

COMPENSATIESTEUN AAN DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG VEREIST ZORGVULDIGHEID

(*Verschenen in Gemeentestem 2006, 7258, p. 479 – 489.*)

Prof.dr. B. Hessel

Steun aan ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang (hierna: d.a.e.b.) blijft de Nederlandse overheden hevig beroeren. Uit recente besluiten van de Europese Commissie over de Nederlandse woningcorporaties, de publieke omroepen en de breedbandsteun in Appingedam blijkt dat de Nederlandse overheden de regels van het Europese spel inzake d.a.e.b.'s nog niet altijd goed toepassen. Integendeel: niet zelden bereiken mij berichten van bezorgde gemeentelijke en provinciale medewerkers die de Europese regels kennen en dan moeten toezien hoe bepaalde beleidmakers en bestuurders, met een optimistisch maar helaas te beperkt inzicht in Altmark en de Vrijstellingsbeschikking, een gemakkelijke weg gevonden menen te hebben om aan het aanmelden van steunmaatregelen te ontkomen door leuke financiële arrangementen te bedenken onder de vlag van een d.a.e.b. Het wordt deze medewerkers dan niet in dank afgenomen als zij er op wijzen dat die weg niet zo gemakkelijk is als zij op het eerste gezicht lijkt.

Het is daarom gewenst nog eens duidelijk te maken welke strenge voorwaarden in acht genomen moeten worden bij steun aan d.a.e.b.'s. In juli 2004 heb ik in dit blad de consequenties van het Altmark-arrest beschreven en een schets gegeven van ontwerp-Vrijstellingsbeschikking en de ontwerp-kaderregeling die de Commissie toen had bekendgemaakt.¹ Inmiddels heeft de Commissie op 15 juli 2005 de definitieve tekst van beide besluiten naar buiten gebracht, tezamen met een aanpassing van de Transparantierichtlijn en dit pakket is op 25 november 2005 in het Publicatieblad verschenen. De Vrijstellingsbeschikking is op 19 december 2005 inwerking getreden.² Uiteraard moet de gewijzigde Transparantierichtlijn in nationaal recht worden omgezet maar dat geldt niet voor de Vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling.³ In mijn eerdere publicatie heb ik de vrees uitgesproken dat het voorgenomen pakket van de Commissie de decentrale overheden inhoudelijk en praktisch weinig ruimte zal bieden naast de vier cumulatieve criteria van Altmark, omdat de maatregelen van de Commissie moeten passen binnen de geringe speelruimte die artikel 86, lid 2 EG laat voor toelaatbare steun aan d.a.e.b.'s.⁴ Het definitieve pakket bevestigt deze vrees en bevat de strenge eisen die de Nederlandse overheden veelal nog onvoldoende in acht blijken te nemen.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Na een korte herinnering aan het Altmark-arrest (par. 1) wordt eerst benadrukt dat de decentrale overheden niet voor alle beleidsdoelstellingen die zij zouden willen steunen de weg van de d.a.e.b.'s kunnen kiezen (par. 2). Vervolgens wordt

¹ B.Hessel, Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het Altmark-arrest, *Gst.* 2004, 7211, p.405-412.

² Beschikking van de Commissie van 28 november 2005, betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag 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, *PbEU* 2005, L 312/67 (hierna: Vrijstellingsbeschikking); Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2005, C 297/4 (hierna: kaderregeling) en Richtlijn 2005/81/EG van 28 november 2005 van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG, *PbEU* 2005, L 312/47.

³ Uiterlijk 19 december 2006 moeten de lidstaten aan de richtlijn voldoen. De omzetting van de Transparantierichtlijn vinden we terug in de Mededingingswet de artikelen 25a t/m 25f. Die moeten dus worden aangepast. De kaderregeling geldt vanaf haar bekendmaking voor een periode van zes jaar.

⁴ Hessel, *Gst.* 2004, p. 411/412.

het definitieve pakket van de Commissie gepresenteerd (par. 3) nader ingegaan op de Vrijstellingsbeschikking (par. 4) en op de daaruit voortvloeiende eis van transparant toets- en rekenwerk (par. 5). Hierna wordt uitgelegd dat de regels voor compensatiesteun een vaste structuur hebben die we voor Altmark ook al tegenkomen in de Mededeling voor openbare omroepsteun, zoals die door Van Lotringen en mij al eerder in dit blad werd besproken (par. 6).⁵ Recente zorgelijke ontwikkelingen rond steun aan de Nederlandse publieke omroepen vormen de aanleiding nader terug te komen op deze publicatie (par. 7). De bijdrage wordt afgesloten met conclusies (par. 8)

1. Altmark blijft het vertrekpunt

Het zal inmiddels genoegzaam bekend zijn dat de euforie onder de selectief geïnteresseerden in het Europese recht bij steun aan d.a.e.b.'s haar basis vindt in het Altmark-arrest.⁶ In dat arrest heeft het Hof van Justitie, in aansluiting op het Ferring-arrest,⁷ het systeem van het EG-Verdrag voor steun aan d.a.e.b.'s omvergegooid door de traditionele staatssteunbenadering te vervangen door de compensatiebenadering. Het Hof stelde vast dat een financiële compensatie door de overheid aan een onderneming belast met een d.a.e.b. geen staatssteun is in de zin van artikel 87, lid 1 EG, wanneer die financiering beperkt blijft tot een compensatie van de meerkosten die de onderneming maakt voor de openbare dienstverplichtingen. In dat geval is er immers geen voordeel voor de onderneming waardoor zij ten opzichte van haar concurrenten op de gemeenschappelijke markt in een gunstiger positie wordt geplaatst. Om te zorgen dat de steun inderdaad beperkt blijft tot compensatie van de d.a.e.b. heeft het Hof de vier cumulatieve eisen gesteld waarvan de consequenties bij al te veel optimisme niet altijd goed worden beseft:

(1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend; (2) de criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld; (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen; (4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, belast met een openbare dienstverplichting, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

De positieve kant van dit arrest is dat compensatiesteun voor d.a.e.b.'s niet hoeft te worden aangemeld. De negatieve keerzijde is echter dat de steunende overheid zelf die vier cumulatieve criteria moet toepassen om aan de voorwaarden voor niet-aanmelden te voldoen, terwijl dat bij de traditionele staatssteunbenadering na aanmelden door de Commissie werd gedaan. Als de compensatiesteun niet aan de vier criteria voldoet of als de Commissie, bijvoorbeeld naar aanleiding van een klacht, moet bezien of aan de criteria is voldaan, zien we

^{5 5} Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *PbEG* 2001, C 320/5. B.Hessel, R.J.W.M.M. van Lotringen, Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen. De randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht, *Gst.* 2003, 7188, p. 353-362.

⁶ HvJEG, 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-07747. Zie voor het Altmark-arrest en een naschrift van mijn hand desgewenst: *Gst.* 2003, 7192, p. 495 e.v.

⁷ HvJEG 22 november 2001, zaak C -53/00, *Jur.* 2001, p. 9067.

dat zij tewerk gaat volgens het traditionele stamien van artikel 86, lid 2 EG. Ter illustratie kan gewezen worden op de befaamde brief van de Commissie over de positie van de Nederlandse woningcorporaties van 14 juli 2005. Deze brief is aanvankelijk vertrouwelijk geweest, waardoor volstrekt ten onrechte de indruk werd gewekt dat de Commissie erg mysterieus bezig is geweest, maar is inmiddels openbaar.⁸

Het probleem is nu dat optimistische beleidmakers en bestuurders die bezorgde medewerkers soms op hun weg vinden zeer wel bekend zijn met de positieve kant van dit arrest, maar onvoldoende aandacht (wensen te) besteden aan de vier Altmark-criteria. Deze selectieve belangstelling voor de Europese regels blijkt zich inmiddels te herhalen bij de uitleg van de Vrijstellingsbeschikking waarin we, zoals zal blijken, de eerste drie Altmark-criteria terugvinden.⁹ Voordat we de Vrijstellingsbeschikking bespreken is het gewenst meer duidelijkheid te geven over de reikwijdte die de decentrale overheden hebben om compensatiesteun te verlenen in de sfeer van de d.a.e.b.'s.

Terzijde wil ik nog opmerken dat het Hof met het Altmark-arrest inderdaad het systeem van het EG-Verdrag voor steun aan d.a.e.b.'s omver heeft gegooid want artikel 86, lid 2 EG komen wij ook nog tegen als een uitzondering op de mededingingsregels voor ondernemingen, de artikelen 81 en 82 EG en zelfs als uitzondering op de vier vrijheden. Daar geldt nog het traditionele systeem. Met de artikelen 81, 82 en 86, lid 2 EG en de pendants daarvan in de Nederlandse Mededingingswet hebben de decentrale overheden ook te maken.¹⁰

2. De reikwijdte van d.a.e.b.'s is niet onbegrensd

In decentrale kring is men in de regel goed op de hoogte van het feit dat de Commissie lidstaten, waaronder regionale en lokale overheden, de ruimte toekent om zelf te bepalen wat zij onder een d.a.e.b. verstaan. Zeker na het debacle van de Europese Grondwet kan de subsidiariteit zich in een enorme belangstelling verheugen.

Uit de Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa blijkt al dat de lidstaten een zekere vrijheid hebben om te beslissen wat een d.a.e.b. is en dat de Commissie deze definitie alleen op duidelijke fouten corrigeert.¹¹ Dat ligt ook voor de hand als men bedenkt dat de keuze voor een d.a.e.b. een belangrijke beslissing van economische orde is. In de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van regels inzake staatssteun op openbare omroepen vinden we dat standpunt ook terug en in het pakket maatregelen van 15 juli 2005 wordt dat door de Commissie nog eens herhaald.¹² Ook

⁸ Europese Commissie, Brussel 14.07.2005, betreft: Steunmaatregel nr. E 2/2005 (ex-NN 93/02 – Financiering van woningcorporaties – Nederland. Brief uit hoofde van artikel 17 van de procedureverordening betreffende de volkshuisvesting in Nederland. De brief is opgenomen in de reader voor de Expertmeeting woningcorporaties van 11 april 2006 en daarna onder meer te downloaden van de website van het Instituut voor Bouwrecht : www.ibr.nl, onder Kenniscentrum, dossier: Staatssteun.

⁹ Zo bestond in kringen van Nederlandse woningcorporaties op basis van een te optimistische interpretatie van de ontwerp-Vrijstellingsbeschikking de mening dat zij spoedig van de steunproblematiek en de Commissie af zouden zijn. De brief van 14 juli 2005, die uitgerekend één dag voor de publicatie van het definitieve pakket van de Commissie verscheen, sloeg in die kringen dan ook in als een bom.

¹⁰ Zie voor de toepassing van artikel 86, lid 2 als uitzondering op de artikelen 81 en 82 EG en voor de vergelijkbare toepassingen van de Mededingingswet: Anna Gerbrandy & Bart Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden. In hun rollen als onderneming en als overheid*, Europees recht voor decentrale overheden deel 4, Deventer: Kluwer 2004, hoofdstuk 5. Zie ook: A.Gerbrandy, B.Hessel, Wanneer kunnen gemeenten met het mededingingsrecht te maken krijgen? Een belangrijk rechtsgebied voor de gemeente als onderneming maar ook als overheid, *Gst.* 2005, 7221, p.1-11.

¹¹ Mededeling van de Commissie, Diensten van algemeen belang in Europa, *PbEG* 2001, C 17/4, de punten 22 en 24.

¹² Mededeling voor openbare omroepsteun, punt 33 en kaderregeling, punt 11.

regionale en lokale overheden kunnen een bepaalde activiteit het stempel geven van een d.a.e.b. Dat de Commissie zich hier terughoudend opstelt ten gunste van de lidstaten, hun regionale en lokale overheden, houdt echter niet in dat deze naar hartenlust d.a.e.b.'s kunnen benoemen.

a. de markt moet ontoereikend zijn

Decentrale overheden dienen zich te realiseren dat zij niet iedere beleidsdoelstelling waar zij ondernemingen staatssteun voor zouden willen geven onder de regels voor d.a.e.b.'s kunnen brengen en daarmee aanmelden van de steun kunnen voorkomen.

Voor de toepassing van Altmark en de Vrijstellingsverordening moet er daadwerkelijk sprake zijn van een d.a.e.b. en dat vorm een inherente beperking van de mogelijkheden. Bij d.a.e.b.'s hebben we te maken met activiteiten die openbare of private ondernemingen verrichten waartoe zij door de overheid op grond van het algemeen belang worden verplicht en die zij louter afgaande op de signalen van de markt niet of niet toereikend zouden doen.¹³ Als voorbeelden kan worden gedacht aan het continu en in alle uithoeken van het land aanbieden van gas en elektriciteit, het verrichten van openbaar vervoer ook op verliesgevende plaatsen en tijden en met korting voor sociaal zwakke groepen, of het aanbieden van – regionale of lokale – publieke radio en televisie met programma's van bepaalde inhoud of niveau, waar geld bij moet.¹⁴

Elders heb ik gesteld dat we in huis-tuin-en-keuken-termen bij diensten van algemeen economisch belang te maken hebben met ondernemingen die van de overheid een rugzak op krijgen waardoor zij op de markt minder vlot uit de voeten kunnen.¹⁵ Om die reden kan het bij wijze van uitzondering gewenst zijn de spelregels voor de markt minder streng op hen toe te passen en daarin voorziet artikel 86, lid 2 EG – voorzover het om de spelregels voor staatssteun gaat - met inbegrip van Altmark en het Commissiepakket.¹⁶ Het is overigens gewenst in de sfeer van de staatssteun expliciet te spreken van diensten van algemeen economisch belang en niet van het ruimere begrip diensten van algemeen belang.¹⁷

¹³ In het Non Paper inzake diensten van algemeen economisch belang en staatssteun definieert de Commissie d.a.e.b.'s als 'marktdiensten waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke openbare dienstverplichtingen laten gelden.' Openbare dienstverplichtingen worden daarbij omschreven 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.' Zie: Europese Commissie, Non Paper, Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun, 12/11/2002, p. 5.

¹⁴ Voor een inventarisatie van activiteiten die door het Hof van Justitie als d.a.e.b. zijn erkend zie: Anna Gerbrandy & Bart Hessel, a.w., p. 272.

¹⁵ B.Hessel, Het standpunt van Brussel over de Nederlandse woningcorporaties is niet echt verrassend. Maar het antwoord van minister Dekker blijkt niet Europa-Proof, *bouwrecht* 2006, nr.8, p. 699.

¹⁶ Artikel 86, lid 2 EG stelt immers: De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.' Het kan voor een onderneming met een rugzak op ook gewenst zijn de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG minder streng toe te passen en daarom vinden we artikel 86, lid 2 ook terug in het mededingingsrecht.

¹⁷ Bij diensten van algemeen belang kunnen we met de Commissie een onderscheid maken tussen marktdiensten en niet marktdiensten. Diensten van algemeen economisch belang verwijzen volgens de Commissie 'naar marktdiensten waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke openbare dienstverplichtingen laten gelden.' Bij niet-marktdiensten moeten we denken aan niet-economische activiteiten zoals het waarborgen van de interne of externe veiligheid, de rechtspleging of andere overheidsprerogatieven zoals het geven van vergunningen of concessies waarop de spelregels voor de markt zoals de regels voor staatssteun niet van toepassing zijn. Zie: Europese Commissie, Non-Paper, p. 5.

Dat ondernemingen voor de toepassing van artikel 86, lid 2, Altmark en het Commissiepakket duidelijk een rugzak op moeten krijgen vormt een belangrijke beperking voor de decentrale overheden voor het inslaan van deze weg.

Ter illustratie kan gewezen worden op de beschikking van de Commissie inzake Pyrénées-Atlantiques¹⁸ en de vergelijkbare beschikking inzake Limousin¹⁹ die betrekking hebben op breedbandsteun. Het ging daarbij om breedbandactiviteiten in afgelegen en onderontwikkelde gebieden waarin zij onvoldoende door de markt werden aangeboden om aan de eisen van de bevolking te voldoen. De Commissie kwam tot het oordeel dat onder die omstandigheden de investering voor de infrastructuur in het netwerk een d.a.e.b. was en onder een aantal nadere voorwaarden doorstond deze Franse steun de Altmark-toets.²⁰ De breedbandsteun van Appingedam bleek deze toets niet te doorstaan. Daar waren al marktpartijen als Essent en KPN bezig met de infrastructuur zodat we kunnen zeggen dat de markt hier niet te kort schoot en er ook geen sprake was van het ophangen van een rugzak. Naar het oordeel van de Commissie is deze steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en leidt zij tot een ongeoorloofd voordeel ten opzichte van de aanwezige marktpartijen Essent en KPN.²¹ Dat de Nederlandse overheden niet altijd voldoende beseffen dat het bij d.a.e.b.'s moet gaan om aanvullingen op de markt, zie ik ook geïllustreerd in de reactie op de reeds genoemde brief van de Europese Commissie over de Nederlandse woningcorporaties. Uit de brief van 14 juli 2005 blijkt dat de Commissie de omschrijving van de d.a.e.b. voor de Nederlandse woningcorporaties te ruim vindt waar het gaat om de verhuur aan hogere inkomensgroepen of ondernemingen. Zij spreekt van een kennelijke fout en is van mening dat de definitie rechtstreeks verband moet houden met sociaal achtergestelde huishoudens en op dat punt moet worden aangepast.²² In de definitieve tekst van de Vrijstellingsbeschikking, zoals bekendgemaakt op 15 juli 2005, vinden we hetzelfde standpunt van de Commissie terug waar zij de woningcorporaties die onder de Vrijstellingsbeschikking kunnen vallen nader omschrijft als 'woningcorporaties die huisvestingsdiensten aanbieden aan achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen die, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden.'²³ De reactie dat de Commissie hier inbreuk pleegt op de subsidiariteit en Nederland geen ruimte meer laat om de d.a.e.b. van haar woningcorporaties te omschrijven was voorspelbaar. Wanneer we alleen kijken naar de subsidiariteit lijkt de Commissie hier haar boekje inderdaad te buiten te zijn gegaan. Maar wanneer we beseffen dat het bij d.a.e.b.'s inherent moet gaan om activiteiten die niet louter via de markt kunnen worden gerealiseerd is de omschrijving van de Commissie aardig in de roos. Daarbinnen laat zij Nederland nog de vrijheid tot nadere invulling.

¹⁸ Beschikking inzake Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques, Staatssteun N 381/4004 – Frankrijk.

¹⁹ Beschikking inzake mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL), Staatssteun N 382/2004 – Frankrijk.

²⁰ De toegang tot de infrastructuur moet algemeen zijn en de d.a.e.b. strekt zich niet uit tot de breedbanddiensten voor de eindgebruiker. Bovendien was de dienst in overeenstemming met de Europese prioriteiten van eEurope 2005 en i2010. Zie voor breedband desgewenst Goed op weg met breedband. Handreiking voor gemeenten, provincies en woningcorporaties. Een gezamenlijke handreiking van de ministeries van EZ, BZK, VROM en IPO en VNG.

²¹ Beschikking van 19 juli 2006, IP/06/1013. Zie ook www.europadecentraal.nl dossier staatssteun. Dat de steun door Appingedam geen genade heeft kunnen vinden bij de Commissie illustreert nog eens dat het niet gemakkelijk is onzorgvuldig verleende staatssteun achteraf via Altmark te 'redden'. Wat dat betreft mogen de genoemde Franse zaken Nederland tot voorbeeld strekken. Deze zijn zonder meer zorgvuldig en goed voorbereid.

²² Brief van de Commissie van 11 juli 2005, de punten 29-35.

²³ Vrijstellingsbeschikking, preambule punt 16. Deze duidelijke omschrijving stond nog niet in de ontwerp-Vrijstellingsbeschikking.

Ik vind het dan ook verstandig dat de minister van VROM de kritiek op de Commissie heeft gelaten voor wat zij is en stappen heeft gezet om de omschrijving van de d.a.e.b. aan te passen aan de eis van de Commissie dat zij een rechtstreekse verbinding moet leggen met de sociaal achtergestelde huishoudens. Daartoe heeft de minister de aandachtsgroep voor de d.a.e.b.-poot van de corporaties bepaald op huishoudens met een inkomen tot circa € 33.000,-, de ziekenfondsgrens zoals die tot 1 januari 2006 heeft gegolden.²⁴ Omdat de grens voor de huursubsidie op € 25.000,- ligt, heb ik bij de expertmeeting woningcorporaties van het Instituut voor Bouwrecht op 11 april j.l. de vraag opgeworpen of de minister niet te hoog zit. Van de zijde van het ministerie werd mij echter verzekerd dat deze grens de instemming heeft van de Commissie.²⁵

Wanneer de decentrale overheden de weg van de steun aan d.a.e.b.'s willen inslaan dienen zij er zich dus allereerst zorgvuldig rekenschap van te geven dat de activiteiten van ondernemingen die zij willen steunen activiteiten moeten zijn die deze niet of onvoldoende via de markt zouden verrichten: als ze geen rugzak op krijgen valt er ook niets te compenseren! Strikt formeel heeft iedere gemeente de vrijheid om haar eigen invulling te geven aan d.a.e.b.'s. Bij een discussie met de Commissie zal zij echter sterker staan wanneer blijkt dat zij in Nederland niet alleen staat met haar omschrijving van een d.a.e.b. en haar mening wordt gedeeld door andere gemeenten of regio's. Daarnaast is het gewenst om bij het vaststellen van de openbare dienstverplichting 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.²⁶ Tenslotte zou het kunnen bijdragen tot een efficiënte besteding van gemeenschapsgelden wanneer overheden even aanzien wat de markt uit zichzelf gaat doen.²⁷

b. de d.a.e.b. moet officieel en duidelijk omschreven zijn

De brief van de Commissie over de Nederlandse woningcorporaties illustreert niet alleen dat de reikwijdte van de d.a.e.b.'s een zekere inherente beperking kent maar maakt ook duidelijk dat (decentrale) overheden vooruitlopend op de toepassing van de vier Altmarkcriteria al een belangrijke stap gezet moeten hebben: de d.a.e.b. moet expliciet worden omschreven. In haar brief acht de Commissie de concrete toewijzing aan de woningcorporaties van de d.a.e.b. om sociale woningen te verstrekken in de Nederlandse wetgeving voldoende aanwezig maar de kritiek richt zich op de omschrijving.²⁸ In huis-tuin-en-keuken-termen: vooruitlopend op het expliciet omgangen van de rugzak moet worden aangegeven dat er een rugzak is en wat die inhoudt. Als we alleen naar Altmark kijken wordt dat gemakkelijk vergeten maar ik mag er aan herinneren dat in de Mededeling voor openbare omroepsteun al een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de officiële omschrijving van de d.a.e.b. door een autoriteit die daartoe

²⁴ Brief van de Minister van VROM aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten –Generaal, inzake Beleidsvisie toekomst van woningcorporaties, kenmerk DBO 2005191043 (hierna: Beleidsvisie), p. 7-19.

²⁵ Mijn eerder genoemde artikel in bouwrecht over het standpunt van Brussel over de Nederlandse woningcorporaties vorm de schriftelijke neerslag van mijn bijdrage aan die expertmeeting.

²⁶ In de kaderregeling spoort de Commissie de lidstaten hiertoe aan maar het kan naar mijn mening niet de bedoeling zijn dat die aansporing pas aan de orde komt bij een toepassing van de kaderregeling. Wellicht anders: L.Hancher & S.J.H.Evens, Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?, *NTER*, nummer 7, juli 2006, p.157.

²⁷ Ik denk hier aan de ontwikkelingen in de bankensector. We hebben kunnen vaststellen dat banken zich de laatste jaren in toenemende mate hebben teruggetrokken uit kleinere gemeenten. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor dergelijke gemeenten de voorzieningen van banken voor hun (oudere) bewoners als een d.a.e.b. te kwalificeren en daarvoor compensatiesteun te verlenen. Inmiddels is het echter de vraag of het nog nodig is gemeenschapsgelden naar de banken te brengen omdat zij zelf vanuit de markt initiatieven hebben genomen om hun diensten weer aan te bieden aan bewoners van dergelijke kleine gemeenten.

²⁸ Brief van de Commissie van 11 juli 2005, de punten 29 t/m 35.

gerechtigd is op nationaal, regionaal of lokaal niveau en de toewijzing van de d.a.e.b. via een officieel besluit.²⁹

c. gescheiden boekhouding bij deels commerciële activiteiten

De verwijzing naar de Mededeling over openbare omroepsteun brengt nog een derde eis aan het licht die op de weg van de d.a.e.b.'s in acht genomen moet worden. Ondernemingen die deels belast zijn met een d.a.e.b. en daarnaast ook commerciële activiteiten verrichten dienen een gescheiden boekhouding te voeren. We vinden die eis in de genoemde Mededeling maar meer in het algemeen in de Transparantierichtlijn zoals omgezet in de Nederlandse Mededingingswet, de artikelen 25a tot en met 25f.³⁰

De eis van gescheiden boekhouding die bedoeld is om kruissubsidiëring te voorkomen vinden we ook terug in de brief van de Commissie inzake de woningcorporaties.³¹

Hoewel de Europese regels slechts een gescheiden boekhouding voorschrijven heeft de minister van VROM gekozen voor een juridische scheiding, althans onder de voorwaarde dat integrale aansturing van de investeringen van corporaties gewaarborgd blijft. Op het ministerie wordt nog bezien of dat ook mogelijk is.³² Overigens voorziet de minister aansluitend ook nog in maatregelen die het door de Commissie vereiste onafhankelijk toezicht moeten regelen³³ en een oplossing moeten bieden voor de door de Commissie bekritiseerde commerciële overcapaciteit van de corporaties.³⁴ De minister van VROM zet daarmee belangrijke stappen om haar beleid Europa-proof te maken en heeft nog even de tijd om die stappen in samenspraak met de Commissie te realiseren. Desalniettemin ben ik, zoals hierna nog zal blijken, tot de conclusie gekomen dat haar antwoord op de brief van de Commissie niet Europa-proof blijkt te zijn (zie nader par. 5).

3. Het pakket van de Commissie

Zoals gezegd, heeft de Commissie op 15 juli 2005 een definitief pakket maatregelen naar buiten gebracht in aansluiting op Altmark.

Naast de definitieve Vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling bestaat het pakket ook uit een wijziging van de Transparantierichtlijn. De oorspronkelijke Transparantierichtlijn 80/723 schreef voor dat bij staatssteun aan ondernemingen die deels d.a.e.b.'s verrichten en deels commerciële activiteiten sprake moet zijn van een gescheiden boekhouding. De wijziging van de Transparantierichtlijn voorziet in een ruimere omschrijving van de eis van de gescheiden boekhouding omdat als gevolg van Altmark juist niet altijd sprake is van staatssteun.³⁵ We moeten de nieuwe Transparantierichtlijn nu zo uitleggen dat bij deels d.a.e.b.-activiteiten en deels commerciële activiteiten altijd sprake moet zijn van een gescheiden boekhouding of we nu te maken hebben met compensatiesteun in de zin van Altmark, staatssteun in de zin van de Vrijstellingsbeschikking of staatssteun die moet worden aangemeld onder toepassing van de kaderregeling.

²⁹ Zie Hessel & Van Lotringen, a.w., p. 359.

³⁰ Hessel & Van Lotringen, a.w., p. 359. Onze opmerking dat het de bedoeling is dat deze artikelen te zijner tijd meeverhuizen naar de Wet Markt en Overheid is inmiddels achterhaald. Zoals bekend is dat wetsonwerp inmiddels gesneuveld en wordt juist gewerkt aan aanpassingen van de Mededingingswet om deze problematiek te regelen. De omzetting van de Transparantierichtlijn zal dus ook in de Mededingingswet blijven.

³¹ Brief van de Commissie van 11 juli 2005, de punten 41 t/m 45.

³² Beleidsvisie, p. 14.

³³ Beleidsvisie, p. 15 t/m 18. De eis van onafhankelijk toezicht vinden we ook in de Mededeling voor openbare omroepsteun. Zie Hessel & Van Lotringen, a.w. p. 359.

³⁴ Die overcapaciteit denkt de minister weg te nemen met haar plannen voor een groter deel geliberaliseerd gebied van de huurwoningenvoorraad.

³⁵ Zie punt (3) en artikel 1, Richtlijn 2005/81, *PbEU* 2005, L 312/47..

De definitieve Vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling maken een aantal dingen duidelijk die bij de bespreking van de ontwerpen nog niet zeker waren.

Om te beginnen heeft de Commissie bij de presentatie van haar pakket aangegeven waar zij de speelruimte ziet tussen Altmark en haar besluiten. Die ruimte moet volgens de Commissie inderdaad worden gezocht in gevallen waarin niet wordt voldaan aan het vierde criterium van Altmark, zoals ik eerder suggereerde.³⁶ Daarmee wordt mijn conclusie bevestigd dat decentrale overheden met de Vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling inhoudelijk en praktisch gezien niet veel opschieten.³⁷ Ze blijven bij de toepassing van beide besluiten gebonden aan de eerste drie Altmark-criteria, terwijl het vierde eigenlijk maar een uitwerking vormt van het derde criterium.³⁸

In deze bijdrage, die de gevaren van onzorgvuldigheid bij steun aan d.a.e.b.'s benadrukt, wil ik mij beperken tot de bespreking van de Vrijstellingsbeschikking. Wanneer het gaat om de grote gevallen van d.a.e.b.-steun die met toepassing van de kaderregeling moeten worden aangemeld, mogen we aannemen dat de daarin gestelde eisen zorgvuldig in acht genomen worden en als dat niet gebeurt zal de betrokken overheid door de Commissie tijdig op de vingers worden getikt. Het gevaar schuilt in een te optimistische en selectieve toepassing van de Vrijstellingsbeschikking waarbij – in de lijn van een selectieve interpretatie van Altmark – door de euforie over het niet behoeven aan te melden een helder inzicht in de consequenties van de drie Altmark-criteria ontbreekt. Het gevolg kan dan zijn dat er sprake is van onverenigbare staatssteun die van de betrokken ondernemingen moet worden teruggevorderd. Dat ook de centrale overheid aan dit gevaar bloot staat mag blijken uit het feit dat de minister van VROM naar mijn oordeel in haar Beleidsvisie toekomst woningcorporaties geen aandacht besteedt aan het toets- en rekenwerk waar de eerste drie Altmark-criteria om vragen. Ik kom daar op terug (par. 5).

4. De Vrijstellingsbeschikking

De ontwerp-Vrijstellingsbeschikking liet de omschrijving van de kleine gevallen van d.a.e.b.-steun nog enigszins in het midden. Inmiddels blijkt dat de Vrijstellingsbeschikking van toepassing is op ondernemingen met een gemiddelde jaaromzet van minder dan € 100 miljoen en voor jaarlijkse compensaties van minder dan € 30 miljoen.³⁹ Die beperkingen gelden niet voor ziekenhuizen en woningcorporaties 'die door de lidstaten als dienst van algemeen economisch belang aangemerkte activiteiten verrichten'.⁴⁰ Zoals gezegd geeft de Vrijstellingsbeschikking, in afwijking van het ontwerp, zelf een omschrijving van de d.a.e.b. voor woningcorporaties.⁴¹ Dat mag voor de betrokkenen terecht een onaangename verrassing zijn geweest maar dat geldt niet voor de eerste drie Altmark-criteria omdat deze, zij het hier en daar wat anders geformuleerd, al in de ontwerp-Vrijstellingsbeschikking stonden.⁴²

³⁶ Zie voor de presentatiebrief van de Commissie: www.europadecentraal.nl, dossier staatssteun/diensten van algemeen economisch belang. Zie ook Hessel, *Gst.* 2004, p. 411.

³⁷ Hessel, *Gst.* 2004, p. 411/412.

³⁸ Overigens kan de Vrijstellingsbeschikking nog wel enig procedureel nut hebben naast Altmark in gevallen waarin de onderneming die belast wordt met een d.a.e.b. niet via aanbesteding kan worden geselecteerd, zoals bijvoorbeeld woningcorporaties.

³⁹ Nader uitgewerkt in artikel 2, lid 1, sub a, Vrijstellingsbeschikking, *PbEU* 2005, L 312/67.

⁴⁰ Artikel 2, lid 1, sub b. De Vrijstellingsbeschikking is ook van toepassing op lucht- en zeeverbindingen met eilanden met maximaal 300.000 passagiers per jaar (artikel 2, sub c) alsmede op luchthavens met maximaal 1 miljoen passagiers en havens met maximaal 300.000 passagiers (artikel 2, sub d). Het vervoer over land is van de Vrijstellingsbeschikking uitgezonderd. Daarvoor geldt, zoals bekend uit Altmark, een apart regime op basis van artikel 73 EG en een aantal verordeningen.

⁴¹ Zie punt 16.

⁴² Hessel, *Gst.* 2004, p. 410.

a. vooraf belasten en objectieve criteria

Bij de toepassing van de Vrijstellingsbeschikking ontkomen de decentrale overheden er niet aan de toepassing van het eerste en tweede Altmark-criterium. In artikel 4 lezen we namelijk: 'Deze beschikking kan pas worden toegepast indien de betrokken onderneming met de verantwoordelijkheid voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast door middel van een of meer officiële besluiten, waarvan de vorm door elke lidstaat kan worden bepaald. In dit besluit of in die besluiten moet met name nader zijn bepaald:

- a) de aard en de duur van de openbaredienstverplichtingen;
- b) de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied;
- c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming zijn toegekend;
- d) de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie;
- e) de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.⁴³

b. voorkomen van overcompensatie

In aansluiting op de ontwerp-Vrijstellingsbeschikking bevat de Vrijstellingsbeschikking ook voorschriften om, in overeenstemming met het derde Altmark-criterium, overcompensatie te voorkomen. Artikel 5, lid 1 stelt namelijk:

'Het compensatiebedrag is niet hoger dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen 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. De compensatie moet daadwerkelijk worden gebruikt voor het beheer van de desbetreffende dienst van algemeen economisch belang, onverlet de mogelijkheid van de onderneming om een redelijke winst te genieten. Het compensatiebedrag omvat alle voordelen die door de staat of in welke vorm ook uit staatsmiddelen worden toegekend. (...)'⁴⁴

Bij de bespreking van de ontwerp-besluiten heb ik er al op gewezen dat daarin een aantal begrippen uit de Altmark-criteria wordt verduidelijkt. Dat blijkt ook het praktische voordeel van de Vrijstellingsbeschikking. Zo vinden we in artikel 5 een nadere omschrijving van begrippen als 'redelijke winst', 'de in aanmerking te nemen kosten' en 'de in aanmerking te nemen inkomsten', waardoor het gemakkelijker wordt om aan dat derde criterium te voldoen.⁴⁵ Dat neemt niet weg dat toch het nodige rekenwerk verricht moet worden. Ik kom daar op terug (par. 5)

c. gescheiden boekhouding en controle op overcompensatie

In overeenstemming met de aangepaste Transparantierichtlijn vinden we in artikel 5, lid 5 van de Vrijstellingsbeschikking nog de eis van de gescheiden boekhouding voor ondernemingen die naast d.a.e.b. ook commerciële activiteiten verrichten.⁴⁶ Daarnaast verplicht de Vrijstellingsbeschikking in artikel 6 de lidstaten tot geregelde controle op overcompensatie waarbij een marge van 10% gehanteerd mag worden.⁴⁷ Voor de sector sociale huisvesting geldt een jaarlijkse marge van 20% maar daar staat tegenover dat de lidstaten daar de overcompensatie moeten controleren op het niveau van elke onderneming. Dit heeft, zoals zal blijken, belangrijke consequenties voor de omgang door gemeenten met woningcorporaties (zie par. 5). Tenslotte dienen de lidstaten – dus ook de regionale en lokale overheden die gebruik maken van de Vrijstellingsbeschikking – ten minste tien jaar alle gegevens te bewaren om te kunnen vaststellen dat de toegekende compensatie verenigbaar is met de beschikking

⁴³ Een vergelijkbare eis vinden we in punt 12 van de kaderregeling, *PbEU* 2005, C 297/5.

⁴⁴ Punt 14 van de kaderregeling sluit hier op aan.

⁴⁵ Zie ook de punten 15 t/m 18 van de kaderregeling.

⁴⁶ Zie ook punt 19 van de kaderregeling.

⁴⁷ Zie ook punt 21 van de kaderregeling.

(artikel 7) en dienen zij om de drie jaar periodiek verslag in te dienen bij de Commissie. Het eerste verslag wordt uiterlijk op 19 december 2008 ingediend (artikel 8).

5. Het transparante toets- en rekenwerk mag niet ontbreken

Uit het bovenstaande mag duidelijk blijken dat decentrale overheden die zonder aanmelden bij de Commissie compensatiesteun aan d.a.e.b.'s willen geven een groot aantal voorwaarden in acht moeten nemen en daarbij zorgvuldig te werk moeten gaan. Willen zij gebruik maken van de ruimte van het Altmark-arrest dan dienen zij aan de vier cumulatieve Altmark-criteria te voldoen. Bij toepassing van de Vrijstellingsbeschikking zijn zij toch nog gebonden aan de eerste drie. Daarmee zijn zij in beide gevallen verplicht om bepaald transparant toets- en rekenwerk te verrichten. In de eerste plaats dienen zij – uiteraard binnen de beperkte reikwijdte - de d.a.e.b. duidelijk te omschrijven en deze in de lijn van het eerste Altmark-criterium officieel aan de betrokken onderneming(en) toe te wijzen. Vervolgens dienen zij objectieve en transparante criteria te hanteren voor de berekening van de mogelijke compensatie (tweede criterium) en tenslotte moet helderheid bestaan over het totale compensatiebedrag dat de ondernemingen ontvangen om duidelijk te kunnen waarborgen dat er geen sprake is van overcompensatie (derde criterium). In huis-tuin-en-keuken-terminen: zij moeten duidelijk aangeven wat de rugzak inhoudt en die officieel omhangen; zij moeten duidelijk aangeven wat het gewicht van de rugzak is die op de onderneming drukt en zij moeten transparant maken en er voor zorgen dat de compensatiesteun het gewicht van de rugzak niet overschrijdt. Als we de ratio van artikel 86, lid 2 EG begrijpen zijn dit voor de hand liggende eisen. Het mag echter sterk betwijfeld worden of de optimistische beleidsmakers en bestuurders die de 'vrije' ruimte van Altmark en de Vrijstellingsbeschikking willen benutten om de steun niet aan te melden dit ingewikkelde toets- en rekenwerk wel altijd voldoende zorgvuldig (laten) verrichten. Daarmee lopen zij met de woningcorporaties enig risico dat de Commissie, met name naar aanleiding van een klacht, tot de conclusie komt dat de betrokken overheid een te ruime uitleg heeft gegeven aan de d.a.e.b. Zij lopen voorts een aanzienlijk risico dat er sprake blijkt te zijn van overcompensatie. Dat risico is met name groot wanneer de betrokken ondernemingen steun krijgen uit verschillende potjes, terwijl niemand in de gaten houdt wat het totale bedrag is dat een onderneming ontvangt. Tenslotte moeten de betrokken overheden er op rekenen dat een geattendeerde Commissie in ieder geval alsnog zal vragen om volstrekte duidelijkheid over het genoemde toets- en rekenwerk en het ontbreken van overcompensatie voordat zij groen licht geeft voor de compensatiesteun. Dat deze risico's in de decentrale praktijk bewust of onbewust worden genomen kan door menig bezorgde decentrale medewerker worden bevestigd, maar het is uiteraard onwenselijk hier praktijkvoorbeelden te noemen die de Commissie op het spoor kunnen zetten van nieuwe inbreukgevallen.

Dat we inderdaad met een serieus probleem te maken hebben kan ik wel illustreren aan de hand van een casus waar de Commissie zich al over heeft uitgesproken: de Nederlandse woningcorporaties. Zolang de brief van de Commissie vertrouwelijk was heeft men zich moeten verlaten op de informatie die de minister van VROM hierover heeft gegeven en de maatregelen die zij naar aanleiding daarvan in haar Beleidsvisie heeft genomen om het Nederlandse stelsel van financiering van woningcorporaties Europa-proof te maken. Nadat de brief openbaar was gemaakt, heb ik aan de hand van de tekst kunnen beoordelen of het antwoord van minister Dekker inderdaad Europa-proof is. Welnu, naar mijn oordeel is dat niet het geval omdat in de Beleidsvisie van de minister niet wordt ingegaan op het vereiste toets- en rekenwerk dat verricht moet worden om het Nederlandse stelsel in overeenstemming te brengen met de eisen van Altmark, zoals we die terugvinden zowel in de brief van 14 juli 2005 als in de Vrijstellingsbeschikking van 15 juli 2005. Vanaf de inwerkingtreding op 19

december 2005 moeten we naar die beschikking kijken. In de brief constateert de Commissie met betrekking tot de evenredigheid van de financiering een gebrek aan informatie over de omvang van de extra kosten die voor de woningcorporaties uit de d.a.e.b. voortvloeien en ook over de exacte omvang van de steunmaatregelen.⁴⁸ Die informatie moet er dus alsnog komen om van de Commissie groen licht te krijgen als zou blijken dat er geen sprake is van overcompensatie. Maar in haar Beleidsvisie wordt daarover door de minister niet gesproken.⁴⁹ Dat informatiegebrek is extra problematisch omdat woningcorporaties geld ontvangen uit verschillende potjes en we gevoelig mogen aannemen dat tot nu toe niemand in de gaten heeft gehouden hoe hoog het totaalbedrag aan steun voor iedere individuele woningcorporatie is geweest.⁵⁰

Het voorbeeld maakt niet alleen duidelijk hoe essentieel het transparante toets- en rekenwerk voor de Commissie is, maar geeft ook aan dat gemeenten zeer voorzichtig moeten zijn met financiële arrangementen met woningcorporaties. Zolang de vereiste informatie nog niet kan worden gegeven, is het ook nog niet duidelijk of een bepaalde corporatie overcompensatie ontvangt die in strijd is met artikel 86, lid 2 EG en uiteindelijk moet worden teruggevorderd. Als niet ingewijde in deze wereld kan ik niet beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van overcompensatie. Tijdens de expertmeeting van 11 april j.l. bleken de meningen van de deskundigen op dit punt verdeeld. Volgens sommigen is er geen vuiltje aan de lucht omdat de kosten de steun aanzienlijk zou overtreffen (realisme of ook hier weer eens ongerechtvaardigd optimisme?), maar anderen waren van mening dat we hier wel degelijk met een probleem te maken hebben. Hoe het ook zij, gemeenten moeten zich realiseren dat ieder niet-marktconform financieel arrangement dat zij met een woningcorporatie aangaan – denk aan vrijstelling of verlaging van de gemeentelijke leges, niet-marktconforme verkoop van grond et cetera -opgeteld moet worden bij de door de Commissie genoemde steunmaatregelen met als mogelijk gevolg dat zij overcompensatie verlenen die later moet worden teruggevorderd.⁵¹ Om die reden adviseer ik gemeenten louter markt-conforme financiële transacties met woningcorporaties aan te gaan, zolang er nog geen duidelijkheid bestaat over de kosten van de d.a.e.b. en de totale omvang van de steun.

6. De Europese regels voor d.a.e.b.-steun hebben een vaste structuur

Dat er inhoudelijk een belangrijke overeenstemming bestaat tussen de Altmark-criteria en de eisen die gesteld worden in de Vrijstellingsbeschikking moet verklaard worden uit het feit dat de verschillende regels voor d.a.e.b.-steun, zoals zij zich de laatste jaren nogal koortsachtig hebben ontwikkeld via Altmark en het Commissiepakket, een vaste structuur vertonen die

⁴⁸ ‘Ten aanzien van de evenredigheid van de financiering kan het volgende worden opgemerkt: aangezien de Nederlandse autoriteiten niet voldoende informatie konden verstrekken over de extra kosten die woningcorporaties voor de openbardienstactiviteiten moeten maken noch over de exacte waarde van de steunmaatregelen, is het onmogelijk te beoordelen of er al dan niet sprake is van een overcompensatie van de nettokosten van de openbare dienst. Er zou sprake van een dergelijke overcompensatie kunnen zijn indien de woningcorporaties een buitensporige winst uit hun openbare dienstactiviteiten zouden behalen. Op dit moment beschikt de Commissie niet over informatie terzake.’ (Commissie, Brief 14 juli 2005, punt 38.)

⁴⁹ Dit moet wellicht verklaard worden uit het feit dat de minister in de Beleidsvisie reageert op de maatregelen die de Commissie in punt 45 aan Nederland opdraagt. Daarin herhaalt de Commissie echter niet haar behoefte aan nadere informatie uit punt 38.

⁵⁰ In de brief kijkt de Commissie naar de steunmaatregelen van het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (CFV), het Waarborgfonds Sociale Woningbouw (WSW), de vrijstelling voor de vennootschapsbelasting – die inmiddels wel voor de commerciële tak van de corporaties is afgeschaft maar niet voor de d.a.e.b.-tak - en het recht om geld te lenen van de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG). Dat de informatie per individuele corporatie aangeleverd moet worden blijkt uit artikel 6 van de Vrijstellingsbeschikking.

⁵¹ Het compensatiebedrag omvat immers alle voordelen die door de staat of in welke vorm dan ook uit staatsmiddelen worden toegekend (artikel 5, lid 1 Vrijstellingsbeschikking).

inherent is aan de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG op de regels voor staatssteun. Het gaat inhoudelijk steeds om dezelfde punten: (1) bij het expliciet omschrijven van een d.a.e.b. moet het gaan om activiteiten die ondernemingen via de markt niet of niet toereikend zouden verrichten; (2) de d.a.e.b. moet vooraf en officieel worden toegewezen; (3) de compensatie moet proportioneel zijn en dat veronderstelt transparantie en het tegengaan van overcompensatie en (4) bij deels commerciële activiteiten is een boekhoudkundige scheiding vereist. Indien met zich daarvan bewust is, is het ook logisch dat de brief van de Commissie van 14 juli 2005 inhoudelijk goed aansluit op de Vrijstellingsbeschikking van 15 juli 2005. De schrik die de brief teweeg heeft gebracht bij de woningcorporaties die dachten ‘binnen’ te zijn met de Vrijstellingsbeschikking, moet dan ook verklaard worden uit een optimistische, selectieve interpretatie van de (ontwerp-) Vrijstellingsbeschikking. Het wordt ook begrijpelijk dat we de drie Altmark-criteria uit de Vrijstellingsbeschikking en de gescheiden boekhouding weer tegenkomen bij de grote d.a.e.b.’s die onder toepassing van de kaderregeling moeten worden aangemeld bij de Commissie. Tenslotte wordt dan ook de samenhang duidelijk tussen het hier behandelde en de eerdere bijdrage uit juli 2003 van Van Lotringen en mij over de financiële ondersteuning van regionale en lokale omroepen. Recente zorgelijke ontwikkelingen rond de Nederlandse publieke omroepen maken het gewenst hier kort op terug te komen.

7. Zorgelijke ontwikkelingen rond d.a.e.b.-steun aan de publieke omroepen

De aanleiding voor het artikel van Van Lotringen en mij was dat in die tijd door allerlei provincies naar hartenlust steun werd verleend aan regionale en lokale publieke omroepen zonder dat zij de Mededeling voor openbare omroepsteun hanteerden. In overeenstemming met de traditionele staatssteunbenadering veronderstelt die Mededeling dat de voorgenomen steun bij de Commissie wordt aangemeld en door haar aan inhoudelijke eisen wordt getoetst. Het zal inmiddels geen verbazing wekken dat we in die Mededeling de bekende inhoudelijke eisen vinden: (1) officiële omschrijving van de d.a.e.b.; (2) officiële toewijzing en onafhankelijke controle op de uitvoering van de dienst; (3) evenredigheid van de financiering en (4) gescheiden boekhouding bij deels commerciële activiteiten.⁵² Met onze bijdrage hebben wij de betrokken decentrale overheden een mogelijkheid willen bieden om vooruitlopend op het aangekondigde Altmark-arrest, dat duidelijkheid zou moeten bieden over de aanmeldingsplicht, gebruik te maken van de onzekerheid, die het Hof met zijn atypische en fel bekritiseerde Ferring-arrest had gecreëerd, en hun niet-aangemelde steunarrangementen in ieder geval naar de inhoud Europa-proof te maken. Drie dagen voor de publicatie van ons artikel kwam het Hof van Justitie echter met het Altmark-arrest waarin het, tegen onze verwachting in, de staatssteunbenadering van het Gerecht van Eerste Aanleg en de conclusie van Advocaat-Generaal Léger bij de zaak negeerde en definitief koos voor de compensatiebenadering. Op zich was dat een gunstige ontwikkeling voor de niet-aanmeldende overheden, maar daarmee is natuurlijk het belang van de Europese regels voor compensatiesteun aan voor de betreffende omroepen niet minder geworden. Op dit moment moeten de decentrale overheden bij steun aan regionale en lokale publieke omroepen in eerste instantie kijken naar Altmark en vervolgens als het om kleine steun gaat naar de Vrijstellingsbeschikking. Bij grotere steun moeten zij toch weer aanmelden onder toepassing van de Mededeling voor openbare omroepsteun. De nieuwe kaderregeling voor compensatiesteun van 2005 is namelijk niet van toepassing op de openbare omroepdiensten want die blijven onder de oorspronkelijke Mededeling vallen.⁵³

⁵² Zie Hessel & Van Lotringen, a.w., een checklist voor omroepsteun, p. 358-360

⁵³ Kaderregeling punt 3. Daarin wordt uiteraard ook de vervoerssector van de kaderregeling uitgezonderd.

Uit het bovenstaande mag blijken dat de oproep van Van Lotringen en mij om de steunarrangementen voor regionale en lokale omroepen inhoudelijk Europa-proof te maken nog steeds actueel is. Voor de inhoud van de toepasselijke regels maakt het daarbij, zoals we zagen, in principe geen verschil of bepaalde steunarrangementen zonder aanmelden onder Altmark of de Vrijstellingsverordening kunnen worden gebracht of dat zij met aanmelden onderworpen worden aan de Mededeling. Ik weet dat de medewerkers Europees recht van de provincies Zuid-Holland, Fryslân en Utrecht aandacht hebben voor de Europese regels. Hoe dat bij de andere provincies en gemeenten zit is mij niet bekend en ik weet ook niet in hoeverre we bij het omroepdossier te maken hebben met te optimistische beleidsmakers en bestuurders. Het is in ieder geval naïef te veronderstellen dat de decentrale omroepsteun in Nederland op dit moment al Europa-proof is. Dat het van groot belang is dat de betrokken decentrale overheden alsnog het vereiste toets- en rekenwerk ter hand nemen mag echter blijken uit de recente ontwikkelingen rond de landelijke publieke omroepsteun in Nederland. Op dit moment onderzoekt de Commissie, naar aanleiding van klachten, of de reguliere omroepsteun uit de omroepbijdragen in Nederland wel voldoet aan de inhoudelijke eisen die in de Mededeling worden gesteld.⁵⁴ Daarvoor buigt zij zich onder andere over het ontwerp van de nieuwe omroepwet, de Mediawet 2007. Of het Nederland zal lukken voor de reguliere omroepsteun uiteindelijk groen licht te krijgen van de Commissie moet worden afgewacht. De complexiteit van het dossier maakt wel duidelijk dat Nederland zich heel wat problemen op de hals heeft gehaald door niet vooraf bij de omroepsteun zorgvuldig naar de Mededeling te kijken. Dat Nederland bij de landelijke omroepsteun niet vooraf het vereiste toets- en rekenwerk heeft verricht, heeft er in ieder geval al toe geleid dat de Commissie voor de ad hoc steun – die naast de reguliere steun uit verschillende potjes aan de omroepen wordt verstrekt - heeft vastgesteld dat van de NOS € 76,3 miljoen moet worden teruggevorderd omdat er sprake is van overcompensatie.⁵⁵ Ook hier natuurlijk vergelijkbare verongelijkte reacties en krokodillentranen als bij de brief over de woningcorporaties: de NOS heeft het geld niet en (ex-)staatssecretaris Van der Laan zou wel een oplossing bedenken. Laat er echter geen misverstand over bestaan: ook hier hebben de Nederlandse autoriteiten het Europese onheil over zichzelf afgeroepen door niet tijdig en zorgvuldig de regels voor d.a.e.b.-steun toe te passen.⁵⁶

Wat kunnen de decentrale overheden met deze ervaring? Het lijkt mij niet dat de Commissie na behandeling van de landelijke omroepsteun uit eigen initiatief haar blik zal laten vallen op de regionale en lokale omroepsteun. De poging tot aanmelden door de provincie Zuid-Holland van de steun aan RTV-Rijnmond en RTV-West leert dat de Commissie dit dossier onvoldoende interessant vindt op daar ‘vrijwillig’ aan te beginnen.⁵⁷ De decentrale overheden

⁵⁴ Zie IP/05/250 en IP/06/822.

⁵⁵ Beschikking van 22 juni 2006, IP/06/822.

⁵⁶ Met enige kennis van de betreffende Mededeling heeft men hier op zitten wachten. Zie bijvoorbeeld: B. Hessel, Brusselse hulp bij sanering publieke omroepen, -Europa in detail- *Strct.* 15 december 2003. Ik neem dan ook zonder meer aan dat op het ministerie bezorgde medewerkers met kennis van het Europese recht als roependen in de woestijn voor de gevaren hebben gewaarschuwd.

⁵⁷ Deze weigering om de steun in behandeling te nemen maakt duidelijk dat de Commissie soms tweeslachtig tewerk gaat. Niet zelden krijgen decentrale overheden die een steunzaak willen aanmelden aan de telefoon en informeel van de Commissie te horen dat de voorgenomen steun niet leidt tot verstoring van de mededinging op de gemeenschappelijke markt. Een dergelijke mededeling wordt niet schriftelijk bevestigd. Zo ook in het geval van Zuid-Holland, dat wel het advies kreeg ‘vrijwillig’ de Europese regels in acht te nemen. De behandeling van Zuid-Holland verdraagt zich niet met de formele beschikking van de Commissie waarin Belgische lokale omroepsteun wel degelijk geacht werd de mededinging op de gemeenschappelijke markt te beïnvloeden (Beschikking van de Commissie van 13 februari 2002, betreffende steunmaatregel nr. 548/2001, België, Steun aan lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap). Het verschil moet worden verklaard uit het feit dat bij een formele procedure de juridische dienst van de Commissie zich over de zaak buigt en die hanteert het fileermes. Het risico van deze tweeslachtigheid ligt bij de betrokken overheid. Die kan namelijk na de

lopen echter het zeer reële gevaar dat anderen een klacht indienen bij de Commissie en dan moet zij het dossier openen. In dat geval wordt bekeken of er voldoende zorgvuldigheid is betracht bij het vereiste toets- en rekenwerk. Om die reden is het gewenst dat alle betrokken decentrale overheden het advies overnemen dat de Commissie aan Zuid-Holland heeft gegeven: niet-aanmelden maar wel zelf de toepasselijke Europese regels nakomen. Daarvoor is het nu nog niet te laat.

8. Conclusies

Aan de hand van het voorafgaande kom ik tot de volgende conclusies.

1. Compensatiesteun voor d.a.e.b.'s kan zich verheugen in een toenemende belangstelling van de Nederlandse centrale en decentrale overheden, maar recente besluiten van de Commissie tonen aan dat die overheden de spelregels niet altijd goed toepassen.
2. De Europese regels voor compensatiesteun hebben de laatste jaren een onstuimige ontwikkeling doorgemaakt. De oorspronkelijke staatssteunbenadering van artikel 86, lid 2 EG, die we nog terugvinden in de Mededeling voor openbare omroepsteun, heeft ruimte moeten maken voor de compensatiebenadering van Altmark. Aansluitend heeft de Commissie een Vrijstellingsbeschikking vastgesteld voor kleine d.a.e.b.'s, ziekenhuizen en woningcorporaties en een kaderregeling voor grote d.a.e.b.'s met de criteria die de Commissie na aanmelden hanteert bij de toets aan artikel 86, lid 2.
3. Optimistisch maar te beperkt inzicht in Altmark en de Vrijstellingsbeschikking kan de onjuiste indruk wekken dat compensatiesteun voor d.a.e.b.'s een gemakkelijke weg is om aan het aanmelden van staatssteun te ontkomen. Bij compensatiesteun dient de overheid echter zorgvuldig te werk te gaan en aan een aantal strenge eisen te voldoen om de toets aan het Gemeenschapsrecht te kunnen doorstaan.
4. Ondanks de ontwikkeling van verschillende regelingen hebben de regels voor d.a.e.b.-steun een vaste structuur die inherent is aan artikel 86, lid 2 EG. Of het nu gaat om de toepassing van Altmark, de Vrijstellingsbeschikking, de kaderregeling of de Mededeling voor omroepsteun, de (decentrale) overheden moeten altijd zorgvuldig een aantal vaste eisen in acht nemen. Dit maakt de weg van de compensatiesteun complex en verklaart ook dat de decentrale overheden in vergelijking met Altmark praktisch en inhoudelijk niet veel opschieten met de Vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling.
5. Bij compensatiesteun aan d.a.e.b.'s dienen de decentrale overheden vooraf aan de volgende eisen te voldoen:
 - (i) het expliciet en transparant omschrijven van de d.a.e.b, waarbij het moet gaan om activiteiten die ondernemingen niet of niet toereikend via de markt zouden verrichten. Bij de breedbandsteun in Appingedam en de steun aan de woningcorporaties is de betrokken overheid daarin tekortgeschoten. We mogen aannemen dat de minister van VROM die fout inmiddels genoegzaam heeft hersteld;
 - (ii) het expliciet en bij officieel besluit toewijzen van de d.a.e.b. aan de betrokken ondernemingen. Deze eis maakt het lastig om achteraf niet aangemelde staatssteun via de weg van compensatiesteun alsnog Europa-proof te maken;
 - (iii) het aangeven van objectieve en transparante criteria aan de hand waarvan de meerkosten worden bepaald die voor de betrokken onderneming(en) uit de d.a.e.b voortvloeien. Bij de

'sympathieke' mededeling van de Commissie onaangenaam verrast worden wanneer anderen een klacht indienen en de Europese regels niet zijn nageleefd. In dat geval moet de Commissie namelijk de formele procedure starten en komt alsnog de juridische dienst aan het woord. Omdat er voorshands geen enkele aanleiding is om te veronderstellen dat deze inmiddels soepeler zal oordelen dan in de Belgische zaak, is het van het grootste belang dat de Europese regels voor regionale en lokale publieke omroepsteun goed zijn toegepast..

woningcorporaties lijkt het aan de aandacht van de minister ontsnapt te zijn dat de Commissie hierom heeft gevraagd;

(iv) het transparant maken van het totale bedrag aan steun dat de ondernemingen van de overheid ontvangen en controleren dat deze niet leidt tot overcompensatie. Dit is met name problematisch wanneer de ondernemingen steun ontvangen uit verschillende potjes en van verschillende overheden. Bij de woningcorporaties lijkt ook deze eis van de Commissie aan de aandacht van de minister ontsnapt. Bij de ad hoc-steun voor publieke omroepen in deze eis de autoriteiten noodlottig geworden. Bij de omroepsteun en de woningcorporaties blijkt de Commissie ook nog bijzondere waarde te hechten aan onafhankelijk toezicht;

(v) Bij ondernemingen die naast d.a.e.b.'s ook commerciële activiteiten verrichten dient sprake te zijn van een gescheiden boekhouding. Bij de woningcorporaties is de overheid daarin tekortgeschoten maar de aangekondigde maatregelen van de minister van VROM komen aan deze eis tegemoet.

6. Decentrale medewerkers die met kennis van het Europese recht waarschuwen dat het optimistisch inslaan van de weg van compensatiesteun om problemen vraagt wanneer de bovengenoemde eisen niet in acht worden genomen, zien geen beren op de weg, zoals optimistische beleidsmakers en bestuurders wellicht willen (doen) geloven, maar verdienen steun in hun bezorgdheid, zoals de recente confrontaties met de Commissie aantonen. Mede daarom is deze bijdrage geschreven.