

Redactioneel

Eb en Vloed

B.J. Drijber*

Het zal wel niet alleen komen omdat Joaquín Almunia van socialistische huize is en mevrouw Kroes een liberale signatuur heeft, maar feit is dat sociale diensten van algemeen economisch belang recent meer in de belangstelling zijn komen te staan. Dergelijke diensten zijn een species van het bredere begrip diensten van algemeen economisch belang. De versterkte aandacht voor de interactie tussen het Unierecht en sociale diensten kan samenhangen met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (op 1 december 2009). Artikel 3 lid 3 VEU bevat vier keer het bijvoeglijk naamwoord ‘sociaal’. De Unie zet zich in voor ‘een sociale markteconomie’, die gericht is op (onder andere) ‘sociale vooruitgang’. De Unie bestrijdt ‘sociale uitsluiting’ en bevordert de ‘sociale samenhang’. Artikel 9 VWEU bevat een horizontale clause (zoals we die al eerder kenden voor milieu): bij haar beleid en optreden houdt de Unie rekening met (onder andere) de eisen in verband met de waarborging van sociale bescherming en de bestrijding van sociale uitsluiting. Daarnaast is met artikel 14 VWEU een rechtsgrondslag ingevoerd voor een verordening om regels te stellen en beginselen vast te leggen met betrekking tot DAEB’s. En natuurlijk is er het Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang.

Het Belgische Voorzitterschap van de EU heeft in oktober 2010 aan sociale diensten van algemeen belang een groots opgezet Forum gewijd (waar ook Almunia sprak) en in november Raadsconclusies over dit onderwerp erdoor weten te drukken. Op 2 en 12 mei jl. hield Almunia een speech over de herziening van het Monti/Kroespakket uit november 2005 (ook wel bekend als het ‘Altmark pakket’). Daarin ging hij vrij specifiek in op de positie van sociale diensten van algemeen belang. Diezelfde 12 mei vond aan de Universiteit van Kopenhagen

een congres plaats met als titel ‘The Role of Social Services of General Interest in EU Law: New Challenges and Tensions’. Het onderwerp leeft, ook bij wetenschappers.

Het onderwerp heeft vooral een institutionele en daarom een politieke lading. Het sociale kamp voelt zich in het defensief, omdat de Commissie vooral aan een liberale lijn zou vasthouden. Die kritiek is overtrokken, feit is wel dat de Commissie een zeker institutioneel eigen belang heeft bij een ruime uitleg van de verdragsverboden. Haar macht wordt daardoor bepaald. Omdat in het klassieke bewijsschema verbod regel en rechtvaardiging de uitzondering is, staat ‘sociaal’ aan het begin van de wedstrijd met 0-1 achter en is het altijd maar weer afwachten wat het Hof van Justitie op het vlak van de rechtvaardiging gaat doen. Dat alles draagt bij aan een gevoel dat de Unie zich via het primaire recht met onderwerpen bemoeit die geen betekenis hebben voor de interne markt en waar zij beter haar handen van af kan houden. Net als over smaken valt over gevoelens niet te twisten. En die gevoelens hebben sinds de opkomst van populistische stromingen in diverse lidstaten meer aandacht van het politieke establishment dan voorheen. ‘Waar bemoeit Brussel zich mee?’ is helaas een veelgehoord geluid (ook in de Kamer), al zijn ‘we’ er zelf bij geweest. Die kritiek klinkt het luidst uit de in sociaal opzicht conservatieve hoek.

Kritiek oogstte de Commissie bijvoorbeeld met haar staatssteunbesluit over de financiering van de Nederlandse woningcorporaties. De Commissie dwong af dat de doelgroep van deze corporaties voor 90% moet bestaan uit burgers met een bruto-inkomen onder de (vroegere) ziekenfondsgrens. Daar houdt de DAEB van de woningcorporaties op; de mogelijkheid publieke financiering te ontvangen dus ook. Nu kun je van de Nederlandse woningcorporaties nog zeggen dat zij in bepaalde mate concurrentie aandoen aan commerciële aanbieders van vastgoed. Als we heel eerlijk zijn, heeft

* Mr. B.J. Drijber is advocaat en partner bij Pels Rijcken & Droogleeveer Fortuijn en tevens redactielid van M&M.

de Commissie misschien wel een probleem opgelost dat Nederland zelf niet kon oplossen. Ik was dan ook meer onder de indruk van de *cri de coeur* van een directrice van een bejaardentehuis in een Brusselse deelgemeente op het Forum van het Belgisch voorzitterschap. Onder verwijzing naar de Nederlandse woningcorporatiebeschikking eist de Commissie dat publieke financiering van ouderenzorg wordt beperkt tot ouderen met weinig middelen. Vanuit belastingbetalersperspectief zit daar wat in. Het beleid om te streven naar een 'gemengde populatie' in plaats van alle 'armen' bij elkaar te zetten, wordt door die eis echter volledig doorkruist. Het stuit op onbegrip als Brussel niet van 'Brussel' een dergelijk sociaal beleid mag voeren.

Sociale diensten van algemeen belang is een weerbarstig onderwerp. Dat begint al met de definitie, want die is er niet. Vaak worden twee groepen onderscheiden: (1) wettelijke of andere regelingen die belangrijke financiële 'risico's van het leven' dekken (ziekte, ouderdom enz.); (2) diensten die direct worden verleend aan een persoon (onderwijs, zorg enz.). Sommige van die diensten hebben een economisch karakter, andere niet. Of de EU zich 'bemoeit' met sociale diensten van algemeen belang hangt in de eerste plaats af van de keuze van nationale of regionale overheden zelf om een bepaalde dienst volledig onder controle van de overheid te houden of (deels) aan de markt over te laten. Veel lidstaten kiezen - veelal om budgettaire redenen - ervoor een sociale dienst geheel of gedeeltelijk door de markt te laten aanbieden. Dan gaat het 'net' van het EU-recht open en gelden de spelregels van de markt. De kritiek op 'bemoeienis' van de Commissie is dus enigszins dubbel. Al even paradoxaal is dat tussen hen die voor een *hands off*-benadering van de Commissie pleiten, in de regel de voorstanders zijn te vinden van een Europese kaderverordening op grond van artikel 14 VWEU; minder Europa dwing je meestal niet af met meer Europese regelgeving.

Sommige lidstaten hebben zo hun eigen paradox. In de discussies over sociale diensten van algemeen belang is het Frans meestal lingua franca. Frankrijk is echter zelf op dat gebied achterop geraakt, getuige de desolate toestand van grote delen van het Franse platteland waar scholen zijn verdwenen en bussen niet meer rijden. Ook Nederland heeft zo zijn paradoxen. Van oudsher aanschurkend tegen de Britten, was Nederland de drijvende kracht achter het protocol over DAEB's bij het Hervormingsverdrag (later genoemd: het Verdrag van Lissabon). Uit geen lidstaat komen zo veel kleine steunmeldingen als uit Nederland. Inderdaad zegt de Commissie niet snel dat er 'geen steun' is. Soms moet een list worden bedacht waarom steun kan worden gerechtvaardigd. Daar helpt de Commissie graag een handje bij. Zo werd publieke financiering voor het centrumplan van de gemeente Mill en St. Hubert goedgekeurd op grond van de sociaal-economische samenhang binnen de EU.¹

Ook op aanbestedingsvlak hoort men klachten over Europeesrechtelijke *overkill*. Exclusieve rechten moeten nu in beginsel worden aanbesteed, althans via een trans-

parante procedure worden verleend.² De proliferatie van het transparantiebeginsel kan ook consequenties hebben voor het verrichten van sociale diensten van algemeen belang. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de bedrijfspensioenen uit de 'tweede pijler'. In 1999 bepaalde het Hof van Justitie dat de minister van Sociale Zaken de aansluiting bij bedrijfspensioenfondsen verplicht mag stellen voor alle werknemers in die sector; tegenover de acceptatieplicht van het fonds staat de aansluitplicht van de werknemers.³ Dat fonds krijgt als gevolg van de verplichtstelling door de overheid een exclusief recht. Zou nu dit exclusieve recht, omdat het door de overheid wordt toegekend, voortaan transparant moeten worden verleend? Hier wreekt zich dat beginsele bedoeld voor overheidsopdrachten (waarbij de overheid iets voor zichzelf bedingt) - op grond van de dooddoener 'het effect is hetzelfde' - worden uitgebreid naar het verlenen van vergunningen. In een systeem waar sociale partners zelf een pensioenfonds oprichten of aanwijzen kan de overheid niet vervolgens een aanbesteding organiseren.

Nu terug naar Almunia. Uit zijn speeches spreekt een positieve grondhouding over (sociale) diensten van algemeen economisch belang. Zij zijn bron van welvaart en welzijn, merkt hij terecht op. Een tegenstelling tussen 'economie' en 'sociaal' is er inderdaad niet. Sociale zekerheid fungeert als kussen in de economie in tijden van laagconjunctuur. Een goed pensioenstelsel biedt kansen voor financiële dienstverleners.

Het is nog niet bekend hoe *the reform* van het Altmarkpakket eruit gaat zien. Dat weten we uiterlijk in november van dit jaar. Afgaande op de Mededeling van de Commissie uit maart⁴ en de speeches van Almunia wordt onder andere nagedacht over een meer gedifferentieerde benadering van DAEB's. Dat is een goed idee: het bejaardentehuis in Ganshoren is niet hetzelfde als EdF of Deutsche Post. Het is sterk te overwegen om voor *sociale* diensten van algemeen belang te werken met aparte *safe harbours*, bijvoorbeeld door geen omzetcgrenzen te stellen voor de goedkeuring van publieke financiering aan een onderneming belast met een dergelijke dienst aan sociaal belang. Het vergt enige politieke moed om een terugtrekkende beweging te maken. Almunia lijkt echter voldoende realist om de voordelen daarvan op waarde te schatten. Na tijden van Unierechtelijke⁵ vloed, wordt het tijd voor eb. Althans voor sociale diensten van algemeen belang.

Dit nummer opent met een artikel over eenzelfde soort spanning, namelijk tussen efficiency en duurzaamheid binnen het mededingingsrecht. De auteurs reageren op de oratie van onze redacteur Tom Ottervanger. Verder bevat dit nummer drie annotaties. Plomp bespreekt een interessante uitspraak van het US Supreme Court, waaruit blijkt dat ook in de VS afspraken tussen voetbal-

1. Zaak 555/2008, beschikking van 14 oktober 2009.

2. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Betfair*, n.n.g. in *Jur.*

3. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 e.a., *Albany*, *Jur.* p. I-5751.

4. Hervorming van de EU-staatssteunregels voor diensten van algemeen economisch belang (COM(2011) 146 def.) van 23 maart 2011.

5. In officiële wetsteksten is het woord 'communautair' vervangen door het neologisme 'uniaal'.

clubs onder de antitrustregels vallen. Kreijger analyseert hoe het CBb en het Gerecht van Eerste Aanleg ongeveer gelijktijdig de eisen voor het ‘wegprioriteren’ van klachten hebben aangescherpt. Visser en Algera nemen vanuit economisch perspectief het vergunningbesluit voor de fusie Veolia/Transdev onder de loep. Het geprivatiseerde Nederlandse streekvervoer is nu voor een groot deel in Franse overheidshanden. Alweer zo’n paradox.