

Voordeel versus compensatie

mr E.W.F. Schotanus

Het is inmiddels weer enige tijd geleden dat het HvJ EG Europa op zijn kop zette met zijn uitspraak inzake Ferring. Dit arrest heeft tot veel commotie geleid. De reikwijdte van het Ferring-arrest werd vervolgens aangescherpt door het Altmark-arrest. In het licht van dit arrest achtte de Commissie het dienstig de voorwaarden van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag nader te preciseren. Dit heeft geleid tot het formuleren van regelgeving over de toepassing van de staatssteunregels op vergoedingen voor het verrichten van een Dienst van Algemeen Economisch Belang (hierna 'DAEB'). De definitieve versie van deze regelgeving is op 15 juli 2005 op de website van de Commissie gepubliceerd.¹ In dit artikel zal ik de aanloop naar de regelgeving schetsen en vervolgens deze regelgeving inhoudelijk bespreken, maar eerst een kort uitstapje naar het concept van een DAEB en de financiering daarvan.

Diensten van algemeen economisch belang

Ten aanzien van een DAEB heeft de Commissie veel documenten geproduceerd. In 1996 publiceerde de Commissie de eerste mededeling² die in 2001 geüpdatet werd.³ Eind 2002 publiceerde de Commissie een Non Paper over de verhouding tussen een DAEB en de staatssteunregels.⁴ In 2003 publiceerde de Commissie het Groenboek⁵ dat in 2004 werd gevolgd door een Witboek.⁶

Met de invoeging van artikel 16 van het EG-Verdrag hebben de lidstaten het belang van een DAEB onderstreept. Bovendien hebben de lidstaten de toegang tot een DAEB als een van de grondrechten van de Europese Unie erkend.⁷ Verder bevat artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag een verwijzing naar diensten van algemeen economisch belang. Desondanks bevat het EG-Verdrag noch een van de hiervoor aangehaalde

documenten⁸ een definitie van het begrip diensten van algemeen economisch belang.

Diensten van algemeen belang worden omschreven als diensten die door de overheidsinstanties van algemeen belang worden geacht en waarvoor zij openbare dienstverplichtingen laten gelden. Het begrip diensten van algemeen economisch belang verwijst naar marktdiensten. Uit de Mededeling 2001 kan niettemin een iets concretere omschrijving worden afgeleid. Het betreft diensten waarvan de overheid vindt dat erin voorzien moet worden en waartoe de markt niet voldoende wordt gestimuleerd dan wel waarin door de markt niet in voldoende mate wordt voorzien. Later voegde de Commissie daaraan toe dat langdurig gegarandeerd moet worden dat iedereen tegen betaalbare tarieven toegang heeft tot de kwalitatief hoogwaardige diensten. In antwoord op Kamervragen knoopt de minister van Economische Zaken hierbij aan.⁹

Bij gebrek aan een Europese definitie hebben de lidstaten de vrijheid zelf diensten van algemeen belang te definiëren. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. De Commissie behoudt het recht de definitie op duidelijke fouten te contro-

1 http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan/.

2 Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa, *Pb. EG* 1996, C 281/3 (hierna 'Mededeling 1996'), randnr. 16.

3 Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa, *Pb. EG* 2001, C 17/4 (hierna 'Mededeling 2001').

4 Non Paper inzake diensten van algemeen economisch belang en staatssteun van 12 november 2002 (hierna 'Non Paper').

5 Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2003) 270 def. (hierna 'Groenboek').

6 Witboek over diensten van algemeen belang, COM (2004) 374 def. (hierna 'Witboek').

7 Artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb. EG* 2000, C 364/1.

8 Zie bijvoorbeeld ook Bijlage bij het Verslag aan de Europese Raad van Laken inzake diensten van algemeen belang, COM (2001) 598 def.

9 Kamerstukken II, 2004-2005, 22 112, nr. 373, p. 4.

Mr E.W.F. Schotanus is werkzaam bij Van Doorne.

leren.¹⁰ Ter bevordering van de controle eist de Commissie dat de lidstaten bij de definiëring totale transparantie in acht nemen. Met inachtneming van de toepasselijke communautaire regels hebben de lidstaten verder de vrijheid te bepalen op welke wijze en door wie de diensten worden verricht. Ook ten aanzien van de wijze van financiering hebben de lidstaten keuzevrijheid.

Financiering van diensten van algemeen economisch belang

De Commissie onderscheidt ten aanzien van de financiering van een DAEB in de Non Paper vier categorieën. De eerste categorie betreft financiering door de gebruikers. De tweede categorie behelst een door de overheid aan de beheerder te betalen vergoeding. De derde categorie is zelf-financiering bij wege van kruissubsidiëring en de laatste categorie ziet op zelffinanciering bij wege van het verrichten van commerciële activiteiten. In het Groenboek voegt de Commissie daaraan toe de categorie van financiering door de ondernemingen die niet belast zijn met het beheer van een DAEB, maar wel met de betreffende onderneming concurreren.

Tijdens zijn vergadering in Nice vond de Europese Raad dat ten aanzien van de wijze van financiering gepreciseerd moest worden op welke wijze deze financiering zich verhoudt met de regels over staatssteun. Op dat moment hadden de Commissie, het HvJ EG en het GvEA zich al uitgelaten over deze verhouding. Deze uitspraken stonden lijnrecht tegenover elkaar.

Staatssteunbenadering versus compensatiebenadering

De jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA valt in twee categorieën uiteen.¹¹ De eerste categorie betreft de staatssteunbenadering en de tweede de compensatiebenadering.

Staatssteunbenadering

Krachtens de staatssteunbenadering is een vergoeding ter compensatie van het verrichten van een DAEB een steunmaatregel. Wanneer deze vergoeding echter slechts de meerkosten compenseert en bovendien noodzakelijk is om die dienst onder economisch evenwichtige omstandigheden te kunnen verrichten, kan deze steunmaatregel op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd zijn.¹²

Compensatiebenadering

Vanuit de gedachte van de compensatiebenadering is daarentegen geen sprake van een steunmaatregel, omdat het element van voordeel ontbreekt. Krachtens deze benadering vormt de compensatie een tegenprestatie voor het verrichten van een DAEB.¹³ Indien er van overcompensatie sprake is, kan het surplus overigens niet met een beroep op artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden geacht.

De gulden middenweg

Na het Ferring-arrest ontbrandt een juridische discussie tussen de voorstanders van de staatssteunbenadering en de voorstanders van de compensatiebenadering. Volgens een van de tegenstanders van de compensatiebenadering leidt deze benadering tot een uitholling van het effect van de artikelen 87 en 86 lid 2 van het EG-Verdrag.¹⁴ Een maand later verdedigt AG Jacobs een meer gematigde lezing waarbij hij twee categorieën onderscheidt. Een lezing die door AG Stix-Hackl wordt onderschreven.¹⁵ De eerste categorie ziet op de vraag of er een directe relatie bestaat tussen de vergoeding enerzijds en het beheer van een DAEB anderzijds. De tweede categorie betreft de wijze waarop de DAEB is omschreven.¹⁶ In de herhaling blijft AG Léger bij de staatssteunbenadering.¹⁷

Het HvJ EG bleek echter niet doof voor alle kritiek op haar Ferring-arrest. In het Altmark-arrest scherpt het HvJ EG de compensatiebenadering vervolgens aan.¹⁸ Onder verwijzing naar het ABDHU-arrest en het Ferring-arrest oordeelt het HvJ EG dat een compensatie niet als een steunmaatregel kan worden gekwalificeerd indien aan een viertal voorwaarden is voldaan. Allereerst dient de begunstigde daadwerkelijk belast te zijn met een DAEB. Ten tweede dient bij de berekening van de compensatie volledige transparantie in acht te worden genomen. Ten derde mag er geen sprake zijn van overcompensatie. Wanneer geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd dient de compensatie ten slotte te worden gebaseerd op de kosten van een gemiddeld goed beheerde onderneming.¹⁹ In het Enirisorce-arrest²⁰ bevestigt het HvJ EG het Altmark-arrest.

De Altmark-criteria nader bekeken

Uit het Altmark-arrest blijkt niet met zoveel woorden waarom het HvJ EG de reikwijdte van het Ferring-arrest zo extreem heeft willen aanscherpen. Mogelijk zijn de Altmark-criteria ingegeven om het oneigenlijke gebruik van de Ferring-uitspraak tegen te gaan, waarvoor AG Léger had gewaarschuwd. Dat dit een niet echt voor de hand lig-

10 Vergelijk bijvoorbeeld beschikking N 381/2004 van de Commissie van 16 november 2004, Pyrénées-Atlantique.

11 Conclusie van AG Jacobs bij HvJ EG zaak C-126/01, GEMO, n.n.g., randnr. 94 en 95.

12 GvEA zaak T-106/95, FFSA, Jur. 1997, p. II-229; HvJ EG zaak C-174/97 P, FFSA, Jur. 1998, p. I-1303, r.o. 34; GvEA zaak T-46/97, SIC, Jur. 2000, p. II-1303.

13 HvJ EG zaak C-240/83, ABDHU, Jur. 1985, p. 531; HvJ EG zaak C-53/00, Ferring, Jur. 2001, p. I-9067.

14 Conclusie van AG Léger van 19 maart 2002 bij HvJ EG zaak C-280/00, Altmark, Jur. 2003, p. I-7747, randnr. 73 en verder.

15 Conclusie van AG Stix-Hackl bij HvJ EG gevoegde zaken C-34/01 tot 38/01, Enirisorce, n.n.g., randnr. 130 en verder.

16 Conclusie van AG Jacobs bij C-126/01, reeds aangehaald, randnr. 118-120.

17 Conclusie van AG Léger van 14 januari 2003 bij C-280/00, reeds aangehaald, randnr. 28 en verder.

18 C-280/00, reeds aangehaald; voor beschouwingen over dit arrest verwijst de geïnteresseerde lezer naar B.J. Drijber, *M&M* 2004, 274-277 en de daar in noot 27 aangehaalde literatuur.

19 C-280/00, reeds aangehaald, r.o. 88-94.

20 Gevoegde zaken C-34/01 tot 38/01, reeds aangehaald, r.o. 31-40.

gend argument is, blijkt uit de omstandigheid dat sinds het ABDHU-arrest geen procedures bekend zijn over de verhouding tussen de financiering van de DAEB en de regels over staatssteun. Bovendien behoudt de Commissie het recht toe te zien op duidelijke fouten bij de nationale definiëring van een DAEB.

Het Altmark-arrest bevat evenmin een verklaring waarom het HvJ EG nu juist de genoemde criteria van belang vindt om zijn eerdere rechtspraak inzake ABDHU en Ferring in te perken. Volgens Drijber volgen het eerste en het derde criterium uit artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag en het tweede en het vierde criterium uit het inmiddels ingetrokken wijzigingsvoorstel voor de vervoerssector.²¹ Nadere bestudering van alle documenten die de Commissie ten aanzien van diensten van algemeen (economisch) belang heeft gepubliceerd, leidt ertoe dat de Altmark-criteria mede een weergave vormen van de evoluerende visie op deze diensten.

Daadwerkelijk belast

De eerste voorwaarde vormt een uitvloeisel van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag. Documenten van de Commissie bevatten ook een verwijzing naar (onderdelen van) dit vereiste.

Uit de Mededeling 2001 vloeit voort dat een van de beginselen die bij de definiëring van een dienst van algemeen belang in acht moet worden genomen, wordt gevormd door een duidelijke omschrijving van de basisverplichting voor het verrichten van de diensten.²² In de Non Paper voegt de Commissie daaraan toe dat deze omschrijving in een openbare officiële rechtshandeling moet zijn neergelegd, die de vorm kan aannemen van een wettelijk voorschrift, een subsidiebeschikking of een contract. De Commissie geeft daarenboven aan welke gegevens de officiële rechtshandeling moet bevatten.²³

Transparantie ten aanzien van de berekening van de compensatie

In de Mededeling 2001 geeft de Commissie aan dat ten aanzien van de financiering van de beheerders van een dienst van algemeen economisch belang volledige transparantie in acht moet worden genomen²⁴. De Commissie voegt daar later aan toe dat de compensatie aan de hand van duidelijke, transparante en non-discriminatoire regels wordt vastgesteld²⁵.

Geen overcompensatie

Ook dit vereiste vloeit voort uit artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag. In combinatie met het vereiste van 'daadwerkelijk belast zijn' lijkt het HvJ EG hiermee eigenlijk artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag in de compensatiebenadering te betrekken. De rechtvaardigingsgrond wordt als het ware al toegepast bij de beoordeling of sprake is van een voordeel.

In de Non Paper schetst de Commissie welke kosten voor de berekening van de compensatie in aanmerking worden genomen, waarbij de kosten op basis van objectief gerechtvaardigde criteria moeten worden toegerekend. Voor

de berekening van een redelijke marge op het verrichten van de DAEB hanteert de Commissie ondernemingen die gelijkwaardige activiteiten uitoefenen als uitgangspunt.²⁶

Aanbesteding dan wel gemiddeld goed beheerde onderneming

In de Mededeling 2001 benadrukt de Commissie dat er ook volledige transparantie in acht moet worden genomen bij de keuze van de beheerder van de DAEB. De Commissie voegt daaraan toe dat wanneer de DAEB niet door een veelvoud van ondernemingen kan worden aangeboden, de beheerder via een aanbestedingsprocedure dient te worden geselecteerd.²⁷ In de Non Paper voorzag de Commissie overigens de mogelijkheid dat de beheerder niet altijd door middel van een dergelijke procedure geselecteerd kan worden.

De Altmark-criteria blijken dus grotendeels op de visie van de Commissie ten aanzien van een DAEB gebaseerd. Tevens lijkt een aantal criteria te kunnen worden aangemerkt als een tegemoetkoming aan de tegenstanders van de compensatiebenadering. Of zij het hiermee vanuit een formeel-juridisch standpunt eens zijn, lijkt mij gezien de fundamentele kritiek van AG Léger twijfelachtig.

Regelgeving

Niet alleen een groot deel van de Altmark-criteria komen uit de hoed van de Commissie. Ook de voorstellen voor een beschikking en een kaderregeling stonden al lange tijd in de steigers.²⁸ Dit is dan waarschijnlijk ook de reden dat de Commissie vrij kort na het Altmark-arrest de voorstellen kon publiceren. In het Witboek wordt het voorstel voor deze voorstellen nader uitgewerkt en een tijdsfad uitgestippeld.²⁹ Binnen het uitgestippelde tijdsfad heeft de Commissie op 15 juli 2005 de definitieve teksten gepubliceerd voor een Beschikking,³⁰ een Kaderregeling³¹ en een wijzigingsvoorstel voor de Transparantierichtlijn.³² Deze documenten zijn overigens nog niet in het Publicatieblad gepubliceerd.

21 B.J. Drijber, reeds aangehaald, p. 274.

22 Mededeling 2001, reeds aangehaald, randnr. 11.

23 Non Paper, reeds aangehaald, randnr. 63; zie ook Verslag aan de Europese Raad van Laken, reeds aangehaald, randnr. 21.

24 Mededeling 2001, reeds aangehaald, randnr. 11.

25 Verslag aan de Europese Raad van Laken, reeds aangehaald, randnr. 21.

26 Non Paper, reeds aangehaald, randnr. 90 en verder.

27 Mededeling 2001, reeds aangehaald, randnr. 11, 17 en 18.

28 Verslag aan de Europese Raad van Laken, reeds aangehaald, randnr. 28 en 29; bevestigd in Verslag van de Commissie, reeds aangehaald, randnr. 14.

29 Witboek over diensten van algemeen belang, COM (2004) 374 def. (hierna 'het Witboek'), p. 15 en 16.

30 Beschikking van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst die wordt toegekend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen.

31 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst.

32 Richtlijn van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven.

Alvorens nader op deze regelgeving in te gaan, wil ik eerst de verhouding tussen de artikelen 87 en 86 lid 2 van het EG-Verdrag schetsen. Een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag kan niettemin met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn. Voorzover de vervulling van een DAEB namelijk door dit laatste artikel wordt verhinderd, kan een steunmaatregel uit hoofde van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd zijn. Aangezien artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag een uitzondering vormt, dient deze strikt te worden uitgelegd.³³ De uitzondering van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag is alleen dan toepasselijk indien (i) de begunstigde daadwerkelijk met een DAEB is belast, (ii) de steunmaatregel noodzakelijk is om die dienst te kunnen verrichten en (iii) het interstatelijk handelsverkeer niet nadelig wordt beïnvloed. In het licht van het Altmark-arrest achtte de Commissie het dienstig de voorwaarden van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag ten aanzien van de financiering van een DAEB nader te preciseren.

Met de publicatie van de definitieve teksten van de Beschikking en de Kaderregeling bestaat er ten aanzien van de verhouding tussen de financiering van een DAEB en de staatssteunregels een drietrapsraket. Een compensatiemaatregel die aan de Altmark-criteria voldoet, is geen steunmaatregel omdat deze de begunstigde geen voordeel verschaft, maar valt aan te merken als een tegenprestatie voor het verrichten van een DAEB. Voldoet de compensatiemaatregel niet aan de Altmark-criteria, dan is er sprake van een steunmaatregel die – indien aan de voorwaarden van de Beschikking wordt voldaan – op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd is en uit dien hoofde krachtens de Beschikking van de aanmeldingsverplichting van artikel 88 lid 3 van het EG-Verdrag is vrijgesteld. Voor de compensatiemaatregel die aan de Altmark-criteria voldoet noch binnen de reikwijdte van de Beschikking valt, geldt de Kaderregeling. Zo een maatregel dient bij de Commissie te worden aangemeld, die vervolgens aan de hand van de Kaderregeling beoordeeld zal worden.

Beschikking

Met uitzondering van artikel 2 van de Beschikking³⁴ wijkt de inhoud van de definitieve versie niet (substantieel) af van de concepttekst. Aangezien deze concepttekst al eerder in dit tijdschrift is besproken,³⁵ wil ik mij concentreren op een vergelijking van de Altmark-criteria en de Beschikking. In zijn bespreking van de ontwerpbeschikking herkent Hessel de Altmark-criteria.³⁶ Dit is ook logisch, omdat het streven van de Commissie was om de beschikking zo nauw mogelijk te laten aansluiten bij de Altmark-criteria ter voorkoming van een mogelijke lacune. Overigens zal blijken dat een compensatiemaatregel eerder aan de criteria van de Beschikking zal voldoen dan aan de Altmark-criteria.

Daadwerkelijk belast

Uit het Altmark-arrest volgt allereerst dat een compensatiemaatregel geen voordeel voor de begunstigde inhoudt en dat die begunstigde daadwerkelijk met de uitvoering van

een DAEB belast moet zijn. Bovendien dient de DAEB duidelijk te zijn afgebakend. De beschikkingenpraktijk van de Commissie geeft aanknopingspunten waaruit blijkt dat een complex van (Europese) regelgeving voldoende kan zijn om aan te nemen dat een onderneming met een DAEB is belast.³⁷ Onder de Beschikking is dit praktisch onmogelijk.

Artikel 4 van de Beschikking bevat namelijk de voorwaarden waaraan 'belast zijn met' moet voldoen. Allereerst dient er sprake te zijn van een of meer officiële rechtshandelingen. Op basis hiervan zou een complex van regelgeving nog kunnen volstaan. De overige voorwaarden verzetten zich hier echter tegen. De rechtshandeling dient namelijk minimaal aandacht te besteden aan (i) de aard en de duur van de openbare dienstverplichting, (ii) de naam van de beheerder en het territorium, (iii) de aard van eventuele toegekende exclusieve of bijzondere rechten, (iv) de criteria voor de berekening van, de controle op en de herziening van de compensatie en (v) de procedures ter voorkoming van en voor de terugvoering van iedere vorm van overcompensatie. Gezien deze voorwaarden lijkt een geïndividualiseerde toewijzing eerder voor de hand te liggen, zoals een subsidiebeschikking in de zin van titel 4.2 van de Awb.³⁸

Transparantie ten aanzien van de berekening van de compensatie

Het tweede Altmark-criterium ziet op het vooraf kenbaar maken van de objectieve en transparante criteria op grond waarvan de compensatie zal worden berekend. Aldus wordt voorkomen dat achteraf een bedrag dient te worden betaald dat meer omvat dan alleen de vergoeding van de meerkos-

33 T-106/95, reeds aangehaald; een soortgelijke overweging bevat GvEA zaak T-157/01, Danske Busvognmænd/Commissie, n.n.g. voor de uitzondering van artikel 73 van het EG-Verdrag.

34 Artikel 2 bevat het toepassingsbereik en onderscheidt vier categorieën. De eerste categorie betreft beheerders van een DAEB wiens omzet niet meer bedraagt dan EUR 100 miljoen over de laatste twee boekjaren en die jaarlijks niet meer dan EUR 30 miljoen aan compensatie ontvangen. Voor kredietinstellingen wordt de omzetgrens vervangen door het balanstotaal. In dat geval mag het balanstotaal niet meer bedragen dan EUR 800 miljoen. De tweede categorie betreft compensaties verleend aan ziekenhuizen en woningbouwcorporaties voorzover deze een DAEB verrichten. De derde categorie betreft compensaties voor lucht- en zeeverbindingen met eilanden voorzover het aantal passagiers in de twee voorafgaande boekjaren niet meer bedraagt dan 300.000. De vierde categorie betreft compensaties aan luchthavens en havens voorzover het aantal passagiers in de twee voorafgaande boekjaren niet meer bedraagt dan 1 miljoen respectievelijk 300.000. Voorzover het de twee laatste categorieën betreft, dient voorts rekening te worden gehouden met de sectorspecifieke regelgeving.

35 Drijber, reeds aangehaald, p. 276-277.

36 B. Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het Altmark-arrest, Gst. 2004, 118.

37 Zie bijvoorbeeld Beschikking N 46/2003 van de Commissie van 13 mei 2003, Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market; Beschikking N 475/2003 van de Commissie van 16 december 2003, Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply; Beschikking N 541/2004 en N 542/2004 van de Commissie van 3 mei 2005, Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem.

38 J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Subsidierecht en staatssteun', in: *Staatssteun op het grensvlak van het bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, p. 127 en verder.

ten. Een openbare aanbestedingsprocedure is het geëigende middel om ervoor te zorgen dat aan dit criterium wordt voldaan.³⁹ Met de in de vorige alinea onder (iv) genoemde voorwaarde komt het tweede Altmark-criterium terug in de Beschikking.

Geen overcompensatie

Ter voorkoming dat meer dan de kosten voor het verrichten van de DAEB wordt vergoed, vereist het derde Altmark-criterium dat naast die kosten tevens rekening wordt gehouden met de opbrengsten en een redelijke winst uit het verrichten van de dienst. Het Altmark-arrest geeft geen nadere invulling hieraan. De Beschikking daarentegen bevat de uitgangspunten voor de berekening van de kosten, de opbrengsten en de redelijke winstmarge (artikel 5).

Slechts die kosten die verband houden met het verrichten van de DAEB mogen in aanmerking worden genomen. Voorzover naast zo een dienst andere activiteiten worden verricht, vereist dit een systeem van kostentoerekening. De Beschikking geeft aan welk deel van de vaste en variabele kosten in aanmerking mag worden genomen. Verder dienen alle opbrengsten in aanmerking te worden genomen waarbij zelfs rekening mag worden gehouden met opbrengsten die behaald zijn met andere activiteiten. Dit gaat me iets te ver. De Commissie kan niet van een onderneming verwachten dat zij een potentieel verlieslatende activiteit (zoals het beheer van een DAEB) altijd (gedeeltelijk) subsidieert met winstgevendende activiteiten die geen nauw verband houden met het verrichten van die dienst. Bovendien kan de overheid daarbij dan het risico lopen dat geen enkele onderneming onder die voorwaarden bereid zal zijn de dienst te verrichten. Vergelijken met het bepalen van een redelijke winstmarge voor het verrichten van een DAEB zijn dit echter gemakkelijk toepasbare uitgangspunten.

Vanuit welk gezichtspunt wordt die redelijke winstmarge namelijk bepaald? Een overheid die van mening is dat in een bepaalde dienst moet worden voorzien, vindt een zeer lage winstmarge acceptabel, terwijl de aandeelhouders toch een maximaal rendement voor ogen staat. Het lijkt voor de hand te liggen dat hierbij het beginsel van de private investeerder wordt gehanteerd. Gezien de specifieke omstandigheden is dit echter lastiger dan het lijkt.⁴⁰ Immers, een DAEB is nu juist een dienst waarin de markt zelf niet of niet in voldoende mate voorziet, zodat van normale marktomstandigheden geen sprake is.

De Beschikking en de praktijk van de Commissie bevatten overigens enige aanknopingspunten voor het bepalen van een redelijke winstmarge. Uitgangspunt is het rendement op investeringen waarbij rekening dient te worden gehouden met het risico dat de onderneming bij het verrichten van de DAEB loopt. De Commissie heeft eerder onderkend dat daarbij de ondernemerskwaliteiten een grote rol spelen, hetgeen een ruime beoordelingsmarge laat,⁴¹ maar dat dit overigens geen vrijbrief inhoudt.⁴² Aan de hand van een benchmark van andere soortgelijke, eventuele buitenlandse, ondernemingen dient de redelijke winstmarge vervolgens te worden vastge-

steld. De overheid is daarbij aangewezen op de hulpvaardigheid van de overheid in andere lidstaten. Dit kan dus ook nog tot de nodige praktische problemen leiden.

Aanbesteding dan wel gemiddeld goed beheerde onderneming

Voorzover de beheerder van een DAEB niet via een openbare aanbestedingsprocedure wordt geselecteerd, vereist het vierde Altmark-criterium dat voor de berekening van de in aanmerking nemende kosten van een gemiddeld goed beheerde onderneming uit dient te worden gegaan.

De Beschikking bevat geen enkele inhoudelijke bepaling ten aanzien van de selectie van de beheerder van de DAEB. Gezien de opmerkingen daarover in de Non Paper is dit opvallend, temeer nu een aanbestedingsprocedure in de meeste gevallen kan leiden tot het vervullen van de dienst tegen de laagst mogelijke kosten. Bovendien had de Commissie in eerdere beschikkingen aangegeven dat zij de onderhandelingsprocedure niet als voldoende kwalificeert, omdat deze procedure nog te veel open einden in zich zou dragen.⁴³ De Commissie had de mogelijkheid te baat kunnen nemen nader te verduidelijken waaraan een aanbestedingsprocedure minimaal dient te voldoen. Wellicht ging de Commissie ervan uit dat – naast de aanbestedingsrichtlijnen – het EG-Verdrag in ieder geval zou verplichten tot het uitschrijven van een aanbesteding. Uit een na de publicatie van de Beschikking gewezen arrest van het HvJ EG blijkt echter dat voor het verlenen van een concessie tot dienstverlening geen aanbestedingsprocedure gevolgd hoeft te worden.⁴⁴ Het EG-Verdrag verplicht dus slechts tot het garanderen van een passende mate van openbaarheid zodat buitenlandse ondernemingen toegang krijgen tot alle voor de opdracht relevante informatie en vervolgens hun interesse kunnen tonen.

Het EG-Verdrag bevat dus geen verplichting tot het volgen van een openbare aanbesteding voor die opdrachten die niet onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen. Voor die opdrachten zullen de kosten die verband houden met het verrichten van een DAEB verge-

39 Beschikking N 475/2003, reeds aangehaald.

40 Vergelijk HvJ EG gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Chronopost, Jur. 2003, p. I-6993.

41 Mededeling van de Commissie over de openbare bedrijven in de industriële sector, *Pb. EG* 1993, C 307/3.

42 Beschikking 2004/393/EG van de Commissie van 12 februari 2004, *Pb. EG* 2004, L 137/1, Ryanair.

43 Beschikking N 282/2003 van de Commissie van 10 december 2003, *Cumbria Broadband-Project Access*; beschikking N 199/2004 van de Commissie van 16 november 2004, *Broadband Business Fund*; beschikking N 307/2004 van de Commissie van 16 november 2004, *Broadband in Scotland*.

44 HvJ EG zaak C-231/03, *Co.na.me, n.n.g.*; Voorzieningenrechter Utrecht, 16 augustus 2005, LJN: AU1933 (*Parkeer Management Nederland/Gemeente Zeist*). Overigens dient hierbij te worden opgemerkt dat het op 20 juli 2005 gepubliceerde wijzigingsvoorstel voor personenvervoer over het spoor en over de weg een aanbestedingsplicht introduceert voor de selectie van de vervoerder, tenzij de overheid besluit het vervoer zelf te verrichten dan wel door een interne dienst te laten verrichten (Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar personenvervoer over het spoor en over de weg, COM (2005) 319 def.).

leken dienen te worden met een gemiddeld goed beheerde onderneming. De Beschikking bevat dienaangaande evenmin nadere aanknopingspunten. Gezien de wens om naar aanleiding van het Altmark-arrest meer duidelijkheid te creëren, is ook dit een gemiste kans. Uit de recente beschikkingenpraktijk van de Commissie kan niettemin een aantal aanknopingspunten worden afgeleid.

Wanneer er slechts een enkele beheerder van de DAEB is, kan een vergelijking met soortgelijke ondernemingen in andere lidstaten worden gemaakt (vergelijkbaar bij het vaststellen van een redelijke winstmarge) en kan niet slechts worden volstaan met een verwijzing naar de bijzondere omstandigheden van het beheer van de DAEB. Voorzover die beheerder over overcapaciteit beschikt en de productiemiddelen dientengevolge niet volledig worden benut, lijkt geen sprake te zijn van een gemiddeld goed beheerde onderneming.⁴⁵ Zijn verschillende ondernemingen met een DAEB belast, dan zal van iedere onderneming afzonderlijk moeten worden bezien of ze efficiënt zijn, waarbij de financiële toestand van de onderneming een relevante omstandigheid vormt.⁴⁶ In dergelijke situaties kan dus niet worden volstaan met een algemene verdeelsleutel.

Tussenconclusie

Bij nadere vergelijking van de Altmark-criteria en de Beschikking lijkt het erop, dat een compensatiemaatregel eerder aan de voorwaarden van de Beschikking zal voldoen dan aan de Altmark-criteria. Vooral het derde en het vierde Altmark-criterium geven hiertoe aanleiding. Overigens bevat de Beschikking ook nog enkele onduidelijkheden. Zo zal het begrip 'redelijke winst' in de praktijk nog tot de nodige hoofdbreken aanleiding geven. Welke ondernemingen zijn soortgelijk? Welke risico's loopt de beheerder van een DAEB? Dit is een casuïstische aangelegenheid hetgeen altijd aanleiding kan zijn tot het plaatsen van vraagtekens.

Kaderregeling

De tekst van de Kaderregeling komt vrijwel overeen met de tekst van de beschikking. Dit is ook logisch, omdat er mogelijk anders twee lezingen ten aanzien van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag zouden kunnen ontstaan. De vraag is of de Commissie het niet eenvoudiger had kunnen doen om de Beschikking en de Kaderregeling in één document te integreren. De Kaderregeling bevat nog wel een interessante overweging ten aanzien van de kwalificatie van overcompensatie als aanvullende steunmaatregel.

De enkele omstandigheid dat er van overcompensatie sprake is, brengt niet automatisch met zich dat dit bedrag geheel terugbetaald moet worden. Deze extra steun kan wellicht uit hoofde van een verdragsrechtelijke of een groepsvrijstelling geoorloofd zijn. In het licht van het Ferring-arrest is het onaannemelijk dat deze overcompensatie op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag verenigbaar zou kunnen worden geacht. Immers, deze extra kosten zijn niet noodzakelijk voor het beheer van de DAEB. Een beroep op een

andere vrijstelling is echter niet per definitie kansloos. Strikt gesproken is er dan ook geen sprake meer van overcompensatie, maar van een tweede steunmaatregel, die afzonderlijk zal moeten worden beoordeeld.

Ten slotte bevat de Kaderregeling de wijze van toepassen door de Commissie daarvan. De Commissie past de Kaderregeling op iedere aanmelding van compensatiemaatregelen met terugwerkende kracht toe. Ook een compensatiemaatregel die niet is aangemeld en waarbij de compensatie na de inwerkingtreding is toegekend, zal in het licht van de Kaderregeling worden beoordeeld. Compensaties die voor de inwerkingtreding zijn toegekend, worden beoordeeld aan de hand van het op het moment van uitbetaling geldende recht.

Wijzigingsvoorstel voor Transparantierichtlijn

Volgens de huidige formulering van de Transparantierichtlijn⁴⁷ dienen beheerders van een DAEB een gescheiden boekhouding te voeren voorzover zij staatssteun ontvangen. In het licht van het Altmark-arrest zou dit betekenen dat wanneer een compensatie voldoet aan de in dit arrest uiteengezette voorwaarden de ontvangers van deze compensatie buiten de reikwijdte van de Transparantierichtlijn zouden vallen. Immers, indien aan de Altmark-criteria wordt voldaan, is geen sprake van staatssteun. Dit vindt de Commissie ongewenst, zodat de definitie wordt aangepast. Deze wijziging is echter overbodig, aangezien de Beschikking zelf al voorziet in een verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor die ondernemingen die naast de DAEB ook nog andere activiteiten verrichtten.

Dit wijzigingsvoorstel heeft ook gevolgen voor de Mededingingswet. De definitie van ondernemingen die verplicht zijn een gescheiden administratie te voeren (artikel 25b lid 1 van de Mededingingswet) komt overeen met de huidige definitie in de Transparantierichtlijn, zodat deze bepaling gewijzigd dient te worden. De Nederlandse wetgever heeft een periode van twaalf maanden om het wijzigingsvoorstel te implementeren.

Conclusie

Met de Beschikking en de Kaderregeling heeft de Commissie een groot deel van de onzekerheid na het Altmark-arrest gedicht. Zowel de Beschikking als de Kaderregeling bevatten handvatten om een compensatiemaatregel zodanig in te richten dat daarbij geen voordeel wordt verstrekt dan wel, indien dat wel het geval is, op grond van artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag gerechtvaardigd is. Niettemin bevatten de Beschikking en de Kaderregeling nog enkele onzekerheden. Wellicht dat deze onzekerheden toch nog aanleiding zullen geven tot aanmeldingprocedures uit hoofde van rechtszekerheid. De toekomst zal het leren.

⁴⁵ Beschikking C 43/2003 van de Commissie van 22 juni 2005, AVR, n.n.g.

⁴⁶ Beschikking N 541/2004 en N 542/2004, reeds aangehaald.

⁴⁷ Richtlijn 80/723 van de Commissie betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, *Pb. EG* 1980, L 195/30, zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2000/52, *Pb. EG* 2000, L 193/75.