

De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd

Mr. dr. Allard Knook*

In 2011 nam de Europese Commissie het nieuwe DAEB-pakket aan, dat vorig jaar in werking is getreden. Recent heeft de Commissie een nadere toelichting gegeven bij dit DAEB-pakket in de vorm van een Werkdocument. Dit artikel laat zien dat dit Werkdocument helaas een weerspiegeling vormt van drie historisch gegroeide spanningsvelden op dit gebied, waardoor aan de bruikbaarheid ervan in de praktijk kan worden getwijfeld.

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_nl.pdf

Inleiding

Sinds het *Altmark*-arrest¹ van het Hof van Justitie hoeft staatssteun voor een Dienst van Algemeen Economisch Belang (hierna: DAEB) niet meer te worden aangemeld bij de Europese Commissie als aan de 'Altmark-criteria' wordt voldaan. Dit arrest werd kort gezegd uitgewerkt in het Monti-Kroes-pakket inzake DAEB's uit 2005, dat vorig jaar vervangen is door het Almunia-pakket van de Europese Commissie.² Dit DAEB-pakket bestaat uit een (hernieuwd) DAEB-besluit,³ een nieuwe Mededeling,

een Verordening over de-minimissteun voor DAEB's en een herziene Kaderregeling.⁴

Naar aanleiding van het Almunia-pakket publiceerde de Europese Commissie op 18 februari jl. een geactualiseerde versie van de zogenoemde gids over Diensten van Algemeen Economisch Belang.⁵ De gids heeft de vorm van een Werkdocument, wat in beginsel betekent dat het niet bindend is voor de Europese Commissie als instelling van de Europese Unie. Tegelijkertijd zal dit document een belangrijke rol kunnen spelen bij de interpretatie van zowel het begrippenkader als de systematiek van het Almunia-pakket. Het Werkdocument geeft antwoorden op de diverse vragen omtrent het concept-DAEB in het algemeen en de vier instrumenten waaruit het Almunia-pakket bestaat meer in het bijzonder.

Het Werkdocument geeft ook een nadere uitleg over de relatie tussen het *Altmark*-arrest en het nieuwe Almunia-pakket, dat er in het kort op neer komt dat op het moment dat de compensatie voor het verrichten van een DAEB wel aan de eerste drie voorwaarden van het *Altmark*-arrest, maar niet aan de laatste voorwaarde (aanbesteding of selectie op basis van benchmarking) van het

191

* Mr. dr. Allard Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Reacties zijn welkom via allard.knook@cms-dsb.com.

1. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, *Jur.* 2003, p. I-07747.
2. Over dit pakket meer uitgebreid: A. Knook, 'Nieuwe Regelgeving Diensten van Algemeen Economisch Belang', *Bouwwrecht* 2012, 2, p. 66.
3. Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106 lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (*Pb. EU* 2012, L 7/3).

4. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9404 definitief); EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9406 definitief); Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (Verordening 2012/360/EU), *Pb. EU* 2012, L 114/8-13.
5. Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang. Brussel, 29 april 2013 SWD(2013) 53 final/2, hierna: 'het Werkdocument'.

DAEB-pakket gebruik kan worden gemaakt.⁶ Zo gaat het Werkdocument onder andere in op (1) de DAEB de-minimisverordening, die compensatiesteun voor DAEB's mogelijk maakt met een drempel van 500.000 euro per drie jaar, (2) op sociale diensten van algemeen belang (SDAB's), die uitgezonderd zijn van de meldingsplicht aan de Europese Commissie ongeacht de hoogte van de compensatie, en (3) op de kaderregeling DAEB, die de meldingsplicht van DAEB-compensaties boven de 15 miljoen euro nader inkadert. Het Werkdocument vormt daarmee een belangrijke handleiding voor het gebruik van het nieuwe DAEB pakket.

Het werkdocument bevat met name verschillende vragen met betrekking tot de relatie tussen DAEB en staatssteun. Deze vragen zien in de eerste plaats op de voorwaarden waaronder compensatie voor een DAEB als staatssteun moet worden gekwalificeerd. In de tweede plaats wordt ingegaan op de vraag onder welke voorwaarden staatssteun als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden beschouwd. In de derde plaats worden enkele vragen beantwoord met betrekking tot de vraag onder welke voorwaarden compensatie voor een DAEB moet worden gemeld bij de Europese Commissie.

Het werkdocument bevat verder naast deze algemene vragen diverse 'sectorspecifieke' vragen, onder andere op het gebied van ziekenhuizen en vervoer. Het belang van de relatie tussen de algemene regels en de sector-specifieke regels op dit gebied werd recent nog onderstreept in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam,⁷ waarin de rechtbank verschillende vragen had gesteld over de toepasselijkheid van o.a. de Vrijstellingsbeschikking en het DEAB-besluit op het vervoer over binnenwateren. De Gemeente Gorinchem had het uitvoeren van de veerverbinding Boven Hardinxveld-Werendam-Gorinchem-Sleeuwijk aangewezen als DAEB en een interne dienst van de Gemeente Gorinchem aangewezen als uitvoerder van deze dienst. De Europese Commissie benadrukte dat artikel 93 VWEU een *lex specialis* vormde ten opzichte van artikel 106 lid 2 VWEU. Om die reden stelt artikel 2 lid 5 van het DAEB-besluit dat dit besluit 'niet van toepassing [is] op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die wordt verleend aan ondernemingen in de sector van het vervoer over land'. De Commissie (en de rechtbank) was van mening dat het DAEB-besluit onder vervoer over land moest worden verstaan 'vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren' en dan ook ten onrecht door de gemeente Gorinchem was

6. Zoals bekend houden de overige drie *Altmark*-criteria kort samengevat in dat een overheid altijd voordat de DAEB uitgevoerd en gefinancierd wordt de openbaredienstverplichting duidelijk moet omschrijven, de desbetreffende onderneming, bijvoorbeeld door middel van een aanwijzingsbesluit, met de DAEB moet belasten, en de hoogte van de compensatie vooraf objectief en transparant moet vaststellen, waarbij deze compensatie niet hoger mag zijn dan noodzakelijk is voor het uitvoeren van de DAEB (inclusief redelijke winst).

7. Rb. Rotterdam 28 maart 2013, *DOR* 12/163, *BR* 2013, 86, m.nt. A.D.L. Knook.

gebruikt om van melding aan de Europese Commissie af te zien.

Volgens het persbericht dat verscheen bij het publiceren van het Werkdocument geeft het document 'simple and comprehensive answers to the most frequent questions asked by public authorities, service users and providers and other stakeholders'. Niet voor niks voegde Almunia blijkens dit persbericht hier aan toe, met verwijzing naar het nieuwe DAEB pakket:

'Our new rules provide a clearer and more flexible framework to support the delivery of high-quality public services to citizens, be it the post office, public transport, hospitals or social services. The good application of these rules by public authorities and providers will increase transparency and guarantee an efficient use of public resources.'

Alhoewel het werkdocument in 110 pagina's antwoord geeft op in totaal 237 vragen op dit gebied, en het daarmee in de praktijk zeker zijn nut zal hebben, vormt het tegelijkertijd helaas een weerspiegeling van drie historisch gegroeide spanningsvelden op dit gebied. De Europese Commissie balanceert in het Werkdocument op drie koorden tegelijkertijd en schuwt de noodzakelijke gordiaanse knopen door te hakken, waardoor aan de toepasbaarheid ervan in de praktijk kan worden getwijfeld. Deze drie spanningsvelden komen kort gezegd op het volgende neer.

Soft law t. hard law

Op grond van artikel 106 lid 2 VWEU vallen ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang 'onder de regels van de Verdragen, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.' Opmerkelijk genoeg is dit artikel onveranderd gebleven ten opzichte van de oorspronkelijke tekst in artikel 90 lid 2 van het Verdrag van Rome uit 1957. Dat laat onverlet dat dit artikel in de loop der jaren zowel als uitzondering op, als als onderdeel van Europese integratie is gezien.

Kort gezegd werd deze bepaling vanaf 1957 voor lange tijd gezien als een tijdelijke 'uitschakeling' van het Europees recht bij het toekennen van een DAEB, door Bacquero Cruz omschreven als een '*switch-rule*'-benadering.⁸ Diensten van algemeen economisch belang werden gezien als een uitzondering op de Europese doelstellingen van economische integratie, als een (tijdelijke) uitschakelijking van de regels van het vrije verkeer. Alhoewel de term als zodanig wel opdook in de jurispru-

8. J. Bacquero Cruz, 'Beyond competition: Services of General Interest and European Community Law', in: G. De Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 169, 174; en J. Bacquero Cruz, 'Between Competition and Free Movement: Economic Constitutional Law of the European Community', Oxford: Hart Publishing 2002.

dentie van het Hof van Justitie – de eerste verwijzing door het Hof van Justitie van de Europese Unie dateert, voor zover ik heb kunnen nagaan, al uit 1971⁹ – was de situatie voor 1986 zo dat de lidstaten onder het Europees recht verantwoordelijk bleven voor het definiëren, organiseren en financieren van ‘hun’ DAEB’s. Er vond, zoals Bauby het omschrijft, voor bijna dertig jaar geen Europese integratie op dit gebied plaats.¹⁰

Dit veranderde met de Europese Akte in 1986, die, zoals gezegd, weliswaar geen verandering van de tekst van artikel 106 lid 2 VWEU met zich meebracht, maar daarentegen wel leidde tot een belangrijk proces van ‘Europeanisering van Diensten van Algemeen Economisch Belang’,¹¹ onder andere als gevolg van het Europese liberaliseringsprogramma dat in jaren negentig van de vorige eeuw werd ingezet.¹² Deze Europeanisering werd met name gerealiseerd door een groot aantal *soft law* instrumenten van de Europese Commissie. Die handelswijze van de Europese Commissie had een directe relatie met de terughoudende opstelling van de Europese Wetgever om het begrip DAEB nader juridisch in te kaderen, zoals Szyszczak beschrijft:

‘the Commission used soft law processes to respond to the Member States’ reluctance to draw up a normative framework for the regulation of services of general economic interest at the Community level.’¹³

Deze benadering van de Europese Commissie bracht een eerste spanningsveld aan het licht, te weten het gebruik van *soft law* instrumenten door de Europese Commissie bij gebrek aan *hard law* instrumenten vastgesteld door de Europese wetgever. Juist op het gebied van DAEB’s heeft de Europese Commissie extensief gebruik gemaakt van *soft law* instrumenten, waarbij zij tegelijkertijd nadrukkelijk het gebruik van *hard law* instrumenten, zoals het opstellen van een conceptrichtlijn op het gebied van DAEB’s, lijkt te hebben afgewez-

‘The Commission has never been the primus motor in the process of setting up a legislative framework on SGEI’s. In fact, it has, on a thin basis, ended up preventing the adoption of a legislative framework, to the frustration of some political actors.’¹⁴

9. HvJ EG 14 juli 1971, zaak C-10/71, *Ministère Public Luxembourg/Muller*, Jur. 1971, p. 00723, r.o. 11.
10. P. Bauby, ‘From Rome to Lisbon’, SGI’s in Primary Law’, in: E. Szyszczak, J. Davies, M. Andenæs en T. Bekkedal (red.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague: T.M.C. Asser Press (Springer) 2011, p. 19, 24.
11. Bauby in: Szyszczak, Davies, Andenæs en Bekkedal 2011, p. 25.
12. E. Szyszczak, ‘Public services provision in competitive markets’, *Yearbook of European Law* 2001, nr. 20, p. 35-77.
13. E. Szyszczak, ‘Competition and the Liberalised Market’, in: N.N. Shuibhne, *Regulating the Internal Market*, Edward Elgar Publishing 2006, p. 88.
14. U. Neergaard, ‘The Commission’s soft law approach in the Area of Services of General economic Interest’, in: Szyszczak, Davies, Andenæs en Bekkedal 2011, p. 24.

Niettemin leidde dit veelvuldig gebruik van *soft law* instrumenten wel tot een reactie van de Europese wetgever, in de vorm van een aantal significante wijzigingen in het Europeesrechtelijke kader. Met het Verdrag van Amsterdam werd het begrip DAEB in artikel 16 van het EG-Verdrag opgenomen (nu art. 14 VWEU), wat werd gezien als een belangrijke erkenning van het DAEB-concept als onderdeel van de Europese integratie – en daarmee als het verlaten van de *switch rule* benadering van voorheen.¹⁵ In 2000 werd vervolgens in het Grondrechtenhandvest bepaald dat de Europese Unie toegang tot diensten van algemeen economisch belang die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld erkent en eerbiedigt (art. 36 Handvest). Als sluitstuk op deze ontwikkeling werd aan het Verdrag van Lissabon een speciaal protocol over DAEB’s toegevoegd. Zoals bekend werd met het Verdrag van Lissabon het grondrechtenhandvest bovendien juridisch bindend op grond van artikel 6 VEU.

Deze ontwikkeling ging hand in hand met een andere belangrijke ontwikkeling. De benaderingswijze ten opzichte van het DAEB-vraagstuk van zowel het Hof van Justitie als de Europese Commissie kan voor *Altmark* als nogal inconsistent worden omschreven. Zoals Szyszczak heeft aangetoond schipperden beide instellingen lange tijd tussen een ‘compensatiebenadering’ enerzijds en een ‘staatssteunbenadering’ anderzijds, waarbij onder de eerste benadering de compensatie voor een DAEB vooral wordt gezien als een (geoorloofde) subsidie voor de extra kosten voor een dienst met een algemeen belang.¹⁶ Het probleem van de laatste benadering was met name dat de staatssteunregelgeving weinig mogelijkheden bood om de compensatie voor DAEB’s geoorloofd te achten. Met *Altmark* bracht het Hof van Justitie het DAEB-vraagstuk definitief binnen de reikwijdte van het staatssteunrecht door deze mogelijkheid juist te expliciteren, waarbij de ‘compensatiebenadering’ definitief werd verlaten.

Dit maakt dat de Europese Commissie – als waakhond van de uniformiteit van het staatssteunrecht – op zichzelf gerechtigd is om op grond van artikel 106 lid 3 VWEU tot een nadere uitleg van het begrip DAEB te komen. Niettemin loopt de Europese Commissie bij het gebruik van *soft law* instrumenten om tot die verduidelijking te komen wel tegen grenzen aan, een spanningsveld dat ook duidelijk te zien is in het onderhavige Werkdocument.

Het Werkdocument geeft – net als de eerdere versie¹⁷ en vergelijkbare eerdere documenten van de Europese Commissie op dit gebied¹⁸ – op zichzelf een uitstekend overzicht van de huidige stand van zaken van het staatssteunrecht ten aanzien van DAEB’s. De toelichting bij het DAEB-pakket noemt een zeer groot aantal voorbeel-

15. M. Ross, ‘Article 16 EC and services of general interest, from derogation to obligation?’, *European Law Review* 2000, nr. 25.
16. E. Szyszczak, ‘Financing Services of General Economic Interest’, *Modern Law Review* 2004, nr. 67, p. 982.
17. Zie bijv. het Werkdocument van 7 december 2010, SEC(2010) 1545 final.
18. Bijv. de Mededeling van 29 juni 1996, Pb. EG C 281, p. 3-12.

den uit de beschikkingenpraktijk en de jurisprudentie van het Hof van Justitie. De Commissie geeft die toelichting echter door middel van de beantwoording van FAQ's, wat leidt tot een vrij versnipperd en fragmentarisch geheel. Zo ontbreekt in het werkdokument een duidelijke uitleg van de systematiek van het DAEB-kader in het algemeen en het Almunia-pakket meer in het bijzonder. Alhoewel de keuze voor een FAQ vanzelfsprekend aansprekend is en in de praktijk zeker niet onbelangrijk, zal bijvoorbeeld, kort gezegd, een vraag die onbeantwoord is gebleven in dit werkdokument bij afwezigheid van een meer systematische uitleg lastig te beantwoorden zijn. Zo mist in het Werkdocument bijvoorbeeld de *rationale* van de keuzes die door de Europese Commissie in het DAEB-pakket zijn gemaakt. Of hoe deze keuzes zich onderling tot elkaar verhouden. Of welke systematiek hieraan ten grondslag ligt.

Niet valt echter uit te sluiten dat de FAQ-aanpak ook is verkozen omdat een meer systematische benadering zich toch lastig leent voor een toelichting op een pakket aan maatregelen dat hoofdzakelijk uit *soft law* instrumenten bestaat. Immers, ook het Almunia-pakket werd aangenomen door de Europese Commissie 'without a statement of how the measures work with each other. There are differences in language and the use of different methodology (...) among the various measures.'¹⁹

In het Werkdocument resonanceert dan ook de historisch gegroeide weeffout in de DAEB-regelgeving die is ontstaan door het overvloedig gebruik van *soft law* instrumenten door de Europese Commissie enerzijds en het daarbij ontkennen van de noodzaak om tot meer structuur in de vorm van bijvoorbeeld een 'DAEB-richtlijn' te komen anderzijds. Het document is hiermee van een volstrekt andere aard dan de toelichtingen bij bijvoorbeeld het Grondrechtenhandvest zoals deze zijn opgesteld onder de verantwoordelijkheid van het praesidium van de Conventie in 2000 en later zijn bijgewerkt onder de verantwoordelijkheid van het praesidium van de Europese Conventie. Dit heeft vanzelfsprekend alles te maken met het feit dat deze toelichtingen een uitleg beogen te geven bij een (van meet af aan als) juridisch bindend (bedoeld) document. Alhoewel deze toelichtingen net zomin als het Werkdocument enige juridische status hebben, wordt hierin, onder andere door gebruikmaking van een artikelsgewijze toelichting, veel explicietter ingegaan op de *rationale*, interpretatie en systematiek van het *grondrechtenacquis* van de Europese Unie.²⁰

Integratie t. soevereiniteit

De hierboven genoemde reactie van de Europese wetgever op het extensieve gebruik van *soft law* instrumenten van de Europese Commissie bracht bovendien een ander spanningsveld aan het licht, dat eveneens zijn oorsprong vindt in de oorspronkelijke *switch rule* benadering van artikel 106 lid 2 VWEU. Zoals gezegd bestond deze reactie met name uit (1) het opnemen van het DAEB-begrip in artikel 16 EG-Verdrag (nu art. 14 VWEU) met het Verdrag van Amsterdam, (2) het onderstrepen van het belang van toegang tot DAEB in het Grondrechtenhandvest (art. 36), en (3) het toevoegen van een speciaal protocol over DAEB's aan het VWEU met het Verdrag van Lissabon. Bij vooral deze laatste twee 'constitutionele' wijzigingen worstelde de Europese Wetgever duidelijk met wat recent nog door Fiedziuk is omschreven als een 'enduring tension'²¹ tussen enerzijds de constitutionele autonomie van lidstaten om diensten als DAEB te definiëren en anderzijds de vereisten die het Europees recht stelt ten aanzien van DAEB's. Zo beoogt artikel 36 van het Handvest dat 'overeenkomstige Verdragen' wordt erkend en eerbiedigt het 'de toegang tot diensten van algemeen economisch belang die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld.' Op vergelijkbare wijze geeft het twee artikelen tellende DAEB Protocol enerzijds in artikel 1 de gedeelde waarden van de Europese Unie met betrekking tot DAEB's, om daar vervolgens in het tweede artikel aan toe te voegen:

'De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.'

Het spanningsveld tussen enerzijds de noodzaak tot Europese integratie op dit gebied en anderzijds de soevereiniteit van lidstaten is echter zeker niet het gevolg van deze beide ontwikkelingen, maar gaat, zoals Schweitzer heeft aangetoond:

'to the heart of the function and force of Article 106(2) TFEU. Does this provision subject the fundamental choices of public policy goals to judicial review? Or is the judicial review primarily limited to the choice of instruments and their compatibility with EU law?''²²

Over het algemeen wordt het DAEB-protocol echter wel gezien als een erkenning van het feit het aan de lidstaten is om te bepalen welke diensten zij als DAEB's kwalificeren. Mastroianni noemt dit 'the freedom of definition entrusted to Member States', en omschrijft

19. E. Szyszczak, in: E. Szyszczak en J.W. van de Gronden (red.), *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization*, The Hague: T.M.C. Asser Press (Springer) 2013, p. 15.

20. Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (2007/C 303/02). Zie hierover A. Knook, 'The Court, the Charter, and the Vertical division of Powers in the European Union', *Common Market Law Review* 2005, nr. 42, p. 367-398.

21. N. Fiedziuk, 'Putting services of general economic interest up for tender: Reflections on applicable EU rules', *Common Market Law Review* 2013, nr. 50, p. 88.

22. H. Schweitzer, 'Services of General Economic Interest', in: M. Cremona (red.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 32.

deze vrijheid als een ‘key principle governing services of general economic interest’.²³ Ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie komt het begrip DAEB naar voren als een containerbegrip dat op eigen wijze kan worden ingevuld op nationaal niveau en om die reden op Europeesrechtelijk niveau slechts kan worden begrensd door enkele fundamentele basisbeginselen. Het Hof van Justitie is zich hierbij bewust van de noodzaak van uniformiteit en integratie op Europees niveau tegenover de flexibiliteit en soevereiniteit van de lidstaten, wetende dat artikel 106 lid 2 VWEU beoogt ‘het belang van de Lid-Staten om gebruik te maken van bepaalde ondernemingen (...) te verzoenen met het belang van de Gemeenschap (...) bij behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt.’²⁴ Daarbij heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk benadrukt ‘dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als DAEB’s beschouwen’, met als gevolg dat de Commissie ‘de omschrijving van die diensten door een lidstaat enkel in het geval van een kennelijke fout ter discussie kan stellen.’²⁵

Alhoewel de Europese Commissie in het Werkdocument vanzelfsprekend verwijst naar deze jurisprudentie en erkent dat het aan de lidstaten is om te bepalen welke diensten als DAEB kunnen worden aangemerkt, valt toch op aan het Werkdocument dat – op soms impliciete wijze – hier en daar wordt aangegeven in welke situaties het *passend* kan zijn om hier als overheid al dan niet toe over te gaan. Het meest sprekende voorbeeld daarvan is nog wel het in het Werkdocument (opnieuw) terugkerende standpunt van de Europese Commissie dat:

‘wanneer er onder normale marktvoorwaarden opererende ondernemingen zijn die niet met een DAEB zijn belast en die deze dienst al verrichten of op bevredigende wijze kunnen verrichten en op voorwaarden (zoals prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de overheid is omschreven (...) het volgens de Commissie niet *passend* is om aan dit soort dienst specifieke openbardienstverplichtingen te verbinden.’²⁶

Onder andere Van de Gronden, Klasse en Buendia Sierra en Panero Rivas hebben echter al betoogd dat een dergelijke benaderingswijze van de Commissie juist haaks staat op de hierboven genoemde jurisprudentie

van het Hof van Justitie,²⁷ die, zoals gezegd juist uitgaat van de ‘bijna absolute’²⁸ vrijheid van overheden om te bepalen in welke gevallen van een DAEB kan worden gesproken. Een werkdocument als het onderhavige zou mijns inziens dan ook slechts moeten dienen ter toelichting van die minimumvereisten die hierbij door overheden in acht moeten worden genomen, waarvan bovendien overschrijding zou kunnen leiden tot het vaststellen van een kennelijke fout. Een dergelijke benaderingswijze is mijns inziens meer in lijn met het *BUPA*-arrest uit 2008, waarin het Gerecht stelde:

‘Wat betreft de bevoegdheid tot bepaling van de aard en de omvang van een taak van algemeen economisch belang in de zin van het Verdrag en van de mate van controle die de gemeenschapsinstellingen in die context moeten uitoefenen, blijkt (...) dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen en dat de Commissie de omschrijving van die diensten door een lidstaat enkel in geval van een kennelijke fout ter discussie kan stellen. Deze bevoegdheid van de lidstaat betreffende de definitie van dienst van algemeen economisch belang wordt bevestigd door het ontbreken van zowel een speciaal aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheid als een nauwkeurige en volledige definitie van het begrip dienst van algemeen economisch belang in het gemeenschapsrecht. (...) Die bevoegdheidsverdeling komt bovendien algemeen tot uitdrukking in artikel 16 EG, volgens hetwelk de Gemeenschap en de lidstaten, gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van het Verdrag er zorg voor dragen dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.’²⁹

Commissie t. Hof

Dit brengt mij tot het laatste historische spanningsveld dat weerspiegeld is in het Werkdocument. Het Almunia-pakket wordt wel gezien als een belangrijke beperking van de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten zoals deze uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie

23. R. Mastroianni, ‘Public Service Media and Market Integration’, in: Cremona 2011, p. 170.

24. HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88, *Frankrijk/Commissie*, Jur. 1991, p. I-01223, punt 12.

25. GvEA 26 juni 2008, zaak T-442/03, *SIC/Commissie*, Jur. 2008, p. II-01161, punt 195; GvEA 15 juni 2005, zaak T-17/02, *Fred Olsen SA/Commissie*, Jur. 2005, p. II-02031, punt 216; en GvEA 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/0, *TV 2/Danmark A/S e.a./Commissie*, Jur. 2008, p. II-02935, punten 113 e.v.

26. Werkdocument, p. 28 (eigen cursivering).

27. J.L. Buendia Sierra en J.M. Panero Rivas, ‘The Almunia Package: State Aid and Services of General Economic Interest’, in: Szyszczak en Van de Gronden 2013, p. 35; M. Klasse, ‘The Impact of Altmark: the European Commission Case Law Responses’ in: Szyszczak en Van de Gronden 2013, p. 125; en Van de Gronden in: Szyszczak en Van de Gronden 2013, p. 281.

28. W. Sauter, ‘Services of General Economic Interests and Universal Service in EU law’, *European Law Review* 2008, nr. 33, p. 175.

29. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie*, Jur. 2008, p. II-00081, punt 167.

volgt.³⁰ Daarentegen wordt het *Altmark*-arrest vaak gezien als een reactie op het feit dat de Europese Commissie zich in de jaren voor *Altmark* op dit gebied ‘at the centre of policy making’ had weten te plaatsen.³¹ Dit blijkt wellicht nog het meest duidelijk uit het *Deutsche Post*-arrest uit 2008, waarin het Hof van Justitie expliciet benadrukt dat de Europese Commissie geen discretionaire vrijheid heeft om te bepalen in hoeverre aan de *Altmark*-criteria is voldaan.³²

Ook dit spanningsveld komt duidelijk tot uiting in het Werkdocument. Misschien het beste voorbeeld hiervan is nog wel het antwoord op de vraag welk soort toewijzingsbesluiten als adequaat wordt beschouwd. De Commissie schippert hier tussen de ruimte die het *Altmark*-arrest biedt wat betreft toewijzingsbesluit enerzijds, en het besef dat een zekere concretisering voor de praktijk onontbeerlijk is anderzijds:

‘Voor een toewijzing in de zin van artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest hoeft het toewijzingsbesluit alleen de vorm te hebben van één of meerdere officiële besluiten met een juridisch dwingende waarde in het nationale recht. De specifieke vorm van het besluit (of de besluiten) kan iedere lidstaat zelf bepalen, met name afhankelijk van zijn politieke en/of bestuurlijke organisatie. (...)’

Er bestaat dus niet zoiets als een ‘standaard’-toewijzingsbesluit; veel hangt af van zowel de overheid die de betrokken onderneming met de dienst belast als van de betrokken activiteit. (...)’

Toch moet het toewijzingsbesluit bepaalde elementen vermelden, zoals de precieze aard en duur van de opgelegde openbaredienstverplichtingen, parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie, en garanties om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.’

Conclusie

Het Werkdocument geeft op overzichtelijke wijze antwoord op een groot aantal vragen die zeker in de praktijk spelen. Tegelijkertijd zijn de gegeven antwoorden soms fragmentarisch van aard en wordt in veel gevallen slechts volstaan met het omschrijven van de belangrijkste jurisprudentie, zonder deze naar een meer praktische toepassing te vertalen. Daar waar dat juist wel gebeurt, kan vervolgens de vraag worden gesteld in hoeverre de gegeven toelichting zich precies verhoudt tot de geldende jurisprudentie, die juist uitgaat van een ruime beoordelingsvrijheid voor overheden. Dat maakt het Werkdocument in zekere mate minder geschikt voor de praktijk. De vraag is echter wel of het anders had gekund. Immers, het Werkdocument is voor een groot deel een

weergave van het huidige juridische kader op het gebied van DAEB's en is daarmee ook een weergave van de spanningsvelden die aan dit kader ten grondslag liggen.

30. Buendia Sierra en Panero Rivas in: Szyszczak en Van de Gronden 2013, p. 125.

31. Szyszczak in: Szyszczak en Van de Gronden 2013, p. 6.

32. GvEA 1 juli 2008, zaak T-266/02, *Deutsche Post/Commissie*, Jur. 2008, p. II-01233, punt 90. Zie: Schweitzer in: Cremona 2011, p. 28-29.