

Bijlage 1: **Toelichting** Juridische risico's

Aanbestedingsrecht

A. AqM is niet aanbestedingsplichtig

Een aanbestedende dienst mag niet de aanbestedingsregels omzeilen door een opdracht onder te brengen bij een privaatrechtelijke rechtspersoon die slechts als “doorgeefluik” fungeert en in feite aanbestedingsplichtig is. AqM bepaalt echter zelf op welke wijze zij de opdracht (het vermarkten van reststoffen) uitvoert door bijvoorbeeld de koper, de voorwaarden en prijs te bepalen en laat zich hierbij leiden door zakelijke beweegredenen en niet uitsluitend door de voorwaarden die de aandeelhouders stellen. Daardoor handelt AqM bij de verkoop van reststoffen in opdracht van de aandeelhouders en niet als doorgeefluik.

AqM verricht navolgende activiteiten ten behoeve van haar aandeelhouders:

1. Afvoer van reststoffen (waaronder transport, aanneming, acceptatie, opslag, keuring kwaliteitsborging);
2. Onderzoek;
3. Toets (milieu-) wet- en regelgeving;
4. Administratieve afhandeling (terugkoppeling waterleidingbedrijven, compliance met o.a. afvalstoffenwetgeving);rkoop van reststoffen.

AqM levert derhalve toegevoegde waarde, en is niet te beschouwen als enkel een “doorgeefluik”. Mocht AqM op enig moment wel aanbestedingsplichtig worden, dan zal AqM dus moeten aanbesteden en kan AqM niet onze reststromen aan de markt aanbieden. WDD loopt dan het risico dat de aanbestedingsplichtige opdracht met AqM vernietigd wordt. Periodiek zal getoetst moeten worden of AqM zich aan de aanbestedingsregels houdt.

B. WDD voldoet aan de quasi-inbestedingsuitzondering

WDD kan als aanbestedende dienst voor de samenwerking met AqM een beroep doen op een uitzondering op de aanbestedingsplicht als aan de voorwaarden wordt voldaan (quasi inbesteding). De voorwaarden zijn:

1. WDD oefent samen met de andere aandeelhouders toezicht op AqM (zie bijlage 4 voor Governance).

Om te voldoen aan het toezichtcriterium is het noodzakelijk dat er sprake is van een effectief, structureel en functioneel toezicht. In de statuten van AqM is de besluitvorming over strategische en belangrijke besluiten bij de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) belegd, waardoor ook kleinere aandeelhouders hun toezicht effectief kunnen uitoefenen. Aangenomen mag worden dat is voldaan aan het vereiste van gezamenlijk toezicht als alle betrokken aanbestedende diensten deelnemen in het kapitaal en deel uitmaken van de bestuursorganen van de gecontroleerde rechtspersoon.

Deelname van alle betrokken aanbestedende diensten in het kapitaal en de bestuursorganen van AqM is de meest voor de hand liggende optie om het effectieve toezicht op een structurele en functionele wijze te waarborgen.

AqM kent één bestuurder en deze is niet specifiek vertegenwoordiger van de waterschappen of drinkwaterbedrijven. De bestuurder wordt benoemd en eventueel geschorst/ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Het deel uit laten maken van aandeelhouders in het ('dagelijks') bestuur van AqM werd echter uit praktisch oogpunt niet wenselijk ervaren. Mede om die reden is de toezichthoudende rol aangepast (in casu uitgebreid): de bestuursbevoegdheid is teruggebracht en een scala aan besluiten is onderworpen aan goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders, teneinde het toezicht effectief, structureel en functioneel te doen zijn.

2. AqM moet meer dan 80% van haar activiteiten uitvoeren ten behoeve van haar aandeelhouders. Dat is in de statuten van AqM vastgelegd.

3. Er mag geen privékapitaal worden geïnvesteerd. Ook dat is in de statuten van AqM vastgelegd.

Mededingingsrecht

De beoogde samenwerking is verenigbaar met het mededingingsrecht

- Het aan WDD aangeboden aandeelpercentage (4,4 %) is niet zodanig dat daarmee beslissende invloed wordt uitgeoefend op het vlak van strategische commerciële beslissingen en daardoor een meldingsplicht hebben aan het AqM. In de statuten worden veruit de meeste besluiten door de AVA genomen met volstrekte meerderheid. Mocht het ons aangeboden percentage toenemen (of mochten wij bijzondere zeggenschapsrechten verkrijgen), dan kan dat anders komen te liggen.
- Het is mogelijk – maar nog verre van zeker – dat slib als een economische activiteit/dienst van algemeen economisch belang (DAEB) kan worden beschouwd, waardoor sprake kan zijn van een uitzondering op het mededingingsrecht. Daarover bestaat vooralsnog onzekerheid waardoor op dit moment niet verdedigbaar is dat WDD van het mededingingsrecht uitgezonderd is. De mededingingsregels gelden dus ook voor WDD
- Gezien de mededingingsregels is het belangrijk om er voor te waken dat het marktaandeel op de relevante markten in Nederland van alle betrokken partijen die via AqM handelen, inclusief nieuwe toetreders en de 20% niet-aandeelhouders waarvoor AqM optreedt, beneden de 15% marktaandeel op de relevante markten in Nederland blijft. Daarboven moeten er zeer goede redenen bestaan om de samenwerking tussen partijen te legitimeren onder het mededingingsrecht.

Uit informatie van AqM komt naar voren dat de huidige betrokken marktaandelen op de afzetmarkt van reststoffen erg laag (ver onder de 15%) zijn. Wat betreft haar inkoopmarkten (i.h.b. transport, opslag en verwerking) heeft AqM ook aangegeven dat haar marktaandelen onder de 15% blijft. Op basis van de inschattingen die er momenteel liggen, kan worden geconcludeerd dat de betrokken marktaandelen van AqM (ver) onder de 15% liggen, waardoor de samenwerking is toegestaan onder het mededingingsrecht. De markten waarop AqM zich beweegt zijn echter dynamisch. Nieuwe technieken worden toegepast, nieuwe toetreders in AqM ontstaan. Geadviseerd wordt om iedere 2 á 3 jaar een “mededingingsrechtelijke check” op de samenwerking via AqM en op de marktaandelen van de (de afzet van de) betrokken reststoffen te doen of AqM nog binnen de 15% grens opereert. Aangeraden wordt om scherp op te letten dat de samenwerking, en de rol van AqM daarin, zich concentreert op de vermarkting van de geselecteerde reststoffen, en niet op andere aspecten van de bedrijfsvoering van de deelnemers.

- WDD moet onderbouwen waarom de verkoopsamenwerking via AqM noodzakelijk en proportioneel is en blijft in die zin dat de bundeling van krachten cruciaal is om te komen tot een efficiënte en kwaliteitsvolle afzet van reststoffen c.q. grondstoffen in de markt. De met AqM te sluiten overeenkomsten zullen daarover op inhoud moeten worden getoetst.

Staatssteun/Wet Markt en Overheid

- De integrale kosten dienen te worden doorberekend en de verkoopprijs voor het slib moet marktconform zijn. Dat kan ook betekenen een negatieve prijs, m.a.w. als de markt dicteert dat er betaald moet worden voor de afname van slib, dan is dat kennelijk een marktconforme prijs en daarmee dus geen sprake van schending van de mededingingsregels.

Daarnaast mag WDD als overheidsbedrijf niet worden bevoordeeld ten opzichte van marktpartijen ("bevoordelingsverbod"). Indien de afspraken tussen WDD en AqM voor de verkoop van slib marktconform zijn, zal geen sprake zijn van bevoordeling in de zin van de Wet Mark