

## ARA NV/BFI en de verzelfstandiging van gemeentelijke afvaldiensten

*De zaak ARA NV/BFI heeft in de afgelopen jaren de nodige gemoederen losgemaakt. In dit medium<sup>1</sup> en in andere media werd aan deze zaak reeds de nodige aandacht besteed. Na jaren van procederen is in deze kwestie op 10 november jl. uitspraak gedaan door het Europese Hof van Justitie te Luxemburg.<sup>2</sup> De belangrijkste conclusie die uit deze uitspraak kan worden getrokken is dat de aanbestedingsregels aan verzelfstandiging of privatisering van overheidsdiensten niet in de weg behoeven te staan. Alvorens op de uitspraak in te gaan, een beschrijving van de feiten.*

### Feiten

In 1993 hebben de gemeenten Arnhem en Rheden de naamloze vennootschap ARA NV opgericht. ARA NV had – geparafraseerd – ten doel om het huishoudelijk afval in beide gemeenten op te halen, doch ARA NV zou zich tegelijkertijd op de commerciële markt begeven door ook bedrijfsafval in te zamelen. Aldus zou in concurrentie (kunnen) worden getreden met derden. Van belang is voorts te constateren dat, blijkens de doelomschrijving, ARA NV haar werkzaamheden op maatschappelijk aanvaardbare wijze zou verrichten.<sup>3</sup> Teneinde ARA NV werk te verschaffen en aldus een positie in de markt te geven, hebben de gemeenten Arnhem en Rheden de opdracht om het gemeentelijk huisvuil in te zamelen aan ARA NV verstrekt. Op het eerste gezicht een weinig bijzondere handeling: deze werkzaamheden werden voorheen ook reeds verricht door de gemeentelijke inzameldiensten, zij het dat die activiteiten op dat moment door de gemeenten zelf werden verricht. Het was (met name) tegen de verlening van deze opdracht door de gemeenten aan ARA NV – de zogenoemde ‘bruidsschat’ – dat BFI in het geweer kwam: BFI stelde dat deze opdrachtverlening had behoren te worden aanbesteed overeenkomstig de Europese aanbestedingsrichtlijnen, meer in het bijzonder de Richtlijn Diensten.<sup>4</sup>

### Beoordeling

In beginsel lijkt de stelling van BFI hout te snijden: het betreft een opdracht, die op de 1A-lijst is opgenomen<sup>5</sup> en mitsdien behoort tot de zogenaamde prioritaire diensten en bovendien boven de drempelwaarde<sup>6</sup> uitkomt. In beginsel geldt derhalve een aanbestedingsplicht. De Richtlijn Diensten bevat echter een uitzonderingsbepaling, vervat in art. 6: de Richtlijn Diensten is niet van toepassing ‘op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is (...) op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag’. Dat de opdrachtverstrekking door de gemeenten aan ARA NV kon worden gekwalificeerd als een alleenrecht dat zijn grondslag vond in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, werd in hoger beroep door het Gerechtshof te Arnhem<sup>7</sup> vastgesteld. Bovendien was niet in discussie of aan de laatste eis – verenigbaarheid met het EG-Verdrag – was voldaan. Het

Gerechtshof te Arnhem worstelde echter met de vraag of ARA NV diende te worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst. Indien die vraag namelijk bevestigend zou worden beantwoord, zouden de gemeenten een terecht beroep op art. 6 van de Richtlijn Diensten hebben gedaan en zou de opdrachtverlening door de gemeenten aan ARA NV niet aanbestedingsplichtig zijn. Ter zake heeft het Gerechtshof te Arnhem vervolgens een aantal vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie, welke vragen op 10 november jl. beantwoord zijn. De kern van het probleem was met name gelegen in het feit dat ARA NV niet louter taken in het algemeen belang verrichtte (het ophalen van huishoudelijk afval), doch blijkens de doelomschrijving tevens de mogelijkheid had om commerciële activiteiten<sup>8</sup> te ontwikkelen.

### Aanbestedende dienst

Een instelling kwalificeert zich als een aanbestedende dienst, indien zij ‘(a) is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard en (b) rechtspersoonlijkheid heeft en (c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen’. Dat ARA NV aan de vereisten als genoemd onder (b) en (c) voldeed was niet voor discussie vatbaar. De pijn zat hem in het vereiste als vermeld onder (a). Met name ter zake de interpretatie van dit criterium heeft het Gerechtshof te Arnhem aan het Hof van Justitie te Luxemburg een aantal vragen gesteld.

### Uitspraak Hof van Justitie

Het Europese Hof van Justitie zet de lijn voort die zij reeds in de Mannesmann-zaak uitzette<sup>9</sup> en wijkt tegelijkertijd duidelijk af van de visie die de Advocaat Generaal La Pergola had vervat in zijn conclusie.<sup>10</sup> In de zaak Mannesmann oordeelde het Hof van Justitie dat een instelling die ooit is opgericht met het specifieke doel publieke taken te verrichten, als aanbestedende dienst kwalificeert en die kwalificatie behoudt, ook indien zij nadien commerciële activiteiten gaat ontplooiën en zelfs indien die commerciële activiteiten een zeer wezenlijk deel van de totale activiteiten gaan uitmaken. In casu ging het om de Oostenrijkse Staatsdrukkerij die ooit was opgericht met het specifieke doel om staatsdocumenten als paspoorten, rijbewijzen en dergelijke te drukken, doch nadien voor meer dan 50% commerciële activiteiten was gaan ontplooiën. Desalniettemin kwalificeerde de Oostenrijkse Staatsdrukkerij als aanbestedende dienst. In de ARA-zaak refereert het Hof van Justitie herhaaldelijk aan deze uitspraak en geeft daarmee mijns inziens te kennen de lijn Mannesmann te willen voortzetten. Van belang is dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen enerzijds behoeften van algemeen belang die niet van industriële of

commerciële aard zijn en anderzijds behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn. Deze uitspraak alsmede de uitspraak in de Mannesmann-zaak leiden er mijns inziens toe dat ARA NV kwalificeert als een aanbestedende dienst. Het gevolg daarvan is dat de gemeenten Arnhem en Rheden een terecht beroep op art. 6 van de Richtlijn Diensten hebben gedaan. Het is overigens thans aan het Gerechtshof te Arnhem om met inachtneming van de uitspraak van het Hof van Justitie arrest te wijzen en aldus vast te stellen of de gemeenten een terecht beroep hebben gedaan op art. 6 van de Richtlijn Diensten.

#### Tot slot

Overigens zou aan de ARA-problematiek wellicht ook op andere, betrekkelijk eenvoudige, wijze kunnen worden ontkomen. De kern van het probleem zat hem mijns inziens met name in het feit dat ARA NV een nogal hybride karakter had: enerzijds het verrichten van zuivere algemeen-belangtaken en anderzijds het verrichten van commerciële activiteiten. Als gevolg van die tweeslachtigheid rees de vraag of ARA NV een aanbestedende dienst was. Om aan een dergelijke discussie zoveel mogelijk een eind te maken, is het in de toekomst mijns inziens alleszins aan te bevelen om, indien men tot ver-

zelfstandiging overgaat, een tweetal vennootschappen op te richten, waarbij de ene vennootschap zich zuiver en uitsluitend op het maatschappelijk en algemeen belang richt (en in beginsel geen winstoogmerk heeft) en anderzijds een vennootschap die uitsluitend op een commerciële wijze opereert. Men mag, gelet op de uitspraken inzake Mannesmann en ARA, aannemen dat in zodanig geval de opdrachtverlening door de betreffende overheidsinstantie aan de verzelfstandigde entiteit die zuiver publieke taken verricht, zonder twijfel valt onder de uitzonderingsbepaling van art. 6 Richtlijn Diensten. Bovendien voorkomt men met een dergelijke splitsing dat een entiteit die, gelijk de Oostenrijkse Staatsdrukkerij, hoofdzakelijk commercieel opereert, haar inkopen overeenkomstig de aanbestedingsrichtlijnen dient aan te besteden. Een dergelijke scheiding is ook om andere redenen aantrekkelijk en gewenst. De organisatie is transparant en overzichtelijk, terwijl ook vanuit mededingingsrechtelijke optiek een dergelijke scheiding gewenst lijkt.<sup>11</sup> Overigens: de gemeenten hadden zulks klaarblijkelijk ook ingezien en hebben gaandeweg de juridische procedure een nieuwe entiteit opgericht, geheten ARACOM, die tot doel had om commerciële activiteiten te ontwikkelen en waarin de inzameling van bedrijfsafval werd ondergebracht.<sup>12</sup>

1. Vergelijk onder meer prof. mr H.J. de Ru, *TP* 1994/1; Mr G.W.A. van de Meent, *TP* 1995/5; Mr E. Steyger, *TP* 1997/3; Mr I.A.H. Dolmans-Bude/Mr H.L.E. Liem, *TP* 1996/7; Mr H.C.T.M. Borburgh, *TP* 1998/5. Prof. mr H.J. de Ru en mr G.W.A. van de Meent concluderen overigens — samenvattend gesteld — reeds ruim voordat dit arrest werd gewezen dat op de hierna te bespreken uitzonderingsbepaling (art. 6 Richtlijn Diensten) geen beroep kan worden gedaan indien de verzelfstandigde entiteit wordt opgericht met het doel om commerciële activiteiten te ontwikkelen, doch dat van de aanbestedingsrichtlijnen weinig te duchten is indien uitsluitend sprake is van een formele verzelfstandiging van diensten die daarvoor door de gemeente zelf binnenshuis (in-house) werden uitgevoerd.
2. HvJ EG 10 november 1998, C-360/96.
3. Zie punt 9 van de uitspraak van het HvJ EG.
4. Richtlijn Diensten (EG/92/50, thans gewijzigd bij Richtlijn EG/97/52).
5. Op de zogenaamde 1A-diensten is de Richtlijn ten volle van toepassing; op de zogenaamde 1B of residuaire diensten is de Richtlijn slechts marginaal van toepassing.

6. Circa f 430.000, thans f 444.067.
7. De Rechtbank te Arnhem oordeelde op dit punt in eerste instantie overigens anders. Rb. Arnhem 18 mei 1995, BR 1995, blz. 693 en verder; Hof Arnhem 25 juni 1996, BR 1996, blz. 753 en verder.
8. Hetgeen ook daadwerkelijk geschiedde, zij het dat deze commerciële activiteiten (de inzameling van bedrijfsafval) slechts een beperkt deel uitmaakten van de totale activiteiten.
9. HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96.
10. Conclusie AG La Pergola 19 februari 1998, zaak C-360/96. De AG stelde zich — geparafraseerd — op het standpunt dat de gemeenten en ARA NV dienden te worden vereenzelvigd. ARA NV was in zijn visie niet meer dan de gemeenten 'in een ander jasje'. Om die reden kon er naar zijn oordeel geen sprake zijn van een overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van de Richtlijn Diensten.
11. Vergelijk het rapport van de Werkgroep Markt en Overheid ('Cohen') d.d. 20 februari 1997.
12. Vergelijk punt 16 van de uitspraak HvJ EG.

*Mr A.J.J. Louwinger*

Belastingadviseur bij Loeff Claeys Verbeke. Tevens verbonden als docent Europees belastingrecht aan de Universiteit Utrecht.

## *Vennootschapsbelastingplicht voor de energiesector: de gevolgen voor PPS en multi utility concernvorming*

*Binnen een periode van ongeveer twee jaar is de vennootschapsbelastingpositie van energiebedrijven en daarmee gelieerde lichamen ingrijpend gewijzigd. Deze ontwikkelingen lijken, althans voorlopig, op hun eindpunt te zijn aanbeland met de Elektriciteitswet 1998, waarin een bepaling is opgenomen (art. 68) die beoogt de gevolgen van de introductie van belastingplicht van energiebedrijven te faseren. Door de wetgever werd een gefaseerde invoering wenselijk geacht met het oog op de geleidelijke liberalisering van de energiesector. In deze bijdrage wordt uiteengezet op welke wijze de energiesector en daarmee gelieerde lichamen in de heffing van vennootschapsbelasting worden*

*betrokken. Daarbij wordt aandacht besteed aan de hindernissen die de huidige regelgeving opwerpt voor de participatie door private partijen in energiebedrijven, dit ondanks de opening die de Elektriciteitswet 1998 biedt voor de plaatsing van de aandelen bij derden (art. 71 en 72). De fiscale belemmeringen voor concernvorming door energiebedrijven komen eveneens aan de orde.*

#### Inleiding

Het huidige regime voor de heffing van vennootschapsbelasting van overheidsbedrijven stamt uit 1956.<sup>1</sup> De overheids-