 36.

²⁷ Besluit van de Europese Commissie van 23 december 2015 SA.34402 (2015/C ex 2012/NN) (Hochschul-Informationssystem), nr. 38.

²⁸ Gerecht 16 juli 2014, T-309/12, ECLI:EU:T:2014:676 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung), r.o. 70.

²⁹ Document met kenmerk ACM/IN/676140 (handhavingsverzoek AVR), hoofdstuk 11. Zie bijvoorbeeld ook <https://www.rtvoost.nl/nieuws/304122/twaalf-gemeenten-en-munster-tekenen-voor-samenwerking-afvalverwerking> (geraadpleegd op 2 juni 2023) en <https://www.twence.nl/processen> (geraadpleegd op 2 juni 2023).

bestaat, zoals de inbestedingsuitzondering van artikel 2.24b Aw, maakt dit naar het oordeel van de ACM niet anders. De ACM stelt daarom vast dat sprake is van een economische activiteit.

22. Tenslotte kan geen beroep worden gedaan op de uitzonderingssituatie van artikel 25h, tweede lid, Mw. Deze uitzondering geldt alleen voor zover een bestuursorgaan goederen of diensten aanbiedt aan andere bestuursorganen of overheidsbedrijven, voor zover die goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. In dit geval wordt de dienst aangeboden door Twence. Twence is geen bestuursorgaan. Daarnaast is de activiteit die Twence verricht niet bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak van de gemeenten. Op grond van titel 10.4 van de Wet Milieubeheer hebben gemeenten de publieke taak om zorg te dragen voor *inzameling en het op een daartoe ter beschikking gestelde plaats achterlaten van huishoudelijk afval*. De dienst die Twence voor de gemeenten verricht heeft betrekking op de afvalverwerking en is volgens de ACM niet verbonden en ook niet onlosmakelijk verbonden met de publieke taak van gemeenten zoals neergelegd in de Wet Milieubeheer. Twence verricht met het verwerken van huishoudelijk afval een economische activiteit waarop de uitzondering van artikel 25h, tweede lid, Mw niet van toepassing kan zijn.³⁰
23. Na heroverweging komt de ACM, anders dan in het bestreden besluit, tot de conclusie dat Twence een economische activiteit verricht. Het bevoordelingsverbod is daarmee in beginsel van toepassing.
- Nader onderzoek niet doelmatig: veel onderzoek vereist naar marktconformiteit tarieven*
24. Het bevoordelingsverbod beoogt op dezelfde wijze als het staatssteunverbod van artikel 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) te voorkomen dat de overheid een bedrijf concurrentievoordelen verschafft voor het verrichten van economische activiteiten. Om die reden worden de drie cumulatieve elementen van het staatssteunverbod op overeenkomstige wijze getoetst om vast te stellen of er sprake is van concurrentievervalsing zoals bedoeld in het bevoordelingsverbod.³¹
25. De drie cumulatieve elementen van het staatssteunverbod zijn:
- het direct of indirect toekennen van staatsmiddelen;
 - het verschaft voordeel is niet-marktconform; en
 - er is sprake van selectiviteit.
26. Om te beoordelen of aan deze elementen is voldaan is de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie³² (hierna: Mededeling) relevant.
27. Er is tussen partijen geen discussie over of de vergoeding die Twence ontvangt van de gemeenten wordt betaald met publieke middelen. Er is dus voldaan aan het vereiste van het toekennen van staatsmiddelen. Uit het feit dat de gemeenten de opdracht – al dan niet terecht – zonder aanbesteding hebben gegund aan Twence, volgt dat sprake is van selectiviteit. Anders dan AVR stelt³³, betekent dit nog niet dat dit zonder meer een overtreding oplevert. Daarvoor moet het verschaft voordeel namelijk ook niet-marktconform zijn. In dit geval zou dus nader onderzocht moeten worden of de vergoedingen die de gemeenten aan Twence betalen voor het verwerken van huishoudelijk afval niet-marktconform zijn.

³⁰ CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.4-6 en Rb. Rotterdam 10 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9563, r.o. 13.1 waarin wordt verwezen naar relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

³¹ Nota van toelichting bij het Besluit markt en overheid, p. 11-12 (*Stb.* 2012, 255).

³² Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2016. C 262).

³³ Zie randnummer 4 van dit besluit.

28. Slechts in twee gevallen wordt de marktconformiteit van een activiteit direct aangetoond, namelijk:
- wanneer een activiteit plaatsvindt op voet van gelijkheid (*pari passu*) tussen overheidsinstanties en private partijen; of
 - wanneer het daarbij gaat om de aankoop van diensten via een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure.³⁴
29. In dit geval staat vast dat de gemeenten niet hebben aanbesteed, dus zal op een andere manier de marktconformiteit van de tarieven van Twence moeten worden aangetoond. Bewijs voor marktconformiteit kan ook worden geleverd via i) benchmarking of ii) andere waarderingsmethoden.³⁵ In de bezwaarfase is aangevoerd dat de marktconformiteit van de tarieven is vastgesteld door middel van benchmarking.³⁶
30. Uit de Mededeling volgt dat bij het bepalen van een geschikte benchmark in het bijzonder de volgende elementen van belang zijn: i) het soort betrokken marktdeelnemer, ii) het soort transactie waar het om gaat, iii) het soort of de soorten markten en iv) het tijdstip van de transactie wanneer er belangrijke economische ontwikkelingen hebben plaatsgevonden.³⁷
31. De gemeente Enschede e.a. hebben zich in de bezwaarfase, op verzoek van de ACM, uitgelaten over het benchmarkonderzoek van de gemeenten en Twence en daarmee de marktconformiteit van de tarieven van Twence.³⁸ Naar aanleiding daarvan heeft de ACM zelf een aantal openbare bronnen en tarieven die in het benchmarkonderzoek worden gebruikt nader bekeken. Uit deze eerste analyse volgt dat onduidelijk is of de tarieven vergelijkbaar zijn en of ze daarom geschikt zijn als benchmark. Ook ontbreekt bij een aantal tarieven de bronvermelding.³⁹
32. Deze analyse van de ACM is voorgelegd aan alle partijen. Uit de reacties op de aanvullende vragen volgt dat de gemeenten onderling en AVR het niet eens zijn over of tarieven op de juiste wijze zijn gebenchmarkt.
33. De gemeente Enschede e.a. hebben aangevoerd dat de tarieven uit het benchmarkonderzoek wel vergelijkbaar zijn met de tarieven die Twence hanteert. Ook zouden de tarieven volgen uit openbare bronnen.⁴⁰ De gemeenten Almelo, Oldenzaal en Twenterand hebben aangevoerd dat zij al eerder haar twijfels hadden over de marktconformiteit van de tarieven en dat zij op basis van de jaarrekening van AVI-Twente B.V. vaststellen dat deze twijfel gerechtvaardigd is.⁴¹ De gemeenten zijn het onderling dus niet eens of er op de juiste wijze is gebenchmarkt. De ACM benadrukt dat de gemeenten hier ieder een verantwoordelijkheid hebben om niet in strijd te handelen met het bevoordelingsverbod. AVR is in de gelegenheid gesteld om te reageren op de stellingen van de gemeenten. AVR voert aan dat de genoemde tarieven uit het benchmarkonderzoek om verschillende redenen niet vergelijkbaar zijn met de tarieven die Twence hanteert. Zo zou geen onderscheid zijn gemaakt tussen tarieven die gelden op de *captive* markt en *non-captive* markt. Ook zou volgens AVR de bronvermelding bij het benchmarkonderzoek ontbreken.⁴²
34. Na meerdere schriftelijke rondes stelt de ACM vast dat veel nader (economisch) onderzoek nodig is om te beoordelen of de tarieven van Twence marktconform zijn. Zeker nu de gemeenten die hier allen verantwoordelijk voor zijn onderling van mening verschillen. Voor dit nadere onderzoek is schaarse, specialistische kennis en capaciteit vereist die dan niet kan worden ingezet in andere

³⁴ Mededeling, randnummer 84.

³⁵ Mededeling, randnummer 97.

³⁶ De gemeenten hebben met Twence verschillende maar opeenvolgende overeenkomsten gesloten voor het verwerken van huishoudelijk afval. De huidige overeenkomst geldt voor onbepaalde tijd, maar kan elke vijf jaar door elke partij tussentijds worden beëindigd. Document met kenmerk ACM/IN/755303 en Document met kenmerk ACM/IN/755303.

³⁷ Mededeling, randnummers 98-100.

³⁸ Document met kenmerk ACM/IN/755303 (beantwoording aanvullende vragen),

³⁹ Document met kenmerk ACM/INT/469536 (analyse benchmarkonderzoek ACM).

⁴⁰ Documenten met kenmerk ACM/IN/773963 (reactie gemeente Enschede e.a. op informatieverzoek).

⁴¹ Document met kenmerk ACM/IN/776395 (reactie gemeenten Almelo, Oldenzaal en Twenterand op informatieverzoek).

⁴² Document met kenmerk ACM/IN/781865 (reactie AVR).

zaken. In de volgende randnummers wordt toegelicht dat dit nadere onderzoek naast niet doelmatig, ook niet doeltreffend is omdat de ACM niet de aangewezen instantie is de marktconformiteit te beoordelen.

Nader onderzoek ook niet doeltreffend: ACM is niet de aangewezen instantie

35. Uit het voorgaande volgt dat de ACM veel (economisch) onderzoek moet doen naar de marktconformiteit van de tarieven van Twence. Dit vergt veel capaciteit en specialistische kennis. Daarnaast is in dit geval de ACM niet de aangewezen instantie om de marktconformiteit van de tarieven van Twence te beoordelen. Dit maakt dat nader onderzoek ook niet doeltreffend is.
36. De gedragsregels van de Wet M&O gelden niet als sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.⁴³ In dit verband en in aanvulling op randnummers 24 en 25 van dit besluit is relevant dat het staatssteunverbod ten opzichte van het bevoordelingsverbod een element bevat waaraan ook moet worden voldaan, namelijk dat de steunmaatregel een grensoverschrijdend effect moet hebben.⁴⁴ Dit element bakent het staatssteunrecht af van nationale mededingingsregels, zoals de Wet M&O.
37. In dat verband is in artikel 25h, vierde lid, Mw bepaald dat de gedragsregels niet van toepassing zijn wanneer een bestuursorgaan van oordeel is dat een bepaalde maatregel als een steunmaatregel kwalificeert. De beoordeling of sprake is van staatssteun is de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie en het Hof van Justitie, bestuursorganen hebben evenwel een eigen verantwoordelijkheid voor de naleving van zowel de staatssteunregels als de Wet M&O. Dit impliceert dat het oordeel van de betreffende bestuursorganen maatgevend is voor de reikwijdte van artikel 25h, vierde lid, Mw, tenzij de Europese Commissie of het Hof van Justitie tot een andersluidende conclusie komen. De ACM is gehouden dit oordeel te volgen.⁴⁵
38. In dit geval ontbreekt een dergelijk oordeel, zowel van de gemeenten als van de Europese Commissie of het Hof van Justitie. Daarnaast hebben de gemeenten verschillende opvattingen over de vraag of er sprake is van marktconforme tarieven.
39. Bij gebreke aan een oordeel inzake staatssteun hecht de ACM waarde aan het feit dat Twence niet alleen huishoudelijk afval van de gemeenten verwerkt, maar ook het huishoudelijk afval verwerkt van Münster (met +/- 315.000 inwoners en gelegen +/- 80 kilometer van de afvalverwerkingscentrale van Twence te Hengelo (Overijssel)). Dit betreft bovendien niet verwaarloosbare volumes. Daarmee gaat de ACM ervan uit dat in dit geval sprake is van een grensoverschrijdend effect.
40. De ACM acht aannemelijk dat, wanneer blijkt dat de tarieven niet-marktconform zijn, snel de de-minimisdrempels van de Europese Commissie worden overschreden. Deze drempels vormen voor de Europese Commissie en overheden een handvat om te beoordelen of er sprake is van een grensoverschrijdend effect. Zo lang overheden over een periode van drie belastingjaren tot maximaal EUR 200.000 steun verlenen aan een onderneming, heeft die steunmaatregel volgens de Europese Commissie slechts een beperkt effect op de handel tussen lidstaten en is er wat haar betreft geen sprake van onrechtmatige steun.⁴⁶
41. Uit het vonnis van de rechtbank Overijssel inzake het aanbestedingsrechtelijke geschil volgt dat Twence in de jaren 2019, 2020 en 2021 ruim 685.000 ton afval heeft verwerkt voor de gemeenten.⁴⁷

⁴³ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 11-12.

⁴⁴ Het begrip grensoverschrijdend effect wordt door de Europese Commissie en het HvJ ruim uitgelegd. Lage steunbedragen of het feit dat de begunstigde ondernemingen klein zijn, sluiten niet uit dat er sprake kan zijn van een grensoverschrijdend effect. Ook de omstandigheid dat een onderneming uitsluitend in één lidstaat actief is, sluit niet uit dat de handel tussen lidstaten door de steunmaatregel kan worden beperkt.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 34-35.

⁴⁶ Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, artikel 3, tweede lid. Zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 35.

⁴⁷ Rb. Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337, r.o. 4.19.

Wanneer dit wordt afgezet tegen de tarieven voor de verschillende soorten afvalverwerking door Twence, die variëren van EUR 50 tot EUR 95 per ton, merkt de ACM het volgende op. De de-minimisdrempel van EUR 200.000 wordt al overschreden indien blijkt dat de tarieven van Twence gemiddeld meer dan, afhankelijk van het type afval, 0,003 of 0,006%⁴⁸, boven het marktconforme niveau liggen. Dit betekent dat bij slechts een zeer geringe niet-marktconformiteit er al sprake is van een grensoverschrijdend effect waardoor niet de ACM, maar de Europese Commissie, de aangewezen instantie is om onderzoek te doen naar de marktconformiteit van de tarieven.

42. Op grond van het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat nader onderzoek doen niet doelmatig en doeltreffend is.

4.3. Nader onderzoek niet in het maatschappelijk belang en geen aanwijzingen schade aan consumentenwelvaart

Nader onderzoek is niet in het maatschappelijk belang

43. De ACM onderkent dat een goede werking van de markt voor de verwerking van (huishoudelijk) afval van grote waarde is. De ACM is het met AVR eens dat in het bestreden besluit ten onrechte is opgemerkt dat huishoudelijk afval slechts 5% van de totale markt behelst. Dit percentage ligt aanzienlijk hoger. Dat betekent echter niet dat de ACM in dit geval onderzoek moet doen naar een mogelijke overtreding van het bevoordelingsverbod.⁴⁹
44. Zo is niet duidelijk of en in welke mate de afvalverwerkingsmarkt wordt geschaad door de gestelde overtreding. Zoals uit paragraaf 4.2 van dit besluit volgt, is de ACM niet de aangewezen instantie om nader onderzoek te doen. Het is niet in het maatschappelijk belang dat de ACM schaarse capaciteit inzet in een onderzoek dat naar alle waarschijnlijkheid niet tot handhaving zal leiden. De ACM zet haar schaarse onderzoekscapaciteit daarom in ten behoeve van andere (lopende) onderzoeken.

Geen aanwijzingen schade aan consumentenwelvaart

45. Tenslotte kijkt de ACM wat handhavend optreden door de ACM in potentie direct of indirect kan opleveren in termen van welvaartwinst voor consumenten op korte en lange termijn.
46. De ACM merkt op dat AVR hier niets over heeft opgemerkt. Het is niet op voorhand duidelijk dat de mogelijke bevoordeling van Twence als gevolg van niet marktconforme tarieven wordt doorberekend aan de consument. Ten overvloede merkt de ACM hier nog op dat schade aan de consumentenwelvaart slechts één van de prioriteringscriteria is. Zelfs al zou hiervan sprake zijn dan nog zou nader onderzoek niet doelmatig en doeltreffend zijn zoals hiervoor is toegelicht.

4.4. Beoordelen overige bezwaargronden

Schending zorgvuldigheidsbeginsel

47. AVR voert in bezwaar aan dat het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het bestreden besluit onzorgvuldig is verricht. AVR stelt dat alleen de gemeente Enschede bij het inventariserend onderzoek, dat heeft geleid tot het bestreden besluit, is betrokken.⁵⁰ AVR heeft daar terecht bezwaar tegen gemaakt. Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel leidt echter niet tot herroeping van het

⁴⁸ Er gelden twee tarieven EUR 50 tot EUR 95. Twence heeft over de jaren 2019, 2020 en 2021 685.000 ton huishoudelijk afval verwerkt. Afhankelijk van het geldende tarief bedraagt de omzet 34.250.000 of 65.075.000. 200.000 van 34.250.000 is 0,006%. 200.000 van 65.075.000 is 0,003%. De tarieven hoeven dus maar, afhankelijk van type afval, meer dan 0,003% of 0,006% boven marktconform te liggen om de de-minimis drempel van 200.000 te overschrijden.

⁴⁹ *Rapport afvalverwerking in Nederland, gegevens 2020*, Werkgroep Afvalregistratie. – Utrecht : Rijkswaterstaat, 2022. Zie: <https://www.afvalcirculair.nl/onderwerpen/linkportaal/publicaties/downloads/downloads-0/afvalverwerking-nederland-gegevens-2020/> (geraadpleegd op 13 juni 2023).

⁵⁰ Document met kenmerk ACM/IN/728371 (bezwaarschrift), nr. 4.5 en document met kenmerk ACM/IN/741286 (schriftelijke zienswijze AVR), nr. 2.5, t/m 2.9.

bestreden besluit. Dit zorgvuldigheidsgebrek is in bezwaar hersteld, zie randnummers 7 tot en met 9 van dit besluit.

Belang samenhang met civiele procedures onvoldoende onderkend

48. AVR stelt dat de ACM miskent dat in de civiele procedure over het aanbestedingsrecht sprake is van informatieasymmetrie. Hierdoor zou AVR onmogelijk het gevraagde bewijs kunnen leveren over de cijfers van Twence die zien op de verhoudingen en scheidingen tussen de gestelde private en commerciële activiteiten. De ACM merkt hierover op dat dat zij toezicht houdt op de Wet M&O die een gelijk speelveld tussen private ondernemingen enerzijds en overheden en hun overheidsbedrijven anderzijds waarborgt. Daarbij bestaat voor de ACM geen ruimte om rekening te houden met de positie van partijen in een civiele procedure over aanbestedingsrecht. Deze bezwaargrond van AVR is daarom ongegrond.

5. Vergoeding proceskosten

49. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb, worden de kosten, die een belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed, voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. De ACM stelt vast dat er geen aanleiding is om het bestreden besluit te herroepen. Dit betekent dat in dit geval niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:15, tweede lid, Awb om in aanmerking te komen voor een vergoeding van de proceskosten in bezwaar. De ACM wijst het verzoek van de AVR om die reden dan ook af.

Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

Verklaart het bezwaar van AVR-afvalverwerking B.V. ongegrond en handhaaft haar besluit van 19 augustus 2022 met kenmerk ACM/UIT/582111, onder verbetering van de motivering.

Den Haag, **12 juli 2023**

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.