

Naschrift van Prof. dr. Hessel bij de Altmarkzaak (C-280/00), waarin het Hof van Justitie zich uitspreekt over de verhoudingen tussen de algemene staatssteunregels en financiële compensatie voor openbare dienstverplichting. Het arrest laat ruimte voor niet aanmelden voor compensatiesteun voor diensten van algemeen economisch belang. Hieraan zijn echter wel strenge voorwaarden verbonden. Wanneer een decentrale overheid niet aanmeldt en achteraf blijkt niet (geheel) aan deze voorwaarden te hebben voldaan, kan zij alsnog in de problemen komen.

Naschrift:

1. We hebben hier te maken met een voor gemeenten en andere (decentrale) overheden zeer belangrijk arrest. In dit arrest spreekt het Hof van Justitie zich (nogmaals) uit over de verhouding tussen de algemene verdragsregels inzake staatssteun, de artikelen 87 e.v., en financiële compensatie voor openbare dienstverplichtingen. In afwachting van dit arrest, dat overigens nog gevolgd zal worden door het arrest GEMO, hebben Van Lotringen en ik in de Gemeentestem van 26 juli j.l. de onduidelijkheden en onzekerheden geschetst die naar aanleiding van het Ferringarrest zijn gerezen over de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang en staatssteun. Aanknopingspunt daarbij was de financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen. In dit Altmarkarrest trekt het Hof de lijn van het Ferringarrest door en neemt daarmee de twijfel weg dat het kiest voor de compensatiebenadering. Daarmee zet het Hof flinke druk op het Gerecht van Eerste Aanleg om zijn tot nu toe gevolgde staatssteunbenadering (denk aan het SIC-arrest) op te geven. Met die keuze voor de compensatiebenadering heeft Altmark voor de decentrale overheden zeer belangrijke consequenties. Uiteraard gaat het daarbij niet alleen om subsidie aan publieke televisie maar om subsidie aan diensten van algemeen economisch belang in het algemeen. Daarbij kan ook gedacht worden aan subsidie voor arbeidsbemiddeling, voor ambulancevervoer, voor energiediensten, voor basisdiensten voor post en telecommunicatie, voor beheer van zeehavens of belangrijke rivierhavens, voor luchthavens of voor distributie van water. Dit zijn enkele voorbeelden van activiteiten die in de rechtspraak van het Hof als diensten van algemeen economisch belang zijn aangemerkt. Zoals bekend, vindt op dit moment naar aanleiding van het Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang een discussie plaats, zodat het nog onzeker is hoe ver de gevolgen van het Altmarkarrest voor gemeenten in de toekomst zullen gaan. Duidelijk is in ieder geval wel dat de consequenties zich ook uitstrekken tot de subsidiëring van lokaal en regionaal openbaar busvervoer, want die vormt voor het Hof in deze zaak het aanknopingspunt om zich over subsidie aan openbare diensten in het algemeen uit te spreken. Omdat die subsidiëring ook van groot belang is voor decentrale overheden, wil ik die specifieke aspecten van het arrest niet onbesproken laten. Omdat er voor de steun aan (openbaar) vervoer aparte, complexe regels van gemeenschapsrecht gelden, is het arrest nogal ingewikkeld en moet er op voorhand voor gewaarschuwd worden dat de algemene standpunten die het Hof heeft ingenomen niet verdwijnen achter de uitspraken over vervoersteun. Om die reden behandel ik eerst de aspecten van vervoersteun en ga ik daarna in op de steun aan diensten van algemeen belang en artikel 87 EG (voorheen artikel 92 EG). Ik houd mij daarbij aan de volgorde die het Hof in het arrest heeft gekozen door eerst te kijken naar het derde onderdeel van de prejudiciële vraag.

2. De hamvraag rond de vervoersteun is of de Duitse wetgeving in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Voor ons minder interessant, maar de onduidelijkheid van de Duitse wetgeving biedt wel de mogelijkheid een goed beeld te krijgen van de verhouding tussen de verschillende staatssteunregels bij vervoersteun. Dat is natuurlijk ook van belang voor de Nederlandse gemeenten en provincies. Vanouds maakt het vervoer, met landbouw en visserij deel uit van het gemeenschappelijk beleid van de (E)EG. Dit heeft geleid tot een aparte vervoerstitel in het Verdrag (nu titel V) en een apart verdragsartikel over vervoersteun: het huidige artikel 73 EG (voorheen artikel 77). Op basis van die vervoerstitel en de algemene regels voor staatssteun is Verordening 1191/69 vastgesteld, betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van de met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren. Deze verordening, die gewijzigd is bij Verordening 1893/91, is er op gericht de dispariteiten op te heffen die het gevolg zijn van verplichtingen die de lidstaten opleggen aan vervoerondernemingen. Denk aan overheidstarieven, vervoerplicht, bedienen van onrendabele lijnen e.d. Uitgangspunt van de Verordening is dat de lidstaten de openbare dienstverplichtingen opheffen. Daarop kent de Verordening echter twee uitzonderingen: (1) om toereikende vervoersdiensten te waarborgen waarbij rekening wordt gehouden met sociale-, milieu- en ruimtelijke ordeningsproblemen of bepaalde tarieven voor bepaalde categorieën reizigers (65+ ers, gehandicapten) kunnen de betrokken overheden openbare dienstcontracten afsluiten die moeten voldoen aan de voorwaarden en regels van afdeling V van de verordening. (2) voor stads-, voorstads- en streekdiensten voor personenvervoer kunnen de betrokken overheden ook kiezen voor het handhaven of zelfs invoeren van openbare dienstverplichtingen. Daarbij gelden dan de voorwaarden en regels van de afdelingen II t/m IV waarin een compensatiemethode is opgenomen. Als deze regels en voorwaarden in acht worden genomen behoeft de steun volgens de Verordening niet te worden aangemeld.

3. Verordening 1191/69 biedt de lidstaten ook de mogelijkheid om voor stads- voorstads- en regionale vervoersdiensten de Verordening buiten toepassing te verklaren. De manier waarop de Duitse overheid dat heeft gedaan leidde tot ongewenste onzekerheid. De buiten toepassingverklaring tot 1 januari 1996 had betrekking op de – later onderscheiden - vervoerssectoren openbare dienst en zelffinanciering. Daarna had de Duitse overheid de Verordening alleen expliciet van toepassing verklaard op het verlenen van vergunningen voor lijnbusvervoer als openbare dienst. Daarmee bestond onduidelijkheid over de vraag naar de verhouding tussen de Verordening en het verlenen van vergunningen voor lijnbusvervoer op basis van zelffinanciering. Omdat de Duitse wetgever bij ondernemingen op basis van zelffinanciering ook de mogelijkheid openlaat van openbare dienstverplichtingen en noodzakelijke subsidies ter financiering van die verplichtingen, rees de vraag of voor die openbare dienstverplichtingen en subsidiëring van de voorwaarden en regels van Verordening 1191/69 mocht worden afgeweken. Dat zou tot gevolg hebben dat de afdelingen II t/m IV niet behoeven te worden toegepast.

Volgens het Hof is dat inderdaad mogelijk als daarbij het rechtszekerheidsbeginsel maar in acht wordt genomen (punten 57 t/m 59). Daarmee biedt het arrest een opening naar de algemene problematiek van diensten van algemeen economisch belang in relatie tot artikel 87, lid 1. Wanneer de Verordening niet van toepassing is op bepaalde diensten van algemeen economisch belang moeten we immers te rade gaan bij artikel 87 EG.

4. Bij de behandeling van het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag naar de interpretatie van het huidige artikel 87, lid 1 komt een aantal vermeldenswaardige overwegingen van het Hof aan de orde. In de eerste plaats zal het, zeker tegen de achtergrond van het eerdere artikel over omroepsteun, de lezer niet ontgaan dat het Hof in punt 74 de kwalificatie staatssteun reserveert voor financiering die aan alle voorwaarden van artikel 87, lid 1 voldoet. Dat doet mijns inziens echter niet af aan de in ons eerdere artikel geschetste risico's die decentrale overheden nemen wanneer zij menen dat staatssteun pas hoeft te worden aangemeld wanneer aan alle voorwaarden van artikel 87, lid 1 is voldaan. Integendeel, het Hof maakt in dit arrest nog eens duidelijk dat een onder decentrale overheden populaire benadering van de toets aan het criterium van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel niet juist is.

5. In de tweede plaats wijst het Hof er namelijk op dat de toepassingsvoorwaarde van artikel 87, lid 1 volgens welke de steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig moet beïnvloeden niet afhangt van de lokale of regionale aard van de geleverde vervoersdienst of van de omvang van het betrokken werkterrein (punt 82). Het gaat immers niet om het lokale of regionale karakter van de activiteit, maar om de markt waarop die plaats vindt (punt 78). En de vervoermarkt is nu juist geliberaliseerd. Aanvullend beroept het Hof zich ook nog op het feit dat de 'de minimis'-vrijstelling niet voor vervoer geldt (punt 80) en op eerdere jurisprudentie waarin de geringe omvang van de steun of van de onderneming niet zonder meer uitsluit dat er geen ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel optreedt (punt 81).

6. In de derde plaats buigt het Hof zich over de verhouding tussen financiële compensatie van openbare dienstverplichtingen en artikel 87, lid 1, het kernpunt van dit arrest. Daarbij valt het op dat het Hof zich eerst in algemene termen uitspreekt over deze problematiek (de punten 85 t/m 94) en pas daarna aangeeft wat de gevolgen daarvan zijn voor de subsidie van het lokale en regionale lijnbusvervoer (punt 95). Het Hof verwijst bij zijn algemene benadering naar eerdere rechtspraak, het ADBHU-arrest en het befaamde Ferring-arrest. 'Uit deze rechtspraak volgt dat, wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en voormelde maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst, een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1 van het Verdrag valt' (punt 87). Om te waarborgen dat er inderdaad 'slechts' sprake is van compensatie stelt het Hof vier strenge voorwaarden (punten 89 t/m 93). Verder maakt het Hof duidelijk dat een overheidsmaatregel die niet voldoet aan één of meer van die voorwaarden wel moet worden beschouwd als een steunmaatregel in de zin van het huidige artikel 87, lid 1 en dus moet worden aangemeld (punt 94).

7. Hiermee kunnen we dus concluderen dat het Hof zonder meer de compensatiebenadering van het Ferringarrest bevestigt. Het Hof, dat in deze principiële zaak met 15 rechters uitspraak heeft gedaan, gaat daarbij opvallend kort door de bocht. Het vloeit allemaal al uit eerdere rechtspraak voort en van de uitgebreide conclusies van de advocaten-generaal Léger en Jacobs vinden we geen spoor terug. Wat betekent dit nu voor gemeenten en andere (decentrale) overheden in Nederland?

8. In het artikel over omroepsteun is er al op gewezen dat door de Ferringbenadering naar het oordeel van Léger de structuur en logica van de staatssteunbepalingen wordt ondermijnd. Ik deel dat standpunt en vanuit de structuur van het Verdrag kan ik weinig enthousiasme opbrengen voor Ferring en Altmark. Vanuit die optiek had ik liever gezien dat het Hof het doel van de steun, in casu compensatie, niet bij de toets aan artikel 87, lid 1 had ingevoerd maar bij de toets aan de excepties. Naast de excepties van artikel 87, lid 2 en lid 3 EG, waar ook het doel van de staatssteun aan de orde komt, is het dan aan de Commissie om de exceptie van artikel 86, lid 2 EG toe te passen. Nu komen de exceptie van 86, lid 2 en de Commissie niet meer aan de orde, althans wanneer de vier voorwaarden zijn vervuld. En dat is vreemd, zeker wanneer men bedenkt dat de exceptie van artikel 86, lid 2 niet alleen bij staatssteun speelt maar ook bij andere verdragsverboden, bijvoorbeeld die van de artikelen 81 en 82 (kartelverbod en verbod van misbruik van economische machtspositie) of die van de vier vrijheden. Ook daar wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen het verbod en de mogelijke exceptie daarop voor diensten van algemeen economisch belang. Voor de gemeentelijke en decentrale praktijk lijken deze doctrinaire bedenkingen echter minder interessant.

9. Het voordeel van de compensatiebenadering van Ferring en Altmark voor de gemeentelijke en decentrale praktijk is op het eerste gezicht aanzienlijk: financiering ter compensatie van openbare dienstverplichtingen is geen staatssteun en behoeft daarmee niet te worden aangemeld bij de Commissie. Dat is wel zo, maar tegelijkertijd maakt het Hof duidelijk dat voor het waarborgen van dat compensatiekarakter wel een aantal zware voorwaarden in acht genomen moeten worden. Deze voorwaarden komen, het zal de lezer niet erg verbazen, overigens sterk overeen met de voorwaarden die de Commissie had opgenomen in haar Mededeling van 2001 over de toepassing van staatssteun op openbare omroepen. (Daar ging het echter om een beroep op de exceptie van artikel 86, lid 2, terwijl het nu gaat om het ontkomen aan het verbod van artikel 87.)

10. Voor de omroepsteun, zoals behandeld in ons artikel, kan uit het arrest de conclusie worden getrokken dat de steunende overheden moeten voortgaan op de door ons aanbevolen weg om de steun in overeenstemming te brengen met de checklist van de Commissie of liever nog met de vier voorwaarden die het Hof in dit arrest heeft genoemd. Wanneer zij daar in slagen behoeft de steun aan lokale en regionale publieke omroepen volgens het Altmarkarrest niet meer te worden aangemeld bij de Commissie. De steunende overheden doen de bepleite aanpassing dus niet (meer) om bij de Commissie een geslaagd beroep op artikel 86, lid 2 te kunnen doen. Het lijkt mij dan ook aannemelijk dat de Commissie zal besluiten naar aanleiding van Altmark de Mededeling in te trekken. Wijken de criteria van de checklist nu eigenlijk af van de voorwaarden die het Hof stelt?

11. Met deze vraag raken we een belangrijk probleem: de helderheid van de voorwaarden. Het standpunt van het Hof is zonneklaar: wanneer niet aan één of meer van de voorwaarden is voldaan, moet de steun gewoon worden aangemeld en ter toetsing aan de Commissie worden voorgelegd. Maar het is minder duidelijk wanneer niet aan één van deze voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is helder: er moet een omschrijving en een toewijzing zijn van de dienst van algemeen economisch belang. Met de derde voorwaarde valt ook nog wel te leven, al is het begrip redelijke winst voor discussie vatbaar. De tweede voorwaarde waar het Hof spreekt van 'parameters' is rijkelijk vaag. Het gaat kennelijk om de transparantie van de compensatiesteun maar dat de voorwaarde daarmee ook transparant is mag worden betwijfeld. Over welke parameters hebben we het? Hetzelfde geldt naar mijn mening

voor de vierde voorwaarde in het geval dat openbare dienstverplichting niet openbaar is aanbesteed. In dat geval moet hier gekeken worden naar een gemiddelde, goed beheerde onderneming. Omdat het oriëntatiepunt de gemeenschappelijke markt is, lijkt mij dat voor de praktijk een welhaast onmogelijke opgave. Moet een lokale of regionale overheid die aankoopt op compensatiesteun en daarmee legitiem de Commissie wil ontlopen bij dat gemiddelde dan ook kijken naar goed beheerde ondernemingen in Griekenland, Portugal en Zweden?

12. Het is de vraag of de winst die de decentrale overheden met Altmark denken te behalen in de praktijk wel aanwezig is. Zolang de voorwaarden zo vaag zijn, komt het er eigenlijk op neer dat de overheden zelf het voor- en rekenwerk moeten verrichten, met een gerede kans dat de Commissie hen achteraf op de vingers tikt wanneer zij het niet goed hebben gedaan en de Commissie daar achter komt. De algemene dreigende onzekerheid van correctie *achteraf* die (voorlopig?) inherent is aan de compensatiebenadering wordt door het Hof voor één geval geïllustreerd in punt 91. Daarmee wordt compensatiesteun risicosteun terwijl voorheen het beroep op de exceptie van artikel 86, lid 2 met de Commissie *vooraf* kon worden besproken en verduidelijkt. Ik sluit niet uit dat de echte winnaar de Commissie is: zij krijgt verlichting van haar taken zonder het laatste woord te verliezen.

13. De vraag is tenslotte hoe de compensatiebenadering in de praktijk van gemeenten en provincies gaat werken. Het lijkt mij niet geheel uitgesloten dat die werking enigszins selectief zal uitpakken. Ik denk daarbij aan een enthousiast accepteren van het uitgangspunt dat compensatiesteun niet hoeft te worden aangemeld en het verwaarlozen van de voorwaarden waaronder dat kan. Dit pessimisme ontleen ik aan de wijze waarop in decentrale kring veelal wordt omgegaan met de ‘de minimis’-vrijstelling. De vrijstelling kan zich in grote bekendheid verheugen maar de bijkomende verplichtingen die in de vrijstellingsverordening worden genoemd – zoals voorkomen van cumulatie, bijhouden van een register - zijn veelal onbekend. Maar ook wanneer de decentrale overheden aan de gestelde voorwaarden willen voldoen doemen er problemen op. De diensten van algemeen economisch belang waarvoor compensatiesteun kan worden gegeven zijn talrijk en uiteenlopend. Verder heeft niet alleen de centrale overheid de ruimte om bepaalde activiteiten als diensten van algemeen economisch belang te kwalificeren, maar die ruimte is er ook voor provincies en gemeenten. Het lijkt me niet gewenst dat allerlei overheden op eigen houtje gaan reageren op dit arrest, door wellicht bepaalde activiteiten als diensten van algemeen economisch belang te benoemen en door een volledig eigen invulling te geven aan de vier voorwaarden. Ik denk dat er behoefte zal zijn aan een zekere mate van onderlinge afstemming en onderlinge bijstand bij de invulling van de voorwaarden voor de verschillende diensten van algemeen economisch belang. Wie zou dat moeten doen: het Coördinatiepunt staatssteun van BZK in vernieuwde gedaante, EUROPA-decentraal? Ik weet niet of iemand daarop zit te wachten.

B.Hessel, Universiteit Utrecht/ EUROPA-decentraal