

# Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?

Prof. dr. L. Hancher en mr. S.J.H. Evans LL.M

**D**e Europese Commissie heeft recent een pakket maatregelen gepubliceerd met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang ('DAEB') en staatssteun - een pakket dat bestaat uit een vrijstellingsbeschikking, een Kaderregeling en een wijziging van de Transparantierichtlijn.<sup>1</sup> De katalysator van dit pakket is het Altmark-arrest.<sup>2</sup> Alvorens nader op dit pakket in te gaan zal de door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ('HvJ EG') genomen koers naar het Altmark-arrest worden besproken. Vervolgens zal aan de hand van recente breedbandbeschikkingen stil worden gestaan bij de praktische toepassing van het Altmark-arrest in het kader van DAEB en mogelijke staatssteun. Eerst zal echter de vraag moeten worden beantwoord wat een DAEB nu eigenlijk is.

## Wat zijn DAEB?

Dat DAEB een veelomvattend begrip is volgt uit het feit dat er geen duidelijk welomlijnde definitie van bestaat. In het non-paper inzake Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun<sup>3</sup> kwalificeert de Europese Commissie DAEB als 'marktdiensten waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke openbaredienstverplichtingen laten gelden'. Daarbij worden openbaredienstverplichtingen gedefinieerd als 'de verplichtingen die de onderneming, indien zij haar eigen commerciële belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen'.<sup>4</sup> Met andere woorden, DAEB zijn diensten in het algemeen belang waarin het marktmechanisme mogelijk niet in voldoende mate voorziet.<sup>5</sup>

Bij gebrek aan communautaire regelgeving is het aan de lidstaten zelf, dat wil zeggen de lokale, regionale of nationale overheidsinstanties, om te bepalen welke diensten zij als DAEB beschouwen. Dit wil echter niet zeggen dat de lidstaten een vrijbrief hebben met betrekking tot het kwalificeren van DAEB. Het is aan de Europese Commissie om deze kwalificatie te controleren op duidelijke fouten.<sup>6</sup>

Evenzo betekent dit niet dat de bepalingen van het EG-Verdrag niet langer gelden nadat een bepaalde activiteit is aangemerkt als DAEB. De mededingingsregels, met name de staatssteunregels in het kader van overheidsfinanciering van DAEB, blijven van toepassing. Het is slechts wanneer de onderneming die DAEB beheert

door de toepassing van de mededingingsregels niet langer in staat is zijn toevertrouwde taken uit te oefenen dat de mededingingsregels buitenspel gezet kunnen worden op basis van artikel 86, lid 2 EG. De vraag wanneer overheidsfinanciering van DAEB als (verenigbare) staatssteun kan worden aangemerkt zal in het navolgende nader worden onderzocht.

## De koers naar Altmark

### De vier Altmarkvoorwaarden

Er bestond lange tijd onzekerheid over de vraag of overheidsfinanciering die slechts de uitvoeringskosten van een DAEB vergoedt al dan niet als staatssteun kwalificeert. Zo zou beargumenteerd kunnen worden dat een dergelijke financiering resulteert in staatssteun die, na aanmelding bij de Europese Commissie ex artikel 88 EG, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden verklaard op grond van artikel 87 dan wel artikel 86, lid 2 EG. Dit is de zogenaamde 'staatssteunbenadering'. Ook zou echter kunnen worden beargumenteerd dat een dergelijke vergoeding helemaal niet als steun

<sup>1</sup> Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 op basis van artikel 86, lid 3 EG betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 EG op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *Pb.* 2005, L 312/67. Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *Pb.* 2005, C 297/4. Commissie Richtlijn 2005/81 'Transparantie Richtlijn', *Pb.* 2005, L 312/47.

<sup>2</sup> Zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, *Jur.* 2003, p. I-7747.

<sup>3</sup> Non-Paper Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun, 12 november 2002.

<sup>4</sup> Non-Paper Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun, 12 november 2002. Het begrip diensten van algemeen belang omvat volgens dit Non-Paper markt- en niet-marktdiensten die door de overheidsinstanties van algemeen belang worden geacht en waarvoor zij specifieke openbaredienstverplichtingen laten gelden.

<sup>5</sup> Mededeling van de Commissie - Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.* 2001, C 17/4.

<sup>6</sup> Mededeling van de Commissie - Diensten van algemeen belang in Europa, *Pb.* 2001, C 17/4.

kwalificeert nu deze slechts dient ter compensatie van de kosten die de desbetreffende onderneming moet maken voor het vervullen van zijn DAEB-verplichtingen: de onderneming verkrijgt door middel van de vergoeding tenslotte geen 'voordeel' in de zin van artikel 87 EG. Dit is de zogenaamde 'compensatiebenadering'. In het Altmark-arrest kiest het HvJ EG voor de tweede benadering. Daartoe nam zij reeds een aanloop in het Ferring-arrest.<sup>7</sup>

Ferring betrof een Franse vrijstelling voor belasting over de verkoop van geneesmiddelen voor groothandelaren met de openbare-dienstverplichting om permanent een bepaalde voorraad geneesmiddelen aan te houden. Deze vrijstelling, aldus Frankrijk, diende tot herstel van het evenwicht van de mededingingsvoorwaarden tussen de verschillende distributiecircuiten voor geneesmiddelen: de andere distributiecircuiten hadden namelijk geen soortgelijke assortimentsverplichting. Het HvJ EG oordeelde dat er geen sprake was van staatssteun daar de vrijstelling kon worden beschouwd als een tegenprestatie voor de door deze groothandelaren verrichte prestaties. Daarbij merkte het HvJ EG op dat de groothandelaren geen voordeel in de zin van artikel 87 EG verkregen, indien de desbetreffende heffing gelijk zou zijn aan de door de groothandelaren gedragen extra kosten verband houdende met hun openbare-dienstverplichting. Het was dan ook zaak te onderzoeken of het belastingvoordeel de extra kosten inderdaad niet overschreed, temeer daar het HvJ EG in het kader van artikel 86, lid 2 EG nog opmerkte dat in geval van een overschrijding, dit 'extraatje' niet als noodzakelijk ter vervulling van de bijzondere taak zou kunnen worden beschouwd en artikel 86, lid 2 EG dientengevolge niet zou gelden.

In Altmark is de bovenstaande redenering uitgewerkt met specifieke voorwaarden met behulp waarvan kan worden bepaald of compensatie voor een openbare-dienstverplichting al dan niet tot staatssteun leidt.

Het Altmark-arrest betrof een door een van Altmarks concurrenten gemaakt bezwaar tegen de verlening van een buslijnvervoervergunning aan Altmark in de Landkreis Stendal. Voor dit doeleinde ontving Altmark overheidssubsidies. Op de vraag van de nationale rechter of deze subsidie ter compensatie van tekorten in openbaar stads-, voorstads- en streekvervoer het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kon beïnvloeden antwoordt het HvJ EG dat niet is uitgesloten dat een overheidssubsidie ter uitvoering van plaatse-

lijke of regionale vervoersdiensten toch gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen de lidstaten.<sup>8</sup> Het HvJ EG laat zijn beantwoording hier echter niet bij en vervolgt dat teneinde de overheidsmaatregel te kunnen kwalificeren als staatssteun ex artikel 87, lid 1 EG, deze als een aan de begunstigde onderneming verleend voordeel moet kunnen worden beschouwd. Met verwijzing naar eerdere rechtspraak, waaronder Ferring,<sup>9</sup> oordeelt het HvJ EG dat ingeval de overheidsmaatregel als compensatie voor een tegenprestatie door de desbetreffende onderneming kan worden aangemerkt, deze onderneming geen financieel voordeel heeft ontvangen en de maatregel dientengevolge buiten de werkingssfeer van artikel 87, lid 1 EG valt. Artikel 87, lid 1 EG is volgens het HvJ EG niet van toepassing op dergelijke compensatie indien aan vier (inmiddels welbekende) voorwaarden is voldaan:

1. de begunstigde onderneming is daadwerkelijk belast met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen en deze verplichtingen zijn duidelijk omschreven;
2. de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend dienen vooraf op objectieve en transparante wijze te worden vastgesteld om te voorkomen dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld;<sup>10</sup>
3. de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig om de kosten van uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken.
4. ingeval de met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, dient de noodzakelijke compensatie te worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Uit Enirisorse<sup>11</sup> blijkt dat het HvJ EG de hiervoor genoemde 'compensatiebenadering' streng toepast. Enirisorse had in een Italiaanse haven zelf goederen geladen en gelost en zag dan ook geen reden om de havenbelasting te betalen die (onder andere) ten goede zou komen aan de Aziende, openbare ondernemingen belast met het beheer van de mechanische voorziening voor laden en lossen in de Italiaanse havens. De vraag was of toedeling van deze belastingopbrengst aan de Aziende kwalificeerde als staatssteun ex artikel 87, lid 1 EG. Bij de vraag of de belastingopbrengst als een toegekend voordeel in de zin van het staatssteunbegrip kon worden beschouwd, gaat het HvJ EG de vier eerdergenoemde Altmark-criteria na. De Italiaanse havenbelasting strandt al bij de eerste Altmark-voorwaarde. Het mag dan aan de lidstaten zijn om te bepalen welke diensten zij als DAEB beschouwen, deze vrijheid blijkt niet onbegrensd: het HvJ EG is er niet van overtuigd dat de Aziende belast zijn met een taak van openbare-dienstverplichting, noch dat deze taak duidelijk is afgebakend. Aan de tweede voorwaarde is evenmin voldaan, nu de parameters ten behoeve van de compensatieberekening niet duidelijk zijn vastgesteld. Er bestaat onduidelijkheid over de kosten van de (eveneens vaag omschreven) openbare dienst en over de vaststelling van de compensatie. Bovendien is het systeem ter bepaling van het gedeelte van de belastingopbrengst dat aan de Aziende wordt

<sup>7</sup> Zaak C-53/00, Ferring SA, Jur. 2001, p. I-9067.

<sup>8</sup> Het HvJ EG stelt: 'wanneer een lidstaat overheidssteun toekent aan een onderneming, kan de verrichting van vervoersdiensten door die onderneming daardoor in stand blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun vervoersdiensten op de markt van die lidstaat te verrichten afnemen,' zie randnummer 78 van het Altmark-arrest.

<sup>9</sup> Zaak 240/83, ADBHU, Jur. 1985, 531 en Zaak C-53/00, Ferring SA, Jur. 2001, p. I-9067.

<sup>10</sup> Het HvJ EG voegt hier als voorbeeld aan toe dat compensatie door een lidstaat van door een onderneming geleden verliezen zonder dat de parameters voor een dergelijke compensatie vooraf zijn vastgesteld, een financiële maatregel vormt die onder het staatssteunbegrip ex artikel 87, lid 1 EG valt, wanneer achteraf blijkt dat de exploitatie van bepaalde diensten in het kader van de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen niet economisch levensvatbaar was.

<sup>11</sup> Gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, Enirisorse SpA, Jur. 2003, p. I-14243.

toebedeeld ontoereikend om onder de derde voorwaarde te kunnen vallen. Het bedrag voor de Aziende was namelijk gerelateerd aan de omvang van de goederen die alle gebruikers in de betrokken havens hebben vervoerd en begeleid en hing dus af van de bedrijvigheid in de betrokken haven(s) en niet van de door de Aziende gemaakte kosten.

Al met al dient men dus van goeden huize te komen om aan alle Altmark-criteria te kunnen voldoen.

### Artikel 86, lid 2 EG: na Altmark uitgespeeld?

De verhouding tussen artikel 86, lid 2 EG en de staatssteunregels lijkt niet altijd even helder. Zo zou op basis van de 'Altmark-compensatiebenadering' in combinatie met de in Ferring gemaakt opmerking over artikel 86, lid 2 EG kunnen worden beargumenteerd dat deze verhouding de desbetreffende compensatie slechts twee opties laat: de compensatie is ofwel geen staatssteun omdat deze de extra benodigde kosten niet overschrijft ofwel staatssteun die niet op basis van artikel 86, lid 2 EG kan worden gerechtvaardigd nu overschrijding niet als noodzakelijk ter vervulling van de bijzondere (DAEB-) taak kan worden beschouwd. Het is in dit verband echter van belang om een onderscheid te maken tussen enerzijds de impliciete toepassing van artikel 86, lid 2 EG op overheidsmaatregelen ter compensatie van ondernemingen belast met een DAEB-taak ter beoordeling of er sprake is van staatssteun (de zogenaamde procedurele toepassing) en anderzijds de mogelijke toepassing van artikel 86, lid 2 EG op overheidsmaatregelen die kwalificeren als staatssteun doch desondanks mogelijk als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd; met andere woorden: artikel 86, lid 2 EG als aanvullende rechtvaardiging naast artikel 87, leden 2 en 3 EG (de zogenaamde materiële toepassing).

Uit Altmark volgt dat wanneer aan ieder van de vier aldaar genoemde voorwaarden is voldaan, er geen sprake kan zijn van staatssteun en de overheidsmaatregel dan ook niet hoeft te worden gemeld bij de Europese Commissie ex artikel 88 EG. In alle andere gevallen, en voorzover aan alle resterende elementen van artikel 87, lid 1 EG is voldaan, zal de overheidsmaatregel worden aangemerkt als staatssteun en de voorafgaande aanmeldingsplicht van artikel 88, lid 3 EG gelden. De Commissie dient vervolgens te beoordelen of de steun verenigbaar is op grond van artikel 87, lid 2 of lid 3 EG. Verenigbaarheid kan eveneens worden gebaseerd op artikel 86, lid 2 EG, mits voldaan wordt aan de daarmee verband houdende proportionaliteits- en noodzakelijkheidstoets.

Het blijft echter de vraag of in deze context overtuigend beargumenteerd zou kunnen worden dat de overcompensatie voor de kosten ter uitvoering van DAEB aan deze toets van artikel 86, lid 2 EG voldoet. Overcompensatie lijkt in de regel noch proportioneel noch noodzakelijk. De Europese Commissie heeft getracht enige helderheid te verschaffen over de verhouding tussen artikel 87 EG en artikel 86, lid 2 EG met behulp van het te bespreken pakket. Alvorens dit pakket nader te bekijken zal eerst de toepassing van Altmark door de Europese Commissie in de breedbandsector worden besproken.

### DAEB en breedband: toepassing van Altmark

De Europese Commissie heeft de toegang tot breedband in een aantal beschikkingen als DAEB aangemerkt, nu de breedbanddiensten in het betreffende gebied onvoldoende door de markt werden aangeboden.<sup>12</sup> De Commissie maakte daarbij de kanttekening dat dit slechts gold voor wat betreft de investeringen in de netwerkinfrastructuur en niet voor de aan eindgebruikers aangeboden breed-

banddiensten zelf. Dit netwerk zou bovendien onder non-discriminatoire voorwaarden moeten openstaan aan alle partijen om een DAEB te kunnen aanbieden.

In haar beschikking inzake Pyrénées-Atlantique<sup>13</sup> beschouwde de Commissie de aanleg en exploitatie van een breedbandnetwerk in een buitengebied met behulp van cofinanciering door de Franse overheid niet als staatssteun daar aan alle vier de Altmark-criteria was voldaan. Ook in de Limousin-zaak oordeelde de Europese Commissie dat er geen sprake was van staatssteun ten gevolge van de toepassing van de Altmark-criteria.<sup>14</sup> Daarbij achtte de Commissie onder meer van belang dat de ontwikkeling van het netwerk zou worden aanbesteed, het netwerk (na voltooiing) door een onafhankelijke partij zou worden beheerd en openstaan voor alle geïnteresseerde dienstverleners tegen een vastgestelde prijs.

Een aantal breedbandprojecten voldeed niet aan de Altmark-criteria en resulteerde wel in staatssteun.<sup>15</sup> Deze werden desalniettemin verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard. Zo werden breedbandprojecten in Ierland en Wales op grond van artikel 87, lid 3, sub c EG goedgekeurd: de Commissie achtte het onwaarschijnlijk dat de aanleg van de netwerken de mededinging zou verstoren nu er geen (commercieel rendabele) breedbandnetwerken aanwezig waren.<sup>16</sup> Beide lidstaten hadden bovendien de volgende waarborgen ingebouwd: de beheerder van het aan te leggen netwerk zou worden geselecteerd op basis van een openbare procedure, de infrastructuur zou openbaar blijven en het steunbedrag zou tot een minimum worden beperkt door middel van een terugbetalings- of inkomstenverdelingsmechanisme. De beheerder in Wales zou daarnaast een substantiële bijdrage aan de kosten van het project leveren. Beide projecten sloten daarenboven aan bij de doelstellingen van actieplan eEurope 2005 en i2010-initiatief van de Europese Commissie.<sup>17</sup>

Bij de beoordeling van de bovendaande breedbandprojecten speelde mede een rol dat het hier afgelegen en/of onderontwikkelde gebieden betrof. Medefinanciering van een glasvezelnetwerk in een gebied waar reeds een of meerdere concurrerende netwerken zijn, lijkt er minder snel zonder kleerscheuren af te komen. Zo zal niemand zijn ontgaan dat de Europese Commissie een formeel onderzoek heeft ingesteld naar de overheidsfinanciering voor een glasvezelaansluitnetwerk in Appingedam, nu de noodzakelijkheid en evenredigheid niet direct voor de hand lagen gezien de reeds bestaande infrastructuur.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> N 381/2004 - Pyrénées-Atlantique en N 382/2004 - Limousin.

<sup>13</sup> N 381/2004.

<sup>14</sup> N 382/2004 - Limousin.

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld de persberichten inzake overheidsfinanciering voor stimulerende maatregelen voor breedbandinfrastructuur in het Verenigd Koninkrijk en Spanje (IP/04/1371, IP/05/646, IP/05/1231).

<sup>16</sup> N 284/2005 - Metropolitan Area Network Broadband Program Ierland en N 131/2005 - Fibre Speed Broadband project in Wales.

<sup>17</sup> Zie persbericht IP/04/626 - 'Commission takes stock of national broadband strategies' en IP/05/643 - 'Commission launches five-year strategy to boost the digital economy'.

<sup>18</sup> Zie persbericht IP/05/1331 - 'Commissie stelt onderzoek in naar financiering voor breedband in Appingedam'.

## Het pakket van de Europese Commissie

In november 2005 heeft de Europese Commissie een pakket inzake DAEB en staatssteun aangenomen dat bestaat uit een vrijstellingsbeschikking, een Kaderregeling en een wijziging van de transparanti Richtlijn. Dit pakket geeft (grotendeels) duidelijkheid over de bovengestane redenering met betrekking tot artikel 86, lid 2 EG en de Altmark-criteria. Daarnaast verduidelijkt dit pakket de gevolgen voor reeds voor het Altmark-arrest verleende compensatie ten behoeve van openbardienstverplichtingen die niet aan de vier Altmark-criteria voldoet. Ten gevolge van het Altmark-arrest bestond het risico dat dergelijke compensaties, nu zij in strijd met de voorafgaande aanmeldingsverplichting zouden zijn verleend, door de nationale rechters als onrechtmatig zouden kunnen worden beschouwd. De specifieke onderdelen van het pakket worden in het onderstaande separaat besproken.

### Vrijstellingsbeschikking met betrekking tot artikel 86, lid 2 EG

De vrijstellingsbeschikking<sup>19</sup> stelt de voorwaarden vast waaronder staatssteun in de vorm van compensatie voor ondernemingen belast met het beheer van DAEB (en dus niet voldoet aan de Altmark-criteria) als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd en vrijgesteld is van de voorafgaande aanmeldingsplicht zoals neergelegd in artikel 88, lid 3 EG.

Krachtens artikel 2 van de vrijstellingsbeschikking kunnen de navolgende categorieën compensatie onder de vrijstelling vallen. Ten eerste compensatie voor de uitvoering van de openbare dienstverplichting toegekend aan ondernemingen met een gemiddelde jaaromzet, alle werkzaamheden bijeengenomen, voor belasting van minder dan EUR 100 miljoen<sup>20</sup> gedurende de twee boekjaren voorafgaande aan het boekjaar waarin de DAEB is toegewezen, en die voor de betrokken dienst jaarlijks minder dan EUR 30 miljoen compensatie ontvangen (artikel 2, lid 1, sub a).<sup>21</sup> Hierbij dient te worden opgemerkt dat deze drempels van toepassing zijn op de gehele

onderneming en dus niet slechts op de divisies van de desbetreffende ondernemingen die belast zijn met het beheer van DAEB. De categorie doelt met name, aldus de Commissie, op kleinschalige diensten zoals thuiszorg, lokale radio en kinderopvang met de vaststelling van deze drempels.<sup>22</sup> De tweede categorie omvat compensatie (ongeacht de omvang) voor de openbare dienst toegekend aan ziekenhuizen en woningcorporaties die door de lidstaat als DAEB aangemerkte activiteiten verrichten (artikel 2, lid 1, sub b). De in de vrijstellingsbeschikking vastgestelde drempels voor compensatie gelden dientengevolge niet voor ziekenhuizen en woningcorporaties belast met DAEB. Deze zullen te allen tijde onder de vrijstellingsbeschikking vallen. Als derde categorie kan compensatie voor de openbare dienst ten behoeve van lucht- of zeeverbindingen met eilanden zijn vrijgesteld indien het gemiddelde jaarlijkse verkeer gedurende de twee boekjaren voorafgaande aan het boekjaar waarin de DAEB is toegewezen maximaal 300.000 passagiers bedraagt (artikel 2, lid 1, sub c). Voor luchthavens en havens geldt een drempel van gemiddeld jaarlijks verkeer van maximaal 1 miljoen passagiers in het geval van luchthavens en 300.000 passagiers in het geval van havens (artikel 2, lid 1, sub d). Vervoer over land valt overigens buiten het toepassingsbereik van de vrijstellingsbeschikking.

Afgezien van de bovengenoemde drempels zal de betrokken onderneming met de verantwoordelijkheid voor het beheer van DAEB dienen te worden belast door middel van een of meer officiële besluiten teneinde onder het toepassingsbereik van de vrijstellingsbeschikking te kunnen vallen. Hoewel de vorm door de lidstaat zelf mag worden bepaald dient in het desbetreffende besluit in ieder geval het volgende te zijn vastgelegd: (i) de aard en de duur van de openbardienstverplichtingen, (ii) de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied, (iii) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de ondernemingen zijn toegekend, (iv) de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie, (v) de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen (artikel 4).

Artikel 5 van de vrijstellingsbeschikking stelt vervolgens dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit het voor de uitvoering van die verplichtingen noodzakelijke eigen kapitaal.<sup>23</sup> Het compensatiebedrag moet daadwerkelijk worden gebruikt voor het beheer van de desbetreffende DAEB en omvat alle voordelen die door de staat of in welke vorm dan ook uit staatsmiddelen worden toegekend. Daarnaast bevat artikel 5 een leidraad voor de berekening van de relevante kosten en inkomsten. Compensatie die verder gaat dan hetgeen nodig is ter dekking van de kosten die de betrokken onderneming maakt, is niet noodzakelijk voor het beheer van de DAEB en is dientengevolge aan te merken als onverenigbare staatssteun die aan de Staat moet worden terugbetaald. Compensatie voor de openbare dienst die ten behoeve van het beheer van de DAEB wordt toegekend maar die in feite wordt gebruikt om op andere markten actief te zijn is evenmin gerechtvaardigd.

Lidstaten zijn verplicht om geregeld te controleren of ondernemingen geen overcompensatie ontvangen. In het geval van overcompensatie dienen de lidstaten terugbetaling van de betrokken onderneming te verlangen, waarbij een marge van 10% van het bedrag van de jaarlijkse compensatie geldt (voor sociale huisvesting geldt een marge van 20% mits de betrokken onderneming uitsluitend DAEB beheert).<sup>24</sup> Het is toegestaan om dergelijke overcompensatie naar

<sup>19</sup> Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 op basis van artikel 86, lid 3 EG betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 EG op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *Pb.* 2005, L 312/67.

<sup>20</sup> Voor kredietinstellingen geldt, in plaats van de omzetsdrempel van EUR 100 miljoen, een drempel van EUR 800 miljoen van het balanstotaal.

<sup>21</sup> Deze drempel van EUR 30 miljoen wordt bepaald aan de hand van een jaargemiddelde dat de waarde vertegenwoordigt van de compensatie die tijdens de duur van het contract of over een periode van vijf jaar wordt toegekend.

<sup>22</sup> Persbericht, 'State aid: Commission provides greater legal certainty for financing services of general economic interest – frequently asked questions', MEMO/05/258 van 15 juli 2005.

<sup>23</sup> Bij de redelijke winst wordt rekening gehouden met een deel of alle productiviteitswinsten die de betrokken ondernemingen tijdens een afgesproken en beperkte periode behalen, zonder dat het kwaliteitsniveau van de door de staat aan die onderneming opgedragen diensten wordt vermindert.

<sup>24</sup> De vrijstellingsbeschikking stelt dat de inkomsten van woningcorporaties die met het beheer van een DAEB zijn belast sterk kunnen fluctueren, met name ten gevolge van het insolventierisico van huurders. Om die reden moet het mogelijk zijn dat een eventuele overcompensatie van 20% van de jaarlijkse compensatie naar een volgende periode wordt overgedragen.

de volgende jaarlijkse periode over te dragen (de overcompensatie zal dan op het compensatiebedrag voor die periode in mindering moeten worden gebracht). Lidstaten hebben een driejaarlijkse rapportageplicht aan de Europese Commissie met betrekking tot de uitvoering van de vrijstellingsbeschikking. Gegevens ter bepaling of de toegekende compensatie in lijn is met vrijstellingsvoorwaarden dienen ten minste tien jaar bewaard te worden.

De vrijstellingsbeschikking is van toepassing ongeacht strengere specifieke bepalingen ten aanzien van de openbare dienstverplichtingen die in sectorale communautaire wetgeving zijn vervat.

#### Kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst

Wanneer de compensatie ten behoeve van de openbare dienstverplichting niet onder de voorwaarden van de vrijstellingsbeschikking valt en bovendien niet voldoet aan de vier Altmark-criteria zal de compensatie conform artikel 88, lid 3 EG bij de Europese Commissie moeten worden aangemeld. De Kaderregeling zet de voorwaarden uiteen onder welke de Europese Commissie deze staatssteun op grond van artikel 86, lid 2 EG als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zal verklaren.<sup>25</sup>

De Kaderregeling is van toepassing op alle sectoren met uitzondering van de openbare omroepdiensten en de vervoersector.<sup>26</sup>

De voorwaarden zoals uiteengezet in de Kaderregeling zijn over het algemeen vergelijkbaar met de voorwaarden zoals neergelegd in de vrijstellingsbeschikking (en zoals vastgesteld in de jurisprudentie van het HvJ EG). Zo dient de ontvangende onderneming belast te zijn met een 'echte' DAEB<sup>27</sup> en moet het officiële besluit daartoe in ieder geval het volgende vastleggen: de aard en de duur van de openbare dienstverplichtingen, de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied, de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die aan de onderneming worden verleend, de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie en de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.

Evenzo zal de omvang van het compensatiebedrag de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen niet mogen overschrijden, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. De berekeningsmethode voor de relevante kosten en inkomsten is vergelijkbaar met de methode zoals opgenomen in de vrijstellingsbeschikking. In dit verband dient nog te worden opgemerkt dat de Kaderregeling rekening houdt met gevallen waarin een onderneming met het beheer van verscheidene DAEB is belast, omdat de autoriteit die de DAEB toewijst verschilt of omdat de aard van de DAEB verschilt. In een dergelijk geval moet de interne boekhouding van de betrokken onderneming kunnen waarborgen dat er voor geen van de DAEB overcompensatie plaatsvindt.

Overcompensatie die niet noodzakelijk is voor het beheer van de DAEB moet aan de lidstaat worden terugbetaald, tenzij deze het jaarlijkse compensatiebedrag met maximaal 10% overschrijdt (deze mag naar het volgende jaar worden overgedragen). Daarbij geeft de Kaderregeling aan dat in uitzonderlijke gevallen een overcompensatie van meer dan 10% noodzakelijk kan blijken voor het beheer van de DAEB. In dergelijke gevallen zal in de aanmelding de redenen voor een dergelijke noodzaak moeten worden gespecificeerd. Overcompensatie kan bovendien worden gebruikt voor financiering van een andere DAEB die door dezelfde onderneming wordt beheerd, al zal dit duidelijk moeten worden aangegeven in de boekhouding.

De lidstaten hebben 18 maanden om hun bestaande regelingen betreffende compensatie voor de openbare dienst met deze kaderregeling in overeenstemming te brengen. Uiterlijk een maand na bekendmaking van de Kaderregeling dienen de lidstaten te bevestigen dat zij hiermee instemmen. Dit lijkt een (gedeeltelijke) oplossing te vormen voor de eerdergenoemde problematiek inzake compensatie die voor het Altmark-arrest is verleend. Daarbij geldt de kanttekening dat dergelijke compensatieregelingen slechts als bestaande steun kunnen worden aangemerkt indien zij onder een van de definities voor bestaande steun zoals neergelegd in artikel 1 van de Procedureverordening<sup>28</sup> vallen. De Kaderregeling heeft geen terugwerkende kracht.

#### Wijziging van de Transparantierichtlijn

Tot slot bevat het Commissiepakket een wijziging van de definitie zoals opgenomen in de huidige Transparantierichtlijn<sup>29</sup> met betrekking tot ondernemingen die verplicht een gescheiden boekhouding zullen moeten voeren. Deze wijziging heeft ten doel deze definitie in lijn te brengen met de verplichtingen zoals neergelegd in de overige twee onderdelen van het pakket. Door deze wijzigingen zullen ook ondernemingen die geen staatssteun doch slechts overeenkomstig artikel 86, lid 2 EG compensatie ontvangen voor het beheer van een DAEB eveneens een gescheiden boekhouding moeten voeren, ongeacht of zij een bijzonder of uitsluitend recht genieten. Deze verplichting is bedoeld om concurrentievervalsing door kruissubsidiëring tegen te gaan.

#### Stappenplan ter beoordeling van overheidsfinanciering in het kader van DAEB

Bij de beantwoording van de vraag of een overheidscompensatie voor het beheer van een DAEB tot staatssteun leidt, zal als gevolg van het Commissiepakket, de volgende stappen moeten worden doorlopen. Er zal eerst moeten worden onderzocht of de overheidsmaatregel aan de vier cumulatieve Altmark-criteria voldoet. Is dit inderdaad het geval dan eindigt hier het stappenplan: de overheidsmaatregel is niet als staatssteun aan te merken. Voldoet de overheidsmaatregel niet aan de Altmark-criteria dan zal er sprake zijn van staatssteun (voor zover aan de resterende criteria voor de toepassing van artikel 87, lid 1 EG is voldaan). De tweede stap die dan genomen zal moeten worden betreft de vraag of deze staatssteun voldoet aan de voorwaarden zoals neergelegd in de vrijstellingsbeschikking. Zo ja, dan is deze vrijgesteld in die zin dat zij als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zal worden beschouwd en de voorafgaande aanmeldingsplicht

<sup>25</sup> Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *Pb.* 2005, C 297/4.

<sup>26</sup> *Pb.* 2001, C 320/5.

<sup>27</sup> Hoewel de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken ten aanzien van de aard van de diensten die als DAEB kunnen worden aangemerkt, moedigt de Europese Commissie de lidstaten aan om bij het vaststellen van de openbare dienstverplichtingen en bij het beoordelen of de betrokken ondernemingen aan deze verplichtingen hebben voldaan, een brede raadpleging te houden, met de bijzondere klemtoon op de gebruikers.

<sup>28</sup> Verordening 659/1999, *Pb.* 1999, L 83/1.

<sup>29</sup> Richtlijn 80/723, *Pb.* 1980 L 195/35 – laatste gewijzigde Richtlijn 2000/52, *Pb.* 2000 L 193/75.

ex artikel 88, lid 3 EG vervalt. In geval de overheidsmaatregel niet voldoet aan de Altmark-criteria noch aan de voorwaarden in de vrijstellingsbeschikking, zal de aanmeldingsplicht van artikel 88, lid 3 EG gelden. Ingeval de aangemelde staatssteun voldoet aan de voorwaarden zoals neergelegd in de Kaderregeling, zal de steun onder artikel 86, lid 2 EG vallen en als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd.

### Het Commissiepakket: een antwoord op alle vragen?

Uit de voorwaarden van de vrijstellingsbeschikking en de Kaderregeling volgt dat de Europese Commissie de Altmark-criteria nauw volgt en deze ook nauwgezet lijkt toe te passen. Indien niet wordt voldaan aan de procedurele voorwaarden zoals neergelegd in de tweede en de vierde Altmark-criteria (hetgeen overigens vaak het geval zal zijn), zal de Europese Commissie onderzoeken of aan de eerste drie Altmark-criteria wordt voldaan, te weten: de onderneming is daadwerkelijk belast met de uitvoering van een, duidelijk omschreven, openbaardienstverplichting; de parameters waarop de compensatie wordt gebaseerd is vooraf vastgesteld en compensatie is niet hoger dan de kosten benodigd voor de uitvoering van de openbaardienstverplichting, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. Bovendien zullen de lidstaten moeten aangeven hoe zij overcompensatie zullen voorkomen en hoe deze wordt terugbetaald. Terugbetaling zal echter vaker makkelijker gezegd dan gedaan zijn. Compensatie lijkt een breder begrip dan staatssteun. Zo kan het voorkomen dat de compensatie niet alleen slechts uit staatsmiddelen wordt gefinancierd. In dergelijke gevallen zal dit tot onduidelijkheid kunnen leiden over het exacte bedrag dat dient te worden terugbetaald op basis van de staatssteunregels.

Wanneer een onderneming niet specifiek, door middel van een officieel besluit, met de uitvoering van een DAEB is belast, zal artikel 86, lid 2 EG buitenspel staan. De verenigbaarheid van de steun zal dan onder artikel 87 EG moeten worden beoordeeld. Evenzo zal compensatie voor de kosten gemaakt in het kader van de uitvoering van de DAEB als staatssteun worden aangemerkt, zonder op grond van artikel 86, lid 2 EG te kunnen worden gerechtvaardigd, wanneer de parameters voor de berekening van de compensatie niet vooraf zijn vastgesteld. Zelfs wanneer er geen sprake is van overcompensatie doch de financiering slechts dat gedeelte van de kosten dekt dat benodigd is voor de uitvoering van de DAEB lijkt toepassing van artikel 86, lid 2 EG in dat geval uitgesloten.

De strenge toepassing van de Altmark-criteria valt eveneens af te leiden uit een vergelijking van de Kaderregeling en de Non-Paper inzake DAEB en staatssteun van 2002 (vastgesteld vóór Altmark).<sup>30</sup> In randnummer 100 van dit non-paper staat dat in geval van overcompensatie ten gunste van een openbare onderneming de Staat, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, de mogelijkheid heeft de opbrengst van deze overcompensatie als kapitaal in te brengen in die onderneming, mits voldaan is aan het criterium van particuliere investeerder en deze inbreng wordt verricht op de voor particuliere ondernemingen gebruikelijke wijze (bijvoorbeeld door een kapitaalshoogte of door het verstrekken van leningen). Deze mogelijkheid is niet overgenomen in de Kaderregeling.

Het valt te betwijfelen of de Kaderregeling van praktisch nut zal zijn. Zoals eerder uiteengezet zal het compensatiebedrag voor de openbare dienst niet hoger mogen zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. De onderneming die compensatie voor de openbare dienst ontvangt mag evenwel een redelijke winst genieten. Onder 'redelijke winst' moet volgens de Kaderregeling een vergoedingspercentage voor het eigen kapitaal worden verstaan waarbij rekening wordt gehouden met het risico voor de onderneming of het ontbreken daarvan door het optreden van de lidstaat, met name wanneer deze lidstaat uitsluitende of bijzondere rechten verleent. Dit percentage mag in principe niet hoger zijn dan het gemiddelde percentage in de betrokken sector in de laatste jaren. De Kaderregeling bepaalt vervolgens dat in sectoren waar er geen ondernemingen zijn die met de DAEB belaste onderneming kunnen worden vergeleken, een vergelijking kan worden gemaakt met ondernemingen uit andere lidstaten of zo nodig uit andere sectoren, zo lang de specifieke kenmerken van elke sector in acht worden genomen. Ingeval een onderneming belast is met verschillende DAEB, zal de interne boekhouding van de desbetreffende onderneming moeten kunnen waarborgen dat er voor geen van de DAEB overcompensatie plaatsvindt.

Hier wringt dan ook de schoen. De mogelijkheid tot 'benchmarking' lijkt weinig relevant indien de onderneming belast met de DAEB een wettelijke plicht heeft om verschillende openbare diensten te leveren. Hoe dient in een dergelijk geval het compensatiebedrag te worden vastgesteld indien de desbetreffende onderneming efficiënt opereert met betrekking tot bepaalde diensten (bijvoorbeeld culturele televisieprogramma's of standaard brievenpost) en niet met betrekking tot andere (bijvoorbeeld politieke televisieprogramma's of kleine pakketdiensten)? Evenzo zal het voorafgaand vaststellen van de parameters voor de berekening van de compensatie nagenoeg onmogelijk zijn voor complexe projecten van jarenlange duur. Ook de voorafgaande berekening van in aanmerking te nemen inkomsten zal problematisch kunnen zijn, met name wanneer de financiële compensatie niet uit een vergoeding doch uit een belastingonthefving of staatsgarantie bestaat waarvan tevoren geen waarde over valt vast te stellen.

In het achterhoofd dient bovendien te worden gehouden dat de vrijstellingsbeschikking en de Kaderregeling hoofdzakelijk bedoeld zijn ter beoordeling van de compensatie die een DAEB-uitvoerder ontvangt (in tegenstelling tot DAEB-ontvangers). In GEMO<sup>31</sup> werden de destructiebedrijven die zorg droegen voor de ophaling en verwijdering van slachtafval hiervoor gecompenseerd door de opbrengst van een belasting op de aankoop van vlees. De veehouders en slachthuizen werden beschouwd als de staatssteunontvangers (en niet de destructiebedrijven). Zij verkregen een voordeel dat een last verlicht die normaliter op het budget van een onderneming drukt nu de ophaling en verwijdering van het slachtafval kosteloos door de destructiebedrijven werd verricht.

Het bovenstaande in ogenschouw nemend blijft er voldoende stof om over na te denken, het Commissiepakket ten spijt.

### Conclusie

Het Altmark-arrest bevat strenge voorwaarden inzake compensatieverlening voor de uitvoering van DAEB. De achterliggende gedachte van het HvJ EG lijkt daarbij de bevordering van de transparantie van de door de lidstaten te volgen procedures voor compensatieverlening.

<sup>30</sup> Van 12 november 2002, reeds aangehaald.

<sup>31</sup> Zaak C-126/01, GEMO SA, Jur. 2003, p. I-13769.

Deze transparantie geeft meer bedrijven de kans op dergelijke werkzaamheden waardoor er effectievere concurrentie ontstaat. Zo zal deze transparantie, wanneer een lidstaat bijvoorbeeld een bepaalde buslijn aanmerkt als een DAEB, ertoe leiden dat verschillende marktpartijen zullen concurreren om de uitvoering van deze DAEB en kans maken op de bijbehorende compensatie. Zoals ook blijkt uit de bovenbeschreven breedbandbeschikkingen past de Europese Commissie de Altmark-criteria echter dermate streng toe dat nagenoeg geen enkele nationale maatregel door de beugel lijkt te kunnen. Daarenboven lijken de in de vrijstellingsbeschikking neergelegde drempels niet bepaald hoog genoeg. Het ziet er dan ook naar uit dat het Commissiepakket de lidstaten weinig verlichting zal bieden voor wat betreft hun voorafgaande aanmeldingsplicht ex artikel 88 lid 3 EG.

Daarnaast speelt het gesignaleerde probleem met betrekking tot bestaande steun, dat wil zeggen in het verleden verstrekte steun die niet aan de Altmark-criteria of vrijstellingsbeschikking voldoet, nog steeds. Het risico bestaat dat dergelijke steun als onrechtmatig wordt beschouwd, hetgeen tot rechtsonzekerheid bij de steunontvangers zal leiden.

Een laatste opmerking betreft de vraag welke aanpak de Commissie zal hanteren bij de toepassing van artikel 87, lid 3 EG ingeval artikel 86, lid 2 EG niet van toepassing is. De Kaderregeling zwijgt namelijk op dit punt. Hoewel de Commissie beloofde verdere richtsnoeren op te stellen om deze onduidelijkheid weg te nemen, liggen er nog geen vaste plannen in het verschiet. Het Commissiepakket lijkt voorsnog het laatste woord te hebben.